جامعة الإسكندرية
كلية الحقوق

جامعة التحرير
المكتبة
Library
University of Tahrir

الشكلية
فى الشرائع القانونية القديمة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون

مقدمة من
أحمد أبو الحسين عبد السيد
مدرس مساعد بقسم فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية

تحت إشراف
الأستاذ الدكتور / فايز محمد حسين
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية

KL
8168
.Ab31
Sa99
2008
c.1
Thesis
cLL



لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ طه عوض غازي

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة عين شمس

(رئيساً)

الأستاذ الدكتور/ محمد علي الصافوري

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة المنوفية

(عضوا)

الأستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

(مشرفاً وعضواً)

٢٠٠٨

إهـــــداء

إلى الرجل العظيم الذي علمني أن قيمة الإنسان بدينه وخلقه ثم علمه النافع.

والدي رحمة الله عليه

إلى أستاذي الذي يعجز القلم وتعجز الكلمات عن ذكر فضله.

أستاذي الدكتور/ أحمد إبراهيم حسن رحمة الله عليه

إلى نبع الحنان والعطاء بلا حدود والتي أحس بفضل دعواتها في كل خطوة أخطوها في حياتي.

والدتي الحنونة أمد الله في عمرها

إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي التي كانت لي خير معين في إعداد هذه الرسالة.

زوجتى/ رنا

إلى أشقاء روحي الذين تحملوا الكثير وضحوا بالأكثر.

أخوي/ خالد وطه

شكـــــر وتقـــــدير

(فَتَبَسَّمَ ضَاحِكاً مِنْ قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ) [1].

صدق الله العظيم

بدءً أحمد ربي سبحانه وتعالى، حمد عبد مقر بتقصيره، معترفا بعجزه، على ما أحاطني به من عناية، وأمدني به من عون وتوفيق، فلك الحمد يا ربي ملء السموات والأرض وملء كل شئ.

وعرفانا بالفضل، واعترافا بالجميل، امتثالا لقول الله عز وجل: (وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ) [2]، وامثالا لهدي النبي صلى الله علية وسلم (من لم يشكر الناس لم يشكر الله) [3]، فإنه يشرفني وقد وفقني الله لإنجاز هذا العمل ان أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان والتقدير الى أستاذي الفاضل – العالم الجليل المرحوم – بإذن الله تعالى – الاستاذ الدكتور/ أحمد ابراهيم حسن رئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه السابق بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية، إعترافا بفضله الذي طوق به عنقي، فلن يغيب عن ذاكرتي ما حييت ما أحاطني به من رعاية وما شملني من فضل منذ ان تشرفت باختياره لي معيدا بالقسم، واختياره لي ان أبحث في هذا الموضوع فلطالما آزرني وبث في نفسي حب العلم، وتعهدني بالرعاية والنصح والتوجيه حتى قبيل وفاته رحمة الله عليه، وإن الكلمات لتعجز عن تجسيد ما يكنه الفؤاد من مشاعر العرفان، ولا أملك إلا ان أتوجه الى المولى سبحانه وتعالى داعيا ان يتحقق فيه قول رسوله الأعظم ونبيه الأكرم محمد صلى الله عليه وسلم (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: (صدقة جارية او علم نافع ينتفع به او ولد صالح يدعوا له).

كما يطيب لي ان أتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير للأستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين رئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية، الذي شاء القدر ان ينتقل الاشراف على هذه الرسالة إلى سيادته، فما رأيت من سيادته إلا ما رأيته من أستاذنا الراحل من علم غزير وتواضع العلماء، فقد قبل الإشراف على رسالتي رغم ضيق وقته وكثرة أعبائه، ومنحني من الوقت والعلم حظا عظيما شد ساعدي، وقوى عزمي، وأبعدني عن مواطن الزلل، وبث في الأمل، فلم أسمع منه إلا كلاما طيبا ولم أر فيه إلا لين الجانب وعظيم

---

(١) الآية ١٩ سورة النمل.

(٢) الآية ٤٠ سورة النمل.

(٣) أخرجه الترمذي عن ابن سعد، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن اليك ٢٢٨/٢، رقم ٢٠٢١، وقال ابو عيسى هذا حديث حسن صحيح، الطبعة الثانية، دار الفكر.

التواضع، فجزاه الله عنى خير ما يجازى به العلماء، ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كمـــا يشـــرفني أن أتقدم بخالص شكري وعرفاني لأستاذتي العلماء الأجلاء، الأستاذ الدكتور/ محمد على الصافوري – أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه – كلية الحقوق – جامعة المنوفية. والأستاذ الدكتور/ طه عوض غازي – أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

لتفضـــلهما بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة، وهي فرصة ثمينة أتيحـــت لي للإفادة من واسع علمهما، وملاحظاتهما التي ستثري هذه الرسالة فلهما منى كل الشكر والتقدير، والامتنان وجزاهما الله عني وعمن ينتفع بعلمهما خير ما يجازى به العلماء.

كمـــا لا أنسى وأنا في هذا المقام أن أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم عرفاني وإمتناني إلى أساتذتي العلماء الكرام بهذه الكلية العريقة وأخص بالشكر الأستاذ الدكتور/ عكاشة محمد عبد العال نائب رئيس جامعة الإسكندرية لشئون التعليم والطلاب، والأستاذ الدكتور/ محمد فريد العريني رئيس قســم القانون التجاري، والأستاذ الدكتور/ أسامة الفولي عميد الكلية، والأستاذ الدكتور/ مجدي محمود شهاب عميد كلية الحقوق الأسبق وعميد كلية القانون بجامعة فاروس، والأستاذ الدكتور/ أحمد عوض هندي وكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب، والأستاذ الدكتور/ إبراهيم خليفة، والأستاذ الدكتور/ محمد محســـن الـــنجار، والأستاذ الدكتور/ نادر محمد إبراهيم (الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا)، لما أحاطوني به من رعاية، وما شملوني به من فضل منذ تعييني معيداً بالكلية حتى وقتنا هذا، فلهم مني خالص الشكر والتقدير، وجزاهم الله عني وعن طلاب كلية الحقوق المدينين لهم بالفضل خير الجزاء.

كما أشكر السادة أمناء مكتبة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية وجميع العاملين بها على ما بذلوه من جهد وما قدموه لي من معاونة صادقة في سبيل إخراج هذا البحث بالصورة اللائقة.

وأخيراً أجد لزاماً عليَّ أن أتقدم بالشكر إلى كل زملائي وإخواني وأخواتي الذين كانوا بمثابة الجنود المجهولة التي وقفت بجانبي وساهمت في إخراج هذا العمل إلى النور، وأخص بالشكر:

السيدة/ عفاف إبراهيم ياقوت
مستشار/ علي عطـــا الله
الأستاذ/ وليد فاروق حســـن
الأستاذ/ أحمد محسن هيكل
الأستاذة/ ناهد البهـــــي
الأستاذة/ عايدة البكـــري
د/ عـــــــلا الغمـــــــــري
د/ الصغيـــــر محمـــــد المـــهدي
الأستاذ/ مصطفـــــى الشاذلـــــي
الأستاذ/ خالـــــد محمود عبد العزيـــز
الأستاذ/ محمـــــد حسيـــــن جاد الله

فاللهم أجز الجميع عني خير الجزاء

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

(يوسف: ٧٦)

مقدمـــــة

أولاً: تحديد موضوع البحث ونطاقه:

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ التي تهيمن على فقه القانون المقارن، وأصلاً من الأصول التي تبني عليها التشريعات المعاصرة.

ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة الفردية بذاتها قادرة على إنشاء التصرف القانوني وكذا فهي صاحبة السلطان الأكبر في تحديد شروط العقد وما يترتب عليه من آثار قانونية ولا يحد من سلطانها في ذلك كله إلا اعتبارات النظام العام.

ويتضح من هذا التعريف أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: يتعلق أولهما بقدرة الإرادة من حيث الشكل الذي تظهر فيه، أي قدرتها على اختيار طريقة التعبير عن نفسها، وهو ما يعرف بمبدأ (الرضائية) أو مبدأ حرية اختيار الشكل بمعني أن الإرادة بذاتها مجردة من أي شكل تكفي لإنشاء الرابطة القانونية وتوليد الالتزامات طالما تم التعبير عن هذه الإرادة بأية صورة.

أما الشق الثاني الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة فيتعلق بقدرة الإرادة من حيث الموضوع وهو ما يعرف بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ومفاده أن الإرادة لها الحرية الكاملة في تحديد شروط التصرف وآثاره، كما تقوم بتعديل آثار التصرف بعد ترتيبها، وإنهاء التصرف بعد إبرامه، ولا يحد من سلطانها في ذلك إلا اعتبارات النظام العام.

وإذا كان من المسلم به أن مبدأ سلطان الإرادة بما يتضمنه من إقرار الرضائية كقاعدة عامة قد أصبح محوراً من أهم محاور القانون الحديث، فإنه على الرغم من ذلك لم يستطع هذا المبدأ القضاء على فكرة الشكلية التي تمثل قيداً على هذا المبدأ في شقه الخاص بالرضائية، نتيجة كون الشكلية ضرورة وإن اختلف مفهومها أو مظاهرها باختلاف النظم، فالشكلية وسيلة فنية لا يمكن الاستغناء عنها في أي نظام قانوني من أجل تحقيق وكفالة أمن واستقرار المراكز القانونية(١)، وهو ما عبر عنه Geny بقوله "إن استخدام الأشكال الخارجية يعد ظاهرة قانونية أساسية تقوم على فكرة بسيطة مؤداها أنه وفقاً لظروف الطبيعة الإنسانية، فإننا بحاجة إلى وسيلة مادية تترجم وتعبر بوضوح عن القوى الداخلية – أي الفكر والإرادة – التي تنشئ الروابط

---

(١) G. LEGIER;La règle "Locus regit actum" et les conflits de lois en matière de forme des actes, Thèse, Aix-Marseille, 1976, n° 48, p. 60
F. GENY ; Science et Technique en droit privé positif, t.3, paris, 1921 n° 203, p. 97

القانونية، وهذه الوسيلة تؤكد المعاملات المرتبطة بإعمال هذه القوى ولهذا السبب فإن الشكلية، مهما تباينت مظاهرها، يجب أن تعتبر دائماً من بين وسائل الفن القانوني الجيد"[1].

وينقسم الفقه المعاصر بصدد تحديد مفهوم الشكلية في القانون الحديث ما بين اتجاه يضيق من مفهوم الشكلية فيعرفها بأنها التنظيم القانوني للتعبير عن الإرادة الذي يفرضه المشرع على سبيل الاستثناء من مبدأ الرضائية بالنسبة لتصرفات معينة، واتجاه آخر يوسع من مفهوم الشكلية فيعرفها بأنها عنصر خارجي يشترط القانون إضافته إلى الظاهرة الأصلية التي من شأنها إنشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء حق أو مركز قانوني، بحيث لا تنتج الظاهرة الأصلية – وهي في العادة تصرف قانوني – الأثر المشار إليه، بغير إضافة هذا العنصر الخارجي إليها[2]، وبالرغم من هذا اللبس والغموض الذي يحوط مفهوم الشكلية في القانون الحديث إلا أن الفقه المعاصر يكاد يجمع على أن التطور التشريعي يتّجه نحو تعزيز وجود الشكلية واتساع نطاقها، حيث تزداد الحاجة إليها يوماً بعد يوم، وتزداد مظاهرها وصورها في القانون، الأمر الذي دفع بالبعض إلى حد التساؤل عما إذا كانت الرضائية لا زالت هي القاعدة أم أن الشكلية قد حلت محلها ويرجع السبب في نهوض وازدهار الشكلية في الآونة الأخيرة إلى أن مبدأ الرضائية أو سلطان الإرادة بوجه عام الذي كان يتفق والظروف الاقتصادية والاجتماعية، قد بدأ يظهر قصوره عن تلبية ظروف المجتمعات الحديثة؛ ومن ثم تزايدت صور التدخل التشريعي، بفرض أنواع مختلفة من الشكل، يجب أن تصاغ فيه الإرادة، تحقيقاً لأغراض اجتماعية واقتصادية، منها حماية الطرفين، وتسهيل مهمة الإثبات، وتمكين الغير من العلم بالعقد.

وانطلاقاً من تلك الحقيقة العلمية الثابتة التي تقرر "أن تاريخ الشيء يحوى دائماً من الحقائق ما يفسره"[3] فإننا سنحاول في هذه الدراسة الغوص في أعماق التاريخ بحثاً عن الجذور التاريخية الأولى لفكرة الشكلية، وأساسها القانوني والفلسفي في الشرائع القديمة، والكشف عن ملامح ومقومات البناء الفكري للشكلية عبر تاريخ الإنسانية المتباين الأطوار من خلال إجراء دراسة تحليلية متعمقة شاملة لفكرة الشكلية في الشرائع القديمة تكشف النقاب وتزيل الستار عن مفهوم وطبيعة ونطاق هذه الفكرة، مع إبراز أهم صور وتطبيقات الشكلية التي عرفتها هذه الشرائع.

---

(1) F. GENY; op cit, n° 206. p. 121 et s.

(2) انظر ما سيلي ذكره، ص ٤٩٢ وما بعدها.

(3) مصطفي سيد صقر، بزوغ فكرة السبب في العقود والالتزامات في القانون الروماني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥، ص ١٧.

وتنصب دراستنا بصورة أساسية على الشكلية في القانون الروماني، نظراً لما لعبته الشكلية في هذا القانون من دور لا يضاهي بغيره في الشرائع الحديثة منها أو القديمة، فقد كان للقانون الروماني نظرته وفلسفته الخاصة لفكرة الشكلية سواء من حيث مفهومها وطبيعتها أو من حيث نطاق تطبيقها، كما شهد هذا القانون نموذجاً فريداً للصراع بين الشكلية والرضائية في أواخر عصوره، وهو صراع يشبه إلى حد كبير الصراع الدائر حالياً بين نفس الفكرتين حتى يمكن القول بأن التاريخ يعيد نفسه ويكرر ذاته بصورة أو بأخرى، مما يستلزم معه دراسة التجربة الرومانية لنستفيد منها في قراءة الحاضر واستقراء المستقبل.

وإذا كان القانون الروماني يعد النموذج الأمثل لدراسة فكرة الشكلية في الشرائع القديمة، إلا أن هذا لا ينبغي أن يدفعنا إلى الاعتقاد بأن باقي الشرائع القديمة لم تعرف هذه الفكرة، فمن الثابت أن الشكلية ظاهرة عامة في تاريخ الحضارة[1]، عرفتها كافة الشرائع القديمة منها والحديثة غاية ما هناك أن مفهوم ونطاق تطبيقها قد اختلف من شريعة إلى أخرى، لذا فإننا في عرضنا للشكلية في الشرائع القانونية القديمة لن نغفل تناولها في الشرائع الشرقية القديمة ممثلة في أهم شريعتين عرفهما الشرق القديم وهما مصر الفرعونية وبلاد ما بين النهرين، حيث سنحاول إبراز طبيعة المبدأ الذي يحكم نظام التعاقد في هاتين الشريعتين مع إبراز حقيقة الدور الذي لعبته الشكلية فيهما، فضلاً عن رصد أهم صور وتطبيقات الشكلية التي عرفتها الشرائع القديمة.

وأخيراً نشير إلى أننا لن نقتصر في هذا البحث على الدراسة التاريخية لفكرة الشكلية، وإنما سنحاول ربط الماضي بالواقع القانوني الذي نعيشه، لذا فإن هذه الدراسة لن تقتصر على عرض وتحليل الشكلية في الشرائع القانونية القديمة فقط، بل ستلقي الضوء أيضاً على التطورات التي لحقت بفكرة الشكلية عبر العصور التاريخية المختلفة وصولاً إلى الشرائع الحديثة بهدف التوصل إلى أوجه الشبه والاختلاف بين الشكلية الحديثة والقديمة.

ثانياً: أهمية موضوع البحث:

تعد الدراسة التاريخية التأصيلية لأي فرع من فروع العلوم بصفة عامة، والعلوم القانونية بصفة خاصة، من الأهمية بمكان بحيث تكاد ترقى إلى أهمية دراسة نظريات تلك العلوم ذاتها، فالأفكار القانونية سلسلة متصلة حلقاتها يصعب فصم بعضها عن بعض، وإلا أدى ذلك

---

(١) R.V. IHERING; L'esprit du droit romain, Trad, Meulenaere, Paris, T-3, 1918, p. 147.

مشار إليه لدي: عاطف عبد الحميد ندا: الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" – دراسة مقارنة في تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦ .

إلى تشويهها وتحريفها وأغلب النظم القانونية المطبقة في الوقت الحاضر لها جذور تاريخية تمتد إلى معظم النظم القديمة التي أخذت تتطور بعد نشأتها بما يلائم حاجة المجتمع الذي تحكمه حتى وصلت إلينا بحالتها الحاضرة.

وبناء على ذلك، فإنه لا يمكن فهم النظم المعاصرة فهماً صحيحاً أو سليما إلا على ضوء ما مرت به عبر رحلة الزمن الطويلة من تطورات وتعديلات.

ولعل فكرة الشكلية تعد من أبرز الأمثلة التي يصدق عليها ما سبق ففكرة الشكلية ككثير من أفكار القانون الحديث تجد جذورها في الشرائع القديمة، بحيث يصعب فهمها دون الرجوع إليه، لذا فإنه نتيجة لعدم دراسة بعض فقهاء القانون المدني لفكرة الشكلية دراسة تاريخية متعمقة، جاءت النتائج التي قالوا بها مخالفة للحقيقة، وغير مقبولة عقلاً ومنطقاً، الأمر الذي أدى إلى تشويه هذه الفكرة وتحريفها، ويكفي لإدراك ذلك الإطلاع على ما جاء ببعض المراجع العامة في القانون المدني بصدد الشكلية، حيث لا يزال بعض الكتاب يعرضون لفكرة الشكلية بوصفها من مخلفات التاريخ التي عفى عليها الزمن، وأن القانون الحديث قد استبعدها لكونها فكرة سلبية وضارة، هذا في الوقت الذي تشهد فيه التشريعات المعاصرة في الأونة الأخيرة، ومن بينها التشريع المصري اتجاها متزايدا نحو التصرفات الشكلية، وتراجعا ملحوظاً لمبدأ الرضائية، ويبدو لنا أن هذا الحكم الخاطئ قد جاء نتيجة للاعتماد على مقدمات فاسدة تتمثل في نظرة هؤلاء الكتاب للشكلية الرومانية التي يعتبرونها مجرد طقوس وإجراءات لا معنى ولا ضرورة لها، ولا يوجد لها سبب من الناحية العقلانية ولا من الناحية الاجتماعية، وهم في ذلك قد تجاهلوا وأغفلوا تلك الحقيقة العلمية التي لا جدال في صحتها وهي أن النظم القانونية لا يمكن فهمها فهما سليما إلا على ضوء ظروف البيئة التي أنبتتها ونشأت فيها، حيث فصلوا بين حكم القاعدة القانونية وطبيعة وظروف نشأتها.

وفضلاً عما سبق، فإننا نجد بعض الشراح يسبغون صفة الشكلية التي اتسم بها القانون الروماني على كافة الشرائع القديمة دونما أي تفرقة، وهو الأمر الذي يخالف ما هو ثابت من أن بعض الشرائع القديمة قد سادها مبدأ الرضائية فلم تكن فيها الشكلية سوى مجرد استثناء على القاعدة العامة شأنها في ذلك شأن الشرائع الحديثة وغير ذلك من المغالطات الصارخة لعديد من الحقائق التاريخية الثابتة بخصوص الشكلية القديمة.

ومن هنا فقد دفعتنا رغبة ملحة إلى جمع شتات موضوع الشكلية في الشرائع القديمة في هذا البحث المتواضع الذي نحاول فيه تصحيح العديد من الأفكار والمفاهيم الخاطئة التي سادت لدى بعض فقهاء القانون المدني، بخصوص هذا الموضوع فضلا عن الكشف عن أهم ملامح

ومقومات فكرة الشكلية في الشرائع القديمة والوقوف على حقيقة الدور الذي لعبته الشكلية في تلك الشرائع. ونحن إذا التفتنا إلى الوراء في الشرائع القانونية القديمة لدراسة موضوع الشكلية، فإننا نفعل ذلك كي نتجه بأبصارنا إلى الأمام، فموضوع هذه الرسالة يمثل نوعا من قراءة الحاضر واستقراء المستقبل على ضوء تجارب الماضي، ذلك أن اهتمامنا بدارسة فكرة الشكلية في الشرائع القديمة، إنما يفسر لنا الكيفية التي تسير عليها هذه الفكرة في العصر الحديث كما يبين لنا الوسائل التي تمكن الأنظمة القانونية الحديثة من أن تجعل من الحاضر مستقبلاً أفضل.

ثالثا: منهج البحث وخطته:

اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي التأصيلي، إذ لم يكن هدفنا فقط سرد ووصف ظاهرة الشكلية في الشرائع القديمة، وإنما أيضا تحليل هذه الظاهرة وتفسيرها في ضوء الظروف التي أحاطت بها، وفي ظل البيئة التي نشأت وظهرت فيها، بما يستتبعه هذا المنهج التحليلي من الدراسة والبحث والنقد والتحليل والاستنباط، معتقدا أن هذا المنهج هو الروح الحقيقية للبحث الأصيل، لذلك فإننا قد حاولنا قدر الإمكان تتبع فكرة الشكلية الحديثة تأصيلاً وتحليلاً للوقوف على مفهوم وطبيعة ونطاق تطبيق هذه الشكلية، والبحث عن الأسباب التي أدت إلى ظهورها في الشرائع القديمة، بل ومحاولة استخلاص واستنباط أهم الآثار الناشئة عن سيادة هذه الشكلية في مجال نظام التعاقد السائد في تلك الشرائع، كما رصدنا أهم مظاهر وصور هذه الشكلية في كافة الشرائع القديمة التي تعرضنا لها سواء في ذلك الشرائع التي سادتها الشكلية أو الشرائع التي أخذت بمبدأ الرضائية كأساس للتعاقد، ونظراً لأن فكرة الشكلية قد مرت بتطورات عديدة عبر تاريخها الطويل، فإننا لم نقتصر عند عرضنا وتحليلنا لها على فترة زمنية بعينها، وإنما تتبعنا ورصدنا كافة التطورات التي لحقت بهذه الفكرة سواء من حيث مفهومها واستخدامها أو حتى مظاهرها وصورها، للوقوف على أسباب هذا التطور وإبراز حقيقة مؤداها أن الشكلية لم تختف في أية مرحلة من مراحل القانون، وأن كل ما هنالك هو أن مفهوم ونطاق وصور هذه الشكلية قد اختلف من نظام قانوني لأخر تبعاً لاختلاف ظروف المجتمعات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وأخيراً فإننا قد تخيرنا دراسة موضوع الشكلية في الشرائع القديمة بما طرأ عليه من تطورات حتى وقتنا هذا من خلال معالجة كل شريعة من الشرائع التي تعرضنا لها بصفة مستقلة، بحيث نعرض لكل منها بنفس أدواتها وصيغها وقواعدها ومناهجها في التأصيل، ومنطقنا في ذلك أن المقارنة بينها بصدد كل جزئية من جزئيات البحث تتنافر مع تناول كل شريعة من هذه الشرائع لفكرة الشكلية وتطبيقاتها، ففضلاً عن اختلاف هذه الشرائع فيما بينها من حيث المبدأ العام الذي يحكم نظام التعاقد فيها، نجد أن لكل شريعة من هذه الشرائع خصائصها

وغاياتها وتفاصيلها التي تختلف تمام الاختلاف عن نظيراتها في الشرائع الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة الجمع والمقارنة المتوازية بينهما.

ولذلك، وحتى يكون هناك نوع من التناسق في تناول موضوع الدراسة في تلك الشرائع أثرت تناول كل شريعة على حدة.

وعلى ذلك فقد اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى ثلاثة أبواب رئيسية وفصل تمهيدي وذلك على النحو التالي:

فصل تمهيدي: نعرض فيه لحقيقة دور الشكلية في أهم شريعتين عرفهما الشرق القديم وهما مصر الفرعونية وبلاد ما بين النهرين مع رصد أهم مظاهر وصور الشكلية فيهما.

أما الباب الأول: فنتناول فيه فكرة الشكلية ونطاقها في القانون الروماني وقد تم تقسيمه إلى فصلين الأول نقوم فيه بإجراء دراسة تحليلية لفكرة الشكلية في هذا القانون بدءاً من مفهومها وطبيعتها ووظيفتها مروراً بأسباب ظهورها وانتهاء بأثرها على أهم الأفكار والمبادئ القانونية التي سادت في هذا القانون، أما الفصل الثاني فنعرض فيه لكافة مظاهر وصور الشكلية التي عرفها هذا القانون سواء في مجال إجراءات التقاضي أو في مجال نظم الأشخاص أو في مجال التصرفات القانونية بتقسيماتها المختلفة.

وفي الباب الثاني: تناولنا التطورات التي لحقت بفكرة الشكلية في القانون الروماني، وقد قسم هذا الباب إلى فصلين: الأول نعرض فيه لعوامل بزوغ مبدأ الرضائية في القانون الروماني، أما الفصل الثاني فنرصد فيه مختلف صور وتطبيقات الرضائية التي عرفها القانون الروماني، مع بيان النطاق الحقيقي لمبدأ الرضائية في هذا القانون.

أما الباب الثالث والأخير: فنعرض فيه للشكلية في النظام القانوني الحديث، وقد قسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، الأول، نبين فيه عوامل ظهور مبدأ سلطان الإرادة في الشرائع الحديثة، والثاني نعرض فيه لمصير مبدأ سلطان الإرادة في النظرية القانونية الحديثة، أما الفصل الثالث فنتناول فيه مفهوم الشكلية الحديثة وصورها.

والله ولي التوفيق،،،

فصل تمهيدى

الشكلية فى أهم الشرائع الشرقية القديمة

تمهيد وتقسيم:

يجمع الشراح على أن ثمة صعوبة تحول دون تشييد نظرية عامة متماسكة للالتزامات فى الشرائع الشرقية القديمة، خاصة فى مصر وبلاد ما بين النهرين، وترجع هذه الصعوبة من ناحية، إلى ندرة المصادر التشريعية الثابتة، بمعنى قلة النصوص التى تتناول أحكام العقد بشكل دقيق ومفصل، فضلا عن أن هذه المصادر رغم ندرتها، لم تضع مبادىء عامة للتطبيق، بل عالجت أمور فردية، بدت فى كثير من الحالات متعارضة، ويصعب التوفيق بينها، ومن ناحية أخرى إلى عدم العثور حتى الآن على نصوص كافية أو مؤلفات فقهية تزود الباحث بمعلومات كافية عن الأحكام القانونية التى اختصت بها، أو قامت على أساسها فكرة الالتزام بوجه عام.

إلا أن كل ما سبق لا يعنى أن تلك الشرائع لم تعرف فكرة الالتزام، إذ تم العثور على الآلاف من الوثائق المثبتة للمعاملات اليومية بين سكان تلك البلاد، التى تدل بصدق ووضوح على تطور وتقدم النظم القانونية فيها، وخاصة ما تعلق منها بنظام التعاقد والالتزامات عامة حيث يتبين من هذه الوثائق، أن العقد كان هو المصدر الأساسى للالتزام فى تلك الشرائع، وأن سكان هذه البلاد قد عرفوا أنواع العقود المختلفة، ووضعوا لكل منها أحكامها، والآثار القانونية التى تتولد عنها، كل ما هنالك أن هذا الغموض الذى غلف فكرة العقود والالتزامات عامة، قد أدى إلى إختلاف الشراح والفقهاء حول العديد من المسائل التى تتعلق بالقواعد العامة التى تحكم العقد فى هذه الشرائع، ومنها المسألة التى تمثل محور اهتمامنا، والتى تدور حول موقف الشرائع الشرقية من مبدأ الشكلية فى التعاقد، والمدى الحقيقى لتطبيق هذا المبدأ فى نطاق التصرفات القانونية.

وفى محاولة منا للوقوف على الدور الحقيقى لمبدأ الشكلية فى التعاقد فى الشرائع الشرقية القديمة، نعرض فيما يلى لموقف القانونين الفرعونى والعراقى القديم من هذا المبدأ ونطاق تطبيقه فى كل منهما، كمثال لما جرى عليه العمل فى الشرائع والمجتمعات الشرقية القديمة ونبحث ما سبق فى اطار التقسيم التالى:

المبحث الأول : الشكلية فى مصر الفرعونية

المبحث الثانى : الشكلية فى بلاد ما بين النهرين

المبحث الأول

الشكلية في مصر الفرعونية

تمهيد وتقسيم:

عرف القانون المصري نظام التعاقد منذ فجر وجوده على نحو تطوري واضح، حيث التقى في مسيرته بجميع أنواع العقود: المقايضة، البيع، الهبة، الوصية، الإيجار، القرض، الرهن ..... الخ.

ولكن يبقى السؤال الذي يمثل محور اهتمامنا في هذا البحث، وهو يتمثل فى البحث حول مدى إقرار المشرع الفرعوني لمبدأ الشكلية في التعاقد، وهو ما سنناقشه في مطلبين: نعرض في أولهما للخلاف الفقهي حول دور الشكلية في القانون الفرعوني، وفي ثانيهما نتحدث عن ملامح الشكلية التي عرفها القانون الفرعوني وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: الخلاف الفقهي حول دور الشكلية في القانون الفرعوني

المطلب الثاني: ملامح الشكلية في مصر الفرعونية

المطلب الأول

الخلاف الفقهي حول دور الشكلية في القانون الفرعوني

يعد العقد المصدر الرئيسي للالتزام في القانون الفرعوني، وعلى الرغم من التوصل إلى العديد من العقود التي تناولت مختلف جوانب الحياة القانونية من بيع وإيجار ووصية وهبة ورهن .... الخ التي تبين من دراستها وتحليلها أن نظرية العقد في هذا القانون قد وصلت إلى درجة كبيرة من التجريد والتقدم ، كما سبق القول، فإن عدم العثور على أي تعريف لمفهوم العقد أدى إلى اختلاف الشراح حول القواعد العامة التي تحكم العقد سواء من حيث تكوينه أو من حيث طبيعته[1].

ويعد موضوع دور الإرادة في تكوين العقد في القانون الفرعوني من أهم الموضوعات التي كانت وما زالت مثار خلاف بين الشراح، حيث احتدم النقاش بين الشراح حول المبدأ السائد في التعاقد في القانون الفرعوني: هل هو مبدأ الشكلية – بمعنى أن العقد لم يكن ينشأ ولا تترتب عليه آثاره القانونية إلا إذا اتخذ الشكل أو الصورة التي رسمها له القانون، أم هل كان مبدأ الرضائية، بحيث يكفي لانعقاد العقد إئتلاف إرادة المتعاقدين، أيا كان الشكل الذي تصاغ فيه هذه الإرادة؟

وبوجه عام يمكننا حصر الآراء التي قيل بها في هذا الصدد في اتجاهين، وذلك كما يلي:

---

(١) فضلا عن الخلاف الذي قام بين الشراح حول دور الإرادة في تكوين العقد في القانون الفرعوني، فإن هناك خلافا من نوع آخر قد ثار بين الشراح حول طبيعة العقد، وهل مصدر الالتزام في العقد هو إرادة الملتزم أم هل مصدره هو الاتفاق نفسه أي توافق الإرادتين، فذهب البعض إلى أن العقد كان تصرفا قانونيا من جانب واحد حيث، كانت إرادة كل ملتزم هي المصدر الوحيد لالتزامه، ولم يكن العقد هو مصدر الالتزام،في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الالتزامات التي كانت تتولد عن العقود كانت تنشأ نتيجة لاتفاق الطرفين، ومن ثم فإن العقود لم تكن تصرفات قانونية من جانب واحد وإنما ملزمة للجانبين، وينتهي بعض أنصار هذا الرأي إلى أن الرأي الأول يصدق بالنسبة للعهود الإقطاعية فقط عندما كان العقد يتأسس على التعبير الشفوي المصحوب باليمين، أنظر في تفصيلات هذا الخلاف: فتحي المرصفاوي، تاريخ القانون المصري (دراسة تحليلية للقانونين الفرعوني والبطلمي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٩٩ وما بعدها؛ السيد عبد الحميد فوده، القانون الفرعوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٣٠ وما بعدها؛ محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مكتبة القاهرة الحديثة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٤٧٩ وما بعدها، مصطفي سيد صقر، فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص ٥٨٤ وما بعدها؛ شفيق شحاته، تاريخ القانون الخاص في مصر، الجزء الأول، القانون المصري القديم، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٥٤، ص ٢١٧ وما بعدها؛ محمود سلام زناتي، موجز تاريخ القانون المصري في العصور الفرعوني والبطلمي والروماني والإسلامي، بدون ناشر، ١٩٨٦، ص ١٧٥ وما بعدها.

الاتجاه الأول: سيادة الشكلية سيادة مطلقة في القانون الفرعوني:

ذهب جانب من الفقه[1] إلى القول بأن الإرادة لم تكن وحدها كافية لانعقاد العقد في القانون الفرعوني، فالعقد لم يكن عقدا رضائيا، بل كان عقدا شكليا، فمجرد الاتفاق والتراضي لم يكن وحده كافيا لانعقاده، بل كان من اللازم أن تصاغ تلك الإرادة في شكل خارجي محدد هو الشكل الديني الذي يتطلب اقتران الإرادة بالقسم، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن "صيغة اليمين" قد لعبت دورا رئيسيا في هذا المجال، فكل تعاقد كان مشفوعا بالقسم سواء في المعابد، أو أمام القضاء أو خارج نطاقهما أمام الشهود، فكان العقد يتم بيمين دينية صادرة من الملتزم إلى الملتزم له بحضور عدد من الشهود، وهذا اليمين أو القسم هو الذي يجعل لعبارة الملتزم قوة الإلزام لا توافق الإرادة بين العاقدين[2].

وعلى هذا فإن العقود في القانون المصري القديم كانت في نظر هذا الفقه عقودا شكلية لا عقودا رضائية؛ لأن مجرد الاتفاق والتراضي، لم يكن كافيا لانعقادها، وإنما يلزم لهذا الانعقاد أن تقترن الإرادة بالقسم، وبدون استكمال هذه الصيغة الدينية، التي تمثل القالب الشكلي الذي تصاغ فيه الإرادة لا ينعقد التصرف، ولذلك فهم يقيمون نوعا من الشبه بين العقد في القانون الفرعوني وعقد الاشتراط الشفوي STIPULATIO الذي كان معروفا عند الرومان[3].

ويستند أنصار هذا الرأي للتدليل على صحة رأيهم إلى عقد بيع يرجع تاريخه إلى عهد الدولة القديمة، وبالتحديد عصر الملك خوفو أحد ملوك الأسرة الرابعة أي حوالي عام ٢٥٠٠

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه: E. RÉVILLOUT: précis du droit egyptien. Compare aux autres droit de L'antiquité. paris 1899. p. 1184.

مشار إليه لدي مصطفي سيد صقر: مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص٩.

وفي الفقه العربي: عمر ممدوح مصطفي، أصول تاريخ القانون، بدون ناشر، ١٩٥٨، ص ١٧٦؛ محمد عبد الهادي الشقنقيري، مذكرات في تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦ – ١٩٧٧، ص ٣٥٥؛ مختار القاضي، تاريخ الشرائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٠١ – ١٠٢.

(٢) عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، نفس الموضع؛ محمد عبد الهادي الشقنقيري، المرجع السابق، نفس الموضع E. RÉVILLOUT: op. cit.. p. 1184.

(٣) بل إن ريفيو (RÉVILLOUT) يرى أن فكرة العقد الشفوي قد نقلها الرومان عن قدماء المصريين: أنظر: E. RÉVILLOUT; op. cit., p. 1183 et 1184.=

ق.م، حسب ما ذهب إليه الرأي الراجح[1]، وهو بيع تم بين الكاتب تنتي (Thinti) والكاهن كمابو (Kemapou) اتفق المؤرخون على ترجمته على النحو التالي:

"قد أخذت هذه الدار من الكاتب "تنتي" بعوض، وقد أعطيت في مقابلها ١٠ "شعت" "،

"وقال الكاتب "تنتي" قسما بحياة الملك سأعطي ما هو حق وستكون أنت مستوفيا بذلك كل ما تفيده الدار".

"وقد أوفيت بجميع ما عليك دفعه وتم ذلك عن طريق الاستبدال".

"ختم بمكتب الأختام بإدارة مدينة الهرم "أخت خوفو" وبحضرة شهود عديدين ....."

فأنصار هذا الاتجاه يرون أن هذه الوثيقة تمثل دليلاً مادياً ملموساً على إقرار القانون المصري لفكرة الشكلية بالنسبة للعقود واستبعاد فكرة الرضائية تماماً، إذ تكشف لنا هذه الوثيقة ما جرى عليه العمل في العقود في القانون الفرعوني، حيث تستهل عبارة الملتزم دائماً بصيغة قسم هي "قسما بحياة الملك" ولما كان الملك مؤلها فهذا يعني أن اليمين الدينية كانت متطلبة لوجود العقد، وأنها سبب التزام المتعاقد وليس إرادته، ومن ثم فإن اقتران الإرادة بهذا القسم هو الذي كان يعطي لعبارة المتعاقدين قوة الإلزام.

على أن ثمة تفرقة أقامها المناصرون لهذا الرأي وهي أنه إذا كان القسم أو اليمين الديني يمثل أصل الالتزام التعاقدي وركنا أساسياً بالنسبة للعقود الصادرة من الأفراد العاديين، فإن هذا الأمر لا يصدق على طائفة الكهنة، فيما يتعلق بالعقود الصادرة منهم التي يتعهدون فيها بإقامة الطقوس والشعائر الجنائزية إذا لم يكن يشترط بالنسبة لهم أداء اليمين أو القسم، لأن مصدر

=مشار إليه: لدي مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص٩، شفيق شحاته، المرجع السابق، ص٢١٨.

(١) عثر الأثريون على ملخص لهذا العقد منقوش على نصب من الحجارة، وقد اختلف الكتاب في أمر تحديد تاريخه على وجه قاطع، فذهب البعض إلى أنه يرجع إلى عهد الأسرة السادسة. راجع
J. PIRENNE; Histoire des institutions et du droit prive de l'ancien Egypte, T. 2, 1934, p. 293.

مشار إليه لدي شفيق شحاته، المرجع السابق، ص٤٩، هامش رقم (١)، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص١٢، ١٣، هامش رقم (٢).

إلا أن الجانب الأكبر من الفقه يرى أن هذا العقد يرجع تاريخه إلى عهد الملك خوفو من الأسرة الرابعة، راجع سليم حسن، مصر القديمة، الجزء الثاني، ص ٢٣٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٤٩، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٩٤.

التزامهم في هذه العقود لم يكن مؤسساً على القسم، وإنما على عنصر حقيقي وموضوعي element reel هو العنصر العيني المتمثل في واقعة تسليم الشيء المخصص لإقامة هذه الطقوس والشعائر(١).

ويرى بعض أنصار الشكلية أنه بمرور الزمن ونتيجة لانتشار استعمال الكتابة في تدوين التصرفات القانونية فإن ثمة تحولا قد لحق بالقالب الشكلي الواجب صب الإرادة فيه لانعقاد العقود في القانون الفرعوني في عهد الدولة الحديثة وبالتحديد ابتداء من عهد الأسرة التاسعة عشرة، حيث قلت أمثلة الالتزامات التعاقدية المؤسسة على القسم وصيغة اليمين، وأصبحت نادرة تماماً، وحل العقد الكتابي محل العقد الشفوي المؤسس على القسم، ولكنه لم يتخلص تماما من آثار الشكلية التي كانت سائدة من قبل، وقد بدأ هذا التطور نحو العقد الكتابي منذ عهد الدولة الوسطى حيث كان العقد يتم بحلف اليمين أمام القاضي ثم يقوم الكاتب بتدوين محتوياته، وانتهي الأمر عند نهاية عصر الدولة الحديثة، وبالتحديد في عهد الأسرة الثانية والعشرين، إلى انعدام اللجوء إلى القسم تماما، ومن ثم فقد الأخير لأهميته في تكوين العقد لصالح الكتابة؛ لتحل محله وتلعب نفس دوره في إنشاء الالتزامات، فأصبحت بذلك الكتابة شرطاً لا غنى عنه لصحة العقد، ومن ثم أصبح العقد يتم كتابة دون حاجة إلى يمين، عدا حالة نشوء التزام عن العقد يجب الوفاء به مستقبلاً، فكان لابد من إثبات واقعة أداء اليمين وذكر الشهود الذين أديت أمامهم(٢).

الاتجاه الثاني: سيادة مبدأ الرضائية في القانون الفرعوني:

يذهب أنصار الاتجاه الثاني الذي يمثله جانب كبير من الفقه إلى القول بسيادة مبدأ الرضائية في القانون الفرعوني(٣)، وخاصة في العهود ذات النزعة الفردية التي ساد فيها مبدأ

---

(١) أنظر: R. MONIER, G. CARDASCIA & J. IMBERT; Histoire des institutions et des Faits Sociaux, Paris, 1955, p.80.

(٢) أنظر: عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ١٧٧؛ فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٩٨؛ محمود السقا، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٤٨؛ أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نظم القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٨٧؛ شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٣) ومن أنصار هذا الاتجاه: محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مرجع سابق، ص ٤٧٧ – ٤٧٨؛ فخري أبو سيف مبروك، دراسات في مراحل تاريخ القانون في مصر، بدون ناشر، ١٩٨٢ – ١٩٨٣، ص ٢٥٤– ٢٥٥؛ فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٩٧ – ١٩٨؛ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٨٨؛ مصطفي سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص ١٢ وما بعدها؛ السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ٣٢٨ –=

سلطان الإرادة، حيث كان العقد في مصر الفرعونية تصرفاً رضائياً يكفي لانعقاده إرادة المتعاقدين، أيا كان الشكل الذي تصاغ فيه هذه الإرادة.

وقد أستند أنصار هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج للتدليل على رجاحة رأيهم القائل بانتصار مبدأ الرضائية في القانون المصري ومنها:

١- وجود دليل مادي ملموس على إقرار المشرع الفرعوني لمبدأ الرضائية كقاعدة عامة ألا وهو "قانون بوكخوريس" فمن المعروف أن هذا القانون قد جاء منظماً لجميع المعاملات على أساس من حرية التعاقد، والرضائية، حيث أوضحت مدونة "بوكخوريس" أن العقد يتم بتبادل الإيجاب والقبول، أي بمجرد التراضي، دون أية حاجة إلى الشكلية الخارجية المتمثلة في اليمين أو غيره من الإجراءات الشكلية(١)، ولما كان من الثابت أن هذا القانون قد أتى ليعيد النظم القانونية المصرية إلى سابق عهدها وإلى السير على درب الفردية واحترام الإرادة، فإن ذلك يدل دلالة واضحة على أن هذا القانون، لم يأت إلا ترجمة لحقيقة وجدت من قبل، وهي سيادة مبدأ الرضائية في مصر الفرعونية(٢).

٢- يتطلب الأخذ بمبدأ الشكلية أن تصاغ الإرادة في قالب شكلي محدد لا يجوز الخروج عنه، وإلا ترتب على ذلك عدم انعقاد التصرف، وهو الأمر الذي لا نستطيع إقرار وجوده في القانون الفرعوني، لأنه بإمعان النظر في العديد من العقود التي تم العثور عليها والتي ترجع إلى العصر الفرعوني، نلاحظ تعدد واختلاف الصياغات والنماذج بالنسبة للعقد الواحد، سواء أكان بيعاً أم إيجاراً أم رهناً ..... الخ، أي إن هذه العقود ذات الصيغ المتنوعة لم تكن تمثل نماذج وأساليب معينة واجبة الاحترام كما يقضي بذلك مبدأ الشكلية كما أسلفنا، وهو ما يعد دليلاً على

=٣٢٩؛ محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٤. وجدير بالذكر أن أستاذنا الدكتور/ مصطفي سيد صقر يرى أن إقرار المشرع الفرعوني لمبدأ الرضائية هو ما انتهى إليه أيضا العلامة "جاك بيرين" – على الأقل بالنسبة لعقد البيع، وذلك في بحث له بعنوان L'écrit pour argent et l'écrit de cession dans l'ancien droit égyptien, dans: Revue internationale de droit de L'Antiquité, 1, 1948. راجع: مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢١ هامش رقم ١.

(١) راجع في ذلك: طه عوض غازى فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية- نشأة القانون وتطوره – دون ناشر ١٩٩٨ ص ١٣٤ عبد السلام الترمانيني، محاضرات في تاريخ القانون، مطبعة الشرق، حلب، ١٩٦٤، ص ٦٢؛ إدوارد غالي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المكتبة الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٧٦، ص ١٤٣، مختار القاضي، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٩٧. محمود السقا، تاريخ النظم، مرجع السابق، ص ٢٤٩. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

عدم سيادة الشكلية في مصر الفرعونية[1].

٣- أن القسم الديني الذي كان يقترن أحياناً بعبارة الملتزم لم يكن يتطلبه القانون لانعقاد العقد، وإنما لكي ينتج العقد بعض الآثار التي يتفق الطرفان على تأجيل تنفيذها للمستقبل مثل ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وحتى تكون لدى المشتري ضمانة أكيدة لتنفيذهما إذا ما دعت الحاجة إليهما[2]، فبدون التعهد بذلك صراحة في العقد، واقتران هذا التعهد بالقسم الديني لا يكون البائع أو المؤجر مثلاً ملتزماً بالضمان، لأن الضمان كان لا يتقرر في بادئ الأمر إلا إذا نص عليه صراحة في صلب العقد، وهذا هو ما يبرر في تقدير أنصار هذا الاتجاه – فقدان صيغة القسم أو اليمين الدينية لأهميتها في عصر الدولة الحديثة، حيث كان التطور القانوني قد بلغ منتهاه، وأصبح العقد يستتبع جميع آثاره القانونية الحالة والمستقبلة دون حاجة إلى النص على هذه الالتزامات كلها أو بعضها صراحة في صلب العقد[3].

٤- يرى أنصار الاتجاه القائل بسيادة الرضائية في مصر الفرعونية أن عقد البيع الذي تم بين الكاتب "تنتي" والكاهن "كمابو" والذي يستند إليه أنصار الاتجاه الأول للقول بسيادة الشكلية هو نفسه أحد الأدلة على سيادة الرضائية في مصر الفرعونية[4].

فمن ناحية أولى يرى أنصار الرضائية أن عبارة البائع التي ورد عليها القسم في عقد البيع يمكن تحليلها إلى شطرين: أولهما "سأعطي ما هو حق" ويرون أنه يقصد منه بإجماع الآراء الإشارة إلى التزام البائع بضمان الاستحقاق "garantie d'éviction"، بمعنى أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالشيء المبيع، سواء أكان التعرض من فعله هو أم من فعل الغير، أما الشطر الثاني من العبارة فهو "وستكون أنت مستوفياً بذلك كل ما تفيده الدار"

---

(١) راجع: فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٤؛ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٢) يرى أستاذنا الدكتور/ فتحي المرصفاوي انه حتى بالنسبة للعصور القديمة كان لليمين دور مهم فيها، فإن ذلك لا يعني بأي حال أن تلك اليمين هي التي كانت تنشئ الالتزام، وإنما كان دورها هو مجرد إضفاء نوع من الاحترام على العقد المبرم، أو مجرد إعطائه قوة تضمن تنفيذه بواسطة الأطراف، وفرق بين انعقاد العقد وبين ضمان تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليها وفرق كبير بين قيام الالتزام في ذمة المدين وبين قيام المدين بتنفيذ الالتزام ، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٩٧-١٩٨.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٢.

(٤) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

ويقصد منه – وذلك بإجماع الآراء أيضا – الإشارة إلى التزام البائع بضمان العيوب الخفية[1].

والعبارة بشقيها قد صيغت في أسلوب المستقبل،وهو ما يرجح معه القول بأنها تنصب على التزامات لم يأن بعد موعد تنفيذها[2].

وعلى ذلك فإن القسم أو اليمين الذي أداه البائع في صلب العقد لا يتصرف أثره إلا إلى الالتزام بضمان الاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية، ولا يمتد ليشمل – على عكس ما ذهب إليه البعض[3]– التزام البائع بتسليم الشيء المبيع واتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المشتري وتسجيل العقد وتوثيقه .... الخ[4].

وعلى هذا ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أن "مثل هذه الالتزامات كانت تترتب قانوناً

---

(١) كان للالتزام بضمان الاستحقاق دور مهم لدى المشتري، إذ أن البائع يضمن له بموجب هذا الالتزام، أنه قد باع له ما يملك، وأنه سيقدم للدفاع عن ذلك في مواجهة أي شخص يتعرض للمشتري عند استخدام صلاحيات الشيء بعد انتقال الملكية إليه، فإذا ما ثبتت مسئولية هذا البائع، فإن البائع يلتزم بالتعويض الذي يتمثل في فسخ عقد البيع وبذلك يسترد المشتري ما دفعه ثمناً للشيء المبيع، كما قد توقع على البائع عقوبة كذلك فيما لو تبين تعمد ظهوره بمظهر المالك لما لا يملك.

أما فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية، فيقصد به ضمان كمال المنفعة، وخلو الدار من العيوب، واستيفائها لجميع الشروط والمواصفات التي تؤكد الانتفاع بها على وجه كامل وغير مقصور، ويرى الفقهاء أن أحكام هذا الالتزام لا تتصرف إلا إلى العيوب الخفية فقط، ومن ثم فإن البائع لم يكن مسئولاً عن العيوب الظاهرة التي يمكن التحقق منها قبل انعقاد البيع والتي يفترض أن المشتري قد أخذها في اعتباره عند تقييم الشيء، ولذلك تدخل هذه العيوب عادة ضمن ثمن الشيء المبيع، والغالب أن هذا الالتزام كان يتم تقييده بمدة معينة يتحرر بعدها البائع من الرجوع عليه بالضمان. أنظر في ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فى عقد البيع الفرعونى: فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٤٢، ٢٤٣؛ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤؛ محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٥٢، ٢٥٣ عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ١٨١، ١٨٢؛ مصطفي سيد صقر، فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، مرجع سابق، ص ٦٠٠-٦٠٢؛ فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٢) J. PIRENNE; op. cit., p. 294.

مشار إليه لدي مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص١٤ – ١٥.

(٣) أنظر: زكي عبد المتعال، تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٩٣٥، ص ٢٢٥، حيث يقرر: "ويترتب على البيع الصحيح المنعقد باليمين أمام الشهود، التزام البائع بتعهدين: الأول تسليم سندات الملكية ويسمى "PIPOSIONIS"، والثاني ضمان كل تعرض للمشتري ويطلق عليه "STIRIOSIS"."

(٤) مصطفي سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ١٦.

بمجرد التراضي، وأن العقد بدوره قد انعقد بالتراضي وحده، أي بمجرد ائتلاف إرادتي البائع والمشتري وتراضيهما على الشيء المبيع والثمن، دون أن يكون لليمين الدينية أو للكتابة أي دور في هذا الصدد، ثم جاء دور إعداد وثيقة مكتوبة الغرض منها هو إثبات العقد الذي تم الاتفاق عليه بمجرد التراضي، وفي هذه الوثيقة حرص العاقدان على إدراج شرطي ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وهما التزامان – كما هو معروف – لا يجب الوفاء بهما في الحال، وإنما قد تدعو الحاجة إلى تنفيذها في المستقبل، لذا فقد اقترن هذان الالتزامان باليمين الدينية المتمثلة في القسم بحياة الملك – بوصفه إله – حتى تكون لدى المشترى ضمانة أكيدة لتنفيذهما إذا ما دعت الحاجة إليهما"[1].

ومن ناحية أخرى يرى أنصار هذا الاتجاه أن ثمة ملاحظة ثانية لا تخطئها النظرة المتأملة في عقد البيع، الذي استند إليه أنصار الشكلية وهي أن العبارة الأولي من العقد وهي "قد أخذت هذه الدار من الكاتب "تنتي" بعوض، وقد أعطيت في مقابلها ١٠ "شعت". قد صيغت في أسلوب الماضي، وهو ما يؤكد أن العقد قد تم الاتفاق عليه بمجرد التراضي بين طرفيه، البائع والمشتري، وأن كل طرف منهما قد نفذ التزاماته كاملة في مواجهة الطرف الآخر: فالبائع قد نفذ التزامه بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري كما أن المشتري قد أوفى بالتزامه بدفع الثمن المتفق عليه. وبذلك تكون عناصر العقد الرئيسية قد اكتملت سواء من حيث النشأة والتكوين أو من حيث التنفيذ، كل ذلك قد تم بعيدا عن صيغة القسم أو اليمين الدينية مما يعني أن هذا القسم لم يكن يمثل ركنا شكليا في العقد[2]، وأن هذا القسم لم يكن يتطلبه القانون لإنعقاد العقد، وإنما لكي ينتج العقد بعض الآثار التي يتفق الطرفان على تأجيل تنفيذها للمستقبل، مثل ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وضمان تبعة الهلاك أو التلف، إذ بدون التعهد الصريح المقترن بالقسم في العقد لا يكون المتعاقد ملتزماً بالضمان[3].

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) وقد استدل أستاذنا الدكتور/ مصطفي صقر بالعديد من عقود الإجارة التي يرجع تاريخها إلى عهد الأسرة الثامنة عشرة لتأكيد القول بان القسم أو اليمين الديني لا يتعلق بتكوين العقد ومن ثم لا يمثل ركنا شكلياً فيه، وإنما يتعلق القسم بشيء آخر هو التعهد بضمان تبعة الهلاك أو التلف أو ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، كما يرى "أن هذا التعهد بالضمان خاصة في عقود البيع قد أصبح يفهم ضمناً من العقد، دون حاجة للنص عليه صراحة إبان عهدي الدولتين الوسطي والحديثة حيث جاءت عقود البيع التي تاريخها إلى هذه الفترة خالية من الإشارة إلى التعهد بالضمان،وهو ما يفهم منه أن هذا التعهد قد أصبح شرطاً دارجاً أو مألوفاً، في كل بيع، وأن البائع قد أصبح يلتزم بالضمان بموجب العقد ذاته". راجع، مصطفي سيد صقر، المرجع=

٥- وأخيرا فإن أنصار هذا الاتجاه يستبعدون أيضا فكرة أن الكتابة كانت شرطاً لا غنى عنه لصحة التصرفات في مصر الفرعونية، وذلك تأسيساً على حجة تعتمد كلية على المنطق وهي أنه من المستبعد أن يتطلب القانون في أي بلد - الكتابة - كشرط لصحة انعقاد كل التصرفات القانونية، لأن اشتراط ذلك يعد قيداً خطيراً في وجه سرعة التعامل بين أصحاب المصالح والشأن، كما أنه تكليف وتحميل للناس فوق ما يطيقونه دون كبير فائدة خاصة في تلك العصور التي لم تكن الكتابة فيها شائعة الاستعمال كما هي الآن، لكن من المعقول أن يترك القانون للأفراد حرية تقدير مصلحتهم في تدوين تصرفاتهم او عدم تدوينها، ومن الطبيعي أن يلجأ هؤلاء إلى الكتابة عندما يشعرون بالحاجة إلى وسيلة للإثبات أكثر مدعاة للإطمئنان(١).

وبناء عليه، فيرى هذا الجانب من الفقه أن الكتابة في مصر الفرعونية، لم تكن شرطاً لصحة انعقاد التصرف كقاعدة عامة، ولا يغير شيئا فى نظرهم أن يكون القانون قد اشترط لإثبات التصرفات العقارية توثيق العقد، كما ذهب البعض، إذ لا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل محدد ، حيث ينبغي التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين، فالعقد رضائي، حتى ولو اشترط القانون لإثباته الكتابة أو غ(٢).

وجدير بالذكر أنه بالرغم من أن أنصار هذا الاتجاه يرون أن الكتابة في مصر الفرعونية متطلبة كقاعدة عامة للإثبات وليست شرطا لصحة الانعقاد، فإنهم لا يستبعدون كلية أن يكون القانون في مصر قد اشترط الكتابة في بعض العقود لحساسيتها وأهميتها لصحة التصرف(٣).

والحقيقة أننا نميل إلى ترجيح القول بسيادة مبدأ الرضائية في مصر الفرعونية كقاعدة عامة، خاصة في العهود التي تشبعت فيها النظم القانونية بالنزعة الفردية.

فرغم احتلال الدين مكانة مرموقة في نفوس الأفراد في مصر الفرعونية(٤)، وما لعبه من دور لا يمكن إنكاره في مجال الوجود الاجتماعى والقانوني، وانعكاس ذلك على جميع أسس ودعائم النظم الموجودة في مصر الفرعونية - سواء في ذلك نظم القانون العام أو نظم القانون

=السابق، ص ١٧ - ٢٠.

(١) محمود سلام زناتي، نظم مصر من العصر الحجري إلى نهاية العصر الفرعوني، بدون ناشر، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٤٠٧، ٤٠٨.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

(٤) راجع:

V. A. RENOUF: outlines of General History. London. 1914. p.16. 17.

الخاص – وهو ما يظهر أثره في اتسام سائر التصرفات القانونية بالنزعة الدينية، وخاصة في مجال نظام التعاقد[1]، إلا أن كل ما سبق لا ينبغي أن يدفعنا إلى حد الاعتقاد بسيادة مبدأ الشكلية في مصر الفرعونية، كما ذهب إلى ذلك أنصار الاتجاه الأول، بل إننا نتصور حرية كاملة للأفراد في مجال التعاقد في ظل العهود الفردية، ومعها يمكن أن نتكلم بوضوح عن انتصار مبدأ الرضائية وسيادة سلطان الإرادة في هذه العهود، حيث تدل الوثائق على أن مصر قد قطعت شوطًا كبيرا في التقدم، وأن اقتصادها قد تجاوز منذ بداية عصر الأسرات مرحلة الاقتصاد البدائي القائم على المبادلة، كما تدل على أنها لم تكن مجتمعا زراعيا منغلقا على نفسه تكفي فيه الأسرة نفسها بنفسها، بل كان مجتمعا تجاريًا منفتحا على العالم، تتعدد فيه المبادلات الداخلية والخارجية، حيث تعددت علاقاتها التجارية مع آسيا وأفريقيا[2].

ومن الطبيعي أن ينعكس هذا التطور في وسائل الاقتصاد على الأحكام القانونية الخاصة بالالتزامات والعقود، فالمشرع لا يستطيع أن يغفل الحقائق الاقتصادية في مجتمعه عند تنظيمه قواعد تداول الأموال فيه من منطلق ما هو ثابت من وجود رابطة محكمة بين القانون وجميع الظواهر الاجتماعية – أخذاً وعطاء، جمودا وتطورا – والتي يأتي في مقدمتها العامل الاقتصادي، وهو ما يظهر أثره في تعدد العقود التي نظمها القانون الفرعوني واختلاف صورها وأشكالها بما يتناسب مع مقتضيات التجارة. وليس من المتصور والحال هذه أن يقيد القانون التصرفات القانونية التي يجريها الأفراد بقيود الشكل البغيضة، لأن التجارة تقتضي السرعة في المعاملات والثقة في المبادلات، وإمكانية التعامل بين الحاضرين والغائبين، والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى عرقلتها، وهي اعتبارات تتعارض تمام التعارض مع وجود قيود يفرضها القانون على حرية الأفراد في التعامل، ولذلك فإنه من الطبيعي أن تجيء قواعد وأحكام القانون الفرعوني مشبعة بالروح العملية الخالية من الصبغة الشكلية، وبعيده كل البعد عن الإجراءات المعقدة غير المبررة، وهو الأمر الذي تؤكده عقود عهد الدولة الوسطي والحديثة خاصة.

ومما يؤكد هذا الرأي أيضا، أنه من الثابت بإجماع الآراء أن نظرية العقد في القانون

---

(١) أنظر: فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٥٤؛ محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٢) راجع: V. A. RENOUF; op. cit, p. 9.

صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٨ – ٢١٩؛ مصطفي سيد صقر، فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، مرجع سابق، ص ٥٨٠؛ عادل بسيوني، الوسيط في تاريخ القانون المصري، دار نهضة الشرق، القاهرة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩، ص ١٠٤.

الفرعوني قد وصلت إلى درجة متطورة، حتى إننا نرى أن أكثر من عنصر من عناصرها قد جاء متفقاً مع ما يقرره التشريع الحديث في هذا المجال[١].

ومن أهم الأنظمة التي وصل فيها الفن القانوني في العصر الفرعوني إلى أقصى درجة ممكنة – نظام النيابة في التعاقد – حيث عرفها القانون الفرعوني، فأجاز للشخص أن يتعاقد بواسطة الغير، فنجد النصوص تدل دلالة واضحة على أنه كان في إمكان الشخص أن ينيب عنه غيره في إبرام العقد، وأن آثار العقد في مثل هذه الحالة كانت تتصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب أو الوكيل، بل إن القانون المصري قد وصل في موضوع النيابة التعاقدية إلى أقصى حدودها عندما أجاز للشخص أن يتعاقد مع نفسه إذا ما كانت له في العقد صفتان مختلفتان[٢] وهذا ما لم يصل إليه القانون الروماني.

وفي ظل هذا الإقرار بمعرفة القانون الفرعوني لنظام النيابة في التعاقد، فإنه يصبح من غير المنطقي القول بسيادة الشكلية في مصر الفرعونية، لما هو معروف من وجود تعارض واضح بين الشكلية والنيابة في التعاقد، إذ إنه من الصعب تصور نيابة شخص عن آخر في إبرام تصرف قانوني بحيث تتصرف آثاره إلى الغير مباشرة في ظل افتراض وجود طقوس وشكليات بما تضمنه من صيغ لها طابع ديني لم تكن لتسمح بأي حال من الأحوال بأن تجاوز آثار التصرف القانوني الشخص الذي تولى الطقوس والأشكال التي يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك في تلك الطقوس والأشكال الدينية، ومن ثم فإننا نرى أن إقرار المشرع الفرعوني لمبدأ النيابة في التعاقد لم يكن سوى نتيجة منطقية وحتمية لسيادة مبدأ الرضائية في تكوين التصرف القانوني في مصر الفرعونية[٣].

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٨٠؛ محمد عبد الهادي الشقنقيري، المرجع السابق، ص ٣٥٦؛ صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٢) حول نظام النيابة في مصر الفرعونية، راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٨٦ وما بعدها، السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٣) راجع في هذا المعنى: شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٢٢١، حيث يقرر ذلك وهو بصدد عرض موضوع النيابة التعاقدية في عهدي الدولتين الوسطى والحديثة بقوله "فالالتزام الذي صدرت عبارته من النائب مقرونة باليمين كان ينشأ في ذمة الأصيل لا في ذمة الوكيل، وفي هذا دليل آخر على أن العقد لم يعد شكلياً. كما كان في العهد الإقطاعي".

المطلب الثاني

ملامح الشكلية في مصر الفرعونية

وإذ تبين لنا مما سبق أن القانون الفرعوني قد أقر مبدأ الرضائية مبدأ عاما، يحكم العقود والالتزامات في القانون الفرعوني خاصة في عهوده التي تشبعت فيها النظم القانونية بروح النزعة الفردية، جاز لنا أن نتساءل: هل معنى ذلك أن مبدأ الرضائية كان مبدأ مطلقاً لم ترد عليه أية استثناءات في ظل العهود الفردية للقانون الفرعوني؟ وهل ظلت الرضائية تلعب الدور الأول في تكوين التصرف القانوني في مصر الفرعونية طوال عهودها أو اختلف الأمر باختلاف مراحل تطور القانون الروماني؟

والحق أن تسليمنا بإقرار المشرع الفرعوني لمبدأ الرضائية مبدأ عاما يقابله اعتقاد بأن الشكلية قد عرفت طريقها إلى القانون الفرعوني في عهوده المختلفة، وأنها قد لعبت دوراً اختلف من حيث حجمه وأهميته باختلاف عهود هذا القانون، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الشكلية في العهود ذات النزعة الفردية للقانون الفرعوني:

ظهرت الشكلية في تلك العهود استثناء على المبدأ العام، وهو الرضائية، فهذا المبدأ لم يكن مبدأ مطلقاً في تلك العهود، وإنما وردت عليه بعض الاستثناءات، حيث تطلب المشرع الفرعوني صب بعض التصرفات القانونية في قالب شكلي معين، تقديراً منه لخطورة وأهمية هذه التصرفات، حيث لم يكن تراضي الأطراف وحده كافياً لانعقاد مثل هذه التصرفات، بل يلزم أن تصاغ إرادة الإطراف في شكل خارجي محدد يختلف باختلاف نوع التصرف حتى يكون هذا التصرف صحيحا.

وفيما يلي نعرض لأهم هذه التصرفات:

أ – عقد بيع الوظائف:

كانت الوظيفة في مصر الفرعونية ينظر إليها على أنها مجموعة من الحقوق المالية، التي تصلح أن تكون محلاً للبيع والشراء، فكانت هذه المجموعة تنتقل بوصفها وحدة قائمة بذاتها من البائع إلى المشتري، بموجب عقد البيع(١).

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٣، ١٨٧؛ مصطفي سيد صقر، مبدأ الرضائية، مرجع سابق، ص ٢٣، ٢٤.

واستناداً إلى بعض الوثائق التي خلفتها الحضارة الفرعونية بشأن بيع الوظائف، يذهب رأي في الفقه – نعتقد في صحته – إلى أن عقد بيع الوظيفة في مصر الفرعونية، لم يكن عقداً رضائياً، وإنما كان عقداً شكلياً، أيا ما كانت صفة الوظيفة، أي سواء أكانت دينية أم مدنية، إذ في هذه الحالة لا يكون العقد ملزما للمتعاقدين بمجرد الاتفاق المجرد القائم على التراضي وحده، وإنما كان لابد من صياغة إرادة الطرفين في قالب شكلي شفوي محدد، هو أداء القسم أو اليمين الدينية من قبل الطرفين معا على قيام التراضي بينهما بخصوص ما ورد في العقد، وهذا القسم هو ما يجعل لعبارة الملتزم قوة الإلزام، وليس توافق الإرادة بين العاقدين[1] ، ويستند أنصار هذا الرأي للتدليل على صحة القول بشكلية عقد بيع الوظيفة في مصر الفرعونية إلى وثيقتين تم العثور عليهما: إحداهما تتعلق ببيع وظيفة دينية، والأخرى ببيع وظيفة مدينة.

الوثيقة الأولي: هي عريضة دعوى يرجع تاريخها إلى عهد الأسرة الثانية عشرة[2]، يطلب فيها المدعي رد إحدى الوظائف الكهنوتية إليه، وقد كانت هذه الوظيفة لوالده ثم باعها والده إلى شخص آخر يدعى الكاتب .... "إمبايتب" الذي لم يدفع ثمنها المتفق عليه، ويقول المدعي في هذه العريضة:

"إن والدي قد صدر منه تنازل عن الوظيفة الكهنوتية .... التي كان يملكها إلى الكاتب ... "إمبايتب" "

" وقد قال "إمبايتب" لوالدي: سأعطيك رأس المال، وسأتحمل جميع الديون التي عليك هكذا قال".

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٢؛ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٣، ١٨٨، ١٩٤، والمراجع المشار إليها بالهامش.

(٢) وجدت هذه العريضة بين الأوراق البردية التي عثر عليها ببلدة اللاهون بالقرب من الفيوم، وقد تناولها الكثير من الكتاب بالدراسة والشرح، ومنهم:

GRIFFTH; The petrie papyri, London, 1898, pp. 36 – 38, E. RÉVILLOUT; Précis du droit Egyptien,op.cit, p.1180 et 1182 – 1183,
E.J. REYMOND; Deux Contrats démotiques Concernant la Vente des revenus, Liturgiques, dans; Revue internationale des droits de L'Antiquité, 3 série, 1954, T.1, pp. 23 et ss. A. THÉODORIDES, L'Acte, de sounet (vente) dans la stèle juridique de Karnak, dans; Revue internationale des droits de L'Antiquité, 3 série, T.2, 1959, p. 118, J. PIRENNE et VAN de WALLE: Documents Juridiques Egyptiens T.1, Article cité, pp. 11- 14.

راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها؛ مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها.

... مدير الحقول – المفوض من القاضي المختص – والدي في ذلك، قائلاً: هل ترضى بأخذ رأس المال المذكور، وحوالة جميع الديون التي عليك ثمناً لوظيفتك؟".

"فقال والدي: نعم أرضي بذلك".

"فقال مندوب القاضي: فليحلف الطرفان قائلين إنا راضيان" ".

"فطلب من كل من الطرفين حلف اليمين – قسما بالملك له الحياة والصحة والعافية – بحضرة الأمير ....".

"من مدير الحقول، مندوب القاضي المختص".

"قائمة الشهود الذين حضروا ذلك ....".

"الكاتب "عم" ...".

"وقد حدث بعد ذلك أن توفي والدي دون أن يقبض رأس المال، وكان قد قال لى عندما أصابه المرض: "إذا لم تعط رأس المال الذي وجب لي على الكاتب "إمياينب" بيمينه، فلترفع شكواك إلى القاضي المختص بالحكم في ذلك؛ لتعطي رأس المال. هكذا قال"

"سأرفع عريضة إلى .... لكي يرد إلىّ ما كان قد أخذه الكاتب "إمياينب" في الحال".

أما الوثيقة الثانية: فهي عقد بيع كتابي لوظيفة مدنية، يرجع تاريخه إلى عهد الأسرة السابعة عشرة[1]، وكان البائع فيها يدعى "كبسي" والمشتري "سبك – نخت"، أما الوظيفة محل البيع فهي وظيفة محافظ "الكاب" والعقد في هذه المرة عقد مكتوب وليس عقداً شفوياً، ولا يحتوي نص العقد على إيجاب ثم قبول، بل إن عبارات النص قد صدرت جميعها من البائع، وما يهمنا

---

(١) عثر على هذا العقد منقوشاً على نصب من الحجارة، ويرجع تاريخه إلى عهد الأسرة السابعة عشرة (أي إلى عهد الهيكسوس)، وقد حقق النص ونشر ترجمته العالم الأثري "لاكو" في سنة ١٩٤٩.

P. LACAU; une stèle juridique de Karnak, supplément aux Annales du service des Antiquité de L'Egypte, le Caire, 1949.

كما تناوله الكثير من العلماء بالدراسة والتحليل:

A. THÉODORIDES. L'Acte. de sounet ..... Article cité. p. 107 et ss. J. PIRENNE et M. STRACMANS la portée historique et juridique de la stèle de Karnak datée du règne de souaj – En – Ra. dans: Revue internationale de droits de L'Antiquité. T.2. 1953. p. 25 et ss.

راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٤ وما بعدها، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

في هذا النص أنه قد ورد في نهاية الوثيقة ما يدل على قيام الطرفين بإتمام الإجراء الشكلي اللازم لانعقاد العقد، والمتمثل في أداء القسم أو اليمين الدينية، حيث جاء في ذيل الوثيقة بعد مشارطة دفع الثمن، وبعد بيان أصل الملكية النص الآتي:

"وقد توجه كل من نائب "سبك – نخت" ..... و "كبسي" إلى مكتب الوزير ومعهما هذه المستندات."

"وعلى مكتب الوزير أن يتخذ الإجراءات التي يتطلبها القانون".

"وقد حلفا اليمين على ذلك في السنة الأولى، الشهر الأول من فصل البذر، اليوم الأول من هذا الشهر".

"تصديق الرئيس .... "رن سنب" ..... "

فكما هو ظاهر من النصوص، فإن عقد البيع في الحالتين قد اتبعت فيه الإجراءات الشكلية، حيث انعقد العقد بموجب اليمين الصادرة من الطرفين، ففي الوثيقة الأولى يلاحظ أن القاضي قد طلب من الطرفين حلف اليمين على التراضي، وهو ما يظهر من قول المدعي "فقال مندوب القاضي: فليحلف الطرفان "إنا راضيان"، وكذلك "طلب من كل من الطرفين حلف اليمين – قسما بالملك، له الحياة والصحة والعافية – بحضرة الأمير ..." إضافة إلى العبارة التي لا يرقى إليها أي شك في الدلالة على أن القسم هو الذي يجعل لعبارة الملتزم قوة الإلزام وليس توافق الإرادة بين العاقدين، ألا وهي "إذا لم تعط رأس المال الذي وجب لى على الكاتب "إمبايتب" بيمينه فلترفع شكواك إلى القاضي.

والأمر نفسه نجده في الوثيقة الثانية، بالرغم من أن العقد في هذه الحالة لم يكن شفويا، وإنما عقدا مكتوبا دونه أحد الموظفين العموميين بحضرة شهود، حيث جاء في ذيل الوثيقة بعد مشارطة دفع الثمن، وبعد بيان أصل الملكية النص على قيام الطرفين بتسجيل العقد، وأداء الطرفين لليمين عند ذاك، وهو ما يظهر من العبارة "وقد حلفا اليمين على ذلك ...." وهو ما يؤكد أن اليمين كانت لا تزال في هذا العهد من شروط إتمام عقد بيع الوظيفة، ولو أن العقد في ذاته لم يعد شفويا[1].

---

(١) راجع: شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ١٨١ – ١٩١، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص٢٢ – ٢٥، والمراجع المشار إليها بالهامش.

ب – الوصايا:

تعرف الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضافا إلى ما بعد الموت"، وهي تصرف يصدر من جانب واحد، كما أنها تصرف غير لازم[١]، أي لا يلزم من قام به إلا بعد وفاته مصراً عليها، فآثار الوصية لا تترتب إلا بعد وفاة الموصي[٢].

وقد لعبت الوصية دوراً مهماً في مجال الأحوال الشخصية، وخاصة في مجال الميراث، فكثيراً ما كان المورث يلجأ إليها لقسمة أموال التركة بين الورثة، بحيث يعين لكل وارث نصيبه حال حياته[٣]؛ ولذلك كان يمكنه تعديل أنصبة الورثة حسبما يشاء، ويبدو أن استخدام الوصية في مجال تقسيم التركة طبقاً لرغبة المورث كان هو الاستخدام الأول لها، كما استخدمت الوصية منذ بداية الأسرة الرابعة في تقرير امتياز الابن الأكبر، قبل أن يقره القانون نهائيا في نهاية الأسرة السادسة[٤] هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية استخدمت الوصية كوسيلة لتحقيق الاتفاقات المالية المصاحبة للزواج فيما بين الزوجين، خاصة خلال عهدي الدولة الوسطى والحديثة، حيث كان يوصى الزوج بأمواله

---

(١) لعل أساس الوصية بوصفها تصرفاً غير لازم إلا في مرحلة معينة يعد فكرة متطورة إلى حد ما في مجال الصياغة القانونية؛ ولذلك فقد أثير خلاف حول وجودها أصلاً في مصر الفرعونية، وخاصة في عهودها التاريخية الأولي، فذهب رأي إلى القول بأن الوصية بمعناها الدقيق، أي بوصفها تصرفاً غير لازم مضافا إلى ما بعد الموت لم تكن معروفة في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة، وأن من كان يريد الإيصاء في ذلك العهد كان يقوم بتصرف منجز بين الأحياء وليس مضافاً إلى ما بعد الموت، حيث كان يقوم بتمليك المال للموصى له في الحال، ويحتفظ تحت يده بالوثيقة المثبتة لهذا التصرف المنجز، ولهذا فإن الوصية كثيرا ما كانت تختلط إبان هذه الفترة بالهبة، أنظر في هذا الرأي: عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ١٦٤. فى حين يذهب الرأي الراجح إلى أن نظام الوصية بمعناها الدقيق، تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، موجود في القانون المصري منذ عهد الدولة القديمة، وأن الذي أدي إلى هذا الخلاف بين الفقهاء هو أن كلمة (أمت – بر) " im t - pr –" التي تعني (الوصية) كانت تفيد في الوقت نفسه معنى الهبة، وأيضا كل تصرف يؤدي إلى نقل الملكية، ومن هنا اختلط على الكثيرين الأمر، ولم يستطيعوا بالتالي أن يبرزوا حقيقة التفرقة بين الوصية والهبة، فأنكروا وجود الأولي وأقروا وجود الثانية.

ومن أنصار هذا الرأي: مصطفي سيد صقر، فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، مرجع سابق، ص ٥٥٧ وما بعدها؛ احمد إبراهيم حسن، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دون ناشر، ٢٠٠٥، ص ٤٥١؛ السيد عبد الحميد فوده، القانون الفرعوني، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٢) السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(٣) R. MONIER; G. CARDASHIA & J. IMBERT, op. cit, p. 77.

(٤) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

لزوجته عند إبرام عقد الزواج، على أن تؤول بعد ذلك لأولادها[١].

وتنفرد الوصية كتصرف له وضع وأحكام خاصة، بأنها تتضمن نوعاً من الشروط، بعضها شروط تتعلق بالموضوع أي جوهر الوصية وقواعدها الموضوعية، وبعضها شروط أخرى تتعلق بالشكل، أي الإطار الخارجي الذي يمكن أن تكون فيه الوصية، ولابد من توافر هذين النوعين من الشروط معاً؛ حتى يمكن أن تتولد الحقوق الناتجة عنها، بل إن الشروط الشكلية في مجال الوصية تحتل مركزاً مهماً وأساسياً عن غيرها من التصرفات؛ نظراً لأهميتها كتصرف تبرعي[٢] تتحقق آثاره في عدم وجود من التزم به أو تعهد به[٣].

١ – الشروط الموضوعية

وتتمثل هذه الشروط في تحديد الأهلية اللازمة لإجراء الوصية، ومدى حرية الموصى في الإيصاء، وأخيراً تعيين الأموال التي يمكن أن تنصب عليها الوصية.

ففيما يتعلق بأهلية الموصى: ذهب جانب من الفقه – وإزاء خلو الوثائق مما يكشف النقاب عن السن التي كان الشخص يصبح معها أهلاً لإجراء الوصية – إلى أنه من المحتمل أن تكون هذه السن هي نفسها التي يصبح الشخص معها أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية الأخرى[٤].

وأيا ما كان الأمر فإنه من الثابت أن القانون الفرعوني لم يفرق بين الذكور والإناث من حيث أهلية الإيصاء[٥]، وباعتبار الوصية أحد التصرفات الإرادية، فحتى تقع صحيحة كان من

---

(١) محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مرجع سابق، ص ٤٤٤ – ٤٤٥.

(٢) وفي ذلك يقول العلامة (إروين سيدل) أن اشتراط تحرير وثيقة رسمية كان أوضح ما يكون في مجال التبرعات، وأن القانون المصري كان اسبق القوانين إلى إحاطة التبرعات بقيود شكلية يقصد بها حماية المتبرع، وقد جاء بعده قانون حمورابي، فأحاطها بمثل هذه القيود. راجع: E. SIEDL; op. cit., p. 199 كما يرى أستاذنا الدكتور/ أحمد إبراهيم حسن، أن الوصية كانت من التصرفات النادرة التي تتطلب الكتابة لصحتها، وذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة المستقر عليها من أن الكتابة رغم ما يوحي به شيوع استعمالها في تدوين التصرفات القانونية لم تكن متطلبة لصحة التصرف، راجع، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

(٣) فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٤) محمود سلام زناتي، موجز تاريخ القانون المصري، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٥) J.GAUDEMET: Histoire des institutions de l'Antiquité,Paris,1961. p.62.

الواجب صدورها عن شخص صحيح الإرادة، فلا تصح من معتل الإرادة أو من المريض[١].

ومن حيث حرية الإيصاء، فقد كشفت لنا الوثائق أن مبدأ حرية الإيصاء كان من المبادئ التي سادت خلال عصر الدولة القديمة، نتيجة مباشرة لسيادة المذهب الفردي واحترام الإرادة في هذا العصر، فقد كان كل فرد يتمتع بحرية كاملة في الإيصاء إلى من يشاء، وبأي قدر من أمواله[٢]، بيد أن هذه الحرية قد تلاشت خلال العهود الإقطاعية، فمن ناحية نجد أن معظم الوصايا كانت لا تصدر إلا إلى الابن الأكبر، على أن يقوم بتقديم القرابين للموصى بعد وفاته ومن ناحية أخرى نجد أن معظم الأموال، أصبحت مما لا يجوز التصرف فيه، ومن ثم فإنه لم يعد باستطاعة المالك أن يوصي بها لأحد[٣].

وأخيراً وفيما يتعلق بمحل الوصية، نجد أنها كانت من الممكن أن ترد على جميع أملاك الموصي الثابتة أو على جزء منها فقط، وابتداء من عهد الأسرة الخامسة كانت الوصية ترد على الوظائف والمؤسسات بجانب الأموال، كما أنه ابتداء من عهد الدولة الوسطي ذخرت الوثائق بالإشارة إلى العبيد كموضوع للإيصاء [٤].

٢- الشروط الشكلية:

بالرغم من أن الوصية في مصر الفرعونية كانت تصرفا ماليا بحتا يخلو من كل صبغة دينية[٥]، فإنه نظرا لخطورتها وأهميتها البالغة – حيث تعد بمنزلة التعبير الرسمي عن إرادة الموصي[٦] – فقد أحاطها القانون الفرعوني بعدد من القيود الشكلية التي ينبغي مراعاتها؛ لكي تنتج أثرها المقرر قانونا.

فمن ناحية أولي كان القانون الفرعوني يتطلب أن تصدر الوصية في الشكل الكتابي، كما كان يجب أن تودع صورة من المحرر المكتوب في إدارة التسجيل، حيث يجب تسجيلها بوصفها تصرفا ناقلا للملكية[٧] وإذا لم تصب الوصية في هذا القالب الشكلي، فإنها تكون باطلة، ولا

---

(١) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) J. GAUDEMET; Histoire des institutions de L'Antiquité, Paris, 1967, p. 62.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦١ .

(٤) محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مرجع سابق، ص٤٤٨.

(٥) J. GAUDEMET; op. cit, p. 62

(٦) محمود السقا، المرجع السابق، ص٤٤٥.

(٧) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص٤٥٣.

تترتب عليها أية آثار من الناحية القانونية[١].

كما يشترط لصحة الوصية من حيث الشكل أن تحرر في حضرة شهود يختلف عددهم من وصية إلى أخرى، طبقاً لأهمية موضوعها[٢]، وقد كان هذا الشرط يمثل ضمانة من ضمانات حصول الموصى له على حقه، وعدم منازعة الغير في أحقيته للاستفادة من الوصية، حيث لا يتعرض لمنازعة الورثة على الأقل فيما تصرف فيه مورثهم قبل وفاته لأسباب قد ارتآها هو وجعلها أساساً لتصرفه[٣].

كما أضيف إلى هذه الشروط الشكلية شرط جديد ابتداء من بداية العهد الإقطاعي الثاني ألا وهو إلزام الموصى وقت تحرير وصيته بإثبات ملكيته للأموال الموصى بها من خلال بيان كيفية أيلولة ملكية تلك الأموال إليه، والأشخاص الذين انتقلت منهم الملكية إليه، والثمن الذي دفعه مقابل ذلك[٤]، ويرى البعض أن اشتراط هذا البيان في صلب الوصية كان يقصد به ضمان عدم التصرف في الأموال التي خرجت عن دائرة التعامل كأموال الإقطاعيات والمعابد والأموال الموقوفة لإقامة الشعائر الدينية[٥].

وأخيراً فقد جرت العادة على إثبات كمال أهلية الموصى كتابة في المحرر الخاص بالوصية، حيث جرى العمل على إدراج عبارة مأثورة في جميع الوصايا التي يقوم بها المصريون القدماء وهي "أن الموصى قد قام بذلك، وهو لا يزال حياً قائماً على قدميه وغير مريض" دليلا على صحة العقل والبدن. وهذه العبارة من العبارات التي لا تزال تدرج في الوصايا إلى أيامنا هذه، فهي ترمي إلى تأكيد خلو التصرف القانوني المضاف إلى ما بعد الموت من جميع عيوب الرضا[٦].

جـ - الهبات:

الهبة تصرف تبرعي من جانب الواهب لمصلحة الموهوب له، يحقق آثاره فور انعقاده

---

(١) J. PIRENNE et, M. STRACMANS; ,Le Testament a l'époque de l'Ancien Empire Egyptien, R. I. D. A, p. 51.

مشار إليه: لدي محمود السقا، المرجع السابق، ص٤٤٥.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤٦، فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٣٢٢ - ٣٢٣.

(٣) فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٤١؛ محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

(٥) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٦) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٨، ٨٩.

صحيحاً[١]، وقد كانت الهبات في مصر القديمة على أكبر قدر من الأهمية، لأنها قد أدت في النهاية إلى خروج الكثير من الأموال من دائرة التعامل، كما أدت إلى تركز الملكية في يد المؤسسات الدينية، وظهور نظام ملكية الأسرة، وهو ما مثل أحد أكبر عوامل الانحدار نحو النظام الإقطاعي[٢].

أما عن السبب في ظهور نظام الهبة في البداية – ثم انتشاره انتشارا كبيرا بعد ذلك – فيكمن في ذلك الاعتقاد الديني الذي كان يسيطر على عقلية المصريين القدماء من ضرورة وجود منافذ للإنفاق على إقامة الطقوس الدينية بعد الوفاة طلباً للخلود، إذ إن الوسيلة الأساسية لتحقيق هذا الهدف كانت إنشاء مؤسسات ذات غرض ديني عن طريق الهبات، وفي هذه الصورة كان الواهب يهب الأموال الخاصة به إلى المعبد أو إلى كهنة المعبد مع إلزامه أو إلزامهم بالقيام بالمتطلبات الدينية له في مقبرته[٣]، وكانت الهبة تقترن في هذه الحالة بشرط عدم التصرف، وبالشروط الأخرى التي قد يشترطها الواهب على الكهنة[٤]، وإلى جانب هذا النوع من الهبات، وجدت كذلك هبات لمصلحة الأفراد، وربما كانت لتحقيق الغرض نفسه[٥].

وقد كانت الهبة في مصر الفرعونية على نوعين: مطلقة، ومقيدة، والمعيار الفاصل بينهما يكمن في نية الواهب[٦].

فالهبة المطلقة، هي ذلك التصرف التبرعي الذي يرتب آثاره بإرادة الواهب، ولا يحمل الموهوب له القيام بأية التزامات أو حتى واجبات لمصلحة الواهب، أي إن نية الواهب فيها تكون التبرع بماله بلا مقابل وبلا تحميل الطرف الآخر بأية التزامات.

أما الهبة المقيدة فهي تلك الهبات التي تكون مقرونة بشروط معينة من شأنها أن تلقي ببعض الالتزامات على عاتق الموهوب له، ومنها الهبات الصادرة إلى الكهنة، فالموهوب لهم – وهم الكهنة – كانوا يلتزمون بمقتضى عقد الهبة بتقديم القرابين في المقابر، وفقاً للشروط التي

---

(١) السيد فوده، المرجع السابق، ص ٣٠٧، فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٢) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٣) فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٣، ٢٢٤.

(٤) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(٥) فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٦) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦٤؛ فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، نفس الموضع.

يكون قد اشترطها عليهم الواهب، وهذا الالتزام ينتقل على ورثتهم جيلاً بعد جيل[1].

أما فيما يتعلق بالشروط اللازمة لانعقاد صحة الهبة في مصر الفرعونية، فإن الوضع لم يكن يختلف كثيراً عن الوصية، حيث كانت تتطلب أيضاً نوعين من الشروط: شروط موضوعية وشروط شكلية.

١- الشروط الموضوعية:

تتطلب الهبة عدة شروط، منها ضرورة توافر الأهلية اللازمة لإجراء الوصية في الواهب، كما يشترط أن يكون الواهب مالكاً للأموال الموهوبة، وكان يتمتع بحرية الموصى فيما فيما يتعلق باختيار الموهوب له ومقدار الهبة دون أي قيود تحد من ذلك[2].

كما يذهب الرأي الراجح إلى أن قبول الموهوب له كان يعد شرطاً لازماً لتمام عقد الهبة المقترنة بشروط "الهبة المقيدة"، وذلك من منطلق أنه من غير المتصور طبقاً لمقتضيات المنطق القانوني أن تنشأ بعض الالتزامات في ذمة الشخص بغير رضا منه، كما أن النصوص قد جاءت مؤكدة لضرورة قبول الموهوب له لتمام مثل هذه الهبات[3].

٢- الشروط الشكلية:

تعد الهبة تصرفاً تبرعياً محضاً يترتب عليه نتائج خطيرة من شأنها التأثير على المركز المالي، سواء للواهب أو ورثته، لذلك فقد أحاطها القانون المصري القديم بعدة قيود شكلية تزايدت بمرور الوقت، حيث كان من الواجب تحرير عقد الهبة كتابة ، وأن يشهد عليه عدد من الشهود يختلف عددهم تبعاً لأهمية الهبة، إضافة إلى خضوعها لإجراءات التوثيق بعد ذلك[4].

---

(١) اختلف الفقهاء حول الجزاء المقرر في حال إخلال الموهوب له أو أحد ورثته بالالتزام المشروط، فبينما يرى العلامة (جاك بيرين) أن جزاء إخلال الموهوب له بالتزاماته هو بطلان عقد الهبة، فإن أستاذنا الدكتور/ شفيق شحاتة يرى أن الجزاء هو الفسخ وليس البطلان، ذلك أنه لا يمكن أن يقال قانوناً إن تنفيذ الالتزام ركن من أركان العقد، والأصح أن يقال إن الواهب يفسخ العقد؛ لأن الفسخ هو جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، انظر، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٤١، والهامش رقم ١ بالصفحة نفسها.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٥٤؛ فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٧؛ مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦٥، ٥٦٦؛ محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٥٢، ٤٥٣؛ فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٥، ٢٢٦؛ السيد فوده، المرجع السابق، ص ٣١٠، ٣١١.

(٤) فخري أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٢٧، ٢٢٨؛ فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

وبازدياد اللجوء إلى إبرام الهبات في عهد الدولتين الوسطى والحديثة، بدأت تظهر قيود شكلية إضافية لمحاولة الحد من الانطلاق في إبرام الهبات وحماية المتبرع، حيث خضعت لإجراءات خاصة تتمثل في استلزام كتابتها في ثلاث وثائق: الأولى لإثبات أصل ملكية الواهب، وفيها يتم الإشارة إلى سند الملكية الأصلي والدليل المؤيد لهذه الملكية، وذلك حتى يجنب الموصى له الدخول في منازعات بشأن محل الوصية، أما ثاني هذه الوثائق فكانت لإثبات موضوع المشارطة الذي يحدده الواهب، أي لإثبات الشروط الواردة في عقد الهبة تفصيلياً، أما آخر هذه الوثائق فقد كانت تخصص لبيان تفصيلات الأموال أو الأعيان الموهوبة[١].

ويرى البعض أن عقد الهبة وخاصة الهبات الممنوحة للآلهة، قد اصطبغ بصبغة دينية واضحة في عصور الإقطاع أسوة بروح العصر، وبما يتماشى مع الغرض الذي كانت تمنح من أجله مثل هذه الهبات، ففي كثير من الأحيان كان العقد يتضمن خطاباً موجهاً إلى الآلهة يطلب السماح بإجراء الهبة، كما يتضمن موافقة الآلهة على ذلك[٢].

ويفسر البعض هذه الشكلية الدينية بأنها ترجع إلى الفكرة التي كانت سائدة من أن الأموال كلها في الأصل مملوكة للآلهة، ومن ثم يجب استئذانها قبل الإقدام على التصرف فيها بالهبة[٣].

وأيا ما كان الأمر، فمن الثابت أن الهبات في عهد "بوكخوريس" كانت خالية تماماً من أية صبغة دينية، وهو ما يعني أن الصياغة إذا ما كانت قد اصطبغت بالصبغة الدينية في عهود الإقطاع، فإنها قد عادت إلى ما كانت عليه قديماً في ظل العهد الفردي، بفضل هذا الملك الذي أعاد بشكل عام النظم الفردية في القانون، وقضي على مظاهر الإقطاع وسيطرة رجال الدين وسطوتهم[٤].

ثانياً: الشكلية في العهود الإقطاعية:

إن عمر تاريخ القانون المصري الفرعوني يتفق ومدة حكم ثلاثين أسرة مصرية كاملة[٥]

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٥٦؛ محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٥٠؛ فخري أبو سيف مبروك، ص ٢٢٧.

(٢) انظر شفيق شحاته، المرجع السابق، ص٢٤٤ – ٢٤٥.

(٣) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٤) E. RÉVILLOUT; op. cit., p. 216 – 217 et 989

مشار إليه: لدي شفيق شحاته المرجع السابق، ص٢٤٧، هامش رقم (١).

(٥) جرى أغلب علماء تاريخ القانون على تقسيم تاريخ القانون الفرعوني إلى ثلاثة عصور، كل عصر منها=

مرت عبر التاريخ المصري بفترات ازدهار وسمو ورفعة وتقدم وأخرى متخلفة متأخرة مظ الجنبات، عبرت فترات سادت خلالها النزعة الفردية ثم انتقلت إلى النظم الإقطاعية، ثم عاد لتعتنق المذهب الفردي المتطرف بحكم سنة التطور، ثم ارتمت في أحضان الإقطاع مرة ثانية ثم عادت أخيراً إلى سيادة النزعة الفردية[1] قبل أن تحتل من قبل الإغريق عام ٣٣٢ ق.م تاريخ تأسيس دولة البطالمة بها.

وكان من الطبيعي أن يتأثر نظام الالتزامات والعقود – شأنه في ذلك شأن سائر النظم القانونية – بالتطورات السياسية والاجتماعية التي مرت بها مصر الفرعونية[2].

فإذا كنا قد انتهينا إلى انتصار الرضائية وسيادة سلطان الإرادة في ظل العهود الفردية لمصر الفرعونية، فإننا في المقابل لا نتصور سيادة مثل هذه المبادئ في ظل العهود الإقطاعية، فمن المعروف أن نظام الإقطاع لا يقوم أصلاً من حيث تكوينه على أساس من حرية التعاقد،

=يمثل دورة كاملة، وكل دورة تنقسم إلى مرحلتين متميزتين: مرحلة تزدهر فيها المدنية وتقوى فيها السلطة المركزية وتنشط التجارة، وتسودها النزعة الفردية، ثم تعقبها مرحلة ثانية تضمحل فيها المدنية، وتتجزأ وحدة البلاد وتتحول إلى إمارات شبة مستقلة يسودها النظام الإقطاعي.

والدورة الأولي: أي العصر الأول دامت قرابة ألف عام (بداية حكم الأسرة الأولي حوالي ٣٢٠٠ ق.م حتى آخر حكم الأسرة العاشرة حوالي عام ٢١٣٤ ق.م) سادتها النزعة الفردية في مرحلتها الأولي، وخاصة في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة (٢٧٨٠ – ٢٥٦٠ ق.م)، أما مرحلتها الثانية – حيث ساد النظام الإقطاعي – فتبدأ ببداية حكم الأسرة الخامسة (٢٥٦٠ ق. م)، وتنتهي بنهاية مدة حكم الأسرة العاشرة (٢١٣٤ ق.م)، أما الدورة الثانية: فقد امتدت قرابة ألف وخمسمائة عام تبدأ ببداية حكم الأسرة الحادية عشرة (٢١٣٤ ق.م)، وتنتهي بنهاية حكم الأسرة الخامسة والعشرين (٦٦٣ ق.م)، وتشمل هذه الفترة حكم الدولتين الوسطي والحديثة، وهذه الدورة كسابقتها تشمل مرحلتين:

مرحلة أولى سادتها النزعة الفردية مع صبغها بصبغة اشتراكية تعرف باشتراكية الدولة، استمرت هذه المرحلة طيلة مدة حكم الدولتين الوسطي والحديثة، أما المرحلة الثانية فتبدأ بأواخر حكم الأسرة العشرين حتى نهاية حكم الأسرة الخامسة والعشرين (١٠٩١ – ٦٦٣ ق.م)، وفيها عاد النظام الإقطاعي إلى الظهور وتجزأت البلاد، وقد تميز الإقطاع في هذه المرحلة بطابعة الديني والعسكري.

وأخيراً تأتي الدورة الثالثة التي تبدأ بتولي الأسرة السادسة والعشرين الحكم (٦٦٣ ق.م)، ويطلق عليها أحياناً العصر الديموطيقي، كما يطلق عليها العصر الصاوي، وفي هذه الدورة تلاشى الطابع الديني والعسكري، وعادت النزعة الفردية، وتميزت بنهضة تشريعية، غير أنها لم تكتمل، نتيجة لانقطاعها بسبب الاحتلال الإغريقي لمصر. أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٧٦، ١٧٨.

(١) أنظر: محمود السقا، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٩.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٨٠.

فهو نظام للدولة فيه الشأن الأول، يرسم لكل شخص حقوقاً معينة ونظاماً خاصاً لا يستطيع التحول عنه؛ لذلك فقد تقلصت فيه حقوق الفرد، وعلى رأسها حرية الفرد في التعاقد، حيث انقلبت أغلب العقود إلى علاقات قانونية، تبتعد الإرادة عن تنظيمها، فكان إخلال الشخص المتعاقد بالالتزام الناشئ عن تعاقده يعد إخلالا بالنظام الذي يقوم عليه المجتمع، وهو ما أدى إلى تقييد حرية الفرد في التعاقد، وإضعاف مبدأ سلطان الإرادة[1]، ومن المعقول في مثل هذه الظروف أن تخضع العقود للشكليات التي يفرضها القانون، فلا يكون للتعاقد من أثر إلا في الحدود التي يرسمها القانون، ولا ينتج العقد أيا من آثاره إلا إذا اتخذ الصورة التي عينها له هذا القانون، وهو ما أقره أغلب الفقهاء[2]، إذ يرون أن العقود في العهد الإقطاعي الأول قد أصبحت شكلية تستمد قوتها الإلزامية من صيغة اليمين، وتتمثل هذه الشكلية في صدور التعبير عن الإرادة من قبل المتعاقدين شفاهة مصحوبا باليمين، أمام أمير الإقطاعية وفي حضرة شهود كثيرين، وكان حضور الأمير والشهود يعد بمنزلة توثيق للتعهد، ولذلك فلم تعد هناك حاجة في ذلك العهد إلى كتابة العقد، كما لم يكن هناك إجراءات تسجيل تخضع له العقود اكتفاء بانعقادها في حضرة الأمير مقرونة باليمين.

ولا يختلف الأمر كثيرا في العهد الإقطاعي الثاني عنه في العهد الإقطاعي الأول، حيث أتسمت سائر التصرفات القانونية في هذا العهد أيضا بالشكلية، التى اصطبغت بصبغة دينية واضحة، فكانت العبارات التي ترتب الالتزام في ذمة الملتزم تصدر في هذا العهد أمام كاهن آمون، وهو ما يعد نتيجة طبيعية لسيطرة النزعة الدينية على المعاملات في هذا العهد الذي اصطبغت فيه الدولة المصرية بأكملها بالصبغة الدينية التي اتسم بها الإقطاع هذه المرة[3].

وربما تتضح أمامنا معالم الرؤية إذا ما استعرضنا بعضا من العقود التي خلفها لنا العصر الفرعوني في عهوده الإقطاعية، خاصة العهد الإقطاعي الثاني، ومن هذه العقود عقد رهن يرجع تاريخه إلى عهد الأسرة الخامسة والعشرين[4]، اتفق المؤرخون على ترجمته على

---

(١) راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١١٥ – ١١٨؛ محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٦؛ فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢١؛ عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ١٧٩؛ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١١٧؛ محمد عبد الهادي الشقنقيري، المرجع السابق، ص ٣٥٧، ٣٥٩؛ مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع؛ فخرى أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ٢٥٥، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

(٣) راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٦٥، ٢٦٩.

(٤) راجع الترجمة الكاملة لهذا العقد في: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥٤ – ٢٥٥.

النحو التالي:

"السنة ١٣، وفي اليوم الخامس والعشرين من شهر أثير"

"قال "پتوا بن پتوا مينابي" لكاتب آمون ..."

"إنو خير نوحم": "أعطيك ٢ كدت و ٢/١ و ٤/١ كدت" من الضرائب المستحقة في ٣٠ من شهر فامينوت من السنة ١٣؛

"وستكون عندك بمحل إقامتك دون أن تكون عليك مؤونة" ذلك.

ولك الانتفاع بالأرض عن المدة (أي ما بين ٢٥ أثير و ٣٠ فامينوت من السنة ١٣) في مقابل الفوائد ابتداء من السنة ١٣، ولن يكون عليك دفع فوائد، وقد أعطيتك مقابلها.

"ولن يحق لي كما لن يحق لأي دائن آخر أن يطالب بشيء منها".

"قال ذلك أمام كاهن آمون .... ولن يستطيع أحد كائناً من كان أن يطعن على هذا المحرر"، وقد وقع الموثق على العقد، ثم جاءت بعد توقيعه شهادة ثمانية شهود ذكرت اسماؤهم؛ وإلى جانب اسم كل منهم أورد الكاتب ملخصاً للعقد محل الشهادة.

وواضح من النص المتقدم أن العقد يبدو في صورة تصرف صادر من جانب واحد، فهو يورد عبارة الراهن فقط، وينشئ التزاماً في ذمته، وليست هناك إشارة إلى قبول الدائن المرتهن[١]، وقد صدرت عبارة الراهن أمام كاهن آمون، فالعقد عقد شفوي في الأصل وضع في الصيغة الرسمية، واصطبغ بالصبغة الدينية التي كانت تسود المعاملات في ذلك العهد.

فالعقد إذن عقد شكلي، ولكنه دون كتابة وخضع لإجراءات التوثيق التي كانت متبعة في ذلك الوقت.

وهناك عقد مقايضة أيضا صادر في السنة العاشرة من عهد الملك "شاباكا" من الأسرة الخامسة والعشرين[٢]، وهذه هي ترجمته.

"في ذلك اليوم (اليوم الثلاثين من شهر فارمونتي) قالت المرأة "تيفانان ابنة باخنوم" إلى المدعو "پتوا بن پتوا مينابي":

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، ص٢٥٥، وقد أشار سيادته في ذلك إلى:
E. RÉVILLOUT; op. cit., p. 274.

(٢) راجع الترجمة الكاملة لهذا العقد في: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

"قد أعطيتك ممتلكات "منت خبر توس بن يكاداجا" التي أخذت مقابلها."

"قد أعطيتك، كما قلت، أرورين ونصف أرور ... أعطيتها على سبيل المقايضة اليوم"

"وقد نقلتها على سبيل المبادلة، بموجب هذا العقد ...."

"وقد قبض "پتو ابن پتوا مينابي" من المرأة "تيفانان ابنة باخنوم" ... أراضي "منت خپرتوس" ومساحتها أروران ونصف أرور.

"وقد قررت (تيفانان) ذلك أمام كاهن آمون كاهن الملك الذي منحه آمون القوة.

ولن يكون لأحد أيا كان، ابنا كان أو إبنه، أخاً أو أختاً، أو أي شخص آخر حق في ذلك"

"وقد علم الجميع بهذا التصرف، الآن وفيما بعد دائماً، وكذلك عرف الجميع من أخذ هذه الحصة، ولن يستطيع أحد الطعن على هذا المحرر.".

وهذا العقد كسابقة ترد فيه عبارة أحد طرفي العقد "تيفانان"، وقد صدرت كذلك أمام كاهن آمون، وهو ما حرص النص على بيانه في نهاية العقد – شأنه في ذلك شأن العقد السابق – وهو ما يوضح اصطباغ العقود في هذا العهد بالصبغة الدينية الشكلية، حيث كان يتطلب صدور التعبير عن الإرادة أمام جهة معينة (دينية غالبا) لإمكانية إنشاء العقد أو ترتيب آثاره.

المبحث الثاني

الشكلية في شريعة بلاد ما بين النهرين

تمهيد وتقسيم:

تدل وثائق الحياة العملية في بلاد ما بين النهرين على أن مجتمع ما بين النهرين قد تخطى منذ وقت مبكر مرحلة المجتمع البدائي القائم على أساس المقايضة، ووصل إلى مرحلة المجتمع المتمدين القائم أساسا على المبادلات النقدية، والتجارة سواء في الداخل أو مع العالم الخارجي، وهو ما أدى إلى كثرة تداول الثروات وتنوع المعاملات، وقيام تنظيم مالي ومصرفي يشهد بالتقدم الذي وصل إليه سكان بلاد ما بين النهرين في هذا المجال،وهو ما انعكس بدوره على تطور وتقدم النظم القانونية في شريعة تلك البلاد، وخاصة ما تعلق منها بنظام التعاقد والالتزامات عامة(١).

بيد أن التساؤل يثار حول موقف المشرع في بلاد ما بين النهرين من مبدأ الشكلية في التعاقد، وهو التساؤل الذي فتح الباب على مصراعيه أمام تفسيرات واجتهادات الفقهاء ؛ نظرا لصعوبة تصور الإطار العام الذي دارت في فلكه نظرية العقود والالتزامات في تلك البلاد، بسبب نقص المصادر التشريعية، وانعدام المؤلفات الفقهية.

وإزاء هذا الغموض وعدم الوضوح في الرؤية، يتعين علينا بادئ ذي بدء عرض وتحليل مختلف الآراء التي قيلت في هذا الصدد، في محاولة منا لكشف اللثام عن حقيقة دور الشكلية في شريعة بلاد ما بين النهرين، ثم نتناول بعد ذلك أهم صور وتطبيقات الشكلية التي عرفتها تلك الشريعة وعلى ذلك فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين ، كما يلي:

المطلب الأول: الخلاف حول مدى خضوع شريعة بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية في التعاقد.

المطلب الثاني: صور الشكلية وتطبيقاتها في شريعة بلاد ما بين النهرين.

---

(١) J. GILISSEN, Introduction historique au droit, Bruxelles, 1979, p. 64

ولمزيد من التفاصيل حول الحالة الاقتصادية لبلاد ما بين النهرين راجع:

E. CUQ; Etudes sur le droit Babylonien, les lois Assyriennes et les lois Hittes, Paris, 1929, p. 163 et ss. J. GAUDEMET, Institution de L'Antiquité, Paris, 1967, p. 28-31, et ss. R. MONIER, G. CARDACIA et J. IMBERT, Histoire des institutions et des faits sociaux, op. cit., p. 64.

المطلب الأول

الخلاف حول مدى خضوع شريعة بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية في التعاقد

يمكن حصر الخلاف الذي أثير حول مدى خضوع شريعة بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية بين أربعة اتجاهات: الأول يرى أن العقود في بلاد ما بين النهرين كانت عقودا شكلية، والثاني يذهب إلى أن العقود في تلك البلاد كانت أقرب إلى العقود العينية، فى حين يرى الاتجاه الثالث أن العقود لم تكن شكلية ولا عينية، ولكنها في الوقت نفسه لم تكن رضائية تماما، أما الاتجاه الرابع والأخير فيرى أن العقود في بلاد ما بين النهرين كانت رضائية تماما، وسنعرض لكل من هذه الاتجاهات تباعا فيما يلي:

الاتجاه الأول: العقود في بلاد ما بين النهرين كانت عقودا شكلية:

ذهب البعض[1] إلى أن العقود في بلاد ما بين النهرين كانت عقودا شكلية وليست رضائية، لأن مجرد الاتفاق لم يكن كافيا لانعقاد العقد، بل كان لابد من صب هذا الاتفاق في قالب شكلي معين مفروض يتمثل في كتابة التصرف والإشهاد عليه، ولا تعد العقود ذات قوة قانونية ملزمة، دون استيفاء هذه الإجراءات الشكلية عند إجراء العقد، بل إن عدم كتابة عقد بالتعامل لم يكن يؤدي فقط إلى بطلان التعامل، وإنما كان يؤدي أيضا إلى تعريض الطرفين إلى عقوبات قاسية قد تصل إلى حد الإعدام.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى دليل مستمد من نصوص قانون حمورابي[2] هو نص

---

(١) راجع: إبراهيم عبد الكريم غازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٤٨.

(٢) قانون حمورابي هو أعظم قوانين بلاد ما بين النهرين أهمية وأوسعها شهرة، ويستمد أهميته من كثرة نصوصه بالمقارنة بالتشريعات الأخرى، ويستمد شهرته من عمق تأثيره على شعوب بلاد ما بين النهرين، بل على الشعوب المجاورة وامتداد هذا التأثير عبر مئات السنين،وقد اختلف العلماء والباحثون حول التاريخ الذي وضع فيه هذا القانون فأرجعه البعض إلى عام ٢٠٠٠ ق.م، فى حين يقرر الرأي الراجح أن هذا القانون قد وضع في الفترة ما بين سنتي ١٧٢٨ و ١٦٨٦ ق.م وهي الفترة التاريخية التي حكم فيها الملك حمورابي سادس ملوك الأسرة البابلية القديمة وذلك طبقا لأحدث التقديرات، والرأي الراجح أن هذا القانون صدر على الأقل في صورته النهائية، في السنين الأخيرة لحكم حمورابي، فقد توحدت في هذا الوقت على يد حمورابي كل بلاد ما بين النهرين،وإبرازا للوحدة الكاملة بين دويلات منطقة بلاد ما بين النهرين من=

المادة السابعة من هذا القانون الذي يقرر أنه "إذا اشترى رجل أو استلم على سبيل الأمانة إما فضة أو ذهبا أو عبدا أو أمة أو ثورا أو شاة أو حمارا أو أي شيء (آخر)، من يد ابن رجل أو عبد رجل بدون شهود وعقود، فإن ذلك الرجل سارق، ويجب أن يعدم".

ومما قد يوحى بصحة ما ذهب إليه هذا الرأي أيضا، أنه قد تم العثور على آلاف الوثائق المثبتة للمعاملات والتصرفات القانونية بين الأفراد منقوشة على ألواح من الطين(١)، يبين منها أن

=ناحية، ولسيطرته التامة على الدولة المتحدة وخضوعها لحكمه من ناحية أخرى، فكر حمورابي في إصدار المدونة التي اقترنت باسمه، استطاع أن يحقق بها الوحدة القانونية بعد أن كان قد حقق لها الوحدة السياسية والدينية و اللغوية، فكانت هذه المدونة بمنزلة تكريس لوحدة تلك البلاد على الصعيد القانوني. وجدير بالذكر أنه إذا كانت مدونة حمورابي تعد أشهر مدونات الشرق القديم، وعلى وجه التحديد في بلاد ما بين النهرين فإنها ليست أولى المدونات التي عرفتها منطقة بلاد ما بين النهرين، حيث ظهرت في هذه المنطقة قبل مدونة حمورابي عدة مدونات حفظ التاريخ بعضها، وأهمها مدونة أورنامو التي صدرت في القرن الحادي والعشرون قبل الميلاد، ومدونة أشنونا التي صدرت في القرن العشرين قبل الميلاد، ومدونة ليبيت عشتار الصادرة في القرن التاسع عشر قبل الميلاد، ومن ناحية أخرى فإن مدونة حمورابي لم تكن هي نهاية المطاف بالنسبة لقوانين هذه المنطقة إذ ظهر بعدها عددا لا يستهان به من المدونات، ومن أهمها: مجموعة القوانين الحديثة في الفترة من القرن الخامس عشر إلى القرن الثاني عشر قبل الميلاد وقوانين أوجاريت وهى إحدى مدن فينيقيا وقد صدرت قوانينها فى القرن الخامس عشر والرابع عشر متأثرة بالقانون البابلي، ومدونة آشور التي عثر عليها حديثا في معبد أشور، ويرجع تاريخها إلى القرن الرابع عشر، وهي تلي مدونة حمورابي من حيث الشهرة، أنظر: محمد على الصافوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ناشر، دبى- ١٩٩٧، ص ١١٤ هامش رقم (١)، ص ١١٨، طه عوض غازى، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٢٨-١٢٩. محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد ما بين النهرين وعند العرب قبل الإسلام، دون ناشر، ١٩٨٦،ص ٨٥، ٨٦، مصطفي سيد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥، ص ١٥٧.

ولمزيد من التفاصيل حول ظروف وإصدار قانون حمورابي ومضمونه وطبيعة وخصائص هذا القانون. راجع طه عوض غازى المرجع السابق ص ١٢٨ – ١٣٢. عبد السلام الترمانيني، محاضرات في تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٥٣ – ٥٨. محمد على الصافوري، المرجع السابق، ص ١١٦ – ١٢٢. محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٨٦ – ٩٢، السيد عبد الحميد فوده، نشأة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٢١ – ٢٣٥.

(١) كانت اللوحات المثبتة للتصرفات القانونية في بلاد ما بين النهرين، تتخذ من الطين أو الصلصال، وكانت الكتابة عليها تتم وهي مازالت طرية بالنقش عليها بآلة حادة هي في العادة قطعة من الغاب، ثم يجفف اللوح بتركه معرضا للشمس أو بوضعه في النار وكانت هذه اللوحات تدون بواسطة كتبة متخصصين نذكر أسماؤهم عادة بين أسماء الشهود الآخرين، وكان الكتبة في العادة من الكهنة، حيث ظل تعليم الكتابة خارج=

كتابة هذه التصرفات كانت تجرى في حضور شهود لا يقل عددهم عن اثنين، وفي كثير من الوثائق يزيد عددهم على أثنين، ويصل أحيانا إلى عشرين شاهدا، ورغم أن الباحثين لم يعثروا حتى الآن على قاعدة تحكم عدد الشهود بالنسبة للتصرفات القانونية، فإن البعض قد توصل إلى استنباط قاعدة عامة مضمونها أن حضور الشهود أمر لازم[1]، فضلا عن أن وجود هذا الكم الهائل من اللوحات المثبتة للتصرفات القانونية وما يوجد بينها من تماثل وتطابق في أشكالها وصيغتها رغم التباين الزمني والمكاني بين هذه اللوحات التي تضمنت العقود[2] قد يوحى بأن وجود اللوحة ذاته أو بمعنى أدق وجود الكتابة ذات الصيغة المحددة، كانت شرطا لازما لانعقاد وصحة التصرفات القانونية، وهو ما يعني خضوع قانون بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية في التعاقد.

الاتجاه الثاني: العقود في بلاد ما بين النهرين كانت أقرب إلى العقود العينية

ذهب عدد غير قليل من الفقهاء والباحثين إلى أن العقود في بلاد ما بين النهرين لم تكن شكلية ولكنها في الوقت نفسه لم تكن رضائية، وإنما كانت أقرب إلى العقود العينية، وهو الأمر الذي يظهر جليا في عقد البيع، وهو أهم العقود المدنية، ومنه تستمد سائر أحكام الالتزامات العقدية فقد ذهبت (النظرية التقليدية)[3] التي توسع فيها العلامة سان نيقولا خاصة إلى أن البيع

=المدارس الملحقة بالمعابد، نادرا خلال حقبة طويلة من التاريخ، وقد كان أصحاب الشأن يحتفظون باللوحات بعد كتابتها في أوان من الخزف أو الغاب معدة خصيصا لهذا الغرض، أنظر: محمود سلام زناتي،المرجع السابق ص ٢٠٣.

V. A. RENOUF; Outlines of General History. op. cit, p. 27 – 28.

(١) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٢) احتفظت اللوحات البابلية بقدر كبير من التماثل عبر القرون، حيث اتخذت نمطا مشتركا تتحدد فيه العناصر الرئيسية للتصرف وفقا لترتيب معين، وتسلسل واضح، فعند أعلى اللوحة يبدأ بتحديد مكان التصرف، ثم يذكر محل التعاقد من بيت أو ماشية أو عبد ...الخ، ثم أسماء أطراف العقد، ثم يذكر مضمون العقد، بيع – تبني – زواج ... الخ، ثم أختام الشهود إلى جانب أسمائهم وأخيرا يأتي في نهاية اللوحة تاريخ إبرام التصرف.

ولا يقتصر هذا النمط على اللوحات البابلية، وإنما نجده أيضا في أقدم اللوحات السومرية التي انتقلت إلينا، واستمر هذا النمط متبعا حتى خضوع الدولة البابلية لسيطرة الفرس. أنظر: محمود السقا، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٣٧، محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في العالم القديم، بدون ناشر، ١٩٨٠، ص ١٦٢ – ١٦٣..

(٣) حول مضمون هذه النظرية وأهم أنصارها راجع:

R. MONIER, G. CARDASIA et J. IMBERT: Histoire des institutions et des faits sociaux, op. cit., p. 64 et ss. =

في بلاد ما بين النهرين لم يكن عقدا منشئا للالتزامات، وإنما كان تصرفا فوريا (au comptant) يتضمن تسليم الشيء المبيع، ودفع الثمن في الحال ولا يترك مجالا لقيام أو نشوء أية التزامات، ذلك أنه يستنفذ أثره المتمثل في نقل ملكية المبيع والثمن حال انعقاده، وهو الأمر الذي يتنافى مع فكرة الالتزام ذاتها التي تقتضي مرور فترة من الوقت بين الاتفاق والتنفيذ[١]، وبذلك يكون البيع أقرب إلى العقود العينية[٢] سواء في ذلك بيع الأشياء المعينة بالنوع أو بيع الأشياء المعينة بالذات[٣].

ويؤيد هذا الرأي وجهة نظره بأن البيع في بلاد ما بين النهرين كان دائما بيعا ناجز الثمن، وأن الشرط الرئيسي لنقل الملكية لم يكن تسليم الشيء المبيع، وإنما دفع الثمن، إذ يترتب عليه اكتساب ملكية الشيء المبيع في الحال[٤] فدفع الثمن كان يعد في الوقت ذاته شرطا ضروريا وكافيا لنقل الملكية، لذلك فإن ملكية الشيء المبيع كانت تنتقل بقوة القانون من البائع إلى المشترى بمجرد الوفاء بالثمن، ومن ثم يكون للمشترى الحق في ضم الشيء المبيع إلى

=مصطفي سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية مع دراسات في فلسفة القانون، دون ناشر، ١٩٨٠، ص ٢٣٣ وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها، أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٣٣- ٢٣٤.

(٢) أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) يرى أستاذنا الدكتور/ مصطفي صقر أن النظرية التقليدية تقوم على فكرة مؤداها أن قانون بلاد ما بين النهرين، قد بدا في موضوع العقود والالتزامات وكأنه بناء تجريبي، لا تجمع بين لبناته وحدة منطقية متماسكة، لذلك فإن البحث ينبغي أن يقتصر على تناول الحلول الجزئية لمسائل معينة بذاتها، وأن تتخلى عن محاولة بناء نظرية عامة متماسكة على الوجه المعروف لدينا في الوقت الحاضر، ففيما يتعلق بالبيع نجد أنصار النظرية التقليدية يقررون أن القانون البابلي لم يكن يعرف مفهوما موحدا لعقد البيع، حيث ميز بين البيع الذي ينصب على أشياء معينة بالنوع، والبيع الذي ينصب على أشياء معينة بالذات، واعتبر كلا منهما تصرفا قانونيا مستقلا عن الآخر،وهو ما أدى إلى التمييز بين النوعين من حيث الأحكام القانونية الخاصة بهما، ومن ثم فإن وحدة المصطلحات، واستعمال الكلمات نفسها في الحالتين للتعبير عن المشترى، الثمن، الشراء، لا تعنى أكثر من أن الشرقيين قد أدركوا علاقة القرابة الاقتصادية التي تجمع بين النظامين، دون أن يستخلصوا من وراء ذلك نتائج قانونية تنهض أساسا لنظرية عامة. مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤١ – ٤٢.

(٤) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، نفس الموضع ، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣٣٩، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

حيازته بإرادته المنفردة وقت أن يرغب في ذلك دون الحاجة إلى مطالبة البائع بالتسليم[1].

ويعتمد هذا التحليل – كما تقرر النظرية التقليدية – على الصيغة formulaire المستعملة بالنسبة لبيع الأشياء خاصة الأشياء المعينة بالذات في جميع البلاد الخاضعة لتأثير القانون السومر – أكادي، حيث يذكر الوفاء بالثمن في هذه الصيغة عادة في صورة الشرط الصريح، في حين لا نجد فيها أي إشارة إلى تسليم الشيء المبيع[2].

وكما هو واضح مما سبق فإن نظام البيع في بلاد ما بين النهرين كان يستبعد تماما إمكانية الائتمان في عقد البيع، أي تأجيل الثمن أو تأجيل تسليم البيع، وهو الأمر الذي لم يكن يفي بمتطلبات النظام الاقتصادي لهذه البلاد – الذي كان في حالة تطور مستمرة – لما تتطلبه سرعة وتعدد المعاملات والمبادلات التجارية التي اتسم بها هذا النظام من ضرورة وجود فكرة الائتمان في البيوع خاصة التجارية منها، لذا فإن أنصار النظرية التقليدية قد ذهبوا إلى أن البابليين قد حاولوا تحقيق الائتمان في مجال البيوع المختلفة استجابة لمقتضيات الحياة العملية، ولكن دون المساس بالطبيعة القانونية لعقد البيع، فلجأوا إلى الحيلة أو الافتراض القانوني fiction juridique لإمكانية تحقيق تأجيل دفع الثمن أو تسليم المبيع بعيدا أو خارج عقد البيع[3].

ففي حالة البيع مع تأجيل الوفاء بالثمن، كان يفترض أن ثمن الشراء الذي أجل دفعه بمنزلة محل قرض وافق عليه البائع لمصلحة المشترى، أو بمنزلة محل وديعة يحتفظ بها المشتري للبائع، حيث يذكر في عقد البيع أن الثمن قد دفع وأن الطرفين يمتنعان عن المنازعة في صحة البيع، وتحرر وثيقة ثانية بالثمن تصوره في صورة قرض صادر من البائع لصالح المشتري وإما في صورة وديعة يحتفظ بها المشترى للبائع، أما في حالة البيع مع تأجيل تسليم الشيء، فقد كانت تحرر وثيقة تفيد أن البائع يحتفظ بالشيء المبيع على سبيل العارية أو على سبيل الإيجار، وفي هذه الحالة الأخيرة يلتزم البائع بدفع الأجرة إلى المشتري[4].

---

(١) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، نفس الموضع ، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٤ – ٤٥.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٣) أنظر: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٣٤، صوفى أبو طالب، المرجع سابق، ص ٢٣٦، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٠٧، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع ، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، نفس الموضع، محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد النهرين وعند العرب قبل الإسلام، مرجع سابق، ص ٢١١، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، نفس الموضع.

وفضلا عما تقدم فإن ثمة إجراء آخر كان من الممكن اللجوء إليه بهدف إنشاء التزام على عاتق الطرف – البائع أو المشتري – الذي اتفق على تأجيل الوفاء بالتزامه، وهو أن يحرر الطرفان سندا يتضمن اعترافا مجردا بالدين reconnaissance de dette من قبل المدين، وهو سند ملزم بذاته ولذاته بوصفه سندا مجردا billet abstrait بمعنى أن أثره الملزم يستقل تماما عن سببه، حتى عندما يشير الطرفان صراحة إلى هذا السبب في السند المثبت للاعتراف[1].

وأخيرا يرى أنصار النظرية التقليدية انه فيما يتعلق بالضمانات التبعية التي يتعهد بها البائع والمتعلقة بفعله الشخصي، أو بضمان الاستحقاق، أو بضمان عيوب المبيع الخفية، فإنها لم تكن تقع على عاتق البائع على أساس أنها تمثل التزامات ناشئة عن العقد، بل على اساس أن القانون يعاقب على الإخلال بها أو التقصير في أدائها، حيث كانت تحميها قواعد آمرة مصدرها العرف أو التشريع، وتجعل من الإخلال بأي من هذه الضمانات جريمة معاقب عليها، ومن ثم فقد كانت هذه الضمانات بمنزلة التزامات قانونية مصدرها القانون، لا التزامات تعاقدية ناشئة عن العقد[2].

وقد ذهب البعض إلى أن ما يصدق على عقد البيع من حيث كونه اقرب إلى العقود العينية، يصدق أيضا وبالقدر نفسه على عقدي الإيجار والقرض، فعلى حد زعم هؤلاء الفقهاء لم يكن عقد الإيجار في بلاد ما بين النهرين سوى تصرف فوري الأثر لا يترتب عليه أي التزامات، حيث يتعاصر تسليم الشيء محل العقد للمستأجر للانتفاع به مع دفع الأخير للأجرة وقت إبرام العقد، فتسليم الشيء محل عقد الإيجار، ودفع الأجرة يتم وقت التعاقد، وهو ما يجعل الإجارة أقرب إلى العقود العينية[3]، بل إنه حتى في الحالات التي يتراخى فيها تسليم الشيء محل عقد الإيجار إلى وقت لاحق على التعاقد فإن العقد لا يفقد صفته العينية في نظر هذا الفقه، حيث يجب على المستأجر أن يدفع كل الأجرة المتفق عليها وقت التعاقد او جزء منها، وتسليم الأجرة هذا هو ما يحقق بالتالي العنصر العيني للعقد[4] أما عقد القرض فلا خلاف على كونه من العقود العينية، حيث كان يتطلب لانعقاده تسليم المقرض إلى المقترض كمية من شيء معين،

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٤، ٤٦.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٦ – ٤٧.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢١٥، وقد أشار سيادته في ذلك إلى
G. BOYER; Nature et formation de la vente dans L'ancien droit Babylonien, RIDA 2,1953, p. 52 et ss.

(٤) أنظر: فخرى أبو سيف مبروك، أحكام النظم الاجتماعية والقانونية القديمة، دون ناشر، سنة ١٩٨٣، ص ١٩٩.

على أن يرد الأخير إلى الأول كمية مماثلة من الشيء نفسه[1].

نخلص مما سبق إلى أن مؤدى ما ذهب إليه هذا الاتجاه هو أن العقود في بلاد ما بين النهرين لم تكن عقودا منشئة لالتزامات بالمعنى الفني الدقيق، وإنما كانت عمليات أو تصرفات فورية ناجزة لا يتولد عنها أي التزام، أي إننا لم نكن بصدد التزامات متبادلة تقع على أطراف هذه العقود، بل بصدد أداءات متبادلة تتم حال التعاقد، وينتهي أنصار هذا الاتجاه من هذا التحليل إلى أن فكرة العقد الرضائي قد ظلت غريبة على أذهان الفقهاء البابليين، وأن العقود في هذه البلاد كانت أقرب إلى العقود العينية بل إن البابليين لم يتوصلوا إلى الأثر الملزم لعقد البيع، إلا من خلال فكرة العقد العيني (القرض، والعارية، والوديعة) أو السندات المجردة التي تتضمن اعترافا بالدين لمصلحة الدائن، على حد زعم أنصار النظرية التقليدية[2] التي اعتنقها عدد غير قليل من العلماء والباحثين في حضارة وادي الرافدين، والتي لاقت نجاحا ورواجا لا يمكن إنكاره بين المتخصصين في دراسة القانون الشرقي القديم.

الاتجاه الثالث: العقود في بلاد ما بين النهرين لم تكن شكلية ولا عينية ولكنها لم تكن رضائية تماما

ذهب البعض[3] إلى أن العقد في شريعة بلاد بين النهرين لم يكن شكليا، ولم يكن عينيا، ولكنه في الوقت نفسه لم يكن رضائيا تماما، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على ان بعض الالتزامات في بلاد ما بين النهرين كانت تحتاج لنشوئها وقيامها تسليم شيء أو استيفاء شكل معين، وهوما يظهر بجلاء في عقد البيع – وهو أهم العقود المدنية، ومنه تستمد سائر أحكام الالتزام العقدية – فبالرغم من أن قانون حمورابي لم يكن يستلزم لانعقاده أو لنشوء الالتزامات الرئيسية فيه استيفاء أية شكليات مثل الكتابة أو حضور الشهود، إلا أنه يستلزم بعض الشكليات بالنسبة للالتزامات التبعية التي يلزم بها البائع، مثل التزامه بعدم المنازعة في صحة العقد، إذ لم يكن ينشأ هذا الالتزام إلا إذا تعهد به البائع، وقرن تعهده بالقسم بحياة الملك والآلهة، ويحل محل هذا التعهد وضع شرط جزائي يلزم البائع بدفع مبلغ من المال أو بتحمل عقوبة بدنية إذا أخل بالتزامه.

ومما يؤكد أيضا أن العقد في شريعة بلاد بين النهرين لم يكن رضائيا تماما في نظر هذا الاتجاه، أن القانون البابلي قبل العهد الكلداني كان لا يحفل بسلامة الرضا من العيوب، وذلك

---

(١) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) أنظر: مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٤ وقد أشار سيادته في ذلك إلى
G. BOYER; Nature et formation de la vente dans L'ancien droit Babylonien. Melagnes d'histoire du droit oriental, sirey, 1965, T. 2. p. 63.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٥ – ٢٣٦.

على خلاف العصر الكلداني، حيث تظهر في العقود عبارة دارجة على لسان المتعاقد هي "وهو منشرح الصدر" التي فسرها الباحثون على أنها تعنى خلو الرضا من العيوب.

الاتجاه الرابع: رضائية العقود في بلاد ما بين النهرين:

يذهب الرأي الراجح في الفقه[1] إلى أن المبدأ العام الذي كان يحكم العقود والالتزامات في بلاد ما بين النهرين هو مبدأ الرضائية، وان قانون بلاد ما بين النهرين لم يخضع حتى في أقدم عصوره إلى الشكلية[2]، ومن ثم فقد كان العقد تصرفا رضائيا ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول الصادر من طرفي العقد، دون حاجة إلى تسليم الشيء أو لشكلية معينة كما زعم البعض.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج للتدليل على رضائية العقود في بلاد ما بين النهرين، نعرضها تباعا فيما يلي:

١- أن مجتمع بلاد ما بين النهرين لم يكن مجتمعا زراعيا منغلقا على نفسه، وإنما كان مجتمعا تجاريا، تكثر فيه المعاملات والمبادلات التجارية، وتتخذ صورا وأشكالا متباينة، وليس من المتصور، والحال هذه، أن يقيد القانون التصرفات القانونية التي يجريها الأفراد بقيود الشكل أو غيره، لأن التجارة تقتضي السرعة في المعاملات والثقة في المبادلات، وهي اعتبارات تتنافى ولا شك مع وجود قيود يفرضها القانون على حرية الأفراد في التعامل[3].

٢- من المسلم به أن شريعة بلاد ما بين النهرين قد أخذت بمبدأ النيابة في التعاقد، إذ لم يكن لازما أن يعبر المتعاقد عن إرادته بنفسه، بل يمكن أن ينيب عنه أحد الأشخاص في ذلك، ففي إمكان الشخص أن يتعاقد بواسطة نائب أو وكيل أو حتى رسول، مع انصراف اثر العقد إلى الأصيل دون النائب، وهوما يستخلص منه أن الرضائية كانت هي المبدأ السائد في شريعة بلاد ما بين النهرين، فمن الصعب تصور نيابة شخص عن آخر في إبرام تصرف قانوني يستلزم لانعقاده استيفاء شكل معين، بحيث تنصرف آثاره إلى الأخير مباشرة، لأن الشكلية لم تكن لتسمح

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه:

E. CUQ; Etudes sur le droit Babylonien, op. cit., p. 162 et ss.
R. MONIER, G. CARDASIA et J. IMBERT; op. cit., p. 65

وفي الفقه المصري: مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٨ – ٤٩، محمود السقا، مرجع سابق، ص ٣٣٧، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٠٤ – ٢٠٥، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٠٣ – ٢٠٤، فخرى أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ١٩٢ – ١٩٩.

(٢) R. MONIER, G. CARDASIA et J. IMBERT; op. cit., p. ٦٥.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٤.

بأن تتجاوز آثار التصرف القانوني الشخص الذي تولى الإجراءات والأشكال التي يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك في تلك الإجراءات والأشكال[١].

٣- من غير المتصور أن يشترط القانون الكتابة لصحة جميع التصرفات في وقت كانت الكتابة لا تزال فيه قليلة الانتشار، وكان تحرير العقد كتابة يقتضي اللجوء إلى كاتب scribe متخصص[٢]، لذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن أنصار الرأي القائل بسيادة الشكلية قد خلطوا بين الكتابة اللازمة لوجود العقد والكتابة التي يتطلبها القانون لإثبات العقد، عندما قرروا أن العقود كانت تستمد قوتها الملزمة من كتابتها بشكل معين، في حين أنه يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين، فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها[٣].

٤- أن سيادة مبدأ الرضائية في بلاد ما بين النهرين هو ما يوحي به ظاهر النصوص التشريعية، حيث يتبين من استقراء بعض هذه النصوص أن الكتابة لم تكن ركنا شكليا في العقد، وإنما هي مجرد وسيلة للإثبات وكذلك الحال بالنسبة لحضور الشهود فهو ليس لازما لانعقاد العقد، بل للإثبات فقط[٤]، أي إن الكتابة وشهادة الشهود هما مجرد وسيلتي إثبات شأنهما في ذلك شأن باقي وسائل الإثبات الأخرى مثل الاعتراف، اليمين، الاحتكام للآلهة، حيث كان يحق لأطراف التصرف القانوني إثباته بالكتابة أو بشهادة الشهود، أو بغيرهما من أدلة الإثبات الأخرى[٥] تطبيقا للأصل العام في الإثبات وهو حرية الدليل الذي يستدل عليه من العديد من النصوص التشريعية مثل نص المادة (٤١) من قانون "إيشنونا" ونص المادة "٩" من قانون حمورابى، حيث تنص المادة "٤١" من قانون إيشنونا على أنه "إذا اشترى رجل عبدا أو أمة أو ثورا أو أي شيء ثمين آخر، ولكنه لم يستطع أن يعين البائع (أي يبرهن على صحة الشراء)، فإنه سارق".

---

(١) أنظر: E. CUQ, op. cit., p. ١٧٤ -١٧٨.

وكذلك: أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٠٤ – ٢٠٥.

(٢) G. BOYER; les articles ٧ et ١٢du code de hommurabi, Melagnes d'histoire du droit oriental, sirey, ١٩٦٥, T. ٢, p. ٢٠

مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور/ مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٨، وفي نفس المعنى، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٥) أنظر: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

فهذا النص – في تقدير أنصار الاتجاه القائل بسيادة مبدأ الرضائية – قاطع الدلالة على أن لا الكتابة ولا شهادة الشهود كانتا ركنا شكليا في العقد عامة، وفي عقد بيع المنقولات الثمينة خاصة، وأنه كان يكفي لوجود البيع رضا الطرفين وائتلاف الإيجاب بالقبول، كما أنه قاطع الدلالة على أن الأصل في الإثبات هو حرية الدليل وهو ما يظهر في عبارة "ولكنه لم يستطع أن يعين البائع" أي يثبت وجود البيع فهذه العبارة جاءت على إطلاقها دون أي قيد يتعلق بنوعية الدليل الذي يتعين على المشتري تقديمه لإثبات وجود البيع، أي دون أن يشترط الإثبات عن طريق الكتابة أو شهادة الشهود، وهو الأمر الذي يدل دلالة واضحة على أن المشتري كان يمكنه إثبات البيع بالكتابة أو بشهادة الشهود أو بغيرهما من أدلة الإثبات الأخرى[1].

يتأكد هذا المعنى ويتضح في نص المادة (٩) من قانون حمورابي[2] التي تنص على انه "إذا فقد رجل شيئا ما وقبض على الشيء المفقود في يد رجل (آخر)، فإذا صرح الرجل الذي قبض في يده الشيء المفقود "أن بائعا قد باعه لي واشتريته أمام شهود"، وصاحب الشيء المفقود قد صرح (كذلك) "سأجلب الشهود المؤيدين لحاجتي المفقودة"، فإذا قدم المشتري (الشخص الذي قبض بيده الشيء المفقود) البائع الذي باعه له والشهود الذين اشتراه بحضورهم، وصاحب الشيء المفقود قد جلب (كذلك) الشهود المؤيدين لحاجته المفقودة، فعلى القضاة أن ينظروا في كلماتهم (أي شهاداتهم)، وعلى الشهود الذين تم الشراء بحضورهم، وكذلك الشهود المؤيدين للحاجة المفقودة أن يقسموا (على صحة شهادتهم) أمام الإله (فإذا تم ذلك) يكون البائع هو السارق ويجب أن يعدم، وصاحب الحاجة المفقودة يسترد حاجته، والمشتري (الشخص الذي قبض بيده الشيء المفقود) يسترد النقود التي دفعها من (مال) بيت البائع".

هذا النص يواجه _ كما هو واضح _ حالة بيع ملك الغير، وكيفية إثباتها، حيث يبين لنا النص كيف تدور عملية الإثبات في ساحة القضاء بين المشتري وصاحب الشيء المبيع الحقيقي الذي يطالب باسترداده فيقرر: أنه إذا قدم المشتري شهودا يؤيدون صدق دعواه في أنه قد اشتري هذا الشيء، ويعينون شخص البائع، وفي نفس الوقت قدم مدعى ملكية الشيء من جانبه شهودا يؤيدون ملكيته لشيء المبيع، تعادل، الدليلان، ووجب على شهود كل من المشتري ومدعى ملكية الشيء أن يقسموا يمينا أمام الإله، وعندئذ تقوم قرينة قاطعة على أن البائع قد باع ما لا يملك، ومن ثم يعتبر سارقا، وتوقع عليه عقوبة السرقة، وهي الإعدام، ويترتب على ذلك

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨، ٣٩.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٩ – ٤٠.

من ناحية، أن يستحق المدعي الشيء محل النزاع، ومن ناحية أخرى، أن يسترد المشتري ما دفعه من نقود ثمنا للشيء المبيع من مال البائع[١].

ويرى أنصار الاتجاه القائل بسيادة الرضائية في بلاد ما بين النهرين، أن هذا النص يدل دلالة واضحة على أن الكتابة لم تكن ركنا شكليا في العقد من منطلق أن هذا النص لا يشير من قريب أو من بعيد إلى الكتابة لا بوصفها ركنا شكليا في العقد، ولا بوصفها دليلا للإثبات. ومن المنطقي القول بأنه لو كانت الكتابة ركنا في العقد، ومن ثم شرطا لصحته، كان لزاما أن يشترط القانون لإثبات العقد ضرورة تقديم المحرر المكتوب، خاصة وأن عنصر الإثبات – كما هو معروف – لا ينفك دائما عن الشكل، فضلا عن ذلك فإن عبارة "أن بائعاً قد باعه لى واشتريته أمام شهود"، في نظر أنصار هذا الاتجاه قاطعة الدلالة على أن التراضي وحده كان كافيا لتكوين العقد، إذ لا توجد أية أشارة إلى أن الطرفين قد استعملا ألفاظا محددة، أو أنهما قاما بشعائر وطقوس معينة، أو أن العقد قد صب في قالب شكلي نص عليه القانون، ولو أن شيئا من ذلك كله قد تطلبه القانون لانعقاد البيع وصحته، لحرص المشرع، في هذا النص على أن يبين لنا من خلال العبارة التي وردت على لسان المشتري أن البيع قد استوفي شروطه الشكلية التي يقررها القانون[٢].

وينتهي أنصار هذا الاتجاه من التحليل السابق لنص المادة (٤١) من قانون "أشنونا" والمادة (٩) من قانون حمورابي إلى أن نص المادة (٧) من قانون حمورابي الذي تمسك به أنصار الاتجاه القائل بخضوع قانون بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية في التعاقد للتدليل على رجاحة رأيهم، لا علاقة له بالشروط اللازمة لانعقاد العقد في هذا القانون، وأن هذا النص لم يكن سوى مجرد استثناء على القاعدة، أو خروج على الأصل العام في الإثبات وهو حرية الدليل، وهو استثناء يؤكد القاعدة ولا ينفيها[٣] وبيان ذلك: أن نص المادة (٩) من قانون

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤١.

(٣) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨وقد أشار سيادته في ذلك إلى
G. BOYER, les articles 7 et 12 du code de Hammurabi, L'Article cite, p. 23.
وفي المعنى نفسه: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٣٣، حيث يقرر "وفي ميزوبوتاميا لا يتطلب البيع على كل حال شكلا معينا، حتى تحت سلطان القانون البابلي القديم، ذلك أن إبرام البيع لا يخضع لأية شكلية، ولا يستلزم قانون حمورابي في مادته السابعة، كتابة المحرر إلا في حالة خاصة، فوجود الشهود أو المحرر ليس ضرورة لا غنى عنها، والمحاكم تقبل وسائل أخرى للإثبات: الاعتراف، اليمين، الاحتكام للآلهة".

حمورابي لا يواجه جميع أنواع المعاملات دون ما تفرقة أو تمييز، وإنما هو يواجه فرضا خاصا، وهو الفرض الذي يقوم فيه أحد الرقيق أو الأبناء القصر التابعين لسلطة رب الأسرة ببيع شيء منقول أو تسليمه على سبيل الوديعة إلى شخص آخر، مثل هذه العملية (أي البيع أو الوديعة) إذا ما تمت سرا دون وجود شهود أو تحرير عقد تكون مثارا للشك ومحلا للشبهة، وهو ما يفترض معه أن الشيء المبيع أو المودع قد تمت سرقته من أموال السيد أو رب الأسرة، وأن الغرض من إتمام التصرف سرا هو إخفاء حقيقة التصرف عنه، أي إن النص هنا يقيم قرينة قانونية قاطعة على سوء نية المشتري، أو المودع لديه، إذ يعد سارقا، ومن ثم توقع عليه عقوبة السرقة، وهي الإعدام والعلة في استبعاد حسن النية المكتسب (المشتري أو المودع لديه) هي أن سن المتصرف إذا كان ابنا لرب الأسرة، أو علامة العبودية إذا كان المتصرف عبدا[1]، من شأنهما أن يكشفا عن طبيعة المخاطرة التي يتعرض لها المكتسب إن هو أقدم على إجراء التصرف سرا دون وجود شهود أو تحرير عقد. أما إذا فرضن على العكس من ذلك، أن تم التصرف، بيعا كان أو وديعة، كتابة وفي حضور شهود، فإن هذه العلانية التي روعيت في إجراء التصرف تكون كافية لإظهار أن المكتسب لم تكن لدية نية إخفاء الأشياء المسروقة، وفي الوقت ذاته فإن رب الأسرة أو السيد يمكنه بكل سهولة أن يعلم بالتصرف إذا كان قد تم إجراؤه دون رضا مسبق منه بالبيع أو بالوديعة[2].

وعلى ذلك فإن الكتابة وشهادة الشهود – في تقدير أنصار هذا الاتجاه – قد اشترطهما قانون حمورابي في هذا النص لإثبات حسن نية (المكتسب) وليس لانعقاد العقد، وهو فى نظر هذا الاتجاه تشدد خرج به المشرع العراقي القديم عن حكم القاعدة العامة التي تقرر أن عقد البيع أو الوديعة أو القرض .... الخ يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات من كتابة وشهادة شهود ويمين ... الخ، أي إننا هنا بصدد استثناء على القاعدة أو خروج على الأصل العام في الإثبات تبرره اعتبارات خاصة، أملتها الرغبة في حماية رب الأسرة أو السيد من التصرفات القانونية التي قد

---

(١) كان العبيد يوسمون بعلامات خاصة تميزهم عن غيرهم من الناس، وتحدد هل يجوز بيعهم أو لا كما كان يكتب اسم صاحب العبد على يد العبد اليمني، وفي حالة انتقال ملكيته إلى شخص آخر، يضاف اسم السيد الجديد إلى اسم السيد القديم، وقد نص تشريع حمورابي على قطع اليد للحلاق أو الطبيب الذي يزيل سمة عبد أو يطمسها دون علم سيده. راجع محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣١٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٢) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٧. وفي نفس المعنى راجع:

G. BOYER,op.cit., p.٢٢.

يجريها الابن القاصر أو الرقيق، خاصة عندما تنطوي هذه التصرفات على درجة معينة من الخطورة، ويكون من شأنها إخراج شيء ما من الذمة المالية للأب أو للسيد[١].

ولا ريب في أن الاستثناء يعد في ذاته خير دليل على وجود المبدأ، بمعنى أن اشتراط المادة (٧) من قانون حمورابي للكتابة والشهود معا لإثبات البيع والوديعة في حالة خاصة، إنما يعد دليلا كافيا على أن الأصل في إثباته لم يكن كذلك، وأن العقد كان يمكن إثباته عادة سواء بالكتابة أو بشهادة الشهود، أو بأي دليل آخر غيرهما[٢].

ومن جانبنا فإننا نميل إلى الاتجاه الأخير القائل بسيادة مبدأ الرضائية في شريعة بلاد ما بين النهرين، ونرى انه الاتجاه الأكثر اتفاقا مع حقائق الأمور في هذه البلاد ، ففضلا عما ساقه هذا الاتجاه من حجج قوية مقنعة بعضها يعتمد على المنطق، والآخر يستند إلى ما ورد بالنصوص التشريعية، فإننا نرى أنه مما يؤكد سيادة مبدأ الرضائية في هذه البلاد، أن شريعتها قد اهتمت اهتماما واضحا بعملية إثبات التصرفات القانونية، ومعالجة المشاكل الناجمة عن صعوبة أو استحالة هذا الإثبات، وهو ما لمسناه عند عرضنا لنص المادة (٤١) من قانون "إيشنونا" والمادة (٩) من قانون حمورابي، ويظهر جليا في نص المادة (١٠) والمادة (١١) من قانون حمورابي، اللتين يقرر فيهما المشرع الجزاءات المترتبة على عدم استطاعة أحد الخصوم في حالة بيع ملك الغير إثبات الحق الذي يدعيه، فنجد المشرع يقرر في نص المادة (١٠) من قانون حمورابي أنه "إذا عجز المشتري عن تعيين شخص البائع وتقديم الشهود الذين يشهدون على عملية البيع، فإنه يعد سارقا، ويعاقب بالإعدام ويسترد الغير ماله"، كما يقرر في نص المادة (١١) "إذا كان المدعى هو الذي عجز عن تقديم الشهود الذين يؤيدون دعواه، فإنه يعد كذابا، ويدعى باطلا ومن ثم يعاقب بالإعدام"[٣].

ومن الصعوبة بمكان في نظرنا أن يفترض المشرع إمكانية عجز أحد أطراف النزاع عن الإثبات، ويقرر الجزاءات المترتبة على هذا العجز، إلا إذا كان المبدأ العام الذي يحكم

---

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) G. BOYER,op.cit., p.23.

مشار إليه لدى مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٣) جدير بالذكر أن الشراح يستندون أيضا لنصوص المواد من (٩ – ١٣) من قانون حمورابي للتدليل على التزام البائع بضمان الاستحقاق. راجع في ذلك

E. CUQ; Etudes sur le droit Babylonien, op. cit., p. 206

فخرى أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ١٩٦، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢١٥ – ٢١٦.

العقود والالتزامات في بلاد ما بين النهرين هو مبدأ الرضائية، وليس كما زعم البعض مبدأ الشكلية، إذا لا يمكن تصور إمكانية العجز عن إثبات التصرف، إذا ما كانت الشكلية هي السائدة في بلاد ما بين النهرين، فمن الثابت انه عندما يتطلب القانون لانعقاد التصرف استيفاء شكلية معينة مثل إفراغ الارادة فى محرر مكتوب أو التعبير عن الارادة في حضور شهود، فإن هذه الشكلية تسهم في إعداد وتوفير وسيلة إثبات مسبقة وسهلة تكفل للدائن المحافظة على حقوقه، وتيسر على القاضي وسيلة التأكد من حصول الالتزام، لقيامها على عناصر مادية ملموسة، ولا ريب في انه لو كانت الكتابة أو حضور الشهود ركنا شكليا في العقد، ومن ثم شرطا لصحته، لما كان من الممكن أن تثور مشكلة استحالة إثبات التصرفات القانونية التي عالجها المشرع في النصوص السابقة.

أما فيما يتعلق بما سبق أن قررناه من وجود تماثل وتطابق في أشكال وصيغ اللوحات المتضمنة للتصرفات القانونية رغم التباين الزمني والمكاني بين هذه اللوحات، فإن ذلك لا يعني أبدا أن هذه الصيغة التي لا تتبدل في لوحات بلاد ما بين النهرين كانت لازمة لصحة التعاقد، فهذا التماثل لم يكن مطلقا، وإنما هو تماثل نسبي، إذ إننا إذا ما قارنا اللوحات بعضها ببعض يمكننا أن نتبين بعض فروق بينها، وباستطاعتنا أن نميز منها نماذج تتنوع وتختلف باختلاف أنواع التصرفات القانونية أي إن مدى التماثل ليس واحدا في كل التصرفات، وإنما يتفاوت تفاوتا كبيرا تبعا لأنواعها.

وإذا كانت عادة الناس قد جرت بإتباع هذه الصيغة، فإنما ذلك لأن هذه الصيغ قد نبعت من واقع الظروف المختلفة التي كانت تطبق فيها، ومن الطبيعي أن يستمر إتباعها على مر السنين إلى أن يطرأ على ظروف المجتمع من التغيير، أو على اللغة من التطور ما يقتضي إدخال تعديل عليها أو إجراء تحوير لها من منطلق أن استعمال صيغة سهلة ومفهومة أسهل دائما من ابتداع صيغة خاصة فضلا عن أنه من الثابت أن تلك اللوحات كانت تدون بواسطة كتبة متخصصين كانوا في العادة من الكهنة ومما لا شك فيه أن تدوين تلك اللوحات بواسطة أعضاء في مهنة تمارس عملها على سبيل التوارث كان هو العامل الأول وراء عدم تغير شكلها عبر السنين[1].

ولا يختلف الحكم بالنسبة لشهادة الشهود، إذ لم تكن شرطا لازما لصحة التصرف، شأنها في ذلك شان الكتابة، رغم أن العادة قد جرت في بلاد ما بين النهرين بالإشهاد على التصرفات حتى ما كان منها تافه القيمة ومما يؤكد أن هذا الإشهاد لم يكن شرطا لازما لصحة

---

(١) محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في العالم القديم، مرجع سابق، ص ١٦٣، ١٦٤.

التصرف، أنه قد تم العثور على بعض اللوحات وإن كانت قليلة تخلو من ذكر شهود[1]، وهو الأمر الذي لا يستقيم معه القول بان الإشهاد كان شرطا لازما لصحة التصرفات. لأنه لو كان كذلك ما خلا عقد من العقود من ذكر الشهود الحاضرين انعقاده.

أما فيما يتعلق بما ذهب إليه البعض من أن العقود فى بلاد ما بين النهرين كانت أقرب إلى العقود العينية، فإن هذا الرأى مردود عليه:-

فمن ناحية أولى وفيما يتعلق بما ذهب إليه أنصار النظرية التقليدية من أن عقد البيع فى بلاد ما بين النهرين لم يكن سوى تصرف فورى ناجز لا يتولد عنه أى التزام، بمعنى أنه يستنفذ أثره المتمثل فى نقل ملكية المبيع والثمن حال انعقاده، بشكل يجعله أقرب إلى العقود العينية.

فإننا لا ننكر أن هذه النظرية قد لاقت نجاحا ورواجا لا يمكن إنكاره بين المتخصصين فى دراسة القانون الشرقى القديم، غير أنها على الرغم من ذلك، ما لبثت أن واجهت اعتراضات جدية خاصة من جانب العلماء الإيطاليين الذين نهجوا منهجا آخر تمخض في النهاية عن وجود نظرية مناقضة للنظرية التقليدية نميل إلى الاعتقاد بصحتها ومضمون هذه النظرية أن القانون البابلي قد عرف عقد البيع الرضائي بالمعنى الحقيقي حيث يكفي في انعقاده تراضي الطرفين، وتتولد عنه مباشرة التزامات متقابلة على عاتق الطرفين، البائع والمشتري[2]، ويؤسس أنصار هذه النظرية رأيهم[3] على عدد من وثائق عقود البيع التي يذكر فيها الوفاء بالثمن لا على انه قد تم تنفيذه بالفعل، ولكن على انه قد أرجئ تنفيذه إلى وقت لاحق: فبدلا من التعبير السومري

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) G. BOYER; Nature et formation de la vente dans L'Article cite, p.٦٤.
مشار إليها لدى أستاذنا الدكتور/ مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) جدير بالذكر أن الاتجاه الغالب في الفقه ينتصر للرأي القائل بأن البيع في بلاد ما بين النهرين كان يتم في صورة عقد رضائي، ينعقد بمجرد التراضي دون اشتراط دفع الثمن فورا، وينشي في الحال التزامات متبادلة وليس مجرد أداءات على عاتق كل من الطرفين استنادا على ما هو مشار إليه في المتن من وثائق ذكر فيها (أن الثمن سيدفع) دون اللجوء إلى حيلة عقد القرض أو الوديعة، وهو يدل على أن البيع يولد التزاما على عاتق المشتري بدفع الثمن عند حلول الأجل المتفق عليه، فضلا عن وجود العديد من الوثائق التي تدل دلالة قاطعة على وجود بيع الأجل أو النسيئة دون اللجوء إلى فكرة العقود العينية، وبالاعتماد فقط على السندات المجردة التي تتضمن اعترافا بالدين لمصلحة الدائن.
أنظر في ذلك: E. CUQ; Etudes sur le droit Babylonien, op. cit., p. ١٩٣
فخرى أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ١٩٢، مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٨، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص٢٠٨.

المألوف الذي يعني أن المشتري "قد دفع il a paye " الثمن، نجد أن هذه العقود قد استعملت في صياغتها عبارة "أنه سيدفع il paiera" الثمن هذا الاختلاف والتباين في الصيغة لا يمكن – كما يقرر أنصار هذه النظرية – التوفيق بينه وبين نظرية تجعل من الوفاء الفوري بالثمن، حقيقيا كان أو صوريا، العنصر الوحيد لتكوين البيع وانعقاده، ومع ذلك فإن هذا الاختلاف والتباين في الصيغة لم يكن يؤثر على طبيعة العقد إذ لا فرق بين أن يشير العاقدان إلى أن الوفاء بالثمن قد أرجئ تنفيذه إلى وقت لاحق وبين أن يذكرا أن الوفاء بالثمن قد تم تنفيذه بالفعل[1].

ومن ناحية أخرى وفيما يتعلق بما ذهب إليه البعض من أن عقد الإيجار كان أيضا تصرفا فوري الأثر لا يترتب عليه أية التزامات، فإنه بالرغم من أن الغالب والشائع في بلاد ما بين النهريين كان دفع الأجرة، وتسليم الشيء محل عقد الإيجار فور إتمام العقد، فإنه لم يكن هناك ما يحول دون تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات إلى وقت لاحق على التعاقد ففي الوثائق التي تم العثور عليها نجد الانتفاع بالشيء يكون لاحقا على تحرير العقد، كما أن دفع الأجرة خاصة في إيجار الأراضي الزراعية الذي يأخذ صورة المزارعة – يتم بعد بدأ الانتفاع بالشيء بفترة طويلة، لأن الأجرة في هذه الصورة هى نسبة معينة من المحصول، وقد حرص قانون حمورابي في المادتين (٤٦، ٦٤) على تحديد نسبة كل من المؤجر والمستأجر في هذه الصورة حيث ينص على قسمة المحصول بين صاحب الأرض والزارع طبقا لنسبة معينة، تختلف تبعا لكون الأمر يتعلق بحقل أو بستان، فإذا كان الإيجار خاصا بحقل كان للمؤجر الحق في الحصول على ثلث المحصول وإذا كان الإيجار منصبا على بستان كان للمؤجر الحق في الحصول على ثلثي المحصول.

كما أننا نصادف حالة أخرى من حالات تأجيل دفع الأجرة إلى ما بعد وقت التعاقد بفترة طويلة، وذلك في حالة كون الإيجار ينصب على أرض بقصد استصلاحها للزراعة، ففي هذه الحالة كانت مدة الإيجار ثلاث سنين، يعفى المستأجر من دفع أجرة عن السنة الأولي، وكثيرا ما كان يعفى أيضا من دفع أجرة عن السنة الثانية، أما في السنة الثالثة فيلزم بدفع أجرة كاملة[2].

وعلى هذا فإن وجود مثل هذه الصور التي يتحقق فيها فكرة تأجيل دفع الأجرة التزاما على المستأجر إلى ما بعد التعاقد لا يستقيم معه القول بأن عقد الإيجار في بلاد ما بين النهرين كان تصرفا فوري الأثر لا يترتب عليه أية التزامات فنحن في مثل هذه الصور لا نكون بصدد أداءات متبادلة، بل بصدد التزامات متبادلة تقع على عاتق أطراف العقد، فالمستأجر لا يسلم

(١) مصطفي سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٧ – ٤٨.

(٢) راجع محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٩.

الأجرة وقت التعاقد، ولكنه يلتزم بدفعها في الوقت المتفق عليه كما أن المؤجر لا يضع الأرض تحت تصرف المستأجر وقت إبرام التعاقد، وإنما يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأرض[1].

أما عقد القرض، فإننا لا ننكر أنه كان عقدا عينيا، إلا أن الإقرار بعينية عقد القرض ليس من شأنه أن يحول دون إقرار سيادة مبدأ الرضائية في بلاد ما بين النهرين، فهو مجرد استثناء يؤكد القاعدة ولا ينفيها، شأنه في ذلك شأن هبة المنقول في القانون المدني المصري.

وأخيرا وفيما يتعلق بما ذهب إليه البعض من أن العقود في بلاد ما بين النهرين لم تكن شكلية ولا عينية ولكنها لم تكن رضائية تماما، فإن هذا الرأي لا يخلو بدوره من النقد.

فهذا الرأي يؤسس رأيه على أن بعض الالتزامات كانت تحتاج لنشوئها استيفاء شكل معين، واستدل على ذلك بما هو مقرر بشأن الالتزامات التبعية في عقد البيع التي يلزم بها البائع مثل التزامه بعدم المنازعة في صحة العقد الذي كان لا ينشأ إلا إذا تعهد به البائع، وقرن تعهده بالقسم بحياة الملك والآلهة.

ومن جانبنا فإننا نرى أن هذا الرأي يحمل كثيرا من التناقض بين أجزائه، فهو من ناحية يسلم بأنه لا يلزم استيفاء شكلية معينة لانعقاد عقد البيع أو حتى لنشوء الالتزامات الرئيسية فيه، ثم يقرر من ناحية أخرى أن الرضائية هنا منتقصة بسبب الشكلية المتطلبة لنشوء بعض الالتزامات التبعية، وهو ما لا يمكن قبوله، فالعقد في مثل هذه الحالة وباعتراف هذا الرأي ينعقد بالتراضي وحده، أي بمجرد ائتلاف إرادتي البائع والمشتري وتراضيهما على الشيء المبيع والثمن، دون أن يكون للقسم أي دور في هذا الصدد، كما أن الالتزامات الرئيسية في هذا العقد والمتمثلة في الالتزام بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري، والالتزام بدفع الثمن تنشأ وتترتب على عاتق الطرفين باعتراف هذا الرأي أيضا دون الحاجة لاستيفاء أية شكلية، أي إن عناصر العقد الرئيسية تكتمل من حيث النشأة والتكوين بعيدا عن صيغة القسم الدينية، فكيف يمكن القول بعد ذلك بأن العقود لم تكن رضائية تماما لمجرد تطلب القسم لترتيب التزام مستقبلي مثل الالتزام بعدم المنازعة في صحة العقد، وكيف يتأتى التسليم بمثل هذا الرأي، إذا كان من الممكن أن يترتب هذا الالتزام دون الحاجة إلى القسم الديني عن طريق وضع شرط جزائي يلزم البائع بدفع مبلغ من المال، أو بتحمل عقوبة بدنية إذا أخل بالتزامه، ففي مثل هذه الأحوال لا نكون بصدد أية شكلية لازمة سواء لانعقاد العقد أو لنشوء الالتزامات الرئيسية منها أو التبعية.

---

(١) في نفس المعنى: فخرى أبو سيف مبروك، المرجع السابق، ص ١٩٩.

المطلب الثاني

صور الشكلية وتطبيقاتها في شريعة بلاد ما بين النهرين

إذا كنا قد انتهينا في المطلب السابق إلى أن المبدأ الذي كان يحكم العقود والالتزامات في شريعة بلاد ما بين النهرين هو مبدأ الرضائية، فإن ذلك لا يعني أن المشرع في بلاد ما بين النهرين لم يعتنق على الإطلاق فكرة صب التصرفات القانونية في قالب شكلي معين، ولو على سبيل الاستثناء، أو أن مبدأ الرضائية في بلاد ما بين النهرين كان مبدأ مطلقا.

فبالرغم من أن مبدأ الرضائية كان مبدأ عاما في بلاد ما بين النهرين، فإنه لم يكن مبدأ مطلقا، ذلك أن هناك بعض الاستثناءات المهمة قد أوردها المشرع على هذا المبدأ، حيث يتبين لنا أن الإرادة وحدها لم تكن كافية لانعقاد بعض التصرفات القانونية وإنتاج أثرها المطلوب، وإنما كان لابد من صياغتها في قالب شكلي حدده القانون، وهي استثناءات وإن كانت محدودة فإنها تتعلق بتصرفات بالغة الأهمية نظرا لتأثيرها العميق في التنظيم الاجتماعي لبلاد ما بين النهرين وخطورة الآثار المترتبة على انعقادها، لمساسها بالمراكز القانونية ليس فقط لأطرافها، وإنما للغير أيضا في بعض الأحيان، ونعرض فيما يلي لهذه الاستثناءات والتي تتمثل في عقد الزواج، والتبني، وعتق الرقيق.

أولاً: الشكلية في انعقاد الزواج:

اختلف الباحثون حول مدى شكلية عقد الزواج في بلاد ما بين النهرين، حيث ذهب البعض[1] إلى أن عقد الزواج لم يكن عقدا شكليا، وأن التراضي وحده كان كافيا لانعقاده، في حين ذهب الرأي السائد[2] إلى أن الزواج كان عقدا شكليا، إذ لم يكن يكفي لقيامه صحيحا مرتبا لآثاره، أن يتم التراضي بين ذوى الشأن بل يجب أن يفرغ العقد في الشكل الكتابي، أي أن يحرر في صورة وثيقة مكتوبة وموقع عليها من أطراف العقد والشهود.

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه: محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد ما بين النهرين وعند العرب قبل الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٢) من أنصار هذا الاتجاه:
E. CUQ; op. cit., p.22. J. GAUDEMET, institution de L'Antiquite, op. cit., p. 36
وفي الفقه المصري: محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣٢٣، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٩، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٤، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٠٧.

ويرجع سبب هذا الخلاف القائم بين الباحثين، إلى اختلافهم حول تفسير نص المادة ١٢٨ من قانون حمورابي التي تنص على "إذا كان رجل قد اتخذ زوجة ولم يحرر وثيقة من اجلها، فتلك المرأة ليست زوجة".

فأنصار الرأي القائل برضائية عقد الزواج يرون أن المادة المذكورة لم تقضي ببطلان الزواج في حالة عدم تحرير وثيقة، وإنما اقتصرت على القول بأن المرأة عندئذ، لا تكون زوجة رجل (أشات أويليم Assat Awilim). وهناك من الدلائل ما يشير إلى أن اصطلاح "أشات أويليم" لم يكن ليطلق على كل النساء المتزوجات، فالكاهنة (ناديتوم Naditum) لا تسمى في قانون حمورابي إطلاقا "أشات أويليم" رغم أنها امرأة متزوجة، فهي تعطي بائنة من أبيها، وتطلق بواسطة زوج، كما لا تسمى أيضا خادمة المعبد (شوجيتوم sugetum) اشات أويليم، رغم أنها تسمى كذلك في وثيقة من عهد لاحق، كذلك لا تسمى بهذا الاسم المرأة الحرة التي تتزوج من احد عبيد القصر، كذلك المرأة التي يهجرها زوجها دون نفقة، فتدخل بيت رجل آخر، وتنجب منه أولادا، فرغم أنها لا تعاقب، فإنها لا تصبح "أشات أويليم".

ومعنى هذا في نظر أنصار هذا الرأي أنه ليس بالضرورة أن كل إمراة تربط بينها وبين رجل رابطة زوجية، تكون زوجة له بالمعنى الصحيح، إذ إن هناك بعض الحالات التي تنشأ فيها رابطة زوجية بين رجل وإمرأة، دون أن تكون هذه المرأة متمتعة بالوضع القانوني للزوجة، فحتى تتمتع بذلك الوضع، بما ينطوي عليه من حقوق والتزامات، يشترط أن يحرر لها زوجها وثيقة بذلك، وهذا هو ما عنته في نظر هذا الرأي – المادة ١٢٨ من قانون حمورابي بقولها "إذا كان رجل قد أتخذ زوجة ولم يحرر وثيقة من اجلها، فتلك المرأة ليست زوجة"، وينتهي أنصار هذا الرأي من التحليل السابق، إلى أن وثيقة الزواج ليست ضرورية لانعقاده في بلاد ما بين النهرين، وإنما هي لازمة فحسب لاكتساب المرأة صفة الزوجة (اشاتوم Asatum)، فالمرأة التي يتخذها الرجل دون أن يعطيها وثيقة زواج تعد طرفا في رابطة زوجية مشروعة، لكنها لا تعد زوجة بالمعنى الدقيق[١].

أما على الجانب الآخر، فإن أنصار الرأي القائل بشكلية عقد الزواج في بلاد ما بين النهرين، يرون أن نص المادة ١٢٨ من قانون حمورابي قاطع الدلالة على أن الوثيقة المكتوبة كانت شرطا من شروط صحة انعقاد الزواج في هذه البلاد، فلا يكون الزواج صحيحا إلا إذا

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٢، ١٦٣.

حرر في وثيقة مكتوبة تضفي عليه الشرعية[١]، ومن ثم فإن الكتابة هنا ليست فقط شرطا من شروط إثبات الزواج، بل شرط من شروط صحة انعقاد الزواج بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد، واعتباره كأن لم يكن[٢].

ويرى أنصار هذا الرأي أن اعتبار الوثيقة المكتوبة شرطا من شروط صحة الزواج في بلاد ما بين النهرين، لم يكن أمرا مستحدثا في قانون حمورابي، فهو موجود منذ أسرة (أور) الثالثة، وقد نص عليه أيضا تقنين أشنونا[٣].

ومن جانبنا فإننا نرى أن الرأي الذي يذهب إلى أن وثيقة الزواج ليست ضرورية لانعقاده، وإنما هي لازمة فحسب لاكتساب المراة صفة الزوجية يعمل كثيرا من التناقض بين أجزائه، فهو من ناحية يعترف بأن المرأة لا تكون متمتعة بالوضع القانوني للزوجة بما ينطوي عليه من حقوق والتزامات، طالما لم يحرر هذا الزواج في وثيقة، إلا أنه من ناحية أخرى يقرر أن عدم تحرير هذه الوثيقة لا يمنع من قيام رابطة الزوجية، ومن ثم فإن التسليم بهذا الرأي يقتضي الاعتراف بقيام رابطة زوجية بين رجل وإمرأة، دون أن ترتب هذه الرابطة أية آثار قانونية أي دون أن ترتب حقوقا أو التزامات على عاتق طرفيها، وهو الأمر الذي لا يمكن قبوله لتعارضه مع مفهوم الزواج سواء في الشرائع القديمة أو الحديثة، فالزواج ما هو إلا ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطا شخصيا يقره القانون بشروط محددة، ويرتب عليه نتائج اجتماعية، وآثار قانونية لا تترتب على أنواع المعاشرة الأخرى، مثل حسن المعاشرة، والإخلاص المتبادل، وواجب النفقة، ومن ثم فإنه لا محل للقول بقيام رابطة زوجية طالما أنها لا ترتب آثارا قانونية (حقوقا والتزامات) في حق طرفيها.

وطالما أن ترتيب هذه الآثار على عاتق طرفي الرابطة الزوجية لم يكن ليتم دون تحرير وثيقة الزواج. باعتراف أنصار الرأي السالف الذكر، فإن ذلك يستتبع القول بأن قيام الرابطة الزوجية بين طرفيها لا يتحقق إلا بتحرير هذه الوثيقة.

وعلى ذلك فإنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه أنصار الرأي السالف الذكر من أن عدم تحرير وثيقة الزواج لا يمنع من قيام رابطة الزواج بين الرجل والمرأة، وأن تخلف وجود هذه

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣٢٣، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٠٧، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٣) J. GAUDEMET, institution de L'Antiquite, op. cit., p. 36

وكذلك: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٤.

الوثيقة يقتصر أثره على حرمان المرأة من التمتع بالوضع القانوني للزوجة بما ينطوي عليه من حقوق والتزامات، حيث لا يمكن الفصل بين فكرة قيام رابطة الزواج وبين الآثار القانونية المترتبة على قيام هذه الرابطة، فنحن إما أن نكون بصدد قيام لرابطة زواج نتيجة انعقاد عقد الزواج وترتيبه لجميع آثاره، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بتحرير وثيقة الزواج، وإما أن نكون بصدد نوع من أنواع المعاشرة التي لا تدخل في إطار فكرة الزواج نتيجة عدم انعقاد عقد الزواج وترتيبه لآثاره بسبب عدم استيفاء الإجراء الشكلي المتمثل في تحرير وثيقة الزواج، وهذا هو ما عنته المادة ١٢٨ من قانون حمورابي في نظرنا بقولها "إذا كان رجل قد أتخذ زوجة ولم يحرر وثيقة من اجلها، فتلك المرأة ليست زوجة"، فالمرأة التي يتخذها الرجل دون أن يعطيها وثيقة زواج لا تعتبر طرفا في رابطة زوجية حقيقية. وهو الأمر الذي حرص النص على بيانه بقوله "فتلك المرأة ليست زوجة".

وهذا يعني عدم الاعتراف بهذا الزواج من الناحية القانونية، وعدم ترتيب أي أثر من أثار الزواج على مثل هذه الرابطة التي لا تستند إلى وثيقة مكتوبة، وإن كانت مثل هذه الرابطة أو العلاقة غير معاقب عليها جنائيا لكل ما سبق فإننا نميل إلى الاعتقاد بصحة ما ذهب إليه الرأي السائد من أن عقد الزواج في بلاد ما بين النهرين كان عقدا شكليا، لا يكفي التراضي وحده لانعقاده، وإنما يلزم لصحة انعقاده إفراغه في الشكل الكتابي أي أن يحرر في صورة وثيقة مكتوبة وموقع عليها من ذوي الشأن والشهود، ويطلق على هذه الوثيقة أو المحرر المكتوب (ريكساتي Riksati)، ولا يشترط في هذا المحرر أن يكون رسميا، فلا يشترط أن يتم أمام موظف أو قاض مختص بذلك، بل يكفي أن يكون مجرد محرر عرفي يوقع عليه ذوو الشأن والشهود [١] أما عن أهم البيانات التي كانت تتضمنها تلك الوثيقة المكتوبة، فقد كانت تتضمن بيانا بالهبات المالية التي صاحبت الزواج كالمهر المدفوع أو البائنة المقررة، ومصير هذه الهبات، كما تتضمن مجموعة من الشروط التي تهدف إلى تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين، فضلا عن التزام الزوج بالقيام بجميع الواجبات الملقاة على عاتقه، وأن يؤدي لزوجته حقوقها كاملة في حالة الطلاق، مع تحديد لشروط حدوث هذا الطلاق من جانب أيهما، والعقوبات التي توقع في حالة خيانة أحد الزوجين للآخر (وهي اشد قسوة بالنسبة للزوجة) وغير ذلك من الشروط التي يقرها العرف السائد، وفي نهاية الوثيقة يذكر قيام الطرفين بالقسم بحياة الملك والآلهة على

(١) J. GAUDEMET, institution de L'Antiquite, op. cit., p. 36

التزامهما واحترامهما لشروط هذا العقد [١].

ويرى أغلب الشراح أنه من المحتمل أن الزواج في بلاد ما بين النهرين كان يصحبه بعض الطقوس الدينية والاحتفالات العائلية التي تبدأ غالبا بعد تحرير وثيقة الزواج [٢]، وإن كانت النصوص التشريعية في التقنينات المختلفة لم تشر إلى مثل هذه الاحتفالات والطقوس، نتيجة خلوها من أية أهمية قانونية فلم يكن لها أي أثر قانوني، حيث لا يترتب على إغفالها أي أثر على صحة انعقاد عقد الزواج [٣].

ثانياً: الشكلية في التبني:

التبني في الأصل وسيلة قانونية تهدف إلى خلق رابطة بنوة مصطنعة بين شخصين، تعطي حكم البنوة الطبيعية[٤]، إلا أننا نستطيع القول بأن نظام التبني في بلاد ما بين النهرين كان نظاما ذا طبيعة خاصة، ذلك أنه بينما يهدف التبني في الأساس إلى إعطاء الفرصة لمن هو محروم من الذرية لتحقيق ما عجزت الطبيعة عن تحقيقه بواسطة قرابة صناعية يقرها القانون، ويرتب عليها جميع آثار القرابة الطبيعية، نجد أن التبني في بلاد ما بين النهرين كان نظاما ذو غايات متعددة جعلته يحتل دورا مهما للغاية، فهو لا يرمى فقط إلى مجرد خلق رابطة بنوة مصطنعة تقوم مقام البنوة الطبيعية بل استطاع البابليون تحويله إلى نظام قانونى قادر على القيام بعمليات غاية فى التنوع مع إضفاء قيمة إلزامية عليها، فاستخدموه قالبا قانونيا شكليا يمكن أن تصب فيه سائر العمليات والتصرفات التي تهدف إلى التحايل على أحكام قانون الأسرة وبعض أحكام قانون الأموال في بلاد ما بين النهرين[٥] حيث استعمل التبني فى مجال نظام الأسرة وسيلة للإقرار ببنوة ابن غير شرعي كما في حالة تبني الأب لابنه من جاريته أو محظيته، فيصبح هذا الابن ابنا شرعيا، كما استعمل التبني لعتق الرقيق، أو لتعيين أحد الورثة بديلا للوصية، فالمتبني في هذه الحالة يقيم المتبني وارثا له بموجب تصرف يرتب آثاره بعد موته، كما استعمل التبني

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٩، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٤، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٢) حول تفصيلات الطقوس والاحتفالات التي تصاحب الزواج في بلاد ما بين النهرين، راجع:
G. CONTENAU: Société Babylonien. Paris, 1952. p. 156 et ss.

(٣) E. CUQ: Etudes sur le droit Babylonien. op. cit.. p. 23.
J. GAUDEMET, Institution de L'Antiquié. op. cit.. p. 37

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٥) أنظر: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٩٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

وسيلة للإقرار بالنسب فيصبح المتبني أخا أو أبا للمقر، وأخيرا استخدم التبني وسيلة تقوم مقام عقد الزواج، عن طريق تبني رب الأسرة للفتاة (بوصفها زوجة ابنه) ليتزوجها بعد ذلك أحد أبنائه[١].

كما استعمل التبني من ناحية أخرى في مجال المعاملات المالية قالبا عاما تفرغ فيه التصرفات القانونية التي تهدف إلى التحايل على نصوص القانون كحالة بيع حق الانتفاع بأرض غير جائز التصرف فيها بنص القانون[٢] حيث تغلب البابليون على هذا الحظر عن طريق 'اخفاء البيع في ثوب التبني، مع ملاحظة أنه في مثل هذه الحالة التي يأخذ فيها البيع صورة التبني، يقتصر اثر التبني على نقل ملكية المنفعة، ولا تترتب عليه آثار التبني الأخرى كاكتساب البائع المتبني السلطة الأبوية، أو نشوء حق في الإرث لمصلحة المشتري في تركة البائع المتبني[٣].

أما من حيث الشكل فقد كان التبني من التصرفات النادرة في بلاد ما بين النهرين التي يستلزم إفراغها في الشكل الكتابي، حيث لم يكن التراضي وحده كافيا لانعقاده، وإنما يشترط لصحة ذلك أن يحرر العقد كتابة ويصحبه تسليم المتبني، فلم يكن ينعقد إلا بناء على عقد مكتوب بين الأهل الجدد (الأب أو الأم أو كليهما معا) وبين من له الولاية على المتبني من أهله الأصليين (والد المتبني أو سيده إن كان من الرقيق)، أو مع المتبني نفسه في حالة عدم وجود أسرة ينتمي إليها ويحرر العقد طبقا للشكل المألوف في تحرير العقود، مع ضرورة التحقق من خلو إرادة الأطراف من العيوب وخاصة الإكراه[٤].

وعلى ما يبدو لنا، فإن استلزام هذه الشكلية الكتابية في عقود التبني كاستثناء من قاعدة الرضائية السائدة في بلاد ما بين النهرين، يرجع إلى شعور المشرع بمدى خطورة الآثار المترتبة على نظام التبني في بلاد ما بين النهرين نظرا لمساسها ليس فقط بالمراكز القانونية لطرفي عقد التبني، وإنما أيضا بالمراكز القانونية للغير كورثة أهل المتبني الأصليين والجدد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لتمتع نظام التبني في بلاد ما بين النهرين بأهمية بالغة في النظام القانوني،

---

(١) أنظر: صوفى أبو طالب المرجع السابق ، ص٢٢٦. عبد المجيد الحفناوى المرجع السابق، ص١٩٦.
E. CUQ; op. cit., pp.48 -57. J. GAUDEMET, op. cit., p. 44-46.

(٢) حول حالات المنع من التصرف التي أوردها قانون حمورابي، راجع: E. CUQ; op. cit., p. 206

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٩٧، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢٦ و ص ٢٢٧.
J.GAUDEMET.op.cit, pp.36-37.

(٤) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣٢٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢٥.
وكذلك: J. GAUDEMET, op. cit., p. 45., E. CUQ; op. cit., p.50. A.AYMARD et J.AUBOYER; L'Orient et la Grèce Antique, T.1, Paris. 1957, p. 131.

واتسامه بتعدد غاياته التي تعدت حدود وطبيعة وظيفته الأصلية، كما سبق أن أوضحنا.

ثالثاً: الشكلية في طرق عتق الرقيق:

عرفت بلاد ما بين النهرين طريقتين لعتق الرقيق، وهما العتق بقوة القانون، والعتق بناء على إرادة السيد.

أما العتق بقوة القانون، فقد نصت تقنينات بلاد ما بين النهرين على العديد من الحالات التي يتم فيها عتق الرقيق ومنحهم الحرية بنص القانون ودون اشتراط موافقة السيد، وتتمثل هذه الحالات في[1]:

١- عتق من تم استرقاقه بسبب الدين بعد مضي ثلاث سنوات.

٢- عتق الجارية التي تنجب أولادا نتيجة معاشرة السيد لها دون زواج بمجرد وفاة الأخير.

٣- عتق الأولاد الذين يولدون إثر العلاقة سالفة الذكر بين السيد وإحدى رقيقاته، بمجرد وفاة السيد ما لم يقر الأخير بأبوته لهم، إذ في هذه الحالة يتم عتقهم هم وأمهم فور إقراره بنسبهم.

٤- عتق المواطن البابلي الذي تم استرقاقه بسبب الأسر في بلد أجنبية، إذ عاد به من اشتراه إلى بابل، بعد دفع الفدية إلى من اشتراه سواء أدفعها المواطن نفسه ام دفعها عنه الغير مثل المعبد أو الدولة.

أما فيما يتعلق بالطريقة الثانية من طرق عتق الرقيق في بلاد ما بين النهرين، وهي العتق بناء على إرادة السيد، فقد يتم ذلك دون مقابل مكافأة من السيد لعبده لقيام الأخير بعمل جليل، أو من باب الرحمة به، وقد يتم بمقابل، حيث كان يستطيع العبد شراء حريته من ماله الخاص بعد الإتفاق مع سيده على ذلك ويطلق على العبد في هذه الحالة العبد المكاتب أي العبد الذي اتفق مع سيده على عتقه مقابل دفع مبلغ من المال له، أما عن مصدر هذا المال فقد يكون اكتسبه من عمله حيث كان بإمكانه العمل وكانت له ذمة ماليه خاصة به، وقد يكون مصدره قرضا من شخص أو من معبد، وفي هذه الحالة يقوم العبد بشراء حريته بهذا المال ثم يقوم بسداد القرض لدائنه أو للمعبد سواء دفعة واحدة أو على أقساط[2].

---

(١) أنظر: J.GAUDEMET,op.cit.p 34, A.AYMARD et J.AUBOYER: op.cit.. p. 130

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٧، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣١٨.
E. CUQ: op. cit.. p. 58. J.GAUDEMET.op.cit.p 34.

وللعتق بناء على إرادة السيد صورتان بخلاف صورة العتق عن طريق تبنى السيد لرقيقه سالفة الذكر وتتميز هاتان الصورتان باصطباغهما بالصبغة الشكلية، إذ لم يكن يكفي لعتق الرقيق مجرد الإعلان البسيط عن إرادة السيد عتق رقيقه، وإنما يلزم الإعلان عن هذه الإرادة بشكل معين حدده القانون في الصورتين[1]، أما الصورة الأولى فهي إعلان السيد إرادته الصريحة عتق رقيقة أمام القضاء، وفي هذه الحالة يتم العتق بقرار يصدر من القاضي بناء على إعلان السيد لإرادته أما الصورة الثانية للعتق بناء على إرادة السيد، فهي صورة العتق بموجب عقد أو اتفاق خاص يعقد بين السيد ورقيقه، وفي هذه الحالة وطبقا لإشارة صريحة من جانب قانون حمورابي، كانت تقام بمناسبة عتق العبد حفلة دينية يتم فيها تحريره بإعلان السيد عن إرادته صراحة عتق هذا العبد، ويرى بعض الشراح[2] أن الناس كانوا يلجأون عادة إلى هذه الصورة إذا كان السيد يريد أن يحتفظ لنفسه ببعض الحقوق في مواجهة عبده بعد عتقه مثل أداء بعض الخدمات أو الأعمال.

و الحقيقة أنه ليس من الصعب تفسير اتسام تصرف مثل عتق الرقيق بالشكلية في بلاد ما بين النهرين، إذ لا يخفى على أحد، خطورة الآثار المترتبة على هذا التصرف، ومساسه بالبنيان الاجتماعي عامة، إذ يترتب عليه خروج أحد الرقيق من حالة الرق واكتسابه الحرية ليصبح في عداد الأحرار في المجتمع الذين يتمتعون بحقوق تختلف تماما عن حقوق الأرقاء في مواجهة التنظيم السياسي أو السلطات الحاكمة، وهو ما يقتضي ضرورة خضوع مثل هذا التصرف لرقابة الهيئة الاجتماعية والسياسية التي تتحقق عن طريق استلزام إعلان التصرف أمام القضاء أو في حفل ديني يحقق العلانية.

---

(١) J. GAUDEMET, op. cit., p.34, A. AYMARD et J. AUBOYER; op. cit., p. 130. E. CUQ; op. cit., p. 58.

وكذلك: محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣١٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع ، وفى نفس المعنى:
A. AYMARD et J. AUBOYER: op. cit., p. 130

الباب الأول

الشكلية ونطاقها في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

من المسلم به أن المقتضيات الشكلية توجد فى أى نظام قانونى، فالشكلية وسيلة فنية لا يمكن الاستغناء عنها فى أى نظام قانونى[1]، إلا أن مفهوم ومظاهر هذه الشكلية يختلف فى القوانين القديمة عنه فى القوانين الحديثة، ولعل القانون الرومانى هو أبرز الأمثلة التى يمكن الاستناد إليها لإبراز هذا الاختلاف، حيث كان للقانون الرومانى نظرته الخاصة لفكرة الشكلية بالمقارنة مع القوانين الحديثة أو حتى مع نظائره من القوانين والشرائع القديمة.

ونحاول فى هذا الباب الكشف عن أهم ملامح ومقومات النظرية الرومانية المتفردة فى شأن الشكلية من خلال إجراء دراسة تحليلية لفكرة الشكلية ورصد أهم صورها وتطبيقاتها فى القانون الرومانى وذلك من خلال الفصلين التاليين :

الفصل الأول : تحليل فكرة الشكلية فى القانون الرومانى

الفصل الثانى : صور وتطبيقات الشكلية فى القانون الرومانى

---

(١) أنظر:

F. GENY; Science et Technique en droit privé positif, t.3, op. cit, n°203, p. 97. G. LEGIER:La règle "Locus regit actum" et les conflits de lois en matière de forme des actes, Thèse, cité, n° 48, p. 60.

الفصل الأول

تحليل فكرة الشكلية في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

نحاول فى هذا الفصل إجراء دراسة تحليلية لفكرة الشكلية تستهدف ثلاثة أمور أساسية هى : تحديد ماهية الشكلية فى القانون الرومانى، والتوصل إلى أسباب ظهور وسيادة الشكلية فى هذا القانون، وأخيرا تحليل آثار هذه الشكلية على أهم الأفكار والمبادىء القانونية السائدة فى القانون الرومانى .

وتحقيقا لهدفنا الذى حددناه نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: ماهية الشكلية فى القانون الرومانى

المبحث الثانى: أسباب ظهور وسيادة الشكلية فى القانون الرومانى

المبحث الثالث: أثر الشكلية على أهم الأفكار والمبادىء القانونية فى القانون الرومانى

المبحث الأول

ماهية الشكلية فى القانون الرومانى

تمهيد وتقسيم:

يمكن القول بأن القانون الرومانى قد اتسم فى عصوره القديمة، وفى معظم عصوره التالية بشكلية لها فلسفتها الخاصة سواء من حيث مفهومها ونطاقها، أوعلاقتها بالارادة أو الغرض من تقريرها، وهو الأمر الذى سيظهر لنا بجلاء من خلال عرضنا لمفهوم وطبيعة ووظيفة الشكلية فيه كما يلى :

المطلب الأول: مدلول الشكلية ونطاقها

المطلب الثانى: طبيعة الشكلية

المطلب الثالث: وظيفة الشكلية

المطلب الأول

مدلول الشكلية ونطاقها فى القانون الرومانى

"إن شكل الشيء هو قوام وجوده "Forma dar esserei"، مبدأ ساد شعاب القانون الروماني[١]، حيث اتسم القانون الروماني في عهده الأول، وفي معظم عصوره التالية بشدة قيوده الشكلية[٢]، إذ لم يعرف القانون الروماني في عصوره الأولى سوى الشكلية التامة في جميع المجالات، وهو ما يمكن معه القول بأن الشكلية كانت الطابع المميز للقانون الروماني طيلة عصر القانون القديم[٣]، سواء في ذلك نظم القانون العام أو القانون الخاص[٤].

---

(١) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٦٠.

(٢) محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة في العقد، دون ناشر، ١٩٨١، ص ٦٢، محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص٤، محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٢.
F. SCHULZ; History of roman Legal Science, Oxford, 1946, p. 24 – 25.
R. ROUXEL; recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes Juridiques, thèse, CEAN, 1934. p. 15.

(٣) يقسم تاريخ القانون الروماني إلى عصور مختلفة، يتميز كل منها بخصائص معينة، وتختلف التقسيمات تبعا لنظرة الباحث إلى عوامل التطور وأهمية كل عامل، إلا أن هذه العصور ليست مستقلة عن بعضها البعض، بل هي حلقات مرتبط بعضها ببعض في سلسلة التطور الذي مر به القانون الروماني، ويقسم هذا القانون من وجهة نظر التاريخ السياسي إلى أربعة عصور هي: ١- العصر الملكي: ويبدأ بنشأة روما حتى قيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق.م. ٢- العصر الجمهوري: ويبدأ من عام ٥٠٩ ق.م، حتى عام ٢٧ ق.م. ٣- عصر الإمبراطورية العليا: ويبدأ بتولي الإمبراطور أغسطس للسلطة عام ٢٧ ق.م، وينتهي بتولي الإمبراطور دقلديانوس للسلطة عام ٢٨٤م. ٤- عصر الإمبراطورية السفلى، ويسمى بالعصر البيزنطي: ويبدأ بحكم الإمبراطور دقلديانوس عام ٢٨٤، وينتهي بوفاة الإمبراطور جستنيان عام ٥٦٥ م،
كما يقسم القانون الروماني من الناحية العلمية (بالنظر إلى تطور النظم القانونية ومصادر القانون) إلى ثلاثة عصور: ١- عصر القانون القديم: ويشمل الفترة التي تبدأ بنشأة روما حتى منتصف القرن الثاني قبل الميلاد (تاريخ صدور قانون مشهور في روما هو قانون إيبوتيا). ٢- العصر العلمي أو الكلاسيكي أو الذهبي: ويبدأ بصدور قانون إيبوتيا في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد، وينتهي بأواخر القرن الثالث بعد الميلاد. ٣- عصر الإمبراطورية السفلي: ويبدأ بتولي الإمبراطور دقلديانوس السلطة عام ٢٨٤م، وينتهي بوفاة الإمبراطور جستنيان عام ٥٦٥م. أنظر: صوفي أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٣٠١ وما بعدها.

(٤) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤، ص ١٧. وكذلك =

ومؤدى هذه الشكلية أن يراعي المتعاقدان ألفاظًا معينة وطقوسًا وإجراءات شكلية محددة من قبل، من شأن مباشرتها أن يترتب عليها الأثر القانوني الذي حدده القانون سلفا أيضا[١]. فالتصرف القانوني كان ينشأ وتترتب آثاره لمجرد القيام بالإجراء الشكلي اللازم لإنشاء التصرف، ولا ينظر بعد ذلك إلى شيء آخر سواه[٢]، فوجود التصرف القانوني وترتيبه لآثاره القانونية لم يكن يستند إلى اتفاق طرفي التصرف ووجود الإرادة المنشئة له، ولا إلى هذه الارادة معبراً عنها في الشكل، وإنما إلى الشكل مباشرة[٣]، ولذلك قيل إن (الصيغ والطقوس هي التي تنشئ الحق (Le ritè crée le droit)، كما قيل إن المدين كان يلتزم، لا لسبب سوى أنه استوفى الإجراء الشكلي المرسوم فقط، والذي قد يكون ألفاظا يتلفظ بها المتعاقد، أو كتابة صادرة عنه، أو عبارة عن قيامه بتسليم أشياء أدت إلى اختلال التوازن بين ذمته المالية وذمة الطرف الآخر الذي تسلمها منه[٤].

ولذلك لم يكن القانون الروماني يعرف من التصرفات، إلا ما كان له شكل معين، وكان هذا الشكل هو ما يضفي على العقد قوته الملزمة، ويترتب عليه آثاره، أما الإرادة وحدها عارية عن الشكل الذي رسمه القانون، فلا يمكنها أن تنشئ أو تعدل أو تؤدي إلى انقضاء الحق في القانون الروماني، وهو ما عبرت عنه القاعدة الرومانية بقولها: إن "الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى ex nudo pacto action non nascitur"[٥]، ومن ثم لم تكن الإرادة تكفي بذاتها

=A. LESAGE; Le formalisme dans la legislation romaine, thèse, Paris, 1895, p. 60. F. SCHULZ; op. cit., p. 25, B. NICHOLAS, An introduction to roman law, Oxford, 1962, p. 62.

(١) L. JOSSERAND; cours de droit civil positif français, T-2, Paris, 1933, p. 125.

(٢) J. GAUDEMET; Cours de droit romain approfondi, Paris, 1949 – 1950, p. 108. NOAILLES; du droit sacré au droit civil, Paris, 1949, p. 220.

(٣) محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٤٧ــ ص ٢٧.

(٤) أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٨، ١٩، شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بدون ناشر ١٩٦٣، ص ٧٥.

NOAILLES; op. cit., p. 86.

(٥) مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ٥٢، محمد عبد الهادي الشقنقيري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢١، مصطفى سيد صقر، ضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية – مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٩، ص٤.

P. QURILAC et J. MALAFOSSE: Historie du droit privé. (les obligations). P. U. F: 1961. p. 238. A. E. GIFFARD: précis de droit romain. T.2. (les obligations). Paris. 2e éd. 1938. pp. 26 – 27. NOAILLES: op. cit., p. 208. P. HUVELIN: cours =

لإنشاء التصرفات القانونية، وهي أيضا عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره، مهما كانت دقة العبارات المستعملة للتعبير عنها ووضوحها، وقد تم ذلك في نطاق ما اعتقد به القانون الروماني من أن الشكل كان على كل شيء قدير، وأن شكل الشيء هو قوام وجوده[١].

ومن ثم لم تكن الشكلية مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر[٢]، فمجرد الاتفاق لم يكن كافيا لنشأة الرابطة العقدية الملزمة، وترتيب آثار قانونية في ذمة كل من طرفيها، بل كان لابد من إفراغ رضاء المتعاقدين في قالب شكلي معين، حتى يصبح الاتفاق ملزما، ولكي يصبح عقدا[٣].

ففي ظل سيادة الشكلية في القانون الروماني القديم، لم يكن بإمكان فقهاء روما تصور أن العقد هو توافق بين إرادتين، بل كان يتجسد معنى العقد عندهم في العمل أو الإجراء الشكلي الذى يؤدى إلى ترتيب الالتزام في ذمة المتعاقد، فلا ينظر إلى واقعة اتصال الإيجاب بالقبول أي إلى واقعة التراضي، ولكن ينظر فقط إلى كل طرف من طرفي العقد على حدة، فينشأ الالتزام في ذمة كل منهما نتيجة للعمل أو الإجراء الشكلي الذي يؤدي إلى هذا الالتزام، وكأنه عمل فردي من كل طرف فى العقد[٤]، ولكن يلاحظ أن استقلال التصرف القانوني عن إرادة طرفيه لا يقع إلا إذا استوفى شروطه في نظر القانون الروماني، وهي الشكل والأهلية، فإذا تخلف الشرط الأخير كليا أو جزئيا وقت إبرام التصرف، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا، ويعد كأن لم يكن، وهذا ما يقع تماما لو أن الشكل اللازم لم يقع[٥].

=élémentaire de droit romain, T.2, les obligations, Paris, 1929, p. 39.

(١) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة الثالثة – العدد الثالث، يوليو – سبتمبر ١٩٤٨، ص ٢٨، مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية، مرجع سابق، ص ٥٢، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٦.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧.

(٣) Le POINTE et MONIER; Les obligations en droit Romain et dans L'ancien droit français, Paris, 1954, p. 182, A. E. GIFFARD; op.cit., p. 27, W.A. HUNTER; Roman law, translated by J. ASHTON CROSS; London, 4e éd, 1885, p. 456. G. HUBRECHT: cours de droit romain, Paris, 1946, p. 30. P. HUVELIN: op.cit., p.39.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٥) E. PETIT: traité élémentaire de droit romain, Paris, 1925, n°281, p. 206. R. MONIER: manuel élémentaire de droit Romain, T. 2 (les obligations), Paris 1948, p. 81.

ويمكن تعريف هذه الشكلية الرمزية بأنها (الأشكال المنفصلة عن الإرادة الحقيقية للأطراف التي تنشئ العقد)[١].

ومن أهم خصائص هذه الشكلية أنها كانت تحتم القيام بإجراءات وطقوس معينة أو التلفظ بألفاظ محددة، أو استعمال الكتابة، وكان الالتزام كاملاً بالكلمة والحرف واللفظ بصورة لا يمكن معها لمن يريد إنشاء تصرف قانوني أن يحيد عنها قيد أنملة، فيلتزم بها التزام الجلد بالجسم، وإلا استحال عليه إنشاء التصرف القانوني المراد إنشاؤه[٢].

وفي هذا الصدد يقول Sumner Maine "إن القانون القديم لم يكن ليقبل بأي حال من الأحوال إغفال "إشارة" حتى ولو كانت مثيرة للضحك أو أي "مقطع لفظي" حتى ولو لم يعد في الإمكان تذكر معناه، أو الإعفاء من شرط حضور ولو شاهد واحد، مهما كانت شهادته غير مفيدة، فالطقوس والشعائر ينبغي أن تتم كاملة وبمنتهى الدقة من قبل الأفراد الذين يستخدمونها[٣]".

بمعنى آخر لم تكن الإرادة حرة في اختيار وسائل التعبير عنها، إذ يقيد من حريتها في هذا الصدد نوعان من القيود: فمن ناحية نجد أن صحة التصرفات القانونية كانت تتوقف على استعمال الألفاظ والعبارات التي يقررها القانون certa verba, solemnia légitime، ومن ناحية أخرى فإن الطرفين لا يمكنهما استعمال ألفاظ أخرى للتعبير عن إرادتيهما، بل يجب أن تتم المحاورة بينهما وفقا لشروط محددة وبألفاظ مقررة لا يحيدان عنها، فلم يكن من الجائز استعمال ألفاظ بديلة مهما كانت معادلة في المعنى أو متساوية في الدلالة على طبيعة التصرف المراد إجراؤه[٤]، وتقدم لنا مدونة جستنيان أمثلة على هذه الصيغ اللفظية الرسمية بقولها

---

(١) J. GHESTIN; Traité de droit civil: les obligations (Le contrat: formation) L.G.D.J., 2e éd. 1998, p. 282.

(٢) أنظر محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٨، ص ٤٤٢، عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الرابعة والأربعون من مارس ١٩٧٤، ص ٣. محمد على الصافورى، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص٢٦٥.

(٣) H. L. BRUHL; Nouvelles études sur le Très ancien droit romain, Paris, 1947, p. 6
S.MAINE; L'ancien droit, Trad. Courcelle SENEVIL, p. 256 .
مشار إليه لدى د. مصطفى سيد صقر، بزوغ فكرة السبب في العقود والالتزامات في القانون الروماني مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥، ص ٢٦.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٩.

"والألفاظ التي كانوا يستعملونها قديما في هذا الصدد: هل تجيبني إلى هذا؟ أجيب، هل تعدني بهذا؟ أعدك. هل تريد بذمتك أن تعطي كذا أو تفعل كذا؟ أريد بذمتي، هل تقيم نفسك كفيلاً؟ أقيم نفسي كفيلاً، أفستعطي؟ سأعطي: أفستفعل؟ سأفعل"[١].

والأمر نفسه في مجال التقاضي، إذ نشأت إجراءات التقاضى على صيغ شكلية وأوضاع محددة يتعين القيام بها، فكانت الدعاوى محددة على سبيل الحصر، لكل منها إجراءات وصيغ خاصة بها يتعين على صاحب الدعوى الإلتزام بها ومراعاتها بدقة لأن أى خطأ أو تعديل ولو كان طفيفا فى الإجراءات أو الألفاظ يؤدى إلى البطلان المطلق للإجراءات، وهو ما ينسحب إلى الحق ذاته[٢].

وعلى هذا كانت القاعدة في القانون الروماني القديم هي أن اكتساب الحق لا يكون إلا بناء على عمل قانوني صحيح، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تم في الصورة والنمط والشكل المحدد، ولذلك لم يكن باستطاعة الأفراد أن ينشئوا ما يشاءون من التصرفات لمجرد التلفظ ببعض العبارات أو أداء بعض الطقوس والشعائر الشكلية، ذلك أن التصرف لا يكون شكليا إلا إذا نص عليه القانون[٣] وتولاه بالتنظيم[٤]، فالشكلية لم تكن مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، وإنما كان ينبغي التعبير عنها طبقا للشكل الذي صوره القانون، وبناء على ذلك يمكن القول بأن تخلف الشكل والحرية في اختيار الشكل كانا تعبيرين مترادفين تماما في نظر القانون الروماني

---

(١) من الجدير بالذكر أن هذه الصيغ اللفظية الارتسامية ظلت مستعملة في القانون الروماني إلى أن أصدر الإمبراطور ليون مرسوما ألغى به وجوب استعمالها، فأصبح يكفي أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين، وأن يكون كلاهما فاهما ما يقال والإفصاح عنه أيا كانت العبارات المستعملة في هذا الخصوص – مدونة جستنيان، ترجمة عبد العزيز فهمي، الكتاب الثالث، الباب الخامس عشر، فقرة١، ص ٢٠٨.

(٢) B. NICHOLAS; op. cit., p. 360. C.ACCARIAS; précis de droit romain, T-2, Paris, 1891, n°74, pp. 670 – 671. MAGDELAIN; Les actions civiles, Paris, 1954, pp. 39 – 40.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٤) كانت التصرفات القانونية واردة في القانون على سبيل الحصر، وهي كلها تصرفات شكلية، وأهمها في مجال الأسرة والملكية والحقوق العينية: الإشهاد mancipatio الدعوى الصورية L'injure cessio، أما في مجال الالتزام، فإن الاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي تولاها القانون بالتنظيم والتي وإن كانت قليلة العدد، فأنها من جهة أخرى كانت عامة التطبيق، بمعنى أنها كانت قوالب عامة للعقود، يصب فيها المتعاقدون مختلف أنواع الالتزامات، وتتمثل هذه القوالب الشكلية في عقد القرض المسمى (nexum) والعقد اللفظي (verbis)، وأهم صوره صورة الاشتراط الشفوي (STIPULATION) والعقد الكتابي (Litteris). أنظر: صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص٤١٤، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٠.

القديم، يؤديان إلى النتيجة نفسها، وهي بطلان التصرف[١]، ويقدم لنا الفقيه (جايوس Gaius) مثالاً شهيرا يؤكد صحة القاعدة السابقة، وذلك عند حديثه عن الإجراءات في كتابه النظم: ذلك الرجل الذي أراد رفع دعوى تسمى (دعوى قطع الأشجار action arboribus succisis) على آخر قطع كرومه، وهي دعوى أنشأها قانون الألواح الاثنى عشر لحماية صاحب الأرض من جريمة قطع الأشجار المثمرة، إلا أن هذا الشخص خسر دعواه؛ لأنه بدلاً من أن يذكر في الصيغة التي تلاها أمام الحاكم كلمة (أشجار arbores) وهي الكلمة التي نص عليها القانون، ذكر كلمة أكثر دقة وتحديدا وأكثر تعبيرا عن دعواه، وهي كلمة (كروم vites)، مع أنه من الواضح أن المدعي لم يستعمل كلمة كروم بدلاً من أشجار إلا ليوضح دعواه[٢].

ويلاحظ أن القاعدة السابقة التي أورد عليها جايوس مثاله الشهير لم تكن مقصورة على الصيغ الخاصة بالإجراءات والدعاوى، وإنما كانت قاعدة عامة في تطبيقها بحيث تشمل جميع التصرفات القانونية[٣]، ومن ثم كان أي خطأ في أي إجراء شكلي خاص بتصرف من التصرفات يؤدي إلى بطلان هذا التصرف بطلاناً مطلقا، لأن الشكل ذاته كان هو جوهر التصرف، فإذا تخلف كان معنى هذا أن التصرف لم يوجد أصلاً، فانعدام الشكل كان شأنه في القانون القديم شأن انعدام الإرادة في القانون الحديث، لا يحتمل سوى جزاء واحد هو البطلان المطلق[٤]، فلا يقبل التعديل أو التحديد[٥].

وعلى العكس من ذلك، فإن استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني

---

(١) مصطفى سيد صقر، مبدا الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٢) J. MUIRHEAD; Historical introduction to the private law of Rome, London, 3e ed, 1916, p. 166, C.ACCARIAS; op. cit., p.671, L. MACKENZIE; studies in roman law, London, 1971, p. 360, G. DEREUX; L'interprétation des actes juridiques privés, thèse, Paris 1905, p. 31.

(٣) IHERING; L'esprit du droit Romain, Paris 1918, T-3, p. 281

مشار إليه لدى مصطفى سيد صقر، بزوغ فكرة السبب، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٤) يرى البعض أنه بالرغم من أن القانون الروماني لم يكن يعترف بأي عقد لا تحترم فيه الإجراءات الشكلية المنصوص عليها بخصوصه، ومن ثم لم يكن ملزما للطرفين من الناحية القانونية، فلا يصلح أن يكون مصدرا لالتزام قانوني مدني، إلا أن مثل هذا العقد كان يترتب عليه أثر أدبي ومن ثم كان يعد مصدرا لالتزام طبيعي، أنظر محمد جمال عطية، تاريخ القانون في الغرب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ ص ١٦.

(٥) نبيلة إسماعيل رسلان" العلاقات القانونية الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه"، جامعة طنطا، ص ٢٩، محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٨٢، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٣، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

بصرف النظر عن إرادة أطراف التصرف، وما قد يشوبها من عيوب، فلا يهم أن تكون سليمة أو معيبة، ولا يهم إن كانت مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدان أو غير مطابقة، ومن ثم فلا سبيل للطعن في التصرف بأي دفع من الدفوع المستمدة من أسباب انحراف الشكل عن الإرادة، كالصورية والهزل والغلط والتدليس والإكراه، ولذلك كان القاضي الروماني وهو يفصل في الدعوى يطبق القانون تطبيقا حرفيا، ذلك أن التصرف الشكلي هو بطبيعته من عقود القانون الضيق، بمعنى أن القاضي لا يستطيع تفسيره وفقا لنية الطرفين، أو وفقا لمقتضيات العدالة، بعد تقدير ظروف الطرفين، بل إنه يلتزم النص الحرفي لعبارة التصرف، ولا يتجاوزه أبدا، فكان يكتفي بالشكل دون الجوهر، وباللفظ دون المعنى، لا يهمه إن كان الشكل قد انحرف عن الإرادة أو لم ينحرف، قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، تخلف الغرض الواقعي أو لم يتخلف، كان مشروعا أو غير مشروع، شاب الإرادة غلط أو إكراه أو تدليس أم جاءت صحيحة سليمة، كل هذه الملابسات لا ينظر إليها القاضي ما دام التصرف القانوني قد وضع في الشكل الذي رسمه القانون له وأضفى عليه قوته الإلزامية[١]، وربما كانت مثل هذه النتائج السلبية التي أفرزتها الشكلية المفرطة التي هيمنت على نظم القانون القديم هي التي دفعت فقيه وخطيب روما الشهير (شيشرون) إلى صياغة عبارته الشهيرة "المغالاة في الحق منتهى الظلم Summum Jus, Summa In Juria"[٢] مع ملاحظة أن مساوئ التعلق بالشكلية وإسباغ المناعة على التصرفات متى استوفت الشكل لم تكن ملحوظة في البداية، وذلك لعدة أسباب، منها اهتمام الرومان بمبدأ استقرار المعاملات، واعتقادهم بأن الشكلية تترجم الحقائق، بالإضافة إلى ما كان في مراسم الشكلية ذاتها وإجراءاتها ما يحول دون وقوع المتعاقد ضحية غلط أو تدليس أو إكراه[٣]، وكما كانت الشكلية في القانون الروماني هي التي تؤدي إلى إنشاء الالتزام، وهي التي تضفي على العقد قوته الملزمة، فإن الشكلية أيضا متمثلة في الألفاظ والعبارات الرسمية الشكلية Les verba كانت هي الأساس الوحيد الذي يمكن الرجوع إليه لتحديد نطاق الالتزام، وعلى ذلك فإن

---

(١) أحمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٨، ص ٣٢، ٣٣، محمد جمال عطية عبد المقصود" الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص ١٧٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٣، نبيلة إسماعيل رسلان، الرسالة السابقة، ص ٢٧، ٢٨.

B. NICHOLAS: op. cit., p. 61. L. DE SAINTE CROIX: Étude sur l'exception de dol en droit romain, thèse, Paris, 1892, pp. 4 -5.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣) عبد الودود يحي: حوالة الدين – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري، رسالة دكتوراه، ١٩٦٠، ص ٢٤، توفيق حسن فرج، القانون الروماني، طبعة ١٩٧٥، ص ٣٩٧.

الظروف السابقة على الاتفاق circumstances antecedents ، والظروف المصاحبة لإبرامه circonstances concomitantes ، والغاية المحتملة التي يسعى الطرفان إلى تحقيقها من وراء الاتفاق، مما يرجع اليه القاضي في وقتنا الحاضر لتحديد مضمون الالتزام ونطاقه كانت أمرا يحظره القانون الروماني القديم le Jus civile بشدة، لأن العبارات الشكلية وحدها هي التي تحدد مضمون الالتزام وتبين نطاقه، بقطع النظر عن الإرادة المحتملة للطرفين، ولذلك فإن المدين يلتزم بكل ما تؤدي إليه هذه العبارات المنطوق بها، وهو لا يلتزم بأكثر أو بأقل مما نطق به وعبر عنه صراحة، ومن هنا كانت تلك الحكمة الشهيرة التي عبر عنها الرومان بقولهم "ما نص عليه يؤخذ بضرره، وما لم ينص عليه لا ضرر منه expressa nocent, non expressa non nocent"(١).

كما ينبغي اللجوء إلى الإجراءات الشكلية والعبارات الرسمية في القانون الروماني حتى يمكن إنهاء الالتزام، إذا لم تكن العلاقة القانونية التي ينشأها العقد تنفصم بمجرد تنفيذ الالتزامات، كما هو الحال في القانون الحديث، بل كان يجب لإنهاء العلاقة حل العقد باتباع الإجراءات الشكلية المطلوبة لإبرامه نفسها، وهذا هو ما يسميه فقهاء القانون الروماني بقاعدة التوافق الشكلي أو مبدأ تطابق الأشكال (correspondance des formes)، ولذلك كانت الصيغ الخاصة بانقضاء الحقوق تتطابق تماماً مع الصيغ الخاصة بإنشاء الحقوق، إذ يكفي أن تستعمل في الأولى الصيغة العكسية verba contaria للثانية، فعقد القرض القديم (nexum) مثلا كان يتم باستعمال النحاس والميزان ويحل بالطريقة نفسها solutio per aes et libram، كما كان الإبراء اللفظي أو التخالص الشفهي acceptilatio verbis هو المخالصة الرسمية التي تتواءم مع طبيعة العقد الشفوي (الاشتراط)، كما كان التخالص الكتابي (acceptilatio litteris) عن طريق كتابة الدين في سجل الدائن هو الوسيلة الطبيعية لفسخ أو إنهاء العقد الكتابي(٢)...إلخ.

وما من شك في أن سيادة الشكلية على هذا النحو كانت من المبادئ المطلقة التي تمتد لتشمل جميع تصرفات الحياة القانونية دون استثناء، فلم يكن هناك حق واحد يمكن أن ينشأ طبقا لقواعد القانون المدني العتيق، دون أن يكون سبب وجوده وفعاليته مستندا إلى الشكل الذي أفرغ

---

(١) مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٢) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٣٧، مصطفى سيد صقر، بزوغ فكرة السبب، مرجع سابق، ص ٣١، وكذلك مؤلفه، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٥٥، ٥٦.

B. NICHOLAS; op. cit., p. 194 et 198. L. MACKENZIE; op. cit., p. 282. A. E. GIFFARD; op. cit., p. 278 et ss., E. PETIT; op. cit., p. 509 et ss., G. May; Eléments de droit romain, Paris, 18e éd. 1935, p. 447 et ss., R. MONIER; op. cit. p. 269 et ss.

فيه، ومن هنا يمكن القول بأن الشكلية الصارمة Le formalisme rigoureux كانت تمثل روح القانون الروماني القديم، وعلى الرغم من أن ضرورات الحياة اليومية قد اقتضت أن يوجد بجانب التصرفات الشكلية تصرفات أخرى تستجيب لمتطلبات الحياة اليومية مثل الاتفاقات (pactes) قليلة الأهمية التي يجريها الأفراد، ومجرد التسليم (Traditio) لنقل ملكية الأشياء غير النفيسة، فإن هذه التصرفات كانت ولا جدال في ذلك تصرفات استثنائية[1]، فضلاً عن أنها لم تكن تتمتع بالدرجة نفسها من الأهمية التي كانت تتمتع بها التصرفات الشكلية، لأنه معترف بها من قبل القانون المدني، ولم تتقرر حمايتها القانونية إلا في وقت متأخر من تاريخ القانون الروماني عندما قرر البريتور حمايتها بواسطة الدعوى[2].

(١) R. VILLERS: Rome et le droit privé. Paris 1977. p. 63 et 67.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٦ – ٥٧.

المطلب الثاني

طبيعة الشكلية في القانون الروماني

وجدت الشكلية في أقدم النظم القانونية، وهي ما زالت موجودة في أحدثها، حيث ظهرت في النظم القانونية البدائية بطريقة غريزية غير عقلية، فالإنسان مشدود بغريزته إلى المظاهر الخارجية بما تحققه له من البهجة في حياته، والإثارة لأحاسيسه، وقد كانت هذه الشكلية البدائية عبارة عن شكلية رمزية (symbolique) تنطوي على اتخاذ مواقف معينة أو القيام بحركات خاصة، وكان القانون الروماني أرضاً خصبة لهذه الشكلية الرمزية في المراحل الأولى من تطوره[١].

ومن المسلم به أن الشكلية الرومانية في مراحلها الأولى كانت ذات طبيعة خاصة، فالشكل عند الرومان كان أساس التصرف وجوهره، بل هو قوامه الذي يكونه دون أي شيء آخر[٢]، إذ إن الصياغة الفنية الرومانية لفكرة التصرف القانوني قد استبدت بها الشكلية الرمزية استبدادا اختفى معه دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، فوجود التصرف وقوته الإلزامية لا يستندان فيها إلى الإرادة حتى الإرادة معبرا عنها في الشكل، وإنما إلى الشكل مباشرة[٣]؛ ولذلك كان التصرف القانوني ينشأ وتترتب آثاره لمجرد القيام بالإجراء الشكلي اللازم لإنشاء التصرف، وكان أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف، بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة[٤]، إذ لم يكن ينظر إلى التعبير من خلال الإجراء الشكلي على أنه مجرد أداة لترجمة إرادة المتصرف والإفصاح عنها في العالم الخارجي، بل كان ينظر إلى الشكل وفق نظرة موضوعية في ذاته ولذاته، فالشكل لدى الرومان كان يعكس مضمون التصرف القانوني، فكان التصرف ومضمونه يكونان وحدة عضوية واحدة لا تنفصم نتيجة اعتناقهم لفكرة تطابق التصرف القانوني مع النمط أو الشكل المرسوم له في القانون، وهو ما أدى إلى عدم معرفتهم لفكرة التقابل أو الازدواج بين الإرادة والتعبير في التصرف القانوني الذي ينجم عن المقارنة بين المضمون الحرفي (أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة)، وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة (أو ما يسمى

---

(١) وأنظر في المعني نفسه.

F.GENY; Science et Technique en droit privé positif, T3, Paris, sirey, 1921, n°203, p.102

(٢) A. E. GIFFARD et R. VILLER; droit romain et ancien droit française, Paris, 1976. p. 27. NOAILLES; op. cit., p. 208 et 220. P. HUVELIN; op. cit., p. 39.

(٣) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٢٧.

(٤) محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص ١٧٥.

بالإرادة الباطنة بحسب التعبير القانوني الحديث) [1].

وبناء على هذا فإن القانون القديم لم يكن بقادر على أن يقف على حقيقة التمييز بين حرفية العقد و ما انصرفت إليه إرادة الأطراف، فالمرافعات القضائية – في نظره – ماهى إلا مباراة ونزال بين الكلمات، لا ينتصر فيها دائما السبب الذي تقره العدالة، على الرغم من أن الاختلاف بين الإرادة والألفاظ المستعملة في التعبير عنها قد يكون على درجة من الوضوح، بحيث لا يحتاج في إثباته إلى إقامة الدليل عليه، وعلى الرغم أيضاً من أن أحد الخصمين قد يكون على علم بهذا الاختلاف أو عدم التوافق بين اللفظ و الإرادة الحقيقية لخصمه، إذ يستوي أن يكون الخصم حسن النية أو سيئها.

وقد نتج عن هذا أن الفرد كان باستطاعته أن يشل حقوق خصمه، وأن يتخلص كلية من الاتفاق، وذلك بأن يحترم العبارات والألفاظ الرسمية، وإن خالفت الروح الحقيقية للاتفاق، بحيث يكون في التمسك بحرفية الاتفاق ظلم بين للخصم وإضرار بحقوقه التي قد توحي بها روح الاتفاق[2].

وعلى هذا فقد كان لكل كلمة في الصيغ اللفظية الشكلية أهميتها البالغة؛ لأن اختيارها قد تم بعناية ودقة، وكانت إرادة الأطراف تجسدها وتعبر عنها الألفاظ المنطوق بها، ومن ثم فإنه لم يكن ينظر بعين الاعتبار إلا إلى ما نطق به الأطراف وتلفظوا به صراحة، إذ يكون هذا هو ما انصرفت إليه إرادتهم واتجهت إليه نيتهم من الناحية الفعلية، أما غير ذلك من الأمور التي لم ينطق بها الطرفان، ولم تعبر عنها الألفاظ المستعملة، فلا يلتفت إليه، فكل ما يعول عليه هو وجود الشكل، والشكل وحده فقط، ومن هنا كانت تلك الحكمة الشهيرة التي عبر عنها الرومان بقولهم "ما نص عليه يؤخذ بضرره وما لم ينص عليه لا ضرر منه "expressa nocent, non expressa non nocent" لقد كان في هذه الحكمة ما يعبر بوضوح كامل عن طبيعة الشكلية وجوهرها: التضحية بالموضوع والجوهر أياً كان؛ من أجل الحفاظ على الشكل والمظهر[3].

وعلى ذلك فإن استيفاء الشكل عند الرومان كان يمنع من البحث وراء نيات الأشخاص الذين استعملوه، أي إنه لم يكن هناك محل للبحث في الاعتبارات المتعلقة بنوايا أي من المتعاقدين أو اعتباراته النفسية، ومن ثم لا محل للبحث عن أية انعكاسات أخلاقية.

---

(١) عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، دون ناشر، ١٩٧٧ – ١٩٧٨، ص ٣٩.

(٢) مصطفى سيد صقر، بزوغ فكرة السبب في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٢.

فالأثر القانوني يترتب دون اهتمام بأن نيتهم قد اتجهت عند استعمال تلك الصيغ إلى التعبير عن إرادة أو لم تتجه أو أن إرادتهم المعلنة متفقة مع إرادتهم الحقيقية أو غير متفقة[1]، ومن ثم لم يكن هناك محل للبحث فى كون التصرفات القانونية قد تمت تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه، أو كانت غير مبنية على سبب، أو كان سببها غير مشروع، طالما قد روعى الشكل الذي يتطلبه القانون لإتمام هذه التصرفات من قبل الطرفين بدقة وعناية، فالشكلية الصارمة، ولا شيء غير الشكلية هي المسألة الوحيدة التي يبحث فيها القاضي للحكم بصحة التصرف القانوني أو بطلانه[2].

ووفقا لهذا التصور الذي عرضناه لطبيعة الشكلية وجوهرها في القانون الروماني يبرز لنا مدى الاختلاف بين طبيعة الشكلية وجوهرها في القانون الروماني القديم وطبيعتها وجوهرها في نطاقها المحدود في القانون الحديث، إذ إن شكلية القانون الروماني – كما رأينا – شكلية فنية ذات طبيعة إنشائية تمس جوهر التصرف، فتستغرق أو تقضي على كل دور للإرادة في تكوين التصرف، أما الشكلية في القانون الحديث فهي شكلية حمائية مقررة لخدمة الإرادة المعبرة عنها وحمايتها، فلا يستغرق الشكل الإرادة، ولا يغني وجود الشكل عن وجود الإرادة، بل هو شرط أو عنصر يضاف إلى التراضي[3]، وتفصيل ذلك:

أنه في ظل القانون الروماني القديم، حيث كان المبدأ هو سلطان الشكل وليس سلطان الإرادة، كان الشكل هو مصدر الالتزام، والعنصر الجوهري الذي يقطع في وجود التصرف وصحته بغير التفات إلى الإرادة أو إلى الغرض الذي اتجهت إليه، بمعنى أن وجود الشكل كان يقصي كل بحث وراء وجود الإرادة أو صحتها، فالشكلية في القانون الروماني كانت تغني عن الإرادة (بمعنى أنه كان يعتد بالشكل دون الإرادة في ذاتها)؛ ولذلك كانت القاعدة – كما رأينا – أنه متى وجد الشكل كان ذلك كافياً لقيام التصرف دون النظر فيما وراء ذلك من توافر الإرادة أو سلامتها، فكان العقد

---

(١) B. NICHOLAS; op. cit., p. 61.

(٢) L. DE SAINTE CROIX, La thèse cit.. p. 4 - 5.

(٣) أنظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبه، دون تاريخ، ص ٦٨، محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ١٩٨٥، الطبعة الأولى، ص ١٠، عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون ناشر، ١٩٧٥، ص ٥٤، عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٦٧، جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٦، ص ٣١٢.

الشكلي في القانون الروماني عقدا مجردا صحته مستمدة من شكله لا من موضوعه، فطالما جاء الشكل اللازم لإنشاء التصرف سليما وكاملا، فالتصرف ينشأ وتترتب آثاره القانونية، حتى وإن كانت الإرادة معيبة أو منعدمة، أو كان التعبير غير مطابق لما تقصده، أو أن السبب الذي من أجله انعقد التصرف لم يكن موجودا أو لم يتحقق[١]، ويترتب على ذلك عدم جواز الطعن بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو عدم مشروعية السبب و إنعدامه، أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية[٢]، هذا في القانون الروماني، أما في القانون الحديث، فالشكلية هي شكلية حمائية، حيث لم يعد الشكل أكثر من أداة فنية يلجأ إليها المشرع في بعض التصرفات القانونية المهمة والخطيرة، لضمان حماية مصلحة معينة، يقدر أن هذا الشكل هو الذي يضمن حمايتها[٣].

فالشكل في القانون الحديث لا يعدو أن يكون أحد العناصر اللازمة لتكوين التصرف الشكلي، يلزم توافره إلى جانب سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين التصرف القانوني عامة، في مقدمتها رضا الطرفين أو توافق الإرادتين[٤] وبعبارة أكثر تحديدا نقول إن توافر التعبير مستوفياً لشرط الشكل لا يغني عن توافر الإرادة مستوفية لجميع شروطها القانونية، ولا غرابة في ذلك، فالشكل لم يتقرر أصلاً في القانون الحديث إلا لضمان وجود الإرادة وسلامتها من العيوب وليس للحلول محلها[٥]، وهو ما يعني أن الخروج على مبدأ الرضائية وبالأحرى الخروج على مبدأ حرية الإرادة في اختيار طريقة التعبير عن نفسها باقتضاء شكل معين، الهدف منه الحرص على سلامة

---

(١) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، ١٩٨٤، ص ٤٣، محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٧٤، ٧٥، سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ، ص ١٤، عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٨، ص ٦٦، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ٨٤، ٨٥، محمد جمال عطية، مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي) دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥ – ١٦، سهير منتصر، الالتزام بالتبصير – دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص ١٨.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، فقرة ٤٨، ص ١٥٢.

(٣) عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ٤١٧.

(٤) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٥) ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٥٥.

الركن المعنوي الذي يحويه المظهر الخارجي[1]؛ ولذلك فإن الشكل لا يغني عن الإرادة والتراضي، بل هو عنصر يضاف إلى التراضي، ولكنه لا يحل محله ولا يغني عنه، فهو لا يعدو أن يكون الثوب الذي يجب أن يجيء الرضاء بالعقد فيه[2]، فالشكل لم يعد هو جوهر التصرف والمكون الوحيد له، كما كان الحال في القانون الروماني، بل صار مجرد قالب تصب فيه الإرادة، بحيث إذا وجد هذا القالب وانعدمت الإرادة التي كان يلزم صبها فيه أو وجدت، ولكنها كانت مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا، أو كان سبب الالتزام منعدما أو غير مشروع، وقع العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، بالرغم من استيفائه الشكل الذي نص عليه القانون[3].

وعلى ذلك يتضح لنا أن الشكلية الرومانية كانت شكلية رمزية يختفي معها تماما دور الإرادة في تكوين التصرفات، فالشكلية الرومانية كانت تستغرق الإرادة، حيث لا تتجاوز الإرادة مطلقاً عالم الحقيقة الواقعية إلى عالم القانون، وإنما ينحصر مصدر الالتزام وجوهر التصرف فقط في الشكل القانوني المرسوم، وإليه ترد قوة التصرف الإلزامية، فالشكل وحده هو الذي يمنح الحياة للتصرف القانوني، ويخلع عليه القوة الإلزامية، وهو ما يفسر لنا مناعة التصرف ضد وسائل الطعن المستمدة من الإرادة، وهي المناعة التي نسميها في اللغة الحديثة "خاصية التجريد"[4].

أما الشكل في القانون الحديث وإن كان عنصرا جوهريا من عناصر تكوين التصرفات الشكلية التي يحددها القانون، فإنه لا يغتصب دور الإرادة في تكوين هذه التصرفات، فالشكل في هذه التصرفات الشكلية ليس بديلاً عن الإرادة ولا ينتقص منها، بل جاء في الأساس لضمان التعبير عنها تعبيرا سليما وفاعلا[5].

ولإيضاح هذا الاختلاف يفرق البعض[6] بين الشكل ذي الوظيفة الداخلية والشكل ذي الوظيفة الخارجية، ويشترك هذان النوعان من الأشكال، في خاصية واحدة، هي أن كليهما ضروري لوجود التصرف القانوني، أي إن كليهما مطلوب للانعقاد، غير أن الأول يمتاز بأن استكماله يمنع من البحث وراء نيات الأشخاص الذين استعملوه، فالأثر القانوني يترتب دون

---

(١) وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٥، فقرة ٢٤، ص ٨٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١.

(٣) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٤) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٤٠.

(٥) عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ٤١٧.

(٦) أنظر هذا الرأي معروضا لدى: د. محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، فقرة ١٤، ص ٦٠، ٦١.

اهتمام بأن نيتهم قد اتجهت عند استعمال هذا الشكل إلى التعبير عن إرادة أو لم تتجه، أو أن إرادتهم المعلنة متطابقة مع إرادتهم الحقيقية أو غير متطابقة.

وبالعكس يكون الشكل ذا وظيفة خارجية إذا كان مطلوبا بوصفه ثوبا يجب أن يلبسه الموضوع الذي اختاره، وتكون وظيفته الكشف عن إرادة الأطراف، واستيفاء هذا الشكل لا يمنع من البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف، وسلامتها من العيوب، وتبدو أهمية التفرقة المشار إليها في أن القانون الروماني القديم لم يعرف إلا النوع الأول من الأشكال، أي الشكل ذا الوظيفة الداخلية الذي يرمز للتصرف القانوني مباشرة، مع استبعاد الإرادة من الميدان، في حين أن الشكل في القانون الحديث شكل ذو وظيفة خارجية، حيث يستخدم الشكل وسيلة قانونية للتعبير عن الإرادة، ويرد إلى الإرادة وجود جميع التصرفات القانونية شكلية كانت أو غير شكلية، ويرجع السبب الرئيسي لهذا الاختلاف بين طبيعة الشكل في القانون الروماني والقانون الحديث إلى اختلاف النظر بينهما إلى الدور الذي تلعبه الإرادة في إنشاء التصرف القانوني، فبينما لا يعترف الأول لها بوجود قانوني يعدها الثاني جوهر التصرف القانوني، سواء أكان ذلك بالنسبة للتصرفات الشكلية أم غير الشكلية [١].

وعلى ذلك ففي ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة، وفكرة الفن القانوني الواعي في القانون الحديث تحولت الشكلية في جوهرها وطبيعتها من شكلية فطرية رمزية إلى شكلية واعية ومفيدة تقوم على تحقيق أهداف معينة، ومن شكلية ذات طبيعة إنشائية تمس جوهر التصرف وتقضي على كل دور للإرادة في تكوين التصرف القانوني إلى شكلية حمائية، إذ لم يعد استخدام الوسائل الفنية الشكلية ينشئ المركز القانوني أو يستغرق الإرادة، وإنما أصبح في خدمتها[٢]، حيث يضمن أن يأتي التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقية للمتصرف، وهو ما من شأنه أن يحقق العدالة والاستقرار معاً على أفضل ما يكون، والشكل بهذه الطبيعة يؤكد سلطان الإرادة ولا ينفيه، كما أنه لا يتعارض مع حرية الإرادة إلا ظاهراً، فهو تقييد لأحد جوانب هذه الحرية من أجل مصلحتها[٣].

---

(١) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٥٣.

(٢) أنظر: F. GENY, op. cit., T3, n°203,p. 97 et ss. PERROT, de l'influence de la Technique sur le but des institutions juridiques. Thèse, Paris, 1947, n°4, p.11.

(٣) ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٤٦٢.

المطلب الثالث

وظيفة الشكلية في القانون الروماني

كانت الشكلية دائما إحدى الوسائل الفنية اللازمة في النظم القانونية المختلفة، وإن كانت وظيفتها قد اختلفت من نظام إلى آخر مع تطور الأزمنة، فالشكلية في العصور القديمة ليست هى نفسها القائمة حاليا في القوانين الحديثة[١] ، فالشكلية في القانون الحديث لم تعد ضربا من المراسم المعقدة التي تتقرر استجابة لسذاجة شعب فطري، بل صارت جميعها من النوع ذي الهدف à Tendance ، ولا تتقرر إلا في الحدود التي يمكن أن تحقق أغراضا معينة[٢]، يبغي المشرع الوصول إليها من خلال إعمال الشكل[٣].

أما الشكلية عند الشعوب القديمة فقد كانت نزوعا إلى تجسيد الأفكار، فكل تصرف قانوني كان يتعين أن يتم في شكل خاص به، سواء أتخذ هذا الشكل نمط الطقوس الدينية أم العرفية[٤]، وهو ما نلاحظه في القانون الروماني خاصة.

فالشكلية عند الرومان كانت ظاهرة طبيعية عادية تجد منبتها في أعماق نفوس تعلقت بالرموز، لم تخلقها إرادة مشرع، دفعته أغراض معينة، وإنما انبثقت من ضمير الشعب البسيط الساذج، نتيجة لكون الإرادة ظاهرة معنوية بعيدة عن متناولهم؛ ولذا وجب أن تصب في شكل مادي يحل محلها، بحيث كان مجرد استيفائه يمنع التقهقر عكسا من الشكل إلى الإرادة[٥].

كما كانت الشكلية متفقة مع الحالة القديمة التي كانت عليها مدينة روما في عهدها الأول لقلة المعاملات، إذ كان التعاقد في تلك العصور نادرا لا يلجأ إليه الناس إلا عند الحاجة القصوى، وكان يعد حادثا خطيرا يستوجب العناية به والاحتفال بأمره في صورة تلك الأشكال

---

(١) سهير منتصر، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) محمود أبوعافية، الرسالة السابقة، ص ٥٥.

(٣) الشكلية في القانون الحديث ذات وظيفة مصلحية حمائية، قد يكون الهدف من تقريرها حماية المتصرف نفسه من خلال ما تقوم به من ضمان مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية للمتصرف، وحماية المتصرف من التسرع والاندفاع، وضمان صدور التعبير عن إرادة حرة متنورة، وتحديد مضمون التصرف وزمن إنشائه، وتوفير وسيلة إثبات مسبقة، كما قد يكون الهدف من تقرير الشكل حماية المتعاقد الآخر، أو حماية الغير، كما يستخدم الشكل وسيلة لحماية المصالح العامة للمجتمع.

(٤) سهير منتصر، المرجع السابق، ص ١٥.

(٥) محمود أبوعافية، الرسالة السابقة، ص ٨، ٩.

والإجراءات التي تحيط بالتصرف عند إنشائه[١].

وعلى هذا فقد كان حصر نطاق التصرفات القانونية في إطار مجموعة من النماذج القانونية الشكلية المحددة سلفاً، وعلى سبيل الحصر، ملائما ومناسبا لتلك المرحلة من مراحل القانون الروماني[٢]، و من ثم لم تكن الشكلية في نطاق القانون الروماني خلقا تشريعيا أو قانونيا بحتا، بمعنى أنها لم تكن إنشاء تعسفيا من المشرع بقصد تحقيق أغراض معينة، وإنما كانت تعبيرا عن حالة مدنية معينة بجوانبها المختلفة؛ لذلك كانت الشكلية تظهر في كثير من الجوانب الدينية وبعض جوانب الحياة الخاصة أو العامة، بمعنى أنها لم تكن مقصورة في أي وقت على القطاع القانوني[٣]؛ ولذلك يمكن القول إن الشكلية كانت قائمة تعبيرا عن موقف فكري واحتياجي لدى الشعب الروماني في ظروف زمانية ومكانية محددة تاريخيا[٤].

وبالرغم من النشأة الطبيعية للشكلية الرومانية وكونها شكلية فطرية لم تنشأ بعمل تشريعي لتحقيق أغراض معينة، فإنه لا محل للخلاف بين فقهاء القانون الروماني في أن هذه الشكلية كانت تحقق العديد من الأغراض التي يهدف إليها المشرع من وراء إقرار الشكلية في القانون الحديث، حيث أشار فقهاء القانون الروماني في كثير من مؤلفاتهم إلى بعض الوظائف التي تحققها الشكلية في القانون الروماني[٥]، ومنها:

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥ – ١٩٦٦، ص ٤٦٧، بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، بدون ناشر، ١٩٥٦، مرجع سابق، ص ٥٣٠، صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٣٣.

(٢) N.GOMAA; Théorie des sources de l'obligation, L.G.D.J, Paris, 1968, no 32, p. 44 - 45.

(٣) R. ROUXEL; La thése cité, p. 11 – 12

(٤) سهير منتصر، المرجع السابق، ص ١٦.

(٥) منير العجلاني، الوجيز في الحقوق الرومانية، بدون ناشر، دمشق، ١٩٤٤، ص ١١٢، عمر ممدوح مصطفى المرجع السابق، ص ٤٦٧، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٣٠، محمود أبوعافية، الرسالة السابقة، ص ٥٤، محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج ١، في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية – مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٨٩، فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٥ – ١٩٩٦، ص ١٥٥، عبد الحكم عبد البصير فودة، النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ٢٥، أحمد مرزوق، الرسالة السابقة، ص ١٦، ١٧.
B. NICHOLAS: op. cit., p. 62.

١- تحديد الوقت الذي يتم فيه العقد على وجه الدقة، أي تحدد الوقت الفاصل بين تمام العقد والمحادثات أو المفاوضات السابقة عليه.

٢- تحديد مضمون التصرف وآثاره تحديدا واضحا و معروفا ومعلوما للجميع لما تتسم به الألفاظ من دقة ووضوح، وهو ما يضمن استقرار المعاملات بين الأفراد.

٣- إتاحة الفرصة للمتعاقد للتفكير والتروي وتدبر الأمور قبل الإقدام على الالتزام بالعقد .

٤- توفير وسيلة إثبات مسبقة وسهلة تكفل للدائن المحافظة على حقوقه، وتيسر على القاضي وسيلة التأكد من حصول الالتزام، لقيامها على عناصر مادية ملموسة.

٥- ضبط الإرادة المتعاقدة من خلال الحيلولة دون وقوع المتعاقد ضحية غلط أو تدليس أو إكراه.

٦- شهر التصرف على الملأ.

وإذا كانت الشكلية في القانون الروماني القديم تحقق هذه الأغراض والوظائف فليس معنى ذلك أن تلك الشكلية قد تقررت من أجل تحقيق هذه الوظائف "فذلك لا يصدق إلا بالنسبة للأشكال التي أنشئت بعمل تشريعي، فهي تتقرر عندئذ لغرض عملي معين، وتدين بوجودها وبصورتها له، وهذا النوع من الأشكال يسمى بالشكل ذي الهدف Forme à Tendance ،لأنه يحمل منذ البداية طابع هدف محدد، والأمر يختلف اختلافا كليا بالنسبة للأشكال التي تنشأ من حياة الشعب نفسه، كالأشكال الساذجة المعروفة في العصر الفطري للقانون"[١]، التي يأتي على رأسها الشكلية الرومانية.

لذلك فإنه بالرغم من أن الفقيه ايهرنج لا ينكر على هذا النوع الأخير من الأشكال ما لقيمته العملية من أثر غير مقصود في تقريره، فإنه يستبعد أن يكون ذلك هو السبب الحقيقي لوجوده[٢]، ويسوق دليلاً على ذلك "أن هذا النوع من الشكل ينشأ في ميادين أخرى لا تجد له فيها قيمة عملية كميدان الدين، فكلما دعت الحاجة إلى التعبير عن شيء داخلي، لجأ العقل المكبل بالقيود المادية إلى وسائل التعبير الحسية، فيستعين بالتصوير الكلامي، أو يخلق تماثيل لأرائه الطبيعية أو الدينية، أو يضع رموزا لأفكاره، كما يستعمل الحركة ليعبر بطريقة تمثيلية محسوسة عن تصرفاته وأغراضه وقراراته[٣].

---

(١) IHERING; L'esprit du droit romain T.3, op. Cit. p.196.

مشار إليه لدى د. محمود أبو عافية، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٢) محمود أبو عافية، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) IHERING; op. cit., p. 197

المبحث الثاني

أسباب ظهور الشكلية وسيادتها في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

إذا كان مبدأ الشكلية (formalisme) الذي يقضي بأن الإرادة لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني إلا إذا أفرغت في القالب الشكلي الذي حدده القانون هو المبدأ السائد في القانون الروماني، فإنه لزاماً علينا أن نتساءل عن سر تمسك الرومان بالشكلية على هذا النحو، وفي الواقع فإن آراء الفقهاء قد اختلفت في تبريرأسباب هذه الظاهرة وتفسيرها، وسنحاول هنا أن نلقي الضوء على أهم الأسباب والعوامل التي أدت إلى تمسك الرومان بمبدأ الشكلية، ومن هذه الأسباب ما يكمن في الصيغة المادية والدينية للفكر الروماني، ومنها توافق مبدأ الشكلية مع التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للرومان، وأخيرا سيادة اعتبارات الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة عند الرومان وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: الصبغة المادية والدينية للفكر الروماني.

المطلب الثاني: توافق مبدأ الشكلية مع التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للرومان.

المطلب الثالث: سيادة اعتبارات الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة عند الرومان.

المطلب الأول

الصبغة المادية والدينية للفكر الروماني

أولا: دور الدين في الشرائع القديمة:

تعد العلاقة وثيقة بين ما يدين به شعب ما[١]، والحالة الاجتماعية لهذا الشعب،وفي ذلك يقول العلامة فوستيل دى كولانج "إن تأمل نظم الأقدمين، دون التفكير في معتقداتهم الدينية يجعل هذه النظم غامضة وشاذة بلا تفسير، ولكن عندما نضع معتقداتهم الدينية قبالة هذه النظم، فسرعان ما تصبح الوقائع أكثر جلاء ويعرض تفسيرها من تلقاء نفسه"[٢].

فللدين في كل عصر وفي كل شعب تأثير كبير في ضبط أحوال الناس وعلاقاتهم، حيث ترجع قواعدهم الاجتماعية إلى عقائدهم الدينية[٣]، مع ملاحظة تفاوت أثر الدين في القانون من بلد إلى بلد ومن زمن إلى آخر في البلد الواحد، فالتاريخ القديم يؤكد أن معظم الجماعات الإنسانية كانت لها ديانتها، وكانت لها شرائعها المستمدة من هذه الديانات أو المتأثرة بديانتها[٤]، بل كانت الجماعات الإنسانية في العصور الغابرة تنسب ما يسود فيها من العادات والتقاليد إلى أصل إلهي، كما يتبين ذلك من دراسة التاريخ القانوني في الشعوب الرومانية واليونانية والهندية، ولا زال هذا التأثير قائما في العصور الحديثة، كما نشاهده في أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من أصول الدين الإسلامي[٥].

ويرى العالم الإنجليزي (سير هنري مين) "أنه لا يوجد نظام من نظم القانون المعروفة

---

(١) الدين في الأصل رسالة منزلة من عند الله عز وجل على رسول من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامها، والدين بهذا المعنى يصدق على الديانات السماوية، إلا أنه على خلاف هذا الأصل توجد ديانات أخرى بعضها ينسب إلى الله عز وجل، وبعضها ينسب إلى قوى الطبيعة أو الأرواح أو التوتم، أو بعض الحكماء والأبطال، أنظر عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٧١.

(٢) انظر أحمد عبد القادر الجمال، مقدمة في أصول النظم الاجتماعية والسياسية، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٨٥.

(٣) علي بدوي، أبحاث في أصول الشرائع، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الأول والثاني، ١٩٣٥، ص ١٣.

(٤) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٥) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٣.

لم يندمج في مراحل نشأته بقواعد الدين"[١]، ومن هنا كان للدين تأثير كبير في مختلف عصور التاريخ على تصرفات الإنسان وسلوكه، فكان الدين منذ أقدم العصور، وحتى اليوم مصدرا مهما من مصادر القانون، بل إن التعاليم الدينية كانت في البداية هي المصدر الأساسي للقانون، حتى اختلط القانون بالدين عند الشعوب البدائية[٢]، ومنها الرومان؛ لذلك كان من الطبيعي أن نبدأ عرضنا لأسباب الشكلية عند الرومان بدراسة معتقداتهم الدينية دون أن نعني بالجانب الديني الخالص في هذه المعتقدات؛ لأن ذلك أمر يخرج عن نطاق بحثنا، إنما ما نعنيه هو التعريف بهذه المعتقدات وأساسها عند الرومان، ثم بيان أثر اختلاط قواعد الدين بالقانون على ظهور فكرة الشكلية في القواعد القانونية عند الرومان.

ثانيا: العلاقة بين العقلية المادية للرومان وعقيدتهم الدينية

كان الرومان يؤمنون في بادئ الأمر بوجود أرواح اللا اسمية (numina) وقوات غير مادية لا تقع تحت الحواس، ولا يمكن تصورها في الذهن، بالرغم من انتشارها في كل مكان[٣]، ونتيجة لولع الأقدمين ولعا فطريا متأصلاً في النفوس بتجسيم المعنويات، وإعطائها كيانا يدرك بالرؤية أو بالسمع، ويرمز به إليها، كان الإنسان آنذاك يحتاج إلى إظهار المعنويات وإخضاعها للحواس، وكانت هذه الحاجة تتجلى في كل جوانب النظام الاجتماعي، سواء في ذلك الجانب الخاص بالدين أو بالحياة الدنيوية، أو القانونية[٤]، وقد كان الرومان أحد هذه الشعوب التي سيطرت عليها العقلية المادية، فلا يسلمون إلا بالماديات الملموسة والمحسوسة، أي الحقائق الواقعية (realités concréts)، دون الأشياء المجردة (abstraits)[٥]، وهو ما ترك أثره في مجال العقائد الدينية عند الرومان، سواء من حيث مفهوم العبادة أو من حيث طقوسها وشعائرها كما يلي:

١- بالنسبة لمفهوم العبادة عند الرومان: نجد أن الرومان قد سيطرت عليهم فكرة التشاؤم والخوف مما يحيط بهم من قوى، فكانوا يخشون القوة الطبيعية، ويرون فيها قوة إلهية

---

(١) انظر فتحي المرصفاوي، تكوين الشرائع، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص ٤٦.

(٢) أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسين، أصول النظم القانونية، الطبعة الأولى، مطابع السعدني، الإسكندرية دون تاريخ، ص ٢١، ٢٢، وكذلك عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ٧٣، ٧٤.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٤) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٧.

(٥) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٤١-٤٤٢، وقد أشار في ذلك إلى:

IHERING: op. cit. T.3. p.155 et ss.

تسيطر على الكون وتهدده بالفناء، كما كانوا يخشون القوة البشرية، ويؤمنون بأنها قوة منافسة، إن لم تكن معادية، لا ينتظر منها إلا الشر والإيذاء، ولذلك كانت العبادة عندهم أمراً لا غنى عنه، لا عن عقيدة وإيمان، ولكن لاتقاء الأخطار المحدقة بهم[١]، وهو ما جعل بعض المؤرخين يذهبون إلى القول بأن "الأشخاص لا يلتمسون من الآلهة في صلواتهم وأدعيتهم سوى المنفعة المادية"[٢]، فالرومان كانوا يرون أن من قام بتقديم فروض العبادة لإله من الآلهة يكتسب بذلك حقاً تجاهه؛ لأنه أدى واجبه نحوه، و ا على الإله بعد ذلك إلا أن يشمله بالحماية، أي إن العبادة كانت تقوم عندهم على فكرة الالتزام المتبادل بين العابد والمعبود، حيث يقوم العابد بالعبادة ويلتزم المعبود بالحماية، وهي فكرة نشأت عن غريزة الرومان العملية التي اصطبغت بها كذلك نظمهم القانونية[٣]، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أدت الروح الواقعية والعقلية المادية للرومان إلى قيامهم بتجسيد الأرواح والقوى غير المنظورة في صورة آلهة مجسدة، وكان ذلك تحت تأثير الفكر الديني الإغريقي الذي نقله إليهم الأتروسك[٤]، فعرف الرومان نوعين من العبادة، عبادة عامة وأخرى خاصة[٥].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) نور الدين حاطوم، نبيه عاقل، أحمد طربين، صلاح مدني، موجز تاريخ الحضارة، دمشق ١٩٦٣، ص ٥٦٦.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٠، فتحي المرصفاوي، شريعة الرومان (البيئة – المصدر – المآل) – دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص ٢٢، ٢٣. محمد على الصافورى، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص٢٦٣.

(٥) كانت العبادة العامة للمدينة بأسرها يشترك فيها الجميع (sacra publica)، وهي تقوم على عبادة الآلهة التي تم تصويرها على صورة إنسان، لكل قوة إله، فكانوا يعبدون معا الإله المجسم والقوة التي اختص بها، ويشرف على هذه العبادة ويقوم بها الحكام والكهنة، وقد احتكر الكهنة العلم بشعائر الديانة التي يلجأ إليها المعتقدون لاسترضاء الآلهة، وكان الملك في روما هو زعيم الكهنة، ثم انتقلت الاختصاصات الدينية تدريجيا إلى الكاهن الأكبر بعد انفصال السلطة السياسية عن السلطة الدينية، وقد عبد الرومان أساسا "جوبيتر" وآلهة النار "فستا". أما العبادة الخاصة (sacra privata) فهي عبادة منزلية تتناول عبادة الآلهة الخاصة بالبيت (lares) وأرواح الأسلاف (dimanes) حيث كان الرومان يعتقدون أن الأرواح عند الموت لا تنقطع صلتها بعالم الأحياء، وأنها تحتاج لكي يطيب لها المقام في حياتها الآخرة إلى قرابين وشعائر وأضاحي تقدم إليها في مناسبات مختلفة بواسطة ذرية الميت، وإلا تحولت إلى روح شريرة تسعى للإيذاء والانتقام، أنظر فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٢، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٢، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٠.

٢- أما فيما يتعلق بشعائر وطقوس العبادات الخاصة بالرومان، فكان أهم ما يميزها هي الرسمية أو الشكلية، نتيجة لعدم إيمانهم و تسليمهم إلا بالماديات التي يرون فيها قوة أخاذة وسحرية، قادرة على صنع كل شيء، وهو ما يستلزم أن تكون الشعائر مرسومة في صورة مجسمة، بألفاظ وإشارات محددة، حتى يترتب الأثر المقصود منها، وهو إرضاء الآلهة[١].

ومن ثم لم يكن للإرادة أهمية في هذه الشعائر بقدر ما كان للمراسم الشكلية المحتمة؛ لأن الإرادة وهي من الأشياء المجردة لا تستطيع التغلب على الشر وحدها، فى حين أن الشكل (Le forme) عند الرومان قادر على كل شيء، وإن انعدمت فيه الإرادة، ويترتب على ذلك أن أقل خطأ في الشكل أثناء تأدية الشعائر يبطل أثر هذه العبادة، كما أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا أقيمت الشعائر في الزمان المعين لها[٢].

نخلص مما سبق إلى سيطرة الفكر المادي والروح الواقعية على كل ما يتعلق بنواحي الحياة عند الرومان خاصة فيما يتعلق بالدين، فكانت الوثنية والمراسم والطقوس الدينية الشكلية من أكبر الشواهد القاطعة على العقلية المادية للرومان، فالوثنية ما هي إلا تجسيم مادي لفكرة الألوهية في شكل معين تؤدى له فريضة العبادة، والطقوس ليست سوى تعبيرات عن مختلف الأفكار الدينية، سواء اكانت بطريقة الحركة أم اللفظ أم الرمز، ويرجع ذلك إلى أن الإنسان في عصر البداوة كان عاجزاً عن التصور، فما كانت مداركه تتجاوز حب الاستطلاع، ولا يمكنه وهو في أحط درجات تطوره أن يركز انتباهه إلا في شيء مادي يهمه مباشرة وبصورة عملية[٣].

ثالثا: الصبغة الدينية للقانون الروماني وأثرها فى ظهور الشكلية في القانون الروماني:

كانت القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد عند الرومان تشكل جزءا من الديانة، فكانت مجموعة قوانين المدينة هي مجموعة من الشعائر والفرائض الدينية والأدعية والنصوص

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤٢، ٤٤٣، عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٢٨، ويرى أستاذنا الدكتور/ عمر ممدوح مصطفى أن هذه الألفاظ أو الإشارات الدينية المحددة يبدو أنها نشأت عند الرومان بمناسبة حوادث طبيعية معينة كانت تهددهم بأخطار محققة، وأدىاستعمالها إلى زوال هذه الأخطار ونجاتهم منها، فاكتسبت بذلك صفة مقدسة، وأصبحت لا غنى عنها، كلما أريد استجداء الآلهة بشرط تأديتها في صورتها الأصلية دون تغيير كلمة منها، أنظر عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٧.

الشرعية في وقت واحد[١]، فمنذ فجر تاريخ الرومان ارتبط القانون بأحكام الدين[٢]، وقد تجلى ذلك في الآتي:

١- كانت القواعد القانونية في مرحلة فطامها مستمدة من العقائد الدينية[٣]، فمن ناحية نجد أن قواعد حق الملكية وحق الإرث كانت متفرقة بين القواعد الخاصة بالقرابين، وبالدفن وبعبادة الموتى، وإن ما تبقى من أقدم قوانين روما وهو ما يسمى بالقوانين الملكية، ينطبق في كثير من الأحيان على العبادة بقدر ما ينطبق على علاقات الحياة الاجتماعية، فكان أحدها مثلاً يحرم على المرأة الخاطئة أن تقترب من المذبح، وآخر يحرم تقديم بعض ألوان من الطعام في الأكلات المقدسة، كما كانت قوانين الألواح الاثنى عشر تحتوي على كثير من فرائض متعلقة بشعائر الدفن الدينية[٤].

٢- ومن ناحية أخرى نجد أنه من الحقائق المعترف بها في روما القديمة أنه لا يكون المرء صالحا إلا إذا عرف القانون[٥]، وقد كان من غير المستطاع معرفة القانون إلا عن طريق معرفة الديانة، ومن ثم كان الكهنة هم المشرعين الوحيدين لمدة طويلة[٦]، فكان القانون والدين حكرا فى يد سلطة واحدة هي "هيئة الكهنة" التي احتكرت في روما القديمة معرفة صيغ الدعاوى القانونية، والأيام التي يجوز فيها التقاضي، وهي التي سيطرت على تفسير القانون وتطبيقه، وكل ما يتعلق بالمعرفة القانونية التى اعتبروها معرفة مقدسة لا يجوز أن يحيط بها غير رجال الدين[٧]، وسبب ذلك أن القانون والديانة كانا شيئا واحدا[٨].

٣- كما تجلت صلة القانون بالدين وارتباطها بالنسبة لمكان وزمان إجراء التصرفات

---

(١) فوستيل دي كولانج، المدينة العتيقة، ترجمة عباس بيومي وعبد الحميد الدواخلي، القاهرة ١٩٥٠، ص ٢٥٤.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٢٥.

(٤) حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٦ – ٢٧.

(٥) شيشرون: القوانين، ٢ :١٩ نقلاً عن حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨.

(٦) حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٧) محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٢٦٤-٢٦٥.

R.D.MELVILLE; A manual of the principles of roman law, Edinburgh, 3 e ed, 1921, pp. 37-38

(٨) حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٨.

القانونية، فكما كانت الشعائر الدينية تقام في المعابد، كان إجراء التصرفات في أماكن خاصة أمرا لازما، وكما أنهم يلتزمون بأداء الطقوس والشعائر الدينية في أوقات معينة، فإنه لا يجوز القيام بأي نشاط قانوني إلا في أيام بعينها حددها رجال الدين، وهي ما تسمى بأيام التقاضي (Fastes) ومن ثم لا يجوز القيام بأي تصرف قانوني في غير هذه الأيام وإلا تعرض من قام بهذا التصرف لغضب الآلهة ولعنتها(١).

٤- ومن مظاهر ارتباط القانون بأحكام الدين أيضا النشأة الدينية لفكرة الاتفاق أو العقد ثم انتقالها بعد ذلك من دائرة الدين إلى دائرة القانون، ففي مراحل القانون الروماني الأولى، كان تنظيم الاتفاق يعد أمرا دينيا، أو عائليا أو حرفيا، فلم تكن للمحاكم صلاحية النظر في الاتفاقات، كما لم يكن الحنث بالوعود مبررا كافيا لاستحضار المدعى عليه أمام المحاكم أما إذا أشهد أحدهم الآلهة على وعده أو أقسم على الوفاء به، فيصبح وعده خاضعا للنظام الديني، ذلك أن وجود من يحنث بوعده يشكل خطرا اجتماعيا، ويجوز أن تلحق روحه بآلهة الجحيم، وعندما أخذ القانون يحل محل الدين كوسيلة رئيسية للتنظيم الاجتماعي، تحول الوعد الديني إلى عقد قانوني رسمي(٢)، ومن ثم انتقلت فكرة العقد من دائرة الدين والتقديس إلى دائرة القانون والالتزامات.

وقد جاءت الشكلية في القانون الروماني كأحد أهم الآثار والنتائج التي ترتبت على النشأة الدينية لقواعد القانون وما حدث من اختلاط لمبادئ الدين بقواعد القانون(٣)، حيث انعكست صورة الشعائر الدينية على صفحة قواعد القانون والإجراءات القانونية والقضائية، فجاءت

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٢٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩، والهامش، صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٣٤.

(٢) روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة صلاح دباغ، المؤسسة الوطنية للنشر، بيروت، ١٩٦٧، ص ١٦٠، ١٦١.

(٣) يجمع شراح القانون الروماني على أن النشأة الدينية لقواعد القانون وما رتبته من اختلاط بين كل من مبادئ الدين وقواعد القانون أدت إلى العديد من النتائج والآثار إضافة للشكلية، منها سرية القواعد القانونية، وجواز الاحتكام إلى الآلهة مباشرة، وجمود القواعد القانونية، وعدم قابليتها للتعديل، كما أصبح الدين معيار التفرقة بين الوطني والأجنبي، راجع: أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٩، وما بعدها ادوارد غالي الذهبي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٧٥، وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٦٣، وما بعدها، فتحي المرصفاوي، تكوين الشرائع ، مرجع سابق، ص ٥٦ وما بعدها.

محاكية للطقوس والمراسيم المتبعة في نطاق ممارسة الشعائر الدينية[١]، فنجد الكهنة قد لجأوا لاستخدام صيغ وطقوس معينة تماثل تماما صيغ وطقوس الأدعية حال قيام الصلاة في المعابد، وذلك لاستطلاع رأي الآلهة في النزاع المطروح على رجل الدين، وقد أضيفت على هذه الصيغ هالة التقديس، لأنها تستمد وجودها من أصل ديني، فالرومان كانوا يعتقدون أن الآلهة تتدخل في كل صغيرة وكبيرة من أمور حياتهم الخاصة والعامة، وما على الناس إلا السمع والطاعة، لأن تلك الأحكام هي مشيئة الآلهة[٢]، ونتيجة هذا التقديس أن أصبحت القوانين شكلاً جامداً لا يمكن تغيير حرف منها، أو نقل كلمة، أو تبديل أسلوب القراءة، لأن أيا من ذلك يعد خروجا على التقديس الواجب للقانون؛ لذلك احتل المظهر والنص الحرفي (الشكل) مكانة أساسية في قوانين الرومان، ولا مجال هنا للبحث عن روح القانون أو جوهره، فقيمة القانون لم تكن مستمدة من المبدأ الخلقي، وإنما من ألفاظ القانون ذاتها ومن الكلمات المقدسة التي يتكون منها[٣]، فالرومان كانوا ينظرون إلى القانون بوصفه نصا مقدسا، هو والدين سواء؛ ولذلك فإن إقامة العدل معناها القيام بالشعائر، فبالقيام بهذه الشعائر يتحقق العدل، ولا يولد الحق إلا باتباع الطقوس الدينية، ولا يمكن حمايته إلا بالطريقة نفسها، فالطقوس الدينية أو الصيغ المقدسة هي التي تنشئ الحق وتحميه[٤]، ومن هنا تجلت القاعدة التي تنص على أن "شكل الشيء قوام وجوده" (Forma dat esse rei) فالشكل عندهم كان على كل شيء قديرا، وإن انعدمت فيه الإرادة[٥].

وقد نشأت النظم القانونية متأثرة بهذه الفكرة، فبني عليها نظام التعاقد، كما بنيت عليها إجراءات التقاضي[٦]؛ لأن الإقبال على الأشكال المحسوسة الذي ساد كل المجتمعات الفطرية يظهر أقوى ما يظهر في عالم القانون، حيث كان الأقدمون يتشبثون في إصرار بالرموز المادية، فالنظم والعلاقات القانونية، وهي في ذاتها أمور معنوية ما كانت لترى إلا في أشكال تتناولها الحواس، سواء في ذلك علاقات القانون العام أو علاقات القانون الخاص، وقد اشتركت في هذه

---

(١) عبد الرشيد عبد الحافظ عبد الواسع، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي، رسالة سابقة، ص ٣١.

(٢) محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٧٦.

(٣) حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٢، وكذلك ويل ديورانت، قصة الحضارة، المجلد الثالث، الجزء الأول، ترجمة محمد بدران، القاهرة، ص ١٢٥.

(٤) حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٥) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩.

الظاهرة كل الشرائع القديمة، فيما عدا الشريعة الإسلامية[١].

ويعد القانون الروماني أكثر الشرائع القديمة تأثرا بهذه الفكرة، فمن ناحية، قام نظام التعاقد عند الرومان على صيغ رسمية وأوضاع شكلية كان يتعين تأديتها تماما عند مباشرة تصرف من التصرفات القانونية، لكي يترتب الأثر القانوني ويتقى المتصرف شر الناس له[٢]، فساد الاعتقاد لدى الرومان بضرورة القيام بأفعال معينة أو التلفظ بألفاظ محددة كعنصر أساسي لصحة التصرفات القانونية، وأن عدم القيام بتلك الأفعال أو الألفاظ بالصورة المحددة لها يؤدي إلى ضياع الحق وبطلان التصرف، وهو ما أدى إلى صبغ المعاملات بطابع شكلى[٣].

وهكذا اتخذت التصرفات القانونية في القانون القديم صيغا ذات طابع دينى شكلى تستمد قوتها في بداية نشأتها من أصلها الديني[٤]، فالعقد كان يتطلب فيه لإنشاء التزام مدني أن يتم بإجراء طقوس خاصة تتلى فيها بعض التراتيل الدينية، وكذلك بعض المراسيم الشكلية المحددة بدقة التي كانت تستمد هي الأخرى من العقيدة، فصارت الشكلية هي المهيمنة على التصرفات القانونية عند الرومان، وأصبحت العقود شكلية وتنعقد من خلال القيام بأوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة[٥]، حيث عرف القانون الروماني العديد من تلك العقود، مثل الاشتراط الشفوي، والإشهاد والدعوى الصورية، وغيرها من العقود الشكلية[٦].

كما وجدت الشكلية نتيجة لاختلاط القانون بالدين بوضوح في مجال الأحوال الشخصية، فنجد أن عقود الزواج في كثير من الشرائع القديمة ومنها الشريعة الرومانية وأيضاً في الشرائع الحديثة التي تجعل الدين المصدر الأول لأحكام الأحوال الشخصية، تتصف بالصفة الشكلية، حيث يجب أن يتم العقد في المعبد وعلى يد الكاهن، مع التلفظ بعبارات محددة[٧].

وخلاصة ما تقدم أنه إذا كانت الصبغة الدينية لقواعد القانون عند الرومان هي السبب

---

(١) علي بدوي، مكانة الشريعة الإسلامية في الفقه الحديث، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، ص ٧٣١ وما بعدها.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) فخري أبو سيف مبروك، أحكام النظم الاجتماعية والقانونية القديمة، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٤) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٠.
B. NICHOLAS; op. cit., p. 193.

(٥) L. JOSSERAND; op. cit., p. 125. F. SCHULZ; op. cit. 1936. p.25.

(٦) أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٧) أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٩، ٣٠.

المباشر للشكلية عند الرومان، فإن العقلية المادية والروح العملية الواقعية للرومان كانت السبب غير المباشر لهذه الشكلية. وبيان ذلك أن تلك العقلية المادية للرومان وعدم إيمانهم أو تسليمهم إلا بالماديات وبكل ما هو محسوس هي التي استوجبت أن تكون الشعائر والطقوس الدينية مرسومة في صورة مجسمة وشكل محدد بألفاظ وصيغ معينة، حتى يمكن ترتيب الأثر المقصود منها، وهو إرضاء الآلهة، أي إن عبادة الرومان اتسمت بالشكلية نتيجة العقلية المادية للرومان وروحهم العملية. وقد ترك اتسام عبادة الرومان بالشكلية أثره في هذا المجال في القانون، فاصطبغت قواعد القانون بالشكلية والرسمية، نتيجة النشأة الدينية لقواعد القانون، واصطباغها بالصبغة الدينية عند الرومان وهو ما يفسر استمرار العمل بالصيغ والطقوس مصدرا للحقوق والواجبات في المجتمع حتى بعد انفصال القانون عن الدين منذ صدور قانون الألواح الاثنى عشر.

المطلب الثاني

توافق مبدأ الشكلية مع التنظيم الاقتصادي والاجتماعي عند الرومان

أولا: القانون والتنظيم الاقتصادى والاجتماعى:

يمثل القانون في جانب كبير منه ظاهرة اجتماعية، ومن هنا فهو يتأثر بمجموع البيئة التي يعيش فيها وتحكمه ظروفها حال جموده أو تطوره، فالقانون بمنزلة المرآة الصادقة التي تنعكس عليها ظواهر المجتمعات البشرية في شمولها اقتصادية واجتماعية وسياسية ودينية[١]، ويقول الفقيه الألماني اهرنج في ذلك "إن روح الشعب وروح العصر ينصهران معا في بوتقة واحدة، ومنها تشع روح القانون"[٢]، وهذا الحكم يصدق تماما على القانون الروماني بشكل عام، وعلى الشكلية في هذا القانون بشكل خاص، فالشكلية التي نسجت خيوطها حول النظم القانونية في عصر القانون القديم كانت ترجمة صادقة لواقع المجتمع الروماني[٣]، فجاءت متسقة مع الحالة الاجتماعية والاقتصادية التي كان يعيشها الرومان في تلك المرحلة[٤]، وهو ما عبر عنه الفقيه (DUHAUT) بقوله "إن الشكلية عند الرومان لم تكن نتاج إرادة المشرع بقدر ما كانت تعبيرا عن ضرورة اجتماعية وانعكاسا لواقع"[٥]، فمن المعلوم أن المجتمع الروماني في ذلك العهد كان مجتمعا زراعيا محدود الصلات بالعالم الخارجي[٦]، والنظام الزراعي عندما يؤثر في القانون فلن يكون بتأكيد أفكار مثل الحرية التعاقدية أو المساواة بين طرفي العلاقة الاقتصادية، بل على النقيض من ذلك، فالنظام الزراعي يساعد على خلق أنظمة قانونية أكثر تقييدا لحرية الفرد، إذ إن الزراعة تخلق عادة المكابدة لأجل البقاء في ذات المكان، على عكس مهنة كمهنة خوض لجج البحر التي تجعل البحارة أميل إلى الحوار، وقبول مبادئ الحرية والمساواة وإلى

---

(١) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) IHERING; l'esprit du droit romain, Trad, Meulenaere, Paris 1880, T.1 p. 45.

(٣) عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، بحث منشور بالمجلد الأول الذي أصدره مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية لليونسكو عام ١٩٨٢، بمناسبة مرور ١٤قرن على ظهور الإسلام تحت عنوان (التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية) – ص ١٨٨.

(٤) عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٣٣.

(٥) M. DUHAUT; De la forme. des ses caractères et des ses règles en droit romain, de la règles "locus regitactum" en droit français, . thèse. Nancy, 1882 p. 17.

(٦) W. KUNKEL: An introduction to roman legal and constitutional history, Oxford, 2e ed 1973. p. 6.

استعمال الحيلة والخداع بدلاً من القوة والبطش[1].

ثانيا: الاقتصاد الرومانى ونظام التعاقد:

كان أثر الاقتصاد الزراعي باديا في القانون الروماني في تقديسه للشكلية الجامدة التي تساعد على تقييد حرية الفرد، وتتناسب مع ركود الحياة الزراعية وبطء حركة التاريخ، مع قلة التغيرات في العلاقات، وتشابه وتكرارية الحاجات القانونية، فالمعاملات التي كانت تتم بين أرباب الأسر والعشائر المختلفة كانت نادرة، وهو ما جعل التعاقد في تلك العصور القديمة يجري في أضيق نطاق لسببين:

١- اعتماد الاقتصاد الروماني على الزراعة[2] والحرب كطريقين للثروة: بالنسبة للزراعة عند الرومان فقد كانت تهدف للاكتفاء الذاتي، لا الحصول على فائض للمبادلة وعلى هذا فلا حاجة لاستخدام العقود بكثرة، وأما غنائم الحرب فيكتسبها الروماني بسيفه ورمحه لا بحسن عبارته ورشاقة قلمه[3].

٢- سيادة نظام رب الأسرة (pater familias) عند الرومان، فكان رب الأسرة هو الوحيد طبقا للأصول المقررة في القانون الروماني الذي يعد شخصا من وجهة نظر القانون، وهو بهذه الصفة كان المهيمن بلا حدود على الأموال والأشخاص الخاضعين له داخل نطاق الأسرة، وهو الممثل الوحيد لها في علاقاتها مع الغير، والقانون لا يعتد إلا بإرادته وحده دون باقي أعضاء أسرته[4]، أو بمعنى آخر كانت شخصية رب الأسرة تستغرق أية شخصية أخرى سواه، وهو ما أدى إلى تركيز الأهلية في شخص واحد من كل عائلة هو رب الأسرة الذي كان الرمز القانوني للعائلة وممثلها تجاه الغير[5]، ولنا أن نتصور كيف يقل اللجوء إلى العقد في ظل

---

(١) محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٤.

(٢) كان الأقوام الذين تكونت منهم مدينة روما يشتغلون في البداية بالرعي، حيث إن المنطقة التي كانوا يقيمون بها لم تكن صالحة للزراعة، لكثرة ما بها من مستنقعات، لكن الأتروسك عندما استولوا على روما أدخلوا بها الزراعة، بدأ الرومان يجعلون منها حرفتهم الرئيسية، لكنهم بطبيعة الحالة لم يتخلوا عن الرعي الذي أصبح وسيلة ثانوية للتعيش بجانب الزراعة، أنظر محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٠، ١١، محمد محسن البرازي، دروس في الفقه الروماني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٣٩، ص ٢٢.

(٣) محمد محسوب، نشأة وتطور العقود غير المسماة في القانون الروماني، دون ناشر، ص ٣.

(٤) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة ٤٢ مارس – يونيو ١٩٧٢، ص ١٠٦.

(٥) طه عوض غازي، النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين=

هذا التنظيم المغلق وانكماش عدد المتعاملين ليصبح فردا من كل أسرة، لاسيما في مدينة صغيرة كروما القديمة[١].

ونتيجة لضيق نطاق التعاقد وقلة استخدام العقد عند الرومان كما سلف الذكر، أصبح إنشاء أي تصرف قانون لديهم أمرا غير عادي، وحدثا خطيرا يستوجب ويستحق الاعتناء والاحتفاء به في صورة تلك الأشكال والإجراءات التي تحيط بالتصرف عند إنشائه والتي لم يكن هناك أي ضرر من اشتراطها في هذا العهد، رغم ما فيها من تعقيد موجب لبطء المعاملات وعرقلة المبادلات التجارية، ذلك لأن التعاقد في تلك العصور كان نادرا لا يلجأ الناس إليه إلا عند الحاجة القصوى[٢]، وذلك للأسباب السالف ذكرها.

كما كان للاقتصاد الروماني الزراعي أثره على سيادة الشكلية الجامدة في القانون الروماني من خلال تأثيره على فكرة الملكية لديهم، حيث تأثر القانون الروماني بأساس القانون عند الأتروسك الذي يعتمد على الأسرة بوصفها الوحدة الاقتصادية الأولى، والأرض بوصفها محور الثروة، وقيمة أي شيء آخر يأتي من ضرورتها لهذين العنصرين كالمباني والمواشي والعبيد وكل ما يلزم للنشاط الزراعي، فالقانون المدني الروماني – كما ذهب الأستاذ تيلر (Thaller) في نهاية القرن التاسع عشر– ينهض على قائمين، الأول هو العائلة، والثاني هو الملكية العقارية، وكل أنظمة القانون المدني تدور حول هذان القائمين[٣]، وهو ما يفسر تلك الرغبة المحمومة والشهوة المجنونة لكل ما يتعلق بموضوع الملكية، تجلى ذلك بوضوح في اهتمام المشرع الروماني بتنظيم الملكية على نحو دقيق ومتكامل يضمن في النهاية احترام حقوق المالك[٤]، خاصة أن ملكية الأرض كانت ملكية جماعية، بمعنى أن الأرض كانت مملوكة للجماعة بأكملها حسب رأي أغلب الشراح[٥]، مما استلزم لصحة نقل الملكية من جماعة إلى

=شمس، ١٩٩١، ص ٣٢١، ٣٢٢.

(١) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٣، ٤.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٦٧، أحمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة سابقة، ص ١٨، بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٣٠، صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ١٩٧١، ص ٢٣٣.

(٣) محمد محسوب أزمة العدالة العقدية، مرجع سابق، ص ٣٨ – ٣٩.

(٤) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٥) اختلف الفقهاء والباحثون في نشأة الملكية عند الرومان والصورة التي اتخذتها، فانقسموا إلى ثلاثة آراء أحدهما يرى أن الملكية الجماعية هي التي كانت سائدة في روما، وهو رأي أغلب الشراح والباحثين، والثاني يرى أن الملكية الفردية هي التي كانت سائدة، أما الرأي الثالث والأخير فيرى أن الرومان قد=

أخرى أن يحاط نقلها بمجموعة ضخمة ومعقدة من الإجراءات والطقوس، بحيث إن أي خطأ في إجراء من الإجراءات أو في طقس من الطقوس يؤدي إلى بطلان نقل الملكية، فالدور الذي كانت تؤديه الشكلية في نقل الملكية العقارية كان أحد أسباب سيادة الشكلية، حيث كان يتم اللجوء إلى القيام بهذه الطقوس والإجراءات عند نقل الملكية؛ لكي تستشعر الجماعة خطورة ما هي مقدمة عليه نظراً لتعلق المال بالصالح العام لأعضاء الجماعة، ولأن هذه الطقوس والإجراءات والألفاظ كانت تقوم بوظيفة إعلامية، بأن تعلم الجميع وتحفظ في ذاكرتهم أن مالاً من أموال الجماعة قد انتقل إلى جماعة أخرى(١).

ثالثا: الشكلية القانونية والواقع الاجتماعى الرومانى:

لم تكن الشكلية الرومانية متسقة فقط مع التنظيم الاقتصادى الرومانى بل كانت أيضاً متسقة مع الحالة الفكرية والاجتماعية التي كان يعيشها الرومان في تلك المرحلة التاريخية، ففي تلك الفترة كان الشعب الروماني شعباً همجياً يهتم بكل ما فيه إشباع لرغباتهم وملذاتهم، مثل الحروب والعروض المتوحشة ومواكب الانتصار، وكان من الطبيعي في مثل هذه الأجواء التي سادها الصخب والقوة المجردة والمظاهر الخارجية أن تتأثر أنظمتهم القانونية بهذه المظاهر، فكان لابد من أن يركز الفرد فكرته وما يريده في عمل مادي معين، وكان لابد أن يصاحب العمل القانوني تصرف مادي، فكان هذا المظهر الشكلي بمنزلة الرداء الذي يتحلى به التصرف القانوني(٢) لمواجهة قصور وعيوب اللغة الإنسانية في تلك العصور، حيث كان الإنسان البدائي ثقافته محدودة وقدراته العقلية تعجز عن التجريد، فكانت اللغة وقتذاك مقصورة عن تلبية متطلبات التواصل الإنساني، والتعبير عن الاحتياجات الإنسانية في الحياة اليومية، فاتجه الإنسان نحو المظاهر الشكلية، حيث استخدم الرموز والأشكال لتجسيد ما يدور في فكره وما يريد التعبير عنه، لتعويض قصور اللغة في التعبير والإفصاح عن رغبات الشخص(٣)، خاصة أن الشعب

=عرفوا ملكية الأرض ملكية فردية بجانب الملكية الجماعية، لمزيد من التفاصيل عن الآراء وأسانيدها راجع، محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة (دراسة مقارنة) في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٣، ص ١٣٦ وما بعدها.

(١) محمد نور فرحات، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دون ناشر، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٦٥، ٦٦، ص ٣٣٢ وما بعدها بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٤٠، وما بعدها، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩ -٣٠.

A. LESAGE; la thése cité,. p. 83.

(٢) A. LESAGE; la thèse; cité. p. 9.

(٣) R. ROUXEL; la thése cité, p. 11. A. LESAGE; la thèse cité. p.15.

الروماني في ذلك الوقت لم يكن شعبا متحضرا بالدرجة الكافية، لم يأخذ التعليم مكانته فيه بعد، حيث كان التعليم مقصورا على فئة صغيرة، ولم تكن للفكرة المجردة مكان في روما القديمة، فكان للشكلية دور كبير في مثل هذه الظروف(١)، وكان الشعب الروماني ينظر لهذه الشكلية على أنها إبداعات فطرية ومقبولة تماما، وليست مفاهيم مصطنعة أو متكلفة(٢). كما يرى بعض الفقهاء أنه كان لثبات واستقرار العلاقات الاجتماعية النسبي في روما وسيادة النزعة الفردية التي كانت تتميز بها المدنية الرومانية القديمة أثره في سيادة الشكلية(٣)، فخلال الحقبة الأولى من تاريخ روما كان نظام الأسرة يتسم بنوع من البساطة والثبات، ساعد في تحقيقه – من ناحية – طبيعة النشاط الاقتصادي (الزراعة) وشيوع نظام الأسرة الأبوية من ناحية أخرى، وما يترتب على ذلك من سلطات مطلقة لرب الأسرة على أفرادها(٤)، فكان أرباب الأسر ورؤساء العشائر يقومون بدور المشرع والقاضي، كل داخل نطاق جماعته(٥)، هذه السلطة المطلقة لرب الأسرة داخل المنزل كانت تعلو على السلطة العامة، بحيث كان المنزل الروماني عالما مغلقا أمام أي تدخل خارجي، فهو يدور في نطاق رب الأسرة(٦)، ومن ثم نجد أرباب الأسر بعد أن تكونت المدينة الرومانية نتيجة اندماج مجموعة الأسر والعشائر القديمة وظهور السلطة العامة، وقد غمرتهم الغيرة على استقلالهم القديم، وأخذتهم الرغبة في الذود عن هذا الاستقلال في مواجهة السلطة العامة، في مثل هذه الظروف، يعدون التصرفات القانونية التي يجريها أرباب الأسر والعشائر patres بمنزلة معاهدات Leges وليست مجرد عقود أو اتفاقات فردية، ولا يكون للسلطة العامة على هذا حق الإشراف عليها أو البحث في مضمونها وفحواها، وحتى لا يكون هناك أي مجال لتحكم القاضي أو الخضوع لسلطته التقديرية، فقد أخضعت التصرفات القانونية لشكلية بالغة الضيق والصرامة(٧)؛ لأن الشكل كما يقول العلامة إهرنج وإن كان عدوا لدودا للتحكم، فهو الأخت التوأم للحرية(٨).

---

(١) A. LESAGE; la thèse cité, p. 10 - 11

(٢) A. LESAGE; la thèse cité, p. 60

(٣) مصطفى سيد أحمد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٤) عبد المنعم درويش، عقد الشركة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، هامش ص ١٨.

(٥) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٦) طه عوض غازي، الرسالة السابقة، ص ٣٢١.

(٧) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٨) "Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté": IHERING; L'esprit du droit romain, T-3.op cit, p. 169 =

مما سبق يتضح لنا أن حالة الاستقرار والثبات التي كان يمر بها المجتمع الروماني في عصوره الأولى خاصة، نتيجة كونه مجتمعا زراعيا محدود العلاقات تتميز فيه العلاقات الاجتماعية بالبساطة والاستقرار، جعلت الشكلية الجامدة المقدسة هي الأداة المناسبة لتنظيم المجتمع[١]، فكانت تلك الشكلية السمة المميزة للمنهج القانوني الروماني، إلى درجة أن الإرادة لم يكن لها وزن إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين، كما استغرق الفقهاء الرومان القدامى في الدراسة التكنيكية للقانون[٢].

ويرجع السبب في سيادة الشكلية القانونية في فترات الاستقرار الاجتماعي إلى أنه عندما تكون العلاقات الاجتماعية في حالة من الثبات والاستقرار النسبيين، حيث يكون النص القانوني في حالة من التوافق والاتساق مع الواقع الاجتماعي، فإنه يتجه الفكر القانوني نحو الشكلية وتقديس النص القانوني النافذ، والتمسك بحرفيته، والاهتمام بالمعالجة الشكلية واللفظية لنصوص القانون، وبالاستنباط المنطقي الشكلي للأحكام التفصيلية من أصولها العامة، وعند ذلك تصبح دلالة النص والقياس المنطقي الوسيلتين الأساسيتين اللتين يستمد منهما رجل القانون لتطبيق القانون على الواقع الفعلي ولا غرابة في ذلك؛ لأنه لا يوجد انفصال بين النص القانوني في سياقه واللفظ القانوني المنفرد وبين الواقع الاجتماعي[٣].

= مشار إليه لدى مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٦٠.

(١) محمد جمال عطية عبد المقصود، الشكلية القانونية (دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية)، رسالة سابقة، ص ١٧٧.

(٢) محمد نور فرحات، الشرعية والمصلحة الاجتماعية(مقارنة بين تاريخ الفكر القانوني والفقه الإسلامي، المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الجنائية، مصر، العدد الأول والثاني مارس – يونيو ١٩٧٦، ص ١٨٢.

(٣) محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨١، ص٣٥٢ وكذلك محمد نور فرحات، الشرعية والمصلحة الاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٨١، ١٨٢.

المطلب الثالث

سيادة اعتبارات الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة عند الرومان

أولا: الشكلية كانعكاس لفلسفة القانون الروماني:

لاشك أنه لم يكن لظروف التاريخ، والعوامل الاجتماعية والاقتصادية وحدها أثر فيما اشتهر به الرومان من سيادة للشكلية في نظمهم القانونية، لأنه إذا كان ظهور الشكلية لديهم قد ارتبط بأسباب مثل الصبغة الدينية والمادية للفكر الروماني أو ظروف المجتمع الروماني فقط، فقد كان من الطبيعي أن تختفي الشكلية باختفاء هذه الأسباب وزوالها، وهو ما لم يحدث، حيث نلاحظ استمرار سيادة الشكلية في القانون الروماني في معظم عصوره، وتفسير ذلك أن ظهور الشكلية واستمرارها في القانون الروماني قد ارتبط بأساس فلسفي، إضافة للأسباب السابقة، وهو أساس دائم ومستقر يقوم على سيادة اعتبارات الاستقرار القانوني على اعتبارات العدالة لدى المشرع الروماني[1]، فلا شك أنه كان وراء غريزة وطبيعة الرومان إرادة، وإن أنكر ذلك شيشرون الخطيب، حيث يقول في كتاب القوانين (إنما خلقنا لإقامة العدل، فنحن لا نسن القوانين بمحض الرأي، بل بدافع الفطرة)[2].

هذه الإرادة اتجهت نحو تغليب اعتبارات الاستقرار على اعتبارات العدالة، للحفاظ على أمن واستقرار المجتمع الروماني.

فقد كان الإنسان الروماني – قبل أن يشرب من مناهل الفكر الإغريقي – إنسانا حاد الطباع، قاسيا مع نفسه ومع الآخرين، عاش فريسة صراعات دموية داخلية، وحروب داخلية وخارجية دائمة ومستمرة، وتخلف عن ذلك كله اتسام الإنسان الروماني بسمات الغلظة والعنف والقوة.

وكانت النتيجة عدم احترام حقوق الآخرين، فما يراه حقاً، فهو الحق الذي لا جدال فيه ولا

---

(١) منذ عنى الإنسان بوضع القواعد القانونية لتنظيم الروابط المدنية بين أفراد المجتمع، تنازع هذا النظام عاملان، لكل منهما شأنه، وهما استقرار المعاملات من ناحية وعدالة الحكم من ناحية أخرى، وهي إن شئت، صراع بين الحقيقة والنظام، أو عامل الاستقرار والعدالة، أو عامل الاستقرار واحترام الإرادة، وهو في حقيقة الأمر نزاع بين أصحاب المصلحة في قيام التصرف وأصحاب المصلحة في حله، سواء أكانوا من المتعاقدين أنفسهم أم من الغير، أنظر أحمد مرزوق ، الرسالة السابقة، ص ١٧.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٣١.

بديل له، فهو قاض لنفسه بالحق والباطل، في الخير والشر على حد سواء، ولا منازع لحكمه[١]، كما كانت تتحرك في ذات الإنسان الروماني صفة أخرى هي (النرجسية) حيث رأى في نفسه الإنسان العظيم في هذا الوجود، لأنه ينتسب إلى الدولة الرومانية التي يراها أعظم دول العالم لما تحققه من انتصارات ساحقة في ساحات الحروب[٢]، كما كان الرومان يحبون المال حباً جماً ويسعون بكل جهدهم للحصول عليه، وإن استلزم الأمر استخدام القوة[٣]، ومن هنا كان لابد للمشرع الروماني أن يتدخل ليخفف ويحتوي أثر هذه الطبائع والأخلاقيات الرومانية التي من شأنها زعزعة أمن واستقرار المجتمع الروماني، من خلال إقرار جميع المبادئ والأساليب التي ينطوي عليها اتجاه تغليب اعتبارات الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة، ساعده في ذلك ميل الرومان أنفسهم إلى الحفاظ على الاستقرار القانوني والاجتماعي لكونهم شعبا محافظا يخفي التجديد ويأباه، فكانوا يفضلون القانون الثابت المستقر الذي يحقق ويكفل أمن واستقرار المراكز القانونية، حتى ولو كان منطويا على قدر من الظلم على القانون العادل والأقل منه استقرارا.

ثانيا: دور الشكلية في تحقيق الاستقرار القانوني والاجتماعي:

لا يعد القانون غاية في ذاته، بل هو وسيلة إلى غاية معينة، وهذه الغاية هي ما تعرف في اصطلاح الفقهاء المسلمين بمقاصد التشريع، وقد كانت هذه الغاية دائما هي حفظ النظام في المجتمع على نحو ما يكفل استقراره، ويضمن تقدمه في ضوء ما يسوده من ظروف اجتماعية واقتصادية وفكرية[٤].

وبالنظر إلى تغير ظروف المجتمع في الأزمنة والأمكنة المختلفة فإن الصور التي يتحقق بموجبها حفظ النظام في المجتمع تختلف من مجتمع إلى آخر، ففي المجتمعات البدائية كما هو الوضع في روما في عصورها الأولى، حيث كانت الأسرة وليس الفرد هي الوحدة الاجتماعية والسياسية، كانت غاية القانون هي المحافظة على السلام والأمن في مجتمع معين بأي ثمن، ولو

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٦ - ١٧.

(٢) IHERING; l'esprit du droit romain, Trad. Meulenaere, Paris, 1880, T-1 p. 314.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٧ وعامة فإنه غاية القانون في تحقيق النظام تتم من خلال تحقيق مجموعة قيم أخرى هي العدالة والخير العام والاستقرار والأمن القانونيان فلا يوجد نظام قانوني إلا وكان يهدف إلى تحقيق القيم المشار إليها، لأنها لصيقة بجوهر القانون، وفي نفسه فإنه ليس من المعتم أن يكون كل نظام قانوني يحقق تلك القيم بنسب واحدة، أنظر أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسن، المرجع السابق، ص ٩.

أدى به الأمر إلى تجاهل حاجات الأفراد أو عدم تحقيق العدالة والمساواة[١]، وفي مرحلة تالية عندما حلت الدولة محل الأسرة أو القبيلة في التنظيم السياسي، وأصبح للمواطن الحر في الدولة كيان مستقل إلى حد كبير عن الأسرة[٢]نظر الفلاسفة الإغريق إلى فكرة الأمن والاستقرار العامين نظرة أوسع من النظرة السابقة، فاعتبروا غاية النظام القانوني الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم، وهكذا فكروا في تحقيق الأمن والاستقرار بصورة غير مباشرة، وذلك عن طريق الحفاظ على أمن المؤسسات الاجتماعية وتأمين استقرارها[٣]، وقد سادت هذه النظرة عند الرومان فسادت لديهم اعتبارات سيادة الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة فسخروا جميع مبادئ وأساليب نظامهم القانوني في سبيل تحقيقهم لهدف الاستقرار، وكان مبدأ الشكلية أحد أهم هذه المبادئ التي سخرها النظام القانوني الروماني لتحقيق الاستقرار القانوني، فالشكلية تعد ظاهرة طبيعية وضرورية في حياة الجماعة الإنسانية، وذلك لأنها تتفق والحاجة إلى نظام اجتماعي ثابت ومستقر[٤].

فلا جدال في أن هذا النظام الرسمي الشكلي الذي كان متفقا مع حالة المجتمعات القديمة

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧، روسكو باوند، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق،.نفس الموضع.

(٣) روسكو باوند، المرجع السابق، ص ٤٨، حيث نظر الفلاسفة الإغريق إلى القانون على أنه وسيلة لإبقاء كل شخص في مكانه المعين في المجتمع، وهو ما يؤدي إلى منع الاحتكاك مع الآخرين، وكانت الفضيلة التي نوهوا بها هي معرفة الحدود التي تحددها الطبيعة للسلوك البشري، والبقاء ضمن هذه الحدود، أما النقيصة التي أشاروا إليها فكانت التجاوز المتعمد للحدود، فيحقق هدف القانون المتمثل في الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم من خلال بقاء كل فرد في المكان المعين له في المجتمع، فانقسم المجتمع إلى أحرار وأرقاء، وانقسم الأحرار إلى مواطنين وأجانب وانقسم المواطنون إلى طبقات أشراف وعامة.... إلخ، وعلى كل شخص أن يؤدي واجبه ضمن الفئة أو الطبقة التي ينتمي إليها، وعليه أن يمتثل لقيم المجتمع وأخلاقه، وألا يتدخل في شئون الآخرين أو الإضرار بهم، وأن يؤدي لكل ذي حق حقه، وقد سادت هذه النظرة عند الإغريق والرومان.

ومن الجدير بالذكر أن غاية القانون قد لحقها الكثير من التطورات، خاصة بعد انهيار النظام الإقطاعي، ورغبة الأفراد في التحرر من القيود المفروضة عليهم، حفاظا على أمن المجتمع وسلامته، فأصبحت غاية القانون ودوره ينحصر في التوفيق بين الإرادات الحرة المتعارضة للأفراد، إلى أن وصلت غاية القانون في العصر الحديث إلى أنها أصبحت هي حفظ حريات الناس وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل استقرار المجتمع وتقدمه، أنظر روسكو باوند، المرجع السابق، نفس الموضع وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧، وما بعدها.

(٤) De BIEVILLE; les nullities des actes de procédure en matière civile, thèse, Paris, 1944, n°10, p.19.

ومنها الرومان، قد حقق أهدافا معينة، أهمها تيسير الإثبات والدعوة إلى التروي والتفكير قبل الإقدام على العقد والتثبت من إعلان الإرادة وحماية المتعاقدين من التدليس والإكراه وغير ذلك مما يشوب الإرادة وما يعتريها من عيوب خفية، كما أنها أضمن للدقة والوضوح في بيان التزامات المدين، ويسهل عبء الدائن في الإثبات كما يتيح الفصل في النزاع بالاستناد إلى ما صدر من العبارات دون البحث وراء النيات، فتتوافر للعقد ميزة الاستقرار والثبات(١).

وقد قال الأستاذ (Esmein) في ذلك "إن الالتزام الذي يعقد في شكل محدود يكون فيه الرضاء دائما ثابتا مستقرا باتا، أما الالتزام الذي يتم التعبير عنه دون اتخاذه شكلاً محددا معينا، فإنه يكون من الصعب تحديد مداه وطبيعته ونطاقه، فلا نعلم هل كانت الإرادة فيه قد استقرت وجاءت سليمة من شوائبها، أو أصابتها شائبة فتدخل في تفسيرات وتأويلات فيما يختلج الضمائر والنيات، وقد نواجه مشاكل متعلقة بالإثبات وفصل النزاع"(٢)، ومن ثم فللشكلية في المجال القانوني مزاياها العديدة التي يتحقق من خلالها قدر من الاستقرار القانوني الذي يتوخاه أي نظام قانوني، على أساس انها تحقق نوعا من الوحدة لأشكال التصرف القانوني، وتمنع من اختلاف الصيغ والعبارات والأساليب التي تؤدي أحياناً إلى إيقاع المتعاقد في غلط، فالشكلية بهذه المثابة تؤدي إلى ضبط الإرادة المتعاقدة(٣).

وقد فطن المشرع الروماني لما في الشكلية من فوائد ومزايا في استقرار التعامل، فجاء مقررا لنظامها عاملاً على تطورها، حاملاً طابعا قويا من حضارة العصر، ومدنية الجيل، ومن ثم فقد تأخر ظهور مبدأ الرضائية في القانون الروماني ردحا طويلاً من الزمن لعبت فيه الشكلية دوراً مهما، إذ انتصر المشرع الروماني في عهده القديم، بل في عهده التقليدي أيضا لعامل استقرار التعامل انتصارا كاملاً، وكانت أداته الفنية هي الشكل، يقطع في وجود التصرف وصحته، يغير اهتمام بما وراءه من إرادة حقيقية، أو ظروف واقعية، حيث فصل بين الإرادة من جهة والتصرف مرموزا إليه بشكل معد من ناحية أخرى، ولذلك امتازت هذه التصرفات بالاستقرار والثبات(٤).

ولا ينبغي أن يدفعنا اتجاه المشرع الروماني إلى تغليب اتجاه الاستقرار إلى القول بأن

---

(١) أحمد مرزوق، الرسالة السابقة، ص ١٧.

(٢) M. ESMEIN; etude sur les contrats dans le très ancient droit françias. p. 8. cit par A. LESAGE; la thèse cité. p. 10 et 11.

(٣) ضه عوض غازي، الرسالة السابقة، ص ٢٨٥.

(٤) أحمد مرزوق، الرسالة السابقة، ص ١٧.

الرومان لم يكن لديهم أي رغبة في الإصلاح والتجديد، فالحقيقة أن الرومان كانت لديهم رغبة أكيدة في الإصلاح والتجديد إلا أنها كانت تعترضها رغبة أشد منها في المحافظة على العادات والتقاليد، فهم يحترمون القاعدة التي ارتضوها لأنفسهم احتراماً يصل إلى درجة التقديس حتى ولو كانت صارمة، ما دامت الضرورة قد قضت بها، فإذا حاولوا تعديلها حافظوا على شكلها، لأن في بقاء الشكل وجودا للشيء، وبذلك يشبعون رغبتهم في الإصلاح والتجديد والمحافظة في الوقت نفسه على التقاليد(١).

ويبدو ذلك واضحا في تطور النظم في القانون الروماني في جميع مراحل تطوره وفي الوسائل التي استعان بها الفقه على هذا التطور، ففي عصر القانون القديم لجأ الفقهاء إلى الحيلة والافتراض لتجديد البناء القانوني، فأصلحوا البناء من الداخل بتوسيع نطاق النصوص، دون تغيير في صيغتها، وبقي شكل البناء كما كان في الخارج، وفي العصر العلمي أخذوا يبتكرون المبادئ الجديدة، ولكنهم بنوا هذه المبادئ على المبادئ القديمة، فأبقوا بذلك على الصلة القائمة بين الماضي والحاضر، بل ظل قانون الألواح بعد صدوره بأكثر من ألف سنة أساسا لقانون جستنيان، وتوارد ذكره في مجموعاته، كما لو كان صادراً في عصر مقارب لعصر جستنيان(٢).

---

(١) IHERING; l'esprit du droit romain T.١, op. cit., ٦٦ – ٦٨.

(٢) عمر ممدوح، المرجع السابق، ص ٣١.

المبحث الثالث

أثر الشكلية على أهم الأفكار والمبادىء القانونية

تمهيد وتقسيم:

تبين لنا مما سبق مدى خصوصية مفهوم وطبيعة الشكلية السائدة فى القانون الروماني ،، حيث كان الشكل هو أساس التصرف وجوهره الذى يقطع فى وجود التصرف وصحته دون التفات إلى دور الارادة، الأمر الذى أدى إلى إختفاء دور الارادة فى تكوين التصرف القانونى والتضحية بالموضوع والجوهر فى سبيل الحفاظ على الشكل والمظهر هذا التصور الذى عرضناه لطبيعة الشكلية وجوهرها فى القانون الرومانى لم يقتصر أثره على تكوين أو انعقاد التصرفات القانونية، بل إمتد أثره لينعكس على موقف المشرع الرومانى تجاه العديد من الأفكار والمبادىء القانونية المتعلقة بنظام التعاقد، وكيفية معالجته لها، وهو ما سنحاول رصده فى هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الشكلية و تمييز الرومان بين الاتفاق والعقد

المطلب الثانى: أثر الشكلية على عيوب الارادة

المطلب الثالث: أثر الشكلية على التفسير

المطلب الرابع: أثر الشكلية على فكرة السبب فى العقود والالتزامات

المطلب الخامس: الشكلية وحظر النيابة فى التعاقد

المطلب الأول

الشكلية و تمييز الرومان بين الاتفاق والعقد

يعرف العقد في القانون الحديث بأنه "توافق إرادتين على إنشاء التزام "[١] فالعقد يتكون من إرادتين متطابقتين موضوعهما إنشاء التزام أو مجموعة من الالتزامات على عاتق أحد طرفيه أو كليهما، ومثل هذا التطابق بين الإرادتين كاف وحده لإنشاء الالتزامات طالما كان موضوعهما غير مخالف للنظام العام والآداب دون حاجة إلى أي إجراء آخر[٢].

ومن ثم فالمبدأ العام في الشرائع الحديثة أن العقد ملزم للمتعاقدين بمجرد الاتفاق أو الرضا المتبادل، فكل اتفاق يقصد به إنشاء التزام يكون عقداً يؤيده القانون ما لم يكن مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب[٣]، وذلك طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة المشهور (Autonomie de la volonté) أو مبدأ حرية التعاقد (liberté des conventions) ذلك المبدأ الذي لا يقتصر على اعتبار الإرادة مصدر الالتزام، بل يعدها أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على الالتزام من آثار، ومن ثم كانت القاعدة المعروفة (أن العقد شريعة المتعاقدين) [٤].

ولم يكن الأمر على هذا النحو في القانون الروماني، حيث ميز هذا القانون طيلة عصور تطوره بين الاتفاق (pactum) والعقد (contract)؛ ويرجع السبب الأساسي وراء هذا الاختلاف الجوهري ما بين الشرائع الحديثة والقانون الروماني، وتغلغل هذه التفرقة مابين الاتفاق والعقد في القانون الروماني إلى الشكلية التي اكتنفت نظمه[٥]، فالتمييز بين العقد والاتفاق كان إحدى النتائج المهمة التي أدت إليها سيادة الشكلية في القانون الروماني[٦] حيث كانت الأحكام القانونية عند الرومان تنشأ من الأوضاع والإجراءات الشكلية التي يتم القيام بها من جانب الأطراف وليس من اتفاق الطرفين، فالإرادة في حد ذاتها لا قيمة لها، بل إن قيام الأفراد

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٢) عكاشة عبد العال وطارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٢٩.

(٣) بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٢٩.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) فايز محمد حسين، تاريخ القانون، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٠٣.

(٦) السيد عبد الحميد فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ص ١٣٩.

بالشكليات المتطلبة قانوناً هو المصدر المنشئ للعمل القانوني[١].

وعلى هذا فالاتفاق المجرد (nudum pactum) أي مجرد توافق إرادتين لم يكن ملزماً لأحد من الطرفين ما لم يكن قد أفرغ في عقد تمت إجراءاته الرسمية، طبقاً للأوضاع التي رسمها القانون، فالاتفاق وحده لم يكن كافياً لإنشاء التزام يؤيده القانون بدعوى، فإذا وقع اتفاق بين شخصين بغير إجراءات رسمية على عقد من العقود، فلا يلتزم به المدين ولا تنشأ عنه دعوى للدائن، ومن ثم كانت القاعدة في القانون الروماني أن (الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى ex nudo pacto actio non nascitur) [٢]. أما في الشرائع الحديثة فالإرادة وحدها مجردة من أي شكل تكفي لإنشاء الالتزام وتحديد آثار التصرف القانونى [٣].

ومن هنا يبرز الفارق الجوهري بين القانون الروماني والشرائع الحديثة، فالأخيرة لا تفرق بين العقد بوصفه مصدراً للالتزام والاتفاق؛ فهما تعبيران مترادفان لمعنى واحد هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني[٤]، أما القانون الروماني طبقاً للرأي السائد فيفرق بين العقد من ناحية والاتفاق من ناحية أخرى، فالاتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد، ومن ثم لا يتولد عنه التزام إلا إذا أفرغ في القالب الشكلي العام الذي يخلع صفة الإلزام على سائر الاتفاقات ألا وهو الاشتراط الشفهي، والالتزام هنا لا يتولد عن واقعة التراضي ذاتها، بل عن التلفظ بالألفاظ التي حددها القانون، إلا أنه بعد التطور الذي حدث في القانون الروماني أصبح من الجائز أن يتولد عن الاتفاق التزام إذا أمكن إدراجه تحت أحد النماذج التي اعترف بها القانون مثل العقود الكتابية، العقود العينية، العقود الرضائية، الاتفاقات البريتورية، الاتفاقات الشرعية، العقود غير المسماة، فإن استحال إدراج الاتفاق تحت أحد هذه النماذج ولم يقم المتعاقدان بإفراغه في صورة الاشتراط بقى عديم الأثر في نظر القانون، إلا ذلك الأثر المحدود المتمثل في منح البريتور دفعاً

---

(١) G. HUBRECHT; cours de droit romain, op. cit., p. 30, P. QURILAC et J. MALAFOSSE; Historie du droit privé, op. cit., p. 238.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٦٦.
P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, op. cit., p. 39, A. E. GIFFARD; précis de droit romain, op. cit., p. 26.

(٣) السيد عبد الحميد فوده، الرسالة السابقة، ص ١٤٠.

(٤) ذهب بعض تقهاء القانون المدني إلى التمييز بين الاتفاق والعقد على أساس أن الاتفاق جنس نوعه العقد، ولكن هذه التفرقة النظرية لا أثر لها من الناحية العملية، ولذلك لا تأخذ بها الكثرة الغالبة من الشراح ولا التقنيات الحديثة، صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، هامش ص ١٣.

exceptio لحمايته في بعض الحالات[١].

ويرجع هذا الاختلاف الجوهري ما بين القانون الروماني والشرائع الحديثة -كما سبق القول - إلى أن القانون الروماني كان يسوده مبدأ الشكلية على خلاف الشرائع الحديثة التي يسودها مبدأ الرضائية الناتج عن اعتناق هذه الشرائع لمبدأ سلطان الإرادة[٢].

ومن الجدير بالذكر أنه رغم تمييز الرومان بين الاتفاق والعقد، فإن تعبير العقد بمعناه الفني الدقيق (توافق إرادتين بقصد إنشاء التزام) لم يظهر في القانون الروماني إلا في عهد حديث نسبياً، فهذا التعبير لم يستعمل بهذا المعنى الفني إلا منذ منتصف القرن الثاني الميلادي، أما قبل ذلك فكان الفقهاء الرومان يستعملون تعبير اتفاق pactum أو conventio للدلالة على توافق الإرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، مع الوضع في الاعتبار- كما قدمنا - أن توافق الإرادتين وحده لم يكن قادراً على إنشاء التزام إلا إذا أفرغ التعبير عن الإرادة في النموذج الشكلي الذي حدده القانون[٣].

فالعقد في لغة فقهاء العصر العلمي: هو كل عمل قانوني يترتب عليه أثره، ولذلك فإن تصوير العقد على أنه توافق ما بين إرادتين كان بعيداً عن أذهان الرومان، فالعقد هو ذلك العمل الذي يأتيه الشخص فيلتزم بموجبه، هذا العمل قد يكون تلفظه ببعض الألفاظ المقررة، كما في (العقود اللفظية)، كما قد يكون كتابة خطية صادرة منه كما في (العقود الكتابية)، أو هو تسليمه لأشياء معينة متى كان هذا التسليم قد أخل بالتوازن ما بين ذمته المالية وذمة الطرف الآخر كما في (العقود العينية) ويلاحظ أنه في هذا التصوير لا ينظر إلى واقعة اتصال الإيجاب بالقبول (أي واقعة التراضي)، ولكن ينظر إلى كل طرف من طرفي العقد على حدة، فينشأ الالتزام في ذمة كل منهما بسبب العمل الذي أداه[٤].

وحينما توصل الرومان منذ القرن الثاني الميلادي على يد الفقيه (بيدوس) إلى استنباط قاعدة عامة مضمونها أن التراضي أصل عام في جميع العقود أياً كان نوعها[٥]، أي سواء

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٣.

R. D. MELVILLE; A manual of the principles of roman law, Edinburgh,op.cit. p. 303. W. BUCKLAND; the main institutions of roman private law; Cambridge, 1931 p. 237 et 253. L. MACKENZIE; studies in roman law, op. cit., p. 205.

(٢) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٠٩، ٤١٠.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٠، ٤١١.

(٤) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

(٥) R. MONIER: manuel élémentaire de droit Romain, T.2, op. cit., p. 78.

أنشأت بالتراضي المجرد من أي شكل أم بالتراضي المصحوب بالتلفظ بألفاظ معينة أو بالكتابة أو بالتسليم، أطلقوا على هذه الاتفاقات تعبيراً جامعاً هو العقد، ومنذ ذلك الحين أصبح التراضي ركناً في جميع العقود، ومعيار التمييز بين العقد وغيره من الأعمال القانونية المشروعة التي تنشئ الالتزام مثل الوفاء بغير المستحق، وأصبح للعقد معنى فني هو توافق الإرادتين بقصد إنشاء التزام، وميزوا بينه وبين الاتفاق تمييز النوع عن الجنس، فالاتفاق جنس عام والعقد هو أحد أنواعه إذا ارتقى الاتفاق إلى مرتبة العقد[1].

ويعد الفقيه جايوس أول من بدأ باستعمال العقد بمعناه الفني (توافق الإرادتين بقصد إنشاء التزام) وقابل بينه وبين الجريمة، وذلك في كتابه النظم الذي كتبه عام ١٥٥م (نظم جايوس: ٣: ٨٩)[2] أما التعريف الأول للعقد في القانون الروماني فقد كان من خلال الكاتب البيزنطي (تيوفيل) بمناسبة تعليقه على أحد نصوص كتاب النظم لجستنيان (٣، ١٣، ٢) في القرن السادس الميلادي، حيث قال تيوفيل عن العقد "إن العقود هي عبارة عن اتفاقات منشئة لالتزامات، تؤدى إلى أن يصبح الواحد دائناً والآخر مدينا" [3].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١١.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٢، ٤١٣.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٠٩، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٠٥، عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٦.

المطلب الثاني

أثر الشكلية على عيوب الإرادة

من المسائل المتفق عليها في جميع الشرائع المعاصرة أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا كانت حرة وسليمة من العيوب. أما إذا كانت هذه الإرادة غير حرة، ومعيبة لغلط أو تدليس أو إكراه فإن صاحبها يستطيع أن يتحلل من آثارها[1]، حيث يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته أي عيب من هذه العيوب[2]، أما بالنسبة لموقف القانون الروماني من عيوب الإرادة وأثرها على صحة التصرف، فقد تأثر بشدة بالشكلية التي هيمنت على التصرفات القانونية في القانون، حيث ظل القانون الروماني لفترة طويلة لا يعتد بعيوب الإرادة، وعندما بدأت تظهر فكرة عيوب الإرادة في القانون الروماني في مرحلة لاحقة، ظلت الشكلية تلقى بظلالها على هذه الفكرة، فلم يتضمن هذا القانون نظرية عامة لعيوب الإرادة، وإنما لجأ المشرع إلى تهيئة بعض الوسائل القانونية غير المباشرة، للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلاً الذي يخفى إرادة معيبة[3].

وترتيباً على ما سبق سنقوم بتناول عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس[4]، في القانون الروماني من خلال بيان أثر الشكلية على موقف القانون الروماني من

---

(١) محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول عيوب الإرادة في العصر الحديث: راجع عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨، ص٣٧٤، وما بعدها سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني – في الالتزامات – المجلد الأول نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٣٥٦ وما بعدها، مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٦ وما بعدها، حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص ١٧٨وما بعدها، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول – في مصادر الالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١١١ وما بعدها، أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٦٥، ص ١٤٦ وما بعدها، سمير تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها، مصطفى الجمال و جلال العدوي، أصول المعاملات، دار الفكر العربي بالقاهرة، ص ٢٥ وما بعدها، محمد رفعت الصباحي، الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس، ١٩٨٤، ص ٦١ وما بعدها.

(٣) محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة سابقة، ص ٥، عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المطتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ١٤.

(٤) عيوب الرضا كما هو القول السائد في تعديدها ثلاثة: الغلط والتدليس والإكراه، أما الغبن فلا يمكن اعتباره=

=أحد عيوب الإرادة المستقلة بذاتها، فالغبن هو عدم التناسب بين قيمة ما أعطاه أحد المتعاقدين للطرف الآخر في العقد وبين ما أخذه منه، وبالتالي فالغبن قائم على فكرة اقتصادية ولا شأن له بعيوب الرضا، حيث أن تأثير الغبن إنما يكون في العقد لا في الرضا، كما أن المعنى اللغوي لكلمة غبن (نقص الثمن) وهو معنى يشبه ما تفسر به كلمة lesion يجعل منه شيئاً يتصل بمقدار الالتزام مباشرة، ولذا لا يتصور أن يكون عيباً في الرضاء (الإرادة) فكلمة الغبن تعني الضرر الذي يحيق بمصدر التصرف دون أن تشير إلى أصل الواقعة التي سببت هذا الضرر ولذا لا تسمح بالكشف عن طبيعة هذا العيب، كما أن العدد الأكبر من الفقهاء الفرنسيين يرى أن الغبن يتصل بعيوب الرضا، وأنه ليس عيباً بذاته، وإنما هو مظهر لأحد عيوب الرضاء المعروفة (الغلط والتدليس والإكراه) أو هو بالأحرى قرينة قانونية على وجود هذا العيب في الرضاء، أما عن موقف المشرعين الفرنسي والمصري من فكرة الغبن نجدهما يقرران نزولاً على مقتضى مبدأ سلطان الإرادة الذي يتلخص من حيث حكم العقد في أن العقد شريعة المتعاقدين، أنه ما دام العقد قد صدر من ذي أهلية ولم يشبه عيب من عيوب الرضاء فلا يصح أن يطعن فيه بعد ذلك بحجة عدم التعادل بين المنافع التي عادت على المتعاقدين إلا أن ذلك لم يمنعهما من أن يجيزا الطعن بالغبن استثناء وذلك في حالات نادرة اعتبر الغبن فيها قرينة على وجود عيب من عيوب الرضاء المعروفة دون أن يعتبر الغبن عيباً جديداً قائماً بذاته.

أما عن الغبن عند الرومان، فقد كان الأصل عندهم أن الغبن مهما كان فاحشاً لا يؤثر على الرضاء وبالتالي على صحة العقد، فهم كانوا يرون أن الرجل الذي باشر العقد وهو متمتع بكمال الأهلية يجب أن يتحمل نتائج تصرفه، فإن أصابه غبن، فاللوم لا يقع إلا عليه وحده، إلا أن المشرع الروماني جاء في أواخر العصر الجمهوري واستثنى من هذا الأصل الحالات الآتية:

١- إذا لحق الغبن القاصر عن الخامسة والعشرين سنة حيث يحق له حق طلب فسخ العقد، وإعادة الشيء إلى أصله.

٢- بائع العقار إذا زاد الغبن عن نصف قيمة المبيع الحقيقية، حيث يحق له طلب فسخ البيع، وذلك ما لم يقبل المشتري تكملة الثمن إلى النصف.

٣- وكذلك في عقد الشركة إذا ترك تحديد نصيب كل من الشركاء إلى حكم فقسمها بغبن على أحدهم، وكذلك في القسمة إذا غبن أحد المتقاسمين ويمكن أن نبرر هذه الحماية الناقصة للشخص المغبون، وذلك باقتصار هذه الحماية على حالات معينة إلى تلك الروح التي سادت في القانون الروماني بوجه عام، ففي الوقت الذي سادت فيه الشكلية البحتة كان من الصعب تصور الغبن في العقود نظراً للاحتياطات التي استلزمتها قواعد الشكلية لإتمام العمليات القانونية، كما أن القانون لم يأل جهداً في حماية المقترضين، فحدد لذلك سعر الفائدة، لأنه كان يعتبر أن الحرية التعاقدية لهؤلاء الأفراد غير كاملة بسبب ما يوجدون فيه من حاجة يقبلون تحت تأثيرها ما يملي عليهم من شروط باهظة أنظر في ذلك: بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤٢، صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٥٥، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه بمصر، القاهرة، ١٩٤٥، ص ١٤١، وما بعدها، والسيد فوده، فكرة الحق في القانون الروماني، بحث بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر، هامش ص ٧٥.=

عيوب الإرادة، ثم نعرض للوسائل غير المباشرة التي قررها القانون الروماني لمواجهة الشكلية في مجال عيوب الإرادة.

أولا: أثر الشكلية على فكرة عيوب الإرادة في المراحل الأولى للقانون الروماني:

يمكن القول بأن موقف القانون الروماني من فكرة عيوب الإرادة في مراحله الأولى وما لحقه من تطورات في المراحل التالية كان نتيجة منطقية لهيمنة الشكلية على التصرف القانوني وعدم اعتداد القانون الروماني بالإرادة وما رتبته هذه الشكلية من عدم إقامة القانون الروماني لأدنى وزن لفكرة التقابل بين الإرادة والتعبير عنها[1]، ومن ثم فقد جاء موقف هذا القانون من فكرة عيوب الإرادة متوافقاً مع الروح التي سادت في القانون الروماني بوجه عام، ومع الوسط الاجتماعي والقانوني الذي كانت تطبق فيه مبادئ هذا القانون؛ لأن عدم الاعتداد بعيوب الإرادة في المراحل الأولى كان متسقاً مع الفلسفة القانونية التي هيمنت على التنظيم القانوني في روما القديمة، هذه الفلسفة التي تميزت بهيمنة الشكلية على التصرفات القانونية، وعدم الاعتداد بالإرادة كقاعدة عامة[2]، وبالتالي عدم الاعتداد بما يشوب إرادة أحد المتعاقدين من عيوب، وبيان ذلك:

أنه – كما سبق – القول كانت الشكلية هي الطابع المميز للقانون الروماني، حيث اتسم هذا القانون في عهده الأول، وفي معظم عصوره التالية بشدة قيوده من الشكلية الرمزية المتمثلة في الإشارات والألفاظ[3]، فلم يعرف القانون الروماني من التصرفات إلا ما كان له شكل معين، وكان هذا الشكل هو الذي يضفي على العقد قوته الملزمة، ويرتب عليه آثاره، و هو ما أدى إلى تمييز القانون الروماني بين الاتفاق المجرد والعقد، فمجرد الاتفاق (توافق إرادتي المتعاقدين) madum pactum لم يكن كافياً لنشأة الرابطة العقدية الملزمة، وترتيب آثار قانونية في ذمة كل

=وأنظر تفصيلاً عن موضوع الغبن في القانون الروماني: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ١٩٥٧، ص ٩٦ وما بعدها، جمال الدين طه العاقل، الغبن وأثره في العقود في القانون المدني المصري، دار الهدى للطباعة، ١٩٨٦، ص ٣٣ وما بعدها، أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.

(١) أنظر أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٩، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٢) أنظر طه عوض غازي، مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام، ١٩٩٩، ص ٤٠، توفيق حسن فرج ، الرسالة السابقة، ص ٩٧.

(٣) محمد محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، رسالة سابقة، ص ٤، محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة في العقد، مرجع سابق، ص ٦٢، محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢.

من طرفيها، بل كان لابد من إفراغ رضاء المتعاقدين في قالب شكلي معين حتى يصبح الاتفاق ملزماً، ولكي يصبح عقداً، وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة بالقول "إن مجرد الاتفاق لا يولد دعوى أو التزاماً (ex nudo pacto action non nascitur)"[1] ومن هنا لم تكن الإرادة تكفي بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وهي أيضاً عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره[2]، مهما كانت دقة ووضوح العبارات المستعملة للتعبير عنها؛ لأن الإرادة وحدها عارية عن الشكل الذي رسمه القانون لا يمكنها أن تنشئ أو تعدل أو تؤدي إلى انقضاء الحق في القانون الروماني[3]، فالتصرف القانوني لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة طبقاً للشكل أو الصورة التي حددها القانون، كما أن آثار التصرف القانوني لا تتولد عن الإرادة ذاتها، بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون، ولذلك قيل إن الصيغ والطقوس هي التي تنشئ الحق (le rite crée le droit)[4] وعلى هذا لم تكن الشكلية مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر[5]؛ ولذلك كان أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بصرف النظر عما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وعلى العكس من ذلك فإن استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني، بصرف النظر عن الإرادة، فلا يهم أن تكون سليمة أو معيبة، كما لا يهم أن تكون مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدان أو غير مطابقة[6]، وهو ما يعني أن العبرة كانت في القانون الروماني بالألفاظ والمباني، لا بالمقاصد والمعاني[7]، حيث لم يكن يجري تحليل للرضاء لمعرفة كون المتعاقد قد رضي في قرارة نفسه بما تعاقد عليه أولا[8]، وإنما كانت الشكلية

---

(١) عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٣، عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٨، نبيلة إسماعيل رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، رسالة سابقة، ص ٢٥،

LE POINTE et MONIER; les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, op. cit, p. 182. P. QURILAC et L. MALAFOSSE, Histoire du droit privé, op. cit, p. 238.

(٢) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص٦.

(٣) مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٨، ١٩.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧.

(٦) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، ص ٤١٣، محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة سابقة، ص ١٧٥، مصطفى صقر، المرجع السابق، ص ٥١.

(٧) محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص ١٢.

(٨) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ٦٢.

الصارمة ولاشيء غير الشكلية هي المسألة الوحيدة التي يبحث فيها القاضي للحكم بصحة التصرف القانوني أو بطلانه[١].

فإذا نقل شخص ملكية شيء مملوك له عن طريق الإشهاد mancipatio مثلاً وأتم جميع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لصحة الإشهاد، وتلفظ بالعبارات الرسمية المنصوص عليها verba في حضور الشهود، فإن ملكية الشيء تنتقل إلى الشخص الذي تم الإشهاد لمصلحته، حتى ولو كان أحد الطرفين لم يكن متمتعاً بالحرية الكاملة، أو كان قد وقع في غلط نتيجة لأعمال الغش والتدليس التي ارتكبها الطرف الآخر، لأن مثل هذه الوقائع لا أثر لها إطلاقاً على النتيجة النهائية، وهي صحة التصرف، ولا يستطيع القاضي وقد سكت القانون أن يعمل على سد النقص فيه من خلال البحث فى كون هذه التصرفات قد تمت تحت تأثير الغش أو الإكراه، طالما قد روعى الشكل الذي يتطلبه القانون لإتمام هذه التصرفات من قبل الطرفين بدقة وعناية[٢]، وهو ما يعني أنه في نطاق أحكام التصرف القانوني كان القانون الروماني ينتصر لعامل الاستقرار انتصاراً كاملاً، وكانت أداته الغنية هي الشكل الذي يقطع في وجود التصرف وصحته، بغير اهتمام بما وراءه من إرادة حقيقية، أو ظروف واقعية دفعتها[٣].

ومن ناحية أخرى كانت لهيمنة الشكلية أثرها على عدم معرفة القانون الروماني حتى في العصر العلمي لفكرة التقابل بين الإرادة والتعبير في التصرف القانوني أو بمعنى آخر الازدواج بين الإرادة والتعبير الذي ينجم عن المقارنة بين المضمون الحرفي للتعبير (أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة) وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة (أو ما يسمى بالإرادة الباطنة) بحسب تعبير القانون الحديث[٤]، وهي الفكرة التي تقوم عليها نظرية عيوب الإرادة، حيث إن هذه الفكرة تعني في أبسط معانيها عدم التطابق بين ما يهدف إليه المتعاقد حقيقة أو ما يسمى بالإرادة الباطنة وبين المضمون الحرفي للتعبير عن هذه الإرادة، أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة، سواء أكان عدم التطابق هذا ناتجا عن تدليس أم غلط أم إكراه[٥].

فالقانون الروماني في العصر القديم لم يطرح فيه مسألة الاختلاف بين الإرادة والتعبير نظراً لأن التصرفات القانونية جميعاً كانت تصرفات شكلية ورسمية، تخضع لفكرة تطابق

---

(١) L. DE SAINTE CROIX; étude sur l'exception de dol en droit romain, op. cit., p. 4-5 .

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١.

(٣) محمود أبو عافية، رسالة سابقة، ص ٤، ٥.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٥) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٧.

التصرف القانوني مع النمط المرسوم له في القانون، وهي فكرة عزيزة على العقلية الرومانية، بمعنى أن التصرف القانوني تتوفر له حماية القانون الروماني إذا أبرم وفقاً للنموذج الشكلي المعد سلفا والمعروفة مقدماً الآثار القانونية التي يرتبها[١].بمعنى أن الأطراف المتعاقدة تنطق بكلمات محددة، لها مدلولها الفني الدقيق، ومن ثم فإنه لا ينظر إلى الإرادة الداخلية، وإنما إلى التعبير الخارجي لها وفقاً للقول المأثور"ما يعلنه الفرد رسمياً بلسانه يكون هو القانون "uti lingua nuncupassit, ita jus esto"[٢].

فالتعبير في القانون الروماني لم يكن يصور على أنه مجرد أداة تترجم إرادة محددة بل كان يعكس مضمون التصرف القانونى ذاته، ومن ثم كان التصرف القانونى ومضمونه يكونان وحدة عضوية واحدة[٣]، فكانت إرادة الأطراف تجسدها وتعبر عنها الألفاظ المنطوق بها، ومن ثم فإنه لم يكن ينظر بعين الاعتبار إلا إلى ما نطق به الأطراف وتلفظوا به صراحة، ويكون هذا هو ما انصرفت إليه إرادتهم، واتجهت إليه نيتهم من الناحية الفعلية، أما غير ذلك من الأمور التي لم ينطق بها الطرفان، ولم تعبر عنها الألفاظ المستعملة فلا يلتفت إليه، ومن هنا كانت تلك الحكمة الشهيرة التي عبر عنها الرومان بقولهم "ما نص عليه يؤخذ بضرره، وما لم ينص عليه لا ضرر منه "expressa nocent, nonexpressa non nocent" ولا ريب أن في هذه الحكمة ما يعبر بوضوح كامل عن جوهر الشكلية في القانون الروماني وهو التضحية بالموضوع والجوهر، أياً كان؛ من أجل الحفاظ على الشكل والمظهر[٤]، ولا يتصور على هذا النحو أن تثار قضية ما يسمى بعيوب الإرادة، بصفة مستقلة ورئيسية، فمادام لا توجد فكرة التقابل مابين الإرادة والتعبير، فإن من يقوم بالتفسير لاستخلاص وتوضيح الحكم الذي وضعه الفرد إنما يعتمد اعتماداً كلياً على التعبير الموجود أمامه وحده، وينظر إليه نظرة موضوعية في ذاته ولذاته، ولا يوجد أمامه (اصطلاح مقابل للتعبير يسمى الإرادة الحقيقية أو الإرادة "الباطنة" حسب التعبير الحديث[٥]، وهو ما حدث بالفعل مع فقهاء العصر العلمي حيث كانوا يسترشدون في تفسير التعبير عن الإرادة لتحديد دلالتها ومضمونها بمعيار موضوعي، فكانوا يكتفون بالوقوف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة دون البحث بعد ذلك عما تكنه سريرة من

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٣، ٢٣.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٣، ١٤.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٥٤ – ٥٥.

(٥) عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط، مرجع سابق، ص ٢٢.

عبر عن إرادته، ويفسرون ما صدر من عبارات أو إشارات بحسب المألوف بين الناس لا بحسب ما كان يقصده المتعاقد شخصياً[١].

ومن الجدير بالذكر قبل أن نختم عرضنا لأثر الشكلية على موقف القانون الروماني بالنسبة لعيوب الإرادة أنه كان للشكلية التي هيمنت على التصرفات القانونية خاصة في مراحله الأولى دور كبير في عدم التفات القانون الرومانى لفكرة عيوب الإرادة وخطورة عدم الاعتداد بها؛ لأن تلك الشكلية أدت من الناحية الواقعية إلى الحيلولة إلى حد ما دون وقوع المتعاقدين ضحية غلط أو تدليس أو إكراه[٢]، ففي الوقت الذي سادت فيه الشكلية البحتة كان من الصعب تصور حدوث عيوب للإرادة في العقود نظراً للاحتياطات التي استوجبتها قواعد الشكلية ومراسيمها عند إبرام التصرفات القانونية[٣]، حيث كانت تستلزم احتياطات يجب اتباعها لإتمام التصرف القانوني وبحيث يلزم أن يلجأ الشخص إلى أحد الفقهاء لمعرفة الصيغ والشكل الواجب اتباعه لصحة التصرف فضلاً عن أن معظم الأشكال المرسومة كانت تتضمن عنصر العلانية، أي اشتراك عدد معين من المواطنين في مراسم العقد، وفي هذا ضمان واقعي لسلامة الرضا، خاصة مع ضيق نطاق المجتمع الروماني وندرة المعاملات[٤]، فالشكلية عند الرومان – كما يرى الأستاذ Levy – Bruhl – كانت تعد نوعاً من الرقابة تمارسه الهيئة الاجتماعية على التصرفات القانونية التي يقوم بها الأفراد والتي تهدف إلى حماية الأفراد من ناحية، وتوجيه نشاطهم إلى أهداف محددة سلفاً من الجماعة من ناحية أخرى[٥].

نخلص مما سبق إلى أنه في ظل التهميش الواضح لدور الإرادة في القانون الروماني، حيث لم يكن لها دور سواء في إنشاء التصرف أو في تحديد شروطه وآثاره كان من الصعب الحديث عن عيوب الإرادة في المراحل الأولى للقانون الروماني وإلا كان سيصبح هذا القانون متناقضاً مع نفسه، لأنه لا يمكن الحديث عن عيوب الإرادة في ظل نظام قانوني لا يعتد أصلاً بالإرادة، ولا يقيم أدنى وزن لفكرة التقابل بين الإرادة والتعبير عنها[٦].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٢١.

(٢) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٤٠، عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) توفيق حسن فرج، الرسالة السابقة، ص ٩٧، جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٤) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٤٠، ٤١ وكذلك
P. F. GIRARD; manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1929, p 464.

(٥) H. Levy- Bruhl, Nouvelles études sur le Très ancien droit romain, Paris, Recueil sirey, 1947, p. 6 ét ss.

(٦) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٢٩.

ثانياً: الوسائل غير المباشرة التي قررها القانون الروماني لمعالجة مساوئ الشكلية في مجال عيوب الإرادة

لم تستمر الأوضاع في روما على النحو السابق، فقد تطور المجتمع الروماني على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي بعد أن أصبحت روما إمبراطورية كبيرة شاسعة الأرجاء ومترامية الأطراف، كما أصبحت روما مدينة تجارية[١]، واستتبع ذلك كثرة المعاملات، واقترن ذلك بتقدم في الفكر القانوني، حيث أضحت الشكلية بما تستلزمه من إجراءات طويلة ومعقدة عقبة في طريق سير المعاملات وسرعة تبادل الأموال والمنافع[٢]، وهكذا فقد تهيأت للبريتور الأدوات الضرورية لكي يقود بمعاونة الفقه حركة التطور التشريعي من أجل إعلاء العدالة وحسن النية، وذلك بالتخفيف من غلواء الشكلية والتخلص من جمودها[٣]، ومن هنا نشأت بعض العقود الرضائية التي تتم بمجرد توافق إرادة المتعاقدين دون حاجة إلى إفراغها في شكل معين ما دامت قد استوفت شروطها. وتتمثل هذه العقود في البيع والإيجار والشركة والوكالة[٤]، ففقدت الشكلية بذلك أهميتها شيئاً فشيئاً، ومن جهة أخرى صاحب ازدهار الحضارة المادية كثرة نسبية في شيوع التدليس والإكراه في التعاقد، فأصبحت الحاجة ملحة لحماية المتعاقدين الذين يقعون ضحية هذين العيبين ولم يكن مستطاعاً وقتئذ مهاجمة قواعد القانون الروماني Jus civil مهاجمة صريحة بجعل عيب الرضا مفسداً للعقد، ولذلك تقررت الحماية بوسائل غير مباشرة[٥]، على أساس اعتبار التدليس والإكراه من الأعمال غير المشروعة في ذاتها، فلم ينظر القانون الروماني لأثر تلك العيوب في التراضي؛ لأن غياب التراضي أحياناً لم يكن يعني عدم انعقاد الالتزام، كما أن وجود التراضي سليماً معافاً لم يكن يعني إنشاء الالتزام، إذا تخلف المفترض الأساسي وهو الإجراء الشكلي، وإن كان الأمر قد اختلف بعض الشيء في التطبيقات القليلة التي عرفت باسم العقود الرضائية[٦].

أما عيب الغلط فلم يؤخذ بعين الاعتبار إلا مؤخراً في عهد الجمهورية، وكان الاعتداد به أكثر تردداً، إذ لم يكن من المتصور أن يكون غلط المتعاقد خطأ أو جريمة من جانب المتعاقد

---

(١) جمال الدين طه عاقل، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) محمد محمد السروي، الرسالة السابقة، ص ٥، عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) مصطفى سيد أحمد صقر، الدفع بالغش في القانون الروماني، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧، ص ٢٦.

(٤) جمال الدين طه عاقل، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٥) عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٤.

(٦) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٨١.

الآخر، كما هو الحال بالنسبة لعيبي الإكراه والتدليس[1]، ولكن الثابت على أي حال أن القانون الروماني عنى في عصر مبكر بأن يهيئ الوسائل القانونية للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلاً الذي يخفى إرادة معيبة[2].

وسنتناول الآن وبإيجاز ما قرره المشرع الروماني من وسائل لمواجهة عيوب الإرادة في القانون الروماني (الغلط والتدليس والإكراه) موضحين أحكام كل عيب من هذه العيوب، مع بيان مدى تأثر هذه الأحكام بالشكلية التي استمرت في القانون الروماني حتى أواخر عصوره.

١- الغلط:

يختلف مدلول الغلط في القانون الحديث عنه في القانون الروماني، حيث يقصد بالغلط في القانون الحديث بأنه وهم يقوم بنفس المتعاقد فيحمله على الاعتقاد بصحة أمر على غير حقيقته، ويكون هو الدافع للتعاقد، أو هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، بحيث لو تبينها المتعاقد لما أقدم على التعاقد[3]، أو هو عدم التطابق بين ما وقع التعبير عنه و ما كان يرمي إليه المتعاقد، بحيث إنه لو عرف الحقيقة ما تعاقد[4].

ولذلك اعتبرت القوانين الحديثة الغلط عيباً من عيوب الرضا، واعتبرت ما يقع من تصرف نتيجة هذا الغلط قابلاً للإبطال[5]، على أن الغلط الذي يعده الفقه الحديث عيباً من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر أو الجوهري، وهو حالة وسطى بين الغلط المانع والغلط غير المؤثر[6]، فالقانون الحديث يقصر مدلول الغلط على الحالات التي يؤدي فيها الغلط إلى فساد الإرادة دون

---

(١) عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٥.

(٣) جلال العدوي، أصول المعاملات، مرجع سابق، ص٢٥. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٩. محمد رفعت الصباحي، الرسالة السابقة، ص ٦٢.

(٤) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٥) عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٦) سمير تناغو، المرجع السابق، نفس الموضع ، يستبعد الفقهاء كل من الغلط المانع والغلط غير المؤثر من دائرة الغلط، أما عن الغلط المانع فهو الغلط الذي لا يعيب الإرادة، إنما يعدمها كلية، فيمنع من انعقاد العقد أو يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولذلك يسمى الغلط المانع حيث يحول ويمنع من انعقاد العقد، وعلى هذا الأساس يستبعده الفقهاء من دائرة الغلط، وعلى الطرف النقيض من الغلط المانع هناك الغلط غير المؤثر في العقد، ولا يؤثر بالتالي في إبرامه، فهو ليس من عيوب الإرادة، أنظر: سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٣٥٦، أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٤٧.

أن يصل إلى درجة إعدامها، أي الغلط الجوهري أو الغلط الدافع للتعاقد الذي يبلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد الآخر عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، وهو ما يستتبع قابلية العقد للإبطال.

أما الغلط عند الرومان فقد كان يقصد به ذلك الوهم الذي يؤدي إلى إعدام الإرادة، وجزاؤه بطلان العقد، أما الغلط الذي يفسد الإرادة دون أن يصل إلى درجة إعدامها فلا أثر له على التصرف القانوني عند الرومان الذي يظل صحيحاً منتجاً لآثاره حتى ولو كان هذا العط هو الغلط الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد[1]؛ ولذلك لم يعرف القانون الروماني فكرة قابلية التصرف القانوني للإبطال بسبب الغلط، فإما أن تكون الإرادة موجودة وحينئذ يصح التصرف حتى ولو كان هناك غلط أدى إلى فسادها، وإما أن تكون منعدمة إذا كان الغلط قد وصل إلى درجة القضاء عليها فيبطل التصرف القانوني بطلاناً مطلقاً حسب التعبير الحديث[2].

وقد حصر الرومان أحوال الغلط المبطل الذي يمنع من صحة العقد ويعدم الرضا في الحالات الأربع التالية[3]:

أ- الغلط في طبيعة العقد (ماهية التصرف القانوني) (error in negotia)

في هذه الحالة يقع الغلط في ماهية العقد ذاته، كما لو أعطى العاقد شيئاً على سبيل الوديعة، فأخذه الطرف الآخر على أنه قرض أو هبة، ومثل هذا الغلط يمنع من إنعقاد التصرف القانوني لعدم توافق إرادة الطرفين على عقد واحد، فلا ينشأ عقد لا لوديعة ولا لقرض أو

---

(١)صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٢٩، ٣٣٠. السيد فوده، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

(٣) أنظر: شفيق شحاتة، نظرية الالتزام في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٦٥ وما بعدها، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٧٩ وما بعدها، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٣٩ وما بعدها، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٤٦ وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٠ وما بعدها، وراجع بوجه خاص عبد المجيد الحفناوي: نظرية الغلط في القانون الروماني، مرجع سابق.

G. May; éléments de droit romain, op. cit, p. 297, E. PETIT; traité élémentaire de droit romain, op. cit., pp. 293 – 294, R. MONIER; manuel élémentaire de droit Romain, T.2 (les obligations), op. cit., p. 80, P. F. GIRARD: op. cit. pp 490 – 492, P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, op. cit., pp. 126 – 127, G. HUBRECHT; manuel de droit romain, T.2, op. cit., p. 47 et ss, W. A. HUNTER; Roman law, op. cit., pp. 581 – 583, R. D. MELVILLE: op. cit., pp. 323 – 325, R. SOHM: institutes of Roman law, translated by ledlie, 3e ed, Oxford, 1907, pp. 210 – 211

هبة[١]، ويلاحظ أن الغلط في ماهية التصرف القانوني لا يظهر إلا في التصرفات غير الشكلية، أما التصرفات الشكلية فيندر فيها وقوع الإرادة في غلط يتعلق بماهية التصرف، بسبب ما يحيطها من إجراءات وطقوس[٢].

ب- الغلط في شخص المتعاقد (error in persona)

يقع الغلط في شخص المتعاقد بأن يعتقد أحد الطرفين أنه تعاقد مع شخص معين، مع أنه تعاقد مع غيره[٣]، ويؤدي هذا النوع من الغلط إلى انعدام الرضا، و بطلان التصرف القانوني إذا كانت شخصية من وجه إليه التعبير عن الإرادة محل اعتبار، كما في عقود الشركة والوكالة والقرض، ولكنه يكون عديم الأثر في الحالات التي لا تكون شخصيته محل اعتبار، كما في حالة البيع بثمن فوري[٤]، أما الغلط الواقع في صفة من صفات المتعاقد فلا يؤثر على الرضا ولا يمنع من صحة العقد، كأن يتعاقد شخص مع آخر على أنه حر، فإذا هو عبد[٥].

ويلاحظ أيضاً أن الغلط في شخص المتعاقد يندر وقوعه في التصرفات الشكلية؛ لأن القانون الروماني كان يستوجب حضور طرفي التصرف القانوني في مجلس العقد، كشرط إجراء شكل لابد من استيفائه؛ لكي ينعقد التصرف كما في (الاشتراط الشفوي)، ولا تثور حالة الغلط في الشخص إلا في التصرفات الشكلية الصادرة من جانب واحد، وإن كان ذلك يندر وقوعه أيضاً[٦].

جـ- الغلط في الشيء محل العقد:

يمنع الغلط في الشيء محل العقد من توافق الإرادتين، و من ثم يؤدي إلى عدم تكوين العقد، ولكن ينبغي التفرقة بين الفروض الآتية[٧]:

---

(١) P. F. GIRARD; op. cit., p. 490, P. HUVELIN; op. cit., p. 126, R. MONIER; op. cit., n°63, p. 80, W. A. HUNTER; op. cit., p. 581, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 324.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢١.

(٣) P. F. GIRARD; op. cit., p. 490, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 324,

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٢.
F. De ZULUETA, the roman law of sale, oxford, 1945, p. 25.
P. HUVELIN; op. cit., p. 126, R. MONIER; op. cit., n°63, p. 80.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(٦) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، هامش ٣٢٢.

(٧) E. PETIT; op. cit., pp. 293 – 294, R. MONIER; op. cit., p. 80, P. F. GIRARD; op.=

الفرض الأول: الغلط في ذاتية الشيء، إذا وقع غلط في ذاتية الشيء محل التصرف بطل التصرف؛ لانعدام الإرادة، سواء في ذلك التصرفات الشكلية أو التصرفات غير الشكلية، كما في حالة من باع لآخر رقيقاً معيناً، وانصرفت إرادة المشتري إلى شراء رقيق آخر(١).

الفرض الثاني: الغلط في جوهر الشيء: وهو الغلط في خواص ومميزات المادة التي يتكون منها الشيء، كمن يشتري شيئاً من ذهب خالص، فإذا به يكتشف أن الشيء عبارة عن نحاس(٢)، وهذا النوع من الغلط لم يكن له أثر في صحة التصرف القانوني في عصر القانون القديم، ولكن فقهاء العصر العلمي بدأوا يفرقون في هذا الصدد بين عقود حسن النية وعقود القانون الضيق، فبالنسبة لعقود القانون الضيق مثل (عقد الاشتراط الشفوي) استمر الفقهاء الرومان يطبقون القاعدة القديمة التي لا تجعل للغلط في جوهر الشيء أو في إحدى صفاته أثرا على العقد إلا إذا كان المشترط قد ضمن عقد الاشتراط شرط الامتناع عن الغش clausu la doli، حيث يجوز في هذه الحالة رجوع المشترط على المتعهد بطلب التعويض إذا كان هذا الأخير يعلم أن المشترط قد وقع في غلط عند التعاقد، أما بالنسبة لعقود حسن النية كعقد البيع، فإن الغلط في جوهر الشيء يعدم الرضا ويمنع من انعقاد العقد(٣)، و من ثم يمكن القول بأن هذا النوع من الغلط المتمثل في الغلط في جوهر الشيء لم يظهر إلا مع بزوغ نجم العقود الرضائية(٤) التي كانت تمثل استثناء على القاعدة العامة في العقود لدى الرومان.

= cit., pp. 490 – 491, G. May; op. cit., p. 297.

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤٠، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٣، من الجدير بالذكر أنه يلحق بالغلط في ذاتية الشيء الغلط في قدرة أو قيمته ذلك في العقود الرضائية فقط، خصوصاً إذا انصرفت إرادة المدين إلى الالتزام بمبلغ أقل من المبلغ الذي انصرفت إليه إرادة الدائن، أما إذا حدث العكس، أي إذا انصرفت إرادة المدين إلى دفع مبلغ أكبر من المبلغ المتفق عليه فإن هذا الاعتقاد الخاطئ لا يؤثر على صحة العقد، ويلتزم المدين بالقدر الأقل فقط، ونفس الأحكام تنطبق بخصوص الأجرة في عقد الإيجار، أنظر فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٢٥.
R. MONIER; op. cit., n°63, p. 80, W. A. HUNTER; op. cit., p. 581.
P. F. GIRARD; op. cit., p. 491, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 324.

(٢) صبيح مسكوني، القانون الروماني، ص ٣٤٧، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٢٥، ٣٢٦.
F. De ZULUETA, op. cit., p. 325. G. May; op. cit., p. 297, W. A. HUNTER; op. cit., pp. 582 - 583, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 26.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٤ – ٣٢٥، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤٠.
R. MONIER; op. cit., n°63, p. 80, G. May; op. cit., p. 297, P. F. GIRARD; op. cit., p. 291, F. De ZULUETA, op. cit., pp. 25 – 26.

(٤) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٩١.

أما بالنسبة للغلط في صفة من صفات الشيء كمن يشتري حلياً معتقداً أنها من ذهب خالص، فإذا بها ذهب مخلوط أو من يشترى أمة على أساس أنها عذراء ويتضح أنها ليست كذلك[١]، فلم يكن لهذا الغلط أي تأثير على الإرادة، فلا يعدمها ولا يعيبها، وذلك في سائر أنواع التصرفات، حتى ولو كانت هذه الصفة هي الدافعة إلى التعاقد، وللرومان في ذلك قول مأثور "الصفات الكاذبة لا أثر لها "falsa demonstratio non nocet"[٢]

د- الغلط في القانون:

كل ما سبق ذكره عن الغلط كان متعلقاً بالغلط في الوقائع، ولكن توجد صورة أخرى له وهي الغلط في القانون[٣]، وهو الغلط في وجود قاعدة قانونية أو في مضمونها، كأن يظن شخص أن سن الرشد عشرون سنة، فى حين أنها في القانون الروماني منذ عصر الإمبراطورية خمس وعشرون سنة[٤]، والقاعدة في القانون الروماني أن الجهل بالقانون ليس بعذر "regula est juris quidem ignoratian cuique nocere" [٥]، ومن ثم لم يكن يعتد بالغلط في القانون عند الرومان أولم يكن لهذا النوع من الغلط أي أثر على صحة التصرف القانوني، إلا أن الرومان قد أباحوا في زمن متأخر لبعض الطوائف طلب إبطال التصرفات القانونية استناداً للغلط في القانون، وتتمثل هذه الطوائف في القصر الأقل من ٢٥ سنة، والنساء والجنود والفلاحين والأشخاص غير المتعلمين، مفترضاً أن جهلهم بالقانون يعد جهلاً مغتفراً، نظراً لظروف خاصة بهم تجعل من العلم بالقانون بالنسبة لهم أمرا غير ميسور[٦].

نخلص مما سبق إلى أن الرومان قد ضيقوا في نظرية الغلط، حيث حصروه في الحالات الأربع المتقدمة التي يؤدي فيها الغلط إلى القضاء على التراضي في ذاته ومن ثم لا

---

(١) F. De ZULUETA, op. cit., p. 26, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 325.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٧.
P. HUVELIN; op. cit., p. 126, F. De ZULUETA, op. cit., p. 26, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 325.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع البحث القيم للأستاذ الدكتور طه عوض غازي، مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام ١٩٩٠ وكذلك طلبه وهبة خطاب، الجهل بالقانون والغلط فيه، دراسة مقارنة للنظام الإنجليزي واللاتيني والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٧، ٣٢٨، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٦) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦١، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٦٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

يمكن القول بأن الرومان قد عرفوا الغلط على أنه عيب يختل بسببه الرضا، بعد أن يكون قد تم انعقاد العقد، وإنما نظروا إلى الغلط بوصفه يؤدي إلى هدم ركن من أركان العقد سواء أكان هذا الركن متمثلاً في محله أم طبيعته أم أشخاصه[١]، ويرجع ذلك لسببين; أولهما أن الرومان لم يعتبروا "التراضي" في أي مرحلة من مراحل تاريخهم هو المصدرالمنشىء للالتزام فى العقود، ولو كانوا قد فعلوا لاستطاعوا التوصل إلى التفرقة بين درجة العيب الذي يعدم الإرادة، ومن ثم إنعدام الرضا المؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، وتلك التي لا تقضي تماماً على الإرادة، وإنما تنقص من قدرتها على اختيار الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه، فبالرغم من أن العقد يعد منعقداً لوجود أصل التراضي، فإنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة من وقع في الغلط، ليحصل له ما فاته من اكتمال "القدرة على الاختيار"[٢]، أما ثاني هذه الأسباب فيتمثل في حرص الرومان على استقرار المعاملات، ولو أدى ذلك إلى إهدار العدالة المطلقة التي تقضي باحترام الإرادة الحقيقية دون الإرادة الخاطئة[٣].

٢- التدليس[٤]:

التدليس أو الغش - كما عرفه الفقيه (لابيو) - كل خداع أو تمويه أو احتيال بقصد التعمية على إنسان لتضليله والعبث بحرية اختياره[٥]، كما عرف (شيشرون) التدليس بقوله "إنه الفعل الذي من شأنه الإيهام بشيء لا ينطبق على حقيقة الواقع"[٦].

ولم يكن التدليس معاقباً عليه في القانون القديم عند الرومان لسببين: أولهما ندرة التصرفات القانونية في العصر القديم وتميزها بالشكلية الجامدة التي تستلزم شيئاً من العلانية، وهو ما كان يكفل إلى حد ما عدم ارتكاب أحد المتعاقدين غشاً في مواجهة الآخر، أما السبب الثاني: فيتمثل في أن الرومان لم يعدوا التدليس عملاً غير شريف بقدر ما هو عمل من أعمال المهارة

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٦٥، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٦٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

(٤) R. D. MELVILLE; op. cit., pp. 328 – 330, W. A. HUNTER; op. cit., p. 596, P. F. GIRARD; op. cit., pp. 492 – 493, E. PETIT; op. cit., pp. 294 – 295, G. May; op. cit., pp. 297 – 299, P. HUVELIN; op. cit., pp. 130 - 137, A. E. GIFFARD; op. cit., n°372 . 247 – 249, G. HUBRECHT; op. cit., p. 53.

(٥) عبد العزيز فهمي، قواعد وآثار فقهية، القاهرة، ١٩٤٧، ص ٤٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٢. A. E. GIFFARD; op. cit., n°372, p. 247.

(٦) A. E. GIFFARD; op. cit., n°372, p. 247.

والدهاء؛ ولذلك لم يكن ضمير الجماعة يأبى من الالتجاء إلى الطرق الاحتيالية أثناء التعاقد[1].

و قد تغير موقف القانون الروماني من فكرة التدليس في العهود اللاحقة، نتيجة العديد من العوامل، فمن ناحية أدى اتساع نطاق التصرفات القانونية واتجاهها إلى التجرد من الإجراءات الشكلية التي تكفل لها العلانية، كما هو الحال في العقود الرضائية إلى ظهور الغش في التصرفات القانونية وشيوعه[2]، ومن ناحية أخرى تهذبت نفوس الرومان، وارتقت ضمائرهم، فتغيرت نظرتهم لأعمال التدليس والغش بعد أن كثر ضحايا هذا الغش، فكان من الطبيعي أن يتدخل البريتور لحماية المتعاقدين من الغش ومجازاة مرتكبيه، حيث اعتبر مثل هذه الحيل عملاً غير مشروع يشكل جريمة بريتورية[3]، وكان ذلك في أواخر عصر الجمهورية على يد أكويليوس جالوس(Caquilius gallus) الذي كان فقيهاً وحاكماً قضائياً في الوقت نفسه[4]، هذا وقد اشترط لاعتبار التدليس جريمة أن تكون أعمال التدليس صادرة من أحد العاقدين أو من شريك لأحدهما، وأن يتم استعمال طرق احتيالية بقصد تحقيق غرض غير مشروع، وأخيراً أن يكون هذا التدليس دافعاً إلى التعاقد أو إلى قبول التعاقد بشروط أشد[5].

أما عن العقاب على الغش والوسائل التي قررها البريتور لمعالجة آثاره، فتتمثل في دعوى الغش (actio doli) والدفع به (exceptio doli)، وأمر إعادة الشيء إلى أصله (integrum ob dolum restitutio in)[6]، وذلك على التفصيل التالي:

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤، ٣٣٥، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

E. PETIT; op. cit., p. 295, P. F. GIRARD; op. cit., p. 492, P. HUVELIN; op. cit., p. 133, G. HUBRECHT; op. cit., p. 52.

(٢) عكاشة محمد عبد العال و طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٤) A. E. GIFFARD: op. cit., n°٣٧٢, p. ٢٤٧.

(٥) راجع صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٥وما بعدها، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

G. HUBRECHT; op. cit., p. 53. E. PETIT; op. cit., p. 295, G. May; op. cit., p. 297, P. HUVELIN; op. cit., p. 133.

(٦) راجع: بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤١ وما بعدها، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٤٩ وما بعدها، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٥٠ وما بعدها، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها.

E. PETIT; op. cit., p. 295, P. F. GIRARD; op. cit., pp. 492 – 493, G. May; op. cit., pp. 298 - 299, G. HUBRECHT; op. cit., p. 53 – 54, P. HUVELIN; op. cit., p. 133.

كانت دعوى الغش أولى الوسائل التي ظهرت للعقاب على التدليس، وهي دعوى جنائية مبنية على الواقع in factum[1]، تمنح للمجني عليه[2]، ويترتب عليها تعويض المدعي عما لحقه من ضرر وليس إلغاء التصرف أو إبطاله، وهو ما يعني أن المجني عليه قد يجبر على تنفيذ التزامه بموجب العقد، ثم يطالب بالتعويض بعد ذلك، وهو ما لا يكفي أحياناً في تحقيق "إعادة الحال إلى ما كانت عليه،"كما لو كان الالتزام يقتضي قيام المجني عليه بأداء ما بشخصه فعندئذ لا يمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه أبداً[3].

ولتلافي ذلك الوضع المناقض للعدالة، منح البريتور في وقت لاحق للمجني عليه الوسيلة الثانية لحمايته من آثار التدليس، وهي الدفع بالغش، وذلك حتى يتمكن المجني عليه من وقف أثر دعوى العقد التي ترفع عليه لإجباره على تنفيذ التزامه المتولد عن عقد شابه الغش[4]. و من ثم يختلف الدفع بالغش عن دعواه من عدة نواح، فمن ناحية كان الدفع بالغش يمنح للمدعى عليه إذا لم يكن قد قام بتنفيذ التصرف الذي انعقد تحت تأثير التدليس، أما دعوى الغش فكان يستعملها المدعى عليه إذا كان قد قام بتنفيذ التصرف، وذلك من أجل تعويضه عما لحقه من ضرر[5]، ومن ناحية أخرى لم يكن الدفع بالغش خلافاً لدعوى الغش يسقط بمضي المدة،

---

(١) G. May; op. cit., p. 298, A. E. GIFFARD; op. cit., n°373, p. 247.

(٢) تتميز دعوى الغش أو التدليس بالعديد من الخصائص ومنا أنها كانت دعوى شخصية لا تمنح إلا ضد المدلس فقط، وبالتالي لا تمنح ضد المتصرف إليه حسن النية، أو الطرف الثاني في العقد إذا لم يكن شريكاً في الطرق الاحتيالية كما أنها دعوى بسيطة لا يحكم فيها إلا بقيمة الضرر فقط، كما تتميز بأنها دعوى جنائية ما ترتب عليها العديد من النتائج منها أنها كانت موقوتة بمدة سنة واحدة فقط يسقط الحق في رفعها بعد ذلك، هذا وقد زيدت هذه المدة إلى سنتين في عهد قسطنطين، ولا يجوز رفعها ضد ورثة المدلس، كما يجوز رفعها بطريق التخلي إذا كان مرتكب التدليس خاضع لسلطة غيره كما تتميزا بأنها كانت دعوى تحكمية أي يستطيع المدلس تفادي الآثار التي تترتب على الحكم ضده في دعوى التدليس إذا امتثل لأمر القاضي برد الشيء محل التصرف الذي شابه التدليس، كما لا يجوز الجمع بين هذه الدعوى وبين الدعاوى المدنية، كما تميزت أخيراً بأنها كانت دعوى احتياطية بمعنى أنه لا يجوز استعمالها إلا إذا لم يكن أمام من وقع ضحية الغش وسيلة أخرى لحمايته وتعويضه عن الضرر، راجع: صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤٤٨ – ٤٥١، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٣، ٣٣٤، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٥٠، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٨٠.
A. E. GIFFARD; op. cit., n°373, p. 248.

(٣) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٤) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠١، ٢٠٢.
G. May; op. cit., pp. 298 - 299, A. E. GIFFARD; op. cit., n°374, p. 248.

(٥) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

بمعنى أن للمدعى عليه استعماله مهما مضت من مدة بعد كشف الغش، وأخيراً كان مجال استعمال الدفع بالغش أوسع من مجال استعمال دعوى الغش، ويظهر ذلك في أن الدفع بالغش كان يمنح بالنسبة للغش أو التدليس الذي يقع أثناء إبرام التصرف القانوني، أو التدليس اللاحق لتاريخ إبرام التصرف (كالغش في مرحلة التقاضي)[1]، وهو ما يسمى بالتدليس الحال dolus praesens الذي يرتكز على أساس الخطأ الموضوعي في رفع الدعوى، وليس على أساس اعتبار التدليس من عيوب الإرادة، وهو ما يؤكد أن الرومان لم يقيموا علاقة بين فكرة الغش وفكرة "التراضي"، وإنما ارتبط التدليس لديهم بسلوك الفرد حتى ولو كان هذا السلوك في ذاته يمثل الممارسة المشروعة لحق من الحقوق، كما في حالة التدليس الحال؛ لأن الغش في هذه الحالة تدخل في مرحلة ما بعد تمام التصرف وتجاوز مرحلة تلاقي الرضاء[2].

أما الوسيلة الأخيرة التي ابتدعها البريتور لمعالجة آثار التدليس التي يبدو أنها جاءت من حيث ظهورها في نهاية سلسلة التطور، فتتمثل في (أمر إعادة الشيء إلى أصله) [3]، وهي وسيلة تستند إلى السلطة الآمرة وصلاحيات الأمن التي كان يمارسها البريتور [4]، وهذا الأمر هو قرار يصدر من البريتور باعتبار تصرفاً قانونياً تم وفقاً لأحكام القانون المدني، كأن لم يكن نظراً لكونه يتجافى مع العدالة، وذلك دون أن يعلن صراحة أنه يلغيه، وبذلك يمنع البريتور بهذه الوسيلة الافتراضية الإجرائية من ترتيب التصرف القانوني المبني على غش والمجافي للعدالة لآثاره، بدافع تحقيق العدالة[5].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٤٨، ٣٤٩.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٩، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠٦، ٢٠٧، من المعروف أن نطاق استعمال الدفع بالتدليس قد اتسع منذ القرن الثالث الميلادي بحيث أصبح يستعمل في كل حالة يكون فيها رافع الدعوى قد خالف العدالة أو غير محق في رفعها رغم عدم ارتكابه لأية خديعة أو غش، فهو يستعمل في كل الحالات التي كان يمنح فيها البريتور دفعاً مبنياً على الواقع ومن أمثلة ذلك ما ورد في نظم جستنيان من جواز استعماله ضد من يتمسك بعقد أو وصية في الحالات التي لم تتصرف إليها نية المتعاقدين أو نية الموصي، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، هامش ص ٣٤٨.

(٣) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

A. E. GIFFARD; op. cit., n°375, p. 249.

(٤) ميشيل فيلية، القانون الروماني، ترجمة هاشم الحافظ، جامعة بغداد، المكتبة المركزية، ص ١٢٨، ١٢٩.

(٥) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٥، ومن الجدير بالذكر أنه نظراً لخطورة الآثار المترتبة على هذا الأمر فقد أحيط ببعض الضمانات، فمن ناحية كان البريتور لا يمنح أمر إعادة الشيء إلى أصله إلا بعد أن يقوم بفحص الموضوع ومن ناحية أخرى لم يكن البريتور يمنح هذا الأمر إلا في حالة عدم وجود=

وعلى هذا يمكن القول بأن تلك الوسائل الثلاث التي قررها البريتور لمعالجة آثار التدليس أو الغش كانت تؤدي في النهاية إلى إبطال آثار العقد الذي شابه الغش والتدليس[١]، مع ملاحظة أنه ينبغي التمييز بين استعمال هذه الوسائل في إطار عقود القانون الضيق من ناحية، وعقود حسن النية من ناحية أخرى، وذلك على النحو التالي:

ـ من ناحية أولى كان للمتعاقد الذي وقع ضحية غش أو تدليس في عقود القانون الضيق إما أن يرفع دعوى الغش بشرط عدم تمكن هذا المتعاقد من الحصول على التعويض عن الضرر الناتج عن الغش بطريق آخر، أو يطلب من البريتور إصدار أمر بإعادة الشيء إلى أصله، وذلك في حالة قيام المتعاقد بتنفيذ الالتزام، أما إذا لم يكن قد قام بالتنفيذ وقام المدلس بمقاضاته ليطالبه بمقتضى العقد، فله في هذه الحالة أن يدفع دعوى المدلس بدفع منحه إياه البريتور، وهو الدفع بالغش[٢].

أما المتعاقد الذي وقع ضحية غش أو تدليس في عقود حسن النية، فكان يحق له إما استعمال الدفع بالتدليس إذا طالبه المدلس بتنفيذ العقد، ولم يكن قد تم تنفيذه، وإما مقاضاة المدلس بموجب الدعوى الناشئة عن العقد وليس دعوى الغش، نظراً لأن الامتناع عن الغش مفترض في عقود حسن النية[٣]، ومن ثم فالغش في هذه العقود يجازي عليه بوصفه إخلالاً بالتزام تعاقدي لا بوصفه جريمة أو فعلاً ضاراً[٤].

ـ ومن ناحية أخرى يجب على المدلس عليه عند رغبته في استعمال الدفع بالغش في عقود القانون الضيق أن يطلب من البريتور حال رفع الدعوى عليه إدماج الدفع بالغش في صيغة الدعوى؛ لأن عقود القانون الضيق لا تدفع المطالبة بمقتضاها بأي دفع لم تتضمنه الصيغة[٥]، أما في عقود حسن النية فلا توجد حاجة لطلب تضمين صيغة الدعوى فيها صراحة بهذا الدفع؛ لأن صيغة دعوى حسن النية تعد منطوية ضمناً على هذا الدفع، نظراً لتضمن هذه الدعاوى شرطاً يوجب على القاضي البحث في التزامات الطرفين وفقاً لمقتضيات حسن النية[٦].

=وسيلة أخرى لتحقيق العدالة، أنظر محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٤- ٣٧٥.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٥١، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣١١.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) G. May; op. cit., p. 299, R. D. MELVILLE: op. cit., p. 327.

٣- الإكراه[١]:

الإكراه هو:- تهديد شخص لآخر بإلحاق الأذى به لحمله على إجراء تصرف لم يكن ليفعله لو كان حراً مختاراً[٢]، أو هو غصب الملتزم على التعاقد بالإرهاب[٣]، كمن يهدد شخصاً بالقتل لحمله على نقل ملكية شيء معين إليه مثلاً .

والإكراه بالمعنى السابق والذي يقتصر على التهديد بالأذى لم يكن محل عقاب في القانون الروماني، طالما لم يقع الأذى المهدد به بالفعل، ومن ثم لم يكن له تأثير على صحة أو فعالية التصرف الذي تم تحت تأثيره[٤]، أي إن الرومان لم يعدوا قط مثل هذا الإكراه عيباً من عيوب الرضاء، حيث لاحظوا أن العقد الذي يعقده المكره تحت تأثير الخوف لا ينقصه الرضا، فالمكره قد رضي بالعقد ليتفادى التهديد، أي إن المكره في هذه الحالة مخير في الواقع بين أحد أمرين: التعاقد أو الوقوع في المكروه الذي يخشاه، فإذا اختار التعاقد فقد اختار أهون الشرين، ومن ثم فالمكره قد رضي بالعقد ليتفادى التهديد؛ ولذلك فإنهم يقولون (أن المكره راض وإن لم يكن مطلق الاختيار في رضاه) ومن ثم يعتبر عقد المكره في الأصل صحيحاً لتوافر أركانه جميعاً بما فيها الرضا والإرادة وإن كانت غير حرة[٥].

ولا شك أن عدم العقاب على مجرد التهديد بالأذى، طالما لم يقع بالفعل كان يتفق مع حالة المجتمع الروماني في صورته البدائية، فمن ناحية كانت العقوبات المقررة للأفعال المهدد بها عند وقوعها من الجسامة بحيث تكفل إلى حد كبير منع تنفيذ مثل هذا التهديد بها، ومن ناحية أخرى كان للشكلية دور كبير في عدم عقاب الرومان على الإكراه، حيث كانت التصرفات القانونية قليلة العدد تحوطها الشكليات والرسميات الجامدة التي تحقق العلانية، وهو ما يحول إلى

---

(١) E. PETIT; op. cit., p. 295, W. A. HUNTER; op. cit., pp. 594 - 595, G. May; op. cit., pp. 299 - 300, A. E. GIFFARD; op. cit., n°369 - 371, pp. 245 - 246, R. D. MELVILLE; op. cit., pp. 326 – 328.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣١٤، عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(٣) عبد السلام ذهني بك، مذكرات في القانون الروماني، نظرية الالتزامات عند الرومان، ١٩٢٢ – ١٩٢٣، ص ٤٦، بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، ص ٥٤٠.

(٤) R. D. MELVILLE; op. cit., p. 327, P. HUVELIN; op. cit., p. 131, W. A. HUNTER; op. cit., p. 594.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٧، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٨١.
W. A. HUNTER; op. cit., p. 594, R. D. MELVILLE; op. cit., p. 327.

حد كبير دون انعقادها تحت تأثير مثل هذا التهديد[١]، فقد كانت هذه التصرفات تتم وفق أوضاع شكلية يشهد عليها عدد من الأشخاص، سواء بوصفهم ركناً في التصرف، أو بوصفهم مجرد شهود[٢]، وأخيراً كان الرومان في هذا العصر نظراً لخشونة أخلاقهم، لا يرون في تهديد أحدهم الآخر أمراً يدعو إلى المؤاخذة أو يستوجب الجزاء[٣].

و الواقع أن خروج المجتمع الروماني من هذه الحالة البدائية وما ترتب عليه من تخفيف العقوبات على مثل هذه الأفعال المهدد بها قد أدى الى إمكان حدوث مثل هذا التهديد، وقد ارتبط مثل هذا التطور بتطور آخر في كيفية إجراء التصرفات تمثل في التخفيف من إجراءاتها الشكلية والرسمية على نحو جردها من جانب كبير من العلانية التي كانت تحول دون إمكان إبرامها تحت تأثير التهديد بالأذى[٤]، حيث ظهرت التصرفات القانونية الرضائية التي لا تحتاج لانعقادها إلى أي إجراءات شكلية، وإنما تتم بمجرد التراضي، وهو ما سمح بظهور الإكراه في التصرفات القانونية[٥]، كما لحق التطور بأخلاق الرومان، حيث أصبحت أخلاقهم أكثر رقة، فأصبح الإتيان بفعل مثل الإكراه وعدم تقرير جزاء على ذلك أمرا يهز ضمير المجتمع[٦]، وهو ما فرض ضرورة العقاب على الإكراه وإزالة آثار التصرفات التي تمت تحت تأثيره[٧]، حيث تدخل البريتور، وقرر أنه "لن يحمي أي تصرف يتم نتيجة إكراه"[٨]، فاعتبر التصرفات التي تحت تأثيره عديمة الأثر، واعتبر الإكراه مثل الغش جريمة تنشأ عنها دعوى جنائية[٩].

وقد قرر البريتور ثلاث وسائل قانونية لتعويض المكره عن الضرر الذي أصابه بسبب الإكراه، أو لرفع الضرر عنه، وتتمثل هذه الوسائل في دعوى الإكراه(action quod metus

---

(١) عكاشة محمد عبد العال و طارق المجذوب، المرجع السابق، ص٤٦١.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص٣١٥، السيد فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني، رسالة سابقة، ص ٢٧٧، عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٦١، ٤٦٢.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣١٥.

(٤) عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٦٢.

(٥) محمود سلام زناتي المرجع السابق، نفس الموضع ، عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧) توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية للطبع والنشر، ١٩٨٥، ص ٤٢٢.

(٨) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠٩، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٤٢٢.

(٩) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٧٨، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

A. E. GIFFARD; op. cit., n°371, p. 246.

causa)، والدفع بالإكراه(exceptio quod metus causa)، وإعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum) للوصول إلى فسخ التصرف ذاته[١].

ـ أما الوسيلة الأولى وهي دعوى الإكراه، فقد كانت دعوى جنائية تؤدي إلى الحكم على الجاني بغرامة تقدر بأربعة أمثال قيمة الضرر على عكس دعوى الغش التي كان يحكم فيها بقيمة الضرر فقط، ويجوز رفع دعوى الإكراه على من استفاد من الإكراه أو على ورثة المكره بقدر ما استفادوا من الإكراه، خلافاً لدعوى الغش التي لا تقام إلا على الفاعل أو ورثته فحسب[٢] كما كانت دعوى الإكراه دعوى تحكمية مثل دعوى الغش، بمعنى أن القاضي عندما يثبت لديه وقوع الإكراه، وقبل الحكم بالغرامة يصدر أمراً إلى المكره يدعوه فيه إلى أن يرد ما أخذه في العقد كرهاً، فإن رد ما أخذه قضى الأمر، وإلا حكم القاضي عليه بالغرامة[٣]، وتسقط هذه الدعوى بمضي سنة من وقت ارتكاب الإكراه، وإن كان من الممكن إعطاؤها بعد مضي هذه المدة، ولكنها في هذه الحالة كانت تؤدي إلى الحكم بقيمة مصلحة المجني عليه فقط، وليس أربعة أمثال القيمة كما أن البريتور يحتفظ لنفسه في هذه الحالة بالحق في منحها أو رفضها بعد أن يقوم بفحص الموضوع[٤] وأخيراً كانت دعوى الإكراه خلافاً لدعوى الغش دعوى أصلية وليست احتياطية، فلا يحتاج رفعها استنفاد الطرق القانونية الأخرى أولا قبل إقامتها[٥].

ـ أما فيما يتعلق بالوسيلة الثانية التي قررها البريتور لمعالجة آثار الإكراه، فهي الدفع بالإكراه(exceptio metus) حيث كان للمتعاقد الذي كان ضحية الإكراه أن يدفع دعوى الجاني الذي يطالبه بتنفيذ التصرف الذي شابه الإكراه، إذا كان لم ينفذ كما في حالة الدفع بالغش، وبذلك لا يتمكن المكره من الحصول على تنفيذ العقد الذي عقد في ظل الإكراه[٦].

ـ وأخيراً كان بين يدي المكره وسيلة ثالثة إضافة للدعوى والدفع، وهي إعادة الشيء إلى أصله(in integrum restitutio) يلجأ إليها المكره في حالة تنفيذ التصرف بالفعل، حينما تكون دعوى الإكراه بالرغم من إمكان رفعها غير مجدية؛ نظراً لإعسار المكره أو للحاجة إلى فسخ

---

(١) E. PETIT; op. cit., p. 296, G. May; op. cit., pp. 299 - 300, A. E. GIFFARD; op. cit., n°369, p. 245.

(٢) A. E. GIFFARD; op. cit., n° 371, p. 246.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٨١، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ٣١٧.

(٥) السيد فوده، الرسالة السابقة، ص ٢٧٩.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣١٨.

A. E. GIFFARD; op. cit., n°371. p. 246.

التصرف ذاته، حيث يستطيع المكره من خلال هذه الوسيلة الرجوع إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، أي إلى إلغاء وإعدام الآثار التي ترتبت على التصرف الذي عقد تحت تأثير الإكراه[1].

نخلص مما سبق، إلى أنه كان لسيادة الشكلية في القانون الروماني دور كبير فيما تبناه القانون الروماني من موقف تجاه فكرة عيوب الإرادة، سواء أكان فى مراحله الأولى والتى لم يعتد فيها بعيوب الإرادة نتيجة لسيادة هذه الشكلية الجامدة في التصرفات القانونية ، أم في المراحل التالية التي ظهرت فيها فكرة عيوب الإرادة بظهور بعض التصرفات الرضائية مع بقاء الشكلية أصلا عاما في التصرفات القانونية، حيث ألقت هذه الشكلية بظلالها على كيفية مواجهة المشرع الروماني لعيوب الإرادة، فكانت هذه الشكلية سبباً في الالتجاء إلى وسائل ملتوية لتحقيق العدالة في المعاملات مع عدم المساس بقواعد الشكلية التي كانت تستند إلى قواعد القانون المدني الروماني؛ ولذا قامت الحماية عن طريق الوسائل البريتورية أو الأوامر التي استحدثها البريتور، ولم يكن في استطاعته أن يعارض بها قواعد القانون المدني صراحة، بل كان يحتال على تعطيلها بطريقة غير مباشرة، فأوجد دعاوى ودفوع التدليس والإكراه والأمر بالاسترداد لمواجهة التدليس والإكراه، وكانت كل هذه الوسائل تفترض أساساً جنائياً لكل من التدليس والإكراه، أما الأخذ بالغلط فكان محصوراً بشكل كبير في عقود حسن النية، دون اعتبار هذا الغلط عيباً يختل بسببه الرضا، إنما نظروا إلى الغلط باعتباره يؤدي إلى هدم وانهيار ركن من أركان العقد.

---

(١) عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٦٢، ٤٦٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣١٨.

A. E. GIFFARD: op. cit., n°371. p. 246.

المطلب الثالث

أثر الشكلية على التفسير في القانون الروماني

يعد التفسير من الظواهر التي تصاحب وجود القانون، سواء أكان مصدر هذا القانون العرف أم التشريع[1]؛ ولذا تحتل نظرية التفسير أهمية كبيرة في الأنظمة القانونية المختلفة، سواء أتعلق هذا التفسير بالنصوص القانونية أم بالتصرفات القانونية التي يجريها الأفراد[2].

وقد وجدت هذه الظاهرة مصاحبة لنشأة القانون الروماني حتى في صورته العرفية، ولكنها لم تتضح فيه وتكتسب صفة مستقلة إلا بعد أن احتل التشريع مكانه بوصفه مصدرا من مصادر هذا القانون بصدور قانون الألواح الإثنى عشر وما تلاه من قوانين[3]، ومن ثم فقد عانقت مشكلة التفسير وجهي الصورة (الشكلية والرضائية) في القانون الروماني، في تسجيل كامل لتطوره، ومعايشتها الكاملة لهذا التطور، حيث خاطبت مشكلة التفسير قبل كل شيء موضوع الشكلية، ثم دور الإرادة، وارتبطت بوضع الفقه في القانون القديم، حيث كان القانون

---

(١) عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٢) ينقسم التفسير بحسب موضوعه إلى تفسير يتعلق بالنصوص القانونية، وآخر يتعلق بالتصرفات القانونية التي يجريها الأفراد ويقصد بتفسير القانون أو النصوص القانونيه في العصر الحديث: الاستدلال على الحكم القانوني من نصوص التشريع من خلال توضيح ما أبهم من ألفاظ القانون وتحديد نطاق تطبيق النص القانوني وبحث معاني الألفاظ التي استعملها الشارع والتوصل إلى قصد واضع القانون، مع تقيد المفسر بشرط عدم تغييره أو تبديله لنصوص القانون أما عن تفسير القانون عند الرومان فقد كان له معنى أوسع من مدلوله في القانون الوضعي، فلم يكن التفسير عندهم يقتصر على الاستدلال على الحكم القانوني من نصوص التشريع بل يشمل أيضاً ابتكار وخلق القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تجد في المجتمع، أما فيما يتعلق بتفسير التصرفات القانونية فيقصد به تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى التصرف من غموض (ناتج عن افتقاد التطابق بين الإرادة والتعبير عنها) للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستنداً في ذلك إلى صلب التصرف والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به.

أنظر، صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، هامش، ص ٢٢، عبد الحكم عبد البصير فوده، النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة سابقة، ص ٩، ١٠، محمد كامل مرسي بك، سيد مصطفى بك، أصول القوانين، المطبعة الرحمانية بمصر، ١٩٢٣، ص ٢٦٩.

(٣) عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

وتفسيره احتكاراً كاملاً لرجال الدين، ثم عاصرت التطور مع الفقه الحر[1]، وذلك بعد ظهور الرضائية في القانون الروماني وتشبع الفقهاء الرومان بروح الفكر الفلسفي الإغريقي.

وعلى ضوء ما سبق نتناول مشكلة التفسير في القانون الروماني في ظل سيادة الشكلية في هذا القانون لمعرفة مدى تأثر مسألة التفسير بهذه الشكلية، سواء أكان ذلك من حيث مفهومها أم نطاقها أم طرق التفسير التي خضعت لها، ثم نعرض للتطور الذي لحق بمسألة التفسير بظهور الرضائية وانتشار الثقافة الإغريقية في القانون الروماني.

أولاً: عدم ظهور مشكلة التفسير بمفهومها الحديث وعلاقتها بسيادة الشكلية في القانون الروماني:

كانت للشكلية المطلقة التي غلبت على التصرفات والأعمال القانونية في عصر القانون القديم أثرها البالغ على نظرية التفسير عند الرومان، فالقانون الروماني – كما سبق ذكره – كان صارماً في تطبيقه محدداً للغاية في نتائجه[2]، اصطبغت قواعده كافة بطابع الشكلية الصارمة، فلم يكن يترتب على الإرادة ذاتها أي أثر، بل كان لابد من إفراغ رضاء المتعاقدين في قالب شكلي معين، لكي يصبح العقد ملزماً، وتترتب عليه جميع آثاره عملاً بالقاعدة الأصولية المقررة في القانون الروماني (الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام) [3]، فالشكلية عند الرومان لم تكن مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، بل كانت العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون، ويرتب عليه الأثر، ولذلك فإن آثار التصرف القانوني كانت تترتب بمجرد تمام الإجراءات الشكلية حتى ولو كانت الإرادة معيبة أو كانت بدون سبب أو كانت غير مطابقة لحقيقة ما قصد إليه من عبر عنها[4].

ونتيجة سيادة الشكلية في هذا العصر ظهرت شكلية التفسير صدى لهذا الوضع الذي ظهر به القانون القديم، حيث توازي الخطان، وسار التفسير في الاتجاه نفسه، فاعتنق فقهاء روما اتجاه "التفسير الحرفي الملتزم ex verba " سبيلاً إلى تفسير كل من النصوص القانونية،

---

(١) محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً وفقيهاً، بحث بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، يوليو ١٩٧٥، ص ٦٩.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٣) F. SCHULZ; History of roman Legal Science, op. cit., pp. 24 - 25. A. E. GIFFARD; op. cit., pp. 26 – 27. P. HUVELIN; op. cit., p. 40. R. VILLERS; Rome et le droit privé. op. cit., pp. 62 – 63. R. D. MELVILLE; op. cit., p. 303. R.FOIGNET et E. Dupont . le droit romain des obligations . 5 ed.paris ,1945.P.14 -15.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧.

B. NICHOLAS: An introduction to roman law. op. cit., p. 61.

والتصرفات التي يجريها الأفراد[١]، وذلك على الوجه التالي:

بالنسبة لتفسير النصوص القانونية كان تفسيراً حرفياً يعتمد على ظاهر النصوص وحدود الكلمات وظواهر الأمور، دون الاكتراث على الإطلاق بروح هذه النصوص أو مقاصد المشرع الحقيقية[٢]، فكان الفقهاء يقفون عند المعنى الحرفي للنصوص، وينساقون وراء تطبيقها المنطقي البحت[٣]، دون أي محاولة لسد أي نقص يظهر في القانون الروماني من خلال استنباط أحكام أو قواعد جديدة تستقى من النصوص المقررة، وتتلاءم مع الظروف المتجددة في حياتهم، وهو ما أدى إلى استمرار تطبيق القانون تطبيقا آليا وعشوائيا كله ضيق وصرامة لا هوادة فيه، فظل القانون جامداً لا يتحرك عقيماً لا يتطور أسيراً للشكلية الكاملة التي سادت كل شعاب هذا القانون بما فيها تفسيره، وذلك لفترة كبيرة[٤].

ولم تقتصر شكلية التفسير عند الرومان على تفسير النصوص القانونية، بل امتدت لتشمل وبشكل أوضح تفسير التصرفات القانونية.

ففي ظل سيادة "مبدأ الشكلية" أعطيت القيمة الأولى للكلمات المستعملة، فهي محترمة إلى درجة التقديس، فلا كلمة تزيد ولا أخرى تنقص، ولا كلمة تحل مكان كلمة أخرى، وإلا تغيرت طبيعة التصرف ذاته، أو أدى ذلك إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً[٥]. وهو ما يعني أنه في نطاق أحكام التصرف القانوني كان القانون الروماني ينتصر لعامل الاستقرار انتصاراً كاملاً، وكانت أداته الفنية هي الشكل الذي يقطع في وجود التصرف وصحته بغير اهتمام بما وراءه من إرادة حقيقة أو ظروف واقعية[٦]، وهو ما جعل العبرة في القانون الروماني بالألفاظ والمباني، لا بالمقاصد والمعاني[٧]، وفي مثل هذا المناخ الذي لم يقم أي اعتبار للإرادة، ومن حسن النية أو سوءها وقف القاضي عاجزاً عن تفنيد حقيقة ادعاءات الخصوم أو التعميق بين نواياهم[٨]، فالشكلية ولا

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٧١.

(٢) أنظر محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦٠، ٦١.

(٣) أنظر: مصطفى سيد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق – ص ٣٨٦.
R. D. MELVILLE; op. cit., p. 40.

(٤) راجع، محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً، مرجع سابق، ص ٧٠، ٧١.

(٥) محمود السقا ، المرجع السابق، ص٧٠.

(٦) محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة سابقة، ص ٤، ٥.

(٧) محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢.

(٨) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٧٠.

شيء غير الشكلية هي المسألة الوحيدة التي يبحث فيها القاضي للحكم بصحة التصرف القانوني أو بطلانه[1]، كما اقتصرت مهمة المفسر نتيجة سيادة الشكلية على التثبت من أن التعبير الذي تفوه به المتعاقدان قد تم وفق الطقوس الرسمية المقررة دون الانشغال بالنية التي تستتر خلفه[2]، وهو ما يعني أن هيمنة الشكلية على التصرفات القانونية في هذا العصر قد أدت إلى خضوع هذه التصرفات في تفسيرها لطريقة مادية أو مطلقة (methode subjective d'interpretation) لا قيمة فيها لأي إرادة لم يعبر عنها، بل بالعكس يعطي لما قيل دون أن يراد كل القيمة، حتى ولو ثبت في أي الحالتين اختلاف اللفظ عن الإرادة بوضوح لا يترك مجالاً للشك، حتى ولو كان الخصم على علم بذلك، بما يعني أنه تفسير يعتمد اعتماداً كلياً على الشكل أو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، ولا يتعداه للتفتيش والبحث في إرادة الأفراد الذين يجرون تصرفاتهم القانونية، ويبرر اهرنج هذا الوضع بقوله "ما دامت قيمة التصرف مستقرة في الألفاظ التي تعبر عنه ولا شيء غير هذه الألفاظ، فلا سبيل إلى تغيير طاقة اللفظ المختار اختياراً جيداً بطريق الفن أو التفسير، إذ نتيجة التفسير معروفة مقدماً على وجه التأكيد"[3].

وعلى ضوء ما سبق يتبين لنا أنه كان للدور الذي لعبته الشكلية خلال عصر القانون القديم أثره في عدم ظهور مشكلة التفسير بالصورة التي نعرفها حالياً في الشرائع الحديثة[4]، وبيان ذلك:

أن تفسير التصرفات القانونية هو البحث أو الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين لكشف ما اعترى التصرف من غموض للمعنى، ولا اللفظ الناتج عن عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها[5]، ومن ثم فإن أساس التفسير ومبتغاه هو الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا تثور مسألة التفسير إلا عند افتقاد التطابق بين الإرادة والتعبير عنها؛ لأنه بحدوث هذا التطابق تكون الإرادة واضحة، ومن ثم فلا محل للتفسير؛ لأن الواضح لا يفسر[6].

---

(١) DE SAINTE CROIX: étude sur l'exception de dol en droit romain. thèse cité. p. 4-5

(٢) عبد الحكم فوده، الرسالة السابقة، ص ٣.

(٣) IHERING: l'esprit du droit romain. T.3. p. 143, 147.

(٤) أشار إليه لدى محمود أبو عافية، الرسالة السابقة ، ص ٤٧.

(٥) انظر عبد الحكم فوده، الرسالة السابقة ، ص ٣، ٤، ٢٤ وما بعدها.

(٦) انظر أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزامات في القانون المصري، مرجع سابق، ص ٢٠٢، مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني ، مرجع سابق، ص ١١٠، عبد الرحمن عياد، مبادئ الالتزام، المرجع السابق، ص ٦١.

(٧) عبد الحكم فودة، الرسالة السابقة، ص ٣، ١١، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

وبالنظر إلى القانون الروماني في هذه الفترة نجده يفتقد لجميع المقومات والأسس التي يقوم عليها تفسير التصرف القانونى في العصر الحديث، فهو من ناحية كان قانوناً يتميز بسيادة الشكل دون المضمون والظاهر دون الجوهر[١]، في مجال التصرفات القانونية، فلا نجده يحفل بالإرادة ولا يقيم لها أدنى وزن سواء أكان في إنشاء التصرف أم ترتيب آثاره، فالأطراف المتعاقدة كانت تنطق بكلمات محددة، لها مدلولها الفني الدقيق، ومن ثم فإنه لا ينظر إلى الإرادة الداخلية وإنما إلى التعبير الخارجي لها[٢]، فكانت العبرة بالشكلية وليس الإرادة ظاهرة كانت أو باطنة[٣].

ومن ناحية أخرى أدت السيادة الكاملة للشكلية في التصرفات القانونية إلى عدم معرفته لفكرة التقابل بين الإرادة والتعبير عنها في التصرف القانوني، أي الازدواج بين الإرادة والتعبير الذي ينجم عن المقارنة بين المضمون الحرفي للتعبير (الإرادة الظاهرة)، وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة (الإرادة الباطنة)، لأن شكلية التصرفات في القانون الروماني جعلت التعبير لا يصور على أنه مجرد أداة تترجم إرادة محددة، بل كان التعبير يعكس مضمون التصرف القانوني ذاته، ومن ثم كان التصرف القانوني ومضمونه يكونان وحدة عضوية واحدة[٤]، وعلى هذا ففي ظل قانون مثل القانون الروماني لا يقيم أدنى وزن للإرادة، في إنشاء التصرفات أو ترتيب آثارها، ولا يتضمن اصطلاحا مقابلا للتعبير يسمي الإرادة الحقيقية (أو الإرادة الباطنة حسب التعبير الحديث) كان من المنطقي القول بأن مسألة التفسير بمفهومها الحديث التي يرتكز أساسها ومبتغاها على البحث عن الإرادة الحقيقية لطرفي التصرف؛ لكشف غموض المعنى في التصرف، لم تكن محل اعتبار ولا تكاد تظهر في القانون الروماني شأنه في ذلك شأن جميع الشرائع الشكلية التي يلتزم فيها المتعاقدان بمراعاة أشكال معينة، متى روعيت هذه الأشكال أسفرت عن نشوء التزام معلوم الحدود مقدماً على وجه لا يختلف باختلاف إرادة المتعاقدين، وإذا لم تراع الأشكال فلا عقد ولا التزام[٥].

ثانياً: ظهور مشكلة التفسير وعلاقتها بالدور الجديد للإرادة في القانون الروماني

شهد المجتمع الروماني، وخاصة منذ نهاية الحرب البونية الثانية (حوالي ٢٠٠ق.م.)

---

(١) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط، مرجع سابق، ص ١٣، ١٤.

(٣) صوفي أبو طالب، الوجيز فى القانون الرومانى، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، دون ناشر ١٩٩٤، ص ٣٩.

(٥) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد،مرجع سابق، ص ٢٧٦.

تطوراً كبيراً سواء أكان ذلك من الناحية الاجتماعية أم الاقتصادية أم الفكرية[١]، نتيجة سلسلة الفتوحات التي قامت بها روما، وأحكمت من خلالها سيطرتها على بلدان البحر المتوسط، وكونت دولة مترامية الأطراف تمازجت فيها الحضارات، وهو ما أدى إلى خروج روما من عزلتها القديمة والتقائها مع العالم الخارجي[٢]، وتحول المجتمع الروماني من مجتمع زراعي منغلق على نفسه إلى مجتمع تجاري منفتح على العالم، وهو ما استلزم تخلي المجتمع الروماني عن قواعده القديمة القائمة على الشكلية التي لم تعد تتناسب مع هذه المرحلة الجديدة التي تتطلب فيها التجارة التخلي عن الشكلية ووضع قواعد أكثر بساطة لحكم المعاملات التجارية مع الأجانب[٣].

ومن ناحية أخرى شهدت روما ثورة فكرية فلسفية على أثر اتصالها ببلاد الإغريق، وانتشار الثقافة الإغريقية بينهم، خاصة في فروعها الثلاثة (المنطق وقواعد اللغة والفلسفة)، حيث ظهر أثر هذه الفروع الثلاثة في محيط القانون الروماني، سواء أكان في استحداث نظم قانونية جديدة، أم في القضاء على الشكلية، أم في تفسير القواعد القانونية القديمة[٤].

وبناء على هذا فقد بدأت الشكلية تتراجع لتفسح الطريق أمام الإرادة بالنسبة للتصرفات القانونية التي تبرم بين الأفراد، حيث ظهرت عقود غير شكلية أساسها الرضاء وهي (الشركة والوكالة والبيع والإجارة)، كما ظهرت عقود حسن النية التى تشمل العقود الرضائية السابقة إضافة إلى (الرهن والوديعة والعارية والائتمان)، وهي عقود يتمتع القاضي حيالها بسلطة واسعة في التفسير، إذ يعتمد في ذلك على مبادئ حسن النية، ومراعاة الإرادة الحقيقية للطرفين أيا كان التعبير عنها صريحاً أو ضمنياً[٥].

وقد انعكس ذلك الدور البارز والمكانة التي أصبحت للإرادة في مجال التصرفات القانونية على عملية التفسير عند الرومان، يستوي في ذلك تفسير النصوص التشريعية، حيث أصبحت العبرة بروح النص والقصد الحقيقي للمشرع أو تفسير التصرفات القانونية، حيث تغلبت الإرادة على الشكل[٦]، وقد اعتمد الفقهاء في تفسيرهم هذا على ما قدمته لهم العلوم اليونانية من

---

(١) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٢) أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش،مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) J. ZAKSAS; Les transformations du contrat et leur loi, thése, Toulouse, 1939, p. 90.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢١.

(٥) عبد الحكم فوده، الرسالة السابقة، ص ٢٧.

بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مرجع سابق، ص

منهج كامل للبحث يقوم على التعليل المنطقي والقياس والاستنتاج والوصول من النتائج إلى أسبابها ومن الخاص إلى العام[١]، وهو ما ساعد على توسيع دائرة التفسير عند الرومان، وذلك كما يلي:

بالنسبة لتفسير نصوص القوانين، بدأ الفقهاء الرومان تحت تأثير المنطق الإغريقي طرح التفسير الحرفي لنصوص القانون واللجوء إلى التفسير المنطقي[٢]، فلم يعد الفقهاء يقفون عند ظاهر النصوص، وحدود الكلمات، بل بحثوا عن أصول الكلمات وسبر أغوارها ابتغاء الكشف عن مكنونها والتعرف على قصد المشرع الحقيقي، وكان ذلك بالتقريب بين العبارة قيد البحث وما تحتويه من فكرة حتى يمكن الوقوف على معناها الحقيقي[٣]، ولم يكن بحث الفقهاء عن نية وقصد المشرع الحقيقي يقاس هكذا هباء، وإنما كان يسبر الفقيه غور النصوص ويستعرضها مع ظروف التطور في أروقة المجتمع، ويفترض ما كان يفترضه المشرع الموجود في مثل ظروف العصر وأحداثه[٤]، وقد كان الهدف من البحث عن قصد المشرع الحقيقي هو تحقيق العدالة، تلك العدالة التي تختفي وتتزوي ويحل محلها الظلم إذا ما تم تفسير النصوص تفسيراً حرفياً دون البحث عن القصد الحقيقي للمشرع، فالعدالة تقتضي عدم التمسك بحرفية النصوص والانسياق وراء تطبيقها المنطقي البحت، كما تقتضي عدم النظر إلى الفعل في ذاته وإنما للنية الحقيقية للفاعل[٥]، وهو ما عبر عنه شيشرون بقوله "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم"[٦]، وهو ما جعل الفقهاء يقرون مبدأ أن تطبيق القانون يجب أن يكون

---

(١) عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب ،المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٢) R .D .MELVILLE ,op-cit ,p.40

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦٠، ٦١، يذكر أن البحث عن قصد المشرع يكون في حالة ما إذا كان النص قد شابه الغموض والإبهام، ويكون النص مبهماً في حالتين الأولى إذا كان النص يحوي معنيين أو أكثر والثانية هي حالة النصوص المتعارضة، والتي يختلف فيها المعنى الحرفي للنص عن روحه وفحواه الحقيقي، أنظر محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦١.

(٤) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦٣، محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٥) مصطفى سيد صقر ، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

(٦) يذكر أن تلك الحكمة عبر عنها تيرانس في إحدى مسرحياته بقوله "المغالاة في الحق منتهى الظلم"summum jus, summainjuria ورددها من بعده شيشرون ليواجه بها فقهاء عصره الذين عارضوا مبدأ هذه الحكمة منذ البداية ووصلوا إلى حد مهاجمة العدالة ذاتها، وقد رددها شيشرون بالشكل الآتي "الحق الصارم هو بذاته الظلم الصارخ" إلا أن الباحثون ترجموها على أساس أنه أراد القول بأن "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم" أنظر مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨٥، وكذلك محمود السقا، المرجع السابق، ص ٧١.

بروحه لا بنصه، وهو المبدأ الذي كان له أثر بارز في تطور أحكام القانون الروماني القديم، فبعد أن كان قانوناً لا يشتمل إلا على صيغ لفظية آمرة أو ناهية كلها ضيق وصرامة لا هوادة فيها تمكن الفقهاء الرومان باللجوء إلى مبدأ العدالة وما تستلزمه هذه العدالة من ضرورة أن يكون تطبيق القانون بروحه لا بنصه من استنباط واستخلاص قواعد للتفسير أكثر اتفاقاً مع العقل وأمكنهم بذلك توسيع نطاق تطبيق هذا القانون وتبسيط نظمه القانونية وتجريدها شيئاً فشيئاً من الرسميات والشكليات وردها إلى أسس أخلاقية مشبعة بروح العدالة ومبادئ القانون الطبيعي[١].

كما لجأ الفقه الجديد في التفسير إلى مسألة القياس التي عرفوها من خلال دراستهم للمنطق والفلسفة الإغريقية التي بمقتضاها استطاعوا إكمال ما اعترى النصوص التشريعية من نقصان سواء أكان ناجماً عن التمسك بالشكلية القديمة أم مخاطبة فئة معينة من الأشخاص دون الأخرى أم جنس دون الآخر[٢].

ومعنى هذا أن ما دفع الفقهاء الرومان لأعمال منطق القياس هو السبب نفسه الذي دفعهم لانتهاج منهج التفسير المنطقي، وهو وقوف المشرع عاجزاً عن مواجهة كل الحالات التي تحدث في المجتمع، حيث يستحيل على المشرع أن يورد حكماً مستقلا لكل حالة، كما أنه ليس في مقدوره أن يخاطب الحالات التي يمكن أن تحدث مستقبلاً، ومن هنا مثل القياس بصوره المختلفة أهم الوسائل لإكمال نقص النصوص التشريعية الرومانية وقصورها[٣].

أما فيما يتعلق بالتطور الذي لحق بتفسير التصرفات القانونية، فيمكن القول بأنه بعد ظهور العديد من العقود الرضائية، وعقود حسن النية وتشبع الفقهاء الرومان بروح الفكر الفلسفي الإغريقي، وتأثرهم ببعض الأفكار مثل الثقة والأمانة والعدالة وحسن النية والقانون الطبيعي ومبدأ الوفاء بالتعهدات، سواء أكانت في صيغة رسمية أم غير رسمية[٤]، أصبح الفقهاء على إقتناع تام بأنه لكي يؤكد القانون معنى العدالة ومعنى الملاءمة والتعادل بين ما يعطيه الفرد وما يأخذه في مجال معاملاته كما تقضي بذلك مبادئ القانون الطبيعي، ينبغي أن يتم تعظيم شأن القصد (النية) الذي استهدفه المتعاقدان، بحيث يعلو عن الكلمات والتعبيرات المكتوبة، وهو ما

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص٣٨٦.
R. D. MELVILLE; op. cit., pp. 40 – 41.
وفى المعنى نفسه

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦٧، عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب ، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٤) صوفي أبو طالب، الوجيز فى القانون الرومانى، مرجع سابق، ص ٨٦، عبد الحكم فودة، النظرية العامة ، الرسالة السابقة، ص ٢٧.

يستلزم عدم وقوفهم عند ظواهر الأمور وضرورة سبر أغوارها والتعرف على مقاصدها الحقيقية، بحيث تكون العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، لأن الوقوف عند ظواهر الأمور لا يمكن معه الوقوف على حقيقة العلاقات بين الأفراد، وتكون النتيجة والحال هذه أن يحل الظلم محل العدل[١]، وهو ما لا يمكن إقراره بعد تشبعهم بروح العدالة والإنصاف.

وعلى هذا فقد ظهر صدى ذلك الدور البارز والمكانة التي أصبحت الإرادة تتمتع بها في مجال تفسير التصرفات القانونية، حيث تغلبت الإرادة (voluntas) على الشكل (verbis)[٢]، سواء أكان في تفسير التصرفات القانونية ما بين الأحياء أم التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[٣]، فأصبح يتعين على القاضي البحث عن إرادتي الطرفين، وما بينهما من تطابق وإعمال الإرادة الحقيقية للطرفين، دون أن يتقيد بأية ألفاظ منطوقة أو مكتوبة، أو وقائع مادية تفرض عليه الحل، بل إن القاضي أصبح بإمكانه الاعتماد على الإرادة الضمنية إذ لم تتوافر لديه الإرادة الصحيحة، فيستطيع بالإضافة إلى تفسير إرادة الطرفين الصريحة أن يكمل العقد بحسب ما تكشف عنه الإرادة الضمنية لكل منهما[٤]، وهو ما يظهر جلياً في تفسير تصرفات حسن النية في القانون الروماني التي ينحصر جوهرها في الإرادة الخاصة، حيث اتبع في تفسيرها طريقة شخصية أو نسبية (methode subjective d'interpretation) ينظر فيها إلى اللفظ متصلاً بصاحبه، ويسترشد فيها بالظروف الخارجية للوصول إلى ما أراده الشخص في حالة معينة، وهو ما يعني استخلاص المعنى من غير اللفظ ذاته، فكان يسمح للقاضي بأن يتخطى الألفاظ إلى نيات الطرفين، وأن يكمل ما نسيه الدائن، وأن يحمي المدين من المفاجآت التي وقع فريسة لها، ومن العنت المبالغ فيه الناتج عن حرفية العقد[٥].

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول بأنه قد ترتب على تلك التطورات التي حدثت في مجال القانون الروماني وظهور دور بارز للإرادة في مجال التصرفات القانونية ابتداء من العصر العلمي نتيجتان مهمتان في مجال تفسير كل من النصوص القانونية والتصرفات القانونية وهما:

١- أن مشكلة تفسير التصرفات القانونية بمفهومها الحديث قد بدأت تأخذ طريقها في الظهور في القانون الروماني نتيجة غياب الشكلية في العديد من العقود، حيث أصبح التراضي

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

(٢) عادل بسيوني، المرجع السابق ، ص ٢٠٣، ٢٠٤.

(٣) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٤) عبد الحكم فوده، الرسالة السابقة، ص ٢٧.

(٥) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة ، والمراجع المشار لها في الهامش، ص ٤٦، ٤٧.

أياً كان مظهره كافياً لانعقاد العقد، ولم تكن هذه الحرية المعطاة للأفراد في إبرام بعض العقود، وتحديد مضمونها بلا مخاطرة، بل نجمت عنها مشكلة التفسير، إذ وجد القاضي نفسه أمام عنصرين متميزين: الإرادة الباطنة للمتعاقد من جهة، والتعبير المادي الصادر عنها من جهة أخرى، فأصبح هناك إمكانية لافتقاد التطابق بين الإرادة والتعبير عنها، وهو ما يترتب عليه تنازع طرفي العقد من خلال تمسك أحدهما بالتعبير المادي، والآخر بالإرادة الباطنة، وعندئذ تتولد المشكلة ويتعين وجود الحل[1].

٢- أنه بعد صراع فقهي بين الفقهاء ابتداء من العصر العلمي للمقابلة بين الشكلية ودور الإرادة في تفسير النصوص التشريعية والتصرفات القانونية كافة، سواء أكان ذلك حال الحياة أم بعد الوفاة (الوصية) كتبت الغلبة في النهاية لتغليب دور الإرادة، ومن ثم بدأ البحث موجهاً للكشف عن القصد الحقيقي للمشرع أو للأفراد، وكذلك استكشاف روح القانون، فأصبح أمراً مألوفاً في الحياة العملية الاستشهاد بدور الإرادة ووجوب توافرها بوصفه ركنا من أركان التصرفات القانونية، والحديث عن صحتها أو ما تتعرض إليه من عيوب[2]، وهو ما أدى إلى تراجع الصيغ والشكليات العتيقة، وفتح المجال واسعاً لمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ حسن النية[3].

---

(١) عبد الحكم فوده، الرسالة السابقة ، ص ٣، ٤.

(٢) محمود السقا ، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) فايز محمد حسين، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٣٠١.

المطلب الرابع

أثر الشكلية على فكرة السبب في العقود والالتزامات عند الرومان[1]

أولا:- تحديد فكرة السبب بين الفكر القانوني المعاصر والقانون الروماني:

لكلمة السبب أكثر من معنى واحد في الفكر القانوني المعاصر، فهي قد تفيد[2]:

١- السبب الإنشائي أو المصدر المنشئ للالتزام (cause efficiente)

والسبب بهذا المعنى هو المصْدر المنشئ له، فيقال سبب الالتزام هو العقد (عقد البيع في التزام البائع)، أو يقال سببه هو العمل غير المشروع (جريمة السرقة في التزام السارق)، وقد يكون الإثراء بلا سبب أو الإرادة المنفردة، أو القانون أو حكم القاضي.

٢- السبب الدافع أو الباعث (le motif)

وهو الباعث أو الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فمن باع أرضاً له قد يكون الدافع إلى بيعها الضيق الاقتصادي أو الرغبة في شراء أرض أفضل منها أو غير ذلك من الدوافع، ويسمى هذا السبب (سبب العقد).

---

(١) راجع: P. F. GIRARD; op. cit., p. 484 – 488, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; droit romain et ancien droit français, les obligation, DALLOZ, 2e ed 1967. op. cit., n°268 – 270, pp. 182 – 184, P. HUVELIN; op. cit., pp. 139 – 142, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit, pp. 31 – 35.

(٢) راجع: مصطفى سيد صقر بزوغ فكرة السبب مرجع سابق ص ٩ إلى ١٠ هامش رقم (٣)، سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٦، وما بعدها، فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق ،ص ١٥٤ وما بعدها، حلمي بهجت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٧، وما بعدها محمد على عرفة، مبادئ العلوم القانونية، ١٩٤٢، ص ٣٧٦ وما بعدها، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ١٢٨ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٨ وما بعدها، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها وراجع بالتفصيل، محمود محمد شعبان، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي ودراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit. n° 269. p. 183. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 31.

٣- السبب القصدي (la cause finale)

وهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه، فالبيع مثلاً فيه سببان السبب الذي من أجله تعهد البائع وهو قبض الثمن، والسبب الذي من أجله تعهد المشتري وهو تسلم الشيء المبيع ونقل ملكيته إليه، وهذا السبب ثابت لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد من العقود؛ لأنه جزء من العقد ويسمى هذا السبب (سبب الالتزام).

ويتنازع الفكر القانوني المعاصر نظريتان للسبب في مجال العقد هما النظرية التقليدية التي تأخذ بالسبب القصدي، أي إن مفهوم السبب فيها أنه الغرض المباشر من العقد، ولا تعتد هذه النظرية بالنيات والمقاصد والبواعث، أما النظرية الثانية فهي النظرية الحديثة التي تأخذ بالسبب الدافع أو الباعث، فمفهوم السبب عندها. هو الدافع إلى التعاقد أما عن موقف المشرع المصري فيرى أغلب الفقهاء المصريين أن المشرع قد أخذ بالنظريتين معاً، النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام، والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد، إذ تطلب المشرع في المادة (١٣٦ مدني) أن يكون لكل التزام سبب وشرط الوجود لا يتطلب إلا في السبب القصدي، أي سبب الالتزام؛ لأن سبب العقد يفترض دائماً وجوده ولا يتصور انعدامه إلا إذا كان العقد صادراً من غير ذي تمييز، كما تطلب المشرع أن يكون سبب الالتزام مشروعاً، وشرط المشروعية لا يتطلب إلا في سبب العقد، وهو ما يعني أن المادة (١٣٦) أخذت بكل من سبب الالتزام وسبب العقد، وقررت جزاءً على عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته في أي عقد ألا وهو بطلان هذا العقد[١].

أما عن موقف القانون الروماني من فكرة السبب بمعانيها المختلفة التي سبق تناولها، فنجد أنه فيما يتعلق بالسبب بمعنى المصدر أو السبب الإنشائي (cause efficiente) لم يشترط القانون الروماني وجود سبب بهذا المعنى في العقود الرضائية؛ لأنها تنعقد بتوافر أركان ثلاثة هي الرضا والأهلية والمحل، ولا يشترط فيها علاوة على هذه الأركان أو الشروط أي شرط خارجي، فمجرد الاتفاق هو مصدرها على عكس باقي العقود، سواء أكانت شكلية أم عينية أم غير مسماة، حيث اشترط القانون في هذه العقود؛ لكي تنعقد توافر سبب تستند إليه هو المنشئ لها إضافة للرضا والأهلية والمحل[٢].

---

(١) فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٧٢، ١٧٣، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٨٦، ٨٧.

(٢) عمر ممدوح مصطفى،القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٩٠، بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٥٠. وكذلك =

وهذا السبب هو الشكل Forme في العقود الشكلية (الكتابة في العقود الكتابية والعبارات الشفوية في العقود اللفظية)، أما السبب المنشئ في العقود العينية والعقود غير المسماة فقد يكون إما تسليم شيء (res) أو القيام بعمل (factum)، ذلك أن العقد العيني لا ينشأ إلا بتسليم عين معينة، والعقد غير المسمى لا ينشأ إلا إذا قام أحد الطرفين بالعمل الذي تعهد به، فعندئذ ينشأ على الطرف الآخر التزام[١].

أما السبب بمعنى الباعث (le motif): فلم يكن يؤثر الباعث على صحة العقد في القانون الروماني؛ لأن البواعث متعددة ولا يمكن ضبطها على وجه التحديد، ولهذا نصت الموسوعة على أن الباعث الكاذب لا أثر له في قيام العقد أو صحته (falsa causa non nocet) (الموسوعة ٣٩ – ٥ – ٢ –٧) [٢].

وأخيراً وفيما يتعلق بالسبب القصدي (causa finale) بمعنى الغاية المباشرة التي من أجلها تعهد المدين الذي اعتبرته الشرائع الحديثة مثل القانون الفرنسي والمصري شرطاً لصحة العقود والتعهدات – كما سبق ذكره – فالقانون الروماني لم يعد السبب القصدي شرطاً لصحة العقود الشكلية في عهد القانون القديم، ولم يختلف الأمر كثيراً حتى بعد ظهور العقود غير الشكلية، غير أنه كان لفكرة السبب القصدي بعض الأثر في صحة عقد الاشتراط[٣]، وهو ما سنبينه بعد أن نبين العلاقة بين سيادة الشكلية في القانون الروماني وانتفاء فكرة السبب لديهم.

ثانيا: العلاقة بين سيادة الشكلية وانتفاء فكرة السبب القصدي في العقود الشكلية.

كانت التصرفات القانونية في العهد القديم للقانون الروماني – كما سبق القول – خاضعة كلها لسلطان الشكل[٤]، فطريقة التعبير قد حددها القانون في ألفاظ معينة منطوقة كانت أم مكتوبة أو في تسليم شيء، بصورة لا يمكن معها لمن يريد إنشاء تصرف قانوني أن يحيد عنها قيد أنملة، فيلتزم بها التزام الجلد بالجسم، وإلا استحال عليه إنشاء التصرف القانوني المراد

=R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 32.

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٥٠.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 32.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق ص ٤٩٠.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit.. p. 33.

(٣) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°269 p. 183

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، هامش ص ٤٣٠.

إنشاؤه[١]، وهو ما أدى إلى عدم وجود ثمة مكان للإرادة آنذاك في القانون، حيث حجبت الشكلية ظهورها بعد أن طمست استقلاليتها[٢]، فلم تكن الإرادة تتجاوز مطلقاً عالم الحقيقة الواقعية إلى عالم القانون، وإنما ينحصر جوهر التصرف في الشكل القانوني المرسوم، وإليه ترد قوة التصرف الإلزامية[٣]، فكان التصرف يقوم بمجرد استكماله المراسم والإجراءات الشكلية التي يشترطها القانون دون نظر إلى الإرادة الحقيقية لأطراف التصرف[٤]، إذ إن الشكل المادي الذي يجب أن تتجسم فيه الإرادة كان يخفي هذه الإرادة ويغطي مضمونها[٥].

ولم يكن باستطاعة الأفراد أن ينشئوا ما يشاءون من التصرفات القانونية الشكلية لمجرد تلفظهم ببعض العبارات أو أداء بعض الطقوس والشعائر الشكلية، ذلك أن التصرف لا يكون شكلياً إلا إذا نص عليه القانون وتولاه بالتنظيم[٦].

وقد كانت التصرفات الشكلية أو الرسمية التي تولاها القانون بالتنظيم قليلة العدد، بيد أنها من جهة أخرى كانت عامة التطبيق، بمعنى أنها كانت قوالب عامة للعقود، يصب فيها المتعاقدون مختلف أنواع الالتزامات، فالبيع والإيجار والقرض والشركة، وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال التي نظمها القانون حتى يتم انعقادها[٧].

وتنحصر هذه القوالب الشكلية في ثلاثة هي: عقد القرض المسمى (nexum)، والعقد اللفظي (verbis)، وأهم صوره صورة الاشتراط الشفوي (stipulatio) والعقد الكتابي (litteris).

وهذه الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها السبب المدني (causa civilis) أو السبب الإنشائي أي مصدر الالتزام، فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في

---

(١) عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي، والتقنين المدني السوداني، مرجع سابق، ص ٣.

(٢) أنظر عبد الهادي العطافي، ماهية الحق في القانون الخاص، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، سنة ٣٣، عدد ٤، بند ٤٢، ص ٣٩.

(٣) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٤.

(٤) عاطف النقيب، نظرية العقد،مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٥) وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ١٩، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٦) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٧) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤١٧.

القانون الحديث، بل هي سبب لانعقاد العقد، أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون.

وعلى هذا فقد عرف الرومان اصطلاح السبب في العقود الشكلية في هذا العهد بمعنى المصدر المنشئ للالتزام (causa efficiente) وهو ما يطلق عليه السبب الإنشائي[1].

أما فكرة السبب القصدي (causa finale)، بمعنى الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه التي اعتبرتها التشريعات الحديثة شرطاً لصحة العقود والالتزامات، فلم تكن محل اعتبار في القانون الروماني في ذاك العهد، حيث لم يعرف الرومان في عصر القانون القديم السبب بوصفه ركناً لازماً لقيام العقد أو شرطاً لصحته، ولم يدخلوه في مقتضيات قيامه، فإصطلاح السبب عندهم لا يعني إلا أمراً واحداً، وهو المصدر المنشئ للالتزام[2].

ويأتي موقف القانون الروماني من فكرة السبب القصدي وعدم اعتداده بها في التصرفات القانونية منسجماً مع مقتضيات فن تكوين التصرف عند الرومان في مستهل عهد شريعتهم العريقة، إذ إنه مع غياب دور الإرادة في تكوين التصرفات القانونية، وسيادة الشكلية في القانون الروماني، كان طبيعياً أن تهمل فكرة السبب القصدي في هذا القانون[3]، وهو ما يعني أن عدم معرفة الرومان لفكرة السبب القصدي في عصر القانون القديم كان نتيجة منطقية وحتمية لسيادة الشكلية وغياب دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني في هذا العهد، ذلك أنه إذا صح القول بأن الإرادة والشكلية معنيان متعارضان، أو ضدان لا يجتمعان، فإن الإرادة والسبب في الالتزامات العقدية على العكس من ذلك معنيان متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر، وهو ما يعني أن العلاقة بين الإرادة والسبب علاقة ارتباط وتلازم، وأنه كلما زاد دور الإرادة في تكوين العقد زادت أهمية السبب، أما العلاقة بين كل من الإرادة والسبب من ناحية والشكل من ناحية أخرى، فهي علاقة تنافر وتناقض، بمعنى أنه عندما يتغلب الشكل يقل شأن الإرادة والسبب في تكوين العقد، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب، فالسبب والشكل معنيان متعارضان بينهما تجاف

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤١٨، أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، ص ٢٢٨، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص٥٥١، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٢٩، ٤٣٠، بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.
P. HUVELIN; op. cit., p. 141. R. MONIER; op. cit., n°68. p. 86.

(٣) أنظر محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، ص ٥١، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق هامش ٤٢٩، ٤٣٠.
P. F. GIRARD; op. cit., p. 485.

منطقي، نظراً لاتصال السبب بوصفه عنصرا في الالتزام العقدي والإرادة أوثق الاتصال، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب، وحيث تغيب الإرادة يغيب السبب[١].

وعلى ضوء ما سبق يتضح لنا أنه لما كان سلطان الإرادة منعدماً في مجال التصرفات القانونية والعقود في عهد القانون القديم، إذ إن التصرفات كانت وقتئذ خاضعة كلها لسلطان الشكل[٢]، وكان هذا الشكل ضروريا في انعقاد التصرف، وهو في ذاته كاف لانعقاده فهو ضروري لأن التصرف بدونه لا ينعقد، وهو كاف لأنه متى وجد انعقد التصرف، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، وسواء أكانت الإرادة صحيحة أم معيبة، وسواء أتجهت إلى غرض مشروع أم غير مشروع[٣]، فإنه يترتب على ذلك مناعة التصرف ضد وسائل الطعن المستمدة من الإرادة[٤]، ومنها عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، إذ لم يكن للسبب في ظل القانون الروماني القديم أي أثر في تكوين التصرف، فسواء وجد أم لم يوجد، وسواء أكان مشروعاً أم غير مشروع، فإنه لا شأن له بالتصرف، مثله في ذلك مثل الإرادة، فمتى تم إفراغ التصرف القانوني في الشكل المرسوم أنتج أثره دون اعتداد بالإرادة في إنشائها، ومن باب أولى دون اعتداد بالسبب الذي استهدفته تلك الإرادة[٥]، وينطبق ذلك على جميع التصرفات، سواء أكانت متعلقة بالالتزامات، أم كانت ناقلة للملكية[٦]، وهو ما يعني أن مبدأ

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٨٤، ٨٥. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤١٥.
رغم أن السبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره يتصل أوثق الاتصال بالإدارة إلا أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ولكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها بل هو عنصر متميز عن الإرادة، ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب أي دون أن ترمي إلى غرض تهدف لتحقيقه، لذلك كان السبب وإن تميز عن الإرادة متصلاً بها أوثق الاتصال، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب، ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعي كإرادة المجنون، وهي إرادة لا يعتد بها قانوناً لعدم صدورها عن وعي وتمييز، وبالتالي فالإرادة المعتبرة قانوناً لابد لها من سبب، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٢) محمود محمد شعبان، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي، الرسالة السابقة، ص ٨، ٩.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤١٨.

(٤) محمود أبو عافية، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، هامش ص ٤٣٠، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الموضع ، محمود محمد شعبان، الرسالة السابقة ، ص ٨، ٩.

(٦) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة ، ص ٢٧، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤١٨، لم يقتصر انعدام فكرة السبب على التصرفات المنشئة للالتزامات، فكما كانت العقود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب، كذلك كانت طرق نقل الملكية، فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد، بل كان العقد يتلوه=

بطلان التصرف القانوني لتخلف السبب أو عدم مشروعيته أو منافاته للأخلاق لم يكن معروفاً في ظل القانون القديم[1].

وننتقل الآن إلى مجموعة العقود التي تحللت بشكل ما من الشكلية المطلقة والتي ظهرت استثناء على المبدأ السائد في القانون الروماني المتمثل في سيادة الشكلية لمعرفة مدى توافر فكرة السبب القصدي في مثل هذه العقود.

ثالثاً: انتفاء فكرة السبب القصدي في العقود غير الشكلية:

بتطور الحضارة الرومانية ظهرت إلى جانب العقود الشكلية التي أشرنا إليها سابقاً عقود جديدة أعطي للإرادة فيها قسط وافر في إنشاء الالتزام، وهو ما يعني أن هذه العقود ظهرت استثناء على القاعدة العامة التي تقول بأن الاتفاق المجرد لا ينشئ التزاماً[2].

وتتمثل هذه العقود الجديدة في كل من: العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة، ويثور التساؤل عن مدى معرفة الرومان لفكرة السبب القصدي بعد ظهور هذه العقود غير الشكلية، ومدى اعتبار السبب ركناً في مثل هذه التصرفات غير الشكلية أو شرطاً لصحتها، وهو ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

١- **فيما يتعلق بالعقود العينية**، وهي تلك العقود التي لا تنعقد إلا بتسليم مسبق للشيء محل التعاقد وعددها أربعة، وهي عارية الاستهلاك أو القرض وعارية الاستعمال والوديعة ورهن الحيازة[3]، لم يعد القانون الروماني السبب القصدي شرطاً لصحة هذه العقود، ومن ثم لم تظهر فيها فكرة السبب رغم أن بعض شراح القانون المدني المحدثين يذهبون إلى أن السبب في هذه العقود هو تسليم الشيء موضوع التعهد، فيكون سبب التزام المقترض في عقد القرض مثلاً هو قبضه للشيء المقترض، وهو ما يعني توافر فكرة السبب القصدي في هذه العقود، إلا أن

=وضع خاص هو الذي ينقل الملكية وتتمثل هذه الأوضاع في الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم، وأي وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية دون نظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة أي أنه بمجرد القيام بوضع من هذه الأوضاع الثلاثة تنتقل الملكية دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان معيباً. أنظر عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، نفس الموضع.

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٣) عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٣، شفيق شحاتة، نظرية الالتزام في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٧٩.

معظم شراح القانون الروماني يرون أن تسليم الشيء موضوع التعهد ليس سبباً قصدياً، وإنما هو السبب المنشئ للالتزام causa efficiente، أي مصدر الالتزام، وذلك لأن التسليم ركن من أركان العقود العينية، وبدونه لا تنعقد هذه العقود[١].

٢- **أما فيما يتعلق بالعقود الرضائية** التي تتم بمجرد الاتفاق أو تبادل الإيجاب بالقبول وتشمل (البيع والإيجار والشركة والوكالة)[٢] فلم تظهر فيها أيضاً فكرة السبب، إذ لم يعد القانون الروماني السبب ركناً من أركانها، أو شرطاً لصحتها، رغم أن فكرة السبب تظهر بوضوح في الوقت الحاضر في العقود التبادلية (أي الملزمة للطرفين)، حيث يعد التزام كل طرف من الطرفين سبباً لالتزام الطرف الآخر، فسبب التزام البائع بنقل الملكية مثلاً هو التزام المشتري بدفع الثمن والعكس بالعكس[٣]، أي إن المشترى عندما يلتزم بدفع الثمن إنما يقصد بالتزامه أن يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إليه؛ ولذلك فالتزام كل منهما سبب لالتزام الآخر[٤].

أما في القانون الروماني فلم تظهر هذه الفكرة حتى بعد أن وجدت فيها بعض العقود الرضائية التبادلية، حيث إنهم لم يتطلبوا فيها أن تجيء الإرادة عن سبب يحدوها، وهو ما يفسر عندهم ظاهرة استقلال الالتزامات بعضها عن البعض الآخر في العقود الملزمة للجانبين[٥]، ففي عقد البيع مثلاً كانت التزامات كل من البائع والمشتري مستقلة تماما بعضها عن بعض، ويعد ذلك أثرا من آثار العهد القديم الذي سادت فيه الشكلية المطلقة، حيث كان يتم فيه البيع باشتراطين شفويين مستقلين صادر أحدهما من البائع والآخر من المشتري؛ ولذلك إذا كان المبيع شيئاً معيناً وهلك قبل تسليمه التزم المشتري رغم ذلك بدفع الثمن[٦].

٣- **وأخيرا وفيما يتعلق بالعقود غير المسماة** التي تتم بتنفيذ أحد الطرفين مثل عقد

---

(١) بدر والبدراوي ، المرجع السابق، ص ٥٥١، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق ، ص ٤٩١.
R. MONIER; op. cit., n°68, p. 86, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 34.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٣٤، عبد الهادي العطافي، المرجع السابق، ص ٤.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، هامش ص ٤٣٠.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°270, p. 184, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 33.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٥١، ٥٥٢.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 34, R. MONIER; op. cit., n°68, p. 88.

المقايضة وعقد القسمة وعقد الصلح[1]، فلا نجد فيها أيضاً أي أثر لفكرة السبب القصدي، رغم أن شراح القانون الفرنسي القديم وعلى الأخص الفقيه دوما (Domat) كانوا قد ذهبوا إلى أن القانون الروماني كان يعرف فكرة السبب القصدي في هذا النوع من العقود، حيث استندوا إلى إحد نصوص موسوعة جستنيان التي تتعلق بالعقود غير المسماة، لتشييد نظرية السبب القصدي التي نقلت إلى القانون الفرنسي ومنه إلى القانون المصري[2]، إلا أن معظم شراح القانون الروماني يرون أنه رغم اشتراط هذا النص توافر السبب لانعقاد العقود غير المسماة، إلا أن السبب المقصود في هذا النص هو السبب الإنشائي أي السبب بمعنى مصدر الالتزام، وليس السبب القصدي بمعنى الغاية المباشرة التي يقصد العاقد الوصول إليها من وراء التزامه؛ ذلك أن قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، سواء أكان ذلك بتسليم الشيء كما في المقايضة، أم بالقيام بالعمل كما في الهبة بشرط هو مصدر التزام الطرف الآخر وشرط نشوئه، لأن هذه العقود لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد طرفيها بتنفيذ الاتفاق بالفعل[3]، وهو ما يعني أن القانون الروماني لم يعرف فكرة السبب القصدي بمعنى الغاية القريبة والمباشرة التي من أجلها التزم المتعاقد في غير العقود غير المسماة، شأنها شأن باقي العقود الشكلية أو الرضائية أو العينية.

ولا ينبغي النظر إلى مثل هذا النظام الذي يجرد العقد عن سببه والناتج عن سيادة الشكلية في القانون الروماني، على أنه مجاف للمنطق أو بعيد عن تحقيق النفع والفائدة، ذلك أن له من المزايا ما يؤدي إلى استقرار المعاملات[4]، إذ كان العقد يتمتع باستقرار وأمن إلى حد كبير؛ لأنه في مأمن من البحث عن نوايا المتعاقدين والاعتبارات التي أحاطت برضائها ودفعت إليه، وهو ما يوفر الثقة للدائن الذي يستوثق من اقتضاء حقه متى كان مفرغاً في الشكل الرسمي[5]، دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب في الإرادة أو لعيب في السبب، كما أن التصرف المجرد من شأنه أن يجعل الدائن في منأى عن مخاطر تخفيض الدين أو إنقاصه لأي سبب من الأسباب الخارجة عن صيغته الرسمية، فضلاً عن أنه يعفي الدائن إذا أراد

---

(١) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٩١.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°270, p. 184.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق ، ص ٥٥٢.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°270, p. 184, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 34.

(٤) مصطفى سيد صقر، بزوغ فكرة السبب في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٥) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٨٩، فتحي عبد الرحيم ، المرجع السابق، ص ١٥٥.

المطالبة بحقه من إثبات السبب الطبيعي للدين[1].

وينبغي مع ذلك عدم المغالاة في النظر إلى مزايا التصرف المجرد، لأن هذا النظام كانت له أيضاً عيوبه ومخاطره، حيث أدى مبدأ عدم اعتداد الرومان بفكرة السبب (خاصية التجريد) إلى نتائج ظالمة لا تتفق ومبادئ العدالة، ربما كان أخطرها على الإطلاق هو أن تجريد التصرف عن سببه يؤدي إلى التضحية بمبادئ العدالة، إذ كيف يلزم المتعهد برد المبلغ الذي تعهد بالوفاء به على الرغم من أنه لم يقبضه في الحقيقة والواقع، كما يؤدي أيضاً في كثير من الأحيان إلى إهدار إرادة الأفراد التي هي الأصل في المعاملات الإنسانية، من خلال آلية مصطنعة وجامدة للألفاظ الرسمية أو الطقوس الشكلية[2].

و بناء على هذا فقد حاول الرومان التخفيف من غلواء هذا المبدأ بعد أن برزت عيوبه ومخاطره أمام أعينهم؛ وذلك بعد أن تطورت الأفكار الأخلاقية وتهذبت وأصبح من الصعب قبول فكرة أن الالتزام يوجد في الذمة منفصلاً عن سببه وبصرف النظر عن وجود السبب أو عدم مشروعيته، إنه الصراع بين الشكلية وجمودها وبين العدالة والذي انتهى بانتصار العدالة وتغلبها على الشكلية، وكان من أهم ثمار انتصار العدالة أن اتجه الفكر القانوني الروماني إلى إماطة اللثام عن فكرة السبب القصدي في العقود والالتزامات[3]، والغريب أن فكرة السبب لم تظهر بمناسبة العقود غير الشكلية التي ظهرت كما رأينا، وإنما نشأت في العصر العلمي في ذلك النوع من العقود أي في العقود الشكلية، وعلى الخصوص في عقد الاشتراط، كما سيتضح مما يأتي:

رابعا: بزوغ فكرة السبب في القانون الروماني وأثر الشكلية على قيامها على أساس موضوعي لا علاقة له بالإرادة

إذا كان السبب بوصفه الغرض الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء قبوله التحمل بالالتزام، لم يصل عند الرومان إلى حد عده ركناً لازماً لانعقاد العقد، فإن فكرته مع ذلك لم تبق بعيدة عنهم، حيث تأثر بها القضاء البريتوري. وهو في سبيل التخفيف من حدة القانون وصرامته وجعله متمشياً مع مقتضيات العدالة؛ لأن عدم الاعتداد بفكرة السبب القصدي وإن تمشى مع مقتضيات فن تكوين العقد عند الرومان بما تشمله من شكلية سائدة، إلا أنه سرعان ما استبان

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٢) فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٥٥، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

للرومان تجافيه مع روح العدالة فيهم، وهو ما استدعى تدخل البريتور لرفع هذا التجافي، أو على الأقل حسر نطاقه[١]؛ وذلك من خلال استخدامه لوسائل غير مباشرة تدخل في باب المرافعات والإجراءات[٢]، حيث لم يكن في استطاعة البريتور ولا من سلطته إلغاء قواعد القانون القديم أو التعديل والتغيير صراحة وبشكل مباشرة في أحكامه الثابتة والمستقرة؛ لذلك فقد استعان البريتور بوسائله المنبثقة عن سلطته القضائية[٣]، ليتجنب النتائج الظالمة المترتبة على عدم وجود سبب للالتزام أو عدم مشروعية هذا السبب، وذلك كما يلي:

فيما يتعلق بحالة عدم وجود سبب للالتزام كما في حالة إجبار المقترض، بموجب اشتراط شفوي على الوفاء بتعهده رغم عدم قبضه لمبلغ القرض، تدخل البريتور ومنح المدين وسيلة يدافع بها عن نفسه في مثل هذه الحالة، وتتمثل في الدفع بالغش، حيث أجاز البريتور للمدين أن يدفع دعوى الدائن بدفع الغش (exceptio doli) إذا ما طالبه الدائن بالوفاء بالتزام لا يستند إلى سبب، وبمقتضى هذا الدفع يتفادى المدين الحكم عليه، ويتجنب بذلك النتائج التي تصطدم مع مبادئ العدالة[٤]. كما سمح الفقهاء في هذه الحالة للمتعهد (المدين) برفع دعوى شخصية يستطيع بمقتضاها مطالبة المشترط (الدائن) بتقرير براءته من الالتزام وإجباره على إنهاء هذا الالتزام، أو استرداد ما سبق أن أعطاه له دون سبب، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفي به بأن يسترد سند الدين الذي سبق له أن حرره في صيغة الاشتراط، وأن يجبر الدائن على إعطائه مخالصة بالدين، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب (condictio sine causa)[٥]، إلا أنه في الحالتين المتقدمين أي سواء أسلك المدين سبيل الدفع أم الدعوى، كان يجب على المدين أن يقيم الدليل على عدم قبضه قيمة القرض، وهو عبء ثقيل إذ يقع الإثبات على واقعة سلبية، وإثبات النفي عسير إن لم يكن مستحيلاً، لذلك رؤي منذ أواخر العصر العلمي رفع عبء الإثبات عن المدين، وذلك عن طريق المنازعة بعدم قبض النقود (querela non numeratae pecuniae)، وهذه الوسيلة يمكن استعمالها عن طريق الدفع أو الدعوى، ومن شأنها إلزام الدائن بإثبات قبض المدين للمبلغ بمجرد إنكار هذا الأخير، وكان يجب

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٥٣.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، هامش ص ٤٣٠.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

في العصر العلمي استعمال هذه الوسيلة في ظرف سنة من تاريخ العقد[1].

أما فيما يتعلق بالفرض الخاص بعدم مشروعية السبب أو مخالفته للآداب كما لو تعهد شخص بموجب عقد اشتراط بدفع مبلغ من المال إلى شخص آخر لحمله على ارتكاب جريمة أو في مقابل امتناعه عن ارتكاب جريمة، فقد تدخل البريتور هنا أيضاً فسمح للمدين بأن يتخلص من التزامه عن طريق الدفع بالغش، ثم أجاز الفقهاء أيضاً للمدين بأن يرفع دعوى لاسترداد ما وفى، بناء على سبب غير مشروع أو مناف للأخلاق، ولكنهم اشترطوا أن يكون السبب غير مشروع من جانب الدائن فقط، أما إذا كان غير مشروع من الجانبين فلا يحق للمدين أن يرفع دعوى استرداد ما دفع، وعلى ذلك إذا تعهد شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً نظير عدم ارتكابه جريمة كان له استرداد ما وفاه بناء على هذا التعهد؛ لأن عدم المشروعية راجع إلى الدائن وحده، أما إذا كان التعهد نظير ارتكاب جريمة، فلا يحق للمدين أن يسترد ما دفعه؛ لأن عدم المشروعية مشترك بينه وبين الدائن، ولا يصح أن يستمع القضاء لادعائه[2]، وهو ما يؤكد قيام السبب عند الرومان على أساس اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة.

وكذلك اشترط الفقهاء في العصر العلمي لصحة عقود حسن النية ألا تكون مبنية على سبب غير مشروع أو مخالف للأخلاق؛ لأن هذه العقود ترتكز أساساً على حسن النية والأمانة، فإذا كان سببها غير مشروع كانت باطلة[3].

وقد لحق بفكرة السبب تطور آخر في عصر الإمبراطورية السفلى، حيث أجيز للمدين استعمال وسيلة المنازعة في قبض النقود، في حالة وجود سند مثبت لعقد قرض عيني، (mutum) أو في حالة نشأة الالتزام من كتابة حسب ما كان متبعاً في البلاد الشرقية، وقد رفعت المدة الجائز فيها استعمال هذه الوسيلة إلى خمس سنوات، ثم أنقصها جستنيان إلى سنتين، فإذا مضت هذه المدة كان عبء الإثبات على المدين نفسه[4].

وقد ميز جستنيان في استعمال وسيلة المنازعة في قبض النقود بين حالتين[5]:

<u>الحالة الأولى:</u> إذا ذكر في السند المثبت للدين أن المدين قد تسلم المبلغ (cautio discreta)،

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٥٤.

(٢)عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٣، بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق ، ص ٥٥٠.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

وعندئذ يكون عبء إثبات العكس على عاتق المدين نفسه، وبشرط أن يكون ذلك بالكتابة.

الحالة الثانية: إذا لم يذكر في السند إلا قدر الدين دون أن يبين به أن المدين قد قبضه، فيصح تكليف الدائن في هذه الحالة بإثبات قبض المدين للدين حقيقة.

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

وعلى ضوء ما سبق يتضح لنا أنه إذا كان القانون الروماني لم يعرف السبب على أنه ركن لازم لقيام العقد، ولم يجعل لتخلفه أثراً مباشراً في وجود الالتزام أو عدم وجوده، في صحته أو في بطلانه، في عصر القانون القديم، بسبب سيادة الشكلية في هذا العهد، فإن فكرة السبب في ذاتها لم تبق بعيدة عنهم، حيث بدأ بزوغها في القانون الروماني ابتداء من العصر العلمي بفضل البريتور، وإن كان ذلك على غير وضوح كاف، وعلى أساس مختلف عما تقوم عليه في الشرائع الحديثة، ويرجع ذلك إلى استمرار تأثير الشكلية على فكرة السبب عند الرومان، حيث بقيت مانعة من ظهور السبب على أساس نفسي متصل بإرادة المتعاقد، كما هو الحال في الشرائع الحديثة، ذلك أن الشكلية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان، فإذا طردت الشكلية الإرادة، فإنها تطرد في الوقت نفسه السبب بمعناه النفسي، وهو المعنى المتصل بالإرادة، وهو ما أدى إلى قيام فكرة السبب عند الرومان في العقود الشكلية، خاصة في عقد الاشتراط على أساس موضوعي لا صلة له بهذه الإرادة، حيث تقوم فكرة السبب لديهم على أساس أنه من الظلم إلزام المتعهد برد مبلغ تعهد به، على الرغم من أنه لم يقبضه في الحقيقة، وهو ما يعني قيام السبب عند الرومان على أساس اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة، وهو ما أدى إلى عدم تعلق السبب بالعقد عند تكوينه، وعدم تأثيره على العقد تأثيراً مباشراً من خلال منع نفاذه، بل إن العقد يبقى صحيحاً نافذاً، ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب القائمة على اعتبارات العدالة، فتمنع التنفيذ من خلال الوسائل غير المباشرة التي قررها البريتور (الدفع أو الدعوى) التي ترمي إلى التخلص من آثار العقد وإنقاذ المدين من الوفاء به دون أن تفترض بطلان الالتزام؛ لانعدام السبب، بل على العكس فإن كلتا الوسيلتين تفترض وجود العقد وبقاؤه[1].

---

(١) راجع مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ، ص ٤٣٠، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢١.

المطلب الخامس

الشكلية وحظر النيابة فى التعاقد في القانون الروماني

أولا: مفهوم النيابة ومصادرها

يقصد بالنيابة (représentation) حلول إرادة شخص يسمى (النائب) محل إرادة شخص آخر يسمى (الأصيل) في إبرام تصرف قانوني، مع انصراف الآثار القانونية لهذا التصرف إلى ذمة الأصيل، كما لو كانت إرادة هذا الأخير هي التي أسهمت في تكوينه[١].

يظهر التعريف السابق خصوصية نظرية النيابة، إذ يوضح أنها تتضمن انحرافاً عن المبادئ العامة في نسبية أثر العقد التي تمنع انصرافه إلى غير من كان طرفاً في إبرامه، إذ يقوم العقد بإرادة النائب، وينصرف أثره إلى الأصيل[٢].

وتنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب إلى نيابة اتفاقية، حيث يعين النائب بإرادة الأصيل مثل (الوكالة) وقضائية، حيث يعين النائب من خلال القضاء مثل (الوصي والقيم)، وقانونية، حيث يكون مصدرها نصا في القانون مثل (نيابة الولي أباً كان أو جداً) [٣].

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول النيابة في العصر الحديث، راجع: محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٤٤ وما بعدها، أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني المصري،مرجع سابق، ص ٩١، وما بعدها.

مصطفى الجمال و جلال العدوي، أصول المعاملات، مرجع سابق، ص ٢٤٠ وما بعدها، فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام – الجزء الأول – مرجع سابق، ص ٤٤ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – الجزء الأول – مصادر الالتزام – مرجع سابق – ص ١٠٠ وما بعدها، مختار القاضي – أصول الالتزامات في القانون المدني – مرجع سابق – ص ٧٦ وما بعدها، سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها. طه عوض غازى، النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة جامعة عين شمس، ١٩٩١. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٥٣، محمد حمدي مكي، النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

(٢) طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص٢. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٤٤.

(٣) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ١٠١، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٠، ٢١.

كما تنقسم النيابة من حيث الجهة التي تحدد سلطة النائب إلى نيابة قانونية واتفاقية[١]، وأخيراً تنقسم بالنظر إلى آثارها إلى نيابة كاملة ونيابة ناقصة، فتكون كاملة عندما يبرم النائب تصرفاً باسم شخص آخر (الأصيل ولحسابه) بحيث تتصرف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة دون المرور بذمة النائب[٢]، ومن ثم تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير الذي تعامل معه النائب، بحيث تنقطع الصلة بينهما بمجرد إنشاء التصرف القانوني، فلا يستطيع الغير الرجوع على النائب لمطالبته بتنفيذ التصرف القانوني، ولا يستطيع النائب مطالبة الغير بالحقوق المتولدة عن التصرف القانوني[٣].

أما النيابة الناقصة فيقصد بها قيام النائب بإبرام التصرف لحساب الأصيل، ولكن باسمه هو شخصياً، فتتصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة النائب لا إلى ذمة الأصيل، بحيث يقتضي إجراء لاحق يقوم به النائب، حتى ينتقل أثر هذا التصرف إلى ذمة الأصيل[٤]، ويترتب على التصرف في هذه الحالة علاقتان: إحداهما بين الغير والأصيل تبيح لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بما يتولد عن التصرف القانوني من آثار، والأخرى بين الغير والنائب تبيح للغير الرجوع على النائب لمطالبته بالوفاء بالالتزامات التي تولدت عن التصرف القانوني، وعلى ذلك فالغير في النيابة الناقصة يستطيع الرجوع على كل من الأصيل والنائب؛ لأن كليهما ملزمان أمام الغير[٥].

---

(١) محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون مع دراسات في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٥١، فايز محمد حسين، تاريخ القانون، مرجع سابق ، ص ٣٤٥، صوفي أبو طالب،الوجيز فى القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٣١١.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°284, p. 194.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٠٩، بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٦٢، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

ثانيا: مبدأ اللانيابة في التعاقد وعلاقته بالشكلية (المفهوم والأسباب)[١]:

يعد مبدأ النيابة صورة حديثة نسبيا من صور الفن القانوني[٢]، فالقانون الروماني حتى آخر مراحله لم يصل إلى حد إقرار فكرة النيابة نظاماً عاماً شاملاً[٣]، فلم يأخذ القانون الروماني كأصل عام بمبدأ النيابة في التعاقد، وهو المبدأ الذي يعد الآن من المبادئ المسلمة في الشرائع القانونية المعاصره[٤]، حيث إن آثار التصرف القانوني عند الرومان كانت تنشأ في ذمة من اشترك فيه، ولا تتعداه أبداً إلى من لم يكن طرفاً فيه حتى ولو كان من اشترك في التصرف يتعامل لحساب هذا الأخير[٥]، حيث اعتبر القانون الروماني أن وقوع آثار العمل القانوني لغير من عقده بمنزلة استحالة قانونية[٦].

فحتى عهد جستنيان لم يكن من الجائز أن يبرم شخص عقداً لينتج آثارا في ذمة الغير، فإذا عهد شخص لآخر بالقيام بعقد معين وقام به انصرفت آثار العقد إلى هذا الأخير، فهو الملتزم أمام المتعاقد الآخر، وهو الذي يلزمه بآثار العقد، وعلى النائب بعد ذلك أن ينقل للأصيل ما اكتسبه من حقوق وما التزم به من ديون، وهو ما يعني انتفاء النيابة[٧]، لأن الأثر المباشر

---

(١) راجع في قاعدة انتفاء النيابة في القانون الروماني، وما أدخل عليها من تعديلات استجابة لضرورة العمل، شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص ٤٠٥ وما بعدها، طه عوض غازي، النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة سابقة، ص ٢٧٣ وما بعدها ، أحمد محمد البغدادي ، النيابة في القانون الروماني، بحث مرجعي مقدم إلى اللجنة العلمية الدائمة للقانون المدني، ٢٠٠١، شفيق شحاتة، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٤ يناير ١٩٥٩– ص ٤٧ وما بعدها، بدر والبدراوي، المرجع السابق ، ص ٥٦٠ وما بعدها، محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص ١٢، وما بعدها، ، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص ١٦٧، نبيلة إسماعيل رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة سابقة، هامش ص ٢٤٣.

R. D. MELVILLE; op. cit., p. 425.

(٣) نبيلة إسماعيل رسلان، الرسالة السابقة، هامش ٢٤٣.

P. HUVELIN; op. cit., p. 148, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°284, p. 194.

(٤) طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص٢٧٦. فايز محمد حسين، المرجع السابق، نفس الموضع ، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٠، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مرجع سابق ، ص ٧٥، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧) محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة ، ص ١٩، فايز محمد حسين ، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

للنيابة بمعنى وقوع نتائج تصرف النائب في ذمة الأصيل مباشرة، وهو الخاصية البارزة لنظام النيابة في القوانين الحديثة لم يكن مسلماً به عند فقهاء الرومان على إطلاقه، بل إن القاعدة في القانون الروماني كانت انتفاء ذلك الأثر المباشر(١).

وقد اتسم مبدأ انتفاء النيابة في القانون الروماني بالإطلاق، فكل تصرف لم يبرم باسم من أجراه يعد باطلاً، حيث يجب أن يتصرف كل شخص لنفسه وبنفسه، فلا محل لإمكانية تفويض الغير في إبرام عقد ينصرف لغير عاقده(٢).

والآن نتساءل عن سبب عجز الرومان عن إدراك فكرة النيابة التعاقدية، أو بالمعنى الدقيق سبب أخذ الرومان بقاعدة اللانيابة في التعاقد إلى آخر مرحلة من مراحل تطور القانون الروماني، وهل كان للشكلية دور في ذلك أو لا؟

في واقع الأمر، تعددت الأسباب التي أدت إلى عدم تسليم الرومان بمبدأ النيابة التعاقدية وتمسكهم بمبدأ اللا نيابة في التعاقد، ويمكننا حصر هذه الأسباب في مجموعة من العوامل والأسباب القانونية والاجتماعية والفلسفية(٣)، نوضحها فيما يلي:

١- العوامل القانونية:

فيما يتعلق بالعوامل القانونية التي كان لها دور في إقرار مبدأ اللانيابة في التعاقد، فتشمل كلا من شكلية التصرفات القانونية والطابع الشخصي للالتزام بوصفها أسسا قام عليها النظام القانوني الروماني، حيث كان لشكلية التصرفات القانونية والسمة الشخصية للالتزام في هذا القانون أثرهما البالغ في كون فكرة النيابة لا محل لها في ظل النظام التشريعي(٤)، حيث إن مبدأ انتفاء النيابة في إبرام العقد في روما كان متسقاً مع نظرة الرومان للالتزام وشكلية التصرف لديهم(٥)، وبيان ذلك أنه من ناحية: كان أساس التصرف القانوني في القانون الروماني هو الشكل المرسوم للتصرف إن استكمل قام نهائياً بدون الرجوع إلى الإرادة للتفتيش فيها عن عيوب تؤدي إلى بطلانه، أي إن الصياغة الفنية الرومانية لفكرة التصرف القانوني استبدت بها

---

(١) جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، ص ٨.

(٢) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٧٥.

(٣) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٩،

A. HASSAN: etude comparative de mandat en droit romain et en droit musulman. Thése. paris. 1981. p. 349 et ss.

(٤) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٥٠.

(٥) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٦١٩.

الشكلية استبداداً اختفى معه دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني؛ لأن الشكلية عند الرومان لم تكن شكلية مهذبة تسهم في إظهار التعبير عن الإرادة، بل كانت تستغرق الإرادة تماماً، فوجود التصرف وقوته الملزمة لا يستندان إلى الإرادة ولا الإرادة معبراً عنها في الشكل، وإنما إلى الشكل مباشرة[١]؛ ولذلك استوجبت هذه الشكلية البدائية (le formalisme primitive) على الأفراد أنماطا معينة والقيام بطقوس محددة يلزم صدورها من أطراف التصرف ذاتهم، وإلا صارت العملية القانونية باطلة[٢]، حيث كانت هذه الشكلية تقضي بأن آثار التصرف القانوني تتصرف إلى ذمة من باشر الإجراءات الشكلية التي يشترطها القانون لتمام التصرف[٣]، فلم تكن لتسمح بأن تتجاوز آثار التصرف القانوني الشخصي الذي تولى الطقوس والأشكال التي يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك في تلك الطقوس والأشكال[٤]، أي إنه لم يكن ممكناً مع تلك الطقوس والشكليات القديمة بما تتضمنه من صيغ لها طابع ديني إلزام الشخص الذي لم يقم بهذا التعهد الديني "المتمثل في الشكل المطلوب لوجود التصرف" بأي أثر من آثار هذا التصرف؛ لذلك كان من الصعب تصور نيابة شخص عن آخر في إبرام تصرف قانوني، بحيث تتصرف آثاره إلى الأخير مباشرة[٥].

وبمعنى آخر: كانت القاعدة في القانون الروماني القديم هي أن اكتساب الحق لا يكون إلا بناء على عمل قانوني صحيح، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تم في الصورة والنمط والشكل المحدد، وهذه الشكلية لم تسمح بوجود النيابة؛ لأنه كان لا يجوز النيابة في القيام بالأشكال، حيث لم يكن جائزاً حلول شخص محل آخر في القيام بالطقوس والشكليات، فالشكلية عند الرومان، كما كانت تهدف إلى إحاطة الإرادة بعناصر خارجية تضبطها وتحميها، كانت تهدف إلى تحديد أطراف العقد، فالشخص الذي عبر عن إرادته والذي قام بالشكليات اللازمة لإبرام العقد هو الذي يعد طرفاً فيه؛ لأن مناط الالتزام في النظام القانوني الروماني لم يكن الإرادة، بل تبادل ألفاظ

---

(١) محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة سابقة، ص ٢٧، طه عوض غازي، الرسالة السابقة، ص ٣٥٠.

(٢) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٤) جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، ص ٩، محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة ، ص ٢٠، طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٩٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع ، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٩١.

R. D. MELVILLE; op. cit., p. 425.

(٥) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٦١٨.

وطقوس معينة لا تجوز النيابة فى القيام بها[١]، ومن هنا آمن الرومان بأن آثار التصرف لا يمكن أن تنصرف إلى غير الذين اشتركوا في القيام بالشكلية الضرورية للتصرف[٢]؛ لأن الشكل عندهم كان يعد السبب القانوني لتنفيذ التعهد واحترامه، وكان هذا التنفيذ وذاك الاحترام مقصورين على من قام بالشكل المطلوب، وهذا يعني بالضرورة عدم إمكان اللجوء للنيابة عن الغير في إبرام العقد[٣].

وبناء على هذا يمكن القول بأن انتفاء النيابة هو النتيجة المنطقية للشكلية[٤]، ومن ناحية أخرى كان للطابع الشخصي للالتزام في القانون الروماني، وكونه رابطة بين شخصين أثره على عدم معرفة الرومان للنيابة، حيث اتسم الالتزام في القانون الروماني بسمة الذاتية، بل الأنانية، فأصبح لطرفي الالتزام المقام الأول في تلك الرابطة، فلا ينشأ الالتزام إلا بين الأشخاص الذين اشتركوا في إبرامه، كما تنحصر آثاره بين عاقديه، ولا تتعداها إلى غيرهما، ومن ثم كان صعباً على هذا المنطق أن يبرم شخص عقداً لا تنصرف آثاره إليه، بل إلى شخص آخر لم يشارك في إبرامه[٥]، ولهذا قال الفقيه الألماني (Puchta) عن قاعدة انتفاء النيابة في القانون الروماني "إنها متمشية تماماً مع طبيعة الالتزام"[٦]، على هذا يتضح لنا مما سبق أنه مع وجود مبدأي شكلية التصرف وشخصية الالتزام ثوابت وأسسا في النظام القانوني الروماني، كان طبيعياً أن يكون المبدأ العام في القانون الروماني هو انتفاء النيابة في التعاقد، نظراً لأن فكرة النيابة في إبرام العقد ترتبط بالنظرة إلى الالتزام من ناحية، كما ترتبط بحرية الإرادة في إبرام التصرفات

---

(١) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٩٦.

(٢) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٠، ٣٤١.

(٣) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص٢٩٦، ٦٢٠.

(٤) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤١، ومن الجدير بالذكر أن جانب كبير من الفقه يرى أن هذه الشكلية كانت هي السبب في انتفاء النيابة في التعاقد ويعد الفقيه سافيني (savigny) من أبرز هؤلاء الفقهاء حيث يرى سافيني أن العقد عند الرومان هو في الأصل عقد شكلي ولا يتصور في العقد الشكلي أن ينسب العقد لغير عاقده الحقيقي الذي صدر عنه العقد فعلاً، وقد انتقد أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة تفسير (سافيني) بقوله "أن العقود الرضائية التي تقوم على مجرد الاتفاق قد استعصت هي الأخرى على مبدأ النيابة التعاقدية، وبالتالي فليس الشكل هو الذي يحول دون التسليم بمبدأ النيابة. أنظر شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٢٢، طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٩٦.

(٥) محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة ، ص ٥٩، طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٩٩ ، ٣٤٩، جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، ص ٩، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٠، فايز محمد حسين، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، هامش ص ٩.

القانونية، أو بمعنى أدق بقدرة تلك الإرادة على خلق الروابط العقدية تجرداً من استلزام شكليات معينة تعدم أو تحجب تلك الإرادة، وتستلزم ضرورة القيام بها من الشخص الذي ينصرف إليه الأثر القانوني للعقد[١]، فالنيابة تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة، أي إنها ترجع إلى ما للإرادة من قدرة منشئة، فالقاعدة أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في حق من صدرت منه، لكن إذا قبل الأصيل أن ينصرف إليه أثر التصرف الذي يبرمه النائب، أو أجاز القانون ذلك، فإن إرادتي النائب والغير الذي تعامل معه تصبحان قادرتين على إنتاج أثرهما في حق الأصيل[٢]؛ ولذلك فإن الأخذ بالنيابة في القانون الروماني مع وجود مبدأي شخصية الالتزام وشكلية التصرف اللذين يتعارضان تمام التعارض مع فكرة النيابة كان سيؤدي إلى تقويض النظام الفني القانوني الروماني من أساسه، وهو ما لم يتحقق، حيث ظل هذا القانون متسقاً مع نفسه وفياً لشكليته العتيقة مخلصاً لمبدأ ذاتية الالتزام أو فرديته من خلال إقراره لقاعدة انتفاء النيابة[٣].

٢- العوامل الاجتماعية:

أما فيما يتعلق بالعوامل الاجتماعية التي كانت وراء إقرار مبدأ اللانيابة فى التعاقد، فتتمثل في انتفاء حاجة المجتمع الروماني في مراحله الأولى لنظام النيابة، نظراً لظروف المجتمع الروماني من ناحية وطبيعة الأسرة الرومانية من ناحية أخرى، فروما القديمة كانت مجرد مدينة صغيرة مترابطة الأركان تتميز بقلة العلاقات وعدم تشابك المصالح أو تعقيدها، وهو ما سمح لكل شخص بمباشرة أعماله بنفسه، على نمط قيامه بالإدلاء بصوته مباشرة في الانتخابات العامة[٤]؛ لذلك يمكن القول بأن ظروف المجتمع الروماني على الأقل في مراحله الأولى كانت مجالاً طبيعياً وخصباً لانتفاء النيابة[٥]؛ لأن واقع هذه المرحلة لم يفرز ضرورة تقتضي اللجوء إلى استخدام الشخص لغيره لمباشرة شئونه[٦]، خاصة أن طبيعة نظام الأسرة الرومانية الذي يقوم على السلطة الأبوية قد قدم للرومان البديل المناسب، ولكن المؤقت للنيابة، فنظام الأسرة أدى إلى تمكين رب الأسرة من كسب الحقوق المختلفة عن طريق أبناءها وعبيدها

---

(١) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٤٩.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٣) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٥٠، ٣٥١.

(٤) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٥) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٢٣.

(٦) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

الذين كانوا يعدون مجرد أداة لاكتساب الحقوق لمصلحة رب الأسرة[١]، ومما يؤكد ما سبق ما جاء في مدونة جستنيان "لا نكسب الحقوق بأنفسنا فقط، بل نكسبها أيضاً بواسطة الأشخاص الذين يكونون تحت ولايتنا كعبيدنا، وأبناء أسرتنا"[٢].

٣- العوامل النفسية:

وأخيراً[٣] كان للعوامل النفسية دورها في قيام مبدأ انتفاء النيابة عند الرومان، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن انتفاء النيابة يجد أساسه في مبدأ فلسفي هيمن على فكر الرومان، وهو ما يمكن أن يطلق عليه فردية النشاط الإنساني أو ذاتيته الذي يقوم على أن كل نفس تقوم باستعمال ما لديها من إمكانيات وملكات وهبت لها، فيستفيد كل فرد من ثمار عمله ويتحمل ما ينتج عنه فالرومان كانوا شعباً يتسم بالنزعة الفردية، ويؤمنون بالمذهب الفردي، ومبدأ انتفاء النيابة يتوافق مع هذه الفردية[٤]؛ لأن الأخذ بها يعني أن يتخلى الفرد عن شخصيته المستقلة للغير، ويكون في حالة تبعية له، وهي تبعية تصطدم مع فكرة استقلال الإرادة الحرة التي يقوم

---

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤١، وما بعدها، شفيق شحاتة، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١١، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٥٥، طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٢) مدونة جستنيان، الترجمة العربية، ٢٨: ٣ فالثابت أن العبد أو ابن الأسرة كان يستطيع منذ البداية أن يكسب لرب الأسرة حقوقاً فقد كان يستطيع أن يكسب له ملكية الأشياء عن طريق المعاطاة الشكلية mancipatio أو عن طريق التسليم والتسلم Traditio كما كان يستطيع أن يكسب له الحقوق عن طريق التعهد stipulatio أو من أي طريق آخر. أنظر شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٦.

(٣) من الجدير بالذكر أنه كانت هناك عدة محاولات أخرى من قبل بعض الفقهاء لتفسير مبدأ انتفاء النيابة عند الرومان منها ما يراه أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة من أن خير تفسير لهذه الظاهرة هو التفسير الذي يوحي به الواقع، حيث يرى أن الرومان لن يتقبلوا فكرة النيابة لأنها كانت تتجافى مع الأوضاع التي قامت عليها الوصاية والقوامة عندهم، كما ذهب الفقيه (اهرنج) إلى أن السبب يكمن في عدم منطقية فكرة النيابة لديهم وقيامها على الحيلة والافتراض المخالف للحقيقة، لأن التسليم بالنيابة معناه الفصل ما بين العلة والمعلول أو ما بين السبب والمسبب فالعلة وهي سبب الالتزام تتمثل في العقد وهو من فعل الوكيل أما المعلول وهو الالتزام المترتب على العقد فيكون لو أخذ بنظرية النيابة من شأن الموكل وهذا مخالف لطبيعة الأشياء، ويعتبر فصلاً مصطنعاً لما يجب أن يكون في الأصل متصلاً، أنظر شفيق شحاتة- المرجع السابق – ص ٦٧، ٦٨، طه عوض غازي – الرسالة السابقة – ص ٣٢٩، محمد حمدي مكي- الرسالة السابقة – ص ٥٩، شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٤) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٠، طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٢٦.
AHMED. HASSAN: thèse. p. 349 et ss.

عليها الفكر القانوني الروماني الذي كان يهدف دائماً إلى الحفاظ على الحدود الفاصلة بين الأشخاص، وخصوصاً بين الأحرار والأرقاء[1].

ثالثا : التخفيف من حدة الشكلية وأثرها فى ظهور بعض الاستثناءات على مبدأ انتفاء النيابة[2].

إذا كان قد سبق لنا القول بأن عدم تسليم الرومان بمبدأ النيابة في التعاقد يرجع لعدة مبررات قانونية واجتماعية وفلسفية يجب الاعتماد عليها جميعا؛ لأن كل مبرر من هذه المبررات أسهم في إقرار هذا المبدأ وبلورته، فإننا عندما نتحدث عن التطورات التي لحقت بمبدأ اللا نيابة في التعاقد وما ورد عليه من استثناءات، ونحاول البحث عن أسباب إقرار هذه الاستثناءات يجب ألا نغفل دور التطورات التي لحقت بمبررات وأسباب قيام مبدأ انتفاء النيابة من الأصل، حيث أسهمت هذه التطورات في التخفيف من حدة هذا المبدأ، فكل تطور لحق بمبرر من هذه المبررات انعكس أثره بالقدر نفسه على مبدأ انتفاء النيابة، فكما أن هذه المبررات لم تنته إلى الزوال وإنما خفت حدتها كما سيلي بيانه، نلاحظ أيضاً أن مبدأ انتفاء النيابة لم يزل وإنما ناله قدر من التخفيف، بحيث صار لا يتسم بالحدة الأولى من خلال اصطناع وسائل مختلفة للوصول في حالات معينة إلى نتائج قريبة لا مماثلة لتلك التي تؤدي إليها فكرة النيابة[3].

١- التطورات التى لحقت بمبررات وأسباب قيام مبدأ انتفاء النيابة:

تتمثل التطورات التي لحقت بالمبررات والعوامل التي كانت وراء إقرار مبدأ انتفاء النيابة فيما يلي:

---

(١) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، نفس الموضع ، فايز محمد حسين، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول الاستثناءات الواردة على مبدأ انتفاء النيابة عند الرومان، راجع: بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٢وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١١ وما بعدها، طه عوض غازي، النيابة التعاقدية ص٢٩ وما بعدها. فايز محمد حسين، مرجع سابق، ص ٣٤٥ وما بعدها، شفيق شحاتة ، المرجع السابق، ص ٤١٥، وما بعدها، السيد فوده، تطور القانون، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٦١ وما بعدها، السيد فوده، فكرة الحق في القانون الروماني،مرجع سابق، ص ١٠٢، وما بعدها، عبد المنعم درويش، عقد الشركة في القانون الروماني،مرجع سابق، ص ١٥٤، وما بعدها، وراجع بوجه خاص شفيق شحاتة، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية،مرجع سابق، أحمد محمد البغدادي، النيابة في القانون الروماني، محمد حمدي مكي، النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن.
P. HUVELIN; op. cit., pp. 148 - 156. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°284 - 288. pp. 194 – 198. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., pp. 108 – 113.

(٣) نبيلة إسماعيل رسلان، الرسالة السابقة ، هامش ص ٢٤٣.

أ- فيما يتعلق بالعوامل القانونية: نجد أن الشكلية والطابع الشخصي للالتزام أصابهما الكثير من التطور، فالشكلية قد أصابها التطور لدرجة كبيرة، وذلك بظهور العقود الرضائية بجانب العقود الشكلية، وقلت حدة شكلية هذه الأخيرة، كذلك ظهر ما يسمى بالعقود العينية والعقود غير المسماة والاتفاقات البريتورية، وهي كلها عقود يلزم فيها التراضي بوصفه قاعدة، وبذلك أصبح للرضائية دورها في العصر العلمي، وتعاظم شأن الإرادة في إنشاء التصرفات، ولكنها ما زالت مقيدة باختيار أحد النماذج التي اعترف بها القانون، وفي مرحلة لاحقة في عصر الإمبراطورية السفلي بدأت الشكلية تتوارى وظهر مبدأ سلطان الإرادة جلياً، بحيث اعترف بالدور الأكبرلها في إنشاء العقود وتعديل مضمونها، وهو ما انعكس أثره على مبدأ انتفاء النيابة فالتحرر من أغلال الشكلية التي قد يتطلبها التشريع في إبرام التصرف القانوني يجعل من السهل أن يبرم شخص تصرف ينصرف أثره للغير(١)، وهو ما سمح بوجود بعض الاستثناءات، ولكن دون أن يصل القانون الروماني لمرحلة إقرار النيابة المباشرة على انها نظام عام شامل كما هو الشأن في القوانين الحديثة(٢)؛ لأنه برغم هذه التطورات لم يسلم القانون الروماني بمبدأ سلطان الإرادة بوصفه قاعدة عامة أصولية، وهو المبدأ الذي يعد الأساس الذي يقوم عليه فكرة النيابة - كما سبق القول - بل ظل القانون الروماني يعد الشكلية هي الأصل، بحيث لا يكون للإرادة دور إلا في الحدود التي نظمها القانون.

ب- أما بصدد شخصية الالتزام: فما يصدق على شكلية التصرف القانوني يصدق عليه، فمبدأ شخصية الالتزام لم يظل على إطلاقه، فهو وإن كانت له تلك الصفة في أول الأمر، فإن القانون الروماني تطور تطوراً جوهرياً في هذا الصدد، فأصبحت أموال المدين هي التي تضمن الوفاء بالتزاماته بدلاً من شخص المدين، بل إن هذه النظرة الشخصية للالتزام لم تمنع من أخذ الرومان بالاشتراط لمصلحة الغير في حالات معينة، كما أجازوا انتقال الالتزام إيجاباً أو سلباً بعد الوفاة للورثة، كذلك أجازوا وإن كان ذلك بصعوبة انتقال الحق أثناء الحياة عن طريق حوالة الحق وتجديد الدين، ومن ثم يمكن القول بأن الالتزام في القانون الروماني لم يظل أسيراً للنظرة الشخصية البحتة، بل تعداها ورتب نتائج تخالف تلك النظرة(٣)، وهو ما سمح بوجود بعض الاستثناءات على مبدأ اللا نيابة في التعاقد والتخفيف من حدته، بما يتناسب مع المتغيرات التي طرأت على نظرة الرومان للالتزام.

---

(١) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٩١، وما بعدها.

(٢) جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، ص ٩.

(٣) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٣٣٦، ٣٣٧.

جـ- كما كان للتطور الذي أصاب المجتمع الروماني دور في ظهور هذه الاستثناءات، فإذا كان عدم التسليم بمبدأ النيابة لم يثر صعوبة بالنسبة للرومان في بادئ الأمر؛ لأن روما كانت مجتمعاً زراعياً محدود العدد قليل المعاملات، فإن المجتمع الروماني تحول فيما بعد إلى مجتمع تجاري، تعددت فيه المعاملات بسبب اتساع أرجاء الإمبراطورية الرومانية، وهو ما أدى إلى أن ظهرت جليا مضار مبدأ انتفاء النيابة، فبدأ الرومان يشعرون بالحرج الذي يسببه لهم هذا المبدأ[1]، فبدأوا يواجهون التنازع الذي قام بين هذا المبدأ وليد المنطق الروماني البحت وبين ضرورات العمل[2]، من خلال إقرار هذه الاستثناءات للتخفيف من آثار مبدأ انتفاء النيابة.

د- وأخيراً كان للتطور الذي لحق بالفلسفة الرومانية دورها الذي لا يمكن إنكاره، حيث بدأ يظهر في الأفق اعتبار العدالة تحت تأثير الفلاسفة اليونانيين إضافة لسيادة اعتبار استقرار المعاملات، وهو ما أدى إلى الخروج على مبدأ انتفاء النيابة، بفضل مجهودات البريتور وبمساعدة الفقهاء.

٢- صور التخفيف من مضار مبدأ انتفاء النيابة:

ظهرت صور للتخفيف من مضار مبدأ انتفاء النيابة دون أن تؤدي هذه الحالات إلى هدم هذا المبدأ مطلقاً[3]، وتتمثل هذه الصور أو الحالات فيما يلي[4]:

أ- حالات النيابة الكاملة:

يتمثل المفهوم الدقيق للنيابة الكاملة (représentation parfaite) في أنه يؤدي إلى قيام علاقة مباشرة بين الأصيل والغير، بحيث تنصرف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة دون المرور

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٢) جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة ، ص ٩.

(٣) وقد اختلفت تعبيرات الفقه حول تسمية هذا النوع من حالات التخفيف، فالبعض يطلق عليها النيابة غير المباشرة، والبعض يرى أنها نيابة ناقصة أو غير تامة والبعض يرى أنها شبه نيابة أو قريبة الشبه من النيابة والبعض يرى أنها نيابة واقعية، أنظر طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٤) يرى العديد من الفقهاء أن معظم الحالات التي قيل فيها بتحقق ما يسمى بالنيابة الكاملة أو الناقصة، لم يحدث فيها شيء يمكن أن نسميه نيابة وإن كانت الحلول العملية التي أمكن الوصول إليها قد تذكرنا بمعنى النيابة حيث حققت العديد من نتائج النيابة لكنهم لا يرون أن هذه الحلول قد تمت على أساس مبدأ النيابة، لأنه في معظم هذه الصور لم تحل إرادة محل إرادة وظلت إرادة الأصيل دائما بمنأى عن التصرف، وإن اعتبرت شرطا للرجوع عليه. لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء: أنظر طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، شفيق شحاتة، المرجع السابق، محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة.

بذمة النائب[1]، وتتمثل الحالات الاستثنائية التي عرف فيها الرومان النيابة الكاملة فيما يلي:

الحالة الأولى: نيابة أبناء الأسرة والأرقاء عن رب الأسرة في الحقوق دون الالتزامات:

كانت هناك قاعدة مقررة في القانون القديم تقضي بأن رب الأسرة يستطيع أن يكسب الحقوق عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته، وعلى ذلك فالحقوق الناتجة عن التصرف الذي أجراه التابعون لرب الأسرة تتصرف مباشرة إلى ذمته، ولكن هذه القاعدة كانت مقصورة على الحقوق، وعلى ذلك لا يلتزم رب الأسرة بالالتزامات التي يجريها هؤلاء التابعون (نظم جايوس: ٢، ٨٦، ٨٧)[2]، فالقاعدة إذا هي أن نيابة أبناء الأسر أو التابعين لرب الأسرة هي نيابة فيما ينفع، لا فيما يضر[3].

الحالة الثانية: نيابة ممثلي ناقص الأهلية (الوصى والقيم):

استطاع البريتور بمعاونة الفقه إدخال مبدأ النيابة الكاملة في العلاقة بين ناقص الأهلية وممثله (الوصي – القيم)، حيث اوجد البريتور دعاوى مفيدة يمكن بمقتضاها للمتعاقد مع الوصى أو القيم الرجوع على من كان خاضعا للوصاية أو القوامة، وكذلك أعطيت لهذا الأخير تجاه الغير للمطالبة بتنفيذ العقود التى أبرمها الوصى أو القيم، كما أعطى الوصى دفعا يدفع به مطالبة الغير له بتنفيذ التزامات العقد بعد انتهاء الوصاية، على أن هذه الدعاوى والدفوع لا تعطى إلا بعد انتهاء الوصاية أو القوامة[4]، وهنا تتجلى فكرة النيابة الكاملة، حيث تقوم علاقة مباشرة بين القاصر بعد تحرره من الوصاية و الغير الذي تعامل معه نائب القاصر، فالنيابة الكاملة لا تتحقق في هذه الحالة إلا بعد انتهاء الوصاية[5].

الحالة الثالثة: عقد القرض العيني (mutuum):

أجيزت النيابة الكاملة أيضاً في عقد القرض العيني، وذلك من ناحية المقترض

---

(١) فايز محمد حسين ، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١١. السيد عبد الحميد فوده، فكرة الحق في القانون الروماني، مرجع سابق– ص ١٠٤.

P. HUVELIN; op. cit., p. 143, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°258. p. 195. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 109

(٣) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

(٤) طه عوض غازى الرسالة السابقة ص ١٤٣ وما بعدها. وفى نفس المعنى:
R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit., p. 112.

(٥) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

والمقرض، فإذا اقترض شخص نيابة عن الغير استطاع المقرض الرجوع مباشرة على الأصيل دون النائب، وكذلك إذا أقرض النائب الغير استطاع الأصيل الرجوع على المقترض مباشرة[١]، وإجازة النيابة الكاملة في عقد القرض مرجعه هو أنه من العقود العينية التي لا تتم إلا عن طريق الاتفاق المصحوب بالقبض، فطالما تم القبض قام العقد[٢]، وقد امتد الاستثناء الخاص بالقرض فيما بعد حتى شمل مختلف العقود العينية[٣]، وقد تقبل الرومان النيابة كاستثناء ظهر في مجال العقود العينية، لأن هذه العقود كانت ترتكز على فكرة رومانية عريقة، وهي أن العقد العيني هو مجرد تسليم وتسلم، فلا يعود لشخص العاقد الظاهر اعتبار عند النظر في الأثر القانوني المترتب عليها[٤].

الحالة الرابعة: إفلاس المسئول عن المشروع التجاري أو عن التجارة البحرية:

تدخل البريتور في العصر العلمي لحماية الأصيل في حالة إفلاس نائبه المفوض institor (الشخص الذي وضعه على رأس مشروع تجاري، وهو شخص غير خاضع لسلطة الأصيل) أو الشخص الذي عهد إليه بتجارة بحرية exercitor عن طريق قيامه بمنح الأصيل دعوى بريتورية مباشرة ضد الغير[٥]، وذلك حتى لا تدخل الحقوق التي يكتسبها النائب لصالح الأصيل في ذمته ويقتسمها دائنوه، وإنما يختص بها الأصيل وحده مباشرة في هذه الحالة[٦].

ب- حالات النيابة الناقصة:

تمكن البريتور باستعمال وسائل مصطنعة، وبمساعدة الفقهاء من الوصول إلى تقرير مبدأ النيابة الناقصة (la représentation imparfaite)، وهو المبدأ الذي يتحقق في جميع الأحوال التي تنشأ فيها علاقة بين الأصيل والغير مع بقاء النائب ملتزماً بآثار التصرف قبل هذا الغير، وبذلك يكون للأخير حق الرجوع على كل من الأصيل والنائب، هذا المبدأ أوجده البريتور

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٢.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 112.

(٢) فايز محمد حسين – المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٣) شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٦٢.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٥) صوفي أبو طالب ، المرجع السابق، ص ٣١١، ٣١٢، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٨.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°286. p. 196. P. HUVELIN; op. cit., p. 14.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 113.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٣.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 113.

بمناسبة التصرفات القانونية التي يعقدها التابعون لرب الأسرة (كالرقيق وابن الأسرة)، فيلزم بها رب الأسرة، ثم توسع البريتور وقاس على هذه الحالات الأخرى التي يكون فيها النائب من غير التابعين للأصل[١]. ونوضح فيما يلي حالات النيابة الناقصة في القانون الروماني:

الحالة الأولى: التزام رب الأسرة بالعقود التي يعقدها تابعوه لحسابه:

كانت القاعدة العامة في القانون الروماني هي نيابة أرقاء وأبناء الأسر عن رب الأسرة فيما ينفع لا فيما يضر، ومقتضى هذه القاعدة أن كل ما يكسبه الابن أو العبد يؤول مباشرة لرب الأسرة، وتطبيقاً لهذا فقد كان رب الأسرة يستطيع أن يصبح دائناً لغيره عن طريق التابعين لسلطته، ولكنه لا يمكن أن يكون مديناً للغير بمقتضى هذه النيابة[٢].

هذه القاعدة كانت لها نتائجها الضارة؛ لأن معظم التصرفات القانونية مزدوجة الأثر، حيث تولد على عاتق كل من الطرفين حقوق والتزامات متبادلة، وعلى هذا فإن الأغيار أحجموا عن إبرام هذه التصرفات مع الخاضع لسلطة غيره، وهو ما أدى لحرمان السيد من الانتفاع بخدماتهم، وذلك لكي يشجع البريتور الأفراد على التعامل مع العبد أو ابن الأسرة خاصة بعد اتساع التجارة وكثرة المعاملات، أوجد عدة حالات يلتزم فيها السيد أو رب الأسرة بناء على تعاقد الابن أو العبد، وذلك منذ نهاية عصر الجمهورية[٣]، حيث استطاع البريتور باستعمال عدة وسائل مصطنعة في نظام الدعاوى[٤]، إنشاء عدة دعاوى تسمى بالدعاوى ذات الصفة المضافة (actions adjectitiae qualitatis)، وهي دعاوى مبناها الواقع لا القانون والمصلحة لا الحق[٥]، يمكن للغير بواسطتها الرجوع على رب الأسرة الذي أظهر إرادته صراحة أو ضمناً في تحمل نتائج التصرفات التي أجراها تابعوه في مواجهة الغير الذي تعامل معه على أساس العقد الذي باشره الابن أو العبد[٦]، وتتضمن صيغة هذه الدعاوى بيان اسم التابع الذي باشر العقد وصفته في الجزء الخاص بالادعاء (intentio)، أما في الجزء الخاص بالحكم (condemnatio) فيظهر فيه أمر من البريتور للقاضي بالحكم على رب الأسرة إذا ثبت له أن

---

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٤٩، ٣٥٠. السيد فوده، المرجع السابق، ص ١٠٢

(٢) طه عوض غازى الرسالة السابقة، ص ٤٣. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٠، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(٣) طه عوض غازي، الرسالة السابقة ، ص ٤٤.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٥) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٦) طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص٤٥. بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٤.

المدعي كان محقاً فيما طلبه[1].

وبناءا على هذا تغير المبدأ القديم الذي كان يقضي بأن رب الأسرة يمكن أن يصبح دائناً عن طريق تابعيه دون أن يكون مديناً بما يعقدونه من ديون وحل محله مبدأ آخر بفضل تدخل البريتور، فقضى بأن رب الأسرة يكتسب الحقوق عن طريق تابعيه ويلتزم بصفة مطلقة أو في حدود معينة حسب الأحوال بالالتزامات التي يلتزم بها تابعوه، ولكن مسئولية رب الأسرة لا يترتب عليها انقطاع في العلاقة بين تابعيه والغير[2]، أي إننا نستطيع القول بأن هناك نيابة في الالتزام في هذه الأحوال، بمعنى أن التابعين يلزمون رب الأسرة بعقود يعقدونها، ولكنها ليست نيابة تامة، بل نيابة ناقصة، فالتابعون يظلون ملزمين بالعقد، وهم يسألون مدنياً إذا كانوا أبناء، وطبيعياً إذا كانوا أرقاء، فكأن تقرير مسئولية رب الأسرة لم يعف هؤلاء من المسئولية أمام السيد[3].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٣ - ٣١٤.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., pp. 109 - 110

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٣، بدر والبدراوي، المرجع السابق ، نفس الموضع.

(٣) وتختلف مسئولية رب الأسرة باختلاف الأحوال الآتية، فهو في بعض الأحوال يلتزم بكل ما التزم به التابع بالغاً ما بلغ، وذلك في الحالات الآتية: ١- إذا كلف رب الأسرة التابع بإبرام تصرف معين كبيع أو شراء فمنح البريتور الدائن في هذه الحالة دعوى الأمر actio quod jusso طالما أن التابع كان قد أجرى العقد استناداً إلى إرادة الأصيل الصريحة، ويقع هذا إما بناء على أمر صادر من الأصيل أو بناء على إجازة لاحقة منه. ٢- إذا كلف رب الأسرة التابع بإدارة تجارة برية، حيث منح البريتور في هذه الحالة دعوى التجارة البرية actio instituria للدائن ضد رب الأسرة أو السيد الذي يكون عهد إلى ابنه أو رقيقه بتجارة أو صناعة، ونشأ دين بمناسبة هذه التجارة أو الصناعة. ٣- إذا عهد رب الأسرة لعبده أو لابنه بسفينة للاتجار في البحر، فتعاقد الابن أو الرقيق مع الغير وترتب في ذمته دين بصفته ربانا للسفينة ففي هذه الحالة أجاز البريتور للغير رفع الدعوى المسماة بدعوى التجارة actio exercitoria مباشرة على رب الأسرة أو السيد باعتباره مسئولاً عن أعمال تابعيه، وبناء على واقعة تعيينه لهذه المهمة وليس بناء على العقد الذي عقده تابعه وفي بعض الأحوال الأخرى يسأل رب الأسرة في حدود معينة، حيث يسأل رب الأسرة في حدود قيمة الحوزة التي سلمها لذلك التابع بدعوى الحوزة actio de peculio إذا كان قد منحه إياها لاستغلالها أو في حدود إثرائه بدعوى الإثراء actio imremverso إذا كان قد أثرى من التصرف الذي أجراه تابعه بدون علمه أما إذا كان التابع قد أجرى تصرفات قانونية بمال الحوزة بعلم رب الأسرة فإن مال الحوزة يقسم قسمة غرماء بين الدائنين بما فيهم رب الأسرة فإن كانت القسمة غير عادلة استطاع الدائنون إجراء القسمة من جديد عن طريق دعوى التعويض actio tributoria

أنظر بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٤، صوفي أبو طالب، المرجع السابق ، هامش ص٣١٣، صبيح مسكوني، المرجع السابق ، ص ٣٧٢وما بعدها، طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص٤٥ ومابعدها. فايز محمد حسين، المرجع السابق ، ص ٣٥١، وما بعدها، محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص ٢٤.

الحالة الثانية: العقود التي يعقدها غير التابعين:

توسع البريتور في تطبيق مبدأ النيابة الناقصة، بحيث امتد إلى الحالات التي يكون فيها النائب شخصاً مستقلاً بحقوقه أو تابعاً لغير الأصيل، وذلك بالقياس على نيابة التابعين لغيرهم عن رب الأسرة[١]، وكان ذلك على مراحل كما يلي:

١ - أجاز الرومان الوكالة التجارية، وحماية للموكل والغير، فقد أجاز البريتور للغير الذي تعامل مع الوكيل التجاري (mandataire commerciale)، سواء في تجارة بحرية أو برية دعوى أطلق عليها دعوى التجارة البرية، أو دعوى الوكالة؛ ليرجع بها على رب العمل، بالإضافة إلى دعوى العقد التي يستطيع الغير الرجوع بها على النائب، ومن ثم فللغير الخيار في هذه الحالة بين الرجوع على الأصيل بموجب الدعوى البريتورية أو الرجوع على الوكيل بموجب الدعوى المدنية الناشئة عن العقد[٢].

٢- وفي بداية القرن الثالث الميلادي طبق مبدأ النيابة الناقصة على الوكالة المدنية (أي الخاصة بأعمال غير تجارية)، وذلك بفضل الفقيه بابينيان (Papinien)، فأصبح للغير الذي تعاقد مع الوكيل procurator دعوى على غرار دعوى التجارة البرية ضد الموكل، وتسمى (actio quasi institoria)، وبذلك أصبح للغير الذي تعامل مع الوكيل حق الرجوع على كل من الموكل والوكيل[٣]، ويعد من نافلة القول ذكر أنه يشترط لإعمال هذين الدعويين أن يكون هناك عقد وكالة صحيح، وأن يتعاقد الوكيل بصفته هذه، وأن لا يتجاوز حدود وكالته[٤]، وبذلك خطت الدعوى البريتورية المذكورة خطوة كبيرة في شمول جميع أنواع الوكلاء الخاصين والعامين[٥].

وقد وجدت في قانون جستنيان دعوى أخرى هي دعوى الإثراء actio de in remrerso لتكمل الدعوى السابقة، وأساسها التزام رب العمل بتعويض الغير عن الإثراء الذي

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٤، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٢) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٣، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٥.
P. HUVELIN: op. cit., p. 149.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع، بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٤.
P. HUVELIN: op. cit., p. 149. R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit., p. 113. A. E. GIFFARD et R. VILLERS: op. cit., n°288. p. 198.

(٤) طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص١٩٦ وما بعدها.

(٥) صبيح مسكوني ، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

أصابه من فعل قام به هذا الغير، وتستعمل هذه الدعوى على وجه الخصوص في حالة قيام فضولي بعمل أصاب رب العمل منه فائدة، فيلزم بتعويض من تعامل معه الفضولي عن هذا الإثراء، ولو لم يقر رب العمل بما فعله الفضولي، وكذلك تعطي هذه الدعوى للغير ضد الموكل في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة[1].

نخلص مما سبق إلى أن الرومان قد استطاعوا عن طريق وسائل متعددة إيجاد حلول للتخفيف من المضار التي تترتب على عدم الأخذ بمبدأ النيابة، دون أن تؤدى هذه الحلول إلى هدم مبدأ انتفاء النيابة فى التعاقد الذى ظل مبدأ أصوليا فى ظل أحكام التشريع الرومانى حتى أواخر عهوده[2]، بسبب استمرار تأثير جميع العوامل التى كانت وراء اقرار مبدأ انتفاء النيابة ومنها سيادة الشكلية حتى آخر مرحلة من مراحل القانون الرومانى.

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦٥ P . HUVELIN. op. cit . p.145

(٢) طه عوض غازى، الرسالة السابقة، ص٢٧٦. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٤.

الفصل الثانى

صور الشكلية وتطبيقاتها فى النظم القانونية الرومانية

تمهيد وتقسيم:

لم يعرف القانون الروماني في عصوره الأولى سوى الشكلية التامة في جميع المجالات، سواء أكان ذلك في نطاق الأشخاص أم الأموال، أم الالتزامات، ولذلك لم يكن يترتب على الإرادة ذاتها أي أثر قانوني، بل كان هذا الأثر يترتب على الألفاظ والطقوس والإجراءات التي يقررها القانون، ومن هنا كان أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف، بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة[1].

ولم يقتصر الأمر على مجال التصرفات القانونية، حيث امتدت الشكلية لتلعب دوراً مهماً في مجال النظام الإجرائي الروماني، فنجد أن هناك هيمنة كاملة للشكليات والرسميات على إجراءات الدعاوى في القانون الروماني في مراحله الأولى، ولما كان الارتباط الوثيق بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية هو من أهم سمات القانون الروماني، حيث كانت الدعوى مندمجة في الحق، بل كانت هي الحق ذاته، بحيث لا وجود للحق بدون الدعوى[2]، لذا فقد رأينا أن نبدأ عرضنا لصور وتطبيقات الشكلية في القانون الروماني، بعرض لأهم مظاهر الشكلية في النظام الإجرائي الروماني، ثم ننتقل بعد ذلك إلى رصد وعرض أهم صور وتطبيقات الشكلية في التصرفات القانونية سواء ما تعلق منها بنظم الأشخاص أو نظم الالتزامات، وعلى ذلك فإن هذا الفصل سينقسم إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: الشكلية في إجراءات التقاضي

المبحث الثاني: الشكلية في النظم المتعلقة بالأشخاص

المبحث الثالث: الشكلية في التصرفات المنشئة للالتزامات

المبحث الرابع: الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية

---

(١) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤١٣.

(٢) فايز محمد حسين، تاريخ القانون، دون ناشر، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص٤٥٢.

المبحث الأول

الشكلية في إجراءات التقاضي

عرف الرومان في تاريخهم القانوني ثلاثة أنظمة لإجراءات التقاضي على سبيل التعاقب: أولها نظام دعاوى القانون، ثم نظام دعاوى البرنامج وأخيراً نظام الدعاوى الإدارية أو غير العادية، وقد اختلفت فكرة الشكلية باختلاف هذه النظم، فلم تكن فكرة واحدة ثابتة بل أخذت تتطور بتطور هذه النظم الإجرائية.

حتى انتهي الأمر بحلول نظام الدعاوي الإدارية إلى أن الدعوي أصبحت مجرد وسيلة لحماية الحقوق، ولم يعد النظام القضائي الروماني يختلف كثيراً عن الأنظمة القضائية الحديثة[1]، ومن ثم لم تعد شكليته تخرج عن حدود الشكلية المعروفة في الأنظمة الحديثة والتي لا تتعدي حدود الإجراءات التنظيمية العادية التي يتطلبها القانون الحديث لرفع الدعاوي، لذلك فإننا سنقصر دراستنا عن مظاهر الشكلية في إجراءات التقاضي على نظامي دعاوي القانون ودعاوي البرنامج نظراً لما لعبته الشكلية فيهما من دور بارز، واختلافهما من حيث مفهومها وطبيعتها عن شكلية الإجراءات العادية المقررة في أنظمة التقاضي الحديثة وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين بالشكل الآتي:

المطلب الأول: الشكلية في ظل نظام دعاوي القانون.

المطلب الثاني: الشكلية في ظل نظام دعاوي البرنامج.

---

(١) تم إلغاء نظام دعاوي البرنامج نهائياً بصدور دستور قسطنطين في عام ٣٤٢، وحل محله نظام الدعاوي الإدارية أو غير العادية Cognitio extra ordinem، وبمقتضى النظام الجديد أصبحت الدعوى مجرد وسيلة لحماية الحقوق لم يعد للبريتور أي دور فيها، حيث اختفت صيغ الدعاوي النموذجية، وأصبح القاضي موظفاً عمومياً تعينه الدولة يقوم بنظر الدعوى. والفصل فيها بنفسه، ويتمتع بسلطة واسعة لعدم تقيده بصيغة الدعوى، ويملك سلطة الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام، بالإضافة إلى أنه أصبح من الجائز استئناف الأحكام أمام قاضي آخر أعلى مرتبة، ويتم تنفيذها بقوة السلطة العامة لصدورها من حاكم يمثل الدولة، ومن ثم فإن النظام القضائي الروماني بحلول نظام الدعاوي الإدارية لم يعد جزءاً من القانون الخاص، بل أصبح من نظم القانون العام. انظر: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص٤٧٢ – ٤٧٣.

المطلب الأول

الشكلية في ظل نظام دعاوى القانون

ساد النظام المعروف باسم "دعاوى القانون" في عهد القانون القديم، وهو عدد محدود من الدعاوى ورد على سبيل الحصر، ولكل منها إجراءات وصيغ خاصة بها، وبقدر عدد هذه الصيغ توجد الحقوق؛ لأن الدعوى لم تكن مجرد وسيلة لحماية الحقوق 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(١)، وقد تناول قانون الألواح الاثنى عشر نظام الدعاوى في الألواح الثلاثة الأولى، وهو نظام بني على الرسمية، إذ كان يتعين على الخصوم التفوه ببعض العبارات الرسمية وتأدية إشارات شكلية يترتب على أي خطأ في أدائها ضياع الحق(٢).

وفي سبيل البحث عن دور الشكلية في نظام دعاوى القانون سنقوم بعرض لفكرة الشكلية في هذا النظام والنتائج المترتبة عليها، وأقسام الدعاوى ومراحل نظرها بما تتضمنه من إجراءات شكلية.

أولا: شكلية الدعاوى والنتائج المترتبة عليها:

يمثل نظام دعاوى القانون أقدم نظام للإجراءات عرفه الرومان، وقد تميزت دعاوى القانون بالشكلية الجامدة، فكان القانون يحدد شكل الدعوى تحديداً جامداً(٣)، وتظهر هذه الشكلية القانونية في الإجراءات التي يقوم بها المتخاصمون أمام القضاء والألفاظ التي ينطقون بها، فلا تقبل الدعوى إلا إذا تلفظ الشخص بألفاظ محددة وقام بإجراءات معينة، ولا يجوز نظرها إلا إذا رفعت خلال أيام معينة أطلق عليها اسم أيام التقاضي (dies fasti)؛ لذلك كان الناس بهم حاجة مستمرة إلى من يبصرهم بإجراءات الدعاوى ونماذجها(٤)، والتي كان رجال الدين يحتكرون العلم بها، فكان على الأفراد الرجوع إليهم قبل الذهاب إلى الحاكم القضائي (القنصل ثم البريتور

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٢) عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٣) P. A. LESAGE: le formalisme dans la législation romaine, thèse cite, pp. 99 – 100, L. MACKENZIE: studies in roman law, op. cit. 360.

(٤) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني مرجع سابق، ص ٧٢.

المدني)[١] لاستشارتهم في الإجراءات الواجب اتباعها أثناء نظر الدعوى، حتى لا تسقط دعواهم ولو كان الحق في جانبهم نتيجة عدم مراعاة الأوضاع الشكلية والصيغ الرسمية التي كان يتعين عليهم التفوه بها أمام المحاكم في ظل نظام قضائي يتسم بالطبيعة الشكلية[٢]، فالكهنة هم الذين وضعوا صيغ جميع التصرفات القانونية ودعاوى القانون التي مرت بمرحلة طويلة من التعديل والتبديل حتى استقرت في صورتها النهائية[٣]، لذلك انفرد الكهنة بتحضير هذه الصيغ التي كانت تختلف باختلاف الدعاوى وباختلاف موضوع النزاع في كل منها[٤].

ولم يلغ قانون الألواح الاثنى عشر هذا الامتياز والدور الذي كان لرجال الدين[٥]؛ لأن هذا القانون شأنه في ذلك شأن المجموعات القانونية الحديثة لم يبسط إجراءات الخصومة، ولم يأت بما يمكن الخصوم من السير وحدهم فيها[٦].

وإن قيد هذا القانون في الواقع من سلطة رجال الدين؛ لأنهم لا يستطيعون أن يدعوا مخالفة العرف لنص من نصوص قانون الألواح الاثنى عشر، بل إنهم جروا على استعارة عبارات الصيغ التي يعطونها للأفراد من نصوص القانون نفسه[٧].

وعلى هذا كانت هيمنة الشكليات والرسميات على إجراءات الدعوى هي السمة المميزة، والجامع المشترك بين أحكام دعاوى القانون، حيث يلتزم الأفراد بالتفوه ببعض العبارات الرسمية (certa verba)[٨] التي يحددها القانون، فكان القانون يحدد شكل الدعوى تحديداً جامداً[٩]، وقد صور الفقيه الألماني اهرنج تلك الرابطة القوية بين الدعوى ونص القانون تصويراً بارعاً عندما عرف الدعوى بأنها كانت "طريقة خاصة للإشارة إلى نص القانون"[١٠]، فكما أن المدعي في

---

(١) R. D. MELVILLE; A manual of the principles of roman law, op. cit, pp. 37 – 38.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق ، نفس الموضع.

(٧) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٨) C. ACCARIAS; précis de droit romain, T.2, op. cit, pp. 670 – 671. B. NICHOLAS, - op. cit, p. 630. A. LESAGE, la thése cite, p. 102. MAGDELAIN, les actions civiles, op. cit, pp. 39 - 40.

(٩) A. LESAGE; la thése cite, p. 100.

(١٠) "une forme particulière de la méthode de la citation de la loi IHERING; l'esprit de droit romain, T.3 p. 315 – 317.=

الوقت الحاضر يذكر نص القانون الذي يستند عليه بالإشارة إلى رقم ذلك النص، فإن المدعي في دعوى القانون كان يفعل ذلك، ولكن عن طريق نقل مادة القانون كاملة في دعواه، ولم تكن الشكلية في ذلك العهد مقصورة على صحيفة الدعوى بل امتدت لتشمل أعمال القاضي نفسه التي كانت سلسلة من الأقوال ينطقها كلها في صيغة رسمية، طبقاً لأشكال خاصة[١]، فإذا حدث خطأ من جانب أحد المتخاصمين في أداء ألفاظ وطقوس الدعوى ترفض دعواهما[٢]، وفي ظل هذا النظام المتسم بالشكلية الجامدة لم يكن باستطاعة البريتور استحداث دعاوى جديدة ولا تعديل الصيغ القائمة ولا رفض الدعوى التي تمت بإجراءات صحيحة، كما لا يتدخل في تحديد مهمة القاضي، بل كان دوره ينحصر في مراقبة صحة الإجراءات والصيغ، ومدى مطابقتها للصيغ والإجراءات القانونية[٣].

وقد ترتب على الشكلية التي سادت نظام الدعاوى النتائج التالية:

١- اقتضت الشكلية المهيمنة على القانون الروماني عموماً وإجراءات التقاضي خاصة مراعاة الدقة التامة في الصيغ والإجراءات، بحيث إن أي خطأ في أداء صيغ وطقوس وإجراءات الدعوى التي نص عليها القانون يعرض الفرد لضياع حقه، ويقدم لنا الفقيه جايوس (Gaius) في كتابه النظم مثالاً شهيراً يعطي لنا صورة واضحة عن الشكلية في دعاوى القانون وما كان يقترن بها من جزاء: ذلك الرجل الذي أراد رفع دعوى تسمى دعوى قطع الأشجار (actio arboribus succisis) على آخر قطع كرومه، وهي دعوى أنشأها قانون الألواح لحماية صاحب الأرض من جريمة قطع الأشجار المثمرة، ولكن هذا الشخص خسر دعواه، لأنه بدلاً من أن يذكر في الصيغة التي تلاها كلمة (أشجار) (arbores) وهي الكلمة التي نص عليها القانون، ذكر كلمة أكثر دقة وتحديداً، وأكثر تعبيراً عن دعواه وهي كلمة (كروم) (vites) مع أن من الواضح أن المدعي لم يستعمل كلمة (vites) بدلاً من (arbores) إلا ليوضح دعواه[٤].

=مشار إليه لدي فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٩. ص ١٩٣.

(١) فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) L. MACKENZIE; op. cit., p. 360.

(٣) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٣٣٣ - ٣٣٤.

(٤) C. ACCARIAS; op. cit., n°740, p. 671. G. DEREUX; l'interprétation des actes juridiques privés, thèse cité., p. 31. J. MUIRHEAD; Historical introduction to the private law of Rome, op. cit., p. 166.

ويوضح لنا هذا المثال كيف كان لكل عمل إجرائي في نظام دعاوى القانون نموذج شكلي يجب أن يتم العمل مطابقاً له، فإذا وقع أي خطأ أو نقص في هذا العمل الإجرائي، فلم يأت مطابقاً للشكل القانوني المرسوم له، كان الجزاء هو البطلان، الذي يتقرر نتيجة حتمية لمخالفة الشكل، فلا يشترط أن ينص القانون على البطلان، كما لا يختلف الحكم بحسب كون الخطأ في الشكل جسيماً أو يسيراً أو أن يكون قد أضر بالخصم أم لم ينشأ عنه أي ضرر[1].

٢- نتيجة لسيادة الشكلية في إجراءات التقاضي عند الرومان لم يعرف الرومان مبدأ تسبيب الأحكام سواء أكان ذلك في عهد القانون القديم أم في عهد الإمبراطورية السفلي، فالإجراءات في القانون الروماني كانت مجرد تأكيدات للحق يتخذها من يدعي أنه صاحبه، وكان دور البريتور مقتصراً على إعداد الصيغ القانونية التي تتضمن عرضاً لوقائع النزاع وطلبات كل خصم وتقديم حلين يمكن تطبيقهما على النزاع، أما دور القاضي فكان يقتصر على تقرير من يحكم لصالحه بعد تقييم بسيط لأدلة الإثبات، وبالنظر لهذه الإجراءات نجد أن طبيعتها تتنافى مع طبيعة التسبيب بوصفه استدلالا في جوهره، كما أن الحكم لم يكن يتضمن أي استدلال قانوني، لأن البريتور هو الذي يجري هذا الاستدلال عند إعداد الصيغة التي عرضت على القاضي ومن ثم فلا مجال للكلام عن تسبيب للأحكام[2] الذي يعني حلول الاستدلال محل التأكيدات، حيث يصبح الحكم وسيلة للإقناع وليس مجرد ممارسة للسلطة التي يتمتع بها القاضي، فتسبيب الحكم يعني احتواءه على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت لصدوره على نحو معين، ويجب أن تعبر هذه الأسباب عن العملية العقلية (الاستدلال) التي وصل بها القاضي إلى نتيجة معينة[3]، وهو ما لا يتوافر في طبيعة الإجراءات التي اتخذها الخصوم ولا في الحكم الصادر من القاضي عند الرومان الذي لم يكن سوى مجرد تأكيدات مختصرة.

٣- و ترتب على سيادة الشكلية أيضاً ضرورة حضور الطرفين بنفسيهما أمام الحاكم القضائي، فلم يكن من الجائز أن ينظر الحاكم الدعوى في غيبة أحد الخصوم، ولا يجوز لشخص أن

---

(١) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٣، والمراجع المشار إليها بالهامش.
وفي المعنى نفسه L. MACKENZIE; op. cit., p. 360.

(٢) عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٣، ص ٢٦ والمراجع المشار إليها في الهامش.

(٣) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٨ – ٢٢.

ينيب غيره في الحضور أمام الحاكم[١]، وكان الالتزام بإعلان المدعى عليه بالحضور أمام القاضي واقعاً على عاتق المدعي بموجب دعوة موجهة منه للمدعى عليه (in jus vocatio) ، ويجب على المدعى عليه أن يلبى هذه الدعوة أو يقدم كفيلا (vindex) يكفل حضوره اللاحق أمام الحاكم القضائى، وفى حالة رفض المدعى عليه الاستجابة لطلب المدعى بالتوجه معه إلى الحاكم القضائى يحق للأخير أن يقوم بالقبض عليه واقتياده بالقوة إلى الحاكم القضائى بشرط تواجد شهود على واقعة رفض المدعى عليه الاستجابة لطلب الحضور[٢]، والسبب في استلزام حضور الخصمين بأنفسهما واضح، إذ يقع على الطرفين كليهما عبء التفوه بالألفاظ وأداء الصيغ والطقوس التي نص عليها القانون[٣]، حيث إن من أهم خصائص مرافعات دعاوى القانون قيام المتقاضين بدور كبير فيها[٤].

٤- إذا كانت القاعدة في القانون الحديث هي جواز إعادة العمل الإجرائي الباطل باتباع إجراءات جديدة فأن الأمر كان على خلاف ذلك في عهد دعاوى القانون[٥]، فقد كان من المقرر في ذلك العهد أنه إذا خسر المدعي دعواه، سواء أكان بسبب خطأ في الإجراءات أم في الصيغة التي تلاها أم لصدور حكم في الدعوى، فإنه يخسرها نهائياً، وليس له أن يعيدها بإجراءات صحيحة، أو أن يجدد النزاع مرة أخرى أمام الحاكم القضائي[٦]، ليس في مواجهة المدين

---

(١) W. A. HUNTER; Roman law, op. cit, p. 980.

نقلا عن مصطفى صقر، حجية الأمر المقضي، دون ناشر ١٩٩٥، ص ٢٧، وقد قرر القانون الروماني بعض الاستثناءات على هذا المبدأ والتي حصرتها المدونة في ثلاثة هي الدعاوى الخاصة بمصالح عموم الأمة (pro populo) أو بالحرية (pro liberate) أو بالوصاية (pro tutela) كما أن شريعة هوستيسيا (Lex Hostitia) كانت تجيز رفع دعوى السرقة حسبة عن المجني عليهم الذين يكونون في قيد الأسر عند الأعداء أو غائبين في أعمال الجمهورية، أو يكونون قصراً تحت وصاية الأسرى أو الغائبين المذكورين، أنظر مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، هامش ص ٢٧، ٢٨.

(٢) طه عوض غازى، تطور الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل فى القانون الرومانى – دراسة تحليلية –، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص٢٢-٢٣. وكذلك زكي عبد المتعال، تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية، ١٩٣٥، ص ٢٨٣.

F.P.WALTON; Historical introduction to the roman law, Edinburgh, 2ᵉ ed, 1912, p. 128 J. MUIRHEAD; op. cit. p. 167. W. A. HUNTER; op. cit. pp. 967 - 969.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٤) زكي عبد المتعال، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٦) فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع ، وكذلك مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣١.

الذي رفعت عليه الدعوى الأولى فحسب، بل أيضاً في مواجهة كل من الشريك في الدين co – débiteur والكفيل caution بالرغم من أن كليهما لم يكن طرفاً في الدعوى الأولى، ولم يسهم في إجراءاتها وطقوسها الشكلية، فإذا كان المقصود استرداد مال معين، فإن من خسر الدعوى لا يمكنه محاولة استرداده مرة ثانية؛ لأنه طبقاً للمبدأ السائد آنذاك فإن "الدعوى لا ترفع عن ذات الموضوع مرتين Bis de eadem rene sit actio" [١].

وهو المبدأ الذي تكمن فيه الجذور الأولى "لحجية الأمر المقضي"[٢]، وقد غالى بعض الفقهاء في تشبيه هذه القاعدة بقاعدة حجية الأمر المقضي ومنهم الفقيه "اهرنج" الذي يرى أن القاعدة واحدة، ولكنها انتقلت في القانون الحديث إلى عمل آخر من الأعمال الإجرائية هو الحكم[٣]، وفي حقيقة الأمر هذا الرأي بعيد عن الحقيقة، فرغم أن القاعدة الرومانية كانت تؤدي في بعض الأحوال إلى آثار القاعدة الحديثة نفسها من حيث إنها تمنع نظر الدعوى مرة ثانية، فإنها تختلف عنها تمام الاختلاف، وذلك من ناحيتين[٤]:

١- من حيث الاعتبارات التي تقوم عليها القاعدة: إن ما يمنع من إعادة تجديد النزاع مرة أخرى أمام القضاء طبقاً للقاعدة ليس هو قرينة الصحة أو الحقيقة la Presomption de vérite التي تتمتع بها الأحكام القضائية، وإنما هو استحالة عرض الدعوى التي استنفذت consommée كلية بمجرد إتمام إجراءاتها الشكلية التي نص عليها القانون[٥]، بمعنى آخر لم تكن القاعدة الرومانية متصلة بالحقيقة في الحكم، وإنما بأشكال يجب اتباعها، ولا يجوز اتباعها إلا مرة واحدة"[٦].

٢- من حيث وقت إعمال القاعدة: حيث إن إعمال القاعدة الرومانية لم يكن يتوقف على صدور حكم في الخصومة، إذ إن أثرها كان يترتب على مجرد "الإشهاد على الخصومة

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣١، ٣٢.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣١، والمراجع المشار إليها بالهامش.

(٣) IHERING. L'esprit de droit romain, T.3... op. cit., p. 328-329.

مشار إليه لدى فتحي والي، المرجع السابق ، هامش ١٩٤.

(٤) فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٣، والمراجع المشار إليها في الهامش

R.VILLERS; Rome et le droit prive. op. cit., p. 169.

(٦) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٥.

litis contestatio"؛ لذلك كانت القاعدة الرومانية تسري ولو لم يصدر حكم قطعي[1] على عكس القاعدة الحالية.

ثانيا: أقسام دعاوى القانون ومراحلها

كانت دعاوى القانون المقررة في قانون الألواح تنقسم إلى: دعاوى تقريرية، ودعاوى تنفيذية: وسنعرض الآن للمقصود بكل منهما وإجراءاتهما والدعاوى التي تندرج تحت كل قسم منهما:

١- الدعاوى التقريرية (actions declaratoires)

وهي الدعاوى التي يقصد بها إقرار الحق قضاءً والحصول على اعتراف الخصم به، فهى لا تنشىء حقا أو مركزا قانونيا جديدا[2]، وقد عرف الرومان ثلاث دعاوى تقريرية هى: دعوى القسم أو الرهان (la legis actio sacramento) ودعوى تعيين قاض أو حكم (la legis actio per- judicis arbitrive postulationem) ودعوى الإعلان [3] (La legis actio per condictionem) ، ونقوم الآن ببيان المراحل التي تمر بها جميع الدعاوى التقريرية، ثم نعرض لأحكام كل دعوى كما يلي:

أ- مراحل الدعاوى التقريرية:

لم تعرف الدولة الرومانية نظام الفصل بين السلطات بمعناه في الوقت الحاضر، فلم يكن القضاء بمعزل عن الإدارة، ومن ثم ساد في نظام دعاوى القانون مبدأ تقسيم الدعوى إلى دورين: فترفع في الدور الأول "in jure" للبريتور أو الحاكم القضائي (magaistratus) ممثل السلطة العامة لتنظيم الدعوى وتحديد موضوع النزاع، ثم يحولها في الدور الثاني "in judicis" للقاضي (Judex) وهو فرد عادي يختاره المتقاضيان لإصدار قراره في النزاع[4]، ويرجع هذا التقسيم للنشأة التاريخية للنظام القضائي الروماني بإحلال التحكيم الاختياري مكان القضاء

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٣، وكذلك فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) محمد على الصافورى، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، ١٩٩٦، ص٣١٥.

(٣) وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٣٩.

L. MACKENZIE: op. cit., p. 360.

(٤) زكي عبد المتعال، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

الخاص، ثم تدخل الدولة في فض المنازعات بعد ذلك [١].

أما عن شكلية الإجراءات في هذه المراحل فهي كما يلي:

المرحلة الأولى (injure) وتسمى بالمرحلة القانونية (jus)[٢]:

وفي هذه المرحلة كان الحضور الشخصي للخصوم ضرورياً وكذلك إحضار الشيء محل النزاع أو ما يرمز إليه، وذلك حتى تنعقد الخصومة[٣]، ويقوم الأطراف بالامتثال أمام الحاكم القضائي ويتلفظ أحدهما أو كلاهما بالصيغ المقررة ويقومان بالإجراءات والطقوس التي حددها القانون، فإذا تمت الإجراءات والنطق بالألفاظ بطريقة صحيحة يطلب الحاكم منهما اختيار حكم للفصل في هذا النزاع [٤]، وبعد التفوه بالصيغ الشكلية واختيار الحكم يشهد شهود على أن الطرفين قد اتفقا على تحكيم القاضي وعلى ما حدث بينهما، وهذا هو الإشهاد على الخصومة[٥]، وبذلك تنتهي هذه المرحلة التي يقصد بإجراءاتها تحديد موضوع النزاع واختيار الحكم الذي سيتولى الفصل في الدعوى باتفاق الطرفين أو بطريق القرعة في حالة عدم الاتفاق على اختياره [٦].

وتطلق النصوص على اختتام هذه المرحلة تعبير الإشهاد على الخصومة[٧] (litis Contestatio)

المرحلة الثانية (in judicio) وتسمى المرحلة القضائية (judicium)[٨]:

تبدأ هذه المرحلة التي يطلق عليها أيضاً مرحلة الوقائع بإحالة الدعوى إلى الحكم المعين

---

(١) زكي عبد المتعال، المرجع السابق، ص٢٧٨، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧
W. A. HUNTER; op. cit., p. 974, P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, T.1, Paris, 1927, p. 127.

(٢) عبد السلام الترمانيني، محاضرات في القانون الروماني،١٩٦٥، ص ٢٨.

(٣) محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه حقوق الزقازيق، ١٩٩٢، ص ٢٢ – ٢٣.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٣.
J. MUIRHEAD; op. cit., pp. 167 - 168.

(٥) محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٣١٥. ثروت حبيب، الالتزام الطبيعي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ص ٨٣.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٢٥، وكذلك عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٧) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٨) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٨.

للفصل فيها، بحسب الصورة التي تحددت أمام الحاكم في الدور الأول، ولم يكن الحكم المعين قاضياً بمعنى الكلمة، بل كان حكماً خاصاً (judex privatus)[١]، يختاره طرفا الخصومة من بين أعضاء مجلس الشيوخ المقيدين في جدول خاص يحرره البريتور أو عن طريق القرعة في حالة عدم الاتفاق، وبذلك كان اختيار القاضي أو الحكم القانوني لنظر دعوى معينة، وتنقضي مهمته بانتهائها[٢]، ولم يكن لدى الحكم غالباً أي خبرة قضائية ولا معرفة قانونية، على أن هذا لم يكن ليؤثر في حسن سير العدالة؛ لأن مهمته كانت تنحصر في تبيان أى من الخصمين صادق أو كاذب في يمينه، وهو ما كان يثبت بأقوال الشهود الحاضرين، بناء على طلب الخصوم، كما أنه كان يستشير أهل الرأي من رجال الدين في موضوع النزاع المعروض عليه[٣]، ويلتزم الطرفان بالحضور مصحوبين بالشهود أمام القاضي الذي يعقد الجلسة في الساحة العامة (forum) أو في أي مكان آخر يختاره الطرفان[٤]، خلال ثلاثة أيام من إحالة القضية للحكم، فإذا تخلف أحدهما عن الحضور حتى منتصف النهار من اليوم الثالث، فإن الحكم يفصل في الدعوى لمصلحة الحاضر منهما؛ لأنه يفترض فيمن يغيب عن مجلس الحكم أنه غير محق، ولكل من الطرفين أن يستعين بمحام لإيضاح دعواه، وللقاضي أن يستثبت الدعوى بجميع طرق الإثبات ليبني عليها إقتناعه في إصدار الحكم[٥]، وتنتهي هذه المرحلة بإصدار الحكم بعد سماع أدلة الطرفين[٦].

ب- أنواع الدعاوى التقريرية

هناك ثلاث دعاوى تقريرية اثنتان منها وجدتا في قانون الألواح الاثنى عشر وهما دعوى القسم أو الرهان، والدعوى بطلب تعيين قاض أو حكم، والثالثة أدخلها فيما بعد قانون

---

(١) عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) زكي عبد المتعال، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

إلا إن بعض دعاوى الأجانب كان يختار لها أكثر من قاضي ثلاثة أو خمسة قضاة، أو إحدى عشر قاضياً، كما وجدت علاوة على ذلك محاكم دائمة مكونة من عدة قضاة منتخبين من بين أعضاء مجالس الشعب، وتحول إليها الدعوى للنظر فيها وأهمها محكمة العشرة وهي مكونة من عشرة قضاة للنظر في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، وألغيت هذه المحكمة في بداية العهد الإمبراطوري ومحكمة المائة، وتختص بالمسائل المتعلقة بالملكية والمواريث، أنظر زكي عبد المتعال، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٥ – ٢٦.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٥) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٦) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

سيليا (lex silia) الصادر عام ٢٥٠ ق.م. [١]، وهي دعوى الإعلان:

- **دعوى القسم أو الرهان (legis actio sacramentum)**

هذه الدعوى – كما يصفها جايوس – دعوى عامة، أي يلجأ إليها المدعي إذا لم يجد دعوى قانونية أخرى ينص القانون على جواز استعمالها[٢]؛ لذلك كانت هذه الدعوى صالحة للمطالبة بحق عيني كالادعاء بملكية شيء من الأشياء أو للمطالبة بحق شخصي مترتب بذمة شخص، أو للمطالبة بحق من حقوق الأسرة[٣]، وقد سميت بدعوى القسم أو الرهان، لأن كلا الطرفين كانا قديماً يقسمان على صحة دعواهما بيمين دينية (sacra)، ثم استعيض فيما بعد عن اليمين بغرامة (poena) كانت تأخذ شكل الرهان، يتعهد كل من الطرفين بدفعها إلى الخزانة العامة إذا هو خسر الدعوى[٤]، وقيمة هذه الغرامة هي ٥٠٠ آس إذا كان الشيء موضوع النزاع قيمته أكثر من ١٠٠٠ آس، فإن كان أقل من ذلك كانت الغرامة ٥٠ آس[٥]، ومن الجدير بالذكر أنه نتيجة كون دعوى القسم دعوى عامة تستعمل في جميع الحالات التي لا توجد فيها دعوى خاصة، استمر العمل بهذه الدعوى حتى عهد جستنيان، خاصة بالنسبة لبعض الأعمال القضائية ذات الطبيعة الولائية كالدعوى الصورية، ودعوى الحرية المسماة[٦]، أما فيما يتعلق بإجراءات دعوى الرهان الشكلية الواجب اتخاذها، فإنها تختلف باختلاف موضوع المطالبة وكونه حقاً عينياً أو شخصياً كما يلي:

الإجراءات الشكلية لدعوى الرهان العينية (sacramentum in rem):

إذا كانت الدعوى تقوم على المطالبة بحق عيني، كما لو كانت نزاعاً على ملكية عبد

---

(١) محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٣١٥-٣١٦. بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢)محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٣١٦. علي حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، ص ٥١، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨.
W. A. HUNTER; op. cit., p. 975, L. MACKENZIE; op. cit., p. 360.

(٣) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٩ – ٣٠.
L. MACKENZIE; op. cit., p. 360.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٣، وكذلك عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٣٠.
F.P.WALTON; op. cit., p. 129, L. MACKENZIE; op. cit., p. 360, W. A. HUNTER; op. cit., p. 975.

(٥) W. A. HUNTER; op. cit., p. ٩٧٦.

(٦) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣١، دعوى الحرية المسماة هي دعوى استرداد يرفعها لدى البريتور رجل ذو مروءة لإثبات حرية إنسان يمسكه البعض باعتباره رقيقًا.

مثلاً، ففي المرحلة الأولى يحضر الطرفان أمام البريتور ومعهما العبد المتنازع عليه والشهود، ويدعي كل منهما أن العبد مملوك له من خلال إشارات وعبارات شكلية مخصوصة، ويؤكد ذلك بلمس العبد بعصا رقيقة (festuca – vindicta) فيظهر كل منهما بأنه مدع في الوقت نفسه، لأنه يدعي الحق لنفسه (فلا يوجد إذن مدع ومدعى عليه بالمعنى المعروف) ثم يدور بينهما حوار قصير يقرر فيه كل منهما أنه يطالب بالشيء بوجه حق، وعندئذ يتدخل الحاكم القضائي طالباً من الطرفين ترك الشيء موضوع النزاع، وهو العبد في هذه الحالة ليشعرهما بسطوة الدولة وبتدخلها لمنع الفصل في النزاع بالقوة[١]، وعندئذ يقول أحد الخصمين للآخر ما دمت تطالب بالعبد بدون حق فأنا أراهنك على غرامة بمبلغ (٥٠ آس أو ٥٠٠ آس) حسب قيمة العبد ويجيبه الآخر وأنا كذلك، وهنا يقدم كل منهما كفيلاً يكفل أداء مبلغ الرهان في حال خسارته الدعوى، ويسمى كفيل القسم (praedes sacramenti). أما الشيء المتنازع عليه فيبقيه الحاكم في يد أحد الطرفين بشرط أن يقدم كفيلاً يدعي كفيل الخصومة (praedes litis vendiciarum) يتعهد بإعادة الشيء ونتاجه إذا خسر الدعوى[٢]، وتتم كل هذه الإجراءات بعبارات رسمية شكلية وإشارات خاصة يتعين على كل خصم تأديتها بالتمام، فإذا أخطأ في لفظ منها سقطت دعواه، وإن كان الحق في جانبه[٣]. فإذا تمت الإجراءات والنطق بالألفاظ بطريقة صحيحة، جرى اختيار القاضي بتراضي الطرفين أو بواسطة الحاكم القضائي نفسه إذا لم يتفق الطرفان على قاض معين، ثم يجري الإشهاد على الخصومة (litis contestatio) بأن يشهد الموجودون أمام الحاكم القضائي على ما حدث بين الطرفين حتى لا يستطيع أيهما تغيير أقواله أمام القاضي أو الحكم، ثم يحال الطرفان إلى القاضي، وبذلك تبدأ المرحلة الثانية للدعوى التي تنظر أمام الحكم أو القاضي، حيث تفحص أدلة الطرفين، ويعد كل منهما مدعياً يجب أن يثبت ادعاءه بأنه مالك، وتنتهي هذه المرحلة بأن يصدر القاضي حكمه[٤]، لا في أيهما مالك لما يدعيه، بل في أي الرهانين صحيح (justum) وأيهما غير صحيح (injustum)، فمن كان رهانه غير صحيح، وقضى للطرف الآخر بصحة الرهان ومن ثم بملكية العبد، وبصدور الحكم

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٣، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص٣٩، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص٣١.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٩ – ٣٠.

تنتهي الدعوى التقريرية وينتهي في معظم الأحوال النزاع بين الطرفين[١].

الإجراءات الشكلية لدعوى الرهان الشخصية (saramentum in personem):

تستعمل دعوى القسم أو الرهان للمطالبة أيضاً بالحقوق الشخصية، كالديون غير الثابتة أو المطالبة بغرامة، نتيجة لجريمة وقعت كما في جريمة السرقة، أو قطع أشجار الغير، وتستدعي هذه الدعوى حضور الدائن والمدين (دون وجود المال) [٢]، وفي المرحلة الأولى من هذه الدعوى يقوم الدائن بتوجيه سؤال إلى المدين عن الدين، وهل يقره أو ينكره، فإذا أنكره دعاه إلى رهان، كما في الدعوى العينية، ويجري الإشهاد على الخصومة واختيار القاضي بالطريقة المتقدمة[٣] وفي الدور الثاني أمام القاضي يختلف مركز الخصمين في دعوى الرهان الشخصية، كما عليه الحال في الدعوى العينية، فهنا يكون الدائن مدعياً (actor) ويكون المدين هو المدعى عليه (reus)؛ لأن الأول يدعي والثاني ينكر، ويقع عبء الإثبات على المدعي، فإذا أخفق في إثبات دعواه خسر رهانه، وإذا أفلح خسر المدعى عليه الرهان، والتزم بوفاء الدين وأداء الغرامة التي يحددها القانون للجريمة التي ارتكبها، فإذا لم يف بما التزم به خلال ثلاثين يوماً، كان للدائن أن ينفذ عليه الحكم بإلقاء اليد عليه، يكون ذلك بدعوى تسمى (دعوى إلقاء اليد على جسم المدين) [٤]، حيث كان جسم المدين هو الضامن للوفاء بما عليه من التزامات في عهد القانون القديم[٥].

---

(١) محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٣١٨.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥١.

(٤) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص٣٢ – ٣٣، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٤ – ٥٥.

(٥) صوفي أبو طالب، القانون الروماني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥، ص ١٥.

- **دعوى طلب تعيين قاض أو حكم[1]:**

(Legis actio per judicis arbitrive postulationem):

تعد دعوى طلب تعيين قاض دعوى خاصة مقصورة على بعض الحالات التي حددها القانون[2]، والغرض منها هو طلب تعيين قاض أو حكم بوساطة الحاكم القضائي، بناء على طلب المدعي بعد إنكار المدعى عليه للدين، كما تستعمل هذه الدعوى في حالة قسمة التركات وقسمة الأموال الشائعة، وتسمى الدعوى هنا دعوى طلب تعيين حكم، وذلك لعدم وجود نزاع بالمعنى الحقيقي، أما في حالة المطالبة بدين ناشئ من الاشتراط فتسمى دعوى طلب تعيين قاض[3].

وتتميز هذه الدعوى عن دعوى الرهان: بأن هذه الدعوى كانت تقوم على سبب قانوني هو التعهد (sponsio) أو تقسيم أموال الأسرة أو حق من حقوق الجوار وأنها كانت تتم بإجراءات بسيطة وموجزة ليس فيها غرامة رهان، وليست فيها ما يرمز إلى القوة، ولا يكون فيها للدائن سلطان على المدين[4]، فهذه الدعوى أقل خطراً وكلفة من دعوى الرهان، ولهذا كانت على حد تعبير جايوس دعوى خاصة، في حين كانت دعوى القسم دعوى عامة[5].

أما فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية لهذه الدعوى فتبدأ بأن يقرر المدعي أمام الحاكم القضائي أن المدعي عليه مدين له بمبلغ كذا بمقتضى اشتراط مثلاً إذا كان هو سبب الدين، ويسأله أن يقر بهذا الدين أو ينكره، فإذا أقر المدعي عليه بالدين سلمه الحاكم للمدعي لينفذ عليه، وإن أنكر فإن المدعي يطلب من البريتور أن يعين قاضياً للفصل في النزاع، ويختار القاضي

---

(١) يرجع الأصل التاريخي لدعوى طلب تعيين قاضي أو حاكم إلى أن أفراد الأسرة في القبيلة كانوا يعتبرون أقرباء بعضهم لبعض، وكانت الحياة الاقتصادية تقوم على التبادل وقد نشأ عن هذا التبادل عقد يسمى بعقد القرض (mutum) وبمقتضاه كان يطلب شخص من آخر هو في أكثر الأحيان من أقربائه أن يقرضه كمية من القمح أو مبلغاً من المال، ويتعهد له بإعادة ما اقترضه منه، وكان هذا التعهد شفهياً (verbis) يقوم على الثقة ويرمز إلى التضامن، فإذا امتنع المدين عن تنفيذ تعهده في الاستحقاق، فلا يعمد الدائن إلى مقاضاته عن طريق دعوى القسم أو الرهان، لأن المدين لم يكن أجنبياً عنه ليقاضيه بأسلوب قاسي ومرهق، وإنما كان يكتفي بأن يدعوه برفق ولين إلى الحاكم (البريتور) فإذا أنكر المدين الدين، فعندئذ يطلب الدائن من الحاكم تعيين قاضي أو حاكم ليقضي في الأمر، أنظر عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٣٤، وما بعدها.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٤) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

ويجري الإشهاد على الخصومة، ويتم كل ذلك بعبارات رسمية وصيغ محددة تحديداً دقيقاً[١].

- **دعوى الإعلان (Legis atcio condictionem):**

وهي آخر الدعاوى التقريرية في نظام دعاوى القانون، إلا أن هذه الدعوى لم ترد في قانون الألواح الإثنى عشر، وإنما أدخلها قانون لاحق، وهو قانون سيليا (Lex silia) الصادر في عام ٢٥٠ ق.م. تقريبا[٢].

والغرض من رفع هذه الدعوى المطالبة بمبلغ معين من النقود (certa pecunia) أو بمال معين بالذات (res certa)، وتشابه إجراءاتها إجراءات الدعوى السابقة، فلا رهان فيها إلا أنها تختلف عنها، من حيث إن اختيار القاضي لا يتم في الحال، حيث تبدأ إجراءاتها بسؤال المدعى عليه عن الدين، فإذا أنكره نبه عليه بالحضور بعد ثلاثين يوما أمام البريتور لاختيار القاضي[٣].

٢- الدعاوى التنفيذية (actions exécutoires)

لم يعرف الرومان مبدأ التنفيذ العيني الجبري المباشر من خلال إجبار المدين على القيام به، حيث لم يتقرر مبدأ عاما في القانون الروماني سواء في عهد نظام دعاوى القانون أو في نظام المرافعات الكتابية، ولم يأخذ الرومان بمبدأ التنفيذ العيني المباشر إلا في ظل نظام الدعاوى الإدارية في عصر الإمبراطورية السفلى، ولكن إذا كان القانون الروماني في ظل نظام دعاوى القانون لم يقرر أية وسيلة تكفل التنفيذ العيني المباشر، فقد قرر وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني من خلال الضغط على المدين عن طريق الإكراه البدني بموجب (دعوى إلقاء اليد على جسم المدين) أو من خلال الاستيلاء على ماله رهينة بموجب (دعوى أخذ رهينة) [٤].

ويطلق على هذه الدعاوى اصطلاح الدعاوى التنفيذية (actions exécutoires) وهي ترفع ممن حصل على حكم على خصمه أو من كان بيده سند تنفيذي آخر بقصد التنفيذ، وترفع هي الأخرى بإجراءات شكلية، وتجري في الغالب أمام الحاكم (in jure)، ويحصل الدائن بنفسه على التنفيذ بعد ذلك[٥].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٥ - ٥٦.

F.P.WALTON; op. cit., p. 134.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٤- ١٥.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨.

أ- دعوى إلقاء اليد (legis actio per manus injectionem)

دعوى إلقاء اليد هي دعوى تنفيذية تحمل طابع الانتقام الفردي، وتقع على شخص المدين الذي حكم عليه بمبلغ من النقود أو الذي اعترف بدين الدائن أمام الحاكم[١]، حيث كان جسم المدين هو الضامن للوفاء بما عليه من التزامات في عهد القانون القديم، ولكن هذه الدعوى تفترض أن يكون محل الالتزام مبلغاً نقدياً، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً آخر غير النقود، ولم يقم المدين بالوفاء بعد صدور الحكم ضده، فعلى الدائن أن يلجأ إلى القضاء لتقدير قيمة الالتزام بمبلغ نقدي (arbitrium liti aestimandae)[٢].

أما بخصوص إجراءاتها الشكلية فتتمثل في قيام الدائن بعد مرور ثلاثين يوماً على صدور الحكم أو الاعتراف بالدين بالقبض على المدين واصطحابه إلى البريتور، وأمام البريتور يقرر الدائن في عبارات شكلية رسمية محددة أنه يضع يده على المدين؛ لأنه حكم له عليه بمبلغ معين، ولم يقم بوفائه، وليس للمدين أن يعارض هذا الادعاء، وإنما تجوز المعارضة من الغير، فإذا لم تحصل معارضة، صرح الحاكم بإلحاق المدين بدائنه[٣]، وللدائن في هذه الحالة أن يأخذ المدين في بيته حيث يحبسه مقيداً بالسلاسل مدة ستين يوماً، يلتزم خلالها بعرضه في ثلاث أسواق متتالية معلناً بصوت عال اسمه ومقدار دينه حتى يثير أهله وأصدقاءه فيوفوا عنه[٤]، فإذا انقضت الستون يوماً ولم يتقدم أحد من أقاربه أو أصدقائه وعشيرته للوفاء عنه، كان للدائن أن يقتص منه، فيقتله إذا شاء أو يبيعه كرقيق بعيداً عن روما (كى يفقد بالتالى صفة المواطن الرومانى)[٥].

أما إذا اعترض أحد من أهل المدين أو أصدقائه على اجراءات إلقاء اليد بزعم أنها بدون سند قانونى، ففى هذه الحالة يأمر البريتور بوقف إلقاء اليد، وبراءة ذمة المدين نهائيا من دينه، وتنشأ خصومة جديدة بين الدائن والمعترض (vindex)، وعلى المعترض فى هذه الحالة أن يبرر تدخله واعتراضه باثبات عدم شرعية القاء اليد، وإلا حكم عليه بضعف قيمة الدين

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٤) محمد على الصافورى، المرجع السابق، ص٣٢١. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع . بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٤٣ – ٤٤.

L. MACKENZIE: op. cit., p. 361.

(٥) محمد على الصافورى، المرجع السابق، نفس الموضع.

الأصلي بحيث يعد مدينا أصليا بهذا المبلغ[١].

ومن الواضح أن طريقة تنفيذ الحكم تحمل طابع الانتقام والتشفي، غير أن هذا الأسلوب القاسي في معاملة المدين قد زال فيما بعد، فامتنع على الدائن قتل مدينه، وتحول تنفيذ الحكم من جسم المدين إلى أمواله[٢].

ب- دعوى أخذ رهينة (Legis actio per pignoris capionem)

وهي الدعوى التنفيذية الثانية، وهي دعوى ناقصة؛ لأنها تحصل بلا تدخل من الحاكم[٣]، ويعدها جايوس من دعاوى القانون؛ لأن الدائن قبل استعمال حقه في الحجز، يجب أن يتفوه ببعض عبارات شكلية رسمية في حضور شهود، ولكن من الفقهاء من أنكر أنها من دعاوى القانون، لأنها لا تجري في ساحة القضاء ولأنها تتم في غيبة الخصم[٤]، وتخول هذه الدعوى للدائن الحق في الاستيلاء على مال من أموال المدين المماطل وحجزه عنده رهينة حتى يجبره بذلك على الوفاء[٥]، وحق الدائن في هذه الدعوى يقتصر على حبس المال، فليس له حق تملكه أو بيعه، حتى يقوم المدين بالوفاء[٦]، ونظراً لطابع هذه الدعوى الفطري قل استعمالها من قبل صدور قانون الألواح، واقتصر استعمالها وفقاً لنصوصه، لاستيفاء الديون ذات الصبغة الدينية، كما إذا اشترى شخص حيواناً لتقديمه للآلهة، فللبائع في هذه الحالة الاستيلاء على بعض أموال المشتري رهينة لحين استيفاء الثمن، على أن العرف قد جرى باستعمالها أيضاً؛ لاستيفاء مرتبات الجنود من المكلفين بها أو استيفاء الضرائب[٧].

---

(١) طه عوض غازى، تطور الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل فى القانون الرومانى، مرجع سابق، ص٢٥.

(٢) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٥.

(٧) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٦ – ٥٧.

L. MACKENZIE; op. cit., p. 361.

المطلب الثاني

الشكلية في ظل نظام دعاوى البرنامج

تمهيد:

لم يكن نظام دعاوى القانون نظاماً صالحاً للبقاء، والأشكال التى تطلبها والتي تحيط بالدعاوى فتجعل منها شيئاً أقرب إلى الطقوس الدينية، إن فهمت وقبلت في العهد الأول من تطور الشعب الروماني، فإنها لم تعد مقبولة بعد أن شب الشعب عن طوقه[١]، وأصبح هذا النظام عقبة في سبيل كل تقدم في التعامل والتجارة وتبادل العلاقات مع الأجانب القاطنين في روما؛ لأن نظام دعاوى القانون كان ضيق النطاق لا يطبق إلا على الرومان فقط، وعلى هذا فقد كان الأجنبي في روما لا يتمتع بأية حماية قانونية وحتى بالنسبة للمواطنين الرومان فقد كان هذا النظام غير مقبول من جانبهم لما يتطلبه من ضرورة الحضور الفعلى للأطراف وعدم سماحة بإنابة الغير في الحضور أمام الحاكم مما يؤدي إلى عرقلة المعاملات [٢].

ومن ناحية ثانية كانت وظيفة البريتور في ظل هذا النظام تقتصر على مراقبة سلامة اختيار الطرفين للدعوى المناسبة وسلامة أدائهما لإجراءاتها الشكلية، وإحالة الطرفين بعد ذلك للقاضي الذي يختص بالفصل في موضوع النزاع[٣]، فلم يكن يستطيع البريتور استحداث دعاوى جديدة ولا تعديل الصيغ القائمة، ولا رفض الدعوى التي تمت بإجراءات صحيحة[٤].

وأخيراً كان نظام دعاوى القانون معيباً، من حيث رسمياته وشكلياته التي تعرض الفرد لرفض دعواه إذا أخطأ فيها، كما أن هذا النظام يعتمد إلى حد كبير على ذاكرة الشهود الذين يحضرون إشهاد الخصومة أمام الحاكم القضائي وعلى أمانتهم[٥].

وقد بدت عيوب نظام دعاوى القانون عندما قابل الرومان بينه وبين ذلك النظام الجديد الخالي من الرسمية الذي يتبعه بريتور الأجانب في منازعات الرومان والأجانب[٦]، وهو ما أدى

---

(١) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) W. A. HUNTER; op. cit., p. ٩٨٠.

(٣) محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٣٣٣ -٣٣٤.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١١٨.
L. MACKENZIE; op. cit., p. 362, A. LESAGE; la thèse cite, p. 106.

إلى اتباعه بالنسبة للرومان بموجب قانون إيبوتيا (صدر بين عامي ١٤٩ و١٢٦ ق.م) الذي أدخل نظام دعاوى البرنامج نقلاً عن النظام الذي اتبعه بريتور الأجانب وترك للأفراد الخيار بين النظام الجديد ونظام دعاوى القانون، وفي عام ١٧ أو ١٦ ق. م. صدر قانون جوليا الذي ألغى نظام دعاوى القانون، وجعل اتباع نظام دعاوى البرنامج إجبارياً[١].

وفي سبيل بحثنا عن دور الشكلية في نظام دعاوى البرنامج سنقوم بعرض أهم الخصائص والملامح التي تميز بها هذا النظام بالمقارنة بالنظام القديم، ثم نعرض لإجراءات التقاضي فيه، مع بيان الطابع الشكلى لصيغ الدعاوى فى نظام البرنامج، ونختم عرضنا لهذا النظام ببيان دور البريتور وما قام به من إصلاحات لتطوير القانون الروماني.

أولا: الخصائص والملامح الأساسية لنظام دعاوى البرنامج ومدى شكليته:

١- أهم ما يميز النظام الجديد للدعاوى أنه قائم على أساس الصيغة أو البرنامج المكتوب الذي يحيل به الحاكم المتقاضين إلى القاضي **(Judex)** أو الحكم ولذلك يسمى هذا النظام بالمرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج[٢]، كما منح هذا النظام للأفراد حرية إبداء ادعاءاتهم أمام البريتور دون التقيد بالتفوه بعبارات معينة أو أداء حركات خاصة، كما هو الحال في نظام دعاوى القانون[٣].

٢- بمقتضى النظام الجديد حلت محل الدعاوى القديمة صيغ دعاوى جديدة، فألغيت دعاوى القسم والإعلان وإلقاء اليد، أما دعوى طلب تعيين قاض فقد بقيت، ولكن لا بوصفها صيغة لدعوى خاصة ترفع في حالات معينة، بل على أساس أن طلب تعيين القاضي أمر مفهوم ومفروض في كل دعوى قضائية، ولم يكن من الممكن أن تحل محل كل دعوى من دعاوى القانون صيغة دعوى واحدة؛ لأن الدعوى الواحدة في نظام دعاوى القانون كانت تستعمل لأغراض مختلفة، فدعوى القسم العينية مثلاً كانت تستعمل لاسترداد مال أو للمطالبة بتركة أو لتقرير الحرية... إلخ، ففي هذه الأحوال جميعاً كانت تصاغ الادعاءات في صيغة دعوى القسم مع تغيير في هذه الادعاءات وفقاً للموضوع المتنازع عليه، أما في النظام الجديد فقد لزم أن توجد صيغة خاصة لدعوى الاسترداد

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٣) L. MACKENZIE; op. cit., p. 362.
J. MUIRHEAD; op. cit., p.323.

وصيغة أخرى لدعوى المطالبة بالتركة، وصيغة ثالثة لدعوى تقرير الحرية وهكذا والأمر كذلك بالنسبة لسائر دعاوى القانون، أي إن صيغ الدعاوى اختلفت باختلاف موضوعها وباختلاف الحق أو المركز القانوني الذي تحميه، ولهذا لم تعد الدعاوى تسمى باسم الإجراءات التي ترفع بها، بل أصبحت تسمى وفقاً للحقوق والمراكز القانونية التي تحميها وتقررها[١].

٣- و فيما يتعلق بدور الشكلية في هذا النظام، نجد أن هذا النظام قد تخلص من نواح كثيرة من طقوس النظام القديم[٢]، حيث أعفى الخصوم من التلفظ بالألفاظ المقررة ومن أداء الطقوس والإجراءات الشكلية، وسمح لهم ببيان ادعاءاتهم بأية ألفاظ وبأية طريقة[٣]، على أنه إذا كانت الشكلية قد اختفت بالنسبة لأعمال الخصوم، فقد وجدت بالنسبة لأعمال البريتور[٤]، وبيان ذلك: أن الدعاوى ظلت تتكون من صيغ نموذجية في هذا النظام الجديد[٥]، حيث اتخذ إذن البريتور بعرض النزاع على القاضي من خلال منحهم صيغة الدعوى طابعاً شكلياً أطلق عليه اسم "النموذج" لذلك يطلق البعض على هذا النظام اسم (نظام دعاوى النماذج) [٦]، فلم يكن البريتور يمنح الخصوم الصيغة إلا إذا كانت مطابقة لأحد النماذج المحددة عدداً ومضموناً في السجل العام (Albo) المعد لهذا الغرض، وكان البريتور يحرر هذا السجل، ويضمنه النماذج المجردة لصيغ الدعاوى المعترف بها في القانون القديم (jus civile) أو التي تصدر بها تشريعات جديدة، أو التي يقرر في منشوره الدائم (editto pretorio) أن يمنحها للأفراد[٧]، والتي سنوالي شرحها بالتفصيل عند بيان دور البريتور وإصلاحاته في ظل هذا النظام.

ولم تكن الشكلية في النموذج تبدو فقط في وجوب تحريره على وضع معين، بل كانت تبدو قاسية بالنسبة للأثر الذي يترتب على أي خطأ في تحريره، سواء أكان الخطأ نتيجة خطأ

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص١١٨- ١١٩.

(٢) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) J. MUIRHEAD; op. cit., p.323, W. A. HUNTER; op. cit., p. 980.

(٥) A. LESAGE, la thèse cite, op.cit p. 107 – 108.

(٥) صوفي أبو طالب،المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٦) فتحي والي، المرجع السابق، ، نفس الموضع.

(٧) وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص ٤٤٣، والمراجع المشار إليها في الهامش.
A. LESAGE; la thèse cite, p. 108, L. MACKENZIE; op. cit., p. 363.

الخصوم في عرض النزاع أم نتيجة خطأ البريتور في تحرير النموذج، فقد كان نموذج البريتور ملزماً للخصوم والقاضي بالصيغة التي صدر بها، فلم يكن بإمكان القاضي التعديل فيها مهما تبين له من أخطاء وقعت عند عرض النزاع على البريتور أو عند تحرير صيغة الدعوى بما تشمله من إذن، كما أنه ليس للخصوم أن يعدلوا عما صدر منهم من أقوال صدر على أساسها النموذج أو الإذن، كما يلتزم القاضي بأن يحكم وفقاً للنموذج مهما حدث من تغيير في مركز الخصوم في الفترة بين تسليم النموذج وميعاد الحكم، كأن يكون المدعى عليه قد سلم للمدعي بحقه في هذه الفترة، فلم يكن للقاضي أن يغير في النموذج ولو بناء على طلب واتفاق الخصوم(١).

وعلى هذا يتضح أن إحلال نظام دعاوى النماذج محل نظام دعاوى القانون لم يقض على الشكلية وجمودها نهائياً، وإنما نقل مركزها من أعمال الخصوم إلى عمل يقوم به البريتور هو النموذج الذي يعد محور النظام الإجرائي في ذلك العهد(٢)؛ ولذلك فإن نظام دعاوى النماذج التقى مع نظام دعاوى القانون السابق، في ضرورة احترام الأوضاع الشكلية وتغليبها على اعتبارات العدالة(٣).

٤- ولكن ما الجزاء المترتب على عدم احترام الأوضاع الشكلية في نظام دعاوى البرنامج، وهل يتشابه مع الجزاء المقرر في نظام دعاوى القانون؟

كانت القاعدة في ظل نظام دعاوى القانون - كما رأينا - تقرير البطلان القانوني (ipso facto) في حالة عدم توافر الأشكال المحددة للدعاوى بنص القانون، إلا أن الأمر يختلف في ظل نظام دعاوى البرنامج (النماذج) فقد كانت الشكلية مركزة في عمل البريتور، فإذا وقع خطأ في تحرير هذا العمل لم يؤثر ذلك في إنتاج العمل كل آثاره القانونية، كما لو لم يقع فيه هذا الخطأ، ذلك أن النموذج المعيب في الشكل لم يكن يترتب عليه فقط عرض النزاع على القاضي، بل كان على القاضي أن يحكم في الموضوع طبقاً له(٤)، كما سبق بيان ذلك.

ويرى أستاذنا الدكتور فتحي والي أن الجزاء على عدم احترام الأوضاع الشكلية في ظل نظام دعاوى البرنامج لم يكن هو البطلان القانوني بل هو صحة النموذج المعيب، على أن هذه

---

(١) A. LESAGE; la thèse cite, p. 108 – 109.

(٢) A. LESAGE la thése cite p. 107.

(٣) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٩، وفي المعنى نفسه:
W. A. HUNTER: op. cit., p. 980.

(٤) فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع.

الصحة كان يترتب عليها ما كان يترتب على البطلان القانوني في عهد دعاوى القانون من إهدار لحق الخصوم؛ لأن القاعدتين تتلاقيان في احترام الأوضاع الشكلية وتغليبها على اعتبارات العدالة، فالشكل في عهد دعاوى القانون كان ضرورياً لاتصال القاضي بالدعوى، فإذا لم يحترم الشكل بطل العمل، وامتنع على القاضي نظر الدعوى، كما أن الشكل واحترامه أديا في عهد دعاوى النماذج إلى أن ينظر القاضي الدعوى بالوضع الذي صيغ به النموذج دون أن يكون له تعديله وقد نتج عن تطبيق هذا النظام أن وجدت حالات يؤدي فيها الخطأ أو العيب في النموذج إلى آثار تشبه إلى حد كبير آثار الخطأ في الشكل في عهد دعاوى القانون، فإذا كان البطلان في عهد دعاوى القانون يؤدي إلى سقوط الحق دائماً، فقد كانت الصحة في عهد دعاوى النماذج تؤدي أحياناً إلى رفض الدعوى مع إمكان إعادتها بإجراءات جديدة، كما في حالة الخطأ في "demonstratio" ، أي خطأ المدعي في الواقعة التي أسس عليها دعواه، أو رفضها بالنسبة لجزء من الأدعاء مع إمكان المطالبة به من جديد، كما في حالة "minus petitio" أي طلب المدعي أقل مما له في ادعائه (intentio) أو رفضها وسقوط الحق تبعاً له، كما في حالة "plus petio" أي طلب المدعي أكثر مما له في ادعائه، وفي هذه الحالة الأخيرة كان يتشابه أثر الخطأ في عهد دعاوى النماذج مع أثر الخطأ في الشكل في دعاوى القانون(١).

٥- ومن خصائص هذا النظام أيضاً احترامه للمبدأ القديم الذي يقضي بأنه "لا ترفع الدعوى عن ذات الموضوع مرتين Bis de eadem rene sit actio" فالدعوى متى رفعت أمام القضاء وتمت بشأنها جميع الإجراءات القانونية، تكون قد استنفدت كلية (consommée)، ومن ثم لا يجوز للمدعي تجديد النزاع نفسه مرة أخرى أمام القضاء، وهو ما كان عليه الحال في ظل نظام دعاوى القانون، وإن كان ثمة فارق بين النظامين هو أنه في ظل نظام دعاوى القانون كان هذا الأثر يترتب على الإشهاد على الخصومة (litis contestatio) بقوة القانون (ipso jure). أما في ظل نظام دعاوى البرنامج فإن انقضاء الحق في الدعوى لم يكن يقع بقوة القانون إلا إذا توافرت شروط معينة، وإلا وجب التمسك به عن طريق الدفع (Exceptionis opẹ)(٢)، فينقضي الحق في الدعوى بقوة القانون (ipso jure)، إذا كانت الدعوى شخصية (l'actio in personam) أى متعلقة بحق شخصى (حق دائنية) وكانت صيغتها مؤسسة على

---

(١) فتحي والي، نظرية البطلان، ص١٩٩.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٨. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص٨٨.
E. CUQ; manuel des institutions juridiques des romains, 2e éd, paris, 1928. p. 877 – P. F. GIRARD; manuel élémentaire de droit romain, op. cit, p. 1003.

القانون (in jus)، وكانت مستندة إلى نصوص القانون المدنى (ligitimum)[1].

أما إذا كانت الدعوى عينية (in rem) أو كانت الصيغة مبنية على الواقع، أو بعبارة قائمة على أساس السلطة الولائية للحاكم القضائي (judicium imperis continens) فإن الحق في الدعوى لا ينقضي بقوة القانون، وإنما ينبغي على المدعى عليه أن يتمسك بالدفع بالحجية الذي استحدثه البريتور وقرر له صورتين: الأولى هي الدفع باستنفاذ الحق في الدعوى (exceptiones rei in judicium deductoe)، ويتمسك المدعى عليه بهذا الدفع إذا كانت الدعوى لأي سبب من الأسباب لم يصدر بشأنها حكم منه للخصومة مثل عدم رغبة المدعي في مواصلة إجراءات الدعوى أمام القاضي مثلاً، أو عدم تمكنه من إثبات الحق الذي يدعيه، ولذلك فإن انقضاء الحق في الدعوى في هذه الحالة يترتب على مجرد الإشهاد على الخصومة، الذي أصبح يعني في هذا العصر اتفاق الطرفين على قبول ما جاء في البرنامج المكتوب (formula) الصادر من البريتور إلى القاضي. أما الصورة الثانية للدفع بالحجية الذي استحدثه البريتور فهي الدفع بحجية الأمر المقضي به (exceptiones rei judicatoe)، ويتمسك به المدعى عليه في حالة انتهاء الخصومة بصدور حكم من القاضي[2].

ثانيا: إجراءات التقاضي في نظام دعاوى البرنامج:

استبقى النظام الجديد نظر الدعوى على مرحلتين، حيث تنظر الدعوى في مرحلة أولى أمام الحاكم القضائي أو البريتور الذي اتسعت سلطته القضائية في هذا النظام؛ لأنه هو الذي كان يضع برنامج الدعوى formula ويحرره بعد سماع ادعاءات الطرفين[3]، دون الالتزام بألفاظ محددة، حيث لا يلتزم الخصوم عند التقدم للحاكم القضائي للحصول على البرنامج باتباع أوضاع شكلية معينة، من حيث الألفاظ أو الحركات، بل تقوم بينهم تحت إدارته مناقشة حرة[4]، وتنتهي هذه المرحلة بقيام البريتور بصياغة هذه الادعاءات في برنامج مكتوب يرسله للقاضي (الحكم)

---

(١) لكي توصف الصيغة بأنها مبنية على القانون يلزم توافر ثلاثة شروط هي: ١- أن تتم جميع إجراءات الدعوى في مدينة روما أو في دائرة (الميل) المحيط بها. ٢- أن تتم أمام قاضي واحد (unus judex) متمتعاً بالجنسية الرومانية. ٣- وأن يكون أطراف الدعوى هم أيضاً من يحملون الجنسية الرومانية، أنظر طه عوض غازى، المرجع السابق، ص٨٨-٨٩.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص- ٣٨ وما بعدها والمراجع المشار إليها في الهامش.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٤) زكي عبد المتعال، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

ويحدد فيه النزاع وطلبات المدعي ومهمة القاضي والقواعد القانونية الواجبة التطبيق[١]، فأصبح البريتور بذلك المرجع الأخير في قبول الدعوى أو عدم قبولها[٢].

ثالثا: الطابع الشكلي لصيغ الدعاوى في نظام البرنامج:

رغم اختلاف عناصر النزاع في كل قضية عن الأخرى، فإنه بمرور الوقت، ونتيجة لتشابه القضايا اتخذ البرنامج الذي يحرره البريتور للدعوى طابعاً شكلياً[٣]، حيث تحرر صيغة الدعوى بعبارات رسمية ثابتة[٤]، وفي شكل عناصر أساسية لا يمكن إغفالها إضافة لعناصر إضافية في بعض الحالات، ولذلك أطلق على صيغة الدعوى اسم (نموذج) ومنها اشتق البعض اسماً لهذا النظام، حيث يطلق عليه البعض (نظام دعاوى النماذج)[٥] وقد ميز فقهاء الرومان في صيغة الدعوى التي يحررها البريتور بين عدة عناصر، بعضها عناصر أساسية والأخرى إضافية، والعناصر الأساسية لنموذج الدعوى هي[٦]:

١- الادعاء (intentio) وهو العنصر أو الجزء الأساسي لصيغة الدعوى، لأنه يتضمن ادعاء المدعي، ففيه يبين البريتور دعوى المدعي، كادعائه ملكية عقار معين بالذات، أو مبلغ معين (certa)، ويأتي بعد الجزء الخاص بتعيين القاضي مباشرة[٧].

٢- أساس الدعوى وسببها (demonstratio)، وهو الأساس القانوني الذي يستند إليه المدعي في دعواه، كالعقد الذي يستند إليه المدعي، وهو لا يوجد إلا في الدعاوى التي يكون الادعاء فيها بعمل غير معين القيمة (incerta)، ويأتي في هذه الحالة قبل الجزء الخاص بالادعاء[٨].

٣- الحكم (condemnatio) ويقصد به الجزء الذي يحدد مهمة القاضي، والقواعد القانونية

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

J. MUIRHEAD; op. cit., p. p. 324.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٣) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٤) وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

(٥) فتحي والي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٠، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٧) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٨) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

الواجبة التطبيق، كما يخول هذا الجزء للقاضي سلطته في الحكم[١]، والحكم يصدر دائماً في ظل نظام دعاوى البرنامج بمبلغ من النقود[٢].

٤- وأخيراً هناك جزء رابع لا يوجد في كل الدعاوى هو المسمى (adjudicatio) يخول للقاضي سلطة نقل ملكية المال المشاع لأي من الشركاء أو الورثة، وهذا البيان خاص بدعوى القسمة بين الورثة أو الشركاء، ودعوى فصل الحدود بين الجيران عندما يصعب الاتفاق بين الورثة أو الشركاء أو الجيران على فصل الأنصبة أو الحدود بينهم ودياً، فيكون للقاضي سلطة الحكم للواحد منهم بما يملكه الآخر أو بجزء منه بقصد إنهاء حالة المشاع بينهم[٣].

وبالإضافة إلى هذه البيانات والأجزاء الشكلية الجوهرية (partes) يمكن للبريتور أن يضيف إلى صيغة الدعوى بيانات أخرى إضافية تسمى بنودا أو أجزاء إضافية، مثل مسائل التقادم (parcescriptio) وأوجه الدفع (exceptiones) والرد عليها (repliquce) والرد على الرد (dupliquce)[٤]، وتضاف هذه الأجزاء إلى الصيغة في أحوال معينة بين الادعاء والحكم[٥].

فإذا تمت كتابة صيغة الدعوى (formula) وفق النموذج المحدد السابق شرحه انتقل الطرفان للمرحلة الثانية من نظر الدعوى حيث يحال الطرفان إلى القاضي الذي يفصل في النزاع، وجدير بالذكر أنه لم يطرأ على هذا الدور من دوري النزاع (apud judicem) أي تعديل عما كانت عليه الحال في ظل نظام دعاوى القانون[٦].

ويكون القاضي رأيه في هذه المرحلة مما يقدمه المدعي من دليل وما يدفع به المدعى عليه من دفوع، مع العلم أنه لا يوجد نظام قانوني للإثبات، أي إن طرق الإثبات ليست محددة قانوناً، فما زال الإثبات بالبينة هو النظام السائد.

ومتى اقتنع القاضي، وجب عليه الحكم، وفق ما هو مبين في صيغة الدعوى، فإذا وجد

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص٩٨، وكذلك مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع..

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٦) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٣٧ – ٣٨.

أن المدعي قد عجز عن إثبات ادعائه أخلى سبيل المدعى عليه، أما إذا أقام المدعى عليه الدليل على ادعائه، ولم يثبت المدعي عليه صحة دفع تمسك به، حكم القاضي على المدعى عليه، على أنه قبل الحكم، قد يعرض على المدعى عليه أمراً معيناً، كأن يعرض عليه في دعوى الاسترداد رد المال وملحقاته إذا ثبت أحقية المدعي ففي هذه الحالة لا يقضي عليه القاضي بدفع مبلغ معين إلا إذا رفض إطاعة أمره، وتسمى صيغة الدعوى حينئذ بأنها تحكمية، مع ملاحظة أن الحكم في نظام دعاوى البرنامج لا يمكن أن يصدر إلا بمبلغ من النقود، وهذا ما يفسر لنا كيف أن القاضي لا يمكنه أن يحكم على المدعى عليه إلا إذا رفض رد المال الذي هو موضوع دعوى الاسترداد[1].

رابعا: دور البريتور وإصلاحاته في ظل نظام دعاوى البرنامج:

اتسعت سلطة البريتور، وازدادت أهمية دوره القضائي في ظل نظام دعاوى البرنامج وبعد صدور قانون إيبوتيا، فقد أصبح البريتور في ظل النظام الجديد صاحب السلطة في منح صيغ الدعاوى التي يطلبها الخصوم أو رفضها[2]، فأصبح بمقدوره بمعاونة الفقهاء استحداث صيغ جديدة لحماية علاقات قانونية جديدة أو تعديل الصيغ القائمة وتحويرها بل رفض الدعوى إذا تبينت له مجافاتها للعدالة[3]، وقد استخدم البريتور هذه الوسائل لتعديل بعض أحكام القانون المدني المجحفة واستكمال ما بها من نقص، كما يلي:

١- تعديل البريتور في صيغ الدعاوى:

يقصد بذلك قيام البريتور بالتعديل والتغيير في صيغ دعاوى القانون المدني؛ لكي تطبق على حالات غير التي وضعت لها أصلاً. وقد استخدم المشرع هذه الوسيلة في حالتين هما: معالجة نقص شروط استعمال معينة، وتحويل الحكم:

أ- قام البريتور باستخدام هذه الوسيلة أولا في الحالات التي ينقصها شرط معين لاستعمال الدعوى الأصلية، فيفترض البريتور وجود هذا الشرط بالفعل[4] عن طريق الحيلة والافتراض لتطبيقها على حالات جديدة، وتسمى هذه الدعاوى بالدعاوى المفيدة (Actiones utiles) أي المعطاة بطريق التوسع، ومثال صيغ مثل هذه الدعاوى التي

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠٢.

أعطيت على أساس الافتراض صيغة دعوى الملكية البريتورية، فالمعروف أن التصرف بالتسليم في مال نفيس غير ناقل لملكيته، ولكنه يكسب الملكية الرومانية بعد مرور مدة التقادم، وعلى ذلك إذا فقد المتصرف إليه حيازة المال لم يكن له طبقاً للقانون المدني استعمال دعوى الاسترداد، ولكن البريتور منحه صيغة دعوى ليسترد بها ما له، وفيها يكلف القاضي بأن يبحث هل رافعها قد اشترى المال وتسلمه حقيقة أو لا ؟[1]، فإذا ثبت تسلمه، وجب الحكم له باسترداد المال إذا فقد حيازته بافتراض أن المتصرف إليه قد أمضى المدة اللازمة للتقادم المكسب للملكية (سنة أو سنتان) وأصبح بذلك مالكاً طبقاً لأحكام القانون المدني[2].

ب- كما استطاع البريتور من خلال تعديله في صيغ الدعاوى القيام بما يسمى تحويل الحكم (Transfert de condamnation) ومعناه أن يكون الادعاء في الدعوى مبنياً على حق لشخص أو التزام عليه فيدخل البريتور ويكلف القاضي في الجزء الخاص بالحكم بتوجيه الحكم إلى شخص آخر، ويلجأ البريتور لتحويل الحكم، لتمكين دائني القاصر من الرجوع على الوصي، أو لتمكين الغير الذي تعاقد مع ابن الأسرة، المأذون بتصرف معين، أو بإدارة تجارة برية أو بحرية من الرجوع على رب الأسرة وتسمى هذه الدعاوى (actions adjectitae qualitatis) إذ تضاف فيها إلى صيغة الدعوى الأصلية التي يقيمها الغير المتعاقد على ابن الأسرة مثلاً صيغة إضافة، بتحويل الحكم فيها ضد رب الأسرة بوصفه مسئولاً عن التصرف الذي تم بإذنه، في حين أن رب الأسرة لم يكن مسئولاً أصلاً – بحكم القانون المدني عن الديون التي يعقدها تابعوه[3].

٢- وضع البريتور دعاوى جديدة:

في الأحوال السابقة كانت وسيلة البريتور هي التغيير في صيغ الدعاوى المدنية، ولكن تداخله كان أكثر جرأة في أحوال أخرى[4]، وهي أحوال قام فيها البريتور باستحداث صيغ دعاوى جديدة لحماية علاقات قانونية جديدة[5]، وتعرف الدعاوى التي أعطاها البريتور في هذه الأحوال بالدعاوى المبنية على الواقع (actiones in factum conceptae)، وهي تختلف عن

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢١ – ١٢٢.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص١٠٢.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠٣، ١٠٤.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

الدعاوى المؤسسة على القانون (actiones in jus conceptae)، من حيث إنها لا تقوم على أساس حق أو التزام مقرر في القانون المدني، بل على مجرد الواقع، وذلك بأن يخول البريتور في صيغتها للقاضي الحكم على أساس ظروف مادية معينة، وقد أنشأها البريتور ليحمي بها مراكز قانونية جديرة بالحماية، لا تجد تأييداً في القانون المدني، إنما يلاحظ أنه لم يرفعها إلى مصاف الحقوق والالتزامات القانونية، بل يكتفي في شأنها في الجزء الخاص بالادعاء (intentio) بشرح الظروف والوقائع دون الإشارة إلى وجود حق مدعى به طبقاً لأحكام القانون المدني[١].

وقد أورد جايوس عدة أمثلة على هذه الدعاوى في الجزء الرابع من كتابه "النظم" ومنها الدعوى التي أعطاها للسيد ضد المعتق ليطالبه بالتعويض؛ بسبب رفعه عليه دعوى – في غير الحالات المسموح له فيها بذلك، خروجاً منه على رابطة الولاء التي توجب عليه التزام واجب الإجلال والاحترام نحو سيده السابق، ومن هذه الدعاوى أيضاً تلك الدعاوى التي أعطاها البريتور للمودع والمستعير والمرتهن رهناً حيازياً في وقت لم يكن القانون الروماني يعترف بعقود الوديعة والعارية والرهن الحيازي[٢].

٣- الحماية عن طريق منح الدفوع (exceptiones):

الدفع جزء إضافي، أي يضيفه البريتور لصيغة الدعوى بين الجزء الخاص بالادعاء والجزء الخاص بالحكم، بناء على طلب المدعى عليه، فيلتزم القاضي أن يبحث في واقعة جديدة يترتب على ثبوت صحتها تفادي الحكم على المدعى عليه، وهذه الدفوع لم يكن من الممكن إدماجها في الدعوى في ظل نظام دعاوى القانون[٣]، ويستطيع المدعي الرد بدوره على الدفع، ويسمى هذا بالرد (replicatio). وقد يرد المدعى عليه على هذا الرد بدوره، وهذا ما يسمى (duplicatio) وقد يتصور أن يرد المدعي بعد ذلك، ويسمى الرد في هذه الحالة (Triplicatio) وهذا كله تتضمنه صيغة الدعوى، فيلزم القاضي أن يبحث ما تضمنه الادعاء الأصلي والدفع والرد[٤].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠١، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٤.

ومن أمثلة الدفوع: الدفع بالغش والدفع بالشيء المبيع اللذين حمى بهما البريتور المالك البريتوري ضد دعوى الاسترداد الرومانية التي يرفعها المالك الروماني، وأيضاً الدفع بالغش الذي منحه البريتور لمن تعاقد تحت تأثير الغش، وكذلك الدفع بالغش الذي منحه لواضع اليد ليطالب به المالك المسترد بما أنفقه من مصاريف في سبيل صيانة المال، ومن خلال هذه الدفوع تمكن البريتور من تعطيل تطبيق قواعد القانون المدني القاسية، وأحل محلها قواعد تتفق والعدالة وحسن النية[1].

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص١٢٤.

المبحث الثاني

الشكلية في نظم الأشخاص

تمهيد وتقسيم:

جرى شراح القانون الروماني في العصر الحديث بصدد دراسة الأشخاص على التعرض لعدة موضوعات أهمها: الشخصية القانونية وعناصرها بما تشمله من أشخاص طبيعية واعتبارية ونظام الأسرة (الزواج – الطلاق– مصادر السلطة الأبوية والزوجية – التبني... إلخ). وقد سبق أن أوضحنا حينما حددنا خطة البحث أننا نعرض للقانون الروماني بوصفه واحدا من أهم الشرائع القديمة التي تمسكت بأهداب الشكلية وقدسيتها،

ونتيجة لذلك ستقصر دراستنا على الموضوعات ذات الصلة الوثيقة ببحثنا، حيث نتعرض لدراسة أهم نظم الأشخاص التي ظهرت وتجلت الشكلية فيها بوضوح حيث نعرض لمظاهر الشكلية فى نظم الزواج والطلاق وطرق عتق الرقيق، وطرق وإجراءات التبني، إضافة لطرق التحرير من السلطة الأبوية.

حيث يجمع بين هذه النظم خيط مشترك وهو تطلبها جميعاً لإجراءات وأشكال تتفاوت ضيقاً واتساعاً، من حيث الشدة والتعقيد.

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب بالشكل الآتي:

المطلب الأول: الشكلية في انعقاد الزواج

المطلب الثاني: الشكلية في إجراءات الطلاق

المطلب الثالث: الشكلية في نظام التبني

المطلب الرابع: الشكلية في نظام التحرير من السلطة الأبوية

المطلب الخامس: الشكلية في طرق عتق الأرقاء

المطلب الأول

الشكلية في انعقاد الزواج[1]

تمهيد:

يقصد بالزواج عند الرومان ارتباط الرجل بالمرأة، ارتباطاً يؤيده القانون، يقره الضمير العام ويترتب عليه آثار قانونية ونتائج اجتماعية لا تترتب على أنواع المعاشرة الأخرى[2]، وقد حافظ الرومان دائماً على مبدأ عدم تعدد الزوجات، ولكنهم عرفوا نوعين من الزواج: الزواج مع السيادة (màriag cummanu) والزواج دون سيادة (màriag sine manu) ، وكلاهما زواج شرعي[3]، ولكنهما مختلفان من حيث الآثار وإجراءات انعقادهما، ففيما يتعلق بآثار الزواج:

نجد أنه في الزواج مع السيادة[4] تنتقل الزوجة من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها،

---

(١) حول أنواع وأحكام وإجراءات الزواج فى القانون الرومانى راجع:

P. F. GIRARD; Manuel élémentaire de droit romain, op. cit, PP. 162 – 174, A.E.GIFFARD; précis de droit romain, T.1, Paris, 2e ed, 1934, PP.227 – 229 et 233 – 249, B. NICHOLAS; An introduction to roman law, op. cit, PP.80 – 84 W. BUCKLAND; the main institutions of roman private law, op. cit, pp. 56 – 61, F. P. WALTON; Historical introduction to roman law, op. cit, pp. 163 – 187, R. W. LEAGE; roman private law, 1906, pp. 82 – 97. R. SOHM; institutes of roman law, op. cit, pp. 452 – 478. W. A. HUNTER; roman law, op, cit, pp. 678 – 695.

(٢) يعرف الزواج فى قانون جستنيان على انه "إتحاد بين رجل و إمرأة بغرض العيش معا بإخلاص و مودة لا تنقطع طوال حياتهم".

"Aviri et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens"

بينما عرفه الفقيه (Modestinus) بأنه "عهد متبادل بين رجل وإمرأة يتم وفقا لأشكال معينة يحددها القانون، و مضمونه الإتحاد و المشاركة فى كافة الحقوق الدينية و الدنيوية، و العيش سويا، بوصفهم زوجا و زوجة خلال الفترة المتبقية من حياتهم"

أنظر:

F. P. WALTON; op. cit, p. 163. W. A. HUNTER; op. cit, p. 678. L. MACKENZIE; studies in Roman law, op. cit, p. 94. R. D. MELVILLE, A manual of the principles of roman law, op. cit, p. 151. J. GAUDEMET; le droit privé romain, paris, 1974, n° 52, p. 274.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٩١.

L. MACKENZIE; op. cit, p. 97. B. NICHOLAS; op. cit, p. 84. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 378, p. 227.

(٤) ساد نظام الزواج بالسيادة بما يرتبه من آثار لمصلحة الأسرة والسلطة الأبوية في العهد الأول عند=

وتعد مبتة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتدخل في عائلة زوجها بصفتها بنتاً له (loco filiae) [1]، إن كان مستقلاً بحقوقه أو بصفتها حفيدة لرب الأسرة إن كان زوجها لا يزال خاضعاً لسلطة رب الأسرة[2] ، وذلك إذا كانت الزوجة بنت أسرة، أما إذا كانت المرأة مستقلة في الأصل بحقوقها خاضعة للولاية فإن الولاية تزول عنها ولا يعود للولي سلطان عليها[3]، ويترتب على انقطاع الصلات بين الزوجة وأسرتها الأصلية سقوط جميع الحقوق المترتبة عليها من إرث ووصاية[4]، وفي مقابل ذلك يخلق اتفاق السيادة بين المرأة وأسرة زوجها رابطة عائلية وصلة قرابة مدنية، فتصبح في منزلة البنت بالنسبة لزوجها وفي منزلة الأخت بالنسبة لأولادها وفي منزلة الحفيدة بالنسبة لرب أسرة الزوج، إذا لم يكن هذا الأخير رب أسرة، ويمارس رب الأسرة الجديد عليها السلطة نفسها التي يمارسها على باقي أفراد الأسرة[5]، فتسري بينهما بناء على هذا الاعتبار قواعد الإرث والوصاية، فلها أن ترث من زوجها بالاشتراك مع أولادها، ولأولادها حق الميراث منها، كما لها حق الميراث منهم ولأبنائها الذكور حق الوصاية عليها بعد وفاة زوجها واستقلالها بحقوقها[6].

أما فيما يتعلق بآثار الزواج دون سيادة: فنجد أن:

الزواج بلا سيادة زواج شرعي يتم بين الزوجين دون أن تدخل الزوجة في سلطة الزوج ودون أن تتصل بأسرته[7]، أي إن الزوجة تبقى في عائلتها الأصلية إذا كانت تابعة لغيرها (alieni juris) وتبقى مستقلة بحقوقها بعد الزواج، كما كانت قبله، إذا كانت غير تابعة

=الرومان؛ لأن الغرض من الزواج في هذا العهد عندهم كان خدمة مصلحة الأسرة لا مصلحة الزوجين، فكان فقصد به تخليد الأسرة واستمرار عبادة الأجداد فيها وتقوية أعضائها بالتناسل لأداء أعمال الزراعة والدفاع عن أموال الأسرة، ولذلك كانت مبادئ وآثار الزواج العامة وإجراءاته تتفق مع هذا الغرض – أنظر على بدوي – مبادئ القانون الروماني – الجزء الأول – مطبعة الياس – الطبعة الثانية – ١٩٣٦ – ص ٥٠.

(١) L. MACKENZIE, op. cit, p.95. A. E. GIFFARD ; op. cit, n° 382, p. 229.

(٢) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٣) محمود سلام زناتي، المرأة عند الرومان، الكتاب الثاني، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٥٨، ص ٢٠٠.

(٤) F. P. WALTON; op. cit, p. 171.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٠٠، ٢٠١.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٧) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٩.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 389, p. 234. F. P. WALTON, op. cit, p. 173.

لغيرها، أي (siu juris) وتظل تحت إشراف وصيها[1]؛ لأنه ليس للزوج في هذا النوع من الزواج سلطة على زوجته، وليس بينهما قرابة مدنية، فلا توارث ولا وصاية، ولم يكن هناك قديماً واجبات على أحد الزوجين قبل الآخر، إلا أنه مع الزمن وتطور المجتمع الروماني، خاصة في جانبه الأخلاقي، كان على الزوج أن يرفع زوجته إلى مصاف مستواه الاجتماعي، وعلى الزوجة أن تحترم زوجها وتخلص له وتتفانى في خدمته[2]، أما فيما يتعلق بعلاقة الأم بأولادها في الزواج بلا سيادة، فقد كانت في القانون القديم معدومة؛ لانتماء كل منهما لأسرة مختلفة فالأم تبقى في أسرتها الأصلية والولد ينتسب لأسرة أبيه، وليس بينهما قرابة مدنية، ومن ثم فلا حقوق ولا واجبات ولا توارث ولا وصاية.

وقد تغيرت هذه الأحكام تدريجيًا عندما اعترف القانون بقرابة الدم (cognatio) أو القرابة الطبيعية، فقرر البريتور أولاً حق الإرث بين الأم وولدها، ثم نشأت عن هذه القرابة في العصر الإمبراطوري حقوق شتى للأم قبل أولادها مثل حق النفقة وحق الحضانة والوصاية على أولادها القصر، كما تقرر على الأم من ناحية أخرى واجبات قبل أولادها، فأصبح للابن عليها حق النفقة وحق منحه مهرًا[3].

وبعد أن عرضنا لنوعي الزواج عند الرومان وآثارهما عرضا موجزا، ننتقل الآن لدراسة شروط وإجراءات الزواج بنوعيه:

أولاً: شروط صحة الزواج الشرعي (الشروط الموضوعية):

يشترط لصحة الزواج الشرعي الروماني، سواء أكان بالسيادة أم دون سيادة توافر ثلاثة شروط، هي الرضاء (consensus) والبلوغ (pubertas) وأهلية الزواج (conubium) [4]:

---

(١) بدر والبدراوي، القانون الروماني، الجزء الأول، ص ٨٨.

R. D. MELVILLE; op. cit, p. 153.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق ، ص٤٦٩.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠٢، ٢٠٣.

(٤) يقسم بعض شراح القانون الروماني شروط صحة الزواج إلى خمسة شروط هي الرضا والبلوغ وعدم وجود قرابة مانعة والكفاءة الاجتماعية والدينية، أنظر، منير العجلاني، الوجيز في الحقوق الرومانية مرجع، ص ٨٢، ٨٣، كما يرى البعض تقسيمها إلى أربعة شروط هي الرضا والبلوغ وأهلية الزواج وانتفاء موانع الزواج، أنظر: محمد جمال غطية عيسى، تاريخ القانون في الغرب، مرجع سابق، ص ٨٩، ص ٩٠، إلا أن معظم الشراح يقسمونها لثلاثة شروط – فقط كما ورد في المتن.

الشرط الأول: الرضا (consensus):

يقصد بالرضاء في الزواج رضاء الزوجين ورضاء أصحاب السلطة عليهما إن كانا تابعينَ للغير (alieni Juris) مهما كان سنهما، وقديماً كان لا يشترط رضاء الزوجين، بل كان رضاء أصحاب السلطة كافيًا نظرًا لشدة وصرامة نظام السلطة الأبوية[١]، وفي نهاية العصر الجمهوري أصبح رضاء الزوجين لازماً بجانب رضاء أبويهما، واستمر التطور تبعًا لتغير طبيعة السلطة الأبوية وتقلص نطاقها، فصار للابن في عصر الإمبراطورية أن يتزوج رغماً عن رفض أبيه إن كان رفضه بلا مبرر أو إذا تعذر الحصول على هذا الرضاء، كما إذا كان رب الأسرة غائبًا أو أسيرًا أو مجنونًا أما من كان مستقلًا بحقوقه (sui Juris) فلا يلزم بأخذ رضا أحد من أقاربه مهما كان حديث السن، على أن المرأة المستقلة بحقوقها كانت تلزم في الزواج مع السيادة بالحصول على إجازة وصيها، وبعد زوال الوصاية على النساء وجب الحصول على رضا والدها (الذي خرجت عن سلطته بالتحرير) أو والدتها إن كان والدها ميتًا، وكل ذلك قبل بلوغها ٢٥ سنة[٢].

وهذا التغيير في قواعد شرط الرضاء راجع إلى شعور الرومان بظلم القواعد القديمة لما فيها من حرمان للإنسان من اختيار زوجة وإرغامه على الزواج بمن لا يرغب فيه لمجرد إرادة أبيه أو جده[٣]، كما يرجع إلى تغير طبيعة شرط الرضا، حيث كان قديماً أساسه السلطة الأبوية، ولكن بعد تغير طبيعة السلطة الأبوية وتقلص نطاقها أصبح هذا الشرط أمرًا لمصلحة الزوج لا لمصلحة الأسرة[٤].

الشرط الثاني: البلوغ (pubertas):

يجب أن يكون الزوجان بالغين؛ لأن الغرض الأساسي من الزواج هو التناسل، وقديمًا لم تكن هناك سن للبلوغ، بل كان أمر تقدير البلوغ متروكاً لرب الأسرة الذي كان له أن يقدر بنفسه

---

(١) W. A. HUNTER: op. cit, p. 679 – 680. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 394, p. 237. F. P. WALTON; op. cit p. 164. L. MACKENZIE; op. cit, p. 98. R. D. MELVILLE; op. cit. p. 159. J. GAUDEMET: op. cit, n° 57, pp. 276 – 277.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٣، وكذلك علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٤.
A. E. GIFFARD: op. cit, n° 394, PP. 237 – 238. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 160. W. A. HUNTER; op. cit. p. 681. E. D. PHAILÉ: cour élémentaire de droit romain, 1895, pp. 41 – 43. H. J. ROBY: roman private law in the times of Cicero and of the Antonines, Cambridge, 1902, pp. 131 – 132. L. MACKENZIE: op. cit, p. 98.

(٣) محمد محسن البرازي، دروس في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٤) علي بدوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

هل أصبح ولده أهلاً للزواج من الوجهة الطبيعية أو لا؟[١]، وقد زالت هذه الطريقة بالنسبة للبنت منذ عهد الجمهورية، فحدد لبلوغها سن معينة، هي اثنتا عشرة سنة، أما بالنسبة للولد، فقد ظل الأمر متروكًا لتقدير أبيه، فهو الذي يقرر الوقت الذي يلبس فيه الابن لباس الرجال، إلا أن الأمر قد تغير في عهد جستنيان الذي قام بتحديد سن البلوغ للابن بأربع عشرة سنة[٢]، أما إذا أبرم عقد الزواج وكان الولد أو البنت أقل من هذه السن المحددة، فإنه يعد غير صحيح[٣].

الشرط الثالث: أهلية الزواج (conubium):

يقصد بهذا الشرط أمران: أولهما أن يكون كل من الزوجين أهلاً لعقد زواج روماني، وثانيهما عدم قيام مانع من موانع الزواج بينها:

ففيما يتعلق بأهلية عقد زواج روماني نجد أنها كانت مرتبطة باجتماع عنصرين أساسيين هما الحرية والوطنية[٤]، حيث كان حق الزواج مقصوراً على الرومانيين واللاتينيين القدماء، وبعض اللاتينيين المستعمرين والأجانب الذين منحوا هذا الحق من الإمبراطور، ولكن بعد تمتع جميع رعايا الدولة الرومانية بالجنسية الرومانية بمقتضى دستور كراكلا، لم يبق محرومًا من عقد الزواج الروماني سوى الأرقاء والبرابرة، وبعض المحكوم عليهم بعقوبات جسيمة مثل النفي أو الأشغال الشاقة[٥].

أما بالنسبة لعدم قيام مانع من موانع الزواج، فقد كانت موانع الزواج عند الرومان متمثلة في اختلاف الطبقات، فلا يجوز الزواج بين الأشراف والعامة، إلا أن هذا المانع قد ألغي بقانون كانوليا (canulia) في عهد الجمهورية، كما لا يجوز الزواج بين الأحرار الأصلاء والمعتوقين، ثم ألغي أيضاً هذا المانع في عهد جستنيان، ومن الموانع أيضًا القرابة مدنية أو طبيعية والمصاهرة والزنا واختلاف الديانة، كما بين اليهود والمسيحيين الذي أصبح لاعتبارات دينية مانعاً من موانع الزواج في العهد المسيحي[٦].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني – مرجع سابق، ص ٢٤١.

H. J. ROBY, op. cit, p. 127. L. MACKENZIE; op. cit, p. 97. F. P. WALTON, op. cit, p. 164. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 158. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 393, p. 236

(٣) محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٤) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٦) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٤، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها.=

أما فيما يتعلق بأثر تخلف شرط من شروط الصحة فقد رتب القانون الروماني بطلان الزواج المفتقد لشرط من هذه الشروط، وكان لكل طرف من أطراف الزواج حق طلب إبطاله، كما رُتب على الزواج المنعقد رغم وجود مانع من موانع القرابة والمصاهرة عقوبات جنائية[١].

ثانياً: إجراءات وأشكال الزواج مع السيادة (màriag cum manu):

يشترط لانعقاد الزواج بالسيادة إضافة للشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج القيام بإجراءات خاصة لاكتساب السيادة على الزوجة، كما لا يكفي التراضي على الاتفاق المنشئ للسيادة (conventio in manum) لاكتساب الزوج السيادة الزوجية[٢]، فقد عرف الرومان ثلاث طرق أو وسائل لتمكين الزوج من اكتساب السيادة على زوجته، ومن ثم انعقاد الزواج، وهذه الطرق هي: طريق الزواج الديني، طريق الشراء الرمزي، طريق المعاشرة الممتدة.

وأول ما نلاحظ على هذه الطرق أو الوسائل أنها تتسم بالشكلية، فهي لا تقتصر على أن تكون مجرد تعبير عن إرادة الطرفين إجراء اتفاق من شأنه أن يدخل المرأة في سيادة زوجها، بل تتضمن إجراءات أخرى[٣]، وذلك بالتفصيل الآتي:

١- الزواج الديني (confarreatio):

كانت هذه الطريقة هي الشائعة قديماً لدى الرومان[٤]، وتقتصر على الأشراف دون العامة، ومحاطة بمظاهر رسمية وطقوس دينية[٥]، أي إنه كان زواجا رسميا ودينيا في آن واحد، ويبرم هذا الزواج في معبد جوبتر، وتتم إجراءاته بتقديم طالبي الزواج إلى إله الآلهة جوبتر (Jupiter) قرباناً هو كعكة (farreus pani)[٦] أو خبز من قمح خاص (farreo)؛ ولذلك سمي

=J. GAUDEMET; op. cit, n° 61 et 62, pp. 279 – 280. W. A. HUNTER; op. cit, p. 683 et S. L. MACKENZIE; op. cit, p. 97 et S. F. P. WALTON; op. cit, pp. 168 – 169. R. D. MELVILLE, op. cit, p. 161 et .

(١) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٤، ٥٥.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٤) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

(٥) C. ACCARIAS; précis de droit romain, T. I, paris, 4e ed, 1886, n° 120. p. 308. A. E. GIFFARD, op. cit, n° 379, p.227. R.D.MELVILLE; op. cit, p. 153. L. MACKENZIE, op. cit, p. 95. P. F. GIRARD, op. cit, p. 165.

(٦) A. E. GIFFARD; op. cit, n° 379, p. 227. C. ACCARIAS, op. cit, n° 120, p. 308. J. GAUDEMET, op. cit, n° 64, p. 282.

باسم ذلك الخبز[١]، ثم ترتيل عبارات وصيغ دينية معينة بحضور الزوجين وصاحبي السلطة عليهما، إن لم يكونا مستقلين بحقوقهما، وبحضور عشرة شهود والحبر الأعظم وكاهن المعبد[٢]، كما تقتضي هذه الطريقة وجود النار والماء الذين يرمزان إلى الشركة الدينية والدنيوية بين الزوجين[٣].

ويُعد عدد الشهود المشترط وجودهم أثناء إبرام هذا الزواج (عشرة شهود)هو أكبر عدد من الشهود اشترط القانون الروماني وجوده في عقد من العقود، كما كان يشترط لصحة الإجراءات المتقدمة أن يكون الحبر الأعظم نفسه وكذا كاهن المعبد مولودين من مثل هذا الزواج، وأن يكونا متزوجين بهذه الطريقة نفسها[٤].

٢- الزواج بطريق الشراء الرمزي (coemptio):

ويطلق عليه في كثير من الأحيان الزواج المدني؛ لتمييزه عن الزواج الديني السابق، كما يطلق عليه زواج العامة (mariage plébéien)؛ لتمييزه عن الزواج المتقدم الذي كان مقصوراً على جماعة الأشراف (mariage patricien)[٥]، ويبدو أنه كان من ابتكار العامة حتى تكون لهم على أزواجهم السيادة التي للأشراف على أزواجهم[٦]، ويتم هذا الزواج المدني بالطريقة نفسها التي تكتسب بها الملكية على الأشياء النفيسة، كالرقيق ودواب الحمل، وهي طريقة الإشهاد (mancipatio)، فيكتسب الزوج السيادة على زوجته بإجراءات مماثلة لإجراءات الإشهاد مع تغيير في عبارات، بما يتفق والغرض المقصود من هذا الزواج، وهو اكتساب السيادة الزوجية[٧]، ويتم هذا الإشهاد الصوري بحضور خمسة شهود رومانيين بالغين راشدين وميزان

---

(١) L. MACKENZIE; op. cit, p. 95. F. P. WALTON; op. cit, p. 175. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 153.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٧.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 379. p. 227. C. ACCARIAS; op. cit, n° 120, p. 308. J. GAUDEMET; op. cit, n° 64, p. 282. F. P. WALTON, op. cit, pp. 175 – 176.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٤) بدر والبدراوي، القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٧٧، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع ، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥١.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، وفي المعني نفسه.

R. D. MELVILLE; op. cit, p. 154. P. F. GIRARD; op. cit, p. 165.

(٦) P. F. GIRARD; op. cit, p. 165. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 380, p. 228.

(٧) C. ACCARIAS, op. cit, n° 120, p. 309. E. POSTE; institutes of roman law by Gaius, 4e ed. oxford, 1904, p. 70. H. J. ROBY; op. cit, p. 70. J. GAUDEMET, op. cit, n° =

وسبيكة نحاسية وحامل الميزان[١]، وتتضمن التفوه من جانب الزوج بعبارات تفيد أن هذه العملية تتم بقصد الزواج، وكانت المرأة تقوم بدور فعال في هذه الوسيلة، فالشراء الرمزي يتم بينها وبين زوجها حتى ولو كان كلا منهما خاضعاً لغيره، ومن الشراح من يرى أن هذا الشراء الرمزي كان في الأصل شراء حقيقياً يجري بين رب أسرة الزوجة من ناحية و رب أسرة الزوج من ناحية أخرى، إذا كان هذا الأخير خاضعاً للسلطة الأبوية، حيث يقوم رب أسرة الفتاة بنقل سلطته عليها إلى رب أسرة الفتى نظير مقدار من المال[٢].

٣- الزواج بطريق المعاشرة (usus) [٣]:

وهو اكتساب السيادة الزوجية عن طريق الحيازة أى وضع اليد على الزوجة مدة من الزمن، مثل اكتساب الملكية على المال بالتقادم (usucapio)، فمن عاشر زوجته التي تزوجها بغير الطريقين المتقدمين سنة كاملة يكتسب السيادة عليها وتصبح زوجته عضوًا في الأسرة في مرتبة بناتها[٤]، أو إذا لم يتم الشراء بإجراءاته الصحيحة المتقدم وصفها دينية كانت أو مدنية وعاشر الرجل زوجته سنة كاملة دون أن تخرج من بيت الأسرة، فقد دخلت في سلطته، إلا أنه يمكن للمرأة أن تقطع سريان هذه المدة لمنع انتقال السيادة لزوجها بأن تبيت ثلاث ليال خارج منزل الزوجية قبل انتهاء السنة[٥]، وهو ما يسمى انقطاع الليالى الثلاث (u surpatio trinoctii) المنصوص عليه في قانون الألواح الاثني عشر[٦]، وتتسم هذه الطريقة بأنها طريقة

=64. p. 282 . A. E. GIFFARD; op. cit, n° 380, p. 228.

(١) F. P. WALTON; op. cit, p. 176. L. MACKENZIE; op. cit, p. 96. R. SOHM; op. cit, p. 452. J.GAUDEMET; op. cit, n° 64, p. 282.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) يطلق البعض على هذه الطريقة (الزواج بطريق الاستعمال) أنظر على بدوي، المرجع السابق، ص ٥٢، وكذلك محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

(٤) J. GAUDEMET; op. cit, n° 64, p. 282. R. SOHM; op. cit, p. 454. F. P. WALTON; op. cit. p. 177. L. MACKENZIE; op. cit, p. 96. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 154. E. POSTE: op. cit. p. 71. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 381, p. 228. P. F. GIRARD; op. cit. p. 165. C.ACCARIAS; op. cit, n° 120, p. 309.

(٥) F. SCHULZ. op. cit, p. 192. C. ACCARIAS; op. cit. n° 120. p. 309. R. D. MELVILLE; op .cit. p. 154. F. P. WALTON; op .cit. p. 177. J. GAUDEMET; op. cit, n° 64. p. 282. A. E. GIFFARD; op .cit. n° 381. p. 228. P. F. GIRARD; op. cit. p. 165.

(٦) ويلاحظ أنه إذا لم تكتسب السيادة على المرأة لعدم مرور السنة أو الانقطاع لمدة، فإن هذا لا يمنع من وجود الزواج، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧٨.

غير رسمية على عكس الطريقتين السابقتين، ولكن الزواج بها يكون شرعيًا أيضًا[١].

ويلاحظ أنه لكي تستطيع المرأة إجراء اتفاق سيادة كان لابد من إجازة رب الأسرة إذا كانت خاضعة للسلطة الأبوية ومن إجازة وليها إذا كانت مستقلة بحقوقها، على أن المرأة وإن كانت تحتاج بالنسبة لإجراء اتفاق السيادة إلى إجازة رب الأسرة أو الولي، فإنها كانت تلعب بصدده دورًا إيجابيًا، ففي الحفلة الدينية كانت تسهم إسهاما فعليا، وفي الشراء الرمزي كانت تلعب دورًا فعالاً، فالشراء كان يتم بينها وبين زوجها، فهي التي كانت تبيع نفسها رمزياً إلى زوجها، وفي المعاشرة الممتدة كانت تستطيع أن تقطع المدة[٢].

وقد زال الزواج بالسيادة تدريجيًا من العمل، حيث كانت طريقة المعاشرة أولى صور هذا الزواج التي بطل العمل بها، إذ زالت في نهاية عصر الجمهورية، وبقى الزواج الديني معمولاً به مدة طويلة، ولكن لتحقيق أغراض خاصة، حيث كان شرطًا لتقلد بعض المناصب الدينية، إلا أن اللجوء إليه أصبح نادرًا حتى بادت هذه الطريقة مع الأديان الوثنية.

أما طريقة الشراء فقد أبقت نظام الزواج المعمول به في حالة الزواج بالسيادة، على أن هذا الزواج أصبح نادراً جداً منذ أوائل الإمبراطورية، واختفى نهائياً في القرن الرابع للميلاد[٣]، ويرجع اختفاء هذا النظام إلى نفور النساء في العصر الكلاسيكي من اتفاق السيادة؛ لأنهن يرين فيه انتقاصا من استقلالهن، وتقييد لحريتهن، حيث أصبحن يهدفن إلى التمتع بالاستقلال في إدارة أموالهن، هذا إلى جانب عوامل أخرى، منها كثرة الطلاق في ذلك العهد، وهو ما دفع بالمرأة إلى السعي نحو الاحتفاظ بأموالها منفصلة عن أموال الزوج، وقد استمر النفور من اتفاق السيادة في الانتشار حتى أصبحت القاعدة العامة هي الزواج دون إبرام اتفاق سيادة[٤].

ثالثاً: إجراءات الزواج دون سيادة (mariag sine manu)

ظهر هذا النوع من الزواج في عصر لاحق، نتيجة لتقدم الأفكار وتحريرها من الإجراءات الدينية والرسمية ومحاولة التخفيف من السلطة الأبوية داخل الأسرة الرومانية[٥]، وخلافاً للإجراءات

---

(١) محمد علي الصافوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤١٠، وفي المعني نفسه.
R. D. MELVILLE; op. cit, p. 155.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٩٦، ١٩٧.

(٣) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٢، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٥) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٢، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠٠. وكذلك:
A. E. GIFFARD: op cit. n° 388. p. 233. P. F. GIRARD; op .cit. p. 167.

الشكلية التي سادت التصرفات القانونية عند الرومان كان هذا النوع من الزواج[١]، فبالرغم من أن الزواج دون سيادة يعد زواجًا شرعيًا (justae muptiae)، فإنه يتم عرفيا أي باتفاق الطرفين (الزوج والزوجة)، دون تدخل أحد من رجال الدين أو الحكام القضائيين[٢]، ولكن بالرغم من ذلك يرى الكثير من شراح القانون الروماني أن هذا الزواج لم يكن ينعقد بمجرد التراضي، بل كان لابد من تأسيس الحياة المشتركة بين الرجل والمرأة بأن توضع الزوجة في إمرة الرجل وتحت تصرفه، أي تبدأ فعلاً الحياة الزوجية أو على الأقل أن تكون ممكنة بانتقال الزوجة إلى منزل الزوجية[٣].

ولما كان التراضي عنصرًا أساسيًا في هذا الزواج وأيضًا بالنسبة لحالات المعاشرة غير الشرعية، فقد كان يتميز عن هذا الوضع بما كان يحوطه من إجراءات وحفلات شتى كانت تقام لا بوصفها ركنًا من أركانه، بل بوصفها دليلاً على قيام الزوجية[٤]، فكانت الزوجة (mater familias) تتمتع فعلاً بصفتها المذكورة بناء على الوقائع الآتية:

١- الخطبة:

كانت الخطبة تسبق عادة الزواج، وكانت تتم قديمًا بتعهد شفوي بين صاحب السلطة على الزوج والزوجة أو بين والد الفتاة وخطيبها إن كان مستقلاً بحقوقه[٥]، وصارت تعقد ابتداء من العصر العلمي، وكذلك في عصر جستنيان بين الخاطب والخطيبة دون التقيد بصورة معينة[٦]، وتتبع الخطبة عادة بلبس الخاتم، عربون الإخلاص وبتبادل الهدايا[٧]، وقديمًا كان يجوز المطالبة بتعويض مالي في حالة فسخ الخطبة، ولكن في أواخر عصر الجمهورية ساد مبدأ حرية الزواج، فلم يبق للخطبة أي أثر قانوني إلا في عصر الإمبراطورية السفلى، حيث أصبح يترتب

---

(١) R. SOHM; op .cit, p. 456. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 152.

(٢) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤١٠، وفي المعني نفسه.
A. E. GIFFARD; op .cit, n° 391, p. 234.

(٣) أنظر محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٤٤، والمراجع المشار إليها في الهامش، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٨٢، ٨٣.
L. MACKENZIE; op .cit, p. 97. W. A. HUNTER; op .cit, p. 681.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠٠، وكذلك محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. D. MELVILLE; op. cit, p. 157.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٧) منير العجلاني، المرجع السابق، ص ٨١.

على فسخ الخطبة إلحاق الوصمة بالخطيب الذي عدل عن الزواج[١].

٢- زفاف الزوجة إلى منزل الزوجية (deductio uxoris in domnm mariti)

حيث كانت الزوجة تقاد قديمًا إلى بيت الزوجية (uxorem ducere) في حفلة شعبية، فيقدم إليها الماء والنار وتحمل عند وصولها إلى باب المنزل لإدخالها منزل الزوجية، وربما كان ذلك من آثار العهد البدائي، حيث كان الزوج يأخذ زوجته عنوة[٢] (rapt).

وفي العصر العلمي كان الفقهاء يشترطون لقيام الزواج انتقال الزوجة فعلاً إلى منزل الزوجية، وزفاف الزوجة إلى منزل الزوجية من الأهمية بمكان، إذ قرر الفقهاء عدم إمكان حصول الزواج إذا كانت الزوجة غائبة، فيجب لانعقاد الزواج أن تكون الزوجة قد انتقلت بالفعل إلى منزل زوجها بخلاف الزوج، فلا يشترط حضوره، أما في عصر الإمبراطورية السفلى فلم يعد هذا الشرط لازماً بعد أن استبدل بحفلة الزفاف حفلة أخرى دينية تقام داخل الكنيسة[٣].

٣- عقد المهر:

كانت المرأة تقدم إلى زوجها مهراً في الزواج بلا سيادة مشاركة منها لزوجها في تحمل أعباء المعيشة، وذلك من خلال تقديمها بعض الأموال إليه، وقد كان الزوج يتصرف بالمهر كما يتصرف بماله، ثم منع من بيع المهر إذا كان عقاراً، واستوجب منه أن يرد بدله إذا كان منقولاً وتصرف فيه ثم طلق زوجته[٤].

وقد جرى العرف على تحرير عقد خاص بهذه الأموال لتمكين الزوجة أو ورثتها من استردادها بعد انحلال الرابطة الزوجية، وكان تحرير هذا العقد يميز الزواج بلا سيادة عن غيره من حالات المعاشرة غير الشرعية لأن الحياة المشتركة بين الرجل والمرأة قد توجد أيضًا في حالة المعاشرة غير الشرعية [٥].

على أن عدم وجود أمر من الأمور السابقة (الخطبة – انتقال الزوجة لمنزل الزوجية –

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص٢٠٠.

(٢) A. E. GIFFARD: op .cit, n° 391, p. 235.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص٨٢. وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٤) J. GAUDEMET: op. cit, n° 67, p. 286. L. MACKENZIE: op. cit, pp. 101 – 102. R. D. MELVILLE: op. cit, pp. 169 – 170.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠١.

عقد المهر) لا يفيد حتما عدم قيام زواج بين الطرفين، وإنما كان فقدان هذه المراسم العلنية يؤدي لصعوبة التمييز بين الزواج الشرعي والمعاشرة غير الشرعية؛ لأن الحياة المشتركة بين الرجل و المرأة قد توجد أيضا فى حالة المعاشرة غير الشرعية[١].

وقد أنشئت من أجل ذلك قرائن على الزواج أو عدمه: فيفترض وجود الزواج دائماً إذا كان الطرفان من طبقة واحدة، إلا إذا قام الدليل على العكس[٢]، وقد انتهى الأمر أخيرًا منذ عهد الإمبراطور جستنيان باعتبار الزواج هو الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة الذين يعيشان عيشة مشتركة، حيث صار الزواج مفترضًا في جميع الأحوال، وعلى من يدعي العكس إقامة الدليل[٣]

(١) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٣) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، نفس الموضع ، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

المطلب الثاني

الشكلية في إجراءات الطلاق عند الرومان

كانت رابطة الزوجية في القانون الروماني تنحل إما إجباريًا وإما اختياريًا[١]، وذلك كما يلي:

١- **انقضاء رابطة الزواج إجباريًا:** كانت رابطة الزواج تنتهي إجباريًا بوفاة أحد الزوجين أو بفقد الحرية أو الجنسية الرومانية، على أساس أن الزواج تابع للقانون المدني، فلا يمكن قيامه إلا بين شخصين يتمتعان بحريتهما وبالجنسية الرومانية[٢].

٢- انقضاء رابطة الزواج اختياريًا: تنقضي رابطة الزواج اختياريًا، وذلك بالطلاق، وقد عرف الرومان الطلاق وسيلة لإنهاء رابطة الزوجية، إلا أن الطلاق لديهم لم يدم على حالة واحدة خلال العصور المتعاقبة من تاريخهم الطويل، بل كان محلاً لتطور متعدد الحلقات فقد امتدت إليه يد التعديل تارة بالإباحة وتارة بالتقييد[٣].

أما فيما يتعلق بطرق وإجراءات الطلاق فقد كان الطلاق في الزواج بالسيادة يتم بإجراءات مقابلة للإجراءات الشكلية التي تم بها الزواج[٤]، فإذا كان الزواج قد تم في شكل ديني، فإن الطلاق كان يتم في شكل ديني، أي يتم في حفلة دينية مقابلة للأولى تسمى (diffareatio) وفيها تطالب الزوجة زوجها بالانفصال عن الديانة (sacra) التي اعتنقتها بالزواج[٥]، وإن كان الزواج قد تم في شكل مدني (سواء أكان بالشراء أم بوضع اليد سنة) يتم الطلاق أيضاً بالعقد المدني (remancipatio)، أي بطريقة الإشهاد، فتباع لمشتر صوري يحررها بعد ذلك من سلطته (mancipium)، وهي الطريقة نفسها التي يستخدمها رب الأسرة

---

(١) حول أحكام و إجراءات الطلاق فى القانون الرومانى راجع:
J. GAUDEMET; op. cit, pp. 294 – 299 . A. E. GIFFARD; op. cit, pp. 249 – 252. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 174 – 185. J. DECLAREUIL; Rome the law giver, London, 1927, pp. 108 – 109. L. MACKENZIE; op. cit, pp. 119 – 121. B. NICHOLAS; op. cit, pp. 85 – 87. R. W. LEE; An introduction to roman – dutch law. Oxford, 1946, 4e ed, pp. 87 – 96. R. D. MELVILLE; op. cit, pp. 180 – 183.

(٢) L. MACKENZIE; op. cit, p. 119. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 180.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٤) R. D. MELVILLE; op. cit, p. 181. P. F. GIRARD; op. cit, p. 176.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧٩.
P. F. GIRARD; op. cit, p. 176. L. MACKENZIE; op. cit, p. 119. R. D. MELVILLE; op cit, p. 182.

إذا أراد تحرير بنته[١]، مع ملاحظة انه بالنسبة لحالة إبرام الزواج بطريق الاستعمال كان للمرأة طبقًا لقانون الألواح الاثنى عشر أن تقطع سريان المدة لمنع زوجها من اكتساب السيادة عليها، بأن تبيت كل سنة ثلاث ليال متوالية خارج منزل الزوجية[٢].

وعلى هذا فإنه يشترط لوقوع الطلاق في الزواج بالسيادة استيفاء أمرين: هما اتفاق الطرفين على الطلاق وإتمام الإجراءات الشكلية، سواء أكانت دينية أم مدنية.

أما فيما يتعلق بالطلاق في الزواج بلا سيادة فقد جرت العادة أيضًا على اتباع إجراءات مقابلة للإجراءات التي تم بها، وذلك تطبيقًا لقاعدة أن ما أنشأه الاتفاق أو التراضي يمكن هدمه باتفاق عكسي له[٣]، ووفقا لذلك فإن الطلاق في الزواج بلا سيادة كان يتم بانقطاع العشرة بإرادة الطرفين أو بإرادة أحد الزوجين، أو أي شخص ممن يجب الحصول على رضائهم لصحة الزواج، حيث يجب لبقاء الزواج استمرار العناصر التي كونته[٤]، وقد كان ذلك يبدو منطقياً للرومان الذين كانوا يعللون ذلك بقولهم (ما يبرمه التراضي ينقضه التراضي) [٥]، وهو الطلاق بالمعنى الصحيح (répudiation)[٦]، غير أن حق الوالد في إكراه ابنته على الطلاق قد ألغي منذ عهد بعيد، وبقى حق كل من الزوجين في الطلاق بإرادته وحدها (repudium) برغم ظهور الديانة المسيحية[٧].

ويرى بعض شراح القانون الروماني أن الطلاق قد خضع لبعض القيود الشكلية، وذلك على مرحلتين:

المرحلة الأولى: في عهد الإمبراطور أغسطس، حيث اشترط حصول الطلاق بموجب وثيقة طلاق في حضور سبعة شهود من المواطنين البالغين بهدف نفي الشك، وتلافي المنازعة

---

(١) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٧، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٩٩، بدر والبدراوي، المرجع السابق ، ص ٧٩.

R. D. MELVILLE; op. cit, p. 182

(٢) J. GAUDEMET; op. cit, n° 64. P. 282. P. F. GIRARD; op .cit, p.165. R. D. MELVILLE; op .cit, p. 154.

(٣) محمد جمال عطية، إجراءات الطلاق في الشرائع القديمة – دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٨.
R. D. MELVILLE; op. cit, p. 182.

(٤) علي بدوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٠٤، وكذلك محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧١.

(٧) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٩١.

بشأنه في المستقبل[1]، وهذان الإجراءان – كما هو واضح – كانا للإثبات وليس لإيقاع الطلاق، ومن ثم لم يكن يترتب على مخالفتهما بطلان الطلاق[2].

المرحلة الثانية: في عهد جستنيان، حيث استلزم لإيقاع الطلاق أن يتم أمام سبعة شهود من المواطنين البالغين، وقرر أنه إذا حدث الطلاق على خلاف ذلك، فإن رابطة الزوجية تظل قائمة رغم حصوله، ولكن مع حرمان الزوجين من التوارث فيما بينهما[3].

وهكذا أصبح من اللازم لإيقاع الطلاق في عهد جستنيان وجوب اتباع إجراء شكلي يترتب على مخالفته بطلان الطلاق وعدم صحته، رغم أن البعض رأى أن هذه الصورة الجديدة للطلاق لم يؤخذ بها في العمل، وظل الناس يقومون به عن طريق إرسال كتاب طلاق[4].

---

(١) P. F. GIRARD; op. cit, p. 177. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 421, p. 250.
L. MACKENZIE; op .cit, pp. 120 – 121. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 183.

(٢) B. NICHOLAS; op. cit, p. 85.

(٣) جميل الشرقاوي، انحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوروبية مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية والعشرون، العددان الثالث والرابع، سبتمبر، وديسمبر ١٩٥٨، ص ٢٢٧.

(٤) أنظر في هذا الرأي: محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٥٩.

المطلب الثالث

الشكلية في نظام التبني[1]

التبني نظام قانوني تابع للقانون المدني (jus civile)، يقصد به خلق السلطة الأبوية بصورة اصطناعية، وإيجاد قرابة بين شخصين، كالقرابة المتولدة من الزواج الشرعي الروماني بين الولد وأبيه للوصول إلى النتائج التي تنتجها هذه القرابة[2].

وقد كان للتبني عند الرومان أهمية كبيرة، حيث يمكن الشخص العقيم من إيجاد خلف يضمن له بعد وفاته بقاء اسمه وتخليد عبادته المنزلية، كما يمكن الشخص من وضع من تفصلهم عنه القرابة المدنية تحت سلطته، كفروعه من الإناث والمولودين منه خارج الزواج، إضافة لما يحققه التبني من أغراض دينية واجتماعية كما سبق، فإنه أيضًا يحقق أغراضًا سياسية مثل إكساب الوطنية للاتيني ومنح صفة الأشراف إلى رجل من العامة، لتولي مناصب الحكم أو لتولي وراثة العرش، كحالة نيرون وتيبير وكل منهما تبناه الإمبراطور لولاية العهد[3]، وننتقل الآن لمعرفة أنواع التبني وأحكامه واجراءاته الشكلية.

أولاً: أنواع نظام التبني وأحكامه:

عرف الرومان نظامين للتبني تبعًا لحالة المتبنى: تبني الشخص المستقل بحقوقه، أي الشخص غير الخاضع لسلطة غيره، ويسمى هذا النظام (Adrogatio)، وتبني الشخص الخاضع لسلطان غيره ويسمى (adoptio)[4]، أما بالنسبة لشروط التبني الموضوعية المشتركة[5]، بين نوعي التبني، فيمكن حصرها فيما يلي[6]:

---

(١) حول أنواع و إجراءات و شروط التبنى فى القانون الرومانى راجع:
G. MAY; Éléments de droit romain, op. cit, pp. 147- 152. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 185 – 198. A. E. GIFFARD; op. cit, pp. 251 – 261. E. CUQ; op. cit, pp. 197 – 202. J. GAUDEMET; op. cit, pp. 305 – 306. W. BUCKLAND; op. cit, pp. 65 – 67. J. DECLAREUIL; op. cit, pp. 117 – 120. R. D. MELVILLE; op. cit, pp. 140 – 143.

(٢) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٧٤، وكذلك علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٧.
P. F. GIRARD; op. cit, p. 185.

(٣) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٧ – ٥٨.

(٤) G. MAY; op. cit, n° 52, p. 148. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 427, p. 253 R. D. MELVILLE; op. cit, p. 141.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٢، وما بعدها وكذلك علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٩ – ٦٠.
E. CUQ; op. cit, pp. 199 – 200. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 431, p. 255.

(٦) هذه الشروط السابقة مشتركة بين نوعي التبني، وقد استلزم القانون علاوة على ذلك شروطا أخرى كثيرة خاصة بتبني الشخص المستقل (adragatio) وأهما أنه إذا كان المتبني قاصرا وجبت موافقة الوصي وبقيت أمواله=

١- يجب اتفاق الطرفين في نظام التبني المستقل بحقوقه (adrogatio)، أي المتبنى (adrogé) والمتبني (adrogeant))، أما في نظام تبني الخاضع لسلطة غيره (adoptio) فيجب الحصول على اتفاق الأبوين في التبني. وقرر جستنيان في عهده وجوب عدم معارضة الولد في النوع الأخير.

٢- يجب أن يكون المتبني أهلاً لاكتساب السلطة الأبوية، فلا يصح للمرأة أن تتبنى، وكذلك الأجنبي ليس له أن يتبنى إلا طبقاً لقانونه الوطني، وقد سمح لهما بعد ذلك بالتبني في عصر الإمبراطورية السفلي وبقصد إيجاد صلات القرابة فقط.

٣- يجب أن يكون الطرفان في حالة تتفق مع التبني، بأن يكون المتبني أكبر سناً من المتبني، وحدد جستنيان الفرق بثمانى عشرة سنة على الأقل.

وفيما يتعلق بآثار التبني المشتركة[1] بين نوعي التبني عند الرومان، فتتمثل فيما يلي[2]:

١- بالنسبة للمتبني يدخل الابن الجديد في سلطته خلفاً له في درجة القرابة المعينة في العقد، ويكتسب اسمه واسم عشيرته، كما يعتنق ديانته، ويعد كأنه وليد زواج شرعي منه.

٢- بالنسبة لأقارب المتبني يصير والدا منهم فردا من عصبته وعشيرته.

٣- يخرج المتبنى من أسرته الأصلية ومن دينه السابق، فتقطع عنه السلطة الأبوية وحق الميراث والوصاية، ويعد غريبًا بالنسبة لهم، مع ملاحظة أن القرابة الطبيعية (cognatio) تبقى، بحيث لا يحرم من الإرث من العائلتين إذا حرره المتبني ثم مات

-كأنها على ذمته، ما دام قاصرا وله عند بلوغه طلب تحريره إذا كان التبني في غير مصلحته ومن ثم فتبني القاصر يكون غير نافذ نهائيا عليه إلا بعد بلوغه ورضائه به، كما يشترط في تبني الشخص المستقل أن يكون المتبني (adrogeant) قد فات السن المقررة في القانون (قوانين جوليا) للزواج وهي ٦٠ سنة، أنظر في ذلك، علي بدوي، المرجع السابق، نفس الموضع ،وكذلك بدوي والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٣. وكذلك:
E. CUQ; Manuel des institutions juridiques des romains, op. cit, p. 200. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 431, p. 255

(١) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) إضافة لهذه الآثار المشتركة للتبني، فإن هناك آثاراً خاصة بتبني شخص مستقل بحقوقه (adrogatio) وهي أن أولاد المتبني الخاضعين لسلطته يخضعون معه لسلطة المتبني (adrogeant) على عكس النوع الآخر (adoptio) فإن أولاده يبقون في سلطة جدهم وكذلك أموال المتبني (adrogé) تذهب لمن تبناه ولو كان المتبني قاصراً إلا إذا انحل التبني قبل بلوغه فترجع أمواله إليه أو إلى ورثته، وذلك محافظة على مصالح القاصر ومنعاً لاستعمال نظام التبني في التغرير بالقصر، علي بدوي، المرجع السابق، نفس الموضع. وكذلك:
A. E. GIFFARD; op. cit, n° 432, p. 255. E. CUQ; op. cit, pp. 200 – 202

والده الأصلي بعد تحريره.

وقد أدخل جستنيان العديد من الإصلاحات فيما يتعلق بآثار التبني، وذلك لتفادي النتائج والآثار الظالمة التي قد تترتب على نظام التبني[1].

ثانيًا: الإجراءات الشكلية في نظام التبني

١- الشكلية في نظام تبني الشخص المستقل (adrogatio) وعلاقتها بخطورة آثاره:

خضع نظام التبني عند الرومان بنوعيه للعديد من القيود والإجراءات الشكلية واللازمة لصحة التبني ونفاذه ويرجع ذلك لخطورة الآثار المترتبة على هذا النظام، فقد كان كلا النوعين لا يتمان إلا أمام هيئة رسمية وإجراءات شكلية معقدة، مع ملاحظة أن إجراءات التبني في نظام تبني الشخص المستقل بحقوقه (adrogatio) كانت أشد تعقيدًا؛ لأن آثاره كانت أكبر خطرًا؛ لأنه كان يعد كالوصية لغير وارث، كما أنه يترتب عليه تغيير في النظام العائلي وفي العبادة العائلية[2]، فقد كان هذا النوع من التبني يهم المدينة بأسرها (civitas)، إذ إن المدينة مكونة من مجموع من الأسر، ومن شأن هذا النوع من التبني (adrogatio) أن يؤدي إلى فناء الأسرة باندماجها في أسرة أخرى، فكل تغيير في نظام الأسر من شأنه أن يحدث تغييرًا في نظام المدينة ذاتها، لذلك كان لابد من تصديق المدينة ممثلة في مجالسها الشعبية Comitia على هذا التغيير، كما أن لهذا النوع من التبني علاقة وثيقة بالدين، إذ إن في فناء العائلة قضاء على ديانتها العائلية؛ لذلك كان لابد في حصوله من تدخل الكهنة بما لهم من سلطة الإشراف على الديانات[3].

---

(١) ميز جستنيان في تعديلاته بين نوعين من التبني:

١- التبني الناقص: وكان هو الأصل، وبمقتضاه لا يخرج الابن المتبنى من سلطة أبيه ولا من عائلته الأصلية بل يحتفظ بحقوقه كاملة في عائلته الأصلية ومن أهمها حق الإرث، وكل ما يترتب على هذا التبني هو أن يكتسب المتبنى حق الإرث من متبنيه ولكنه لا يخضع لسلطته الأبوية.

٢- التبني الكامل وفيه أبقى جستنيان التبني بآثاره القديمة الكاملة ولكنه قصره على حالات خاصة بين الأصول والفروع، والغرض من هذه التعديلات عدم تعريض الابن إلى خطر حرمانه من الإرث من الأسرتين، إذا حرره المتبني بعد وفاة أبيه الأصلي، أنظر صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٩٣، وكذلك، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٨.

P. F. GIRARD; op. cit, pp. 186 – 187.

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥١ – ٥٢.

W. BUCKLAND; op. cit, p. 65.

وقد ألقت خطورة آثار تبني الشخص المستقل بحقوقه وارتباطه بالدين ونظام المدنية بظلالها على إجراءات التبني في هذا النوع، حيث يتم على مرحلتين، إحداهما يتدخل فيها الكهنة والثانية يتدخل فيها الشعب، كما يلي:

المرحلة الأولى: مرحلة تدخل الكهنة:

تبدأ إجراءات التبني بقيام رجال الدين بعمل تحقيق في هذه الحالة، فإذا كانت نتيجة هذا التحقيق ملائمة، ولم ير الكهنة مانعًا من الموانع يمنع التبني، دعا الحبر الأعظم أو الرئيس الديني (pontifex maximus) مجالس الشعب الثلاثينية (comitia curiata) للانعقاد(١).

المرحلة الثانية: مرحلة تدخل الشعب:

تتمثل الإجراءات في هذه المرحلة في قيام الكاهن الأعظم بتوجيه ثلاثة أسئلة: السؤال الأول موجه للمتبني هل يريد أن يتخذ المتبنى كأحد أولاده الشرعيين؟ وسؤال للمتبنى هل يريد أن يصبح ابنًا للمتبني؟ والسؤال الثالث موجه للشعب هل يوافق على التبني من خلال تصويته على ذلك؟

فإذا وافقت مجالس الشعب الثلاثينية على التبني يعلن في حفلة دينية detestatio sacrorum) انفصال المتبنى عن ديانته الأصلية(٢).

ومن الجدير بالذكر أن هناك شروطًا أخرى لهذا النوع من التبني ترتبت على الإجراءات الشكلية المقررة له، فلم يكن هذا النوع من التبني جائزًا خارج روما؛ لأن مجالس الشعب لا تجتمع إلا فيها؛ كما أنه لم يكن جائزًا بالنسبة للعامة؛ لأن المجالس الثلاثينية comitia) curiata) كانت مكونة من الأشراف وحدهم ولا بالنسبة للنساء وغير البالغين من الذكور؛ لأنهم لم يكن لهم حق الحضور أمام هذه المجالس(٣).

وفي نهاية العصر الجمهوري تبسطت هذه الإجراءات تدريجيًا نتيجة اضمحلال مجالس الشعب الثلاثينية، وأصبح تبني المستقل بحقوقه يتم بموافقة رجال الدين أمام ثلاثين شخصًا يمثلون الوحدات الثلاثين التي تتكون منها هذه المجالس، فأصبح التبني جائزًا بالنسبة للعامة؛ لأن

---

(١) G. MAY; op. cit, n° 53, pp. 148 – 149.

(٢) A. E. GIFFARD; op. cit, n° 429, p. 254. P. F. GIRARD; op. cit, p. 187. E. CUQ; op. cit, p. 198.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢١٠.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 429, p. 254.

موافقة هذه المجالس أصبحت في الواقع مجرد إجراء شكلي[1]، ولكن ظل تدخل رجال الدين واجبًا، وظل الأمر كذلك حتى بداية الإمبراطورية السفلى، حيث استغنى الإمبراطور دقلديانوس عن هذه الإجراءات، وأصبح التبني يتم بأمر من الإمبراطور (rescrit du prince)، على أساس أنه صاحب السلطة التشريعية والرئيس الديني للدولة[2].

٢- الشكلية في نظام تبني الشخص الخاضع لسلطة غيره (adoptio) وارتباطها بطبيعة القانون الروماني (أو كتطبيق للحيلة القانونية أو الصورية)

يتم هذا النوع من التبني بمقتضى سلطة الحاكم القضائي الإدارية (império magistratus) أي بمقتضى سلطة البريتور المدني في روما وحاكم الإقليم في الأقاليم التابعة لروما، وكانت إجراءاته كثيرة التعقد؛ لأنها ظهرت في وقت كانت تسود فيه الرسميات والشكليات، إضافة إلى أنها كانت وليدة نشاط الأحبار وتفسيرهم للنصوص وتأويلها[3]، حيث لم يكن القانون الروماني يجيز لرب الأسرة أن يتنازل عن سلطته الأبوية إلى شخص آخر؛ لذلك تحايل الأحبار للوصول إلى تحقيق التبني باتباع طريق غير مباشر، وهو الإشهاد الصوري ستارا للتبني (Adoftio)، وهو نظام مدني أنشئ للعامة ثم ذاع استعماله بين الأشراف[4]، وكانت إجراءات هذه الوسيلة تتكون من عمليتين مكملتين لبعضهما البعض يقصد بالأولى منهما إخراج المتبني (adopté) من سلطة رب أسرته الأصلية، ويقصد بالثانية إدخال المتبني في سلطة المتبني (adoptant)[5]، كما يلي:

العملية الأولى: عملية صورية ابتكرها رجال الدين بالاحتيال على نص من نصوص قانون الألواح الاثني عشر يجازي الأب بحرمانه من السلطة الأبوية على ابنه إذا أسرف فيها ببيعه ثلاث مرات، وتتم هذه العملية من خلال قيام الأب ببيع ابنه ثلاث مرات بطريق الإشهاد (وإن كان حفيدًا أو بنتًا، فيكفي بيعه مرة واحدة) إلى مشتر صوري، ويقوم المشتري الصوري

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢١٠.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 429, p. 254.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٢.

G. MAY; op. cit. p. 149.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢١٣.

A. E. GIFFARD; op. cit. n° 439. p. 257.

(٤) R. D. MELVILLE; op. cit. p. 143. P. F. GIRARD; op. cit. p. 188.

(٥) A. E. GIFFARD; op. cit, n° 439. p. 258. G. MAY; op. cit. n° 53. p. 150. P. F. GIRARD; op. cit. P. 188.

بعتقه في المرتين الأولى والثانية، فيعود لسلطة والده ويتحرر بالبيع في المرة الثالثة من سلطة أبيه، ويخضع لسلطة مشتريه الصوري بحكم السلطة الشرائية (mancipium)[١]، حيث يحافظ عليه المشتري الصوري عند شرائه للمرة الثانية؛ (لأنه إذا أعتقه أصبح حرًا (émancipé) بحسب قانون الألواح الاثني عشر، ولا يمكن في هذه الحالة من مباشرة العملية الثانية).

العملية الثانية: يقصد بها إدخال المتبنى تحت سلطة المتبني، حيث اقترح الكهنة استخدام أحد النظم القانونية، وهو شكل الدعوى الصورية (in jure cessio)[٢] في غير ما وضعت له في الأصل، فيرفع المتبني (adoptant) دعوى صورية على من بيده الابن المقصود تبنيه، مدعيًا أن الولد ابنه، ويعترف المدعى عليه أمام المحاكم (cedit in jure) بصحة دعوى المتبني، فيحكم القاضي بإلحاق الولد بالمدعي بوصفه ابنه، وبذلك يدخل الولد في سلطة المتبني بناء على قرار الحاكم[٣].

ويلاحظ على الإجراءات السابقة شدة تعقيدها، فالبعض قد يرى أنه كان من الممكن الاستغناء عن العملية الأولى، ورفع الدعوى الصورية مباشرة من المتبني على الأب الطبيعي، ولكن في الحقيقة كان يستحيل على الرومان اللجوء لهذا الطريق المباشر في ظل ما كانت تتمتع به السلطة الأبوية (patria potestas) من قدسية في هذه المرحلة، حيث كان القانون يحرم المساس بها أو التنازل عنها، وهو ما اضطر الرومان إلى التحايل باستخدام نص القانون الذي يقضي بزوال السلطة الأبوية في حالة بيع الأب لابنه ثلاث مرات، حتى يحملوا القانون وحده مسئولية زوال تلك السلطة[٤]، ومن الجدير بالذكر أنه في عصر الإمبراطور جستنيان ألغيت هذه الإجراءات الشكلية وأصبحت مقصورة على إقرار من الوالدين الأصلي والاصطناعي أمام القاضي، وتحول التبني من حيلة مستترة تخفي أمرًا مكروهًا، وهو تغيير الأسرة والدين إلى نظام قانوني صريح لا غضاضة فيه[٥].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢١٣.
E. CUQ; op. cit, p. 199. G. MAY; op. cit, n° 53, p. 150. A. E. GIFFARD; op. cit, n°440, p. 258

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٩، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، هامش، ص ٢١٣.
P. F. GIRARD; op. cit, p. 189.

(٣) A. E. GIFFARD; op. cit, n° 441, pp. 258 – 259. P. F. GIRARD; op. cit, p. 189. W. BUCKLAND; op. cit. p. 67.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٥) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٥٩.
E. CUQ; op. cit. p. 199. W. BUCKLAND; op. cit. p. 67.

المطلب الرابع

الشكلية في نظام التحرير من السلطة الأبوية[1]

أولا: مفهوم وطبيعة السلطة الأبوية عند الرومان:

من الأصول المقررة في القانون الروماني خلافاً للقانون الحديث، أن رب الأسرة[2] هو الذي يعد شخصاً من وجهة نظر القانون، فصلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات لا تثبت إلا له وحده دون بقية أعضاء الأسرة الخاضعين لسلطته[3]؛ وذلك لأن القانون الروماني قد اشترط لثبوت الشخصية القانونية، بالإضافة إلى حالة الحرية والجنسية الرومانية أن يكون الشخص متمتعًا بحالة عائلية معينة هي صفة رب الأسرة (parter familias)[4]، فكان رب الأسرة هو ممثل الأسرة في علاقاتها مع الغير، وهو المالك لأموالها والراعي لديانتها والقائم بطقوسها وشعائرها، كما كان له حق الحياة والموت على أفراد أسرته[5]، ويلاحظ أن رب الأسرة عند الرومان ليس بالضرورة أن يكون الأب، وإنما هو كل من كان مستقلاً بحقوقه غير

---

(١) حول مفهوم وإجراءات التحرير من السلطة الأبوية راجع:

C. ACCARIAS; op. cit, pp. 295 – 307. E. PETIT; traite élémentaire de droit romain, op. cit, pp. 117 – 120. P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, t.1, op. cit, pp. 295 – 299. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 370 – 377, pp. 222- 226. R. D. MELVILLE; op. cit, pp. 138 – 139. B. NICHOLAS; op. cit, pp. 79 – 80.

(٢) قصد بتعبير الأسرة (familia) أحيانا معنى واسع مرادف للعشيرة، أي مجموعة العائلات التي يرجح أنها تناسلت من أصل، ويقصد بتعبير الأسرة في معظم الحالات معنى أضيق من المعنى السابق فيقصد بها البيت (domus) بمدلوله القانوني أي الوحدة القانونية والدينية والاقتصادية التي تضم أفراداً يشتركون في الخضوع لسلطة رئيس لهم هو رب الأسرة حتى ولو كانوا لا يقيمون تحت سقف واحد وتضم أفراداً يشتركون في الخضوع لسلطة رئيس لهم هو رب الأسرة: زوجته إن كان قد تزوجها بطريق السيادة وأولاده المولودين من زواج شرعي، أو بالتبني، وزوجات أبنائه إن كن تزوجن مع السيادة – وأولاد (بنين وبنات) أبنائه وإن نزلوا، أنظر صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

B. NICHOLAS; op. cit. p. 65.

(٤) أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٠٥، ١٠٦.

(٥) F. P. WALTON; op. cit. p. 70. B. NICHOLAS; op. cit. p. 65.

خاضع لسلطة غيره، بشرط أن يكون من الذكور[1]، وتتميز السلطة الأبوية بعدة خصائص، وأهمها أنها سلطة دائمة كحق الملكية لا تنقضي بوفاة رب الأسرة ما دام متمتعًا بالشخصية القانونية، فلا يمكن التنازل عنها لغيره، كما أنها سلطة مطلقة[2]، حيث تخول لرب الأسرة عددا من الحقوق على باقي أفراد الأسرة دون تحميله بأي التزامات قبلهم، حيث كانت هذه السلطة في الأصل امتيازًا لمصلحة رب الأسرة، وليس لحماية الخاضعين لها[3]، كما أنها كانت تتميز أخيرًا بأنها سلطة مقصورة على الذكور.

وتنقضي السلطة الأبوية وتزول لسبب من الأسباب الآتية[4]:

١- وفاة الخاضع للسلطة أو وفاة صاحب السلطة ويلحق بالوفاة الموت المدني أو فقد الشخصية لأي واحد منهما.

٢- منحة قانونية للابن إذا رفع إلى مناصب معينة كمنصب كاهن في العهد الوثني أو أسقف في العهد المسيحي أو كمنصب قائد أو قنصل.

٣- جزاء للأب لعدم جدارته بالاحتفاظ بالسلطة الأبوية وذلك في العهد الأخير الإمبراطوري بسبب تركه الطفل ونبذه أو بسبب تحريض ابنته على الفجور.

٤- إخراج الولد من الأسرة بالتبني أو البنت بالزواج مع السيادة.

٥- وأخيراً بالتحرير (emanipatio) وهو النظام الذي يخضع للعديد من الإجراءات الشكلية وهو ما نتكلم عنه بشيء من التفصيل فيما يلي:

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٦، حيث يذكر أن لفظ (pater)، يعني لغويا عند الرومان أب أي (père)، بل تعني زعيم أو رئيس، فهي تنصرف إلى معنى الاستقلال في الإدارة وليس إلى معنى الأبوة.

(٢) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٠٧، مع ملاحظة أن سلطة الأب المطلقة خضعت للعديد من القيود في أواخر العصر الجمهوري تحد من سلطة الأب بالنسبة للأشخاص أو الأموال، أنظر صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٤) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٦٤، وكذلك بدر والبدراوي، القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٧١.

E. PETIT; op. cit, pp. 117 – 118. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 371, p. 222. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 139.

ثانيا: أشكال وإجراءات التحرير من السلطة الأبوية:

أشكال وإجراءات التحرير من السلطة الأبوية لم تبق على حال واحدة طوال عصور القانون الروماني، ويرجع ذلك لتغير طبيعة وصفة وبواعث عملية التحرير من السلطة الأبوية هذه العصور وذلك كما يلي:

١- أشكال وإجراءات التحرير من السلطة الأبوية في القانون القديم:

كان التحرير قديمًا عند الرومان عملاً قانونيًا يُخرج من خلاله رب الأسرة ابنه أو ابنته من سلطته فيصبح كل منهما مستقلاً بحقوقه (sui juris)، وهو يصدر من رب الأسرة وحده دون موافقة الابن، ولم يكن الباعث عليه في ذلك الوقت مصلحة الابن، بل كان الرغبة في عقاب الابن العاق عقابًا أخف من القتل أو من البيع خارج روما بإخراجه من الأسرة، وحرمانه من الروابط العائلية[١]، فهو بمنزلة حرمان (déchéance) للابن من حقوقه في عائلته وعشيرته، ومن ثم يفقد حقوقه في الإرث والوصاية والقوامة التي كانت له في عائلته، وأحيانًا كان الباعث على التحرير إعسار الأب وعدم قدرته على الإنفاق إذا كانت أموال العائلة لا تكفي لإطعام الأبناء جميعًا.

وقد ألقت طبيعة وصفة عملية التحرير بظلالها على إجراءات وأشكال التحرير من السلطة الأبوية في القانون القديم، حيث كانت حالة الابن في القانون القديم كحالة الرقيق، لا سبيل لتحريره، ولو أراد والده ذلك[٢]، لأنه لم يكن لرب الأسرة قديماً أن يتنازل مباشرة عن سلطته الأبوية ولذلك تحايل الرومان على نصوص قانون الألواح الإثني عشر، لإخراج الابن أو البنت من الأسرة، حيث هذا القانون بأنه في حالة بيع الأب لابنه ثلاث مرات فإن هذا الابن يصبح حرا[٣]، فكان تحرير الابن يتم من خلال اتفاق الأب مع مشتر صوري على أن يبيعه ابنه ثلاث مرات ويحرره المشتري في المرتين الأولى والثانية وبتمام البيع الثالث يتحرر الابن من سلطة أبيه (patria potestas) ويبقى خاضعًا لسلطة المشتري (in mancipio) ولتحريره من سلطة المشتري ترفع دعوى الحرية بصفة صورية (vindicta) وبها يتم تحرير الابن[٤]، أما

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٢٣.
A. E. GIFFARD, op. cit, n° 372, p. 223.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٤.
P. HUVELIN; op. cit, p. 282.

(٣) R. D. MELVILLE; op. cit. p. 138. P. HUVELIN; op. cit, p. 296. E. PETIT, op. cit. p. 118.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧٢.
C. ACCARIAS; op. cit, pp. 303 – 304. B. NICHOLAS; op. cit, p. 80. A. E.=

بالنسبة للبنت أو الحفيد فقد كان يكفي بيعها مرة واحد[١].

٢- تطور أحكام وإجراءات التحرير بتغير طبيعة نظام التحرير والحكمة منه:

طرأت تعديلات هامة فيما بعد عصر القانون القديم على طبيعة وصفة نظام تحرير السلطة الأبوية حيث لم يعد الغرض والباعث على تحرير الابن من السلطة الأبوية هو عقاب الابن العاق بحرمانه من الروابط والحقوق العائلية، وإنما أصبح وسيلة لمكافأة الابن الراشد الذي أظهر في إدارة أعماله أنه أهل لتولي شئونه بنفسه دون أن يخشى عليه من منحه هذا الاستقلال بحقوقه[٢]، مما انعكس على نظام التحرير من حيث إجراءاته وشروطه وآثاره كما يلي:

أ- فيما يتعلق بإجراءات التحرير، فقد تبسطت هذه الإجراءات في عصر الإمبراطورية السفلى تحت تأثير العادات المحلية التي كانت سائدة في الأجزاء الشرقية من الإمبراطورية الرومانية، والتي كانت تجيز تحرير الابن والتخلي عن السلطة الأبوية بإقرار كتابي صادر من الأب، وقد أجاز جستنيان هذا العرف، بمعنى أنه أجاز للأب تحرير ابنه دون اللجوء للإجراءات الشكلية السابق ذكرها، والاكتفاء بإقرار يصدر من رب الأسرة أمام القاضي[٣].

ب- قديمًا لم يكن يستلزم أي شرط من شروط الصحة (الشروط الموضوعية) أما في العصر العلمي فقد تقرر وجوب موافقة الابن على تحريره بل سمح للابن أن يطالب بتحريره، إذا أساء والده معاملته، وجاء جستنيان، فأقر ذلك في قانونه[٤].

ويعد اشتراط موافقة الابن دليلاً واضحًا على التغيير الذي طرأ على صفة التحرير والحكمة منه، من اعتباره عملاً من أعمال السلطة يأتيه الأب رغمًا عن الابن عقابًا له، إلى اعتباره طريقة لتمييز الابن ومنحه الاستقلال بحقوقه[٥].

=GIFFARD; op. cit, n° 373, pp. 223 – 224. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 139. P. HUVELIN; op. cit, p. 296. E. PETIT; op. cit, p. 118

(١) C. ACCARIAS; op. cit, p. 304. E. PETIT; op. cit, p. 118.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٢٣، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧١.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

P. HUVELIN; op. cit. p. 297. E. PETIT; op. cit. pp. 119 – 120. R. D. MELVILLE; op. cit. p. 139. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 374. p. 224.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

R. D. MELVILLE; op. cit. p. 139. P. HUVELIN; op. cit. p. 297.

(٥) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧٢.

جـ- كما طرأ تغيير على آثار التحرير بتغير طبيعة نظام التحرير، فبعد أن كانت آثاره في القانون القديم تتمثل في فقد الابن لكل صلة عائلية وخروجه منها بلا مال وبلا أمل في الإرث منها، اعترف له القانون بعد ذلك تدريجيًا بحقه في الحوزات على أنواعها[1]، التي كان مختصًا بها وقت خضوعه لسلطة الأب، ثم اعترف القانون بقرابة الدم فصارت له حقوق في الميراث والوصاية كما صارت عليه في العصر الإمبراطوري حقوق الإرث لوالده وأقارب والده إذا مات الابن المحرر من غير ولد[2].

(١) جرى العمل على أن الأب يمنح ابنه قدراً من المال يسمى حوزة الولد، ولهذا الأخير حق إدارتها واستثمارها، ولكنها تعد ملكاً لرب الأسرة ولا يسأل عن ديونها الأب إلا في حدود قيمتها كما ظهرت حوزات أخرى مملوكة للابن هي الحوزة الحربية والحوزة شبة الحربية والحوزة الخارجية، أنظر صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣٧٥، وما بعدها.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٥.

المطلب الخامس

الشكلية في طرق عتق الأرقاء[١]

كان للعتق أهمية خاصة عند الرومان[٢]، وذلك لأن أثره لم يكن مقصورا على السيد والمعتق فحسب، بل يتعداهما إلى المدينة بأجمعها، فالرقيق لا يكتسب بالعتق الحرية فقط، بل يكتسب أيضاً الجنسية الرومانية[٣]، حيث كان هناك تلازم بين صفة الحرية والجنسية الرومانية[٤]، ولا يعقل أن يكون للسيد من السلطة ما يخول له وحده أن يمنح لرقيقه حقوقًا سياسية ومدنية[٥]، ونظرًا لخطورة الآثار التي تترتب على العتق من الناحية العامة، نلاحظ أنه من ناحية أولى: يذهب الشراح إلى أن العتق لم يكن معروفًا في العصور الأولى لروما، وأن السيد الذي يريد أن يهب الحرية لرقيقه لم يكن أمامه إلا أن يهبه وينذره إلى شخص معنوي لا نهاية لحياته، كمعبد أو إله من الآلهة (كرقيق إله الحرب Mars أو إله الجمال Venus)، بشرط أن يترك له الحرية الفعلية[٦]. ومن ناحية أخرى: تشدد الرومان في طرق العتق التي ظهرت في القانون القديم، كما سنرى، حيث كانت تتميز طرق العتق في هذا القانون بأنها رسمية من جهة، وبأنها من جهة أخرى تستلزم تدخل السلطة العامة أو من يمثلها، فهي إما أن تستدعي

---

(١) راجع:
G. MAY; op cit, n° 25 – 30, pp. 81 – 92. P. HUVELIN; op. cit, pp. 323 – 339. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 129 – 140. W. A. HUNTER; op. cit, pp. 171 – 183. L. MACKENZIE; op. cit, pp. 90 – 92. R. D. MELVILLE; op. cit, pp. 116 – 120. B. NICHOLAS; op. cit, pp. 72 – 74.

(٢) تنتهي حالة الرق إما بالعتق manumissio وإما بالتحرير الشرعي والعتق هو الإجراء الذي بمقتضاه يهب السيد الحرية لرقيقه فأساس زوال الرق هو إرادة السيد ويسمى من كان رقيقًا وأصبح حرًا بالعتيق، أما التحرير الشرعي أو القانوني عن زوال حالة الرق بنص القانون مثال ذلك ما قرره القانون الإمبراطوري من اكتساب العبد لحريته بقوة القانون إذا أساء سيده معاملته أو إذا أرشد عن قاتل سيده أو عن الجناة في بعض الجرائم العامة، أنظر: عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون مع دراسات في القانون الروماني، مرجع سابق. ص ٧٩.

(٣) W. A. HUNTER; op. cit. p. 172.

(٤) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق. ص ١٦١.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢١، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع، علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، ص ٣٢.

P. F. GIRARD; op. cit. p. 130.

موافقة الشعب عليها، أو أحد حكامه، علاوة على رضاء السيد، وذلك لحرص السلطات العامة في روما على الجنسية الرومانية، وعلى حمايتها من الاختلاط بالأجانب[١].

وليس هذا فحسب، بل إن الرومان لم يتصوروا كقاعدة عامة – أن ينتقل الشخص من حالة الرق إلى حالة الحرية دفعة واحدة، بل استلزموا أن يمر الرقيق بمرحلة وسطى بين الرق والحرية الكاملة، هي العتق، ويتحدد على هذا الأساس مركزه القانوني طيلة حياته، أما الحرية الكاملة فلا يتمتع بها إلا أولاد العتقاء وذريتهم إذا ولدوا بعد العتق، ولكن أولاده الذين ولدوا في فترة الرق يظلون أرقاء، وكذلك زوجته ما لم يشملهم العتق.

أما فيما يتعلق بأشكال و إجراءات العتق عند الرومان فمن المسلم به أن طرق و أساليب العتق لم تظهر فى القانون الرومانى دفعة واحدة، وإنما ظهرت على مراحل ارتبطت بتطور فكرة الرق عند الرومان ففي العصور القديمة حيث كان هناك تلازم بين صفة الحرية وصفة الجنسية الرومانية، كان لابد لحدوث العتق وترتيب آثاره من إجراءات شكلية ورسمية تشترك فيها الدولة والسيد، وحينما أصبح الرق منذ العصر الإمبراطوري حالة اجتماعية وقانونية من مرتبة دنيا، انفصلت حالة الحرية عن حالة الجنسية الرومانية، بحيث أصبح يجوز استرقاق الروماني داخل روما[٢]، وتبسطت هذه الطرق وظهرت طرق أخرى غير شكلية أو رسمية إثر تيار التوسع في منح الحرية عبر العصر الإمبراطوري[٣]؛ ولهذا يجب أن نميز بين طرق العتق الشكلية في العصر القديم وغيرها من الطرق التي ظهرت تباعاً، واتسمت ببساطة إجراءاتها أو بعدها وخلوها من الشكلية.

أولاً: طرق العتق الشكلية في القانون القديم

اتخذ العتق في هذا العصر ثلاث صور رسمية شكلية، أكدت اتجاه الرومان تمامًا في اعتناق مبدأ الشكلية[٤]، حيث كان العتق غير ممكن، إلا إذا تم بإحدى الطرق الشكليـــة الثلاث[٥] التالية:

---

(١) عبد المنعم بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢١، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٢.
W. A. HUNTER; op. cit, p. 172.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص١٦٢، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢١، محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٤) محمود السقا، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) W. A. HUNTER; op. cit, p. 172.

الطريقة الأولى: قيد الرقيق في قوائم التعداد (manumissio census)[١]:

جرت عادة الرومان على قيد الوطنيين في قوائم خاصة لمعرفة عددهم وتعيين حقوقهم وواجباتهم، فمجرد قيد الوطني في هذه القوائم يجعله مكلفاً بدفع الضرائب وبالخدمة العسكرية، كما يخوله هذا القيد الحق في التصويت في مجالس الشعب، وعلى النقيض من ذلك فإهمال قيده يجعله عبداً، ومن هنا نشأت الطريقة الأولى للعتق، وذلك بأن يتقدم السيد مصحوبًا بعبده الذي يريد عتقه إلى الحاكم المكلف بالإحصاء (censor)، ويطلب منه قيد اسمه بصفته وطنيا[٢]، ومن ثم فالرقيق الذي يقيد برضاء الحاكم المكلف بالإحصاء وبموافقة سيده في قوائم الأحرار يتحرر ويصبح وطنيًا حرًا؛ لأن القيد في هذه القوائم التي تحرر كل خمس سنوات لإحصاء المواطنين الأحرار هو الذي يكسب الشخص الصفة الوطنية وما يتبعها من الحقوق والواجبات المدنية، والحر الذي يهمل قيده يعاقبه الحاكم على هذا الإهمال ببيعه خارج روما كرقيق[٣].

الطريقة الثانية: دعوى الحرية الصورية (manumissio vindicta)[٤]:

نشأت هذه الطريقة بسبب ما شاب الطريقة الأولى من نواقص - كما رأينا - [٥]، وهذه الطريقة كسابقتها طريقة غير مباشرة، إذ تستخدم دعوى استرداد الحرية إستخداما صوريا؛ لإكساب عبد صفة الحرية[٦]، حيث يتفق السيد مع شخص آخر على أن ينوب هذا الأخير عن الرقيق في رفع دعوى الحرية والمرافعة، وذلك لأن الرقيق لم يكن لهم حق التقاضي، ويقرر وكيل الرقيق ويطلق عليه المدافع عن الحرية (adsertor libertatis) أمام الحاكم القضائي بعد أن يلمسه بعصاه (vindicta)، بأن الشخص الذي يدعي بأنه عبد إن هو في الواقع إلا إنسان حر، فيسلم السيد بهذا الإقرار ولا ينازع فيه، إما صراحة، من خلال اعترافه

---

(١) G. MAY; op .cit, n° 26, p. 83. P. F. GIRARD; op. cit, p. 130. E. CUQ; op. cit, p. 95. P. HUVELIN; op. cit, p. 324. B. NICHOLAS; op. cit, p. 73.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٢.
E. CUQ; op. cit, p. 95. P. F. GIRARD; op. cit, p.130.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٤) يطلق البعض على هذه الطريقة (العتق بالمخصرة)، والمخصرة هي ما يتوكأ عليه كالعصا وما يشير به الخطيب إذا خطب (الفيروزابادي) حسب ترجمتهم لكلمة vindicta التي تترجم للفرنسية بـ "baguette" أو القضيب، أنظر محمد محسن البرازي، دروس في الفقه الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٨٠.
E. CUQ; op. cit. p. 95. P. F. GIRARD; op. cit. p. 131.

(٥) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٦) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.
P. F. GIRARD; op. cit. p. 131.

بصحة الإقرار أو دلالة بالتزامه السكوت، وحينئذ وأمام هذا الاعتراف يضطر الحاكم القضائي أن يسجل هذا الإقرار ويصدق عليه فيترتب الأثر المقصود وهو تحرير العبد[١].

الطريقة الثالثة: العتق بالوصية (manumissio testamento):

وهي من أهم طرق العتق في القانون القديم[٢]، حيث ينتفع السيد برقيقه حال حياته، ثم ينص في وصيته التي يختار فيها وارثه على عتق الرقيق، ولما كانت الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة، فلا يترتب تحرير العبد إلا بعد وفاة السيد (الموصي)، إذا أوصى فيها بعتق عبده[٣]، وبشرط أن يكون العبد مملوكاً للسيد وقت تحرير الوصية ووقت وفاته، فيكتسب العبد الحرية عند قبول الورثة للتركة (adoptio herditatis)[٤]، كما يشترط لتنفيذ الوصية في عصر القانون القديم موافقة مجالس الشعب الثلاثينية القديمة التي يطلق عليها مجالس الوحدات (comitia curiata) بعد إبرامها، من خلال إجراءات خاصة أمامه وبرضائه vote du peuple نظرًا لما فيها من تغيير لنظام الأسرة المقرر قانوناً، إذ كان لرب الأسرة أن يختار فيها وارثه من غير ورثته الشرعيين، وكان التقويم الديني يخصص يومين في السنة فقط لاجتماع مجالس الشعب لإقرار الوصايا[٥].

ويلاحظ في الطرق الشكلية الثلاث المذكورة أن العتق كان غير ممكن إلا إذا كان أمام هيئة رسمية، سواء أكان حاكم الإحصاء أم الحاكم القضائي أم مجلس الشعب، وكان السبب في ذلك حرص أولي الأمر في روما على جنسية الرومان وعلى حمايتهم من الاختلاط بأجناس دخيلة أو أقل منهم مرتبة، فلا يتساوى السيد والرقيق في قسط الحرية إلا بموافقة هيئة رسمية[٦].

وقد جعلت الإجراءات الشكلية السابق ذكرها العتق في العصر القديم صعب المنال، فلجأ بعض الناس في نهاية العهد الجمهوري إلى استخدام طرق غير شكلية مبناها إرادة السيد المجردة عن الأوضاع الشكلية، فكان بعض الناس يعتقون رقيقهم بإقرار شفوي، كأن يصرح في

---

(١) G. MAY; op. cit, n° 26, p. 84. E. CUQ; op. cit, p. 95. P. HUVELIN; op. cit, p. 324. P. F. GIRARD; op. cit, p. 131.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٣، محمود السقا، المرجع السابق، نفس الموضع.
E. CUQ; op. cit, p. 95.

(٤) W. A HUNTER; op. cit. p. 176.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٣٣.
P. HUVELIN; op. cit, pp. 324 – 325.

(٦) علي بدوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

مجمع من أصحابه (interamicos) بعتق عبده الذي أجاد طهي الطعام مثلاً، أو بإقرار كتابي، كأن يرسل خطابًا إلى عبده (per epistulam) يقرر فيه عتقه، إلا أن إقراره المتقدم بالعتق شفويًا كان أو كتابيًا لا يترتب عليه أثر قانوني، فهؤلاء العتقاء لا يكتسبون الحرية طبقًا للقانون المدني، بل يظل العبد قانونًا (jure civile) خاضعاً لسلطة سيده، ويستطيع السيد استرداد عبده طبقًا لأحكام القانون المدني (jus civile)، لأنه ما زال رقيقًا في نظر هذا القانون لإعتاقه بغير الطرق الرسمية المقررة، ولكن البريتور تدخل لحماية العتقاء بغير الطرق الرسمية ومكنهم من ممارسة الحرية من الناحية الفعلية عن طريق حرمان السيد الذي أعتق عبده بهذه الكيفية من استعمال حقه في استرداد عبده بدعوى الاسترداد، وذلك عن طريق رفض دعوى الاسترداد التي يرفعها السادة في مواجهة أرقائهم. ولكن ما زال العبد يعد في نظر القانون رقيقًا، فهو لا يتمتع إلا بحرية فعليه في ظل حماية البريتور؛ ولذلك سمي هذا النوع من العتق بالعتق البريتوري أو الحرية البريتورية[١].

ثانيًا: التطورات التي لحقت بطرق العتق في العصر الإمبراطوري:

دخلت على طرق العتق منذ بداية العصر الإمبراطوري تعديلات كثيرة، فمن ناحية اختفت في أوائل العصر الإمبراطوري طريقة القيد في قوائم التعداد تبعًا لاختفاء عادة الإحصاء، كما تبسطت طريقة العتق بالدعوى الصورية، فصارت مقصورة على إقرار من السيد المعتق أمام الحاكم، كما صارت الوصية تصرفا من التصرفات المدنية التي لا تستلزم موافقة مجلس الشعب[٢].

ومن ناحية أخرى ظهرت طريقة للعتق مضافة إلى ما بعد الموت، وذلك بأن يكلف السيد وارثه أو الموصى إليه بإعتاق العبد، فيلتزم بتنفيذ هذا التكليف، وقد أجيز للعبد بأن يلجأ إلى الحاكم القضائي لإجبار الوارث أو الموصى إليه على تنفيذ هذا التكليف[٣].

على أن أهم ما دخل على طرق العتق من تغيير هو الاعتراف بالطرق غير الرسمية، فقد

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق ، ص ٢٣، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣٦٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٨١.

W. A. HUNTER; op. cit, p. 172.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٤.

E. CUQ; op. cit. p. 96 – 97, P. HUVELIN; op. cit; p. 325

(٣) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٤.

P. HUVELIN; op. cit. p. 325. W. A. HUNTER; op. cit. p. 175.

صدر قانون چونيا (lex junia norbana) في عهد أغسطس؛ لتنظيم حالة الأرقاء الذين أعتقوا بلا إجراءات رسمية، وهو ذلك العتق الذي كان يحميه البريتور، فاعتبر هذا القانون المعتق في هذه الأحوال حراً، إلا أن هذا القانون لم يساو بين العتق بالطريق الرسمي والعتق بالطرق غير الرسمية من جميع الوجوه، فمن جهة لا يترتب على هذا العتق الأخير إلا منح الحرية دون الوطنية، إذ يعد المعتقون لاتينيين، فنشأت بذلك طبقة جديدة عرفت باسم طبقة اللاتينيين الجونيين (jatiniani juniani) أو العتقاء الجونيين (affranchise juniens)[1]، ومن جهة أخرى يعد المعتق في هذه الأحوال حرًا في حياته، ولكنه يعد عند موته رقيقًا، أي إنه يعد في مركز وسط بين الحر والعبد[2].

كما صدر في بداية العصر الإمبراطوري عدة قوانين تحد من حرية الأفراد في العتق، وكانت تهدف إلى المحافظة على النظام الاقتصادي أو الأخلاق العامة أو حماية الدائنين من غش المدنيين الذين كانوا يعتقون عبيدهم إضراراً بالدائنين، وأهم هذه القوانين قانون (Fufia caninia)، وقانون (Aelia sentia) [3].

وقد استمر التطور يلحق بطرق العتق طوال مراحل القانون الروماني، فنلاحظ استمرار العمل بطريقتي الدعوى التصورية والوصية، طرقا للعتق في عصر الإمبراطورية السفلى، كما نشأت طريقة رسمية شكلية جديدة، وهي العتق في الكنيسة، وذلك تحت تأثير انتشار الديانة المسيحية وهي طريقة عتق دينية تحصل في الكنيسة بحضور القسيس[4]، وأخيرًا سوّى جستنيان بين العتق الرسمي والعتق الخالي من الإجراءات الشكلية، من حيث الأثر، واعتبر كلاهما صحيحًا قانونًا مكسبًا للحرية وللرعوية الرومانية معًا[5].

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٤، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٤.
P. HUVELIN; op. cit, p. 326. W. A HUNTER; op. cit, pp. 172 – 173.

(٢) يعد هؤلاء العتقاء في مركز لاتيني المستعمرات (وهم سكان المستعمرات اللاتينية التي أنشأها الرومان بعد عام ٢٦٨ ق.م)، وكان لهم حق التعامل والتقاضي، ولم يكن لهم حق عمل وصية أو الاكتساب بطريق الوصية، وتؤول أموالهم عند وفاتهم إلى السيد المعتق أو ورثته على أساس أنها حوزة، أنظر عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٣٤.
ولمزيد من المعلومات عن قانونى (Aelia sentia) و (fufia caninia) راجع:
P. HUVELIN: op. cit. pp. 327 – 333 . E. CUQ: op. cit. pp. 98 – 100. J. MUIRHEAD. Roman law. London. op. cit. pp. 276 – 277.

(٤) A. HUNTER: op. cit. p. 177.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع ، بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

المبحث الثالث

الشكلية في التصرفات المنشئة للالتزامات

تمهيد وتقسيم:

هناك تصرفات منشئة للالتزامات أطلق عليها القانون الروماني اسم العقود الرسمية، وهي عقود تتم في صورة مرسومة يتحتم إجراؤها لتعد قائمة في نظر القانون، أي إنها خاضعة للشكلية الرمزية نفسها التي رأيناها في التصرفات الناقلة للملكية، ومن ثم فالاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون، وهي:

عقد القرض القديم (nexum) العقد الكتابي (litteris) الاشتراط الشفهي (التعهد الرسمي) (stipulation)، وهي كلها عقود شكلية حرفية التنفيذ؛ ولذلك تدخل في عداد القانون الضيق (stricti juris) ، ومن الجدير بالذكر أن هذه الشكلية في التصرفات المنشئة للالتزامات قد ورد عليها بعض الاستثناءات فيما بعد، وسنعرض لها في موضعها بالبحث، ومن ثم سينقسم مبحثنا هذا عن الشكلية في التصرفات المنشئة للالتزامات للآتي:-

المطلب الأول: الشكلية في عقد القرض القديم.

المطلب الثاني: الشكلية في العقود اللفظية.

المطلب الثالث: الشكلية في العقود الكتابية.

المطلب الأول

الشكلية في عقد القرض القديم (Nexum) [١]

يعد عقد القرض القديم أقدم العقود الرومانية وأسرعها في الزوال من الحياة العملية[٢]، وهو أحد النظم الرومانية التي آثار تحديد طبيعتها خلافًا كبيرًا بين شراح القانون الروماني المحدثين، ويرجع اختلاف الرأي حوله إلى قلة وغموض النصوص التي وصلت إلينا بشأنه بسبب اختفائه من الحياة العملية مبكرًا، وقد ذهب الشراح لمذاهب شتى في تفسير النصوص القليلة الغامضة التي تضمنت معلومات عنه، ويمكن تلخيص الآراء التي قيل بها في تفسير طبيعته في نظريتين[٣]:

الأولى: النظرية التقليدية: ويرى أنصارها أن النكسوم هو عقد قرض يعطي الدائن الحق في إلقاء اليد على المدين إذا لم يقم هذا الأخير بالسداد في الموعد المحدد.

الثانية: النظرية الحديثة: تنظر إلى النكسوم بوصفه تصرفاً ينطوي على تنازل من

---

(١) راجع: P. HUVELIN; Cours élémentaire de droit romain, T.2, op. cit., pp. 43 – 50, R. MONIER; Manuel élémentaire de droit romain, T.2, op. cit., pp. 15 - 20, P. F. GIRARD; Manuel élémentaire de droit romain, op. cit., pp. 508 – 515, E. CUQ; Manuel des institutions juridiques des romains, op. cit, , pp. 411 – 414, W. A. HUNTER; Roman law, op. cit., p. 459, BUCKLAND; The main institutions of Roman private law, op. cit., n°91, p. 255 – 256, DECLAREUIL; op. cit., pp. 211-212.

(٢) محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١١٩، ١٢٠، وتتمثل نقطة الخلاف بين النظريتين في أن النظرية التقليدية والتي سادت بين شراح القانون الروماني خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر، تنظر إلى النكسوم باعتباره تصرفًا منشئًا لالتزامات حيث يعد عقد قرض محله مبلغ من النقود وينعقد بإجراءات شكلية تتطلب وجود سبيكة وميزان، وبمقتضى النكسوم يكتسب الدائن الحق في إلقاء اليد على المدين، إذا لم يقم المدين بالوفاء دون حاجة لعرض الأمر على القضاء، أما النظرية الحديثة والتي قال بها العالم الألماني ميتيس (Mitteis) في مطلع القرن العشرين فترى أن النكسوم ليس تصرفًا قانونيًا منشئًا لالتزامات، وإنما هو تصرف ناقل للملكية يتخلى بمقتضاه شخص عن حريته لآخر بقصد الحصول على مصلحة ما، أي أن النكسوم يقترب من الناحية الاقتصادية بالقرض حيث يتخلى المرء عن حريته مقابل الحصول على منفعة اقتصادية كالحصول على مواد غذائية أو نقود لكنه من الناحية القانونية ليس في حقيقته تصرفًا من التصرفات المنشئة لالتزامات في النكسوم يتخلى أحد الطرفين للآخر عن سلطته على شخصه، والشخص الذي يكون محلاً لمثل هذا التصرف يفقد قدرًا كبيرًا من حريته، وإن كان لا يصبح عبدًا ويكون من حق الطرف الآخر أن يفيد من عمله، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١١٩، وما بعدها.

جانب الشخص عن حريته لمصلحة آخر، فهو من وجهة نظرهم تصرف ناقل للملكية وليس تصرفًا منشئًا للالتزامات والرأي السائد بين جمهور شراح القانون الروماني يرى أن النكسوم عقد قرض[١]، وكان هذا العقد في أول أمره خاصًا بالالتزام بقرض النقود، ولكن تحت ضغط حاجات الناس المتجددة ومسايرة لمدينة روما الجديدة استعمل صوريًا لكل التزام بمبلغ نقدي غير القرض[٢]، حيث استعمل ليعطي هذه التعهدات والالتزامات القوة الملزمة[٣].

ونعرض الآن لإجراءات انعقاد عقد القرض القديم ثم نتبعها بمصير هذا العقد.

أولاً: إجراءات انعقاد عقد القرض القديم (النكسوم) ومدى شكليتها:

ينعقد عقد القرض القديم بإجراءات شكلية تطابق إجراءات الإشهاد في نقل الملكية[٤] فيما عدا الصيغة المستعملة وتسمى هنا (nuncupatio)، حيث ينطق فيها الدائن بعبارات فيها معنى الحكم على المدين بعقوبة[٥]، كما أن النكسوم يختلف عن الإشهاد من حيث أثره، فأثره هو إنشاء التزام، وليس نقل ملكية[٦]، وتصدر عبارات الدائن في حضور المدين وخمسة شهود من الرومان الذكور البالغين وحامل ميزان libripens الذي كان يتولى وزن السبائك قبل ظهور العملة المضروبة[٧]، فعقد النكسوم يرجع إلى عهد لم تكن السبائك فيه ذات وزن محدد ومعروف مقدماً، ولذلك كان لابد من وزن هذه السبائك عند كل عملية لمعرفة قيمتها قبل تسليمها إلى المقترض، فأساس النكسوم هو تسليم عدد معين من السبائك من جانب المقرض إلى المقترض[٨]، إلا أنه بمرور الزمن، وفي رأي البعض منذ البداية أصبحت إجراءات السبيكة والميزان تتبع في حالات أخرى غير حالة قرض السبائك؛ لتشمل صفقات أخرى، وأصبحت للسبيكة والميزان وظيفة رمزية بحتة، أي مجرد إجراء شكلي، حيث لم تعد هناك حاجة لوزن

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٢) محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) أحمد مرزوق، نظرية الصورية، رسالة سابقة، ص ٢٤.

(٤) P. HUVELIN; op. cit., p. 44, P. F. GIRARD; op. cit., pp. 509 – 510, R. MONIER; op. cit., p. 15, E. CUQ; op. cit.,p.412.

(٥) E. CUQ; op. cit., p.412, R. MONIER; op. cit., p. 15.

(٦) منير العجلاني، الوجيز في الحقوق الرومانية، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٧) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤١٤.

، P. F. GIRARD; op. cit., pp. 509 , R. MONIER; op. cit., p. 15, DECLAREUIL; op. cit., p. 211.

(٨) محمود سلام زناتي، المرجع السابق ص ١٢٠.

السبيكة وزناً حقيقيًا؛ لأن وزنها أصبح معلومًا مسبقًا، ولكن كان التصرف أيضاً يتم بالسبيكة والميزان كإجراء شكلي[١]، إلى جانب تفوه المقرض (الدائن) بالعبارات المقررة في ذلك الوقت، والتي لم تعرف ماهيتها بالتحديد، ولكن يذهب بعض الشراح إلى أنها تتضمن بياناً بمقدار النقود المقترضة، واسم المقترض، وموعد استحقاق القرض، إضافة إلى احتمال اشتمال هذه الصيغة لعبارات تضمن الوفاء بالقرض التي يذهب بعض الشراح إلى أنها كانت عبارات ذات طابع ديني أو سحري يخاطب فيها قوى ما فوق الطبيعة طالبًا منها استنزال العقاب (damnatio) والمصائب والكوارث بالمدين إذا لم يقم بالوفاء بدينه[٢]، ولهذه العبارات التي تلفظ بها الدائن أهمية خاصة في عقد النكسوم، فهي مصدر التزام المدين بالوفاء واسترقاقه[٣]، لما فيها من معنى الحكم على المدين[٤]؛ ولذلك يحق للدائن التنفيذ على شخص المدين بمقتضى الإجراء المعروف بإلقاء اليد[٥] (manus injectio) في حالة امتناع المدين أو عجزه عن الوفاء بعد حلول الأجل، وذلك دون حاجة لاستصدار الدائن لحكم بحقه قبل المدين من القاضي[٦]، فيحق للدائن حبس المدين في سجنه الخاص بمنزله، وكان على المدين أن يعمل لحساب الدائن إلى أن يستوفي الدائن حقه قبله، فكان حاله أشبه بحال الأرقاء، وإن لم يكن كذلك في نظر القانون، وكان يسمى (nexus)[٧]، فعقد القرض القديم (nexum) كان لا يحدث أثره في ذمة المدين المالية، ولكنه يخول للدائن سلطة على شخص المدين نفسه عند امتناعه أو عجزه عن الوفاء[٨]، دون حاجة لاستصدار حكم، كما سبق القول.

ومن العرض السابق لإجراءات انعقاد عقد القرض القديم (nexum) يتضح لنا أن هذا العقد عقد شكلي من عقود القانون الضيق يلزم جانبًا واحدًا هو المدين (المقترض)، ينعقد بعبارات وصيغ شكلية محددة تصدر من الدائن في حضور المدين والشهود الخمسة وحامل

---

(١) شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق ص ٦٥.
R. MONIER; op. cit., pp. 15-16, E. CUQ; op. cit., p.412, DECLAREUIL; op. cit., p. 211.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص١٢٠.
DECLAREUIL; op. cit., p. 211.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٤) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق ص ١٧٩.

(٥) DECLAREUIL; op. cit., p. 211 212.

(٦) E. CUQ; op. cit., pp.412 - 413. P. F. GIRARD; op. cit., p. 511.

(٧) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢١، وكذلك شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٨) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٦٥.

الميزان[1]، فالشكلية هنا تظهر في تطلب النطق بألفاظ معينة، وضرورة حضور أشخاص محددين، وكانت هذه الصيغة هي أساس إلزام المدين، بحيث كانت لها ما للإدانة القضائية من قوة، فكانت تخول للدائن الحق في القبض على المدين، أو التصرف في شخصه على حد رأي البعض إذا تخلف عن الوفاء[2].

ثانيًا: مصير عقد (النكسوم):

كان عدد المقترضين بمقتضى النكسوم كبيراً في بداية التاريخ الروماني، حيث كان المرابون من الأشراف يستغلون حاجة العامة إلى المال، فيقرضونهم الأموال بفوائد باهظة، ينتج عنها في الغالب عجز المدنيين عن الوفاء بها، ومن ثم تعرضهم لإلقاء اليد، وتقييد حريتهم وسجيتهم وانتهاك آدميتهم[3]؛ ولذلك صدر في سنة ٣٢٦، ق.م. قانون يعرف بقانون (بتيليا بابيريا Lex poetelia papiria) الذي حرم استخدام إلقاء اليد بالنسبة لمن اقترضوا نقودًا بمقتضى عقد النكسوم[4]، كما أصبح بعد ذلك من اللازم الحصول على حكم قضائي للتنفيذ على المدين بالنكسوم، ففقد هذا العقد مزاياه، وقل استعماله بالتدريج؛ لأن لدى الأفراد وسائل قانونية أخرى أقل تعقيداً وأشهرها عقد الاشتراط الشفهي، وانتهى الأمر باندثاره منذ أوائل العصر الإمبراطوري[5].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٢) طه عوض غازي، النيابة التعاقدية، رسالة سابقة، ص ٢٨٩.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٤) راجع R. MONIER; op. cit., p. 20, P. F. GIRARD; op. cit., pp. 514 – 515, E. CUQ; op. cit., p.413, A. MAGDELAIN; La loi poetelia papiria et loi julia de pecuniis mutuis, in estudios de dereho romeano en honore de alvaro d'or, 1987, p. 811. P. HUVELIN; op. cit.. pp.44-50.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

المطلب الثاني

الشكلية في العقود اللفظية

(contractus verbis)

العقود اللفظية هي العقود التي كان التفوه بعبارات معينة يعد أحد أركانها إن لم يكن ركنها الرئيسي، ودون هذه العبارات أو الألفاظ يبقى الاتفاق مجردا أو غير ملزم، ولهذا اعتبرت العقود اللفظية من العقود الشكلية[١]، وقد تميزت هذه العقود بالعديد من الخصائص، جعلتها تتمتع بمكانة متميزة عند الرومان، وهي كما يلي:

١- العقود اللفظية هي بطبيعتها عقود شكلية، ويرجع ذلك لأن الأصل في الألفاظ التي تنعقد بها هذه العقود أنها ألفاظ محددة بدقة، فلا يستطيع المتعاقدان استعمال غيرها للتعبير عن إرادتهما[٢].

٢- العقود اللفظية من عقود القانون الضيق، بمعنى أن القاضي لا يستطيع تفسيرها وفقًا لنية المتعاقدين، أو وفقاً لمقتضيات العدالة بعد تقدير ظروف المتعاقدين، ولا يستطيع أن يحكم بمقتضاها بالتعويض، أو بفوائد عن مدة التأخير، بل يلتزم القاضي فيها بالنص الحرفي لعبارة العقد، ولا يتجاوزه أبدًا[٣].

٣- كما أن هذه العقود هي من العقود المجردة التي لا يبحث بصددها عن سبب الالتزام، ومن هنا فإن القاضي يحكم بمقتضى العقد اللفظي بمجرد تكوينه، ولا يبحث في سبب الالتزام ما لم يدفع عليه بدفعه الغش (exceptio doli)[٤].

٤- العقود اللفظية من العقود الملزمة لجانب واحد، فلا ترتب التزامات إلا في ذمة أحد العاقدين دون الآخر[٥].

وقد عرف الرومان ثلاث صور للعقد اللفظي، وهي:

الوعد بالدوطة (dotis dictio)، وتعهد العتقاء المقترن بيمين (jusjurandum)،

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٢، صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(liberti والاشتراط الشفهي أو التعهد الرسمي، كما يطلق عليه البعض (stipulatio)[1] الذي يعد أهم العقود اللفظية؛ لذا سنبدأ بعرضه، ثم نتبعه بباقي صور العقود اللفظية.

أولا : الاشتراط الشفهي [2](stipulatio) :

يعد الاشتراط الشفهي أهم العقود الشكلية اللفظية عند الرومان، وذلك لسببين: أولهما اتساع مجال استخدامه و تطبيقه عن باقي العقود[3]، وثانيهما أنه ظل مستعملاً منذ بداية تاريخ القانون الروماني حتى نهايته[4].

وسنستعرض فيما يلي شروط انعقاده الشكلية والموضوعية ونطاق تطبيقه، والحماية القانونية له، وأخيرًا إثباته للوصول إلى دور الشكلية في الاشتراط ومدى التطور الذي لحق بها ومدى اعتماد الشعب الروماني على هذا العقد الشكلي اللفظي.

١- شروط انعقاد الاشتراط:

لكي ينعقد الاشتراط صحيحاً وجب توافر بعض الشروط الشكلية، وأخرى موضوعية، وسنتكلم أولاً عن الشروط الشكلية، ثم عن الشروط الموضوعية.

أ- الشروط الشكلية:

الاشتراط عقد من العقود الشكلية، وتتمثل شكليته في ضرورة النطق بعبارات معينة طبقًا لنظام معين، وقد مرت الشروط الشكلية الخاصة بالاشتراط بتطور كبير، حيث كانت قديمًا شديدة الصرامة، فكان الخروج عليها أو الخطأ فيها يحول دون انعقاد الاشتراط، لكن مع الزمن وتحت ضغط الحاجات الجديدة المتولدة عن الظروف المتغيرة، أخذت هذه الشكلية تفقد من صرامتها،

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢) راجع L. MACKENZIE: studies in roman law, op. cit., p. 230. A. E. GIFFARD et R. VILLERS: droit romain et ancien droit française, op. cit. p. 34 – 40. E. PETIT: traité élémentaire de droit romain, op. cit., p. 304 et ss. G. May: éléments de droit romain, op. cit., pp. 321 – 331, R. MONIER: op. cit., p. 21 et ss. P. HUVELIN: op. cit., pp. 50 – 60, W. A. HUNTER: op. cit., pp. 459 - 466. BUCKLAND: op. cit., n°92, p. 258 – 260.

(٣) G. May: op. cit., n°136, pp. 321 – 322. P. HUVELIN: op. cit., p. 52.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٢.

فلم يعد من اللازم مراعاتها بالدقة نفسها كما كان الحال من قبل[١].

وسنستعرض فيما يلي الشروط الشكلية القديمة اللازمة لانعقاد الاشتراط، ثم نتبعها ببيان التطورات والتعديلات التي لحقت بهذه الشروط.

- الشروط الشكلية القديمة

ـ الشفوية: يعد الاشتراط مثالاً بارزًا للشكلية اللفظية التي يجب فيها أن يتفوه كل من العاقدين بالألفاظ المقررة في القانون[٢]، حيث كان الاشتراط يتكون من شطرين: الشطر الأول، وهو عبارة الموجب "الإيجاب" والشطر الثاني، وهو عبارة القابل "القبول"[٣]، ويتحتم أن يصدر الإيجاب عن الدائن؛ ولذلك يسمى بالموجب أو طالب التعهد (stipulator, reus stipulandi) ، وأما القبول فيصدر عن المدين؛ ولذلك يسمى المدين بالمتعهد أو الواعد (promissor, rus promittendi) [٤]، ويشترط أن يبدأ المشترط stipulator (وهو الدائن) بتوجيه الإيجاب في صورة سؤال إلى المتعهد promissor، (وهو المدين): هل يتعهد بشيء معين ؟ ثم يأتي دور المدين بالإجابة عليه، بحيث إن المتعهد إذا وعد بشيء قبل سؤال المشترط لم ينعقد الاشتراط[٥]، ولأن الاشتراط يعد عقدًا شفويا يستوجب النطق بألفاظ محددة، فلم يكن من الجائز أن يكون طرفاً فيه شخص أبكم، وهذا بديهي ومثله الأصم[٦]، إذ ينبغي للموجب أن يسمع كلام القابل، وللقابل أن يسمع الموجب، ويراد بالأصم هنا (من لا يسمع شيئاً أصلاً لا الأطرش الذي يسمع، ولكن في صعوبة) [٧].

وينبني على ذلك أنه لو أشار القابل برأسه علامة على القبول أو سكت، فإن التعهد لا ينعقد، سواء أكان المتعهد أخرس أم لا، وذلك لأنه لم ينطق بما يفيد القبول، والعقد الشفوي لا ينعقد إذا لم ينطق العاقد بما يفيد القبول (nutus)[٨].

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٢ – ١٢٣.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٣، محمود السقا، المرجع السابق، نفس الموضع.
E. PETIT; op. cit., n°288, p. 305, W. A. HUNTER; op. cit., p. 460.

(٦) P. F. GİRARD; op. cit., p. 519, W. A. HUNTER; op. cit., p. 461.

(٧) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٨) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°45, p. 37, E. PETIT; op. cit., n°288, p.=

ـ الصيغة المحددة للإيجاب والقبول: كان لابد أن يستعمل كل من الدائن والمدين صيغة من الصيغ التي أقرها العرف وجرى باستعمالها، وأقدم الصيغ التي كانت تستعمل في عقد الاشتراط الصيغة المشتقة من فعل (sponder)، فكان الدائن يبدأ بسؤال مدينه هل يتعهد بكذا ؟ (هل تعد spondesne) فيجيب المدين (نعم أعد spondeo)[١]، ولكن حدث مع الزمن تطور في هذا المجال، وجاز استعمال أفعال أخرى، ذلك أن استعمال فعل (spondere) كان قاصرًا على الرومان وظل كذلك لأصله الديني[٢]، ولكن سرعان ما فتحت روما أبوابها للأجانب، وكان من الضروري أن تسمح لهم بمباشرة بعض الأعمال القانونية التي تقتضيها متطلبات الحياة العملية، ولما كان التعهد الرسمي أو الاشتراط من العقود الضرورية للحياة اليومية، فكان لابد من إباحة استعماله لهم أيضًا، ولكن الاعتبارات الدينية لم تمكنهم من استخدام فعل (يعد spondere)، ولذلك أجيز لهم استعمال أفعال أخرى تدل على المعنى نفسه[٣].ومن أمثلة هذه الصيغ (هل ستعطي ?Dabis سأعطي Dabo)، وهل تعد ?promittis ، أعد promitto [٤]، ويخلص من ذلك أن التعهد الرسمي أو الاشتراط في صورة الـ (sponsio) يعد من نظم القانون المدني (jus civile) المقصورة على الرومان، أما في غير ذلك من الصور الأخرى التي يجوز للأجانب استخدامها في معاملاتهم يكون الاشتراط من نظم قانون الشعوب (jus Gentium)[٥].

ـ التطابق التام للقبول مع الإيجاب: من الشروط الشكلية اللازمة لانعقاد الاشتراط وجوب تطابق القبول مع الإيجاب تطابقا تاما فبالإضافة لوجوب التفوه بعبارات ثابتة، ينبغي أن يكون رد المتعهد (القبول) مطابقًا لسؤال المشترط (الإيجاب)، سواء أكان من الناحية اللفظية أم من

= 306, W. A. HUNTER; op. cit., p. 461.

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٣، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

(٢) عبد المجيد الحفناوي المرجع السابق، ص ٥٤، حيث إن لفظ (sponsio, spondio) الذي كان يعرف به التعهد القديم يعني من الناحية اللغوية (إراقة الخمر إكراما للآلهة)، وهو ما أدى إلى ظهور النظرية القائلة بأن التعهد الرسمي أو الاشتراط نشأ في الأصل على أساس ديني، إذ كانت الآلهة تشهد عليه ويراق من أجلها شيء من الخمر، وكان إجراؤه بهذه الطريقة الشكلية مقصوراً على الرومان دون الأجانب، وهذه النظرية هي السائدة في تفسير كيفية نشأة الاشتراط أو التعهد الرسمي، أنظر عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، وكذلك عبد السلام الترمانيني، محاضرات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٠٤.
G. May; op. cit., n°136 et n°137, p. 323, P. HUVELIN; op. cit., p. 53, DECLAREUIL; op. cit., p. 213, W. A. HUNTER; op. cit., p. 461, L. MACKENZIE; op. cit., p. 230, note 1.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٤ – ٥٥.

(٤) P. F. GIRARD; op. cit., p. 519.

(٥) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٥.

الناحية الموضوعية، ويقصد بالتطابق من الناحية اللفظية أنه يتحتم على القابل أن يستعمل في عبارته الفعل الذي استعمله الموجب في إيجابه، فإذا استعمل الموجب (المشترط) فعل (spondesne) وجب على القابل (المتعهد) أن يرد عليه قائلاً (spondeo)، فإذا استعمل في رده فعلاً آخر مثل (promitto) لم ينعقد الاشتراط رغم أن الفعل الأخير يشبه من حيث المعنى الفعل السابق[١]، أما التطابق من الناحية الموضوعية للقبول مع الإيجاب، فيقصد به أن يأتي رد المتعهد مطابقًا لسؤال المشترط، فإذا كان سؤاله بسيطًا أي غير معلق على شرط أو غير مضاف إلى أجل، وعلق المدين رده على شرط أو جعله مقترنًا بأجل لم ينعقد الاشتراط، والأمر نفسه يحدث إذا لم يطابق الجواب السؤال، كأن يسأل المشترط المتعهد، التعهد بدفع مبلغ معين (عشرة آس)، ويرد المتعهد بالتعهد بدفع مبلغ أقل (خمسة آس مثلاً) [٢].

ـ وجوب صدور الجواب في مجلس العقد بعد السؤال مباشرة بلا فاصل زمني، فإذا لم تتتابع العبارتان لم ينعقد العقد[٣]، ويقتضي ذلك أن يكون المشترط والمتعهد في مكان واحد حاضرين مجلس العقد[٤]، ومن ثم فإن العقد لا ينعقد إذا كان أحد العاقدين غائبًا فالاشتراط لم يكن من الممكن إجراؤه بين غائبين[٥].

ـ وأخيرًا يشترط استعمال اللغة اللاتينية في إجراء الاشتراط، فلم يكن من الجائز استعمال اللغات الأجنبية في عقد الاشتراط كاليونانية أو الآشورية [٦].

- التطورات والتعديلات التي لحقت بالشروط الشكلية[٧]:

حدث تطور في القانون الروماني بالنسبة لهذه الشروط الشكلية القاسية، وكان أهمها ما جاء به القانون الذي أصدره الإمبراطور "ليون" عام ٤٧٢م، حيث قضى بتغليب المعنى على

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٤.
E. PETIT; op. cit., n°288, p. 305, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°45, p. 37.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٦ – ٤٧٧، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٥.
E. CUQ; op. cit., p.451, W. A. HUNTER: op. cit., pp.461 – 462.

(٤) P. F. GIRARD; op. cit., p. 519, E.CUQ,op.cit,p. 519.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n° 45, p. 37

(٥) E. CUQ; op. cit., p.416. P. F. GIRARD: op. cit., p. 519.

(٦) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٧) راجع: W.BUCKLAND; op. cit., n°92, p. 258 – 259, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°46. pp. 37-38. E. CUQ: op. cit., p.416.

جاء به القانون الذي أصدره الإمبراطور "ليون" عام ٤٧٢م، حيث قضى بتغليب المعنى على اللفظ، فلم يعد هناك التزام على المشترط والمتعهد باستعمال ألفاظ معينة، بل أصبح لهما حرية اختيار الألفاظ التي يستعملانها، طالما تعبر بوضوح عن إرادتيهما[١].

وبعد أن كان يشترط استعمال اللغة اللاتينية، أجيز فيما بعد استعمال اللغة اليونانية في إجراء الاشتراط باستعمال الألفاظ المقابلة للألفاظ اللاتينية (جايوس ٣: ٩٣)، ثم أجازوا في النهاية استعمال مختلف اللغات كالآشورية أو اليونانية (جستنيان، المتون ٣: ١٥: ١)[٢]، وفي عهد جستنيان لم يعد من اللازم أن تكون هناك مطابقة موضوعية بين سؤال المشترط ورد المتعهد فإذا سأل المشترط المتعهد هل يتعهد بعشرين، فأجاب بأنه يتعهد بعشرة انعقد الاشتراط وأصبح المتعهد ملزمًا بعشرة فحسب[٣]، كما فسر جستنيان الشرط الخامس بوجوب صدور الجواب بعد السؤال مباشرة بلا فاصل زمني، تفسيرًا واسعًا، بمعنى أنه لم يتطلب فورية الإجابة على السؤال، بل اكتفى بأن يتبع القبول الإيجاب في أثناء اليوم[٤]، أي إنه سمح بوجود فاصل زمني بين إجابة المتعهد وسؤال المشترط، بشرط ألا يتعدى هذا الفاصل يوم صدور الإيجاب.

وهكذا تخلص الاشتراط من كثير من قيوده الشكلية، لكنه بقى مع ذلك تصرفًا شفويًا يستلزم حضور الطرفين مجلس العقد، ولا يستطيع أن يكون طرفًا فيه أبكم أو أصم[٥].

ب- الشروط الموضوعية

يمكن القول إن الشروط الموضوعية للتعهد هي في الأصل الشروط نفسها التي تطبق على سائر العقود الرومانية، وتتمثل في أهلية المتعاقدين، والرضا، والمحل، والسبب[٦]، إلا أنه بالإضافة لهذه الشروط السابقة، يجب لكي ينعقد الاشتراط صحيحاً أن يكون القصد منه إنشاء التزام بين الطرفين الذين تفوها بالألفاظ والصيغ المطلوبة، فالاشتراط يقع باطلاً إذا كان القصد منه إنشاء التزام على عاتق شخص لم يكن طرفًا فيه أو لمصلحته، والسبب في ذلك أن الرابطة القانونية تنشأ في الاشتراط بتبادل العبارات، الرسمية، ويصبح من الطبيعي ألا تتولد هذه الرابطة

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٥.

P. F. GIRARD; op. cit., p. 519, W. BUCKLAND; op. cit., n°92, p. 258.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٥) P. F. GIRARD; op. cit., p. ٥٢٠, G. May; op. cit., n°١٣٧, p. ٣٢٥.

(٦) عبد المجيد الحفناوي، الرجع السابق، ص ٥٨.

(القانونية) إلا بين الأشخاص الذين تفوهوا بهذه العبارات ولذا لم يتصور الرومان إمكان أن يكون المستفيد الحقيقي أو الملتزم الفعلي في الاشتراط شخصًا لم ينطق بهذه العبارات وقت انعقاد الاشتراط، فالقانون الروماني إذن لم يكن يسمح كقاعدة عامة بالاشتراط لمصلحة الغير أو بالتعهد عن الغير[١].

وانصياعًا لسنة التطور وتعدد المصالح وسهولة التصرفات مع المجتمع الروماني الجديد لجأ الرومان إلى استخدام وسائل معينة بقصد التغلب على العقبة القانونية التي كانت تحول دون التعهد عن الغير أو الاشتراط لمصلحته [٢]، حتى إننا نجد في قانون جستنيان منح دعوى للغير قبل المتعهد يمكنه بموجبها مطالبة هذا الأخير بتنفيذ ما تعهد به[٣].

٢- نطاق تطبيق الاشتراط[٤]

كان نطاق تطبيق الاشتراط متسعًا للغاية، فهو ليس عقدًا من العقود التي تستهدف تحقيق غاية اقتصادية معينة، كالبيع أو الإيجار مثلاً، وإنما هو أقرب إلى أن يكون طريقًا لإنشاء التزامات تعاقدية، أيًا كانت الغاية الاقتصادية التي يراد تحقيقها بهذه الالتزامات[٥]، ولذلك تعددت استخدامات الاشتراط ووظائفه في القانون الروماني، وذلك كما يلي:

الوظيفة الأولى والرئيسية للتعهد الرسمي كانت إضفاء قوة الإلزام، أي قوة قانونية على الاتفاق أيًا كان نوعه؛ ولذلك كان التعهد الرسمي أكثر العقود الرومانية انتشارًا في الحياة العملية، وكان يعد قالبًا عامًا تفرغ فيه سائر أنواع المعاملات[٦]، يكفي أن يصب فيه أي اتفاق مشروع؛ لكي يكتسب صفة الإلزام، ويتحول من اتفاق مجرد لا أثر له قانونًا إلى عقد ملزم[٧]؛ ولذلك يتنوع مضمون الاشتراط أو محله تنوعًا كبيرًا، ويمكن التمييز بين صور عديدة له بالنظر

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٥، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن الاستثناءات التي قررها القانون الروماني في هذا الشأن، راجع محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٢٦، وما بعدها.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

(٤) P. F. GIRARD; op. cit., p. 521-522, E. CUQ; op. cit., pp. 416 – 417, P. HUVELIN; op. cit., pp. 58 – 59, W. A. HUNTER; op. cit., p.464 – 466.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٦) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٥٩.

P. HUVELIN; op. cit., p. 59

(٧) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣١.

إلى مضمونه[1]، فقد يتعهد الشخص بموجبه بنقل ملكية شيء من الأشياء أي بإعطاء شيء، سواء أكان مبلغا من النقود وهي الصورة الأولى للتعهد الرسمي أو شيئاً غير النقود من الأشياء المعينة، وفي مختلف الأحوال المتقدمة يكون الالتزام معين المحل، وقد أمكن فيما بعد التعهد بإعطاء شيء غير معين، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل وفي هذه الصورة الأخيرة يكون الالتزام غير معين المحل[2].

كان الاشتراط يستعمل أيضا من أجل تجديد التزام قائم من قبل، فقد كان من الممكن عن طريق الاشتراط قضاء التزام قائم وإحلال آخر محله مختلف عنه إما في طبيعته (تحويل التزام من التزامات حسن النية إلى التزام من التزامات القانون الضيق) أو في أحد طرفيه (استخدام الاشتراط لإحلال شخص آخر محل المدين أو الدائن في العلاقة القانونية السابقة)[3].

وكذلك يستعمل الاشتراط لتقرير تضامن إيجابي بين الدائنين بضم دائن ثانوي إلى الدائن الأصلي، أو لتقرير تضامن سلبي بين المدنيين، بضم مدين جديد إلى المدين الأصلي[4].

ويستعمل أيضاً لتقرير كفالة التزام أو لانتقاله[5].

وإضافة لهذه الوظائف المختلفة للاشتراط التي كان يتم من خلالها تحقيق أغراض على جانب كبير من التنوع، فقد كان هناك تطبيقات للاشتراط لها أهمية خاصة، وهي كما يلي[6]:

ـ **اشتراط الفوائد:** هو الاشتراط الذي يتمكن بمقتضاه المقرض من الحصول على فوائد من المقترض، حيث إن القرض لم يكن يولد بذاته فوائد في القانون الروماني.

ـ **الاشتراط الأكويلي**[7]: هو اشتراط يتم اللجوء إليه بقصد إجراء تصفية عامة للعلاقات القانونية بين شخصين، فيقوم أحد الطرفين بالاستعاضة عن كل الحقوق التي له قبل الطرف

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص٥٩.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٨، ١٢٩.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٢، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٠.
P. F. GIRARD; op. cit., p. 522.

(٤) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٥.
E. CUQ; op. cit., p. 417.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٥، ٤١٦.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٣، ١٣٤.

(٧) وصف هذا الاشتراط بالأكويلي نسبة إلى أكويليوس جايوس الذي ابتكر صيغته في أواخر عصر الجمهورية، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، هامش ص ١٣٣.

الآخر بحق واحد منشئه الاشتراط، ثم يقوم بعد ذلك بإبراء المدين منه.

ـ **اشتراط الامتناع عن الغش:** هو اشتراط يلجأ إليه أحد الطرفين لتأمين نفسه ضد الغش الذي قد يرتكبه الطرف الآخر.

ـ **الاشتراط البريتوري:** وهو الاشتراط الذي كان البريتور يلجأ إليه أحياناً بقصد إلزام أحد الأشخاص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومن أمثلته تعهد الوصي بالمحافظة على أموال القاصر.

ومن الجدير بالذكر أن التعهد لم يفقد أهميته العملية حتى في عهد الإمبراطورية السفلى فقد كان الإعتاق والإيصاء يتشكلان أيضًا بشكل تعهد في هذا العهد، وقد كان من المفيد إلباس الالتزام أيًا كان مصدره شكل التعهد[١]؛ لأن الالتزام الناشئ عن التعهد من التزامات القانون الضيق التي يمتنع على القاضي تفسيرها تفسيرًا واسعًا لمصلحة المدين[٢].

٣- الحماية القانونية للاشتراط:

اختلفت الدعاوى التي كانت تحمي عقد الاشتراط باختلاف عهود القانون الروماني، كما يلي:

في عهد القانون الروماني القديم الذي كان يسوده نظام دعاوى القانون، كانت تحمي عقد الاشتراط دعويان، وهما: دعوى تعيين قاض أو حكم (judicis postulation exsponsione)، ودعوى القسم الشخصية (sacramentum in per sonam)، وعندما صدر قانون سيليا silia وقانون كالبورينا (calpurnia)، أصبحت دعوى الإنذار (per condictionem) وهي أيضًا من دعاوى القانون تحمي كلا من التعهد بدفع مبلغ من النقود والتعهد بإعطاء أشياء معينة[٣].

وعندما حل نظام دعاوى البرنامج محل نظام دعاوى القانون، أصبحت الدعاوى التي تحمي التعهدات أو الاشتراطات كما يلي[٤]:

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٩، ١٣٠.

(٢) E. PETIT; op. cit., n°290, p. 308.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٣، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٠.
A. E. GIFFARD; précis de droit romain, T.2, op. cit, n°47, p. 42, P. F. GIRARD; op. cit., pp. 522 – 523.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦١، وما بعدها، ويلاحظ أن أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة، يرى أن الدعاوى التي كانت تحمي التعهد أو الاشتراط في ظل نظام دعاوى البرنامج كانوا أربع دعاوى، حيث يضيف إليهم دعوى ظهرت فيما بعد تسمى (actio incerti in id quod interest) والتي كانت تحمي التعهد الوارد على شيء غير معين أو على عمل أو على مجرد الامتناع، أما دعوى التعهد فيرى أنها=

أ- دعوى المطالبة بالنقود المعينة (action certae creditae pecunia)

وتحمي التعهد بدفع مبلغ من النقود، وقد كان يحكم على من يخفق في هذه الدعوى بثلث قيمتها على سبيل الغرامة بموجب تعهد فرعي.

ب- دعوى المطالبة بأشياء معينة (actio certae rei)

وقد حلت محل الدعوى التي أوجدها قانون كالبورينا، وهي تستخدم إذا كان موضوع التعهد شيئا معينا كما لو كان كمية معينة من الغلال مثلاً، وقد أطلق على هذه الدعوى في عصر الإمبراطورية السفلى اسم دعوى تريتيكاريا (Triticaria) نسبة إلى (Triticum)، وهو القمح.

جـ- دعوى التعهد (actio ex stipulatu)

وتحمي هذه الدعوى التعهد الذي يرد على شيء غير معين (شيء غير محدد على وجه الدقة، من حيث كميته أو قيمته أو نوعه)، كما هو الشأن في الالتزام بعمل (كالالتزام ببناء منزل).

٤- إثبات الاشتراط

كان التعهد يثبت في الأصل عن طريق شهادة الشهود؛ ولذلك فإن عبارتي التعهد كانتا تصدران في العادة أمام شهود، على أن حضور الشهود لم يكن شرطًا من شروط انعقاد العقد، بل كان مجرد وسيلة للإثبات، فإذا ثبت التعهد على هذه الصورة أنتج أثره، ولم يستطع المتعهد إثبات أن النقود لم تسلم إليه مثلاً إلا عن طريق الدفع بالغش (exeptio doli)[1]؛ لكن منذ بداية العصر العلمي أخذت الكتابة تنتشر لدى الرومان، وشرع الرومان يحلون الكتابة محل الشهود في إثبات التصرفات القانونية المختلفة، ومنها الإشهاد، وكانت الكتابة تتخذ إحدى صورتين: الأولى ويطلق عليها الإشهادات (syngrapha)، والثانية الإقرارات (chirographum) ، وسنتناول صيغتهما والفرق بينهما بالتفصيل عند عرضنا للعقود الكتابية، ولكن ما يهمنا الآن هو عرض المراحل التي مر بها إثبات الاشتراط وتأثيره على شكله، حيث إن العادة في البداية كانت

=كانت من دعاوى القانون الضيق، التي خلفت الدعوى الناشئة عن الوعد (exsponsione) لمزيد من التفاصيل راجع، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٠، وما بعدها.

P. F. GIRARD; op. cit., pp. 523 - 524, P. HUVELIN; op. cit., pp. 57 – 58, E. CUQ; op. cit., p. 418, A. E. GIFFARD; op. cit., n° 48 , p. 42, W. A. HUNTER; op. cit., p.463-464, DECLAREUIL; op. cit., pp. 214 – 215.

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

جارية بعقد الاشتراط، ثم بكتابة وثيقة تتضمن أن الاشتراط قد تم، إلا أن الناس مع الزمن أخذوا ينصرفون عن إجراء الاشتراط بالفعل، ويكتفون بذكر عبارة تفيد خلافًا للواقع أن الاشتراط قد تم (stipulatione subnixa)، بل إن الأمر وصل إلى حد افتراض إجراء الاشتراط في الحالات التي يخلو فيها المحرر من عبارة تفيد إجراءه[١]، ففي سنة ٢٠٠م أصدر الإمبراطوران (اسكندر سيفير) و(كاراكالا) قانونًا يقضي بأن التعهد اللفظي أو الاشتراط يكون مفروضًا حتمًا ثبت أن الطرفين كانا حاضرين في مجلس العقد (مجموعة التشريعات، ٥٠: ٧: ٣٧: ١؛ "والأحكام" لبولس، ٥: ٧: ٢)[٢]، ويبدو أن تمكين المدين من الطعن في العقد بحجة عدم حضوره وقت إتمامه أدى لإساءة استعمال المدينين هذه الرخصة، فحاول جستنيان الحد من فرصة المدين من الطعن في العقد بحجة عدم وجوده أثناء إتمام العقد[٣]، فأصدر في سنة ٥٣١م قانونًا يقضي بأن حضور الطرفين هو نفسه يكون مفروضًا ما لم يثبت مدع العكس أنه كان هو أو خصمه طيلة اليوم الذي أبرم فيه العقد موجودًا بجهة أخرى[٤]، ومن ناحية أخرى تضمنت الموسوعة والنظم النص على أنه يكفي تضمين محرر الكلمات التالية (سأل تيتيوس، تعهد ميفيوس) لوجود عقد اشتراط[٥].

لكن هذا لا يعني أن الاشتراط بوصفه عقدًا شفويًا قد اختفى، فما زال من الممكن إجراء مثل هذا الاشتراط، ورغم أن الشروط الشكلية اللازمة لانعقاد الاشتراط قد فقدت في هذا العصر الكثير من أهميتها، فإنه ما زال يشترط حضور الطرفين، وظل من غير الممكن للمتعهد أن يرد على سؤال المشترط بإيماءة برأسه تفيد معنى الموافقة، بل لابد أن يتفوه فعلاً بما يفيد موافقته على التعهد، كما أنه ما زال من غير الممكن لأبكم أو أصم أن يكون طرفًا فيه، فيبطل تعهدهم إذا تم[٦].

ثانيا : صور أخرى للعقد اللفظي (الوعد بالدوطة – تعهد العتيق المقترن بيمين)

وجد في القانون الروماني إلى جانب الاشتراط أو التعهد الرسمي عقدان ينشأ فيهما الالتزام عن كلام العاقد هو نفسه، فاعتبرا لذلك من العقود اللفظية، أما أولهما فهو العقد المسمى

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٣ – ١٣٤.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٤.
G. May; op. cit., n°137, p. 325, P. F. GIRARD; op. cit., p. 520.

(diction dotis)، أي الوعد بالدوطة أو كما يطلق عليه البعض التعهد الرسمي بالدوطة، وأما ثانيهما فهو العقد المسمى بيمين العتقاء (jus jurandum liberti)، أو كما يطلق عليه البعض تعهد العتيق المقترن بيمين[١].

ولهذين العقدين اللفظيين صفة مشتركة تجمع بينهما وتميزهما عن الاشتراط، وهما الصفة الخاصة المادية (concret)، أي إن هذين العقدين لا يحقق كل منهما إلا عملاً خاصًا معينًا بنفسه، بعكس التعهد أو الاشتراط الذي كان عامًا مجردًا، فكان يحقق معاملات مختلفة، ويمكن من خلاله إنشاء التزامات متنوعة[٢]، فكان يعد قالبًا عامًا تفرغ فيه سائر أنواع المعاملات، وذلك كما بينا سابقًا.

وسنعرض الآن لكلا العقدين مع بيان الإجراءات اللازمة لانعقادهما وأحكامهما

١- عقد الوعد بالدوطة (Dictio Dotis) أو التعهد الرسمي بالدوطة

عقد الوعد بالدوطة عقد من العقود اللفظية، مقتضاه صدور تعهد من جانب واحد، أي من والد الفتاة المخطوبة، أو والدها أو أحد أصولها من جهة الأب، أو أحد المدينين لهما بشكل شفوي ورسمي، بإعطاء الزوج مبلغًا من المال على سبيل الدوطة[٣]، وهذا التعهد كان يصاحب في الأصل عقد الخطبة، ولكنه استقل عنه فيما بعد وأصبح ينشئ التزامًا من جانب واحد[٤]، لكنه ظل محتفظًا بطابعه الشفوي[٥]، ويختلف التعهد بالدوطة في إجراءاته عن الاشتراط، ففي هذا التعهد يكون المدين وحده هو الذي ينطق بالعبارة الرسمية التي تؤدي إلى التزامه، أما الدائن الذي يولد التزام الدوطة لصالحه فلا يتدخل إطلاقًا، أما الاشتراط - كما رأينا - فيتطلب تدخلاً

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٧، ١٣٨.
P. F. GIRARD; op. cit., n°52, p. 44, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°52, p. 40.

(٢) محمد محسن البرازي، محاضرات في الحقوق الرومانية، مرجع سابق، ص ١٨٩، ١٩٠.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٤، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٧، والدوطة هي عبارة عن مال أو أموال معينة تعطى للزوج من قبل الزوجة أو أهلها لمساعدته في مواجهة أعباء الحياة الزوجية، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع ، فقديما كان التعهد بالدوطة عبارة عن إقرار يتم أثناء إجراءات الخطوبة، وكانت تحميه دعوى الخطبة (exsponsu) لكن هذا الوعد استقل عن الخطبة منذ الوقت الذي لم تعد الخطبة فيه تتمتع بحماية قانونية، أنظر محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٧ - ١٣٨.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٨.

من جانب الدائن، بل يتطلب أن يكون هذا الأخير هو البادئ بالكلام، فتعهد الدوطة إذن لا ينطوي على عقد بالمعنى الدقيق، وإنما هو أحد التصرفات القليلة القائمة على الإرادة المنفردة في القانون الروماني، ومن هذه التصرفات أيضًا الوعد بمكافأة والنذر(١).

ومن الجدير بالذكر أن هذه الصورة من صور تقرير الدوطة لا يسمح باستعمالها لكل شخص، كما هو واضح من تعريف هذا العقد، وإنما كانت مقصورة على الفتاة أو المرأة المخطوبة نفسها أو أحد أصولها من جهة الأب أو أحد المدينين لهما(٢)، وكان المدين في الحالة الأخيرة يتعهد بالدوطة قبل الزوج بناء على طلب الدائن، سواء أكان المرأة نفسها أم أباها أم أحد أصولها لأبيها، وعلى العكس من ذلك لم يكن يعترف للأم مثلاً بحق استعمال الوعد الرسمي بالدوطة لتقرير دوطة لابنتها(٣).

وقد اندثر هذا النوع من التعهد الشفوي في عهد جستنيان، بعد أن فقد ما كان له من أهمية، عندما اعتبره الإمبراطور تيودوز الثاني سنة ٤٢٨ اتفاقاً مشروعاً، ومضموناً بدعوى(٤).

٢- تعهد العتيق المقترن بيمين (justurandum liberti) أو (يمين العتقاء)

يمين العتقاء هو وعد أو عهد مؤيد بيمين يعده أو يعطيه العتيق على نفسه لمولاه للقيام بخدمات معينة الغالب فيها العمل (operae) أيامًا معدودة في خدمته كل سنة(٥).

وهذا العقد كان يعقده المعتق بعد عتقه بأن يتفوه بما يفيد تعهده ذاك، بعد حلفه اليمين، وهذه هي الصورة الوحيدة للالتزام الناشئ عن اليمين في العصر العلمي(٦).

ويرجع الأصل التاريخي لهذا العقد إلى أن العتق في القانون الروماني كان يستتبع التزام العتيق بأداء بعض الخدمات لمعتقه، لكن لم تكن هناك قواعد تحدد هذه الخدمات؛ ولذلك كان السيد عند عتقه لأحد الأرقاء يقوم بتحديد الخدمات التي يريدها من العتيق، وبالرغم من أن

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) E. CUQ; op. cit., p. 419.
P. HUVELIN; op. cit., p. 60, E. PETIT; op. cit., n°336, p. 354, P. F. GIRARD; op. cit., p. 525, A. E. GIFFARD; op. cit., n°53 , p. 44.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) P. F. GIRARD; op. cit., p. 526, E. PETIT; op. cit., n°336, p. 355, A. E. GIFFARD; op. cit., n°53 , pp. 44 - 45.

(٥) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°54, p. 41.

(٦) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٥، وكذلك محمود سلام زناتي، المرجع السابق، هامش ١٣٩.

أي إن للعبد شخصية في نظر الدين؛ لذلك كان يتم اللجوء إلى دعم تعهده أو وعده باليمين، وقد كان لهذا التعهد المقترن بيمين قوة ملزمة في مجال القانون؛ لكن هذا التعهد فقد قوته الإلزامية فيما بعد، ولذلك لجأ الرومان إلى وسيلة أخرى بقصد تحقيق الغرض نفسه، ومقتضى الوسيلة الجديدة أن يقسم العتيق مرة أخرى بمجرد تمام العتق بأنه سيؤدي الخدمات المطلوبة منه، فى مقابل أنه يتمتع بالشخصية القانونية بمجرد عتقه؛ لذا كان تعهد المقترن بيمين يؤدي إلى التزامه قانوناً[1].

وقد كان هذا التعهد تحميه دعوى خاصة تسمى دعوى الأعمال (judicium operarum) ، وهي في الرأي الراجح دعوى مدنية، لا دعوى بريتورية، ويبدو أن العمل محل التعهد كان يعد شيئًا من الأشياء لا مجرد فعل[2].

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع ، محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٩٠، ١٩١.

E. CUQ; op. cit., p. 420, A. E. GIFFARD; op. cit., n°54 . p. 45.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٥، ١٢٦، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

E. CUQ: op. cit., pp. 420 – 421.

المطلب الثالث

الشكلية في العقود الكتابية[١]

(contarctus litteris)

لم يعرف الرومان الكتابة في العصر القديم، ولكن سرعان ما انتشرت في المجتمع الروماني لتواجه مقتضيات الحياة، وعندما تخلص القانون من سيطرة رجال الدين، وأصبح ذا طبيعة علمانية، بدأت الكتابة تلعب دورًا مهما في مجال الالتزامات[٢]، فنشأت العقود الكتابية التي هي اتفاقات شكلية لا تنعقد ولا يترتب عليها التزام قانوني إلا بالكتابة[٣]، وكانت أهم تطبيقات العقود الكتابية عند الرومان العقد الكتابي المسمى (expensilasio) الذي سنعرض له من خلال عرض لكيفية نشأته، وانعقاده، والوظيفة التي كان يقوم بها في حياة الرومان، مع عرض خصائصه التي تميز بها.

وقد اختفت هذه الصورة من العقود الكتابية بمرور الوقت من الحياة العملية، إلا أنه وفي الوقت نفسه ظهرت تطبيقات أخرى للعقود الكتابية تحت تأثير القانون الإغريقي، وهما الإشهادات والإقرارات، مع ملاحظة اختلاف أدوار هذه المحررات في القانون الإغريقي عن القانون الروماني، كما سنرى.

أولا: العقد الكتابي المسمى (Expensilasio)

جرت عادة أرباب الأسرة الرومانية منذ أواخر عصر الجمهورية على إمساك حسابات منتظمة، فكان كل رب أسرة يحتفظ بدفاتر يقيد فيها كل العمليات القانونية التي يجريها هو، أو التي يجريها الخاضعون لسلطته[٤]، وقد كانت هذه الدفاتر على نوعين[٥]:

النوع الأول: دفتر اليومية، وكان يسمى (adversaria)، وفيه يقيد رب الأسرة مختلف العمليات

---

(١) راجع – P. F. GIRARD; op. cit., pp. 527– 533, A. E. GIFFARD; op. cit., n°55 - 64, pp. 42 – 46, P. HUVELIN; op. cit., pp. 62 – 69, R. MONIER; op. cit., n°87- 88, pp. 106 - 109, R. FOIGNET et E. DUPONT; Le droit romain des obligations, op. cit, pp. 45 - 50.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٠.
R. MONIER; op. cit., n°87, p. 106. P. HUVELIN; op. cit., p. 62.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، وكذلك محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 46, R. MONIER; op. cit., n°87, p. 106.

القانونية التي كان يجريها يومًا بيوم دون ترتيب، وهذا الدفتر يعد بمنزلة دفتر المسودة بالنسبة للدفتر الثاني.

النوع الثاني: دفتر الخزانة أو الإيرادات والمصروفات (codex)، وكانت ترحل إليه كل شهر بعض البيانات المدونة في الدفتر الأول المتعلقة بالإيرادات والمصروفات؛ ولذلك كان هذا الدفتر منقسماً إلى قسمين، قسم مخصص لقيد الإيرادات (accepta)، والثاني لقيد المصروفات (expensa)، فإذا ما دخل إيراد أثبته رب الأسرة في القسم الأول (الإيرادات)، وإذا خرج من ذمته مبلغ أثبته في القسم الثاني (المصروفات)، وهو في كل مرة يثبت اسم الشخص الذي دفع أو الذي دفع إليه المبلغ؛ ولذلك فإن البيانات الواردة بالدفتر تسمى (nomina)، أي الأسماء، أي إن دفاتر الخزانة الرومانية كانت تتبع تنظيم الدفاتر التجارية نفسه في الوقت الحاضر، حيث تقسم إلى ورقتين متقابلتين إحداهما للأصول والأخرى للخصوم[١].

وسنعرض فيما يلي لكيفية انعقاد العقد الكتابي المسمى (expensilatio)، ووظيفته وخصائصه، ومصيره.

١- كيفية انعقاده ووظيفته

يعد العقد الكتابي عقدًا شكليًا يستمد نشأته وقوته من القيد الذي يجريه في دفتره، وهذا القيد يفترض وجود اتفاق سابق بين الدائن والمدين، ولذلك كثيرًا ما نجد قيدًا مقابلاً في دفتر المدين، غير أن هذا القيد الأخير ليس لازمًا لنشوء الالتزام، ويلاحظ أن القيد في دفتر الدائن ليس مجرد وسيلة للإثبات، كما هو شأن القيد في دفتر التجار في القانون الحديث، بل هو مصدر الالتزام[٢].

فرغم أن الغرض الأساسي من إمساك الدفاتر عند الرومان كان هو ضبط حسابات الأسرة ومعرفة مالها وما عليها بدقة، فإن الرومان استغلوا هذا الوضع في سبيل إنشاء التزامات[٣] بالشكل الآتي:

كانت البيانات الواردة في دفتر الخزانة (codex) على نوعين: أولهما بيانات أو قيود

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٥.

R. MONIER; op. cit., n°87, pp. 106 - 107, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°56, pp. 42 – 43. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 46, P. HUVELIN; op. cit., p. 62. P. F. GIRARD; op. cit., p. 528.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤١٥.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ١٤١.

الخزانة (Nomina Arcaria)، وسميت بهذا الاسم؛ لأن الخزانة في روما كانت تسمى (arca)[١]، وكانت هذه القيود بيانا بالعقود والتصرفات المختلفة التي قام رب الأسر بإجرائها وأسماء الأشخاص التي أبرمت معهم هذه التصرفات[٢]، فهذه القيود والبيانات تعد وسيلة من وسائل الإثبات (Moyen de preuve)، وليست مصدرا من مصادر الالتزام؛ لأنها بيانات لاحقة غرضها إثبات وجود التزامات نشأت من مصادر أخرى[٣]، كعقد البيع مثلاً، فيتم القيد بالشكل التالي (استلمت مائة من تيتيوس، أو أعطيت مائة إلى تيتيوس بمقتضى عقد البيع) [٤]، ومن ثم فالمبلغ الثابت على أنه قد صرف إلى شخص على سبيل القرض مثلاً ينشأ الالتزام برده عن عقد القرض لا عن القيد الوارد بالدفتر[٥].

أما النوع الثاني من البيانات أو القيود فهو القيود الناقلة (nomina transscripicia)، وهي التي تهمنا هنا؛ لأن هذه القيود كانت تعد مصدرًا من مصادر الالتزام، أي بوصفها عقدًا كتابيًا لا مجرد وسيلة للإثبات.

والقيود الناقلة على صورتين: قيود ناقلة من شخص إلى شخص، وقيود نقل الأداء[٦]، الصورة الأولى: القيود الناقلة من شخص إلى شخص (Transscriptio aparsona in personam) ، وكان الهدف من هذه الصورة تجديد الدين بتغيير أحد طرفيه الدائن أو المدين[٧]، كما لو فرض أن الأمر يتعلق بتجديد الدين بتغيير شخص الدائن، ومثال ذلك[٨]، أن رب الأسرة " أ " دائن الشخص "ب" بمائة آس، وأن هذا الشخص دائن بدوره لشخص آخر "ج" بالقيمة نفسها، وجد الرومان في هذه الحالة أنه يمكن تفادي حركة غير مفيدة للنقود، وذلك بالالتجاء إلى عمل قانوني يعرف في الوقت الحالي بالإنابة، وعلى ذلك فإن "ب" وهو مدين "أ"

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٦.

P. HUVELIN; op. cit., p. 63.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٦، ٢٥٧، وكذلك محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٦) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٧) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤١.

R. MONIER; op. cit., n°88, p.108, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 47, P. HUVELIN; op. cit., p. 64, A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°57, p. 43, P. F. GIRARD; op. cit., p. 529.

(٨) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٧.

ودائن "ج" يصدر أمراً إلى مدينة "ج" بدفع المائة آس إلى دائنه "أ" ، ويعد أن "ب" عن طريق هذا الأمر قد باشر ما يسمى في الوقت الحاضر بالإنابة التي تفترض وجود أطراف ثلاثة، وهم: المنيب ويمثله "ب"، والمناب ويمثله "ج"، والمناب لديه وهو "أ"، ومن ثم فإن مجرد تدوين عبارة في دفتر المناب لديه "أ" يؤدي إلى انعقاد العقد الكتابي، فإذا ما رصد رب الأسرة "أ" في عامود الإيراد (accepta) المبلغ على أنه قد دفعه إليه مدينه "ب" (وهذا قيد صوري يهدف إلى إبراء ذمة "ب" من الدين)، ثم رصد في عامود المنصرف (expensa) المبلغ نفسه على أنه قد دفع إلى مدين مدينه "جـ"، فإن مجرد هذا القيد الذي يعد قيداً كتابياً يجعل "ج" مديناً لرب الأسرة "أ" بدلاً من مدينه "ب"، وهذا العقد يتميز بصفات خاصة، تحميه دعوى مقررة في القانون.

ولاشك أن كلا من الطرفين الآخرين "ب" و"ج" يثبتان بدورهما في دفاتر حسابهما عبارات مقابلة للعبارات الواردة في دفتر الطرف الأول "أ"، وهكذا عن طريق الكتابة بالشكل المبين ينشأ عقد كتابي، ويترتب عليه التزامات جديدة، وتتغير العلاقات القانونية الموجودة من قبل، فعلاقة المديونية التي كانت قائمة بين "أ" و"ب" تنقضي، وكذلك تنقضي علاقة المديونية بين "ب" و"ج" ، وتحل محل هاتين العلاقتين علاقة مديونية جديدة بين "أ" و"ج"، مصدر التزام "جـ" فيها هو العبارة التي دونها "أ"، وهو الدائن في هذه العلاقة، في باب المصروفات من دفتره، وتفيد دفعه مبلغ مائة آس لـ "ج".

فالقيد الذي يجريه شخص في باب المصروفات من دفتره متضمناً دفعه مبلغاً معيناً إلى شخص آخر يجعل من الأول دائناً للثاني، فمصدر التزام المدين في العقد الكتابي إذن هو القيد "أو الكتابة" الذي يجريه الدائن في دفتره[1].

أما الصورة الثانية، فهي: قيود نقل الأداء (Transscriptio are in personem) وهي تجديد لسبب الالتزام أي مصدره[2]، حيث يفترض وجود دين ترتب عن أحد عقود حسن النية، كالبيع والإجارة أو الشركة، ويراد تجديده أي تحويله إلى التزام حرفي التنفيذ، ويتم ذلك بتسجيله في باب المنصرف، بوصفه ديناً صوريًا نشأ عن قرض، فلو أن شخصًا كان ملتزمًا مثلاً بدفع ثمن شيء اشتراه، وكان التزامه ناشئًا عن عقد البيع، فيستطيع رب الأسرة أن يرصد في باب النفقات المبلغ المدين به المشتري، فيصبح المشتري ملتزمًا بدفعه بموجب هذه العبارة لا بموجب

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٢، وكذلك عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٦٨.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 47. R. MONIER; op. cit., n°88. p.108. P. HUVELIN; op. cit., p. 64.

عقد البيع[١].

والفائدة في ذلك أن الدعوى الناشئة عن العقد الكتابي هي من دعاوى القانون الضيق التي توفر للدائن ضمانات لا توفرها له الدعوى الناشئة عن عقد البيع، وهي من دعاوى حسن النية، وواضح أنه في هذه الصورة أيضاً ينشأ التزام جديد مصدره الكتابة التي أثبتها الدائن في باب المنصرف من دفتر الخزانة ولو أنه مسبوق بالتزام ناشئ عن عقد من العقود الرضائية، والذي يعتبر منقضيًا بمجرد نشأة الالتزام الجديد[٢].

والعقد الكتابي في الصورتين السابقتين يؤدي إلى تجديد التزام قانوني قائم من قبل، إما بتغيير أحد طرفي الالتزام، وإما بتغيير سبب أو مصدر الالتزام ذاته، أي إنه في الصورتين كان هناك التزام قائم، له خصائص معين، ويستخدم العقد الكتابي لإعطاء هذا الالتزام خصائص أخرى مخالفة لخصائصه السابقة[٣].

وقد ثار التساؤل عن مدى إمكانية إنشاء العقد الكتابي لالتزام من العدم، واختلف الشراح المحدثون في الإجابة عن هذا السؤال.

فذهب البعض ومنهم (Girard) إلى أن الكتابة في دفتر رب الأسرة بالأوضاع السابق بيانها كانت أيضًا تنشئ الالتزامات إنشاء، فلا يقتصر أثرها على مجرد استبدال التزام بآخر[٤]، فكان من الممكن عن طريق العقد الكتابي إنشاء التزام لا وجود له من قبل، فكان من الممكن مثلاً عن طريق هذا العقد تحويل التزام أخلاقي، أو التزام طبيعي (التزامات لا يمكن المطالبة بها قانوناً) إلى التزام مدني[٥].

ورأى فريق آخر من الشراح، ومنهم (Giffard) و(Monier) أنه من الأحوط نظرًا لعدم وجود نصوص، القول بأن العقد الكتابي يفترض دائمًا وجود دين سابق، وأن وظيفته تقتصر على تجديد هذا الدين[٦].

---

(١) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٧، وكذلك شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص١٤٢.
R. MONIER; op. cit., n° 88, p.108.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٢، ١٤٣.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

٢- خصائص العقد الكتابي (expensilatio)

كان للعقد الكتابي المسمى (expensilatio) العديد من الخصائص المميزة له عن باقي العقود التي جعلت له مكانة متميزة عند الرومان دفعتهم للإبقاء عليه واستخدامه في حياتهم العملية لفترة كبيرة من الوقت، ونحاول فيما يلي استعراض هذه الخصائص:

أ- العقد الكتابي من العقود الشكلية التي لا ينشأ الالتزام بموجبها إلا بالكتابة، حيث يستمد نشأته وقوته من القيد الذي يجريه الدائن في دفتره، والعقد الكتابي بوصفه عقدًا شكليًا لا يمكن تعليقه على شرط[١].

ب- الركن الأساسي للعقد الكتابي هو الكتابة، حيث كان ينعقد بقيام الدائن بإجراء قيد في باب المصروفات من دفتره يفيد دفعه مبلغاً محدداً لشخص معين، ولكن الكتابة شأنها في ذلك شأن الألفاظ في العقد اللفظي تفترض التراضي، فهى تقع بناء على أمر المدين أو برضاه الصريح أو الضمني، ويمكن إثبات ذلك عن طريق شهادة الشهود، أو المراسلات الكتابية، أو عن طريق البيانات الواردة بدفتر المدين نفسه[٢].

جـ- العقد الكتابي، من عقود القانون الضيق (strict juris)[٣] أو العقود حرفية التنفيذ، بحيث يلتزم القاضي عند تفسيرها بالنص العرفي لها، وليس له البحث عن نية المتعاقدين، أو الحكم بمقتضيات العدالة عند تفسيرها.

د- نتيجة لأن العمليات اللازمة لإنشاء العقد الكتابي ذات طبيعة مصرفية، فإن القيود في الدفتر لا يمكن أن ترد على غير النقود، أي محل الالتزام الناشئ عن العقد الكتابي في صورتيه هو دائمًا أبدًا مبلغ من النقود (certa pecunia)، فالعقد هنا لا يرد بحال من الأحوال على غير النقود من الأشياء، ولذلك فإن الالتزامات الناشئة عن العقد الكتابي في صورتيه تحميها الدعاوى المقررة للتعهد الذي يرد على مبلغ من النقود، وهي دعوى الإعلان أو الإنذار (Legis actio per condictionem) التي أنشأها قانون سيليا في عصر دعاوى القانون، ثم أصبحت دعوى المطالبة بمبلغ من النقود (actio certae creditae pecuniae) عندما حل نظام دعاوى

---

(١) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٥٨، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع ، وكذلك محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص١٤٤.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°60, p. 45, P. F. GIRARD; op. cit., p. 532.

البرنامج محل نظام دعاوى القانون، وهي من دعاوى القانون الضيق[١].

هـ- العقد الكتابي على خلاف الاشتراط يمكن أن ينعقد بين غائبين، ولذلك ففي الحالات التي لا يكون من الممكن فيها إجراء اشتراط لغياب أحد الطرفين، كان من الممكن الالتجاء إلى العقد الكتابي[٢].

و- العقد الكتابي من عقود القانون المدني، المقصورة على الرومان، والحقيقة أن عادة الاحتفاظ بدفتر لحسابات الأسرة كانت من عادات الرومان، لا من عادات الأجانب، وقد ثار الخلاف حول كون القيد في دفتر رب الأسرة الروماني من الممكن أن يؤدي لإنشاء التزام على عاتق أحد الأجانب، ويقول جايوس إن البروكوليين كانوا يجيزون ذلك، أما السابينيون، فكانوا يجيزون ذلك في حالة تجديد الدين بتغيير سببه ولا يجيزونه في حالة تجديد الدين بتغيير أحد طرفيه[٣].

٣- مصير العقد الكتابي (expensilatio)

كان العقد الكتابي - كما رأينا - مرتبطًا بعادة إمساك الدفاتر العائلية التي ينظم عن طريقها حسابات الأسرة، ولذلك أصبح مجال هذه الصورة من العقود الكتابية (expensilatio) ضيقًا بمجرد انصراف أرباب الأسر الرومانية عن هذه العادة منذ بداية العصر العلمي، حيث انحصر إمساك الدفاتر في الوسطاء وأصحاب المصارف، فظلوا يستعملون وحدهم العقد الكتابي طيلة عصر الإمبراطورية العليا، حيث كان ينطوي بالنسبة لهم على ميزة مهمة، تتمثل في أنه كان يولد لمصلحتهم على عاتق المدين التزامًا من التزامات القانون الضيق، وقد اختفى هذا العقد تمامًا في نهاية عصر الإمبراطورية العليا، فلا نجد للعقد الكتابي بصورتيه المتقدمتين أي أثر في عهد جستنيان، كما يقرر جستنيان ذلك صراحة في كتابه المتون[٤].

والغريب في الأمر أن جستنيان ظل يردد في كتابه تمامًا كما فعل جايوس أن الالتزامات

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٧٠، وكذلك شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٦.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n°60, p. 45, P. F. GIRARD; op. cit., p. 532.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٤.
R. MONIER: op. cit., n° 87, p.107, R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 48, P. HUVELIN; op. cit., p. 66.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٥، ١٤٦.
R. MONIER: op. cit., n° 88, p.109.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٥، ١٤٦، وكذلك شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٤.

بعة أنواع: الالتزامات وليدة الشيء (re)، والالتزامات اللفظية، والالتزامات الكتابية (litteris)، والالتزامات الرضائية (consensus)[1]، أي إنه ذكر العقد الكتابي وجعله نوعا من أنواع العقود الأربعة المنشئة للالتزامات، ولما كان العقد الكتابي قد اندثر تمامًا قبل عهد جستنيان بزمن طويل، فإنه قد ثار الشك حول كون جستنيان يقصد حقيقة الصورة القديمة للعقد الكتابي المسماة (expensilatio) وانقسم الشراح في تفسير المقصود بالعقد الكتابي المذكور في هذا النظام إلى مذهبين[2]:

فذهب البعض إلى القول بأن المقصود بهذا العقد، هو العقد الكتابي نفسه الذي كان معروفًا في العصر العلمي، على أساس أن هذه النظم قد اقتبست عن كتاب النظم للفقيه جايوس، وأنه من المحتمل أن يكون واضعو نظم جستنيان قد نقلوا العبارة التي يذكر فيها جايوس العقد الكتابي بوصفه أحد العقود المولدة لالتزامات نقلاً حرفيًا، دون أن ينتبهوا إلى عدم وجود مثل هذا العقد في عصرهم، إضافة إلى أن جستنيان كان مولعاً بالرجوع إلى النظم القديمة التي انقرضت في عهده، فى حين يذهب الرأي الآخر وهو الراجح إلى أن المقصود بالعقد الكتابي في نظم جستنيان ليس العقد الكتابي القديم، وإنما حالة خاصة ذات مضمون ضيق ينشأ فيها الالتزام عن الكتابة، وهي الحالة التي يدون فيها محرر يتضمن قبض شخص مبلغًا على سبيل القرض، وكان يحق لهذا الشخص المنازعة في صحة المحرر إذا لم يكن قد قبض قيمته حقيقة خلال مدة معينة (خمس سنوات، ثم اختصرها جستنيان إلى سنتين)، فإذا لم يطعن في خلال هذه المدة أصبح المحرر حجة عليه، وأصبح ملزمًا برد المبلغ الذي ينص المحرر على قبضه له، ففي هذه الحالة يعد المحرر ذاته، لا عقد القرض مصدر التزام المدين، أي إن التزام المدين هنا مصدره إقراره الكتابي، ومن ثم يختلف هذا الوضع تمام الاختلاف عن العقد الكتابي.

ويرى هذا الفريق من الشراح أنه من المحتمل أن يكون هذا الوضع هو الذي قصده جستنيان بعبارة العقد الكتابي، وذلك لكي يحتفظ بالتقسيم الرباعي للعقود الذي كان سائدًا في العصر العلمي.

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٧١.

(٢) محمد سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٦، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

ثانيا: صور أخرى للعقد الكتابي: (الإشهادات Syngraphae والإقرارات Chirographa)

انقطع استعمال العقد الكتابي المسمى expensilatio في القرن الرابع الميلادي، واستبدلت به في الحياة العملية عقود أكثر مرونة وذات أصل إغريقي، وهي الإشهادات والإقرارات، ويرجع ذلك لعدة أسباب: أولها أن العقد الكتابي في صورته القديمة كان – كما سبق القول – من العقود المقصورة على المواطنين الرومان، فلا يجوز للأجانب استعمالها، ولكن نظرًا لازدياد عدد الأجانب النازحين إلى روما من كل مكان في ذلك الوقت، استلزمت مقتضيات العمل استعمال نظم أكثر مرونة وقابلة للتطبيق على الأجانب أيضًا، إضافة لتأثر القانون الروماني بقوانين وتقاليد البلاد الشرقية وعلى الأخص الإغريق، وأخيرًا كان لانتشار الكتابة عند الرومان دور في ظهور هذه العقود الجديدة، حيث أقبلوا على استعمال الكتابة في إثبات التصرفات القانونية المختلفة، ولذلك ظهرت لدى الرومان وتحت تأثير عادات الإغريق صورتان للمحررات هما الإشهادات والإقرارات[1].

وقبل أن نعرض لهذه الصور الجديدة من العقود الكتابية، ينبغي أن نوضح أن هناك نقطة اختلاف جوهرية بين القانون الروماني والقانون الإغريقي فيما يتعلق بدور هذه المحررات، فنجد أنها تعد في القانون الإغريقي منشئة بذاتها للالتزام، أي إن الالتزام كان ينشأ عن العقد الكتابي نفسه، سواء أأخذ صورة الإقرار أم الإشهاد، فكانت هذه المحررات تعد مصدرًا للالتزام في القانون الإغريقي الذي خلع عليها منذ عصره القديم صفة العقد الكتابي المنشئ للالتزامات.

أما القانون الروماني فلم يعد هذه المحررات الكتابية مصدرًا للالتزام، وإنما استعملت في الأصل لمجرد إثبات الالتزامات، ومنها الالتزام الناشئ عن التعهد، أي إن دورها في القانون الروماني كان مقتصرًا على تسهيل إثبات الالتزام الذي تتضمنه على عكس القانون الإغريقي الذي اعتبرها مصدرًا للالتزام في حد ذاتها، وربما يرجع ذلك إلى أن الكتابة لم تكن تحتل لدى الرومان المكانة البارزة التي احتلتها لدى الشعوب الأخرى، ومنهم الإغريق؛ لذلك نجد أنهم استعملوا النظم الشفوية أكثر من النظم الكتابية، على عكس الإغريق، وهم أكثر ثقافة من الرومان، استخدموا الكتابة بكثرة في معاملاتهم، فوجد عندهم منذ فترة طويلة نظامان للأعمال

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٧٢، وكذلك محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

الكتابية، وهما الإشهادات والإقرارات[١].

١- الإشهادات (syngraphae):

تعني كلمة (syngraphae) حرفيًا باللغة اليونانية (العمل المكتوب في مجموعة بموافقة المتعاقدين)[٢]، وهي مذكرة مكتوبة بصيغة الغائب، وكان يوقع عليها المدين، وعدد من الشهود، وكانت تستعمل عند الرومان لإثبات مختلف المعاملات، لاسيما القروض الربوية[٣]، أما الإشهادات الإغريقية فكانت قادرة على إنشاء الالتزامات، وذلك على النحو التالي[٤]، عندما يقرض شخص نقودًا إلى شخص آخر مثلاً، يذكر في المحرر مبلغًا يزيد على المبلغ الذي سلم إلى المقترض فعلاً، وكان المدين (المستقرض) يقبل تحت ضغط الحاجة طلبات الدائن (المقرض)، وهو عادة مراب مفترس، وكانت الزيادة في المبلغ المسلم فعلاً تمثل فوائد القرض، وهكذا ينشأ عن الكتابة التزام حقيقي، وهو الالتزام برد مبلغ يزيد على المبلغ الذي سلم فعلاً.

٢- الإقرارات (chirographa)

على عكس الإشهادات كانت الإقرارات تكتب بصيغة المتكلم، و يقر فيها المدين بالدين الذي يشغل ذمته (جايوس ١: ١٣٤)، ويتم ذلك بيد المدين، فالكلمة اليونانية (chirographa) تعني حرفيًا (مكتوبا باليد)، فلا تكون الصيغة كما في الإشهادات هي "قبض تيتيوس مائة من سيوس" وإنما "أنا تيتيوس، قبضت مائة من سيوس"؛ ولذلك تتمتع الإقرارات بقوة أكبر من الإشهادات[٥].

وفي عصر الإمبراطورية السفلى حدث رد فعل لهذه الوسائل التي كانت شائعة الاستعمال في الحياة العملية بسبب تمادي المرابين في غيهم، فأصبح من الجائز للمدين التقدم بما يسمى بالشكوى من عدم تسلم النقود (numeratae pecuniae)[٦].

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٧٢، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

P. HUVELIN; op. cit., p. 66.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

المبحث الرابع

الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية

تمهيد وتقسيم:

تعد الملكية أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقًا وأكثرها شمولاً[١]، وقد كانت في القانون الروماني تكتسب بإحدى طريقتين: طريقة ناقلة وطريقة منشئة، فتكون الطريقة ناقلة إذا كان المال مملوكاً لشخص، ثم انتقل إلى آخر، وتكون الطريقة منشئة إذا كان المال غير مملوك لأحد، وتنقسم الطرق الناقلة للملكية إلى نوعين اختيارية وإجبارية[٢]، والذي يهمنا ونحن بصدد عرض لأهم مظاهر الشكلية في طرق اكتساب الملكية هي الطرق الاختيارية الناقلة للملكية، تلك الطرق التي تنقل الملكية من شخص إلى آخر بإرادتهما لا جبرًا عنهما[٣].

- التمييز بين الاتفاق والعمل الناقل للملكية في القانون الروماني:

كان المبدأ السائد في القانون الروماني أن الاتفاق وحده لم يكن كافيًا لنقل الملكية من ذمة الناقل إلى ذمة المكتسب، بل لابد وأن يصاحبه عمل مستقل عنه لتنتقل به الملكية، أو بعبارة أخرى لابد من الالتجاء إلى طريقة لنقل الملكية، وهذه الطريقة هى عمل شكلي رسمي أو مادي يقصد به نقل ملكية المال[٤]، وقد ظل هذا المبدأ محترمًا حتى في عصر الإمبراطورية السفلى، وفي قانون جستنيان نفسه، ومن ثم فإن القانون الروماني قد ميز بين العقد من جهة والطرق الناقلة للملكية من جهة أخرى، أي بين سند الملكية (Titulus)، وهو العقد وبين الطريقة الناقلة لها (modus adquirendi)، وعلى ذلك يقتصر أثر العقد الذي يسبق عملية نقل الملكية على إنشاء التزامات، سواء أكان هذا العقد بيعاً أم اشتراطًا شفويًا، فالبائع أو المتعهد يحتفظ بالملكية حتى تتم إما العملية الشكلية الرسمية لنقل الملكية عن طريق الإشهاد أو الدعوى الصورية، أو العمل المادي من خلال التسليم المادي للشيء[٥].

---

(١) عبد الرزاق السنهوري ، وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٢) تشمل الطرق المنشئة للملكية ما يلي ١- الاستيلاء. ٢- التحويل أو التنويع. ٣- التبعية، أما الطرق الناقلة الإجبارية فتتمثل في ١- نقل الملكية بنص القانون. ٢- نقل الملكية بحكم القضاء، ٣- التقادم، أنظر: صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص ٣٣٠.

(٥) بدر والبدراوي، القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٢٠، وقد اتبعت بعض التقنينات الحديثة هذا المبدأ الروماني ومنها التقنين الألماني والسويسري والهولندي والأسباني، حيث ميزت بين سند الملكية والعمل الناقل للملكية، وذلك بعكس التقنين الفرنسي وأغلب التقنيات الحديثة والتي جعلت الاتفاق=

- الحكمة من اشتراط طريقة خاصة (شكلية أو مادية) لنقل الملكية:

ترجع الحكمة من ضرورة اشتراط عملية خاصة مستقلة عن العقد لنقل الملكية يتم فيها اتباع إجراءات شكلية معينة أو القيام بعمل مادي هو التسليم إلى أمرين[1]:

١- الرغبة في حماية المتعاقدين والغير: ففي هذه الإجراءات الشكلية تنبيه للمتعاقد على خطورة العمل الذي يبرمه، كما تحقق هذه الإجراءات الشكلية إعلاناً للغير بالتصرف.

٢- يتمثل السبب الثاني في اشتراط هذه الإجراءات الشكلية المعقدة قديمًا، فى تعذر تصور الأفراد في الأزمنة القديمة انفصال المال من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر بمجرد الاتفاق، فكان لابد من مرور زمن حتى يقتنع الأفراد بجواز استبدال المالك بغيره، فالملكية في عقيدتهم كانت في الأصل لازمة ولا يتصور التخلي عنها.

وهذا ما يفسر لنا تلك الإجراءات الشكلية المعقدة التي استلزمها الرومان لنقل الملكية، والطرق الاختيارية لنقل الملكية في القانون الروماني ثلاث هي: الإشهاد (macipatio)، والدعوى الصورية (injure cessio)، وكلاهما من نظم القانون المدني، وهي طرق شكلية تتسم بتعقيد إجراءاتها إضافة للطريقة الثالثة وهي التسليم (Traditio)، وهي طريقة مادية غير شكلية لنقل الملكية سنعرض لها في موضعها بالبحث، لذلك فإننا سنقصر عرضنا في هذا المبحث على الطرق الشكلية في نقل الملكية، وهما الإشهاد والصورية فقط، ثم نعرض لما لحق بهذه الطرق الشكلية ومصيرها في القانون الروماني،وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول:الإشهاد

المطلب الثانى: الدعوى الصورية

المطلب الثالث: مصير الطرق الشكلية فى نقل الملكية

=كاف وحده لنقل الملكية دون أي إجراء لاحق إلا أن هذا المبدأ قد وردت عليه بعض الاستثناءات الخاصة بنقل الملكية على العقار ضماناً للعلانية وحماية للغير فالعقد وحده غير كاف لنقل الملكية في العقار والتي لا تنتقل إلا بالتسجيل، إلا أن هناك فارق جوهري بين القانون الروماني، والقوانين الحديثة يتمثل في أن الوسائل الفنية التي استخدمها القانون الروماني لنقل الملكية هي وسائل شكلية رسمية تنتج كافة آثارها بمجرد إتمام الشكل المطلوب استقلالاً عن العقد الذي تستند إليه فالإشهاد والدعوى الصورية كانت تصرفات شكلية رسمية مجردة تنتج آثارها بصرف النظر عن السبب أو الاتفاق السابق حتى ولو كان باطلاً بعكس القوانين الحديثة حيث يوجد ارتباط وثيق بين العقد والعمل الناقل للملكية وهو التسجيل حيث أن تسجيل العقد الصحيح فقط هو الذي ينقل الملكية، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٢، وما بعدها

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٢٢١.

المطلب الأول

الإشهاد (Mancipatio)

أولا: تعريفه:

الإشهاد طريقة شكلية صورية لنقل الملكية الرومانية بين المواطنين الرومان[١]، وهو من نظم القانون المدني، حيث كان استعماله مقصورًا على المواطنين الرومان، ومن منحوا حق التعامل من اللاتينيين والأجانب الذين يتمتعون بـ (commercium) بمقتضى اتفاقية[٢]، ويعني لفظ (mancipatio) الاكتساب أو القبض و الأخذ باليد (manus capere)، وقد أطلق على هذه الطريقة (الإشهاد)؛ لأن من أهم إجراءاتها أن يشهد المكتسب خمسة أشخاص من الأهالي فيكونوا شهودا على اكتسابه الملكية، وقد كانت هذه الطريقة مستعملة عند الرومان من قبل الألواح الاثنى عشر، ثم تم النص عليها كذلك في هذه الألواح[٣].

ثانياً: إجراءات الإشهاد الشكلية:

الإشهاد عملية شكلية معقدة تستمد شكليتها من استلزام حضور بعض الأشخاص، ووجود أشياء معينة، والتفوه بعبارات محددة وأداء حركات معينة[٤].

فإجراءات الإشهاد – كما وصفها الفقيه جايوس في كتابة النظم (١ – ١١٩) – تستلزم ما يلي:

١– بالنسبة للأشخاص: يستلزم حضور الطرفين، الناقل والمكتسب مجلس العقد، وخمسة شهود وحامل الميزان(lipripiens)، ويشترط أن يكون هؤلاء الأشخاص جميعاً من المواطنين الرومان الذكور البالغين[٥]، وقد اشترط حضور الطرفين، الناقل والمكتسب

---

(١) A. E. GIFFARD; op. cit, n° 600, p. 359. R.D. MELVILLE; op. cit, p. 228.

(٢) F. P. WALTON; op. cit, Historical Introduction to Roman Law, p. 139. R. D. MELVILLE; op. cit, p. 228.

(٣) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١١١، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(٤) P. HUVELIN; op. cit, p. 485.

(٥) C. ACCARIAS; op, cit, n° 222, p. 564. F. P. WALTON, op. cit, p. 136. P. HUVELIN; op. cit, p. 485. A. E. GIFFARD, t.1, op. cit, n° 600, p. 358.

مجلس الإشهاد تطبيقًا للقاعدة السائدة في القانون القديم التي تستلزم تمام التصرف في حضرة ذوي المصلحة، ومن ثم فالإشهاد يتضمن على الأقل حضور ثمانية أشخاص: الناقل والمكتسب، والشهود الخمسة، وحامل الميزان(١).

٢- بالنسبة للأشياء: يلزم إحضار ميزان (libra) وسبيكة من البرونز (aes)، والشيء المراد نقل ملكيته إن كان منقولاً أو أي شيء يرمز إليه إن كان عقاراً(٢).

٣- بالنسبة لصيغة الإشهاد وإجراءاته: يقوم المكتسب (Acquereur) بالدور الأساسي في إجراءات الإشهاد، على المال المراد نقله، ثم يعلن في عبارة رسمية (nuncuptio) أنه قد ملكه طبقًا للقانون الروماني، وأنه اشتراه بالثمن المقدر في هذا الميزان (hunc hominem ex jure quiritium meum esse aio isque entos hoc aere aeneaque libra)، ثم يضرب الميزان بقطعة البرونز إشارة إلى الثمن، ويسلمها إلى الناقل ثمنا للمبيع، يحدث كل ذلك في حين يقف الناقل صامتًا دون أن يتفوه بكلمة، خلال هذه الإجراءات، فيعد السكوت قبولاً(٣). فإذا ما تمت هذه الإجراءات على هذا النحو انتقلت ملكية الشيء من الناقل إلى المالك الجديد(٤).

ثالثًا: تحليل الشكلية في إجراءات الإشهاد وتفسيرها:

يتبين من وصف جايوس لإجراءات الإشهاد أن الإشهاد كان طريقة رسمية وصورية لنقل الملكية في العصر العلمي، فهو - كما يقول جايوس - عقد بيع صوري (vinditio

---

(١) بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٧٣.
R. D. MELVILLE; op. cit, p. 229. C. ACCARIAS; op. cit, n° 222, P. 564

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٣، وكذلك محمد علي الصافوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٧٠، وقد ذهب أساتذتنا عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدراوي إلى القول "أن اشتراط وجود الشيء المراد نقل ملكيته هو أمر مفهوم إذا كان منقولاً، أما إذا كان عقاراً فالظاهر أن الإشهاد لم يكن يستعمل في الأصل إلا بالنسبة للمنقولات دون العقارات وهذا مستفاد من لفظة (mancipatio) وهي مكونة من لفظي (manu – capere) أي يقبض باليد، وهذا غير متصور إلا بالنسبة للمنقولات، على أن الرومان أمكنهم مع ذلك، ومنذ وقت مبكر استعمال الإشهاد لنقل ملكية العقارات، وفي هذه الحالة استلزموا حضور قطعة من العقار ترمز إليه أي جزء ينفصل منه، أو يجري الإشهاد على العقار نفسه". أنظر بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) C. ACCARIAS; op. cit. n° 222. p. 564. P. HUVELIN; op. cit. p. 486. J.GAUDEMET; op. cit. p. 87. A. E. GIFFARD; op. cit. n° 600. p. 358. F. P.WALTON; op. cit. p. 136 - 137. R. D. MELVILLE; op. cit. p. 229.

(٤) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧١.

(imaginaria ، مع تصوير وزن ثمن غير حقيقي[١].

و هذه الإجراءات الصورية فى الحقيقة كباقي الإجراءات الشكلية الأخرى كانت في الأصل إجراءات حقيقية تتم بالفعل لتحقيق غرض معين، وهو نقل الملكية[٢]، فالإشهاد في الأصل كان بيعًا حقيقيًا يتم بثمن معجل، وذلك في العهد الذي كان الثمن سبائك من البرونز تسلم إلى البائع، حيث كانت هذه السبائك هي الوسيلة الوحيدة للتعامل بين الرومان، وهو ما اقتضى وجود الميزان لوزن الثمن[٣].

و بعد ظهور النقود تغير دور الإشهاد، فتحول من بيع حقيقي إلى بيع صوري، حيث أبقى الرومان على شكله دون أن يكون لهذا الشكل علاقة بالمضمون الحقيقي لعملية البيع[٤]، إذ ترتب على اختراع النقود المضروبة من الدولة أن أصبحت عملية الوزن عديمة القيمة؛ لأن قيمة النقود أصبحت معروفة وثابتة في التعامل ولا تحتاج لوزن لمعرفة قيمتها، ومن ثم تغيرت طبيعة العملية المذكورة[٥]، بتغير عملية الوزن في الإشهاد، حيث تحولت من عملية حقيقية إلى عملية رمزية (aympolivue)، وأصبح الثمن صورياً (numme-uno)، فكانت القطعة من البرونز أو النحاس التي يسلمها المكتسب للناقل إتماماً لشكل البيع رمزية عديمة القيمة، فتحول الإشهاد من بيع حقيقي فوري إلى بيع صوري رمزي؛ لأن الثمن الحقيقي أصبح واقعة لا تدخل في إجراءات انعقاده، وأصبحت بالتدريج أجنبية عنه إطلاقاً[٦].

وقد كان لهذا التطور الذي انصب على طبيعة الإشهاد أثره على استعماله لتوسيع دائرة التصرفات القانونية، حيث أصبح الإشهاد وسيلة عامة لنقل الملكية على الأموال النفيسة، سواء أتم نقل الملكية بعوض أم على سبيل التبرع، فقد يستخدم لنقل الملكية تنفيذاً لعقد بيع، فيكون هناك في هذه الحالة عقد بيع حقيقي يتبعه إشهاد بيع صوري لنقل ملكية المبيع من البائع للمشتري مع بيان ثمن المبيع الحقيقي، كما استخدم الإشهاد لنقل الملكية، ولو دون مقابل تحقيقاً لهبة أو وصية أو لتقرير دوطة أو لتقرير ضمان عيني، وفي هذه الأحوال يتم الإشهاد بثمن

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

F. P. WALTON; op. cit, p. 138.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٤، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

A. E. GIFFARD: op. cit. n° 601. p. 359. R. D. MELVILLE; op. cit. p. 229.

(٤) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٥) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٦) J. MUIRHEAD: op. cit. pp. 122 – 123. A. E. GIFFARD: op. cit. n° 602. p. 360.

صوري، وهكذا أمكن استخدام الإشهاد لنقل الملكية استنادًا لعقود وأعمال قانونية مختلفة الأغراض[١]، حيث أصبح ستارًا وطريقًا غير مباشر لتصرفات قانونية مختلفة، فلم يكن المتعاقدان يقصدان عقد البيع الظاهري الصوري، بل كانا يقصدان العقد المستتر الحقيقي[٢]. سواء أكان هبة أم وصية أم دوطة أم تبنيا أم تحريرا إلخ وهكذا أصبح الإشهاد في العصر العلمي تصرفًا قانونيًا مجردًا، وينتج آثاره بقوة القانون بمجرد إتمام الإجراءات الرسمية اللازمة لصحته، وبصرف النظر عن السبب الذي يستند إليه، سواء أكان بيعًا أم هبة وبصرف النظر عن صحة أو بطلان التصرف القانوني الذي تم الإشهاد تحقيقًا له[٣].

وفيما يتعلق باشتراط وجود شهود أثناء عملية الإشهاد، فقد كان الغرض منه التأكد من حرية إرادة المتعاقدين وعلانية العقد[٤] واختلف شراح القانون الروماني في تفسير اشتراط عدد شهود معين، وهو خمسة، فذهب البعض إلى القول بأن هؤلاء الشهود كانوا يمثلون طبقات الشعب الخمس طبقًا لتقسيم الملك سرفيوس تليوس، حيث إن نقل ملكية الأموال النفيسة كانت عملية خطيرة تهم الشعب الروماني بأسرة، إذ يترتب عليها اختلال التوازن المالي بين الأسرات، فهو لذلك يتضمن خطورة من ناحية النظام العام، ولذلك يجب أن يكون الشعب ممثلاً في عملية النقل هذه، في حين يرى البعض الآخر أن الشهود الخمسة كانوا من أفراد عشيرة الطرفين، يحضرون الإشهاد لضمان نقل الملكية[٥].

رابعًا: نطاق استعمال الإشهاد ومجاله:

كان نطاق الإشهاد محدودًا للغاية من حيث الأشخاص، فالإشهاد من نظم القانون المدني

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٣٤.
J. GAUDEMET: op. cit, PP. 87 – 88. R. D. MELVILLE; op. cit, pp. 229 – 230.

(٢) أحمد مرزوق، الصورية في التشريع المصري، رسالة سابقة، ص ٢٠.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٦
A. E. GIFFARD: op. cit, n° 599, P. 358 et n° 603, p. 360 – 361.

(٤) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١١١، محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٢، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٥) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٤، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٣، وما بعدها
F. P. WALTON: op. cit, p. 139.
ويذهب أساتذتنا الدكتور بدر والبدراوي، إلى القول بأن الأمر الجدير بالملاحظة فيما يتعلق بدور الشهود هو أن الشهود كان لهم في العصر القديم رقابة على الإشهاد ولكن لم تثبت رقابتهم أن قلت فأصبح حضور الشهود مجرد اجراء من اجراءات العلانية. أنظر بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

(jus civile)، ولذلك فإن استخدامه كان مقصورًا على الرومان، ومن ثم منحهم حق التعامل (commercium) من لاتينيين وأجانب[١].

أما فيما يتعلق بنطاق الإشهاد من حيث الأموال التي يمكن أن يرد عليها، فقد كان محدودًا أيضًا، حيث إنه كان طريقة خاصة لنقل ملكية الأموال النفيسة[٢]، وإن كان من الممكن نقل ملكية هذه الأموال بطريقة أخرى هي الدعوى الصورية، إلا أن الإشهاد يبقى هو الطريقة الأصلية لنقل الملكية على هذه الأموال، أما لو استعملت طريقة غير رسمية أخرى هي التسليم فإن المكتسب لا تؤول إليه الملكية الرومانية، بل الملكية البريتورية[٣]، أما فيما يتعلق بنقل ملكية الأموال غير النفيسة عن طريق الإشهاد، فكان أمرًا جائزًا، على أنه يلاحظ أن الإشهاد في هذه الحالة لا يكون له أثر في نقل الملكية، على اساس أنه إشهاد، بل على أساس اعتباره تسليمًا، وبذلك لا يترتب على نقل الملكية هنا تلك الضمانات المترتبة على الإشهاد، وإذا كان الإشهاد في الأصل كان بيعا فعليا معجل الثمن، فإن التطور قد لحقه - كما رأينا - وتحول إلى بيع صوري بثمن رمزي، وهو ما فتح المجال لاستعماله على نطاق واسع في مجال التصرفات القانونية، حيث أصبح طريقة عامة لنقل الملكية، على الأموال النفيسة أيًا كان سبب نقل الملكية وسواء أتمت بمقابل أم على سبيل التبرع، كما استعمل لتحقيق أغراض أخرى مثل التبني أو الزواج بالسيادة[٤]، كما سبق القول.

---

(١) P. HUVELIN; op. cit, p. 487. F. P. WALTON; op. cit, P. 139.

(٢) يعد تقسيم الأموال إلى نفيسة وغير نفسية، تقسيم روماني حيث كانت الأموال النفيسة تشمل العقارات الإيطالية ويقصد بها الأراضي الزراعية والمزارع والحقول التي كانت تكتسب ملكيتها بموجب القانون الروماني، ويلحق بها حقوق الارتفاق المقررة لمصلحتها كما تشمل المنازل والأرقاء وحيوانات الجر والركوب كالثيران، والخيول وكل ما عدا هذه الأموال فهو من الأموال غير النفيسة، وترجع الحكمة في هذه التفرقة إلى أن روما كانت بلداً زراعياً، والأموال النفيسة عندهم كانت أهم العناصر الضرورية لزراعة الأراضي واستغلالها وهي وحدها الجديرة بالعناية واتخاذ الحيطة عند نقل ملكيتها للغير بأن يتم هذا النقل بطريقة رسمية بالإشهاد، أنظر عبد السلام الترمانيني، محاضرات في القانون الروماني، ص ٧٢ وما بعدها.

(٣) يقصد بالملكية البريتورية: الملكية التي لا يعترف بها القانون المدني الروماني، وإنما يحميها الحاكم القضائي بدعوى ودفوع استمدها من سلطته القضائية استنادًا إلى مبادئ العدالة وقانون الشعوب، حتى تمر المدة اللازمة للتقادم ويصبح واضع اليد مالكًا طبقًا لنصوص القانون المدني، أنظر: أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٧ وما بعدها، وكذلك أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٥.
F. P. WALTON: op. cit. P. 141.

خامسًا: آثار الإشهاد:

يترتب على الإشهاد نقل الملكية الرومانية بما يترتب لها من حماية، وكذلك بعض الضمانات لمصلحة هذا الأخير كما يلي:

١- نقل الملكية:

كان الإشهاد تصرفًا شكليًا تترتب آثاره بمجرد إتمام شكلياته[١]، فتنتقل الملكية الرومانية من الناقل إلى المكتسب مباشرة بالحالة التي كانت عليها في يد الناقل، حتى لو لم يكن الناقل واضعًا يده على العقار، وحتى ولو لم تنتقل الحيازة بالفعل إلى المكتسب؛ لأن الإشهاد لا يستلزم التسليم في العقار، ولكن بشرط أن يكون الناقل مالكًا للشيء وأهلاً للتصرف فيه[٢]، وقد زعم بعض شراح القانون الروماني أن الإشهاد لا ينقل ملكية المبيع إذا أجري تنفيذًا لعقد بيع لم يتم فيه دفع الثمن، ولكن الرأي الراجح هو أنه كان ينقل الملكية بمجرد تمام إجراءاته حتى في هذه الحالة[٣].

٢- الضمانات:

يترتب على الإشهاد ضمانان، يمتاز بهما عن باقي طرق الملكية، وهما ضمان الاستحقاق، وضمان عجز المساحة.

فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد كان الإشهاد يرتب التزامًا على الناقل بنقل الملكية للمكتسب، فإذا عجز عن ذلك يكون قد تصرف بملك غيره، وفي هذه الحالة يكون على المكتسب

---

(١) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٤، وكذلك صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٥، وكذلك بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٨، وما بعدها.
J. GAUDEMET; op. cit, p. 88. P. HUVELIN; op. cit, p. 488.

(٣) ذهب البعض في هذه الحالة إلى أن الشيء المبيع لا تنتقل ملكيته إلى المشتري حتى بعد تمام إجراءات الإشهاد استناداً إلى ما قرره جستنيان في مدونته بخصوص التسليم، حيث جعل الملكية لا تنتقل بالتسليم إلا بعد سداد الثمن، وبما أن جستنيان قد أحل التسليم محل الإشهاد فإن ما يسري على التسليم يسري على الإشهاد.
J. MUIRHEAD; op. cit. pp. 123 – 124.
إلا أن الرأي السائد في الوقت الحاضر أن الإشهاد كان ينقل الملكية في الحال بمجرد تمام إجراءاته الشكلية حتى ولو لم يدفع المشتري الثمن استناداً إلى أن قطعة البرونز المتطلبة في عملية الإشهاد تقوم مقام الثمن ولأن الإشهاد من شأنه كتصرف رسمي مجرد عن السبب أن ينتج جميع آثاره بمجرد إتمام إجراءاته الشكلية، حتى في حالة بطلان التصرف القانوني الذي يستند إليه، أنظر عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٥، وكذلك أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٦.

أن يرجع على الناقل، سواء أكان هو المالك الحقيقي أم لا، فإذا أقام الغير أي المالك الحقيقي الدعوى على المشتري المكتسب يطالبه فيها باسترداد الملكية، فعلى الناقل التزام بأن يدافع عن المشتري أمام القضاء؛ لأنه ملزم بالضمان (actio auctoriutas)، والتزام الناقل بالضمان هنا التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزامًا ببذل عناية، فإذا عجز عن حماية المشتري، فيلزم بدفع ضعف الثمن المقرر له في البيع بالإشهاد[1].

أما ضمان عجز المساحة فهو يترتب على ضمان الناقل في الإشهاد مساحة الشيء المبيع، فإذا ظهر أن مساحة الأرض المباعة أقل من المساحة المقررة في الإشهادات، فللمشتري أن يرجع على البائع بدعوى ضمان العجز (actio de modo agri)، مطالباً بضعف ثمن القدر الناقص[2].

---

(١) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٦٣، وما بعدها، وكذلك أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٧.

J. MUIRHEAD; op. cit, p. 124 et 126. F. P. WALTON; op. cit, p. 138. P. HUVELIN; op. cit, pp. 488 – 489. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 605, p 362. P. F. GIRARD; op. cit, p. 313.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

F. P. WALTON; op. cit, p. 138. P. HUVELIN; op. cit, pp. 488 – 489. P. F. GIRARD; op. cit, p. 311.

المطلب الثاني

الدعوى الصورية (injure cessio)

أولاً: تعريفها ونطاقها:

الدعوى الصورية: إحدى الطرق الاختيارية الرسمية القديمة لنقل الملكية الرومانية، وهي كالإشهاد من نظم القانون المدني التي نص عليها قانون الألواح الاثنى عشر[١]، على أن بعض الشراح يرون أنها ظهرت بعد الإشهاد من خلال الكهنة، وقد استعملوها لمقاصد مختلفة، منها نقل الملكية على الأشياء[٢]، كما تتشابه مع الإشهاد من حيث الصورية، فإذا كان الإشهاد بيعا صوريا، فهذه الطريقة أيضاً دعوى صورية ترفع في شكل دعوى استرداد الملكية أمام الحاكم القضائي[٣]، حيث كانت من أعمال ولاية البريتور الإدارية (umperius) لا القضائية (jurisdictio)، وله حق مباشرتها داخل المحكمة وخارجها، ودون التزام بالأيام المحددة للتقاضي[٤]، إلا أنها تتميز عن الإشهاد بأنها كانت أبسط في الإجراءات، أما فيما يتعلق بنطاق استعمال الدعوى الصورية ومجالها، فقد كان مقصورا على الرومان، ومن منحوا من اللاتينيين والأجانب حق التعامل؛ لأنها كانت مثل الإشهاد من نظم القانون المدني، إلا أن نطاق استعمالها من حيث الأشخاص كان أضيق من الإشهاد، فالشخص التابع لغيره (alieni juris) لا يستطيع استعمال الدعوى الصورية، في حين أنه يستطيع أن يستعمل الإشهاد لإكتساب المال لمصلحة رب الأسرة الخاضع له، كما أن المرأة المستقلة بحقوقها (sui Juris) لا تستطيع استعمالها للتصرف في أموالها النفيسة إلا بإجازة وصيها[٥]، غير أن نطاق الدعوى الصورية ومجالها من حيث الأموال كان أوسع من الإشهاد على الأقل من الناحية النظرية، حيث كانت تستعمل لنقل ملكية جميع الأموال النفيسة وغير النفيسة المادية والمعنوية، كحقوق الارتفاق، وعلى الأشياء مفردة أو مجموعات، إلا أنها من الناحية العملية كانت قليلة الاستعمال، حيث كان الأفراد يفضلون استعمال الإشهاد عليها لنقل ملكية الأموال النفيسة، نظرًا لما يترتب على الإشهاد من

---

(١) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٦٤، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٧.
A. E. GIFFARD; op. cit, n° 609, p. 364. P. HUVELIN; op. cit, p. 490.

(٢) أنظر منير العجلاني، الوجيز في الحقوق الرومانية، مرجع سابق، ص ٢١٠، وكذلك محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٤) أحمد مرزوق، الرسالة السابقة، ص ٢٦.

(٥) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٩.

ضمانات لا تترتب على الدعوى الصورية، كما فضلوا استعمال التسليم وسيلة لنقل ملكية الأموال غير النفيسة على الدعوى الصورية؛ لبساطته وخلوه من الشكلية، ولكنها بقيت مستعملة لتقرير حقوق الارتفاق(١).

ثانيًا: الشكلية في إجراءات الدعوى الصورية:

كانت إجراءات الدعوى الصورية ادعاءات شكلية بحتة من جانب المكتسب أمام الحاكم القضائي، حيث يذهب الطرفان الناقل والمكتسب إلى الحاكم القضائي، ويصور أمامه الأمر في صورة (منازعة وهمية أو مصطنعة)، فيقوم المكتسب بالادعاء بأنه صاحب الحق على الشيء، ولا يقوم الناقل بالاعتراض على ادعاءات المكتسب، بل يصمت، فلا يكون أمام الحاكم القضائى سوى إقرار الحق لمصلحة المكتسب الذى إدعى أحقيته بملكية الشئ دون أن يرد الناقل بإدعاء مقابل (٢).

وهذه الطريقة تستلزم حضور كل من الناقل والمكتسب، ومعهما الشيء المراد نقل ملكيته في مجلس القضاء إذا كان منقولاً، أو ما يرمز إليه به إن كان عقارًا، حتى يمكن للمكتسب استيفاء شكل الادعاء عن طريق وضع يده على المال المراد نقل ملكيته إليه والإقرار في عبارة رسمية شكلية بأنه مالك لهذا الشيء طبقًا لقانون الرومان (hunc ego hominem ex jure quiritium meum esso aio)، فيتوجه الحاكم إلى الناقل وهو المدعي عليه في الدعوى فسأله عن وجود أي وجه للاعتراض لديه، فإذا سلم بحق المكتسب أو سكت أعلن الحاكم تصديقه على هذا الإقرار وأمر بإلحاق المال بملك المكتسب، فيترتب بذلك الأثر المقصود وهو نقل الملكية(٣).

وهكذا نرى أن الدعوى الصورية إذا أريد بها نقل الملكية رفعت في صورة دعوى استرداد، وهي بذلك تختلف عن الإشهاد، حيث إنها أقل تعقيدًا من الإشهاد، فلا تستلزم حضور خمسة شهود، كما في الإشهاد، وإنما تستلزم حضور الحاكم القضائي فقط، كما لا تستلزم وجود

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

W. BUCKLAND; op. cit. pp. 118 – 119. A. E. GIFFARD: op. cit. n° 610. p. 364 – 365.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

C. ACCARIAS; op. cit. p. 567. F. P. WALTON; op. cit. p. 143. R. D. MELVILLE; op. cit. p. 230. P. HUVELIN, op. cit. p. 489

أشياء معينة فيما عدا المال المراد اكتسابه[١].

ثالثًا: طبيعة الدعوى الصورية:

اختلف شراح القانون الروماني في تحديد طبيعة الدعوى الصورية، فيذهب الرأي السائد لديهم إلى القول بأن الدعوى الصورية هي إجراء صوري، شأنها شأن العتق بالدعوى الصورية (manumissio vindicta)[٢]، أي إنها تصوير لمنازعة وهمية لا وجود لها، فهي اتفاق سابق بين كل من الناقل والمكتسب على تصوير الأمر في صورة دعوى استرداد يقوم فيها المكتسب بدور المدعي، والناقل بدور المدعي عليه الذي يصدق على ادعاءات المدعي، فيصدر الحاكم حكمة بناء على هذا الاتفاق، فالأمر لا يتعلق بمنازعة جدية، بل اتفاق على نقل الملكية يتخذ صورة منازعة وهمية[٣].

وإذا كان هذا هو الرأي الغالب في الفقه الحديث، فإن الأستاذ ليفي بريل (M- Lévy Bruhl) ويؤيده في ذلك مونييه (Monier) يرى أن الدعوى الصورية ليست إجراءً صوريًا، فهي ليست دعوى، أو تصوير لدعوى وإنما هي وسيلة إدارية لنقل الملكية، بمعنى أنها نزول عن الملكية أمام الحاكم ومن ثم فهي إجراء حقيقي يتم بتنازل الناقل عن الملكية للمكتسب، ويصدق الحاكم على هذا التنازل بما له من سلطة إدارية أو ولائية (imperium)، لا بما له من سلطة قضائية (jurisdictio)، فتدخل البريتور يجب ألا يفهم منه إذن أننا أمام دعوى قضائية، ولهذا فإن الحاكم يكون له سلطة التصديق على التنازل عن الملكية أو رفضه، ولا يكون ملزمًا بإعطاء التصديق، فدوره ليس مجرد دور آلي، وبهذا تكون له رقابة فعلية على عملية نقل الملكية[٤].

وأيًا كانت حقيقة الأمر فيما يتعلق بطبيعة الدعوى الصورية، فالأمر الذي لا خلاف عليه هو كون الدعوى الصورية كانت إجراء شكليًا بحتًا، سواء أكان صوريًا أم حقيقيًا، إلا أنه كان متطلبًا بما يتضمنه من إجراءات شكلية من حيث ضرورة حضور الأطراف ومعهم المال المراد نقل ملكيته، إضافة لقيام المكتسب بالادعاء بالصيغة المرسومة والشكل المقرر في القانون، كما

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٣٨٢، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

P. HUVELIN; op. cit, p. 489 et 490. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 609, p. 364.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٤) بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع ، وما بعدها، وكذلك عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع ، وكذلك أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، نفس الموضع.

بيناها من قبل، وذلك حتى يمكن نقل الملكية على الشيء بصورة صحيحة، وفي حالة تخلف أي إجراء من هذه الإجراءات الشكلية فلا مجال للحديث عن انتقال للملكية بموجبها.

رابعاً: آثار الدعوى الصورية:

يترتب على الدعوى الصورية نقل الملكية الرومانية على الأموال النفيسة وغير النفيسة في الحال، فهي كباقي التصرفات الشرعية (actus legitimus) لا تقبل أن تقترن بوصف أو شرط أو أجل، والشرط الوحيد الذي تقبل الاقتران به هو اشتراط الناقل الاحتفاظ لنفسه بحق ارتفاق على المال الذي ينقله؛ ولذلك كانت الدعوى الصورية الوسيلة المفضلة لتقرير حقوق الارتفاق[1]، إلا أن أثر هذه الدعوى كان مقصورا فقط على نقل الملكية دون أي ضمانات، كتلك التي يرتبها الإشهاد، فلا يكون للمكتسب ضمان استحقاق ولا ضمان عجز المساحة؛ لذلك فضل الأفراد استعمال الإشهاد والتسليم عن الدعوى الصورية لنقل الملكية[2].

---

(١) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٧٠.

P. HUVELIN: op. cit. p. 490.

(٢) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ١٧٨.

وفي نفس المعنى:

J. GAUDEMET: op. cit. p. 89. P. HUVELIN: op. cit. p. 490. A. E. GIFFARD: op. cit. n° 612. p. 366.

المطلب الثالث

مصير الطرق الشكلية في نقل الملكية

بالرغم من إيجاد طريقة لنقل الملكية مستمدة من قانون الشعوب، وتمتاز ببساطتها وخلوها من الشكلية إضافة لاتساع نطاقها، حيث كانت تستخدم في العصر العلمي لنقل الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة، والملكية البريتورية على الأموال النفيسة والملكية الأجنبية فيما بين الأجانب، والإقليمية على الأراضي الإقليمية، فإنها لم تستطع القضاء على باقي الطرق الشكلية لنقل الملكية، سواء الإشهاد أو الدعوى الصورية.

و لا يعني ذلك أن الإشهاد والدعوى الصورية قد ظلا قائمين في الحياة العملية الرومانية حتى آخر عصور القانون الروماني، حيث أخذت هذه الطرق الشكلية لنقل الملكية نفس دورة معظم التصرفات الشكلية في القانون الروماني، فقد كانت هذه الطرق هي الأصل لنقل ملكية الأموال الرومانية، ثم بدأ دورها يذبل إلى أن اختفت نهائياً من الحياة العملية على التعاقب ولأسباب مختلفة، كما يلي:

أولاً مصير الإشهاد:

بقي الإشهاد مستعملاً حتى العصر العلمي، فجايوس تكلم عنه في كتابه النظم على اساس أنه نظام مطبق عملاً[1]، إلا أن دور الإشهاد بدأ في النبول منذ نهاية العصر العلمي حتى انتهى الأمر إلى اختفائه في عصر الإمبراطورية العليا[2]، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب أهمها:

١- كانت الحكمة الأساسية من اشتراط الإشهاد بما يتضمنه من شكلية معقدة كطريقة رسمية لنقل الملكية على المال النفيس هي الرغبة في حماية المتعاقدين من خلال تنبيه المتعاقدين لخطورة العمل، إضافة للرغبة في حماية الغير، حيث تضمن إجراءاته تحقيق العلانية، وإعلان الغير بالتصرف، إلا أن هذه الحكمة بدأت تفقد مضمونها، فمنذ بداية عصر الإمبراطورية السفلى أدرك المشرع أن تلك الشكلية العتيقة لم تعد تتلاءم مع الحاجات الاقتصادية الجديدة، وأصبحت معوقًا، فعمل على إنشاء نظام لشهر التصرفات القانونية بتسجيلها في سجلات معدة لذلك أقل تكلفة وأبسط في الإجراءات من الطرق

---

(١) بنت والبذراوي، القانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، ٢٢٨.

(٢) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٦، وكذلك أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٧.
J. MUIRHEAD: op. cit. p. 123. A. E. GIFFARD: op. cit. n° 608. p. 364.

الرسمية. وتؤدي الحكمة نفسها، وبذلك فقد الإشهاد حكمته الأساسية[١].

٢- ظهور الملكية البريتورية نتيجة الإصلاحات البريتورية قللت كثيرًا من أهمية الإشهاد، إذ إن البريتور أعطى حق ملكية لمن اكتفى بمجرد تسلم المال النفيس، وهو ما جعل الناس يعدلون شيئا فشيئا عن نظام الإشهاد، ولهذا أخذ سبيله نحو الاختفاء[٢].

٣- تأثر القانون الروماني بالفكر الإغريقي - كما سنرى - خاصة في عصر الإمبراطورية السفلى كان من شأنه أن يجعل الرومان أكثر استعدادًا لاستيعاب دور الإرادة والتخلي عن الشكليات[٣]، حيث حل العقد الكتابي محل الإشهاد، ولكن حفاظًا على الشكل الروماني القديم حرص المتعاقدون دائماً على النص في العقد أن إجراءات الإشهاد قد تمت خلافًا للحقيقة[٤].

٤- اشترط المشرع الروماني في عصر الإمبراطورية السفلى شرطًا يضاف لشروط الإشهاد المعقدة وإجراءاته، حيث اشترط لنقل الملكية بالإشهاد تسليم العين المباعة للمشتري، وهو ما يقتضي أن يكون الناقل واضعاً يده فعلاً على الشيء المبيع، فسوى بذلك بين الإشهاد والتسليم، ففقد الإشهاد بذلك قيمته العملية[٥].

٥- **وأخيرًا فقد ترتب على وجود التسليم كطريقة لنقل الملكية تتميز بالبساطة وخلوها من الشكليات وإلغاء التفرقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة اختفاء الإشهاد نهائيًا من الحياة العملية[٦]**، وعلى الخصوص في الإمبراطورية الشرقية خلال القرن الرابع للميلاد، ولكنه استمر في الجزء الغربي من الإمبراطورية، وعلى الخصوص في إيطاليا مدة أطول، إلا أنه في النهاية ما لبث أن اندثر هذا النظام من الإمبراطورية الغربية، فلا نجد له أثراً في قانون جستنيان[٧].

---

(١) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٣) محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٤) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٧، وكذلك علي بدوي، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٦) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٢٢٩، وكذلك محمد علي الصافوري، المرجع السابق، نفس الموضع.

ثانيا: مصير الدعوى الصورية:

لم تعش الدعوى الصورية طويلا في الحياة العملية، على عكس الإشهاد، حيث اختفت من الحياة العملية قبل الإشهاد. فلا نجد لها أثرا منذ عهد دقلديانوس في بداية العصر البيزنطي[1]. ولا يرجع سبب اختفاء هذه الدعوى الرئيسي من الحياة العملية إلى تغير الظروف المحيطة، سواء أكانت اقتصادية أم فكرية، كما في الإشهاد، وإنما كان السبب الرئيسي في اختفائها هو أحكامها، آثارها القانونية التي لا تتناسب مع شدة إجراءاتها وشكليتها العتيقة، ففيما يتعلق بنقل ملكية الأموال النفيسة عن طريق الدعوى الصورية، رأينا أنه لا يترتب سوى نقل الملكية من جانب الناقل إلى المكتسب، ولكن دون أي ضمانات، سواء ضمان الاستحقاق أو ضمان عجز المساحة، وذلك على عكس الإشهاد الذي بالرغم من أنه كان يفوق الدعوى الصورية من حيث تعقيد إجراءاته وشدة شكليته، فإن الأفراد كانوا يفضلون اللجوء للإشهاد لما يترتب عليه من ضمانات.

ولم يختلف الأمر كثيرًا فيما يتعلق بنقل ملكية الأموال غير النفيسة، حيث فضل الأفراد استخدام طريقة التسليم لخلوها من الشكليات والتعقيدات، واتسامها بالبساطة.

أما في عصر جستنيان، فقد توحدت صور الملكية المختلفة، وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأشياء[2].

---

(١) عمر سطوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٢) R. D. MELVILLE: op. cit. p. 229 et 231.

الباب الثاني

القانون الروماني بين سيادة الشكلية وبزوغ مبدأ الرضائية

تمهيد وتقسيم:

بمرور الزمن تعرضت روما للعديد من التحولات السياسية والإقتصادية والإجتماعية والفكرية، حيث اتسعت رقعة الدولة الرومانية بغزوها للبلاد المجاورة ، فضمت اليها شعوباً كانت لها خلفيتها الحضارية المشبعة بأفكار جديدة فى الفلسفة والمنطق ، ومبادىء مثل العدالة وحسن النية والثقة المتبادلة ، كما شاعت مبادىء العدل والأخلاق المستوحاة من الديانة المسيحية فى مختلف أرجاء المجتمع الرومانى، بعد أن ثبتت المسيحية أقدامها فى كافة أنحاء الامبراطورية الرومانية، فضلا عن ازدياد حجم النشاط التجارى بين الرومان وغيرهم من الأجانب، حتى أصبحت التجارة هى عماد النشاط الاقتصادى، وتحول المجتمع الرومانى من مجتمع زراعى منغلق على نفسه إلى مجتمع تجارى مفتوح على غيره من المجتمعات وكان من الطبيعى أن يقترن ذلك التطور الذى لحق بكافة مناحى الحياة الرومانية بتقدم فى التفكير القانونى فى ظل عدم كفاية النظم القانونية السائدة للوفاء بمتطلبات هذه التغيرات والتطورات المختلفة فكان لابد من أن ينسحب هذا التطور على صورة النظم القانونية السائدة فى المجتمع، وبالذات تلك الشكلية الصارمة التى كانت تحكمه بما تنطوى عليه من جمود وقصور.

فمع كل هذه العوامل التى أسهمت فى تطوير المجتمع الرومانى أصبحت قواعده القديمة القائمة على الشكلية غير قادرة على مواجهة حاجات الناس،وغير متمشية مع ما أصابها من تطور فكرى واقتصادى واجتماعى، وهكذا فقد تهيأت للحكام القضائيين "البريتور" والفقهاء بوصفهم القائمين على أمر القانون فى روما، الأدوات الضرورية لكى يقودوا حركة التطور التشريعى، من أجل إعلاء العدالة، وحسن النية وذلك بالتخلص من جمود الشكلية حيث عملوا من ناحية على التخفيف من حدة مبدأ الشكلية فى دائرة العقود الشكلية وذلك بالتحلل والتحرر من العديد من قيودها الشكلية، كما عملوا من ناحية أخرى على الاتجاه نحو الأخذ بالرضائية كأساس للتعاقد فى نطاق العديد من العقود التى دخلت كاستثناء على مبدأ الشكلية ؛ حيث أصبحت هذه العقود تقوم على أساس توافق الإرادتين دون حاجة إلى القيام بأى إجراء شكلى، ومن ثم أصبحت الإرادة بمفردها هى أساس إبرام هذه العقود وترتيب آثارها .

وعلى هدي ما تقدم فإننا سوف نقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : عوامل بزوغ مبدأ الرضائية في القانون الروماني.

الفصل الثانى : صور وتطبيقات مبدأ الرضائية في القانون الروماني ونطاقه.

الفصل الأول

عوامل بزوغ مبدأ الرضائية في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

يقول العلامة الفرنسى فوستيل دى كولانج. فى مؤلفة القيم "المدينة العتيقة"-: " إن القانون فى أى عصر من العصور، وفى أى شعب من الشعوب لم يكن حادثة من حوادث المصادفة ، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع ، وإنما هو وليد ظروف التاريخ وثمرة تطور المجتمع ، ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية وإقتصادية وأدبية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم و الأرتقاء"(١).

هذه الحقيقة أضحت مع الباحثين مؤكدة ، وهى على المجتمع والقانون الرومانى جد مطبقة حيث خضع القانون الرومانى فى مسيرتة مع التطور بصفة عامة ،وفى مسيرتة نحو إقرار مبدأ الرضائية بصفة خاصة لعدة عوامل سياسية وإقتصادية وإجتماعية وفكرية ، ومن هنا لابد لنا أن نتعرف على جوهر هذة العوامل ونحددها تحديداً كاملاً، حتى نصل بموجبها الى التعرف بصدق على دور هذة العوامل فى التخفيف من حدة مبدأ الشكلية ، والاتجاه بالقانون الرومانى نحو الأخذ بمبدأ الرضائية كأساس للتعاقد ، وعلى هذا الأساس وتحقيقاً لهدفنا الذى حددناه ، فإننا سنستعرض فى هذا الفصل مجموعة العوامل التى ساعدت على بزوغ مبدأ الرضائية فى القانون الرومانى وذلك كما يلى :-

المبحث الأول :- التحولات الجذرية في المجتمع الروماني وأثرها في بزوغ مبدأ الرضائية.

المبحث الثانى :- دور الفقه والبريتور في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية.

---

(١) انظر: فايز محمد حسين، تكوين النظام القانوني المصري الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٥.

المبحث الأول

التحولات الجذرية في المجتمع الروماني وأثرها في بزوغ مبدأ الرضائية

تمهيد وتقسيم:

منذ بداية العصر الجمهوري الذي بدأ حوالي ٥٠٩ ق. م بدأت روما تخرج من عزلتها، وأخذت تخضع الكثير من البلدان لسيطرتها حتى أحكمت سيطرتها على بلدان البحر الأبيض المتوسط، وأصبح للرومان دولة مترامية الأطراف تمازجت فيها الحضارات، وهو ما أدى إلى تغير ظروف المجتمع الروماني تغيرًا جذريًا سواء من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أو من الناحية الفكرية أو حتى من ناحية المعتقدات والديانات بعد ظهور المسيحية وانتشارها يوماً بعد يوم في صفوف الرومان.

وكان من الطبيعي أن تترك هذه التحولات الجذرية في جميع مناحي الحياة في روما وأثرها في تحريك جمود الفكر الروماني بكافة أبعاده، والأخذ به إلى مرحلة جديدة من المرونة والبساطة، ومن منطق أن أي إصلاح أو تطور يحتاج بداية إلى مقدمات أو منطلقات ينطلق منها وتمهد له، رأينا ضرورة استعراض أهم هذه التحولات التي تركت بصماتها في وضوح على اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: التطورات الاقتصادية والاجتماعية في روما.

المطلب الثاني: انتشار مبادئ وأفكار الفلسفة الإغريقية في روما.

المطلب الثالث: ظهور المسيحية في روما وانتشار تعاليمها.

المطلب الأول

التطورات الاقتصادية والاجتماعية في روما وأثرها في ظهور مبدأ الرضائية

من المسلم به لدى فقهاء القانون أن هناك رابطة محكمة بين القانون والمجتمع أخذاً وعطاء، جموداً وتطوراً، والحكم نفسه يصدق في إثبات الرابطة بين القانون وجميع الظواهر الاجتماعية، وفي مقدمتها العامل الاقتصادي[١]، إذ لا ينكر أحد الصلة الوثيقة بين الاقتصاد والقانون، فكلاهما فرع من العلوم الاجتماعية، يبحث الأول منهما في المشكلات الناشئة عن إشباع الحاجات الإنسانية المتعددة بموارد محدودة، ويختص الثاني بوضع القواعد التي تنظم العلاقات بين الناس في المجتمع[٢].

والنظم الاجتماعية المختلفة – كما هو معروف– متشابكة العلاقات، بحيث ترتبط بعضها بالبعض الآخر، يؤثر فيه ويتأثر به، وهو ما يصدق تماماً على العلاقة بين الاقتصاد والقانون[٣].

فلكل مجتمع ظروفه الاقتصادية، وقد تتغير هذه الظروف في المجتمع، فيؤدي تغيرها إلى تطور فيه ولما كان القانون هو القواعد الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية، فإن هذه القواعد تتأثر بالتطور الاقتصادي في المجتمع، كما أنها قد تؤثر فيه، فالمشرع لا يستطيع أن يغفل الحقائق الاقتصادية في مجتمعه عند تنظيمه قواعد تداول الأموال فيه[٤].

ويعد القانون الروماني مثالاً واضحًا لمقدار تأثر القانون – في تطوره – بالظروف الاقتصادية[٥]، حيث أجمع شراح هذا القانون أن انتقال المجتمع الروماني من حالته الأولى بوصفه مجتمعا زراعيا مقفلا يسوده الاقتصاد الزراعي ويحكمه مبدأ الاكتفاء الذاتي، وما يترتب عليه من قلة المبادلات، إلى مجتمع تجاري مفتوح تكثر فيه المعاملات وتثمر فيه كل ظواهر التجارة الدولية[٦]، كان له أكبر الأثر في تطور القواعد القانونية الرومانية عامة، والاتجاه بالقانون الروماني نحو الرضائية خاصة، ففي روما القديمة كان الالتزام ضيق المجال محصور

---

(١) MAILLET; Histoire des institutions, Paris, 1956, p. 210.

(٢) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، تكوين الشرائع القانونية وتطورها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٩٣.

(٣) مصطفى سيد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٤) عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٦) MAILLET; op. cit., p. 211. Monier Manuel élémentaire du droit romain, t.1, op. cit, p. 63.

الدائرة – كما سبق أن قررنا – ؛ لأن الحياة الاقتصادية كانت تقوم على الزراعة والرعي، ويكتفى رب الأسرة بما في حوزته من أموال عائلية heredium، بالإضافة إلى نصيبه في الأرض الصالحة للزراعة التي خصته بوصفه زعيمًا للأسرة، ولم يكن يحتاج إلا إلى اليد العاملة، وقد توافرت لديه أداة العمل هذه في أبنائه وعبيده وحيوانات الحمل والجر التي كان يحصل عليها بالمقايضة، وكان من شأن طبيعة هذه المعيشة الزراعية أن تساعد على خلق أنظمة قانونية أكثر تقييدًا لحرية الفرد تتناسب مع سيادة مبدأ الاكتفاء الذاتي وندرة المبادلات الداخلية والخارجية أو ركود الحياة الزراعية وقلة التغييرات في العلاقات وتشابه وتكرارية الحاجات القانونية، وهو ما حال دون رقي الالتزامات ودون تكوين حق الالتزام على ما هو معروف عنه من تنوع وتباين أشكاله، فكثرت القيود والشكليات التي تحيط بالعقد حتى أنه كان لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أفرغ في أحد الأشكال التي حددها القانون(١).

و بمضي الزمن تغيرت ظروف المجتمع الروماني تغيرًا جذريًا بعد أن بدأ الرومان عصر الفتح والغزو، فدخلوا في سلسلة من الحروب تستهدف تغطية أطماعهم التوسعية حتى تسنى لهم السيطرة على شبه الجزيرة الإيطالية، ثم دخلوا في حرب ضروس مع قرطاجنة إلى أن تسنى لهم السيطرة على كل غرب حوض البحر المتوسط وقرطاجنة، ولم يقنع الرومان بذلك، بل ولوا وجوههم شطر شرق حوض البحر المتوسط، وأخذت تخضع الكثير من البلدان لسيطرتها ومنها اليونان، حتى أحكمت سيطرتها على بلدان البحر المتوسط؛ لدرجة صار هذا البحر معها مجرد بحيرة رومانية(٢).

وقد نتج عن اتساع رقعة الدولة الرومانية وكثرة فتوحاتها أن خرجت روما من عزلتها القديمة، وانتقلت من مرحلة الاقتصاد القائم على مبدأ الاكتفاء الذاتي إلى مرحلة الاقتصاد القائم على مبدأ التخصص في الإنتاج وتوزيع العمل، وهو ما أدى إلى مداعبة فكرة التجارة لخيال الرومان، حيث أطلت بوادر التعامل التجاري بين روما وبعض المدن خارج حدود إيطاليا، تدعمت مع الزمن بقيام روما بإبرام العديد من المعاهدات التجارية، وغيرها من معاهدات

---

(١) أنظر: مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٥٩، ٢٦٠، محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٤، صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ١٧، عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي، رسالة سابقة، ص ٣٣.
PAIS; Histoire romain, 1926, p. 405. P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, t1, op. cit. p. 29 – 30.

(٢) عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مرجع سابق، ص ١٩١، نور الدين حاطوم وآخرون، موجز تاريخ الحضارة، مرجع سابق، ص ٤٩٢، وما بعدها.

التحالف والصداقة مع كثير من الدول المجاورة، ودعم هذا التطور نحو التجارة عدة عوامل: منها ما قام به الأسطول الروماني الذي كان يجوب عرض البحر الأبيض المتوسط والذي أنشأته روما خلال الحرب البونية الأولى، حيث قام بدور فعال في حماية تجارة الرومان، إضافة لإطراد الزيادة في عدد الطرق والمسالك المعبدة أحسن تعبيد التي وإن كانت قد شيدت من أجل تحقيق أغراض حربية، فإنها قد استخدمت كذلك في التبادل التجاري، وأخيرًا انتهاج الدولة الرومانية لسياسة عدم التدخل في النشاط التجاري الذي كان يبديه الأفراد، والتدرج في فتح أسواق تجارية جديدة آمنة في العديد من البلاد، كل هذه العوامل مجتمعة اسهمت في إيجاد حالة انتعاش وازدهار وحركة إحياء باهرة وزيادة ملحوظة في النشاط التجاري[1]، حتى أصبحت روما في عصر الإمبراطورية العليا المركز التجاري الأول الذي يفد إليه وفود التجار من كل صوب ومن كل الأجناس واللهجات، بعد أن عم الرخاء الاقتصادي وتأكد النظام الاقتصادي التجاري الحر، وازدادت المبادلات التجارية بين روما وولاياتها وبينها وبين سائر بلاد الشرق الأدنى والأقصى على حد سواء[2].

وكانت النتيجة أن أعلنت في روما ثورة اقتصادية دعمت وباركت التحول الذي أصاب المجتمع الروماني، صوب مجتمع تجاري مفتوح، وهذا بدوره أدى إلى تطور اجتماعي، وأيضًا قانوني، فمن الناحية الاجتماعية: تغيرت الحياة الاجتماعية تغيرًا جوهريًا، وانتقلت من حالة زراعية بسيطة إلى حالة أخرى تقدمت فيها التجارة والصناعة واتسعت الثروات وموارد الرزق، وضعف فيها الإيمان بالأديان واحترام التقاليد، وتنوعت الصلات والمعاملات بهجرة عدد عظيم من أهالي الأقاليم والولايات إلى روما، وبانتقال عدد آخر من الرومان – جنودًا وتجارًا – إلى المستعمرات الرومانية[3]، وتغيرت تركيبة المجتمع الروماني بنزوح الكثير من الأجانب إلى روما، وخضوع الكثير من الشعوب لنفوذ الدولة الرومانية ليكونا معاً عنصرين مهمين من عناصر الدولة الرومانية، واختفى ذلك التقسيم للمجتمع الذي كان يقوم على أساس الأصل أو

---

(١) م. رستوفنزف، تاريخ الإمبراطورية الرومانية الاجتماعي والاقتصادي، الجزء الأول، ترجمة ومراجعة زكي علي، محمد سليم سالم، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٠٦.

Pais: op. cit., p. 405. P. HUVELIN; op. cit, p. 60.

(٢) محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا، في نطاق فلسفة المدنية العالمية، مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٥ العدد ٣٥٨ أكتوبر ١٩٧٤، ص ٩٣.

P. HUVELIN, op. cit, p. 80. Pais, op. cit., p. 406.

(٣) J. GAUDEMET, institution de l'Antiquite, op. cit n° 216. p. 308. E. CUQ; Manuel des institutions juridiques des romains, op. cit p. 6 – 7.

الجنس، وأصبح يقوم على أساس الثروة، ومن ثم كانت هناك الطبقة الأرستقراطية وطبقة البروليتاريا[1]، أما من الناحية القانونية فقد ظهر تأثير الظروف الاقتصادية التي غيرت من المجتمع الروماني على ظهور العديد من القواعد القانونية الجديدة عامة[2]، وعلى اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، والتخفيف من حدة شكليته خاصة وهو ما ظهر في عدة نواح: فمن ناحية أولى أصبحت نصوص قانون الألواح الاثني عشر غير كافية لحكم ما استجد من وقائع تحت ضغط التطورات الاقتصادية، كما ظهر قصورها الشديد بما تتضمنه من شكلية بغيضة تجاه ما تتطلبه سرعة المعاملات من تحرر من هذه الشكليات، لذلك عمل الحاكم القضائي (البريتور) بما له من سلطة قضائية وأخرى ولائية على ابتداع الحلول المناسبة لهذه المتغيرات والمتمشية مع مبادئ العدالة وحماية المراكز القانونية التي لا يحميها القانون المدني الروماني، وهو ما ساعد على التخفيف إلى حد ما من صرامة الشكلية الجامدة التي سيطرت على القانون الروماني، وما ترتب عليها من نتائج ظالمة[3]، وهو ما سيلي تفصيله عند استعراض دور الفقه والبريتور في ظهور مبدأ الرضائية في هذا القانون.

ومن ناحية ثانية: كان القانون الروماني بحسب الأصل لا يطبق إلا على الرومان فقط، ولم يكن للأجانب حق الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك في نظمه وإجراءاته، فلم يكن لهم أي حقوق، بل كانوا يعدون في عداد الأعداء الذين يحل قتلهم أو استرقاقهم، فيما عدا بعض الحالات التي تقرر

---

(١) صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مكتبة النهضة المصرية القاهرة ١٩٥٧، ص ٢٦٥، عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٢) كان للتطورات الاقتصادية التي لحقت بالمجتمع الروماني عاملا من العوامل التي ساهمت في تطوير القانون الروماني بوجه عام، حيث تطورت مصادر القانون الروماني، وظهر القانون البريتوري، وقانون الشعوب تحت ضغط هذه التطورات، كما تطور نظام الملكية عند الرومان حيث عرف الرومان بجانب الملكية الرومانية التي كانوا يعرفونها كل من الملكية الإيطالية والملكية الإقليمية والملكية الأجنبية والملكية البريتورية، وظهرت طرق جديدة لنقل الملكية كما تطورت قواعد الأهلية الخاصة بابن الأسرة كما تطور نظام الالتزامات والعقود فتهذبت المبادئ القانونية الخاصة بالالتزامات إلى حد كبير فلم تعد العلاقة بين الدائن والمدين علاقة مادية تنصب على جسم المدين، بل أصبحت تمثل رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها المدين عن طريق ذمته المالية فقط إضافة لمساهمته في ظهور الرضائية في القانون الروماني، والتي نتعرض لها في المتن، لمزيد من التفاصيل حول أثر التطورات الاقتصادية على القانون الروماني، راجع: مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٤٧، وما بعدها، طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ١٩٩٨، مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٦٤، وما بعدها، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٣) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٩٠، ١٩١.

فيها الاعتراف لبعضهم ببعض الحقوق التي تم إقرارها بسبب تطور الأفكار وضرورة تبادل المنافع[1]، فإن التحول الحقيقي في علاقة روما بالأجانب حدث بعد اتساع فتوحات الرومان وزيادة الصلات التجارية بين الرومان وهؤلاء الأجانب في روما، حيث أصبح من الضروري صوناً لمصالح الأجانب والرومان على السواء أن تنظم العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية والصلات الشخصية بين القاطنين في المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم، ومن أجل ذلك أنشئت وظيفة بريتور الأجانب عام ٢٤٢م على نمط وظيفة بريتور المدينة؛ للفصل في المنازعات بين الأجانب بعضهم وبعض، أو التي تثور بينهم وبين الرومان[2]، وعلى يد هذا البريتور أخذت الأفكار القانونية تتهذب وتتسع حتى تشمل الأحوال الجديدة، وقد ساعده في ذلك أنه لم يكن ملزمًا بتطبيق أحكام القانون الروماني، وإنما كانت له حرية واسعة في خلق القواعد القانونية واجبة الاتباع، فابتدع كثيرًا من القواعد والأحكام والمبادئ القانونية التي تتلاءم مع العلاقات الجديدة بين الرومان والأجانب، ومن مجموع هذه القواعد والأحكام التي ابتدعها بريتور الأجانب تكون ما يسمى بقانون الشعوب (jus gentium)[3].

وحيث أن الدافع الرئيسي لنشأة هذا القانون إيجاد القواعد التي تطبق على المعاملات التجارية بين الرومان والأجانب، والتجارة تستدعي السرعة والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى عرقلتها وإمكانية التعامل بين الحاضرين والغائبين، فإنه كان طبيعياً أن تجيء قواعده خالية من الشكليات وبعيدة عن الإجراءات المعقدة التي كان القانون المدني الروماني يتسم بها والتي تتعارض تمام

---

(١) من أهم هذه الحالات: إذا عقد الأجنبي مع أحد الرومان اتفاق استجارة hospitium وبمقتضاه يتمتع هذا الأجنبي في روما ببعض الحقوق مقابل أن يتمتع الروماني الذي عقد معه الاتفاق بمثل هذه الحقوق أثناء وجوده في بلد الأجنبي وإلى جانب هؤلاء وجدت أيضاً طائفة أخرى من الأجانب اعترفت لهم روما ببعض الحقوق مثل حق التعامل وحق الزواج وحق التقاضي وذلك بموجب معاهدات عقدتها مع دولهم إلا أن الاعتراف لهم بهذه الحقوق لم يكن يعني تطبيق القانون الروماني، عليهم، بل يعني وضع تنظيم خاص بالأجانب بحيث تعرض منازعاتهم على هيئة من المحكمين تطبق القانون الذي انصرفت إليه نية المتنازعين، أنظر: صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، ص ٣٣١، عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٨٨، علي بدوي، أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، الطبعة الثالثة دون ناشر ١٩٤٧، ص ٦٥.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٨، صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٨، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٤٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

التعارض مع طبيعة المعاملات التجارية، وقد استعان بريتور الأجانب لكي يتوصل إلى قواعد وأحكام مشربة بالروح العملية الخالية من الصبغة الشكلية، وملائمة لأفهام الناس ولو تنافرت صفاتهم القومية، وتتناسب مع الغرض منها، وهو حكم العلاقات والمعاملات التجارية بالعديد من المصادر المختلفة، ومنها مبادئ العدالة التي يمليها القانون الطبيعي بوصفها مجموعة القواعد المطابقة للعقل التي تأثر بها الفكر الروماني بعد اتصال الرومان بالإغريق وبقية الشعوب ذات الثقافة الإغريقية كما استعان بالعديد من القواعد والمبادئ العامة والعادات التجارية السائدة لدى مختلف الأمم والشعوب الأخرى التي اتسمت بعدالتها وبساطة إجراءاتها وخلوها من الشكليات غير المبررة وقيامها على سد حاجات عملية دون الاعتماد على نظريات فلسفية[1].

وعلى هذا يمكن القول بأن قواعد ومبادئ تلك الشعوب كانت مصدرًا غير مباشر للرضائية التي نشأت في أحضان قانون الشعوب، وانتقلت فيما بعد للقانون الروماني.

وكان من أثر تطبيق قانون الشعوب[2] الذي نشأ تحت تأثير التطورات الاقتصادية، أن ظهرت مجموعة من العقود الجديدة الخالية من الشكليات؛ لكي تجاري حاجة التجارة الخارجية، فظهرت تباعًا العقود العينية التي تتم بمجرد الاتفاق والتسليم والعقود الرضائية التي يكفي التراضي لانعقادها والعقود غير المسماة، إضافة لظهور الاتفاقات البريتورية، والاتفاقات القانونية أو المشروعة إلى جانب ما كان يعرف من عقود شكلية، كما ظهر تحت تأثير هذه التطورات الاقتصادية مبدأ جديد في العقود هو مبدأ حسن النية bona fides ، فالقاضي في تفسيره لتلك العقود

---

(١) طه عوض غازي، دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ١٩٩٢ – ١٩٩٣، ص ٦٦، زكي عبد المتعال، تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية، مرجع سابق، ص ٢٦٧، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٤٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٦٦، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٤٥، ١٤٦، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٥، ٦٦.

(٢) بالنظر لسمو مبادئ وقواعد قانون الشعوب، ومرونتها بالمقارنة بنظيرتها المدنية الخاصة بالرومان، تسربت كثير من قواعده إلى القانون المدني سواء عن طريق المشرع أم عن طريق بريتور المدنية أم العرف، وانتهى الحال في العصر الجمهوري في تاريخ غير معروف بالضبط بانتقال نظم قانون الشعوب إلى القانون الروماني وأصبحت جزء منه ولم يعد هناك من فارق موضوعي سوى مجموعة من قواعد القانون المدني الروماني العتيق تطبق على الرومان وحدهم ولا تسري على الأجانب، وفي أواخر القرن الأول قبل الميلاد اكتسب كل أبناء إيطاليا الجنسية الرومانية واقتصر مدلول الأجنبي على سكان الإمبراطورية خارج إيطاليا وفي عام ٢١٢ م صدر قانون بمنح الجنسية الرومانية لكل سكان الإمبراطورية فلم تعد هناك تفرقة بين الأجنبي والروماني، أنظر: صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣٣١، ٣٣٢.

لا يلتزم حرفية العبارات التي وردت في العقد، بل يلتزم قواعد حسن النية التي تقضي بها المعاملات، بالإضافة إلى ظهور طرق جدية لاكتساب الملكية في قانون الشعوب، وهي التسليم والاستيلاء والتقادم الطويل، وتمتاز ببساطة إجراءاتها وبعدها عن الشكلية[1].

وهكذا نرى أنه تحت ضغط الظروف الاقتصادية الجديدة في روما ومتطلبات التجارة الدولية، اضطر الرومان إلى التخلي عن الشكليات والرسميات التي كانت تسيطر على قانونهم، وأن يتبعوا قواعد بعيدة عن الرسميات تتلاءم مع التحول الجذري في المجتمع الروماني، وانتقاله من مجتمع زراعي منغلق على نفسه إلى مجتمع تجاري مفتوح، فكانت هذه التحولات الاقتصادية عاملاً من العوامل المؤثرة في اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، والتخفيف من حدة الشكليات المسيطرة عليه.

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٤٩، صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٢٦٦، طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٩٤، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٤٧.

المطلب الثاني

انتشار مبادئ وأفكار الفلسفة الإغريقية في روما وأثرها على ظهور مبدأ الرضائية

عاش الرومان في عهدهم الأول في حالة انغلاق فكري على أنفسهم، ولم يكن لروما فلسفتها الذاتية الخاصة[١]، وذلك لعدم اشتغال الرومان بالفلسفة في تلك الحقبة من الزمان لجمود العقلية الرومانية وضحالة الثقافة، وانشغالهم بالحروب والصراعات مع جيرانهم؛ بهدف السيطرة على شبه الجزيرة الإيطالية، وجاء قانونهم مرآة صادقة لظروف مجتمعهم المغلق، حيث اصطبغ بصبغة شكلية واضحة، وكان مقصورا على الرومان وحدهم[٢].

و منذ بداية العصر الجمهوري الذي بدأ حوالي ٥٠٩ ق.م بدأت روما تخرج من عزلتها، وأخذت تخضع الكثير من البلدان لسيطرتها حتى أحكمت سيطرتها على بلدان البحر الأبيض المتوسط؛ لدرجة صار هذا البحر معها مجرد بحيرة رومانية[٣]، وأصبح لهم دولة مترامية الأطراف تمازجت فيها الحضارات.

ومنذ ذلك الحين التقت الحضارة الرومانية بالحضارة الإغريقية، وتعددت أسباب التأثير المتبادل بين الحضارتين، إلا أن التأثير الثقافي للحضارة الإغريقية على الحضارة الرومانية كان الأعظم[٤]، ولم يتم ذلك ببساطة أو يسر، وإنما بعد صراع وتردد طويل بين الرفض والقبول، فلم

---

(١) وفي ذلك يقرر جورجيو ديل فيكيو "لم يكن لروما فلسفة أصيلة ، كانت قمة النشاط الروحي في الشرق الدين، ولدى الإغريق الفلسفة وهي في روما القانون، فيه تبرز المعرفة الرومانية، أما التيارات الفلسفية فكانت نابعة من الإغريق" ويضيف قائلاً "أنه بالرغم من أن فقهاء الرومان لم يكونوا مبرزين في التجريدات النظرية والأفكار الفلسفية المحضة، إلا أنهم نبغوا في نقل هذه الأفكار إلى الحياة العملية في القانون الوضعي وتطبيقه، وفي التوفيق بين متطلبات المنطق والحاجات المتغيرة للواقع دون التخلي عن احترامهم للأشكال التقليدية والتاريخية لأنظمتهم مما جعلهم يبرعون في تطوير القانون بصفة مستمرة طبقاً للمقتضيات المتجددة وفي ذلك سر عظمتهم الكبرى" أنظر جورجيو ديل فيكيو، تاريخ فلسفة القانون منذ قدماء الإغريق إلى عصر النهضة، ترجمة ثروت أنيس الأسيوطي، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٨، مارس ١٩٦٨.

(٢) أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٩١.

(٣) نور الدين حاطوم وآخرون، المرجع السابق، ص ٤٩٢، وما بعدها.

(٤) أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، مرجع سابق، ص ١١١.

يكن من السهولة بمكان أن يغزو فكر المهزوم "أثينا" عقول المنتصر "روما"[1]، ولكنه حدث على كل حال بعد رفض كامل له[2]، ففتحت روما أبوابها لاستقبال الأجانب من كل لون وجنس، وكان في مقدمتهم الإغريق الذين وفدوا إلى روما وحملوا معهم من مدينة الفلسفة "أثينا" ألوان المعرفة والحكمة والعلوم وخاصة الفلسفة التي غزت في رفق عقول الرومان وقلوبهم، حتى ملكت عليهم أنفسهم وأصبحت ضرورة لا غنى عنها لمثقفيهم [3].

وقد أثمر هذا الفكر الفلسفي وأينع في دنيا الفقه والقانون الروماني، فدان له الفضل

---

(١) محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد الأعداد ٣٦٦ و٣٦٧ و٣٦٨، السنة السابعة والستون، يناير – إبريل ١٩٧٧، ص ٤١، ذهب بعض الباحثين إلى إقرار أنه أصبح من الآراء المسلم بها "أنه إذا كان الرومان قد نجحوا في إخضاع بلاد الإغريق إلى حكمهم وسيطرتهم السياسية فإن الحضارة الهللينية انتقمت من غزاة بلادها بطغيانها على روما لدرجة أن روما في فترتيها من الجمهورية – الإمبراطورية أصبحت مجرد منطقة من المناطق التي سيطرت عليها الحضارة ذات الطابع الإغريقي وأن الحياة الفكرية في روما في معظم أوجه نشاطها غدت هللينية صرفة، وهذا ما حمل بعض المؤرخين على القول "أصبحت حياة روما الذهنية والفنية والدينية جزءاً من العالم المصطبغ بالصبغة الهللينية وقال الشاعر الروماني هوراس Horace قولته المشهورة "أسرت بلاد اليونان المنكوبة غالبها الهمجي" وذكر "ويل ديورانت – بعد أن استعرض جميع الوسائل التي انتهجها الإغريق في هذا الصدد "... وكان هذا إحدى السبل التي اتبعها هيلاس (Hellas) يقصد بلاد الإغريق في انتقامها الطويل المدى من غزاتها الرومان وبلغ هذا الغزو غايته في الفلسفة اليونانية" وقد بلغ تغلغل الحضارة الإغريقية في ميادين الأدب والفلسفة والمسرح من العمق حداً بحيث قل أن يلاحظ الباحث في هذه الميادين سوى الأثر الإغريقي وإن ما عداه مما هو روماني صرف كانت أشياء ثانوية الأهمية...، وقد عبر شيشرون عن حجم التيار الثقافي النابع من الحضارة الإغريقية بقوله "لم يكن منشأ الفيض الذي أقبل من بلاد اليونان إلى مدينتنا مجرى صغير بل كان منشؤة نهراً خضماً من العلم والثقافة"، أنظر نور الدين حاطوم وآخرون، المرجع السابق، ص ٦٢٤، ويل ديورانت، قصة الحضارة، مرجع سابق، ص ٦٣، وما بعدها، محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدنية العالمية، مرجع سابق، ص ٨٤، ٨٥، فتحي المرصفاوي، تكوين الشرائع، مرجع سابق، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٢) مما لاشك فيه أن هذا الغزو الثقافي الإغريقي قد وجد تياراً مضاداً له من بعض مفكري الرومان وأدبائهم ساءهم أن يخضع الأدب الروماني والفلسفة الرومانية والدين والعلوم لطغيان الحضارة الإغريقية، وأن يظل الرومان في مختلف هذه الميادين مسلوبي الشخصية وقد تزعم هذا التيار في البداية بعض حكام الرومان إلا أن أهم ممثل لهذا التيار هو الأديب الروماني (كانون) الذي كان يعتقد أن التعمق في دراسة الأدب والفلسفة الإغريقية سوف يؤدي إلى تدمير الحضارة الرومانية، لذلك كان العدو اللدود لكل ما هو إغريقي، أنظر نور الدين حاطوم وآخرون، المرجع السابق، ص ٦٣١.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤١.

العظيم في تحريك جمود هذا الفكر بجميع أبعاده، والأخذ به إلى مرحلة جديدة من المرونة والبساطة والحكمة، وتطويره في معظم أجزائه بما يتفق مع مقتضيات العدالة وحاجة العمل[١].

وإذا كانت الفلسفة الإغريقية قد مثلت عاملاً من عوامل تقدم وتطور القانون الروماني عامة، فهي بوجه خاص كانت بمنزلة العامل الحاسم في اتجاه هذا القانون نحو الرضائية من ناحية، والتخفيف من حدة الآثار والنتائج الظالمة المترتبة على تمسك الرومان بالشكلية في كثير من التصرفات القانونية من ناحية أخرى.

وأمام هذا الثبوت في الأثر الفلسفي النابع من المنابع الأصيلة في بلاد اليونان الذي كان مصبه في الاتجاهات الفقهية الرومانية، وكان دفاقاً وغزيراً، فإننا في نطاق تحديد أثر الفلسفة الإغريقية على ظهور الرضائية في القانون الروماني، ومن منطلق أن أي إصلاح أو تطور يحتاج بداية إلى مقدمات أو منطلقات ينطلق منها أو تمهد له، رأينا ضرورة استعراض أهم المذاهب والأفكار الفلسفية اليونانية التي تركت بصماتها في وضوح على اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية.

أولاً: فلسفة القانون الطبيعي والعدل اليونانية وأثرهما على الفكر الروماني.

بلغ التأثير الإغريقي على الحضارة الرومانية ذروته في ميدان الفلسفة، حيث غزت أفكار ومبادئ الفلسفة الإغريقية في رفق عقول الرومان وقلوبهم، رغم أن هذا التيار الفلسفي قد وجد معارضة في البداية من جانب كثير من حكام روما إلا أن البعض الآخر خاصة شباب روما قد تفتحت عقولهم نحو هذا النوع من الفكر الجديد.

وأمام الرفض والقبول فقد وجد في روما من يدافع عن الفلسفة ويعمل على نشرها بجميع الوسائل[٢]، وكان على رأسهم جميعاً فقيه روما، وأشهر خطبائها "شيشرون"[٣]، والذي يعد

---

(١) محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٣) شيشرون (ماركوس توليوس) ciceron Marcus Tulius أعظم خطباء الرومان، ولد عام ١٠٦ ق.م. في مدينة أربينوم، وتلقى أفضل تعليم ممكن في عصره، فقد درس الفلسفة واطلع على الأدب اليوناني، واكتسب في فجر شبابه خبرة بالشئون العسكرية نتيجة اشتراكه في إحدى الحروب، وعندما بلغ الخامسة والعشرين تولى المرافعة في العديد من القضايا، زار اليونان عام ٧٩ ق.م. حيث تتلمذ على يد أساتذة من مختلف المدارس الفقهية والفلسفية، وتنقل بين آسيا لصغرى وروذس لنفس السبب، ومن أهم مؤلفاته في فلسفة القانون كتابيه "الجمهورية "De Republica" ووفقاً للقانون "De Ligibus" وقد توفي اغتيالاً عام ٤٣ ق.م. في روما أنظر: أحمد محمد غنيم، تطور الفكر القانوني، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص ٢٥٩، ولمزيد من التفاصيل عن شيشرون، راجع محمود السقا، شيشرون خطيبًا وفيلسوفًا وفقيهًا، مرجع سابق.

أبرز وأهم من أشاع الفلسفة اليونانية في روما وجعلها قضية شعبية، فكان بمنزلة همزة الوصل بين الفكر اليوناني والفكر الروماني[١].

وقد وجد الرومان أنفسهم بعد هذا الغزو الفلسفي أمام العديد من النظريات والمذاهب الفلسفية الإغريقية، حيث برزت في روما كل المدارس الفلسفية الإغريقية، فكان لكل مدرسة من يمثلها، فالفلسفة الأبيقورية مثلاً كان داعيتها لو كريس كارو Lucrèce caro ، كما كان سينكا sénèque ومارك أوريل Marc Aurèle يمثلان المدرسة الرواقية[٢]، غير أن أوْفي نصيب من النجاح والانتشار في روما كان للفلسفة الرواقية التي جمعت أكبر عدد من الأنصار، وتفوقت على باقي الاتجاهات الفلسفية الأخرى؛ لأنها كانت أكثر توافقًا وتطابقًا مع مزاج المواطن الروماني الصارم وشخصيته التشاركية[٣]، فالرومان على حد قول البعض كانوا رواقيين بطبيعتهم قبل أن يسمعوا عن المذهب الرواقي بأمد بعيد، كما أن هذا المذهب قد ألقى نظرة شاملة على الفلسفة الإغريقية كلها، وكان على اتصال بالأفكار الفلسفية التي صورت عن الشرق، كما اشتغل أتباعه بمختلف المسائل التي أثارها التفكير الفلسفي، سواء أكانت فيما وراء الطبيعة أم سيكولوجية أم أخلاقية أم منطقية أم سياسية[٤].

وبفضل الفلسفة الرواقية سادت فلسفة القانون الطبيعي والعدل اليونانية في روما التي مثلت دورًا لا نزاع عليه في تحريك جمود القانون الروماني، وصنعت في المراكز والأحكام القانونية صنيعها بالاستحداث والتعديل والتبرير بعد أن قام فقهاء روما وحكامها بتطبيق مبادئ هذه الفلسفة وأفكارها في جميع فروع القانون بمبادئه ونظرياته ونظمه.

والواقع أن فكرة القانون الطبيعي قد نشأت عند فلاسفة اليونان في صورة نظرية فلسفية، حيث آمن فلاسفة الإغريق منذ القدم (الفيثاغوريون – سقراط – أفلاطون – أرسطو – الرواقيون) بوجود قوة عليا تحكم العالم وتضبط إيقاعه المتناسق من الوجهتين المادية والمعنوية[٥]، فالعالم يسير وفق قانون عام، لا يخرج عن سلطانه شيء، ثابت أزلي لا يتغير

---

(١) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دار الشئون الثقافية العامة، العراق ص ٢٥٨، أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) جورجيو ديل فيكيو، المرجع السابق، ص ١٨، جمال ذيبان، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٣) أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥، جمال ذيبان، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) ر. هـ. بارو، الرومان، ترجمة عبد الرازق يسري، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٥٧.

(٥) لاحظ الفلاسفة من الناحية المادية أن الكون بما يحويه من أجرام وكواكب وكل ما في هذا العالم من كائنات مادية ومخلوقات حية يخضع لهذه القوة ولقانونها العام ونظامها الثابت على مر الزمن وفق نموذج إبداعي=

عبر الزمان أو المكان، هذا النظام الذي يسود العالم، وذلك الانسجام والتوافق بين عناصره المختلفة يوحي بأن هناك قوة عليا تحرك العالم[١]، وتحكم وتوجه أعمال الناس العامة الثابتة وليست الأعمال العارضة التي تخص كل إنسان، ونسبت هذه الأعمال الثابتة إلى قوة الطبيعة وسميت بالقانون الطبيعي[٢]، وهذا القانون في وجهتيه المادية والمعنوية ميزته الفذة أنه ليس من صنع البشر، وإنما هو من وحي الطبيعة، كما أنه عام يسري في حق كل الأفراد، وفوق ذلك أنه قانون ثابت لا يتغير من لوازمه الخلود[٣]، ولفكرة القانون الطبيعي أثر ملموس في كتابات فلاسفة اليونان الأقدمين وشعرائهم، مثل (سوفوكليس وسقراط وأفلاطون وأرسطو) فجميعهم يفرقون بين القوانين والتقاليد القومية التي وضعتها كل مدينة أو كل جماعة لنفسها، وبين القانون الطبيعي الذي توحي به الطبيعة والإرادة الإلهية إلى الإنسانية، والذي يعد المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج على منواله القوانين أو على الأقل أن يهتدي القانون الوضعي بمبادئه[٤].

وقد نجم عن ذلك التفرقة بين نوعين من العدل: العدل الطبيعي، وهو العدل المطلق، وقد صنعته الطبيعة للبشر جميعاً، والعدل التشريعي، وهو عدل القوانين التي تضعها كل مدينة على حدة[٥].

وإذا كانت هذه الفكرة قد لاحظها جميع فلاسفة الإغريق وعلى الأخص أرسطو الذي

=له جلاله وفي فلك مجموعة من السنن التي لا تتغير، ومن الناحية المعنوية لاحظوا أن المعاني الإنسانية في الإنسان من ميول ودوافع وشهوات وأفكار وأحاسيس وجهود وعلاقات تخضع أيضا لسلطان هذه القوة ولقانونها العام، لأن كافة هذه المعاني في جوهرها متماثلة عند سائر بني البشر، وهو ما يوحي بوجود قوة عليا تحرك العالم وتوجه أعمال الناس وسموا هذه القوة بالطبيعة، أنظر علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٧، عبد السلام الترمانيني، محاضرات في تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨، هشام صادق و عكاشة عبد العال تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٦٤، ٢٦٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٧، ولمزيد من التفاصيل عن نظرية القانون الطبيعي راجع: محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط، مرجع سابق، حسن عبد الحميد فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون مرجع سابق، أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان، مرجع سابق.

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٣) هشام صادق – عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٦٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٤) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٣، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٩٨، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٥) محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٦٠.

يرجع إليه كل الفضل في "إرساء أسسها الفلسفية"[١]، فإن الفضل في إيضاح هذه الفكرة وإجلاء غموضها وصياغتها في قالب خلقي لم يكن لها من قبل يرجع إلى المدرسة الرواقية (مدرسة الزهد)[٢]، حيث بنوا منها نظرية قوية الدعائم سامية المعاني في التقشف والزهد، إذ اتجهت هذه المدرسة اتجاها فردياً إنسانياً منادية بخضوع الإنسان لقانون الطبيعة وحده، هذا القانون الذي ينعكس على الضمير الفردي ويتميز بطابع العالمية[٣].

ووفق منطق هذه المدرسة، يجب أن تنهار الحواجز بين الدول لمصلحة الدولة العالمية، بحيث لا يصبح الفرد تابعاً لمدينة أو دولة معينة، بل مواطناً في جمهورية عالمية تشمل الأرض جميعا، وهو ما يستتبع إلغاء جميع النظم الوضعية حتى يتحرر الفرد من القوانين الاجتماعية، وأن يحل محلها قواعد جديدة للأخلاق تتأسس على وحدة الطبيعة الإنسانية وفقاً لقانون العقل، ولذلك كان أقدس واجب على الإنسان أن يهتدي إلى مبادئ العقل العليا ومبادئ القانون الطبيعي[٤].

ولا يهتدي الإنسان إلى مبادئ العقل العليا، ولا يكشف عن مبادئ القانون الطبيعي إلا إذا عاش طبقًا للطبيعة في بساطتها مترفعًا عن التقاليد الشكلية والرسميات المعقدة وما يحوطها من مظاهر كاذبة، مبتعدًا عن الملذات والشهوات، مراعيًا التقشف والزهد وصابرًا على المكاره والشدائد، ولن ينال هذا إلا بضبط النفس وإنكار الذات والتحلي بفضائل أربع، هي الحكمة والاعتدال والشجاعة والعدل[٥].

وإذا كان مذهب القانون الطبيعي قد نشأ في ظل الفلسفة اليونانية وظل أسيرًا للمذهب الفلسفي المجرد، ولم يتجاوز ذلك حيث بقى مجرد مثل أعلى يتطلع إليه الفلاسفة، فإنه عندما انتقل هذا المذهب ضمن مجموعة المذاهب والأفكار الفلسفية التي انتقلت إلى المجتمع الروماني نجده قد

---

(١) محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٧، طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٤، وقد سميت هذه المدرسة باسم المدرسة الرواقية لأن زعيمها زينون Zénon كان يلقي دروسه في بعض أروقة أثينا المزينة بكثير من النقوش وسميت بمدرسة الزهد لأن تعاليمها كانت تقتضي على الإنسان أن يعيش متقشفاً زاهداً، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، هامش، ص ٣١٧.

(٣) علي بدوي، المرجع السابق ص ٦٨، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع، طه عوض غازي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) طه عوض غازي، المرجع السابق، نفس الموضع، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٩٨، ٩٩، عمرو ممدوح مصطفي، المرجع السابق، نفس الموضع، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٦٩.

كتسب ثوبًا عمليًا على يد فقهاء الرومان، حيث اتخذ طابعا قانونيًا عمليًا إلى جانب مضمونه الفلسفي؛ وذلك بسبب اهتمام الفقهاء الرومان بخلق بناء قانوني متكامل من الناحية الفنية[1].

فالرومان قد أخذوا عن الإغريق وخاصة الفلسفة الرواقية فكرة وجود قانون طبيعي يستمد أحكامه من الطبيعة ويهدي إليه العقل البشري، وتتسم بالثبات، وكان الفقيه شيشرون من أكبر الدعاة لفكرة هذا القانون[2]، وقد عرفه بقوله (إن هناك قانونا عادلا خالدا وأبديا مطابقا للعقل مستقيما متفقا مع الطبيعة موجودا فينا وذا أساس إلهي يدعو الناس إلى اتباع ما يأمر به الغير، وينهاهم عن ارتكاب الشر ولا تستطيع أي هيئة تشريعية أن تلغيه أو تعدله، ولا يحتاج إلى أحد لشرحه وتفسيره، فهو لا يختلف في روما عنه في أثينا ولا يختلف في يومه عنه في غده أو في قرن لاحق، فهو قانون أحد خالد على مر الزمن لا يتغير، ويخاطب البشر جميعًا في جميع الأزمنة، وإذ يجحد الإنسان ما جاء بهذا القانون إنما يحطم ذاته بذاته، ويتنكر لطبيعته، فهو قانون ليس من صنع البشر، بل خلقه الإله، وهو الذي أمر بتطبيقه، وعلى من يخالفه يقع الجزاء)[3]، ونتيجة لموقف شيشرون من فكرة القانون الطبيعي تصدى لأفكار الفلاسفة المتشككين الذين انتهوا بسبب رفضهم المعرفة وقولهم بنسبية كل شيء إلى استحالة وجود عدالة مطلقة، وذهب شيشرون إلى أنه ليس كل ما يسبغ عليه شكل القانون يكون عادلاً بالضرورة، وإلا لاعتبرت أوامر الحكام الطغاة المستبدين قانونًا، ويقول إن القانون لا يمكن أن يتأسس على مجرد الرأي أو الفكرة، وإنما هناك عدالة طبيعية وضرورية يؤكدها وجود وعي الإنسان ذاته[4].

ويرى شيشرون أنه إلى جانب القانون الطبيعي وعلى صلة مباشرة ووثيقة به يوجد قانون الشعوب الذي تتبعه كل الشعوب، وهو يصلح أساسًا لسائر علاقاتها التبادلية؛ لأنه ينبني على حاجاتها المشتركة، ويليه القانون المدني الخاص بكل شعب على حدة، ولا يتخلل هذه الثلاثية أي تعارض أو تناقض، إذ إنها تشكل مجتمعة تحديدا تدرجيا لمبدأ واحد[5].

---

(١) عادل العوا، المذاهب الأخلاقية، دمشق ١٩٥٨، ص ١٠٣، طه عوض غازي، المرجع السابق، ٦٥، ٦٦.

(٢) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً، مرجع سابق، ص ٦٥، ٦٦، جمال ذيبان المرجع السابق، ص ٢٥٩.

(٤) أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٥) جورجيو ديل فيكيو، المرجع السابق، ص ٢٠، أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٤، ونتيجة لهذه الصلة الوثيقة التي أقرها شيشرون بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب، جعل شيشرون من مذهب القانون الطبيعي أساساً فلسفية لقواعد قانون الشعوب مما أدى إلى الخلط بينهما فالفقه الروماني تأثر ببساطة وعدالة قانون الشعوب وذهب إلى أنها تعبير عن قواعد القانون الطبيعي التي يوحي بها العقل ومن هنا اتخذ قانون =

وقد ناصر العديد من الفقهاء الرومان مذهب القانون الطبيعي، فنجد الفقيه "بولص" يرى أنه: "ذلك القانون الموافق للعدل والخير"[1].

"Id quod semper aequum ac bonum est" (D. 1,1, 9)

أما الفقيه الروماني (أولبيان)، فقد أضاف بُعدًا أكثر شمولاً للقانون الطبيعي، حيث جعله يمتد ليشمل إلى جانب الإنسان الحيوانات جميعًا، فيقرر أن أساسه يوجد في طبيعة الأشياء ذاتها وفي دوافعها التي وإن بدت أكثر تطوراً لدى الإنسان منه لدى الحيوان، فإنه بذورها توجد حتى لدى الحيوانات الدنيا[2].

وهكذا أعلن فقهاء الرومان بفضل تعاليم الفلسفة الرواقية وجود المدينة العالمية والمجتمع البشري الواحد الذي يتخطى الحدود المرسومة من الدول السياسية، وتتبنى على وحدة الطبيعة الإنسانية وعلى قانون العقل الذي يطابقها "Natrualis ratio"، وفيها يسود ويحكم القانون الطبيعي، حيث له الغلبة و بفضله ارتبط البشر في هذه المدينة بروابط قامت على العدالة[3].

ويعد القانون الطبيعي بالمعاني السابقة المعيار الأكثر شمولاً للقواعد القانونية التي يتعين أن تسير عليها الجماعة، فها نحن نرى الفقيه جايوس يقرر في وضوح بأنه "من الصعوبة بمكان أن نتحلل باسم التشريعات عما جاء به القانون الطبيعي، كما أنه لا يمكن أن تبتعد عن تلك القوانين التي أودعت الطبيعة أسرارها في ذات الإنسان وبين حناياه ومشاعره[4]، ومن ثم فقد أصبح مفهوم القانون الطبيعي المشترك بالنسبة للبشر جميعًا بما يشمله من مبادئ عامة وأساسية مثل حرية الإنسان ومبدأ المساواة بين البشر ومبدأ تحريم الرق، والاعتراف بالجميل والصدق

=الشعوب طابعاً فلسفياً إلى جانب طابعه العملي باعتباره وليد لنشاط بريتور الأجانب، غير أن الفقه سرعان ما بدد هذا الخلط، فقانون الشعوب خلق روماني ترتب على نظام الفصل في المنازعات ذات الطرف الأجنبي، في حين أن القانون الطبيعي بناء فلسفي انتقل إلى الرومان عن طريق الفلسفة اليونانية، ليس أدل على الخلاف بينهما موقفهما من نظام الرق فالقانون الطبيعي لا يقر الرق لمخالفته لمبدأ الحرية والمساواة في حين كان قانون الشعوب يعترف بذلك النظام نزولاً على مقتضى قيامه لدى كثير من الشعوب الأجنبية، أنظر حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٩، طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٧، توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧٦، رقم ٥٣، وما بعدها.

(١) محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٢) حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٨، أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥، جمال مولود ذيبان، المرجع السابق، ص ٢٦٠، ٢٦١.

(٣) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٤) حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، نفس الموضع، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤.

والحقيقة، ومبدأ حسن النية، معتقدًا مسلمًا به من فقهاء الرومان، بوصفه أساسا لمفهومهم عن القانون الوضعي؛ لأن التشريع الاسمي والمثالي في نظرهم هو الذي يجعل أساسه القانون الطبيعي بما يشمله من مبادئ وقيم وأفكار؛ لأن قطاف هذه الأفكار والمبادئ جميعاً جاءت في الإنسان غريزة فيه أوحت بها الطبيعة، من أجل تحقيق الانسجام بين أفراد المجتمع والوصول إلى نفعهم العام، ثم إن تطبيق هذه الأفكار في العلاقات الاجتماعية يؤدي بالضرورة إلى تحقيق العدالة، وذلك بأن يوضع كل شخص في المكان المناسب له والعمل على تحقيق الملاءمة والتعادل بين ما يعطيه وما يأخذه[1].

ومن أعماق فكرة القانون الطبيعي ظهرت العدالة أساسا لهذا القانون، وغاية له في الوقت نفسه، فالعدالة بما تهدف إليه من تحقيق الخير العام تمثل جوهر القانون الطبيعي، لذلك عنى الفلاسفة الإغريق بهذه الفكرة وأولوها جل اهتمامهم، فنرى فيثاغورث قد قسم الفضائل إلى ثلاث، وهي (الحكمة والعفة والعدالة)، فى حين قسمها ديمقراطيس إلى أربع (الحكمة، العفة، الشجاعة، العدالة)، كما نجد سقراط يرى في الفضيلة: تلك العادة التي تتكون من مجموعة الأعمال الخيرة، مزيجًا من الحكمة والعفة وكبح هوى النفس والعدالة، ويرى أفلاطون في العدالة تواؤماً للفضيلة ذاتها، فهي النتيجة الطبيعية في نظره لتوافق وانسجام الحكمة والعفة والشجاعة، ثم جاءت الفلسفة الرواقية واعتنقت هذا التقسيم الرباعي للفضائل، وصدقت عليه وطبقته من الناحية العملية[2].

وقد قدم فلاسفة الإغريق، وخاصة أرسطو بعض الأفكار التي تساعد على تقريب فكرة العدالة إلى الأذهان، فنراه يقسم العدالة إلى نوعين: عدالة بمعناها العام، وهي ذات صلة وثيقة بعلم الأخلاق، والعدالة بمعناها الخاص، وهي جوهر القانون ومنبعه[3]، حيث اعتبر أرسطو

---

(١) أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٤٨، محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) محمود السقا المرجع السابق، ص ٣٠، ٣١، والمراجع المشار إليها بالهامش.

(٣) عرف أرسطو العدالة بمعناها العام بأنها توافق وانسجام بين قوى النفس (القوة العقلية والقوة الشهوانية والقوة الغضبية) بواسطة العقل، بحيث لا تبغى إحداها على الأخرى فتنعم النفس بالسلام والوئام وهذا هو غاية الكمال، أما العدالة بمعناها الخاص فهي إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب له، وإعطاء كل إنسان ما يستحقه وقد قسم أرسطو العدالة بمعناها الخاص إلى نوعين عدالة القسمة أو التوزيع أي توزيع مناصب الدولة والحقوق والالتزامات بين الأفراد كل بحسب كفاءته، والنوع الثاني هي عدالة التكافؤ أي التعادل بين التزامات وحقوق الأفراد في المعاملات المالية التي تحدث بينهم، وهذه العدالة بفرعيها مصدرها الطبيعة وهو ما أدى إلى نشؤ ما يسمى باسم قانون الطبيعة، أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٦، ٣١٧، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٤٠، ١٤١.

العدالة بهذا المعنى بمنزلة الأساس الذي تقوم عليه القوانين وتستمد منه قوتها الملزمة[١].

وقد نظر فقهاء الرومان إلى العدالة على غرار ما فعل فلاسفة الإغريق، على أنها فضيلة من الفضائل شأنها في ذلك شأن الشجاعة والحكمة والعفة، وينبني على ذلك أنه يلزم لتوافر العدالة أن يكون لدى الفرد عزيمة قاطعة ونية ثابتة على احترامها والالتزام بمبادئها على وجه الاستمرار، فلا يكفي لوصف الفرد بالعادل أن تكون أعماله عادلة بصفة عرضية، بل يجب أن يثبت في نفسه خلق العدالة على وجه الاستمرار، وأن يظهر ذلك في أعماله وتصرفاته[٢].

على أن الفكر الروماني لم يتوقف عند حد النظر إلى العدالة على أنها مجرد فضيلة خلقية فحسب، بل إنه حاول الربط بقوة بين هذه الفضيلة والأصول العامة التي يقوم عليها القانون في نظرهم، والمتمثلة في أن يعيش الإنسان شريفًا وأن لا يضر أحداً، وأن يعطي لكل ذي حق حقه[٣]، فنجدهم يقررون أن غاية العدالة وجوهرها يتمثل في إعطاء كل ذي حق حقه، وهو ما يظهر في تعريفات الفقهاء الرومان للعدالة، حيث عرفها شيشرون بأنها - عادة - إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام، وهو تعريف يتشابه تمامًا مع ما قال به الفقيه أولبيانوس، حيث عرفها بأنها إرادة دائمة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه[٤].

كما أن محاولة الفقهاء الرومان في ربط العدالة بالقانون برابطة لا انفصام لها تظهر في أقوالهم، مثل شيشرون في قوله "إن العدالة هي جوهر القانون"[٥]، والبيانوس عندما قال "القانون هو العلم بما هو عدل وما هو ظلم"[٦]، وقد بلور هذه المعاني وأبرزها الفقيه الروماني سلس

---

(١) حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) C. ACCARIAS; Précis de droit romain, t1. op. cit, p. 4.

(٣) مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ١٩٩٦، ص ١٠٤، يأتي المبدأ الأول وهو أن يعيش الإنسان شريفًا، وبأمانة ليحدد سلوك الإنسان طبقًا للعقل أي طبقًا لما هو فاضل، وبذلك تكون الأخلاق في نظر فقهاء روما هي أساس للحق نفسه، أما المبدأ الثاني وهو عدم الإضرار بالغير فإنه يأتي، ليحدد سلوك الإنسان مع الآخرين ويقوم على احترام حقوق الغير وعدم الإضرار بهم، وأخيرًا يأتي مبدأ إعطاء كل ذي حق حقه ليقضي برد الحقوق إلى أصحابها، وهو يعني احترام الالتزامات والملكية، أنظر محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٤) محمود السقا، دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي، مرجع سابق، ص ٥٤، ٥٥.

(٥) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٦) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

عندما عرف القانون بأنه (فن الخير والعدل) [١].

وهكذا ربط فقهاء الرومان محتذين في ذلك حذو فلاسفة الإغريق بين الجانب الخلقي للعدالة وبين جانبها القانوني، فهى في نظرهم لم تكن مجرد فضيلة خلقية فحسب، بل إنها ضرورة قانونية، لأن القانون يعتمد عليها ومنها يستمد صيغه وأحكامه[٢]، وهو ما يستلزم ضرورة سيطرة العدالة على جميع علاقات الفرد وتصرفاته، لأنها تهدف إلى تحقيق الخير العام عن طريق تحقيق المساواة بين الناس وإقامة التعادل بين ما يأخذون وما يعطون، فإذا حدث أي إخلال بهذه المساواة، فإن العدالة تقتضي إزالة هذا الخلل أو إصلاحه، وإعادة التناسب إلى ما كان عليه مرة أخرى[٣].

وبناء على هذا ظهرت فكرة العدالة حسبما أعلن عنها الفلاسفة وأخذ بها حكام روما وفقهاؤها، بوصفها فكرة رائدة سيطرت تمامًا على تلك العلاقات التي تدور بين أروقة المجتمع، وبالنسبة لتصرفات الأفراد فأتت لتحكم علاقاتهم بمنطق الشرف والثقة والأمانة؛ لكونها تهدف إلى تحقيق المساواة بين الناس وإقامة التعادل بين ما يأخذون وما يعطون[٤].

وهكذا اعتنق الرومان الحكمة دليلاً هاديًا وارتأوا فيها قاعدة عليا تحكم جميع العلاقات القانونية، وبذلك تمكنت العدالة وروافدها من حسن النية والثقة والصدق في القول واحترام الكلمة المعطاة (الوفاء بالعهد) من أن تشق طريقها بين سائر العلاقات القانونية عند الرومان، وبدأت تتردد عبارات العدالة والإنصاف aequitas بين نصوص الفقهاء الرومان، وهي عبارات كان لها الأثر الواضح في رسم مبادئ وأحكام جديدة كانت مجهولة تمامًا في نصوص القانون القديم[٥]، ومن أهم هذه المبادئ الجديدة مبدأ الرضائية الذي بدأ يظهر في القانون الروماني بفضل المبادئ الأخلاقية التي نادت بها الفلسفة الإغريقية.

ثانيًا: أثر الفلسفة الإغريقية على اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية.

بعد انتشار الفلسفة اليونانية ممثلة بالقيم الأخلاقية في روما، بدأ الإصغاء إلى صوت

---

(١) F.SENN, de la justice et du droit Paris,, 1927. p. 34.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٠٩، ١١٠.

(٤) محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٥) مصطفى سيد صقر، مبادئ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ١٩٩٨، ص ٢٥٩.

العدل في العقل، وفي الضمير الروماني خاصة في مجال المعاملات، وأصبح للفلسفة اليونانية مكانة خاصة في نفوس الرومان، وكانت البديل عن العقيدة الدينية القديمة التي أخذ الفتور يدب إلى الإيمان بها.

فاتجهت الفلسفة اليونانية بالرومان نحو آفاق جديدة من الحكمة والفضيلة وحب الغير وصنعه[١]، وهو ما ساعد فقهاء الرومان على السير بالقانون قدمًا عن طريق العدالة التي نشأت واكتملت مبادئها في ربوع الفلسفة اليونانية، وذلك بفضل القانون الطبيعي الذي آمن به فلاسفة اليونان ماديًا ومعنويًا[٢] وتبناه الفقهاء الرومان، كما سلف ذكره.

فنجد فقهاء الرومان يستخدمون النظريات الفلسفية الإغريقية حول القانون الطبيعي، وسيلة فعالة لتطوير القانون الروماني، من خلال رد القانون إلى جذوره العميقة وربط القاعدة بأساسها الطبيعي ومحاولة إزالة عدم التناسق والمساواة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي بغية إصلاح ما هو ظالم وغير معقول[٣]، من منطلق إيمانهم بأن القانون الطبيعي هو الأساس، وأن القانون الوضعي ليس سوى ترجمة لمبادئه وأن القانون الطبيعي هو المقياس الذي تقاس بموجبه الأحكام الفعلية التي يجب أن تتوافق أو تتطابق معه بقدر الإمكان[٤]، فإن الاعتراف بمناقضة القانون الوضعي للقانون الطبيعي لا يبرر إلغاء الأول، ولكن يدفع إلى إصلاحه وتعديله أيضاً أثناء تطبيقه قضائيًا عن طريق العدالة[٥]، وهو ما أدى إلى ربط فقهاء الرومان محتذين في ذلك حذو فلاسفة الإغريق بين الجانب الخلقي للعدالة وجانبها القانوني، على أساس أن العدالة ليست مجرد فضيلة أخلاقية فحسب، ولكنها أيضًا ضرورة قانونية[٦].

وقد كان لاستناد القضاة والفقهاء الرومان إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية والفقهية أكبر الأثر في ترسيخه وانتشاره، كما أن لجوءهم إليه كان عاملاً مهمًا في المحافظة على مرونة القانون الروماني وإغنائه، وجعله يلائم باستمرار مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة، فكان بمنزلة الأداة التي تتلافى قصور القانون، وتضيف إليه ما يحتاجه من قواعد ومبادئ جديدة للوصول إلى قانون قادر على حكم إمبراطورية مترامية الأطراف، من خلال النظرة إلى الفرد

---

(١) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٦، ٢٧.

(٣) جورجيو ديل فيكيو، المرجع السابق، ص ٢١.

(٤) روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٥) جورجيو ديل فيكيو، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

والمجتمع نظرة عقلية متفهمة وهادفة إلى خير الفرد وسعادته ضمن خير المجموع وتقدمه[1].

وإذا كانت الفلسفة الإغريقية بما تتضمنه من مبادئ أخلاقية وأفكار مثل العدالة والقانون الطبيعي قد مثلت عاملاً من عوامل تقدم وتطور القانون الروماني عامة[2]، فإن أثرها يظهر وبشدة في مجال الشكلية في القانون الروماني خاصة، حيث كانت بمنزلة العامل الحاسم في اتجاهه نحو الرضائية من ناحية والتخفيف من حدة الآثار المترتبة على تمسك الرومان بهذه الشكلية الجامدة من ناحية أخرى.

أما عن دور الفلسفة الإغريقية في اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، فنجد أنه تحت تأثير شعار أن "القانون هو فن الخير والعدل" الذي توصل إليه فقهاء الرومان بفضل الفلسفة الإغريقية – كما رأينا – من قبل بدأت تتردد عبارات ومعان ومبادئ لم تكن موجودة من قبل في قاموس الرومان، وانمحت منه في الوقت نفسه عبارات وأحكام ومبادئ ونظم قانونية لا تساير التطور الأخلاقي الجديد[3]، ومن أهم هذه المبادئ والمعاني الجديدة التي بدأت تشق طريقها في هذا القانون ، مبدأ حسن النية بما يتطلبه من احترام للكلمة المعطاة واحترام للعهود والوعود والمواثيق ذلك أنه لكي تتحقق العدالة وجب أن يكون هنالك من يؤمن بها ويحميها ويدافع عنها، ويكون ذلك بالتزام الأفراد في معاملاتهم بحسن النية وما يتفرع عنه من مبادئ فرعية أخرى، إذ إن سوء

---

(١) عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٠، ص ٢٠.

(٢) لعبت الفلسفة الإغريقية بما تضمنته من مبادئ وأفكار أخلاقية دورًا خلاقًا في سجل القانون الروماني، بوجه عام، حيث تحركت المياه القانونية الراكدة واتجهت صوب آفاق أكثر إنسانية، ففضلاً عن دورها في اتجاه القانون الروماني، نحو الرضائية، لعبت هذه الفلسفة دورًا كبيرًا في تطوير كثير من قواعد القانون الروماني، حيث قضت تدريجيًا على الفوارق الشاذة بين طبقات الأشخاص من رومان وأجانب ومن حر أصيل وحر معتوق وذلك إعمالاً لمبدأ المساواة بين الناس المستمد من القانون الطبيعي واعتبارات العدالة، كذلك اعترف الرومان تحت تأثير اعتبارات العدالة والمساواة للخاضعين لسلطة الغير بنوع من الشخصية القانونية بعد أن كانت قاصرة على رب الأسرة، كما أن سلطات هذا الأخير قد تقلصت كثيرًا فحرم عليه نبذ أولاده أو قتلهم كما حرم عليه تزويج ابنه بدون رضاه كما ألغيت التفرقة في نظام الأراضي والتي كانت مقسمة إلى الأراضي إيطالية وإقليمية، وبين أنواع الأموال نفيسة وغير نفيسة، وزالت التفرقة بين القرابة المدنية المؤسسة على سلطة رب الأسرة والقرابة الطبيعية المؤسسة على صلة الدم، كما استعان الرومان بقواعد العدالة للاعتراف للرقيق بالعديد من الحقوق وبنوع من الشخصية القانونية بعد أن كان مجرد شيء محل للحق بحيث صدرت كثير من القوانين في عهد الإمبراطورية لحماية الرقيق من سوء المعاملة، أنظر عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٩، وما بعدها، محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ١٦٨، وما بعدها، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٣) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤١.

النية، يمثل خرقًا فاضحًا للعدالة التي هي عماد كل تعامل على الدوام، وتحت أي ظرف؛ لأن حسن النية هو أساس العدالة وجزء مهم منها[١]. وهو ما أدى إلى إقرار مبدأ الوفاء بالتعهدات، سواء أكانت في صيغة رسمية أم غير رسمية، وذلك في نطاق قاعدة أصولية هي (إن العهد كان مسئولا)[٢]؛ ذلك لأن مبدأ حسن النية الذي يعد من أهم تطبيقات فكرة العدالة يوجب على الشخص الوفاء بتعهده، حتى ولو لم يكن قد أفرغ في الصورة الشكلية المقررة له، وهو ما أدى إلى إلغاء بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي مثل عقد القرض الرسمي، والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية في بعض التصرفات مثل التجاوز عن شرط استعمال اللغة اللاتينية في النطق بعبارات عقد الاشتراط الشفوي في نهاية العصر العلمي، ثم وصل بهم الأمر إلى حد تغليب المعنى على اللفظ في عقد الاشتراط منذ صدور مرسوم الإمبراطور ليون عام ٤٨٢م الخاص بذلك[٣]، كما ترتب على ذلك نشأة عقود جديدة مبنية على مجرد التراضي nuda voluntas ، وهي العقود الرضائية الأربعة (البيع – الإيجار – الوكالة – الشركة)، وهي عقود يكتفى فيها بالرضا دون حاجة لإفراغ هذا الرضا في قالب شكلي معين[٤].

وقد أدى هذا المبدأ إلى الاعتراف بما يسمى (الالتزامات الطبيعية)، وهي الالتزامات التي لا يمكن المطالبة قانونًا بتنفيذها لفقدها ركنًا أو شرطًا من الشروط اللازمة ، كالالتزام الناشئ عن عقود الرقيق وتعهدات القاصر بغير إذن وليه، والديون التي سقطت بمضي المدة، وكلها التزامات غير مدنية لا تؤيدها دعوى قضائية، ولكنها قائمة في الضمير يؤيدها القانون الطبيعي، وهو ما بعث الفقهاء على الاعتراف بوجودها قانوناً إلى حد ما، بحيث إن أداءها يعد سدادًا لدين لا تبرعاً بإحسان، وأجازوا لصاحبها في بعض الأحيان أن يتمسك بالمقاصة بها إزاء دين مدني عليه[٥].

ولم يقتصر أثر الفلسفة الإغريقية على الاتجاه بالقانون الروماني نحو الرضائية فقط، وإنما امتد أثر هذه الفلسفة نحو التخفيف من حدة النتائج والآثار المترتبة على تمسك الرومان بالشكلية الجامدة في التصرفات القانونية.

---

(١) جمال مولود ذيبان، المرجع السابق، ص ٢٧٦، ٢٧٧.

J. GAUDEMET, institution de l'Antiquite, op. cit, n° 216, p. 310.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤١، ٤٢.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٣، ٣٣٤.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩١، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٨٦، ١٨٧، عبد الله علي عبد الله الفيل، الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية مرجع سابق، ص ١٠٢، عبد الغني عمر الرويض، تاريخ النظم القانونية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بنغازي، ليبيا، ٢٠٠٤، ص ٣١٤.

(٥) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٢٩، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

ففي مجال تفسير النصوص القانونية والتصرفات التي يجريها الأفراد – كما سلف ذكره – ظهرت شكلية التفسير صدى لسيادة الشكلية الجامدة في القانون الروماني، حيث توازى الخطان، وسار التفسير في الاتجاه نفسه، فاعتنق فقهاء روما اتجاه التفسير الحرفي الملتزم أو ما يطلق عليه التفسير اللفظي سبيلاً إلى تفسير كل من النصوص والتصرفات، وهو تفسير يعتمد على ظاهر النصوص وحدود الكلمات وظواهر الأمور دون الاكتراث على الإطلاق بالمقاصد الحقيقية، سواء أكانت للمشرع أم للمتعاقدين، حيث كانت السيادة للشكل دون المضمون وللظاهر دون الجوهر، وهو ما يعني أن العبرة في القانون الروماني كانت بالألفاظ والمباني لا بالمقاصد والمعاني.

إلا أنه بعد غزو الفلسفة الإغريقية لعقول وقلوب الرومان، ظهر اتجاه جديد يقضي بعدم التمسك بحرفية النصوص والانسياق وراء تطبيقها المنطقي البحت، بل يجب مراعاة العدالة والمصلحة العامة في تفسير النصوص[١]، فروح العدالة ترى في التثبت المفرط بحرفية النصوص أحد أشكال الغش المؤدي للظلم، خاصة إذا كان هذا التثبت يرمي إلى الانتفاع اللا أخلاقي، وموضع الشكوى، في هذه الحالة ليس عدم القانونية، بل القانونية المفرطة الناتجة عن التمسك بحرفية النصوص، والمؤدية في بعض الحالات إلى نوع من الظلم[٢]، وقد عبر شيشرون عن ذلك بقوله "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم "summum jus summa injuria"[٣]، وقد أخذ عن هذه الحكمة مبدأ أن تطبيق القانون يجب أن يكون بروحه لا بنصه، طبقاً لمبادئ العدالة والمصلحة العامة أو الخاصة؛ لأن المشقة تجلب التيسير، وأن العبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[٤]، ذلك أنه لكي يؤكد القانون معنى العدالة ومعنى الملاءمة والتعادل بين ما يعطيه الفرد وما يأخذه في مجال معاملاته، كما تقضي بذلك مبادئ القانون الطبيعي، ينبغي ألا نقف عند ظواهر الأمور، بل يجب سبر أغوارها والتعرف على مقاصدها الحقيقية، بحيث تكون العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ لأن الوقوف عند ظواهر الأمور لا يمكن معه الوقوف على حقيقية العلاقات بين الأفراد، وتكون النتيجة والحال هذه أن يحل الظلم محل العدل[٥]، وهو ما لا يمكن إقراره بعد تشبع الفقهاء الرومان بروح العدالة والإنصاف، وهو ما دفع الفقهاء

---

(١) صوفي أبو طالب، مبادئ المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٢) عبد الجبار ناجي صالح، المرجع السابق، ص ١١.

J. GAUDEMET. op. cit. n° 216. p. 310.

(٣) محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٩١، مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٥) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١١٧، جمال مولود ذيبان، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

الرومان إلى اتباع منهج جديد في التفسير، هو (منهج التفسير المنطقي)[١]، وذلك تحت تأثير اعتبارات العدالة ومبادئ القانون الطبيعي التي آمنوا بها، فأصبح الفقهاء يطالبون بضرورة البحث عما وراء الشكل من نية وإرادة حقيقية، سواء أكانت للمشرع أم للمتعاقدين، فتكون العبرة بروح القانون لا بنصه عند تفسير نصوصه، وتكون العبرة في العقود والتصرفات بنية المتعاقد أو المتصرف، سواء أكانت صياغتها في عبارات شفوية أم كتابية دون التقيد بألفاظ هذه العبارات وحروفها، وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية، ويبني عليها حكمه، ومن تطبيقات ذلك إبطال العقد الذي يحدث بغش من أحد طرفيه للآخر، وحق فسخ البيع إذا ظهر بالمبيع عيب خفي ولم لم ينص على هذا الحق في العقد[٢]، وهو ما أدى إلى اتساع سلطة القاضي في تفسير الاتفاقات، وقد استقر هذا الاتجاه الجديد في التفسير نهائيًا منذ القرن الثالث الميلادي[٣].

وبفضل اعتناق فقهاء الرومان لهذا الاتجاه الجديد في التفسير القائم على مبادئ العدالة والإنصاف وما قدمته العلوم اليونانية للفقهاء من منهج كامل للبحث يقوم على التحليل المنطقي والقياس والاستنتاج والوصول من النتائج إلى أسبابها ومن الخاص إلى العام[٤]، أصبح الفقه والبحث القانوني عند الرومان قائمًا على أساس علمي، فلم يعد الفقه مجرد إلمام بالأحكام والحلول المتبعة في عصر من العصور أو معرفة بالتقاليد والقواعد المصطلح عليها بين أفراد شعب من الشعوب، بل امتد إلى تحليل هذه الأحكام والقواعد وإرجاعها إلى الأصول الجوهرية العامة التي صدرت عنها، واستخلاص هذه الأصول المتفقة وطبيعة الأمور والسائدة في كل زمان ومكان، ثم تعميم مفعولها وإخضاع شئون الحياة العملية لحكمها[٥].

وقد ساعد هذا الفقهاء على تطوير أحكام القانون الروماني القديم، حيث استطاعوا توسيع نطاق تطبيقه وإكمال ما اعترى نصوصه من نقصان ناجم عن التمسك بالشكلية القديمة أو مخاطبة فئة معينة من الأشخاص دون الأخرى، أو جنس دون الآخر، وذلك باستخدام القياس[٦]، كما تمكنوا من تبسيط نظمه القانونية وتجريدها شيئًا فشيئًا من الرسميات والشكليات، وردها إلى أسس أخلاقية مشبعة بروح العدالة ومبادئ القانون الطبيعي[٧].

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٤) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٥) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٦) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٧) مصطفى سيد صقر، فلسفة وتاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

وأخيرًا كان للفلسفة الإغريقية دور كبير في التخفيف من الآثار والنتائج الظالمة التي ترتبت على شكلية التصرفات من خلال إقرارها لمبدأ التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات، حيث أسهم هذا المبدأ في التخفيف من النتائج التي ترتبت على مبدأي (الاتفاق المجرد لا يترتب عليه أي أثر) و(أن الصيغ والطقوس هي التي تنشئ الحق) والتي تمثلت في أن الشكل كان هو العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر، بصرف النظر عن الإرادة، وهو ما يعني بقاء التصرف صحيحًا واجب التنفيذ، طالما استوفى الشكل، حتى ولو كان رضاء أحد الطرفين معيباً أو كان التزام أحد الطرفين لا سبب له أو توقف سببه ولم يعد له وجود.

وبناء على هذا حاول الفقهاء الرومان من خلال الاستناد إلى قاعدة التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات تعطيل آثار بعض التصرفات الشكلية التي لا تستند إلى إرادة حقيقية للمتعاقد أو لا تستند إلى سبب أو على الأقل محاولة تعويض المتعاقد المضرور عما يلحقه من ضرر نتيجة هذه التصرفات، حيث انتهى فقهاء الرومان متأثرين بالفلسفة اليونانية إلى القول بأن العلاقات التي تنشأ بين الأفراد والتي يتعامل معها القانون يجب أن تؤسس على التكافؤ، وهو ما يستلزم تساوي كفتي الحقوق والواجبات بصدد كل علاقة، فالناس يجب أن تتساوى فيما تعطي، وفيما تأخذ؛ لأن تعادل الأمور هو الذي جعل تسمية القانون "فن العدل" تسمية ذات معنى ومضمون[1]، فضلاً عن أن أي مجتمع لا يستقيم أمره إذا أبيح لأي شخص فيه أن يستأثر بالغنم دون أن يتحمل بالغرم[2].

وقد ترجم فقهاء روما هذه المعاني جميعا في صورة مبدأ (التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات) الذي وضعوه موضع التطبيق العملي في مجال المعاملات القانونية، فنجدهم يقرون بحق الشخص المغبون في حقه غبناً فاحشاً في طلب الفسخ أو التعويض في بعض العقود، كما أقروا بالتزام الشخص الذي يتسبب في إحداث ضرر بالغير بتعويض ذلك الغير عما أصابه من ضرر، وكذلك عدم جواز إثراء الشخص على حساب غيره دون وجه حق، وهي نظرية خلقية وضعها الفقه الروماني خلال العصر العلمي ورتب عليها عدة آثار في علاقات الأفراد ومعاملاتها، كالالتزام برد ما دفع خطأ سدادًا لدين مزعوم أو لدائن غير الدائن الحقيقي، وحق التعويض عند الوفاء بأمر نظير سبب لم يتوفر أو مقابل عهد لم يتحقق، وكلها ترجع إلى نفوذ الفلسفة اليونانية في أذهان الفقهاء الرومان[3].

---

(١) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٣) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

المطلب الثالث

ظهور المسيحية في روما وانتشار تعاليمها وأثرها على إقرار مبدأ الرضائية

أولا: المسيحية بين الاضطهاد والاعتراف:

في الوقت الذي كانت الإمبراطورية الرومانية تمتد من الراين غربًا إلى الفرات شرقًا، وكان الأباطرة الرومان يخلقون السلام الروماني (Pax Romana) الذي كان وحدة اقتصادية وسياسية شاسعة الأبعاد أساسها القوة والبطش[١]، وفي الوقت الذي كان فلاسفة الإغريق يدربون العقل على روح المغامرة الفكرية[٢]، ظهرت المسيحية في أورشليم (القدس) في بيئة يهودية، ومع اضطهاد اليهود لأنصارها، لجأ كثير من المؤمنين بها إلى الإمبراطورية الرومانية، ولكنهم تعرضوا بدورهم للاضطهاد والتعذيب ومصادرة الأموال قرابة ثلاثة قرون[٣]، وذلك لسببين أولهما: أن الديانة الجديدة كانت تتعارض في مضمونها وجوهرها مع المعتقدات الدينية الرومانية ذات الطابع الوثني والقائمة على تعدد الآلهة، على عكس المسيحية التي تدعو إلى عبادة الله الواحد[٤]، وفي ظل الخزعبلات والخرافات التي كان المجتمع الروماني يعيش فيها، واقتناع عامة الشعب بأن الخروج على النظم الدينية القديمة معناه انهيار الدولة[٥]، كان من الطبيعي ألا تتقبل الإمبراطورية الرومانية هذه الديانة الجديدة، حتى وصل الأمر إلى اعتبار كل من يسير على التعاليم المسيحية أو يعتنقها كافرا وجب عقابه بالعقوبة القصوى، وهي الإعدام[٦].

---

(١) نورمان كانتور، العصور الوسطى الباكرة، ترجمة قاسم عبده قاسم، الجزء الأول: عين للدراسات والبحوث الإنسانية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٤، أحمد عبد القادر الجمال، مقدمة في أصول النظم الاجتماعية والسياسية الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٢) السيد العربي حسن، أصول القانون الكنسي، دراسة في قوانين الكنيسة الأوروبية العصور الوسطي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥.

(٣) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١١٨، طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٥٣، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٤) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٥٤، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٣، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٥) أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٦) تفنن الرومان في طريقة تنفيذ حكم الإعدام على المسيحيين تنكيلاً بهم وردعًا لسواهم، فصلب بعضهم حتى الموت، ودفع بالبعض إلى ساحة النزال ليواجه وحشًا جائعًا إلى الموت وطليت أجساد غيرهم بمواد ملتهبة، وأشعلت فيهم النيران، أنظر السيد الباز العريني، الدولة البيزنطية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٨ وما بعدها، =

أما ثاني أسباب عداء الرومان للمسيحية، فيتمثل في وضعها غير القانوني، حيث لم تكن معترفا بها من قبل القانون الروماني، بل كانت ديانة محظورة؛ لأن هذا القانون كان يشترط صدور تصريح من مجلس الشيوخ "السناتو" لممارسة أي ديانة أجنبية بصفة رسمية في الإمبراطورية الرومانية، ومثل هذا التصريح لم يصدره مجلس الشيوخ بالنسبة للديانة المسيحية، إضافة لذلك لم يكن الحق في التجمع مسموحًا به طبقًا لقانون جوليا الذي أصدره سيزار وأقره بيما بعد الإمبراطور أغسطس ما لم يكن مجلس الشيوخ أو الإمبراطور قد صرح بذلك، ومثل هذا التصريح لم يحصل عليه المسيحيون، وبعبارة أخرى فإنه لم يكن لجماعات المسيحيين أي وجود شرعي داخل الإمبراطورية الرومانية، وهو ما جعل أنصارها عرضة دائماً للمحاكمة والاضطهاد ومصادرة الأموال[1].

ولما كانت المسيحية ديانة سماوية، فقد أراد الله لها الانتشار، حيث صمدت في ثبات وطمأنينة وثقة عقائدية، بل أخذت تنتشر يومًا بعد يوم في صفوف الرومان، بفضل تلاميذ السيد المسيح[2] الذين انتشروا في أقطار الأرض يبشرون بالدين الجديد، ولم يقف ذلك التزايد بالرغم من قسوة التعذيب الذي تعرض له أنصار الدين المسيحي، ومحاربة الأباطرة الرومان في بادئ الأمر لهذا الدين محاربة شديدة[3].

ولما جاء القرن الرابع الميلادي كانت المسيحية قد انتشرت بين كل طبقات الشعب الروماني، ويصدر الإمبراطور الروماني قسطنطين في شتاء عام ٣١٢ – ٣١٣ م منشورا يسمى "منشور ميلانو" ،وبه أعطى للأفراد حرية اعتناق الديانة المسيحية، مع احترام الديانات الوثنية الأخرى والإبقاء عليها، كما اتخذ من الصليب علماً في حروبه[4]، وقد اعتنق قسطنطين

=إسحق عبيد، الإمبراطورية الرومانية بين الدين والبربرية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٢، ص ٢٨، وما بعدها، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٢، ١٩٣، طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٢) انتشر تلاميذ السيد المسيح في أقطار الأرض يبشرون ويدعون الناس إلى اعتناق دينهم، فذهب زعيمهم بطرس حوالي سنة ٤٢م واستقر في روما، ووضع أساس الكنيسة المسيحية فيها، وعند موته هو وبولس الرسول سنة ٦٧م، كانت المسيحية قد انتشرت في أطراف الإمبراطورية الرومانية، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، هامش ص ١٩٠.

(٣) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٥، ١٩٦.

(٤) يقال إن السبب في ذلك هو ما زعمه قسطنطين من أنه بينما كان يصلي لآلهة الشمس ظهر له صليب مضيء مكتوب عليه "بهذه العلامة تنتصر" كما حلم أيضًا أن المسيح يأمره أن يتخذ الصليب شعارا لإمبراطوريته يحارب تحت لوائه، وكان ذلك موقعة (قنطرة ميلفيان Milvian Bridge) شمال روما في =

المسيحية عام ٣٣٧م، وهو العام نفسه الذي توفي فيه[١]، وفي نهاية القرن الرابع وبالتحديد عام ٣٨٠م قرر الإمبراطور تيودز عد المسيحية الدين الرسمي للدولة والشعب معاً، وحرم الديانات الوثنية، وقد استتبع ذلك تحريم الأعياد والمناسبات الوثنية، وهدم المعابد الدينية أو مصادرتها، ووضع تقويم مسيحي لأيام البطالة وأيام التقاضي، أخذ يحل تدريجيًا محل التقويم القديم[٢].

وهكذا بعد نحو أربعة قرون من التعذيب والتنكيل والكفاح العقائدي والإيمان تثبت المسيحية أقدامها وتصبح العقيدة الرسمية للإمبراطورية المترامية الأطراف[٣]، وأخذت الكنيسة منذ ذلك الوقت تستحوذ على سلطان واسع النطاق ممتد الرحاب[٤]، فبدأت التقاليد الاجتماعية والقانونية تفرض نفسها على المجتمع الروماني، وهو ما أدى إلى ظهور القانون الكنسي والقضاء الكنسي[٥].

ثانيا: القانون الكنسي والقضاء الكنسي وأثرهما على النظام القانوني والنظام القضائي عند الرومان:

حارب أباطرة الرومان – كما سبق القول – الدين المسيحي في بدء ظهوره، وإزاء ذلك الاضطهاد من جانب الدولة الرومانية، عاش المسيحيون في مجموعات صغيرة العدد يعرف أفرادها بعضهم بعضا، بعيدين كل البعد عن عيون السلطة الرومانية، وكانت لقاءاتهم تتم حول معلم من الذين تلقوا التعاليم على يد المسيح نفسه، أو على يد رسله وتابعيه من بعده، وتتم هذه اللقاءات في أماكن نائية ليأمنوا شرور السلطة الحاكمة، وصاحب تلك الحياة المستقرة توزيع المسئوليات بين رجال الدين المسيحي، فتقرر أن يكون هناك رجل دين لكل مجموعة يتلقى تعاليمه من الكنيسة العليا التي يتبع لها جميع رجال الدين[٦]، وقد لجأت الكنيسة إلى تنظيم نفسها بحيث تصبح هي وأتباعها في غنى عن الدولة، فأوجدت نظامًا رئاسيًا متدرجًا لإدارة شئون

=أكتوبر عام ٣١٢م والتي حارب فيها قسطنطين ماكسينوس إمبراطور الغرب، وبعد انتصار قسطنطين وحليفه ليسنيوس التقى المنتصران في مدينة ميلان وأصدرا منشور "ميلانو" أنظر السيد العربي حسن، المرجع السابق، ص ٢١، ٢٢، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٦، ١٩٧، أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(١) أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص ١٥٤، ١٥٥، السيد العربي حسن، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٣) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٤) توفيق الطويل، قصة الاضطهاد الديني في المسيحية والإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٤٧، ص ٤٢.

(٥) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

الكنيسة، فقسمت الدولة إلى مناطق، ووضعت على رأس كل منها تابعاً يرعى شئونها ويوزع المسئوليات على المعلمين المنتشرين داخل تلك المنطقة، وقد اقتبست الكنيسة هذا النظام من التنظيم الإداري للدولة الرومانية، وهكذا أصبح تنظيم الكنيسة المسيحية بمنزلة الدولة داخل الدولة الرومانية[١].

وقد وجد المسيحيون في تعاليم السيد المسيح بعض المبادئ التي يمكن اتباعها في حالة وجود نزاع بينهم[٢]، ولعبت هذه التعاليم دورًا مهما في حسم المنازعات التي كانت تثور بين المسيحيين، خاصة في القرون الأولى للمسيحية، حيث كان يجب عليهم الخضوع للسلطة التأديبية لرؤسائهم الدينيين (الكهنة والأساقفة) حتى يتجنبوا تدخل القضاة الرومان غير المسيحيين في شئونهم الخاصة[٣].

وقد تطور القضاء الكنسي تطورا كبيرا خاصة بعد اعتناق قسطنطين للديانة المسيحية والاعتراف بها عقيدة، حيث قرر الاعتراف باختصاص قضائي لمحاكم الكنيسة في الأمور التي تتعلق بالديانة، فأصبح لها الحق في نظر جميع المخالفات الدينية أو الروحية (مثل مراعاة النظام داخل الكنيسة والسر المقدس) والتي تقع من المسيحيين[٤]، ولم يعد للمحاكم العادية اختصاص بنظر تلك المسائل منذ ذلك الحين، كما قرر قسطنطين اختصاص المحاكم الدينية بنظر أي منازعة مهما كان موضوعها، متى قبل طرفا المنازعة اللجوء إلى تلك المحاكم بإرادتهم الحرة[٥]، وبعد أن كان التزام الخصوم بتنفيذ أحكام القضاء الكنسي قائماً على مجرد الوازع الديني، وبعض العقوبات الدينية كعقوبة الحرمان، أصبحت الأحكام الصادرة من تلك المحاكم في

---

(١) صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٢٣٦، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) من ذلك أنه في حالة وجود نزاع بين طرفين مسيحيين، فإنه يجب محاولة الصلح بينهما، فإن فشلت هذه المحاولات، وجب عليهما تحكيم الجماعة المسيحية، فإذا رفض الخصم الخضوع لقرار التحكيم وقعت عليه عقوبة الحرمان excommunication (أي الطرد من دائرة الجماعة المسيحية – مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٨).

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٨، ١٩٩.

(٤) أما بالنسبة لرجال الدين أنفسهم (الكهنة والأساقفة) فقد ظهر في القرن الخامس الميلادي ما يسمى بامتياز الإكليروس أو الامتياز القضائي، ومضمونه أنه لا يجوز مقاضاة رجال الدين بخصوص أي أمر من الأمور، مدنيًا كان أم جنائيًا، إلا أمام المحاكم الكنسية وقد استمر العمل بهذا الامتياز طيلة العصور الوسطى، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٥) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٦، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٧، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٩.

المسائل المدنية قرارات تحكيم، يستطيع من صدر لمصلحته القرار أن يلجأ إلى القضاء المدني لاستصدار أمر بتنفيذ ذلك القرار إذا رفض خصمه تنفيذه برضاه[١].

أما فيما يتعلق بالقوانين التي خضع لها المسيحيون والتي طبقت فيما داخل أروقة القضاء الكنسي، فقد كان على المسيحية منذ خروجها من عالم بلاد اليهود الضيق لتنفذ في الحياة الإغريقية الرومانية أن تلائم أفكار البيئات الجديدة واحتياجاتها ومشاعرها بحكم الضرورة، ولذا قررت الكنيسة بعد أن رأت أن القانون الواجب التطبيق في سائر أنحاء الإمبراطورية الرومانية قانون وثني وجوب خضوع المؤمنين داخل تجمعاتهم المختلفة، وتحت إمرة رجال الدين المسئولين عنهم لقواعد أخرى تتمشى مع مبادئ عقيدتهم الجديدة[٢]، وقد أطلق على مجموعة هذه القواعد الجديدة (القانون الكنسي)[٣]، حيث يتكون هذا القانون من مجموعة القواعد القانونية التي وضعتها الكنيسة الكاثوليكية لكي تطبق على طائفة المسيحيين التابعين لها فكلمة "كنس Canon" مشتقة من الكلمة الإغريقية Kanoon regula والتي كانت تستعمل في القرون الأولى للمسيحية للتعبير عن قرارات المجالس التابعة للكنيسة[٤].

وقد استمدت قواعد هذا القانون من الكتاب المقدس "التوراة والإنجيل" ومبادئ العدالة وهي مبادئ عامة مجردة، ومن الأفكار الفلسفية التي نودي بها اعتماداً على فكرة القانون الطبيعي، ومبادئ أخرى مستمدة من القوانين والأعراف التي كانت مطبقة في بلاد الشرق والعرف وبعض قواعد القانون الروماني بعد تعديلها وتهذيبها بما يتلاءم مع الأسس الخلقية والدينية التي قامت عليها المسيحية، بالإضافة إلى بعض النصوص التشريعية التي كانت تصدرها المجالس الكنسية[٥]، حيث تم صهر كل هذه الأفكار والمبادئ والقواعد المستمدة من مصادر مختلفة في بوتقة الفكر الديني المسيحي، وتقرر تطبيقها على المجتمع الجديد، فلم يعد

---

(١) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١١٩، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٢) أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص ١٥٦، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول القانون الكنسي، راجع السيد العربي حسن، المرجع السابق، جبرائيل لي براس، القانون الكنسي، ضمن كتاب تراث العصور الوسطى، تحرير جاكوب وكرامب، ترجمة ومراجعة مجموعة من أساتذة الجامعات المصرية، الناشر سجل العرب بالقاهرة، دون تاريخ، جون لوريمر تاريخ الكنيسة، ترجمة عزرا مرجان، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٠.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٥) طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٥٤، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

J. GILISSEN, Introduction historique au droit, op. cit. p. 127 et ss.

جل الدين يطبق داخل مجموعته الصغيرة قواعد القانون الروماني الوثني، بل قواعد تختلف عنها تتمشى مع الفكر المسيحي، وحرم على رجل الدين المسيحي في المحاكم الكنسية أن يقضي بين المؤمنين طبقاً لقانون آخر غير القانون الجديد (القانون الكنسي) الذي وضعته الكنيسة ليتمشى مع المجتمع المؤمن الجديد[١].

وقد تزايد إقبال الناس على اللجوء إلى المحاكم الكنسية في المسائل المدنية لعدة عوامل، فمن جهة أن محاكم الكنيسة تطبق قواعد قانونية تتمشى مع ضمائر المؤمنين وأكثر اتفاقاً مع قواعد العدالة، فى حين أن المحاكم المدنية العادية تطبق القانون الروماني الذي نشأ في ظل الفكر الوثني، ومن ناحية أخرى استشعر المتقاضون مدى الظلم الذي يتعرضون له بلجوئهم إلى المحاكم المدنية نتيجة عدم تمكن القضاة المدنيين من أحكام القانون، بالإضافة إلى عدم الاطمئنان إلى ضمائرهم، كما أن المحاكم المدنية كانت تحصل على رسوم قضائية باهظة القيمة يئن منها المتقاضون ففروا منها إلى محاكم الكنيسة التي افترضوا فيها عدم النظر إلى الرسوم بوصفها وسيلة من وسائل الحصول على الدخل[٢]، ومن هنا بدأت المنافسة بين القانونين الروماني والكنسي.

وفي العصور الوسطى تدهور القضاء المدني بسبب ضعف السلطة الملكية وسيطرة نظام الإقطاع عليها، فى حين أن كانت الكنيسة في أزهى عصورها، فامتد القضاء الكنسي ليشمل المسيحيين وغير المسيحيين[٣]، وأصبح هذا القانون واجب التطبيق على الجميع، وهكذا فتح الباب على مصراعيه أمام القضاء الكنسي طوال العصور الوسطى، وظل الحال كذلك حتى صدرت القوانين الغربية الحديثة، وبها أثر من مبادئ المسيحية ومبادئ القانون الكنسي[٤].

ثالثا: المسيحية ومبدأ الرضائية

اختلف الفقهاء في مقدار الأثر الذي أحدثته الديانة المسيحية في القانون الروماني عامة، فذهب البعض إلى أن الديانة المسيحية قد تركت أثراً واضحاً في القانون الروماني، وكانت عاملاً رئيسياً من عوامل تطوره في عهد الإمبراطورية السفلى وأن كثيراً من التعديلات التي أدخلت في ذلك العهد يرجع الفضل فيها للديانة المسيحية. وذهب البعض الآخر إلى التقليل من أهمية هذا التأثير بالقياس إلى أثر الفلسفة اليونانية القديمة في القانون الروماني، حيث يرون أن

---

(١) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٦، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٣) J. GILISSEN. op. cit.. p 134.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠١، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

مجموعات جستنيان قد احتفظت للقانون الروماني بخصائصه ومميزاته التي كانت له في العصر العلمي، ويظهر فيه أثر الفلسفة اليونانية القديمة أكثر من أثر الديانة المسيحية، ودليلهم في ذلك أن قانون جستنيان قد نص على نظام الرق، كما استمر الطلاق حقاً للزوج دون الزوجة وإن كان أحد الأباطرة قد حرمه في غير حالات نص عليها كالزنا وسوء السلوك والاعتداء، وهذان النظامان الرق والطلاق مخالفان تماماً لتعاليم الديانة المسيحية[١].

وتوسط فريق ثالث من الباحثين واعترف للديانة المسيحية ببعض الأثر في القانون الروماني، ونظر إليها بوصفها وارثة للمبادئ التي نادت بها الفلسفة اليونانية في العصر العلمي الروماني، فهي طبقاً لرأي هذا الفريق قد أكملت البناء الذي وضعت أسسه وأرست قواعده المدرسة الرواقية، فأيدت مبادئها وساعدت على تحقيقها، حيث قامت فلسفة تلك المدرسة على أسس خلقية. والديانة المسيحية هي في المقام الأول ديانة أخلاق ومحبة، فلا غرو أن سارت في الاتجاه الذي بدأته المدرسة الرواقية[٢].

ويتجه الرأي الراجح[٣] اليوم إلى القول بأنه إذا كانت المسيحية قد ظهرت على أرض

---

(١) R. MONIER; G. CARDACIA et J. IMBERT; Histoire des institutions et des faits sociaux. op. cit, p. 282

وقد تطرق بعض أنصار هذا الاتجاه إلى حد القول بانعدام أي أثر للمسيحية في القانون الروماني بوجه خاص والقوانين الأوربية بوجه عام، استناداً إلى أن المسيحية لم تتعرض للقانون أصلاً، لأن المسيحية تعترف بالكتاب المقدس لليهود (التوراة) ويطلق عليه المسيحيون (العهد القديم) ويشكل مع العهد الجديد وهو الأناجيل الأربعة الكتاب المقدس لدى المسيحيين، وبما أن اليهودية كالإسلام دين ودولة أي عقيدة وشريعة، وديانة وتنظيم قانوني، تتضمن العديد من الحلول القانونية وتشكل جزءاً مما يسير عليه المسيحيون، فلم يكن هناك داع لتناول قواعد قانونية في الدعوة المسيحية، وفي هذا قال المسيح (ما جئت لأنقص بل لأكمل) كما أعلن المسيح عليه السلام رفضه القيام بوظيفة القضاء بين أتباعه عندما عرض عليه نزاع وكان رده "يا إنسان من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً" كما أعلن المسيح صراحة الفصل التام بين أمور الدين وأمور الدنيا وبين السلطة الزمنية والسلطة الدينية بقوله "ليس ملكوتي من هذه الأرض ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله" أنظر فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣١، جورجيو ديل فيكيو، تاريخ فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٢) علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٣٤، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٥، ٢٣٦.
P. HUVELIN; cours élémentaire de droit romain, t1. op. cit, p. 107 - 110.

(٣) راجع:
P. MARAVAL: le christianisme dans l'Empire Romain à travers quelques ouvrages recents; in Rev. d'hist et de philos. Religieuses, 16, 1981, pp 161 – 172
H.F. Jolowicz; l'origine de la "laesio enormis" Receuil Ed. LAMBERT, 1, 1938, p. 192.=

فلسطين عقيدة دينية وقواعد أخلاقية ولم يكن لها في بداية الأمر مفهوم قانوني أو سياسي، بل اقتصرت على الناحية الخلقية، فسعت إلى إصلاح النفوس وتهذيبها، إلا أن هذا لا ينفي الدور الرئيسي الذي لعبته المبادئ والأخلاق المسيحية في تطور القانون الروماني فرغم أن المسيحية لم تؤثر في القانون الروماني تأثيرا كاملا وشاملا، فقد كانت مع ذلك ذات أثر عميق، وتركت بصماتها واضحة على هذا القانون خاصة في عهد الإمبراطورية السفلى، فإذا كان تأثير الفكر المسيحي على الإمبراطورية الرومانية قد انصب أثره أساسًا على المجال الاجتماعي من خلال نشر مبادئها الأخلاقية مثل الرحمة والحب والمساواة بين البشر وأوجه السلوك التي أوجدتها، فإن التأثير في المجال الاجتماعي لابد أن تنسحب آثاره بالضرورة على المجال القانوني، فقد أنشأت المسيحية في واقع الأمر خاصة بعد الاعتراف بها رسمياً حركة اجتماعية جديدة في الإمبراطورية الرومانية أثرت وبقوة على الفكر القانوني الروماني وبالتالي على قواعده ونظمه القانونية في كل المجالات. فكل التطورات التي طرأت على القانون الروماني في هذا العهد لا يمكن النظر إليها على أنها مجرد امتداد للأفكار الرواقية، كما أنه لا يمكن الزعم بأنها قد جاءت نتيجة التطور الطبيعي والمنطقي للقانون القديم، بل يمكن القول بأنها قد جاءت نتيجة تغلب الروح الدينية على نفوس القياصرة الرومان وشيوع مبادئ العدل والأخلاق المستوحاة من الديانة المسيحية في مختلف أرجاء المجتمع الروماني. وإذا سلمنا بأن المسيحية – كما يرى البعض – قد تبنت مبادئ المذهب الرواقي، وأكملت البناء الذي أسسه وأرسى قواعده فلاسفة المدرسة الرواقية إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن تلك الروح الجديدة التي سادت على أثر الديانة المسيحية هي التي سمحت للمبادئ الفلسفية العتيقة بأن تخترق مجال القانون بحرية أكبر مما كان عليه الحال في العصر العلمي.

ويظهر أثر المسيحية في القانون الروماني من نواح ثلاث: خلق عقلية جماعية جديدة مما أدى إلى تغيير الأعراف والتقاليد القديمة والتأثير المباشر في التشريعات الإمبراطورية بحيث أدخلت قواعد ونظم قانونية جديدة تماماً تتفق وتعاليم الدين الجديد، كما ألغيت من ناحية أخرى قواعد ونظم قديمة تخالف هذه التعاليم، وأخيرًا وبصفة خاصة، تطور بعض الأفكار الوضعية القائمة بما يتلاءم مع الأسس الخلقية والفلسفية التي جاء بها الدين المسيحي، ففكرة العدالة وفكرة الخير وفكرة الغش كلها أفكار كانت موجودة من قبل، ولكنها أصبحت تحت تأثير

=P.C. TIMBAL et A. CASTALDO; Histoire des institution et des faits sociaux 1979. p. 58

بناء نظريات عامة فلسفية قد لا تتفق مع الحياة العملية[1].

وإذا كانت آراء الفقهاء لم تكن ملزمة في الدورين السابقين، وهو ما أدى إلى عدم اعتبار الفقه مصدرًا مباشرًا للقانون، وإنما كان مصدرًا غير مباشر يسهم في تكوينه وتطوره، فإنه في هذا العصر نجد تطوراً جذريًا خطيرًا في صلة آراء الفقهاء بالقانون، حيث أصبحت آراء بعض الفقهاء مصدرًا مباشرًا للقانون، نتيجة منحهم ما كان يعرف بامتياز "الإفتاء العام"، بمعنى أنه أصبح لفتوى هؤلاء الفقهاء صفة رسمية، بحيث يلتزم القاضي بالأخذ بما جاء فيها متى كانت وقائع الدعوى مطابقة لما جاء بالفتوى، إلا أنهم اشترطوا لمنع كل تزييف أن تكون الفتوى كتابية ومختومة بخاتم الفقيه الذي أصدرها[2]، وبذلك أصبحت فتاوى الفقهاء الذين يتمتعون بامتياز الإفتاء العام مصدراً مباشراً للقانون[3].

وقد دفع اتجاه الأباطرة نحو تجميع السلطة بين أيديهم إلى العمل على تجريد الفقهاء من

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٥٣، ١٥٤، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٣٣٢. R. D. MELVILLE, op. cit, p. 38.

(٣) وقد تميز هذا العصر بانقسام الفقهاء إلى مدرستين متنافستين: المدرسة السابينية sabiniens والمدرسة البروكيلية proculiens وقد ظهر هذا الانقسام في عهد الإمبراطور أغسطس، ويعتبر الفقيه كابيتو Ateius Capito هو مؤسس المدرسة السابينية التي سميت باسم تلميذه سابينيوس Massurius Sabinus أما المدرسة البروكيلية فكان مؤسسها الفقيه لابيو Antistius labeo وقد سميت باسم خليفته بروكيليوس proculus وقد ظل الفقه الروماني منقسماً بين هاتين المدرستين أكثر من مائتي سنة وإن كانت حدة هذا الانقسام قد خفت في أوائل القرن الثاني للميلاد عندما جمع الإمبراطور هادريان أئمة المدرستين في مجلسه الاستشاري، وقد اختفى أثر هذا الانقسام نهائياً منذ عهد الفقيه جايوس، وقد اختلف الشراح حول أسباب هذا الانقسام فالبعض يرجع ذلك إلى الاختلاف في طريقة البحث إذ كان البروكيليون من أنصار التجديد عن طريق القياس، بينما كان السابينيون من أنصار المحافظة على القديم، والبعض الآخر يرجع هذا الانقسام إلى تأثير البروكيليون بالفلسفة الرواقية في الاهتمام بالفروع وتأثر السابينيون بفلسفة أرسطو في العناية بالأصول وأخيراً يرجع البعض هذا الانقسام إلى اعتبارات سياسية فمؤسس المدرسة البروكيلية كان من أنصار النظام الجمهوري على عكس مؤسس المدرسة السابينية الذي كان من أنصار النظام الإمبراطوري، ومن أشهر فقهاء المدرسة البروكيلية الفقيهان نيرفا (narva) الأب والابن جولياس الفقيهان بسلس الأب والابن ومن اشهر الفقهاء السابينيون الفقيه لونجينوس Longinus والفقيه جوليانوس Julianus الذي جمع منشور البريتور وهو آخر أئمة تلك المدرسة، أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٥٧، ١٥٨، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٣٣٩، ٣٤٠، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٦٩.

هذه السلطة التي كانوا يكتسبونها من جراء هذا الامتياز، فجاء الإمبراطور هادريان وضم إلى مجلسه الإمبراطوري عددًا من الفقهاء البارزين، وجعل حق الإفتاء مقصورًا على هذا المجلس، ورفض منح امتيازه لمن كان يطلبه من الفقهاء، وترتب على ذلك أن أصبحت الفتاوى تصدر عن هذا المجلس بموافقة الإمبراطور، وكانت ملزمة للقضاة بالنسبة للنزاع الذي صدرت بشأنه[1]، ولم يستمر الفقه الروماني على هذه الحالة من الازدهار والتوهج طوال قيام الإمبراطورية الرومانية، ففي عصر الإمبراطورية السفلى بدأت أسباب الضعف والنكوص تخترق هذا العمل الجبار الذي ظل قائمًا ما يقرب من خمسة قرون بغير انقطاع تقريبًا، حيث ترتب على إلغاء امتياز الإفتاء وصيرورة الدساتير الإمبراطورية المصدر الوحيد للقانون وانتشار المسيحية في عصر الإمبراطورية السفلى اتجاه الصفوة من المثقفين إلى دراسة الكهنوت المسيحي وانصرافهم عن دراسة القانون، فانتهى بذلك عصر الاجتهاد الفقهي، وانحصر نشاط الفقهاء في القرنين الرابع والخامس، على تناول التشريعات الإمبراطورية بالشرح والإيضاح، والتعليق على مؤلفات فقهاء العصر العلمي والاعتماد عليها مع محاولة التوفيق بين ما تضمنته من قواعد وما حدث من تطور في المجتمع، حتى يسهل تطبيقها في العمل، فانعدم الاجتهاد وتفشى التقليد وجمدت روح البحث العلمي[2]، ونظرًا لاعتماد القضاة وأساتذة القانون على مؤلفات الفقهاء في العصر العلمي وما تتضمنه من آراء متضاربة، فإن الأباطرة نظموا الاستدلال بمؤلفات فقهاء العصر العلمي بعدة وسائل، أهمها إصدار الإمبراطور قسطنطين عام ٣٢١م قراراً باعتماد بعض مؤلفات العصر العلمي، وعدم جواز الاعتداد ببعضها الآخر، وفي عام ٤٢٦م صدر تشريع إمبراطوري عرف لدى الشراح المحدثين باسم قانون الأسانيد[3]، وهذا القانون منح لكتابات بعض فقهاء العصر

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٣) كان قرار الإمبراطور قسطنطين الذي صدر في شكل دستور يقضي بعدم الاعتداد بالحواشي notae التي كتبها كلا من بول أو لبيان تعليقاً على فتاوى بابنيان، لأنه كان من شأنها كما يقول تعقيد الآراء الأصلية، كما خول بدستور صادر عام ٣٢٧ قوة رسمية مطلقة للأحكام sententiae التي وضعها بول لأنها تتميز – كما يقول – بالإيجاز وتتضمن أحكامًا تقريرية لا آراء ومناقشات نظرية، أما فيما يتعلق بقانون الأسانيد فقد أصدره الإمبراطور تيودوز الثاني إمبراطور الدولة الشرقية والإمبراطور فالنتنيان الثالث إمبراطور الدولة الغربية في صورة دستور مشترك loi des citations وقد قسم هذا القانون الفقهاء الذين يجوز الاستدلال بآرائهم إلى فريقين: الفريق الأول يشمل خمسة فقهاء هم (جايوس وبابنيان وبول وأولبيان ومودستان) أعطى القانون لمؤلفاتهم قوة رسمية وجعل لآرائهم قوة القانون فيجوز الاستدلال بها دائمًا أمام القاضي، أما الفريق الثاني فهو يشمل الفقهاء القدامى veteres الذين نقل عنهم هؤلاء الخمسة وهؤلاء لا يجوز الاستدلال بآرائهم إلا إذا وجد مخطوط كتاباتهم أو إذا أشير إلى آرائهم في مؤلفات الفقهاء الخمسة المذكورين، إذا =

احترام التعهد أو الاتفاق المجرد على أنه واجب أخلاقي تفرضه المبادئ المسيحية، وهو ما يظهر في أقوال العديد من آباء الكنيسة، ومنهم القديس كليمان السكندري st. clément d'Alexandrie (١٦٠ – ٢٢٠م) الذي يعد من أبرز آباء الكنيسة اليونانية وهو أول من نادى بضرورة احترام التعهد والاتفاق المجرد، حيث كان يرى أن الرجل الأمين هو الذي يتصرف طبقاً لما تمليه عليه واجباته، وهو لا يحتاج إلى اليمين لتأكيد تعهده، وإنما يؤكده بأعماله وتصرفاته، وانتهى إلى أن أساس احترام التعهد هو ضرورة تحاشي الكذب الذي يعد خطيئة من وجهة النظر المسيحية(١).

ولم يكن القديس كليمان السكندري وحده الذي نادى بضرورة احترام التعهد، حيث نجد القديس امبرواز st. Ambroise (٣٤٠ – ٣٩٧م) وهو من أبرز آباء الكنيسة اللاتينية يتكلم عن احترام التعهد، ويرى أن كل تعهد أو اتفاق يقوم على أساس ثلاثي – الثقة المستقرة Fides instatum، احترام التعهد Grata Mensura وأخيراً العدالة المجردة acquitatuis وألزم كل من يتعهد للغير بتنفيذه إلا إذا كان محل التعهد واقعة غير مشروعة، فإنه لا يمكن الإلزام بها، ويكون من حق الفرد أن يخل بتعهده في هذه الحالة دون تثريب عليه(٢).

كما نجد القديس chromatius (أواخر القرن الرابع الميلادي) يقرر وهو بصدد التعليق على الإنجيل أن الله سبحانه وتعالى لم يفرق بين اليمين والقول العادي، فكلا الأمرين يجب أن يكون

---

(١) CLEMENT D'ALEXANDRE; stromata dans die griechischen christlicher Schrifts-eller der ensten drie johahunderte 17 clemens Alexandrinus, Leipzig 1909, p. 38. cite par spies; De l'observation des simples conventions en droitcanonique, thèse Nancy, 1928 p. 7. ROUSSIER; le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, thèse Paris, 1933, p. 12 et s.

مشار إليهما لدى عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٠، وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، رسالة سابقة، ص ٣١.

(٢) ST. AMBAROISE De officis ministorum, III, cit par spies; DE l'observation des simples conventions en droit canonique, thèse, Nancy, 1923, p. 11.

وقد ذكر لنا أمبرواز تطبيقين لفكرة احترام الاتفاق المجرد:

الأول: أن أمير مقاطعة calaad كان قد قطع على نفسه عهداً بأنه في حالة إنجابه من زوجته فإنه سيقدم أول شخص يخرج من منزله كضحية، وتصادف أن كان هذا الشخص هو ابنته، ومع ذلك نفذ تعهده، وهذا لا يعتبر اتفاقاً وإنما صورة من صور النذر.

الثاني: وهو أن شخصاً حكم عليه بالإعدام في إقليم Syracuse وقبل تنفيذ حكم الإعدام، طلب المحكوم، عليه رؤية ذويه، وقدم كفيلاً عنه حتى عودته، وبالفعل ذهب لزيارة أهله وعاد بعد ذلك، وهذا التطبيق يمكن أن تعتبره فعلاً صورة لاحترام الاتفاق المجرد، أنظر: عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢١١.

مطابقاً للحقيقة؛ لأنه إذا كان الحنث باليمين يخالف الحقيقة، فإن الكذب أيضًا يخالفها، وكلاهما له العقاب نفسه، كما يرى القديس أوغسطين st. Augistin (٣٥٤ – ٤٣٠) أن تحريم الكذب يتسع ليشمل حالة من يعد وهو غير مصمم على الوفاء، وهو يميز الكذب بعدم اتفاقه مع الإيمان la fides، فالإيمان لديه لا يقتصر على مجرد الاعتقاد في الله أو في حقيقة واقعة معينة، ماضية أو حاضرة أو مستقبلة، وإنما يشمل أيضاً الأمانة للوعد فالإخلال بالاتفاق إخلال بالإيمان(١).

وأخيرًا نذكر في هذا الصدد Jean cassier (٣٦٥ – ٤٤٠م) باعتباره من أشهر كتاب القرن الخامس الميلادي، إذ نادى هو الآخر بضرورة احترام التعهد، وذلك لسببين: أن عدم تنفيذ التعهد يعد صورة من صور الكذب، وأن من لا ينفذ تعهده يعطي مثلاً سيئاً لآخرين(٢).

وقد ظهر صدى هذه التعاليم المنصوص عليها في الكتاب المقدس، وآراء ومواقف آباء الكنيسة ورجال الدين في نصوص القانون الكنسي، حيث تضمن في القرنين الرابع والسادس من الميلاد كثيراً من النصوص التي تشبه الكذب بالحنث في اليمين، وتعد مجرد الوعد المنطوق به – enonciation loquela كالوعد المؤيد باليمين، إضافة لذلك كانت الكنيسة حتى القرن الحادي عشر الميلادي، شديدة العداء لليمين، تدعو دائمًا أتباعها إلى عدم القسم بالله خشية الحنث في اليمين(٣)، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى احترام الإرادة والابتعاد عن المظاهر الشكلية التي لا تتفق مع الروح المسيحية.

من كل ما تقدم نخلص إلى أنه كان للمبادئ الخلقية التي أقرتها الديانة المسيحية من وجوب وفاء العهود، إلى اعتبار النكوث بالوعد إثما؛ لأن الإخلال به يعد كذبًا والكذب خطيئة دينية تستوجب العقاب بزواجر دينية، فضل كبير في إقرار احترام التعهدات والاتفاقات المجردة من أي شكل بوصفها واجبا أخلاقيا تفرضه تعاليم المسيحية، وهو ما مثل أحد نقاط الالتقاء بين أفكار الفلسفة الإغريقية، وتعاليم الديانة المسيحية ليمثلا معًا عاملاً فكريًا معنويًا مؤثرًا في اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، والتخفيف من حدة الشكلية الجامدة، وذلك في إطار مسيرتهما الخاصة بالاتجاه بالقانون الروماني نحو أحكام قانونية تحكمها المعاني الإنسانية وتناجيها العدالة.

---

(١) Spies; Del'observation... op. cit, p.7. ROUSSIER; le fondement....op. cit., p. 12 et s.
مشار إليهما لدى وليم سليمان قلادة، الرسالة السابقة، ص ٣١.

(٢) أنظر: J. CASSIER; Autem qoud mentitur occidit animam medacio. c. 1. V.11
مشار إليه لدي عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٣) مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٧٠.

المبحث الثاني

دور الفقه والبريتور في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية

تمهيد وتقسيم:

لعب القائمون على أمر القانون فى روما سواء فى ذلك الحكام القضائيون (البريتور) أو الفقهاء دورا عظيما فى تطوير القانون الرومانى بوجة عام والتخلص من جمود الشكلية وقيودها بوجة خاص ، فرغم جمود هذا القانون وقسوتة فإن القائمين على أمر تطبيقة حاولو بمجهوداتهم الفردية أن يتجهوا بة نحو أفاق جديدة من السهولة والبساطة والمرونة وذلك إبتغاء اللقاء مع الأفكار الجديدة التي أفرزتها مجموعة التحولات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والدينية التي تعرض لها المجتمع الروماني وقد تحقق لهم ما أرادوا حيث استطاعوا ترجمة هذه الأفكار والمعانى الجديدة إلى واقع رومانى ملموس ساهم فى تطوير وتكامل القانون الرومانى وتحريك جموده ، والأتجاه به نحو الأخذ بمبدأ الرضائية كأساس للتعاقد ، وذلك طبقاً لطبيعة الدور القانونى الذى انعقد لهم بمساعدتهم المستمرة،المباشرة وغير المباشرة للمشرع فى روما .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا المبحث الي المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور الفقهاء فى الأتجاه بالقانون الرومانى نحو الأخذ بمبدأ الرضائية .

المطلب الثاني: دور البريتور فى الأتجاه بالقانون الرومانى نحو الأخذ بمبدأ الرضائية .

المطلب الأول

دور الفقه في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية

أولا: طبيعة دور الفقه في القانون الروماني وأثره على تطوره عامة:

يعد الفقه في العصر الحديث مصدرًا من مصادر القانون التفسيرية، وأحد وسائل تطور الشرائع القانونية حيث يسهم الفقه بنصيب وافر في تطور القوانين وإصلاحها، فكثيراً ما يرشد المشرع إلى طريق التقدم والإصلاح، وكثيرًا ما يصل إلى إقناع الشارع بسلامة المبادئ التي تجود بها قرائح الفقهاء، فيعمد المشرع إلى تسجيلها في قانونه الوضعي، ولذلك يسمى هذا المصدر أحيانًا بمصدر إقناع "source presuasive"، على أن أثر الفقه في اصطلاح الشرائع الحديثة وتطورها لا يمكن أن يقارن مهما عظم شأنه بما كان للفقه عند الرومان من أثر في نشوء القانون وتطوره، وفيما وصل إليه الرومان من مجد قانوني ما زال علماء الغرب يتغنون به إلى اليوم، فقد ارتفع الفقه عند الرومان إلى مرتبة المصادر الرسمية، وبلغ شأنًا لم يبلغه في أي قانون من القوانين الوضعية، وبفضله انطبع القانون الروماني بهذا الطابع الخاص في "فن التشريع: الذي ميزه عن سائر القوانين، وكان السبب في عظمته وانتشاره في أنحاء العالم القديم والحديث[1].

وقد مر الفقه في القانون الروماني بأدوار ثلاثة: أما الدور الأول له فيطلق عليه: دور الفقه الكهنوتي، حيث كان القانون الروماني في أول عهده في يد رجال الدين ممثلين في هيئة الكهنة pontifices التي كان يرأسها الملك، ويرجع ذلك للصلة الوثيقة بين القواعد الدينية والقواعد القانونية عند الرومان، واصطباغ القواعد القانونية والإجراءات القضائية بالصبغة الشكلية[2]، فكان الكهنة يحتفظون سرًا بثلاثة سجلات لا غنى عنها في تطبيق القانون، أحدها يحتوي على إجراءات العقود والدعاوى وكلها قائمة على رسوم شكلية دقيقة، والثاني يشتمل على التقويم الديني الذي يبين الأيام المخصصة للشعائر الدينية، والاجتماعات السياسية، إضافة للأيام التي يجوز فيها التقاضي وإدارة العدل بين الأفراد، والثالث يجمع المبادئ القضائية والتقاليد القانونية المتبعة[3]، وقد احتفظ الكهنة بكل هذه الأعمال سرًا مكنونًا في صدورهم أو مدونًا في سجلاتهم لا يطلع أحد عليها، وهو ما أدى إلى استمرار حاجة الناس إلى الكهنة

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ١.

(٢) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٧١، ٧٢.
R. D. MELVILLE; Manual of The principles of roman Law, op. cit, p. 37.

(٣) علي بدوي، أبحاث التاريخ العام للقانون، مرجع سابق، ص ١١٢.

لتبصيرهم بإجراءات الدعاوى والنماذج التي تفرغ فيها التصرفات القانونية، حتى لا يتعرضوا لخطر الوقوع في الخطأ مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم(١)، وقد تركز النشاط الفقهي للكهنة في ثلاثة أعمال رئيسية: أولها الإفتاء (respondere) وهو الإجابة عن أسئلة الأفراد بخصوص مسألة من المسائل القانونية مثل تفسير وصية أو عقد أو مدى إمكانية رفع دعوى في ظروف معينة، أو ما يترتب على تصرف معين أو واقعة معينة من حقوق والتزامات، أما ثاني هذه الأعمال فهو التوثيق cavere، أي بيان وإعداد صيغ التصرفات القانونية الصالحة لتحقيق الأغراض العملية المختلفة التي لم يكن يعلمها سواهم، فهم يصيغون الصيغة المناسبة للتصرف ويضمنونها الشروط الملائمة، ويطلق على هذه التصرفات القانونية التي يصيغونها اسم "cautiones" وآخر هذه الأعمال كان اختيار صيغ الدعاوى "agere"، وهو مساعدة الأفراد في اختيار صيغ الدعاوى والإجراءات القانونية المناسبة لحماية الحق المدعى به(٢).

وقد ظهر هذا النشاط الفقهي للكهنة تحت تسمية التفسير "interprétatio"، رغم أن نشاطهم الفقهي لم يقف عند حد تفسير وشرح القواعد القانونية الموجودة، بل امتد ليشمل خلق قواعد قانونية جديدة تحت ضغط حاجات الناس المتجددة، فقاموا بالتوسع في تطبيق ما ورد في قانون الألواح من تصرفات، وذلك باستعمال صيغ هذه التصرفات في أحوال لم تُعد لها، ولم تكن لتنطبق عليها من قبل، فاستعملوا الإشهاد والدعوى الصورية في العتق والتحرير والتبني والوصية وغير ذلك من الأعمال القانونية التي نشأت في هذا العهد(٣)، ومن هنا يمكن القول بأن النشاط الفقهي للكهنة كان أحد مصادر القاعدة القانونية وعاملاً من عوامل تطور القانون في هذا العهد.

أما في الدور الثاني للفقه فقد انتقل الفقه من مرحلة الفقه الكهنوتي إلى مرحلة الفقه المدني الحر، وكان ذلك بالتدرج، حيث استمر احتكار الكهنة لعلم القانون طوال فترة العصر الملكي وحتى بداية العصر الجمهوري فبرغم أن القضاء قد أصبح في يد الحكام القضائيين وهم حكام مدنيون في العصر الجمهوري، فإنه بسبب جهل هؤلاء الحكام العلم بالقانون الذي بقى سراً محفوظاً لدى الكهنة استمر احتكار الكهنة للقانون فكان هؤلاء الحكام القضائيون يلجأون إليهم

---

(١) بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٧، عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦٧.

R. D. MELVILLE: op. cit. p. 38.

(٢) فتحي المرصفاوي، شريعة الرومان (البيئة – المصدر – المآل) مرجع سابق، ص ١١٥، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٩، ٦٠، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٤، ٧٥.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٨.

يسألونهم الرأي والمشورة، وقد بقى الوضع على ما هو عليه حتى بعد صدور قانون الألواح الاثني عشر الذي أكد فصل القانون عن الدين إلا أنه ترك بعض الأمور الأساسية حكراً للكهنة كما كانت[1]، ولم تنته سيطرة رجال الدين على القانون إلا في أواخر القرن الرابع قبل الميلاد، حيث بدأت سطوتهم على إجراءات التقاضي تخف شيئًا فشيئًا، ففي عام ٣١٢ ق.م. تمكن حاكم الإحصاء أبيوس كلاديوس Appius Claudius من الإطلاع بحكم منصبه على محفوظات الأحبار وجمع طائفة منها، وقام كاتبه "فلافيوس cnaeus flavius" بجمع طائفة أخرى ضمها إليها، ونشر بذلك مجموعة عرفت باسم مجموعة "فلافيانوم Jus civile Flavianum" نسبة إليه، ثم قام الكاتب المذكور بعد ذلك بنشر التقويم الديني الذي يبين أيام التقاضي، وكانت تلك هي البداية نحو عصر جديد للفقه هو الفقه المدني الحر الذي استغنى فيه الناس عن الالتجاء إلى الأحبار لمعرفة أيام التقاضي أو الصيغ القانونية المناسبة، كلما وجدوا الصيغة المطلوبة في المجموعة المذكورة، وقد انتهى احتكار رجال الدين لعلم القانون تمامًا، حينما تولى أحد العامة ويدعى "تيبيروس كورونكانيوس Tiberius Coruncanius" منصب كبير الكهنة (الحبر الأعظم) في عام ٢٥٤ ق.م.؛ لأنه عمد لأول مرة في تاريخ روما إلى إصدار استشاراته القانونية علنيا، وهو ما أدى إلى تسابق الناس إلى حضور مجلسه، وتسجيل ما يقوله من آراء، وهكذا بدأت الثقافة القانونية تظهر لدى المستمعين، وبدأ عدد من المدنيين الذين اشتهروا بثقافتهم القانونية يهبون أنفسهم لمجال القانون، ومنذ هذا التاريخ طويت صفحات الفقه الكهنوتي ليفسح الطريق أمام الفقه المدني الحر، فظهر في أفق روما أعلام الفقه الخالدين الذين راحت مؤلفاتهم وخلدت آراؤهم وأخذوا على عاتقهم تفسير القانون بحسب ما تمليه عليهم قراءتهم القانونية وليس بما توحي به شهواتهم الخاصة[2].

وقد واصل الفقهاء المدنيون المهام التي كان رجال الدين يقومون بها من قبل في مجال

---

(١) ومن أهم هذه الأمور الأساسية التي لم يتعرض لها قانون الألواح الاثنى عشر، بيان الأيام التي يجوز فيها التقاضي فبقيت معرفتها وقفاً على رجال الدين، كما اقتصر قانون الألواح على صياغة بعض القواعد القانونية تاركاً معظمها للعرف، فاستمرت الحاجة ماسة إلى رجال الدين لمعرفة القواعد التي لم يتعرض لها قانون الألواح وفضلاً عن ذلك فقد صيغت نصوص الألواح الاثني عشر في أسلوب موجز جعل الأفراد في حاجة الأفراد في حاجة دائمة إلى من يقوم بتفسيرها وتأويلها، خاصة في ظل سيادة الشكلية وإطاحتها بالتصرفات القانونية والدعاوى التي ورد في هذا القانون أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٣، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٤، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية. مرجع سابق، ص ٣٢٨، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٣، ٧٤.

القانون ألا وهي الإفتاء وإعداد الصيغ القانونية للتصرفات، وأخيراً إعطاء صيغ الدعاوى[١]، على أن نشاط الفقه لم يقتصر على ذلك، بل امتد فيما بعد إلى نواح جديدة لم يطرقها الأحبار من قبل، وهي ابتكار المبادئ القانونية والتعليم والتأليف.

فمن ناحية كان الفقه يبتكر بعض المبادئ القانونية، وكان ذلك على نطاق ضيق في بادئ الأمر، ولا تعرف بالضبط وسيلته إلى ذلك، حيث يرى البعض أن ابتكار المبادئ كان يتم بإنشاء دعاوى جديدة أو دفوع موضوعية كان البريتور يقتبسها ويمنحها في منشوره للمدعي أو للمدعى عليه، ويرى آخرون أن ابتكار المبادئ كان يتم عن طريق صياغة العرف في أوضاع جديدة في صيغ العقود والتصرفات التي كانت تحرر بمعرفة الفقهاء، وأنها كانت تتحول إلى قواعد قانونية ملزمة باضطراد تطبيقها أمام البريتور، وتعرف هذه الناحية الإنشائية من النشاط الفقهي باسم (établir) instituere، أي إنشاء أو ابتكار المبادئ القانونية الجديدة، وفضلاً عن هذا التفسير الإنشائي فقد كان الفقه في هذا العهد مصدرًا غير مباشر لغيره من المصادر القانونية[٢]، فمن التشريعات التي صدرت في هذا العصر ما صدر بإيحاء من الفقهاء، كما أن البريتور المدني وبريتور الأجانب كثيرًا ما كانا يعملان بتوجيه الفقهاء ويقرران في منشورهما قواعد وضعت بإشارتهم[٣].

ومن ناحية أخرى كان الفقه يقوم أيضًا بوظيفة تعليمية، حيث اشتغل الفقهاء بوظائف علمية، إذ كانوا يقومون بالتدريس والتأليف، فكل فقيه كان يحيط به عدد من الشبان المعجبين به، الراغبين في الدراسة القانونية، وكان هؤلاء يكتسبون ثقافة قانونية عن طريق سماعهم لفتاوى الفقيه بالنسبة لما يعرض عليه من مسائل قانونية، كما كان الفقهاء يقومون بوضع المؤلفات القانونية، مع ملاحظة أن هذه المؤلفات لم تكن في البداية سوى تجميعات للفتاوى التي يصدرها الفقيه في المناسبات المختلفة، إلى جانب صيغ التصرفات القانونية، فهي لم تكن تنطوي على نظريات أو مبادئ عامة، كما أنها لم تكن تتبع نهجًا منطقيًا[٤].

ويسمى هذا النشاط المتعدد بالتفسير القانوني Juris interpretatio، بالرغم من أنه لم يكن تفسيراً بالمعنى الصحيح؛ لأنه كان يتناول وجوهاً عدة لا تدخل في نطاق الفقه في العصر الحديث ولأنه لم يكن تفسيرًا للنصوص في حد ذاتها، بل تفسيرًا يستند على هذه النصوص،

---

(١) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٤٢، ٤٣.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٦٠، عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٤٣، ٤٤.

وعلى الأخص على قانون الألواح ذلك الأساس القانوني الذي بنى عليه القانون الروماني في نشأته وفي مراحل تطوره لاستنباط المبادئ التي تؤدي إلى توسيع دائرة تطبيق هذه النصوص[١]؛ ولذا كان للفقه الروماني في هذه المرحلة طابع عملي بحت، فكان فناً لم يهتد إلى طريقه العلمي الصحيح، يعالج المسائل القانونية بطرق عملية لا علمية، فلم يجد الفقهاء في هذه المرحلة عن الحياة العملية، ولم يهتموا بصياغة النظريات العلمية، بل وجهوا معظم نشاطهم إلى إبداء الرأي في المسائل الجزئية التي كان عملاؤهم يستشيرونهم فيها، دون استنباط الأصول والمبادئ القانونية إلا في القليل النادر، وبالرغم من أن النشاط الفقهي اقتصر في هذه المرحلة على الناحية العملية، فإنه كان له أثر كبير في تطور النظم في القانون الروماني، وكانت وسيلته في معظم هذا التطور التحايل والافتراض[٢].

أما الدور الثالث للفقه فكان دور النضوج والاكتمال، حيث بلغ فيه ذروته من التهذيب والبحث العلمي، ويبدأ هذا الدور في أواخر عصر الجمهورية، وينتهي في أوساط القرن الثالث للميلاد، وقد عرف الفقه اصطلاحًا في هذه المرحلة باسم الفقه العلمي jurisprudence classique، وفيها ارتفع القانون من مرتبة الفنون إلى مرتبة العلوم[٣]، فالفقيه هو رجل هذا العصر، وفيه تركزت الحركة القانونية، لأنه مؤسس المنطق القانوني المبني على الاستنتاج والرأي، وهو لا يتوخى من جراء ذلك تسهيل إجراءات التقاضي فحسب، بل استنباط الأصول العامة التي تتفرع عنها أحكام القانون، وقد كان له في انتشار الثقافة اليونانية أكبر عون على بلوغ ذلك، فاسترشد بها في طريقة البحث، واقتبس من مبادئها بعض الأحكام كلما رأى فيها نفعا أو فائدة؛ لأنه لا يرى ارتباطًا بين الخلق والقانون ولا يحاول صياغة التعاليم الفلسفية في قواعد قانونية إلا بما ينفع الناس ويعدل بينهم[٤]، بين أنه ظل متأثراً بالحياة العملية، ويرجع ذلك إلى طبيعة الرومان واستعدادهم للاشتغال بالمسائل العملية وابتعادهم عن المجادلات النظرية، فإن بهرتهم النظريات الفلسفية المستمدة من الثقافة الإغريقية التي كان لها أثر كبير في تكوين عقلية الفقهاء في هذه المرحلة ومدتهم بوسائل عقلية كثيرة مثل القياس استخدموها في تطوير القانون، فقد أخذوا من هذه النظريات الفلسفية بالقدر الذي تتطلبه الضرورات العملية، فلم ينصرفوا إلى

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٧ – ٨، ص ٣٢.

(٣) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٨.

(٤) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٠٦، ١٠٧.

المسيحية، تقوم على أسس جديدة، وتغير مضمونها واتسع نطاقها ومداها[1].

ويظل مبدأ الرضائية أحد أهم المبادئ القانونية التي لقيت دعمًا وتأييدًا كبيرًا بظهور المسيحية وانتشار تعاليمها في روما حيث اتجه القانون الكنسي منذ فجر تكوينه إلى تغليب مبدأ سلطان الإرادة كنتيجة حتمية لما تتضمنه المسيحية من الدعوة إلى احترام العهود والتزام الإنسان

---

(١) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠٣، ٢٠٤، ظهر أثر المسيحية سواء في مجال القانون الخاص، أو في مجال الجرائم والعقوبات، ففي مجال القانون الخاص، كان للمسيحية أكبر الأثر في نظام الأسرة، حيث استحدثت الديانة المسيحية موانع قانونية جديدة للزواج منها ما يقوم على أسس عقائدية مثل اختلاف الدين، ومنها ما يقوم على فكرة القرابة الروحية، كتحريم الزواج بين الفتاة والرجل الذي يتولى تعميدها، باعتباره أبا روحياً لها، كما ترتب عليها إلغاء القوانين التي تحارب الإعراض عن الزواج والتي أصدرها الإمبراطور (أغسطس) نظراً لأن المسيحية تدعو إلى الرهبنة وتعتبرها إحدى الفضائل، كما ترتب على انتشار المسيحية قيام الأباطرة منذ عهد قسطنطين إلى تقييد استعمال الحق في الطلاق، وذلك بتحديد الأسباب المبررة له، ووضع القيود عليه كما كان للمسيحية أثر كبير في التخفيف من سلطة رب الأسرة وقسوتها فلم تعد سلطة مطلقة، وإنما أصبحت واجباً على الأب لحماية أولاده، كما اعترف للمرأة بأهلية التبني إذا لم يكن لها أولاد وبشرط استئذان الإمبراطور، كما تحسنت حالة الأرقاء كثيراً بفضل انتشار المسيحية في العهد الإمبراطوري، كما ظهر أثر المسيحية أيضاً في مجال العقود والالتزامات ففضلاً عن إقرار مبدأ الرضائية، كان للمسيحية دور كبير في إقرار نظرية الغبن الفاحش في القانون الروماني فتحت تأثير المسيحية التي تنادي بالعدالة في المعاملات وبضرورة التعادل بين الالتزامات قرر (جستنيان) أنه يجوز للبائع الرجوع في البيع بسبب الغبن إذا كان الثمن أقل من نصف قيمة الشيء المبيع، كذلك فيما يتعلق بنظام الفوائد، عمل الأباطرة تحت تأثير المسيحية على تخفيض سعر الفائدة وتحديده بنسبة معينة، وتحريم الفوائد الفاحشة التي كانت تصل أحياناً إلى ١٠٠٪ من أصل الدين، ولكنهم لم يصلوا إلى تحريم الربا كلية وإلغاء القرض بفائدة كما أدخلت الكثير من التعديلات على القانون الجنائي عند الرومان، ومنها إقرار عقوبة الإعدام كعقوبة لجريمة الزنا بدلاً من عقوبات الإبعاد والمصادرة والجلد التي كان قانون جوليا قد قررها للعقاب على الزنا، كما حرمت العلاقة بين المرأة الحرة والرقيق المملوك لها، وعاقبت على تلك الجريمة بالإعدام للطرفين، بعد أن كانت هذه العلاقة جائزة، كما قررت عقوبة الإعدام كعقاب على الزواج بين المحارم بعد أن كانت عقوبتها النفي، كما تم الحد من إطلاق تقرير حق الدفاع الشرعي حيث تقرر القانون الروماني عدم جواز القتل للدفاع عن المال بعد أن كان مباحاً، واشترط للدفاع عن النفس ألا يكون للشخص وسيلة أخرى للهرب من الخطر المحدق به سوى القتل، أخيراً أدخلت أفعال جديدة في مجال التحريم لحماية العقيدة المسيحية مثل جريمة تدنيس وسرقة الأشياء المقدسة وجريمة الهرطقة وجريمة العيب في الذات الإلهية، لمزيد من التفاصيل راجع: مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٢٠٤، وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها، طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها، علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٣٤ وما بعدها، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها، السيد فوده، تطور القانون، مرجع سابق، ص ٢٦، وما بعدها.

بعبارتهن وانعكاس ذلك على موقف آباء الكنيسة ورجال الدين إزاء مبدأ الرضائية.

فمن ناحية: نجد أن نصوص العهد القديم (التوراة) والتي تتعلق بعلاقات الأفراد بعضهم بعض تحض على ضرورة تحاشي الكذب ومن أهم هذه النصوص[١].

(١) المزامير المزمور ٥ آية ٧ وكان داود قد وجه كلامه للرب قائلاً "أبغضت كل فاعلي الإثم ثم تهلك كل المتكلمين بالكذب".

(٢) المزامير المزمور ١٢ آية ٣٢ وكان داود محاطاً بمجموعه من الأشرار والفاسدين، فوجه هذا الرجاء إلى ربه "خلص يا رب... يتكلمون بالكذب كل واحد مع صاحبه بشفاه ملقة. يقطع الرب جميع الشفاه الملقة، ولسان المتكلم بالعظائم".

كما نجد في نصوص العهد الجديد (الإنجيل) المسيح يدعو المسيحيين إلى ضرورة تحاشي القسم حتى لا يحنث به، فالمسيحي الحقيقي هو الذي تطابق أقواله الحقيقة دونما حاجة لقسم أو يمين، وذلك على عكس اليهود الذين كانت تسمح لهم تعاليم التوراة باستعمال اليمين لتأكيد تعهداتهم وأقوالهم، وفي هذا يقول المسيح في موعظته فوق الجبل "أيضًا سمعتم أنه قيل للقدماء، لا تحنث بل أوف للرب أقسامك، وأما أنا فأقول لكم لا تحلفوا البتة لا بالسماء؛ لأنها كرسي الله، ولا بالأرض؛ لأنها موطئ قدمه، ولا بأورشليم؛ لأنها مدينة الملك العظيم، ولا تحلف برأسك لأنك لا تقدر أن تجعل شعرة واحدة بيضاء أو سوداء، بل ليكن كلامكم نعم نعم، لا لا وما زاد على ذلك فهو من الشرير"[٢].

ومن ناحية أخرى نجد أن آباء الكنيسة ورجال الدين[٣]، في هذا العصر قد نظروا إلى

---

(١) أنظر الكتاب المقدس – العهد القديم – دار الكتاب المقدس – القاهرة – مشار إليه لدى عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٢) أنظر الإصحاح الخامس من إنجيل متى آية من ٣٣ – ٣٧، مشار إليه لدى عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٣) يقصد بآباء الكنيسة: الكتاب الدينيون طيلة القرون السبعة الأولى للمسيحية، والذين يرجع إليهم الفضل في تقنين كثير من التعاليم الشفوية والتعليق على النصوص المقدسة، رغم أن كتاباتهم لم تكن لها قوة القانون إلا أن تأثيرها كان كبيراً على قرارات البابا والمجامع الكنسية.

وقد كان هناك طائفتان من الآباء الأولى هي طائفة آباء الكنيسة اليونانية وهي الكنيسة الأرثوذكسية التي كان يرأسها بطريرك القسطنطينية والثانية هي طائفة آباء الكنيسة اللاتينية في الغرب، وهي الكنيسة الكاثوليكية التي رأسها البابا. أنظر فردناند شيفل، الحضارة الأوربية في القرون الوسطى وعصر النهضة، بيروت، ١٩٥٢، ص ٢٢.

العلمي قوة رسمية، فألزم القضاة بالأخذ بها بشروط معينة، وهكذا خيم الجمود على الفقه وأقفل باب الاجتهاد وظل الحال كذلك حتى صدور مجموعات جستنيان في القرن السادس الميلادي، حيث منع الرجوع لغير النصوص الواردة فيها[1].

ثانيا: دور الفقه في الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ الرضائية في القانون الروماني:

لعب الفقه دورًا مهما في تطوير القانون الروماني على مر عصوره، حيث برع فقهاء الرومان بغريزتهم القانونية، ثم بعد حين بتأثير الفلسفة اليونانية في الجدل القانوني، وامتازوا بالدقة في مصطلحاتهم الفقهية، وبالوضوح في تقسيماتهم المنطقية، كما امتازوا بالقدرة على استخلاص المبادئ العامة وصياغتها وتطبيقها على المسائل العملية، فاستطاعوا بذلك الربط ما بين القانون وجميع الظواهر الاجتماعية والدينية والسياسية والاقتصادية... إلخ، وتمكنوا من الأخذ بناصية القانون، وإقامة صرحه على أساس من الأخلاق والفضيلة[2].

وقد ظهر بحق الدور الخلاق والابتكار المتقن للفقهاء، وهم يعملون على الاتجاه بالقانون الروماني نحو الاعتراف بدور الإرادة في التصرفات القانونية، والتخفيف من النتائج الظالمة المترتبة على سيادة الشكلية في هذا القانون ، حيث عملوا على التحرر تدريجيا من قيود الشكلية الظالمة تحررا يتناسب مع مقتضيات المجتمع الروماني وظروفه.

ففي عصر القانون القديم حيث سيطرت الروح المحافظة التي تأبى كل تجديد على الفكر الروماني، وسيادة الشكلية في القانون الروماني، التزم الفقهاء في تفسيرهم للقواعد القانونية والتصرفات التي يجريها الأفراد حرفية النصوص والعبارات المنطوقة، وهو ما أدى إلى جمود القواعد القانونية، ولكن هذه المرحلة كانت تسبقها مراحل أخرى يصعب تحديد بدايتها وانتهائها، حيث كان الفقه يستطيع التحايل على الشكلية، فالكهنة هم الذين وضعوا صيغ جميع التصرفات القانونية ودعاوى القانون، وهم الذين وقع عليهم عبء تطوير النظم القانونية، وجعلها صالحة لمسايرة حاجات المجتمع، ومما لا شك فيه أن هذه الصيغ مرت بمرحلة طويلة من التعديل

=تضارب آراء الفقهاء وجب على القاضي أن يتبع رأي الأغلبية وإذا تساوى الجانبان وجب اتباع الجانب الذي انحاز له بابنيان فإن لم يكن لبابنيان رأي في الموضوع فعلى القاضي أن يتبع الرأي الذي يرجحه ومعنى ذلك أن الحكم أصبح يصدر بطريقة آلية محضة، فقد أوجب القانون على القاضي عد الآراء لا وزنها لمعرفة أيها أرجح عنده ولاشك أنه لا يوجد دليل أبلغ من هذا على انحطاط علم القانون في هذا العصر، عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٣١، ١٣٢.

(١) السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤.

والتبديل، حتى استقرت في صورتها النهائية، وقد تضمن قانون الألواح بعض هذه الصيغ، وبعضها الآخر كان مستقرًا في التقاليد العرفية، وكان على الكهنة واجب تطوير هذه الصيغ بما يجعلها تساير مصالح الناس، وما يجد في المجتمع الروماني من تطور في هذا العهد، حيث بدأ يتحول من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، ولذلك اضطر رجال الدين لمسايرة هذا التطور إلى توسيع مجال تطبيق الصيغ القانونية أو استعمالها في غير الغرض الذي وضعت من أجله، أو تقريب بعضها من بعض لابتداع نظم جديدة، ولكن كل ذلك كان يتم مع احترام كامل للإطار الشكلي للصيغ القانونية والتزام حرفية النصوص في كثير من الأحيان[1]، إنهم أصلحوا البناء من الداخل بتوسيع النصوص دون تغيير في صيغتها، فبقى شكل البناء كما كان من الخارج.

وبناء على هذا يمكن القول بأنه وإن كان الفقهاء في هذا العهد لم يستطيعوا الخروج على الشكلية السائدة في القانون الروماني، فقد استطاعوا إلى حد ما القيام بما يشبه عملية المواءمة ما بين هذه الشكلية ومتطلبات المجتمع الروماني وظروفه المتجددة، حيث استطاعوا إنشاء العديد من النظم الجديدة، مثل نظام العتق ونظام التبني بالإشهاد ونظام الوصية بالإشهاد، وهي نظم لا يوجد ما يدل على أنها تقررت بنصوص تشريعية، ولا يرجع وجودها إلى نشاط البريتور؛ لأن نشاطه لم يكن قد بدأ بعد، وقد تمكن الفقهاء من القيام بذلك بالتحايل والافتراض والتوسع في تطبيق الصيغ القانونية التي كانوا يلزمون الخصوم باتباعها أمام الحاكم القضائي، وذلك باستعمال هذه الصيغ في أحوال لم تعد لها ولم تكن لتنطبق عليها من قبل[2]، كما استطاعوا ابتكار بعض المبادئ القانونية لتطبق على ما يجد من علاقات، وكانت وسيلتهم إلى ذلك صياغة العرف القديم في أوضاع جديدة، وذلك في صيغ التصرفات القانونية التي كانت تعد بمعرفة الفقهاء والتي كانت تتحول إلى قواعد قانونية ملزمة بإطراد تطبيقها أمام البريتور، وتعرف هذه الناحية الإنشائية من النشاط الفقهي باسم instituere (établir)، أي إنشاء أو ابتكار المبادئ القانونية الجديدة استنادًا لنصوص قانون الألواح الاثنى عشر، وكان الفقهاء وهم يستندون في تفسيرهم الإنشائي هذا على نصوص الألواح يتوسعون تارة في تفسيرها وتارة يحصرونها في نطاق ضيق، كما كانوا يوقفون أحياناً سريان النص بدفوع exeptio يرد بها المدعى عليه على دعوى المدعي، أو بمبادئ جديدة يصوغونها لهذا الغرض، كما كانوا يطبقون أحياناً النص على حالات لم يوضع لمثلها في الأصل، متوخين في ذلك حكمة التشريع ratio legis وإن تعارضت مع النص ومصلحة المجتمع دون المصلحة التي قصدها الشارع، كلما تعارضت هذه المصلحة

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، مرجع سابق، ص ٣٧.

مع مصلحة المجتمع في ظروفه الجديد[١]، فنشأت بذلك نظم جديدة لم تكن معروفة من قبل، ومنها التحرير[٢]، كما نشأت طرق سهلة للعتق والتبني ونقل الملكية ومنها الدعوى الصورية[٣].

ولم يقتصر أثر الفقه في هذا العهد على القيام بالمواءمة بين الشكلية السائدة في القانون الروماني وظروف المجتمع الروماني المتجددة، بل ساعد أيضًا في التخفيف من حدة النتائج الظالمة المترتبة على تلك الشكلية بطريق غير مباشر، من خلال إسهامه في نشوء مصدر من أهم مصادر القانون الروماني كان له شأن كبير في تطوير هذا القانون في مرحلته الأولى عامة، والتخفيف من حدة الشكلية وصرامتها خاصة، وتعني بذلك القانون القضائي jus honorarium، وعلى الأخص القانون البريتوري jus praetorium[٤]، حيث أسهم الفقه في تكوين هذا القانون؛ لدرجة أن البعض يرى أن هذا القانون هو في حقيقته من صنع الفقهاء[٥]، فبالرغم من أن فتاوى الفقهاء لم تكن ملزمة للحكم ومن باب أولى للبريتور، فإنها كثيرًا ما كانت ترشد القاضي وتساعده على الفصل في القضايا المعروضة عليه، كما أن الفقهاء كانوا يتدخلون أمام البريتور إما للإشراف على إجراءات الدعوى، وهي في دورها القانوني للتثبت من صحة الأوضاع المرسومة أو للإشارة عليه باتخاذ إجراء جديد، سواء أكان ذلك بالامتناع عن سماع الدعوى، أم بمنح دعوى جديدة أم دفع، وبذلك كان الفقه يسهم في تكوين القانون البريتوري ويمهد بمؤلفاته لإدماج الحلول الفقهية في المنشورات البريتورية والأحكام القضائية في القانون المدني[٦]، خاصة بعد ظهور الفقه المدني الحر والذي كان سببًا من الأسباب التي أدت إلى تغيير الأوضاع الشكلية في نظام التقاضي والاستعاضة عنها بنظام جديد هو نظام البرنامج الكتابي بموجب قانون إيبوتيا،

---

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) بنى نظام التحرير على نص في قانون الألواح يعاقب الوالد بحرمانه من سلطته على ابنه إذا أساء استعمال هذه السلطة بتكرار بيعه ثلاث مرات، وقد اتخذ هذا النص طريقة لتحرير الابن من سلطة أبيه كلما أراد الاستقلال بثمرات عمله وكان قبل ذلك لا سبيل لتحريره من سلطة أبيه.

(٣) ومعناه التسليم بالدعوى في دورها القانوني، وصورتها في نقل الملكية أن يدعي المتصرف إليه ملكية المال المراد نقل ملكيته فيسكت المتصرف أو يسلم بذلك و يصادق البريتور على ذلك، فيترتب الأثر المقصود وهو نقل الملكية، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، هامش ص ٤٦.

(٤) القانون القضائي هو مجموعة القواعد التي كان الحكام القضائيون يبتكرونها في منشوراتهم كالبريتور المدني وبريتور الأجانب، وحكام الأسواق، وأهمها قواعد القانون البريتوري الذي كان مصدراً مكملاً لقواعد القانون المدني، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٦، والهامش.

(٥) أنظر هذا الرأي لدى أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٦) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٧.

حيث أتاح هذا النظام للبريتور القيام بدوره المعروف في تطوير القانون الروماني بعد زيادة صلاحياته المتعلقة بقبول الدعوى أو رفضها، وهو ما أدى في النهاية إلى التخفيف من النتائج الظالمة المترتبة على الشكلية، فبعد صدور قانون إيبوتيا أضحت مهمة الفقهاء وضع البرنامج formula المناسب لما يدعيه الأفراد من حقوق، وإعداد البرنامج عمل فني دقيق يحتاج إلى دراية قانونية فائقة، ومن ثم كانت الحاجة ماسة إلى إسهام الفقهاء، والفقيه يقترح بناء على طلب الأفراد أو الحكام وخاصة البريتور نموذج برنامج الدعوى المناسب، وللحاكم (البريتور) سلطة تقديرية في قبول أو رفض، البرنامج المقترح من الفقيه أو رفضه، فإن أخذ بها أدمجها في منشوره، فتصبح جزءًا من القانون البريتوري[1]، مما يعني أنه كان هناك تلازم ما بين مجهود الفقهاء ومجهود الحكام القضائيين كما كان هناك من جهة أخرى ارتباط بين الفقه والقانون البريتوري باعتبارهما مصدرين من مصادر القانون[2].

وعلى هذا فقد لعب الفقهاء دورًا كبيرًا في هذا المجال، فمعظم نماذج برامج الدعاوى والدفوع التي وردت في منشور البريتور كانت من عمل الفقهاء، وعلى رأسها النماذج التي أسهمت بدور كبير في التخفيف من حدة الشكلية السائدة في القانون الروماني، مثل النماذج المتعلقة بالدعوى الواقعية التي اقترحت لحماية مراكز قانونية لم يحمها القانون المدني بسبب سيادة الشكلية – كما رأينا من قبل– مثل دعوى الإكراه أو دعوى التدليس، والنماذج التي عملت على حماية مراكز قانونية جديدة احتضنها القانون المدني، ولم تكن معروفة في عهد القانون القديم، مثل العقود الرضائية[3].

وإذا كان فقهاء القانون القديم قد استطاعوا القيام بعملية المواءمة ما بين الشكلية السائدة في القانون الروماني والظروف المتجددة للمجتمع الروماني، فإن الاتجاه الحقيقي لهذا القانون نحو الرضائية والتخفيف من قيود الشكلية الجامدة كان على يد فقهاء العصر العلمي، بعد أن بلغ الفقه مرتبة المصدر الملزم والمستقل للقانون الروماني.

فقد ازدهر الفقه في العصر العلمي وبلغ شأنًا عظيمًا، نتيجة عدة عوامل يأتي في مقدمتها غزو الثقافة اليونانية لمعتقدات الرومان وأفكارهم بعد فتح روما لبلاد اليونان وما ترتب على ذلك من تأثير للفلسفة اليونانية على القانون الروماني من خلال دور الفقه، فكان الفقه بمنزلة

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٢٥، ١٢٦.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٢٦.

القنطرة التي من خلالها أثرت الفلسفة الإغريقية على النظام القانوني الروماني[١]، كما كان لحلول نظام دعاوى البرنامج محل نظام دعاوى القانون بموجب قانون إيبوتيا وتشجيع ومناصرة الأباطرة للبحث الفلسفي في القانون، وتعدد مصادر القانون الملزمة، أكبر الأثر في ازدهار الفقه في هذا العصر، فارتقى الفقه من مجرد وضع الحلول العملية لما يعرض له من حالات إلى صياغة المبادئ العامة من الحلول الفردية، وبيان الآثار والنتائج المنطقية التي تترتب على كل مبدأ وتنسيقها بحسب ما بينها من ارتباط، فتكونت بذلك أنظمة قانونية متماسكة، ثم تعريفها وفقاً لخطة منهجية، فنشأ بذلك علم القانون بالمعنى الذي نعرفه الآن[٢].

وقد تمكن الفقهاء في هذا العصر من تغيير المظهر الخارجي والصورة الشكلية التي اصطبغ بها القانون الروماني[٣]، بعد أن هجروا مناهجهم القديم في البحث الذي كانوا يوجهونه لتجميع الحلول الفردية دون استخلاص المبادئ العامة من هذه الحلول، واتباعهم للمنهاج الجدلي المستمد من الفلسفة الإغريقية، فتولدت لدى هؤلاء الفقهاء بذور التحليل العلمي analyse scientifique، وبحثوا على ضوئه عن حقائق الأشياء وجوهرها، ولم يكتفوا بالنظرة السطحية إلى الأشياء[٤]، وقد بدا ذلك على الأخص في طريقتهم في التفسير وابتكار المبادئ، فلم يقتصروا في تحديد معاني النصوص أو التصرفات القانونية على التفسير اللفظي interprétation littérale الذي يستند على الألفاظ والمباني[٥]، بل عمدوا إلى ما كانوا يسمونه بالتفسير القائم على القواعد الثابتة "interprétation grammaticale"، وفيه بحثوا عن أصول الكلمات وسبر أغوارها ابتغاء كشف مكنونها والتعرف على قصد المشرع الحقيقي أو استخدامها في تحديد الكلمات ومعناها الشائع والتقريب ما بين الاصطلاحات في حالة توافقها وفرز المتناقضات بإبعاد الكلمات المختلفة وإجلاء كل ما تحتويه من غموض والأخذ بها نحو معان مركبة ومتجانسة في تحليل منطقي، كما استخدموا التفسير المنطقي "l'interprétation logique" القائم على استعمال صور القياس المنطقية، وبمقتضاه تمكنوا من سد نقص النصوص التشريعية وإكمال كثير من الحالات التي لم يفطن لها المشرع أو كان يرمي لها المتعاقدون[٦]، وكان الفقهاء وهم

---

(١) فايز محمد حسين، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) عكاشة عبد العال – طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(٣) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٤) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٥) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٦) محمود السقا، المرجع السابق، ص ١، ٢.

يقومون بدورهم في سد نقص التشريع، بناء على معايشتهم للمجتمع وارتباطهم بمشاكل الأفراد عن قرب يتمتعون بالضرورة بحرية واستقلال في ابتكار الأحكام الواجبة التطبيق، ومع تلك الحرية التي تمتع بها الفقهاء في إكمال نقص التشريع، حال بحثهم عن نية المشرع الحقيقية، برز دور الإرادة في تفسير النصوص[١].

وهكذا شق الفقهاء طريقهم صوب البحث عما وراء الشكل من إرادة حقيقية، سواء في ذلك إرادة المشرع أو إرادة الأفراد بالنسبة لتصرفاتهم القانونية، وسواء في ذلك التصرفات بين الأحياء أم التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وقد حفل القانون الروماني بعدد زاخر من الأمثلة التي تؤكد على انتصار دور الإرادة في مجال التفسير على الشكلية السائدة في مجال التصرفات القانونية بين الأفراد[٢]، ومن أبرز هذه الأمثلة التي استشهد بها البعض وهم بصدد إقرار مذهب الفقهاء في عقد الغلبة لدور الإرادة على الشكلية في مجال التصرفات القانونية بين الأفراد، القضية الشهيرة المعروفة باسم قضية "كوريوس[٣] Causa curiana التي عرضت أمام القضاء بين عامي ٩٣ – ٩١ ق.م، ويتعلق جوهر هذه القضية بتفسير إحدى الوصايا، وقد روى لنا شيشرون وقائع القضية على الوجه الآتي:

"شخص يدعى "كوبونيوس" أوصى بماله لولده، ولم يكن هذا الولد قد ولد وقت عمل الوصية، وكان الأب يؤمل في ولادة ولد له "حيث كان يعتقد أن زوجته حامل" ونص في الوصية على "وارث احتياطي" هو المدعو "كوريوس" الذي سميت القضية باسمه، على أن تؤول إليه التركة إذا توفي ولده قبل بلوغه سن الرشد، إلا أن الموصي توفى قبل أن يرزق بولد، فوضع كوريوس "الوارث الاحتياطي" يده على أموال التركة، ولكن أحد أقارب الموصي من الأعصاب ويدعى "كوبونيوس" نازع في التركة، وتولى الدفاع عنه الفقيه الفذ "سكافولا" على حين تولى الخطيب الشهير "ليسنيوس كراسوس" الدفاع عن الوارث الاحتياطي كوريوس"، وقد عرض لنا شيشرون الحجة التي تمسك بها كل من المدافعين، وقد تمثلت حجة الفقيه سكافولا في تمسكه بحرفية نصوص الوصية التي تقضي بأن التركة لا تذهب إلى الوارث الاحتياطي كوريوس إلا بعد ولادة الموصى له ووفاته قبل سن البلوغ، وحيث إن الموصى له لم يولد، ومن ثم لم يتوفى قبل بلوغه سن الرشد فإن شرط الموصي لم يتحقق، وتعد الوصية كأن لم تكن، وتذهب التركة

---

(١) محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مرجع سابق، ص ١٣.

(٣) ورد هذا المثال لدى صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، هامش ص ٢٤، ٢٥، محمود السقا، دروس في فلسفة القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦٤، ٦٥.

للورثة الشرعيين ومنهم كوبونيوس".

وقد نازع المحامي كراسوس هذه الحجة أو كما عبر شيشرون نازع هذا الحق ذاته، ودافع عن كوريوس الوارث الاحتياطي بحجة أسسها على استخلاص "نية الموصي"، إذ أن نيته انصرفت إلى توريث كوريوس في حالة وفاة ولده الموصى له قبل سن البلوغ، وفي حالة عدم ولادته أصلاً، ومن ثم تصح الوصية وتؤول التركة على هذا إلى كوريوس – الوارث الاحتياطي – وليس إلى كوبونيوس الوارث الشرعي، وقد تغلبت وجهة النظر التي دافع عنها كوريوس، وهذا النظر هو الذي ساد في القانون الروماني في عصره الجديد، حيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وهكذا انتصرت مع تفسيرات فقهاء العصر العلمي الإرادة على الشكل، وأصبح البحث الدقيق عن قصد المشرع أو المتعاقدين هدفاً من أهدافهم حققوه تمامًا في ظل روح التشريع، وبفضل هذا كله ظهر الدور الخلاق لفقهاء العصر العلمي، وابتكروا على هذا النمط الكثير من الأحكام والمبادئ العامة في حمى العدالة والفضيلة، وفي نطاق النظرة لتحقيق الصالح العام[١]، دون أن يصل بهم الأمر إلى حد إقامة نظريات عامة على خلاف فقهاء العصر البيزنطي، وهو ما ساعد على تطور القانون، وفضلاً عن ذلك استعاروا بعض المبادئ من الفلسفة الإغريقية مثل العدالة، حسن النية... إلخ، وبنوا عليها كثيرًا من القواعد القانونية التي عجزوا عن ردها إلى قاعدة أو أصل مقرر في القانون المدني[٢]، حيث استند الفقهاء لمبدأي حسن النية والعدالة؛ لإقرار العقود الرضائية، إذ وجد الفقهاء في حسن النية أساسًا فلسفيًا لتشييد نظرية العقود الرضائية، فالعدالة وحسن النية تقتضيان بأن ينفذ الشخص ما تعهد به، ومن هنا فقد أخذت فكرة حسن النية كفكرة ذات قيمة أخلاقية غير متعارضة مع التقاليد الرومانية مكانتها في هيكل القانون الروماني المعتمد على الشكلية، وهو ما ترتب عليه إمكانية أن تكون حسن النية مصدراً للالتزامات التعاقدية الداخلة في نطاق القانون المدني، وأصبغ عليها البريتور حمايته بدعاوى حسن النية وهي دعاوى مدنية، فحسن النية أو ما أطلق عليه فيما بعد مبدأ الرضائية، أصبحت في ذاتها مصدرًا للالتزام، وهو ما ترتب عليه إصباغ النظام التعاقدي بطابع العدالة والمساواة، فأفسح المجال لظهور العديد من العقود التي تجد مصدراً لها في فكرة حسن النية، مثل:

---

(١) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مرجع سابق، ص ٢٤، ٢٥.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٥، ٢٦.

الوصاية، الشركة، الائتمان، الوكالة، البيع، الوديعة، الإيجار[1].

وهكذا توصل الفقهاء الرومان بعد صدور قانون إيبوتيا إلى تطوير القانون المدني jus civile في معظم أجزائه والاتجاه به نحو الرضائية بما يتفق مع مقتضيات العدالة وحاجة العمل، ولذلك استطاع الفقيه سلس (CELSE) أن يعرف القانون بأنه: "فن يقوم على العدالة والصالح العام" مع ملاحظة أن هذا التطوير قد تم تدريجيا، حيث بدأ في القرن الثاني قبل الميلادي وبلغ منتهاه في القرن الثالث الميلادي؛ ذلك أن الفقهاء الرومان التزموا خطة الحذر والتروي فيما يقدمون عليه من تعديل، فكانوا لا يهدمون النظم الموروثة، بل يعدلونها مع احترام لهيكلها القديم على الأقل من حيث الظاهر[2].

(١) عبد المنعم درويش، محاولة لتحليل تطور فكرة الالتزام التعاقدي، مرجع سابق، ص ١٤، ١٥.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٦.

المطلب الثاني

دور البريتور في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية

أولا: المركز القانوني للبريتور وطبيعة دوره في القانون الروماني:

كانت ولاية القضاء في العصر الملكي لروما من اختصاص الملك، ويعاونه الكهنة في القيام بها، ثم أصبحت من اختصاص القناصل في العصر الجمهوري، فإنه لما كثرت أعباء الحكم على القناصل عهد بالقضاء المدني إلى حاكم مستقل يدعى بريتور المدينة praetor urbanus أو الحاكم القضائي، وذلك منذ عام ٣٦٧ ق.م، ويختص هذا الحاكم بالنظر في قضايا المواطنين الرومان داخل مدينة روما[١].

ومع اتساع هذه المدينة ونمو النشاط الاقتصادي بها، خاصة ما يتعلق منه بالتجارة، وهو ما أدى إلى ازدياد عدد الأجانب بها الذين دخلوا في علاقات ومعاملات مع الرومان ومع بعضهم البعض، ظهرت الحاجة إلى إيجاد نوع من القضاء للفصل فيما ينشأ من منازعات بين الأجانب والرومان أو بين الأجانب وبعضهم البعض، فأنشأ الرومان وظيفة بريتور الأجانب عند نهاية عام ٢٤٢ ق.م. وأوائل عام ٢٤١ ق.م، للفصل في مثل هذا النوع من المنازعات[٢].

وعلى هذا فقد كان لدى الرومان بريتوران يقومان بأعمال القضاء: الأول بريتور المدينة، والثاني بريتور الأجانب.

أما فيما يتعلق ببريتور المدينة فقد كانت مهمته في بادئ الأمر عندما كانت معرفة القانون وتفسيره حكرًا على رجال الدين، تقف عند حد سماع ادعاءات الطرفين المتنازعين وإلى تلاوتهما للصيغ الرسمية القانونية التي يعدها رجال الدين للمتداعين، والتأكد من أنهما اتبعا الإجراءات والشكليات التي تطلبها القانون، فإذا وجدها مخالفة رفض منح الدعوى، أما إذا وجدها مطابقة للإجراءات التي نص عليها القانون أحال الطرفين إلى حكم يفصل في النزاع، وهو ما يعني أن سلطة البريتور في ذلك الحين كانت مقيدة، بل إن نصيبه من التدخل في سير الدعوى وهي منظورة أمامه كان ضئيلاً إلى حد أنه لم يكن في استطاعته منح دعوى ولو كان

---

(١) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، هامش ص ١٠٢، ١٠٣، مصطفى سيد صقر، مبادئ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق. ص ٣٠٦.

(٢) محمد علي الصافوري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٣١١، محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية، مرجع سابق، ص ١٠٣.

W. A. HUNTER: Roman Law. op. cit. p. 34 et 980.

الحق فيها جليًا، أو منع دعوى ولو كان الظلم فيها ظاهرًا، ذلك أن القانون قد عدد الحقوق التي يمكن أن يدعي بها، وجعل لكل حق طريقة خاصة بالادعاء، وينحصر دور البريتور في مراقبة صحة الإجراءات والصيغ التي يقوم بها الأفراد ومدى مطابقتها للصيغ والإجراءات التي نص عليها القانون(١).

غير أن سلطاته قد اتسعت بعد أن تخلص القانون الروماني من احتكار رجال الدين وزوال احتكار الأحبار لوضع صيغ الدعاوى القانونية وحلول مجموعة من المدنيين هم الفقهاء محلهم في وضع تلك الصيغ وابتكارها، فلم تعد مهمته تنحصر في قبول الدعوى أو رفضها بعد التثبت من مطابقة أقوال الخصوم للأوضاع المرسومة، بل تضمنت أيضاً بيان القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد الذين تثور المنازعات بينهم والتي يجب أن يتبعها ويلتزم بها الحكم أو القاضي الذي تحال إليه الدعوى عند فصله في النزاع(٢).

ورغم هذا التطور الملحوظ في سلطات البريتور بعد زوال احتكار رجال الدين للقانون، فإن الدور الحقيقي له في ابتكار القواعد العرفية لم يبدأ إلا بعد صدور قانون إيبوتيا ١٣٠ ق.م. الذي أحل نظام الدعاوى الكتابية (نظام دعاوى البرنامج) محل دعاوى القانون(٣)، حيث ظلت سلطة البريتور مقيدة طوال مدة سريان نظام دعاوى القانون برسمياته وشكلياته التي لا يملك فيها تعديلاً أو تغييرًا، أما بعد حلول نظام الدعاوى الكتابية فقد بدأت قدرة البريتور على الابتداع تزداد زيادة كبيرة بظهور نظام للدعاوى خال من الرسمية أو الشكلية، ففي ظل هذا النظام أصبح البريتور هو الذي يضع برنامج الدعوى في وثيقة مكتوبة يثبت فيها ادعاءات الأطراف دون التمسك بالشكليات والرسميات التي كانت موجودة في دعاوى القانون، وأصبح هو الذي يعطي صيغة الدعوى للأطراف، ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أصبح في ظل النظام الجديد هو المهيمن على نظام الدعاوى والمرافعات، إذ إنه لم يقتصر على منح الصيغة لتلك الحقوق التي يعترف بها القانون المدني ويحميها، بل أوجد صيغ دعاوى لحماية مراكز قانونية لا يحميها

---

(١) أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥٣، عبد السلام الترمانيني، محاضرات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٥، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٦٤، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٣٣٣، ٣٣٤.

(٢) عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٤٦، بدر والبدراوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٥٤ وفي المعني نفسه:
J. MUIRHEAD. Historical introduction to the private Law of Rome, op. cit. p. 324.

القانون المدني[١]، ومن ثم بدأ الحديث عن دور خلاق للحاكم القضائي أو البريتور، وعلى اساس أن اجتهاداته تعد مصدرًا من مصادر القانون الروماني، بعد أن أصبح في مقدور البريتور استحداث صيغ جديدة لحماية علاقات جديدة، أو تعديل الصيغ القديمة، إذا اتضح له تصادمها مع مبادئ العدالة وحسن النية[٢].

وقد كان البريتور يتمتع بسلطتين رئيسيتين: سلطة قضائية وسلطة ولائية (إدارية)، وبمقتضى هاتين السلطتين كان يتخذ من التدابير ما يراه مناسبًا لضمان سير العدالة، ويعلن هذه التدابير في المنشور الذي يصدره عند توليه السلطة[٣]، حيث كان له بصفته حاكما من حكام الرومان الحق في إصدار منشور عند بداية ولايته[٤]، يوضح فيه المبادئ التي ينوي اتباعها خلال هذه الفترة، والطريقة التي يزمع أن يسلكها في أداء مهام وظيفته، وكان يطلق على هذا المنشور الذي يعلنه عند بدء ولايته اسم "المنشور الدائم edictum perpetuum"؛ لأنه كان موضوعاً ليستمر طوال عام ولايته[٥]، فإذا انتهت هذه المدة كان البريتور الجديد يقوم بدوره، بإعلان منشوره الدائم، دون أن يكون ملتزمًا من الناحية القانونية، بالإبقاء على منشور سلفه، إذ كان يستطيع أن يعدل فيه كيفما يشاء، ومن ثم كان مضمون المنشور يتغير من الناحية النظرية من سنة إلى أخرى؛ ولذا كان يطلق على منشور البريتور اسم القانون السنوي (lex annua)[٦]،

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٦٥.

J. MUIRHEAD; op. cit, p. 324.

(٢) فتحي المرصفاوي، شريعة الرومان (البيئة – المصدر – المآل)، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٣) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٤) كان لكل الحكام الرومانيين الحق في إصدار منشورات (edicta) على الناس عند بدء عام ولايتهم إلا أن جايوس لم يضع سوى منشورات الحكام الذين لهم حق الأمر (بريتور المدينة – بريتور الأجانب – حاكم الأسواق في روما – حكام الأقاليم والرقباء في المستعمرات) بين مصادر القانون لأن منشوراتهم كانت هي الأهم من حيث تكوين القواعد القانونية، أنظر بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧١، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

W. A. HUNTER; op. cit, p. 34.

(٥) لم يكن ذلك يمنع البريتور من حقه في إصدار منشورات طارئة خلال مدة ولايته لمواجهة ما قد يطرأ من ظروف لم تكن متوقعة عند وضع المنشور الدائم وتقتضي وضع أحكام جديدة، إلا أن هذه المنشورات كانت تثير سخط الرأي العام نظراً لما يترتب عليها من عدم استقرار للمعاملات، ولذا تم حرمان البريتور من إصدار مثل هذه المنشورات بعد صدور قانون كورنليا Lex cornelia عام ٦٧ ق.م. أنظر أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٥٧، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٩٧، ٩٨.

R. D. MELVILLE; op. cit, p. 26.

(٦) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٠٤، أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٧١.

إلا أنه من الناحية العملية كان البريتور يبقى على معظم المبادئ الواردة في منشور سلفه، ويقتصر على إدخال بعض التعديلات والمبادئ الجديدة التي تدعو إليها الحاجة الملحة، وهو ما أدى إلى ظهور مجموعة من الأحكام الثابتة التي أخذت تنتقل من منشور كل بريتور إلى آخر دون تعديل، ومع الزمن زاد الجزء الثابت في منشور البريتور على الأحكام الجديدة التي يدخلها البريتور على منشور سلفه إلى أن وصل الأمر في أواخر العصر الجمهوري إلى اقتصار كل بريتور على تبني منشور سلفه دون تعديل يذكر(١). وقد ترتب على هذا الثبات والاستقرار في منشور البريتور اكتسابه لصفة الإلزام التي يتمتع بها التشريع، وإن لم يكتسب صفة المصدر الرسمي للقانون إلا في عهد الإمبراطور هادريان Hadrien، حينما عهد إلى الفقيه جوليانوس Julianus مهمة تقنين وتجميع الأحكام والمبادئ التي تضمنتها منشورات الحكام القضائيين في مجموعة رسمية، بحيث تصبح نهائية وثابتة(٢)، فيلتزم كل بريتور عند بدء ولايته بنقل أحكام هذا المنشور المقنن في منشوره وعدم تعديلها، وقد عرض هذا المنشور المقنن على مجلس الشيوخ فأقره وأصبح ملزمًا قانونًا لكل بريتور يأتي بعد ذلك(٣).

ومن المعروف أن سلطات البريتور في القانون الروماني، لم تكن تسمح بالقيام بدور المشرع، أي لا تسمح له بخلق قواعد قانونية جديدة أو تعديل ما هو قائم منها؛ لأن التشريع كان من اختصاص المجالس الشعبية ومجلس الشيوخ والإمبراطور فيما بعد، وإنما تنحصر وظيفته في ضمان تطبيق قواعد القانون المدني بماله من إشراف على سير الدعوى، ولذلك وصفته النصوص بأنه "vivavox juris civil"، أي اللسان المعبر عن القانون المدني وصوته الحي،

---

(١) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٩٨، أحمد حسن، المرجع السابق، نفس الموضع.
W. A. HUNTER; op. cit, p. 35.

(٢) عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص ٤٩، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) وقد أدى تجميع منشور البريتور إلى جمود القانون البريتوري جمودًا تامصا بعد توقفه عن التطور وثباته مثل القانون المدني، الأمر الذي أدى إلى فقدان البريتور لأي دور له في تطوير القانون الروماني، قبل أن يفقد نهائياً دوره القضائي (دوره في الدعوى) بعد حلول نظام الدعاوى الإدارية أو غير العادية محل نظام المرافعات الكتابية (البرنامج) الذي جعل من القاضي موظفًا عموميًا تعينه الدولة يقوم بنظر الدعوى والفصل فيها بنفسه، وأجاز استئناف حكمه أمام قاضي آخر أعلى مرتبة، ولذلك لم يعد البريتور يحيل الدعوى عن طريق برنامج إلى قاضي كما كان الحال في عهد دعاوى البرنامج، وترتب على ذلك أن نظام التقاضي لم يعد جزءًا من القانون الخاص بل أصبح من نظم القانون العام، أنظر فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٠٢، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٧٣، أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٧٢.

ومع ذلك فقد تمكن البريتور من القيام بدور كبير في سبيل تطوير نظم القانون الروماني[١].

فالبريتور بصفته الأمين على تطبيق أحكام القانون المدني، بما له من سلطة قضائية، كان يلمس أكثر من غيره مدى عدم ملاءمة أحكام القانون المدني القديم لحالة المجتمع الروماني بعد التطورات التي أصابت هذا المجتمع وتحوله من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري منذ القرنين الثالث والثاني قبل الميلاد وهو ما استدعى ضرورة تعديل أحكام القانون المدني، ولكن إحجام وتقاعس المشرع الروماني عن التدخل في كثير من الحالات جعل مهمة التوفيق بين أحكام القانون العتيقة وحاجات المجتمع المتجددة تقع على عاتق البريتور الذي مثل نقطة التلاقي القانونية في روما بين القواعد النظرية والتطبيقية، فرغم أنه لم يكن مشرعًا، ومن ثم لم يكن يملك قانوناً حق تعديل أو تكملة القانون المدني، فإنه وجد تحت إلحاح الضرورة ومنطق العدالة الطريق ممهدًا للقيام بهذا الدور، وقد أدى البريتور بالفعل هذا الدور مستعيناً بالفقهاء ودون أن يعلن عن ذلك صراحة، حيث كان يصل إلى مرامه باستخدام عدة وسائل ملتوية تطبيقاً لسلطتيه الولائية والقضائية، مثل الحيلة (fiction) والدفوع (exceptions)، إذ مكنته هذه الوسائل من الناحية العملية من سد النقص الظاهر الذي ظهر في القانون المدني، بل تعديله ومنع تطبيقه دون أن يعلن عن هذا صراحة؛ لأن سلطته تنحصر في تطبيق القانون المدني، وليس في تعديله أو إلغائه[٢]، وقد نتج عن نشاط البريتور الذي استعرضناه ظهور مجموعة من الأحكام والقواعد القانونية الجديدة ضمنها في منشوره أطلق عليها القانون البريتوري، وهو قانون مستقل عن القانون المدني الروماني يعرفه الفقهاء بأنه "القانون الذي أوجده البريتور لضمان تطبيق القانون المدني أو لتكملة النقص الظاهر فيه أو لتعديله وفقًا لاحتياجات المصلحة العامة"، وقد تميزت قواعد هذا القانون عن قواعد القانون المدني بمرونتها وخلوها من الشكليات الجامدة واتفاقها مع مبادئ العدالة وحسن النية وتمشيها مع حالة المجتمع الروماني[٣].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٠٦، وكذلك مؤلفة تاريخ النظم، مرجع سابق. ص ٣٣٥، ولمزيد من التفاصيل عن دور البريتور في تطوير القانون الروماني، أنظر ميشيل فيليه، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٩١، وما بعدها، أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٤، وما بعدها وكذلك:
E. CUQ: Manuel de droit romain. op. cit. pp. 19 – 25: J. GAUDEMET: Institutions de l'antiquité. op. cit. p. 575 et ss.

(٢) محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني، العدد الأول، مرجع سابق، ص ٥٢. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص ٤٩، صوفي أبو طالب، المرجع السابق. ص ٣٣٥.

وقد أدى ظهور القانون البريتوري على أنه جسم قانون مستقل في نظر فقهاء القانون الروماني في العصر العلمي إلى ازدواج علم القانون الروماني، حيث نشأت نظم قانونية من واقع اجتهادات البريتور تقابل النظم القانونية المنبثقة من القانون المدني التقليدي[١] التي وإن كانت مختلفة عنها من الناحية الشكلية فإن لها القوة نفسها من الناحية العملية، فإلى جانب الملكية الرومانية وجدت الملكية البريتورية، وإلى جانب الميراث المدني وجد الإرث البريتوري، وإلى جانب الالتزام المدني وجد الاشتراط البريتوري وأحوال الإلزام بواسطة الدعاوى البريتورية[٢]، ويرجع سبب هذا الازدواج إلى أن البريتور استطاع أن يأتي بأفكار جديدة وأن يخلق نظمًا جديدة، ولكنه لم يملك إلغاء ما يقابلها من نظم في القانون المدني التقليدي، فبقيت النظم متجاورة متقابلة حتى عهد الإمبراطور جستنيان الذي أدمج القانونين البريتوري والمدني في هيكل واحد، وأحدث وحدة كاملة في النظم القانونية الرومانية[٣].

وإذا كان البريتور قد أسهم بدور كبير في تطوير القانون الروماني في المطلق، فإنه يمكن القول بأن هذا الدور قد اختلف مداه تبعاً لتطور نظام التقاضي.

ففي عهد نظام دعاوى القانون كانت سلطة البريتور القضائية محدودة بصورة لا تمكنه من الإسهام بدور فعال في تطوير القانون الروماني، إذ لم يكن يملك استحداث صيغ دعاوى جديدة ولا تعديل القائم منها، ولا رفض منحها لمن يطلبها، ولكن إذا كانت سلطة البريتور القضائية في هذا الوقت من الضعف بصورة لم يتمكن معها من إدخال ما كان يراه لازمًا من إصلاح أو تعديل، فإنه قد استطاع الوصول إلى تحقيق ذلك عن طريق سلطته الإدارية أو الولائية imperum، أي سلطة الأمر والنهي يوجه بها القاضي أثناء نظر الدعوى، مثل أمر إعادة الشيء إلى أصله، أو يوجهها ضد الأفراد حينما يعرضون عليه منازعاتهم، مثل الأوامر والنواهي، أو تمكينهم من حيازة مال الغير، أو إلزامهم بعمل اشتراطات بريتورية[٤]، ومن ثم فقد استطاع البريتور استغلال ما في يده من سلطة إدارية في سبيل استبعاد ما كان يترتب على

---

(١) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٢) بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٠٩، ١١٠.

(٤) من المتفق عليه أن أساس التزام الرومان بقواعد القانون البريتوري رغم عدم كون البريتور مشرعًا ولا قاضيًا، هو أن البريتور كان بماله من سلطة الأمر والنهي يستطيع اتخاذ تدابير ووسائل تجبر الرومان على احترام ما يضعه من قواعد قانونية مثل توقيع الغرامات ضد المخالفين وأخذ مالهم كرهينة... إلخ، أنظر صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

تطبيق القانون المدني في ظل الظروف الجديدة من ظلم وعنت أو في سبيل استكمال ما كان يبدو فيه من نقص[١].

أما بعد حلول نظام دعاوى البرنامج محل نظام دعاوى القانون، فقد اكتسب البريتور سلطة جديدة، فبعد أن كان ملزمًا في ظل النظام القديم بإحالة طرفي النزاع إلى القاضي متى تبادلا العبارات الرسمية المعينة، أصبح هو المرجع في منح صيغة الدعوى وصاحب السلطة في إعطائها أو رفض ذلك، وعلى هذا الأساس أصبح في يده الكثير من الإمكانيات لتحقيق العدالة المنشودة، استنادًا إلى سلطته القضائية، فكان بإمكانه رفض الدعوى إذا اتضح له أن الادعاء برغم مطابقته للقانون المدني مخالف لمبادئ العدالة وحسن النية، كما كان بإمكانه أن يعدل في صيغة الدعوى حتى يوجه الحكم ضد شخص لم تؤسس الدعوى على فعله، كمسئولية الأب عن العقود التي يعقدها ابنه[٢] كما استطاع أن ينشئ صيغ دعاوى جديدة أطلق عليها "الدعاوى البريتورية"، كان البريتور يعد بمنحها في صلب منشوره، وذلك لحماية بعض المراكز القانونية أو لتلافي وقوع ظلم، فكان يمنح الدعاوى الواقعية (acrtiones in factum) لحماية مركز قانوني لم يشمله القانون المدني بحمايته، إضافة إلى الدعاوى المفيدة (actiones utiles) التي كان يمنحها في شتى الافتراضات؛ لتأكيد أوضاع عادلة وتلافي وقوع الظلم، وقد أسست تلك الدعاوى على مخاطبة التطور في المجتمع الروماني، وقامت قبل كل شيء على دافع العدالة، وبفضلها تمكن البريتور من خلق العديد من القواعد القانونية الجديدة[٣] ومسايرة للتطور استخدم وسيلة من أقوم الوسائل في مجال تطوير القوانين، وهي الحيلة (fiction) التي اعتبرت من أهم وسائل تطور القانون في روما على يد البريتور، حيث كانت عاملاً كبيرًا في التخلص من ضيق النصوص وشدتها وفي ارتقاء النظم القانونية الرومانية إلى جانب تعديل بعض المبادئ والنظم القانونية[٤]، سواء أكان ذلك عن طريق التحايل على النصوص الخاصة بها أم عن طريق

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(٢) أنظر بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٩٩، ١٠٠.

(٣) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٤) لمزيد من التفاصيل حول دور الحيلة في تطوير القانون الروماني، أنظر: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، ٨ جامعة المنصورة، ١٩٨٠، ص ٢٢، وما بعدها محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٣، وما بعدها مصطفى سيد صقر، مبادئ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ١٧٦، وما بعدها، السيد فودة تطور القانون، مرجع سابق، ص ١٥٤، وما بعدها، علي بدوي، أبحاث التاريخ العام للقانون – الجزء الأول، تاريخ الشرائع، مرجع سابق، ص ٤٨، وما بعدها، طه عوض غازي، دروس في تاريخ النظم، مرجع سابق، =

التحايل على الإجراءات القضائية وشروط التقاضي، كما تمكن البريتور في ظل نظام دعاوى البرنامج من خلق وسيلة جديدة يتمكن المدعى عليه في الدعاوى عن طريقها من الوصول إلى عدم الحكم عليه، وهي وسيلة الدفع (exceptions) ، وهو ادعاء يرد به المدعى عليه دعوى المدعي يدمجه البريتور في صيغة الدعوى ويلتزم القاضي بالتحقق منه قبل الحكم، فإذا ثبت له صحته يتم رفض دعوى المدعي[1].

وبناء على هذا، يمكن القول بأن البريتور قد استطاع بالاستناد إلى سلطته القضائية بالإضافة إلى ماله من سلطة إدارية أن يبتدع العديد من الوسائل التي مكنته شيئا فشيئا من خلق الكثير من المبادئ والقواعد القانونية التي أسهمت في تطوير القانون الروماني بما يتفق مع قواعد العدالة، ويتلاءم مع الحاجات الجديدة التي كشف عنها التطور الذي لحق بالمجتمع الروماني.

ثانيا: دور البريتور في الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ الرضائية في القانون الروماني:

رغم أن القوانين الرومانية كانت تجسيداً لأفكار دينية ومعان أخلاقية ثابتة لا تتزعزع نزلت في نفوس الناس منزلة التقديس، فبات المساس بها رجساً من عمل الشيطان يجب اجتنابه[2] والنأي عنه، فإن البريتور أبى أن يدور في فلك هذه المنظومة نفسها، فتمرد على قواعد القانون المدني التي اتسمت بالجمود والشكلية والبعد عن تحقيق العدالة، وعمل على تطوير القانون الروماني والأخذ به من ركدته، حيث الجمود والشكلية، إلى اتساع مدلوله، ومن التمسك بنصوصه إلى العمل بروحه، وهو ما أسهم في التخفيف من حدة وصرامة قواعده الشكلية ونتائجها الظالمة والاتجاه بالقانون الروماني نحو الرضائية.

فمن ناحية أولى، استخدم ما أتيح له من وسائل وإمكانيات بالتخفيف من المساوئ والمضار التي ترتبت على سيادة الشكلية في القانون الروماني، ومنها ما قرره القانون المدني من اعتبار التصرف القانوني صحيحاً بمجرد تمام الإجراءات الشكلية، دون نظر إلى سلامة رضا المتعاقدين، فكان يعد التصرف صحيحًا حتى لو تم تحت تأثير غش أو إكراه، ولما كانت

= ص٢٣، وما بعدها، محمد الشقنقيري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٠، ص ١٢٠، وما بعدها، عبد الله علي عبد الله الفيل، الوجيز في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٨٩، وما بعدها، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، تكوين الشرائع، مرجع سابق، ص ٢١٤، وما بعدها، عبد الغني عمرو الرويمض، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، ص ٢٩٨، وما بعدها

(١) فتحي المرصفاوي، تكوين الشرائع، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢) محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٤.

هذه النتيجة لا تتفق مع مبادئ العدالة قرر البريتور لمن يبرم تصرفًا تحت تأثير الغش أو الإكراه العديد من الوسائل القانونية لتمكينه من إصلاح الضرر الذي أصابه أو تعرض له بسبب هذا الغش أو الإكراه. وتتمثل هذه الوسائل في دعوى يرفعها على مرتكب الغش أو الإكراه، وهي دعوى بريتورية مبنية على الواقع، إضافة إلى دفع يدفع به المجني عليه دعوى مرتكب الغش (exceptio doli) أو الإكراه (exceptio meteus) وأخيرًا وسيلة إعادة الشيء إلى أصله، وبها يتمكن من وقع ضحية غش إو إكراه من إعادة الشيء إلى أصله، وهو ما يترتب عليه اعتبار التصرف كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين إلى حالتهما التي كانا عليها قبل التعاقد[1]، ومن ناحية أخرى لجأ البريتور إلى التحايل أو القياس على دعاوى القانون المدني لابتكار نظم قانونية جديدة تخلو من التعقيدات الشكلية، وذلك عن طريق قيامه بمنح هذه الدعاوى في غير الحالات التي وضعت من أجلها، مفترضًا توافر أحد الشروط، أو إحدى الصفات التي يستلزمها القانون المدني لمنح الدعوى، فيطلب من القاضي في البرنامج نظر الدعوى مع افتراض توافر ذلك الشرط أو تلك الصفة[2].

ومن أبرز الأمثلة في هذا الشأن ما قام به البريتور من حماية لواضع اليد بمجرد التسليم أو ما يسمى بالملكية البريتورية، وقد جاء ذلك بعد التطورات التي لحقت بالمجتمع الروماني وتحوله من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، حيث رغب الأفراد في التحلل من تلك الإجراءات الشكلية التي كان يقررها القانون الروماني لنقل ملكية الأموال النفيسة (الإشهاد والدعوى الصورية)[3]، فلجأوا إلى استخدام وسيلة التسليم لنقل ملكية المال النفيس لخلوه من التعقيدات الشكلية رغم أن التسليم مخصص فقط لنقل ملكية الأموال غير النفيسة، ولذلك لم يعد القانون المتصرف إليه (المشتري) في هذه الحالة مالكًا؛ لأنه لم يتبع الإجراءات التي نص عليها القانون في تملك هذا النوع من الأموال، فكان يظل مجرد واضع يد لا يكتسب الملكية إلا بمضي مدة التقادم (سنتان في العقار وسنة في المنقول)، ومن ثم لم يكن للمتصرف إليه رفع دعوى الاسترداد التي يبيحها القانون المدني للمالك إذا ما اغتصب حقه كما يجوز للمالك الأصلي أن

---

(١) محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣١٠، وما بعدها، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١١٩، محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٣) كان الرومان يقسمون الأموال القابلة للتملك إلى أموال نفيسة وغير نفيسة، وكان يستلزم لانتقال ملكية الأموال النفيسة اتباع إجراءات شكلية معينة تنحصر في استعمال الإشهاد والدعوى الصورية، وبدون هذين الطريقين، لا تنتقل ملكية الأموال النفيسة إلا بمضي المدة (عن طريق التقادم المكسب بشروط) بينما كان يكتفي القانون الروماني، فيما يتعلق بنقل ملكية الأموال غير النفيسة بالتسليم.

يطالب باسترداد الشيء الذي قام بتسليمه، ولمخالفة هذه النتائج لاعتبارات العدالة افترض البريتور أن المتصرف إليه هو المالك الحقيقي "بافتراض تمام مدة التقادم"، و من ثم تعهد بحماية ملكيته حتى تنقضي المدة المطلوبة للتملك بالتقادم، وما دام قد تملك المال بالتقادم، فإنه يعد مالكًا وفقًا لأحكام القانون المدني، أي اكتسب ملكيته المدنية له؛ ولذلك يحق له المطالبة باسترداده عن طريق دعوى الاسترداد، فضلاً عما قرره البريتور من دفوع يستطيع بمقتضاها المتصرف إليه رد دعوى الاسترداد التي قد يرفعها المالك الأصلي "البائع"[1].

وفي مجال الالتزامات نجد البريتور تحت ضغط الظروف الجديدة التي غيرت حياة المجتمع الروماني، سواء أكان في ذلك النواحي الاقتصادية أم الاجتماعية أم الفكرية يتجه إلى تبني مبدأ الرضائية في القانون الروماني والخروج على قاعدة (الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام)، سواء أكان في مجال انشاء الالتزامات أم انقضائها، ففي مجال إنشاء الالتزامات نجد أن البريتور قد أقر مجموعة من الاتفاقات التي تقوم على التراضي وحده دون أية إجراءات شكلية، وأضفى عليها صفة الإلزام، فخرجت بذلك على الأصل العام الذي يقضي بأن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام، ويطلق على هذه الاتفاقات اسم (الاتفاقات البريتورية)، وهي اتفاقات أو مشارطات تقوم على التراضي جرى الناس على التعامل بها، وهو ما استدعى حماية القانون لها، فعمد البريتور إلى إدخالها في حظيرة القانون الروماني عن طريق نصه على حمايتها في منشوره المستديم، بشرط ألا تكون مشوبة بغش وألا يكون القانون قد حرمها، وكانت وسيلته لحماية مثل هذه الاتفاقات في بادئ الأمر هي وسيلة الدفوع لا الدعاوى، ولذلك كان يقال في هذا الوقت إن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام، ولكن قد يتولد عنه دفع من الدفوع (الجامع ٢: ١٤، ٧: ٤) فإنه في وقت لاحق قام البريتور بحماية هذه الاتفاقات بدعاوى مبناها الواقع لا القانون، فكانت هذه هي الاتفاقات البريتورية التي يندرج تحتها ثلاثة أنواع من المشارطات، هي مشارطة اليمين ومشارطات العهدة ومشارطة تجديد الالتزام[2].

كما نجد البريتور قد خطا خطوة في طريق إقراره لمبدأ الرضائية في القانون الروماني،

---

(١) طه عوض غازي، دروس في تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٢٤، ٢٥، فتحي المرصفاوي، تكوين الشرائع، مرجع سابق، ص ١٠٥، محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مرجع سابق، ص ١٤٣، أبو زيد عبد الباقي، الافتراض ودوره في تطور القانون، مرجع سابق ص ٢٤، ٢٥، علي بدوي، أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٢) أنظر شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٧١، ٢٧٢، صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣١٢.

بإصداره منشوراً يتضمن قاعدة مؤداها "أن العهد كان مسئولاً"، حيث يقول في منشوره[1] "سأعمل على تنفيذ الاتفاقات إذا تمت دون تدليس، وكانت لا تخالف نصوص التشريعات أو قرارات المجالس الشعبية أو توصيات مجلس الشيوخ، أو منشورات الإمبراطور أو أحكامه القضائية، وكانت خالية من الغش نحو القانون"، فحسب ما يذهب إليه الرأي السائد بين شراح القانون الروماني[2]، فإن البريتور قد قام بحماية الاتفاق المجرد من الشكل بموجب قاعدة "إن العهد كان مسئولا"، ولكنهم حصروا دائرة تطبيق هذه القاعدة في مجال الاتفاق على انقضاء الالتزام، وهو ما يعرف باسم الاتفاق على الإبراء من الالتزام والاتفاقات الشبيهة به، ويلحق بهذا الاتفاق الاتفاقات التي تقترن بعقد من العقود[3]، كما يرون أن الوسيلة الوحيدة لحماية مثل هذا

---

(١) يرى الشراح أنه من الصعوبة تحديد تاريخ هذا المنشور على وجه الدقة، فمن المؤكد أنه سابق على عهد شيشرون (اختير قنصلاً عاماً ٦٣ق.م.) لأنه أشار إليه في العديد من كتبه، ويذهب بعض الشراح إلى أنه صدر خلال القرن السابع لروما، وعلى أي حال فتاريخه لاحق لظهور نظام التقاضي بطريق البرنامج (منتصف القرن الثاني قبل الميلاد) وسابق على عام ٨٦ ق.م. (تاريخ كتاب ad Herennium المنسوب إلى شيشرون) أنظر صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٩، ٣٠.

(٢) يذكر هؤلاء الشراح أن: ١- أصل هذه القاعدة البريتورية التي تحمي الاتفاق المجرد من الشكل في الحدود السالفة الذكر يرجع إلى قانون الألواح الاثنى عشر الذي أباح التصالح غير الشكلي والذي يترتب عليه سقوط حق المجني عليه في الانتقام من الجاني وأن الفارق الوحيد بين النظام المقرر في قانون الألواح والنظام الذي أقره البريتور في منشوره أن الاتفاق أو التصالح طبقاً لقانون الألواح كان لا يجوز إلا بمناسبة خصومة طرحت أمام القضاء أما قاعدة البريتور فتسمح بالاتفاق على التنازل عن الحق أو تأجيل الوفاء به سواء بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء أم قبل استحكام الخلاف بين الطرفين وطرح الأمر على القضاء، أنظر: صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٧، وما بعدها.

(٣) يرى أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب في مؤلفه أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني أن البريتور حينما جعل الاتفاق المجرد من الشكل جديراً بحماية القانون بموجب قاعدة "إن العهد كان مسئولاً" المشار إليها في المتن لم يقصر هذه الحماية على الاتفاقات المتعلقة بانقضاء الالتزام والاتفاقات المقترنة بالعقد، وإنما تمتد لتشمل الاتفاقات المنشئة للالتزامات، ما يعني أنه إذا كان القانون المدني لا يعترف بالإرادة بسلطان ويجعل من الشكل أصلاً عاماً ويعتبر الاشتراط الشفهي هو القالب العام الذي تفرغ فيه سائر أنواع الاتفاقات حتى تكتسب الحماية القانونية فإن البريتور قد ابتدع أصلاً جديداً آخر هو الرضائية حينما اعترف للاتفاق المجرد من الشكل بقدرته على إنشاء سائر أنواع الالتزامات أو لتجديدها أو لانتقالها أو لانقضائها بموجب قاعدة "إن العهد كان مسئولاً" ويستطرد د. صوفي أبو طالب قائلاً:"وبالتالي لم تكن الرضائية استثناء كما يذهب الرأي السائد، بل كانت أصلاً عاماً قررها وحماها القانون البريتوري، بجانب الشكلية التي كانت أصلاً عاماً في القانون الروماني قررها وحماها القانون المدني وقد ظل النظامان الشكلية والرضائية، يعملان جنباً إلى جنب كفرس رهان خلال العصور المختلفة للقانون الروماني، وانتهى الأمر، إلى تراجع الشكلية وانتصار الرضائية منذ عصر=

الاتفاق الذي لم يفرغ في القالب الشكلي العام هو الدفع بالاتفاق[1]، ومعنى ذلك أن قاعدة "إن العهد كان مسئولاً" التي وردت في منشور البريتور كانت بمنزلة استثناء آخر يضاف إلى الاستثناءات التي قررها وخرج بها عن الأصل العام الذي يجعل من الاتفاق المجرد عديم الأثر، وهو ما أسهم في بزوغ مبدأ الرضائية في القانون الروماني.

أما عن دور الأجانب في الإسهام في اتجاه القانون الروماني نحو الرضائية، فيمكن القول بأن مجهودات بريتور الأجانب praetor peregrinus قد انضمت لتوازر في تيار التطور نفسه نحو إقرار مبدأ الرضائية مجهودات زميله البريتور المدني praetor urbanus، سواء أكانت على الصعيد الإجرائي أم على الصعيد الموضوعي:

فعلى صعيد النظام الإجرائي (الدعاوى الإجرائية) نجد أنه بما أن اختصاص بريتور الأجانب قد جاء من خلال مناخ مختلف تماماً عن ذلك الذي ترعرع فيه اختصاص زميله بريتور المدينة، حيث جاء وليد الاقتصاد المفتوح، والاتساع في دائرة المعاملات ورواج التجارة الدولية، كان من المنطقي ألا يلتزم الأجانب باتباع نظام التقاضي المفروض على الرومان أمام بريتور المدينة الذي اتسمت إجراءاته القضائية بالشكلية القاسية، وإنما اتبع نظامًا بعيدًا عن الشكلية، وهو نظام المحكمين، و يعتمد على حضور الخصوم أمام البريتور لشرح دعاويهم في كلام خال من الشكلية، ثم يحيل البريتور النزاع إلى هيئة من المحكمين بعد إثبات ادعاءات الطرفين في برنامج مكتوب يبين فيه للمحكمين حدود مهمتهم في فحص النزاع والوقائع والفصل فيها، إضافة إلى القاعدة القانونية التي عليهم تطبيقها، وتحت تأثير هذا النظام ظهر نظام الدعاوى الكتابية (البرنامج) الذي أقره قانون إيبوتيا عام ١٣٠ ق. م والذي يقوم على أساس برنامج مكتوب يحرره البريتور[2].

أما على صعيد القواعد الموضوعية، فنجد أنه بفضل مجهودات بريتور الأجانب تدعمت أسس التطور المنشود في القانون الروماني، بل كان هذا البريتور وراء كثير من أسباب التطور خلق بعضها ودعم البعض، فواكب سنة التطور، وواءم بين معاني التطور وكثير من النظم القانونية الرومانية القائمة، فأخذ بهذه النظم نحو الالتقاء مع الحاجات الجديدة التي كشف التطور

=الإمبراطورية السفلى حينما اندمج القانونان البريتوري والمدني في نظام واحد، أنظر صوفي أبو طالب، ابحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ١٦، وما بعدها.

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) أحمد حسن، أصول تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٦٠.

PONTENAY DE FONTETTE: leges Repetundarum, Thèse, Paris 1953, p. 33

عنها النقاب، ويكفيه فضلاً في فلك التطور أن استطاع بريتور الأجانب خلق كثير من القواعد القانونية المتصفة بالعدالة، المتسمة بالعموم في التطبيق، تلك التي كونت "قانون الشعوب jus gentium" والذي كان بمنزلة الحدث الضخم في سجل وظيفة بريتور الأجانب، بل في عالم مصادر القانون الروماني قاطبة(١).

ففي أعقاب ممارسة بريتور الأجانب لوظيفته وبحكم اندماجه مع الأجانب وتوطد هذه الرابطة كان عليه وهو القائم بالمواءمة بين تطور المجتمع الروماني وتلاقيه مع الحضارات أن ينشئ من جانبه قواعد قانونية صالحة لمسايرة هذا التطور تكون صالحة لحكم العلاقات التجارية الدولية متمشية مع روح العدالة، جامعة شاملة مرنة وبعيدة عن الشكليات، ترتكز أساسًا على الثقة والأمانة، صالحة للتطبيق بالنسبة لجميع العلاقات ومختلف الجنسيات، خاصة أنه لم يكن مقيداً بتطبيق قانون معين في المنازعات التي يختص بنظرها؛ ولذلك عمد إلى تخير مجموعة من القواعد العامة العادلة التي تقرها جميع الشعوب المجاورة والعادات التجارية المتبعة بين الأجانب المقيمين في روما، فنشأت مع الزمن مبادئ ونظم خالية من الصبغة الشكلية، ملائمة لأفهام الناس ولو تنافرت صفاتهم القومية لخلوها من الشكليات والإجراءات الرسمية الخاصة بكل بلد، وعن هذا كله تمخض قانون الشعوب الذي أضحى جزءًا من النظام القانوني الروماني، شأنه في ذلك شأن القانون المدني، فإنه يختلف عنه من حيث طبيعة قواعده ونطاق تطبيقه.

فمن ناحية كانت قواعد قانون الشعوب بعكس قواعد القانون المدني يغلب عليها الطابع الرضائي والبعد عن الشكلية، حيث تضمن هذا القانون مجموعة من النظم القانونية الخالية من الشكلية تختلف تمام الاختلاف عن نظيرتها في القانون المدني، ففي مجال الالتزامات نجده يتضمن مجموعة عقود جديدة تخلو من الشكليات أطلق عليها العقود الرضائية (البيع والإجارة والشركة والوكالة) تنشئ الالتزامات فيه بجانب العقود الشكلية والعقود العينية في القانون المدني وفي مجال نقل الملكية، نجده يتضمن وسيلة التسليم بوصفه وسيلة لنقل الملكية فيه بجانب طرق نقل الملكية في القانون المدني (الإشهاد والدعوى الصورية)(٢).

ومن ناحية أخرى يختلف مجال تطبيق قانون الشعوب عن مجال تطبيق القانون المدني، فقانون الشعوب ينظم العلاقة بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان، فى حين يحكم القانون المدني

---

(١) محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية، مرجع سابق، ص ١٠٢، ١٠٣.

(٢) أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٦٠، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٩٩، ١٠٠.

علاقة المواطنين الرومان فيما بينهم[1].

وبالنظر لسمو قواعد ونظم قانون الشعوب ومرونتها بالمقارنة بنظيرتها المدنية الخاصة بالرومان، تسربت كثير من قواعده ونظمه إلى القانون المدني، سواء أكان ذلك عن طريق المشرع أم عن طرق بريتور المدينة أم العرف، وقد كان من أثر ذلك أن بدأت الشكلية القديمة تنهار أمام تلك العقود الرضائية وطرق نقل الملكية الخالية من الشكليات والتي كان منشؤها في قانون الشعوب، حيث أخذت النظم الرومانية نفسها تتجرد من شكلياتها أمام هذه النظم الجديدة الخالية من الشكليات، وانتهى الحال في العصر الجمهوري في تاريخ غير معروف بالضبط بانتقال نظم قانون الشعوب إلى القانون المدني الروماني، حتى أصبحت جزءاً منه، فاندمج بذلك قانون الشعوب في القانون المدني[2].

---

(١) أحمد حسن، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، مرجع سابق، ص ٣٣١، ٣٣٢، بدر والبدراوي، المرجع السابق، ص ٧٤، عمر ممدوح مصطفى، الموجز في القانون الروماني، الجزء الأول، ١٩٥٣، ص ٨٠.

الفصل الثانى

تطبيقات الرضائية فى القانون الرومانى ونطاقها

نتيجة للتحولات السياسية والإقتصادية والإجتماعية والفكرية التى شهدها المجتمع الرومانى، لم تعد النظم القانونية السائدة فى روما تفى بمتطلبات هذة التغيرات ، حيث بدأت تظهر مضار هذة الأنظمة، وبالذات تلك الشكلية الصارمة التى كانت تحكم القانون الرومانى، لذلك بدأت الأفكار القانونية على يد الفقهاء والبريتور تتجة نحو التميز بين الشكل والإرادة فى العقد ، وذلك بترتيب أثار قانونية على الإرادة ذاتها دون الوقوف عند الشكلية، فظهرت الى جانب العقود الشكلية العديد من العقود والأتفاقات التى تقوم على أساس توافق الإرادتين دون حاجة الى القيام بأى أجراء شكلى، وإزاء التطورات التى لحقت بدور الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية فى القانون الرومانى كان من الطبيعى أن يثور التساؤل حول النطاق الحقيقى لمبدأ الرضائية فى هذا القانون، وما إذا كان قد إستطاع التخلص من سيطرة الشكلية وإقرار مبدأ الرضائية بصورة كاملة فى أية مرحلة من مراحل تطوره التاريخية .

وعلى هدى ما تقدم تنقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين :-

المبحث الأول :- صور وتطبيقات مبدأ الرضائية

المبحث الثانى :- نطاق مبدأ الرضائية

المبحث الأول

صور الرضائية وتطبيقاتها

بخروج روما من عزلتها وإتصالها بالبلاد الأخرى ، بدأ المجتمع الرومانى يتقدم صوب المدنية والحضارة وهو الأمر الذى أدى الى تطور فكرة العقد فى القانون الرومانى تطوراً كاملاً وأسفر هذا التطور عن ظهور العديد من العقود والأتفاقات التى بمثابة تطبيقات حقيقية لمبدأ الرضائية عرفها القانون الرومانى على مر عصوره المختلفة.

وفيما يلى نتناول مختلف هذة التطبيقات للوقوف على دور الإرادة فى تكوينها، ومدى كونها إستثناء حقيقياعلى القاعدة العامة فى القانون الرومانى والتى تقضى بأن "الأتفاق المجرد لا ينشىء عنه دعوى " ، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول :- العقود العينية.

المطلب الثانى :- العقود الرضائية.

المطلب الثالث :- الاتفاقات البريتورية.

المطلب الرابع :- الاتفاقات الشرعية

المطلب الخامس :- العقود غير المسماة

المطلب الأول

- العقود العينية[١]

(Contractus Re)

العقود العينية هي العقود التي لا تنعقد إلا إذا تم تسليم Tradition الشيء محل التعاقد،ومن ثم فمصدر التزام المدين بها يرجع إلى واقعة تسليم الشيء محل العقد، حيث يتولد فيها الالتزام لا من مجرد الاتفاق وإنما من واقعة مادية معينة هي التسليم، فيشترط لانعقاد العقود العينية أن يكون الاتفاق مصحوبًا بالتسليم، ولذا قيل إنها عقود تنعقد بالقبض أو التسليم Les Contras re ou réels[٢]، وهو ما يعني أن هذه العقود ليست عقودًا شكلية، فهي لا تتطلب ألفاظاً معينة، كما أنها لا تخضع لأية إجراءات أو مراسم خاصة، بل يكفي فيها انتقال الشيء من يد أحد العاقدين إلى يد العاقد الآخر[٣]، وتفترض هذه العقود وجود شخصين أحدهما يسمى المسلم أو الناقل Tradens، وهو الذي يقوم بتسليم الشيء، فيكون دائنًا برد الشيء ذاته أو ما يعادله، والثاني يسمى المستلم أو المكتسب Accipiens، وهو من يحصل على الشيء، فيكون مديناً برد الشيء أو ما يعادله[٤].

ومقتضى ذلك أن هذه العقود تستلزم اتفاقًا بين الطرفين قبل التسليم، ويتم التسليم استنادًا له، ولكن هذا الاتفاق وحده لايكفي لنشأة العقد، وترتيب الالتزامات التي تنشأ عنه، وإنما يلزم لذلك تحقق التسليم بالفعل، بحيث يعد العقد غير موجود بالمعنى القانوني قبل التسليم[٥].

وتتمثل العقود العينية التي عرفها القانون الروماني في خمسة عقود هي: عقد القرض

---

(١) راجع:

E. CUQ; Manuel des institutions juridiques des romains, op. cit., pp. 427 - 452. E. PETIT; Traité élémentaire de droit romain, op. cit, pp. 363 – 337. P. F. GIRARD; manuel élémentaire de droit romain, op. cit, pp. 538 - 566. R. MONIER; Manuel élémentarie de droit romain, op. cit, pp. 176 – 180. R. FOIGNET et E. DUPONT; Le droit roman romain des obligations, op cit, pp. 56 – 64. A. E. GIFFARD; et R. VILLERS; Droits romain et ancient droit français, op. cit, p. 85 – 93.

(٢) فايز محمد حسين – تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٣٧٢، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

R. D. MELVILLE; op. cit, P. 352.

(٣) شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٤) محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٥) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

Mutuum، وعقد الائتمان Fiducia، وعقد العارية Commodatum، وعقد الوديعة Depositum، وعقد الرهن Pignus، ويلاحظ أن عقد القرض أقدم هذه العقود، وقد ظهر بعده عقد الائتمان، ثم انقرض بحيث لا يوجد له أثر في مجموعات جستنيان، أما العارية والوديعة والرهن فلم يعدها الرومان من العقود قبل عصر الإمبراطورية العليا[١]، كما أن عقد القرض يتميز عن غيره من العقود العينية بأنه من عقود القانون الضيق، فى حين كانت العقود الأخرى من عقود القانون الواسع وحسن النية[٢]، إضافة إلى أنه كان يترتب على عقد القرض نقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض،فى حين لا يترتب على باقي العقود الأخرى سوى نقل حيازة الشيء المعار أو المودع أو المرهون إلى المستفيد أو المودع لديه أو الدائن المرتهن[٣].

وتعد العقود العينية من تطبيقات فكرة عدم الإثراء على حساب الغير، حيث إن أساس الالتزامات التي تتولد عن استلام شيء هي الفكرة التي تقضي بعدم الإثراء على حساب الغير، فمن دخل ذمته شيء أو قيمة مالية دون مقابل يلتزم برد هذا الشيء أو هذه القيمة، وإلا أثرى على حساب الغير، وهو أمر غير مشروع، وفكرة عدم الإثراء على حساب الغير ليست فكرة تعاقدية، حيث لا تفترض أو تتطلب وجود اتفاق بين الطرفين؛ ولذلك فإننا نجد في القانون الروماني التزامات تنشأ عن مجرد تسليم شيء دون اقتضاء أن يكون هذا التسليم مقترناً باتفاق، وهي الالتزامات التي تتولد عن الإثراء بلا سبب أو عن دفع غير المستحق، أما العقود العينية فهي وإن كانت تعد تطبيقًا من تطبيقات فكرة عدم الإثراء على حساب الغير، فإنها تقتضي بالإضافة إلى تسليم شيء وجود اتفاق بين المسلم والمستلم[٤]، كما أسلفنا الذكر.

ونعرض الآن وبإيجاز لهذه العقود من حيث انعقادها، لبيان مدى كونها استثناء من قاعدة الشكلية السائدة في القانون الروماني، وذلك فيما يلي:

أولاً: عقد القرض (Mutuum)

عقد القرض: عقد ينعقد بنقل ملكية شيء من المقرض إلى المقترض، ويقترن نقل ملكية الشيء بتعهد من جانب المقترض بالرد بعد أجل محدود[٥].

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٢، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٣) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٥، ٤٣٦.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٥) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٩.=

وقد كان هذا العقد ينصب في الأصل على نقود أو مواد غذائية، كما كان يتم بين أصدقاء، ولذلك لم يكن يولد بذاته فوائد، كما كان هذا العقد في البداية عقدًا من عقود القانون الضيق، ولذا كان استعماله مقصورًا على المواطنين الرومان، لكنه ما لبث أن أصبح عقدًا من عقود قانون الشعوب، ومن ثم أجيز استعماله لكل رعايا الدولة الرومانية(١).

أما فيما يتعلق بتكوين هذا العقد، فنجد أنه لا يستلزم لقيامه أية إجراءات أو مراسم شكلية خاصة، إذ يشترط لانعقاده توافر شرطين، هما التسليم والاتفاق، وفي كلا الشرطين سنلاحظ عدم اشتراط القانون الروماني لأية شكليات خاصة فيهما.

ففيما يتعلق بالشرط الأول وهو التسليم أو الإعطاء، فيتمثل في نقل المال محل القرض من المقرض إلى المقترض مع توافر نية القرض(٢)، وهو شرط أساسي لقيام عقد القرض، ويراد بالتسليم هنا التسليم الناقل لملكية الشيء المقرض، فلا تقتصر على مجرد نقل وضع اليد كما هو الشأن في الوديعة والعارية مثلاً(٣)، ولكي يكون التسليم ناقلاً للملكية، يجب أن يستند إلى سبب صحيح، وأن يكون الناقل Trandens أهلاً للتصرف في المال المقترض، كما يجب أن يكون الناقل مالكًا للشيء المقرض حتى يتسنى له نقل الملكية إلى المقترض، إذ لا يمكن للفرد أن يعطي ما لا يملك(٤)، ومن هنا فقد كان يجري انتقال ملكية الشيء من دون شكل أو مراسم، بل بالطريقة المعروفة بالتسليم Traditio(٥) التي كانت من الممكن أن تتم في صور متعددة، حيث توسع الرومان في فهم المقصود بالتسليم بالنسبة لعقد القرض، حتى إنه يمكن القول بأن عقد القرض يتطلب نقل ملكية قيمة مالية من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر، بقطع النظر عن كيفية نقلها، أي سواء أتم نقلها بهذا الطريق أم ذاك(٦).

فالتسليم قد يتخذ -كما هو المألوف- صورة نقل الشيء نقلاً ماديًا من يد إلى يد، لكنه

= R. MONIER; op. cit, n° 96, p. 121. A. E. GIFFARD et R. VILLERS, op. cit, n° 137, p. 85 – 86.

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٢) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

P. F. GIRARD; op. cit, p. 542.

(٣) محمد محسن البرازي، محاضرات في الحقوق الرومانية، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٧٨.

J. DECLAREUIL; Rome the law giver, op. cit. p. 221. P. F. GIRARD; op. cit, p. 542.

(٥) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٥١.

من الممكن أيضاً أن يتخذ صورًا أخرى لا تنطوي على تسليم مادي، فمن الممكن أن يتم التسليم رمزيا بأن يسلم الناقل إلى المكتسب ما يرمز إلى الشيء، كتسليم مفاتيح الخزانة التي توجد بها النقود المقترضة، وهو ما يعرف بالتسليم الرمزي، وقد يكون التسليم حكميًا، كما في صورة ما يعرف بالتسليم باليد القصيرة Traditio brevi manu، كأن يكون الشخص الراغب في اقتراض شيء حائزًا له من قبل بناء على عقد وديعة، ويعطي المودع للمودع لديه حق استعماله على سبيل القرض[١]، بل إن الرومان ذهبوا إلى أبعد من ذلك في مجال القرض، فاعترفوا بالتسليم الذي يتم في صورة الحوالة، فقد يكون الدين غير حال الأداء، فيطلب الدائن من مدينة أن يسلمه عند الاستحقاق إلى فلان الذي يصبح بموجب هذه الحوالة مدينًا بهذا القرض قبل الدائن الأصلي،ومن ثم ينشأ قرض بمقتضى نقود غير موجودة في يد المقرض، بل في يد الغير[٢].

وفيما يتعلق بالشرط الثاني لانعقاد عقد القرض، وهو الاتفاق الذي يعقد بين طرفي العقد، فقد كان أمرًا لا غنى عنه، حيث كان عنصر الرضاء لازماً في جميع العقود[٣]. كما أن الاتفاق هو الذي يحدد طبيعة العقد الذي تم إبرامه، حيث يتحدد نوع التسليم هل تم على سبيل القرض، أو على سبيل آخر؟ كما أنه يبين الأجل الذي يتعين على المستقرض أن يرد فيه الشيء المقرض، وشروط هذا الرد[٤]، ومن ثم فلا يكفي لوجود عقد القرض تسليم المقرض الأشياء محل القرض إلى المقترض، حتى ولو توافرت في التسليم كل الشروط اللازمة، بل ينبغي فضلاً عن ذلك أن يقترن التسليم باتفاق بين الطرفين[٥]. حتى إن جمهور الفقهاء اتجه إلى القول بأن القرض عقد من العقود التي يرتكز الالتزام فيها على التراضي الذي يصاحب التسليم والتسلم، أي إن الالتزام بالرد ينشأ عن الاتفاق conventio الذي ينطوي عليه عقد القرض، وفي هذا الرأي يكون الالتزام قد نشأ في صورة القرض. دون حاجة إلى شكليات خاصة، وعلى أساس الثقة المتبادلة ما بين الأقارب والأصدقاء. وهو ما يعارضه أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة الذي يرى أنه لا يوجد للتراضي أثر ظاهر في تكوين العقد المسمى بالـ Mutuum، وأن العملية كلها تنحصر في واقعة الإعطاء datio، وأن هذا الإعطاء ينطوي على عنصرين اثنين أحدهما مادي، وهو واقعة التسليم، والثاني معنوي، وهو نية الإعطاء على سبيل القرض، وأن جميع

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٨٦، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٣) محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٥٣.

الآثار المترتبة على عقد القرض يمكن ردها إلى هذه الواقعة بعنصريها[١].

وأيًا ما كان الأمر، فالثابت لدينا هنا هو أن الشكلية أو الرسمية لا توجد بتاتًا في عقد القرض (Mutuum)، سواء أكان مصدر الالتزام واقعة الإعطاء لما رأيناه من توسع الرومان في فهم المقصود بالتسليم بالنسبة لعقد القرض، حيث لم يشترطوا ضرورة النقل المادي للشيء، بل نقل قيمة مالية بأية طريقة كانت دون استلزام أية شكليات محددة، أم كان مصدر الالتزام هو الاتفاق. لما رأيناه أيضًا من استناد هذا الاتفاق على التراضي وحده بعيدًا عن أية إجراءات شكلية يتعين القيام بها أو ألفاظ مخصوصة يجب النطق بها.

ثانيًا: عقد العارية (COMMODATUM)

عقد العارية هو العقد الذي بموجبه يسلم شخص يسمى (المعير) شيئًا معينًا يملكه إلى شخص آخر يسمى (المستعير)؛ لكي ينتفع به الأخير على وجه معين، وبغير عوض، وعلى أن يرده بعد وقت معين يتم تحديده[٢]. وتشترك العارية مع كل من الوديعة والرهن في أن الجميع لا يندرج في سلك العقود إلا بعد أن منح البريتور لحمايتها دعاوى واقعية actiones in factum، تطورت فيما بعد إلى دعاوى قانونية actiones in jus، بعد أن خلع عليها القانون المدني حمايته، وقرر لها دعاوى قانونية، ومن ثم فإن هذه العقود أصبحت عقودًا مدنية بعد أن كانت عقوداً بريتورية، كما أن الدعاوى التي تحمي هذه العقود الثلاثة هي دعاوى مبناها حسن النية judicia bonae fidei، بخلاف القرض الذي تحميه دعوى من دعاوى القانون الضيق[٣].

أما فيما يتعلق بانعقاد عقد العارية، فإنها لا تنعقد في القانون الروماني إلا بالقبض، لأنها من العقود العينية، حيث يكفي لوجود العارية تسليم الشيء إلى المستعير دون اشتراط القيام بأية إجراءات أو طقوس شكلية، ولكن يلاحظ أن التسليم هنا لا يعد تسليمًا ناقلاً للملكية، كما هو الحال في عقد القرض، ولذلك يسميه الرومان التسليم المجرد nuda traditio ومن ثم فإن ملكية الشيء المعار تظل لصاحبها، فلا تنتقل إلى المستعير، بل إن المستعير لا يكتسب على الشيء المعار الحيازة القانونية، وإنما تكون له الحيازة المجردة فقط nuda possessio، أي الحيازة المقصورة على عنصرها المادي فقط corpus دون المعنوي animus[٤]، ولذلك فإنه لا يستطيع

---

(١) أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٨٢، ٨٧.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٩٢، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧١.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 60.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٩٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٩٥، ٩٦.

إذا حدث له تعرض مباشرة أوامر الحيازة، ولمالك الشيء المعار نفسه مباشرة هذه الأوامر، فالحيازة القانونية للشيء لا تفارقه[1]. ولذلك يرى أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة أنه لا يمكن أن يقال إن الالتزام بالرد ينشأ هنا عن مجرد القبض، وإن كان القبض ركناً من أركان العارية، وإنما ينشأ هذا الالتزام عن التراضي والاتفاق conventio، ما بين المتعاقدين، وهو ما يشترك فيه عقد العارية مع كل من عقد الوديعة وعقد الرهن على خلاف عقد القرض في رأيه، كما سلف ذكره، ولذلك فهو يرى أن هذه العقود الثلاثة ليست عقودًا عينية بالمعنى الكامل لهذه العبارة، وأن القرض وحده هو العقد العيني الأصيل[2].

والوقع أنه لا خلاف بين الفقهاء، على أساس أن اتفاق الطرفين (المعير والمستعير) ركن من أركان عقد العارية، بجانب تسليم الشيء موضوع العارية، وهو اتفاق لا يشترط إتمامه على نحو معين أو باتباع طقوس شكلية محددة أو ألفاظ معينة، وتأتي أهمية هذا الاتفاق في كونه يحدد التزامات الطرفين، خاصة ما يتعلق بتحديد كيفية استعمال الشيء، وتعيين أجل هذا الاستعمال[3]، فالمستعير على خلاف المودع عنده له حق استعمال الشيء المعار، لكن حريته في استعماله ليست مطلقة، وإنما مقيدة بالاتفاق الذي تم بينه وبين المعير[4].

ثالثًا: عقد الرهن (PIGNUS)

الرهن هو العقد الذي بموجبه يسلم شخص مدين (الراهن) شيئًا إلى دائنه (المرتهن)، ضمانا لدينه، على أن يرده للمدين بعد دفع الدين، وذلك مع تمتع الدائن بسلطة بيع هذا الشيء في حالة عدم الوفاء بالدين المستحق[5].

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن عقد الرهن يفترض وجود علاقة سابقة بين

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢) أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٣) أنظر: محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ١٧٥، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٩٤، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٢، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit, p. 60.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٩٥.
L. MACKENZIE; Roman law, op. cit. p. 224. R . D. MELVILLE; op. cit. p. 368.
E. CUQ; op. cit. p. 450.

طرفيه، يكون فيها أحدهما مديناً للآخر، ويقوم المدين بتسليم دائنه شيئًا مملوكًا له ضماناً للوفاء بالدين[١].

ولا يختلف عقد الرهن عن غيره من العقود العينية، من حيث انعقاده، فالرهن بوصفه عقداً من العقود العينية لا يتم إلا بقبض العين المرهونة، على أن التسليم هنا traditio لا ينقل إلى الدائن المرتهن الحيازة المجردة nuda possessio، بل ينقل إليه الحيازة الكاملة، ولذلك فإنه يفيد من الأوامر التي تحمي الحيازة interdits possessoires[٢]، فيحق للدائن المرتهن بوصفة حائز للشيء المرهون مباشرة أوامر الحيازة إذا حدث له تعرض في حيازته للشيء، وفي هذا يختلف الدائن المرتهن عن كل من المودع عنده والمستعير، فالأخيران ليست لهما حيازة الشيء المودع أو المعار حيازة قانونية كاملة، وإنما تقتصر حيازتهما على الحيازة المجردة فقط، والحكمة في هذه التفرقة هي أن الرومان أرادوا عدم جعل الدائن المرتهن مضطراً في حالة حدوث تعرض لحيازته إلى طلب المعونة من مدينه[٣]، على أن المرتهن وإن كان حائزًا بالمعنى القانوني، فإن حيازته لا تكسبه حق الملكية مهما طالت هذه الحيازة، لأنه لا يعد حائزًا (واضع يد) بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح، أي إنه لا يحوز بنية التملك ad usu capionem، ومن ثم فلا يستطيع اكتساب ملكية الشيء المرهون[٤].

ولم يكن للدائن المرتهن حق التصرف في العين المرهونة، حيث كان ينحصر أثر الرهن في حبس العين المرهونة عن المدين لحمله على قضاء الدين في أسرع الأوقات، إلا أنه منذ أواخر العصر الجمهوري منح الدائن حق تملك العين المرهونة في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالدين عند حلول الأجل، وذلك بموجب شرط يتم الاتفاق عليه، يطلق عليه شرط الاحتفاظ بالملكية lex commissoria، وبمقتضى هذا الشرط تصبح العين المرهونة مملوكة للدائن المرتهن ملكية معلقة على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين بالوفاء بالدين، إلا أن هذا الشرط كان مجحفًا بالمدين، ذلك أن العين المرهونة كانت تزيد قيمتها في العادة على قيمة الدين، ولذلك فإن الإمبراطور قسطنطين أبطل مفعول هذا الاتفاق في عهد الإمبراطورية السفلى[٥]، مع

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٣، ١٧٤.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ٩٧، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. D. MELVILLE: op. cit. p. 291.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١١٤، ١١٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٤، ١٧٥.

ملاحظة أنه قد سبق خطوة إبطال هذا الشرط خطوة أخرى تمهيدية في عصر الإمبراطورية العليا، حيث أجيز الاتفاق على تمليك الدائن المرتهن للعين المرهونة بعد أن يتم تقويمها بواسطة المثمنين(١).

وأخيرًا ظهر الاتفاق على منح الدائن حق بيع العين المرهونة، وهو ما يسمى بالاتفاق على البيع عند عدم الوفاء pactum vendendi، وقد مر هذا الشرط بالعديد من التطورات، حيث كان في البداية من الشروط التي تلائم مقتضى العقد؛ ولذلك أمكن تصحيحه، ثم إذا بالشرط يصبح مما تقتضيه طبيعة العقد، بحيث يمكن افتراضه وإن لم ينص عليه صراحة، وأخيراً وفي عهد جستنيان أصبح الشرط من جوهر العقد، بحيث يكون كل اتفاق مخالف له باطلاً، على أن جستنيان قد ألزم الدائن بإخطار مدينه ثلاث مرات قبل إقدامه على البيع(٢).

ويلاحظ مما سبق، أنه فيما يتعلق بانعقاد عقد الرهن أو الشروط المقترنة به لم يكن القانون الروماني يشترط أية اشتراطات أو إجراءات شكلية، سواء أكانت لإتمام هذا العقد أم لنفاذ الشروط المتعلقة به، شأنه فى ذلك شأن باقي العقود العينية التي لا تستلزم سوى القيام بتسليم الشيء محل العقد وتراضي الطرفين واتفاقهما على مضمون التصرف.

رابعاً: عقد الوديعة (DEPOSITUM)

الوديعة عقد عيني يلتزم بمقتضاه شخص يسمى (المودع عنده – المودع لديه) بأن يتسلم شيئًا منقولاً من آخر يسمى (المودع)؛ لكي يتولى المحافظة عليه خلال مدة معينة على أن يرده عيناً عند انتهاء المدة المحددة، أو عند طلبه(٣).

وعقد الوديعة في العادة عقد يقصد به تحقيق مصلحة الدائن أي المودع، وذلك على خلاف الحال في العقود الأخرى، كالقرض والعارية(٤)، ففي حين أن الشخص في العارية مثلاً ينقل حيازة الشيء لكي ينتفع به شخص آخر، إذا به نجده في الوديعة ينقل حيازة الشيء إلى من يقوم على حفظه دون أن ينتفع به، فالمصلحة في العارية هي مصلحة من انتقلت إليه الحيازة،

---

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٩١.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع ، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣)محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٧، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٩٢.
L. MACKENZIE: op. cit . p. 221. R. D. MELLVILLE; op. cit, p. 362. R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit. p. 61. A. E. GIFFARD et R. VILLERS: op. cit. n° 147. p. 90

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

والأمر نفسه في القرض، أما في الوديعة فهي مصلحة من انتقلت عنه الحيازة[١]، ومن ثم فإن الوديعة لا تنطوي في الواقع على أية فائدة بالنسبة للمدين، وهو المودع عنده الذى لا يكون له حق استعمال الشيء المودع إلا إذا صرح له المودع بذلك صراحة أو ضمنيا، فالوديعة إذاً عقد من العقود التبرعية[٢]. وقد انعكس هذا الطابع المجاني على مسئولية المودع عنده، حيث أدى إلى تخفيف مسئوليته، فلا يسأل المودع لديه إلا عن الغش والخطأ الجسيم، أما الأخطاء غير الجسيمة فلا يسأل عنها[٣]. وقد كان هناك أربع صور للوديعة في القانون الروماني، وهي الوديعة العادية (Dépôt)، وهي الوديعة التي تتم بالتراضي المصحوب بالقبض والتي ترد على منقول قيم، والوديعة الناقصة، وأحياناً تسمى الوديعة الشاذة (Dépôt irrégulier)، وهي التي تتم بالتراضي المصحوب بالقبض والتي ترد على النقود والمثليات. أما الصورة الثالثة لها فهي الوديعة الاضطرارية Dépôt necessaire، وهي التي تتم في حالة الضرورة، كما في حالة حدوث حريق أو فيضان والتي تجبر الشخص على إيداع أمواله عند أي شخص يقبل الإيداع، أما الصورة الأخيرة فهي وديعة الحراسة (DU séquestre)، و تقع على العقارات أو العقارات مع المنقولات، وغالبًا ما تكون قضائية، أي مصدرها حكم قضائي[٤].

والوديعة بوصفها عقدًا من العقود العينية لا تتم إلا بالقبض حقيقة أو حكمًا، حيث يشترط أن يصحب اقتران الإيجاب والقبول تسليم الشيء من المودع إلى المودع عنده، بالإضافة إلى ضرورة توافر الأهلية في طرفي الوديعة والتسليم الذي تتم به، كالتسليم الذي تتم به العارية تسليما مجردا nuda traditio، فلا تترتب عليه الحيازة بمعناها الكامل[٥]، ومن ثم فالمودع عنده لا يكتسب ملكية الشيء المودع بل لا يعد حائزًا له بالمعنى القانوني، وإنما هو مجرد واضع يد، فسلطته على الشيء فعلية لا قانونية، وينبني على ذلك أن المودع عنده لا يستطيع إذا حدث له تعرض في الشيء دفع هذا التعرض باستعمال أوامر الحيازة، وإنما يظل المودع صاحب الحق

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

L. MACKENZIE; op. cit , p. 221.

(٣) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٩٥-٣٩٦

L. MACKENZIE; op. cit , p. 221.

(٤) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

R. MONIER: op. cit. n° 100. p. 125. R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit. p. 62. A. E. GIFFARD et R. VILLERS: op. cit. p. 91.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٠٢، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

في استعمال هذه الأوامر[١].

وإذا كان هذا هو الأصل في الوديعة، فإن المودع عنده في وديعة الحراسة يعد حائزاً للشيء حيازة كاملة، ولذلك فإنه يفيد من الأوامر التي تحمي تلك الحيازة[٢].هذا ويلاحظ أن تحديد الأجل الذي يلتزم المودع عنده بالحفظ خلاله يتحدد من خلال الاتفاق الذي يتم بين طرفي العقد والذي يسبق أو يصاحب الوديعة العادية.

خامسًا: عقد الائتمان (FIDUCIA)

لم يكن الرومان في البداية يعرفون طائفة العقود التي تقتصر على نقل حيازة الشيء المودع أو المعار أو المرهون إلى الدائن المرتهن دون نقل ملكيته، وقد كان تحقيق الأغراض المختلفة التي ترمي هذه العقود إلى تحقيقها يتم عن طريق عقد واحد هو عقد الائتمان FIDUCIA الذي بمقتضاه يتم نقل ملكية الشيء المتعاقد عليه من شخص إلى آخر مع الاتفاق على أن يقوم هذا الأخير بإعادة نقل الملكية إلى صاحبها الأول عند تحقق الغرض المقصود[٣].

وقد كان عقد الائتمان يتطلب لتمامه على هذا النحو نقل ملكية الشيء الذي يرد عليه من شخص إلى آخر، وينبغي لنقل ملكية الشيء استعمال إحدى الطريقتين الرسميتين لنقل الملكية في القانون الروماني، وهما الإشهاد mancipatio والدعوى الصورية injure cessio، ولابد فضلاً عن ذلك من أن يقترن نقل الملكية باتفاق يتعهد بمقتضاه مكتسب ملكية الشيء بإعادة نقل ملكية الشيء ذاته إلى صاحبه الأصلي بعد مدة معينة أو عند تحقق شروط خاصة، وقد كان يسمى هذا الاتفاق شرط إعادة التمليك lex ui remancipetur، ومعنى ذلك أن الدائن كانت تنتقل إليه ملكية الشيء على سبيل التأمين، فيلتزم برده إلى المدين عند وفائه بالدين[٤].

ويرى أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة أنه رغم أن هذا العقد قد اعتبر قبل ظهور عقد الرهن من العقود العينية، فإنه في واقع الأمر ليس عقدًا عينيًا بالمعنى الصحيح، فهو على خلاف الوديعة والعارية لا ينعقد بمجرد التسليم المصحوب أو المسبوق بالتراضي، بل إنه يتطلب نقل ملكية الشيء على أن يقترن هذا النقل بشرط يتعهد بموجبه المتصرف إليه بإعادة الملك إلى

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٦٠، ١٦١، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٧، شفيق شحاته، المرجع السابق، ص١٠٩.

المتصرف، وهذا الشرط يتقرر أمام الشهود في التصرف الشكلي الناقل للملكية، أو أمام القاضي في التنازل القضائي، وهو ما أدى بالبعض إلى اعتبار هذا التصرف تصرفاً ذا شبهين، فهو يشبه العقد العيني من وجه؛ لأن التمليك يقتضي التسليم datio، ويشبه العقد اللفظي والقولي من وجه آخر، حيث يتم التعهد أمام شهود أو أمام القاضي، ويرى كذلك أنه رغم هذا فلا يمكن اعتبار هذا العقد من العقود الشكلية. فالالتزام لا ينشأ فيه عن الألفاظ التي ينطق بها المتعهد، ولكن لما كان التصرف الناقل للملكية يتخذ هنا دائمًا الشكل التقليدي المقرر في القانون المدني فإن العقد يعد من عقود القانون المدني المقصورة على الرومان؛ ولذلك فإن عقد الائتمان قد اختفى تماماً عند اختفاء هذه الأشكال القديمة[1].

ومن الجدير بالذكر، أن عقد الائتمان لم يكن يرتب التزامًا قانونيًا بإعادة نقل الملكية إلى صاحبها الأصلي على النحو المتفق عليه في القانون القديم، وإنما مجرد التزام ديني لا تحميه دعوى، على أن مثل هذا العقد قد أصبح بعد ذلك على الأخص في ظل نظام المرافعات الكتابية مرتبًا لالتزام قانوني، بإعادة نقل الملكية تحميه دعوى مدنية، غير أن هذه الدعوى كانت دعوى شخصية لا تمكن المدعي فيها من استرداد الشيء عند رفض المدعي عليه ذلك، وإنما مجرد الحصول على قيمة هذا الشيء مع تعويضه عما يكون قد أصابه من ضرر من جراء ذلك، ولذلك لم يكن المالك الأصلي يستطيع استرداد الشيء الذي نقل ملكيته إلى الطرف الآخر في العقد، إذا ما رفض هذا الأخير إعادة نقل الملكية إليه أو إذا كان قد تصرف فيه إلى شخص جديد، وهو ما كان يمثل عيبًا خطيرًا، وقد كان من نتيجة ذلك أن اتجه العمل إلى ابتداع أسلوب جديد لتحقيق الأغراض التي كان يقوم بتحقيقها عقد الائتمان، ويتلخص هذا الأسلوب في الاكتفاء بتسليم الشيء إلى الشخص الذي يراد الاحتفاظ به لديه أو تمكينه من الانتفاع به أو ترتيب ائتمان له عليه، دون نقل ملكيته له، بحيث يعد مجرد حائز له، وقد نشأ عن هذا الأسلوب الجديد عقود الوديعة والعارية والرهن الحيازي، وحلت هذه العقود بالتدريج محل عقد الائتمان حتى أدت إلى زواله في النهاية[2].

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٢) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٧، ٤٣٨.

المطلب الثاني

العقود الرضائية[1]

Contraotus consensu

يقصد بالعقود الرضائية تلك العقود التي يكفي التراضي وحده لانعقادها، ولا يتطلب القانون لانعقادها القيام بأي شكليات محددة، حيث يكفي لذلك مجرد اتفاق الطرفين (nudus consensus) دون الحاجة إلى أي إجراء شكلي أو مادي آخر[2]، ومن هنا فقد شكلت العقود الرضائية أهم استثناء ورد على القاعدة الرومانية القديمة التي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى (Ex nudo pactno non nascitur actio)، فهذه العقود تتولد عنها دعاوى، رغم أنها لا تحاط بأي نوع من أنواع الشكلية[3]، إذ إن مجرد التراضي في هذه العقود كاف للإلزام بمضمونها، بحيث تنشأ عنها الدعاوى اللازمة لتنفيذ هذا المضمون دون حاجة إلى استخدام صيغ لفظية معينة، (كما هو الحال في العقود اللفظية أو الشفهية) أو كتابة عبارات معينة، كما في العقود الكتابية، أو حتى تسليم شيء من الأشياء، كما هو الحال في (العقود العينية)[4]، ولما كانت هذه العقود تعد مجرد استثناءات، فهي لذلك مبينة على سبيل الحصر، فلم يكن في القانون الروماني سوى أربعة عقود رضائية[5]، هي عقد البيع Emptio venditio وعقد الشركة Societas وعقد الوكالة Mandatum وعقد الإيجار Locatio conduction.

---

(١) راجع:

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit, pp. 64 – 93. P. HUVELIN; op. cit, pp. 89 – 102. A. E. GIFFARD; op. cit, pp. 47 – 84. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 566 – 623. R. MONIER; op. cit, pp. 128 – 184. E. PETIT; op. cit. pp. 378 – 419.

(٢)محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٦، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣١٣، محمد جمال عطية عبد المقصود، تاريخ القانون في الغرب، مرجع سابق، ص ١٥٩.

P. F. GIRARD; op. cit., p. 566. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 64. B. NICHOLAS; op. cit. p. 171.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع ، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٤) B. NICHOLAS; op. cit. p. 171.

(٥) من المعروف أنه في القوانين الوضعية الحديثة لا يقتصر أمر التراضي على هذه العقود الأربعة بل يعتبر التراضي سبباً كافياً لانعقاد مختلف أنواع العقود فيها، إن لم ينص على غير ذلك، وهذا هو المبدأ المسمى بمبدأ الرضائية، أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٧.

ويلاحظ أن تلك العقود قد ظهرت في مرحلة متأخرة من تاريخ القانون الروماني بعد أن اتسعت الإمبراطورية الرومانية على أثر الفتوحات المتعددة التي قام بها الرومان، وانتقال هذا المجتمع من مجتمع زراعي منغلق على نفسه إلى مجتمع تجاري صناعي منفتح على العالم، ومتصل بالشعوب المختلفة الأجناس، وعلى رأسها الإغريق، وهو ما استدعى تسهيل التعامل وعدم التقيد بالأشكال التي فرضها القانون الروماني في الأصل على المواطنين الرومان عند إبرام هذه العقود الأربعة، نظرًا لما لعبته تلك العقود من دور كبير في مجال التجارة الدولية[1]، حيث كانت بمنزلة عماد التعامل، وأكثر العقود شيوعًا، وأهميتها العملية تفوق أهمية غيرها[2]، ويلاحظ في هذا الخصوص أن هذه العقود تعد جميعها من عقود قانون الشعوب jus gentium لا من عقود القانون المدني jus civile ؛ لأنها ظهرت في بادئ الأمر في قانون الشعوب، ثم دخلت بعد ذلك في القانون المدني[3]، على أن هذه العقود الرضائية الأربعة لم تنشأ دفعة واحدة، فقد كان أسبقها في الظهور عقد الشركة، وذلك في أواخر عهد الجمهورية، ثم تلاه بعد قليل عقد الوكالة، وهذان العقدان قد سبقا في التاريخ العقود العينية الثلاثة المبنية على حسن النية، وهي عقود العارية والوديعة والرهن، ثم جاء عقد البيع وتلاه عقد الإيجار[4].

---

(١) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٨.
B. NICHOLAS; op. cit., pp. 161 – 162.

(٢) يرى أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة أنه لا يكفي القول بأن هذه العقود قد لعبت دوراً في التجارة الدولية للتسليم بمبدأ الرضائية فيها، كما أنه لا يرى في اتصال الرومان بغيرهم من الشعوب السبب الحقيقي وراء إقرار هذه الرضائية لعدم ثبوت أن الرضائية كانت مبدأ مسلماً به عند الإغريق، أو عند غيرهم من الشعوب التي اتصلت بالرومان، وإنما يرى أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة أن الذي مكن لمبدأ الرضائية في هذه العقود الأربعة بالذات أنها جلها إن لم تكن كلها من العقود الثنائية الالتزام، أي من العقود الملزمة للجانبين، فالتزام كل من المتعاقدين في هذه العقود مرتبط بالتزام الآخر فيها، وهذا الترابط ما بين التزام أحد الطرفين والتزام الطرف الآخر تنعقد به العقدة ويؤدي إلى الارتباط كما هو ظاهر، فلا يعود الأمر في حاجة إلى مظهر خارجي زائد على التراضي ليؤكده، أما في التعهد الشفوي، أو العقد الكتابي، أو العقد العيني، فإن التصرف القانوني لا يربط سوى أحد العاقدين دون الآخر، فلا يوجد ترابط ولا يعود الربط متصوراً إلا على أساس ذلك الإجراء الشكلي الذي يقوي الرابطة أو يؤكدها، بعد أن كان في الأصل ينشئها إنشاء، ويرى أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة أنه مما يدعم رأيه هذا أن الفقيه لابيو (LABEO) قد قصر كلمة (contractum) أي العقد على تلك العقود الرضائية دون غيرها، لأنها وحدها التي تنطوي على التزامات متقابلة تقع على عاتق طرفي التعاقد معاً، أنظر شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٥٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٩.

وتتفق العقود الرضائية جميعها نتيجة قيامها على فكرة التراضي وحدها في إمكان انعقادها بين غائبين، وفي اعتبارها من عقود حسن النية، بالإضافة إلى كونها من العقود التبادلية[١].

فهذه العقود يصح انعقادها حتى بين الغائبين، ويتم ذلك إما بالمراسلة الكتابية (per epistulam)، وإما على يد رسول وسيط (per nuntium)، وهي تتفق في ذلك مع العقد الكتابي والعقود العينية وتفترق فيه عن العقود اللفظية لاسيما الاشتراط[٢]، كما أن العقود الرضائية جميعها من عقود حسن النية التي يقوم الالتزام فيها على قواعد العدالة، فالقاضي يتمتع بالنسبة لها بسلطة تقديرية واسعة تسمح له بأن يحدد في حرية ما يلتزم به أحد الطرفين قبل الآخر طبقًا لما يقضي به حسن النية، ووفقاً لقواعد العدالة[٣]، وهي تتفق في ذلك مع عقود الائتمان الثلاثة (الوديعة – عارية الاستعمال – الرهن الحيازي)، وتختلف عن العقود الشكلية وعن عقد القرض العيني[٤].

كذلك من الصفات التي تجمع بين العقود الرضائية أنها جميعًا عقود تبادلية تنشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين، فالبيع والإيجار والشركة تعد من العقود التبادلية الكاملة التي تنشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين منذ وقت انعقادها، أما الوكالة فهي من العقود التبادلية الناقصة، حيث إنها لا تنشئ التزامات منذ نشأتها إلا على عاتق أحد طرفيها وهو الوكيل، إذ يلتزم بتنفيذ المهمة التي عهد إليه بها، ولكنها قد تنشئ بعد ذلك التزامًا على عاتق الطرف الآخر، وهو الموكل بتعويض الوكيل عما تكبده من نفقات في سبيل تنفيذ المهمة الموكولة إليه[٥].

وعلى الرغم من هذه الصفات المشتركة بين جميع العقود الرضائية، فإنها تقسم إلى قسمين متميزين[٦]، القسم الأول ويشتمل على عقد البيع وعقد الإيجار، والقسم الثاني ويشتمل

---

(١) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٢) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٥٩، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع ، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص ٤٣٩. P. F. GIRARD; op. cit, p. 567.

(٤) عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٧، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، المرجع السابق، نفس الموضع R. MONIER: op. cit. n° 103. p. 129. P. HUVELIN: op. cit.. p. 90.

(٦) G. MAY: Éléments de droit romain. op. cit. p. 337. =

على عقد الشركة وعقد الوكالة.

فظروف عقد البيع وعقد الإيجار يجمع بينهما أنهما يمثلان مرحلة من مراحل النمو الاقتصادي التي كان لها أكبر الأثر في التخلص من طريقة المقايضة البدائية Troc واندثار استعمالها واختيار النقود معيارا مشتركا ووسيلة يتم بها التبادل، فاختفاء المقايضة بصورتها البدائية من جهة وظهور استعمال النقود وسيلة لتقييم الأشياء والخدمات من جهة أخرى كان لهما فضل اعتبار الرضا أساسا لقيام كل من عقد البيع وعقد الإيجار، ويلاحظ أن الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها هذان العقدان واحدة، وهو ما لم يغب عن الرومان فكثيرًا، ما أبان الفقه أوجه التشابه والتقارب بين عقد البيع وعقد الإيجار، فطبيعة العقدين تكاد تكون – إن لم تكن بالفعل – واحدة، وفي ذلك يقول أحد فقهاء الرومان – تعبيراً عن الأصل المشترك بينهما – بأنهما يمثلان سمة العائلة، أما عن القسم الثاني من عقود الرضاء فهو يتضمن – كما رأينا – عقدين، هما عقد الشركة وعقد الوكالة اللذان انفردا بخاصية ميزتهما عن كل من عقد البيع وعقد الإيجار، وهي الثقة المتبادلة confiance mutuelle بين الأطراف المتعاقدين؛ ولهذه الميزة نتيجتان: الأولى : أن المتعاقد الذي يفقد هذه الثقة يكون قد أخطأ من الناحية القانونية، وأثم من الناحية الأخلاقية في الوقت نفسه، ويتمثل الخطأ في مخالفة قانون العقد حال افتقاده الثقة وانعدامها فيه، وإثمه ينحصر فيما يثقل كاهله من واجب أخلاقي officium قائم على الثقة، ولذلك فإنهما يؤيدان بدعوى شائنة من شأنها أن تلحق العار بحق الشخص المحكوم عليه، إذ تخالف حكم العقد، الثانية: أن الثقة لا تفرض، ولذلك فإنه يحق لكل من الطرفين فسخ العقد بإرادته، حينما تزول ثقته بالطرف الآخر.

ونعرض الآن للعقود الرضائية الأربعة والتي عرفها القانون الروماني وبطبيعة الحال فإننا لن نتناول بالدراسة جميع ما يتعلق بهذه العقود، وإنما ستكتفي بعرض موجز لها من زاوية واحدة، ألا وهي انعقادها وتكوينها لبيان دور فكرة الرضائية وأثرها في هذه العقود، وذلك فيما يلي:

أولاً: عقد البيع (EMPTIO VENDITIO)

يعرف عقد البيع بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين، وهو البائع بنقل الحيازة الهادئة المستمرة على شيء إلى الطرف الآخر، وهو المشتري الذي يلتزم بدفع مبلغ نقدي على سبيل الثمن إلى البائع(١)، وقد ظهر البيع الرضائي في روما في أواخر العصر الجمهوري، إذ كانت

=عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص٥ – ٦، محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص٢٠٠.

(١) R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 64.

البيوع قبل ذلك العهد بيوعًا فورية، فكان عقد البيع يتخذ صورة البيع المعجل، بمعنى أنه كان يرتب آثاره في الحال، فينقل البائع الملكية إلى المشتري، ويدفع المشتري الثمن إلى البائع، وكل ذلك يتم في عملية واحدة، وفي آن واحد بطريق التسليم Traditio بالنسبة للأموال غير النفيسة res nec mancipi، وطريق الإشهاد mancipatio بالنسبة للأموال النفيسة res mancipi، فإذا ما أعطى البائع المشتري شيئًا وقبض في الحال ثمنه، انتقلت ملكية الشيء إلى المشتري، ولا يعد هذا المشتري ملتزمًا بشيء قبل بائعه، فيكون التصرف قد استنفذ أثره حال انعقاده، وتنتهي بذلك كل علاقة ما بين الطرفين، ومن ثم لم تكن تنشأ عنه أي التزامات تعاقدية، أي مصدرها العقد على عاتق أي من الطرفين، فالبيع في هذه الحال لم يكن عقدًا بالمعنى الدقيق؛ لأنه لم يكن ينشئ التزامات على عاتق المشتري أو البائع(١).

أما البيع الرضائي الذي نحن بصدد شرحه والذي ظهر في روما في أواخر عصر الجمهورية واستمر العمل به منذ هذا الوقت وطوال مراحل القانون الروماني التالية، فكان عقدًا رضائيًا يتم بالاتفاق بين طرفيه، ومنشأ الالتزامات إذا كان يرتب التزامات على عاتق طرفي العقد، وقد كان من الممكن تنفيذ هذه الالتزامات بمجرد انعقاد العقد، أو تأجيل تنفيذها بعض الوقت، حيث كان من الجائز الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع أو تأجيل دفع الثمن، أو كليهما معًا(٢)، ويلاحظ أنه لم يكن من ضمن الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الرضائي(٣) – التزام البائع بنقل الملكية، ويرجع ذلك إلى أن عقد البيع الرضائي لم يكن عقدًا من العقود الناقلة للملكية، حيث كان مصدرًا من مصادر الالتزامات، وليس سببًا لنقل الحقوق العينية، ومنها حق الملكية، وهو لذلك لا يرتب على عاتق البائع التزامًا بنقل الملكية، وإنما يلزمه فقط بتسليم الشيء

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨١، ١٨٢، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٦٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٨، ١٧٩، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٦٩.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit., n° 66, pp. 47 – 48.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٩، محمد جمال عطية عبد المقصود، المرجع السابق، ص ١٦٩، ١٧٠.
R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit., p. 65.

(٣) يختلف عقد البيع الرضائي بهذه الخاصية عن عقد البيع في القانون المدني المصري الذي يلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري حيث تنص المادة ٤١٨، من القانون المدني المصري الحالي على أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" وبهذه الخاصية كذلك يتميز عن البيع في الفقه الإسلامي، حيث يعرفون البيع على أنه مبادلة مال بمال ، حيث يجعلون الأثر المباشر للعقد هو ثبوت الملك في البدلين للحال. أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٧٩. محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٦٨.

المبيع إلى المشتري وضمان الحيازة الهادئة المستمرة له، أما انتقال الملكية فقد كان يتم في مرحلة لاحقة على إبرام العقد وترتيب آثاره، وذلك بالطرق المحددة لنقل الملكية كالإشهاد والدعوى الصورية والتسليم[١].

ومن هنا يتضح لنا أن صورة عقد البيع الثانية، وهي البيع الرضائي تختلف اختلافًا جوهريًا عن صورة البيع الأولى، وهي البيع الفوري، فالبيع الرضائي منشئ لالتزامات تقع على عاتق كل من البائع والمشتري، أما البيع الفوري فهو تصرف ناقل للملكية[٢].

وفيما يتعلق بانعقاد عقد البيع الرضائي فقد كان القانون الروماني بعيدًا عن أهلية التعاقد، يتطلب توافر ثلاثة أركان أساسية في عقد البيع، هي المحل (الشيء المبيع) والثمن، والتراضي[٣].

أما عن الركن الأول من أركان العقد وهو محل العقد أي الشيء الذي يرد عليه البيع، فقد كان يمكن أن يرد البيع على جميع الأشياء التي يجوز التعامل فيها، سواء أكانت هذه الأشياء مادية (أرضا أو عبيدا) أم معنوية (حق الارتفاق أو الدين)، وسواء أكانت عقارًا أم منقولاً، كما أن البيع يمكن أن يرد على أشياء موجودة وقت العقد أو على أشياء لن توجد إلا في المستقبل (بيع المحصول قبل نضوجه أو الثمار قبل ظهورها)، كما كان من الممكن أن يرد البيع على شيء غير مملوك للبائع، نتيجة لأن القانون الروماني كما سبق لم يكن يعد عقد البيع تصرفًا ناقلاً للملكية، وإنما كان يعده تصرفًا منشئًا لالتزامات، ومن ثم لم يكن يلقي على عاتق البائع سوى التزام بنقل الحيازة الهادئة المستمرة على الشيء المبيع إلى المشتري، وهو ما يمكن تحقيقه حتى

---

(١) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٦٩، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤٠٣، ٤٠٤.

(٢) نظرًا لهذا الاختلاف الجوهري فيما بين العقدين، فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يمكن اعتبار البيع الرضائي تطورًا للبيع الفوري ومن ثم حاولوا تفسير نشأة عقد البيع الرضائي في القانون الروماني، وقد صاغوا بصدد ذلك عدة نظريات منها ما تقوم على أن البيع الرضائي تولد عن بيع كان ينعقد عينيًا، وأخرى ترى أن البيع الرضائي تولد عن بيع كان يتم باشتراط مزدوج والثالثة تقوم على أن البيع الرضائي ظهر تحت تأثير البيوع الإدارية، أما الأخيرة فترى أن البيع الرضائي قد نشأ في أحضان قانون الشعوب أي أن البيع الرضائي مصدره قانون الشعوب، لمزيد من التفاصيل عن هذه النظريات راجع، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٧٩، وما بعدها، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٧٠، وما بعدها، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٦٣، وما بعدها، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ١٨٤ وما بعدها، محمد محسن البرازي، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) L. MACKENZIE; Roman Law, op. cit . p. 235. B. NICHOLAS, op. cit., p. 172.
F. DE ZULUETA; The Roman Law of sale, oxford, 1945 p. 10.

ولو لم يكن البائع مالكًا للشيء[1].

أما الركن الثاني من أركان العقد وهو الثمن، فقد كان القانون الروماني يشترط فيه أن يكون من النقود المضروبة أو المسكوكة pecunia numerata، وهذا هو العنصر الذي يميز بين البيع والمقايضة، كما يجب أن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد، بحيث لا يدع للمتعاقدين محلاً للنزاع، كما يشترط أن يكون الثمن جدياً verum أي حقيقيًا وليس صوريًا فإذا كان الثمن صوريًا أو تافهًا، كما لو بيع عقار مقابل آس واحد، لم يعد العقد بيعًا، بل يصبح هبة، إذا توافرت الشروط الشكلية والموضوعية لتمام عقد الهبة.

وأخيرًا يشترط في الثمن أن يكون عادلاً Justum، أي أن يكون متعادلاً مع قيمة الشيء المبيع[2]. ويلاحظ أنه لم يشترط كون الثمن عادلاً إلا في عصر الإمبراطورية السفلى إذا كان البائع قبل ذلك حرًا في المبالغة في قيمة الشيء الذي يعرضه للبيع، كما كان المشتري حرًا في محاولة الحصول عليه بثمن يقل كثيرًا عن قيمته الحقيقية، وكان البيع صحيحًا طالما لم يرتكب البائع والمشتري غشًا.

وأخيرًا نأتي إلى الركن الأساسي في عقد البيع الرضائي، وهو التراضي، أي اتفاق إرادتي المتعاقدين البائع والمشتري على الشيء المبيع والثمن، فعقد البيع بوصفه عقدًا من العقود الرضائية التي ترتكز وتقوم على تلاقي إرادتي طرفي العقد دون اشتراط أية إجراءات أو صيغ شكلية محددة، ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين (البائع والمشتري) على الشيء المبيع والثمن، وكان هذا الاتفاق وحده يكفي لانعقاد العقد دون حاجة إلى وضعه في شكل معين أو القيام بأي إجراء شكلي يضاف إليه، كتسليم شيء أو تدوين محرر مثلاً، ويقول في ذلك جايوس "إن البيع يتم دون حاجة لدفع الثمن أو إعطاء عربون"، كما ورد في كتاب النظم لجستنيان "يتم البيع بمجرد الاتفاق على الثمن ولو لم يحصل نقده ولا دفع شيء على سبيل العربون..."، وعليه فالبيع لا يلزم لانعقاده تسليم المبيع ولا نقد الثمن؛ لأنه ليس من العقود العينية، كما يصح انعقاد البيع فيما بين

---

(١) عبد السلام الترمانيني، محاضرات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢١٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٨٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١١٢، ١١٣.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 67. A. E. GIFFARD et R. VILLERS. op. cit. n° 74. p. 51. F. de ZULUETA; op. cit. p. 10. L. MACKENZIE; op. cit. p. 236.

(٢) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٨٠، ٤٨١، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١١٤، ١١٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٨٥.

P. F. GIRARD· op. cit. pp. 573 – 574. A. E. GIFFARD et R.VILLERS; op. cit., n° 75. pp. 51 – 52. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., pp. 67 – 68. R. MONIER; op. cit., n° 110. p. 138. W. A. HUNTER. op. cit. p. 491. F. DE ZULUETA; op. cit. p. 16.

الغائبين عن طريق الرسالة (بوساطة رسول) أو الكتابة، مع ملاحظة أن الكتابة في الأصل وسيلة من وسائل إثبات العقد[١]، إذ لم يكن القانون يتطلب الكتابة لإبرام عقد البيع كما رأينا.

كما أدى اعتبار التراضي ركنًا أساسيًا في عقد البيع، إلى أنه في حالة ما إذا شاب الرضا غلط في ذات الشيء المبيع لم ينعقد البيع، لانعدام التراضي، وقد أفتى الفقيهان جوليانوس وأولبيانوس بأنه لو ورد الغلط على مادة الشيء المبيع أو على جنس الرقيق، كما لو ظن العاقد أنه عبد، فإذا به جارية أو العكس، فإن البيع يبطل كذلك، أما الغلط في صفات الشيء المبيع فإنه لا يبطل البيع، وإنما يكون للمشتري الحق في الحصول من البائع على تعويض عن طريق دعوى الشراء هي نفسها[٢].

وقد لعبت الكتابة دورًا معينًا بالنسبة لعقد البيع، كما أن العادة كانت جارية بدفع أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عربونًا[٣].

فمن ناحية، رغم أن البيع الرضائي لم يكن يتطلب أية كتابة لانعقاده- كما سبق أن رأينا- فإن العادة كانت جارية بين المتعاملين على تدوين البيوع، لاسيما البيوع المهمة، وكان القصد من ذلك تسهيل إثبات هذه البيوع عندما يثور نزاع بشأنها، كما أنه لم يكن هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تعليق إتمام البيع نفسه على تحرير وثيقة به وفي هذه الحالة كانت الكتابة تعد ركنًا أساسيًا في البيع، بحيث لا يكون الاتفاق الذي تم بين المتعاقدين قبل تدوينه إلا بمنزلة مشروع عقد بيع لكل من الطرفين الرجوع فيه بالامتناع عن الاسهام في الكتابة، لأن عقد البيع في هذه الحالة لا يتم إلا بتمام الكتابة وتوقيع المتعاقدين على المحرر، وإلى حين القيام بهذا التحرير يجوز لكل من الطرفين الرجوع في العقد دون أن يلزم بتعويض ما قبل الطرف الآخر[٤].

ومع مرور الوقت حدث خلط بين فكرة المحرر بوصفه وسيلة إثبات وفكرة المحرر

---

(١) محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٧٩، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٦٩، ٢٧٠، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٩، محمد جمال عطية، ص ١٧٢، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٨٦، ١٨٧.
F. DE ZULUETA; op. cit. p. 20.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٩، ١٩٠.
F. DE ZULUETA; op. cit. pp. 25 – 26.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١١٧، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٧٠، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع، وكذلك:
L. MACKENZIE: Roman Law, op. cit , p. 236. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 69. R. MONIER, op. cit, n° 111, p. 142. F. DE ZULUETA, op. cit, p. 22.

بوصفه ركنًا لازمًا لوجود العقد، واعتبر الموثقون في عصر الإمبراطورية السفلى كل مرة يتفق فيها الطرفان على تحرير وثيقة تصبح هذه الوثيقة المصدر الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة، فإذا تم تحريرها انعقد البيع، وإذا لم يتم تحريرها لم ينعقد، وقد أقر جستنيان هذه الفكرة (في مرسوم صادر سنة ٥٢٨)، فجعل من اتفاق الطرفين على تحرير وثيقة قرينة قانونية على أنهما قصدا تعليق وجود العقد على تحرير هذه الوثيقة. وقد ترتب على ذلك وجود نوعين من البيوع في قانون جستنيان، النوع الأول: هو البيوع المقترنة بوثيقة أو محرر venditiones cum scriptura، أي البيوع التي يتفق فيها على تحرير وثيقة، وفي هذا النوع لا ينعقد البيع إلا بتحرير هذه الوثيقة، وإلى حين تحريرها يكون لكل من الطرفين الرجوع في الاتفاق المبدئي الذي تم بينهما، أما النوع الثاني: هو البيوع غير المقترنة بوثيقة أو محرر venditiones sine scriptura، أي البيوع التي لا يتفق فيها على تحرير وثيقة، وتنعقد بمجرد توافق إرادتي الطرفين وهي البيوع الرضائية العادية[١].

ومن ناحية أخرى فقد ترتب على كون البيع الرضائي ينعقد بمجرد الاتفاق، إمكانية نشوء بعض المضايقات أو الإضرار، مثل صعوبة تحديد تاريخ انعقاد العقد على سبيل اليقين، نتيجة طبيعة التراضي الذهنية وعدم وجود مظاهر أو علامات خارجية تدل على ذلك، ولذلك فقد كان المتعاقدون يلجأون إلى دفع عربون لإثبات انعقاد البيع، وهو دفع مبلغ من النقود أو شيء مادي له قيمة معينة كخاتم أو عقد أو حلية... إلخ، يدفعها أحد الطرفين للآخر على سبيل تأكيد انعقاد العقد، وهكذا فقد كان العربون في البداية وسيلة من وسائل إثبات البيع، وكان يحتسب من أصل الثمن الواجب دفعه، فالعنصر المادي الذي يتضمنه العربون له أثر علمي، وهو تعيين وقت إبرام البيع وتقديم وسيلة من وسائل إثباته، فهو شأنه في ذلك شأن الكتابة في العصر العلمي، ومن ناحية أخرى كان العربون يؤدي بجانب وظيفة الإثبات وظيفة الضمان، إذ إنه كان يعد أيضا جزءا من الثمن الواجب دفعه، فهو بمنزلة ضمان يقدم إلى البائع؛ لكي يتأكد من أنه لن يفقد الثمن كله[٢]، وقد اتخذ بعد ذلك وسيلة للعدول عن العقد، فلمن دفعه الخيار، فإذا شاء أمضى العقد، وإذا شاء فسخه، وهو في هذه الحالة الأخيرة يفقد حقه في المبلغ المدفوع، فلا يكون له استرداده[٣].

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٨٧، ١٨٨.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 79, pp. 53 – 54.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١١٨، ١١٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٩٠.

R. MONIER; op. cit, n° 110, p. 141. P. F. GIRARD; op. cit, p. 577. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 78, p. 53.

(٣) R. MONIER; op. cit, n° 110, P. 141. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 69.

ثانيا: عقد الإيجار (Lacatio conductio)

عقد الإيجار الرضائي هو عقد رضائي تبادلي من عقود حسن النية، بمقتضاه يتعهد شخص إلى آخر مقابل عوض معين (يكون عامة من النقود) بتمكينه من الانتفاع بشيء من ملكه، أو بالقيام بخدمته أو بعمل معين[١].

ومن التعريف السابق يتبين لنا أن الرومان قد عرفوا ثلاث صور من عقد الإيجار والاستئجار، بحسب ورود العقد على شيء أو على خدمة أو على عمل معين[٢]، وهي:

١- عقد إيجارة الأشياء الذي يرد على الأراضي والدور Lacatio rei.

٢- عقد إيجارة الخدمة (أو عقد العمل) Lacatio operarum.

٣- عقد إيجارة الصنعة (أو المقاولة) Lacatio operis faciendi.

أما عن الصورة الأولى: وهي عقد إيجار الأشياء، فهو عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤجر Locator بتمكين شخص آخر يسمى المستأجر conductor من الحصول على منفعة شيء لقاء أجرة يتعهد هذا الأخير بدفعها إليه[٣].

وعقد إيجار الأشياء عقد تبادلي تام، من عقود حسن النية، وهو عقد رضائي، إذ ينعقد بالاتفاق وحده[٤]، أي إنه من العقود التي تنعقد بمجرد التراضي، وهذا هو ركنها الأول، أما الركن الثاني اللازم لانعقاد هذا العقد فهو محل العقد (أي الشيء المؤجر)، وهو قد يكون عقارًا أو منقولاً، والعقار قد يكون دارًا للسكنى أو أرضًا زراعية، عامة يجب أن يكون الشيء محل الإيجار، مما يجوز التعامل فيه، أما الركن الأخير في عقد إيجار الأشياء فهو الأجرة، والأجرة في عقد الإيجار تقابل الثمن في عقد البيع، ومن ثم وجب أن تتوافر في الأجرة الشروط المطلوب توافرها في الثمن، ولكن لا يشترط فيها أن تكون عادلة، ومن ثم فالأجرة يجب أن تكون جدية، ومحددة تحديدًا نافيًا للجهالة، وأن تكون نقودًا باستثناء عقد إيجار الأرض الزراعية، إذ يجوز أن

---

(١) P. HUVELIN; op. cit, p. 94. R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, P. 80.
W. A. HUNTER; op. cit., p. 505.

(٢) B. NICHOLAS; op. cit. p. 182.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١١٢.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 83. L. MACKENZIE; op. cit., p. 243.
B. NICHOLAS, op. cit. p. 182.

(٤) R. MONIER; op. cit, n° 129, p. 171. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit., p. 83.
L. MACKENZIE, op. cit., p. 243.

تكون فيه حصة من المحصول، ويسمى عقد الإيجار في هذه الحالة بعقد المزارعة[١].

أما الصورة الثانية لعقد الإيجار فهي إيجار الخدمة، وهو عقد بمقتضاه يؤجر شخص، وهو العامل عمله لشخص آخر (وهو رب العمل) لقاء أجر[٢]، وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بعقد العمل، هذا العقد الذي وإن كان يتمتع بأهمية كبيرة في الوقت الحاضر، سواء أكان من الناحية العملية أم من الناحية القانونية، فإنه لم يكن يتمتع بكل هذه الأهمية في القانون الروماني، نتيجة لأن إيجار الخدمة كان محدودًا بسبب استعانة الرومان بالأرقاء في الأعمال المنزلية والزراعية والصناعية، ولأنه لم يكن يدخل في نطاقه إلا الأعمال التي يقوم بها الأحرار والتي لا تتطلب خبرة معينة أو مهارة خاصة، أما الأعمال التي كانت تتطلب خبرة معينة أو مهارة خاصة كالطب أو المحاماة، فإنها كانت تخرج عن نطاقه، ولذلك لم يكن ما يحصل عليه الطبيب أو المحامي مقابل مجهوده يسمى أجرًا، وإنما كان يسمى أتعابًا[٣].

ويتألف هذا العقد من ثلاثة أركان، أولها: هو محل عقد العمل، ومحله ليس شيئًا معينًا، وإنما الخدمة التي يؤديها شخص حر لمدة معينة operae، ويسمى الشخص الذي يقوم بالخدمة (الأجير Locatores)، أما الشخص الذي يستخدم الأجير فيسمى (رب العمل conductor)، أما الركن الثاني فهو الأجرة، وهي قد تدفع مقدمًا عن المدة كلها عند إبرام العقد، كما قد تدفع أسبوعياً أو كل نصف شهر مثلاً، وهي في الأصل مبلغ من النقود، والركن الأخير في العقد هو التراضي، إذ إن عقد إيجار الخدمة ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين (رب العمل والأجير) على العمل أو الخدمة، ومدته والأجرة، دون استلزام أية شكليات إضافية لانعقاد العقد، حيث إنه من العقود الرضائية[٤].

أما الصورة الثالثة والأخيرة لعقد الإيجار في القانون الروماني فهي عقد إيجار الصنعة، وهو عقد يتعهد بمقتضاه شخص عهد إليه بشيء بالقيام بعمل معين على هذا الشيء مقابل الحصول على أجر معين، ويتميز هذا العقد عن عقد إيجار الخدمة بأنه يقوم على تقديم شيء إلى الصانع ليعمل فيه؛ ولذلك فإن الصانع في هذا العقد هو المستأجر، بخلاف العامل في عقد إيجار

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥٧، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٩٤.
R. MONIER; op. cit. n° 129. p. 171. P. F. GIRARD. op. cit. p. 605. R. FOIGNET et E. DUPONT. op. cit. p. 83.

(٢)محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢١٧، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤٤٢.
R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit. p. 85.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٢٩٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٦٥، ٢٦٦.
P. HUVELIN: op. cit.. p. 94. B. NICHOLAS:op. cit.. p. 182.

الخدمة الذي يعد مؤجرًا لعمله[1].

وإيجار الصنعة يقابل في القوانين الحديثة ما يعرف بعقد المقاولة، وقد كان لهذا العقد عدة صور، إلا أن أكثر هذه الصور شيوعًا لدى الرومان هي: إعطاء ثياب لأحد أصحاب الحرف لإصلاحها أو تنظيفها، وتقديم أراض لمقاول لبناء بيت عليها وتسليم بضاعة إلى متعهد نقل لنقلها[2].

ويتطلب القانون الروماني لانعقاد عقد إيجار الصنعة توافر أربعة أركان، هي التراضي، والعمل الذي يقوم به الصانع في الشيء الذي تسلمه والأجرة، وتسليم رب العمل إلى الصانع الشيء الذي يرد عليه عمله[3].

ومن الجدير بالذكر أن عقد النقل البحري كان يعد صورة من صور إيجار الصنعة أو المقاولة، وليس عقدًا قائمًا بذاته، كما هو الشأن في القوانين الحديثة، ولهذا فإنه كان ينطبق عليه كل ما ينطبق على الصور الأخرى لعقد إيجار الصنعة[4].

ويتضح من استعراضنا لجميع صور عقد الإيجار في القانون الروماني أن ركن التراضي هو الركن الأساسي والمشترك في جميع هذه الصور، نتيجة لأن عقد الإيجار من العقود الرضائية في القانون الروماني التي تتم بمجرد الاتفاق أو تبادل الإيجاب بالقبول بين طرفي العقد، دون أن تستلزم ضرورة إفراغ هذا التراضي أو الاتفاق في شكل محدد أو القيام بأي إجراء شكلي إضافي آخر، وإذا كانت هذه هي الصورة التي آل إليها عقد الإيجار، فإنه قد مر بمراحل مختلفة من التطور قبل دخوله في عداد العقود الرضائية، كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع، ففي المرحلة الأولى كان عقد الإيجار ينعقد بالمعاطاة، بمعنى أن المؤجر كان يقوم بإعطاء الشيء محل الإيجار إلى المستأجر؛ لينتفع به فترة ما، مقابل مبلغ من النقود يقبضه المالك مقدماً،

---

(١) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٩٨.

P. HUVELIN; op. cit., p. 94.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢١٨.

P. HUVELIN; op. cit., p. 94.

(٣) أنظر: محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٩٨ – ٢٠٠.

(٤) إلا أن عقد النقل كان يتمتع بحكم خاص به، وهو الحكم الخاص بالخسارات البحرية المشتركة والذي اقتبس من قانون رودس، ومضمون هذا الحكم أنه إذا تعرضت السفينة للغرق، واضطر ربان السفينة إلى إلقاء بعض الأمتعة في البحر توزع الخسارة على كل أصحاب الأمتعة المشحونة بالسفينة، كل بحسب ما له من أمتعة وسلع، وقد انتقل هذا الحكم إلى القوانين البحرية في كثير من الدول الحديثة ومنها قانوننا البحري، أنظر محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٠١، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢١٩، ٢٢٠.

ومن الصور القديمة لهذا العقد إيجار رب الأسرة أحد أبنائه الخاضعين لسلطته، حيث كان يسلم ابنه الخاضع لسلطته لمن يطلب استئجاره للخدمة، وقد كان هذا الإعطاء يقترن بشرط الوفاء، أي بشرط رد الابن المستأجر بعد قيامه بالخدمة ut sibi remancipetur، ولم يكن عقد الإيجار في هذه المرحلة عقدًا منشئًا لالتزامات؛ لأنه كان يتم في صورة نقدية، وإن كان "جايوس" قد ذكر صورة لعقد إيجار التزم فيها المستأجر بدفع الأجرة ولم يؤدها فورًا، وهو ما يوضح أنه كان ينعقد أحيانًا في صورة غير فورية ويرتب التزامات[1].

وفي مرحلة ثانية، أصبح عقد الإيجار ينعقد عن طريق التعهدات اللفظية، ويبدو أن التعهد كان يصدر في العادة من أحد العاقدين، وهو المؤجر دون الآخر، وكان يتعهد فيه بتسليم العين المؤجرة أو أداء العمل المطلوب، وفي حالات قليلة كان التعهد يصدر من المتعاقدين المؤجر والمستأجر بأن كان المؤجر يتعهد بتسليم العين المؤجرة أو القيام بالعمل المطلوب، ويتعهد المستأجر بدفع الأجرة[2].

وقد ذهب رأي إلى أن عقد الإيجار كان لا ينعقد في الأصل إلا إذا تسلم المستأجر العين المستأجرة، أي إن العقد كان عينيًا قبل أن يصبح رضائيًا، ولعل عقد الإيجار من أقرب العقود الرضائية إلى العقد العيني، ذلك أن المنفعة تحدث شيئًا فشيئًا، والالتزام بدفع الأجرة مرتبط ارتباطًا وثيقًا بتحقق المنفعة[3].

والثابت بين الفقهاء أن عقد الإيجار قد استقر في صورته النهائية القائمة على انعقاده بمجرد التراضي، وقد انتقلت من القانون الروماني إلى جميع القوانين الحديثة، ومنها القانون المدني المصري بعد أن قام الأفراد بتقليد الدولة الرومانية في طريقة إبرامها لعقود الإيجار، حيث كان الرقباء يقومون بتأجير أراضي الدولة لمدة خمس سنوات، دون أية إجراءات شكلية، كما كانوا يعهدون بتنفيذ الأشغال العامة إلى المقاولين، عن طريق المناقصات، إضافة إلى أن الحكام كانوا يحصلون على ما يلزمهم من تابعين ومساعدين عن طريق عقود يجرونها معهم، وكل هذه العقود الإدارية كانت تتم دون إجراءات شكلية، وهو ما يعني أنه كان للإجراءات التي كانت تتبعها الدولة في تأجير أراضيها وفي تنفيذ أشغالها العامة والتعاقد مع موظفيها وتابعيها أكبر الأثر في ظهور عقد الإيجار الرضائي، بجانب اتصال الرومان بالأجانب وخاصة التجار

---

(١) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٨٤، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥٠، ٢٥١.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥١، ٢٥٢، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

الأجانب الذين كانوا يعرفون مبدأ الرضائية أساسا لإبرام العقود، ومنها عقد الإيجار[١].

ومن الجدير بالذكر أن خضوع عقد الإيجار لقاعدة الرضائية لم يكن مقصورا على تكوينه أو انعقاده فقط، بل امتد ليشمل انقضاءه، فقد كان من الممكن إنهاء عقد إيجار الأشياء المحددة المدة قبل انتهاء مدته بالتراضي أي باتفاق الطرفين على إنهائه، أما إذا كان الإيجار غير محدد المدة فلكل من المؤجر والمستأجر الحق في إنهائه بمحض إرادته، ولم يقتصر الأمر على ذلك فقط، حيث ظهرت فكرة الرضائية بوضوح في الحالة الخاصة بتجديد عقد إيجار الأشياء، فعقد الإيجار ينقضي عامة بانتهاء مدته التي تم الاتفاق عليها بين المؤجر والمستأجر، إلا أنه كان من الجائز تجديد هذا العقد إما باتفاق صريح، وإما ضمنيا، كأن يبقى المستأجر بالعين المؤجرة دون اعتراض من جانب المؤجر، ففي هذه الحالة يتجدد عقد الإيجار ضمنيا، وكان التجديد في هذه الحالة لمدة سنة، وأخذ القانون المدني المصري بفكرة التجديد الضمني لعقد الإيجار إذا بقى المستأجر بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه في المادة (٥٥٩)[٢].

ثالثاً: عقد الشركة (SOCIETAS)

عقد الشركة عقد يتفق بموجبه شخصان أو أكثر على جعل جميع أموالهم أو جزء منها مشتركة فيما بينهم، أو العمل بشكل مشترك بهدف اقتسام الأرباح الناشئة عنها، وذلك على أساس أن توحيد جهودهم يؤدي إلى نتيجة اقتصادية مفيدة[٣].

وقد عرف الرومان نوعين من الشركات هما: الشركة الأسرية أو الملكية غير المقسمة والشركة الرضائية، ففي بداية المراحل الأولى من تطور الحضارة الرومانية لم يكن الرومان يعرفون سوى النوع الأول، وهو الشركة الأسرية، إذ إنها إحد نظم القانون الروماني العتيق، وقد كانت هناك صورتان لهذا النوع من الشركات: الأولى هي الشركة الطبيعية، والثانية هي الشركة المصطنعة.

والشركة الطبيعية هي التي تقوم بين الأخوة والأخوات عند وفاة رب الأسرة بوصفهم ورثته، أما الشركة المصطنعة فهي الشركة التي تنشأ على غرار الشركة السابقة وإن كانت تتكون من أشخاص آخرين غير الأخوة والأخوات، ولا يعرف على وجه اليقين هل كانت الشركة المصطنعة تتطلب وجود رابطة قرابة بين الأشخاص الذين تقوم بينهم، أو كان من

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص٢١٢، ٢٢١.

(٢) G. MAY: op. cit, n°. 159. p. 362. R. MONIER; op. cit. p. 176.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٠٠، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤٢٤.
W. A. HUNTER: op. cit.. p. 516. L. MACKENZIE: Roman Law. op. cit . p. 248.

الجائز قيامها بين أشخاص ليست بينهم قرابة[١]؟

أما الشركة العادية التي نبغيها فهي بحق الشركة التي تبنى على التراضي والتي كان عقدها من عقود قانون الشعوب التي يجوز للرومان والأجانب معًا مباشرتها، على خلاف الشركة العائلية القديمة التي تعد – كما سبق أن رأينا – من نظم القانون القديم المقصورة على المواطنين الرومان وحدهم[٢].

وقد ظهرت الشركة الرضائية في أواخر عصر الجمهورية عندما اتسعت رقعة الدولة الرومانية، وتغيرت ظروف المجتمع الروماني الاقتصادية، بأن اتسع نطاق الأعمال التجارية، واتصل الرومان بالتجار الأجانب وخاصة تجار الشرق وحوض البحر الأبيض المتوسط[٣].

وقد كانت للشركة التي تنشأ بمقتضى عقد رضائي صور أربع في العصر العلمي هي[٤]:

الشركة بجميع الأموال وشركة المكاسب وشركة العمليات المحددة وشركة العملية الواحدة.

أما فيما يتعلق بانعقاد عقد الشركة والأركان اللازم توافرها لانعقاده، فقد كان يشترط لكي ينعقد عقد الشركة صحيحاً أن يتوافر فيه عدة أركان[٥] هي:

١- أن يكون محل الشركة والغاية منها مشروعين.

٢- تقديم الحصص.

٣- المصلحة المشتركة.

٤- نية المشاركة.

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص١٠٠.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(٥) راجع:

محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٠٨، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٢٤، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٢٥، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤٢٦، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٠١.

P. F. GIRARD: op. cit. p. 612 – 613. E. PETIT, n° 381. p. 401 – 402. E. PETIT: op. cit. n° 381. p. 401 R. MONIER: op. cit. n° 135 et 136. p. 179.

٥- ركن التراضي: أما عن ركن التراضي وهو أهم الأركان فلما كانت الشركة أحد العقود الرضائية، فإنها تنعقد بمجرد اتفاق الشركاء على الأداءات وعلى طرق إدارتها، فالتراضي وحده يكفي لتكوين الشركة دون حاجة إلى القيام بأية إجراءات شكلية معينة أو صب هذا التراضي في قالب شكلي معين[١].

ويلاحظ أن عقد الشركة كان يتم قبل دخوله في عداد العقود الرضائية عن طريق التعهد الشفوي، فإنه عندما أصبحت الشركة من العقود الرضائية، لم يعد انعقادها يحتاج إلى تعهد شفوي، بل إن الكتابة نفسها لا تعد شرطاً من شروط انعقادها، وإن جرت العادة بكتابة عقد الشركة لتيسير إثباته[٢]، بل إنه في ظل القانون القديم لم يكن يشترط في الرضاء أن يكون صريحًا، إذ كان يكفي الرضاء الضمني. وهو ما تم تعديله في ظل الإمبراطورية السفلى، حيث أصبح من اللازم أن يكون الرضاء صريحًا، فلم يعد الرضاء الضمني كافيًا لإبرام العقد[٣]، وحيث إن عقد الشركة من العقود التي تنعقد بالتراضي، فإنها تكون باطلة إذا ما انعقدت تحت تأثير التدليس[٤].

ومن الجدير بالذكر أن عقد الشركة من العقود التي لا يكفي فيها تراض أو اتفاق الشركاء وقت إبرام العقد، وإنما يلزم استمرار هذا التراضي طوال مدة الشركة حتى تظل قائمة وباقية، فإذا انتفى هذا التراضي انقضت الشركة على الفور، وهو ما ترك أثره على حالات انقضاء عقد الشركة في القانون الروماني، فكما أجاز هذا القانون اتفاق الشركاء على انقضاء عقد الشركة ورتب على هذا الاتفاق زوالها من الناحية القانونية والعملية، فقد أجاز إنهاء هذا العقد بالإرادة المنفردة لأحد الشركاء، طالما رغب في ذلك، حتى ولو كان هناك اتفاق بين الشركاء على عدم إنهائها بالإرادة المنفردة؛ لأن مثل هذا الاتفاق يعد باطلاً لتعارضه مع الركن الخاص باستمرار التراضي بين الشركاء طوال فترة قيام الشركة، مع ملاحظة أنه يشترط لانقضاء الشركة بالإرادة المنفردة لأحد الشركاء أن يكون انسحاب الشريك في وقت ملائم، وألا

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٠٠، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.
P. F. GIRARD, op. cit, p. 613. L. MACKENZIE; op. cit. p. 248. E. PETIT. op. cit. n° 381. p. 401.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

يكون منطوياً على غش[1].

رابعًا: عقد الوكالة (MANDATUM)

الوكالة عقد رضائي يعهد بمقتضاه شخص (يسمى الموكل Mandator) إلى شخص آخر (يسمى الوكيل Mandatarius) بالقيام بعمل لمصلحته، على أن يقوم الأخير بتنفيذه بلا مقابل أو أجر[2]، ويتضح من هذا التعريف أن عقد الوكالة في القانون الروماني كان من العقود الرضائية، بل إنه كان يعد من أقدم العقود الرضائية، وأنه كان ينعقد دون مقابل أو أجر؛ لأنه كان يقوم على أساس الصداقة أو القرابة اللتين كانتا توجبان عدم الحصول على الأجر[3].

والوكالة تشبه الشركة من وجوه، فهى كالشركة مبناها الصداقة، وهو ما أدى إلى اعتبارها من العقود المبنية على حسن النية، وهي ايضا كالشركة من العقود المستمرة؛ ولذلك فهي تنقضي في الجملة بالطرق التي تنقضي بها الشركة[4].

وقد ظهرت الوكالة في حوالي سنة ٢٥٠ ق.م، أي في الوقت الذي ظهرت فيه الحروب بين روما وقرطاجنة، وتغيب على أثرها الكثير من الرومان، وهو ما أدى إلى ضرورة الاعتماد على آخرين للقيام بإدارة أموالهم أثناء غيابهم عن الوطن[5].

ولم تأخذ الوكالة صورة واحدة طوال مراحل تطور القانون الروماني، وإنما مرت بعدة صور من مراحل تطورها[6].

وقد عرف القانون الروماني صورتين للوكالة هما: الوكالة العامة التي يكون بها الوكيل مكلفًا بإدارة جميع أموال الموكل دون أن يكون له سلطة التصرف فيها، والوكالة الخاصة التي تقتصر فيها سلطة الوكيل على القيام ببعض أعمال التصرف.

وفيما يتعلق بانعقاد عقد الوكالة وتكوينها، فقد كان القانون الروماني يشترط لانعقاد هذا العقد توافر الأركان التالية:

١- محل الوكالة: أي العمل المطلوب من الوكيل القيام به من الأعمال القانونية أو الأعمال

---

(١) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢١٥، ٢١٦، محمود سلام زناتي، ص ٢٢٨، ٢٢٩.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣١، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢١٧.
L. MACKENZIE; Roman Law, op. cit , p. 253. B. NICHOLAS, op. cit, p. 187.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، نفس الموضع.
L. MACKENZIE; op. cit, p. 253.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٥) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٠١، ٣٠٢، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) حول تطور صور الوكالة فى القانون الرومانى راجع: محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢١٨، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٦٣، وما بعدها.

المادية، مثل تقديم خدمة من الخدمات، أو القيام بتصرف قانوني معين، أو مباشرة دعوى[1]، ويشترط في محل الوكالة عدة شروط هي: ألا يكون مخالفًا للنظام العام أو الآداب، وإلا كانت الوكالة باطلة، كما يشترط فيها أن يكون العمل الذي ترد عليه الوكالة معيناً بمعنى أن يكون محددًا في عقد الوكالة حقيقتها عامة أو خاصة، كما يلزم أن يقوم الوكيل بالعمل المكلف به من الموكل حال حياة الموكل، فلا يجوز التوكيل في عمل يقوم به الوكيل بعد وفاة الموكل، إذ إن الوكالة المضافة تنفيذها إلى ما بعد الموت تعد وكالة باطلة، ويشترط أخيرًا أن يحقق العمل المطلوب من الوكيل مصلحة للموكل، فالوكالة هى القيام بعمل لمصلحة الموكل، أما إذا كان العمل الذي يقوم به الوكيل فيه مصلحة للوكيل وحده دون الموكل، فإنها الوكالة تكون باطلة، لأنها في هذه الحالة تكون محض مصلحة وليست وكالة، إلا أنه بعد مرور فترة من الزمن أقر القانون الروماني حالتين على سبيل الاستثناء، تكون فيهما الوكالة صحيحة رغم أنها لا تحقق سوى مصلحة للوكيل وحده، وهما حالة الوكالة بالقبض، وحالة الوكالة بإقراض النقود[2].

٢- أن تكون الوكالة تبرعية: فالوكالة في الأصل عقد من عقود التبرع؛ لأن مبناها الصداقة أو القرابة المفترضة بين الوكيل والموكل وإذا كان أداء الشخص العمل بمقابل، كان العقد إجارة عمل، وإذا كان دون مقابل كان وكالة، ومع ذلك وتلبية لمقتضيات التطور خلال عصر الإمبراطورية، أجيز أن تكون الوكالة بمقابل، ومنح للوكيل دعوى غير عادية يرفعها على الموكل ليطالبه بالأتعاب التي اتفق عليها معه، إذا لم يقم بالوفاء بها[3].

٣- التراضي: أما عن ركن التراضى وهو من أهم أركانها نظرًا لكونها من العقود الرضائية التى تتم بمجرد اتفاق الطرفين، وهما الموكل والوكيل على إبرامه دون حاجة إلى القيام بأي إجراء آخر، كالتفوه بألفاظ معينة أو كتابته؛ لأنه لا يعد عقدًا شكليًا، كما لا يشترط لانعقاده

---

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤٣٤.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 132, p. 82.

(٢) أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٦٦ وما بعدها، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٠٢، وما بعدها محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣١، وما بعدها.

P. F. GIRARD; op. cit, pp. 619 – 620. R. MONIER, op. cit, n° 138, p. 182. A. E. GIFFARD; op. cit, n° 132, p. 82.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٣، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ٢٢٤/٥، محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٢٢، فايز محمد حسين، ص ٤٣٥.

A. E. GIFFARD; op. cit, n° 132, p. 82. P. F. GIRARD, op. cit, p. 620 – 621.

قيام الوكيل بالبدء في تنفيذ عقد الوكالة، لأنه ليس من العقود العينية[1].

ولما كان الركن الأساسي لانعقاد عقد الوكالة هو التراضي (اتفاق الطرفين)، فلا يكفي هنا لانعقاد الوكالة الرضائية مجردة الإذن بالتصرف على خلاف الصورة القديمة للوكالة التي تعرضنا لها والخاصة بمدير الأعمال المسمى بـ (procurator) الذي كان يتم تعيينه بموجب تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ثم إن الوكيل لا يقوم بالعمل من تلقاء نفسه، بل بعد تفويض الأمر إليه على أن قبول الوكيل قد يستفاد ضمناً من تصرفه، وفي عهد جستنيان كانت الوكالة تفترض في حالات خاصة، والوكالة المفترضة غير الوكالة الضمنية، كما هو ظاهر، ونظرًا لكون الوكالة عقدًا من العقود الرضائية، فإنه يجوز أن تكون مطلقة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل، كما صرح بذلك جستنيان في كتاب المتون (٣: ٢٦: ١٢)[2].

ومن الجدير بالذكر أنه نظرًا لكون عقد الوكالة من العقود المستمرة، فإنه يتطلب لبقائه قائمًا إرادة مستمرة من طرفيه، كما هو الحال في عقد الشركة، فلا يكفي مجرد تراضي الطرفين في عقد الوكالة وقت إبرامه فقط، وإنما لابد من استمرار هذا التراضي لبقاء الوكالة؛ ولذلك فإنها تنقضي بالإرادة المنفردة لأحد طرفيها، كما تنقضي باتفاق الطرفين، فيجوز للموكل عزل الوكيل مع التمييز بين حالة العزل قبل بدء الوكيل في تنفيذ الوكالة وحالة كون العزل بعد بدء التنفيذ، فإذا تم العزل قبل بدء الوكيل في تنفيذ الوكالة، فإن الوكالة لا ترتب أي التزامات، أما إذا حدث ذلك بعد بدء الوكيل في الوكالة، فإنه لا يؤثر على ما قام به الوكيل من أعمال، بمعنى أن كل ما قام به الوكيل قبل عزله يعد صحيحًا، ويرتب جميع آثاره القانونية، ومن ناحية أخرى تنقضي الوكالة إذا ما تنازل الوكيل أو تخلى عن الوكالة، بشرط ألا يكون هذا التنازل منطوياً على غش، أو في وقت غير ملائم[3].

---

(١) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢١٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق ص ١٦٦.

(٣) محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٢٨، ٢٢٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٧٦، ١٧٧، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٦، ٢٣٧.

المطلب الثالث

الاتفاقات البريتورية[١]

Le pactes prétoriens

أضاف البريتور على طائفة العقود المسماة التي عرفها القانون الروماني في أطواره المتتابعة مجموعة من الاتفاقات أو المشارطات أضفى عليها صفة الإلزام، رغم أنها كانت اتفاقات مجردة من الشكل تنعقد بمجرد التراضي، ويتولد الالتزام فيها من واقعة التراضي، فخرجت بذلك على الأصل العام الذي يقضي بأن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام، بما يتضمنه ذلك من خروج على الشكلية السائدة في القانون الروماني وإفساح المجال بشكل أكبر لمبدأ الرضائية في هذا القانون، وقد أطلق على هذه الاتفاقات أو المشارطات (الاتفاقات البريتورية)، ويندرج تحتها ثلاثة أنواع كلها كانت محمية بدعاوى مبناها الواقع لا القانون، وهي اتفاق اليمين، والاتفاق على تجديد الالتزام، واتفاقات العهدة.

أولاً: اتفاق اليمين (مشارطة اليمين jusjurandum volontarium)

مشارطة اليمين هي اتفاق بين شخصين يهدف إلى حسم نزاع بينهما عن طريق أداء اليمين، ويحول بذلك دون رفع دعوى بشأنه[٢]، أو بمعنى آخر هي اتفاق بين شخصين يدعي أحدهما حقًا قبل الآخر، وينكر الآخر وجود هذا الحق، وبمقتضى هذا الاتفاق يتعهد المدعي بالنزول عن دعواه إذا حلف المدعى عليه اليمين على براءة ذمته[٣].

فاليمين هنا يمين اختيارية يتفق عليها الخصوم[٤]، ولمن توجه إليه اليمين بموجب هذا

---

(١) راجع:

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit, pp. 99 – 102. R. MONIER, op. cit, pp. 196 – 201. A. E. GIFFARD et R. VILLERS, op. cit, pp. 110 – 116. P. HUVELIN, op. cit, pp. 107 – 115. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 638 – 646.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٣) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣١٥، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٤) تختلف اليمين التي نحن بصددها والتي تكون محلاً لما يسمى بمشارطة اليمين عن تلك اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم عند نظره في الدعوى وهي اليمين التي يسميها الرومان باليمين الواجبة أو الحاسمة، فاليمين الحاسمة هي مجرد إجراء من إجراءات التقاضي في دعوى المطالبة بنقود معينة، فلا يتولد عنها=

الاتفاق أن يردها على من طلبها، فإذا ما نكل المدعي عنها، سقط حقه قبل المدعى عليه، أما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين الاتفاقية، فإنه يعد ملتزمًا بما ادعاه عليه المدعي، وكذلك إذا حلف المدعي اليمين بعد ردها عليه[١].

وينتج اتفاق اليمين أثره عن طريق الدعوى الواقعية أو الدفع، حيث حمى البريتور الطرف الذي حلف اليمين في حالة إخلال الطرف الآخر بالاتفاق، وكانت هذه الحماية تتخذ صورة الدفع إذا كان المدعي هو الذي أخل بالاتفاق، وصورة الدعوى إذا كان المدعى عليه هو المخل به[٢].

أما الدفع فيطلق عليه (الدفع بحلف اليمين Exceptio de jurisjurandi)، ويدفع به المدعى عليه الذي حلف اليمين مطالبة المدعي بالدين إذا ما تجاهل الأخير اتفاق اليمين الذي تم بينهما، وما تبعه من يمين حلفها المدعى عليه بأنه غير مدين، وهذا الدفع تندفع به مطالبة المدعي ويمتنع معه عليه إثبات حقه قبل المدعى عليه، إعمالاً لأثر اتفاق أو مشارطة اليمين[٣].

أما الدعوى فيطلق عليها (دعوى حلف اليمين actio de jure jurando)، ويرفعها المدعي على المدعى عليه الناكل عن اليمين، أو يرفعها المدعي بعد أن يكون قد حلف اليمين المردودة عليه، إذا ما امتنع المدعى عليه عن الوفاء بالحق المدعى به، وكل ما على المدعي في هذه الدعوى هو إثبات اتفاق اليمين الذي تم بينه وبين المدعى عليه، وأن المدعى عليه قد نكل عن يمينه اوردها عليه، فحلفها هو، وذلك دون حاجة منه لإثبات حقه الذي يدعيه[٤].

ويجوز للمدعي رفع الدعوى الأصلية التي تحمي الحق المتنازع عليه بدلاً من رفع دعوى اتفاق اليمين الذي لم يحترمه المدين، إلا أنه من الناحية الواقعية تكون مصلحة المدعي

=دعوى أو دفع كما أنها توجه من القاضي إلى المدعى عليه بناء على طلب المدعي فإذا ما نكل عنها المدعى عليه صدر ضده الحكم وأمكن تنفيذه فوراً واليمين في هذه الصورة لا ترد على المدعي كما أن الاتفاق على اليمين هو غير يمين العتقاء والذي ينشأ الالتزام عنه باتفاق لفظي مقرون باليمين، راجع شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ص ٢٧٣، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٥، ٣١٦.

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٥٦، ٢٥٧.

R. MONIER, op. cit, n° 148, p. 197.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit, p. 100. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 179, p. 113. R. MONIER, op. cit, n° 148, p. 197.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

R. MONIER; op. cit, n° 148, p. 197. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 179, p. 113. R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, p. 100.

في رفع دعوى اتفاق اليمين أكثر منها في رفع الدعوى الأصلية، ذلك أنه في دعوى اليمين ليس عليه سوى إثبات اتفاق اليمين، أما في الدعوى الأصلية فعليه إثبات الحق محل النزاع[١].

وعلى هذا يتضح لنا أنه من أهم فوائد اتفاق أو مشارطة اليمين إحداث تغيير في مجرى الخصومة، وما يترتب عليه من تسهيل عمل القاضي، فالمدعي (الدائن) لا يحتاج إلى إثبات حقه ما دام قد ثبت نهائيًا بواسطة اليمين، كما أن اتفاق اليمين يوفر على القاضي مشقة البحث في موضوع الخصومة، فهو يكتفي بالتحقق من وجود اتفاق اليمين دون البحث عن كون الدين يشغل ذمة المدين حقيقة أو لا، ويبني حكمه على هذا الأساس[٢].

ويلاحظ أن أداء اليمين يجري عادة خارج المحكمة، إلا أن هذا لا يمنع من أدائها عند النظر في دعوى، وحينئذ لا تفقد صفتها الاختيارية، وفي عهد جستنيان أصبح أداء يمين الاتفاق يجب مباشرته خارجًا عن دعوى[٣].

ثانيًا: اتفاق (مشارطة) تجديد الالتزام (pactum de pecunia constitutum)

الاتفاق على تجديد الالتزام هو اتفاق يلتزم بمقتضاه مدين أو شخص من الغير بالوفاء عند أجل معين بدين سابق[٤]، وقد تغيرت غاية هذا الاتفاق ومحتواه باختلاف العصور التي مر بها القانون الروماني[٥]، حتى أصبح أهم الاتفاقات البريتورية، حيث لعب في القانون البريتوري دورًا جوهريًا شبيهًا بالدور الذي تقوم به التعهدات الرسمية في القانون المدني الروماني، فهو قد أصبح فيه على مر الزمان بمنزلة القالب العام الذي تفرغ فيه مختلف أنواع المعاملات المفتقرة إلى حماية القانون المدني[٦].

فقد كانت الغاية من هذا الاتفاق في مبدأ الأمر هي إعطاء المدين الذي حل أجل الوفاء بدينه مهلة، بتحديد موعد جديد للوفاء به[٧]، وهو ما يعني أن هذا الاتفاق لم يكن ينشئ بداءة

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع ، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٣، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٥) صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٧) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

علاقة قانونية بل يفترض وجود التزام سابق عليه لم يتم تنفيذه لسبب من الأسباب، ويهدف إلى منح أجل للوفاء به، كما كان الدائن يحصل من خلال هذا الاتفاق على اعتراف بالدين، فالصورة الأولى لهذا الاتفاق هي صورة الاعتراف بالدين بعد تأجيل الوفاء به، وقد كان يترتب على هذا الاتفاق تأكيد حق الدائن، كما كان يؤدي إلى جعل هذا الالتزام أكثر حرفية في التنفيذ بسبب تحديد أجل الوفاء به، كما أنه يضفي عليه صيغة جنائية نوعًا ما[1]، حيث كان ينشأ عن هذا الاتفاق دعوى واقعية جنائية تسمى دعوى الدين النقدي المحدد الأجل actio de constitute pecunia[2] أو دعوى المطالبة بالنقود المعترف بها، التي تتضمن جزاءًا إجرائيًا يلتزم بمقتضاه من يخسرها (المدعي المرفوض طلبه من القاضي أو المدعى عليه الذي يصدر الحكم ضده) أن يدفع زيادة على المبلغ المعترف به في الحكم نصف قيمة الدين على سبيل الغرامة، وذلك بقصد تجنب المنازعات غير الجدية والادعاءات القائمة على سوء النية[3].

وفي العصر العلمي لم تقتصر وظيفة اتفاق التجديد على هذه الصورة، فقد أصبح في الواقع من الأمر وسيلة عامة لتقوية رابطة الالتزام إما بتأكيد الرابطة التي كانت تربط ما بين الدائن والمدين، وإما بإضافة رابطة أخرى إليها يتغير فيها شخص الدائن أو شخص المدين، أو ينضم فيها شخص آخر إلى المدين، ومن ثم وجدت صورتان اثنتان لاتفاق تجديد الالتزام: أولاهما صورة الإقرار بالدين، والثانية صورة الحمالة بدين الغير[4].

ويلاحظ أنه في جميع صور اتفاق تجديد الالتزام لم يكن القانون الروماني يشترط لانعقاد اتفاق التجديد القيام بأية طقوس أو إجراءات شكلية، حيث يكفي لانعقاده تلاقي إرادة طرفي الالتزام على إنشاء هذا الاتفاق، بل إن رضا الدائن يمكن أن يكون ضمنيًا على عكس رضا المدين الذي يجب أن يكون صريحًا، وكثيرًا ما كان يتخذ شكلاً كتابيًا بما يلاحظ أن استعمال دعوى المطالبة بالنقود المعترف بها (دعوى الدين النقدي المحدد الأجل) الناشئة عن اتفاق تجديد الالتزام لا يسقط حق الدائن في إقامة الدعوى الأصلية التي تضمن الالتزام القديم، لأن أداء الدين وحده هو الذي يبرئ المدين[5].

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٥٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٣.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 101.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦١.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 101.

(٤) راجع: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٥) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٥.

وعلى ذلك فإنه باتفاق تجديد الدين الذي يتم بين الدائن ومدينة constitutum debiti proprii أو بين الدائن والغير constitutum debiti alieni وهو في حقيقته إقرار بالدين من جانب المقر (المدين أو الغير) ونظرة ميسرة من جانب الدائن، وبهذا الإقرار الذي تحميه الدعوى البريتورية، يصبح الالتزام الذي كان يشغل ذمة المدين جديرًا بحماية القانون ولو كان في أصله لا يتمتع بهذه الحماية، كما في حالة الالتزام الطبيعي، ومن هنا أصبح لاتفاق تجديد الدين أثر رئيسي في مجال الإثبات؛ لأنه يؤدي إلى قلب عبء الإثبات، فالدائن الذي حصل على إقرار بدينه عن طريق اتفاق تجديد الدين يكفيه أن يثبت وجود اتفاق تجديد الدين، وعدم حصول الوفاء بدينه، ولا يلتزم بإثبات الالتزام السابق الذي كان يشغل ذمة المدين والذي ورد عليه الإقرار، وعلى المدين الذي ينازع في وجود هذا الالتزام أو يدعي الوفاء به أن يثبت ذلك، وهذه الفائدة العملية لاتفاق تجديد الدين في مجال النقص الذي يعتور الالتزام الذي يرد عليه وخلع حماية القانون عليه، وفي مجال الإثبات، فضلاً عن فوائده الأخرى جعلت له أثرًا جوهريًا في استخلاص مبدأ سلطان الإرادة الذي تم على يد فقهاء الكنيسة وشراح القانون الروماني في العصور الوسطى السائد في القوانين الحديثة[1]، حيث لعب اتفاق تجديد الالتزام دورًا بارزًا في القانون القديم للقضاء على المبدأ القائل بأن الاتفاقات المجردة لا يتولد عنها أي التزام[2]، ومن ثم إفساح المجال لظهور الرضائية في القانون الروماني، فإذا كانت قاعدة (الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام) تجعل – من الناحية النظرية – الاتفاق المجرد عديم الأثر، فإنه في حالة ورود اتفاق تجديد الالتزام على ذلك الاتفاق تولد الالتزام أثرا لاتفاق التجديد، ولذلك قالوا "إن الازدواج ما بين الاتفاق المجرد واتفاق تجديد الالتزام (أي ورود اتفاقين متلاحقين على موضوع واحد) يؤدي إلى تحقيق الأثر القانوني الذي يعجز عن تحقيقه الاتفاق المجرد وحده، بمعنى أنه إذا كان الاتفاق المجرد وحده عاجزًا عن تحقيق أثر قانوني فإن انضمام اتفاق تجديد الالتزام إليه يبعث فيه الحياة ويدخله في حظيرة القانون، وهذه هي نظرية الاتفاقات المزدوجة pactes géminés التي كان لها شأن يذكر في القرون الوسطى، حيث كانت هي الجانب الروماني الذي اعتمد عليه فقهاء الكنيسة في استخلاص مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد الشرائع الحديثة[3]".

ثالثاً: اتفاقات العهدة (RECEPTA)

هذه الاتفاقات اتخذت لها صوراً ثلاثا في القانون الروماني، فهي إما أن تكون اتفاقاً على

---

(١) صوفي أبو طالب، مرجع سابق، ص ١٢٠، ١٢١.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٨٣، ٢٨٤، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٢١، ١٢٢.

عهدة التحكيم أو اتفاق ربان السفينة أو صاحب الفندق أو صاحب الاسطبل بقبول تكليف، أو اتفاق على عهده صاحب المصرف (الصراف)[١].

١- الاتفاق على عهدة التحكيم (receptum arbitrii)

المقصود من هذه العهدة شأنها في ذلك شأن اتفاق اليمين تجنب طرح النزاع على القضاء، ولكن بوسيلة مختلفة، فيفصل في موضوع النزاع أشخاص عاديون يختارهم الأطراف المتنازعة دون تدخل السلطة العامة[٢]، ويقتضي الاتفاق على عهدة التحكيم وجود اتفاق أولاً بين طرفي نزاع على إسناد حسم النزاع إلى محكم أو محكمين lex bonus vir ينتخبون بالتراضي، وينعقد هذا الاتفاق بموجب تعهد رسمي يتبادله الطرفين، ويلتزم بموجب هذا التعهد كل من طرفي النزاع بتنفيذ الحكم الصادر من الحكم، وإلا وجب على من يخل بتعهده دفع مبلغ من النقود على سبيل الغرامة، وهذه المرحلة تسمى بمرحلة الاتفاق على طرح النزاع على حكم[٣].

ويستلزم وجود التحكيم ، بجانب إتفاق الطرفين على اللجوء لعملية التحكيم الخاص، ضرورة قبول الشخص(المحكم) الذى اتفق عليه الاطراف للمهمة التحكيمية المعهودة إليه، ومن ثم وجد بجانب إتفاق التحكيم الذى يتفق فيه الاطراف على طرح النزاع على المحكم إتفاق آخر لاحق بين المحكم من جهة وطرفى النزاع من جهة اخرى،ويطلق عليه تعهد الحكم Receptum arbitrii يتعهد بمقتضاه المحكم بقبول المهمو المعهودة إليه والفصل فى النزاع المعروض عليه بإصدار الحكم الذى ينهى هذا النزاع ، قد تدخل البريتور ليكفل تنفيذ الحكم لما تعهد به من نظر للنزاع وإصدار قرار بشأنه، إلا أن تدخله هنا لم يكن عن طريق دعوى واقعية يعطيها لطرفي النزاع في مواجهة الحكم الممتنع عن الوفاء بتعهده، كما في باقي الاتفاقات البريتورية، وإنما عن طريق وسائل مستمدة من سلطته الولائية أو الإدارية لا القضائية كتوقيع غرامة على المحكم الممتنع عن القيام بما تعهد به ، أو حجز مال من امواله كرهينة لحمله على أداء مهمته اوالفصل فى النزاع، فكان يقوم بتغريم الحكم أو الاستيلاء على مال من أمواله رهينة، وذلك لحمل الحكم على أداء مهمته[٤]، فكان للالتزام التعاقدي هنا جزاء إداري لا مدني، وقلما يكون للالتزام

---

(١) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, p. 111.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٣) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٧.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 176, p. 111.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦١، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 102. R. MONIER; op. cit. n° 149. p. 198.

التعاقدي مثل هذا الأثر في القانون الروماني[١].

٢- اتفاق ربان السفينة وصاحب الفندق أو الاسطبل بقبول تكليف

(Cauponum et stabulariorum receptum nautrarum)

يعهد إلى هؤلاء الأشخاص المختلفين بسبب وظيفتهم بأشياء أو حيوانات مملوكة لمسافرين، ويتحملون نتيجة لذلك مسئولية خاصة، فلو تركت أعمال أمين النقل وربان السفينة وصاحب الفندق أو الاسطبل للقواعد العامة، فإنه كان من المفروض أن يطبق عليها أحكام عقد الإجارة أو الوديعة، وهو ما يؤدي إلى تطبيق قواعد المسئولية النابعة عن عقد الإيجار أو الوديعة، وهي مسئولية مخففة بعض الشيء، لكن الثقة التي اضطر المسافرون إلى وضعها في هؤلاء الأشخاص أدت إلى تقرير تشديد مسئوليتهم، حيث رأى البريتور استجابة لمقتضيات المصلحة العامة إخضاع هؤلاء الأشخاص لمسئولية مشددة فكانوا يلتزمون بحراسة هذه الأشياء والمحافظة عليها ثم ردها كاملة إلى أصحابها[٢]، ولذلك اعتبر هؤلاء الأشخاص مسئولين عن الهلاك أو التلف الذي يصيب الأشياء المسلمة إليهم دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبهم، فهم يسألون عن الهلاك أو التلف الناتج عن غش أو خطأ من جانبهم، كما يسألون عما يحدث دون خطأ منهم، فهم يسألون مثلاً عن سرقة هذه الأشياء ولو لم يكن هناك خطأ ينسب إليهم[٣].

وعلى ذلك فإن مسئولية هؤلاء الأشخاص يمكن اعتبارها مسئولية مادية، فهم يسألون عن فقدان الشيء وهلاكه ولو لم يقع منهم أي تقصير[٤]

٣- الاتفاق على عهدة صاحب المصرف (الصراف): (RECEPTUM ARGENTARII)

يعرف هذا الاتفاق بأنه اتفاق بمقتضاه يلتزم صاحب مصرف بالوفاء بدين على عميل له، فيتعهد صاحب المصرف بناء على طلب العميل بالوفاء للدائنين بدينه[٥].

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٢.
R. MONIER; op. cit, n° 149, p. 198. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op cit, n° 177, p. 111.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) طه عوض غازى: مشالرطة التحكيم فى القانون الرومانى "دراسة تحليلية لنصوص فقهاء العصر العلمى" دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص٣١-٣٢ عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٣، ١٦٤، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS: op. cit, n° 178, p 112.

وتستخدم هذه العهدة أساسًا على سبيل الكفالة، فإذا كان العميل معسرًا، فإن صاحب المصرف يتعهد بأن يتحمل بالدين قبل الدائن، إلا أنه كان من الممكن استخدامها أيضا لفتح اعتماد، فلا يشترط أن يودع العميل المصرف بعض ماله، أي ما يسمى في اصطلاح القانون التجاري بمقابل الوفاء، بل يجوز أن يتعهد بدفع دين العميل، ويكون ذلك بمنزلة سلفة يفتح بها اعتمادًا لتسهيل العمليات الاقتصادية(١)، كما يمكن استخدام هذه العهدة بغرض الوفاء بدين لدائن يقيم في بلد غير البلد الذي يقيم به المدين، حيث يستطيع المدين في هذه الحالة الالتجاء إلى صاحب مصرف والاتفاق معه على أن يقوم بالوفاء بالدين للدائن في بلده(٢).

وينعقد الاتفاق هنا بمجرد التراضي عليه، ولا يخضع لشكل معين، وإن كانت الدعوى المقررة لحماية هذا الاتفاق تتضمن صيغتها ألفاظًا رسمية solemnibus verbis composila(٣). وهذه الدعوى هي دعوى واقعية قررها البريتور للدائن وتسمى بدعوى اتفاقات العهدة actio recepticia، ويرفعها دائن العميل على صاحب المصرف، مع ملاحظة أن هذا الدائن لا يستطيع أن يرفع على الصراف هذه الدعوى، إلا بعد رجوعه أولاً على المدين، وهو عميل المصرف(٤)، فإذا أحاله العميل على المصرف رجع الدائن على المصرف بدعوى العهدة، وفي هذه الدعوى لا يستطيع صاحب المصرف أن يتمسك قبل الدائن ببطلان الالتزام الأصلي الذي كفله، وهذا معناه أن تعهد صاحب المصرف تعهد مجرد لا يتأثر بأسباب البطلان التي تؤثر في الالتزام الأصلي(٥).

وقد ألغى جستنيان تعهد صاحب المصرف نظراً لأنه لم يكن شائع الاستعمال في الإمبراطورية الشرقية، وأدمج بعض أحكامه في الاتفاق الخاص بالوفاء بدين على الغير (اتفاق تجديد الالتزام) وقد حل هذا الاتفاق محل تعهد صاحب المصرف، أما في الإمبراطورية الغربية فقد استمر تعهد صاحب المصرف مستعملاً، وكان له أثر في ظهور عمليات البنوك التي كانت تستخدم في العصور الوسطى عندما نهضت التجارة الدولية(٦).

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣١٨، ٣١٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 102. A. E. GIFFARD et E. DUPONT; op. cit. n° 178. p. 112.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.
R. MONIER; op. cit. n° 149. p. 199. A. E. GIFFARD et R. VILLERS. op. cit. n° 178. p. 112.

المطلب الرابع

الاتفاقات الشرعية [١]

PACTUM LEGITIMUM

الاتفاقات الشرعية أو المشروعة اتفاقات رضائية أصبحت ملزمة بحكم القانون، أي بمقتضى مراسيم إمبراطورية صدرت خلال عصر الإمبراطورية السفلى، بعد أن كانت مجرد اتفاقيات عادية لا يترتب عليها أثر قانوني[٢].

فقد كانت تعد هذه الاتفاقات قبل صدور المراسيم التي شملتها بالحماية اتفاقات مجردة، ومن ثم لم تكن تتولد عنها دعاوى[٣]، أما بعد صدور هذه المراسيم في عصر الإمبراطورية السفلى على يد الأباطرة الذين كانت إرادتهم هي المصدر الوحيد للقانون في هذا العصر فقد أصبحت هذه الاتفاقات غير الشكلية التي تنعقد بالتراضي وحده صحيحة ومنتجه لآثارها، رغم أنها تنعقد بمجرد التراضي[٤]، حيث أصبح لمثل هذه الاتفاقات ضمانات تتمثل بدعوى تحميها، وهذه الدعوى تسمى بالدعوى الشخصية الناشئة عن التشريع condictio exlege[٥]، وهي من دعاوى القانون الضيق أي إن هذه الاتفاقات يحميها القانون المدني ذاته[٦].

وبناء على هذا ارتقت هذه الاتفاقات إلى مرتبة العقود بالرغم من أنهم لم يطلقوا عليها قط تعبير العقد[٧]، وقد كان من الممكن إدراج هذه العقود في طائفة العقود الرضائية، حيث إنها عقود تتم بمجرد التراضي وحده، لولا أن طائفة العقود الرضائية في ذلك الوقت كانت قد استقرت وتبلورت في صورة العقود الرضائية الأربعة التي سبق تناولها ولذلك أدرجت ضمن

---

(١) راجع:

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, pp. 123 – 125. P. F. GIRARD; op. cit, pp. 646 – 647. P. HUVELIN; op. cit, p. 115. R. MONIER, op. cit, pp. 201 – 205. R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, pp. 103 – 104.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٢، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص٢٦٤.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٥) صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٦) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٧) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع.

طائفة جديدة nova nogocia أطلق عليها اسم الاتفاقات المشروعة أو الشرعية[1]. وهذه الاتفاقات في القانون الروماني هي اتفاق التحكيم واتفاق الدوطة واتفاق الهبة وسنعرض فيما يلي وبإيجاز لكل منهما

أولا: اتفاق التحكيم (COMPROMISSUM)

وهو اتفاق يتم بين شخصين بينهما نزاع يتعهدان بمقتضاه بعرض نزاعهما على حكم للفصل فيه والالتزام بالحكم الصادر عنه[2].

واتفاق التحكيم لم يكن في العصر العلمي ملزمًا بوصفه عقدًا قائمًا بذاته، فهو لا يزيد على أن يكون اتفاقًا مجردًا، والاتفاق المجرد لم يكن كما نعلم ملزمًا، ولذلك كان طرفا النزاع اللذان يريدان الاحتكام إلى حكم يتبادلان تعهدًا شفويًا بتنفيذ الحكم، وينطوي هذا التعهد على شرط جزائي يلتزم بمقتضاه الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ الحكم بدفع غرامة أي مبلغ من المال للطرف الآخر، وهو ما يعني أن التعهد الرسمي في هذه الصورة لا يلزم المتعهد بتنفيذ الحكم الصادر ضده، وإنما يلزمه فقط بدفع غرامة poena، والأصل أن حكم المحكم نهائي لا يقبل من طرفي النزاع الطعن عليه بأي مطعن[3].

وقد ظل اتفاق التحكيم المجرد لا يرتب أية آثار قانونية إلا إذا اقترن بشرط جزائى تبادلى، حتى عهد جستنيان الذى أصدر بعض المراسيم خرج فيها على القواعد والصياغة التى استمرت تنظم التحكيم الاتفاقى فى طوال العصر العلمى، ففى سنة ٥٢٩ م أصدر جستنيان مرسوما جعل بموجبه مجرد الاتفاق على التحكيم ملزما دون حاجة إلى التعهد الرسمى المتبادل بين طرفى النزاع ولكنه اشترط لاعتبار الاتفاق على التحكيم ملزما أن يقترن هذا الاتفاق بصيغة يمين من الأطراف تفيد إذعانهم للحكم الصادر من المحكم، وأن يصدر من المحكم قسم بأن يحكم وفقا لضميره، ففى هذه الحالة يكتسب الحكم الصادر من المحكم قوة تنفيذية، ثم أضاف جستنيان إلى تلك الحالة وفقا لمرسوم صدر عام ٥٣٠ م حالة أخرى مقررا أن اتفاق التحكيم يكون ملزما ولو لم يكن مقترنا بيمين وذلك

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٤، ٢٦٥، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٥، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. P. 103. R. MONIER; op. cit, n° 151. p. 201.
A. E. GIFFARD et R. VILLERS. op. cit, n° 194. p. 124.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٠٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع ، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

R. FOIGNET et E. DUPONT. op. cit. p. 103.

إذا ما صدر الحكم ولم يعترض الأطراف عليه خلال الأيام العشرة التى تتلو صدوره. أو إذا صدرت منهم موافقة كتابية عليه، غير أنه سرعان ما تكشفت عيوب ما قرره جستنيان من الاكتفاء بالقسم دون أى ضمانة أخرى، خاصة بعدما تفشت ظاهرة الحنث باليمين وعدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمين، لذلك فقد عاد جستنيان وألغى شرط اليمين أو القسم الذى يجب أن يصاحب اتفاق التحكيم فى عام ٥٣٨ م، ومن ثم انتهى الأمر إلى أن أصبح اتفاق التحكيم اتفاقا مشروعا قائما بذاته ومبناه التراضى وحده دون حاجة إلى تعهد لفظى أو يمين، كما أصبح قرار الحكم قطعيا ملزما طالما ارتضاه طرفا النزاع كتابة، أو لم يطعنا فيه خلال الأيام العشرة التى تتلو صدوره(١).

ولما أصبح اتفاق التحكيم ملزمًا بوصفه اتفاقًا مشروعًا أصبح كل طرف من طرفيه ملزمًا بتنفيذ الحكم الصادر ضده، وكان للطرف المحكوم لصالحه أن يطلب تنفيذه عن طريق الدعوى الناشئة عن التشريع condictio ex lege، وهي الدعوى التي تحمي مختلف الاتفاقات المشروعة(٢).

ثانيا: اتفاق الدوطة (الوعد الرضائي بالبائنة POILLICIATIO DOTIS):

الدوطة أو البائنة هى مال تتعهد الزوجة أو أحد أقاربها أو الغير بدفعه إلى الزوج عند الزواج رغبة وإسهاما منها في تحمل أعباء المعيشة المشتركة(٣).

والاتفاق على الوعد بدفع الدوطة كان يتم في الأصل بوسائل مختلفة، إذ لم يكن هناك عقد أو اتفاق قائم بذاته يحقق الغرض المقصود، فكان منح الدوطة أو البائنة يتم تارة عن طريق المعاطاة الشكلية، وتارة أخرى عن طريق التعهد الرسمي أو عن طريق الإبراء الشكلي، وهي كلها تصرفات مجردة يتحقق بها الغرض متى كان الباعث إليها منح المال على سبيل الدوطة أو البائنة(٤).

على أنه بعد اختفاء المعاطاة الشكلية أصبح منح الدوطة يتم عن طريق التسليم المستند إلى نية المنح على سبيل الدوطة Traditio pro doti، كما أن التعهد بمنح الدوطة كان لا يتم في العادة عن طريق التعهد الرسمي، بل كان هناك عقد لفظي آخر هو العقد المسمى dictio

---

(١) طه عوض غازى: مشارطة التحكيم فى القانون الرومانى، مرجع سابق، ص٤٩ وما بعدها. صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٩.
R. MONIER; op. cit. p. 202. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 194, p. 125. P. F. GIRARD; op. cit, p. 647.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٠٥. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص٥١.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٧، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

dotis أي الوعد بالدوطة، وقد كان هذا التصرف يتم بمجرد صدور الألفاظ المكونة له عن الواعد، فهو قد كان تصرفًا قانونيًا صادرًا من جانب واحد أي هو إرادة منفردة، ومن ثم فإن مجرد الوعد بمنح الدوطة لا ينشئ التزامًا في ذمة الواعد، بل كان لابد من صب الوعد في الصورة المسماة dictio dotis، وهي صورة من صور العقد الشكلي اللفظي(١).

وفي عصر الإمبراطورية السفلى سنة ٤٢٨م في عهد الإمبراطورين تيودوز الثاني وفالانتنيان الثالث صدر مرسوم إمبراطوري بموجبه أدخل الاتفاق بالوعد بالدوطة في عداد الاتفاقات المشروعة ويضمنه في ذلك الدعوى الشخصية المسماة بالدعوى الناشئة عن التشريع، وبموجب هذه الدعوى يحق للزوج أن يطالب الزوجة بتسليم المال الموعود به، أو بتنفيذ الالتزام الناشئ عن الاتفاق(٢)، ومن ثم أصبح مجرد الوعد بتقرير دوطة كافيًا لإلزام الواعد بتقريرها، فلم يعد الأمر يحتاج إلى عقد لفظي أو إلى تسليم ما، فاندثر الوعد الشكلي بالدوطة أو البائنة dictio dotis وحل محله الوعد الرضائي بالبائنة pollicitio dotis، وهو ما يعني أن الاتفاق على الدوطة أصبح عقداً رضائياً بعد أن كان من العقود الشكلية اللفظية(٣).

ثالثا: اتفاق الهبة (DONATIO)

الهبة عمل قانوني يراد به التصرف بمال دون عوض(٤)، والهبة في الأصل لم تكن اتفاقًا قائمًا بحد ذاته ومتميزاً عن غيره، ويحقق الغرض المقصود بنفسه، فالقانون الروماني قبل جستنيان لم يكن يعرف تصرفًا خاصًا بالهبة، إذ لم يكن هناك عقد خاص يسمى عقد الهبة، وإنما كان الناس يتوصلون إلى تحقيق الهبة باصطناع الوسائل نفسها التي كانوا يلجأون إليها لإجراء التصرفات التي تنطوي على معاوضة، فكان من الممكن مثلاً تحقيق الهبة عن طريق نقل الملكية datio، وذلك باستخدام إحدى الطرق الناقلة للملكية (الإشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم) كما يمكن أن تتم الهبة في صورة تعهد رسمي، كما كان من الممكن تحقيق الهبة عن طريق الإبراء الشكلي acceptilatio، وذلك بأن يبرئ الدائن مدينه من الدين الذي له قبله، أو عن

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° 192, p. 123. P. F. GIRARD, op. cit., p. 646. P. HUVELIN, op. cit. p. 115.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٠١، صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

A. E. GIFFARD et R. VILLERS. op. cit, n° 193, p. 124.

طريق التفويض في قبض دين، كما إذا أراد دائن لشخص ما التنازل عن دينه لآخر، فيفوض الأخير في قبض الدين والاحتفاظ به لنفسه، وهذه الأعمال لم تكن تختلف في شكلها سواء استخدمت في مجال التبرعات أو المعاوضات[١]، إلا أن ما يميز الهبة في كل الحالات السابقة عن غيرها من التصرفات القانونية هو وجود قصد الهبة، فمثل هذه الأعمال القانونية السابقة كانت تؤدي إلى الهبة متى صاحبتها نية التبرع[٢].

ونظرًا لخطورة تصرف الهبة سواء بالنسبة للواهب أم بالنسبة للصالح العام[٣]، تعرضت الهبات في القانون الروماني لقيود متعددة اتجه بعضها إلى الحد من حرية الواهب، واتجه بعضها الآخر إلى حرمان بعض الأشخاص من قبول الهبة[٤].

وأول هذه القيود وأهمها تقرر بموجب قانون شنشيا (cincia) الصادر في عام ٢٠٤ قبل الميلاد، حيث نص على منع وتحريم الهبات التي تتجاوز نصابًا معينًا.

كما قرر القانون الروماني نوعاً آخر من القيود المفروضة على الهبات يهدف إلى حرمان بعض الأشخاص من حق قبول الهبات في ظروف معينة، فبالإضافة إلى منع اللمحامين من قبول هبات من عملائهم بمقتضى قانون شنشيا، فقد قرر قانون كالبورنيا l. calpurnia الصادر سنة ١٤٩ ق.م. القضاة والحكام من قبول هبات من الخاضعين لحكمهم[٥]، كما كان من السائد عرفًا في نهاية العصر الجمهوري أن التبرعات ما بين الزوجين محرمة لاحتمال وقوعها تحت تأثير الهبة أو التهديد بالطلاق، إلى أن صدر في عهد الإمبراطور كراكلا قرار من مجلس الشيوخ بجوازه بشرط وفاة الواهب مصممًا على هبته؛ لأن الهبة بين الزوجين كان يجوز الرجوع فيها خلال حياتهما [٦]،

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٦، ٢٦٧، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٤، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٣) تنطوي الهبة على خطورة جسيمة من ناحية الواهب لأنها تؤدي إلى افتقاره دون مقابل، وتوشك المبالغة فيها أن تستتبع تبدد ثروته، وهي كذلك من ناحية الصالح العام لأنها كثيراً ما تستعمل لتحقيق أغراض غير مشروعة، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) أنظر محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٧٠، ٢٧١، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٣، وما بعدها.

R. MONIER, op. cit, n° 152, p. 203.

(٦) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ٣٢٦.

R. MONIER, op. cit, n° 152, p. 204.

وفيما بعد تم الاخذ بنظام تسجيل الهبات فى سجلات عامة نظرا لانتشار الكتابة[١].

وإذا كانت الهبة تتم في الأصل عن طريق التصرف المجرد الشكلي ولم تكن اتفاقًا قائمًا بحد ذاته، إذ لم يكن هناك ما يسمى بعقد الهبة فإن تطورًا كبيرًا لحق باتفاق الهبة في عصر جستنيان أثر على طبيعة هذا الاتفاق وطريقة انعقاده، وذلك عندما صدر عنه دستور إمبراطوري سنة ٥٣١م يقضي باعتبار الاتفاق على الهبة اتفاقًا مشروعًا يترتب عليه أثر قانوني بعد أن كان اتفاقًا عاريًا مجردًا عن أي أثر قانوني، وقد أدى دخول اتفاق الهبة في عداد الاتفاقات المشروعة إلى اختلاف طريقة انعقاده عما سبق، حيث أصبح ينعقد بمجرد التراضي دون حاجة إلى تسليم الموهوب به أو الكتابة أو صيغة كلامية، وبهذا الخصوص يذكر جستنيان في كتابه النظم، "إن الهبات بمجرد ما يتم انعقادها تكون لازمة بحيث لا يجوز الرجوع فيها دون مسوغ، وانعقادها يتم بمجرد ما يظهر الواهب رغبته فيها سواء بالكتابة أو بغير الكتابة، ولقد قررنا في مرسومنا أنها كالبيع يلزم عند انعقادها وجوب التسليم، بمعنى أنها قبل التسليم تكون لازمة نافذة تمامًا، ويكون الواهب مجبرًا على تنفيذها بتسليم الموهوب"[٢].

وبناء على هذا فقد أصبح مجرد الاتفاق على الهبة بين الواهب والموهوب له ملزمًا للواهب بتنفيذ ما تعهد به دون حاجة؛ لأن يصب في صورة أو أخرى من صور التصرفات القانونية الشكلية، حيث أصبح الاتفاق على الهبة بدخوله في عداد الاتفاقات المشروعة عقدًا رضائيًا يقوم على التراضي وحده[٣].

على أنه بالنسبة إلى الهبات التي تزيد قيمتها على ٥٠٠ دينار، استلزم جستنيان أن يكون العقد قد وثق على يد موظف مختص، وهذا التوثيق يسمى insinuatio و يتم بإدراج العقد في سجلات يحتفظ بها الموظف في مكتب من المكاتب الرسمية protessio apud acta، ويترتب على التوثيق أن تصبح الورقة رسمية scripturae veritas أي محل ثقة وغير قابلة للطعن publica fides، على أن الهبة التي لم تدرج بين الأوراق العامة لا تكون باطلة إلا بالنسبة إلى القدر الزائد على النصاب، وإذا كان قد سبق تنفيذها فلا يكون للواهب أن يسترد إلا هذا القدر[٤].

---

(١) راجع: عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٧٢، ١٧٣، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٧٠. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٩١ - ٢٩٢، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٥.
R. MONIER, op. cit, n° 153, p. 205.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٢٩٢، ٢٩٣.

المطلب الخامس

العقود غير المسماة[1]

Contrats innomés

العقود غير المسماة هي العقود التي لم يخصها القانون الروماني باسم معين، إذ إن هذا القانون لم يعترف – فيما خلا العقود الشكلية – إلا بعقود محدودة العدد بعضها رضائي وبعضها عيني وبعضها اتفاقات مجردة جعل لها قوة القانون، ومن هذه الاتفاقات عقود يراد بها إنشاء التزامات متقابلة في ذمة كل من الطرفين (Synallagmatique) اعترف بها القانون الروماني بعد تطور طويل وهي العقود غير المسماة التي كانت لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر، أما الاتفاق وحده فلم يكن ملزماً لأي منهما طالما لم يقم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته وهذا هو المقصود بالعقود غير المسماة[2].

ورغم عدم وجود أثر مباشر لتلك النظرية في القوانين المعاصرة، فإن أثرها في القانون الروماني كان بالغ الأهمية، حيث أسهمت في هدم الكثير من المسلمات في نظرية العقود فيه، وعلى رأسها الشكلية الجامدة التي سيطرت على نظام العقود، كما أنها كانت الأساس الذي قامت عليه كثير من المفاهيم القانونية الحديثة، مثل مفهومي السبب والفسخ.

ـ فمن ناحية أولى تعد العقود غير المسماة جزءًا من حركة واسعة لتحرير الإرادة من الشكلية في القانون الروماني، حيث أسهمت نظرية العقود غير المسماة في تراجع فكرة "النموذج" أو الشكل الذي كان يجب أن تصب فيه التصرفات القانونية لمد نطاق الحماية القانونية إليها، فبعد أن كانت العقود المعترف بها من قبل القانون المدني محصورة في عدد معين من العقود جرى توزيعها في أربعة أقسام أو نماذج هي العقود اللفظية والكتابية والعينية والرضائية[3]، أدت التطبيقات المختلفة للعقود غير المسماة بالرومان إلى وضع نظرية مجردة

---

(١) G. MAY: op. cit. pp. 367 – 373. E. CUQ: op. cit. pp. 501 – 507. P. HUVELIN op. cit. pp. 102 – 107. R. MONIER; op. cit. pp. 184 – 194. A. E. GIFFARD. op. cit. pp. 126 – 143. R. FOIGNET et E. DUPONT. op. cit. pp. 93 – 98. A. E. GIRARD. op. cit. pp 624 – 635.

(٢) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit. p. 93.

(٣) أنظر: محمد محسوب، نشأة وتطور العقود غير المسماة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦، ٧، ٨٤.

للعقد مقتضاها "أن تنفيذ المتعاقد لالتزامه ينشئ التزامًا على الجانب الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه عند التعاقد" وهو ما أعطى للأفراد حرية إنشاء تعاقدات واتفاقات جديدة دون التقيد بالنماذج والأشكال المقررة للعقود في القانون الروماني، وعلى ذلك فقد كانت هذه الطبيعة العامة المجردة بمنزلة خطوة تقدمية في اتجاه القانون الروماني نحو مبدأ الرضائية، وتحطيم حواجز الشكلية الجامدة، حيث أصبح من الممكن حماية كل اتفاق حتى ولو لم يدخل في إطار أحد النماذج المقررة في القانون، إذا ما قام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه(١).

ـ ومن ناحية أخرى، تعد نظرية العقود غير المسماة المنبت الأول لفكرتي السبب والفسخ في القانون الروماني، فالعقود غير المسماة تعد نقلة أخرى على طريق مبدأ "سلطان الإرادة" ففي نطاقها كشف الفقهاء الرومان عن فكرة "التقابل بين الالتزامات" وإن كانت منقوصة، إذ بقى سبب الالتزام في العقود غير المسماة هو مبادرة أحد طرفي الاتفاق التبادلي إلى تنفيذ التزامه، وليس مجرد الالتزام المقابل بذاته، ومن ثم توقف التطور عند السبب الإنشائي دون بلوغ السبب القصدي، ويختلف ذلك الوضع عما كان سائدًا في ظل البناء القانوني للعقود المسماة، حيث لم يكن سبب الالتزام سوى الشكل الذي جرى صب المعاملة فيه، كما أنه حتى في العقود الرضائية، حيث لم يتوصل الرومان إلى فكرة تقابل الالتزامات، فرغم أن هذه العقود تعد خطوة جريئة تجاه إقرار مبدأ "سلطان الإرادة" في القانون الروماني، فإنه لم يتبعها استخلاص للنتائج المنطقية لهذا المبدأ، ومن ذلك التقابل التام بين الالتزامات، بحيث يكون سبب التزام كل عاقد هو التزام العاقد الآخر فكان التزام كل طرف ينشأ منفصلاً عن التزام الطرف الآخر(٢).

وأخيرًا تعد نظرية العقد غير المسمى المنبت الأول لفكرة الفسخ، ولذلك فإن لها أهمية بارزة بالنسبة للتطور العام للعقود من هذه الزاوية(٣)، حيث أمكن من خلال هذه العقود وضع بذور فكرة "فسخ العقد لعدم التنفيذ" فالمتعاقد الذي بادر إلى تنفيذ التزامه في العقود غير المسماة كان بإمكانه بدلاً من مطالبة المتعاقد الآخر بالتنفيذ أن يطالب باسترداد ما أداه، وهو ما يحقق النتيجة نفسها المترتبة على فسخ العقد لعدم التنفيذ(٤).

وسنحاول فيما يلي تأصيل فكرة العقود غير المسماة، ثم نستعرض نظرية العقود غير

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٩، ١٥٠.

(٢) أنظر: محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٥، ٨٣، ٨٤.

(٣) فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع فى القانون الرومانى، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية٢٠٠٥، ص٥٣.

(٤) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٨٤.

المسماة، وأخيرًا نتكلم عن الحماية القانونية المقررة لهذه العقود.

أولاً: تأصيل نظرية العقود غير المسماة

كان شراح القانون الروماني حتى نهاية القرن التاسع عشر يذهبون إلى أن الدعوى المدنية التي تقررت لحماية العقد غير المسمى يرجع تاريخ ظهورها إلى العصر العلمي، وأن تلك الدعوى قد عرفت تحت أكثر من اسم، أهمها: "الدعوى ذات العنوان غير المكتوب Actio praescriptis" أو "الدعوى المدنية الواقعية Actio civilis in factum" وبمقتضى هذه الدعوى يستطيع العاقد الذي قام بتنفيذ التزامه الناشئ عن هذه العقود أن يجبر العاقد الآخر على تنفيذ التزامه، وكان هذا الاتجاه يرد الفضل في ابتكار تلك الدعوى إلى الفقيه لابيو Labéo وأنه ابتدع بذلك قسم العقود غير المسماة[1].

وعلى النقيض من ذلك وجدت نظرية مقابلة للنظرية السابقة، تذهب إلى نفي وجود أي دعوى مدنية تنفيذية مرتبطة بصور العقود غير المسماة في العصر العلمي، ونرى أن أول ظهور لتلك الدعوى كان في العصر البيزنطي وأن العقود غير المسماة لم تصبح نظامًا عامًا إلا منذ ذلك الوقت[2].

وقد بدأت نظرية وسطية تسود بين الفقه بداية القرن العشرين، تذهب إلى أن إرهاصات إقرار دعوى مدنية مستمدة من العقد ذاته لحماية تلك الاتفاقات بدأت منذ بداية العصر العلمي، غير أن الشكل النهائي للدعوى "ذات العنوان غير المكتوب" ومن ثم لنظرية العقود غير المسماة، لم يكتمل إلا في القرن الخامس الميلادي على يد أساتذة مدرسة بيروت l'Ecole de droit de Beyrouth[3].

وهو ما يعني أن العقود غير المسماة لم تصغ أحكامها بشكل نهائيا، ولم تنعقد نظريتها

---

(١) عبد المجيد الحفناوي المرجع السابق، ص ١٤٤، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٢) يرجع أساس الخلاف بين الشراح حول كيفية ووقت حلول الدعوى المدنية محل الدعوى البريتورية المبنية على الواقع والتي قررها القانون الروماني لحماية العقود غير المسماة، ومن ثم نشأة نظرية العقود غير المسماة، إلى اختلافهم في تقدير مدى أصالة النصوص الواردة بمجموعات جستنيان بخصوص العقود غير المسماة، فبعض الشراح يرى في هذه النصوص نصوصاً أصيلة بينما معظم الشراح يرون أن هذه النصوص قد امتدت إليها يد التحريف، والقائلون بالتحريف يتفاوتون في تقدير مداه، ومن هنا كان اختلاف الآراء وتعدد النظريات، أنظر في عرض ونقد تلك النظريات، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، هامش ص ٢٤٠، ٢٤١، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٣، وما بعدها.

(٣) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٦.

إلا في وقت متأخر من تاريخ تطور القانون الروماني وبعد تطور تدريجي كما يلي:

في بادئ الأمر، كان كل اتفاق لا يدخل ضمن إحدى المجموعات التي حددها القانون الروماني للعقود في العصر العلمي (العقود اللفظية، العقود الكتابية، العقود الرضائية) لا يعد عقدًا، ومن ثم لم تكن تتولد عنه دعوى، ولم تكن تترتب عليه التزامات، إلا أن تنوع المعاملات بين الأفراد، ومقتضيات الحياة في المجتمع الجديد تمخضت عن اتفاقات جديدة، لم يكن من الممكن إدراجها في إحدى مجموعات العقود السابقة، ومن ثم لم تكن تحمل اسمًا تعرف به Nomen وهو ما جعل هذه الاتفاقات غير ملزمة للمتعاقدين حتى ولو نفذ أحدهما فعلاً التزامه المحدد له بالاتفاق، لأن واقعة تنفيذ الالتزام من جانبه لا يترتب عليها إجبار الطرف الثاني بتنفيذ ما وعد به عند التعاقد، وهو ما يعني أن تنفيذ هذه الاتفاقات كان يتوقف كلية على حسن نية الطرفين(١)، ولذلك قرر الفقهاء في محاولتهم الأولى لسد هذا النقص والتخفيف من النتائج الظالمة المترتبة على مثل هذه الاتفاقات منذ بداية العصر العلمي، أن "من يعطي شيئاً بغية الحصول على شيء آخر يمكنه استرداد ما أعطى، إذا امتنع الطرف الأول عن إعطاء الشيء المقابل" وللتوصل إلى استرداد الشيء منح الطرف الذي نفذ التزامه المتفق عليه دعوى من دعاوى القانون الضيق هي الدعوى المعروفة بدعوى استرداد ما أعطى بقصد الحصول على شيء conditio obrem dati(٢)، ففي المقايضة مثلاً وهي ليست من العقود المسماة، لو سلم المقايض أحد الشيئين ولم يسلمه الطرف الآخر في المقايضة الشيء الآخر المقابل رجع من سلم الشيء على الطرف الآخر بدعوى الاسترداد ليسترد منه ما أخذه (المجموعة ٤٠: ٦٤: ٧: ٢٩٤) وقد تسمى هذه الدعوى بدعوى عدم اتباع التنفيذ بالتنفيذ(٣)، ويلاحظ أن تلك الدعوى لا تؤدي إلى

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٨، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٨، ٢٣٩.

(٣) اختلف الشراح حول أساس تلك الدعوى، فالبعض يرى أن مبناها كان "الإثراء بلا سبب" ومن أنصار هذا الرأي من الفقيه المصري عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٧، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٣١، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٨، ومن الفقه الغربي
P. HUVELIN; op. cit, p. 103. A. E. GIFFARD et R. VILLERS, op. cit. n° 195, p. 126.
بينما يرى البعض الآخر أن أساس دعوى الاسترداد هو ذلك المركز القانوني الذي يكون فيه من تسلم شيئاً على سبيل المبادلة دون أن يسلم هو بدوره شيئاً، ومن ثم فالدعوى هنا حسب هذا الرأي أشبه ما تكون بدعوى القرض الناشئة عن تسلم المقترض للقرض، لا عن الاتفاق المصاحب له، أي أن هذا الرأي يسوي بين تلك الاتفاقات وعقد القرض المسمى mutuum والمندرج تحت نموذج العقود العينية، إذ يجعل مصدر الالتزام هنا هو واقعة تسليم الشيء ذاتها لا الاتفاق، ومن أنصار هذا الرأي في الفقه المصري، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص=

إجبار الطرف الذي لم ينفذ التزامه على القيام بتنفيذ ذلك الالتزام، ولكنها تؤدي فقط إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه[١].

وهذه الدعوى لم تكن كافية أو مشبعة لحاجات التجارة تماما، حيث لم تكن منتجة في غير الحالات التي يكون فيها الالتزام هو تسليم شيء فهي لا تجدي نفعا إذا كان مقتضى الاتفاق وجوب القيام بعمل من الأعمال، فنجد أنه إذا ما قام أحد الطرفين بتنفيذ العمل المتفق عليه، وامتنع الطرف الآخر عن تنفيذ ما وعد بأدائه مقابل هذا العمل، فلن يجدي الطرف المنفذ إقامة دعوى استرداد، لأن هذه الدعوى كانت تستهدف استرداد الشيء المعطى، والعمل إذا نفذ استحال استرداده،[٢] كما أن هذه الدعوى لم تكن ممكنة في حالة هلاك الشيء الذي تم إعطاؤه بحادث فجائي[٣]، بالإضافة إلى أن هدف الاتفاق (تنفيذ كل طرف لالتزاماته) وهذا هو الأهم لا يتحقق باسترداد الطرف الذي نفذ التزامه للأداء الذي قام به، إذ إنه لا يمكن من خلال هذه الدعوى إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل[٤]؛ ولذلك اضطر البريتور إلى التدخل لسد ما بالقانون المدني من نقص، وكان تدخله على مرحلتين في، المرحلة الأولى: منح البريتور في بعض الحالات دعوى الغش البريتورية actio de dolo) للطرف الذي نفذ التزامه المتفق عليه بعقد غير مسمى، في مواجهة الطرف الممتنع عن التنفيذ، فمن يحصل على شيء من أجل أداء شيء مقابل، يرتكب غشًا إذا امتنع عن الوفاء بما وعد بحجة أنه غير ملزم بهذا الوفاء قانونًا، وكانت دعوى الغش تؤدي إلى الحكم بغرامة على المدعى عليه[٥]، ورغم أن الهدف من تقرير هذه الدعوى لم يكن تنفيذ الأداء المقابل، بقدر ما كان معاقبة الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه، والذي يمكنه توقي الحكم عليه بالتعويض إن هو قام بالأداء المقابل فإن تقرير هذه الدعوى كان خطوة مهمة نحو تقرير دعوى تنفيذية يمكن للمتعاقد بعقد غير مسمي إذا قام بالأداء المطلوب

= ٣١٦، ٣١٧، أنظر محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٠ومن الفقه الغربي
R. MONIER; op. cit, n° 141, p. 185.

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٦، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص٣٣١.

(٢) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٩، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢١، صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) صبيح مسكوني المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. MONIER; op. cit, n° 141, p. 185.

(٥) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، نفس الموضع.

منه إلزام العاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل[١].

المرحلة الثانية: نتيجة لعدم جواز التمسك بدعوى الغش إلا في حالات معينة، وكونها دعوى بطيئة حيث لا يجوز رفعها إلا بعد مضي سنة، كما أنها لا تحقق الهدف من الاتفاق شأنها في ذلك شأن دعوى الاسترداد، فقد حاول الفقهاء في أوائل عهد الإمبراطورية العليا البحث عن دعوى تضمن إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، وتجد بالتالي أساسها في العقد غير المسمى، وهو ما يعني أن محاولتهم قد أصبحت تحويل الاتفاق إلى عقد، وحيث إن مثل هذه الاتفاقات (العقود غير المسماة) لم تكن تندرج تحت أي من العقود العينية أو الشكلية أو الرضائية[٢]، فقد توصل بعض الفقهاء ومنهم جوليان وكايوس وأفريكان إلى حل وسط تمثل في جواز قيام البريتور في الحالات التي يراها بحماية الطرف الذي قام فعلاً بتنفيذ الاتفاق عن طريق دعوى مبناها الواقع actio in factum لا القانون jus، يتم من خلالها إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ على تنفيذ التزامه الناشئ عن بعض العقود غير المسماة، وذلك نظرًا للشبه الموجود بين هذه الاتفاقات والعقود الرضائية والعينية، وقد كانت هذه الدعوى البريتورية تمنح غالبًا في الأحوال التي لا يكون العقد فيها ذا طبيعة واضحة، فقد يثور الشك حول كون العقد إجارة أشياء أو إجارة خدمة، أو في كونه بيعًا أو إجارة، فيمنح البريتور للمدعي دعوى واقعية على غرار الدعوى القانونية التي تحمي العقد الأكثر شبهًا بالعقد غير المسمى[٣].

لم تكن هذه الدعوى تمنح لكل من يبدأ بتنفيذ اتفاق تبادلي، وإنما كان البريتور يحتفظ لنفسه بحق منحها أو منعها، وذلك بعد فحص كل حالة على حدة[٤]، وهو ما يعني أنها لم تتقرر كقاعدة عامة لكل من وجد في المركز القانوني الذي يكون فيه (كل من سلم شيئاً لشخص آخر على سبيل المبادلة دون أن يسلمه الطرف الآخر شيئًا مقابلاً)[٥].

وإلى نهاية هذه المرحلة لم تكن قد ظهرت دعوى مدنية لحماية المتعاقدين في مجال العقود غير المسماة[٦]، ولكن في أوائل القرن الثاني الميلادي بدأت تباشير تقرير دعوى مدنية

---

(١) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص٣٣١.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٧، صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(٥) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٦) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

لحماية المتعاقدين في مجال العقود غير المسماة على يد الفقيه أرسطون Arston[١] ذي الأصل اليوناني، حيث يرجع إليه فضل استظهار البذرة الأولى لدعوى مدنية لحماية الاتفاقات التبادلية التي لا تندرج تحت أي من أنواع العقود المسماة[٢]، وذلك عندما أفتى بأنه حيث يكون الشخص قد أعطى شيئًا في مقابل شيء يأخذه من الآخر أو في مقابله عمل لمصلحة الطرف الآخر، تنشأ التزامات مدنية متبادلة[٣]، مما يعني أن أرسطون هو أول من خلص إلى أن ثمة التزاما مدنيا يتولد عن العمليات التبادلية في صورة "أعطي لكي تعطى do ut des" كالمقايضة وصورة "أعطي لكي تعمل do ut facias" كالهبة بعوض[٤]، والإقرار بأن تلك العمليات تعد مصدرًا لالتزام مدني، يعني قبول اعتبارها عقودًا منتجة للالتزامات المتبادلة[٥]، وهو الاتجاه الذي تأكد في استلزام أن يضمن المقايض عيوب الشيء الذي سلمه، تماماً كضمان البائع العيوب الكامنة في الشيء المبيع[٦].

وقد قام الفقيه (مارسيان) الذي عاش خلال أواسط القرن الثاني الميلادي باستخلاص النتائج المنطقية المترتبة على المبدأ الذي وضعه أرسطون حيث رأى أن لمن نفذ التزامه حق الرجوع على الطرف الآخر بدعوى مدنية غير معينة الموضوع actio civilis incerti لإجباره على تنفيذ التزامه المقابل، وقد انتصر لهذا الرأي أمير الفقهاء بابينايوس papinianus وكذا أحد الصاحبين البيانوس ulpianus على الأقل في بعض الحالات والصور، ولذلك فقد منح الإمبراطور دقلديانوس الدعوى المدنية غير معينة الموضوع في صورة التسليم المقترن بشرط res tradita certa lege، كما قام الأباطرة في القرن الثالث الميلادي بمنح دعوى مبناها المصلحة action utilis تمكن المتعاقد الذي نفذ التزامه من المطالبة بتعويض in id quod interest وهو ما كان يدفع المتعاقد الآخر إلى تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد المسمى، وذلك على غرار دعوى التعهد بافتراض أن الشرط المشروط على المستلم قد تضمنه تعهد رسمي[٧].

---

(١) عاش الفقيه أرسطون Arston في عصر Trajan نهاية القرن الأول الميلادي وأوائل القرن الثاني، وكان تلميذاً للفقيه كاسيوس، ومستشاراً للإمبراطور Trajan ومات بعد سنة ١٠٥، أنظر: محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٤، والهامش.

(٢) محمد محسوب، المرجع السابق، ، نفس الموضع.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٧، ٣١٨.

(٤) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٥، ١٤٦.

(٥) P. HUVELIN; op. cit., p. 104.

(٦) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٧) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٨، والهامش محمد محسوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

أما المرحلة الأخيرة من مراحل تطور العقود المسماة، فقد كانت في عهد الإمبراطورية السفلى عندما اجتهد أساتذة مدرسة بيروت في باب العقود غير المسماة، اجتهادًا أدى بهم إلى وضع نظرية عامة للعقد غير المسمى، أقاموها على أساس الفكرة التي كان قد كشف عنها الفقيه أرسطون، وإذا بالدعوى غير معينة الموضوع تختفي وتحل محلها دعوى مدنية تؤدي مباشرة إلى التنفيذ، وقد سميت تلك الدعوى بالدعوى ذات العنوان غير المكتوبactio praescriptis verbis وهي قد سميت بهذا الاسم لأنها تنطوي على المطالبة بمضمون عقد لا تعرف طبيعته ابتداء[١]، ولا يدخل ضمن أنواع العقود المعروفة في القانون الروماني، فكان الأمر يحتاج إلى شرح موضوع الاتفاق وظروف التعاقد في ديباجة praescriptis يبين فيها للقاضي ودون أن يطلق اسمًا nomen على الاتفاق، الوقائع التي على أثرها رفعت الدعوى[٢]، وقديمًا كان يقال عن المدعي الذي يبني دعواه على عقد غير مسمى أنه يدعي على أساس الأقوال المقررة في العنوان actio praescriptis verbis، فلما اندثر نظام الصيغ، ظلت هذه التسمية للدلالة على الدعوى المدنية التي حلت محل مختلف الدعاوى الواقعية وغيرها، وقد اندمجت في النهاية جميع هذه الدعاوى في الدعوى ذات العنوان المكتوب، وأصبحت هناك دعوى مدنية عامة تحمي العقد غير المسمى في مختلف صوره، وتؤدي إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه المقابل في هذه الصور كافة[٣].

وأخيرًا ظهر تعبير "عقد بدون اسم "contrat anonyme في برديات القرنين الخامس والسادس الميلاديين للإشارة إلى عدد لا يقع تحت حصر من الاتفاقيات التي يجري تنفيذها من جانب أحد عاقديها، ثم أطلق عليها في العصور الوسطى "العقود غير المسماة contarts innommés" لينشأ نظام مقابل لنظام العقود التي يطلق عليها العقود المسماة التقليدية[٤].

ثانيًا: نظرية العقد غير المسمى:

١ – تعريف العقد غير المسمى وعناصره:

العقد غير المسمى وفقًا للصورة النهائية للنظرية هو "كل اتفاق تبادلي غير ملزم في ذاته

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٢) ولهذا السبب أسماها البعض بالدعوى المدنية التي مبناها الواقع actio civilis in factum وهو تعبير غير موفق لتضمنه تناقضا ظاهرا، وكان هذا التعبير من صنع الفقهاء البيزنطيين في عصر الإمبراطورية السفلى، أنظر عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٦، شفيق شحاتة، المرجع السابق، هامش ص ٣١٩.

(٣) شفيق شحاتة، المرجع السابق،ص ٣١٩.

(٤) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٢٨.

يصبح ملزمًا بمجرد تنفيذه من جانب أحد طرفيه، فيكتسب الطرف المنفذ الحق في مطالبة الآخر بتنفيذ ما تعهد به هو الآخر منذ الوقت الذي قام به هو فيه بالتنفيذ"[١].

وقد اشترط القانون البيزنطي توافر شروط ثلاثة لكي يعد الاتفاق عقدًا غير مسمى وهي:

أ - يجب أن يكون الاتفاق تبادليًا synallagma tique، أي يتضمن تقابلاً قائمًا بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر، وهذا التقابل القائم في الالتزامات هو جوهر نظرية العقود غير المسماة[٢]، وهي الفكرة التي كشف عنها الفقيه أرسطون، ومع ذلك فقد أضاف الفقه البيزنطي إلى نظرية العقد غير المسمي بعض التطبيقات يكون فيها العقد ملزمًا لطرف واحد[٣].

ب - يجب أن يكون أحد العاقدين قد قام فعلاً بتنفيذ التزامه (نقل ملكية شيء أو تسليمه أو أداء عمل)[٤] في حين يمتنع الطرف الآخر عن القيام بالأداء المقابل، باختصار أن ينشأ وضع شبيه لما ينشأ عن الإثراء بلا سبب[٥]، فالاتفاق الذي لم يتم البدء في تنفيذه من جانب أحد الطرفين لا يعد عقدًا، وإنما هو مجرد اتفاق لا تتولد عنه دعوى ولا يترتب عليه التزامات، لكن بمجرد قيام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق يتحول هذا الاتفاق إلى عقد منشئ لالتزامات على عاتق كل من الطرفين[٦].

وبتعبير آخر: إن الالتزام المتولد عن الاتفاق يعد مرتبطا ارتباطا وثيقا بالالتزام الذي

---

(١) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٣٨، عكاشة عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٤٠، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤١.
R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, p. 93.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٣٤.
P. HUVELIN, op. cit, p. 106.

(٣) ومن أهم هذه التطبيقات الهبة بعوض sub modo فرغم أن الواهب لا يلتزم بشيء قبل الموهوب له إذ يفترض أنه قام بنقل ملكية الشيء الموهوب وهو لا يضمن استحقاقه ولا العيوب الخفية، فإن الفقهاء قرروا للواهب الدعوى ذات العنوان المكتوب لإجبار الموهوب له على القيام بالأداء المقابل "العوض"، بالإضافة إلى إمكان لجوء الواهب إلى دعوى الاسترداد لاستعادة الشيء محل الهبة - أنظر محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٣٥، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٣٧.
R. D. MELVILLE. op. cit. p. 313.

(٥) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٦) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤١.

سبق للمتعاقد الآخر أن قام بتنفيذه، ذلك لأن الاتفاق المجرد في العقود غير المسماة غير كاف لإنشاء التزامات تامة، وإنما التزامات موقوفة، فالالتزامات المتولدة عنها تظل موقوفة الأثر لحين قيام أحدهما بتنفيذ التزامه (إعطاء شيء – القيام بعمل) وحينئذ يتحقق سبب تنفيذ الالتزام الآخر، ولذلك يصف بعض الشراح العقد غير المسمى بأنه عقد موقوف[1].

وعليه فالالتزام الناشئ عن العقد غير المسمى يقتضي أولا وجود اتفاق conventio، كما يقتضي وجود سبب causa، فالعقود غير المسماة عقود ملزمة للجانبين، سبب التزام كل من المتعاقدين فيها هو التزام المتعاقد الآخر، إذ إن الالتزامين فيها مرتبطان أحدهما بالآخر، بحيث يتوقف مصير تنفيذ أي منهما على مصير تنفيذ الثاني، على أن السبب في القانون الروماني هو السبب الإنشائي cause efficiente لا السبب القصدي cause finale، وهو في باب العقود غير المسماة يكون تارة عبارة عن إعطاء datio أو عن شيء res وتارة عبارة عن عمل قانوني كالعتق، أو عمل مادي كالخدمة[2].

ج – وأخيراً يجب ألا يدخل الاتفاق التبادلي تحت أي نموذج من نماذج العقد المسمى contaractum res non transeat si in alium، بمعنى أن لا تندرج تحت أي صورة من تلك التي أقرها القانون الروماني للعقود من حيث المضمون، كما لا تميزها أسماء خاصة بها، لأنه إذا ما كان من الممكن إدخال هذا الاتفاق في مفهوم أحد العقود التي نص عليها القانون الروماني، فإنه يخضع لأحكام العقد الذي يدخل في مفهومه،ومن ثم لا يدخل في عداد العقود غير المسماة[3].

٢- صور العقد غير المسمى:

إن أهم ما يميز العقد غير المسمى أنه بلا شك يشتمل على فروض لا تقع تحت حصر فالقاعدة العامة أن أي اتفاق تبادلي يقوم أحد أطرافه بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه هو عقد غير مسمى، ويتولد عنه دعوى تنفيذية مدنية، ومع ذلك فإن التطور التاريخي لذلك العقد تكشف عن نماذج محددة يشتمل كل منها على عدد غير محدد من العقود، وما العقود التي تساق تحت

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص١٣٧، صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص٣٣٥.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٣، ٣٢٤، صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. MONIER. op. cit. n° 142. p. 189. P. HUVELIN. op. cit. p. 106.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤١، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع، صبيح مسكوني، المرجع السابق، نفس الموضع.

كل نموذج منها إلا أمثلة، يمكن للعمل أن يكشف عن المزيد غيرها[١].

وبناء على هذا فقد قسم أساتذة مدرسة بيروت العقود غير المسماة وفقاً لطريقتهم المدرسية إلى أربعة أنواع فقالوا إن للعقد غير المسمى، مهما اختلف موضوعه، أربع صور[٢]:

الصورة الأولى: "أعطى لكي تعطى" do ut des وفي هذه الصورة ينقل أحد العاقدين إلى الآخر ملكية شيء؛ لكي ينقل إليه الأخير بدوره ملكية شيء آخر، ومن أهم تطبيقات هذه الصورة: عقد المقايضة: حيث يقوم أحد المتقايضين بنقل ملكية فرسا مثلاً إلى الآخر بغية الحصول منه على بقرة[٣].

الصورة الثانية: "أعطى لكي تعمل" وفي هذه الصورة ينقل أحد العاقدين إلى الآخر ملكية شيء في مقابل الحصول على خدمة يقوم بأدائها الطرف الآخر أيًا كان نوعها (التزام بعمل Facere) بشرط ألا يكون هذا الأداء هو نقل ملكية، ومثال ذلك، الهبة بعوض، حيث ينقل الواهب ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، ليقوم هذا الأخير بأداء خدمة للواهب أو لغيره (القيام بعتق عبد مملوك له مثلاً) وكذلك دفع أجرة العامل مقدمًا لقاء القيام بعمل معين[٤].

الصورة الثالثة: "أعمل لكي تعطى" facio ut des وفي هذه الصورة يقوم أحد العاقدين بعمل ما في مقابل حصوله على شيء من الأشياء، ومثالها من يعتق عبداً مقابل حصوله من المتعاقد الآخر على ملكية شيء ما[٥].

الصورة الرابعة: "أعمل لكي تعمل" Facio ut Facias وفي هذه الصورة يقوم أحد العاقدين بعمل ما في مقابل قيام الآخر بعمل أيضا لمصلحة الطرف الأول، ومن أهم تطبيقاتها:

---

(١) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) أنظر: شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣١٩ وما بعدها، فايز محمد حسين ، الشروط المقترنة بعقد البيع فى القانون الرومانى، مرجع سابق، ص٤٧ . صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٣٤، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٣٩، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٢، ٢٤٣، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤٧، وما بعدها.

(٣) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٢، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٠.
R. MONIER: op. cit, n° 142, p. 189. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. 93.
P. HUVELIN: op. cit, p. 106. R. D. MELVILLE, op. cit. 314.

(٤) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤٨. .
P. HUVELIN: op. cit., p. 106. R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, p. 93.

(٥) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.
R. MONIER: op. cit, n° 142, p. 189. R. FOIGNET et E. DUPONT: op. cit, p. 93.

عقد الصلح الذي يتفق فيه شخصان على إجراء تنازلات متبادلة (كأن ينزل أحد الطرفين عن حق من حقوقه مقابل نزول الآخر عن بعض حقه)[١].

وظاهر أنه في مختلف هذه الصور يوجد تبادل في الالتزامات synallgma، وهذا التبادل هو منبت الفكرة التي كشف عنها الفقيه أرسطون فكانت نواة لنظرية العقد غير المسمى[٢]، غير أن هذا التبادل أو التقابل في الأداءات لم يكن يكفي وحده ليكتسب العقد غير المسمى "القوة الملزمة" له وإنما يلزم بالإضافة إلى توفر إحدى الصور الأربع السابقة، قيام أحد الأطراف بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه[٣]، ولذلك يلاحظ أن الغرض في مختلف هذه الصور أن أحد العاقدين قد قام فعلاً بتنفيذ التزامه، ولم يبق إلا تنفيذ الالتزام الناشئ في ذمة الطرف الآخر[٤].

ثالثًا: الحماية القانونية للعقد غير المسمى في قانون جستنيان:

جرى حماية العقود غير المسماة في قانون جستنيان عن طريق تخيير العاقد الذي نفذ التزامه بين ثلاث دعاوى: الأولى هي دعوى تنفيذية، تهدف إلى إجبار المدين بالالتزام على القيام بالأداء المقابل، أما الثانية، فهي دعوى استرداد تهدف إلى استرداد الأداء الذي تم تنفيذه[٥]، أما الدعوى الأخيرة فهي دعوى تسمح لمن نفذ التزامه بالانسحاب من العقد، بقطع النظر عن نية الطرف الآخر في تنفيذ الأداء المقابل[٦].

١- دعوى التنفيذ (الدعوى ذات العنوان غير المكتوب)[٧]:

---

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص١٣٩.

P. HUVELIN; op. cit, pp. 106 – 107. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 93.
R. MONIER; op. cit, n° 142, p. 189.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص٣٢٠.

(٣) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٤٩.

R. D. MELVILLE; op. cit, p. 313.

(٤) شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٥) هذان الخياران يتشابهان مع خيارات الدائن بالتزام عقدي في القوانين المدنية الحديثة، فله التمسك بإجبار العاقد الآخر على تنفيذ التزامه أو المطالبة بفسخ العقد (م ١٥٧) من القانون المدني المصري.

(٦) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٣١.

(٧) يطلق على هذه الدعوى في قانون جستنيان "الدعوى ذات العنوان غير المكتوب" actio praescriptis verbis غير أن بعض النصوص أشارت إلى دعوى التنفيذ تلك باسم "الدعوى المدنية الواقعية" actio civilis factum الدعوى المدنية غير معينة الموضوع action civilis incerti وذلك تأثراً بما مر به تاريخ العقد غير المسمى من مراحل، كما ذكرنا من قبل، والحقيقة أن فضل جستنيان يعود إلى أنه أدمج الدعوى البريتورية الواقعية في=

تهدف تلك الدعوى إلى تنفيذ العقد حيث يستطيع الطرف الذي نفذ الاتفاق من خلال هذه الدعوى مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ العيني للالتزام الذي يقابل التزامه، وإذا أصر الطرف الآخر على عدم التنفيذ، فإن هذه الدعوى تمكن من نفذ الاتفاق من الحصول على تعويض يقوم مقام ما كان سيحققه له التنفيذ العيني من مصلحة، أي أن التعويض يقدر بمبلغ يعادل الفائدة التي كانت تعود على منفذ الاتفاق لو تم تنفيذ الاتفاق المقابل(١).

وتعد هذه الدعوى من دعاوى حسن النية على الأقل في عقدي (التقويم والمقايضة) إن لم تكن كذلك في سائر العقود غير المسماة للجانبين من وجهة نظر البعض(٢)، كما أنها دعوى غير معينة الموضوع incerta، لأن محلها قد يكون عيناً أو حقاً أو عملاً أو مجرد تعويض، وحيث إن هذه الدعوى غير معينة الموضوع فإنه تسبقها عبارة يتلفظ بها أو تكتب لتحديد الظروف المحيطة حتى يتسنى للقاضي الفصل في النزاع(٣).

٢- دعوى الاسترداد:

تعرف هذه الدعوى باسم "دعوى المطالبة بالشيء المسلم على سبيل المبادلة condictio ob rem dati وكذلك باسم "دعوى عدم اتباع التنفيذ بالتنفيذ" condictio causa data causa non secuta وتهدف تلك الدعوى إلى تمكين الطرف الذي نفذ الاتفاق من استرداد ما أعطى (الشيء الذي نقل ملكيته أو حيازته للعاقد الآخر) أو الحصول على تعويض إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذ الأداء المقابل، وهي تؤدي من ثم إلى فسخ العقد غير المسمى عند تخلف الطرف الآخر عن تنفيذ الالتزام المقابل(٤)، ففكرة فسخ العقد لعدم تنفيذه من جانب أحد المتعاقدين

=الدعوى المدنية غير معينة الموضوع، واللتين وجدتا جنباً إلى جنب منذ العصر العلمي ومن الجدير بالذكر أن أستاذنا الدكتور محمود سلام زناتي، قد استعمل ترجمة مغايرة لهذه الدعوى التنفيذية وهي "الدعوى ذات الديباجة" praescriptis verbis راجع شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٤، ٣٢٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٣، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٣١، ٣٢.

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٥، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٣، ٢٤٤.
R. FOIGNET et E. DUPONT, op. cit, pp. 95 – 96. E. CUQ, op. cit, p. 506.

(٢) من أنصار هذا الرأي في الفقه المصري، شفيق شحاتة، المرجع السابق، نفس الموضع ، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٧، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، هامش ٢٤٤.
وفي الفقه الفرنسي:
E. CUQ: op. cit. p. 506. R. MONIER: op. cit, n° 144. p. 193.

(٣) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٢٤٤، محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٣٤.
R. MONIER: op. cit. n° 144. p. 193.

وإن كانت لم تتقرر أبداً في القانون الروماني كأصل عام، حيث لم يكن يسمح لأحد المتعاقدين في العقود المسماة بفسخ العقد إلا في حالات خاصة وعلى سبيل الاستثناء فقد وجدت مجالاً فسيحاً في العقود غير المسماة، ولذلك يمكن القول بأن القانون الوضعي الحديث قد استقى فكرة الفسخ كما استقى فكرة السبب من النظرية الرومانية للعقد غير المسمى لأنها تعد المنبت الأول لفكرة الفسخ ولفكرة السبب جميعًا(١).

وعلى ذلك فإن للعاقد الذي نفذ التزامه الخيار عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ الالتزام المقابل أن يتمسك بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بموجب الدعوى ذات العنوان غير المكتوب، أو التمسك بفسخ العقد بمقتضى دعوى الاسترداد(٢)، التي تعد دعوى شخصية، كما أنها من دعاوى القانون الضيق، ويستطيع من خلالها العاقد الذي نفذ التزامه أن يسترد ما سبق أن سلمه للعاقد الثاني(٣).

٣- دعوى الخيرة أو الندم condictio propter poenitiam

تهدف هذه الدعوى إلى تمكين منفذ الاتفاق من الرجوع في التنفيذ، واسترداد ما أدى إذا غير رأيه وفضل الانسحاب من التعاقد، طالما لم يكن العاقد الآخر قد قام بالأداء المقابل، حتى ولو لم تكن أمام حالة تأخر في التنفيذ أو امتناع عنه، وهو ما يعني أن العقود غير المسماة غير لازمة من جانب الطرف الذي نفذها، طالما لم ينفذ الطرف الآخر الأداء المقابل(٤).

ونخلص مما سبق إلى أنه كان لكل من نفذ اتفاقًا يدخل في مفهوم العقد غير المسمى الخيار بين أن يستعمل الدعوى ذات العنوان غير المكتوب لمطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ، أو دعوى الاسترداد (عدم اتباع التنفيذ بالتنفيذ) لاسترداد ما أعطى أو الحصول على قيمة ما نفذ من التزام في حالة امتناع الطرف الآخر عن التنفيذ، أو دعوى الخيرة (الندم) للرجوع في تنفيذ العقد حتى ولو كان الطرف الآخر لم يتأخر في التنفيذ أو امتنع عنه.

---

(١) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٦، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص٢٤٤.

(٢) يلاحظ أن هذه الدعوى لا ترفع في الصورة التي يكون فيها العقد غير المسمى من العقود الملزمة لجانب واحد، بل يكون الجزاء مقصوراً في هذه الصورة على دعوى التنفيذ، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٣) محمد محسوب، المرجع السابق، ص ٣٤، عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٤) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

المبحث الثاني

نطاق مبدأ الرضائية في القانون الروماني

تبين لنا مما سبق أن الشكلية في القانون الروماني كانت في تناقص مستمر، وأن دور الإرادة كان يزداد شيئاً فشيء طوال مراحل تطور هذا القانون تبعاً لظهور العديد من العقود التي اعترف فيها للإرادة بدور كبير في إنشاء الالتزامات القانونية، حيث ظهرت العقود العينية التي كانت بمثابة المحطة السابقة على بلوغ فكرة "العقد الرضائي" الذي ينبني بالكامل على إرادة الأطراف، ثم ظهرت العقود الرضائية التي يكفي فيها التراضي لنشأة الالتزام، وظهرت كذلك بعض الاتفاقات المجردة من الشكل والتي عرفت باسم الاتفاقات البريتورية نسبة إلى البريتور الذي اعترف بها كمصدر للالتزام، واعترف القانون كذلك بصحة بعض الاتفاقات التي يقوم الالتزام فيها على أساس قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، وهي الاتفاقات التي عرفت باسم العقود غير المسماة، وأخيراً ظهر في عصر الإمبراطورية السفلي نوع جديد من الاتفاقات بعيداً عن الشكلية عرف باسم الاتفاقات الشرعية، ليكتمل بذلك عقد تطبيقات مبدأ الرضائية التي عرفها القانون الروماني.

وبالتوازي مع هذا الازدياد الملحوظ لدور الإرادة في العديد من التصرفات القانونية في القانون الروماني، كانت أهمية ودور الشكلية يتناقص تدريجياً في التصرفات الشكلية التقليدية على مر عصور القانون الروماني، حتى انتهى الأمر في عهد الإمبراطورية السفلي إلى اندثار معظم العقود الشكلية، فلم يبق منها سوى العقد اللفظي في صورة عقد الاشتراط الشفهي، الذي طرأ عليه تطورات عديدة باتجاه الانفلات من الشكلية المفرطة، حيث أصبح من الجائز استعمال أي فعل لغوي دال على الإيجاب (الاشتراط) والقبول بدلاً من فعل "أعد" Spodere, Promittere، بل أكثر من ذلك أصبح في الإمكان أن يتم السؤال والجواب بلغة أجنبية ما دامت مفهومة للطرفين، وبظهور الكتابة وانتشارها في عهد الإمبراطورية أصبح من الجائز أيضاً إتمام العقد كتابة بين عاقدين موجودين في بلد واحد دون اشتراط حضورهما في مجلس العقد[1]،

---

(١) R. MONIER; Manuel élémentaire de droit romain, t.2, op. cit, n°73, p. 93.
P.F. GIRARD; Manuel élémentaire de droit romain, op, cit, p. 519 – 520.
عمر ممدوح مصطفي، القانون الروماني، مرجع ساق، ص ٤٦٩، شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٢٥، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤٢٣. جدير بالذكر أن بعض الشراح يرون أن الاشتراط الشفهي نتيجة لانتشار الكتابة أصبح مجرد شرط دارج في العقود حيث يذكر المتعاقدان أنه قد تم خلافاً للحقيقة، حيث يكتفي الكاتب بالإشارة=

وأخيرا أصدر الإمبراطور ليون سنة ٤٧٢ قانوناً يقضي بتغليب المعنى على اللفظ، بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، حيث تقرر اعتبار الاشتراط صحيحاً ما دام الطرفان قد تبادلا الرضا[١]، بما يعنى ترك الحرية للأفراد في اختيار الألفاظ التي يرونها معبرة عن اتفاقهما دون تقيد بعبارات رسمية محددة، طالما أنها تعبر بوضوح عن إرادتهما[٢].

أما فيما يتعلق بطرق نقل الملكية الشكلية المتمثلة في الاشهاد والدعوى الصورية وكلاهما من نظم القانون المدني، فقد بطل تقريبا استعمالهما من الناحية العملية في عصر الإمبراطورية السفلي، حتى انتهي الأمر في قانون جستنيان إلى إقرار التسليم[٣] كطريقة وحيدة

=إلى أن "المتعهد قد سئل فأجاب" ثم يتبع ذلك ببيان مضمون الالتزام، وهذا هو ما يسمى cum stipulatione subnixa، أي أن التعهد كان يرد ذكره في ضمن المحرر على أنه قد حدث فعلاً، وإن لم يحدث في الحقيقة، حتى أصبحت هذه الإشارة تردد في مختلف المحررات كأنها جزء لا يتجزأ منها. أنظر شفيق، المرجع السابق، ص ١٣٣، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(١) P. F. GIRRD; op. cit., p. 520, R. MONIER; op. cit., n°73, p. 93

صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع، شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٢) بالرغم من هذه التطورات ظل الاشتراط عقدا شفهيا شكليا يستلزم لانعقاده التعبير عن الإرادة بألفاظ شفهية في حضور المتعاقدين في مجلس العقد، أو بعد الإثبات في محرر أن الطرفين قد حضرا مجلس العقد ونطقا بالسؤال والجواب، ولذلك فإنه لا يصح صدوره عن الأبكم، كما لا يجوز أن يكون أحد العاقدين فيه أصما فظل الصم والبكم محرومين من إبرام هذا العقد حتى عهد جستنيان، وهو يقول في ذلك (المتون، ٣: ١٩: ٧) "ليس للأبكم إيجاب ولا قبول، وهذا بديهي، ومثله الأصم، إذ ينبغي للموجب أن يسمع كلام القابل وللقابل أن يسمع الموجب، ومرادنا بالأصم من لا يسمع شيئا أصلا لا الأطرش الذي يسمع ولكن في صعوبة".

كما أدى اشتراط حضور الطرفين في عقد الاشتراط إلى اعتبار جستنيان إثبات المتعاقدين أو أحدهما عدم التواجد في المدينة طيلة النهار الذي يزعم فيه إبرام المشارطة دفعا ينفي واقعة التعاقد حتى لو وجد دليل كتابي يؤيد حدوثها. وفي ذلك يقول "قد أصدرنا مرسوما .... قررنا فيه أنه إذا وجدت كتابات مثبتة لحضور الطرفين، فإنها تكون حجة قاطعة في ذلك، إلا إذا كان مدعي العكس يثبت بالبينات الناصعة، من كتابة أو شهادة عدول، أنه كان هو أو خصمه طيلة اليوم الذي عمل فيه العقد موجوداً بجهة أخرى" (مجموعة التشريعات، ٨، ٣٧: ١٤، والجامع، ٤٥: ١: ٣٠، والمتون، ٣: ١٩: ١٢، راجع في ذلك. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣٥، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، نفس الموضع، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٣٦، وكذلك : R. MONIER; op. cit., n°73. p. 95.

(٣) التسليم هو طريقة لنقل الملكية تخلو من الإجراءات الشكلية، وهي من نظم قانون الشعوب، ويتم نقل الملكية من خلاله بنقل وضع اليد، حيث ينحصر في مناولة الشيء المراد نقل ملكيته يدا بيد، فالتسليم مبني على نقل وضع اليد من الناقل إلى مكتسب، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن نقل ملكية المال بالتسليم إلا إذا كان المتصرف واضعا يده على المال، لأنه لا يمكن للمالك تسليم ما ليس في حيازته، وفيما عدا ذلك لا يشترط=

لنقل الملكية بطريقة اختيارية بعد اختفاء الدعوى الصورية والاشهاد من الحياة العملية، وزوال التفرقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة، بل إن الاتفاق وحده أصبح كافياً لنقل الملكية في بعض الحالات مثل البيوع والهبات الصادرة إلى الكنائس والمؤسسات الخيرية، إذ يتم فيها نقل الملكية قبل التسليم وبمجرد الاتفاق.

وفضلاً عما سبق عمد الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه بيديوس Pedius منذ القرن الثاني بعد الميلاد إلى إبراز أهمية التراضي كركن من أركان العقد تأسيسا على أن كل التزام أو عقد يرتكز على اتفاق Convention يفترض نوعاً من الرضا المسبق، يستوي في ذلك العقود الرضائية والعقود الشكلية، وانتهى الأمر في عهد جستنيان الى انتصار فكرة الإرادة le Triomphe Voluntas نهائيا حيث أصبح التراضي ركنا عاما من أركان العقود المسماة منها وغير المسماة، سواء أكان العقد شكليا أم عينيا، أم رضائيا، بحيث يعتبر العقد أيا كان نوعه، باطلا إذا لم يرتكز على التراضي بجانب الأركان الأخرى للعقد (الجامع، ٥٠: ١٢: ٣: الديباجة)[1].

وبناء على كل ما سبق جاز لنا أن نتساءل: إذا كان القانون الروماني قد عرف العديد من تطبيقات الرضائية وإذا كانت الإرادة قد انتصرت نهائيا في قانون جستنيان، وأصبح التراضي ركنا عاما من أركان العقد، فهل معنى ذلك زوال وإلغاء القاعدة الأصولية المقررة في القانون الروماني التي تقضي بأن "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام" ؟ وهل أصبحت الرضائية أصلا عاما بجانب الشكلية في القانون الروماني؟ أم أن القانون الروماني بالرغم من كل ما سبق

في التسليم أي شرط شكلي، فهو يتم بمناولة المال، أي بنقل حيازته من المسلم Tradens إلى المتسلم accioiens على أن التسليم المادي لا يكفي وحده لنقل الملكية، بل يشترط في التسليم الناقل الناقل للملكية أن يكون نقل وضع اليد مصحوبا باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم إلى المتسلم، فهو يتكون إذن من عنصرين : احدهما مادي وهو نقل وضع اليد Possessionis، والاخر معنوي وهو النية المتبادلة عند الناقل والمكتسب بالتمليك والتملك، ويسمى بالسبب الصحيح.

جدير بالذكر أن التسليم كان يستخدم في العصر العلمي لنقل الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة، ولتقرير الملكية البريتورية على الأموال النفيسة، ولاكتساب الملكية الإقليمية على الأراضي الإقليمية، ولنقل الملكية الأجنبية فيما بين الأجانب، أما في عصر جستنيان فقد توحدت صور الملكية المختلفة، وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الاموال. راجع: عمر ممدوح مصطفي، المرجع السابق، ص ٣٣٩ وما بعدها، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها.

(١) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit, n° ٢٩, pp. ٢٦ – ٢٧. MONIER; op. cit., p. ٧٨
شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٤، ٣٥، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص ٤١٩.

قد انتهى والشكلية فيه هي الأصل والرضائية لم تكن سوى مجرد استثناء؟

والحقيقة أن الفقه قد انقسم بشأن الإجابة على هذا التساؤل الذي يدور حول النطاق الحقيقي لمبدأ الرضائية في القانون الروماني إلى اتجاهين[1]: ذهب الأول منهما إلى أن الرضائية كانت أصلاً عاماً بجانب الشكلية بينما ذهب الآخر إلى أن القانون الروماني قد انتهى والشكلية فيه هي الأصل، والرضائية مجرد استثناء وفيما يلي نعرض لهذين الاتجاهين وأسانيدهما ثم نبين رأينا الشخصى فى الموضوع وذلك وفقا للترتيب التالى:

المطلب الأول : الرضائية أصلا عاما ظهر بجانب الشكلية

المطلب الثانى: الشكلية هى الأصل والرضائية مجرد استثناء

المطلب الثالث: رأينا الشخصى فى الموضوع

(١) يلزمنا واجب الأمانة العلمية أن نوضح أننا قد اعتمدنا في عرض أفكار وأسانيد هذه الاتجاهات على البحث الرائع لأستاذنا الدكتور/ صوفي أبو طالب "أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤.

المطلب الأول

الرضائية أصلا عاما ظهر بجانب الشكلية[1]

اعتنق عدد غير قليل من الفقهاء والباحثون فكرة الصراع ما بين مبدأ الشكلية ومبدأ سلطان الإرادة حيث يري أنصار هذا الاتجاه أن سلطان الإرادة كان أصلا عاما من استحداث البريتور ظهر بجانب الشكلية، وأخذ ينافسها على مر العصور حتى انتهى به الأمر الى التغلب عليها فتطور ظروف المجتمع الروماني بعد الحرب البونية قد أدى في نظر هذا الاتجاه إلى تبني البريتور لمبدأ سلطان الإرادة باستحداثه قاعدة " إن العهد كان مسئولا"[2]، ولكن طبيعة النظام القانوني الروماني الذي يقوم على الازدواج بين نظم القانون المدني ونظم القانون البريتوري وقيام الفقهاء بوضع تقسيمات للاتفاقات والعقود منذ أواخر العصر الجمهوري. وتبني القانون المدني لبعض النظم البريتورية هي التي جعلت هذا المبدأ يبدو وكأنه استثناء من الشكلية، وهذا الازدواج هو الذي جعل البريتور يحمي الإتفاق المجرد من الشكل تارة بدعوى وتارة أخرى بدفع، فهو يحميه بدعوى إذا كان قد تعرض لتنظيم علاقة غير معروفة في القانون المدني، ويحميه بدفع إذا كان قد وجد لتغيير أثر تصرف قانوني نظمه القانون المدني، لأنه لا يستطيع – قانونا – الخروج على ما تقضي به أحكام القانون المدني.

وقد ظل النظامان – الشكلية والرضائية – يعملان جنباً إلى جنب كفرسي رهان خلال العصور المختلفة للقانون الروماني، الشكلية باعتبارها أصلا عاما في القانون الروماني يقررها ويحميها القانون المدني، والرضائية باعتبارها أيضا أصلا عاما وليس استثناءا يقررها ويحميها القانون البريتوري، إلى أن انتهى الأمر بتراجع الشكلية وانتصار الرضائية، وظهور مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح على الأقل من الناحية العملية، حينما اندمج القانونان البريتوري والمدني

---

(١) يعد أستاذنا الدكتور/ صوفي أبو طالب هو أول من نادى بهذا الرأي في الفقه العربي وذلك في بحثه سالف الذكر، ومن مؤيدي هذا الاتجاه أيضاً: عبد المنعم درويش، محاولة لتحليل تطور فكرة الالتزام التعاقدي، مرجع سابق، ص ١٢٨، عادل مصطفي بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) يلاحظ ان الترجمة الحرفية لهذه القاعدة التي أوردها البريتور في منشوره "pacta cinventa servabo" هي "سأعمل على حماية الاتفاقات" وفي قول آخر "سأعمل على تنفيذ الاتفاقات" ومن ثم فإنه لا صلة – كما ذكر بحق الدكتور صوفي أبو طالب – بين تلك القاعدة والآية القرآنية الكريمة "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً" التي وردت في سورة الإسراء، الآية ٣٤، وكل ما في الأمر انه قد استعار هذا التعبير من القرآن الكريم، لترجمة عبارة البريتور السابقة.

في نظام واحد[١].

وقد انتهي الأمر الى تراجع الشكلية وانتصار الرضائية، وظهور مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح على الأقل من الناحية العملية، حينما اندمج القانونان البريتوري والمدني في نظام موحد.

ومن هنا فإن أنصار هذا الاتجاه قد ذهبوا الى أن البريتور قد تبني مبدأ سلطان الإرادة بإصداره منشورا يتضمن قاعدة مؤداها "إن العهد كان مسئولاً" حيث نص في منشوره على حماية الاتفاق المجرد وهو ما يظهر في قوله الذي أورده بالمنشور: "سأعمل على تنفيذ الاتفاقات إذا تمت بدون تدليس وكانت لا تخالف نصوص الشريعات Leges أو قرارات المجالس الشعبية Plebliscita أو توصيات مجلس الشيوخ senatusconsulta أو منشورات الإمبراطور edicta أو أحكامه القضائية decreta وكانت خالية من الغش نحو القانون"[٢].

وبالتالي فإن منشور البريتور في نظر هذا الاتجاه يقرر صراحة أن كل اتفاق سيكون جديراً بالحماية ومحلاً للتنفيذ، ولكنه قيد هذه الحماية بعدة قيود شبيهة إلى حد كبير بالقيود التي تندرج في القوانين الحديثة تحت ما يعرف باسم النظام العام وحسن الآداب، وهذه القيود التي أوردها البريتور على سلطان الإرادة لم يوردها عبثاً وتحكماً منه بل محافظة على الصالح العام، ففي القانون القديم لم يكن التصرف القانوني ينشأ أو ينتج أثرا إلا إذا توافر له شرطان: تعبير عن الإرادة بالصورة التي رسمها القانون وموافقة الهيئة الاجتماعية على التصرف، فلما أطلق البريتور للإرادة العنان وخلصها من الشكلية التي تحيطها وجب عليه أن يقيدها بحيث لا يجيز لها إبرام تصرف يضر بمصلحة الجماعة، ومن ثم فإن تلك القيود كانت بمثابة بديلا لموافقة

---

(١) راجع: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٥ – ١٦.

(٢) "praetorait: pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversue leges plebis scita senatus consulta edicta (decreta) principum neque quo fraus cui eorm fiat facta runt, servabo".

جدير بالذكر أنه من الصعوبة بمكان تحديد تاريخ هذا المنشور على وجه الدقة، فمن المؤكد أنه سابق على عهد شيشرون، لأنه أشار إليه في العديد من كتبه، ويذهب بعض الشراح إلى أنه صدر خلال القرن السابع لروما وينسبونه إلى بريتور يدعي كاسيوس cassius، وعلى أي حال فتاريخه لاحق لظهور التقاضي بطريق البرنامج (منتصف القرن الثاني قبل الميلاد) وسابق على عام ٨٦ ق.م (تاريخ كتاب ad Merennium المنسوب الى شيشرون). راجع صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٩، ٣٠، والمراجع التي أشار إليها بالهامش.

الهيئة الاجتماعية على التصرف[1].

ويستطرد أنصار هذا الاتجاه بالقول أن قاعدة حماية الاتفاق المجرد التي قررها البريتور كانت قاعدة عامة التطبيق حيث منحت الإرادة سلطانا يكاد يكون كاملاً فيما يتعلق بدورها في إنشاء أو إنهاء التصرفات القانونية أو حتى تعديل شروط وآثار هذا التصرف، لذلك فهم يرفضون ما ذهب إليه الرأي السائد من أن هذه القاعدة ينحصر مجال تطبيقها في الاتفاق الذي ينهي الالتزام والاتفاقات الشبيهة به[2]، أو على التنازل عن الدعوى كما ذهب الأستاذ مانينتي Manenti أو على إنشاء الالتزام في العقود الرضائية وإنهاء كافة أنواع الالتزامات كما ذهب الأستاذ ماجدلان[3] Magdelain ويؤسس هذا الاتجاه رفضه لحصر نطاق تطبيق هذه

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) أنظر ما سيلي ذكره، ص٤٣٠ وما بعدها.

(٣) يقصر العالم الإيطالي Manenti مدلول الاتفاق الذي ورد في منشور البريتور على الاتفاق الذي يكون محله تنازل الدائن عن حقه في رفع دعوى ضد المدين، والوسيلة الوحيدة التي تحمي هذا الاتفاق هي الدفع الذي قرره البريتور في منشوره، وتطور القانون الروماني أدى إلى أن البريتور سمح للأفراد بأن يتفقوا على إبراء المدين أو إنقاص التزاماته، وهذا النوع من الاتفاقات هو الذي ورد في منشور البريتور تحت اسم pacta conventa، ويرى مانينتي،ان تعبير الاتفاق pactum مختلف عن تعبير convention وأن معنى التعبير الأول قد تطور خلال العصر العلمي فأصبح يشمل الاتفاقات التي تقترن بعقد من العقود، وأن معنى الاتفاق تطور مرة ثالثة في عصر الإمبراطورية السفلي فأصبح يعني توافق الإرادتين convention بقصد إحداث اثر قانوني: أنظر: MANENTI;. Studi senesi, T.8, p. 60 et s.

بينما ذهب الأستاذ magdelain إلى أن قاعدة "إن العهد كان مسئولا" الواردة في منشور البريتور لا تقتصر على حماية الاتفاقات التي تهدف إلى إنهاء الالتزام بل كانت تشمل أيضاً وقت صدورها الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء الالتزامات، ولكنه حصر مجال تطبيق هذه القاعدة في عقود حسن النية، الرضائية والعينية وبين أن هذه العقود كانت تحميها في بداية الأمر دعاوى بريتورية تحولت مع الزمن إلى دعاوي مدنية فخرجت هذه العقود من نطاق المنشور الخاص بالرضائية الذي استحدثه البريتور، وفي نفس الوقت ظهرت قاعدة الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام، فانكمش مجال تطبيق المنشور وانحصر في دائرة الاتفاقات التي تهدف إلى إنهاء الالتزام، واقتصرت الحماية على الدفع exceptio.

أنظر: A. MAGDELAIN; Le Consensualisme et L'edit du preteur, Paris, 1958, p. 45 – 48 et 74 – 76.

ويرى أستاذنا الدكتور/ صوفي أبو طالب، أنه بالرغم من أن رأي الأستاذ ماجدلان يفضل الرأي السائد في الفقه من حيث أنه يوسع من دائرة تطبيق المنشور الخاص بالرضائية، ومن ثم يوسع من دائرة تطبيق سلطان الإرادة، كما أن تفسير الأستاذ ماجدلان يختلف عن الرأي السائد في نقطة جوهرية – هي الأصل الذي تستمد منه الإرادة قوتها في الإلزام في القعود الرضائية (العقود الرضائية بمعناها الدقيق وعقود النية=

القاعدة على أن دراسة نصوص القانون الروماني في العصر العلمي تدل على أن تعبير الاتفاق pactum يعني توافق الإرادتين عامة سواء في مجال إنشاء الالتزامات أم في مجال انقضائها[1]، ونفس المعنى يوجد في النصوص غير القانونية[2]، كما كان يطلق هذا اللفظ على الاتفاقات البريتورية في الكتب الأدبية قبل القرن الثاني الميلادي، إضافة إلى أن شيشرون وهو في معرض كلامه عن تقسيمات مصادر القانون قد ذكر الاتفاق من بينها حيث يقرر "القانون يتكون من العناصر الآتية: الطبيعة natura، التشريع Lege، العرف Consuetudine، أحكام القضاء Judicata، العدالة aequo et bono، والاتفاق pacto" وليس من المعقول في نظر هذا الفقه أن يضع شيشرون الاتفاق على قدم المساواة مع المصادر الأخرى للقانون، ويكون قصده الاتفاق بمعناه الضيق الذي يخصه به الرأي السائد الذي يقتصر وظيفته على انقضاء الالتزام، بل

=العينية) – فهو في الرأي السائد استثناء من القاعدة العامة التي لا تعترف بسلطان الإرادة، بينما يرد ماجدلان الرضائية إلى القاعدة المقررة في القانون البريتوري "إن العهد كان مسئولاً"، إلا أنه بالرغم من هذا الاختلاف، ينتهي ماجدلان في واقع الأمر إلى اعتبار الشكلية هي الأصل والرضائية هي الاستثناء شأنه في ذلك شأن الرأي السائد، راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٩، ص ٦١ – ٦٣.

(١) أورد هذا الرأي عدة أمثلة للتدليل على صحة ما ذهب إليه حيث يقرر "أنه في نطاق القانون الخاص يستعمل تعبير pactum في مجال انقضاء الالتزام مثل الاتفاق على التنازل عن دعوى الوارد في قانون الألواح الاثني عشر أو الاتفاق على إبراء المدين من دينه (نظم جايوس: ٤، ١١٩) أو التقايل (موسوعة: ١٨، ٥، ١) وتستعمل كذلك للدلاله على الاتفاقات المقترنة بعقد أخر وحينئذ تحميها دعوى العقد ذاته وفضلا عن ذلك يستعمل تعبير الاتفاق pactum وأحيانا convention للدلالة على التراضي ذاته، وليميزوا بينه وبين الشكلية verba التي يظهر فيها التعبير عن الإرادة في الاشتراط الشفهي (أطلقوا على مضمون الاشتراط الاتفاق convention) ومن أمثلة ذلك: موسوعة: ٢٤، ٣، ٤٥، موسوعة: ٣٩، ٢، ١٥، ١ موسوعة: ٤٥، ١، ١٢٢ فجوهر التصرف هو الاتفاق أما الألفاظ الرسمية فهي الشكل الخارجي. ويلاحظ أن تعبير الاتفاق في خصوص الاشتراط يقصد بها في تلك الأمثلة مضمون الاشتراط ذاته لا الاتفاقات المقترنة بالاشتراط، وأخيرا تطلق النصوص كذلك تعبير اتفاق على القعود المعروفة باسم العقود الرضائية، وهي تطلق على العقد ذاته، وليس على الاتفاقات المقترنة به. ولمزيد من التفاصيل حول الأمثلة التي أوردها هذا الرأي راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٢، وما بعدها.

(٢) ففي النصوص الأدبية استعمل لفظ الاتفاق pactum في خصوص الاتفاق الذي تم بين روميليوس وريموس حول مصير مدينة روما، والاتفاق بين الآلهة، والاتفاق بين الأصدقاء، والاتفاق على دفع فدية، والاتفاق بين متحاربين .... الخ، انظر في هذه النصوص: A. MAGDELAIN, op. cit., p. 6، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٢.

المعقول والمنطقي أن يقصد به كل توافق إرادتين تقرر له جزاء[١].

ولا يختلف الأمر في نظر هذا الفقه لدى الفيلسوف سنيك حيث أورد مثالاً لاتفاق[٢] وذكر أنه يجب أن يكون محل احترام طبقا للقاعدة الواردة في منشور البريتور "إن العهد كان مسئولا" وذكر تقريبا نفس الألفاظ الواردة في منشور البريتور، وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن كل من شيشرون وسينيك يعتمدا على منشور الرضائية de pactis للقول بصحة هذه الاتفاقات، ويجعلان من القاعدة الواردة به "إن العهد كان مسئولا" قاعدة عامة التطبيق[٣].

ومما يؤكد القول بأن القانون الروماني قد اعتبرالاتفاق pactum أصلا عاما للرضائية في مواجهة الشكلية verba متمثلة في الاشتراط الشفهي، أن هناك مجموعة من النصوص تقابل بين الاتفاق والاشتراط الشفهي، هذه النصوص لا تحدد مجالا معينا لاستعمال الاتفاق ولا تقصر مجاله على انقضاء الالتزام بل إنها تقارن بينه وبين الاشتراط، وتجعل مجال تطبيقه شاملا لكل الحالات التي يشملها الاشتراط، وهذا الأخير – كما هو معلوم – تصرف مجرد يستعمل لانشاء أو لإنهاء كافة أنواع الالتزامات، مما يدل على أن مجال استعمال الاتفاق لا يحده حد شأنه في ذلك شان الاشتراط الشفهي[٤].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، هامش رقم ٢ ص ٤٥، ٤٦. A. MAGDELAIN; op. cit, p. ٦٣

(٢) ومضمون الاتفاق أن شخصاً عثر على طفلين كان أبوهما قد تخلى عنهما، وبعد أن رباهما تقابل مع أبيهما الذي كان يبحث عنهما واتفق معه على أنه يستطيع أن ينبئه عن مكانهما بشرط أن يترك له أحدهما، ووصف سينيك هذا الاتفاق بأنه pactum وهو شبيه إلى حد ما بالاتفاق المعروف في القانون الروماني باسم الجعالة indicium مع الفارق في أن الجعالة تحميها القانون. أنظر:
A. MAGDELAIN; op. cit, p. 55.

(٣) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٤) ومن أمثلة هذه المقابلات ما ورد عن شيشرون في كتابه عن الخطابة حينما تكلم عن تقسيم القانون المكتوب إلى قسمين: قانون خاص وقانون عام، ويذكر من أنواع الأخير: الاشتراط الشفهي والاتفاق، ثم يعود فيذكر أيضا اشتراطات الشفهية جنبا إلى جنب للاتفاقات، مما يعني أنه يضعهما جنبا باعتبارهما من مصادر القانون، ونجد كذلك الفقيه المشهور ميسيوس MUCIUS في نص منسوب إليه في موسوعة جستنيان يقرر قاعدة أصولية في القانون الروماني تقضي بعدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير سواء ورد ذلك في اتفاق مجرد أو في اشتراط شفهي لُم عن طريق اتفاق مقترن بعقد آخر، كما نجد الفقيه بولس في كتابه الأحكام يقابل الاشتراط والاتفاق بمناسبة الاتفاق على تقرير فوائد لدين من الديون، ونفس الأمر يقرره نفس الفقيه في نص منسوب إليه في الموسوعة حينما يذكر أنه يجوز باتفاق خال من الشكل أن تنشأ فوائد عن القروض التي تصدرها المدن. لمزيد من التفاصيل حول هذه المقابلات راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٨، ٤٩.

وبجانب هذه الحجة التي تستند إلى النصوص، فقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى حجة أخرى تعتمد كلية على المنطق للتدليل على أن الاتفاق كان مصدرا للمراكز القانونية، وأنه كان صالحا لإنشاء الالتزامات وانقضائها وتتمثل هذه الحجة في أنه من المسلم به لدى الغالبية العظمى من شراح القانون الروماني وجود قاعدة رئيسية في العصر العلمي تقضى بضرورة التطابق – من حيث الشكل – بين الطريقة التي ينشا بها الالتزام وتلك التي ينقضي بها، فإن كان قد نشأ بطريقة شكلية، لفظية أو كتابية، وجب أن ينقضي بطريقة شكلية عكسية هي الإبراء الشكلي، وإن كان قد نشأ باتفاق مجرد من الشكل انقضى باتفاق مجرد من الشكل أيضا ومن المتفق عليه بين الشراح أن البريتور قد خرج على هذه القاعدة بالنسبة للالتزامات التعاقدية وحمى عن طريق الدفع الاتفاق الذي يهدف إلى إبراء المدين من التزاماته وهو ما يسمى الاتفاق على الإبراء من الدين (pactum de non petendo) سواء في ذلك التزامات القانون الضيق أم التزامات حسن النية مع فارق بسيط هو ضرورة إدماج الدفع بالإبراء في برنامج دعاوي القانون الضيق بعكس الحال بالنسبة لالتزامات حسن النية، حيث يعتبر الدفع مقرر ضمنا، ويجوز الاحتجاج به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وانتهي هذا الرأي إلى أن الدافع الذي أدى إلى الخروج على قاعدة التطابق الشكلي بين طرق وإنشاء الالتزام وطرق انقضائها هو التخلص من الشكلية تمشيا مع تطور المجتمع، وهذا الدافع بعينه هو الذي يقضي بالسماح للاتفاق المجرد من الشكل بإنشاء الالتزام، إذ أنه من غير المنطقي أو المعقول أن يفكر الرومان في الخروج على الشكلية بالنسبة لانقضاء الالتزام عن طريق الاتفاق على الإبراء، ولا يأخذون بنفس التفكير بالنسبة لطرق إنشائه[1].

وفي محاولة من هذا الرأي للتوفيق بين القاعدة الواردة في منشور البريتور، والتي تقضي باحترام كل اتفاق في الحدود التي وضعها البريتور، والقاعدة الأخرى التي تردد صداها في كثير من النصوص الرومانية والتي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام ذهب هذا الرأي إلى أن قاعدة "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام" ليست سوى تسجيلا للتطور الذي وصل إليه القانون الروماني في القرن الثاني للميلاد[2]، ففي خلال هذا القرن حل اصطلاح العقد

---

(١) راجع: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٥٣ – ٥٥.

(٢) على خلاف الرأي السائد في شأن تاريخ ظهور قاعدة أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام والذي يذهب إلى أنها قاعدة قديمة يرجع تاريخها إلى نشأة القانون الروماني، ذهب هذا الرأي إلى أن تاريخ ظهور هذه القاعدة يرجع إلى القرن الثاني الميلادي من منطلق أن كل النصوص التي ترجع إلى ما قبل القرن الثاني الميلادي التي وصلت إلينا لا تذكر شيئا عن هذه القاعدة سواء في ذلك النصوص التي تعرضت لها=

Contractus أو اصطلاح الاتفاق Conventio محل تعبير pactum ليس فقط بالنسبة للعقود الرضائية، بل بالنسبة لكافة الاتفاقات التي احتضنها القانون المدني (بما فيها العقود غير المسماة)، وفضل الفقهاء بالنسبة لها استعمال تعبير العقد بدلاً من تعبير الاتفاق، ولم يبق من الاتفاقات التي كان يحميها البريتور سوى الاتفاقات البريتورية[1]، والاتفاقات التي تنهي الالتزام مثل الاتفاق على الإبراء من الدين، والاتفاقات المقترنة بعقد من العقود ومن ناحية أخرى توقف نشاط البريتور وجمد منذ تقنين المنشور المستديم على يد "جوليانوس"، بل قبل ذلك حينما تزايدت سلطة الإمبراطور، وبذلك حرم القانون الروماني من مصدر خصب من مصادر تطويره إذ انتقلت سلطة التعديل إلى الإمبراطور نفسه ومجلسه الاستشاري.

وبتقرير الفقه لقاعدة الإتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام قد سجل عجز الإرادة عن إنشاء التزام في خارج الحالات التي سبق أن حماها القانون المدني أو القانون البريتوري، لأن البريتور الذي وعد بحماية كل الاتفاقات لم يعد قادرا على القيام بهذه الوظيفة بالنسبة للمستقبل بعد ما توقف نشاطه، ولذلك قرر الفقهاء أن الاتفاق المجرد لا تتولد عنه دعوى، ولذلك فإن

=بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر، فكل النصوص التي تعرضت لذكر هذه القاعدة ترجع إلى فقهاء أواخر القرن الثاني الميلادي، وبداية القرن الثالث، ويرى هذا النظر من الفقه أنه ليس من الطبيعي أن تسكت النصوص التي يرجع تاريخها إلى ما قبل القرن الثاني الميلادي عن ذكر هذه القاعدة الهامة لو كانت موجودة، وخاصة أن كثيرا من النصوص لا تغفل ذكر الفقهاء القدامى veteres إذا ما قررت قاعدة كانت مقررة في عهدهم، فسكوت النصوص السابقة على القرن الثاني وفي نفس الوقت قول شيشرون وسينيك وغيرهما أن الاتفاق مصدر للقانون وترديدهما لقاعدة "إن العهد كان مسئولا" في صورة قاعدة عامة التطبيق، كل هذا يدل من وجهة نظر هذا الرأي على أن قاعدة "أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام" لم تظهر في القانون الروماني إلا منذ بداية القرن الثاني الميلادي راجع: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٦٣، ٦٤.

(١) يذهب هذا الرأي إلى أن السبب في عدم إطلاق اصطلاح العقد على الاتفاقات البريتورية بالرغم من أنها تنشئ التزامات هو عدم احتضان القانون المدني لها، فظلت تحميها الدعوي البرريتورية، ولم يعد يطلق عليها تعبير اتفاق pactum لأن المدلول الفني للاتفاق – بعد ظهور تعبير العقد – أصبح مرادفا للاصطلاح العقد، ولذلك لا يوجد نصا من النصوص اللاحقة على القرن الثاني الميلادي حتى عهد جستنيان يطلق عليها تعبير الاتفاق، ويري هذا النظر أنه لم يطلق عليها هذا الوصف إلا بعد جستنيان حينما عمد الشراح إلى تجميع الحالات الفردية التي يتولد فيها الالتزام عن توافق الارادتين وتلك التى يعجز فيها توافق الارادتين، وعن إنشاء الالتزام، وجعلوا من اصطلاح الاتفاق جنسا نوعه العقد.

أنظر: ROUSSIER: Le constitute, in varia, t.3, Paris.1958 p.72

صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٨٣، ٨٤.

الرومان في عصر الإمبراطورية السفلي لجأوا إلى الإمبراطور التي كانت إرادته هي مصدر القانون في ذلك العهد، لحماية بعض الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء التزامات على عاتق أحد طرفيه، وهي الاتفاقات التي تعرف باسم الاتفاقات الشرعية pacta legitima والتي حماها الإمبراطور بإصداره دساتير إمبراطورية تقرر دعوى من دعاوي القانون الضيق تسمى الدعوى الشرعية condictio ex lege، والإمبراطور لم يفعل سوى ما كان يفعله البريتور لأنه حل محله في تعديل وتطوير القانون الروماني، فعمله عبارة عن استمرار لعمل البريتور من حيث حماية الاتفاقات غير الشكلية.

وعلى ذلك فالقاعدة الفقهية التي تقرر أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام إن هي إلا تقرير للحالة التي أصبح عليها القانون الروماني في القرن الثاني الميلادي حينما توقف نشاط البريتور فهي قد سجلت التطور الذي انتهي إليه القانون الروماني في هذا الوقت، ويرى هذا النظر من الفقه أن هذه القاعدة إن كانت تدل على انكماش مجال تطبيق قاعدة "إن العهد كان مسئولا" إلا أن هذا الانكماش كان نظريا أكثر منه عمليا، فبالرغم من استمرار كتب الفقه ذات الطابع النظري في ترديد قاعدة أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام إلا أن ذلك لم يؤثر على مسيرة التطور نحو الرضائية من الناحية العملية وهو الأمر الذي يؤكده تراجع الشكلية في الاشتراط الشفهي في عصر الإمبراطورية السفلي حيث تغلب المعني على اللفظ، وأصبح الاشتراط صحيحا أيا كانت العبارات المستعملة، إضافة إلى التطور الذي حدث في اتفاق تجديد الدين constitutum وهو ينعقد بمجرد التراضي – بحيث أصبح قالبا عاما تفرغ فيه سائر انواع المعاملات التي يصح أن تكون محلا للاشتراط الشفهي، مما جعل للإرادة سلطانا شبيها إلى حد كبير بسلطان الإرادة في العصر الحديث[1].

(١) راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٨٣ – ٩٠، ١١٩ – ١٢٢.

المطلب الثانى

الشكلية هي الأصل والرضائية مجرد استثناء

يعد هذا الاتجاه هو الرأي السائد بين شراح القانون الروماني [1]، حيث يذهب معظم الشراح إلى أن القانون الروماني – حتى في عهد جستنيان – كان يعتبر الشكلية هي الأصل

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه في الفقه الغربي:

E. PETIT; Trait élémentaire de droit romain, op. cit, n° 268, p. 282. G. MAY; Éléments de droit romain, op. cit, n° 120, p. 287. R. FOIGNET et E. DUPONT; Le droit romain (des obligations,) op. cit, p. 15. A. E. GIFFARD et R. VILLERS; Précis de droit romain, op. cit, n° 29, p. 26. P. HUVELIN, Cours élémentaire de droit romain, t.2, op. cit, p. 40. P. F. GIRARD; Manuel élémentaire de droit romain, op. cit, p. 471. F. SCHULZ; History of roman legal science; op. cit, p. 25.

وفي الفقه المصري: عمر ممدوح مصطفي، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٦٦، محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١١٤ – ١١٥، عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون مع دراسات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢٢٩ – ٢٣٠، مصطفي سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٦٩، ٧٠، عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، مقال سابق، ص ٢، محمد جمال عطية، تاريخ القانون في الغرب، مرجع سابق، ص ١٥٧، السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني، والفقه الإسلامي، رسالة سابقة، ص ٢٥٧.

وجدير بالذكر أنه على ما يبدو وأن الدكتور/ صوفي أبو طالب قد عدل عن رأيه القائل بأن الرضائية كانت أصلا عاما في القانون الروماني بجانب الشكلية، وأن سلطان الإرادة لم يكن استثناء من الشكلية السائدة في القانون الروماني، بل كان مبدأ عام سار مع الشكلية جنبا إلى جنب حتى تغلب عليها في آخر عصور القانون الروماني، حيث نلاحظ هذا العدول في مؤلفات سيادته اللاحقة على بحثه القيم "أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني" الذي أورد فيه الرأي سالف الذكر، ففي مؤلفه "تاريخ النظم القانونية والاجتماعية" طبعة ١٩٧٦، ص ٤٢٤ – ٤٢٥، نجد سيادته يقرر أنه بالرغم من كل هذه التطورات لم يسلم القانون الروماني بمبدأ سلطان الإرادة، بل ظل يعتبر الشكلية هي الأصل العام، ولا يعترف للإرادة بسلطان في إنشاء التصرفات القانونية إلا على سبيل الاستثناء، فهي لا تستطيع إنشاء تصرفات قانونية غير تلك التي حددها ونظمها القانون إعمالاً للأصل العام "الاتفاق المجرد لا تنشا عنه دعوى". ، كما نجده في مؤلفه القيم "تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد الغربية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٣٤٧ – ٣٤٨، يقرر: "كان القانون الروماني يجهل – طيلة مراحل تطوره – مبدأ سلطان الإرادة، ولم يظهر هذا المبدأ إلى حيز الوجود في الشرائع الغربية إلا فى الشرائع الوسطي تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية، على رأي البعض، وتحت تأثير الفقه الإسلامي على رأي البعض الآخر" وفي موضع آخر يقرر أنه "برغم ظهور الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في العصر البيزنطي، فإن الرومان، حتى في عهد جستنيان لم يقرروا الأخذ بذلك المبدأ".

العام ولا يعترف بمبدأ الرضائية أو سلطان الإرادة بصفة عامة إلا على سبيل الاستثناء، وقد فسر هؤلاء الشراح عدم وجود مبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الاستثناء بظاهرة الشكلية التي سادت القانون الروماني طيلة عصور تطوره – بما في ذلك قانون جستنيان على الأقل من الناحية النظرية – وهذا التفسير يعتمد على القاعدة الأصولية التي تردد صداها في نصوص القانون الروماني والتي تقضي بأن "الاتفاق المجرد لا ينتج عنه أثر، أو كما تقول بعض النصوص"، الاتفاق المجرد بين المواطنين الرومان لا تتولد عنه دعوى " ex noud pacto inter cives Romanus actio no nascitur" ولا ينكر أنصار هذا الاتجاه أن الإرادة قد لعبت دورا معلوما في التصرفات القانونية في القانون الروماني، إلا أنه في نظرهم كان دورا محدودا تقرر بشكل تدريجي تحت ضغط تطورات المجتمع حيث يقررون اعتراف القانون الروماني – على مر العصور – لبعض الاتفاقات المجردة من الشكل بأثر قانوني، وحمايتها – تارة بالدفع وتارة أخرى بالدعوى – مثل العقود التي عرفت باسم العقود العينية والعقود الرضائية والاتفاقات البريتورية والعقود غير المسماة، والاتفاقات الشرعية، إلا أن هذا الاتجاه يرى أن الاعتراف بكافة العقود السابقة لم يحدث دفعة واحدة، بل ظهر على مر العصور تحت ضغط تطورات المجتمع، وذلك على يد البريتور في بعض الحالات، ومن المشرع ذاته في القانون المدني في حالات أخرى، وهذا الاعتراف قد ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي ينكر الرضائية وسلطان الإرادة، فرغم كثرة هذه التطبيقات إلا أنها في نظر هذا الاتجاه مازالت تعتبر استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام، ويستدلون على ذلك بان الأفراد لا يستطيعون إنشاء عقود سوى تلك التي اعترف بها القانون المدني أو القانون البريتوري، بل عليهم اختيار أحدها، أو صب اتفاقهم في القالب الشكلي العام المتمثل في الاشتراط الشفهي[1].

وقد اتجه هذا الرأي في محاولة إزالة التعارض بين قاعدة حماية الاتفاق المجرد التي قررها البريتور "pacta conventa servabo" وقاعدة "الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام" إلى تفسير منشور البريتور تفسيرا ضيقا وحصر نطاق تطبيق قاعدة حماية الاتفاق المجرد – والتي يطلق عليها أنصار الاتجاه الأول تعبير "إن العهد كان مسئولا" – في نطاق الاتفاق الذي ينصب على التنازل عن حق أو عن دعوى والاتفاقات المقترنة بالعقد، ويجعل حماية البريتور مقصورة

---

(١) P. F. GIRARD; op. cit. p. 471. G. MAY; op. cit. n° 120. p. 287. E. PETIT: op. cit. n° 268. p. 282. R. FOIGNET et E. DUPONT; op. cit. p. 15. P. HUVELIN; op. cit. p. 40.

على الدفع بالاتفاق، ومن ثم فإن هذا الرأي يرى أن نطاق تطبيق هذه القاعدة ينحصر في دائرة انقضاء الالتزام، فهي تقتصر على الإبراء غير الشكلي pactum de non petendo، وما يشبهه من اتفاقات، وأن الوسيلة الوحيدة لحماية مثل هذا الاتفاق الذي لم يفرغ في القالب الشكلي العام، هو الدفع بالاتفاقexception pacti conventi[1]، كما يرى فريق من أنصار هذا الاتجاه أن تطور القانون الروماني قد أدى إلى اعتبار الاتفاقات المقترنة بالعقد[2] تدخل ضمن الاتفاقات التي تحميها القاعدة البريتورية التي تحمي الاتفاق المجرد[3]، أي أن الاتفاق المجرد في نظر هذا

---

(١) راجع:

BONFANTE, Scritti giuridici varii, t.3, Torino, p. 137 – 148; BUCKLAND, A textbook of Roman law, Cambridge, 1950, p. 527 et s. F. SCHULZ; Classical Roman law, Oxford, 1954, p. 470, ARANGIO RUIZ, Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1951, p. 354, PEROZZI, Istituzioni di diritto romano, 2e ed, t.2, Roma, 1928, p. 368 – 377, VIARD, Les pactes adijoints au contrat en droit romain classique, Paris, 1929, p. 1-2. MANENTI, Pacta Conventa, instudisensi, Vol. 31, 1915, p. 203 – 256, ROTONDI, Scritti giuridici, t.2, 1922, p. 214 – 215.

مشار إلى هذه المراجع لدى: صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٣٥، هامش رقم (١).

(٢) يقصد بالاتفاقات المقترنة بالعقد الشروط التي يتم إدخالها من قبل الطرفين على العقد، والتي يكون من شانها أن تنقص الالتزامات الناشئة عنه، حيث اعتبر البريتور مثل هذا الشرط صحيحا، إذا ما كان هذا الشرط يؤدي إلى التخفيف عن المدين أي في الحالات التي يكون الشرط فيها منقصا لالتزامات المتعاقد، وكانت وسيلة البريتور إلى ذلك اعتبار هذا الشرط اتفاقا pactum، ومنح البريتور الملتزم في هذه الصورة دفعا يستطيع به أن يدفع دعوى الدائن الذي يتجاهل حكم الشرط، وقد جاء ذلك من خلال منشوره البريتوري الذي منح الدفع للملتزم تأسيسا على أن الشرط هنا عبارة عن اتفاق يستحق الحماية pacta conventa servabo، ولذلك يسمى الدفع في هذه الصورة الدفع بالتزام الاتفاق exception pacti conventi، ويلاحظ أن الملتزم يستطيع أن يتمسك بالدفع سواء أكان الشرط واردا في عقد من العقود التي تنبني على حسن النية، ام ضمن عقد من عقود القانون الضيق، والفارق الوحيد بين الأمرين هو أن الشرط إذا ما اقترن بعقد من عقود القانون الضيق، فإن التمسك بالدفع يستلزم الحصول على صيغة تتضمن الدفع، أما في العقد الذي ينبني على حسن النية، فإن التمسك بالدفع يكون ممكنا دائما بلا حاجة إلى نص خاص تتضمنه صيغة الدعوى.

ويلاحظ أخيرا أن الشرط الذي يحميه الدفع على الوجه المتقدم لا يلزم فيه أن يكون قد اشترط عند إبرام العقد in continenti، فهو يعتبر صحيحا كذلك إذا ما تم الاتفاق عليه بعد انعقاد العقد ex intervallo

أنظر: شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٠٩، ص ٣١١ – ٣١٢.

(٣) انقسم أنصار هذا الرأي بشأن دخول الاتفاقات المقترنة بالعقد ضمن الاتفاقات التي تحميها القاعدة البريتورية سالفة الذكر إلى فريقين: الأول ذهب إلى أن الاتفاقات المقترن بالعقد تدخل في مدلول الاتفاق pactum=

الفقه لا اثر له من الناحية القانونية إلا إذا كان يهدف إلى إنقضاء التزام أو اقترن بعقد.

وقد حاول هؤلاء الشراح البحث في أصل القاعدة البريتورية التي تحمي الاتفاقات المجردة من الشكل في حدودها السالفة الذكر، فأرجعوها إلى عهد قانون الألواح الاثني عشر، استنادا إلى أن هذا القانون قد أباح للجاني والمجني عليه أن يتفقا على التصالح[1]، ويتنازل المجني عليه عن حقه في الانتقام من الجاني، وبهذا التصالح يفتدي الجاني نفسه، ويسقط حق المجني عليه في الانتقام منه، لأن هذا التصالح كان يتم وقت نظر الدعوى أمام القضاء، وكان يترتب على حدوثه سقوط حق المدعي في مواجهة المدعي عليه نتيجة للأثر المسقط للإشهاد

-الذي يحميه البريتور منذ أواخر العصر الجمهوري.

R. MONIER; op. cit., p. 195, P. F. GIRARD; op. cit., p.636. VIARD; op. cit ,p.2

اما الفريق الثاني فقد ذهب الى ان نظرية الاتفاقات المقترنة من صنع البيزنطيين، ولذلك لا تدخل تحت مدلول الاتفاق الذى يحميه البريتور

ARANGIO RUIZ; op. cit., p. 354 –355. BONFANTE,op. cit, p.144.

راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٦ هامش رقم (٣).

(١) تكلم المشرع في قانون الألواح (اللوح الأول) عن المثول أمام القضاء والأعذار التي تمنع الخصوم من الحضور، ثم ذكرت الفقرة ٦ من اللوح الأول ما يأتي: "حينما يتفق (يتصالحان) على أمر فليقبل Rem ubi pacunt, oracto" ثم تكلم عن حالة عدم التصالح بين الخصمين، فقال في الفقرة السابعة من اللوح الأول:

"Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto, cum peroranto ambo praesentes".

" فإذا لم يتفق (يتصالح) المتخاصمان فليعرضا وجهتي نظرهما في النزاع أمام المجلس الشعبي أو في الساحة العامة حتى الظهر، وليترافعا بأنفسهما في حضرة بعضهما البعض الآخر" ثم تكلم قانون الألواح (اللوح الثالث فقرات ١-٤) عن حق الدائن في إلقاء القبض على المدين الذي أقر بدينه أو صدر به حكم قضائي، وأباح المشرع للدائن أو المدين أن يتصالحا، وحينئذ يجب على الدائن إطلاق سراح المدين، ويترتب على هذا التصالح سقوط حق الدائن في التنفيذ ضده مرة ثانية، ثم تكلم عن حالة عدم التصالح بينهما في الفقرة الخامسة من اللوح الثالث فقال:

"Erat autem jus interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebatur in vinculis dies sexaginta ...."

"وفي هذه الأثناء قد يحدث اتفاق(تصالح) بينهما، أما إذا لم يحدث اتفاق (تصالح) يحجز المدينون مقيدين بالسلاسل مدة ستين يوما ...." كما تكلم المشرع في اللوح الثامن عن التصالح في الجرائم، حيث نص في الفقرة الثانية من هذا اللوح على ما يأتي: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit,talio esto

(إذا بتر شخص عضوا لشخص أخ وجب عليه القصاص إذا لم يتصالح مع المجنى عليه)

راجع: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٧، هامش رقم (١).

على الخصومة Litis contestatio وحينئذ لا يجوز رفع الدعوى مرة ثانية تطبيقا لقاعدة bis de eadem re ne sit actio وعلى ذلك فإن هذا الاتفاق المجرد من أي شكل الذي يتم بين طرفي الخصومة يجب أن يتم أثناء نظر الدعوى أمام الحاكم، فلا يجوز التصالح قبل بدء إجراءات الدعوى ولا بعد الإشهاد على الخصومة الذي تنتهي به الدعوى، ولا يفرق القانون في هذا الصدد بين الدعاوي المدنية والدعاوي الجنائية ولا بين الدعاوي التقريرية والدعاوي التنفيذية، كما يصح أن يرد هذا الاتفاق على موضوع النزاع كله أو على جزء منه، فهو ينتج أثره طالما يخفف على المدين.

ويستطرد أنصار هذا الاتجاه بالقول أنه بعد صدور قانون إيبوتيا وحلول نظام التقاضي عن طريق البرنامج محل دعاوي القانون، تبني البريتور الاتفاق بمدلوله الذي عرف به في قانون الألواح، وعرف هذا الاتفاق باسم pactum conventum، وقرر حمايته بطريق الدفع، الذي يعرف باسم الدفع بالاتفاق exception pacti conventi في المنشور الذي أصدره على أن ثمة فارقا واضحا بين النظام المقرر في قانون الألواح والنظام الذي اقره البريتور في منشوره ألا وهو، أن الاتفاق أو التصالح في عهد قانون الألواح كان لا يجوز إلا بمناسبة خصومة طرحت أمام القضاء، كما أسلفنا، سواء للحصول على حكم بتقرير حق أم بتنفيذ حكم قضائي، أما القاعدة التي قررها البريتور في منشوره فتسمح بالاتفاق على التنازل عن الحق او عن جزء منه أو تأجيل الوفاء به سواء بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء أم قبل استحكام الخلاف بين الطرفين وطرح الأمر على القضاء، وأهم صورة لهذا الاتفاق هو الاتفاق على الإبراء من الدين pactum de non petendo، وذلك هو المعنى الفني لتعبير pactum conventum الوارد في منشور البريتور[1] وفضلا عن هذا المعنى الفني لتعبير الاتفاق يذهب الرأي السائد إلى أن الاتفاق يعني أيضا توافق الإرادتين أو التراضي conventio ولذلك فهم يعتبرون تعبيري conventio, pactum تعبيرين مترادفين، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية، وبين تعبير العقد contractus من ناحية أخرى، ويقررون أن الاتفاق لا يعتبر عقدا إلا إذا أمكن إدراجه تحت احد النماذج المعروفة في القانون الروماني (عقود رضائية، لفظية، عينية، غير مسماة .... الخ، تطبيقا للقاعدة المشهورة "الاتفاق المجرد لا ينشا عنه التزام"[2].

---

(١) صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٦ – ٣٨.

(٢) A. E. GIFFARD et R. VILLERS; op. cit. p. 26. R. FOIGNET et E. DUPONT. op. cit. pp. 14 – 15. F. SCHULZ. op. cit. p. 470.

المطلب الثالث

رأينا الشخصي في الموضوع

مما لا شك فيه أن الرأي القائل بان الرضائية كانت أصلا عاما ظهر بجانب الشكلية في القانون الروماني، رأيا له وجاهته، وينطوي على دقة في التدليل، وبراعة في البرهان - ، إلا أننا من جانبنا نرى أن هذا الرأي منتقد ولا يمكن التسليم به، وذلك للأسباب التالية:

١- استدل هذا الرأي بمجموعة من نصوص القانون الروماني في العصر العلمي التي تدل في نظرهم على أن تعبير الاتفاق pactum يعني توافق الإرادتين عامة سواء في مجال إنشاء الالتزام أم في مجال إنقضائها، كما يرون أن نفس المعنى يظهر وبشكل واضح في النصوص غير القانونية، أو الأدبية على وجه خاص.

ومن جانبا فإننا نرى أن هذا الرأي قد حمل النصوص القانونية التي استندوا إليها أكثر من معناها ودلالتها، إذ أننا إذا ما استعرضنا هذه النصوص، وأمعنا النظر فيها للاحظنا أنه لا يوجد من بين هذه النصوص ما يدل على أن تعبير الاتفاق يعني توافق الإرادتين في مجال إنشاء الالتزام ففي قانون الألواح الاثني عشر يستعمل تعبير pactum للدلالة على التنازل عن دعوى، وفي نظم جايوس للدلالة على الاتفاق على إبراء المدين من دينه pactum de non petendo كما تستخدم في الموسوعة إما للدلالة على التقايل contraries consensus أو الاتفاقات المقترنة بعقد آخر.

وكما نرى فإن كافة هذه التصرفات تدور في فلك انقضاء الالتزام دون إنشاءه إضافة إلى الشروط التي تنقص من التزامات المدين والتي يطلق عليها الاتفاقات المقترنة بعقد، ومن ثم فإن كافة النصوص السابقة لا تخرج عن كونها دليلا على ما ذهب إليه الرأي السائد من أن تعبير الاتفاق الذي ورد في منشور البريتور لا يعني سوى الاتفاقات التي تهدف إلى إنهاء الالتزام والاتفاقات المقترنة بعقد.

أما فيما يتعلق بالنصوص التي استعملت تعبير الاتفاق pactum للدلالة على التراضي ذاته وليميزوا بينه وبين الشكلية verba التي يظهر فيها لتعبير عن الإرادة في الاشتراط الشفهي، بمعنى أن الاتفاق (التراضي) هو جوهر التصرف، والألفاظ هي الشكل الخارجي، فإننا نرى أن هذا الاستخدام لتعبير الاتفاق يتماشى مع ما ذهب إليه الرأي السائد[١] من أنه بتطور القانون الروماني

---

(١) راجع: R. MONIER; op. cit., p. 78. A.E.GIFFARD et R. VILLERS; op. cit. n° 29, pp.26 – 27.

أصبح التراضي ركنا من أركان العقود المسماة منها وغير المسماة، سواء كان العقد شكليا أم عينيا أم رضائيا بحيث يعتبر العقد أيا كان نوعه باطلا إذا لم يرتكز على التراضي، إلا أن ذلك لا يعني أن التراضي وحده وهو ما يسمى الاتفاق pactum كان قادرا على إنشاء الالتزام كقاعدة عامة، فباستثناء العقود الرضائية لم يكن التراضي وحده يكفي لنشأة الالتزام، وإنما ينبغي أن يضاف إلى هذا التراضي عنصرا خارجيا يتمثل في التسليم في العقود العينية والتلفظ بعبارة أو كتابتها في العقود اللفظية و الكتابية هذا العنصر الخارجي هو ما كان ينشئ الالتزام لا التراضي، فالتراضي لم يكن أبدا مصدر الالتزام في التصرفات القانونية طوال مراحل القانون الروماني، وذلك باستثناء العقود الرضائية التي كان التراضي وحده فيها يكفي لنشأة الالتزام دون حاجة لأي عنصر خارجي، فكان مصدر الالتزام فيها هو التراضي ومن ثم فإن استخدام تعبير الاتفاق هنا بمعنى التراضي لا يعني أبدا توافق الإرادتين الذي يؤدي إلى إنشاء الالتزام، ولذلك فإنه رغم تسليم الرأي السائد بأن الاتفاق يعني أيضا توافق الإرادتين أو التراضي conventio، واعتبارهم تعبيري conventio, pactum تعبيرين مترادفين، إلا أنهم يفرقون بين هذين التعبيرين من ناحية، وبين تعبير العقد contractus من ناحية أخرى، ويقررون أن الاتفاق لا يعتبر عقدا إلا إذا أمكن إدراجه تحت أحد النماذج المعروفة في القانون المدني، تطبيقا لقاعدة أن الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام[1] وإذا كانت هناك بعض النصوص التي تطلق تعبير اتفاق pactum على العقود المعروفة باسم العقود الرضائية، فإن هذا لا يعني أيضا أن تعبير الاتفاق يعني توافق الإرادتين عامة سواء في مجال إنشاء الالتزامات أم في مجال انقضائها.

فالعقود الرضائية كما هو معروف لم تكن سوى استثناء على القاعدة العامة التي تقضى بأن الاتفاق المجرد لا ينتج عنه اثر، حيث يكفي فيها مجرد الاتفاق او التراضي لانعقادها، ولا يجوز أن تتخذ من هذا الحكم الخاص أو الاستثناء ذريعة لتعميم القول بأن تعبير الاتفاق الذي يطلق على هذه العقود كان يستخدم بشكل مطلق للدلالة على توافق الإرادتين في مجال إنشاء الالتزامات في كافة التصرفات القانونية وأقصى ما يمكن استنتاجه في نظرنا من وراء ذلك الاستخدام هو ما ذهب إليه ماجدلان من أن مجال تطبيق القاعدة التي قررها البريتور لحماية الاتفاق كان يشمل وقت صدورها الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء الالتزام في عقود حسن النية (الرضائية والعينية) إضافة إلى إنهاء كافة أنواع الالتزامات.

وأن الدعاوي التي كانت تحمي هذه العقود قد تحولت بمرور الزمن من دعاوي بريتورية

---

(١) راجع ما سبق ذكره، ص ١١٣ وما بعدها.

للعصور المختلفة التي تقلب خلالها تاريخ الرومان، كما أن هذا التقسيم يخالف أيضا تعداد جايوس لمصادر القانون في العصر العلمي الذي ورد في كتابه النظم institutes حيث تقرر "النظم لجايوس"[١] أن كل مدينة فيها نصوص وضعية تمثل المصدر الأول للقانون الخاص بها، والنصوص الوضعية في مدينة روما كانت هي: التشريعات التي تصدرها المجالس الشعبية، قرارات مجلس الشيوخ، الدساتير الإمبراطورية، منشورات الحكام المختلفة، أراء الفقهاء بالإضافة إلى القانون الطبيعي الذي يملي على الفرد قواعد العدالة بطريقة تلقائية متجاوزا بذلك حدود النصوص[٢]. ومن هنا فإننا لا نرى أي ذكر للاتفاق ضمن مصادر القانون، سواء في كتابات شراح القانون الروماني المحدثين أو في كتابات جايوس التي ترجع إلى القرن الثاني الميلادي، ولا يعقل في هذه المقام أن ننحي جانبا ما أجمع عليه شراح القانون الروماني المحدثين في كتاباتهم وما ذهب إليه جايوس في كتابه النظم، ونأخذ بما ذهب إليه الخطيب شيشرون وحده خاصة وأن عدم ذكر الاتفاق ضمن مصادر القانون هو ما يتوائم مع المقصود باصطلاح مصادر القانون الرسمية[٣]، والتي يقصد بها المصادر التي تستمد منها القواعد القانونية قوتها الإلزامية، فمن غير المنطقي ولا المقبول من الناحية القانونية القول بان الاتفاق يعد أحد المصادر التي تستمد منها القواعد القانونية قوتها الإلزامية، سواء في الشرائع القديمة أو في الشرائع الحديثة.

لكل ما سبق فإننا نرى أن ما ذهب إليه شيشرون هو من قبيل الخيال والمبالغة التي لا تستند إلى أي أساس قانوني، مما يستلزم إهدار دلالة رأيه في هذا المقام.

---

(١) جاء في النظم ١ : ٢ ما نصه:
"Constant Autem Iura Populi Romani Ex Le Gibus, Plebiscites, Senatus, Consultis, Constitutionibus Principum, Edictis Eorum Qui Ius Edicendi Habent, Responsis Prudentium". أنظر عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٢) محمد على الصافوري، المرجع السابق، ص ٣٦١ – ٣٦٢.

(٣) تتعدد المعاني المقصودة باصطلاح مصادر القانون، فقد يقصد به المصادر التاريخية، وقد يقصد به المصادر المادية وأخيرا قد يقصد به المصادر الرسمية (لمصادر الشكلية).
ويقصد بالمصادر التاريخية القوانين التي سادت في عصر سابق ويستمد منها القانون أحكامه أو أغلبها، ويقصد بالمصادر المادية تلك المصدر التي يستمد منها القانون مادته، وهي مجموعة العوامل الاجتماعية المختلفة التي أدت إلى نشأة وظهور القواعد القانونية، أما المصادر الرسمية فيقصد بها المصادر التي تستمد منها القواعد القانونية قوتها الإلزامية، وجدير بالذكر أن لكلمة مصدر معنى آخر في تاريخ القانون، فهي تفيد كذلك الوثيقة أو الأثر الذي نقل إلينا القاعدة القانونية. أنظر: محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٣٠. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٧.

أما فيما يتعلق بالشق الثاني الخاص بمجموعة النصوص التي تقابل بين الاتفاق والاشتراط الشفهي والمنسوبة إلى شيشرون وسينيك، فإننا نرى أن أقوال كل من شيشرون وسينيك لا يمكن التعويل عليها، لأن شيشرون وباعتراف هذا الرأي لا يعتبر من الفقهاء الرومان، بل يعتبر من الخطباء[1] وسينيك أيضا لم يكن أحد فقهاء الرومان، وإنما هو فيلسوف عاش في عهد الإمبرطور نيرون (٥٤ – ٦٨ م)، وقد سبق أن بينا أن أقوال الأدباء وكذلك الخطباء والفلاسفة لا يمكن الاعتماد عليها بشكل مطلق من الناحية القانونية، لأن لغة القانون لها دلالة خاصة تختلف عن الدلالات الأدبية والفلسفية، فضلا عن أنه وباعتراف هذا الرأي أيضا،فإن معظم الأمثلة التي أوردها كل من شيشرون وسينيك للتدليل على أن قاعدة احترام الاتفاق المجرد التي قررها البريتور كانت قاعدة عامة التطبيق، لا تدخل في نطاق العلاقات التي يحميها القانون، بل هي من قبيل الخيال والمبالغة[2]، وهو الأمر الذي يؤكد ما سبق أن قررناه من أن أقوال غير المختصين لا يمكن الاعتماد عليها بشكل مطلق من الناحية القانونية.

٣- اعتمد كذلك هذا الرأي فضلا عن الحجج التي تستند إلى النصوص إلى حجة أخرى تعتمد كلية على المنطق، حيث يرى أن الدافع الذي أدى إلى الخروج على قاعدة التطابق الشكلي بين طرق إنشاء الالتزام وطرق انقضائه هو التخلص من الشكلية تمشيا مع تطور المجتمع، وهذا الدافع بعينه هو الذي يقضي بالسماح للاتفاق المجرد من الشكل بانشاء الالتزام، فليس من المعقول أن يفكر الرومان في الخروج على الشكلية بالنسبة لانقضاء الالتزام عن طريق الإتفاق على الإبراء، ولا يأخذون بنفس التفكير بالنسبة لطرق إنشائه.

ومن جانبنا فإننا نرى أن اعتقاد هذا الرأي بوجود تلازم منطقي بين خروج البريتور على الشكلية بالنسبة لانقضاء الالتزام، والسماح للاتفاق المجرد من الشكل بإنشاء الالتزام هو اعتقاد خاطئ سببه فساد المقدمات التي بنى عليها هذا التلازم حيث أرجعوا هذا التلازم إلى وحدة الدافع بين الأمرين وهو التخلص من الشكلية، في حين أننا نرى أن الدافع الحقيقي وراء إقرار البريتور لهذه القاعدة هو التخفيف على المدينين ومساعدتهم في التخلص من الالتزامات التي تثقل كاهلهم دون أن تقف الشكلية عقبة في طريق إنهاء هذه الالتزامات، وهو ما يفسر في نظرنا دخول الشرط المقترن بالعقد المسمي في الحالات التي يكون فيها منقصا لالتزامات المتعاقد – أي في الصورة التي يؤدي فيها الشرط إلى التخفيف على المدين فقط – ضمن

---

(١) أنظر: صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٥١ والهامش رقم (٢) بنفس الصفحة.

(٢) أنظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٥٢.

الاتفاقات التي تحميها القاعدة البريتورية التي تحمي الاتفاق المجرد، حيث اعتبر البريتور الشرط المنقص لالتزامات المدين اتفاقا، وسمي بالاتفاق المقترن بالعقد، واعتبر هذا الاتفاق صحيحا سواء تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد أو في تاريخ لاحق لانعقاد العقد الأصلي وقد حمى البريتور هذا الاتفاق بدفع يدفع به المدعى عليه دعوى المدعي إذا ما رفع الدعوى متجاهلا حكم الاتفاق(١).

أما إذا كان مقتضى الشرط الزيادة لا النقصان في التزامات المتعاقد، فإنه لا يعتبر اتفاقا بالمعنى الذي يندرج تحت شرط الإنقاص، حيث اعتبره الرومان في الواقع من الأمر تعاقدا تكميليا، ولذلك فإنه في الأصل يكون عديم الجدوى إذا لم يندمج في العقد الأصلي اندماجا كلياً، ومن ثم يكون الشرط اللاحق لانعقاد العقد اتفاقا عاريا من كل اثر قانوني على عكس الشرط المنقص لالتزامات المدين الذي ينتج أثره في كافة الأحوال(٢).

ومن هنا فإننا نرى أن خروج البريتور على الشكلية في الاتفاق على الإبراء لا يستتبع بالضرورة خروجه على هذه الشكلية بالنسبة لطرق إنشاء الالتزام، وذلك لانتفاء علة الحكم المتمثلة في التخفيف على المدين في طرق إنشاء الالتزام، بل وحتى على فرض أن الدافع الذي دفع البريتور إلى إقرار قاعدة حماية الاتفاق المجرد هو التخلص من الشكلية تمشيا مع تطور المجتمع، فإن ذلك لا يعني أن هذه القاعدة كانت قاعدة عامة التطبيق تشمل انقضاء وإنشاء الالتزام، من منطلق أن خروج المشرع على قاعدة "أن الاتفاق المجرد لا ينتج عنه أثر" بالنسبة لانقضاء الالتزام هو استثناء على القاعدة العامة، والاستثناء طبقا لأصول التفسير القانوني لا يجوز التوسع في تفسيره إضافة إلى أن البريتور كما هو معروف لم يكن مشرعا، وبالتالي لم يكن يملك قانونا خلق قواعد قانونية جديدة أو تعديل أو تكملة ما هو قائم منها، وإنما تنحصر وظيفته في ضمان تطبيق قواعد القانون المدني بما له من إشراف على سير الدعوى، لذلك فإن ما قام به البريتور من دور في سبيل تطوير نظم القانون الروماني، والاتجاه به نحو الرضائية، قد تم باستخدام عدة وسائل ملتوية تطبيقاً لسلطتيه الولائية والقضائية مثل الحيلة والدفوع، إذا مكنته هذه الوسائل من الناحية العملية من سد النقص الظاهر في القانون المدني، بل وتعديله ومنع تطبيقه، ولكن دون أن يعلن عن هذا التعديل أو الإلغاء صراحة، وهو الأمر الذي لا يستقيم معه القول بأن البريتور قد استطاع ومن خلال قاعدة واحدة قررها في منشورة أقرار مبدأ

---

(١) راجع: شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٣٠٩، ٣١١ – ٣١٢.

(٢) راجع: شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٣١٢ – ٣١٤.

الرضائية كأصل عام في القانون الروماني، بل وهدم صرح الشكلية المستقر في عقول وقلوب الرومان قبل تشريعاتهم.

وبناء على ما سبق فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أن الشكلية في القانون الروماني كانت هي الأصل، وأن الرضائية التي عرفها القانون الروماني لم تجاوز حدود الاستثناء.

فالقانون الروماني حتى في عهد جستنيان – كان يعتبر الشكلية هي الأصل، ولا يعترف بمبدأ الرضائية إلا على سبيل الاستثناء على الرغم من التطور الذي طرا على دور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية بفضل مجهودات البريتور والفقهاء الرومان على مر عصور القانون الروماني، حيث انتصرت فكرة الإرادة نهائيا في عهد جستنيان، وأصبح التراضي ركنا عاما من أركان العقود بكافة أنواعها فضلا عن اعتراف القانون الروماني بشكل تدريجي على مر عصوره بالعديد من الاتفاقات المجردة من الشكل وحمايتها ليس فقط بدفع بل بدعوى مثل العقود التي عرفت باسم العقود العينية، والعقود الرضائية، والعقود غير المسماة، والاتفاقات البريتورية، وأخيرا الاتفاقات الشرعية، ومن ثم فقد انتهى القانون الروماني، والشكلية فيه هي الأصل والرضائية استثناء يرد عليها، بدليل أن إرادة الأفراد لم تكن تستطيع إنشاء تصرفات قانونية غير تلك التي حددها ونظمها القانون إعمالا للأصل العام "الاتفاق المجرد لا ينتج عنه أثر" فالقانون لم يكن يعتد بالاتفاق الذي لا يدخل في إطار أحد النماذج التي يقررها القانون، فلا يرقى الاتفاق إلى مرتبة العقد ولا يترتب عليه أي اثر إلا إذا أفرغ في قالب الاشتراط الشفهي أو اندرج تحت مسمى احد العقود العينية أو الرضائية أو غير المسماة أو الاتفاقات البريتورية أو الشرعية وفضلا عن هذا الدليل، فإننا نرى أن مواقف القانون الروماني إزاء العديد من الأفكار والنظم القانونية مثل عيوب الإرادة والنيابة التعاقدية وفكرة السبب، وكيفية معالجته لها تعد دليلا دامغا على أن الرومان لم يتوصلوا حتى آخر مراحل القانون الروماني إلى إقرار مبدأ كفاية الإرادة وحدها لإنشاء الالتزام (الرضائية) كأصل عام، وأن القانون الروماني قد انتهي والشكلية فيه هي الأصل والرضائية مجرد استثناء يرد عليها.

ففي مجال وعيوب الإرادة نجد أن الرومان قد حصروا فكرة الغلط وبشكل كبير في عقود حسن النية، بل وفي حالات محددة فقط، وهي الحالات التي يؤدي فيها الغلط إلى القضاء على التراضي في ذاته [1]، فالرومان لم يعرفوا الغلط على انه عيب يختل بسببه الرضا بعد أن

---

(١) لذلك فإن الغلط عند الرومان كان يقصد به ذلك الوهم الذي يؤدي إلى إعدام الإرادة وجزاؤه بطلان العقد، أما الغلط الذي يفسد الإرادة دون أن يصل إلى درجة إعدامها فلا اثر له على التصرف القانوني عند=

يكون قد تم انعقاد العقد، وإنما نظروا إلى الغلط باعتباره يؤدي إلى هدم وانهيار ركن من أركان العقد سواء كان هذا الركن متمثلا في محله أو طبيعته أو أشخاصه، ويرجع ذلك في المقام الأول إلى أن الرومان لم يعتبروا التراضي – في أية مرحلة من مراحل قانونهم – هو مصدر الالتزام في التصرفات القانونية كقاعدة عامة، إذ أنهم لو كانوا قد فعلوا لاستطاعوا التوصل إلى التفرقة بين درجة العيب الذي يعدم الإرادة، ويرتب من ثم إعدام العقد أو بطلانه، وتلك التي لا تقضي تماما على الإرادة، وإنما تنقص من قدرتها على اختيار الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه، فبالرغم من أن العقد يعتبر منعقدا لوجود أصل التراضي، إلا أنه يكون قابلا للإبطال لمصلحة من وقع في الغلط ليحصل على ما فاته من اكتمال "القدرة على الاختيار"[1].

كما أن استمرار تأثير الشكلية وبقائها كأصل عام طوال مراحل القانون الروماني هو ما يفسر في نظرنا الآلية التي اتبعها البريتور الروماني في معالجته لعيوب التدليس والإكراه، حيث كانت هذه الشكلية سببا في التجائه إلى وسائل ملتوية غير مباشرة للتخلص من أثار التصرف الصحيح شكلا الذي يخفي إرادة معيبة، دون المساس بقواعد الشكلية التي كانت تستند إلى قواعد القانون المدني فقامت حماية البريتور للمتعاقدين الذين وقعوا ضحية تدليس أو إكراه عن طريق الوسائل البريتورية والأوامر التي استحدثها البريتور والتي لم يعارض بها قواعد القانون صراحة، وإنما كان يحتال على تعطيلها بطريقة غير مباشرة، من خلال الدعاوى والدفوع والأوامر البريتورية كما كان من شأن هذه الشكلية التأثير على الأساس الذي قامت عليه هذه الحماية، إذ لم تتقرر هذه الحماية على أساس أن عيب الرضا من العيوب التي تؤثر على صحة انعقاد العقد، وإنما على أساس اعتبار التدليس والإكراه من الأعمال غير المشروعة في ذاتها[2].

أما في مجال النيابة التعاقدية فإننا نرى أن عدم وصول القانون الروماني لمرحلة إقرار النيابة المباشرة كنظام عام وشامل كما هو الشأن في القوانين الحديثة، يؤكد أن الرضائية لم تكن

=الرومان الذي يظل صحيحا منتجا لآثاره، حتى ولو كان هذا الغلط هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، ولذلك لم يعرف القانون الروماني فكرة قابلية التصرف القانوني للأبطال بسبب الغلط، فإما أن تكون الإرادة موجودة وحينئذ يصح التصرف حتى ولو كان هناك غلط أدى إلى فسادها، وإما أن تكون منعدمة إذا كان الغلط قد وصل إلى درجة القضاء عليها، فيبطل التصرف القانوني بطلانا مطلقا حسب التعبير الحديث، راجع صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٣٢٩ – ٣٣٠، السيد فوده، فكرة الحق في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٧٥.

(١) راجع ما سبق ذكره، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢) راجع ما سبق ذكره، ص ١٣١ وما بعدها.

أبدا أصلا عاما في القانون الروماني، فرغم ما لحق بدور الإرادة من تطور على مدى عصور القانون الروماني، وما استتبعه ذلك من إقرار بعض الاستثناءات على مبدأ انتفاء النيابة، إلا أن عدم تسليم القانون الروماني بمبدأ الرضائية كمبدأ عام تقوم عليه فكرة النيابة، جعل من الصعب إقرار فكرة إبرام شخص لتصرف ينصرف أثره للغير كنظام عام شامل في القانون الروماني[1].

وأخيرا فإن نظرة الرومان لمفهوم وأساس فكرة السبب من شأنها أيضا أن تؤكد أن القانون الروماني قد انتهي والشكلية فيه هي الأصل، والرضائية مجرد استثناء، فبالرغم من بزوغ فكرة السبب في القانون الروماني ببزوغ فكرة الرضائية، إلا أن ذلك كان على غير وضوح كاف، وعلى أساس مختلف عما تقوم عليه فكرة السبب في الشرائع الحديثة، وذلك نتيجة لاستمرار تأثير الشكلية على فكرة السبب عند الرومان، حيث ظلت الشكلية مانعة من ظهور السبب على أساس نفسي متصل بإرادة المتعاقد كما هو الحال في الشرائع الحديثة، ذلك أن الشكلية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان، فإذ طردت الشكلية الإرادة، فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسي، وهو المعنى المتصل بالإرادة، لذلك فقد قامت فكرة السبب عند الرومان في العقود الشكلية، وخاصة في عقد الاشتراط على أساس موضوعي لا صلة له بالإرادة، يتمثل في أنه من الظلم الزام المتعهد برد مبلغ تعهد به على الرغم من أنه لم يقبضه في الحقيقة، أي على أساس اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة، الأمر الذي أدى إلى عدم تعلق السبب بالعقد عند تكوينه، وعدم تأثيره على العقد تأثيرا مباشرا من خلال منع نفاذه، بل إن العقد يبقى صحيحا نافذا، ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب القائمة على اعتبارات العدالة، فتمنع التنفيذ من خلال الوسائل غير المباشرة التي قررها البريتور، والتي ترمي إلى التخلص من آثار العقد دون أن تفترض بطلان الالتزام لانعدام السبب، بل على العكس فإن كافة هذه الوسائل تفترض وجود وبقاء العقد[2].

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن القانون الروماني قد انتهى والشكلية فيه هي الأصل، والرضائية استثناء يرد عليها، إلا أننا في المقابل لا ننكر أن فكرة الرضائية قد بزغ فجرها في أحضان القانون الروماني، وأنها قد حبت خطواتها الأولى على أيدي بريتور وفقهاء روما في صورة الابتعاد عن فكرة نشوء الالتزام العقدي من الشكل ذاته بصرف النظر عن وجود الإرادة أو انعدامها، والتحول إلى إعطاء هذه الإرادة أثرا قانونيا يتمثل في صلاحيتها في ذاتها لإنشاء الالتزام في بعض التطبيقات، التي تلقفها فقهاء الكنيسة، وعملوا على صياغتها في صورة قاعدة أصولية مؤداها "أن الاتفاق المجرد يولد دعوى Ex Nudo Pacto Actio Oritur".

---

(١) راجع ما سبق ذكره، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) راجع ما سبق ذكره، ص ١٥٨ وما بعدها.

الباب الثالث

النظام القانوني الحديث بين الشكلية المرنة والرضائية

تمهيد وتقسيم:

تبين لنا مما أسلفنا أن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل تطوره التاريخية مبدأ الرضائية بصورة كاملة، رغم المحاولات التي بذلت من قبل فقهاء روما وحكامها للاعتراف بكفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العديد من العقود مثل العقود الرضائية والاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية، فبالرغم من أن هذه المحاولات كانت بمثابة النواة الأولى لمبدأ الرضائية فإن القانون الروماني لم يبلغ في تطوره حد الاعتراف بمبدأ الرضائية مبدأ عاما فكل هذه المحاولات لم تكن إلا على سبيل الاستثناء وظلت القاعدة هي وجوب مراعاة الشكليات.

واستظهار الوضع التاريخي للشكلية يشير إلى استمرارها مبدأ عاما في التصرفات القانونية حتى نهاية القرن الثاني عشر، ثم دخولها في صراع مع الرضائية نتيجة عدة عوامل في الفترة من القرن الثالث عشر حتى القرن السابع عشر، أدى إلى تدهورها وتقلص دورها شيئاً فشيئاً.

ومع تناقص وتقلص دور الشكلية كان دور الإرادة يزداد شيئا فشيئا في تكوين العقد، حتى صارت هي الأصل العام في التصرفات القانونية ابتداء من القرن التاسع عشر، عندما تبنى المشرع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة أصلا عاما في التصرفات القانونية (تقنين نابليون ١٨٠٤) على أساس أن هذا المبدأ ذو شقين: يتعلق أولهما بالشكل وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية، بمعنى أن الإرادة بذاتها مجردة من أي شكل تكفي لإنشاء الرابطة القانونية وتوليد الالتزامات طالما تم التعبير عن هذه الإرادة بأية صورة، ويتعلق الشق الثاني بالموضوع وهو ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين ومفاده أن الإرادة لها الحرية الكاملة في تحديد شروط العقد والآثار التي تتولد عنه.

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد ساد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر فإنه ما لبث أن تعرض لانتقادات متعددة نتيجة تطرف بعض أنصاره الذين أرادوا أن يقيموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة، فوصل بهم الأمر إلى نتيجة لا يقبلها عقل أو منطق واقترن ذلك بعدد من التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية دعت إلى مهاجمة هذا المبدأ من قبل المعارضين له، الذين بالغوا في مهاجمته والتنكر له والحقيقة وسط بين هذين الطرفين توخاها المعتدلون فانتصروا للمبدأ ولكنهم وقفوا به عند حدوده المعقولة وبذلك أمكن تحديد المجال الحقيقي لهذا المبدأ، وقد ترتب على سيادة مبدأ سلطان الإرادة بحدوده المعقولة، عدم وجود مجال للشكلية القديمة المفرطة التي تعد الشكل أساس إبرام التصرفات القانونية وترتيب آثارها والتي كانت سائدة خاصة في القانون الروماني إلا أنه على الرغم من ذلك لم يستطع مبدأ سلطان الإرادة القضاء تماماً على الشكلية، فالشكلية تلازم القانون وهي ضرورة ووسيلة فنية لا يمكن الاستغناء

الفصل الأول

عوامل ظهور مبدأ سلطان الإرادة في الشرائع الحديثة

إن الفكرة الأساسية في مبدأ سلطان الإرادة هي أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة، فالإرادة هي التي تخلق العقد وأساس قوته الملزمة، ولا يستمد وجوده وإلزاميته من أي سلطة خارجية عن الإرادة، ومن المستقر عليه أن هذا المبدأ يتضمن معانى ثلاثة: الرضائية وحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، فمبدأ سلطان الإرادة بوصفه تعبيرا فلسفيا قد نسج من الأصل المشترك بين هذه المعاني الثلاثة، وبوصفه اصطلاحا فنيا فإنه رمز لأي منها، كما يدل على جميعها(١).

وإذا كان من المسلم به أن مبدأ سلطان الإرادة بما يتضمنه من إقرار الرضائية كقاعدة عامة قد أصبح من أهم المبادئ التي تهيمن على فقه القانون المقارن ومحورًا من أهم محاور القانون الحديث وإذا كان قد تبين لنا مما أسلفنا أن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل تطوره التاريخية مبدأ الرضائية بصورة كاملة، فمن البديهي أن يثور لدينا التساؤل عن كيفية وصول هذا المبدأ إلى الشرائع الحديثة؟ وما العوامل التي أسهمت في ظهوره؟

والحق أن هناك مجموعة من العوامل المختلفة قد أسهمت في ظهور مبدأ سلطان الإرادة هذه العوامل وإن كانت لم تشترك في ظهور وإقرار هذا المبدأ بدرجة واحدة، أو في آن واحد فإن الجامع المشترك بينها جميعًا هو إسهامهما الذي لا يمكن إغفاله في هذا المجال كما سيتضح لنا في هذا المبحث الذي سنستعرض فيه تلك العوامل في ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: تطور القانون الكنسي.

المبحث الثاني: تطور الأعراف السائدة في أوروبا ودعم الفقهاء لهذا التطور.

المبحث الثالث: سيادة المذاهب الفردية في النواحي الفلسفية والسياسية والاقتصادية.

---

(١) عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٨.

المبحث الأول

تطور القانون الكنسي وأثره على ظهور مبدأ سلطان الإرادة

أكدنا من قبل اتجاه القانون الكنسي منذ فجر تكوينه إلى تغليب مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ الشكلية وهو نتيجة حتمية لما تضمنته المسيحية من الدعوة إلى احترام العهود والتزام الإنسان بعبارته، وموقف آباء الكنيسة ورجال الدين في العصور الأولى للقانون الكنسي الداعم لمبدأ الرضائية مثل القديس كليمان السكندري والقديس أمبرواز والقديس أوغسطين[١] وغيرهم ممن رأوا في احترام التعهد أو الاتفاق المجرد واجباً أخلاقياً تفرضه المبادئ المسيحية، وهو ما يعني الاعتراف بفعالية الوعود المجردة من أي شكل أي دون أن تصحبها طقوس أو أن تؤكد بحلف يمين، وذلك استنادًا إلى الأصول الخلقية للديانة المسيحية التي تعد النكوث بالوعد إثمًا، لأن الإخلال به يعد كذبًا والكذب خطيئة دينية، لذا يجب احترام الشخص لعهده لتجنب السقوط في الخطيئة وتعريض خلاص نفسه للخطر[٢]، ورغم أن هذا الاتجاه من قبل القانون الكنسي في عصوره الأولى قد ساعد على ظهور مبدأ الرضائية، فإن هذا الظهور ظل أسيرًا لعالم الأخلاق طوال هذه العصور وحتى القرون الوسطى، إذ بقى واجب احترام الفرد لتعهده المجرد من أي شكل مجرد واجب أخلاقي لا يرقى إلى مرتبة الالتزام القانوني، فلم يجرؤ أحد من الفقهاء الكنسيين حتى هذا العهد على القول بأن الاتفاق المجرد يولد التزامًا قانونيًا يحمى بواسطة دعوى وإنما أقاموا احترام الإرادة والتعهد على أساس أخلاقي بحت هو تحاشي الكذب لأن من لا يحترم تعهده يرتكب كذباً يمكن أن يعاقب عليه بزواجر دينية[٣].

واستمر هذا الوضع قائماً حتى القرون الوسطى التي شهدت اتساعًا لنفوذ الكنيسة، وازدياد لسلطة رجالها وباباواتها بعد أن أصبح نفوذ الدين وسطوته على نفوس البشر فوق كل سلطان آخر، وهو ما انعكس بدوره على موقف فقهاء القانون الكنسي تجاه ما يرونه من تعارض واضح بين ما يقررونه من مبادئ أخلاقية وما هو موجود بالواقع القانوني حيث استقر في نفوسهم اعتقادًا راسخًا بأنه بالرغم مما هو مقرر من فصل بين اختصاصات كل من الكنيسة

---

(١) راجع ما سبق ذكره ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٢) G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Paris, 1965, p. 583 et 587 – 588 G. CHEVRIER, Cause des contrats, Dictionnaire du droit canonique t. 3, p. 2. SIPES; De l'observation des simples conventions en droit canonique, Thèse, Paris, 1928, p. 7. ROUSSIER; Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, Thèse, Paris, 1933, p. 12 et ss.

(٣) عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

والدولة واختلاف وظيفة كل من القانون الكنسي والقانون الوضعي فإن هذا لا يعني عدم اهتمام الكنيسة بما تتضمنه القواعد التي تحكم العلاقات التجارية من أحكام، انطلاقًا من أن الكنيسة لا يقتصر واجبها على مجرد تعليم الناس مبادئ خلقية معينة وإنما يشمل محاولة تطبيقها في المجتمع الذي نعيش فيه، وهو ما يحتم عليها ألا توافق على أن تستقر في القضاء – حتى القضاء الوضعي – أية قواعد تناهض القانون الخلقي الذي كانت تقف حارسة له[١]، ومن بين قواعد هذا القانون الرئيسية تلك القاعدة التي "تعد من لا يؤيد أقواله بأفعاله كاذبًا"[٢].

وعلى هذا فقد عنى فقهاء القانون الكنسي ابتداء من القرن الثاني عشر بمحاولة الانتقال بمبدأ سلطان الإرادة من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون من خلال بلورة الواجب الخلقي الذي يفرض على الفرد احترام تعهده في صورة التزام قانوني[٣]، حتى تحقق لهم ما أرادوا في بداية القرن الثالث عشر حيث توصلوا إلى صياغة مبدأ احترام إرادة المتعاقدين مجردة من أي شكل في صورة قاعدة قانونية كنسية تكفل حماية الاتفاق المجرد عن طريق دعوى تمكن الدائن من التنفيذ الجبري أمام المحاكم الكنسية ويعد Johannes Teutencius هو أول من نادى بحماية الاتفاق المجرد بواسطة الدعوى وذلك عام ١٢١٢ وهو بصدد التعليق على مرسوم Gratien

---

(١) أنظر : J. CHEVALLIER; Inexécution du contrat synallagmatique cours de doctorat non imprimés, 1945, p. 24. C. LEFEBVRE, Les pouvoirs du Juge en droit canonique, thèse, Paris, 1938, p. 206. G. BOYER, Recherches historique sur la résolution des contrats, thèse, Toulouse, 1924, p. 212 et 213.

(٢) G. CHEVRIER; op. cit., p. 2

(٣) من أبرز هذه المحاولات في القرن الثاني عشر ما قام به الفقيه Huguccio ١١٧٨ – ١١٨٧ الذي يعد من أشهر فقهاء القانون الكنسي في القرن الثاني عشر، ويرجع إليه الفضل في أنه كان أول من بلور واجب احترام التعهد المجرد في صورة التزام قانوني يحميه الـ officium indicuis وهو أمر قضائي يصدره القاضي الكنسي بتوقيع العقوبات الدينية التي قد تصل إلى حد الطرد من رحمة الكنيسة (الحرمان الكنسي) وكان ذلك بمناسبة نزاع يتمثل في طلب أحد العمال الحصول على أجرة في مواجهة أسقف أحد الكنائس، إذ قرر Huguccio أن العامل لا يستطيع أن يرفع دعوى للمطالبة بحقه لأن الاتفاق المجرد لا يولد دعوى ولكن يمكن للعامل الحصول على حقه عن طريق officium indicuis.

وبالإضافة لهذه المحاولة كانت هناك محاولة أخرى قام بها برنارد دي بافي Bernard De Pavie (١١٩٨ – ١٢١٣) حيث حاول بدوره صياغة المبدأ الأخلاقي الخاص بضرورة احترام التعهد المجرد في صورة مبدأ قانوني وذلك في مجموعته compilatio prica أي المجموعة الأولى ورغم أنه قرر ضرورة مراعاة تنفيذ الاتفاق إلا أنه ظل صامتاً بالنسبة لوسيلة الحماية (هل هي الدعوى أم الدفع، كما هو الشأن في القانون الروماني، كما أنه لم يحاول أن يرتب على هذا المبدأ نتائجه المنطقية. أنظر عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.

في مؤلفه La glosse ordinaire oritut actie إذ قرر أن الاتفاق المجرد تنشأ عنه دعوى Ex nudo pacto actio oritur وهو ما يعني الانتقال بمبدأ احترام إرادة المتعاقدين مجردة من أي شكل من فكرة العقوبة والجزاء الديني إلى فكرة الإلتزام المدني، وهو الأمر الذي يقلب رأساً على عقب قاعدة القانون الروماني القديم التي كانت تقضي بأن الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى وما لبث أن استقر مبدأ الوفاء بالعهد واحترام الاتفاق المجرد نهائيا في القانون الكنسي بعدما أصدر Grégoirelx مجموعة الفتاوى البابوية في سنة ١٢٣٤ ميلادية وهي تعبر بوضوح عن ضرورة الوفاء بالعهد أياً كان نوعه، وتبنى معظم فقهاء الكنيسة لهذا المبدأ، فأصبح الاتفاق المجرد قادراً على ترتيب آثار قانونية، فدخل بذلك مبدأ سلطان الإرادة مرحلة جديدة تتسم بالوضوح والتحديد وانتقل من مجال المبادئ الأخلاقية ليدخل زمرة المبادئ القانونية[١]، رغم ما كان دائراً من خلاف فقهي حول الوسيلة اللازمة لحماية هذا الاتفاق المجرد[٢]، طوال القرن الثالث عشر والذي انتهى مع بداية القرن الرابع عشر بانتصار الرأي القائل بحماية الاتفاق

---

(١) أنظر: R. CAPITANT; De la cause des obligations, Paris, 1923. p.126. A.E.GIFFARD et R. VILLERS; Droit romain et ancien droit français (obligations), 1976, pp. 168 et ss. J.GILISSEN, Introduction historique au droit, Bruxelles, 1979, p. 644 et ss.

مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق – ص ٧١، عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) انقسم فقهاء القانون الكنسي الذين تبنوا مبدأ حماية الاتفاق المجرد بشأن وسيلة الحماية اللازمة لمثل هذا الاتفاق إلى فريقين:

١- فريق يرى أن وسيلة حماية الاتفاق المجرد هي الدعوى، إذ يقررون أن الاتفاق المجرد من أي شكل يولد دعوى، وقابلوا بين هذه القاعدة الكنسية وتلك التي قررها القانون الروماني والتي لا تحمي الاتفاق المجرد ويتزعم هذا الفريق Johannes Teutoncius (١٢١٢م) ويسانده الرأي كل من Geffredus de Trano (١٢٤٠م) وBernard De Parme (١٢٦٦م) وHostiensis (١٢٧١م) وغيرهم.

٢- أما الفريق الآخر، فرغم إقرارهم لمبدأ احترام الاتفاق المجرد إلا أنهم رفضوا الدعوى كوسيلة لحماية هذا الاتفاق وإنما قرروا وسيلة أخرى هي الاعتراف الكنسي La Denunciatio Evangelica وهي وسيلة تستهدف اعتراف المخطئ بخطئه، وتعويض المضرور على أنه إذا لم تجد هذه الوسيلة توقع على المدين عقوبة الطرد والحرمان من رحمة الكنيسة، ويتزعم هذا الفريق البابا innocent IV الذي يعتبر من أشهر فقهاء القانون الكنسي في القرن الثالث عشر ويسانده في هذا الرأي بعض فقهاء القانون الكنسي، لمزيد من التفاصيل حول هذا الخلاف وأسانيد كل فريق – راجع: عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق – ص ٢٢٨ وما بعدها وكذلك:

ESMEIN; Le serment promissoire dans le droit canonique, N.R.H., du droit français et étranger, 1880, p. 261 et 262

المجرد عن طريق الدعوى[1]، ولكن ما إن بدأ القرن الخامس عشر حتى هبت عاصفة فقهية تزعمها جانب من الفقهاء[2]، حاولوا النيل من مبدأ حماية الاتفاق المجرد، ولكن دون جدوى أمام استقرار هذه القاعدة، إذ اعترف بها كل فقهاء القانون الكنسي، وبعض فقهاء القانون الروماني أنفسهم، وظلوا يرددون تلك القاعدة في كتاباتهم ويقابلون بينها وبين تلك القاعدة المقررة في القانون الروماني والتي مؤداها أن الاتفاق المجرد لا يولد دعوى، وأكثر من ذلك فقد طبق القضاء الكنسي القاعدة التي تقرر حماية الاتفاق المجرد بواسطة دعوى[3].

وبالرغم من أن الأفكار الكنسية قد أصبحت واضحة بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة فإنها لم تقبل دفعة واحدة، حيث اتخذ القضاء العادي موقفاً يختلف كلية عن موقف القضاء الكنسي تجاه مبدأ سلطان الإرادة فاستمر يردد تلك القاعدة الشكلية المقررة في القانون الروماني التي مؤداها أن الاتفاق المجرد لا يولد دعوى، بل إن المحاكم المدنية لم تتبن حتى فكرة العقود الرضائية، ولذلك فإننا إذا ما تأملنا حالة العقود في تلك الآونة وجدنا أنه رغم محاولات الفقهاء الكنسيين تحطيم تلك الشكلية التي سادت في القرون الوسطى فقد ظلت تلعب دوراً بارزاً حتى بالنسبة لتلك العقود الرضائية[4]، مع وجود بعض الاستثناءات بالنسبة لعقد الشركة وذلك نتيجة الموقف

---

(١) يرى البعض أن هناك أمرين قد ساعدا على تقبل أفكار فقهاء الكنيسة فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة: الأمر الأول هو اعتقاد ساد خطأ في عهد إحياء القانون الروماني بأن هذا القانون كان في آخر عهوده يقرر مبدأ سلطان الإرادة، كما يستدل على ذلك من وجود العقود الرضائية المعروفة والعقود البريتورية والاتفاقات الشرعية في ذلك العهد دون التفات إلى أن هذه الأنواع الثلاثة من العقود لم تكن تشمل كل أنواع العقود، وإلى أن الاعتراف بانعقادها دون اشتراط أية شكليات أو مراسم إنما كان على سبيل الاستثناء من تلك القاعدة الأصولية المقررة في القانون الروماني "الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى" والأمر الثاني هو ازدياد النشاط التجاري وكثرة المبادلات مع المدن التجارية الإيطالية في أواخر القرون الوسطى وفي بدء عصر النهضة مما اقتضى تسهيل التعاقد وتخليصه من قيوده الشكلية. أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، مرجع سابق، ص ٦٥ وكذلك عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٣، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ٤٠، ٤١.

(٢) من أبرز هؤلاء الفقهاء الذين كانوا خصوماً لمبدأ سلطان الإرادة في القرن الخامس عشر اثنان من الفقهاء هم Francois De Zabarella (١٣٣٥ – ١٤١٧م) Jean D'imola (١٤٣٦).

(٣) عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٤) ولذلك فقد سادت العقود الشكلية لدى القبائل الجرمانية في العصر الوسيط، سواء في ذلك العقود العينية أو اللفظية كما أنهم استخدموا الشكلية الرمزية كوسيلة للتعاقد، حيث ذاع لديهم استعمال العصا Festuca أو=

المعارض الذي اتخذه باقي الفقهاء سواء فقهاء القانون الروماني أو فقهاء القانون العرفي تجاه مبدأ سلطان الإرادة حيث ظلوا يرددون القاعدة الشكلية القديمة على أنها أصل عام وأن احترام الاتفاق البسيط أو المجرد ليس سوى استثناء من ذلك الأصل(١).

وعلى ذلك يمكن القول بأنه بالرغم من أن محاولات القانون الكنسي ومجهودات شراحه في سبيل إقرار مبدأ سلطان الإرادة لم يكتب لها الوصول إلى غايتها النهائية ألا وهي إقرار هذا المبدأ في نطاق القوانين الوضعية، وذلك بسبب ما لاقته من عقبات قانونية كانت تعترض إقرار هذا المبدأ تشريعيًا إلا أن هذه المحاولات كانت هى اللبنة الأولى في بناء مبدأ سلطان الإرادة حيث مثل القانون الكنسي أحد أهم عوامل إقرار هذا المبدأ في القانون الحديث بعدما أدخل في نطاق الفكر القانوني اعتبارًا جديدًا هو الأساس الخلقي للالتزام القانوني، وما يترتب على ذلك من ربط الوعد بإرادة الملتزم(٢)، وهو ما مثل بداية تطور جديد في النظر القانوني ساعد على تمهيد الطريق لمبدأ سلطان الإرادة في مسيرته نحو الاستقرار بين قواعد القانون الحديث، فضلاً عن أن فقهاء القانون الكنسي كانوا أول من صاغوا مبدأ سلطان الإرادة في صورة قاعدة أصولية مؤداها "أن الاتفاق المجرد يولد دعوى" بما يترتب على ذلك من اعتبار مجرد توافق الإرادتين منشئاً التزامًا قانونيًا، وتلك هي الفكرة الأساسية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة(٣)، والتي وضعها القضاء الكنسي موضع التطبيق.

=التصافح باليد اليمنى paumée التي كانت تعتبر مستودع الثقة والأمانة إضافة إلى القبلة أعلى الفم وكان يطلق عليها oscuium وهذا إن دل على شيء فيدل على أن القبائل الجرمانية لم تعرف سلطان الإرادة بمفهومه في القانون الكنسي ولذلك لعبت اليمين التعهدية serment promissoire دورًا هامًا في الحياة القانونية في العصر الوسيط ومن الجدير بالذكر أن تلك الأعراف الجرمانية قد انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم الذي حلت فيه الرمزية محل الشكلية القديمة، فكان يشترط في الاتفاق لكي يولد التزاماً أن يقترن بعمل رمزي ينفي كل شك عن رضاء الأطراف كالعصا كرمز للملكية. أنظر عادل مصطفى بسيوني المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها وكذلك:

ESMEIN; op. cit., p. 284.

(١) عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) PRÉVOST; Le rôle de la volonté dans formation de l'obligation civile. thèse. Paris. 1939. p. 30.

(٣) أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٤.

المبحث الثاني

تطور الأعراف السائدة في أوروبا ودعم الفقهاء لهذا التطور

كان من الممكن أن تهدم مبادئ القانون الكنسي بشأن سلطان الإرادة في القرون الوسطى كل أوضاع الشكلية القديمة، إذ كان يكفي أن يقرها القانون الوضعي كي يتخلص نهائيًا مما بقى من تلك الأشكال، إلا أن مثل هذا الإقرار كان يستلزم عملاً تشريعيًا وهو الأمر الذي لم يحدث في تلك الفترة تاريخيًا(١).

وإذا كان العمل التشريعي كمصدر من مصادر القانون قد غاب دوره في تلك الفترة فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة فإن مصدراً آخر وهو العرف قد وجد بقوة ليستكمل ما أقره القانون الكنسي بشأن هذا المبدأ ويقوم بدوره الجهادي ضد الشكلية، عن طريق العمل على استبعاد تلك الشكلية من العلاقات العملية وجعل الإرادة وحدها مصدرًا للالتزام(٢).

إذا كان لتطور الأعراف السائدة في أوروبا على يد الشراح والمعلقين على تلك الأعراف دور لا يمكن إنكاره في استمرار الصراع ضد الشكلية، والوصول إلى إقرار وتثبيت مبدأ الرضائية في القانون الوضعي وقد كانت البداية مع الأعراف التجارية بعد أن كشفت التطورات الاقتصادية عن عيوب الشكلية وما تسببه من إعاقة للمبادلات التجارية، خاصة بعد ما شهدته أوروبا من نهضة تجارية في القرون الوسطى ولاسيما في Flandres وChampagne ترتب عليها نمو المبادلات وزيادة النشاط التجاري.

فمن أجل التجاوب مع تلك النهضة جرى تدريجيًا إزالة ما يعوق المعاملات التجارية آنذاك من أشكال واجبة الاتباع وقبول القوة الإلزامية للاتفاقيات الناتجة عن مجرد تبادل الرضاء، ودون اللجوء إلى أشكال القانون الروماني، حتى أصبحت القاعدة السائدة في مجال المعاملات التجارية هي أن الاتفاق المجرد يولد دعوى ومن ثم عدم التفرقة بين الاتفاق المجرد والاشتراط الشفوي وذلك تأسيساً على أن الاتفاقات لا تتم بين التجار إلا بعد تروٍ وتفكير فضلاً عن اتجاه المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر – تطبيقًا لقواعد العدالة – إلى عدم التمييز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام لأن العدالة لا تفرق بينهما، يضاف إلى ذلك سرعة المعاملات التجارية وما كانت تقتضيه من البساطة في الإجراءات وهو ما يفسر الاستثناء الخاص بعقد الشركة الذي كان يتم

---

(١) PRÉVOST; op. cit., p. 20.

(٢) CLARISE, De la representation. thèse, lille, 1949, n° 24, p. 52, PRÉVOST ...op. cit., p. 20.

بمجرد التراضي دونما حاجة لأية إجراءات شكلية[1].

وعلى الرغم من أن بعضا من المفكرين من أمثال Occam و Dunsscot قاموا ينتصرون لمبدأ الرضائية، معلنين أن الإرادة هي التي تقود العقل، فإن مثل هذه الأفكار قد لاقت مقاومة عنيدة من أنصار القانون الروماني، ولذلك نجد Cujas ومن سار على هديه، واتبع منهجه من التلاميذ يحقرون ما جرى عليه العمل وأقره العرف في بعض أقاليم فرنسا من الاعتراف بدور الإرادة في تكوين العقد، وتحديد آثاره ويكتفون بإعادة عرض وتقديم النظريات الرومانية بكل ما تحتوي عليه من شكلية جامدة ورسمية بالغة الضيق والصرامة وذلك من خلال شرحهم لنصوص القانون الروماني Corpus Juris civilis[2].

ورغم هذه المعارضة الشديدة لمبدأ الرضائية، وعدم تضمن الأعراف في بداية تقنينها سوى النذر القليل عن العقود عدا عرف Anvers الذي يعتقد أنه وحده الذي تضمن فصلاً مفصلاً للنظرية العامة للعقود، فإنه يمكن القول بأن ثمة تحولا حقيقيا قد تحقق لمصلحة مبدأ الرضائية مع حلول القرن السادس عشر، حيث بدأت تثبت دعائم هذا المبدأ بعد قيام أنصار المذهب الإنساني L'Humanisme (مذهب مفكري النهضة الأوروبية في إحياء الآداب القديمة)، ومذهب الإصلاحيين Reformisme بتأكيد مكانة الفرد بوصفه شخصًا مستقلاً يتمتع بالحرية الفكرية والعقلية ولا يستكمل حريته إلا إذا توافرت لديه الإرادة الحرة، إضافة إلى ما قام به المعلقون على العرف وفقهاء القانون الفرنسي القديم من دعم ومساندة لمبدأ الرضائية، إذ عبروا عن رضائهم التام بقاعدة القانون الكنسي التي تقضي بأن الاتفاق المجرد تنشأ عنه دعوى، ورفضوا في الوقت نفسه (فكرة الاشتراط الرسمي stipulatio)[3] فنجد أن ديمولان Dumoulin (١٥٠٠ – ١٥٦٦) يؤكد مبدأ الرضائية مؤسسًا على المبادئ الخلقية، فهو يرى أن السبب في اعتناق القانون الكنسي لمبدأ الرضائية دون القانون المدني هو أن القانون الكنسي مؤسس على القانون الإلهي الذي لا يفرق بين الوعد غير الشكلي والقسم، كما أن أساس هذا القانون الكنسى هو العدالة التي تقتضي مبادئها وجوب احترام الرضا بمجرد صدوره بحيث يولد الالتزام الناشئ عن هذا الرضا دعوى كما لو نشأ عن مشارطة لذلك فإن العقد غير الشكلي ينتج في القانون الكنسي الآثار نفسها التي للمشارطة في القانون المدني ويحاول ديمولان إقرار

---

(١) عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٦٤، جاك غستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٢) مصطفى سيد صقر – مبدأ الرضائية، مرجع سابق، ص ٧٢، ٧٣.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، نفس الموضع.

الرضائية في نطاق القانون المدني من خلال حجة منطقية إذ أنه يرى أن السبب وراء تمتع المشارطة بهذه القوة في القانون المدني ينحصر في تضمنها أقوالاً مؤكدة يمكن أن تنتج بذاتها دعوى أمام القضاء وهو ما يعني أنها ليست أقوالاً بذاتها لا يمكن استخدام غيرها، و من ثم فإذا ما تحقق لدينا وجود هذه الأقوال المؤكدة عن طريق ثبوت الاتفاق، حتى ولو لم يكن مكتوباً في محرر رسمي أو عرف، وسواء أكان الثبوت بشهادة الشهود أم بالإقرار أم بغير ذلك، وجب احترامه كالمشارطة تمامًا ولكن بشرط تمتع أطراف الاتفاق بأهلية الالتزام ومشروعية المحل الذي يرد عليه الاتفاق فالعقد غير الشكلي في نظره ما دام يتضمن نية باتة في الالتزام، يتساوى مع المشارطة[١]، ومن هنا جاءت مقولة ديمولان الشهيرة "إن كل اتفاق ملزم"[٢].

وقد تابع خلفاء ديمولان عمله، إذ نجد Loisel في مستهل القرن السابع عشر يعبر عن إقتناعه بمبدأ الرضائية ورفضه للشكلية الرومانية بقوله المأثور "تربط الثيران بقرونها والناس بكلامهم فمجرد الوعد أو الاتفاق له من القوة ما كان للمشارطات الشكلية في القانون الروماني". ثم نجد جروسيوس مؤسس مدرسة القانون الطبيعي يردد نظرية ديمولا كما سنرى لاحقاً، وأخيراً الفقيهين دوما Domat (١٦٢٥ – ١٦٩٦) وبوتييه Pothier (١٦٩٩ – ١٧٧٢) وهما من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم في القرنين السابع عشر، والثامن عشر، الذين انتصروا لمبدأ الرضائية، إذ أكدوا ضرورة احترام الاتفاقات المجردة من الشكل، فنجد دوما يقول "إذا تمت الاتفاقات فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها، فلا يجوز لهم نقضها إلا بإرادتهم المشتركة" كما يقول بوتييه "إن مجرد الاتفاق ملزم"[٣].

ويلاحظ حسب ما ذهب إليه العديد من الفقهاء[٤]، أن هذين الفقيهين رغم تأثرهما الواضح بجروسيوس وبمدرسة القانون الطبيعي فإنهما في إطار العقد بوجه خاص قد تشبعا بأفكار القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم و حاولا إضفاء الطابع الأخلاقي على تلك الأفكار والتوفيق بينها وبين مبادئ القانون الطبيعي، إذ أن دوما في كتابه "Les lois civiles

---

(١) PRÉVOST; op. cit., p. 40.

(٢) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) G. ROUHETTE; op. cit. p. 588. J. GILISSEN, op. cit., p. 647. RIPERT et BOULANGER. Droit civil. t.2 n°34 – 39. A. WEIL et Fr. TERRE. Droit civil, les obligations, 2éd 1975, n°116 p. 591.

(٤) أنظر: G. CORNU, Regards sur le titre III du code civil, cours D.E.A. de droit privé, 1976 – 1977, n° 50, p. 37. G. ROUHETE, op. cit., p. 591 – 594. G. AUGÉ, Le contrat et l'évolution du cosensualisme chez-Grotius. Arch. Philosophie du droit 1968. p. 100.

"dans leur ordre naturel" حاول أن يجدد من القانون الروماني، بأن يدخل فيه قواعد الأخلاق الدينية، ثم حذا حذوه بوتييه في مؤلفه "Traité des obligations" وهو ما دفعهما إلى مد نطاق القواعد الرومانية المطبقة على العقود الرضائية على وجه الخصوص لكي تسري على العقد عمومًا[1]، كما اختاروا من بين النصوص الرومانية وأعراف القانون القديم الحلول الأكثر تطابقًا مع القانون الطبيعي، ولذا فقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن القوة الملزمة للعقد عند دوما وبوتييه لا تستمد من إرادة المتعاقدين، ولا ترتكز على الحرية الفردية المفهومة كحق طبيعي وإنما تستمد من اعتبارات أخرى متعددة مثل الواجب الخلقي باحترام العهد، واحترام القوانين، ومراعاة حسن النية، ومقتضيات العدالة والقوانين الإلهية.

---

(١) يرى أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب أن الفقيه "دوما" كان بين الشراح الذين تلقفوا بعض نصوص القانون الروماني وأدخلوا عليها تحريفاً أدى إلى تغيير معناها وذلك للوصول إلى استخلاص مبدأ سلطان الإرادة، وقد بدأ ذلك في نظره حينما اعتمد فقهاء العصور الوسطى على النص الروماني الوارد في الموسوعة، ٢، ١٤، ٧، ٢ والخاص بالرضا باعتباره ركنًا أساسيًا في كل العقود رضائية كانت أو شكلية أو عينية أو كتابية وعرفوا العقد بأنه كل اتفاق له اسم في القانون المدني أو له سبب ويقصد بالنوع الأول (العقود المسماة) كل العقود التي تحمل اسمًا معروفًا ونظمها القانون، ويقصد بالنوع الثاني (العقود غير المسماة) تلك الاتفاقات التبادلية التي لا تكون عقدًا إلا إذا كان لها سبب أي إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق، وهذا التنفيذ من جانب أحدهما يعتبر سبباً كافياً لنشأة الالتزام وإلزام الطرف الثاني، وأطلق على هذه الاتفاقات تعبير العقود غير المسماة رغم أن بعضها يعرف باسم معين، مثل المقايضة، لأن القانون المدني لم ينظمها ولم يعرف أفرادها بأسماء محددة.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد حسب قول أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، بل تمكن شراح القانون الكنسي والفقيه الفرنسي "دوما" من استخلاص مبدأ سلطان الإرادة عن طريق تغيير معنى النص الوارد في الموسوعة ١٦، ٣، ١، ٦ والذي يقول بأن "العقد يستمد قانونه من الاتفاق إلى المعنى الآتي "العقد شريعة المتعاقدين" وعن طريق هذه التحريفات المتعددة المتواصلة تمكن القانون الحديث من التوصل إلى استنباط مبدأ سلطان الإرادة من النصوص الرومانية، صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية، في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٣٤٩.

المبحث الثالث

سيادة المذاهب الفردية في النواحي الفلسفية والسياسية والاقتصادية

مع نهايات القرن السادس عشر وبدايات القرن السابع عشر ودع المجتمع الأوروبي مرحلة الاستقرار الاجتماعي، واستقبل مرحلة من التغيير تتجه بالمجتمع نحو النظام الرأسمالي، ومع حدوث هذا التغير في المجتمع واتجاهه نحو النظام الرأسمالي، بدأت تتبدد وحدة العقيدة التي كانت تجمع بين دول أوروبا، وبدأت تحل محلها عقدية موحدة في أفق الفلاسفة تنادي بإعلاء قيمة الإنسان والدفاع عن حريته، وتحرير مبادئ الحرية في كل ناحية من نواحي الحياة، وهو ما أدى إلى ظهور نظريات فلسفية وسياسية واقتصادية تشبعت كلها بروح الفردية، وتنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته، وضرورة ترك هذه الإرادة توجه ما في المجتمع من نظم اجتماعية وسياسية واقتصادية، وهو ما أسهم بنصيب وافر في التمكين لمبدأ سلطان الإرادة وإقراره في نطاق القانون الوضعي وذلك كما يلي:

أولا: مذهب القانون الطبيعي:

لم تنقطع من أفق الفلاسفة على مر العصور تلك الأفكار المثالية التي ترى أنه إضافة لوجود القوانين الوضعية السارية في أي مجتمع، فإنه يوجد فوق هذه القوانين ما يسمى بالقانون الطبيعي[١]، وهو قانون أبدي ثابت وصالح لكل زمان ومكان وهو أرفع منزلة من القوانين الوضعية بوصفه معبراً عن المثاليات الثابتة.

وقد بلغت فكرة القانون الطبيعي ذروة مجدها خلال القرن الثامن عشر، فبعد أن كانت فكرة فلسفية خالصة في عهد فلاسفة الإغريق[٢]، ثم فكرة دينية في عهد فقهاء القانون الكنسي ورجال الدين في القرون الوسطى[٣]، أصبحت فكرة قانونية، إذ صار هذا القانون مجموعة من

---

(١) راجع في أساس فكرة القانون الطبيعي بوجه عام:
D. KAGAN, Sources in grec; Political thought, from homer to polybius cornell university, 1965, pp. 220 – 223. G.B. KERFERD, protagoras, doctrine of justice and virtue in the "protagoras" of plato in J.H.S, 1953, pp. 43 – 45, A. ROSS; on law and justice, London, 1958, chs. 10 – 11. N. ALEXEIEV, Le droit naturel, in A. ph. D. 1934, p. 139 et ss.

(٢) محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة في العقد، مرجع سابق، ص ١١.

(٣) راجع في ذلك: P.F. MOREAU, "La paix de dieu", in les Idéologies, t. 2 De l'Eglise à l'ETAT, Paris, Ed. Marbout univ; 1981, pp. 114 et ss.
H. ROMMEN, "Le droit naturel, historie, de doctrine" Paris, EGLOFF, 1945 pp. 57 et ss. M. VILLEY; "La formation de la penssée juridique moderne" Paris,=

المبادئ الثابتة والأبدية التي تؤكد الحقوق الطبيعية للإنسان وتعلي قيمته وتدافع عن حريته وكيانه كإنسان وتلزم المشرع باحترامها، بعد أن تبلورت من مبادئ عامة إلى قواعد وأحكام جزئية وتفصيلية[١]، وقد جاء إعلان حقوق الإنسان الذي أعلنته الثورة الفرنسية ١٧٨٩ يؤكد الحقوق الطبيعية للفرد و احترامها من المشرع، وكفالتها وعدم المساس بها، وهو ما يشير بوضوح إلى أن هذا القانون أصبح وقتئذ في حكم العقيدة[٢]، ومن خلال فكرة القانون الطبيعي حاول العديد من الفقهاء الوصول إلى إقرار مبدأ سلطان الإرادة انطلاقاً من مسلمة بديهية هي أن الغرض من تنظيم المجتمع هو حماية الفرد وتحقيق خيره وأن الخير العام يتكون من مجموع خير الأفراد وأن طبيعة الإنسان تحتم أن يصاحبه منذ مولده حقه الطبيعي في الحرية والتي تعد من أهم الحقوق الطبيعية للفرد لأن سعادته مرتبطة بحريته ومقتضى هذه الحرية ألا تقوم علاقة التزام إلا إذا أرادها الأطراف بالفعل[٣]، فلا يتحمل الفرد التزامًا إلا إذا كان مبناه رَضاءه الحر، فإرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه ولا ينبغي للقانون أن يتدخل في حرية الإرادة في الالتزام لا من حيث اتجاهها إلى إنشاء الالتزام ولا من حيث تعيين الآثار التي تترتب على هذا الاتجاه[٤].

وانطلاقًا من ذلك فإنه يجب عدم تقييد هذه الحرية بأية قيود إلا حفاظاً على ممارسة

=Montchrestien, 1968. pp. 87 et ss. Th. RUYSSEN, "les origines doctorinales de l'internationalisme" t 1; Des origines à la paix de westphalie, Paris, P.U.F; 1954, pp. 189 et ss. J. KOSTERS; "les fondements du droit des gens, contribution à la théorie générale du droit des gens"; leyden, Biblitheca visseriana, IV, 1925, pp. 11 et ss.

(١) P. ROUBIER, Théorie generale du droit, histoire des doctrines Juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2 éd, 1951. n°12.

طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

(٢) ROUBIER, op. cit., p. 106.

(٣) أنظر: أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ١٤، نيرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية بدون ناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٣، ١٤.

R. SALEILLES; Introduction à l'étude du droit civil allemand, Paris, 1904, p. 44.
E. GOUNOT; Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, Dijon, 1912, p. 33.
B. STARK; Droit civil, obligations 2 – 2é éd par ROLAND et BOYER, litec, Paris, 1986, n°6, p. 4. N. NASSAR; Sancity of contracts revisited; A study in the theory and practice of long – term international commercial transactions, Martinus Nijhoff publishers, 1995, p. 5.

(٤) عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ١٦، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٦٦.

باقي أفراد المجتمع لحرياتهم ولا يفرض على الشخص التزامات من أي أحد أيا كان، أما فيما يتعلق بما يفرض عليه من التزامات بغرض المحافظة على كيان المجتمع والدولة فيجب ألا ترد إلا على سبيل الاستثناء وفي أضيق نطاق لأنها تقيد من الحرية، وحرية الفرد لا يمكن تقييدها أو الحد منها إلا بإرادته الخاصة وحدها، إذ لا يوجد قاعدة أفضل من تلك التي تنشأ عن الاتفاق الذي يبرم طواعية واختيارًا بين أشخاص يتمتعون بالحرية في تصرفاتهم بحيث يكون قانوناً لهم يتوافق مع استعمالهم الخاص، ولاشك أن هذه القاعدة من شأنها تحقيق العدالة وتتوفر معها على الصعيد الاقتصادي الوسيلة الفعلية لتأمين الصالح المشترك إضافة إلى أن القول بأن الإنسان يكون ملزماً فقط لأنه أراد ذلك وفي الحدود التي ارتضاها معناه احترام آدميته وحريته[١]، ويترتب على هذه الحرية الطبيعية التي تم إقرارها مبدأ عاما نتيجتان: فمن ناحية فإن الإنسان لا ينبغي أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها ومن ناحية أخرى يجب عليه أن يحترم جميع الالتزامات التي قبلها برضاه واختياره[٢].

أما عن أبرز فقهاء مدرسة القانون الطبيعي الذين كان لأفكارهم دور كبير في إبراز مبدأ سلطان الإرادة وتثبيت دعائمه فنذكر منهم:

عالم اللاهوت الأسباني suarez (١٥٤٨ – ١٦١٧) الذي أصر على فكرة الاختيار Le libre arbitre ونظر إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt sevanda" على أنها حجر الزاوية بالنسبة للقانون الطبيعي في مجموعه[٣]، كذلك العالم الهولندي Grotius (١٥٨٣ – ١٦٤٥)[٤] الذي طور نظرية suarez وأضفى عليها المزيد من الوضوح والتحديد فقرر أن

---

(١) أنظر: J. GHESTIN; L'utile et le juste dans les contrats, 1982, chr. P1

عاطف النقيب، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٤٧، نيرمين محمدمحمود صبح، المرجع السابق، ص ١٤، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil les obligations, 6e éd, Dalloz, 1996, n°20, p. 23.

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٥، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٤) ولد هويجو جروسيوس H. GROTIUS والذي يطلق عليه مؤسس القانون الدولي في دلفت Delft عام ١٥٨٣ من أسرة هولندية ذات أصل هولندي وحصل على الدكتوراه في القانون وعمره لم يتجاوز السادسة عشر، ومرت عليه فترات عصيبة في حياته، الأمر الذي دفعه إلى الفرار إلى فرنسا وظل بها أحد عشر عاما وفيها وضع كتابه الشهير قانون الحرب والسلام والذي نشره عام ١٦٢٥م، وقد اعجب بهذا الكتاب=

الإرادة هي التي تسير كل ما في الحياة فالقانون الطبيعي لدى جروسيوس ترجع قوته إلى أساسه العقلي الإرادي وهذا الأساس الإرادي مرجعه "قاعدة قدسية الاتفاقات pacta sunt servanda" أو العقد شريعة المتعاقدين كما يترجمها البعض أما أساسه العقلي فلأنه أمر من العقل الذي يستمد قيمته من السلطة الغريزية الكامنة فيه، من الوعي الاجتماعي للإنسان، وأيضا القانون الوضعي لدى جرسيوس وهو قانون إرادي بحت يجد أساسه في إرادة الأفراد بوصفهم هم الذين اختاروا السلطة السياسية في الدولة، ونظرًا لأن الإرادة من خصوصيات الشخصية الإنسانية عند جرسيوس، فالقانون الوضعي هو مجرد امتداد لشخصية الإنسان أو بالمعنى الصحيح هو امتداد للقانون الشخصي، وعنصر من عناصر شخصية الإنسان، فالقانون إذاً هو توافق بين إرادتين حرتين(١)، وبناء عليه فقد أصبحت الاتفاقات الإرادية هى الأساس الأول لكل العلاقات الاجتماعية والقانونية(٢)، وينتهي جروسيوس إلى القول بأن الالتزام بالاتفاقات التي يتم إبرامها والوفاء بالعهود التي تقطع مع أشخاص آخرين قاعدة أملتها مبادئ القانون الطبيعي، كما أن "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" واجب تطبيقه ليس فقط فيما بين الأفراد، ولكن أيضاً في علاقات الأمم بعضها ببعض، ولذا ولد المفهوم الحديث لقانون الشعوب droit des gens القائم على أساس

=لويس الثالث عشر ملك فرنسا، وقد مات جروسيوس في رستوك عام ١٦٤٥م، ويعتبر جروسيوس أشهر الذين نبذوا فكرة الأساس الديني للقانون بوجه عام والقانون الطبيعي بوجه خاص، الأمر الذي مهد لظهور علمانية القانون الطبيعي وميلاد العقلانية القانونية Le Rationalisme juridique والإرادية القانونية Le volontarisme.

أنظر فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٦٥ وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل حول الخطوط الأساسية لفلسفة هوجو جرسيوس، أنظر:

G.AUGE; op. cit, p. 99 et ss..

S. G. FABRE; Les fondements de l'ordre juridique, Paris, P.U.F. 1992. p. 82 et ss J. FINNIS, Natural law and natural rights, oxford, clarendon press, 1980, p. 50 -51. A. BRIMO, Les grands courants de la philosophie du droit et d'l'ETAT, Paris, Pedone, 1968, p. 69. et ss J.C. HEARNSHAW, The social and political ideas of some great thinkers of the 16 and 17 cinturies, New York, 1949, p. 130 H. ROMMEN; op. cit., p. 93 et ss. M.PRELOT, Histoire de la pensée politique, Paris, Dalloz, 1966. p. 325 et ss. C. DU PASQUIER, Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit, Paris, 1948 p. 221.

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٢، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٣، ١٤.

(٢) أنظر: S.G. FABRE, op. cit.. p. 15 et ss. J.M. TRIGEAUD, Humanisme de la librté et philosophie de la justice, Bordeaux, T. 2. 1992. p. 13 et ss. A.VINCENT; La notion moderne de droit naturel et le volontarisme, A. P.D. 1961. P. 243. J. FINNIS, op. cit., p. 207. A. BRIMO. op. cit.. p. 97.

احترام المعاهدات بين الأمم، وهو ما يقابل الآن القانون الدولي العام[١].

ـــ وإضافة لجرسيوس وsuarez هناك الفقيه pufendorf الذي دافع عن فكرة أن الإنسان هو مصدر السلطة والقانون وباعتباره فرداً مستقلاً، فإنه هو السيد الأعظم لآرائه وتصرفاته ومن ثم لا يمكن أن يخضع لأية سلطة عليا، وكذلك "Decartes" الذي كان تأثيره في هذا الصدد بعبارته الشهيرة "أنا أفكر إذن أنا موجود Je pense, donc je suis" تلك العبارة التي تلقاها فقهاء القانون بقبول حسن لكي يصيغوا منها وعلى منوالها عبارات أخرى تعظم وتعلي من شأن الإرادة مثل "أنا أريد إذا لي حقوق Je veux, donc J'ai des droits" وأنا أريد، إذا أنا ألتزم Je veux, donc Je m'oblige"[٢]، ومن هنا يرى العديد من الفقهاء[٣]، أنه تحت تأثير أفكار جروسيوس وغيره من أنصار مدرسة القانون الطبيعي ممن اعتبروا أن الإرادة الشخصية والحرية العقدية مظهرين للحرية الطبيعية، جرى النظر إلى الإرادة على أنها العنصر الجوهري في العقد، ومن ثم هيمنة ما يسمى بـــ "تصور إرادي ورضائي للعقد" على التنظيم الحاكم للعقود جعل من العقد نتاجاً خالصاً لإرادة أطرافه وهو ما أسهم في إبراز وتثبيت دعائم مبدأ سلطان الإرادة وصياغته في ثوبه الفقهي إلا أنه على جانب آخر يذهب البعض[٤] إلى أنه إذا كان من الصحيح القول بأن مدرسة القانون الطبيعي قد أكدت على دور الإرادة وسلطانها، فإن هذا السلطان لا يعني بالضرورة كون الالتزامات تنشأ على نحو كامل بإرادة الأطراف فإنشاء العقد بإرادة الأطراف مسألة ونسبة آثار العقد إلى إرادة الأطراف مسألة أخرى، فإذا كانت المسألة الأولى مقصورة على إرادة الأطراف فإن المسألة الثانية ليست كذلك ومن الممكن أن تتأثر كبيرا بالقواعد القانونية.

---

(١) فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٦٨، ٣٦٩، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٧٤ وكذلك:
G.AUGE; op. cit., p. 108.

(٢) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٧٤، ٧٥ وكذلك"
J. GILISSEN; p. 646 – 648.

(٣) أنظر: J. GHESTIN, Traité de droit civil, les obligations, vol. 1 le contrat, 1980, n° 33 et n° 38.
HEBRAUD; Rôle respectif de la volonté et des éléments objectives dans les actes juridiques , in Mélange Maury, t. 2. p. 435. G. ROUHETTE; p. 590, SAVATIER; Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, ler, 5éd, Paris, 1959, n° 356 et s.
وفي الفقه المصري: محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٥، عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٤٦، مصطفى سيد صقر، المرجع السابق، ص ٧٣، ٧٤، محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) N.NASSAR: op. cit., p.7.

وبذلك ينتهي الفقه السابق إلى أنه في إطار مدرسة القانون الطبيعي كان هناك مجال لإعطاء دور للعدالة وحسن النية ولأثر تغير الظروف على أن ما تذهب إليه نظرية سلطان الإرادة من مساواة مطلقة ناتج بالأحرى عن التطورات والاتجاهات الفكرية والاجتماعية التي سبقت ومهدت الطريق للثورة الصناعية وصاحبتها، مثل نظرية العقد الاجتماعي ومذاهب الاقتصاد الحر[١].

ثانياً: نظرية العقد الاجتماعي:

ظهرت نظرية العقد الاجتماعي (social contract) في المجالين السياسي والاجتماعي[٢]، كرد فعل على نظريّة الحق الإلهي التي اعتبرت الله هو مصدر السلطة والقانون، حيث جاءت هذه النظرية لتقرر أن مصدرهما هو الفرد وليس الله[٣]، فالمجتمع السياسي أو الدولة نشأت في نظر أنصار هذه النظرية نتيجة اتفاق مصدره الإرادة الإنسانية،

---

(١) نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) بالرغم من أن نظرية العقد الاجتماعي تمتد جذورها إلى الفلسفة السفسطائية les sophistes (في القرن الخامس قبل الميلاد) وإلى الفلسفة الاسمية Le nominalisme (التي سادت في نهاية العصور الوسطى) إلا أن ظهورها وتبلورها الحقيقي وصياغتها التامة، حدثت في القرنين السادس عشر والثامن عشر حيث نادى بها توماس هوبز Th. Hobbes (١٥٨٨ – ١٦٧٩) ثم المفكر الإنجليزي جون لوك J. Loke (١٦٣٢ – ١٧٠٤) ثم المفكر الفرنسي ورائد الثورة الفرنسية جان جاك روسو J.J. Rousseau (١٧١٢ – ١٧٧٨) . فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٤، ٣٧٥، ولمزيد من التفاصيل حول نظرية العقد الاجتماعي أنظر:

J. COLLINS, A history of modern European philosophy, London, 1980, p. 102 et ss. F.R. SCURTON, A Short history of modern philosophy, London, 1989, p. 197 et ss. H. BATIFFOL, Problèmes de Base de philosophie du droit, Paris C.G.D. J., 1979, p. 25 et ss. A.BRIMO, op. cit., p. 108 et ss A.J. CARLYLE; La notion de "contrat" dans les doctrines politiques, in: Arch de phil du dr. et de soc. Jur 1940, p. 78.

وفي الفقه العربي: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ١٦٤، وما بعدها، أحمد عبد القادر الجمال، مقدمة في أصول النظم الاجتماعية والسياسية، مرجع سابق، ص ٣٢١ وما بعدها، حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، دار المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٠٦ وما بعدها، شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، مجلة كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، ١٩٦٣، ص ٢٦ وما بعدها، أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧١ وما بعدها، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٤ وما بعدها.

(٣) نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ١٥، منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ١٩٩١ – ١٩٩٢، ص ٤، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥.

وتقوم فلسفة هذه النظرية على دعامتين[١]: الأولى، وجود حالة فكرية عاشها الأفراد في فجر الإنسانية قبل أن ينتظموا في جماعات مستقرة مزودة بقوة العرف والقانون، والدعامة الثانية: لمس الأفراد عدم كفاية الحياة الفطرية لتحقيق رغباتهم، فاتفقوا على أن يتعاقدوا جميعاً على الخروج بمقتضى تعاقد اجتماعي ينظم لديهم حياة اجتماعية مستقرة ترتكز على قيام السلطة والقانون، أي إنهم تعاقدوا عن إرادة ووعي من أجل إنشاء دولة.

ويرى أنصار نظرية العقد الاجتماعي أنه إذا كان الأفراد أحرارًا بالطبع، فإن الحياة في مجتمع تفرض عليهم التنازل عن قدر معين من هذه الحرية، غير أن هذا التنازل ذاته لا يمكن إدراكه وتصوره إلا إذا ارتضاه الأفراد طواعيه واختيارًا وفي الحدود وبالشروط التي يحددها العقد الاجتماعي نفسه[٢].

ورغم أن هذا العقد يختلف في تصوره من فقيه إلى آخر من أنصار هذه النظرية بالنسبة لتحديد صاحب السلطة في المجتمع، ومدى هذه السلطة[٣]،فإن هناك محورًا رئيسيًا تدور حوله كل هذه التصورات، وهو أن هذا الاتفاق – أي العقد الاجتماعي– قد نشأ من مجموع إرادات

---

(١) مصطفى الخشاب، النظريات والمذاهب السياسية، بدون ناشر، القاهرة، ط ٣، ١٩٥٥، ص ١٥٨.

(٢) هذه العبارة منسوبة لروسو ومشا إليها في:

H. ROLAND et L. BOYER; Droit civil, obligations, 2 contrat et Quasi contrat, Régime générale, 2e ed, 1986, p. 4 – 5.

(٣) بينما يرى هوبز أن أفراد المجتمع تنازلوا بموجب العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة إلى سلطان يقوم على شئونهم، وذلك عن طريق عقد يتضمن نزول كل منهم عن حريته المطلقة، وهو تنازل لا يتصور إلا أن يكون تنازلاً كاملاً غير مشروط لا رجعة فيه، نجد أن المفكر الإنجليزي جون لوك يرفض هذه النظرة التي تؤدي إلى استبداد الحاكم، ويرى أن الأفراد لا يتنازلون بموجب العقد الاجتماعي عن كل حقوقهم الطبيعية، ولكن عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام ولضمان التمتع بالقدر الباقي من هذه الحقوق، فإذا ما جاز السلطان على القدر الباقي من الحقوق الطبيعية للأفراد، والذي لم يتنازلوا عنه، كان لهم أن يتحللوا من العقد الاجتماعي عن طريق الثورة أما الفقيه الفرنسي روسو فيرى أن العقد الاجتماعي لا يعني مطلقاً تنازل الأفراد عن بعض حقوقهم لشخص محدد قد يستبد بهم إنما هم يتنازلون عن بعض حقوقهم للمجموع ككل، وبذلك لا يكون هناك مجال للتخوف من طغيان هذه الإرادة الجماعية، لأن هذه الإرادة لا يتصور أن تبتغي مصلحة تتعارض مع مصالح الأفراد. أنظر:

TH. HOBBES, Leviathan, J. M. London 1959, ch 14, p. 67 et ss J. LOCKE; Essai sur le pouvoir civil, Traduit par J. LFYOT, Paris, 1953. J. ROUSSEAU, DU contrat social, présenté par H.GUILLEMIN, Union générale d'éditions, 1963, liv. 3, ch. 1, p.70 et ss. R.G.GETELL; History of political thought, London, G.ALLEN, 15 ed, 1951 p. 218 et ss. E. GOUNOT; op. cit., 45. et ss. G. DELVECCH IO; Philosophie du droit Traduction. D'aynac, Paris, 1953, p. 104 et ss. E. BREHIER, Histoire de la philosophie, t. 2, Paris, 1930, p. 468 et ss.

أفراد ذلك المجتمع، ومن ثم فإن إرادة الأفراد هي أساس السلطة والقانون في المجتمع، فهى التي خلقت النظام السياسي وهي التي بينت شرعيته وحدوده، كما أنها أساس القانون وغايته، فالأفراد يولدون أحرارًا وأسيادًا لأنفسهم، فلا يجوز أن يخضعوا لغير إرادتهم والقانون Loi في نهاية الأمر ما هو إلا صدى لإرادات الأفراد، التي تكون ما يسمى بالإرادة العامة Volonté généralé وعلى ذلك فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه، والقيود التي ترد على حرية الفرد إنما ترتد إلى هذه الحرية نفسها ومن ثم فإن الفرد لا يلتزم بالقانون الوضعي من منطلق أن السلطة المهيمنة في المجتمع هي التي فرضته عليه، وإنما لأنه أراد أن يلتزم به بمطلق حريته عن طريق العقد الاجتماعي، فالقيود التي تتضمنها أوامر القانون قد ارتضاها الأفراد مقدماً بقبولهم الاشتراك في المجتمع، وعلى هذا فإن شرعية القانون أساسها أن القانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام ومن ثم فإن القوة الملزمة للقانون في مجموعه لا تستمد سوى من إرادة الأفراد(١).

وبناء على ما تقدم يرى الكثير من الفقهاء أن نظرية العقد الاجتماعي في واقع الأمر ما هي إلا وجه آخر من وجوه المذهب الفردي الذي ينادي بإعلاء قيمة الفرد كما أنها غير منبتة الصلة بمدرسة القانون الطبيعي، إذ أنها تستند إليها وتتلاقى معها في زاوية معينة تتمثل في تقديس الحرية الفردية، ومن هنا فإنه لا قيد على حرية الفرد إلا ما قيد نفسه به بإرادته الحرة، ولذلك فإن نظرية العقد الاجتماعي في نظرهم كانت دعامة قوية وسندًا حقيقيًا لمبدأ سلطان الإرادة استناداً إلى أنه إذا كانت إرادات الأفراد لها مثل هذه القوة الخالقة والملزمة في إطار المجتمع حيث تكفي وحدها أساسا لقيام المجتمع وما يترتب على قيامه من قوانين وضعية تستمد قوتها وإلزامها من هذه الإرادة، أفلا يكون لها من باب أولى مثل هذه القوة في إنشاء الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين، فتكون هذه الإرادة ذاتها هي مصدر كل التزام خاص بين الدائن والمدين ولا تتصور القوة الملزمة للعقد إلا مستندة إلى هذه الإرادة(٢).

---

(١) CH. BEUDANT; Le droit individuel et l'Etat, 3e ed Paris, 1920 p. 5. N.NASSAR; op . cit, p. 8.

وكذلك عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٦، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧.

(٢) FLOUR et AUBERT; Droit civil, les obligations, vol. 1, l'acte juridique, 1975, n° 105. M le DR. . DIKOFF; L'evolution de la notion de contrat etudes , de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT, 1977, p. 207 – 208.

وكذلك نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٥، نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ١٦.

وعلى هذا فليس من المستغرب أن يعبر القانون عن العقد بأنه قانون الطرفين أو شريعة المتعاقدين، فيضع هذا العمل القانوني الذي هو من صنع الأفراد في مرتبة القانون ذاته طالما كان الاتفاق – حسب تعبير جان جاك روسو– هو "أساس كل سلطة بين الأفراد وأن القانون الوضعي "ليس سوى شرط من شروط العقد الاجتماعي"[١].

ثالثًا: مذاهب الاقتصاد الحر:

رغم التأثير المهم لفكرتي القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي المتشبعتين بروح الفردية في التمهيد لقيام مبدأ سلطان الإرادة فإن هاتان الفكرتين لم تكونا وحدهما كافيتين لإقرار مبدأ سلطان الإرادة تشريعياً، ذلك أن كلتاهما لا تتصلان بأحكام وقواعد القانون بقدر اتصالهما بفلسفته إضافة إلى غلبة الصفة النظرية عليهما، فإذا كان الأمر مما يتعلق بالمشرع في أي مكان فإنه يصعب عليه التعبير عن هذه الأفكار الفلسفية في التشريع، وإن كان من الممكن أن يتأثر بها بعض الشيء ولذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة لم يأخذ مكانه من الناحية العملية بين ثنايا قواعد القانون المدني إلا تحت تأثير فكر اقتصادي عملي متشبع هو الآخر بروح الفردية، وهو مذهب الاقتصاد الحر[٢].

فمبدأ سلطان الإرادة كان انعكاساً لسياسة الحرية الاقتصادية التي نادت بها مذاهب الاقتصاد الحر (الفزيوقراطيون Physiocrrates) خلال القرن الثامن عشر، في نطاق القانون الخاص[٣]، بعدما ضاعف نمو التجارة والصناعة وتقسيم العمل والتخصص فيه من التبادل الاقتصادي[٤]، حيث تكمن الفكرة الأساسية لمذاهب الاقتصاد الحر في ضرورة تقديس الحرية الاقتصادية (السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات بمنتهى الحرية ودون أي قيود) بوصفهما السبيل الوحيد لتحقيق سعادة البشر وترجمة ذلك في نطاق القانون هو ضرورة إطلاق حرية الإرادة في المعاملات الاقتصادية بمعنى السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون وبمحض إرادتهم دون فرض أية قيود عليهم فى إنشاء العقود أو ترتيب آثارها[٥].

---

(١). FLOUR et AUBERT, op. cit., n°. 105, GOUNOT, op. cit., p. 48.

(٢) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧، ١٨.

(٣) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٦، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١٤٤، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٤) E. GOUNOT: op. cit. p. 41.

(٥) J. CARBONNIER, Droit civil, les obligations, t. 4, 1971, n° 21.

نبيل سعد، المرجع السابق، نفس الموضع ، سليمان مرقص، المرجع السابق، نفس الموضع.

أما عن الأساس المنطقي الذي تنطلق منه مذاهب الاقتصاد الحر للوصول إلى إقرار مبدأ سلطان الإرادة كترجمة قانونية لسياسة الحرية الاقتصادية التي نادوا بها فيتمثل في مسلمة أولية مؤداها أن المبادلة هي أساس المجتمع لأن التبادل هو الذي جمع الناس ليستقروا في مكان معين ليتبادلوا فيما بعد المنافع والسلع فيما بينهم، ولما كانت الثروات الاقتصادية تتركز أساساً في الثروات الطبيعية ومن بينها الأرض، وكان من الضروري أن يشارك كل فرد في المجتمع في هذه الثروات الاقتصادية فإن المبادلة تكون أمراً ضرورياً لا غنى عنه حتى يأخذ كل فرد نصيبه يوماً ما من هذه الثروات(١).

ولما كانت الوسيلة القانونية للمبادلة هي عقد التبادل الفردي الذي يعد حسب وجهة نظر مذاهب الاقتصاد الحر ظاهرة بدائية عامة للنظام الاجتماعي كله(٢)، فإنه استجابة لمقتضيات تسهيل وتشجيع التبادل الضروري اللازم للتطور الاقتصادي ينبغي على الدولة أن تكفل حرية المبادلة وحرية العمل وحرية المنافسة وأخيرا مبدأ حرية التعاقد(٣) "مبدأ دعه يتعاقد Laisser contracter" بوصفه المبدأ الذي يكمل ضمناً مبدأ "دعه يعمل دعه يمر Lassier faire, lassier passer" وهو المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه سياسية الحرية الاقتصادية التي نادت بها مذاهب الاقتصاد الحر(٤)، بل إن إطلاق الحرية التعاقدية حسب وجهة نظر مذاهب الاقتصاد الحر هو خير وسيلة لتحقيق العدالة العقدية وكذلك أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية(٥)، فمن ناحية أولى فإن الإرادة الفردية الحرة لا يمكن أن تحقق إلا العدالة، فكل فرد هو أفضل مدافع عن مصالحه الخاصة ولا يتصور أن يسعى شخص عاقل إلى العمل ضد نفسه إضرارًا بمصالحه ولذلك فإن هذه المصالح إنما تحترم على الوجه الأكمل في نظرهم عن طريق الالتزامات التي تبرم طواعيه واختيارًا، إذ يفترض أن المتعاقد لا يتعاقد إلا عن رؤية وبصيرة وبما يحقق مصلحته التي قد تكون ظاهرة للجميع أو خفية لا يدركها إلا هو، ذلك من منطلق أنه ليس هناك أي إنسان عاقل يرتضي اتفاقًا غير عادل يسبب له ضررا ومن ثم فإن الالتزام الذي يرتضيه الإنسان ويوافق عليه لا يمكن أن يكون إلا عادلاً على خلاف الالتزام المفروض عليه

---

(١) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) E. GOUNOT op. cit. p. 41.

(٣) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨.

(٤) J. CARBONNIER, op. cit., n° II et n° 21.

(٥) أنظر: نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٣٦.

A. WEILL et FR.TERRE: op. cit. n°. 54. E. GOUNOT, op. cit., p. 40 et s: et 73 et s. FLOUR et AUBERT; op. cit., n° 107.

الذي يحتمل أن يكون جائرا غير عادل بالنسبة له.

وقد صاغ "Fouillée" ما سبق في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة هي "من قال عقدًا فقد قال عدلاً" وهو ما يعني أن العقد كان لديهم هو الصورة المثالية للعدل كما أنه الأداة السحرية التي تمنع كل تجاوز أو إضرار بمصالح الغير، لأن تقابل المصالح التحتية في العقد بل تعارضها أحيانًا هو أفضل ضمان لكي نحافظ على الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد على قدر معين من التوازن، بحيث تسد حاجة كل طرف من طرفي العقد(١).

ومن ناحية أخرى يرى أنصار مذاهب الاقتصاد الحر أن العمل الحر للإرادة الفردية كفيل بأن يحقق الازدهار والتوازن الاقتصادي فقانون العرض والطلب، الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة ومن ثم الحرية الاقتصادية، ليس كفيلاً بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب وإنما أيضاً يطوع الإنتاج للحاجات وينظم مبادلات السوق تنظيمًا ذاتيًا وهذا يعني ببساطة أن هناك آلية اقتصادية تقوم على حرية المبادرة الفردية يجب تركها تعمل بحرية للحفاظ على ما هو موجود من تناغم في "نظام الحرية الطبيعية" بين المصالح الفردية والاجتماعية من منطلق أن سعي كل فرد نحو تحقيق مصلحته الخاصة أو الشخصية لا يمكن أن يؤدي في النهاية إلا إلى تحقيق المصلحة العامة التي هي مجموع المصالح الخاصة أو الفردية(٢).

وعلى هذا فإن الحرية العقدية على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي، فهي المحرك والحافز الرئيسي للحياة الاقتصادية وكذلك فإن أي نزعة مدخلية من

---

(١) V. G. RIPERT; La règle morale dans les obligations civiles, 4e édition, L.G.D.J., Paris, 1949, n° 22.
TERRE, FORNACCIARI, L'autonomie de la volonté, Rev. sc. Morales et politiques, 1995, p. 255 et ss. CARBONIER, op. cit., n° II.
سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ١٦٤، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع ، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨، ١٩.

(٢) أنظر: نعمان محمد خليل جمعه، دروس في الواقعة القانونية أو المصادر غير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣، مصطفى محمد الجمال، وعبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٢٠٦، مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٤، وكذلك: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٦، ٣٧، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨.
P. ATIYAH; The rise and fall of freedom contract, oxford p. 296 et 299. TERRÉ. FRONACCIARI, op. cit., p. 255 et 264.
E. GOUNOT; op. cit., p. 44 – 45.

جانب الدولة في النشاط الاقتصادي بغرض الحماية أو فرض القيود بعيداً عن حرية المبادرة الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ستؤدي إلى تدمير ما هو موجود من تناغم وانسجام طبيعي بين المصالح الفردية والاجتماعية ومن ثم اضطراب النشاط الاقتصادي وعلى العكس من ذلك فإن إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأفراد يعملون بحرية كل حسب إرادته الشخصية من شأنه ضمان تحقيق الحد الأقصى في الإنتاج والحد الأدنى في الأسعار وذلك بسبب حرية المنافسة وهو ما يؤدي في النهاية إلى تحقيق السعادة لغالبية الأفراد داخل المجتمع(١).

إعلان مبدأ سلطان الإرادة:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد واصل سيره بعد زوال الدولة الرومانية بعدما وجد أكبر العون من الكنيسة خلال القرون الوسطى بإقرارها لهذا المبدأ في نطاق قواعد قانونها الكنسي وإذا كان هذا المبدأ قد انتعش خلال القرنين السابع والثامن عشر بعدما تحرر واشتد ساعده على أثر سيادة المذاهب الفردية وتحرير مبادئ الحرية في كل ناحية من نواحي الحياة، واعتبار حرية الفرد واستقلال إرادته بمنزلة المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر فإنه يبقى السؤال: كيف تم الإعلان عن هذا المبدأ ومن ثم إقراره في نطاق التشريعات الوضعية؟

يرى الكثير من الفقهاء(٢) أن إعلان هذا المبدأ يرجع في الواقع إلى الفقيه والفيلسوف الألماني "كانت" (١٧٢٤ – ١٨٠٤) إذ أنه أول من أعطاه الصيغة القانونية والشكل المحدد بحيث يلقى قبولاً وتطبيقاً من المشرع.

وتقوم فلسفة (كانت)(٣) على أن حرية الفرد هي حق لصيق وغريزي inné لا حق مكتسب، وكل التزام لا يكون قائما على أساس إرادة الفرد الحرة يكون منافياً للعدالة لأنه يتضمن

---

(١) B. STRAK; op. cit n° 8, p. 5.

حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٩.

(٢) أنظر: M. VILLEY, Essor et decadence du volontarisme juridique, Ach, ph. dr. 1957, p. 90 ets. J. GHESTIN, op.cit, n°. 34. A. WEILL et FR. TERRE, op. cit., p. 51. J.CARBONIER op. cit. n°. II. E. GOUNOT. op, cit. p. 53 et ets.

وفي الفقه العربي: عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٧، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٩، عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول فلسفة "كانت" ومفهوم سلطان الإرادة لديه، أنظر:

KANT. Eléments métaphysiques de la doctrine. du droit Tarde Barni, 1854 – et – fondements de la métaphysique des meours, Trad. Delbos. librairie Delagrave. Paris. 1962. p. 83 et s.

انتهاكاً لحق الحرية فالإنسان بعقله وإرادته هو أساس النظام القانوني عامة.

فالإنسان هو الذي يبتدع بعقله القانون الوضعي الذي يخضع له، أي أن هذا القانون وليد إرادة الأفراد وما دام الأفراد يصنعون بإرادتهم القانون الذي يحكمهم فهم وحدهم أيضا الذين يصنعون قانونهم الخاص، أي العقود التي تربط بينهم، فالإرادة إذن هي وحدها أساس القوة الملزمة للعقد، ولا يجوز للمشرع أن يتدخل في الحرية التعاقدية إلا لتأكيد ممارسة الأفراد لهذه الحرية وبهذا وحدة تصبح الدولة دولة القانون.

وينتهي "كانت" إلى القول بأن سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين ولكل الواجبات التي تمليها هذه القوانين إذ يقول "إن الفرد لا يخضع لأي قوانين إلا تلك التي فرضها على نفسه، سواء أكان ذلك من جانبه وحده، أم بالاتفاق مع غيره، كما يقول إنه "عندما يقرر شخص ما أمرًا تجاه غيره فإنه غالباً ما يكون هذا القرار غير عادل ولكنه عندما يقرر أمراً يخصه هو فمن غير المتصور أن يكون هذا القرار ظالما أو غير عادل"(١).

وقد كان لفلسفة "كانت" تأثير عظيم في الفقه الفرنسي في القرنين الثامن والتاسع عشر حيث تم الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة الذي صاغه صياغة قاطعة وكان هذا التأثير أعمق في فرنسا عنه في ألمانيا ويرجع ذلك إلى سببين(٢): أولهما أن حرية الفرد عند الفرنسيين كانت بمنزلة مبدأ مقدس، فالثورة الفرنسية قامت على أفكار ونظريات المذاهب الفردية التي تقوم على أساس تقديس الحرية، ومن ثم إرادة الأفراد، فقد جاء في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان الذي أعلنته عام ١٧٨٩ أن هدف الكيان السياسي هو الحفاظ على الحقوق الطبيعية الخالدة للفرد، ومن ثم فقد مكنت الثورة الفرنسية المذهب الفردي وجميع نتائجه بما في ذلك مبدأ سلطة الإرادة.

أما ثاني هذه الأسباب فيتمثل في انتصار الفقه الفرنسي السابق على صدور تقنين نابليون ١٨٠٤ لمبدأ الرضائية واحترام الاتفاقات المجردة عن الشكل، ورفضهم للشكلية التي كان يفرضها القانون الروماني، وهو ما ظهر في أقوال العديد من الفقهاء أمثال ديمولا ولوازيل ودوما وبوتييه والتي أشرنا إليها من قبل.

وكان من الطبيعي وسط هذا الجو الثوري المناصر للحرية والمتمسك بها – خاصة حرية الإرادة – أن يتلقى واضعو تقنين نابليون من الثورة الفرنسية وفقهاء القانون الفرنسي القديم مبدأ سلطان الإرادة ليجعلوا منه حجر الزاوية والأساس الفلسفي لجميع ما يضعونه من

---

(١) GOUNOT, op. cit., p. 78. WEILL et TERRÉ, op. cit., n° 54.

محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٩، ٢٠، عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٧.

(٢) أنظر: عبد الرحمن عياد: المرجع السابق، ص ١٧، ١٨، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٥، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٤، محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، مرجع سابق، ص ١٨١، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٦٦ وكذلك: P. ROUBIER, op. cit., p. 106.

تنظيم لأحكام العقود ولم ير واضعو مجموعة نابليون لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة أفضل من تبني عبارة "Domat" فضمونها المادة ١١٣٤ التي جاءت تقول "الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها".

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi á ceux qui les ont fait"(١)

والتي يتضح منها أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يجب على المتعاقدين أن يخضعا للقانون الذي وضعاه لنفسيهما وهو العقد كما يخضعان للقانون(٢).

كما تضمن هذا القانون نصوصاً وإن كانت لا تذكر مبدأ الرضائية صراحة فإنها مع ذلك قاطعة الدلالة على أن هذا المبدأ وحده الذي ينصرف إليه ضمناً مضمونها وفحواها(٣)، ولم يمض طويل من الوقت حتى عبرت هذه النصوص حدود القارة الأوربية بعد أن تغلغلت في العديد من تشريعاتها لكي تستقر في أعماق القانون المصري المختلط سنة ١٩٧٥ ثم الأهلي سنة ١٨٨٣، ثم لتصبح أصلاً من الأصول التي يقوم عليها قانوننا المصري الحالي(٤) كما سيلي ذكره.

---

(١) أنظر: محمد جمال عطية، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٣٦، عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٤٤، ٤٥، عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٨٩، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٤، عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٨، فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٥، وكذلك:

A. J. ARNAUD; Les origines doctrinales du code civil français v. IX, 1969, p. 197.

(٢) محمد جمال عطية، المرجع السابق، نفس الموضع .

(٣) من ذلك على سبيل المثال نص المادة (١١٠٨) التي عددت الشروط اللازمة لصحة العقد، وهي التراضي والأهلية والمحل والسبب، وبمفهوم المخالفة فإن عدم النص على الشكل كركن في العقد يشير إلى أن التراضي وحده يكفي لقيام العقد متى توافرت الأهلية واستوفى المحل والسبب شروطها وكذلك نص المادة (١١٣٨) التي ترتب نقل الملكية على رضا الطرفين المتعاقدين فقط دون اشتراط أية إجراءات شكلية أخرى، إضافة إلى العديد من المواد الأخرى، مثل المادة ١٥٨٣، ١٧٠٣... إلخ، ويرجع السبب في عدم ذكر القانون الفرنسي لمبدأ الرضائية صراحة في نظر العديد من الفقهاء إلى أن مبدأ الرضائية في العقود كان وقت وضع التقنين المدني الفرنسي أمراً طبيعياً لا خلاف حوله، بحيث لا يتطلب الأمر تقريره بنص خاص، أنظر:

RIPERT et BOULANGER; Droit civil. op. cit. t. 2 n° 40.
FLOUR et AUBERT. op. cit., n° 299.

مصطفى سيد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص ٧٥، ٧٦.

(٤) مصطفى سيد صقر، المرجع السابق. ص ٧٦.

الفصل الثاني

مصير مبدأ سلطان الإرادة في النظرية القانونية الحديثة

ساد إذا مبدأ سلطان الإرادة في القرن الثامن عشر وبلغ ذروته وقمة ازدهاره في القرن التاسع عشر[١]، وأصبح التشيع له مقبولاً في عصر كل ما فيه من آراء ونظريات يدعو إلى تقديس حرية الفرد واستقلال إرادته، إلا أن الحماسة أخذت فريقاً من المتطرفين الذين عمدوا إلى إطلاق مذهبهم، فحاولوا أن يقيموا مختلف أحكام القانون على الإرادة، وبالغوا في هذا حتى وصل الأمر بهم إلى نتيجة لا يقبلها عقل أو منطق، فهم لم يقنعوا بجعل مبدأ سلطان الإرادة أساسًا لنشوء الالتزامات العقدية ولتعيين آثارها ومداها، بل أرادوا أن يجعلوه أساسًا لكل أنواع الالتزامات، فأخذوا يعممون تطبيقه على مصادر الالتزامات الأخرى، ثم على كسب الحقوق العينية، وحقوق الأسرة[٢].

فالالتزامات الناشئة عن شبه العقد في نظرهم ترجع إلى إرادة مشروعة وكذا الجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى إرادة حرة مميزة وإن كانت غير مشروعة، وكذلك الالتزامات التي تنشأ من نص القانون مباشرة لأن الملتزم في نظرهم قد وضع نفسه بإرادته في الوضع الذي رتب عليه القانون نشوء هذه الالتزامات ولم يقفوا عند ذلك، بل أرادوا أن يجعلوا الإرادة أساسًا لكل روابط القانون الأخرى، فالملكية عندهم مبنية على الإرادة الحرة بل هي الحرية متجسمة في عالم الحقيقة أو الماديات وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج الذي تهيمن عليه الإرادة كما أن الميراث يستند إلى إرادة المورث بوصفه نوعا من الوصية الضمنية، والوصية عمل إرادي وما دور قانون المواريث هنا إلا إقرار الإرادة الضمنية للمورث، وطرق التنفيذ الجبري هي الأخرى ترجع إلى الإرادة الحرة، لأن المدين يعلم سلفاً من وقت التزامه بالدين أنه سيكره على الوفاء إذا لم

---

(١) R. DEMOGUE; Traité des obligations en général, T. ١, Paris, ١٩٢٣, p. ٨٢.

(٢) أنظر في ذلك:

V.G. RIPERT, op, cit, n° 133 etss.

H. BATIFFOL; La crise du contrat et sa portée, Archives de philosophie,du droit, 1968, p. 13 ets. E. GOUNOT, op. cit., p. 61 ets, p. 103 ets. V.R. SAVATIER Du droit civil au droit public, 1945, n° 82 ets. G. MARTY et P.RAYNAUD, Droit civil, les obligations, t. 1, 2e éd, sirey, Paris, 1988. n° 30p. 28.

سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ٢، في الالتزامات، المجلد الأول – نظرية العقد مرجع سابق، ص ٦٦ وما بعدها، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ٤٣، وما بعدها عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤، وما بعدها، حلمي بهجت بدوى، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٦ وما بعدها.

يقم به مختارًا، وهو ما يعني أنه قد ارتضاها ابتداء عند التعاقد، وقد جاوز هذا التطرف بهم كل حد عندما أرادوا إرجاع العقوبة الجنائية ذاتها إلى الإرادة على أساس أن المجرم يعلم وقت ارتكاب الجرم ما يستوجبه من عقاب، وأن إقدامه عليه مع هذا العلم يعد رضاً منه بتوقيع العقاب عليه[1].

وقد كان لهذا الغلو في التركيز على مبدأ سلطان الإرادة والمبالغة التي وصلت إلى حد التطرف في الانتصار له والدعوة إلى امتداده أو اتساع سيادته على أحكام القانون المختلفة، أثره في تكوين معارضة له أسهمت في قيامها أو دفعتها اتجاهات اجتماعية واشتراكية أبرزت دور المجتمع والجماعة، وأتاحت للدولة أن تتدخل في أكثر من نشاط فزادت مظاهر سيطرة النظام العام، والسيطرة الاقتصادية والمهنية على مضمون العقد، وهو ما أدى إلى إثارة الشكوك والتساؤلات حول مصير مبدأ سلطان الإرادة في النظرية القانونية الحديثة.

وللإجابة عن هذا التساؤل نستعرض بداية الانتقادات الموجهة إلى مبدأ سلطان الإرادة ثم نعرض لمفهوم هذا المبدأ ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة مع بيان موقف التقنين المدني المصري من المبدأ وذلك على النحو التالى :-

المبحث الأول: الانتقادات الموجهة إلى مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة وموقف التقنين المدني المصري.

---

(١) عاطف النقيب، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٥٢، ٥٣.

المبحث الأول

الانتقادات الموجهة إلى مبدأ سلطان الإرادة

أخذت العوامل الاقتصادية والسياسية التي رأيناها سببًا لازدهار مبدأ سلطان الإرادة والتطرف في الانتصار له تتكمش تدريجيًا مع بداية القرن العشرين، لتفسح الطريق أمام عوامل اقتصادية وسياسية أخرى دعت إلى مهاجمة هذا المبدأ حيث شهد القرن العشرون قيام الصناعات الكبيرة التي تضم الجموع الحاشدة من العمال، وتكونت الشركات الضخمة ذات رؤوس الأموال الكبيرة، واقترن ذلك باستغلال الطبقة الرأسمالية للمستهلكين والعمال الضعفاء، فظهر الاختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة داخل المجتمع على أشده، وهو ما أدى إلى اتجاه العمال إلى تكوين نقابات خاصة بهم لإعادة التوازن المفقود[١]، وظهور الفلسفة الاشتراكية وتغلبها على الفلسفة الفردية، فبعد أن كان السائد في عالم الاقتصاد مذهب الفزيوقراط وفي عالم الاجتماع والسياسة مذهب القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي، أصبحت السيادة للمذاهب الاشتراكية التي اتخذت أساساً مضاداً لما قامت عليه المذاهب الفردية يتمثل في مراعاة مصلحة المجموع قبل كل شيء، فبعد أن كانت الدعوة للفرد على أساس أن سعادته هي رائد القانون، أصبحت الدعوة للمجتمع وإلى تحقيق سعادته أولاً وإن أفاد الفرد من وراء ذلك، لكن إذا تعارضت مصلحة المجتمع مع مصلحة الفرد، قدمت الأولى على الثانية[٢].

وقد كان طبيعيًا أن تهاجم المذاهب الجديدة مبدأ سلطان الإرادة بوصفه تطبيقاً للأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي، وهو ما أدى إلى اهتزاز هذا المبدأ بل تراجعه لمصلحة أفكار أخرى جديدة تقيم القانون على أساس العدالة والتضامن الاجتماعي لاسيما بعد أن انضم إلى المذاهب الاشتراكية في مهاجمتهم للمبدأ، المذاهب التي تقيم القانون على فكرة التضامن الاجتماعي[٣].

ونستعرض فيما يلي أهم الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ سلطة الإرادة والتي تناولت مصادره التاريخية والأسس الفلسفية والاقتصادية التي استند إليها، وذلك كما يلي:

---

(١) أنظر: P. BANCE, Le syndicalisme ouvrier françias dans la genése du droit du travail, thèse, Paris I, 1976. J. GHESTIN, L'abus dans les contrats, gaz. Pal. 1981, doct., 379.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٤٤، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٣) أيمن العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، مرجع سابق، ص ٤٩، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، نفس الموضع .

أولا: بالنسبة للمصادر التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة:

يرى الفقه المتأثر بالفكر الاجتماعي أن مصدر مبدأ سلطان الإرادة يوجد في أفكار بعض الكتاب الأخلاقيين وبعض الفلاسفة وليس في مفاهيم رجال القانون استنادًا إلى عدم وجود جذور لهذا المبدأ في نظرهم لا في القانون الروماني ولا في قانون العرف والعادة(١).

ثانيًا: بالنسبة للأسس الفلسفية والاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة:

١- انتقاد الأساس الفلسفي:

يمكن رد الانتقادات الموجهة إلى الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة إلى فكرتين أساسيتين هما: فساد المقدمات التي يقوم عليها، واستحالة الاعتراف بالإرادة أساسا للقوة الملزمة للعقد.

أ- فساد المقدمات التي يقوم عليها:

فالفكرة التي تقوم على أساس أن للإنسان حرية طبيعية وحقوقا شخصية سابقة لوجوده في المجتمع أقرها القانون الطبيعي وتعلو على سلطان القانون هي فكرة تقوم على افتراض يخالف الواقع والحقيقة، فالإنسان المنعزل لا وجود له سوى في مخيلة الفلاسفة والمفكرين أما الحقيقة المؤكدة فهي أن الإنسان يعيش بالضرورة في مجتمع، فهو كائن اجتماعي بطبعه، لا يعيش ولا يتطور ولا يحقق ذاته إلا في المجتمع وبواسطته وطالما كان الفرد يعيش دائما في جماعة ولم يعش أبداً في عزله عنها فإنه يجب النظر إليه على أنه كائن اجتماعي يعيش مع غيره من الأفراد فلا نقول فرد يعيش في مجتمع ولكن نقول مجتمع يعيش فيه أفراد لا يستطيع بعضهم الاستغناء عن بعض ولا عن الجماعات المختلفة التي ينتمون إليها (الأسرة – التجمعات المهنية – الدولة) ومن ثم النظر إلى العلاقات فيما بين هؤلاء الأفراد، وما يتمتعون به من حقوق على أساس اجتماعي وليس على أساس فردي وينتهي هذا الفقه إلى القول بأن الحديث عن وجود حقوق شخصية للفرد سابقة على وجود المجتمع مصدرها الوحيد إرادته الحرة هو "بمنزلة الحديث عن العدم" وأن أية نظرية تقر مثل هذه الفكرة هي نظرية ضد المجتمع ترتب عليها إعلاء إرادة الفرد على إرادة القانون ومن ثم المجتمع وهو ما لا يمكن قبوله في ظل افتقار مثل هذه النظريات لأي أساس منطقي(٢).

---

(١) M. VILLEY, Preface au T.XIII des Archives de philosophie du droit 1968, p. I

مشار إليه لدى د. أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) أنظر: FLOUR et AUBERT, op. cit., n°112

E. GOUNOT, op. cit., p. 319 – 323 R. SALEILLES, op. cit., p44 – 45, DUGUIT;=

أما بالنسبة لنظرية العقد الاجتماعي فإنها تعد في نظرهم غير صحيحة من حيث إنها تؤكد الحقيقة التاريخية لهذا العقد كما أنها تعد غير صحيحة من حيث تفسيرها لشرعية السلطة وادعائها بتفسير العلاقة فيما بين الفرد والمجتمع(١)، فخير الإنسان لا يمكن بلوغه إلا بالمجتمع والعيش فيه، فالمجتمع أمر طبيعي بالنسبة للإنسان، ودونه لا يمكن لكل إنسان أن يفرض احترام مصالحه الأساسية سواء أكانت مادية أم معنوية(٢).

ب- استحالة الاعتراف بالإرادة أساسا للقوة الملزمة للعقد:

يرى خصوم مبدأ سلطان الإرادة أن ما ذهب إليه أنصار هذا المبدأ من أن الالتزام ينشأ

=les transformations génerales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris, 1912, p. 18 – 20. STARCK; op. cit., n° 1025 et 1026, E. LEVY; L'exercice du droit collectif, Rev. Trim Dr. civ 1903, p. 95. sp. p. 103. et du même AUTEUR; "la confiance légitime", Rev Trim. Dr. civ., 1910, p. 717 sp.p. 720.

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧، منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مرجع سابق، ص ١١، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤.

(١) يرى أستاذنا الدكتور/ سمير تناغو أن تقديس فكرة العقد حدث بطريقة تنطوي على إساءة كبيرة لنظرية العقد الاجتماعي حيث يرى أنه من واقع ما كتبه روسو وغيره من فلاسفة العقد الاجتماعي فإن المقصود بالعقد الاجتماعي عندهم هو العقد العادل أو العقد العقلي وليس العقد الإرادي وأن مصدر العقد الاجتماعي هو القانون الطبيعي وليس الإنسان، فإبرام العقد الاجتماعي كان مفروضاً بالضرورة على الأشخاص الذين أبرموه، هروباً من الحالة البدائية التي لو استمرت فإن استمرارها سيؤدي في لحظة معينة إلى هلاك الجنس البشري، بل إن الناس غير أحرار حتى في تحديد شروط هذا العقد لأن شروط هذا العقد محددة بواسطة طبيعة العقد لدرجة أن أي تغيير فيها يجعلها باطلة وعديمة الأثر كما أن نظرية العقد الاجتماعي لا تهدف أساساً إلى الدفاع عن إرادة الإنسان ضد العنف والقهر وليس ضد القانون الطبيعي ومبادئ العدل، فالإرادة الإنسانية لا تملك أن تصنع شيئاً ضد الأخلاق الطبيعية، ومن ثم فإن الإرادة الإنسانية ليست هي مصدر العدل فالشيء الحسن والمطابق للنظام هو كذلك بحسب طبيعة الأشياء، فكل عدل يأتي من عند الله الذي هو وحده مصدره، ونظراً لأن إرادة الأفراد قد تنحرف فإن روسو يؤكد ضرورة إلزام هؤلاء الأفراد على إخضاع إرادتهم لعقلهم والقانون هو الذي يقوم بذلك بشرط أن يكون القانون نفسه معبراً عن حكم العقل، وبناء على ما سبق ينتهي أستاذنا الدكتور/ سمير تناغو إلى أن نظرية العقد الاجتماعي لا تعدوا أن تكون تعبيراً جديداً عن نظرية القانون الطبيعي، وهو تعبير أريد به تبسيط هذه النظرية، وجعلها قريبة إلى الذهن، وأنه يترتب على ذلك أن نظرية العقد الاجتماعي لا تذهب إلى إطلاق حرية الإرادة بل على العكس فهي تخضع الإرادة لحكم العقل والعدل ومبادئ القانون الطبيعي، راجع سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ١٧١، ١٧٣.

(٢) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع.

في التصرفات القانونية تأسيسا على أن إرادة صاحبها قد اتجهت إلى تحمل التزام قانوني ومن ثم فإن جوهر العقد هو إرادة أطرافه وأن دور القانون يقتصر على تحقيق وإنفاذ هذه الإرادة من منطلق أن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية، هو قول مبنى على افتراض غير صحيح وذلك للأسباب التالية:

١- أن هذا القول يتنافى مع التحليل الواقعي لظاهرة الإرادة التي لا تستهدف بإبرام هذه التصرفات سوى تحقيق غرض معين دون أن تتجه نية صاحبها غالباً إلى قبول إرغامه على تنفيذ التزامه تنفيذا جبريا فالفرد عندما تتجه إرادته إلى إبرام تصرف تترتب عليه آثار قانونية إنما يهدف إلى إشباع رغبة أو حاجة ما لا يستطيع إشباعها بمفرده فيلجأ لإبرام التصرف لكي يحصل عليها من الغير، وهو ما يعني أن هذا التصرف ليس هو هدف الإرادة وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق هذا الهدف فالغرض الذي يظهر في التصرف القانوني كما يقول ديموج هو غرض واقعي un but de fait أما الناحية القانونية فلا تظهر في تفكير الشخص إلا بصورة عرضية ومن ثم فإن الآثار القانونية التي تترتب إنما تقع نتيجة اصطناع هذه الوسيلة وليس نتيجة لانصراف نيته إلى التحمل بالتزامات قانونية[١].

٢- إذا سلمنا بأن محور الالتزام هو مشيئة الإرادة كما يذهب أنصار هذا المبدأ فإنه يجب منطقياً أن يدور الالتزام مع هذه المشيئة وجوداً وعدماً أي أنه إذا كان لهذه الإرادة سلطان، وهذا السلطان هو أساس الالتزام فمن الطبيعي أن يكون سلطان إرادة الماضي مقصورا على التصرفات التي تمت في هذا الماضي وأن يكون سلطان إرادة اليوم مقصورا على أعمال اليوم، فإننا لا نجد هذا الترابط المنطقي بين جوهر هذا القول من ناحية والنتائج التي يمكن أن نصل إليها بموجبه إذ أن منطق هذا القول لا يستقيم إلا إذا بقيت الإرادة على حالتها الأولى أي تجميدها وإبقائها على العزم نفسه حتى تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد لأن هذه هي الحالة الوحيدة التي يمكن معها القول بأن الشخص نفذ ما التزم به طواعية واختياراً ومن ثم التسليم بصحة مبدأ سلطان الإرادة.

وما يحدث على أرض الواقع هو أن إرادة الشخص لا تبقى على حال واحدة فالإنسان ليس آلة، فعواطفه وأهواؤه وتقلب رغباته ومصالحه تتحكم فيه، وفي إرادته، ومن ثم قد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم بها من قبل، وفي هذه الحالة يتدخل القانون لا ليحتضن إرادة الشخص القائمة التي تحقق له مصلحته

---

(١) أنظر: عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ٣٦ – ٣٨، والمراجع المشار إليها بالهامش.

الحالية، وإنما يتدخل ضد هذه المصلحة ورغما عن إرادة صاحبها ليجبره على تنفيذ التزام إن كان قد رضي تحمله في الماضي بناء على الإرادة السابقة له فإن هذا الرضا قد اندثر بالعدول عنه، وهو ما يعني أن هذا الشخص الذي غير إرادته يلتزم حسب إرادة مفترضة لم تستمر فالإرادة التي تلزم في هذه الحالة هي إرادة الأمس أما الإرادة الملتزمة فهي إرادة اليوم والغد ومن ثم فإنه إذا كانت الإرادة في منطق هذا القول هي التي تنشئ الالتزام فإنها لا تستطيع هدمه، فلا يستطيع الشخص التخلص من الالتزام الذي غير إرادته بخصوصه في أي وقت يشاء، وهو ما يمثل قمة التناقض، فما دام مبدأ سلطان الإرادة يهدف إلا تحقيق مصلحة، الفرد باحترام إرادته وعدم تحمله التزاما دون رضائه فلم لا تحترم هذه الإرادة اللاحقة التي نسخت الإرادة السابقة ما دام قد اتضح أن الإرادة هي التي تحقق مصلحة صاحبها، ومن ثم ما الذي يضيفه هذا المبدأ في هذه الحالة ؟ ففي الوقت الذي يقال فيه إن إرادتي الخاصة تلزمني، فإن هذه الإرادة تكون قد تلاشت ويصبح واقع الحال كما لو كنت أتلقى أمراً من غيري، إذ لا يوجد فرق من وجهة نظر مصلحتي الخاصة بين أن أتلقى أمراً من غيري وأن أتلقى هذا الأمر من إرادة سابقة لي عدلت عنها وأصبحت لي إرادة جديدة مغايرة لها[1].

وللأسباب السابقة يرى هذا الفقه أنه لابد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئاً آخر غير إرادته وهذا الشيء هو القانون[2]، فالقانون في نظرهم هو الذي يعطي الإرادة القدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية وإنما أيضاً بالنسبة للمستقبل وهو بذلك يضفي عليها عنصر الثبات[3].

فإذا كان العقد ينشأ غالباً بإرادة أطرافه فإن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها وترتيبها للأثر مع ملاحظة أن هدف القانون ليس فقط ضمان حرية تلك الإرادة وتحقيق سلطانها بل إن هدفه الأول هو تحقيق العدالة ومصلحة المجتمع من منطلق أن الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة وأن خير الفرد يستوجب فرض بعض الالتزامات عليه، ومن ثم فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة في ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع، وللمشرع أن يتدخل لتقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف، وتعطيل الأثر الضار للأنانية الموجودة في

---

(١) أنظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ٣٢ – ٣٣، والمراجع المشار إليها في الهامش، نيرمين محمد محمود صبح، العقد شريعة المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٣٧.

E. GOUNOT, op, cit, p. 345.

(٢) F. LEVY; La confiance legitime, op. cit., p. 720.

(٣) نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ٣٧ – ٣٨.

حرية الإرادة فالعقد ليس شيئاً يحترم لذاته لأنه توافق إرادات، بل يحترم إعمالاً للتضامن الإنساني بوصفه ضرورة من الضرورات الاجتماعية ووسيلة لتحقيق الخير العام، ومن ثم فإن العقد ينبغي ألا يكون له فعالية في حد ذاته وبصرف النظر عن محتواه ومضمونه فالإنسان ليس له الحق في أن يرغب ما يشاء وفي سبيل ما يشاء، لكن ينبغي عليه أن يريد ما يشبع حاجاته المشروعة فقط(١)، ومن هنا فإن القانون لا يعطي للأفراد حرية مطلقة، وإنما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض لتجميع أنشطتهم نحو الغايات المشتركة ولتنظيم دور التضامنات الاجتماعية فالعدالة فوق الحرية، ولذلك يجب ألا تترك للحرية الحق في تجاوز ما يحقق التوازن بين مصالح الأفراد، أو الاصطدام مع المصلحة العامة، ومن ثم فالاتفاق الذي لا يمكنه أن يؤدي إلى نتائج مخالفة للمصلحة العامة غير جدير بالاعتراف له بالقوة الملزمة فإرادة القانون تعلو على إرادة الفرد والإرادة هي التي في خدمة القانون، وليس القانون هو الذي في خدمة الإرادة(٢).

وبناء على هذا يجب أن يسمح للمشرع والقاضي التحقق من كون العقد متفقا مع المصلحة العامة بما يحققه من مصالح فردية يكون ذلك بالسيطرة على ما يريده الأفراد ولماذا يريدون وبذلك نصل إلى ترجمة أخرى للحرية الفردية من الناحية القانونية فنقول أن سلطان الإرادة ليس بدوره غاية في ذاته وليس له قيمة في ذاته ولكنه مجرد وسيلة لتحقيق قيم عليا في المجتمع هي العدالة والمصلحة الاجتماعية(٣).

٢- انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة:

أفرزت الحرية الاقتصادية التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر في المجال القانوني حرية التعاقد التي جعلت للعقد في ذاته قدرة خلق عدالته الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج

---

(١) أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٨، نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ٣٨، ٣٩.
FLOUR et AUBERT, op. cit., n° III. G. TRADE; Les Transformations du droit, Paris, 1893, p. 138, E. GOUNOT, op. cit., p. 341

(٢) أنظر: R. SALEILLES; De la personnalité juridique, Paris, 1910, p 531. ET du meme Auteur, introduction à l'étude du droit civil. op. cit., p. 45 R. DEMOGUE; Des modifications aux contracts par volonté unilatérale, Rev, Trim. Dr. Civ, 1907, p. 245 – 246.

نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع وكذلك:
FLOUR et AUBERT. op. cit., n° 113 et 114. E. GOUNOT. op. cit., p. 335.

العلاقة العقدية كما جعلت من العقد الوسيلة المثالية لتحقيق العدالة والمصلحة الاجتماعية[١].

وقد انتقد خصوم مبدأ سلطان الإرادة هذه المسلمات التي تقوم عليها فلسفة الحرية الاقتصادية سواء أكان ذلك من حيث قيمتها الأخلاقية أم من حيث قيمتها الاقتصادية وتحقيقها لمصلحة المجتمع وذلك كما يلي:

أ- عدم صحة افتراض ملازمة خصيصة العدالة للعقد بشكل مطلق:

فالقول بأن الحرية التعاقدية تحقق تلقائياً التوازن المشروع للأداءات ومن ثم العدالة العقدية انطلاقا من أن الشخص العاقل يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنما تتجه دائما نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية يفترض أن هناك مساواة مطلقة بين المتعاقدين ويغفل احتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين وهو افتراض كذبته الحقائق التي بينت أن الأشخاص يوجدون أصلاً في مراكز غير متساوية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى علاقات غير متوازية بدرجة كبيرة حيث تصبح الحرية العقدية مجرد أداة تسمح للطرف القوي بأن يفرض شروطه على الطرف الضعيف وأن يستغله كلما كان ذلك ممكنا، وهذا كله تحت ستار الإرادة الحرة للطرفين[٢].

فمن ناحية أولى: هذا القول يقوم على المساواة النظرية البحتة (مساواة في الشروط القانونية) وليست المساواة الحقيقية أو الفعلية في القوة بين الطرفين التي تسمح لهم بالمفاوضة والنقاش الذي يؤدي إلى تقديم تنازلات متبادلة بين الأطراف، ففي مثل هذه الظروف فقط يمكن للطرف الذي لا يحصل عما يعتقده عدلاً أن يقطع المفاوضات ويبحث عن الأحسن في مكان آخر[٣].

هذه المساواة الحقيقية أو الفعلية في القوة بين الطرفين غير موجودة في الواقع، فالطرفان يكونان غالبا غير متساويين إما في الذكاء أو في الإرادة أو في القوة الاقتصادية أو في المركز الاجتماعي والذي يحدث عملاً هو أن الطرف الأكثر فطنة وبراعة أو الأكثر قوة يفرض إرادته وشروطه على الطرف الآخر فأغلب الأمر أن يتعاقد إنسان تحت إلحاح الحاجة، والآخر رغبة في الإثراء فيفرض الأخير شروطه على الأول الذي بطبيعة الحال يسلم بجميع شروط

---

(١) أنظر: M. HORWITZ, The historical Foundations of modern contract law, Harvard, Rev, 1974, p. 917 –919.

(٢) RIPERT; op. cit n° 22. L. DUGUIT: op. cit., p. 12. P. ATIYAH; AN introduction to the law of contract, 5th ed. clarendon press. oxford. 1995. p.14.

(٣) أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٥٨، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٨.

الأخير بعيداً عن أي مناقشة أو مفاوضات تسبق العقد[١]، فعدم المساواة أو التعادل بينهم في الظروف تستبعد كل مناقشة أو تنازل وغياب المفاوضة والمناقشة لشروط التعاقد يمنع بدوره أن تكون الأداءات متوازنة بطريقة عادلة فالأقوى أو الأكثر يملي قانونه على الأضعف والأقل مهارة، وهو ما يعني أن الحرية التعاقدية المدعاة ليست إلا "إرادة تستطيع فرض شروطها الجائرة على إرادة أخرى" كيوم عمل طويل جدا من أجل أجر منخفض جدا، فلا يوجد حرية حقيقية طالما لم توجد المساواة الحقيقية[٢].

ومن ناحية أخرى فإن افتراض ملازمة خصيصة العدالة للعقد، والناتجة من حرية وتعادل أطرافه قد يكون مقبولاً من مذهب الاقتصاد الحر في مطلع القرن التاسع عشر، إذ لم تكن صور عدم المساواة واضحة أو لافتة لنظر المفكرين الاقتصاديين نتيجة طغيان الطابع الشخصي على العلاقات العقدية، واحتفاظ كل من التجارة والصناعة في هذا الوقت بطابعهما الحرفي، فكان بإمكان الأفراد عقد صفقاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد إلا أن ذلك لا يعني أن كل تلك العلاقات عادلة ولكن ما نستطيع قوله هو أن عدم عدالتها لم يكن يتخذ الشكل المؤسسي "institutionnalise"[٣].

أما بعد قيام الثورة العلمية بما صاحبها من تغيرات اقتصادية واجتماعية كبيرة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر والقرن العشرين، لم يعد افتراض العدالة المزعومة اللصيقة بالعقد مقبولاً بأي حال من الأحوال فعلى إثر التمركز الصناعي والتجاري الناشئ عن الانطلاقة الاقتصادية التي لم يسبق لها مثيل أصبحت صور عدم المساواة أكثر عمقا ووضوحا وأخذت أشكالاً جديدة، فأصبح الأمر يتعلق حينئذ بعدم مساواة في القوى الاقتصادية بين مجموعات اجتماعية واقتصادية (شركات ضخمة واتحادات منتجين) وبين فئات من المتعاقدين (مستهلكين وعمال) وقد كانت النتيجة الطبيعية لذلك هي استحالة المفاوضات والمناقشات في نطاق العقد وقبول شروط تعسفية بدافع الحاجة للحصول على السلعة أو الخدمة أو لتوفير مقومات الحياة المعيشية وهو ما يظهر جليا خاصة عندما يتعاقد الشخص مع الشركات العملاقة التي تحتكر السلعة أو الخدمة بحكم الواقع أو بحكم القانون بل خارج نطاق هذا الاحتكار فإن

---

(١) E. GOUNOT, op. cit., p. 382 ets. L. DUGUIT; op. cit., p. 12. STRACK, op. cit., n° 1028.

(٢) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٩، ٤٠، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٥٦، ٥٧.

(٣) BATIFFOL: La crise du contrat, op. cit., p.59.
F. TERRE, PH. Simler et Y. LEQUETTE: P. 30.

تفوق أحد الأطراف على الآخر بدا واضحا في القرن التاسع عشر في نطاق الصناعات الكبيرة فمثلاً أي شروط يستطيع أن يناقشها العامل مع صاحب العمل؟ وهل يستطيع أن يمتنع طويلاً عن العمل لديه ليحقق توازناً في العلاقة العقدية معه[١]؟

وقد كان لهذا الواقع انعكاسه في نطاق القانون فظهرت فكرة عقود الإذعان والتي تتضمن شروطا مفصلة غير قابلة للنقاش تقوم بوضعها الشركات أو اتحادات المنتجين أو المقاولين في صورة عرض موجه للعامة وعلى الراغب في التعاقد إما قبولها كلها أو تركها كلها دون أدنى حرية في مناقشتها وهو في الوقت نفسه لا يكون لديه أي أمل في أن يجد أحسن منها في مكان آخر وبهذا فإن المستهلك قد قفل أمامه كل باب للحرية المدعاة إذ بقى حرا من الناحية النظرية لكن اختياره كان دائما مقيدا بأخذها كلها أو تركها كلها، مع ملاحظة أنه لا يوجد إنسان يستطيع أن يعيش دون أن ينتقل من مكان إلى آخر، أو دون عمل أو تأمين أو دون خدمات أساسية (مياه – كهرباء) وهو ما يعني أنه لا يوجد إنسان لا يفرض عليه الواقع الخضوع لعقود إذعان[٢].

وقد أدى انتشار وسيطرة الشركات والمؤسسات الصناعية الكبرى على الحياة الاقتصادية إلى عدم اقتصار الخلل العقدي الناشئ عن عقود الإذعان على العلاقة بين المنتج والمستهلك فقط ، ولكنه امتد أيضا ليشمل العقود التي تبرم بين المنتج والموزع أي بين رجال الأعمال أنفسهم ، وإن كان هناك مجال في مثل هذه المعاملات للتفاوض والمساومة، فإن القاعدة المعمول بها هي أن معظم الشروط لا يتم التفاوض عليها بل تبقى مفروضة، وهو ما يعني أن الأشخاص الاعتبارية الضعيفة تتبع وتخضع للأشخاص الاعتبارية الأخرى الأكثر منها قوة ونفوذا[٣].

وعلى هذا فإن الإرادة الحرة لا تحقق دائما العدالة العقدية من منطلق أن ما يصدق بالنسبة للمراكز المتساوية لا يصدق بالنسبة للمراكز غير المتساوية ولذلك فقد تعرضت المقولة الشهيرة لـــ Fouillé "من قال عقدا فقد قال عدلاً" لهجوم شديد، فنجد الفقيه الألماني اهرنج

---

(١) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٩، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٠، محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦ – ١٩٧٧، ص ٣٠ – ٣١، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٥٧ – ٥٨، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول – مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٧٦، ص ٣٩.

BATIFFOL, op. cit.. p. 59.

(٢) أنظر: P. ATIYAH: An introduction.... op. cit.. p. 16.

نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع .

(٣) P. ATIYAH: op. cit.. p. 16 – 17.

Ihering ينتقد هذه المقولة قائلاً "إن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلاً هو بمنزلة إعطاء ترخيص بالصيد للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم"(١)، كما قيل إنه "بين القوي والضعيف، الحرية تستعبد والقانون هو الذي يحرر"(٢).

فالعدالة لا تنشأ من العقد، وإنما كل ما في الأمر أن العقد يتمتع بقرينة بسيطة وهي أنه يلحق به العدل، وهذه القرينة قد تنهدم أمام ما تظهره الحقائق من أن الحرية والمساواة المدعاة بين المتعاقدين هي حرية ومساواة اسمية تخفي وراءها عدم مساواة حقيقية وتامة فيما بينهم وما يؤدي إليه ذلك من تقرير التزامات عقدية دون التراضي عليها بحرية وإنما هي مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا(٣)، لذلك يرى هذا الفقه ضرورة إقرار عبارة "هذا يجب أن تتجه إليه الإرادة لأنه يعد عادلاً" بدلاً من عبارة "هذا يعد عادلاً؛ لأنه ما أراده الأطراف"(٤).

ب- إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والمصلحة الاجتماعية:

يرى خصوم مبدأ سلطان الإرادة أنه ليس صحيحاً طبقاً للمسلمة الثانية للفلسفة الفردية، أن الحرية التعاقدية تؤدي دائما إلى علاقات اجتماعية أكثر نفعا ومن ثم إلى نتائج تتفق والمصلحة الاجتماعية وذلك من منطلق أن المصلحة العامة ما هي إلا مجموع المصالح الخاصة إذ يرى هذا الفقه أن الأفراد يتجهون بطبيعتهم نحو الأنشطة الأكثر عائدا وربحا التي قد لا تكون بالضرورة الأكثر نفعا وفائدة للمجتمع(٥).

كما انتقدوا ما ذهب إليه أنصار الحرية الاقتصادية من أن تلك الحرية توفر آلية طبيعية للتوازن الاقتصادي، عن طريق قانون العرض والطلب الذي يطوع الثمن للقيمة والإنتاج للحاجات بشرط توافر سوق المنافسة الكاملة، إذ يرى خصوم هذا المبدأ أن الواقع يؤكد أن الأمور لا تسير على هذا المنوال فهذا القول يفترض أولاً قيام المنافسة الحرة، وهو ما لا يتحقق غالباً في الواقع في ظل تعريفات للسلع والخدمات أو أمام قيام الاتحادات التجارية والاتفاقات

---

(١) R.IHERING; La lutte pour droit, Traduction o. de Meulenaere 2e ed, Paris, 1890, p. 96. cité par GOUNOT, op. cit., p. 371 et V. RANOUIL; L'autonomie du la volonté naissance et évolution d'un concept, 1e ed , 4 Trimestre, presses universitaire de France, 1980, p. 133.

(٢) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) V.RANOUIL, op. cit., p. 133. E. GOUNOT, op. cit., p. 385 et 387.

(٤) R. SALEILLES: De la déclaration de volonté, Paris, 1901, p. 357.

(٥) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع، وكذلك:
FLOUR et AUBERT: op. cit., n° 116.

والتحالفات بين التجار على السعر والنوع ومن ثم تنهار الحرية التعاقدية فلا تحقق الغرض من المناداة بها وهو زيادة الإنتاج والتوسع في المبادلات[١].

ويذهب هذا الفقه إلى أنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز في ظل دولة حصرت وظيفتها وهمها في المجال السياسي فإنه بعد تطور الحياة في الحقل الصناعي والتجاري والاجتماعي بالشكل المتسارع المتدافع بدت الحرية الفردية غير المراقبة في بعض مظاهرها ذات أثر سلبي في تلك الحياة وفي علاقات الناس، وهو ما يبرر تدخل الدولة لتفادي هذا الأثر أو الحد منه وذلك عن طريق قيام الدولة بإدارة وتوجيه الاقتصاد في نطاق واسع وهو أمر لا يمكن أن يتحقق إلا على حساب الحرية العقدية هذا التوجيه تحميه الدولة في المقام الأول ويتمخض عن قوانين توجه النشاط الاقتصادي بدلاً من تركه يسير حسب رغبة كل فرد ممن قد يضحون بمصلحة المجتمع في سبيل تحقيقهم لمصالحهم وحاجاتهم[٢].

وكل هذا يجب ألا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور في العقود والمشروعات وإنما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم يعد لها السيادة المطلقة، فالحرية التعاقدية خاصة ما زالت هي المبدأ والأصل لأنها تؤدي غالبا إلى نتائج عادلة ومفيدة، كل ما هناك ينبغي أن ترد عليها بعض القيود عن طريق التنظيم الآمر حتى يتم توجيهها بطريقة سليمة تتفق مع المصلحة العامة وبحيث لا تتحول إلى فوضى ولا تؤدي إلى الظلم أو التعسف[٣].

جـ – إمكانية التعارض بين القوة الملزمة للعقد والعدالة أو المصلحة الاجتماعية:

يرى خصوم مبدأ سلطان الإرادة أنه حتى إذا افترضنا أن المتعاقدين كانا يقفان على قدم الحرية والمساواة عند التعاقد وأن إرادتهما قد اتجهت إلى ما هو عادل فإن العقد الذي كان طبيعيا وعادلاً عند نشأته قد يصبح غير عادل إذا لم ينفذ في الحال، وذلك بفعل التغييرات التي قد تحدث في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه والتي قد تؤدي إلى اختلال توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف بشكل فادح فمثلاً إذا ما حدث ارتفاع كبير في الأسعار نتيجة لحرب أو كارثة اقتصادية، فإن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه سيملي على القاضي والأطراف في عقود التوريد المبرمة لمدة طويلة العمل على تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في هذا العقد قبل نشوب الحرب أو الكارثة ومنها الالتزام

---

(١) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠، وكذلك:

E. GOUNOT; op. cit., n° 325 et s.

(٢) عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠، ٤١.

WEILL et TERRÉ. op. cit., n° 60.

بدفع الثمن المتفق عليه دون أي زيادة وذلك احتراما لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولكن ألا يكون الاحترام الصارم لذلك المبدأ في هذه الحالة يخالف العدالة؟ وهل مثل هذه الحلول تتفق المصلحة العامة في الوقت الذي تؤدي فيه إلى إفلاس كثير من المتعاقدين[١]؟

وبناء على ذلك يمكن القول بأنه على مستوى تنفيذ العقد فإن احترام الإرادة قد يؤدي إلى نتائج مؤسفة لا تتفق مع مقتضيات العدالة والمصلحة العامة فتنفيذ ما تم الاتفاق عليه قد يكون عادلاً إذا تم التنفيذ فورا أما إذا كان العقد متراخي التنفيذ أو ينفذ على دفعات فإن تغير الظروف منذ إبرام العقد وحتى وقت التنفيذ تجعل من الظلم إلزام المدين بتنفيذ الالتزام، دون الأخذ في الاعتبار ما طرأ من تغيرات، لذلك يبدو طبيعيًا في مثل هذه الأمور ألا تقف القوة الملزمة عقبة في سبيل إعادة التوازن بين مصالح الطرفين وأن يعيد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أليس هذا يمثل اعتداء على القوة الملزمة للعقد التي تعد إحدى ركائز مبدأ سلطان الإرادة[٢].

---

(١) أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٦٢، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤١ ولمزيد من التفاصيل راجع:

M. PHILIPPE; Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Bruxelles. 1968.

(٢) حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ١٩٩٥، ص ٣٨، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الموضع.

المبحث الثاني

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة

وموقف التقنين المدني المصري

أولا: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة

رأينا أن مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده يقابلها مبالغة من المعارضين له في الحط من شأنه فالأولون ينادون بالإرادة أساساً لجميع أنواع الحقوق والنظم القانونية فى حين ينكر عليها الآخرون أن تكون أساسا لأي حق أو نظام لذا لم يتأخر كثيرا رد الفعل فقام من ينتصر من جديد لمبدأ سلطان الإرادة ولكنهم وقفوا به عند حدوده المعقولة وبعد الموازنة بين حجج الفريقين(١)، حيث يرى هذا الاتجاه المعتدل الذي ساد في الفقه الحديث أنه إذا كان قد ظهر من النقد الذي وجه إلى هذا المبدأ عدم إمكانية الأخذ به على إطلاقه فإنه مما لاشك فيه أيضا أنه لا يمكن نبذ هذا المبدأ كلية ونفي كل سلطان للإرادة في إنشاء العقود وترتيب الالتزامات لأن ذلك إن كان متصورا في مجتمع توزع فيه الأموال والمنافع طبقا لأوامر السلطان ودون دخل في ذلك لإرادة الأفراد، فإنه غير متصور في مجتمع يقوم على أساس الملكية الفردية وحرية العمل، لأن هذا الأساس يستلزم حرية تبادل الأموال والمنافع ومن ثم حرية التعاقد(٢).

وانطلاقا مما تقدم يحدد هذا الاتجاه المعتدل مجال الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة لا أثر لها إطلاقا في دائرة القانون العام، إذ تتحدد قواعده على ضوء اعتبارات تتصل بالصالح العام وحده فإذا ما انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص وجدنا دور الإرادة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ضئيلاً إذا قيس بدورها في المعاملات فهي إن استطاعت أن تنشئ عقد الزواج وهو أصل العلاقات بين أفراد الأسرة، فإن القانون هو الذي يستقل بتحديد آثار هذا العقد، أما فيما يتعلق بالمعاملات المالية، فإن للإرادة دورها المهم وإن كان هذا الدور أقل شأنا في الحقوق العينية عنه في الحقوق الشخصية، فهى مصدر لكثير من الحقوق العينية ولكنها لا تستطيع أن تنشئ حقوقاً جديدة منها، لأن هذه الحقوق وردت في القانون على سبيل الحصر كما أن آثار هذه

---

(١) أنظر في ذلك:
STARCK, op. cit., n° 1016 et S. MARTY et RAYNEAUD; Droit civil, t.2, 1962, n° 38; J. FLOUR et J. L. AUBERT; op. cit., n° 103.

(٢) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٧٠، ٧١، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٤٦، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٤٥.

الحقوق لا تستطيع الإرادة أن تعدل فيها إلا في أحوال نادرة إذ أن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد هذه الآثار، والأمر على خلاف ذلك في الحقوق الشخصية (الالتزامات) إذ أن الإرادة هي قوام التصرف القانونى الذي يعد أهم مصدر لهذه الحقوق بالرغم من وجود مصادر غير إرادية لها وهي العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون[١].

وعلى ذلك يتبين لنا أن سلطان الإرادة يبلغ أقصى ما له من قوة في مجال التصرف القانوني، فإن ذلك لا ينبغي أن يؤدي بنا إلى الاعتقاد بأن سلطان الإرادة في مجال التصرفات القانونية سلطان مطلق فبالرغم من أن هذا المبدأ لا يمكن إنكاره وقد فرض سيطرته على العالم القانوني حيث تعترف أكثر الدول الحديثة بالعقد أداة أساسية في التعامل ومصدرا رئيسيا لإنشاء الحقوق والالتزامات وتسلم في دائرة هذا العقد بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه، سواء ما تعلق منه بكفاية الإرادة لإبرام العقود وما تعلق بسلطان الإرادة في تعيين ما يترتب على العقود من آثار فإن ذلك لا ينفي أن تطور القانون في الدول المختلفة قد اقتضى إيراد القيود على هذا المبدأ في كثير من نواحيه[٢]، هذه القيود مرنة حيث تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية وتتسع في ظل المذاهب الاجتماعية أو الاشتراكية، وهو ما يعني أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو القاعدة في التشريعات الحديثة، فإن فاعلية هذا المبدأ ترتبط إلى حد كبير بالفلسفة أو النزعة السائدة في المجتمع فمجال تطبيق المبدأ يتسع وفي الوقت نفسه تنحصر القيود التي ترد عليه في ظل التشريعات التي تقوم على المذهب الفردي وعلى العكس تنكمش دائرة تطبيق المبدأ ويكبل بمختلف القيود في ظل التشريعات التي تقوم على المذاهب الاشتراكية والاجتماعية[٣].

ثانيًا: موقف التقنين المدني المصري من مبدأ سلطان الإرادة:

يرى أستاذنا الدكتور السنهوري أن موقف التقنين المدني المصري الجديد في مصر من سلطان الإرادة كان معتدلاً "فلا هو انتقص منه إلى حد جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٤٥، ٤٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٧١.

(٣) صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٦، عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ١٣١.

وإلى مقتضيات العدالة"[1].

فالمشرع المصري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه، فنص على الشق الأول المسمى بمبدأ الرضائية في المادة ٨٩ مدني التي تقضي بأن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" كما نص على الشق الثاني المسمى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في المادة ١/١٤٧ مدني التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون".

وبالرغم من اعتناق المشرع المصري لهذا المبدأ فإنه لم يعتنقه في صورته المطلقة التي تتسم بالمغالاة والتي تصطدم بواقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية وإنما رسم له حدوداً من خلال فرضه للعديد من القيود التي تحيط به في شقيه:

(١) فالرضائية وهي كفاية الإرادة وحدها لإنشاء التصرف ترد عليها قيود آتية من الشكل الذي يفرضه القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات ومن القواعد التي تتعلق بالشهر وتلك التي تتعلق بالإثبات[2]، وهو ما سيلي ذكره تفصيلاً.

(٢) كذلك الشق الثاني للمبدأ وهو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف والمسمى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أورد عليه المشرع العديد من القيود التي تحد منه وذلك كما يلي[3]:

أ – استبقى المشرع بعض القيود التي تضمنها التقنين القديم، ومنها فكرة النظام العام والآداب فاستمرت العقود الرضائية محصورة في نطاق هذه الفكرة التي جعلها الشارع حدا مهما لسلطان إرادة الأفراد في تكوين التصرف القانوني وفي تعيين آثاره، كما استبقى الحدود المادية للقيمة في بعض العقود كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه عن الخمس (م ٨٤٥).

---

(١)عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٧، ٧٨.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٨ – ٨٠، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤٢، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٤٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، نفس الموضع.

ب – استحدث قيودا جديدة على مبدأ سلطان الإرادة في الجانب المتعلق بتكوين العقد، فأخذ بجانب من نظرية الاستغلال بحيث لا يجوز للعاقد أن يستغل ما يعتري العاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح يدفعه إلى التعاقد معه (م١٢٩) وحمى الجانب الضعيف في عقود الإذعان بإعطاء القاضي رقابة على بنودها بحيث يجوز له تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذها إذا كانت جائرة (م١٤٩) وقرر في عقد التأمين بطلان شروط معينة رآها ضارة بالمستأمن كما أجاز للمقترض في القرض بفائدة أن يفي بالدين قبل حلول أجله، بل إن التقنين الجديد سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد، فأخضع في بعض النظم الأقلية لرأي الأغلبية كإدارة المال الشائع (م ٨٢٨، ٨٢٩) واتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (٨٦٤) حيث تلتزم الأقلية بما تقرره الأغلبية في الإدارة وكملكية الأسرة، حيث يتولى الإدارة مدير تعينه الأغلبية (٨٥٤) وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ولكن التقنين الجديد ضحى بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما في (م٩٥) التي تنص على أنه "في حالة اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

وتعليقا على هذه القيود الجديدة التي استحدثها التقنين الجديد يرى أستاذنا الدكتور السنهوري "أن المشرع قد خفف بهذه القيود من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تقييد هذا المبدأ، إذ هو فيما قيده به قد جارى النزعة الحديثة المتمشية لا في التقنينات الجرمانية وحدها، بل في التقنيات اللاتينية الحديثة ذاتها فساير بذلك تطورا محمودا سجله العصر الحاضر لهذه التقنينات"[1].

وإذا كان المشرع المصري لم يتجاوز حدود الاعتدال في تقييده لمبدأ سلطان الإرادة من خلال نصوص القانون المدني، فإنه من المسلم به أنه قد تجاوز هذه الحدود بعد فرضه للعديد من القيود الظاهرة التي ضيقت كثيرا في نطاق تطبيقاته في تشريعات أخرى مختلفة وذلك إعمالاً

---

(١)عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص ٨٠، ٨١.

لسياسة الاقتصاد الموجه التي فرضها الفكر الاشتراكي الذي ساد مصر في مرحلة ما بعد الثورة وهو ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن العقد الحر أصبح في طريقه إلى أن يصبح عقدا موجها "contrat dirigé" أي العقد الذي يحدد القانون أهم شروطه ولا يكون للأشخاص إلا أن يرتضو بها أولا يرتضون دون تعديل(١)، فالمشرع المصري طوال هذه المرحلة لم يتوقف عن التدخل في مجال العلاقات التعاقدية الخاصة، وذلك من خلال القواعد الآمرة أو الحاضرة التي لا يجوز للأطراف الخروج عنها وذلك لأن مخالفتها قد ترتب بطلان العقد أو بعض من شروطه لكون تلك القواعد متعلقة بالنظام العام.

وقد أخذ هذا التدخل من قبل المشرع أشكالاً مختلفة فتارة يتدخل لإجبار الشخص على إبرام عقد معين تاركا حرية اختيار المتعاقد الآخر(٢)، وتارة يتدخل ليحد من حرية المتعاقد في اختيار الطرف الآخر(٣)، وتارة يتدخل بقيود ليحد من حرية العاقدين في تحديد مضمون العقد بغية تحقيق التوازن بينهما(٤).

ويرى العديد من الفقهاء أن هذا التدخل التشريعي قد تخطى المصالح التي وجد من أجلها

---

(١) أنظر: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها، نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها، السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١١ من قانون المرور ٦٦ لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالتأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبة مدة الترخيص، وكذلك المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الخاصة بإيجار المساكن المعدة للاستغلال

(٣) ومن ذلك ما نص عليه القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢ (م ٩، ١٠، ١١، ١٢) الخاص بإلزام صاحب العمل باستخدام نسبة معينة من المعوقين المؤهلين وكذلك ما تقضي به المادة ٥٩ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ من أولوية التعيين للمجندين والمستبقين والمستدعين من أبلوا بلاء حسناً في العمليات الحربية وكذلك ما نص عليه قانون الإصلاح الزراعي من امتداد عقود إيجار الأراضي الزراعية امتداد قانونياً لصالح المستأجر إلى مدة غير محدد وهو ما يسمى بالامتداد القانوني.

(٤) من ذلك تدخل المشرع في تحديد مبلغ الأداء المالي الذي يلتزم به أحد المتعاقدين عن طريق فرض حدود قصوى للالتزامات المالية مثل وضع حد أقصى لأثمان سلع كثيرة (التسعيرة الجبرية) ووضع حد أقصى لأجرة الأماكن والأراضي الزراعية ولنصيب المؤجر في المزارعة (مواد ٦ وما بعدها من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، ومادتا ٤، ٥، من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المعدلتان بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨).

وتجاوزها حتى أصبح القانون قيدا على التقدم والتطور، بل وصل الأمر إلى حد وصفه أحياناً بالظلم فالتجربة أثبتت أن إهمال الإرادة والإسراف في سياسة التدخل والتوجيه أدى إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وهو ما انعكس سلبا على العلاقات الاجتماعية وعلى التطور والتقدم ولذلك فهم يرون ضرورة العودة إلى مبدأ سلطان الإرادة أصلا في تنظيم الروابط العقدية، وأن تكون سياسة التوجيه مجرد استثناء يستهدف تفادي أي مساوئ أو إسراف يؤدي إليه هذا المبدأ(١).

والواقع أن النظرية القانونية في مصر تشهد الآن انطلاقا سريعا نحو تبني كل أسس الفردية القانونية وأهمها الرجوع للعقد ومبدأ سلطان الإرادة الذي بدأ يستعيد شبابه في مصر مع بلوغ سياسة التوجيه الاقتصادي سن الشيخوخة واتجاه الدولة نحو نظام الخصخصة واعتناقها للحرية العقدية ومن مظاهر ذلك(٢): رفع الحظر الذي كان مفروضا على القطاع الخاص بشأن ممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية والخدمية التي كانت مقصورة ممارستها على الدولة مثل: (التعليم والنقل والمواصلات والإعلام... إلخ) بالإضافة إلى إصدار المشرع للعديد من القوانين الحديثة التي تقوم على مبدأ الحرية العقدية مثل القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإيجار الأماكن وفيه نص على خضوع عقود الإيجار الجديدة التي تبرم اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون لأحكام القانون المدني خاصة فيما يتعلق بتحديد المدة وتحديد الأجرة، وهوما يعني رفع جميع القيود التي كان المشرع قد فرضها بهذا الشأن في العقود الجديدة، وإطلاق الحرية للمؤجر والمستأجر في تحديد شروط عقدهما وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أصدر المشرع قانون الاستثمار الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الذي تضمن العديد من الضمانات والمزايا للمشروعات الاستثمارية خروجاً على قواعد التوجيه الاقتصادي التي توجد في بعض القواعد العامة من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ١٠ من أنه "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات والمنشآت أو تحديد أرباحها" كما نصت المادة ١٢ من هذا القانون على أن "للشركات والمنشآت الحق في تملك أراضي البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها

---

(١) حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) أنظر: أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ٢٩٨ وما بعدها، أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص ١٢٦، وما بعدها، حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، نفس الموضع ، زكريا محمد بيومي، التشريعات الاقتصادية في مجال الاستثمار وسوق المال والتجارة الدولية، بدون ناشر، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣، ص ٣٣، السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ١٧٣، ١٧٤، توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام، الجزءالأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٨٠ – ١٩٨١، بند ٢٧ – ص ٤١، حمدي عبد الرحمن – رضا عبد الحليم عبد المجيد، شرح أحكام عقد الإيجار، بدون ناشر، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص ٥٩.

والتوسع فيه" بل إن القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ سمح لغير المصريين بتملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء وهو ما يعد خروجاً على أحكام القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ الذي كان يمنع الأجانب كقاعدة عامة من اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضي الفضاء أياً كان سبب الاكتساب عدا الميراث كما أعفى قانون الاستثمار الجديد أصحاب الأعمال من القيود الواردة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٨ على التعيين في الشركات العامة، وذلك لإعطاء الفرصة للمشروعات الاستثمارية للاستعانة بالكفاءات وجذب العمال المهرة للعمل لديها (م ١٥ من قانون الاستثمار الجديد) كما استثنت هذه المادة أصحاب الأعمال من الخضوع للقيد الخاص باستخدام العمال وفقاً لتواريخ قيدهم في مكاتب القوى العاملة وبهذا يستطيع المستثمر استخدام من يشاء من العمال دون أية قيود كالتي نصت عليها (م٢٤ من قانون العمل رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١، م ١٢ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣) كما نص المشرع في القانون الصادر سنة ١٩٩٢ على عودة عقود إيجار الأراضي الزراعية إلى دائرة القانون المدني ومن ثم إلى دائرة سلطان الإرادة وذلك بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٦/١٩٩٧، وهو ما أدى إلى إلغاء قاعدة الامتداد القانوني لمصلحة مستأجر الأراضي الزراعية والتي كانت تمثل انتهاكا صارخا لمبدأ سلطان الإرادة وعلى هذا فقد أصبح الأصل العام في قانون الاستثمار والعديد من القوانين الحديثة هو الحرية العقدية خروجاً على قواعد التوجيه الاقتصادي التي سيطرت على بعض القواعد العامة في بعض المجالات وهو ما يؤكد بوضوح اتجاه المشرع المصري في ظل الانفتاح الاقتصادي إلى إطلاق الكثير من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، وهو ما يمكن معه القول بوجود اتجاه جديد لم تتضح معالمه نحو نظام الحرية التعاقدية وإعادة الإرادة إلى سلطانها في ثوب جديد.

الفصل الثالث

الشكلية الحديثة في ضوء سيادة مبدأ سلطان الإرادة

في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة أصبحت القاعدة هي أن الإرادة حرة في اختيار طريقة أو شكل التعبير عن نفسها عند إنشاء التصرف، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية، أو حرية اختيار الشكل، على أن هذا المبدأ الذي كان يتفق والظروف الاقتصادية والاجتماعية، بدأ يظهر قصوره عن تلبية ظروف المجتمعات الحديثة، ومن ثم تزايدت صور التدخل التشريعي، بفرض أنواع مختلفة من الشكل، يجب أن تصاغ فيه الإرادة، تحقيقا لأغراض اجتماعية واقتصادية، منها حماية الطرفين، وتسهيل مهمة الإثبات، وتمكين الغير من العلم بالعقد. والذي يعنينا في هذا المقام هو مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، صور الشكلية الحديثة وتطبيقاتها.

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية

المبحث الثاني: صور الشكلية في مجال التصرفات القانونية وتطبيقاتها

المبحث الأول

مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية

ينقسم الفقه المعاصر بصدد تحديد مفهوم الشكلية في القانون الحديث إلى اتجاهين أساسين:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه يضيق من مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية، فالشكل في نظر هذا الجانب من الفقه هو التنظيم القانوني للتعبير عن الإرادة الذي يفرضه المشرع على سبيل الاستثناء من مبدأ الرضائية، بالنسبة لتصرفات معينة، هذا التنظيم لا يعدو أن يكون فرضا لشكل محدد للتعبير عن الإرادة يتوقف عليه تحقق الوجود القانوني لهذا التعبير، ومن ثم وجود التصرف ذاته وليس مجرد فعاليته[1].

وعلى ذلك فالتصرف لا يكون شكليا إلا إذا فرض القانون على صاحب التعبير عن الإرادة شكلاً معينا يتقيد به في هذا التعبير[2]، ويكون هذا الشكل شرطا لانعقاد هذا التصرف

---

(١) أنظر: Ch. LAROUMENT, Dorit Civil, t.3, Les obligations, 1986, n°506.
C.RAQUIN, Quelques notion sur le formalisme ancien et moderne, Annales de L'université de Lyon, Troisième série fascicule 27, 1965, pp. 75-76.
V.DELAPORTE, Recherche sur la forme des actes Juridiques en droit international privé, thèse, Paris, 1974, pp. 6-7
J. GHESTIN; Traite de droit civil, op. cit, n°344 et 351. DURMA, La notification de la volonté, thèse, Paris, 1930, n°176, p. 193

(٢) يرى بعض أنصار هذا المفهوم أن الشكلية لا تحول دون اختيار صاحب التصرف الشكلي للطريقة أو الوسيلة التي يتحقق بها الشكل المفروض، إذ لا يتعارض مع فكرة الشكل أن يترك المشرع للأفراد حرية اختيار الطريقة التي يتم بها تنفيذ الشكل المفروض، ففي كثير من الأحيان، يكون الشكل المفروض مرناً بحيث يمكن تحقيقه بأكثر من طريقة، فالمشرع يكتفي بفرض الشكل دون تحديد طريقة استيفائه، كما لو تطلب القانون مجرد الكتابة مطلقاً دون أي تحديد آخر، في هذه الحالة يمكن لصاحب التصرف استيفاء هذا الشكل بطرق عديدة، فالكتابة قد تكون رسمية، وقد تكون عرفية، وكل منهما يمكن استيفائه بطرق عديدة لا حصر لها، وكذلك الأمر عندما يستلزم المشرع التعبير الصريح عن الإرادة، حيث يمكن استيفاء هذا الشكل المفروض من خلال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو السلوك طالما أنه يكشف عن الإرادة بطريقة مباشرة، ففي مثل هذه الأحوال تتمتع الإرادة بحرية اختيار طريقة تنفيذ الشكل المفروض من جانب المشرع، وليس بحرية اختيار الشكل، فالشكل هنا واحد فقط وليس أكثر، ولا يملك المتصرف أن يختار سواه (الكتابة فقط) وإنما يستطيع اختيار طريقة تنفيذ الشكل المفروض فقط كما رأينا.
أنظر في هذا المعني: DURMA. La Thèse cité. n°174. p. 189 – 190
محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، رسالة=

وقيامه، وليس مجرد شرط لفعاليته أو نفاذ آثاره.

ولا شك أن الشكلية بهذا المفهوم الضيق تناقض الرضائية، وتجعل من الشكل استثناء مباشراً على مبدأ الرضائية وتقصر مفهوم الشكل على الإجراءات الشكلية المصاحبة للتعبير عن الإرادة واللازمة لإبرام التصرف أي الشكل المطلوب لانعقاد التصرف وصحته فقط، ومن ثم يختلف التصرف الشكلي عن التصرف الرضائي(١).

الاتجاه الثاني: هو اتجاه يوسع من مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية، ويعرفها بتعريفات أوسع وأشمل من الاتجاه الأول، فالشكل لدى هذا الاتجاه عنصر خارجي يشترط القانون إضافته إلى الظاهرة الأصلية التي من شأنها إنشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء حق أو مركز قانوني، بحيث لا تنتج الظاهرة الأصلية – وهي في العادة تصرف قانوني – الأثر المشار إليه، بغير إضافة هذا العنصر الخارجي إليها(٢). ووفقا لهذا المفهوم الواسع فإنه يدخل في نطاق مفهوم الشكلية جميع الإجراءات أو الأشكال الواجب اتباعها سواء لانعقاد التصرفات أو لفعاليتها (نفاذها وسريانها) مع التمييز بينهما إصطلاحيا، فيطلق على الشكلية اللازمة لانعقاد التصرف مصطلح الشكلية المباشرة، فى حين يطلق على الشكلية التي يتوقف عليها فعالية التصرف مصطلح الشكلية غير المباشرة(٣).

وعلى هذا فإن الشكلية لدى هذا الاتجاه لا تقتصر على الشكل المطلوب لانعقاد وصحة التصرف فقط بل تشمل أيضاً تلك الأشكال أو الإجراءات الواجب اتباعها لفعالية التصرف أي لنفاذه وسريانه التي يترتب على عدم مراعاتها عدم الفاعلية القانونية للتصرف بأية درجة كانت، على الرغم من صحته مثل الأشكال المتطلبة للإثبات، والأشكال المتطلبة للعلانية والشهر، وغير

=دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٠، رقم ١٧٣، ص ١٦٧.

(١) عاطف عبد الحميد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" – دراسة مقارنة في تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٠٥، محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، رسالة سابقة، ص ١٨٢ – ١٨٣.

(٢) F. GENY: Science et Technique en droit privé positif, t. 3, Paris, 1921, n°203.

(٣) أنظر: M. GUERRIERO: L'acte Juridique solennel, thèse, L.G.D.J, Toulouse, 1975, p. 160. F. GENY; op. Cit. n°204. V. DELAPORTE; thèse cité, p. 16-17. R. Rouxel; recherche des principes généraux régissant l'evolution contemporaine du formalisme des actes Juridiques, thèse cite, p. 22 et s. RAQUIN, Quelques notion ….., Article cité, p. 75-76.

ذلك من الأشكال التي لا يتطلبها القانون للانعقاد(١).

وبهذا المفهوم الواسع فإنه لا يوجد تعارض أو تضاد بين الرضائية والشكلية، حيث ستدخل تصرفات رضائية في نطاق الشكلية، ما دام غياب شكل محدد يترتب عليه فقط عدم فعالية التصرف القانوني بدرجة ما، دون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف وسلامته(٢).

والحقيقة أنه من الصعوبة بمكان ترجيح أحد المفهومين على الآخر، إلا أننا نستطيع أن نقول إذا كان صحيحاً أن الشكل المطلوب للانعقاد يعبر عن المعني الفني الدقيق والأساسي لنظرية شكل التصرف، فإن ذلك لا ينبغي أن يأخذنا إلى التطرف ونفي حقيقة يمليها المنطق القانوني السليم وهي أن مختلف الأشكال الأخرى التي لا تدخل في نطاق هذا المفهوم الدقيق والتي يطلق عليها أنصار المفهوم الواسع – الشكلية غير المباشرة – هي قيود شكلية حقيقية إن لم تكن تمثل استثناء مباشراً على مبدأ الرضائية – فهي على الأقل تنتقص وتحد منه بقوة، وذلك للأسباب التالية:

١- أن الرضائية تعني كفاية الإرادة وحدها لإنشاء التصرف، بمعنى أن تبادل التعبير عن الإرادة يكفي وحده لقيام التصرف ولترتيب جميع آثاره فيما بين المتعاقدين، دون حاجة إلى دعم هذا التعبير أو مساندته بشكل معين، ولما كانت مختلف هذه الأشكال التي تخرج عن نطاق فكرة الشكل المطلوب للانعقاد تتطلب من الأطراف عند إبرام التصرف الامتثال الفوري لأعمال أو مظاهر مادية تضاف إلى عنصر التراضي، ويترتب على عدم مراعاتها، أن يصبح التعبير عن الإرادة مشلولاً أو محروما من قيمته القانونية أو فاعليته بدرجة ما، فإننا إزاء ذلك لا يكون أمامنا سوى التسليم بأن الإرادة في مثل هذه الحالات لا تكون حرة أو ذات سلطان كامل، فهذه الأشكال وإن كانت لا تعد شرطا أو ركنا لانعقاد العقد، فإنها تؤثر في فاعليته. أي أننا سنكون أمام عقد قائم وصحيح إلا أن بعض آثاره أو كلها معطلة لعدم مراعاة هذا الشكل المفروض، وفي ذلك مخالفة صارخة لمبدأ الرضائية.

٢- أن التباين في الجزاء المقرر لتخلف الشكل المطلوب للانعقاد (البطلان) وباقي الأشكال التي لا تدخل في نطاقه (التأثير على فعالية ونفاذ التصرف) لا ينفي كون الأخيرة قيودا شكلية حقيقية، لأن البطلان المترتب على تخلف الشكل المطلوب للانعقاد لا يعد نتيجة منطقية

---

(١) أنظر: J. FLOUR, Quelques remarques sur L'evolution du formalisme, MELANGE RIPERT, t.1, Paris, 1950, n°6 et 10. F.GENY, op..cit., n°205. R. Rouxel, La thèse cité, p. 59 et p. 76.

(٢) M. GUERRIERO, La thèse Cité, p. 160.

لطبيعة الشكل، وإنما هو جزاء تحكمي يفرضه المشرع لضمان احترام الشكل المقرر، وليمنحه أهمية أكبر عن مختلف الأشكال الأخرى[1]، فتنويع الجزاء المترتب على تخلف الشكل يعد من قبيل معالجة المشرع لمسألة الشكل في مرونة لمواجهة تزايد عدد الأشكال التي بدأت تعرفها التشريعات الحديثة التي لا تدخل في نطاق فكرة الشكل المطلوب للانعقاد، وهي ظاهرة لم يكن يعرفها القانون الروماني، نتيجة لأن الشكل كان في ذاته هو جوهر التصرف، فإذا ما تخلف فإن ذلك يعني أن التصرف لم يوجد أصلاً، فانعدام الشكل كان شأنه في القانون الروماني شأن انعدام الإرادة في القانون الحديث، لا يحتمل إلا جزاءا واحدا هو البطلان المطلق، لأنه الجزاء الذي تفرضه في هذه الحالة طبيعة الأشياء فلا يقبل التبديل أو التعديل أو التحديد أما الشكل في القانون الحديث فهو دائما ذو وظيفة خارجية، كما سبق أن رأينا، لا يغتصب دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، فجوهر التصرف القانوني ينحصر في الإرادة، لا في الشكل، لذلك فإن جزاء تخلف الشكل متروك لتقدير المشرع الذي يتمتع في تحديده بحرية مطلقة، دون أن يتقيد بشيء ما يتصل بطبيعة الشكل، وإنما يسترشد فقط بالغرض العملي الذي يتوخاه من فرضه[2].

٣- إن الفارق بين الشكل المطلوب للانعقاد وباقي الأشكال غير المطلوبة للانعقاد مثل أشكال الإثبات أو الإشهار وإن كان من الناحية النظرية يعد واضحا وظاهرا، فإن النتائج العملية المترتبة على تخلف الشكل المطلوب للانعقاد تتقارب وتتشابه إن لم تكن تتطابق في بعض الحالات مع تلك المترتبة على تخلف باقي الأشكال، فمثلاً لا يوجد فارق من الناحية العملية بين تصرف باطل لعدم مراعاة الشكل المطلوب لانعقاده، وتصرف قانوني صحيح لا يمكن إثباته لعدم احترام الشكل المطلوب لإثباته، ففي كلتا الحالتين، النتيجة العملية واحدة – وهي عدم فعالية التصرف[3] وكذلك الأمر فيما يتعلق بأشكال الشهر خاصة عندما يخرج المشرع عن إطار الجزاء الطبيعي لتخلف أشكال الشهر، وهو عدم سريان ونفاذ التصرف في مواجهة الغيرليقرر جزاءات اشد قوة مثل حرمان التصرف من إنتاج أهم أثر من آثاره أو تقرير بطلان التصرف[4].

---

(١) أنظر: محمود أبو عافية، التصرف المجرد، رسالة سابقة، فقرة ١٨، ١٩.

(٢) محمود أبو عافية، الرسالة السابقة، فقرة ٢٠.

(٣) أنظر ما سيلي، ص ٥١٠ وما بعدها.

(٤) أنظر ما سيلي، ص ٥١٣ وما بعدها.

المبحث الثاني

صور الشكلية الحديثة في مجال التصرفات القانونية

استتبع الخلاف الفقهي حول مفهوم الشكلية في العصر الحديث -كما سبق أن رأينا- خلافا آخر حول صور الشكلية في التشريعات الحديثة، فأنصار المفهوم الضيق لها يحصرونها في صور الشكلية المتطلبة لانعقاد، ويستبعدون عدا ذلك من أشكال من نطاق فكرة الشكل، ومن ثم لا يعدونها ضمن صور الشكلية، فى حين يقسم أنصار المفهوم الواسع للشكلية هذه الصور إلى قسمين : الأول، يضم صور الشكلية المباشرة وهي تلك المتطلبة للانعقاد، والثاني يضم صور الشكلية غير المباشرة وهي جميع الأشكال التي يتطلبها القانون لنفاذ وفعالية أو لإثبات التصرف.

وفي عرضنا لصور الشكلية، سنتبع التقسيم الأخير من منطلق ما سبق أن انتهينا إليه من أنه بالرغم من أن جميع الأشكال التي لا تدخل في نطاق الشكلية المتطلبة للانعقاد لا تعبر عن المعنى الفني الدقيق لها، فإنها تمثل قيودا شكلية حقيقية تحد وتنتقص من مبدأ الرضائية.

أولاً: صور الشكلية المباشرة (الشكلية المتطلبة للانعقاد):

يمكن تعريف الشكلية المباشرة (الشكلية المتطلبة للانعقاد) بأنها تلك الأوضاع التي يفرضها القانون للتعبير عن الإرادة عند إبرام تصرفات قانونية معينة، بحيث لا يعتد بالإرادة، ومن ثم لا ينعقد التصرف ولا ينتج آثاره إذا تم التعبير عنها بأية طريقة أخرى غير تلك التي فرضها القانون أسلوبا محددا للتعبير(١).

ويتضح من هذا التعريف أن المشرع يتطلب هذا النوع من الشكلية لقيام التصرف وانعقاده وترتيب آثاره، وأنها تعد ركنا لازما لانعقاد التصرف القانوني بجانب الأركان الثلاثة الأخرى المعروفة وهي الرضا والمحل والسبب بحيث يترتب على إغفالها وتخلفها بطلان التصرف بطلانا مطلقا(٢).

ولا شك أن الشكل المطلوب للانعقاد – بهذا المعنى – يمثل خروجا واستثناء على المبدأ

---

(١) H. DUHAUT; De la forme, de ses caractères et de ses règles en droit romain, de la règle "locus régit actum" en droit français, thèse cite, p. 13.

(٢) A. WEILL et F. TERRE, Droit Civil, les obligations, dalloz, 4e éd 1986, p.127 et128

عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٤٨.

العام السائد في الشرائع الحديثة وهو مبدأ الرضائية، وبالأحرى على مبدأ حرية الإرادة في اختيار طريقة التعبير عن نفسها والصورة الغالبة للشكلية المباشرة هي اشتراط الكتابة لإنشاء التصرفات، سواء أكانت رسمية أم عرفية، وإلى جانبها توجد صور أخرى الشكلية نفسها وإن كانت محل خلاف بين الفقهاء مثل اشتراط التعبير الصريح أو اشتراط تسليم الشيء محل التصرف.

١- شكلية الكتابة الرسمية:

يفرض المشرع الكتابة الرسمية. شكلا للعديد من التصرفات القانونية، فلا تنعقد مثل هذه التصرفات إذا لم تفرغ في الشكل الرسمي.

ويقصد بالكتابة الرسمية المطلوبة في هذه التصرفات: تلك الكتابة التي يقوم بتحريرها موظف عام له حق التوثيق، أو يتم تحريرها أمام الجهة الرسمية التي يعينها القانون، وفقا للأوضاع التي يقررها[١]. وهو ما يعني أن هناك ثلاثة شروط يجب توافرها في هذه الكتابة وهي:

أ - أن تكون صادرة من موظف عام له حق التوثيق، أو يتم تحريرها أمام الجهة الرسمية التي يعينها القانون.

ب - أن يكون لهذا الموثق أو الجهة سلطة واختصاص تحرير هذه الكتابة.

ج - أن يراعى في تحريرها الأوضاع والإجراءات القانونية المقررة.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط فقدت الكتابة وصف الرسمية، ومن ثم فإن التصرف الشكلي الذي يفرض له المشرع هذه الكتابة يعد باطلاً لتخلف الشكل.

أما عن أهم التصرفات التي يستلزم فيها المشرع المصري الرسمية فهي: عقد هبة العقار (م ٤٨٨ مدني)[٢] وعقد الرهن الرسمي (م ١٠٣١ مدني)[٣] والحكر (م ١٠٠٠ مدني)[٤] والوقف (م١

---

(١) جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، ص ٤٩، عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي، رسالة سابقة، ص ٤٩-٥٠.

(٢) تنص المادة ١/٤٨٨ مدني - على أنه "تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

(٣) تنص المادة ١/١٠٣١ مدني على أنه "لا ينعقد الرهن إلا بورقة رسمية".

(٤) تنص المادة ١٠٠٠ مدني على أنه "لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبأذن من المحكمة الابتدائية=

من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بأحكام الوقف)[١] في المعاملات المدنية وكذلك عقد بيع السفينة والحقوق العينية الواردة على السفينة (م ١١ من القانون البحري الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠)[٢] وعقد رهن السفينة (م ٤١ من القانون البحري الجديد)[٣] وعقد رهن الطائرة (م ٢٨ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن الأحكام الخاصة بالطائرات)[٤] في المعاملات التجارية.

والحكمة من اشتراط الكتابة الرسمية في الأساس رغبة المشرع في حماية المتعاقد من تسرعه واندفاعه وتنبيهه إلى خطورة ما هو مقدم عليه من تصرفات، فالرسمية بما تتضمنه من صعاب وعوائق وإجراءات طويلة وشاقة وضعها المشرع تعطي المتعاقد مهلة من الوقت لمعاودة التفكير الهادئ، وتدبر الأمر والتريث قبل إقدامه على عقود ذات نتائج خطيرة، إلى جانب أن إجراء التصرف أمام موظف رسمي متخصص قد يعينه على توضيح حقيقة التصرف الذي يقدم عليه والآثار المترتبة عليه، وما خفي عليه من أحواله فإذا أقدم بالرغم من كل هذا فيكون المتعاقد قد عقد العزم، واستدرك الأمر، وبذلك تكون الرسمية قد أدركت هدفها[٥].

وتعد الكتابة الرسمية من أفضل الأشكال القانونية وأهمها لما تحققه من مزايا عديدة، ففضلاً عما أشرنا إليه من تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف المراد إبرامه، فإن الكتابة الرسمية تحقق للتصرفات صياغة منضبطة تؤدي إلى تلافي كل العيوب التي قد تصاحب إبرام

=الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري".

(١) تنص المادة ١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على ما يلي "من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير في مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة، وضبط بدفاتر المحكمة".

(٢) تنص المادة ١/١١ من القانون البحري الجديد على أنه "تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو إنقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة".

(٣) تنص المادة ٤١ من القانون البحري الجديد على أنه "لا ينعقد رهن السفينة إلا بعقد رسمي".

(٤) تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ على ما يلي " وينعقد الرهن الرسمي على الطائرة بورقة رسمية تحرر أمام الجهة المختصة بتسجيل الطائرات".

(٥) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٨ – ٦٩، عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٣٢، نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ٧٤، عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٥٠، ٥١.

هذه التصرفات من ناحية الموضوع، كما أنها تكفل للمتصرف حرية التعبير عن إرادته، وتضمن سلامة رضاء المتصرف على أفضل وجه، وتؤدي كذلك إلى إعداد دليل إثبات رسمي على حدوث التصرف وهو أقوى أدلة الاثبات، و تؤدي كذلك بالنسبة إلى بعض العقود كما في الزواج إلى تحديد الحالة المدنية للمواطنين بما يحقق المحافظة على الحقوق الكثيرة المترتبة على هذه الحالة، كالحق في النفقة والحق في النسب والحق في الميراث .... الخ[1].

وهذا الشكل كما هو معروف يعيبه البطء وطول الإجراءات، فهو يحتاج إلى وقت وجهد ونفقات، ولكن هذه العيوب -كما رأينا- يقابلها فوائد تفوقها بكثير، والمهم هو حسن وبراعة السياسة التشريعية في استخدام هذا الشكل، فإذا أحسن استخدامه وتوظيفه، فإن هذه العيوب تتضاءل وتتلاشى، وعلى العكس إذا أسيئ استخدامه، فإن عيوبه تبرز وتتضح[2].

٢- شكلية الكتابة العرفية:

قد يستلزم المشرع شكلية أخرى بالنسبة لبعض الاتفاقات، وهي شكلية الكتابة العرفية التي يتوقف عليها أيضاً انعقاد العقد، ويترتب على عدم احترامها بطلان العقد.

ويقصد بهذه الشكلية: اشتراط أن يتم إنشاء التصرف بمحرر مكتوب موقع عليه من أطراف التصرف. ومن ثم تختلف هذه الكتابة عن الكتابة الرسمية، فالأخيرة تقتضي تدخل موظف رسمي (الموثق) لكي يقوم بإبرام العقد وتخضع للعديد من الضوابط والشروط اللازمة للاعتراف بها، أما الكتابة العرفية فتتطلب مجرد محرر مكتوب وموقع عليه من طرفي التصرف، أي إن الكتابة والتوقيع هما الشرطان الوحيدان فيه فلا يشترط فيها أن يقوم بتحريرها الموثق أو أي شخص بعينه، كما لا يشترط أن تكون في حضور شهود[3].

و تختلف أيضا هذه الكتابة العرفية اللازمة لانعقاد العقد عن الكتابة التي يتطلبها القانون لإثبات العقود، في أن الأولى تجعل العقد شكليا أي غير رضائي، أما الثانية فلا تمنع من اعتبار العقد رضائيا، ينعقد بمجرد تبادل الإرادتين، ولو أن إثباته لا يجوز إلا بالكتابة، ولذلك فإن

---

(١) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٣٨١، ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة سابقة، ص ٣٣٧.

(٢) ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، نفس الموضع.

(٣) عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٤٨-٤٩، جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٥٩، نزيه محمد الصادق المهدي، دروس في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثالث، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٧.

الأولي يترتب على تخلفها بطلان التصرف لأن الكتابة ركنا لازما لانعقاده، في حين أن الثانية لا يترتب على تخلفها سوى صعوبة في إثبات العقد وليس بطلان العقد[١].

أما عن أهم التصرفات التي يشترط القانون المصري الكتابة العرفية لإنشائها فهي:

عقد الشركة (م ٥٠٧ مدني) [٢] وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدني) [٣] وعقد تقرير مرتب مدى الحياة (م ٧٤٣ مدني) [٤] والتصرف الذي بمقتضاه ينقل المؤلف لغيره حق الاستغلال المالي للمصنف (م ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية) رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢) [٥]، وموافقة شخص على قيام شخص آخر بالتأمين على حياته (م ٧٥٥ مدني)[٦]، والتصرف الذي يكون موضوعه نقل ملكية المتجر، أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله (م ٣٧ قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) [٧]، وعقد نقل التكنولوجيا (م ٧٤ من قانون التجارة الجديد) [٨].

وجدير بالذكر أنه حيث يستلزم المشرع شكلاً معينا لانعقاد العقد، وجب أن يتوفر هذا

---

(١) محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص ١٨٦، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) تنص المادة ٥٠٧ مدني على أنه "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوف الشكل الذي افرغ فيه ذلك العقد".

(٣) تنص المادة ٨٥١ مدني على ما يلي "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية".

(٤) تنص المادة ٧٤٣ مدني على أن "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

(٥) تنص المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على ما يلي" للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوباً، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانة".

(٦) تنص المادة ١/٧٥٥ مدني على ما يلي "يقع باطلاً التأمين على حياة الغير، ما لم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد، فإذا كان هذا الغير لا تتوافر فيه الأهلية، فلا يكون العقد صحيحا إلا بموافقة من يمثله قانونا".

(٧) تنص المادة ١/٣٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ما يلي " كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن سكون مكتوبا، وإلا كان باطلاً".

(٨) تنص المادة ١/٧٤ من قانون التجارة الجديد على أنه "يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا وإلا كان باطلا".

الشكل أيضا في الوعد بإبرام هذا العقد (م ٢/١٠١ مدني) [١] وفي التوكيل في إبرامه (م ٧٠٠ مدني مصري) [٢] وفي إجازته، كما يجب أن تستوفي هذه الشكلية فيما يدخل على هذا العقد من تعديل، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه[٣] كما يذهب الرأي الراجح في الفقه[٤] إلى أن قاعدة الرضائية ليست من النظام العام ومن ثم يستطيع المتعاقدان الاتفاق على اشتراط توافر شكل معين يتوقف عليه انعقاد العقد الرضائي الذي يقصدانه، كأن يتفقا أثناء التفاوض بشأن العقد، على أن العقد لا ينعقد إلا إذا أفرغ اتفاقهما في محرر رسمي أو عرفي، ففي هذه الحالة يعمل باتفاق الطرفين فلا ينعقد العقد إلا إذا تمت كتابة المحرر المطلوب واستوف شروطه، فإذا لم تتم هذه الكتابة لا ينعقد العقد، وتسمى هذه الشكلية بالشكلية الاتفاقية.

٣- شكلية اشتراط التعبير الصريح:

إعمالاً لمبدأ حرية التعبير عن الإرادة، فإن الأفراد يستطيعون التعبير عن إرادتهم صراحة أو ضمناً، وإلى ذلك تشير صراحة المادة ٩٠ مدني حيث تنص في فقرتها الثانية على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

إلا أن المشرع استثناءا مما تقدم يتطلب في بعض التصرفات – أن يكون التعبير عن الإرادة فيها صريحا – كما هو الحال في المواد ١٥٨، ٤٧٥، ٥٩٧، ٦٨٨ من التقنين المدني[٥]،

---

(١) تنص المادة (٢/١٠١ مدني) على أنه "إذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

(٢) تنص المادة (٧٠٠ مدني) على أنه "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٤) أنظر: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، مرجع سابق، هامش ص ١٥١، سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص ٨١، مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٣، ٢٤، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٦٦، محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – مرجع سابق، ص ٤١.

(٥) تنص المادة ١٥١ مدني مصري على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

وتنص المادة ٤٧٥ مدني مصري على أنه "إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً=

والمادة ١٨ من قانون الإثبات[١]، وحسب ما ذهب إليه الفقه السائد[٢]، فإن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً، إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه – لفظاً كانت أو كتابة أو إشارة أو اتخاذ موقف – من شأنها أن تؤدي بذاتها ومباشرة حسب المألوف في التعامل حقيقة المعنى المقصود بحيث ينتفي معه احتمال أي معنى آخر[٣].

ويكون التعبير ضمنيا إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح هذا المعنى على غيره من المعاني المحتملة[٤].

=مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد".
وتنص المادة ١/٥٩٧ على أن "تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر سواء فيما يتعلق بضمانة للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن: أولاً إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن ...".
وتنص المادة ٢/٦٨٨ مدني مصري "على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداع، أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات".

(١) تنص المادة ١٨ من قانون الإثبات على أن "الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا في حالتين: الأولى، إذا ذكر صراحة أنه استوفى دينا، والثانية، إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق بأن تقوم مقام السند لمن اثبت حقاً لصالحه".

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٣٦، ١٣٧، وقريباً من هذا المعنى، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٦، ص ١٧٦، مصطفي الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٣، ٤٤، فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٣) قد يكون التعبير الصريح باللفظ أي باستعمال اللفظ المؤدي إلى المعنى الذي تقصده الإرادة، بأية لغة كانت هذه الألفاظ شفاهة أو كتابة أيا كان شكلها عرفية أم رسمية، كما قد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً بين الناس، كإشارة الأخرس وهز الرأس عمودياً دلالة على القبول أو أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض حتى من غير الأخرس، كما قد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أيضا باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقته المقصودة وذلك كعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أسعارها، كوقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المعدة لركوب الركاب، أو كوضع آلات ميكانيكية لتأدية خدمة معينة للجمهور.

(٤) مثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً عرض عليه ليشتريه، فيستدل من ذلك قبوله لشراء هذا الشيء، وكذلك قيام من عرضت عليه الوكالة بإجراء يدخل في نطاق مقتضيات الوكالة فيعتبر ذلك منه قبولا للوكالة. وأيضا قيام الدائن بتسليم سند الدين للمدين، يفيد أن هذا الدائن أراد إنهاء الدين ما لم يثبت العكس، وكذلك بقاء=

- هل يعد اشتراط التعبير الصريح ضرباً من الشكلية؟

السائد في الفقه القانوني أن اشتراط القانون للتعبير الصريح يعد قيداً على حرية التعبير عن الإرادة، ولكن بعد ذلك تفترق الآراء في تكييف هذا القيد[١] حيث يرى البعض أن استلزام التعبير الصريح لا يعد فرضا لشكل معين، وإنما هو مجرد قيد شكلي سلبي بمقتضاه يحرم القانون طريقة معينة من طرق التعبير وهي طريقة التعبير الضمني، ومن ثم يظل التصرف الخاضع له تصرفاً رضائيا[٢]،فى حين يعتبرها البعض الآخر أن استلزام التعبير الصريح يمثل درجة وسطي بين الشكلية والرضائية[٣]،ويراه آخرون نوعا من الشكلية المهذبة[٤] أو الشكلية المخففة[٥]، وأخيرا يرى البعض أن استلزام التعبير الصريح هو صورة من صور الشكلية كغيرها من الصور، ومن ثم فإن التصرفات التي تخضع له تعد تصرفات شكلية[٦]، وهو الرأي الذي نميل إلى ترجيحه من

=المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة، إذ يدل ذلك ضمناً على رغبته في تجديد الإجارة، ويعتبر ذلك إيجابا ضمنيا بذلك، فإذا علم المؤجر بذلك وسكت عليه وقبض الأجرة، اعتبر ذلك منه قبولاً ضمنياً بتجديد الإجارة.

(١) عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٥٧.

(٢) IHERING; L'esprit du droit romain, t.٣, op. cit., p. ١٦٧.

مشار إليه لدى ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٧٧.

(٣) ومن أنصار هذا الرأي الفقيه ديموج Demouge الذي يرى أن التصرف القانوني الذي يتطلب فيه المشرع التعبير الصريح عن الإرادة ليس تصرفاً شكلياً، لأنه لا يوجد شكل مفروض للتعبير عن الإرادة، كما أنه ليس تصرفاً رضائياً، لأن المتعاقد ليس حراً تماماً في اختيار طريقة التعبير عن إرادته، ويطلق ديموج على هذا القيد تعبير "الشكلية السلبية" formalisme négatif، وكذلك أستاذنا الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة الذي يرى أن تلك الحالات التي يستلزم فيها المشرع التعبير الصريح تعد بمثابة "درجات ينتقل فيها القانون من الشكلية إلى ما دونها بقليل أو كثير بحسب درجة خطورة التصرف، فهي استثناء على اصل حرية التعبير الإرادي" بينما يرى أستاذنا الدكتور أحمد سلامة أن تلك الحالات تمثل مرحلة وسطي بين التعبير الضمني العادي وبين التعبير الصريح تتمثل في تطلب المشرع درجة واضحة من التعبير الضمني.

أنظر: DEMOGUE, op. cit, n°١٧٣

عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج ١، ١٩٩٠، فقرة ١٢٥.

أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٧٥، ص ٨٦.

(٤)عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، فقرة رقم ٧٦، ص ١٧٨.

(٥) CARBONNIER; Droit Civil, p. ٧٩

(٦) أنظر في هذا الرأي: ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٥٤، ص ٧٩، ٨٠ وكذلك.

V. DELAPORTE, thèse Cité, p. 15/16. DURMA, La notification de la volonté, thèse cité, p. 195. BONNECASE, Supplément au traite théorique et pratique de droit civil de Baudry la cantinerie, t. 2, 1925, n°390.

منطلق أن مفهوم فكرة الشكل في القانون الحديث لا يعني سلب الإرادة كل حريتها في التعبير عن نفسها، وإنما يعني فقط تنظيم ممارسة هذه الحرية، ومن ثم فإننا نكون بصدد شكل في كل حالة يفرض فيها المشرع إجراء أو أكثر لتنظيم طريقة التعبير عن الإرادة بحيث لا ينتج هذا التعبير أثره إذا لم يراع الإجراء المفروض، وبقطع النظر عن بساطة هذا الإجراء أو تعقيده، فالشكلية لا تعني شكلا معقدا، وإنما شكلا ملزما، أي مفروض لا يمكن استبداله بغيره، كي يكون للتعبير عن الإرادة قيمة قانونية، وهو ما يعني أن الشكلية تكون موجودة طالما يقيد المشرع من حرية الإرادة في التعبير عن ذاتها، ولو لم يصل هذا التقييد إلى حد سلب الإرادة كل حريتها في التعبير، فمجرد تدخل القانون لحصر التعبير في وسيلة أو وسائل معينة، واستبعاد غيرها من الوسائل، وهو بمنزلة قيد أمام حرية التعبير وتحديد أسلوب وشكل معين للإرادة في التعبير عن نفسها، وهو ما يتحقق باشتراط القانون للتعبير الصريح في تصرفات معينة، واستبعاد التعبير الضمني فيها، أي إننا هنا نكون بصدد تصرفات شكلية وليس تصرفات رضائية كما يرى البعض، أو حتى تصرفات وسط ما بين الرضائية والشكلية كما يرى البعض الآخر، فالتصرف إما أن يكون رضائيا أو شكليا بحسب مدى الحرية في التعبير عن الإرادة المكونة له، فإذا كان التعبير عن هذه الإرادة تعبيرا حرا فإن العقد يوصف بأنه رضائي، أما إذا كان التعبير مفروضا كما هو الشأن في اشتراط التعبير الصريح فإن العقد يوصف بأنه شكلي[1].

٤- شكلية التسليم (القبض)

يستلزم القانون لإنشاء بعض التصرفات أن يتم تسليم الشيء محل التصرف، فلا يكفي لإنشاء هذه التصرفات وترتيب آثارها القانونية مجرد التعبير عن الإرادة أو تراض المتعاقدين، بل يستلزم القانون فوق ذلك القيام بإجراء شكلي هو تسليم العين محل التعاقد.

ورغم اتفاق الفقهاء على أن مثل هذه التصرفات تمثل خروجاً على مبدأ الرضائية، إذ لا يكفي لانعقادها مجرد تلاقي الإرادتين، وإنما يلزم إضافة إلى هذا العنصر الداخلي، عنصر خارجي آخر هو التسليم، فقد اختلفوا حول مدى اعتبار هذا التسليم شكلاً مفروضًا من قبل المشرع، فبينما يرى البعض أنه بالرغم من أن مثل هذه التصرفات التي يشترط فيها التسليم لانعقادها تشبه التصرفات الشكلية من زاوية عدم انعقادها بمجرد توافق الإرادتين، بل يلزم فيها توافر ركن إضافي، فإنه من زاوية أخرى تختلف عنها في هذا الركن الإضافي، فهو في

(١) أنظر عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٥٧، ٥٨، ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٧٩، ٨٠.
M. GUERRIERO; L'acte juridique solennel, thèse cité, p. 104 - 105.

التصرفات الشكلية شكل خاص يفرغ فيه التصرف، أما في مثل هذه التصرفات فهو تسليم العين موضوع التصرف من أحد طرفيه إلى الآخر، وهو ما يعني أن ركن التسليم لا يعد من قبيل الشكل المفروض في نظر هذا الفقه ولذلك فإن مثل هذه التصرفات التي يتوقف انعقادها على تسليم الشيء محل التصرف لا تدخل في نطاق التصرفات الشكلية لديهم، وإنما يطلقون عليها تسمية التصرفات العينية، ويقابلون بينها وبين التصرفات الرضائية والتصرفات الشكلية(١).

وفي المقابل يذهب جانب من الفقه إلى أن عنصر التسليم العيني يعد من ابرز صور الشكلية الحديثة إلى جانب الكتابة، فالقبض أو التسليم في نظرهم يعد شكلاً مفروضا للتعبير عن الإرادة في التصرفات العينية فهو سلوك يفرضه المشرع لكي يعتد بالتعبير، ومن ثم فإن التصرفات العينية لا تعدو أن تكون تصرفات شكلية(٢)، وهو الرأي الذي نميل إلى ترجيحه للأسباب التالية:

أ – أن الشكل المطلوب للانعقاد كما سبق أن بينا هو الطريقة التي يفرضها القانون للتعبير عن الإرادة عند إبرام تصرفات قانونية معينة، بحيث لا يعتد بالإرادة، ومن ثم لا ينعقد التصرف إذا تم التعبير عنها بغير هذه الطريقة، وهو ما يتحقق باشتراط القانون لعنصر التسليم في تصرفات معينة(٣). فالتسليم ما هو إلا طريقة مفروضة للتعبير، وعنصر خارجي

---

(١) أنظر في هذا المعني: سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٩٠، ٩١ وكذلك:
A. PIEDELIEVRE; Les Transformations du formalisme dans les obligations civiles, thèse, Paris, 1959, P. 26. P. DUEZ; Renaissance de L'acte abstrait dans les obligations, Lille, 1914, p. 36.

(٢) أنظر في هذا المعني:
LARGUIER; Etude sur la notion de titre en droit privé, thèse, Montpellier, 1948, p. 65. CH. LAROUMENT, Droit civil, t. 3. les obligations. Op. cit., n°222. R. ROUXEL; thèse cité, p. 148.

وكذلك فإن جانب كبير من الفقه المصري إن لم يكن غالبيته يرى أن القبض يعد شكلاً. أنظر في ذلك حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، ١٩٧٩، هامش رقم ٣، ص ١٨٢، أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم ٢٥، ص ٦٣، عبد الودود يحي، مصادر الالتزام، ١٩٧٩ – ١٩٨٠، ص ٢٠، جميل الشرقاوي، الرسالة السابقة، هامش رقم ١، ص ٣١٤، محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩، نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩٧، محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة، مرجع سابق، ص ١٤٦، عاطف النقيب، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٧، عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٥٩، ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، هامش ص ٥٧، عاطف ندا، الرسالة السابقة، ص ٣٣٧.

(٣) من الجدير بالذكر أن فكرة العقد العيني قد تعرضت لاستنكار الفقه الفرنسي الذي يتعاطف مع مبدأ=

يشترط القانون إضافته إلى العناصر الداخلية أو الأساسية المكونة للتصرف (التعبير عن إرادتين متطابقتين) حتى ينتج أثره شأنه في ذلك شأن الشكل الرسمي، ومن ثم فإنه يعد شكلاً للتصرف[1].

ب – أن فكرة الشكل في القانون الحديث فكرة مرنة جدا، وتطبيقاتها عديدة، وينبغي لحسن فهمها ألا نربطها بشكل معين، كالشكل الكتابي أو الرسمي على وجه التحديد، ونجعل من أحكام هذا الشكل الذي لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للفكرة أحكاما للفكرة ذاتها، فمثل هذا الربط الخاطئ من شأنه أن يجعل نطاق الفكرة غير معبر عن حقيقتها ويؤدي إلى جمودها، وهذا الخطأ هو ما وقع فيه أنصار الرأي القائل بأن عنصر التسليم لا يعد شكلاً، إذ أنهم حصروا فكرة الشكل في القانون الحديث في نطاق الشكل الكتابي فقط الذي ينقسم إلى كتابة رسمية وكتابة عرفية، وعلى هذا الأساس صنفوا التصرفات الشكلية إلى تصرفات رسمية، وتصرفات عرفية.

والحقيقة أنه بالرغم من أن هذا التصنيف يقوم على أساس الغالب الأعم من حالات الشكلية التي تكاد تنحصر في الشكل الكتابي، فإنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن التصرفات الشكلية يقتصر نطاقها على تلك التصرفات التي يستلزم المشرع الكتابة لانعقادها، فالكتابة ليست هي الشكل الوحيد المطبق في القانون الحديث، فالقبض أو التسليم يعد شكلا، واستلزام التعبير الصريح يعد شكلا، ويمكن القول إجمالاً بأن كل تقييد لحرية التعبير عن الإرادة يجعلنا بصدد شكل حسب مفهومه الحديث، وإن كنا لا ننكر أن الشكل الكتابي هو الشكل الغالب في هذا القانون[2]. وهكذا يمكننا القول بأنه إذا كان الشكل الكتابي يعد شكلاً، فإنه ليس كل شكل، يعد بالضرورة شكلاً كتابيا، ففكرة الشكل –كما رأينا– أكثر اتساعا من فكرة الشكل الكتابي، وعليه فإننا نرى عدم صحة الرأي الذي حاول أن يحد من نطاق فكرة الشكل والوقوف بها عند الشكل الكتابي دون سواه،

=الرضائية، بحيث ذهب هذا الفقه إلى رفض الصفة الشكلية أو العينية لهذه العقود، وإلى القول بأنها عقود رضائية عادية فهذه العقود تقوم في نظر هذا الفقه بالتراضي، وما التسليم إلا مقدمة للتنفيذ، لمزيد من التفاصيل عن هذا الاتجاه أنظر. نزية محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١١٤، وأنظر إشارته إلى مراجع أخرى في هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي هامش رقم ٩١. وكذلك محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص ١٤٧ والمراجع المشار إليها بالهامش.

(١) أنظر. عاطف ندا، الرسالة السابقة، ص ٣٣٦، ٣٣٧.

(٢) أنظر. ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٥٣، ص ٦٣، ٦٤.

واستبعاد ما عداه من أشكال مثل القبض أو التسليم أو استلزام التعبير الصريح، إذ لا ينبغي حصر هذه الفكرة في نطاق تطبيقات معينة والحد من مرونتها التي ميزتها وأكسبتها حيوية أدت إلى استمرارها عبر العصور القديمة والحديثة على حد سواء[1]، فاستلزام الشكل الكتابي أو الرسمي على وجه الخصوص شأنه كالقبض أو التسليم أو حتى استلزام التعبير الصريح، كلها تطبيقات لفكرة الشكل وعلى ذلك يمكن القول بأن العقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إليه تطور القانون الروماني في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده، ومنه انتقلت فكرة هذه العقود إلى القانون الفرنسي، ثم إلى التقنين المصري القديم الذي سار على نهج القانون الفرنسي حيث كان يتضمن خمسة عقود عينية هي القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي وهبة المنقول إلا أن الاتجاه الحديث نحو تعميم قاعدة رضائية العقد أدي إلى هجر كثير من التقنينات الحديثة ومنها التقنين المصري الجديد لفكرة العقود العينية، إذ إنه قصر نظام هذه العقود على عقد واحد، بل على صورة معينة من صور انعقاده، وهذا العقد هو هبة المنقول[2] حيث نص في المادة ٤٨٨ مدني على أن "الهبة لا تنعقد إلا بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية".

وكما هو ظاهر من النص فإنه يلزم لانعقاد هبة المنقول أن تجئ في إحدى صور ثلاث: فهي إما أن تجئ في ورقة رسمية، أو مستترة في صورة عقد آخر، أو أن تقترن بقبض الموهوب له للشيء الموهوب، والهبة التي تتم في الصورة الأخيرة يطلق عليها الهبة اليدوية على أساس أنها تتم بتسليم الشيء من يد الواهب إلى يد الموهوب له، أما العقود الأخرى التي كانت عينية في ظل قانوننا القديم، فقد أصبحت الآن عقودا رضائية.

وعلى هذا، فإنه فيما عدا الهبة اليدوية، فإن انعقاد العقد لا يتوقف كقاعدة عامة على القيام بتسليم شيء معين إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى ذلك، كما هو الشأن في عقد التأمين الذي تشترط

---

(١) أنظر. ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٥٤، ٥٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٦٣، ٦٤. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٧١. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٠ – ٦٢، أنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧، محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٧.

شركات التأمين أحيانا لانعقاده قيام المؤمن له بسداد القسط الأول من التأمين، والشرط صحيح في هذه الحالة، ويكون العقد عينياً. ولكن العينية هنا مصدرها الاتفاق لا القانون[1].

ثانيا: صور الشكلية غير المباشرة:

تتمثل هذه الشكلية في مجموعة الأشكال التي يتطلبها القانون والتي يترتب على عدم مراعاتها الانتقاص أو الحد من الفاعلية القانونية للتصرف، وهو ما يعني أن هذه الأشكال غير متطلبة لانعقاد التصرف، ولا تعد ركنا فيه، ومن ثم فإن التصرف الذي ترد عليه يبقى مع وجودها تصرفا رضائيا يتم بمجرد تبادل طرفيه الإيجاب والقبول، وبالرغم من ذلك فإن تطبيقات هذه الشكلية وصورها تعد قيودا شكلية حقيقية تنتقص وتحد بقوة من مبدأ الرضائية، وهو ما يتضح من خلال عرضنا لأهم صورها.

١- أشكال الإثبات:

الإثبات عامة هو إقامة الدليل أمام القضاء، بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون، على صحة واقعة متنازع فيها، بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة[2].

أما الشكل المطلوب للإثبات فهو الأوضاع الشكلية التي يتطلبها القانون لإثبات التصرف القانوني أو الواقعة المادية، مثل اقتضاء كتابة التصرف في محرر رسمي أو عرفي، أو اشتراط تضمن المحرر بيانات أو عبارات معينة، أو ضرورة الإشهاد على التصرف[3].

وطرق الإثبات التي رسمها القانون وبين إجراءاتها، وقوة كل طريقة منها هي: الكتابه، والشهادة (البينة)، والإقرار، واليمين، والقرائن، والمعاينة.

وتعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات، كما أنها تتميز بإمكانية إعدادها مقدما للإثبات منذ نشوء الحق دون الانتظار إلى وقت المنازعة فيه، ولذلك سميت بالدليل المعد preuve

---

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، مرجع سابق، فقرة رقم ٤٩، ص ١٥٤، مصطفي محمد الجمال، جلال العدوي، اصول المعاملات، مرجع سابق، ص ١٣٧، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٤، محيي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٢٦، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ٥٧، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣٩، حامد زكي، اصول الالتزامات، الكتاب الأول – في نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٣) عاطف النقيب ، الرسالة السابقة، ص ٣٦٣.

.preconsitituée

ويمكن القول بأن الشكل المطلوب لإثبات التصرف من قبل المشرع يتمثل غالبا في ضرورة الكتابة[1]، ويأخذ صورتين إحداهما مطلقة والأخرى نسبية[2]:

أ - الشكلية المطلقة: وهي تلك التي يتعين فيها الاعتداد بالشكل بصرف النظر عن قيمة محل الالتزام وقت تكوين العقد، كما في عقد الصلح (م ٥٥٢ مدني)، وعقد الكفالة (م ٧٧٣ مدني) وعقد العمل بالنسبة لصاحب العمل (م ٣٢ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣)، وعقد التمرين أو التدرج المهني (م ١٤٢ من قانون العمل الجديد) وعقد بناء السفينة (م ١٣ من القانون البحري الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠)[3].

فجميع العقود السابقة يشترط القانون إثباتها بالكتابة دائما بصرف النظر عن قيمة محل الالتزام فيها، أي ولو لم تتجاوز هذه القيمة الحد الأقصى للإثبات بالشهادة وهو خمسمائة جنية في القانون المصري.

ب - الشكلية النسبية: وهي تلك التي يتعين فيها الاعتداد بقيمة محل الالتزام وقت تكوين العقد وهي الصورة الثانية للشكل الكتابي التي تقررها جميع النظم القانونية التي يطلق عليها اسم نظم الإثبات المقيد أو الإثبات القانوني كما هو الشأن في فرنسا ومصر، بحيث يحدد القانون طرق الإثبات التي يجوز قبولها أمام القضاء كالكتابة أو البينة ... الخ ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما في ذلك تدرج هذه الطرق في القيمة، وفي هذه النظم لا يجوز للخصوم كما لا يجوز للقاضي أن

---

(١) ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ١٩٠.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣) من الجدير بالذكر أن المشرع يستلزم الكتابة في هذه التصرفات القانونية، إلا أنه بسبب عدم وضوح النص بشأن بعض هذه التصرفات، وما إذا كانت الكتابة فيها للإثبات أم للانعقاد، اختلف الفقه حول هذه الكتابة، فغالبية الفقه يذهب إلى أن الكتابة في مثل هذه التصرفات مطلوبة للإثبات لا للانعقاد، وذلك على أساس أن رضائية العقود هي الأصل، وأنه لا يعدل عن هذا الأصل إلا إذا قام دليل يقيني على أن إرادة المشرع أو إرادة الطرفين قد اتجهت إلى اعتبار العقد شكليا، وعدم انعقاده إلا إذا تم تحرير السند الكتابي، ووجود الشك معناه عدم التأكد من وجود هذه الإرادة، إلا أن البعض يثير الشك في اعتبار هذه الكتابة مطلوبة للإثبات، ويفضل اعتبارها للانعقاد نظرا لكون معظم هذه التصرفات على درجة من الخطورة تحمل على الاعتقاد بأن الكتابة للانعقاد وليس الإثبات. أنظر في الرأي الأخير، ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٢٢١، وما بعدها.

يسمح للخصوم باستخدام طريقة أخرى للإثبات غير الطريقة التي حددها القانون أو على خلاف ما تؤدي إليه الطريقة التي يحددها القانون[1].

وعلى سبيل المثال فإن المشرع المصري يشترط شكلاً خاصا للإثبات هو الكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين طالما زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه، أو كان غير محدد القيمة[2]، حتى ولو كان التصرف نفسه قد انعقد صحيحا طبقا لمبدأ الرضائية دون مراعاة أي شكل خاص، ومن ثم فلا يجوز إثبات مثل هذه التصرفات سواء أكان بشهادة الشهود (البينة) أم القرائن، كما لا يجيز القانون المصري إثبات ما يخالف الثابت كتابة، أو ما يجاوزه إلا بالكتابة حتى ولو كان هذا التصرف الثابت كتابة لا تتجاوز قيمته الحد الأقصى للإثبات بالشهادة[3].

ويختلف هذا الشكل المتطلب للإثبات – كما هو واضح – عن الشكل المطلوب للانعقاد، فالأخير هو شكل حدده القانون للتعبير عن الإرادة، ومن ثم فهو ركن أو شرط لإبرام التصرف ووجوده القانوني، ولذلك فإن تخلفه يؤثر غالباً في صحة التصرف أو في وجودة القانوني، في حين أن الشكل المطلوب للإثبات ليس ركنا أو شرطا لإبرام التصرف، وتخلفه لا يؤثر في صحة أو وجود التصرف، كل ما هنالك أنه في حالة المنازعة، فإن إثبات هذا التصرف يكون صعبا إذ لا يمكن إثباته سوى بالإقرار أو اليمين الحاسمة وهي أدلة احتمالية لا ينبغي التعويل عليها.

ومع ذلك يلاحظ أن هذا الاختلاف يكاد يتلاشى من الناحية العملية، وهو ما دفع بجانب كبير من الفقه إلى التقريب بين الشكل المطلوب للانعقاد والشكل المطلوب للإثبات، من منطلق أن الفارق بين الشكلين وإن كان من الناحية النظرية يعد فارقا جوهريا، فإنه من الناحية العملية

---

(١) سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

(٢) تنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضاؤه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

(٣) تنص المادة ٦١ من قانون الإثبات على أنه "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه:

أ- فيما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي.

ب- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

ج- إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ثم عدل طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

يكاد يكون منعدما[1] فكلاهما يقتضي في أغلب الحالات كتابة معينة رسمية أو عرفية، وان تتضمن هذه الكتابة بيانات محددة وهذا يعني أن كليهما يتطلب أعمالاً أو مظاهر مادية.

إضافة إلى أنه من المسلم به عدم وجود فرق من الناحية العملية بين تصرف لم يوجد أصلاً لتخلف الشكل وتصرف موجود قانونا وصحيح، ولكن يستحيل إثباته لعدم احترام الشكل المطلوب لإثباته، ففي كلتا الحالتين النتيجة العملية واحدة، وهي عدم فعالية التصرف، وإن اختلفت أسبابها، وإذ يستوى حق معدوم وحق لا دليل عليه، فالإثبات على حد تعبير "لانيول" هو الذي يحي الحق ويجعله مفيداً، كما يقرر "اهرنج" أن الإثبات هو قوة الحق[2]، وتأتي المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني لتعبر عن كل ما سبق بقولها "إن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئي له، قانونيا كان هذا الحادث أم ماديا، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه"[3].

ومن هنا فإن النتيجة العملية المترتبة على تخلف شكلية الإثبات، تكاد تكون مقاربة إن لم تكن مطابقة لتلك المترتبة على تخلف شكلية الانعقاد.

ويرى هذا الجانب من الفقه انه لا يؤثر في تلك النتيجة ما يردده أنصار التفرقة بين الشكلين من أن تخلف الشكل المطلوب للإثبات لا يؤدي بالضرورة إلى جعل التصرف مستحيل الإثبات، ومن ثم عديم الفعالية، كما هو الشأن عند تخلف الشكل المطلوب للانعقاد، حيث يمكن إثبات وجود التصرف الذي لم يستوف الشكل المطلوب لإثباته، بطرق الإثبات الاستثنائية مثل الإقرار واليمين الحاسمة.

فهذا الاعتراض مردود عليه بالنظر إلى واقع الأمر، وليس واقع النصوص القانونية، فالإثبات بالإقرار أو اليمين، وإن كان جائزاً، فإنه من الأدلة الاحتمالية التي ينبغي عدم التعويل

---

(١) أنظر في هذا الرأي:

J. FLOUR: Article cité, n°6-9. F.GENY, op. cit n°203 et 205. A. HUET: Les conflits de lois en matière de preuve, thèse, Paris, 1965, n°84-85. . BONNECASE, op. cit., n°386. Colin et Capitant, Traite de droit civil, par Julliot de la morandière, t.2, obligations, Paris, 1959, n°620. E.BARTIN: Principes de droit international privé, t.2, Paris, 1932, n°253. R. Rouxel: thèse cité, p. 59. NERSON: La solennisation de la vente d'immeuble, Mélanges Julliot de la Morandiere, 1964, p. 40.

عاطف نداء الرسالة السابقة، ص ٣٧٠ وما بعدها، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٢، ٣٨٣، ياسر الحسيري، الرسالة السابقة، ص ١٩٧ وما بعدها.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، نفس الموضع، والمراجع المشار اليها بالهامش.

(٣) مجموعه الأعمال التحضيرية ٣، ص ٣٤٩.

عليها، فلا يمكن الاعتماد على اليمين أو الإقرار عندما يثور النزاع ويحتدم الخصام، فهي أدلة كما يقول "FLOUR" "تضع كلا من الطرفين تحت رحمة الآخر"[١]، ومدي صدقه وأمانته، في ظل واقع يشهد انحداراً في مستوى الأخلاق، وانعداماً للضمائر، وهو ما يؤدي في النهاية إلى استحالة إثبات التصرف عند تخلف الشكل المطلوب لإثباته (الكتابة).

وبناء عليه فإن الشكل المطلوب للإثبات شأنه في ذلك شأن الشكل المطلوب للانعقاد، يعد شكلاً ضروريا لوجود التصرف من الناحية العملية في نظر هذا الفقه.

وبناء على هذا فإن هذا الجانب من الفقه ينتهي إلى القول بأن الشكل المطلوب للإثبات يعد من الناحية العملية مظهرا من مظاهر الشكلية المخففة أو المهذبة، كما يدرجه أنصار المفهوم الواسع للشكلية ضمن تطبيقات وصور الشكلية غير المباشرة[٢].

٢- أشكال العلانية والشهر:

يقصد بهذه الأشكال تلك الأوضاع أو الإجراءات التي حددها القانون وأوجب مراعاتها لإعلام الغير بالتصرفات القانونية التي تؤثر في مركزه القانوني، وذلك لضمان فعالية التصرف القانوني (نفاذه وسريانه)، ولكي يرتب كل آثاره أو بعضها في مواجهة الجميع[٣].

ومن الملاحظ في القانون الحديث، إتساع دائرة التصرفات الخاضعة للشهر، وهي أساسا التصرفات المتعلقة بالعقارات[٤]، وبعض التصرفات المتعلقة بالمنقولات المادية الشبيهة

---

(١) J.FLOUR; Article Cité, n°6, p. 98.

(٢) A. HUET; thèse cité, n°85. J. Flour; Article cité, n°6. L. JOUSSERAND; La désolennisation du testament, D.H, 1932, chronique, p. 73. R. ROUXEL, La thèse cité. P. 59.
COLIN et CAPITANT; op. cit., n°620. V.DELAPORTE; thèse cité, p. 17. BONNECASE; op. cit., n°386. DURMA; thèse cité, p. 195.

(٣) عاطف ندا، الرسالة السابقة، ص ٤٠٧، محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص ١٨٨، ١٨٩.

(٤) من ذلك ما تنص عليه المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ "١- جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية. ٢- ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول، لا بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة لغيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر، سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن" وما تنص عليه المادة ١٠ من نص القانون "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون=

بالعقارات كالسفن[١] وبعض المنقولات المعنوية، المحل التجاري[٢] وبعض الشركات التجارية[٣].

وجميع أشكال العلانية والشهر هي إجراءات لاحقة على إبرام التصرف وتكوينه، والهدف منها تأمين العلاقات القانونية، وتيسير العلم للغير بما يبرم من تصرفات لحمايتهم من المخاطر التي يمكن أن يحدثها التصرف إذا ظل سريا أو غير معلن، وهو ما يسمح لهم بالقيام بما يشاءون من تصرفات دون خوف من عدم تحقيق هذه التصرفات لغاياتها نتيجة لوجود تصرفات سابقة عليها قد ترد على محل الالتزام نفسه دون أن يعلموا بها، ومن أمثلة تلك الأشكال التسجيل والقيد وإعلان التصرف[٤].

ورغم ما هو مسلم به من اختلاف الشكلية المتطلبة للإنعقاد عن شكلية الشهر، حيث تعد الأولى أسلوبا مفروضا للتعبير عن الإرادة يستلزمه القانون لإنشاء بعض التصرفات القانونية، ومن ثم تعد ركنا أو شرطا لإبرام التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فى حين أن الثانية هي مجرد إجراءات غريبة عن التصرف القانوني ولاحقة على إبرامه، ومن ثم لا تعد شرطا لانعقاده، وإن كانت شرطا لفاعليته والاحتجاج ببعض آثاره على الغير[٥]، فإن هذا الاختلاف الواضح تماما من الناحية النظرية بين الشكلين، يبدو اقل وضوحا من الناحية العملية حيث تقترب النتائج المترتبة على تخلف الشهر وتتشابه مع تلك المترتبة على تخلف الشكل في الكثير من الأحيان[٦] خاصة عندما يخرج المشرع عن إطار الجزاء الطبيعي لتخلف أشكال الشهر وهو عدم سريان التصرف في مواجهة الغير ليقرر جزاءات أخرى أشد قوة بالنسبة لبعض التصرفات، وذلك مراعاة منه لاعتبارات معينة، كما فعل بشأن أشكال الشهر المقررة للتصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغيره أو زواله، حيث قرر أن عدم القيام بشهر هذه التصرفات بطريق التسجيل يترتب عليه أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا

=رجعه إلى الغير ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة".

(١) راجع المواد من ٤٥ إلى ٤٩ من القانون البحري الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٩.

(٢) راجع الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ١١ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠.

(٣) راجع المواد من ٤٨ إلى ٥١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٤) عاطف ندا، الرسالة السابقة، ص ٤٠٧، ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٢٤٦.

(٥) عبد الرشيد عبد الحافظ، الرسالة السابقة، ص ٧٠، ٧١، عاطف ندا، الرسالة السابقة، ص ٤٠٨.

(٦) ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص ٢٤٨.

يكون لمثل هذه التصرفات التي لم تسجل من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن، فالبيع العقاري غير المسجل مثلاً لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا ينقلها أيضاً بين ذوي الشأن، ولا يرتب سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن، وهو ما يعني حرمان البيع العقاري من إنتاج أهم أثر من آثاره(١)، بل إنه في بعض الحالات يقرر بطلان التصرف القانوني جزاء على تخلف الشهر، وهذا هو الشأن بالنسبة لعقد شركة التضامن والتوصية البسيطة(٢)، وعقد رهن المحل التجاري(٣).

وقد دفع ما سبق البعض إلى التقريب بين الشكل وإجراءات الشهر والقول بأن التمييز بين الشكل المتطلب للانعقاد وأشكال الشهر لا يعدو أن يكون مجرد تمييز نظري فقط، وأن الفارق بينهما فارق في الدرجة وليس في الطبيعة(٤)، في حين يرى البعض الآخر أن التصرفات الخاضعة لأشكال الشهر تصرفات شكلية وإن كانت هذه الشكلية شكلية نسبية Solennité relativ(٥).

و يرى جانب آخر من الفقه أكثر اعتدلاً أن أشكال الشهر وإن كانت لا تعد شكلاً للتصرف القانوني ومن ثم لا تعد استثناء على مبدأ الرضائية، فإنها تمثل أحد مظاهر الشكلية التي تخفف أو تنتقص من هذا المبدأ.

٣ - الأشكال المؤهلة Formes Habilitantes (أشكال الولاية على المال).

شرعت الولاية على المال لحماية مصلحة عديم الأهلية أو ناقصها، وذلك عن طريق تعيين شخص آخر ينوب عنه في إدارة شؤنه المالية، وهذا الشخص هو الولي أو الوصي أو القيم بحسب الأحوال ووفقا للشروط التي يحددها القانون(٦).

وفي سبيل حماية عديم الأهلية أو ناقصها وتحقيق مصلحتهم على أكمل وجه، يقيد القانون من سلطة نائبهم القانوني في إبرام التصرفات القانونية الخاصة بهم، إذ يشترط القانون

---

(١) راجع المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(٢) راجع المادة ٥١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) راجع المادة ١/١٢ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية.

(٤) M. DOUADI: Les Conditions particulières de l'obligation volontaire de contracter en droit algérien, Rennes, ١٩٨٨, p. ٢٤٦. J. FLOUR, article cité, n°١٠, p. ١٠٢.

(٥) R. ROUXEL, thèse cité, p. ٢٧ et s. V.DELAPORTE, thèse cité, p.١٧. P. DUEZ; thèse cité, p. ٣١, P. MOENCLAYE; De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et Commercial français, thèse, LiLe,١٩١٤,p.٩٧et s.

(٦) سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

لنفاذ تصرفات هذا النائب في حق عديم الأهلية أو ناقصها استيفاء بعض الأشكال أو التراخيص (autorisations) وهذه الأشكال الواجب عليهم الالتزام بها هي ما يطلق عليها الأشكال المؤهلة، بمعنى أن القيام بها يؤهلهم لإبرام التصرفات القانونية النافذة في حق عديم الأهلية أو ناقصها، ومثالها أن يتطلب المشرع ضرورة الحصول على إذن من المحكمة كما هو الوضع في القانون المصري الذي يقرر عدم استطاعة الولي – سواء أكان أبا أم جدا – التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن من المحكمة (م٥ من قانون الولاية على المال)، وكذلك في حالة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠ من قانون الولاية على المال) [١].

وبالرغم من أن ضرورة مراعاة هذه الأشكال لا تمنع من بقاء العقد رضائيا، لأنها تظل عنصرا خارجيا عن التصرف المراد إبرامه[٢]، فإنه نتيجة لأن هذا العنصر هو عنصر ضروري لترتيب الآثار القانونية للتصرف المذكور، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها من قبيل الشكلية في التصرفات القانونية[٣].

٤ – الأشكال الإدارية (Les Formes administratives):

تتمثل هذه الشكلية في ضرورة الحصول على تراخيص من الجهات الإدارية لإبرام التصرف القانوني، أو الحصول منها على إذن التنفيذ، ومثال ذلك العقد المأذون به (Contrat autorise)، ففي هذا العقد يعطي المشرع لسلطة إدارية مختصة سلطة منح أو منع إرادة المتعاقدين أن يكون لها القوة التعاقدية القانونية وأيضا ما تفرضه قوانين الرقابة على النقد على الأفراد الذين يرغبون في الدخول في رابطة تعاقدية خارجية، من ضرورة الحصول مقدما على تصريح إداري من الجهة المختصة بالرقابة على النقد[٤].

وفي نهاية حديثنا عن الشكلية في القانون الحديث، فإننا نرى أن هذه الشكلية في تطور مستمر وتزداد الحاجة إليها يوما بعد يوم، وتزداد مظاهرها وصورها في القانون، وهو ما يعني أنها في حالة نهوض وازدهار، فالشكلية ليست مجرد اثر من آثار الماضي، ودورها باق

---

(١) أنظر: محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص ١٩٣، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٤، ٣٨٥.

(٢) M. GUERRIERO, thèse cité, p. ٥٢. V. DELAPORTE, thèse cité, p. ٦-٧.

(٣) F. GENY, op. cit., p. ١١٤

(٤) محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص ١٩٤.

ومستمر بل إن التطور يسير في اتجاه تعزيز وجودها واتساع نطاقها[1].

فمن ناحية أولى نستطيع أن نؤكد أن هناك نزعة واضحة إلى الشكلية تزداد منذ بضع سنوات في إطار المعاملات التجارية، من أجلالتوفيق بين التبسيط والسرعة الضرورية لها، مع الأمن القانوني، وهو ما ظهر جليا خلال عرضنا لصور الشكلية التي تطلبها كل من قانون التجارة الجديد والقانون البحري الجديد في مصر، فضلاً عن أن الشكل قد يكون ضروريا لا غنى عنه في المعاملات التجارية، كما هو الشأن في الأوراق التجارية القابلة للتداول، حيث لا يتصور تداول الالتزام الوارد فيها ما لم تكن محررة في شكل كتابي محدد كالشيك والكمبيالة والسند الأذني ومن ناحية أخرى فإنه من الملاحظ تعاظم وتنامي الاتجاهات التشريعية نحو فرض الشكلية في إطار تشريعات حماية المستهلك في القانون المقارن، بوصفها واحده من أهم الدعامات التي تشكل نسيج أية سياسة ناجحة تهدف لحماية المستهلك، حيث تعد الشكلية في هذا المجال أداة لإعلام المستهلك وتنوير رضائه وتبصيره بحقيقة الالتزام ومداه الذي سيأخذه على عاتقه في العقود التي يكون طرفا فيها في مواجهة المهني أو المحترف، أي إنها شكلية مرشدة، لها هدف واحد هو جعل رضاء المستهلك حرا وواضحا"[2].

---

(١) من الجدير بالذكر أنه منذ صدور تقنين نابليون وحتى وقتنا الحالي، فإن الفقه قلما يتفق بشأن مدلول التطور الذي لحق بالشكلية عقب هذا التقنين، ويمكن التمييز بين أكثر من اتجاه في هذا الشأن:

فهناك اتجاه يرى أن تاريخ شكلية التصرفات القانونية قد انتهي إلى إلغاء تام.

L. JOSSERAND; article cité, p. 73.

وعلى العكس من هذا الاتجاه، فإنه يوجد اتجاه فقهي يقرر عودة ميلاد الشكلية في القانون الفرنسي، لما تشهده الشكلية من نهوض وازدهار في العصر الحديث.

MARTIN DE LA MOUTE; L'acte juridique unilatérale, thèse, 1951 n°168 et s. R. Rouxel, thèse cité, p. 19.

بينما نجد اتجاها آخر يتفق مع الاتجاه الأخير في أن الشكلية نشهد في الآونة الأخيرة نهوضا وازدهارا كبيرا، ولكنه يعارض القول بعودة ميلاد الشكلية، وذلك لأنها لم تمت أبدا حتى تولد من جديد.

BONNECASE; op. cit., n°380 et s. FATHI ABDEL RAHIM; Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, le caire, 1974, p. 396.

(٢) حول مظاهر وصور الشكلية في تشريعات حماية المستهلك وأثر حماية المستهلك على مبدأ الرضائية: أنظر: نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٨٢ وما بعدها، وكذلك مؤلفة مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٦ وما بعدها، مصطفي أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٧، وما بعدها. السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٦، ص ٩٢ وما بعدها، حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة،=

وتتدرج الشكلية المتطلبة لحماية المستهلك من حيث نطاقها، وتتنوع من حيث صورها، فتارة تأخذ صورة الشكل التقليدي الذي يستلزم إفراغ العقد في شكل رسمي، وتارة أخرى تأخذ صورا غير تقليدية مثل استلزام إدراج بيانات محددة في العقد يترتب على تخلفها البطلان، أو فرض مهلة للتروي، أو التزام الشخص المحترف بإحاطة المستهلك علما بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع، وبجميع الشروط المحددة أو المعفية من المسئولية، وهي ما تسمى بشكلية الإعلام والتبصير.

=١٩٩٦، ص ٤١ وما بعدها. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ٩٩ وما بعدها،أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

وكذلك:

J. ALLISSE: "L'obligation de renseignements dans les contrats" Thèse. Paris. 1975. p. 116 et S. LUCASDE de LEYSSAC: L'obligation de renseignements dans les contrats in l'information en droit privé. L.G.D.J. 1978. p. 322 et s J.Y. CHOLEY: "L'offre de contracter et la protections de l'adhérent dans le contrat d'adhésion". thèse. Aix-Marseille. 1974. p. 72 et s.

الخاتمة

تعد الشكلية من أمهات المسائل التى احتدم حولها الخلاف فى مجال الأنظار الفقهية وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهى إلى مجال التطبيق فى ميدان النظم القانونية الحديثة.

وقد استهدفنا من وراء هذه الدراسة أن نغوص فى أعماق التاريخ بحثا عن الجذور الأولى لمبدأ الشكلية والوقوف على المدى الحقيقى لتطبيقه فى الشرائع القديمة، انطلاقا من تلك الحقيقة العلمية الثابتة التى تقرر أن تاريخ الشىء يحوى دائما من الحقائق ما يفسر حاضره.

وقد بدأنا دراستنا بالبحث عن الدور الحقيقى للشكلية فى الشرائع الشرقية القديمة ممثلة فى قانون مصر الفرعونية وشرائع بلاد ما بين النهرين.

فدلنا هذا البحث على أن هذه الشرائع قد سادها مبدأ الرضائية، حيث كانت الارادة وحدها تكفى لانشاء التصرفات القانونية وتحديد شروطها وآثارها وهو الأمر الذى كان بمثابة نتيجة منطقية لتخطى هذه المجتمعات منذ وقت مبكر مرحلة المجتمع البدائى القائم على أساس المقايضة، ووصولهم لمرحلة المجتمع المتمدين القائم أساسا على المبادلات النقدية والتجارة سواء فى الداخل أو مع العالم الخارجى، وهو ما انعكس بدوره على تطور وتقدم النظم القانونية فى شرائع تلك البلاد، وخاصة ما تعلق منها بنظام التعاقد والالتزامات، حيث تشبعت النظم القانونية بمبادىء النزعة الفردية، وتمتع الجميع بحرية تامة فى إجراء جميع التصرفات القانونية، ونتج عن ذلك أن تحررت العقود فيها من قيود الشكلية، فكان التراضى وحده كافيا لانعقاد العقد دون التقيد بشكليات معينة أو رسميات محددة يفرضها القانون.

على أن البحث قد توصل إلى أنه بالرغم من سيادة مبدأ الرضائية فى شريعة مصر الفرعونية وبلاد ما بين النهرين فإنه لم يكن مبدأ مطلق فى كلتا الشريعتين، ذلك أن ثمة استثناءات هامة قد وردت على هذا المبدأ، ففى مصر الفرعونية وجدت بعض التصرفات التى تستلزم لانعقادها استيفاء إجراءات شكلية محددة وهى بيع الوظائف الدينية منها والمدنية والوصايا والهبات، فضلا عن أن مبدأ الرضائية الذى ساد مصر فى عهودها ذات النزعة الفردية قد توارى ليفسح المجال أمام سيادة مبدأ الشكلية عندما حل النظام الإقطاعى محل النظام الفردى، ذلك أن فلسفة هذا النظام تقوم على أساس الحد من حرية الأفراد فى التعاقد بحيث لا يكون للتعاقد من أثر إلا فى الحدود التى يرسمها القانون، ومن المنطقى فى مثل هذه الظروف ألا يكون التراضى وحده كافيا لتكوين العقد، وإنما يلزم فوق ذلك استيفاء الشكل الذى حدده

القانون، ولم يختلف الوضع كثيرا فى بلاد ما بين النهرين عنه فى مصر الفرعونية، ذلك أن ثمة بعض الاستثناءات الهامة قد أوردها المشرع على هذا المبدأ، حيث تبين لنا أن الإرادة وحدها لم تكن كافية لانعقاد بعض التصرفات القانونية وإنتاج أثرها المطلوب، وإنما كان لابد من صياغتها فى قالب شكلى حدده القانون، وتتمثل هذه الاستثناءات فى عقود الزواج والتبنى وعتق الرقيق .

ورغم تعدد الاستثناءات فى شريعة مصر الفرعونية وبلاد ما بين النهرين والتى تؤكد أن هذه الشرائع قد عرفت مبدأ الشكلية فى التصرفات القانونية، فإن هذه الشكلية لم تتعدى حدود الاستثناء على المبدأ العام الذى كان يحكم العقود والالتزامات فى هذه الشرائع وهو مبدأ الرضائية.

وقد أنصبت دراستنا على القانون الروماني بصورة أساسية بوصفه أهم الشرائع القديمة التي تمسكت بأهداب الشكلية وقدسيتها فضلاً عن نظرته الخاصة بفكرة الشكلية بالمقارنة مع القوانين الحديثة أو حتى مع نظائره من القوانين والشرائع القديمة.

وأوضحت الدراسة أن القانون الرومانى لم يعرف فى عصوره الأولى سوى الشكلية التامة فى جميع المجالات، ومؤدى هذه الشكلية أن يراعى المتعاقدان ألفاظا معينة وإجراءات وطقوس شكلية محددة من شأن مباشرتها أن يترتب عليها الأثر القانونى المقرر سلفا، فكانت القاعدة فى القانون الرومانى القديم هى أن اكتساب الحق لا يكون إلا بناء على عمل قانونى صحيح، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تم فى الشكل المحدد سلفا، ولذلك لم يكن باستطاعة الأفراد أن ينشئوا ما يشاؤون من التصرفات لمجرد استيفائهم لشكلية معينة، ذلك أن التصرف لا يكون شكليا إلا إذا نص عليه القانون، وتولاه بالتنظيم، وهو ما يعنى أن تخلف الشكل والحرية فى اختيار الشكل كانا تعبيرين مترادفين تماما فى نظر القانون الرومانى يؤديان إلى النتيجة نفسها وهو بطلان التصرف، وكما كانت الشكلية هى التى تؤدى إلى إنشاء الإلتزام، وتضفى عليه القوة الملزمة، كانت هى أيضا الأساس الوحيد الذى يتم الرجوع إليه لتحديد مدى ونطاق الإلتزام بغض النظر عن الإرادة المحتملة للطرفين، وهى أيضا السبيل الوحيد لإنهاء الإلتزام إذ لم تكن العلاقة القانونية التى ينشئها العقد تنفصم بمجرد تنفيذ الإلتزامات كما هو الحال فى الشرائع الحديثة، وإنما يلزم لإنهاء هذه العلاقة حل العقد باتباع الإجراءات الشكلية نفسها المطلوبة لانعقاده، وهو ما يسميه شراح القانون الرومانى بقاعدة التوافق الشكلى أو مبدأ تطابق الأشكال.

وكشفت الدراسة عن مدى خصوصية ومفهوم وطبيعة وجوهر الشكلية فى القانون الرومانى بالمقارنة مع طبيعة وجوهر الشكلية فى الشرائع الحديثة، إذ أن شكلية القانون الرومانى

كما بينا كانت شكلية رمزية ذات طبيعة إنشائية تمس جوهر التصرف، فتستغرق أو تقضى على كل دور للإرادة فى تكوين التصرف، فالشكل هو مصدر الالتزام، والعنصر الجوهرى الذى يقطع فى وجود التصرف وصحته بغير التفات إلى الارادة أو إلى الغرض الذى اتجهت إليه، وهو ما يعنى أن وجود الشكل كان يقصى كل بحث وراء وجود الإرادة او صحتها، أما الشكلية فى الشرائع الحديثة فهى شكلية حمائية مقررة لخدمة وحماية الإرادة المعبرة عنها، لذلك فهى لا تعدو أن تكون احد العناصر اللازمة لتكوين التصرف الشكلى فقط، يلزم توافرها إلى جانب العناصر الأخرى اللازمة لتكوين التصرف القانونى بصفة عامة، وفى مقدمتها رضا الطرفين أو توافق الارادتين، وهو ما يعنى أن الشكل فى القوانين الحديثة لا يستغرق الارادة، ولايغنى وجود الشكل عن وجود الارادة، بل هو شرط أو عنصر يضاف إلى التراضى.

كما أظهرت الدراسة أنه بالرغم من النشأة الطبيعية للشكلية الرومانية، وكونها شكلية فطرية طبيعية لم تنشأ بعمل تشريعى لتحقيق أغراض معينة، فإنها كانت تحقق العديد من الأغراض والوظائف التى يهدف إليها المشرع من وراء إقرار الشكلية فى القانون الحديث.

ومن اهم النتائج التى استخلصها الباحث أن فكرة الشكل فى القانون الرومانى كانت فكرة ملائمة ومعقولة فى عصوره الأولى، بالنظر إلى مجموعة الدوافع و الأسباب التى أدت إلى ظهور وسيادة الشكلية، فالشكلية عند الرومان لم تكن خلقا تشريعيا أو قانونيا بحتا، وإنما كانت تعبيرا عن حالة مدنية معينة بجوانبها المختلفة، وانعكاس لظواهر المجتمع الرومانى سواء الدينية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو القانونية، وهو الأمر الذى ظهر بوضوح باستعراضنا لمختلف العوامل والأسباب التى أدت إلى ظهور وسيادة الشكلية من عقلية مادية وروح عملية سيطرت على تفكير الرومان أدت إلى اتسام عبادتهم وشعائرهم الدينية بالشكلية، وهو ما انعكس بطبيعة الحال – نتيجة النشأة الدينية للقانون – على قواعدهم القانونية وأدى إلى إصطباغها بالشكلية والرسمية، فضلا عن طبيعة التنظيم الاقتصادى والاجتماعى للرومان الذى ساهم بصورة واضحة فى اتسام القانون الرومانى بالشكلية، نتيجة كون المجتمع الرومانى مجتمع زراعى محدود الصلات بالعالم الخارجى يتسم أفراده بثقافة محدودة وقدرات عقلية عاجز عن التصور والتجريد، وأخيرا ترسيخ النظام القانونى لمبدأ الشكلية لتحقيق الاستقرار القانونى والحفاظ على أمن واستقرار المجتمع الرومانى من الأخطار الناشئة عن حدة الطباع الرومانية وقسوتهم وعدم احترامهم لحقوق الآخرين، واتسامهم بالنزعة النرجسية.

ولذلك فإننا ننتهى فى خاتمة هذا البحث إلى أنه ليس صحيحا ما يشاع عن الشكلية الرومانية من أنها كانت مجرد طقوس واجراءات لا معنى ولا ضرورة لها، ولا يوجد لها سبب

سواء من الناحية العقلانية ولا من الناحية الاجتماعية لما فى هذا القول من فصل تام بين حكم القاعدة القانونية وطبيعة وظروف نشأتها، فالشكلية الرومانية كانت تعبير عن ضرورة اجتماعية، وانعكاس وترجمة صادقة لواقع المجتمع الرومانى، تتسق تمام الاتساق مع طبيعة وظروف هذا المجتمع بجوانبه المختلفة خاصة فى عصوره الأولى.

وأظهر البحث أن سيادة الشكلية بمفهومها وطبيعتها سالفة الذكر قد انعكس على موقف المشرع الرومانى من معظم الافكار والمبادىء القانونية المتعلقة بنظام التعاقد، مثل فكرة العقد، وعيوب الارادة، وعملية التفسير، وفكرة السبب، والنيابة التعاقدية.

إذ تبين لنا أنه نتيجة لاعتبار الشكلية جوهر التصرف والمكون الوحيد له، وعدم الاعتداد بالارادة ودورها فى تكوين التصرّف القانونى، ميز القانون الرومانى طيلة عصور تطوره بين تعبيرى الاتفاق (pactum) والعقد (contract)، إذ لم يكن الاتفاق يرقى إلى مرتبة العقد عند الرومان، فالاتفاق المجرد أى توافق الارادتين لم يكن ملزما لأحد من الطرفين ما لم يكن قد أفرغ فى عقد تمت إجراءاته الشكلية طبقا للأوضاع التى رسمها القانون، وهو ما عبرت عنه القاعدة الأصولية المقررة فى القانون الرومانى "الاتفاق المجرد لا تنشا عنه دعوى" كما أدت سيادة الشكلية إلى عدم إعتداد القانون الرومانى لفترة طويلة بعيوب الارادة، وعندما بدأت تظهر فكرة عيوب الارادة فى مرحلة لاحقة، ظلت الشكلية تلقى بظلالها على هذه الفكرة، فلم يتضمن القانون الرومانى نظرية عامة لعيوب الارادة، وإنما لجأ المشرع إلى تهيأة بعض الوسائل القانونية غير المباشرة للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلا الذى يخفى إرادة معيبة.

كما أدت أيضا سيادة الشكلية إلى ظهور شكلية التفسير، حيث توازى الخطان، وسار التفسير فى الاتجاه نفسه، حيث إعتنق فقهاء روما إتجاه التفسير الحرفى الذى يعتمد على ظاهر النصوص وحدود الكلمات سبيلا إلى تفسير كلا من النصوص القانونية والتصرفات التى يجريها الأفراد، كما كان لسيادة الشكلية أثرها فى عدم معرفة القانون طوال مراحله الأولى لفكرة السبب القصدى كركن لازم لقيام العقد، فلم يجعل لتخلفه أثرا مباشرا فى وجود الالتزام أو عدم وجوده، فى صحته أو فى بطلانه، وعندما بدا بزوغ فكرة السبب فى القانون الرومانى ابتداء من العصر العلمى بفضل القضاء البريتورى، كان هذا البزوغ على غير وضوح كاف، وعلى أساس مختلف عما تقوم عليه فكرة السبب فى الشرائع الحديثة نتيجة استمرار تأثير الشكلية، فقامت فكرة السبب على أساس اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالارادة، حيث ظلت الشكلية مانعة من ظهوز السبب على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد كما هو الحال فى الشرائع الحديثة.

وأخيرا كانت سيادة الشكلية أحد الأسباب الجوهرية وراء عدم إقرار القانون الرومانى لفكرة النيابة التعاقدية، وسيادة مبدأ انتفاء النيابة فى القانون الرومانى لفترة طويلة إذ لم تكن الشكلية لتسمح بأن تتجاوز آثار التصرف القانونى الشخص الذى تولى الطقوس والأشكال التى يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك فى تلك الطقوس والأشكال، ورغم ما لحق بدور الارادة من تطور فى القانون الرومانى فى مرحلة لاحقة، الأمر الذى سمح باقرار بعض الاستثناءات على مبدأ انتفاء النيابة، فإن القانون الرومانى لم يصل إلى مرحلة إقرار النيابة المباشرة نظاما عاما شاملا كما هو الشأن فى الشرائع الحديثة نتيجة بقاء الشكلية أصلا عاما فى القانون الرومانى حتى آخر عهوده، وعدم التسليم بمبدأ الرضائية وسلطان الارادة بصفة عامة إلا على سبيل الاستثناء.

وقد دلل البحث على صحة القول بأن الشكلية الصارمة كانت تمثل روح القانون الرومانى القديم من خلال رصدنا لمختلف صور وتطبيقات الشكلية فى النظام القانوني الرومانى، حيث تبين لنا أن الشكلية كانت من المبادىء العامة المطلقة فى تطبيقها بحيث تمتد لتشمل جميع تصرفات الحياة القانونية دون استثناء، إذ لم يكن هناك حق واحد يمكن أن ينشأ طبقا لقواعد القانون المدنى القديم، دون أن يكون سبب وجوده و فعاليته مستندا إلى الشكل الذى أفرغ فيه، وأن الشكل ذاته كان جوهر التصرف، فإذا تخلف كان معنى هذا أن التصرف لم يوجد أصلا، وهو ما يعنى أن انعدام الشكل كان شأنه فى القانون الرومانى شأن انعدام الارادة فى القانون الحديث لا يحتمل سوى جزاء واحد هو البطلان المطلق.

وقد أظهر البحث أنه إذا كان القانون الرومانى قد مكث حينا من الدهر فريسة للشكلية وعبدا لها إلا إن تطور المجتمع الرومانى قد أدى إلى بزوغ مبدأ الرضائية و الإعتراف للإرادة بدور استثنائى فى إنشاء العقود، وقد رصد البحث مجموعة العوامل التى أدت إلى هذا البزوغ والتى تمثلت فى تعرض روما للعديد من التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية حيث اتسعت رقعة الدولة الرومانية بغزوها للبلاد المجاورة، فضمت إليها شعوبا كانت لها خلفيتها الحضارية المشبعة بأفكار جديدة فى الفلسفة والمنطق ومبادىء مثل : العدالة وحسن النية و الثقة المتبادلة، كما شاعت مبادىء العدل والأخلاق المستوحاة من الديانة المسيحية فى مختلف أرجاء المجتمع الرومانى، بعد أن ثبتت المسيحية أقدامها فى كافة أنحاء الامبراطورية الرومانية، فضلا عن ازدياد حجم النشاط التجارى بين الرومان وغيرهم من الأجانب، حتى أصبحت التجارة هى عماد النشاط الاقتصادى، وتحول المجتمع الرومانى من مجتمع زراعى منغلق على نفسه إلى مجتمع تجارى مفتوح على غيره من المجتمعات وكان من الطبيعى أن يقترن ذلك

التطور الذى لحق بكافة مناحى الحياة الرومانية بتقدم فى التفكير القانونى فى ظل عدم كفاية النظم القانونية السائدة للوفاء بمتطلبات هذه التغيرات والتطورات المختلفة فكان لابد من أن ينسحب هذا التطور على صورة النظم القانونية السائدة فى المجتمع، وبالذات تلك الشكلية الصارمة التى كانت تحكمه بما تنطوى عليه من جمود وقصور.

فمع كل هذه العوامل التى أسهمت فى تطوير المجتمع الرومانى أصبحت قواعده القديمة القائمة على الشكلية غير قادرة على مواجهة حاجات الناس،وغير متمشية مع ما أصابها من تطور فكرى واقتصادى واجتماعى، وهكذا فقد تهيأت للحكام القضائيون "البريتور" والفقهاء بوصفهم القائمين على أمر القانون فى روما، الأدوات الضرورية لكى يقودوا حركة التطور التشريعى، من أجل إعلاء العدالة، وحسن النية وذلك بالتخلص من جمود الشكلية حيث عملوا من ناحية على التخفيف من حدة مبأ الشكلية فى دائرة العقود الشكلية وذلك بالتحلل والتحرر من العديد من قيودها الشكلية، كما عملوا من ناحية أخرى على الاتجاه نحو الأخذ بالرضائية كأساس للتعاقد فى نطاق العديد من العقود التى دخلت كاستثناء على مبدأ الشكلية .

وأظهرت الدراسة مختلف صور وتطبيقات مبدأ الرضائية التى عرفها القانون الرومانى، بداية من العقود العينية التى تعد بمنزلة المحطة السابقة على بلوغ فكرة العقد الرضائى الذى ينبنى بالكامل على ارادة الأطراف، مرورا بالعقود الرضائية الأربعة التى عرفها الرومان والتى تنعقد بمجرد التراضى والاتفاق خروجا على مبدأ الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام إضافة إلى العقود غير المسماة والاتفاقات البريتورية التى تغلبت فيها الارادة على الشكل وأخيرا الاتفاقات الشرعية التى تمثل نهاية سلسلة تطبيقات الرضائية التى عرفها الرومان.

وفى شأن النطاق الحقيقى لمبدأ الرضائية فى القانون الرومانى انتهينا فى دراستنا بعد مراجعة الآراء المختلفة التى قيلت بهذا الصدد وتفنيدها إلى أنه بالرغم من ظهور العديد من تطبيقات الرضائية فى القانون الرومانى، واكتشاف الفقيه بيدوس فى القرن الثانى الميلادى أن التراضى ركنا عاما فى جميع العقود الشكلية منها وغير الشكلية، فضلا عن التخفيف من حدة مبدأ الشكلية فى دائرة العقود الشكلية فإن القانون الرومانى لم يقرر فى أية مرحلة من مراحل تطوره التاريخية مبدأ الرضائية أو سلطان الارادة بصفة عامة بصورة كاملة، وظل يعتبر الشكلية هى المبدأ وفقا لقاعدة "الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام"، ولا يعترف للارادة بالقدرة على إنشاء التصرفات إلا استثناء وهو ما يعنى أن قاعدة الشكلية قد استمرت قائمة إلى آخر مرحلة من مراحل تاريخ القانون بوصفها القاعدة العامة، أما الرضائية لم تكن سوى مجرد استثناء عرفه القانون الرومانى فى آخر عهوده .

وفى نهاية دراستنا للشكلية فى الشرائع القديمة وجدنا أنه من المناسب أن نتعرض لموقف الشرائع الحديثة من فكرة الشكلية في محاولة منا لإثبات أن فكرة الشكلية لم تختف فى أية مرحلة من مراحل تطور القانون حتى بعد ظهور مبدأ الرضائية وسيادته نتيجة أفكار ومبادىء القانون الكنسى وتطور الأعراف السائدة فى أوربا وسيادة المذاهب الفردية فى النواحى النظرية الفلسفية والسياسية والاقتصادية، غاية الأمر أن مفهوم وصور ونطاق تطبيق الشكلية قد اختلفت من مرحلة لأخرى، فمن حيث المفهوم والطبيعة كانت الشكلية فى القانون الرومانى شكلية رمزية ذات طبيعة إنشائية تمس جوهر التصرف فتستغرق أو تقضى على كل دور للإرادة فى تكوين التصرف، أما الشكلية فى الشرائع الحديثة فهى شكلية حمائية مقررة لخدمة وحماية الارادة المعبر عنها، ومن حيث نطاق التطبيق، كانت الشكلية فى القانون الرومانى تحتل مكان القاعدة العامة التى تحكم إنشاء التصرفات القانونية حتى آخر عصوره، أما الرضائية فقد كانت مجرد استثناء على هذه القاعدة، على عكس الوضع فى القانون الحديث حيث أصبحت الرضائية هى القاعدة العامة، بينما الشكلية لا تعدو أن تكون مجرد استثناء، وإن كانت هذه الاستثناءات آخذة فى التزايد فى الفترة الأخيرة وهو ما ظهر لنا بجلاء عند عرضنا لصور الشكلية فى القانون الحديث والتى اختلفت تمام الاختلاف عنها فى القانون الرومانى بما يتوائم مع الظروف والعوامل الاقتصادية والاجتماعية والحضارية فى المجتمعات المعاصرة .

وبعد.....

فإن ما نتمناه هذه الدراسة أن تكون قد وفقت باجتهادها في إلقاء بعض الضوء على فكرة الشكلية فى الشرائع القديمة، ويحدوها الأمل أن تكون قد أسهمت فى إضافة حلقة أخرى إلى السلسلة المتصلة التى تناولتها العديد من الدراسات السابقة عليها .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية:

١ – المؤلفات العامة:

ابراهيم عبد الكريم غازي:

– تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٩٧٣.

أحمد إبراهيم حسن:

–أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

–فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون ناشر، ٢٠٠٥.

– تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نظم القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

إدوارد غالي:

– تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المكتبة الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٧٦.

أحمد إبراهيم حسن، فايز محمد حسين:

–أصول النظم القانونية، الطبعة الأولى، مطابع السعدني، الإسكندرية دون تاريخ.

أحمد حشمت أبو ستيت:

–نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه بمصر، القاهرة، ١٩٤٥.

أحمد عبد القادر الجمال:

–مقدمة في أصول النظم الاجتماعية والسياسية، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٨.

أحمد سلامة:

–مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٧٥.

السيد عبد الحميد فوده:

–القانون الفرعوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

أنور سلطان:

– النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٦٥.

السيد محمد السيد عمران:

–شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٧٧.

توفيق حسن فرج:

–القانون الروماني، الدار الجامعية للطبع والنشر، طبعة ١٩٨٥، وطبعة ١٩٧٥.

–المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦.

-النظرية العامة للالتزام، الجزءالأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٨٠ – ١٩٨١.

جميل الشرقاوي:

-الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٢.

حسام الدين كامل الأهواني:

-النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ١٩٩٥.

حسن كيره :

-المدخل لدراسة القانون ، دار المعارف ،الاسكندرية ، دون تاريخ.

حلمي بهجت بدوي:

-أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.

حمدي عبد الرحمن:

-الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

زكي عبد المتعال:

-تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٩٣٥.

-تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية، ١٩٣٥.

سليمان مرقس:

-الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

سمير عبد السيد تناغو:

-المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ.

-النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

شفيق شحاتة:

-نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بدون ناشر ١٩٦٣.

- تاريخ القانون الخاص في مصر، الجزء الأول، القانون المصري القديم، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٥٤.

صبيح مسكوني:

-القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١.

صوفي أبو طالب:

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ١٩٨٨.

- القانون الروماني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥.

- مبادئ تاريخ القانون ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ١٩٥٧.

- الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥،
- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، تكوين الشرائع القانونية وتطورها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

طه عوض غازي:

-دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ١٩٩٢ – ١٩٩٣.
- فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره" دون ناشر ١٩٩٨.

عادل بسيوني:

-الوسيط في تاريخ القانون المصري، دار نهضة الشرق، القاهرة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩.

عبد الحي حجازي:

-النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبه، دون تاريخ.
-النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.

عبد الرازق السنهوري:

-الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.

عبد الرازق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت:

-أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨.

عبد السلام الترمانيني:

-محاضرات في القانون الروماني،١٩٦٥.
- محاضرات في تاريخ القانون، مطبعة الشرق، حلب، ١٩٦٤.

عبد السلام ذهني بك:

-مذكرات في القانون الروماني، نظرية الالتزامات عند الرومان، ١٩٢٢ – ١٩٢٣.

عبد الغني عمر الرويض:

-تاريخ النظم القانونية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بنغازي، ليبيا، ٢٠٠٤.

عبد الفتاح عبد الباقي:

-موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، ١٩٨٤.

عبد الله علي عبد الله الفيل:

-الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية "مراحل نشأة القانون وتطوره وتدوين قواعدة مع دراسة لنظم القانون اليمنى".

عبد المجيد الحفناوي:

-تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، دون ناشر ١٩٩٤.
-تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية مع دراسات في فلسفة القانون، دون ناشر، ١٩٨٠.

-تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، دون ناشر، ١٩٧٧ – ١٩٧٨.
-تاريخ القانون مع دراسات في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥.

عبد المنعم البدراوي:

-النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون ناشر، ١٩٧٥.

عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدراوي:

-القانون الروماني، الجزء الأول مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٤٩ .
-مبادئ القانون الروماني، بدون ناشر، ١٩٥٦.

عبد المنعم فرج الصدة:

-مصادر الالتزام دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.

عبد الناصر توفيق العطار:

-الوجيز في تاريخ القانون، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٠.

عبد الودود يحيى:

-الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
-مصادر الالتزام ١٩٧٩-١٩٨٠.

عكاشة عبد العال:

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٦.

عكاشة عبد العال وطارق المجذوب:

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨.

علي بدوي:

-أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، الطبعة الثالثة دون ناشر ١٩٤٧.
– مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، مطبعة الياس، الطبعة الثانية ١٩٣٦.

عمر ممدوح مصطفي:

-أصول تاريخ القانون، بدون ناشر، ١٩٥٨.
-القانون الروماني، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥ – ١٩٦٦.
-الموجز في القانون الروماني، الجزء الأول، ١٩٥٣.

فايز محمد حسين:

-تاريخ القانون، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

فتحي المرصفاوي:

– تاريخ القانون المصري (دراسة تحليلية للقانونين الفرعوني والبطلمي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
– شريعة الرومان (البيئة – المصدر – المآل) – دار النهضة العربية، القاهرة. دون تاريخ.

فتحي عبد الرحيم:

-الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٥ – ١٩٩٦.

فخرى أبو سيف مبروك:

-أحكام النظم الاجتماعية والقانونية القديمة، دون ناشر، سنة ١٩٨٣.

-دراسات في مراحل تاريخ القانون في مصر، بدون ناشر، ١٩٨٢ – ١٩٨٣.

محمد جمال عطية:

-تاريخ القانون في الغرب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

محمد عبد الهادى الشقنقيري:

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٠.

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

-مذكرات في تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦ – ١٩٧٧.

محمد على الصافوري:

-النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان، الولاء للطبع والتوزيع، المنوفية، ١٩٩٦.

-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ناشر، دبى- ١٩٩٧.

محمد لبيب شنب:

-دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦-١٩٧٧.

محمد محسن البرازي:

-دروس في الفقه الروماني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٣٩.

محمد على عرفة :

-مبادئ العلوم القانونية أو المدخل لدراسة القانون، مكتبة عبدالله وهبه ١٩٤٢.

محمد نور فرحات:

-الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨١.

-تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دون ناشر، القاهرة، ١٩٨٢.

محمود السقا:

- أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة،١٩٧٢.
- دروس في فلسفة القانون الروماني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠.
- فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
- معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، مكتبة القاهرة الحديثة القاهرة، ١٩٧٠.

محمد كامل مرسي بك، سيد مصطفى بك:

- أصول القوانين، المطبعة الرحمانية بمصر، ١٩٢٣.

محمود جمال الدين زكي:

-الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٨.

-نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

محمود سلام زناتي:

-النظم الاجتماعية والقانونية في العالم القديم، بدون ناشر، ١٩٨٠.

-النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد ما بين النهرين وعند العرب قبل الإسلام، دون ناشر، ١٩٨٦.

-موجز تاريخ القانون المصري في العصور الفرعوني والبطلمي والروماني والإسلامي، بدون ناشر، ١٩٨٦.

-نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

-نظم مصر من العصر الحجري إلى نهاية العصر الفرعوني، بدون ناشر، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠.

مختار القاضي:

-أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.

-تاريخ الشرائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.

مصطفى الخشاب:

-النظريات والمذاهب السياسية، بدون ناشر، القاهرة، ط ٣، ١٩٥٥.

مصطفى سيد صقر:

-فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥.

-فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.

-مبادئ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ١٩٩٨.

مصطفى محمد الجمال:

-النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٧.

مصطفى محمد الجمال، وعبد الحميد محمد الجمال:

-القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٨٧.

مصطفى الجمال ، رمضان ابوالسعود، نبيل سعد:

-مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

مصطفى الجمال و جلال العدوي:

-أصول المعاملات، دار الفكر العربي بالقاهرة٢٠٠٣.

منير العجلاني:

-الوجيز في الحقوق الرومانية، بدون ناشر، دمشق، ١٩٤٤.

نبيل ابراهيم سعد:

-النظرية العامة للإلتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، ٢٠٠٧.

نور الدين حاطوم، نبيه عاقل، أحمد طربين، صلاح مدني:

-موجز تاريخ الحضارة، دمشق ١٩٦٣.

نزيه محمد الصادق المهدي:

-دروس في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثالث، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٢ – المؤلفات الخاصة:

أحمد ابراهيم حسن:

– الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.

– مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥.

– غاية القانون ، دراسة فى فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ٢٠٠٠.

أحمد محمد محمد الرفاعي:

– الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

أحمد محمد غنيم :

– تطور الفكر القانونى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، دون سنة.

إسحق عبيد:

– الإمبراطورية الرومانية بين الدين والبربرية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٢.

السيد الباز العريني:

– الدولة البيزنطية، بيروت، ١٩٨٢

السيد العربي حسن:

– أصول القانون الكنسي، دراسة في قوانين الكنيسة الأوروبية العصور الوسطي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

السيد عبد الحميد فوده:

– نشأة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

– تطور القانون، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الاولى ٢٠٠٣

السيد عمران:

حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٦.

أيمن ابراهيم العشماوي:

مفهوم العقد وتطوره "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢

توفيق الطويل:

قصة الاضطهاد الديني في المسيحية والإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٤٧.

جمال الدين طه العاقل:

الغبن وأثره في العقود في القانون المدني المصري، دار الهدى للطباعة، ١٩٨٦.

جمال مولود ذيبان:

تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دار الشئون الثقافية العامة، العراق.

حسن عبد الباسط جميعي:

حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة، ١٩٩٦.

حمدى عبد الرحمن :

- فكرة الحق ١٩٧٩.

حمدي عبد الرحمن - رضا عبد الحليم عبد المجيد:

- شرح أحكام عقد الإيجار، بدون ناشر، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢.

زكريا محمد بيومى:

- التشريعات الاقتصادية فى مجال الاستثمار وسوق المال والتجارة الدولية ، دون ناشر ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

صوفي أبو طالب:

- أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤.

- تطبيق الشريعة الإسلامية، في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١.

طلبه وهبة خطاب:

- الجهل بالقانون والغلط فيه، دراسة مقارنة للنظام الإنجليزي واللاتيني والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

طه عوض غازي:

- مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام، ١٩٩٩.

- مشارطة التحكيم فى القانون الرومانى "دراسة تحليلية لنصوص فقهاء العصر العلمى" دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٢

- تطور الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل فى القانون الرومانى "دراسة تحليلية" دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

عاطف النقيب:

– نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٨.

عبد العزيز فهمي:

– قواعد وآثار فقهية ١٩٤٧.

عبد المجيد الحفناوي:

– نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

عبد المنعم درويش:

– عقد الشركة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦

– محاولة لتحليل تطور فكرة الالتزام التعاقدى، دراسة مقارنة "القانون الرومانى– الفقه الاسلامى"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧

عبد المنعم فرج الصدة:

– نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج ١، ١٩٩٠.

عبد الرحمن عياد:

– أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٢.

عزمي عبد الفتاح:

– تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٣.

على حافظ:

– اساس العدالة فى القانون الرومانى لجنة البيان العربى ، القاهرة ١٩٥١.

فايز محمد حسين:

– تكوين النظام القانوني المصري الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

– نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

– الشروط المقترنة بعقد البيع فى القانون الرومانى، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،٢٠٠٥

فتحي المرصفاوي:

– تكوين الشرائع، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ.

فتحى عبدالرحيم :

– العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانون المصرى والانجليزى المقارن، جامعة المنصورة ، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية ١٩٧٩.

فتحي والي:

– نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٩.

محمد إبراهيم دسوقي:

- دور الإرادة في العقد، دون ناشر، ١٩٨١.

محمد جمال عطية:

- إجراءات الطلاق في الشرائع القديمة – دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي) دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩

محمد محسوب:

- أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- نشأة وتطور العقود غير المسماة في القانون الروماني، دون ناشر.

محمد وحيد الدين سوار:

الشكل في الفقه الإسلامي، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ١٩٨٥، الطبعة الأولى.

محمود سلام زناتي:

المرأة عند الرومان، الكتاب الثاني، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٥٨.

محمود عبد الرحيم الديب:

- الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون تاريخ.

محى الدين اسماعيل علم الدين:

- العقود المدنية الصغيرة ،الطبعة الثانية ١٩٩٥.

مصطفى سيد أحمد صقر:

- الدفع بالغش في القانون الروماني، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧.

- مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.

- ضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية – مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٩.

- فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ١٩٩٦.

- حجية الأمر المقضي "دلراسة تأصيلية تحليلية فى القانون الرومانى" ، دون ناشر ١٩٩٥.

منصور مصطفى منصور:

- دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ١٩٩١ – ١٩٩٢.

نبيل إبراهيم سعد:

- التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.

- نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية.

نيرمين محمد محمود صبح:

- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية بدون ناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

وجدي راغب فهمي:

- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤.

٣ – الرسائل:

أحمد مرزوق :

- في نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٨.

السيد عبد الحميد فوده :

- مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.

توفيق حسن فرج :

- نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ١٩٥٧.

ثروت حبيب :

- الالتزام الطبيعي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة .

جمال مرسي بدر:

- النيابة في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق الإسكندرية، ١٩٥٣.

جميل الشرقاوي :

- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٦.

طه عوض غازي :

- النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه – كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

عاطف عبد الحميد ندا:

- الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" – دراسة مقارنة في تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦ .

عبد الجبار ناجي صالح :

- مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، مطبعة اليرموك ، ١٩٧٤.

عبد الحكم عبد البصير فودة :

- النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٣ .

عبد الرشيد عبد الحافظ :

- التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

عبد الودود يحي:
– حوالة الدين – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري، رسالة دكتوراه، ١٩٦٠ .

محمد جمال عطية عبد المقصود :

– "الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣ .

محمد الصاوي مصطفى ابراهيم :

– الشكل في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه حقوق الزقازيق ١٩٩٢.

محمد حمدي مكي :

– النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

محمد رفعت الصباحي :

– الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس، ١٩٨٤.

محمد علي حنبولة :

– الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة (دراسة مقارنة) في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٣.

محمد وحيد الدين سوار:

– التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٠، رقم ١٧٣.

محمد محمد السروي :

– الغش في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ٢٠٠٤ .

محمود محمد شعبان :

– السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي ودراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

محمود أبو عافية :

– التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٤٧.

مصطفي أبو مندور موسى :

– دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

نبيلة إسماعيل رسلان :

–" العلاقات القانونية الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه"، جامعة طنطا .

ياسر أحمد كامل الصيرفي:

– التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢.

وليم سليمان قلادة :

- التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٥.

٤ - الأبحاث والمقالات:

أبو زيد عبد الباقي مصطفى:

- الافتراض ودوره في تطور القانون، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، ٨ جامعة المنصورة، ١٩٨٠.

السيد فوده:

- فكرة الحق في القانون الروماني، بحث منشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر.

أحمد محمد البغدادي:

- النيابة في القانون الروماني، بحث مرجعي مقدم إلى اللجنة العلمية الدائمة للقانون المدني، ٢٠٠١.

جميل الشرقاوي:

- انحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوروبية مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية والعشرون، العددان الثالث والرابع، سبتمبر، وديسمبر ١٩٥٨.

جورجيو ديل فيكيو:

- تاريخ فلسفة القانون منذ قدماء الإغريق إلى عصر النهضة، ترجمة -ثروت أنيس الأسيوطي، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٨، مارس ١٩٦٨.

شفيق شحاتة:

- نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٤ يناير ١٩٥٩.

عادل مصطفى بسيوني:

- مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، بحث منشور بالمجلد الأول الذي أصدره مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية لليونسكو عام ١٩٨٢، بمناسبة مرور ١٤ قرن على ظهور الإسلام تحت عنوان (التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية).

عبد الهادي العطافي:

- صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الرابعة والأربعون من مارس ١٩٧٤.

- ماهية الحق في القانون الخاص، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، سنة ٣٣، عدد ٤، بند ٤٢.

علي بدوي:

– أبحاث في أصول الشرائع، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الأول والثاني، ١٩٣٥.

– مكانة الشريعة الإسلامية في الفقه الحديث، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى.

عمر ممدوح مصطفى:

– الفقه عند الرومان، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة الثالثة – العدد الثالث، يوليو – سبتمبر ١٩٤٨.

محمد حسن قاسم:

– التعاقد عن بعد، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٣

محمد نور فرحات:

– الشرعية والمصلحة الاجتماعية(مقارنة بين تاريخ الفكر القانوني والفقه الإسلامي، بحث منشوربالمجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الجنائية، مصر، العدد الأول والثاني مارس – يونيو ١٩٧٦.

محمود السقا:

– أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة ٤٢ مارس – يونيو ١٩٧٢.

- العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا، في نطاق فلسفة المدنية العالمية، مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٥ العدد ٣٥٨ أكتوبر ١٩٧٤.

– دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعى فى العصر الوسيط ، بحث منشوربمجلة القانون والاقتصاد ، الاعداد ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨ الستة ٦٧ ،يناير ١٩٧٦ ، ابريل ١٩٧٧.

– شيشرون خطيباً وفيلسوفاً وفقيهاً، بحث بمجلة العلوم القانونيةوالاقتصادية، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، يوليو ١٩٧٥.

٥ – كتب مترجمة:

جاك غستان :

المطول فى القانون المدنى، تكوين العقد،ترجمة منصور القاضى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ٢٠٠٠ .

جبرائيل لي براس:

القانون الكنسي، ضمن كتاب تراث العصور الوسطى، تحرير جاكوب وكرامب، ترجمة ومراجعة مجموعة من أساتذة الجامعات المصرية، الناشر سجل العرب بالقاهرة، دون تاريخ.

جون لوريمر:

تاريخ الكنيسة، ترجمة عزرا مرجان، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٠.

روسكو باوند:

مدخل الى فلسفة القانون ، ترجمة صلاح دباغ ، المؤسسة الوطنية للنشر ١٩٦٧.

ر. هـ . باور :

الرومان ، ترجمة عبدالرازق يسرى ، القاهرة ١٩٨٦.

فرناند شيفل:

الحضارة الأوربية في القرون الوسطى وعصر النهضة، بيروت، ١٩٥٢.

فوستيل دي كولانج:

المدينة العتيقة، ترجمة عباس بيومي وعبد الحميد الدواخلي، القاهرة ١٩٥٠.

ميشيل فيلية :

القانون الرومانى ، ترجمة هاشم حافظ ، جامعة بغداد ، المكتبة المركزية.

م. رستوفنزف:

تاريخ الإمبراطورية الرومانية الاجتماعي والاقتصادي، الجزء الأول، ترجمة ومراجعة زكي علي، محمد سليم سالم، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.

نورمان كانتور:

العصور الوسطى الباكرة، ترجمة قاسم عبده قاسم، الجزء الأول: عين للدراسات والبحوث الإنسانية، القاهرة، ١٩٩٣.

ويل ديورانت:

قصة الحضارة، المجلد الثالث، الجزء الأول، ترجمة محمد بدران، القاهرة.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

١ – المؤلفات العامة:

ACCARIAS (C);

-Précis de droit romain, paris, T. I, 1886. T-2, 1891.

AUBOYER;

-L'Orient et la Grèce Antique, T.1, Paris, 1957.

BARTIN (E);

-Principes de droit international privé, T.2, Paris, 1932.

BEUDANT (CH);

-Le droit individuel et l'Etat, 3e ed Paris, 1920.

BONNECASE;

-Supplément au traite théorique et pratique de droit civil de Baudry la cantinerie, T. 2, 1925.

BREHIER (E);

-Histoire de la philosophie, T. 2, Paris, 1930.

BRIMO;

-Les grands courants de la philosophie du droit et d'l'ETAT, Paris Pedone, 1968.

BRUHL (H. L);

-Nouvelles études sur le Très ancien droit romain, Paris, 1947.

Bruhl (H.L);

-Nouvelles études sur le Très ancien droit romain, Paris, Recueil sirey, 1947.

BUCKLAND (W);

-The main institutions of roman private law; Cambridge, 1931.

CARBONNIER (J);

-Droit civil, T.4, les obligations, P.U.F. 1988.et 12e ed, Paris, 1970.

Colin et Capitant;

-Traite de droit civil, par Julliot de la morandière, T.2, obligations, Paris, 1959.

COLLINS (J);

-A history of modern European philosophy, London, 1980.

CONTENAU;

-Société Babylonien, Paris, 1952.

CUQ (E);

-Etudes sur le droit Babylonien, les lois Assyriennes et les lois Hittes, Paris, 1929.

CUQ (E);

-Manuel des institutions juridiques des romains, 2e éd, Paris, 1928.

DECLAREUIL (J);

-Rome the law giver, London, 1927.

DELVECCH IO (G);

-Philosophie du droit Traduction. D'aynac, Paris, 1953.

DEMOGUE;

-Traité des obligations en général, T.1, paris, 1923.

DU PASQUIER (C);

-Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit, Paris, 1948.

FLOUR et AUBERT;

-Droit civil, les obligations, vol. 1, l'acte juridique, 1975.

FOIGNET (R); et DUPONT (E);

-Le droit romain des obligations, Paris, 1945.

GAUDEMET (J);

-Cours de droit romain approfondi, Paris, 1949 – 1950.

GAUDEMET (J);

- Histoire des institutions de L'Antiquité, Paris, 1967.
- le droit privé romain, paris, 1974.

GHESTIN (J);

-Traité de droit civil: les obligations (Le contrat: formation) L.G.D.J., 2e éd. 1998.

GIFFARD (A.E); et R. VILLERS; (R);

-Droit romain et ancien droit française. Dalloz. 2e ed. 1967.

GIFFARD (A.E);

-Précis de droit romain, T.1, Paris, 2e ed, 1934,et T.2, (les obligations), Paris, Dalloz 2e éd, 1938.

GILISSEN (J);

-Introduction historique au droit, Bruxelles, 1979.

GIRARD (P.F);

-Manuel élémentaire de droit romain, 8e ed, Paris, 1929.

HUBRECHT (G);

-Cours de droit romain, Paris, 1946.

HUVELIN (P);

-Cours élémentaire de droit romain, T. 1, paris, 1927,et T.2, les obligations, Paris, 1929.

IHERING (R.V);

-La lutte pour droit, Trad, o. de Meulenaere 2e ed, Paris, 1890.

-L'esprit du droit romain, Trad, Meulenaere, Paris T.1,1880,et T-3, 1918.

IMBERT (J);

-Histoire des institutions et des Faits Sociaux, Paris, 1955.

JOSSERAND (L);

-Cours de droit civil positif français, T-2, Paris, 1933.

KUNKEL (W);

-An introduction to roman legal and constitutional history, Oxford, 2e ed 1973.

LAROUMENT (CH);

-Dorit Civil, T.3, Les obligations, paris, 1986,

Le POINTE et MONIER (R);

-Les obligations en droit Romain et dans L'ancien droit française, Paris, 1954.

LEAGE;

-Roman private law, paris, 1906.

LEE (W);

-An introduction to roman – dutch law. oxford, 4e éd, 1946.

MACKENZIE (L);

-Studies in roman law, London, 1971,

MAILLET;

-Histoire des institutions, Paris, 1956,

MARTY (S); et RAYNAUD (P);

-Droit civil, les obligations, T. 1, 2e édition, sirey, Paris, 1988.

MARTY (S); et RAYNEAUD;

-Droit civil, T2, paris, 1962.

MAY (G);

-Éléments de droit romain, Paris, 18e éd,1935.

MELVILLE (R.D);

-A manual of the principles of roman law, Edinburgh, 3 ^{e} ed, 1921.

MONIER (R);

-Manuel élémentaire de droit Romain, T. 2 (les obligations), Paris 1948.

MUIRHEAD (J);

-Historical introduction to the private law of Rome, London, 3e ed, 1916.

NICHOLAS (B);

-An introduction to roman law, Oxford, 1962.

NOAILLES;

-Du droit sacré au droit civil, Paris, 1949.

PETIT (E);

-Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1925.

PHAILÉ (E.D);

-cour élémentaire de droit romain, revised and edited by ch. Tartari, 1895.

PIRENNE (J);

-Histoire des institutions et du droit prive de l'ancien Egypte, T. 2, 1934.

POSTE (E);

-Institutes of roman law by Gaius, 4e ed, revised and enlarged by whittuck (E. A); oxford. 1904, p.

PRELOT (M);

-Histoire de la pensée politique, Paris, Dalloz, 1966.

QURILAC (P); et MALAFOSSE (J);

-Historie du droit privé, (les obligations), P. U. F; 1961.

RENOUF (V.A);

-Outlines of General History, London, 1914.

RÉVILLOUT (E);

-Précis du droit egyptien. Compare aux autres droit de L'antiquité, paris 1899.

RIPRET ET BOULANGER;

-Traité de droit civil, T.2, obligations et droits réels, L.G.D.J, 1957.

ROLAND (H); et BOYER (L);

-Droit civil, obligations, 2 contrat et Quasi contrat, Régime générale, 2e ed, paris, 1986.

SALEILLES (R);

-Introduction à l'étude du droit civil allemand, Paris, 1904.

SAVATIER (V.R);

-Du droit civil au droit puplic,paris, 1945.

SCHULZ (F);

-Classical Roman law, Oxford, 1954.

-History of roman Legal Science, Oxford, 1946.

-Principles of roman law, oxford, 1936.

SCURTON (F.R);

-A Short history of modern philosophy, London, 1989.

SOHM (R);

-Institutes of Roman law, translated by ledlie, 3e ed, Oxford, 1907.

STARK (B);

-Droit civil. obligations 2 – 2é édition par ROLAND et BOYER, litec, Paris, 1986.

TERRÉ (F); SIMLER (PH); et LEQUETTE (Y);

-Droit civil les obligations, 6e édition, Dalloz, 1996.

TIMBAL et CASTALDO (A);

-Histoire des institutions et des faits sociaux, Paris,1979.

VILLERS (R);

-Rome et le droit privé, paris, 1977.

WALTON (F.P);

-Historical introduction to the roman law, Edinburgh, 2e ed, 1912.

WEILL (A); et TERRE (F);

-Droit civil, Les obligations, paris, 2 éd 1975,et, 4e éd 1986.

٢ ـ المؤلفات الخاصة:

ARNAUD (A. J.);

-Les origines doctrinales du code civil français v. IX, 1969.

ATIYAH (P);

-AN introduction to the law of contract, fifth edition, clarendon press, oxford, 1995.

CAPITANT (R);

-De la cause des obligations, Paris, 1923.

CHEVALLIER (J);

- Inexécution du contrat synallagmatique cours de doctorat non imprimés, 1945.

-DE LEYSSAC (S.L);

-L'obligation de rènseignements dans les contrats in l'information en droit privé, L.G.D.J. 1978.

De ZULUETA (F);

-The roman law of sale, oxford, 1945.

DIKOFF (M.D);

-L'evolution de la notion de contrat etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT, 1977.

DUGUIT (L);

- Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris, 1912.

FABRE (S.G);

-Les fondements de l'ordre juridique, Paris, P.U.F. 1992

FINNIS (J);

-Natural law and natural rights, clarendon press, oxford, 1980.

GENY (F);

-Science et Technique en droit privé positif, t.3, paris, 1921.

GETELL (R.G);

-History of political thought, London, ALLEN (G); 15 ed, 1951.

GRIFFTH;

-The petrie papyri, London, 1898.

HEARNSHAW (J. C);

-The social and political ideas of some great thinkers of the 16 and 17 centuries, New York, 1949.

KAGAN;

-Sources in grec; Political thought, from homer to polybius cornell university, 1965.

LACAU;

-Une stèle juridique de Karnak, supplément aux Annales du service des Antiquité de L'Egypte, le Caire, 1949.

MAGDELAIN (A);

-Le Consensualisme et L'edit du preteur, Paris, 1958.

MAGDELAIN (A);

-Les actions civiles, Paris, 1954.

PHILIPPE (M);

-Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles. 1968.

RANOUIL (V);

-L'autonomie du la volonté naissance et évolution d'un concept, 1e ed , 4 Trimestre, presses universitaire de France, 1980.

RATTIGAN (W);

-Hugo Grotius, dans Great jurists of the world. London. 1913.

RIPERT;

-La règle morale dans les obligations civiles. 4e édition. L.G.D.J.. Paris. 1949.

ROBY (H.J);

-Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines, Cambridge. 1902.

ROMMEN (H);

-"Le droit naturel, historie, de doctrine" Paris, EGLOFF, 1945.

ROSS (A);

-On law and justice, London, 1958.

ROUBIER (P);

-Théorie generale du droit, histoire des doctrines Juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2 éd, 1951.

SALEILLES (R);

-De la déclaration de volonté, Paris, 1901.

SAVATIER (V.R);

-Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, ler, 5éd, Paris, 1959.

TRIGEAUD (J.M);

-Humanisme de la librté et philosophie de la justice, T. 2. Bordeaux, 1992.

VIARD,

-Les pactes adjoints au contrat en droit romain classique, Paris, 1929.

VILLEY (M);

-"La formation de la penssée juridique moderne" Paris, Montchrestien, 1968.

TRADE (G);

-Les Transformations du droit, Paris, 1893.

٣ ـ الرسائل:

ABDEL RAHIM (FATHI);

-Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, le caire, 1974.

BANCE (P);

-Le syndicalisme ouvrier françias dans la genése du droit du travail, thèse, Paris I, 1976.

BOYER (G),

-Recherches historique sur la résolution des contrats. thèse. Toulouse. 1924.

CHOLEY (J.Y);

-"L'offre de contracter et la protections de l'adhérent dans le contrat d'adhésion". thèse. Aix-Marseille. 1974,

CLARISE,

-De la representation, thèse, lille, 1949,

DE BIEVILLE;

-Les nullities des actes de procédure en matière civile, thèse, Paris, 1944

DE LA MOUTE (S.M);

-L'acte juridique unilatérale, thèse, 1951

DELAPORTE (V);

-Recherche sur la forme des actes Juridiques en droit international privé, thèse, Pris, 1974,

DEREUX (G);

-L'interprétation des actes juridiques privés, thèse, Paris 1905

DE SAINTE CROIX (L);

-ÉTUDE SUR l'exception de dol en droit romain, thèse, Paris, 1892,

DOUADI (MOHAMED ABAZ);

-Les Conditions particulières de l'obligation volontaire de contracter en droit algérien, Rennes, 1988.

DUEZ(P);

- Renaissance de L'acte abstrait dans les obligations, Lille, 1914

DUHAUT (H);

-De la forme, de ses caractères et de ses règles en droit romainde la règle "locus régit actum" en droit français, thèse, Nancy. 1882

DURMA,

-La notification de la volonté. thèse. Paris. 1930.

GOMAA (NOOMAN);

-Théorie des sources de l'obligation. L.G.D.J. Paris. 1968.

GOUNOT (E);

-Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.

GUERRIERO (M);

-L'acte Juridique solennel, thèse, L.G.D.J, Toulouse, 1975

HASSAN (AHMED);

-Etude comparative de mandat en droit romain et en droit musulman. Thése, paris, 1981

HUET (A)

-Les conflits de lois en matière de preuve, thèse, Paris, 1965

LARGUIER;

-Etude sur la notion de titre en droit privé, thèse, Montpellier, 1948

LEFEBVRE (CH);

-Les pouvoirs du Juge en droit canonique, thèse, Paris, 1938,

LEGIER (G);

-La règle "Locus regit actum" et les conflits de lois en matière de forme des actes, Thèse, Aix-Marseille, 1976

LESAGE (A);

-Le formalisme dans la législation romaine, thèse Paris, 1895.

MOENCLAYE;

-De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et Commercial français, thèse, LiLe, 1914,

PERROT;

-De l'influence de la Technique sur le but des institutions juridiques, Thèse, Paris, 1947

PIEDELIEVRE (A);

-Les Transformations du formalisme dans les obligations civiles, thèse, Paris, 1959,

PRÉVOST;

-Le rôle de la volonté dans formation de l'obligation civile, thèse, Paris, 1939,

ROUHETTE (G);

-Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965,

ROUSSIER;

-Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, thèse Paris, 1933,

ROUXEL (R);

-Recherche des principes généraux régissant l'evolution contemporaine du formalisme des actes Juridiques, thèse, CAEN, 1934.

SIPES;

-De l'observation des simples conventions en droit canonique, Thèse, Paris, 1928.

ZAKSAS (J);

-Les transformations du contrat et leur loi, thése, Toulouse, 1939,

٤ - الأبحاث و المقالات:

AUGE (G);

-Le contrat et l'evolution du consensualisme chez Grotius, in arch, philosphie du droit, 1968.

BATIFFOL (H);

-La crise du contrat et sa portée, Archives de philosophie,du droit, 1968.

BOYER (G);

-Les articles 7 et 12du code de hommurabi, Melagnes d'histoire du droit oriental, sirey, 1965, T. 2.

-Nature et formation de la vente dans L'ancien droit Babylonien, Melagnes d'histoire du droit oriental, sirey, 1965, T. 2.

CARLYLE (A.J);

-La notion de "contrat" dans les doctrines politiques, in Arch. de phil du dr. et de soc. Jur 1940.

DEMOGUE (R);

-Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Rev. Trim. Dr. Civ, 1907.

ESMEIN (M);

-Le serment promissoire dans le droit canonique, NRHI, du droit français et étranger, 1880.

FLOUR (J);

-Quelques remarques sur L'evolution du formalisme, MELANGE RIPERT, T.I, Paris, 1950.

HORWITZ (M);

-The historical Foundations of modern contract law, Harvard, Rev. 1974.

MARAVAL;

-Le christianisme dans l'Empire Romain à travers quelques ouvrages recents; in Rev. d'hist et de philos. Religieuses, 16, 1981.

NASSAR (N);

-Sancity of contracts revisited; A study in the theory and practice off long – term international commercial transactions, Martinus Nijhoff publishers, 1995.

NERSON;

-La solennisation de la vente d'immeuble, Mélanges Julliot de la Morandiere, 1964.

PIRENNE (J) et STRACMANS (M);

-La portée historique et juridique de la stèle de Karnak datée du règne de souaj – En – Ra, dans; Revue internationale de droits de L'Antiquité, T.2, 1953.

RAQUIN (C);

-Quelques notion sur le formalisme ancien et moderne, Annales de L'université de Lyon, Troisième série fascicule 27, 1965.

REYMOND;

-Deux Contrats démotiques Concernant la Vente des revenus, Liturgiques, dans; Revue internationale des droits de L'Antiquité, 3 série, 1954.

TERRE (F);

-FORNACCIARI, l'autonomie de la volonté, Rev. sc. Morales et politiques, 1995.

THÉODORIDÉS (A);

-L'Acte, de sounet (vente) dans la stèle juridique de Karnak, dans; Revue internationale des droits de L'Antiquité, 3 série, T.2, 1959.

VILLEY (M);

- ESSOR et decadence du volontarisme juridique, Ach. ph. dr. 1957.

-preface au T.XIII des Archives de philosophie du droit 1968.

VINCENT (A);

-La notion moderne de droit naturel et le volontarisme. A. P.D. 1961.

الفهرس

	رقم الصفحة
مقدمة:	٩
فصل تمهيدي	
الشكلية في أهم الشرائع الشرقية القديمة	١٥
المبحث الأول: الشكلية في مصر الفرعونية.	١٦
المطلب الأول: الخلاف الفقهي حول دور الشكلية في القانون الفرعوني.	١٧
الاتجاه الأول: سيادة الشكلية سيادة مطلقة في القانون الفرعوني.	١٨
الاتجاه الثاني: سيادة مبدأ الرضائية في القانون الفرعوني.	٢٠
المطلب الثاني: ملامح الشكلية في مصر الفرعونية.	٢٨
أولاً: الشكلية في العهود ذات النزعة الفردية للقانون الفرعوني.	٢٨
ثانياً: الشكلية في العهود الإقطاعية.	٣٨
المبحث إلثاني: الشكلية في شريعة بلاد ما بين النهرين	٤٣
المطلب الاول: الخلاف الفقهي حول مدى خضوع شريعة بلاد ما بين النهرين لمبدأ الشكلية في التعاقد.	٤٤
الاتجاه الأول: العقود في بلاد ما بين النهرين كانت عقود شكلية.	٤٤
الاتجاه الثاني: العقود في بلاد ما بين النهرين كانت أقرب إلى العقود العينية.	٤٦
الاتجاه الثالث: العقود في بلاد ما بين النهرين لم تكن شكلية ولا عينية ولكنها لم تكن رضائية تماماً.	٥٠
الاتجاه الرابع: العقود في بلاد ما بين النهرين كانت رضائية.	٥١
المطلب الثاني: صور الشكلية وتطبيقاتها في شريعة بلاد ما بين النهرين	٦١
أولاً: الشكلية في انعقاد الزواج.	٦١
ثانياً: الشكلية في التبني.	٦٥
ثالثاً: الشكلية في طرق عتق الرقيق.	٦٧
الباب الأول	
الشكلية ونطاقها في القانون الروماني	٦٩
الفصل الأول: تحليل فكرة الشكلية في القانون الروماني	٧١
المبحث الأول: ماهية الشكلية في القانون الروماني	٧٢
المطلب الأول: مدلول الشكلية ونطاقها.	٧٣
المطلب الثاني: طبيعة الشكلية.	٨٢
المطلب الثالث: وظيفة الشكلية.	٨٨
المبحث الثاني: أسباب ظهور الشكلية وسيادتها في القانون الروماني.	٩١
المطلب الأول: الصبغة الدينية والمادية للفكر الروماني	٩٢

أولاً: دور الدين في الشرائع القديمة: ٩٢
ثانياً: العلاقة بين العقلية المادية للرومان وعقيدتهم الدينية. ٩٣
ثالثاً: الصبغة الدينية للقانون الروماني وأثرها فى ظهور الشكلية في القانون الروماني. ٩٥
المطلب الثاني: توافق مبدأ الشكلية مع التنظيم الأقتصادي والاجتماعي عند الرومان. ١٠١
أولاً: القانون والتنظيم الاجتماعي والاقتصادي. ١٠١
ثانياً: الاقتصاد الروماني ونظام التعاقد. ١٠٢
ثالثاً: الشكلية القانونية والواقع الاجتماعي الروماني. ١٠٤
المطلب الثالث: سيادة اعتبارات الاستقرار القانوني والاجتماعي على اعتبارات العدالة عند الرومان. ١٠٧
أولاً: الشكلية كإنعكاس لفلسفة القانون الروماني. ١٠٧
ثانياً: دور الشكلية في تحقيق الاستقرار القانوني والاجتماعي. ١٠٨
المبحث الثالث: أثر الشكلية على أهم الأفكار والمبادئ القانونية ١١٢
المطلب الأول: الشكلية وتمييز الرومان بين الاتفاق والعقد. ١١٣
المطلب الثاني:أثر الشكلية على عيوب الإرادة. ١١٧
أولاً: أثر الشكلية على فكرة عيوب الإرادة في المراحل الأولي للقانون الروماني. ١١٩
ثانياً: الوسائل غير المباشرة التي قررها القانون الروماني لمعالجة مساوئ الشكلية في مجال عيوب الإرادة. ١٢٤
المطلب الثالث: أثر الشكلية على التفسير في القانون الروماني ١٣٩
أولاً: عدم ظهور مشكلة التفسير بمفهومها الحديث وعلاقتها بسيادة الشكلية في القانون الروماني. ١٤٠
ثانياً: ظهور مشكلة التفسير وعلاقتها بالدور الجديد للإرادة في القانون الروماني. ١٤٣
المطلب الرابع: أثر الشكلية على فكرة السبب في العقود والالتزامات عند الرومان ١٤٩
أولاً: تحديد فكرة السبب بين الفكر القانوني المعاصر والقانون الروماني. ١٤٩
ثانياً: العلاقة بين سيادة الشكلية وانتفاء فكرة السبب القصدي في العقود الشكلية. ١٥١
ثالثاً: انتفاء فكرة السبب القصدي في العقود غير الشكلية. ١٥٥
رابعاً: بزوغ فكرة السبب في القانون الروماني وأثر الشكلية على قيامها على أساس موضوعي لا علاقة له بالإرادة. ١٥٨
المطلب الخامس: الشكلية وحظر النيابة في التعاقد في القانون الروماني. ١٦٢
أولاً: مفهوم النيابة ومصادرها. ١٦٢
ثانياً: مبدأ اللانيابة في التعاقد وعلاقته بالشكلية (المفهوم والأسباب). ١٦٤
ثالثاً: التخفيف من حدة الشكلية وأثرها في ظهور بعض الاستثناءات على مبدأ انتفاء النيابة. ١٧٠
الفصل الثاني: صور الشكلية وتطبيقاتها في النظم القانونية الرومانية ١٧٩
المبحث الأول: الشكلية في إجراءات التقاضي ١٨٠
المطلب الأول: الشكلية في ظل نظام دعاوى القانون ١٨١
أولاً: شكلية الدعاوي والنتائج المترتبة عليها. ١٨١

ثانياً: أقسام دعاوي القانون ومراحله. ١٨٧
المطلب الثاني: الشكلية في ظل نظام دعاوى البرنامج ١٩٧
أولاً: الخصائص والملامح الأساسية لنظام دعاوي البرنامج ومدى شكليته. ١٩٨
ثانياً: إجراءات التقاضي في نظام دعاوي البرنامج. ٢٠٢
ثالثاً: الطابع الشكلي لصيغ الدعاوي في نظام البرنامج. ٢٠٣
رابعا: دور البريتور وإصلاحاته في ظل نظام دعاوي البرنامج. ٢٠٥
المبحث الثاني: الشكلية في نظم الأشخاص ٢٠٩
المطلب الأول: الشكلية في انعقاد الزواج ٢١٠
أولاً: شروط صحة الزواج الشرعي (الشروط الموضوعية). ٢١٢
ثانياً: إجراءات وأشكال الزواج مع السيادة. ٢١٥
ثالثاً: إجراءات الزواج دون سيادة. ٢١٨
المطلب الثاني: الشكلية في إجراءات الطلاق عند الرومان ٢٢٢
المطلب الثالث: الشكلية في نظام التبني ٢٢٥
أولاً: أنواع نظام التبني وأحكامه. ٢٢٥
ثانياً: الإجراءات الشكلية في نظام التبني. ٢٢٧
المطلب الرابع: الشكلية في نظام التحرير من السلطة الأبوية ٢٣١
أولاً: مفهوم وطبيعة السلطة الأبوية عند الرومان. ٢٣١
ثانياً: أشكال وإجراءات التحرير من السلطة الأبوية. ٢٣٣
المطلب الخامس: الشكلية في طرق عتق الأرقاء ٢٣٦
أولاً: طرق العتق الشكلية في القانون القديم. ٢٣٧
ثانياً: التطورات التي لحقت بطرق العتق في العصر الإمبراطوري. ٢٤٠
المبحث الثالث: الشكلية في التصرفات المنشئة للالتزامات ٢٤٢
المطلب الأول: الشكلية في عقد القرض القديم ٢٤٣
أولاً: إجراءات انعقاد عقد القرض القديم (النكسوم) ومدى شكليتها. ٢٤٤
ثانياً: مصير عقد (النكسوم) ٢٤٦
المطلب الثاني: الشكلية في العقود اللفظية ٢٤٧
أولاً: الاشتراط الشفهي ٢٤٨
١ – شروط انعقاد الاشتراط. ٢٤٨
٢ – نطاق تطبيق الاشتراط. ٢٥٣
٣ – الحماية القانونية للاشتراط. ٢٥٥
٤ – إثبات الاشتراط. ٢٥٦
ثانياً: صور أخرى للعقد اللفظي (الوعد بالدوطة – تعهد العتيق المقترن بيمين) ٢٥٧
المطلب الثالث: الشكلية في العقود الكتابية ٢٦١

أولاً: العقد الكتابي المسمي. ٢٦١
ثانياً: صور أخرى للعقد الكتابي (الإشهادات – الإقرارات). ٢٦٩
المبحث الرابع: الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية ٢٧١
المطلب الأول: الإشهاد ٢٧٣
المطلب الثاني: الدعوى الصورية ٢٨٠
المطلب الثالث: مصير الطرق الشكلية في نقل الملكية ٢٨٤

الباب الثاني

القانون الروماني بين سيادة الشكلية وبزوغ مبدأ الرضائية ٢٨٧
الفصل الأول: عوامل بزوغ مبدأ الرضائية في القانون الروماني ٢٨٩
المبحث الأول: التحولات الجذرية في المجتمع الروماني وأثرها في بزوغ مبدأ الرضائية ٢٩٠
المطلب الأول: التطورات الاقتصادية والاجتماعية في روما وأثرها في ظهور مبدأ الرضائية ٢٩١
المطلب الثاني: انتشار مبادئ وأفكار الفلسفة الإغريقية في روما وأثرها على ظهور مبدأ الرضائية. ٢٩٨
المطلب الثالث: ظهور المسيحية في روما وانتشار تعاليمها وأثرها على إقرار مبدأ الرضائية ٣١٥
المبحث الثاني: دور الفقه والبريتور في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية ٣٢٧
المطلب الأول: دور الفقهاء في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية ٣٢٨
أولاً: طبيعة دور الفقه في القانون الروماني وأثره على تطوره عامة. ٣٢٨
ثانياً: دور الفقه في الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ الرضائية في القانون الروماني. ٣٣٥
المطلب الثاني: دور البريتور في الاتجاه بالقانون الروماني نحو الأخذ بمبدأ الرضائية ٣٤٣
أولاً: المركز القانوني للبريتور وطبيعة دوره في القانون الروماني. ٣٤٣
ثانياً: دور البريتور في الاتجاه نحو الاخذ بمبدأ الرضائية في القانون الروماني. ٣٥٠
الفصل الثاني: تطبيقات الرضائية في القانون الروماني ونطاقها ٣٥٧
المبحث الأول: صور الرضائية وتطبيقاتها ٣٥٨
المطلب الأول: العقود العينية ٣٥٩
أولاً: عقد القرض. ٣٦٠
ثانياً: عقد العارية. ٣٦٣
ثالثاً: عقد الرهن. ٣٦٤
رابعاً: عقد الوديعة. ٣٦٦
خامساً: عقد الائتمان. ٣٦٨
المطلب الثاني: العقود الرضائية ٣٧٠
أولاً: عقد البيع. ٣٧٣
ثانياً: عقد الإيجار. ٣٧٩
ثالثاً: عقد الشركة. ٣٨٣

رابعاً: عقد الوكالة. ٣٨٦
المطلب الثالث: الاتفاقات البريتورية ٣٨٩
أولاً: اتفاق اليمين. ٣٨٩
ثانياً: اتفاق (مشارطة) تجديد الالتزام. ٣٩١
ثالثاً: اتفاقات العهدة. ٣٩٣
المطلب الرابع: الاتفاقات الشرعية ٣٩٧
أولاً: اتفاق التحكيم. ٣٩٨
ثانياً: اتفاق الدوطة. ٣٩٩
ثالثاً: اتفاق الهبة. ٤٠٠
المطلب الخامس: العقود غير المسماة ٤٠٣
أولاً: تأصيل نظرية العقود غير المسماة. ٤٠٥
ثانياً: نظرية العقد غير المسمي. ٤١٠
ثالثاً: الحماية القانونية للعقد غير المسمي في قانون جستنيان. ٤١٤
المبحث الثاني: نطاق مبدأ الرضائية في القانون الروماني ٤١٧
المطلب الأول: الرضائية أصلا عاما ظهر بجانب الشكلية ٤٢١
المطلب الثاني: الشكلية هي الأصل والرضائية مجرد استثناء ٤٢٩
المطلب الثالث: رأينا الشخصي في الموضوع. ٤٣٤

الباب الثالث

النظام القانوني الحديث بين الشكلية المرنة والرضائية

٤٤٣
الفصل الأول: عوامل ظهور مبدأ سلطان الارادة في الشرائع الحديثة ٤٤٦
المبحث الأول: تطور القانون الكنسي وأثره على ظهور مبدأ سلطان الإرادة. ٤٤٧
المبحث الثاني: تطور الأعراف السائدة في أوروبا ودعم الفقهاء لهذا التطور ٤٥٢
المبحث الثالث: سيادة المذاهب الفردية في النواحي الفلسفية والسياسية والاقتصادية ٤٥٦
أولاً: مذهب القانون الطبيعي. ٤٥٦
ثانياً: نظرية العقد الاجتماعي. ٤٦١
ثالثاً: مذاهب الاقتصاد الحر. ٤٦٤
الفصل الثاني: مصير مبدأ سلطان الإرادة في النظرية القانونية الحديثة ٤٧٠
المبحث الأول: الانتقادات الموجهة إلى مبدأ سلطان الإرادة. ٤٧٢
أولاً: بالنسبة للمصادر التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة. ٤٧٣
ثانياً: بالنسبة للأسس الفلسفية والاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة. ٤٧٣
المبحث الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة وموقف التقنين

المدني المصري ٤٨٤
أولاً: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ونطاقه في النظرية القانونية الحديثة. ٤٨٤
ثانياً: موقف التقنين المدني المصري من مبدأ سلطان الإرادة. ٤٨٥
الفصل الثالث: الشكلية الحديثة في ضوء سيادة مبدأ سلطان الإرادة ٤٩١
المبحث الأول: مفهوم الشكلية في مجال التصرفات القانونية ٤٩٢
المبحث الثاني: صور الشكلية في مجال التصرفات القانونية وتطبيقاتها ٤٩٦
أولاً: صور الشكلية المباشرة (الشكلية المطلبة للانعقاد). ٤٩٦
ثانياً: صور الشكلية غير المباشرة. ٥٠٨
الخاتمة. ٥١٨
قائمة المراجع. ٥٢٥
أولاً: المراجع العربية. ٥٢٥
ثانياً: المراجع الأجنبية. ٥٤٠

جامعة الخرطوم
المكتبة
LIBRARY