

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني

دراسة نقدية مقارنة بالقانون المدني الأردني

الطالب

عبد الناصر صبحي الشريف

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

2008م - 1429 هـ

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني

دراسة نقدية مقارنة بالقانون المدني الأردني

الطالب

عبد الناصر صبحي الشريف

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

2008م - 1429هـ

الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني

دراسة نقدية مقارنة بالقانون المدني الأردني

مقدمة من الطالب

عبد الناصر صبحي الشريف

الخليل - ليسانس حقوق - جامعة القاهرة

المشرف: الدكتور أنور أبو عيشة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

2008م - 1429هـ

جامعة القدس / عمادة الدراسات العليا

الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني

دراسة نقدية مقارنة بالقانون المدني الأردني

الطالب : عبد الناصر صبحي الشريف

الرقم الجامعي : 20320109

إشراف

الدكتور أنور أبو عيشة

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 13 / 1 / 2008م

من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم

- | | | |
|--------------|--------------------|-----------------------------------|
| التوقيع----- | رئيس لجنة المناقشة | 1- الدكتور أنور أبو عيشة |
| التوقيع----- | ممتحنا خارجيا | 2- الدكتور يوسف شندي |
| التوقيع----- | ممتحنا داخليا | 3- الأستاذ الدكتور عثمان التكروري |

2008م - 1429هـ

بيان

أقر أنا الباحث عبد الناصر صبحي الشريف

ورقمي الجامعي (20320109)، ومقدم الرسالة لجامعة القدس لنيل شهادة الماجستير، أنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد **وأن** هذه الرسالة أو أي جزء منها لم تقدم لنيل أية درجة عليها لأي جامعة أو معهد.

التوقيع-----:

عبد الناصر صبحي الشريف

التاريخ : 13 / 1 / 2008م

إهداء

إلى روح محب العلم والدي رحمه الله

إلى والدتي أطال الله في عمرها

إلى أشقائي وبالخصوص كفاح

إلى زوجتي ميسون

وإلى ميساء ونغم وخالد وتاله وعمر ومن غيرهم

شكر و تقدير

أتوجه بالشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل

الدكتور أنور أبو عيشة الذي أشرف على هذه الرسالة علما وفكرا

والأستاذ الدكتور عثمان التكروري و الدكتور يوسف شندي لتوجيهاتهم ونصائحهم العلمية التي أثرت
الدراسة وصحت مسارها

كما أتوجه بالشكر والتقدير للأصدقاء العالم الأستاذ الدكتور يحيى جبر

والدكتور سعيد شواهنة، لمراجعتهم اللغوية للرسالة

ولا يفوتني توجيه الشكر والتقدير لمعالي وزيرة الشباب والرياضة الأخت تهاني أبو دقة على دعمها
ومساندتها وبالخصوص تفضلها بحضور جلسة المناقشة

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الزميل والصدیق محمد الهيموني **لجهوده** ومساعدته الفنية في طباعة
الرسالة.

وإلى زملائي العاملين في مديرية الشباب والرياضة جميعا

مختصرات الدراسة:

يكون للرموز والمصطلحات الواردة في البحث المعنى المقابل لها في هذه الصفحة:

م	=	المادة
/م	=	الرقم الوارد بعد إشارة / يعني جزءا من المادة وهي الفقرة
أردني	=	القانون المدني الأردني ، وهكذا مصري، عراقي، سوري، لبناني، جزائري، يمني، مغربي، ليبي.
المشروع	=	مشروع القانون المدني الفلسطيني
مجلة	=	مجلة الأحكام العدلية
ص	=	صفحة
المذكرات الإيضاحية	=	المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني
مذكرات إيضاحية / أردني	=	المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني

المخلص

كان موضوع الدراسة في هذا البحث؛ الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني؛ وهو الذي، إذا قدر له الإقرار والصدور، سيكون أحدث قانون مدني عربي، وقد وقف البحث عند المقارنة بينه وبين القانون المدني الأردني.

جاءت الدراسة في فصلين كان موضوع الفصل الأول الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام الإرادية، فشملت العقد والإرادة المنفردة، حيث تمت دراسة تأثير اتجاهات، مبدأ سلطان الإرادة، والإرادتين الظاهرة والباطنة، والنزعتين الموضوعية والشخصية، والنزعتين الفردية والجماعية، إضافة لنظرية البطلان لمعرفة أي اتجاه سلك المشروع في أمرها أهو الاتجاه الوضعي أم الاتجاه الإسلامي. لقد أبرز البحث أن المشروع جمع بخصوص نظرية البطلان بين الفقهاء الغربي والإسلامي وكرس مبدأ سلطان الإرادة في نظرية العقد رغم القيود التي أوردتها عليه، فجارى بذلك النزعة الحديثة المنسجمة مع التقنيات الجرمانية واللاتينية على حد سواء، فجاء معتدلا كما وصفته المذكرات الإيضاحية، وأخذ بالإرادة الظاهرة كأصل عام، ولم يفته الأخذ بالإرادة الباطنة أحيانا مسائرا لنهج الاتجاهات الحديثة متوافقا مع نهج الفقه الإسلامي والمدرسة الجرمانية، ومع ما أوردته المذكرات الإيضاحية بشأن تبني مذهب الإرادة الظاهرة.

وسلك المشروع نهج النزعة الموضوعية في مجال التصرف القانوني، حين تبني الإرادة الظاهرة وحين تبني الإرادة المنفردة مصدرا عاما ولم يثته ذلك عن الأخذ بالنزعة الذاتية في بعض الأحوال، فكان موقفه معتدلا، فيحسب تبعا لذلك من التقنيات المتخيرة، ويرى الباحث أن ما جاء في المذكرات الإيضاحية من أن المشروع رجح النزعة الموضوعية لم يكن دقيقا.

وأبرز البحث النزعة الجماعية للمشروع بشكل جلي حين تبنى الأخذ بالإرادة الظاهرة ذلك القيد الخطير على حرية الفرد في التعاقد، وحين تبنى نظرية الاستغلال نظرية عامة، فالنزعة الجماعية في المشروع طغت النزعة الفردية، وفي هذا انحياز للمدرسة الجرمانية، ويشير الباحث **إلى أن هكان يجب على** واضع المذكرات الإيضاحية الإشارة إلى أن النزعة الجماعية في المشروع أكثر جلاء من النزعة الفردية، فالمشروع جاء جماعي النزعة إذا ما قورن بالقانون المدني الأردني الذي لم يستطع التخلص من نزعة مجلة الأحكام العدلية إلى الفردية.

وفي الفصل الثاني شملت الدراسة الاتجاهات العامة مصادر الالتزام غير الإرادية فكانت نصوص الفعل الضار تحمل في طياتها توازن المشروع في أمر النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية والأمر نفسه في الفعل النافع، واختلف الأمر بشأن النزعة الفردية والنزعة الجماعية، حيث جاءت نصوصها حاملة في ثناياها النزعة الجماعية بشكل ظاهر رغم أن المشروع لم يهجر النزعة الفردية، ولم يفت الباحث الإشارة إلى قصور المشروع عند عدم اعتداده مسؤولية عديم التمييز إلا استثناء وقصوره في عدم تنظيمه موضوع الامتناع عن العمل كمصدر من مصادر الفعل الضار. وبخصوص نص القانون حين يكون المصدر المباشر للالتزام تبين انحياز المشروع إلى جانب المضرور ومنع التعسف في استعمال الحق وفرض المقننات الاجتماعية للعقود تكريسا للتضامن الاجتماعي، والأمر نفسه في حق الملكية حين اعتبره وظيفة اجتماعية.

وفي مجال سلطة القاض **ي، توصل** الباحث إلى أن المشروع **راعى** المرونة والتطور **حين** منح القاضي سلطة واسعة تصل إلى حد استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه أو تعديله أو حتى

إِغَائِهِ، فَسُلْطَةُ الْقَاضِي فِي الْمَشْرُوعِ سُلْطَةٌ وَاسِعَةٌ تَحْدُثُ عَنْهَا وَاضِعُ الْمَذَكَّرَاتِ الْإِيضَاحِيَّةِ بِتَوَاضُعٍ
حِينَئِذٍ وَصَفَهَا بِالْمَعْتَدَلَةِ.

Abstract

The subject of this research is the general aspects of the Palestinian civil law project that if it has ever seen the light, will be the most recent civil law in the area of the Arab world. The research main aspect is making a comparison between it and the Jordanian civil law.

The study consists of two chapters. The subject of the first chapter is the general aspects of legal action which includes contract and individual willingness where the directions effect of willingness control principal evident and concealed wills, objective and personal tendencies, individualism and tribalism, in addition to invalidity theory to conclude the direction adopted by the project whether it is Western or Islamic one.

The study shows how the project joins between Western and Islamic doctrines regarding invalidity theory and dedicates willingness control principal in contract theory despite restrictions taken upon it. So it keeps pace with modern tendency towards harmony with German and Latin techniques together, which is obvious as clarified in the elucidation documents, and adopts evident will as general origin. Besides, the project doesn't neglect adopting sometimes concealed will keeping pace with modern direction method coping with Islamic doctrine and German school.

As elucidation documents show how the project adopts the distinct tendency and follows the method of objective tendency in the field of legal action

When it adopts evident will and individual will as general source doesn't deny following the personal tendency in some terms .So it is moderate and according to that it is considered selective. Moreover, the researcher sees that what is mentioned in elucidation documents, where the project outbalanced the objective tendency, is not accurate .The study clearly brings into view the project tribalism when it adopts espousing evident will which sets up dangerous provision upon

individual freedom of contracting and when it also adopts exploitation theory as general theory. Therefore, group tendency has been taken over the individual tendency in the project which taken over the individual tendency in the project which is considered as alignment to the German school, and he points that the composer of the elucidation documents should have concentrated more on the group tendency and clarified it more to the public because the project is put in a group if it is compared to the Jordanian civil law which isn't able to get rid of the tendency to judicial rules to concentrate on the individual.

The second chapter of the study includes the general direction in the legal state. So, the regulations of damage action which show the balance of the project regarding objective will and personal will as same as to the regulations of beneficial action but different to individualism and tribalism. That it comes holding clearly in its front tooth tribalism despite the fact that the project doesn't abandon individualism. The researcher also takes into account to point to the slackness of the project of not considering the responsibility of the under age of discretion except in some how, and its slackness of not organizing abstaining from work as a source of damage action sources. Regarding the text of the law when it talks about the direct source of commitment, it appears that the project aligns with aggrieved as individual and invalids arbitrariness to use the right in order to protect group tendency as dedication of social solidarity. Therefore social necessities of contracts come including full protection to individual tendency and group tendency. The project also reflects social discernment on the right of possession considering it as social function, so it imposes many restrictions upon the right of possession as an alignment to group tendency even it shows protection to individual in many of its rules.

Regarding Judge authority, however, the researcher concludes that the project takes into consideration flexibility and development when it gives the judge full authority to the extent of that he can complete what contractors miss to agree, or he can amend or eliminate it, So the authority of judge in the project it a full one

which shows that the composer of elucidation documents humbly talks about it when he describes it as moderate.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	بيان
ب	إهداء
ج	شكر وتقدير
د	مختصرات الدراسة
هـ	ملخص الدراسة
ز	ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية (Abstract)
ط	المحتويات
1	تقديم
3	المقدمة
133-10	الفصل الأول الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام الإرادية
11	المبحث الأول: الاتجاهات العامة في نظرية العقد
12	المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد
13	الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة
25	الفرع الثاني: المبدأ في المشروع
33	المطلب الثاني: نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة في التعاقد
34	الفرع الأول: الآراء الفقهية في النظريتين
43	الفرع الثاني: موقف المشروع منهما
55	المطلب الثالث : النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في الالتزام التعاقدي
55	الفرع الأول: المذهبين المادي والشخصي في الالتزام
61	الفرع الثاني: موقف المشروع منهما

74	المطلب الرابع: النزعة الفردية والنزعة الجماعية في النصوص النازمة للعقود
74	الفرع الأول: أسس المذهبين الفردي و الجماعي
88	الفرع الثاني : موقف المشروع منهما
93	المبحث الثاني: الاتجاهات العامة في نظرية الإرادة المنفردة
93	المطلب الأول: الخلاف على قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام
94	الفرع الأول: موقف المدرستين اللاتينية والجرمانية
96	الفرع الثاني: موقف المشروع منهما
99	المطلب الثاني: النزعة الموضوعية، والنزعتين الفردية والجماعية في الإرادة المنفردة
100	الفرع الأول: النزعة الموضوعية في الإرادة المنفردة
100	الفرع الثاني : حماية الفرد وحماية الجماعة في نطاقها
107	المبحث الثالث: الاتجاهات العامة في نظرية البطلان
108	المطلب الأول : نظرية البطلان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
108	الفرع الأول : البطلان في الفقه الإسلامي
110	الفرع الثاني: نظرية البطلان في القانون الوضعي
113	المطلب الثاني : نظرية البطلان في المشروع
114	الفرع الأول: مراتب انعقاد العقد في المشروع والآثار المترتبة عليها
131	الفرع الثاني : نظرية البطلان وعلاقتها بمبدأ سلطان الإرادة
228-134	الفصل الثاني الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام غير الإرادية
136	المبحث الأول: الاتجاهات العامة في مجال الفعل الضار
137	المطلب الأول: النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية
138	الفرع الأول: مظاهر النزعة الموضوعية
145	الفرع الثاني : مظاهر النزعة الشخصية
147	المطلب الثاني: النزعة الفردية والنزعة الجماعية
147	الفرع الأول: مظاهر حماية الفرد
154	الفرع الثاني: مظاهر حماية الجماعة
157	المبحث الثاني: الاتجاهات العامة في مجال الفعل النافع
157	المطلب الأول: النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية

157	الفرع الأول : مظاهر النزعة الموضوعية
160	الفرع الثاني: مظاهر النزعة الشخصية
162	المطلب الثاني : مظاهر النزعة الفردية والنزعة الجماعية
162	الفرع الأول: مظاهر حماية الفرد في أحكام الفعل النافع
166	الفرع الثاني: مظاهر حماية الجماعة
168	المبحث الثالث: الاتجاهات العامة في القانون حين يكون مصدرا مباشرا للالتزام
169	المطلب الأول : الاتجاهات العامة في المقتضيات الاجتماعية عند التعاقد في المشروع
170	الفرع الأول: المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بالموضوع وبالشكل
184	الفرع الثاني: النزعتين الفردية والجماعية في المقتضيات الاجتماعية
188	المطلب الثاني : الاتجاهات العامة في حق الملكية
188	الفرع الأول : حق الملكية في المشروع
190	الفرع الثاني : مظاهر النزعتين الفردية والجماعية
203	المطلب الثالث : الاتجاهات العامة لسلطة القاضي التقديرية
204	الفرع الأول : الآراء الفقهية في سلطة القاضي التقديرية
210	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في المشروع
229	الخاتمة و التوصيات
237	قائمة المصادر والمراجع

تقديم:

بإلقاء نظرة على التسلسل التاريخي للتقنيات العربية، نرى أن مجلة الأحكام العدلية صدرت في عام 1876 () وهي تعتبر تقنيا لأحكام العقود المسماة، طبقاً للمذهب الحنفي، إذ كان هذا المذهب هو

المذهب الرسمي للدولة العثمانية، التي حكمت معظم البلدان العربية حتى نهاية الحرب العالمية الأولى 1918م، والتي ظلت مطبقة على بعض البلدان العربية حتى بعد انفصالها عن الدولة العثمانية، حيث بقيت **سارية في الدول التي لم تبادر إلى سن قانون مدني، ومن بينها فلسطين** ، **مجلة الأحكام العدلية هي المطبقة في المحافظات الشمالية والجنوبية، حتى اليوم**، لأسباب مختلفة، فقد كانت سارية المفعول حتى السادس من حزيران 1967 م على الضفة الغربية إبان حكمها جزءا من أراضي المملكة الأردنية الهاشمية، وحتى القانون المدني الأردني الذي صدر في عام 1976م لم **يلغ العمل بمجلة الأحكام العدلية، وإنما ألغى ما يتعارض معه منها، فعليا** ، **يمكن القول إن مجلة الأحكام ما تزال مطبقة في القطر الأردني فيما لا يعارض القانون المدني الأردني حتى الآن. وكذلك في قطاع غزة؛ حيث تسلمت الإدارة المصرية الحكم عام 1948م، ولم تطبق القانون المدني المصري الساري المفعول على الأراضي المصرية؛ حرصا من الرئيس جمال عبد الناصر، على إبقاء قطاع غزة وديعة تتمتع بوضع خاص، مما أدى إلى عدم دمجها مع القطر المصري، فأبقى ما كان ساريا في غزة بوصفها جزءا من الأراضي الفلسطينية، وهكذا كانت المجلة هي ما يطبق في شؤون القانون المدني، وواصلت سلطات الاحتلال الإسرائيلي تطبيقها بشكل انتقائي في أراضي فلسطين المحتلة داخل الخط الأخضر (المحتلة ابتداء من عام 1948م).**

وكان القطر اللبناني هو الأول من بين الدول العربية التي **استبدلت** مجلة الأحكام العدلية بقانون حديث هو قانون الموجبات والعقود الذي صدر سنة 1932م **وبدأ العمل به فور ذلك**، ونص صراحة على إلغاء المجلة نهائيا، وكذلك **القانون المدني السوري الذي نص صراحة على إلغاء المجلة، حينما صدر سنة 1949م، أما في مصر فإن المطبق هو القانون المدني المصري الصادر في العام 1948م** ، **ولم تطبق مجلة الأحكام العدلية بسبب وضعها السياسي الذي يختلف عن بقية البلاد**

العربية، فقد استقلت عمليا عن الدولة العثمانية في عهد محمد علي باشا عام 1831م ولم تطبق فيها التشريعات العثمانية التي صدرت بعد هذا التاريخ، ومنها المجلة.

واليوم، يأتي مشروع القانون المدني الفلسطيني مطابقا لمسعى السلطة الفلسطينية إلى إعداد تقنين مدني يطبق على أراضيها، ويساير التطور اللازم بعد هذه السنين، دون تمييز بين محافظات من شمالية وأخرى جنوبية، فكان مشروع "القانون المدني الفلسطيني" موضوع البحث " المدرج على جدول أعمال المجلس التشريعي.

المقدمة

مع قيام السلطة الفلسطينية على أرض الوطن؛ صدر القرار الرئاسي * القاضي باستمرار العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية "الضفة الغربية وقطاع غزة" حتى يتم توحيدها.

وفي عهد الإدارتين العربيتين: المصرية التي كانت تحكم قطاع غزة، والأردنية التي كانت تحكم الضفة الغربية، كان هناك نوعان من القوانين؛ أحدهما كان مطبقاً في قطاع غزة، والآخر في الضفة الغربية، ومن هنا كانت القوانين السارية في كل منهما مختلفة في أغلب الأمور.

وبناء على متطلبات المرحلة الجديدة، ولغايات توحيد القانون المطبق في المناحي القانونية كافة، فقد تم تشكيل لجان لإعداد قوانين متنوعة في الاختصاصات المختلفة؛ لوضع حد لكثير من التناقضات في العمل ما بين محافظات شمالية ومحافظات جنوبية مما جاء نتيجة لاختلاف القوانين المطبقة.

قامت هذه اللجان بإعداد مشاريع القوانين الجزائية، وأصول المحاكمات المدنية والتجارية والبيانات والقانون التجاري وشتى فروع القانون الإداري، وهي ما تزال تقوم بإجبارها في هذا الشأن، ومن هذه المشاريع ما صدر وطبق، ومنها ما لم يقر بعد، وموضوع هذا البحث هو مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي ما زال قيد النظر.

وجاء مشروع القانون المدني، أسوة بالمشاريع التي أعدت جميعها، من خلال مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، الذي تبنته السلطة الفلسطينية، إذ بادرت هذه السلطة؛ وعبر ديوان الفتوى

* - القرار الرئاسي رقم 1 / 1994 بتاريخ 1994/5/20 والذي ينص في المادة (1) "يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية "الضفة الغربية وقطاع غزة" حتى يتم توحيدها. مادة (2) تستمر المحاكم النظامية والشرعية والطائفية على اختلاف درجاتها في مزاوله أعمالها طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها. مادة (3) يستمر السادة القضاة النظاميون والشرعيون وأعضاء النيابة العامة في ممارسة أعمالهم كل في دائرة اختصاصه وفقاً للقوانين. مادة (4) يسري هذا القرار اعتباراً من تاريخه ويبلغ من يلزم لتنفيذه وينشر في الجريدة الرسمية"، (نشر في العدد الأول من الوقائع الفلسطينية).

والتشريع، بإصدار أمر بتشكيل لجنة لوضع هذا المشروع * بعد أن رأى المسؤولون أن نصوص القانون المدني الواردة بمجلة الأحكام العدلية، وتلك النصوص المتفرقة في قوانين أخرى قد أصبحت عاجزة عن مسايرة الحاجات الاقتصادية والاجتماعية، إضافة إلى الرغبة في مسايرة ما استجد من اتجاهات حديثة في نطاق القانون بمختلف فروعها، ولا سيما القانون المدني بوصفه الشريعة لنظام المعاملات في كل مجال، و لكونه الأب والأساس والمرجع للقانون الخاص ، وقد تم إعداد مذكرات إيضاحية لهذا المشروع.

وأشارت لجنة وضع المشروع في تقريرها إلى أنها انتهجت سياسة التجديد الشامل، وتغليب الطابع الوطني الفلسطيني، وتلافي عيوب الصياغة التي تسرف في الاقتضاب بصياغة رسالة شاملة تغطي الأوضاع المستجدة في فلسطين.

ويرى الباحث أن إصدار هذا المشروع، ليكون قانوناً، سيساعد في معالجة القضايا وفق ما تقتضيه المصلحة الوطنية، يساير العدالة والتطور العالمي في المجال القانوني، والوضع الاستثنائي النابع من وجود الاحتلال.

وللتعرف على هذا المشروع، فإن أولى لَبَنَات ذلك تكون بمحاولة التعرف على اتجاهاته العامة والتي يمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين: أحدهما يتعلق بالمدى الذي يُسَلَّم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة، والحد الذي يفصل فيه ما بين المنطقة التي تنظمها الإرادة، والمنطقة التي ينظمها القانون، والآخر يتعلق بمقدار ما ينطوي عليه تقنين معين من نزعة ذاتية أو نزعة موضوعية، وأي من النزعتين هي الغالبة في هذا التقنين.

* - لجنة صياغة المشروع مكونة من: المستشار صبري حامد، خبير اللجنة، موسى أبو ملوح، مقرر اللجنة، محمد سالم صالح، ممثل ديوان الفتوى والتشريع، منسق اللجنة، وعضوية كل من خليل قداد، أنور أبو عيشة، حمدان العبادلة، سامي صرصور، زهير خليل، رفيق زهد، ناظم عويضة. وقام ديوان الفتوى والتشريع بتكليف موسى أبو ملوح، و خليل قداد بإعداد المذكرات الإيضاحية لهذا المشروع.

والدارس للاتجاه الثاني يرى أنه ينطوي على اتجاهات متنوعة أيضا، نظرا لتبني هذا الاتجاه إحدى النزعتين الذاتية أو الموضوعية، مما يفرض عليه موقفا معينا إزاء تنازع نظريات متعارضة في أمور ثلاثة؛ أحدها تبنيه أحد المذهبين: المذهب الشخصي أو المذهب المادي في تصور الالتزام، وثانيها تبنيه إحدى النظريتين: نظرية الإرادة الظاهرة أو نظرية الإرادة الباطنة في التعبير عن الإرادة، والثالث نظرته للتصرف المجرد ومكانته إلى جانب التصرف المسبب، ومدى هذه المكانة؛ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصي للالتزام، وتفضل نظرية الإرادة الباطنة ولا تجعل للتصرف المجرد مكانا ملحوظا إذا ما قورن بالتصرف المسبب، إذ تجعل للنية أهمية بالغة وتعتبرها الأساس في الإرادة.

أما النزعة الموضوعية فهي تختار المذهب المادي للالتزام، وتأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة وتجعل للتصرف المجرد مكانا هاما إلى جانب التصرف المسبب، وتبعا له يقل شأن النية باعتبارها قضية نفسية داخلية إذا ما تمت المقارنة بالأوضاع الظاهرة.

والاتجاهان الرئيسان يمثلان مجموعتين من التقنيات؛ مجموعة التقنيات اللاتينية ومجموعة التقنيات الجرمانية، فاللاتينية مشبعة بروح الفردية وتأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إلى أبعد الحدود؛ في حين نجد الجرمانية مشبعة بروح الجماعة، وبالتالي تضع قيودا عليه.

والمجموعات اللاتينية تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام من منطلق الروح الفردية التي تعتنقها، في حين تتبنى الجرمانية النظرية المادية من منطلق الروح الجماعية التي تتبناها.

وتأخذ الأولى بنظرية الإرادة الباطنة، بينما تؤثر الثانية الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة. والتقنيات اللاتينية تأخذ بالتصرف المسبب ولا تولي للتصرف المجرد أهمية كبرى، في حين تعطي الجرمانية أهمية للتصرف المجرد، وتضع له نظرية عامة إلى جانب التصرف المسبب.

وبتطبيق ما سبق على أرض الواقع نجد أن تقسيم الاتجاهات العامة ما بين مدرسة لاتينية ومدرسة جرمانية هو تقسيم فقهي (نظري) أكثر منه واقع ملموس، فالتقنيات المختلفة تفيد أنه لا يوجد تشريع حديث قد أخذ بأحد الاتجاهين بشكل مطلق، أو انحاز انحيازاً تاماً لأي منهما، وهجر الآخر، ولكن يمكن تحديد نزعتين: الأولى لاتينية، والأخرى جرمانية، دون استبعاد أي من الاتجاهات استبعاداً تاماً في كلا النظامين، فالاتجاهات العامة للقانون يمكن جمعها حول أربع مسائل هي: مبدأ سلطان الإرادة ونظرية الإرادة الباطنة، والإرادة الظاهرة، و النزعتان الذاتية والموضوعية، والنزعتان الفردية والجماعية.

ويرى الباحث أن هناك مسألة أخرى جديرة بالبحث، وعلى قدر كبير من الأهمية، وهي مسألة سلطة القاضي التقديرية، فالتقنيات تتأرجح بين التوسيع أو التضييق، مع أن سمات التطور واعتبار القاضي نصيراً للعدالة يرجح توسيع سلطة القاضي التي تضيء دلالة اجتماعية على أي تقنين. فالمسائل خمس؛ وهي التي تكوّن الاتجاهات العامة التي ستنحصر فيها هذه الدراسة، وهي تشكل المواضيع التي تبناها محمد وحيد الدين سوار في كتابه القيم، "الاتجاهات العامة في القانون المدني"، وقرن فيه بين القانون المدني الأردني والمدونات المدنية العربية، حيث قسم الدراسة في هذا الكتاب إلى خمسة فصول تحمل الاتجاهات الخمسة.

والباحث هنا رغم تسليمه بأن أهم الاتجاهات العامة لا يتعدى الاتجاهات الخمسة إلا أنها لا تنطبق على جميع مصادر الالتزام، فمبدأ سلطان الإرادة ترى تأثيره على مصادر الالتزام المتعلقة بالإرادة ولا يكون له ذلك التأثير على المصادر غير الإرادية، وكذلك الأمر في نظرية الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة. وبالتالي فإن الباحث يرى أن تتم دراسة الاتجاهات العامة من خلال مصادر الالتزام الخمسة الواردة في المشروع وهي قسمين، مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، فبعض الاتجاهات يشمل كل

المصادر في حين لا يشمل معيار مبدأ سلطان الإرادة ومعيار الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلا المصادر الإرادية فقط .

أهمية الدراسة:-

تتبع أهمية الدراسة من أن مشروع القانون المدني الفلسطيني سيغيّر المؤلف، فالمصلحة الملحة تقتضي دراسته دراسة تمحيصية ، وسيكون المشروع، لحظة إقراره وإصداره، ثورة على القديم، إذ جاء متأثراً في كثير من نصوصه بالفقه الغربي والمدرسة اللاتينية؛ لا سيما نظرية البطلان، بعكس مجلة الأحكام العدلية التي ألفها الناس؛ والمأخوذة من الفقه الإسلامي، وهي سارية على أراضي السلطة بشقيها المحافظات شمالية والمحافظات جنوبية.

منهجية الدراسة

استخدم الباحث أسلوب المنهج الوصفي التحليلي في الدراسة وتطرق إلى المراحل التاريخية في تطور مبدأ سلطان الإرادة وإلى المذاهب المختلفة في النظرة إلى الالتزام فأشار إلى المذهبين المادي والشخصي وكذلك إلى المذهبين الفردي والاجتماعي وبين موقف المشروع منها.

خطة وتقسيم الدراسة:-

الخطة التي تم اتباعها في هذا البحث هي دراسة الاتجاهات العامة الخمسة منظورا إليها من خلال قسمي مصادر الالتزام: المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

هادفين المقارنة بين المشروع المستمد في أغلبيته من القانون المدني المصري، **المستمد بدوره من الفقه الغربي**، والقانون المدني الأردني المستمد من الفقه الإسلامي، لاستخلاص ملامح الاتجاهات العامة في مشروع قانوننا.

وعليه فإن الدراسة ستكون في حقيقتها **مقارنة بين** الفقه الغربي والفقه الإسلامي إلى حد ما ، **وذلك بخصوص** الاتجاهات العامة ومدى بُعد المشروع أو قربه من هذا أو ذاك في ما استمده من فقههما، مع الأخذ بعين الاعتبار أن في الفقه الغربي مدرستين من الاتجاهات العامة: الأولى الجرمانية والأخرى اللاتينية، وإن كانت المدرسة الجرمانية أقرب إلى الفقه الإسلامي في مسائل **كثيرة** .

ولما كان موضوع الدراسة هو الاتجاهات العامة في المشروع؛ **ولما كانت بعض** هذه الاتجاهات لا

تشمل جميع مصادر الالتزام فقد ارتأى الباحث تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول : الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام الإرادية

الفصل الثاني : الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام غير الإرادية

أسئلة الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة على الأسئلة التالية :-

هل انحاز المشروع بشكل عام، في ما يتعلق بالاتجاهات العامة، نحو الفقه الإسلامي أو الفقه الوضعي؟ ومن أين استمد المشروع أحكامه بخصوص نظرية البطلان باعتبارها الأهم في المشروع للمقارنة؟ وما الجديد غير المؤلف الذي يتطلبه تطبيق الأحكام الجديدة؟

وما هو موقف المشروع من مبدأ سلطان الإرادة؟

وهل يأخذ المشروع بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة؟

هل يتبنى المشروع النزعة الشخصية أم النزعة الموضوعية؟

وما هو موقف المشروع من الفرد ومن الجماعة؟

وما هو موقف المشروع من سلطة القاضي التقديرية؟ هل قيدها ؟ أم وسعها انحيازاً للاتجاهات الحديثة بشأن هذه السلطة؟ .

الفصل الأول

الاتجاهات العامة في المصادر الإرادية

مصادر الالتزام في التقنيات الحديثة خمسة¹ الإرادي منها يسمى العمل القانوني أو التصرف القانوني وغير الإرادي يشمل العمل المادي أو الواقعة القانونية وكذلك القانون حين يكون المصدر المباشر للالتزام.

ما يميز التصرف القانوني هو وجود الإرادة التي تأتي في المقام الأول من الاهتمام ويعول على وجودها وجود التصرف نفسه، وبتطبيق هذا على الواقع كان التصرف القانوني قسمين، العقد والإرادة المنفردة، فالعقد يتطلب توافق إرادتين في حين تكفي إرادة واحدة في الإرادة المنفردة.

وأحيانا ما توجد الإرادة معيبة فيكون التصرف موجودا وقد شابهه شائب فأفردت القوانين أحكاما مختلفة حسب العيب الذي لحق بالتصرف وفقا للاتجاهات العامة في كل تقنين، اصطلاح على تسميتها نظرية البطلان، وإلتزام دراسة ما خطه المشروع في هذا الشأن تقسم الدراسة في هذا الفصل لثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: الاتجاهات العامة في نظرية العقد

المبحث الثاني : الاتجاهات العامة في نظرية الإرادة المنفردة

المبحث الثالث : الاتجاهات العامة في نظرية البطلان

المبحث الأول: الاتجاهات العامة في نظرية العقد

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ج1، فقرة 30، ص 127، وهناك اتجاه حديث في الفقه يذهب إلى أن كل الالتزامات لها مصدر وحيد هو الواقعة القانونية بمعناها الواسع، ومن هذا الاتجاه نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1977، ص 547 ومشار إليه أيضا في كتاب محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة عمان، الأردن، 1999، ص17.

تشمل دراسة الاتجاهات العامة نظرية العقد باعتبارها المصدر الأكبر من مصادر الالتزامات كافة، فمبدأ سلطان الإرادة، ونظرية الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، يؤثران في نظرية العقد تأثيراً كبيراً وتتباين في التقنيات المختلفة للاتجاهات بشأنهما، وكذلك النزعتان الموضوعية والشخصية والنزعتان الفردية والجماعية هي كذلك تؤثر تأثيراً كبيراً في نظرية العقد وتتباين في التقنيات المختلفة للاتجاهات العامة بشأنها، ولكون سلطة القاضي التقديرية تتعلق بنصوص القانون فالقاضي يستمدّها من هذه النصوص، فإننا نرى دراسة الاتجاهات بشأنها عند دراسة المصدر الخامس من مصادر الالتزام¹، وعليه فإن تقسيم الدراسة في هذا المبحث يجب أن يشمل الاتجاهات الأربعة الأولى وفق ما يلي:

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد.

المطلب الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة في التعاقد.

المطلب الثالث : النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في الالتزام التعاقدية.

المطلب الرابع : النزعة الفردية والنزعة الجماعية في النصوص الناظمة للعقود.

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد

¹ - أنظر ص 206 - 229 من البحث.

منذ أن كان الإنسان، تجسد لديه الشعور بضرورة العلاقة مع الآخرين من أجل تسخير قوى الطبيعة **لصالحه**، وأنه لن يستطيع العيش وحيداً، فهو كائن اجتماعي مستطيع بغيره¹، وعليه التعاون وتقسيم الجهود لبناء المجتمع المأمول بقيام كل فرد من أفرادها بما هو واجب عليه، ولترتيب ذلك، ظهرت الحاجة إلى الاتفاق، لترسيخ التعاون، وتوزيع الأدوار، وباطراد ذلك، نشأ العقد باعتباره وسيلة الإنسان وضرورة اجتماعية لا مفر منها.

والشرائع الحديثة لا تفرق بين العقد والاتفاق² على اعتبار أنهما تعبيران مترادفان لمعنى واحد هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثراً قانونياً؛ بعكس ما كان عليه القانون الروماني طيلة عصور تطوره، حيث كان يميز بين العقد والاتفاق نتيجة وجود أصل عام عندهم يقضي بأن الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام³.

وكان إفراغ الاتفاق في شكل معين أو نموذج من النماذج التي يعرفها هذا القانون **يكفل** له أن يكون عقداً ملزماً، وقد ظهر تعبير العقد بمعناه الفني الدقيق " توافق إرادتين بقصد إنشاء الالتزام " في القانون الروماني في عهد حديث نسبياً منذ منتصف القرن الثاني الميلادي، حيث سادت الشكلية مراحل طويلة.

¹ - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، دار النهضة، بيروت، لبنان، 1967. ص 16.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 138، و محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 22، وكان القانون المدني الفرنسي قد ميز فيما بين العقد والاتفاق ناقلاً هذا التمييز عن الفقيه بوتيه والذي نقله عن دوما، أنظر عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، والقانون المدني اليمني، في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج 1، مصادر الالتزام، ط 1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، 1993، ص 74.

³ - صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975. ص 409

ويرى شفيق شحاته¹ أن الصورة الأولى للالتزام، هي الالتزام الذي يركز على أساس **قَبْلِي** أي جماعي، ويبدو عنده أن هذا هو الأصل التاريخي للفكرة الشكلية التي نزعَتْ إليها مختلف التشريعات البدائية في حين أن نظام التعاقد يرتبط ارتباطاً وثيقاً في الشرائع الحديثة بمبدأ سلطان الإرادة والذي **يُعنى** بمدى **اكتفاء** الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية **من جانب**، وقدرة هذه الإرادة على تحديد آثار هذه التصرفات أو ما يعبر عنه "العقد شريعة المتعاقدين" **من جانب آخر**.

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المواضيع الفلسفية ذات الطابع القانوني² التي نالت في الدراسات الفقهية اهتماماً بالغاً منذ القدم؛ وما **تزال**، فهو ضرورة لكل بحث قانوني.

ولدراسة هذا المبدأ نتناوله في فرعين:

الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في المشروع

الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة

يقصد بهذا المبدأ في مجال القانون المدني أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود، وكافية لتحديد آثارها، و أساس هذا المبدأ، حرية الأفراد بحسب حالتهم الطبيعية، فالإنسان لا يتقيد إلا بإرادته³، فهي مصدر التصرفات والالتزامات، ولها القدرة على تحديد آثارها⁴.

وقد عبر الفقيه الفرنسي (كورنو Cornoe) **عن موقفه من** هذا المبدأ قائلاً: "أنا لست ملزماً

¹ - نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، سنة 1963، ص 61.

² - عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1995، ج 1، فقرة 68، ص 46.

³ - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - سعد هاشم عبد المقصود، أصول حرية التعاقد والاشتراط في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بلا سنة، فقرة 42، ص 80.

بأي تصرف قانوني إلا إذا رغبت فيه، وفي الوقت الذي أريد¹.

والمقتضى مبدأ سلطان الإرادة، فإن الإرادة تنشئ آثار العقد، وتحدد محتواه بكل حرية، فهي تكون موجودة لأنها مبتغاة على النحو الذي أريد لها أن تكون **عليه**، وبما أن الإنسان لا يمكن أن يعمل ضد مصالحه؛ فإن **التزاماته المعقودة** إراديا لا يمكن إلا أن تكون صحيحة، ومهمة القانون الوحيدة هي تأمين المساواة بين الحريات الموجودة، **وبناء عليه فإن** كل عقد حر هو عقد صحيح **أيا** كان محتواه²، وقد ساد الفقه اتجاهان حين تم التساؤل عن أيهما الأصل، حرية التعاقد **أو** الاشتراط، أم مبدأ سلطان الإرادة، فالأول من هذه الاتجاهات يعتبر أن مبدأ حرية التعاقد ينحدر عن مبدأ سلطان الإرادة، فعندهم يتضمن المبدأ ثلاثة **معان، هي:** حرية التعاقد، والرضائية، والقوة الملزمة للعقد. **أما** الاتجاه الثاني فهو يرى أن الأصل هو مبدأ حرية التعاقد **وإليه يعود** مبدأ سلطان الإرادة، **كما** يرون أن حرية التعاقد، تتضمن بالإضافة إلى مبدأ سلطان الإرادة القاعدتين **اللتين تنصان على أن العقد** شريعة المتعاقدين، **وعلى** مبدأ **الرضائية**.

ونوافق الرأي³ بأن مبدأ سلطان الإرادة أوسع نطاقا من مبدأ حرية التعاقد لأنه يشمل وقائع **وأمورا** أخرى غير تعاقدية، ومثالها حرية الاعتقاد والتفكير.

وقد ازدهر هذا المبدأ في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بفعل انتشار المذهب الفردي الذي وسع فكرة الحرية وقوامها حرية إرادة الإنسان، وكذلك بفعل انتشار فكرة سيادة القانون الطبيعي، والعقد الاجتماعي، والحرية الاقتصادية، وهذه الأفكار هي نتاج فلسفة المذهب الفردي، وفقه الفلسفة القانونية **الذي نشأ في أعقاب** الثورة الفرنسية **حين** كان المبدأ في أوجه؛ فقد كان الألماني كانت

¹ - أطروحته حول مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، سنة 1912، ص 136، نقلا عن عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، فقرة 69 ص 46.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، ط 1، ج 3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2000م، ص 45.

³ - سعد، هاشم عبد المقصود، المرجع السابق، ص 81.

(Kant 1724 - 1804) بعد روسو الفرنسي (Rousseau 1712 - 1778) قد أكد أن الإرادة

الفردية هي المصدر الوحيد لأي التزام قانوني؛ بل إن (كانت Kant) أكد أنها **المصدر الوحيد**

للعدالة، حيث كتب **أنه**: "عندما يقرر أحدهم شيئاً ما تجاه آخر من الممكن أن يلحق به ظلماً ما! إلا

أن أي ظلم مستحيل في ما يقرره لنفسه"¹.

ويرى جاك غستان أن المفهوم القانوني لسلطان الإرادة قد ظهر في الفقه القانوني معاصراً لنشر

أفكار (كانت Kant) باعتباره مؤلفاً في علم الفلسفة، حيث **تشكل** المبدأ بعوامل مشتركة بين

الفلسفة السائدة حينها والفقه القانوني²، وهذا أيضاً ما جاء به عادل مصطفى بسيوني³، حيث كتب

أن فكرة سلطان الإرادة التي أدركها فقهاء القانون ليست هي نفسها التي انصرف إليها ذهن كانت،

فالفقهاء يقصدون الإرادة الحقيقية الملموسة وليس الإرادة الخالصة المجردة التي قصدتها (كانت

Kant).

ونوافق رضوان السيد راشد رأيه أن المذهب الحر بوجهه الحقيقي **إنما كان رداً** لما ساد أوروبا من

طبقية قهرت الإرادة الفردية، فكان ظهوره لتحرير إرادة الفرد من هذه الطبقية بإرساء قواعد العدل

المستقيم، **فوضع هذا المذهب قيوداً** لصالح الأفراد لإقران الحرية بالمساواة ويعتبر أن طبقة التجار

والرأسمالية الحديثة هم **الذين** صوروا المذهب الفردي على صورته المطلقة، ونسبوه **زورا** إلى فلاسفة

مذهب الحرية⁴، ويورد لإثبات رأيه بأن هوبز الإنجليزي (Hobbes 1588 - 1679) حين سلم

بحق الأفراد في التعاقد رهن ذلك بصمت القوانين، وبأن (أبنوزا Abenoza) وهو من دعاة

¹ - نظرية القانون (Doctrine du droit) ترجمة بارني ، نقلا عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 47.

² - جاك غستان، المرجع السابق ، ص 27.

³ - عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية دراسة مقارنة ، م 1 ، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية - مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، مصر ، 1978 ، هامش ص 135 .

⁴ - رضوان السيد راشد، الإجماع على التعاقد، رسالة دكتوراه غير منشورة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998 ، ص 65-68

الحرية يرى أن الحرية بشكلها المطلق لا تكون إلا في موضوع التفكير بعكس الخضوع التام فإنه يمكن أن يكون في مجال العمل والتصرف، فعنده أن الحرية في الوجه السياسي لا في مجال العمل والتصرف، وبأن جون لوك الإنجليزي (John Locke 1632 - 1704) حين أضاف قداصة خاصة على حق الملكية لم يمنعه من رسم نطاق لهذا الحق بحيث لا يتجاوز الحاجات الضرورية لصاحبه، وما زاد عن ذلك يكون من حق الآخرين، وكذلك الأمر عند مونتسكيو الفرنسي (Montscio - 1689 1755) حيث يقول إن الحرية ليست أن يعمل المرء ما يريد، بل أن يعمل المرء كل ما تجيزه القوانين العادلة، ويورد أيضا ما قاله الفيلسوف الفرنسي (باسويه Baswih) إذا ملك الجميع فعل ما يشاءون، لا يملك أحد فعل ما يشاء، وحيث الكل سيد فالكل عبيد، وحيث لا سيد فالكل سيد، ويختتم راشد برأي (روسو Rousseau) لا بقاء للحرية بدون مساواة، حيث (إن روسو Rousseau) لم يكن من دعاة الحرية غير المنظمة؛ فهو الذي أجاب عند سؤاله عن تعارض الإرادة الفردية مع الإرادة الاجتماعية بأنه يجب إجبار الفرد للخضوع للإرادة العامة، ليكون حرا، حيث إنه جزء من الإرادة العامة، فالجبر هنا يأتي لإجبار إرادته أن تكون حرة، وكذلك كان رأي (روسو Rousseau) عندما كتب عن حق الملكية: إن الدولة من حيث علاقاتها بأعضائها هي سيادة كل سلعهم.

ويرى الفقه العربي الحديث¹ أن هذا المبدأ ظهر في الغرب رد فعل ضد شكليات القانون الروماني عندما قوي سلطان الكنيسة، وأصبح الوعد ملزماً للواعد أخلاقياً، لأن الإخلال به يشكل خطيئة دينية، ثم أصبح الإخلال بالوعد إخلالاً بالقانون الكنسي فيما بعد.

والأصل في الشرائع الحديثة هو سيادة مبدأ سلطان الإرادة، في حين كان الأصل في القانون الروماني هو الشكلية، وإن كان هناك اعتراف في بعض العقود- ولو بشكل استثنائي- بمبدأ سلطان الإرادة بعد تطور طويل، وذلك منذ بدايات العصر العلمي الروماني حين اكتشف الفقيه (بيدوس Bidos) أن التراضي أصل عام في جميع العقود²، وتوافق الإرادتين يكون ركناً في العقد ينتقي بانتفاؤها؛ سواء أكان شكلياً أم غير شكلي. ففي العقود الرضائية يكفي التراضي لنشوء الالتزام في حين أنه في العقود الشكلية لا بد أن يصاحب هذا التراضي عنصر آخر خارجي، كالتسليم مثلاً فهو يضاف إلى ضرورة توافر التراضي.

ولقد افترق الناس في نظرهم لمبدأ سلطان الإرادة؛ فمنهم من أيده أشد التأييد حد الغلو، فظهر الخصوم الذين غالوا بدورهم في نقده حتى أدى ذلك إلى ضعفه، ثم تشكل فريق ثالث تبني موقفاً وسطياً معتدلاً، ووضع الأمور بخصوصه في نصابها مما أعاد له انتعاشاً بعد ضعف.

¹ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 84-86 ويرى شفيق شحاتة، (نظرية الالتزامات، ص 17) أن مبدأ الرضائية، ومبدأ سلطان الإرادة لم يكونا أبداً أصلاً من أصول القانون الروماني، فالأصل عندهم أن الاتفاق لا ينشئ التزاماً، وهو في ذلك موافقاً لصوفي أبو طالب (تاريخ النظم، ص 409) حيث يرى أن الاتفاق المجرد ما كان ليقتدر على إنشاء الالتزام إلا بعد استنفاد الشروط الشكلية اللازمة، والرأي نفسه عند عبد الرزاق السنهوري (الوسيط، ج 1، ص 142، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 91، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 30، فقرة 26) كذلك حيث كتب أن القانون الروماني لم يعترف في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً أو بوجه عام. وسعد هاشم عبد المقصود (أصول حرية التعاقد، ص 76-77) كتب في هذا الصدد، أنه لم يكن للإرادة في بداية عهد القانون الروماني حول ولا قوة، ولم يكن العقد والشرط للمتعاقدين شرعاً، ويضيف كذلك أن هذا القانون هو الذي كان يتولى بناء العقود وتحديد آثارها، ويضيف أن الإرادة كانت مقيدة في أغلال الرسمية يكبل جهدها العقد الشكلي، وفي مرحلة متقدمة خفت الشكلية نسبياً وأدرك الرومان أن التراضي يكفي أحياناً لاتخاذ بعض العقود غير الرسمية، ورغم هذا التطور فإن عصر القانون الروماني انتهى وبقيت الشكلية هي القاعدة الأصلية.

² - صوفي أبو طالب، تاريخ النظم، المرجع السابق، ص 409.

فأنصار هذا المبدأ يرون النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد؛ لأنه الغاية، **وأن** المجموع في علاقاته **يسخر** لخدمة هذا الفرد؛ **إذ** لا تكتمل شخصيته إلا بالحرية، ومظهرها إرادته الحرة المستقلة، فالفرد في المجتمع يجب أن تحترم حريته وإرادته؛ فلا يخضع إلى واجبات إلا إذا ارتضاها هو بنفسه وإرادته، وعلى القانون حماية هذا الاختيار، وهذه الإرادة، لتحقيق حرية الفرد المطلوبة، وهم يرون القانون ينتهي إلى حماية الإرادة الحرة. وما المهمة التي يضطلع بها هذا القانون إلا تحقيق حرية كل فرد، بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين، وهذا التوازن بين الحريات يجب أن يُعنى به المشرع دون أن يرى إلى أي حد تتفق مصلحة المجموع مع مصلحة الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون.

وقد أسرف مؤيدو هذا المبدأ في الانتصار له بعد أن اعتبروا أن سلطان الإرادة يولد كل الحقوق الأخرى¹ ولا يقتصر على توليد الالتزامات وحدها، فاعتبروا أن حق الملكية مبني على حرية الإرادة، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج؛ أي على الإرادة، والميراث على وصية مفترضة أي الإرادة أيضاً، حتى العقوبة الجنائية اعتبروها بإرادة المجرم حيث ارتضى بقيامه بالجريمة إيقاع العقاب عليه.

ولقد ظهر خصوم هذا المبدأ بعد أن تطورت العوامل الاقتصادية والاجتماعية التي أدت أصلاً إلى ظهوره؛ فكانت هي السبب المباشر في ضعفه واضمحلاله . فبتطور الصناعات الكبيرة وتأسيس الشركات الضخمة ظهرت طبقة العمال، **مما أدى إلى** اختلال التوازن الاقتصادي بين القوى الاجتماعية، فالتبدلات التي طرأت على الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وظهور التضامن

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 145 .

الاجتماعي في تصرفات الناس أدى إلى زعزعة¹ مبدأ سلطان الإرادة، وانتشار المذاهب الاشتراكية في وجه المذهب الفردي الذي نادى به الفيزيوقراط² .

و ظهر مذهب التضامن الاجتماعي الذي يعتبر أن المجتمع، وليس الفرد كما يراه المذهب الفردي، هو الغاية، فبدأ خصوم مبدأ سلطان الإرادة في نقده ومهاجمته، حتى وصل بهم الأمر إلى حد نفيه من دائرة العقد، إذ قالوا إن العقود لا تستمد قوتها الملزمة من الإرادة بل من اعتبارات اجتماعية ترجع

للثبات والاستقرار الواجب توفرهما في المعاملات³ ، وكذلك للثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، فالعقد عندهم نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن وتوجيه الإرادة إلى هذا التضامن، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان، وهم يرون أن أكثر آثار العقود يرتبها القانون بنفسه وليس إرادة المتعاقدين، وهم يقولون إن الإنسان مدني بطبعه فهو لا يعيش بمعزل عن المجتمع البشري، وأن الروابط الاجتماعية هي التي تعلق على إرادة الفرد، وعلى الأفراد جميعا ابتغاء المصلحة العامة والتي هي الأهم، وهي الغاية في سلوك هؤلاء الأفراد؛ فلكل فرد في المجتمع وظيفة اجتماعية، لا تحتفظ بذاتيتها إلا في حدود لا تتعارض إطلاقا مع الغاية المشتركة التي يقوم القانون بحمايتها.

وسيرا على سنة الحياة ، حينما يختلف رأيان يظهر موقف وسط فكان من نتائج مغالاة مؤيدي هذا المبدأ ومغالاة معارضيه ظهور مذهب معتدل يدعو إلى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة كمبدأ عام، ولكن في حدود معينة، فهؤلاء يعتقدون أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام ؛ لأن الروابط التي

¹ - اسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، سنة 41 ، العدد 6، ص 929

² - وهم أصحاب المذهب الحر الذين يرون الحرية مرتبطة بالقانون الطبيعي والذي هو أعلى من القوانين الوضعية ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 107-109 ، حيث يرى أن النزعة الفردية ظهرت في ثانيا مذهب القانون الطبيعي (ومذهب الرواقية) الذي ساد عند اليونان والذي انتقل بدوره إلى الرومان ، قد أخذت أفكار القانون الطبيعي طابعا سياسيا واجتماعيا وارتبطت بالفردية في القرنين السابع عشر والثامن عشر واعتبرت أن المجتمع ليس من حقه أن يمس حرية الفرد أو يقيد بها إلا لضمان حقوق الآخرين، أنظر نعمان جمعة ، دروس في المدخل للقاعدة القانونية، المرجع السابق، ص 98 .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، المرجع السابق، ص 146 .

يحكمها هذا القانون، تحددها المصلحة العامة وليس إرادة الفرد¹، وكذلك في نطاق القانون الخاص وفيما يتعلق بالأحوال الشخصية فإنه لا سلطان للإرادة إلا في حدود ضيقه، أما في المعاملات المالية فالأمر مختلف، حيث إن دور الإرادة يتوسع تدريجياً، فهي في الحقوق العينية أضعف منها في الحقوق الشخصية لانحصاره في كونها مصدراً لها، فالإرادة لا تخلق شيئاً جديداً في الحقوق العينية ولا تقوم بتحديد مداها وآثارها إلا نادراً، والقانون هو الذي يتولى ذلك، في حين يظهر سلطان الإرادة في التصرفات القانونية، ورغم ذلك فإن هذه التصرفات القانونية ليست الإرادة مصدرها الوحيد تماماً، مثل العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب إذ لا تكون الإرادة مصدرهما، ورغم دور الإرادة في ميدان الالتزامات التعاقدية إلا أن هذا الدور محدود حيث يقوم القانون بتقييد مبدأ سلطان الإرادة في حدود النظام العام والآداب.

وقد تبنى الفقه الغربي هذا الرأي فجعل مبدأ سلطان الإرادة أصلاً عاماً وترك للإرادة حريتها في إنشاء العقود وفي ترتيب ما تشاء من الآثار عليها، ولكن لهذا الأصل العام استثناءات، فهذه الحرية غير مطلقة، فلم يعد لمبدأ سلطان الإرادة ذلك السلطان الواسع الذي سعى له أنصار المذهب الفردي والفيوقراط، ولم يعد للإرادة سلطانها المطلق، أن لها حرية بحدود وقيود يجب مراعاتها وعدم تجاوزها وهذه الحدود والقيود يفرضها المشرع بالقانون، مراعيًا تحقيق العدالة والمصلحة العامة، انه الذي يتدخل مستعيناً بالنظام العام والآداب لتحقيق جانب من المساواة الفعلية وخصوصاً أن هذا المشرع لم يحدد النظام العام والآداب تحديد حصر² بل تركها سلطة بيد القاضي، وقد استعمل القضاء وسائل فنية للحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد حين مكن القاضي من توسيع مضمون العقد، مثل التزام

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 148.

² - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 92.

سلامة المسافر¹ في عقد النقل، حيث يستخلص القاضي تفسيراً لإرادتي المتعاقدين المشتركة بالتزام الناقل بتأمين سلامة المسافر ووصوله سالماً إلى المكان الذي يقصده، وكذلك ينتقص مضمون العقد جراء تطبيق نظرية انتقاص العقد التي أوردها المشروع ومثالها ما جاءت به (م. 1152) التي تنص (لا يجوز التحكير لمدة تزيد على خمسين سنة، فإذا عينت مدة تزيد على ذلك، أو لم تعين مدة، عد الحكر معقوداً لمدة خمسين سنة) .

وكذلك مثلما منح سلطة واسعة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي، وذلك انتصاراً للطرف الضعيف من قبل القانون وممثل العدالة القاضي، فالقضاء الذي وجد نفسه بين مطرقة الحرية الفردية وسندان العدالة اجتهد ذاتياً للحد من مبدأ سلطان الإرادة لتحقيق عدالة أكبر.

مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي : للإسلام فضل على مدلول هذا المبدأ، حيث حرره من الشكليات تحريراً تاماً² ضمن حدود الشرع، فمثلما توالى التغييرات على هذا المبدأ في القانون الوضعي طوال القرون الماضية حتى بلغ عنفوانه في القرن التاسع عشر، ثم بانته عيوبه، وعاد أدراجه بانتشار الأفكار الاشتراكية و**خصوصاً** في أوروبا الشرقية ، وحين ضعفت هذه المنظومة في البقاء والسيادة عاد إلى الازدهار ولكن بقيود.

فقد تضمن الإسلام ذلك منذ انتشاره، فحرية التعاقد والاشتراط أمران فطريان في التشريع الإسلامي، وهي تجاوب الفطرة الإسلامية في مجال الحرية التعاقدية الاشتراكية³ ، والفقه الإسلامي اعتمد مبدأ سلطان الإرادة بنتائج المختلفة التي تقرر الرضائية والحرية التعاقدية عند إبرام العقود وهاتان الخاصيتان هما **الجوهريتان** فيه.

¹ - محمد حامد رضوان، مسؤولية أمين النقل، بحث منشور في مجلة المحاماة ، القاهرة ، مصر، سنة 32، عدد 8، ص 1215، سنة 1952.

² - خالد محمد السبائين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، القدس، فلسطين، 2001م. ص 7. و منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام-، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، ص 44.

³ - سعد هاشم عبد المقصود، المرجع السابق، ص 84-85.

فالتراضي كفه النص القرآني (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)¹ وضرورة الوفاء بالعهود كفه

النص القرآني، (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)².

وجمهور فقهاء المسلمين يأخذون بأن الأصل في العقود الإباحة³، فالناس أحرار في إنشاء العقود أما

آثارها فالأصل فيها أنها من صنع الشارع، فالعقود ليست بأسباب طبيعة؛ فإذا اتجهت الإرادة رغبة

في إنشاء العقد فلها ذلك، وينشأ العقد، ولكن آثار هذا الإنشاء يقررها الشارع سواء أراد العاقد هذه

الآثار أم لم يردّها، فالشارع هو الذي يحدد ما لهذا التعاقد من آثار، وهذا ما يسمى جعلية⁴ العقود.

وكان الفقهاء المسلمون قد **اختلفوا في إنشاء العقود على وجهين**؛ أحدهما ميسر والآخر متشدد⁵.

وأصل العقود عند الاتجاه المتشدد⁶ هو الحظر، في حين يرى الاتجاه الميسر أن الأصل في العقود

هو الإباحة، وشيخ الإسلام ابن نيمية⁷، يتبنى أن الأصل في العقود والشروط، الجواز والصحة،

بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاستصحاب، ووافق الرأي في أن الفقه الإسلامي يتمتع بمرونة

واسعة في المعاملات المالية، فإذا كان مذهب من المذاهب قد قيد التعاقد، فإن هناك مذاهب أخرى

وسعت، ولا نخالف حكم الشريعة إذا اخترنا **رأياً** يحقق المصلحة العامة، فهناك قاعدة مقررة عند

بعض أئمة المذاهب مفادها " **حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله** " ⁸ والمقصود هو المصلحة

¹ - سورة النساء، آية 29

² - سورة المائدة، آية 2.

³ - سعد هاشم عبد المقصود، المرجع السابق، وبالخصوص الفصل الثاني من رسالته، ص 82 إلى آخر الفصل.

⁴ - طارق البشري، دراسة عنوانها، نظام التأديب بين العقاب الجنائي والمسؤولية المدنية، بحث منشور على موقع:

http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=378&std_id=60، حيث يرى الكاتب أن المقصود بالجعلية بأن العقد

تترتب آثاره بجعل من المشرع، والإرادة هي السبب المحرك لهذه الآثار، دون أن يكون للإرادة دخل في ترتيب أنواع الآثار المقررة على الدخول في علاقة ما. والمثل الفذ على هذا النوع من العقود هو عقد الزواج، يدخله الداخلون بإرادتهم ولكن أحكامها كلها مقررة بجعل من الشارع سبحانه وتعالى.

⁵ - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 27.

⁶ - يرى المذهب الظاهري أن الأصل في العقود الحظر. محمد شريف أحمد، المرجع السابق، هامش ص 27.

⁷ - المنكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1 المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان، الأردن، 2000، ص 97.

⁸ - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 27.

الجماعية، وهذا لم يتوصل إليه الفقه الغربي إلا بعد عشرين قرناً من الزمان¹، ولكن إذا كان الأصل في العقود والشروط الجواز والإباحة، وكفل الشرع الإسلامي هذه الحرية التعاقدية، إلا أنه لم يجعلها مطلقة، فالحقوق في نظر الإسلام وظائف اجتماعية **غير** مطلقة، بل كلها مقيدة²، وهذا ما جاء به الحديث الشريف (المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)³، لأن كل شرط أحل حراماً أو حرم حلالاً يكون ممنوعاً لأنه مخالف للشرع، والشرع هو القانون، فالأصل في الفقه الإسلامي حرية الإرادة في إنشاء العقود، ولكن هذه الحرية غير مطلقة فهي حرة في حدود، وعليها قيود تفرضها الشريعة، مثلما فرض الفقه الغربي أن لا تكون حرية إنشاء العقود مطلقة بما يخالف النظام العام والآداب، ومفهوم النظام العام موجود منذ نشوء المجتمعات ولكن بأشكال مختلفة، وكان قيوداً على الحرية التعاقدية منذ وجد التعاقد.

فالدولة في تدخلها للحد من الحرية التعاقدية كانت - وما زالت - تمارس حقاً أساسياً أنيط بها منذ العصور القديمة فهي الأقدر على تنظيم الإنتاج والمقايضة والتوزيع، وهذا الذي جعل **أحد** الشراح يرى أن الحرية التعاقدية استثناء⁴ **وأن** التدخل هو الأصل العام، ويستنتج من ذلك أن الحرية التعاقدية التعاقدية ليست وليدة الثورة الفرنسية، وكذلك هو مبدأ سلطان الإرادة ليس وليد القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، **وهو يرى** أن الاقتصاد الموجه ليس وليد الأنظمة الاشتراكية⁵، فالأولوية للنظام العام إذا ما تعارضت الحرية التعاقدية معه منذ أن كان التعاقد في المدنيات الأولى، فالحرية الفردية الحققة لا تقتضي أن تكون إرادة الفرد هي مصدر كل أثر قانوني، فالتدخل وقيام الإجماع ليس متوقفاً على

¹ - عيد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 99.

² - أحمد خلف بيومي، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والشرعية الإسلامية، بحث منشور في مجلة المحاماة، السنة 68، ص 30.

³ - حديث صحيح، رواه ابن القيم في الفروسية، ص 164.

⁴ - أبو البرزدي علي المتيت، الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 41، ص 714.

⁵ - المرجع السابق نفسه، ص 723.

التحول من المذهب الفردي، بل حين رد مبدأ سلطان الإرادة إلى الحد المعقول¹، إن ما يخالف الشريعة هو نفس المعنى بالتمام والكمال، ما يخالف القانون في القوانين الوضعية فالشريعة الإسلامية في الفقه الإسلامي هي القانون واجب التطبيق.

ونستخلص من خلال ما سبق أن الفقه الإسلامي عرف مبدأ سلطان الإرادة من خلال قواعده الأساسية رضائية العقود والحرية التعاقدية ونسبية آثاره، ولكنه لم يعرفه مبدأً، ومثلما أدخل الفقه الغربي على هذا المبدأ قيد النظام العام والآداب كان الفقه الإسلامي قد فرض قيد الحلال والحرام مستبقاً في ذلك الفقه الغربي.

ترى ما هو موقف المشروع من مبدأ سلطان الإرادة ؟

هل آمن به من خلال المفهوم الفردي التقليدي انحيازاً للاتجاه اللاتيني؟

ام اختط هذا المشروع نهجا يساير ما استجد من أحداث وتطور أثرت بشكل مباشر على نظام التعاقد في الاتجاهات الحديثة؟

الفرع الثاني : المبدأ في المشروع

¹ - رضوان السيد راشد، الإجماع على التعاقد، المرجع السابق، فقرة 75، ص 119.

لمبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي تأثير على العقد في موضوعه وشكله، حيث يظهر تأثيره في موضوع العقد عند إنشائه ويعد تمام انعقاده، وفي مرحلة إنشاء العقد يكون للمتعاقد حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد، وإذا ما قرر التعاقد تكون له الحرية في تحديد الشروط التي يرغبها والمدد المناسبة له في تعاقده، ومنح المشروع المتعاقد هذه الحرية بناء على مبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي لأن حرية التعاقد هي مبدأ دستوري ولكن أورد المشروع قيوداً على هذه الحرية تعتبر استثناء انحيازاً للاتجاهات الحديثة التي تقيد هذا المبدأ نورد منها ما يلي:

أولاً: قيود المبدأ في مرحلة إنشاء العقد : قيد المشروع خلافاً لما يتطلبه مبدأ سلطان الإرادة حرية الفرد في التعاقد وفقاً للمادة (131)¹ التي تنص على: (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً). فليس لهذا الفرد إبرام عقود محلها مخالفاً للنظام العام أو الآداب وأوقع جزاء البطلان على كل تعاقد محله غير مشروع، ووفقاً للمادة (137) التي تنص: **(1- يكون العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع. 2- يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام أو للآداب).** فليس لهذا الفرد إبرام عقود سببها غير مشروع معتبراً إياها غير مشروعة إذا كان الباعث الدافع إليها مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

و خلافاً لما يتطلبه مبدأ سلطان الإرادة في حرية الفرد في أن لا يتعاقد وبالتالي لا يكون مديناً أو دائناً² إلا إذا رغب، أجبر المشروع الفرد على التعاقد وفقاً للمادة (606) التي تنص على: **(الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذ³ لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى**

¹ - تقارب المادة 163 / 2 أردني

² - على السليقة يفهم عدم جبر الإنسان بأن لا يكون مديناً ولكن قد يكون غريباً أن لا يجبر الإنسان بأن يكون دائناً ولعل عقد الهبة التي أتت به المادة 522 من المشروع يعطي الدلالة بأن حرية الفرد بأن لا يصبح دائناً هي أيضاً حرية مضمونة في المشروع. راجع الإشارة المتعلقة بدلالة عقد الهبة، على حرية الفرد بأن لا يكون دائناً- محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة، الإصدار الثاني، عمان ، الأردن، 2000، ص21.

³ - يعتقد بوجود خطأ مطبعي ، حيث لا يستقيم المعنى إلا بوجود كلمة إذا وليس كلمة إذ.

المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة.) وفيها يجبر القانون المالك بأن يتعاقد لمدة أخرى ولو كان هذا رغماً عنه، وذلك لتمكين المستأجر صاحب حق المنفعة من نقل محصول السنة، وجاء في المذكرات الإيضاحية¹ أن حق الانتفاع ينتهي بموت صاحبه، ولكن يمتد حق الانتفاع هذا لموعد الحصاد، فحيازة ورثة المنتفع تكون بناء على عقد إيجار وليس حق انتفاع، وتقدر الإجارة بأجرة المثل، وكذلك ما جاء في المادة (610)² التي تنص على: (إذا انتهت مدة الإيجار وثبت قيام ضرورة ملحة لامتدادها جاز للمحكمة مدها بقدر الضرورة على أن يؤدي المستأجر أجرة المثل عنها)، فتمديد مدة الإيجار ولو بسلطة جوازية للمحكمة، يجسد الإيجار على التعاقد. وما جاء في المادة (650) التي تنص على: (1- إذا كانت العين المؤجرة عقاراً أنشأ به المستأجر مصنفاً أو متجراً، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للقاضي أن يلزم المؤجر بإبقاء الإيجار بشروطه الأصلية وتحقق³ الآتي: أ- أن يكون المصنع أو المتجر الذي أنشأ في العين المؤجرة قد توافرت له العناصر المادية والمعنوية التي نص عليها القانون. ب- أن يقدم المشتري للمؤجر ضماناً كافياً. ج- أن لا يلحق المؤجر من جراء البيع ضرر محقق. د- أن يحصل المؤجر على نسبة تقدرها المحكمة على ألا تزيد على نصف الثمن بعد حسم قيمة الموجودات المادية التي يشملها البيع. 2- كل ذلك ما لم يطلب المؤجر الشراء لنفسه على أن يلتزم بدفع حصة المستأجر). ولا يخفى ما لهذه المادة إذا ما انطبقت شروطها من إجبار على التعاقد خلافاً لمبدأ سلطان الإرادة وبالمفهوم نفسه جاءت (م. 1063) التي تنص على: (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء

¹ - المذكرات الإيضاحية، لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، رام الله، فلسطين، 2003، ص 652.

² - تقارب المادة 674 أردني .

³ - يعتقد وجود خطأ مطبعي فلا يستقيم المعنى إلا باستبدال كلمة بتحقيق بدلاً من وتحقق .

المشغول بالبناء، وذلك في مقابل تعويض عادل). فالمشروع يجيز للمحكمة إجبار صاحب الأرض على التعاقد، والتنازل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، خلافا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة. والمشروع أورد قيودا للحد من مفهوم الحرية التعاقدية المطلقة¹ الذي اعتقده البعض من خلال الاعتراف بأنها الأساس وجوهر سلطان الإرادة، والذي يتيح للأطراف تنظيم علاقاتهم بالشكل الذي **يرتضونه**؛ ليحد من هذا المفهوم ومن هذا الإطلاق فالمادة (1) تنص على: (1-تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها. 2- إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). فبموجب هذا النص **فإن المتعاقد إذا خالف** وأتى بشروط لا تتطابق مع التشريع أو، فيما بعد، مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو فيما بعد مع العرف، أو خالفت هذه الشروط فيما بعد ذلك مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة فإن القانون لا يقر هذه الشروط، فالفرد ليس حراً في وضعه الشروط التي تحلو له. والنهج نفسه نرى (م. 74)² التي تنص على: (**ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين³ التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده**)، فالجزء الأول من المادة يتطابق تماماً مع مبدأ سلطان الإرادة، فانعقاد العقد يتم حين يصدر التعبير عن الإرادتين المتطابقتين، ثم يأتي الجزء الثاني من المادة الذي يعني ضرورة القيام بما يتطلبه القانون فوق التراضي من أوضاعاً معينة لانعقاده استثناء من الأصل العام الذي أتى به الجزء الأول، فالتراضي يكفي لانعقاد العقد كأصل عام وإذا ما تطلب القانون أوضاعاً أخرى إضافية وخاصة الشكلية، فلا بد

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 22 .

² - تقارب المادة 90 أردني والتي تنص: (**ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد**) .

³ - هناك خطأ نحوي ، والصحيح أن ترد كلمة الطرفان وليس الطرفين .

منها بالإضافة إلى التراضي، فهذه الأوضاع الأخرى هي القيود الاستثنائية على مبدأ سلطان الإرادة، والنهج نفسه نرى (م. 147) ¹ التي تنص على: (العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون). فاتفق الطرفين المتعاقدين لنقض **العقد** أو **تعديله** يأتي مطابقاً لمبدأ سلطان الإرادة فهو نصر جديد له ²، لأنه يمثل سلطان إرادة الطرفين، ثم يأتي النص المقيد بإجازة نقض أو تعديل العقد لأسباب مصدرها القانون، حتى ولو جاءت غير موافقة لإرادة أحد الأطراف، ثم تأتي (م. 1/767) التي تنص: (يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها)، فلا سلطان لإرادة المتعاقدين في الاتفاق على ما يخالف تعريفات الأسعار الصادرة من السلطة العامة فهي بقوة القانون، ولا يخفى ما لهذا النص من تقييد لحرية الإرادة في التعاقد وفق ما تراه مناسبا لها.

وكذلك خرج المشروع عن مضمون مبدأ سلطان الإرادة القاضي بالتزام المتعاقد بتنفيذ شروط تعاقدته كما جاء في العقد، حين أتى بالمادة (992) ³ التي تنص: (1-يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من القاضي الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرراً قوياً لذلك. 2- إذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه) بمنحه للشريك، في ملكية الأسرة، إمكانية إخراج نصيبه بإرادته المنفردة، قبل انتهاء أجل تعاقدته، ولم يترك المشروع للمتعاقد تحديد مدة التعاقد طلبية

¹ - تقارب المادة 202 أردني والتي تنص: (1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . 2. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف).

² - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المرجع السابق، 24.

³ - تطابق المادة 1062 أردني .

تخالف ما يجيزه القانون اعتقاداً بأن موجبات مبدأ سلطان الإرادة أن يكون للفرد حرية التعاقد بمحض
حريته ورضاه، وتحديد مواعيد إنهاء تعاقدّه إذا ما قام فعلاً بالتعاقد، فإذا تم التعاقد بما يزيد عن ما
حدده القانون وجب إنقاص المدة إلى الحد الجائز، فالمادة (605) التي تنص: (لا يجوز لمن لا
يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من الجهة المختصة،
فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، ما لم يوجد نص يقضي
بخلاف ذلك). تجعل نص القانون يأتي مقيداً للإرادة في سلطانها **تحديد** مواعيد إنهاء عقودها، فهي
مقيدة بأحكام المدة التي يحددها المشروع، وهذا ما ينطبق على (م. 611)¹ التي تنص **على أنه** (لا
يجوز أن تزيد مدة الإيجار عن ثلاثين عاماً. 1- إذا عقد الإيجار لمدة حياة المؤجر أو المستأجر
يعد العقد مستمراً لتلك المدة ولو زادت عن ثلاثين عاماً. 2- إذا تضمن عقد الإيجار شرطاً يقضي
بأن يبقى ما بقي المستأجر بدفع الأجرة عدا أنه قد عقد لمدة حياة المستأجر). و(م. 773)² التي
تنص على: (1- يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير
معين المدة 2- إذا كان عقد العمل لمدة غير معينة أو لمدة تزيد عن خمس سنوات، جاز للعامل
بعد انقضاء خمس سنوات أن ينهي العقد دون تعويض على أن يخطر صاحب العمل قبل ستة
أشهر من تاريخ الانقضاء). فنص المادة يعطي للعامل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة قبل حلول
موعد انتهائه المحدد بالعقد، وكذلك (م. 1152)³ (م. 1152)⁴ فالمادة تقيد جواز التحكير بما يزيد عن
خمس سنوات إذا كان التعاقد يزيد عن ذلك، وإذا لم تعين مدة عقد الحكر عدّ التحكير لخمس سنوات.

¹ - تقارب المادة 670 أردني

² - توافق المادة 1/806 أردني والتي تنص: (يجوز ان يكون عقد العمل لمدة محدودة أو غير محدودة ولعمل معين . 2. ولا يجوز ان تتجاوز مدته خمس سنوات فاذا عقد لمدة أطول ردت الى خمس).

³ - تطابق المادة 1251 أردني .

⁴ - نص المادة ص 21 من البحث .

ثانياً: قيود المبدأ بعد قيام العقد: من موجبات مبدأ سلطان الإرادة بعد انعقاد العقد، الالتزام بشروطه وفقاً لما جاءت به (م. 147)¹ فما دامت إرادة المتعاقدين ارتضت بما فيه، فللمتعاقدين أن يعتصم بعقده والتمسك بنصوصه، وله أن يرفض أي تدخل من جانب القضاء لتعديل ما تم الاتفاق عليه، وإذا ما رغب الأطراف تعديل عقودهما فإن الطريق إلى ذلك حددتها (م. 167)² التي تنص على (1- للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده. 2- تخضع الإقالة للشروط العامة للعقد. 3- تجوز الإقالة في بعض العقود بما يقابله من عوض). فليس للقاضي أن يعيد النظر في العقد وليس له تعديل أحكامه كأصل عام ولكن أتى المشروع بما هو استثنائي من الأصل العام حين منح القاضي السلطة التقديرية³ بتعديل شروط العقد إذا تضمن شروطاً تعسفية تبلغ حد إعفاء الطرف المذعن منها؛ **تطبيقاً للمادة (150)**⁴ التي تنص على: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وكذلك وفقاً لنظرية الظروف الطارئة التي أتى بها المشروع في (م. 151)⁵ التي تنص على: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً

¹ - نص المادة ص 28 من البحث

² - م 1/167 من المشروع تطابق المادة 242/1أردني

³ - منح المشروع القاضي سلطة تقديرية في إتمام التعاقد (م. 85) وفي تعديل شروط العقد (م. 2/128) ونقض القسمة (م. 981) وزيادة البديل وفسخ العقد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة (م. 753) وتقرير انقاص العقد وتحول العقد (م. 141) و (م. 142) وكذلك تعديل موعد السداد في نظرة الميسرة (م. 551) وكل هذا يعتبر قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة ونحيل الدراسة فيها منعا للتكرار للصفحة 206 وما بعدها الخاصة باتجاه سلطة القاضي التقديرية.

⁴ - تطابق المادة 204 أردني .

⁵ - تقارب المادة 205 أردني .

كل اتفاق يقضي بغير ذلك). فنظرية الظروف الطارئة¹ وعقود الإذعان² تمثل قيدا على مبدأ سلطان الإرادة بعد قيام العقد.

ويظهر تأثير مبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي من حيث الشكل في **وجود العقد وفي تفسيره**. ففي وجود العقد فإن الأصل أن ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، فالعقود رضائية يكفي ذلك لانعقادها، ولكن في حالات استثنائية يشترط القانون شكلا معيناً يظهر خطورة العقد للمتعاقدين، فلا ينعقد العقد بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إرادتين متطابقتين، بل لابد من تحقق الشكل المقرر بالإضافة لتطابق الإرادتين. وهذا ما جاءت به (م. 74)³، التي يستدل منها أن تقرير القانون لأوضاع معينة لانعقاد العقد لا يغني عن تطابق الإرادتين، حيث أورد عبارة فوق ذلك⁴ لتدل على ذلك، فالأصل التراضي ويأتي الشكل استثناءً، وكذلك جاءت (م. 76)⁵ التي تنص على: **1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.** **2- يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً**، فنص المادة وبعد اعتباره أن التصريح في التعبير عن الإرادة هو الأصل العام إلا أنه تحقيقاً لمبدأ سلطان

¹ - مزيداً من الشرح عن موقف المشروع من نظرية الظروف الطارئة وعقود الإذعان ص 206 وما بعدها المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدية.

² - يمكن اعتبار عقود الإذعان والحماية التي أفردتها المشرع للمتعاقد المدع من قبيل تقييد مبدأ سلطان الإرادة وقت تكوين العقد. أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص ص 78، 79 والهامش.

ويمكن اعتبار أن ما رتبته القانون من جزاء على الاستغلال من قبيل القيود التي رتبها القانون على مبدأ سلطان الإرادة وقت التعاقد، والحقيقة أن عيب الاستغلال يرد على الإرادة فيفسدها وهذا تطبيق للمبدأ فالإرادة المستغلة لم تستكمل حرمتها وهذا ما ذهب إليه السنهوري، المرجع السابق نفسه في هامش الصفحة 78.

³ - نص المادة ص 27 من البحث.

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - تقارب المادة 93 أردني، والتي تنص: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي. وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي)، مع التمييز الفلسطيني بإضافة اتفاق الطرفين لتحديد ضرورة أن يكون التعبير صريحاً.

الإرادة أجاز بأن يكون التعبير ضمنياً فما دامت إرادة المتعاقد لا لبس فيها فإنه يجب الأخذ بها حتى لو كان التعبير ضمنياً ولكن جاء القيد على ذلك إذا كان القانون ينص على ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً فلا يجوز لإرادة الطرفين أن تتفق على ما يخالف القيد الذي أتى به نص القانون.

وعند تفسير العقد إذا جددت ظروف وظهرت الحاجة إلى التفسير لأي سبب فإن ما جاءت به المادة (2/165)¹ التي تنص على: (إذا كان هناك محل لتفسير العقود فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات). فالمادة تدلل انتهاج المشروع مبدأ سلطان الإرادة لأن بها يكون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين للوصول للإرادة الحقيقية من أوسع أبوابها.

ولكن تقييد " بمفهوم المخالفة " حرية التعاقد للمتعاقدين إذ لم يكن هناك محلاً للتفسير فلا يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

المطلب الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة في التعاقد

¹ - تطابق المادة 239 / 2 أردني .

يفترض في العقد بحسب تعريفه - كونه اتفاقاً بين إرادتين - أن يكون تجسيداً متبادلاً لهما، فليس

هناك اتفاق قابلٌ للإدراك إلا بالاستناد إلى **إرادتين** جليتين، لبيان الفارق بين النية المجردة من الالتزامات القانونية، **وإرادة** الالتزام التي يعترف القانون بها، فالإرادة الفاعلة المعبر عنها بإمكانها إنشاء الالتزام¹؛ **ذلك أن** أي عقد يتطلب، بشكل أساسي، إعلانين - أو أكثر - عن الإرادة، يظهر من الجهة **الأولى الإيجاب، ومن الجهة الثانية** القبول، فإذا تطابق الإعلان مع حقيقة الإرادة **فلن** تنثور مشكلة، **ولكن تتعقد المسألة** عندما تُظهر إعلانات الإرادة، ما يغيّر إرادتي الفريقين الداخليتين، بإعلان من أحدهما، خلافاً عن إرادته الحقيقية نتيجة غلط في التعبير أو في النقل، فيكون التساؤل : هل من الواجب تغليب الإعلان عن الإرادة ؟ أم العكس، **أي** تغليب الإرادة الحقيقية بغض النظر عن الإعلان.

اختلف الفقهاء في نظرتهن إلى الإرادة **بعد أن كان ينتظر منهم الإجابة**، وتفرقا إلى مذهبين²، مذهب يتبنى نظرية الإرادة الباطنة، لأنه أخذ مبدأ سلطان الإرادة أساساً للقوة الملزمة للعقد، أو بمعنى آخر ما للإرادة من سلطان ذاتي³، و آخر يتبنى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة لأنه اعتبر القانون أساس

¹ جاك غستان، تكوين العقد ص 386 فقرة 385 وكذلك المؤلف نفسه مفاعل العقد ص 26 فقرة 23، ص 37.

² - هناك نظريتان **أخريان** تتعلقان بموضوع تطابق الإرادتين هما: نظرية الثقة **ونظرية** المسؤولية، فالأولى تقف مع الإرادة الظاهرة ولكنها تقيد بها بضرورة وجود أسباب معقولة لحمل الغير على الاعتقاد بأن التعبير المعن هو الإرادة الحقيقية، وعليه سميت بنظرية الثقة. والثانية تقف مع الإرادة الباطنة مع تقييدها إذا كان صاحب التعبير قد أخطأ بالتعبير فأصبح المتعاقد الآخر معذورا باعتقاده تطابق التعبير مع الحقيقة، حينها يؤخذ بالإرادة الظاهرة وليس الباطنة بسبب خطأ المتعاقد في التعبير فيتحمل تبعاً له مسؤوليته عن هذا الخطأ وعليه سميت بنظرية المسؤولية. محمد شريف أحمد مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 47.

³ - محمد علي عمران ، مصادر الالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية، مكتب الرسالة الدولية، القاهرة، مصر، 2000، ص 53. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 125 ، حيث يرى أن أساس نظرية الإرادة الباطنة هو مبدأ سلطان الإرادة. و محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزامات، ج 1، مطابع الشعب، القاهرة، مصر، 1966، ص

القوة الملزمة للعقد، أو كان تفسيره للقوة الملزمة للعقد بالاستناد إلى القانون على أسس أخلاقية¹ تقوم على مبدأ الوفاء بالعهد ويكون في ذلك حماية للثقة المشروعة وتوفيراً لاستقرار التعامل².

الفرع الأول: الآراء الفقهية ما بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

مدرسة الإرادة الباطنة : يؤمن المؤيدون لنظرية الإرادة الباطنة أن الإرادة النفسية لب التصرف القانوني وقوامه³، و أما التعبير عنها فهو لا يخرج عن كونه وسيلة تعبر عن جوهر التصرف، والعبارة عندهم ليس بوسيلة التعبير، أي ليس بالإعلان، بل بالتعبير نفسه، **أما الإعلان فيجب أن لا يرتب أثراً إلا بالقدر الذي يطابق به الإرادة الباطنة**، وفي حال اختلافه عنها **فإنه يتعين تركه والأخذ** بهذه الإرادة الباطنة، **ووفقاً** لمذهب أنصار الإرادة الباطنة، **فإن الرضا لا يتكون إلا بتطابق الإرادتين**، لا بتطابق التعبيرين، إلا إذا **كانا** متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين، وقد يتبادر للذهن بأن الفقه الإسلامي يتبنى نظرية الإرادة الباطنة انطلاقاً من فهمنا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"⁴ وللحقيقة فإن الفقه الإسلامي ومن منطلق إنه فكر موضوعي يميل إلى الاعتداد بالمعايير الموضوعية فلا يعتد بنظرية الإرادة الباطنة بشكل مطلق. وأنصار الإرادة الباطنة يرجحون الأخذ بها للحفاظ على حرية الإنسان⁵ ويتوخون البحث عن هذه الإرادة في تفسير العقود، ويقبلون الأخذ في الحساب للتحفظات الذهنية التي تشوب الفكر والإرادة النفسانية، **ويأخذون** بالغلط بشكل واسع؛ فهم **يعطون** للدوافع أهمية كبرى في إبرام العقود، **ويرى** مؤيدو **هذه النظرية أن على القاضي**، عند عدم مطابقة المظهر المادي، وهو التعبير عن الإرادة، مع

¹ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 110 .

² - أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 41

³ - عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بلا، ص 191.

⁴ - حديث شريف متفق عليه، الجامع الصحيح، ص 6953

⁵ - محمد أمين إبراهيم التتدي في رسالته للدكتوراه وعنوانها " نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني " المقدم لجامعة القاهرة

، 1983، ص 222.

الإرادة النفسية عن طريق الجزم؛ **أن يجدّ في البحث عن** هذه الإرادة النفسية عن طريق الإرادة الحقيقية، وإذا تعذر ذلك فبالإرادة المفترضة¹ وبكلا الحالتين تكون الإرادة الباطنة التي تقيد بها هي الإرادة الحرة المختارة دون غش أو إكراه **وغير** مشوية بغط، **لا الإرادة** الظاهرة التي وصلت إلى علم المتعاقد الآخر إلا إذا تطابقت **مع ما** في باطن المتعاقد وفي نيته الحقيقية. فالأخذ بالمذهب الشخصي في الالتزام ونظرته لبواطن الذات النابعة من النزعة الشخصية يؤدي إلى الأخذ بالإرادة الباطنة، أو النظرية الذاتية كما تسمى.

وهناك من كتب² أن فكرة النظرية الذاتية ليست من **بنات** أفكار الفقهاء المحدثين، فمفهومها كان عرضة للتغيير والتطور، ولكن أساسها كان لدى فقهاء العصر الروماني، ونرى أن هذا الرأي محل نظر، فالإرادة لم يكن لها سلطان في التعاقد في ذلك العصر باتفاق أغلبية الفقهاء، ولم يكن الاتفاق المجرد ينشئ الالتزام، وقد ذكر صاحب هذا الرأي نفسه **أن**³ النظام الذاتي في التصرف القانوني أمر لا يمكن تصوره بعيداً عن مبدأ الرضائية في العقود والاعتراف للإرادة بدورها في تكوين التصرف القانوني أصل عام" فكيف نقول بأن الرومان لهم اهتمام بإرادة المتعاقدين بعد ذلك؟ نعم قد **يكون القانون الروماني مصدر** الإرادة الباطنة؛ لكن المرجح الذي يمكن أن يكون مقنعا في ذلك، هو النظرة الشخصية التي كانت تسود القانون الروماني والتي ترى الالتزام رابطة شخصية. وعليه **فقد** ذهبت المدرسة الفرنسية- ذات الجذور الرومانية - إلى الأخذ بالإرادة الباطنة لتوافق سلوكها مع اعتدادها بالمذهب الشخصي ونزعتها الذاتية، وهذا سلوك المدرسة اللاتينية بصفة عامة،

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 179 .

² - نجيب أسعد عودة، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995، ص 19.

³ - المرجع السابق نفسه، ص 22 .

ومن هنا كان الأصل عندهم عدم الأخذ بالإرادة المنفردة مصدرا عام للالتزامات، لعدم توافر الرابطة الشخصية بين طرفين.

وقد أورد أنصار هذه النظرية مجموعة من الحجج استندوا إليها في الانتصار لهذه النظرية ومنها حجة تاريخية تتلخص **بأن العقد** والالتزام كانا لا ينشآن **عبر التاريخ** إلا باستعمال **أشكال** معينة، فمجرد الاتفاق، بعيدا عن الشكلية، كان لا ينشئ هذا الالتزام ، **ثم تطورت الأمور في اتجاه** تخليص العقد والإرادة من هذه الشكلية¹ حتى حل الرضاء مكان الشكل، فالذي تعول عليه القوانين الحديثة الرضاء نفسه لا شكله **ولا** مظهره، **ولذا** يجب الاعتداد بالرضاء الحقيقي.

وحجة منطقية وعقلية مفادها إن إرادة الالتزام هي ما حواه ارتباط الإرادتين حقيقة، وعكس ذلك **مخالف للحقيقة** لأنه لا يعبر عن هذا الرضاء، فلا يجوز أن يلتزم الإنسان رغما عنه بإعلان خاطئ عن إرادته، وكذلك أوردوا حجة اقتصادية تستند على أن مبتغى الإنسان في تعاقدته تسيير مصالحه **وتيسيرها** ، فمصالح المتعاقدين **هي** قصد التعاقد الذي يستهدف تنظيم مستقبل يدخل الطمأنينة في نفس كل متعاقد منذ انعقاد العقد، **وهذه** الطمأنينة ستنتفي حتما عند المتعاقد إذا وجد نفسه ملزما بأمر لم يقصده، وبالتالي، لا يريده².

¹ - عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ، ص 192.

² - المرجع السابق نفسه .

مدرسة الإرادة الظاهرة : يقف النظام الموضوعي الذي تسود فيه الإرادة الظاهرة و تغليب العنصر

الاجتماعي في القانون أمام النظام الذاتي الذي تسود فيه الإرادة الباطنة ، فلا يجوز أن يكون للإرادة النفسية أثر في القانون لما لذلك من خطورة¹ على الثقة العامة وسلامة المعاملات.

ويرى مذهب الإرادة الظاهرة أن إرادة الالتزام التي يعترف بها القانون، هي ما يصدر من المتعاقد من إعلان لإرادته، وليس عبر النية المجردة الكامنة في النفس، فالإرادة الفاعلة عندهم هي المعبر عنها بالإعلان الذي يصل إلى المتعاقد الآخر والذي يكتمل به الإيجاب والقبول، فمن الصعب محاسبة

الموجه إليه التعبير على أمور لا يعلمها أو ليس بإمكانه العلم بها، فالعبرة عندهم بالأثر الذي تحدثه الإرادة في المحيط الخارجي²، فالتعبير عن الإرادة هو الإرادة ذاتها، والتعبير عن الإرادة هو العنصر المادي الذي يقف عنده المتعاملون، وهو الذي يدخل الطمأنينة إليهم في هذا التعامل، فالعقد عندهم

لن يكون باطلاً لعدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة، لتوافر ركني الرضا عند الطرفين فلا عبرة عندهم لما يتوارى خلف الأركان المتطابقة بالتعبيرين من **إرادتين** متغايرتين، فالإرادة الحقيقية

للمتعاقدين تكمن في المعنى **المألوف** في التعبير وسط الجماعة، فأنصار نظرية الإرادة الظاهرة يحددون تحليلهم بالإعلان عن الإرادة بالشروط المعبرة عنها، ويرفضون **مراعاة** أية تحفظات ذهنية مضادة للعقد الظاهر **أو أخذها بالحسبان** ، فالإعلان بحد ذاته يكفي.

وقد اخذ بهذه النظرية من الفقه الإسلامي الشافعية والحنابلة³ وفي الفقه الغربي كان للفقهاء الألمان فضل السبق إلى هذه النظرية، **وهي** التي تنسجم مع ما يذهبون إليه بالأخذ بالمذهب المادي في

الالتزام، وهم الذين يتبنون النزعة الموضوعية **ويعتدّون فيه** بالمظاهر المادية المحسوسة، وهذا

¹ - نجيب أسعد عودة، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، الرسالة المشار إليها سابقاً، ص 62 - 64 .

² - محمد علي عمران، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 53.

³ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 52 ، حيث كتب أن الأصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن العقد ينقذ عند تطابق إرادتي المتعاقدين ولكنهم اختلفوا عند عدم تطابق هاتين الإرادتين: حيث الشافعية يعتدّون بالإرادة الظاهرة والحنابلة والمالكية أقرب إلى الإرادة الباطنة، في حين يعتد الإمام أبو حنيفة بظاهر الإرادة دون النية ، وهو بهذا أقرب إلى الإرادة الظاهرة .

المظهر المحسوس في الإرادة هو ما خرج من أغوار **النفس وليس ما يختلج في الضمير**¹، وهم لا يكتفون باعتبار الإرادة الظاهرة قرينة تقبل إثبات العكس، على نية صاحبها، ولو كانوا كذلك لكانوا قد اتفقوا **مع** من يأخذون بالإرادة الباطنة، ولكنهم يعتبرون أن الإرادة الظاهرة قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، فلا يجوز إثبات أن النية الداخلية هي مغايرة لما صدر عن المتعاقد، فالالتزام بما صدر عنه بشكل معلن، ولو خالف ما في النفس من نية، ويعتبر الأخذ بهذه النظرية مساهمة كبرى في استقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة²، وقد أورد أنصار نظرية الإرادة الظاهرة عدة حجج لإثبات وجهة نظرهم فمن الناحية التاريخية يوافقون أصحاب الإرادة الباطنة في أن التاريخ حمل إلينا أن الالتزام كان لا ينشأ إلا بإجراء شكلي،³ ولكنهم يرون في إعلان الإرادة الباقية من الشكلية والتي لا يجوز الاستغناء عنها كلياً فهي تمثل الحد الأدنى من الشكلية التي يجب أن تبقى، ومن الناحية المنطقية **لا يكون** التعرف على الإرادة الباطنة.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 ، المرجع السابق، ص 18

2 - ظهرت بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة نظرية وسطى هي نظرية الثقة أو نظرية الإرادة التي يمكن التعرف عليها - أحمد زكي الشيبتي ، تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري ، بحث منشور ، مجلة القانون والاقتصاد ، 1949 ، ص ص 5-86 ، مشار إليه عند ، جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 98-108 وفيها تطبيق للنظرية المشار إليها.

3 - محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 132-133، حيث يرى أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة بوجه عام هو ضرب من الشكلية المهذبة، وعكس ذلك عبد المجيد الحكيم ، الكافي ، المرجع السابق، بند 207 ، ص 146 حيث يرى أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يقصدون العودة إلى الشكلية موافقا للفقهاء الفرنسي جيني الذي كتب : بأن أنصار الإرادة الظاهرة لم **يقصدوا** الشكلية ، مشار إليه عند عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 171 .

إلا بالنفاذ إلى مكنون النفس والنّيّات المضمرة، وهذا من المستحيلات من وجهة نظر أنصار الإرادة

الظاهرة، فعندهم إن الإرادة الوحيدة التي يمكن التعرف عليها، هي الإرادة الظاهرة المعلنة، وأما

حججهم المتعلقة بالناحية الاقتصادية والاجتماعية فهم يرون إن الإرادة التي يمكن التعرف عليها

للغير وتأكيد العلم بها هي الإرادة الظاهرة المعلنة، وعليها يتم التعويل لأنها تبعث الثقة في النفوس،

ويؤدي عدم الاعتداد بها إلى زعزعة هذه الثقة المشروعة التي تولدت في نفس المتعاقد بمجرد

الاطلاع عليها، والملاحظ هنا أن مذهب الإرادة الظاهرة يتجه إلى حماية المصلحة الجماعية عن

طريق حماية مصالح الغير، الذي ركن على إعلان الإرادة، في حين يكون مذهب الإرادة الباطنة في

منحاه قد سلك طريق حماية الفرد.

النتائج العملية للأخذ بإحدى النظريتين : رغم محاولات الشراح¹ التقريب بين النظريتين إلا أن

الخلافاً بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة واضح بين؛ لأنهما تستندان إلى فكرتين

فلسفيتين² واجتماعيتين مختلفتين، فالأولى رائدها الإرادة الحرة المختارة، والثانية رائدها حماية الأمن

واستقرار المعاملات وليس خلافاً نظرياً³ فقط، بل له نتائج عملية⁴ يمكن إظهارها من خلال

مواضيع⁵ التحفظ الذهني ووسيلة التعبير عن الإرادة وزمان انعقاد العقد ومكانه و مدى الأخذ بالغلط

وكيفيته كعيب من عيوب الرضا و نظرية الصورية وعند أحكام تفسير العقد.

¹ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 148، و عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، ج 1 ، المرجع السابق، ص 173 ،
والوسيط ، ج 1 ، هامش رقم 1، ص 182 ، عبد المنعم البدرابي ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص 195،

² - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ط 2 ، المكتب القانوني ، عمان ، الأردن، ص 51 ، و عبد المنعم البدرابي،
النظرية العامة للالتزامات ، 1998، ص 193 .

³ - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001، هامش 1، ص 41.

⁴ - هناك من يرى أن الخلافاً بين النظريتين محدود الأثر من الناحية العملية ، وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ، المرجع

السابق، ص 126. و جمال الدين زكي ، الالتزامات ، المرجع السابق ، فقرة 34 ، ص 66 .

⁵ - عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق، ص 193-195 .

ففي مجال التحفظ الذهني الذي يتكون عندما يضمن أحد المتعاقدين أمرا في نفسه لم يظهره¹، فإنه وفقا لنظرية الإرادة الباطنة، وفي حال إثبات² المتعاقد المتحفظ ذهنيا لهذا التحفظ، فإن المشرع يعتد بالإرادة الحقيقية، وعليه يؤخذ بهذا التحفظ، وبالعكس ذلك وفقا للإرادة الظاهرة؛ فإن منطقتها لا يجيز الأخذ بالتحفظات الذهنية؛ لأنها إرادات غير معلنة.

وفي مجال وسيلة التعبير عن الإرادة فقد يحتاج **المتعاقدان** إلى وسيلة لنقل إرادتهما حين لا يجمعهما، حقيقة، مجلس واحد؛ ليتطابق **تعبيرهما** إيجابا وقبولا، فإذا ما وقع خطأ في النقل؛ فأيهما نعتمد؟ العبارة الخاطئة التي وصلت إلى أحد المتعاقدين وفقا لنظرية الإرادة الظاهرة أم العبارة المقصودة حقيقة وفقا لنظرية الإرادة الباطنة، فالإجابة تكون مختلفة حين تبني أحد النظريتين. وأما في مجال زمان انعقاد العقد ومكانه حينما يتم التعاقد بالمراسلة؛ فإن تحديد موعد انعقاد العقد يختلف تبعا لتبني إحدى النظريتين، فإذا كان الاعتراف بالإرادة الباطنة فالعقد ينعقد بوقت سابق عن مواعده حين الاعتراف بالإرادة الظاهرة، فمنذ صدور القبول ينعقد وفقا للنظرية الأولى في حين يتأخر عن هذا الموعد وفقا للنظرية الثانية، حيث تستلزم علم الموجب بتعبير القابل³ عن إرادته ومكان الانعقاد يكون في الأولى مكان الإعلان عن القبول، في حين يكون في الثانية المكان المتواجد فيه الموجب لحظة علمه بالقبول.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، المرجع السابق ، ص ص 174 - 175 . عبد المنعم البدرابي ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص 193 .

² - عبد المجيد الحكيم، الكافي ، المرجع السابق ، ص 149 ، حيث كتب أن أمر إثبات اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة أمر من الصعوبة بمكان. وعبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص 173 ، كتب قلما يستطيع شخص إثبات ذلك (قاصدا إثبات التحفظ الذهني).

³ - عبد المنعم البدرابي ، النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق ، ص 194 .

وأما في مجال مدى الأخذ بالغلط وكيفية عيبا من عيوب الرضا، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة يوسع من نطاق فكرة الغلط بالسماح بإبطال التعاقد في مجالات لا تسمح **بها** نظرية الإرادة الظاهرة، فاشتراط علم المتعاقد بالغلط مع الغالط يقلص حالات الغلط المعتمد به عيبا من عيوب الرضا. وأما بخصوص نظرية الصورية فإنها تتأثر تبعا للأخذ بإحدى النظريتين، فحين الأخذ بالإرادة الباطنة يكون العقد المستور هو الذي يعتد به (العقد الذي قصده **المتعاقدان** حقيقة)، في حين يعتد بالعقد الصوري لأنه هو العقد الظاهر وفقا لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة. وأخيرا وفي مجال تفسير العقد يتأثر الحكم تبعا لتبني إحدى النظريتين، فالقاضي يلجأ إلى التفسير في حالتين، حين غموض نص القاعدة القانونية، أو عند عدم كفاية النص لحكم الواقع المعروض، وعليه تكون حالات تفسير العقود كثيرة، فوفقا لمنطق الإرادة الظاهرة فإن القاضي يفسر العقود من خلال النصوص، لأنها هي الظاهر، ويأخذ حكمه في هذا التفسير حكم تفسيره للقانون، فيكون لمحكمة القانون (النقض أو التمييز) حق مراقبته ونقض حكمه. ولكن وفق منطق الإرادة الباطنة يبحث القاضي في تفسيره عن نية الطرفين الحقيقية، وهذه مسائل **ووقائع** ليس لمحكمة القانون الرقابة عليها¹.

ونظرا لاختلاف الأحكام وفقا للأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى؛ فإن التشريعات لم **تتحز**² انحيازا كاملا نحو إحدى النظريتين، فلا يوجد أي تشريع اعتمد إحداها بشكل مطلق³، بل نستطيع القول بأن الأحكام في القوانين - عمليا - تأخذ بالنظريتين، ويرى **محمد** وحيد الدين سوار في النظريتين

¹ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 150، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 177 والوسيط، ج 1، هامش رقم 1، ص ص 181-182. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 243.

² - منذر الفضل، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 110.

³ - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 46.

أنهما **فكرتان علميتان** لا شأن لهما إلا في عالم النظر؛ إذ لا تستقل إحداهما بالسيادة في أي قانون وضعي¹.

والرأي الراجح في اعتقادنا أن النظريتين **تؤديان** إلى نتائج عملية تبعا لتبني إحداهما، وليستا فكرتين علميتين، وإنما **هما مذهبان لكل منهما** وجاهته ونقاط ضعفه، فنظرية الإرادة الظاهرة لها تأثيرها الإيجابي في مسألة الثقة المشروعة التي تتولد عن الإعلان المرئي والمحسوس بشكل جلي؛ وما يؤديه من استقرار في المعاملات وسرعة التداول، دون الدخول في بواطن الأمور والبحث في أغوار النفس للوصول إلى الحقيقة، ولكن ربما تغييب الحقيقة من جراء الاعتداد بالإرادة الظاهرة؛ فالاعتداد بما يعلن عن الإرادة دون التأكد **من حقيقة** هذا الإعلان، يهدر الإرادة ويحمل صاحب التعبير خطرا تعاقديا²، وفي المقابل فإن الإرادة الباطنة تنحو نحو الاهتمام بإرادة الإنسان الحقيقية، وتأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة، واحترام حريته في التعاقد وفق ما يرضى به، ولكن قد نظلم المتعاقد الذي فهم الظاهر على غير حقيقته بخطأ ليس من طرفه، فمن اختار تعبيرا لإرادته يجب أن يكون مسؤولا³ عن تعبيره ولا داعي لأن يتحصن بدعوى أنه أضمر غير ما أظهر⁴ خلف تحفظاته الذهنية، فنهدر بذلك استقرار المعاملات والثقة المشروعة، **فليس** أسهل على المتعاقد الذي يريد التحلل من التزاماته الادعاء **من أن يعلن أن إرادته الحقيقية** قد اتجهت إلى غير ما وقع عليه العقد⁵.

إن لكل نظرية منهما مكانتها ووجاهتها، فلا يجوز لأي تشريع أن يخلو من **كليهما**، وهذا ما أخذت به غالبية التقنينات المدنية، فلم **ينحز** أي تشريع لإحدى النظريتين انحيازا كاملا أو بشكل مطلق كما

¹ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 283. و عبد المنعم البراوي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 195.

² - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 46.

³ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 168-182. وانظر له: الوسيط، ج1، فقرة 79، ص 181، وانظر: محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، ط2، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2002، ص 35.

⁵ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 145.

ذكرنا، ونوافق الرأي¹ في أن التقنيات بصفة عامة، تأخذ بالإرادة الظاهرة عند تكوين العقد، وبالإرادة الباطنة حين تفسيره، ترى هل هذا ما سلكه المشروع؟

الفرع الثاني : المشروع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

جاء في المذكرة الإيضاحية² في معرض شرحها للمادة (م. 74)³ (قطع نص المادة بأخذ المشروع بنظرية الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص وبعده عن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، التي تتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين متطابقتين، وهذا أخذ بالإرادة الظاهرة، وفي هانتصار للشريعة الإسلامية⁴ التي تأخذ بالإرادة الظاهرة في إبرام العقد)، ترى هل تبنى المشروع نظرية الإرادة الظاهرة بشكل قاطع كما جاء في المذكرات الإيضاحية ؟ أم أخذ المشروع بالإرادة الباطنة أيضا انحيازاً نحو الجمع بين الإرادتين كما هو نهج التقنيات الحديثة؟.

لنرى ذلك مبتدئين بمظاهر الإرادة الظاهرة ومن ثم مظاهر الإرادة الباطنة في المشروع.

أولاً : مظاهر الإرادة الظاهرة في المشروع : يمكن إدراك مظاهر الإرادة الظاهرة في المشروع في مرحلتين الأولى مرحلة إنشاء العقد، والثانية مرحلة إنتاج آثاره.

1- مرحلة إنشاء العقد : يتصدر موضوع التعبير عن الإرادة أهم مظاهر الإرادة الظاهرة في

المشروع ثم يليه في المرتبة موضوع عيوب الإرادة .

¹ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 144.

² - المذكرات الإيضاحية للمشروع، المرجع السابق، ص 77.

³ - نص المادة ص 27 من البحث.

⁴ - المستغرب أن المذكرات الإيضاحية اعتبرت الأخذ بالإرادة الظاهرة هو مسلك الشريعة الإسلامية والحقيقة أن الأمر خلاف في الفقه الإسلامي كما ذكرنا (هامش ص 38) ، ولكن ربما يكون ترجيح الإرادة الظاهرة من خلال اعتبار الفقه الإسلامي فقها موضوعيا يأخذ بعين الاعتبار استقرار الأمور في المعاملات بخلاف العقائد الذي يحكمها النية وبواطن الأمور .

أ- **التعبير عن الإرادة:** قد تكون عبارات العقد واضحة، وتعطي الدلالة على مقاصد العقد ، ومع هذا تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقد غير ما جاء في العقد، وفقا للمادة (1/ 165)¹ التي تنص: (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين) حينها ينعقد العقد وفق دلالة النص ، **ولكنه** يأتي مغايرا للإرادة الحقيقية ، ومعنى هذا أنه إذا وردت عبارات العقد واضحة لا تحتاج إلى تأويل ولا تفسير فإن المشروع يأخذ بالإرادة الظاهرة حتى ولو خالفت الإرادة الحقيقية، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن المشروع لم يحدد صيغة معينة² لانعقاد العقد، تطبيقا ل(م.76)³ ، حيث اكتفى بالدلالة من اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهودة أو باتخاذ موقف له دلالة المقصود.

ب- **عيوب الإرادة:** من خلال دراسة تنظيم المشروع لعيوب الإرادة وبالخصوص في الغلط الفردي، والتغريب والإكراه من غير المتعاقدين، ومن خلال تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر، وكذلك من خلال الأخذ بنظرية علم القبول والحكم القاضي بعدم سقوط التعبير بالموت، فإنه يمكن تقرير توجهه نحو الأخذ بالإرادة المنفردة:

***ضرورة أن يكون الغلط مشتركا :** لم يأخذ المشروع الغلط الفردي كعيب من عيوب الرضا، حيث استلزم أن يكون الغلط مشتركا مع المتعاقد الآخر طبقا **للمادة (119)** التي تنص (1- إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في

¹ - تطابق المادة 239 أردني والتي تنص: (1. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . 2. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات) .

² - والمشرع الأردني أتى بالمادة (2/91) وفيها إلزام القاضي بالأخذ بالإرادة الظاهرة إذا أتت عبارات العقد بصيغة الماضي أنظر : وحيد الدين سوار الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، هامش 2 ، ص 91.

³ - نص المادة ص 31 من البحث .

هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. 2- يجوز في عقود التبرعات طلب إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الأخذ¹ بالغلط).

وعليه فإن انعقاد العقد، وفق إرادة الغالط المعيبة لعدم اشتراك المتعاقد الآخر في هذا الغلط، يعطي الدلالة على الأخذ بالإرادة الظاهرة، فاطمئنان المتعاقد جاء من الإعلان الظاهر للغالط، فيكون العقد صحيحاً غير قابل للإبطال، رغم أن الإرادة الحقيقية للغالط معيبة بالغلط..

* ضرورة أن يكون التغيير مشتركاً: وكذلك هو عيب التغيير من غير المتعاقدين الذي يقع به

أحدهما دون المتعاقد الآخر ورغم هذا العيب فإن العقد ينعقد بدلالة مفهوم المخالفة للمادة (1/125)

(التي تنص (1- إذا كان التغيير صادراً من غير المتعاقدين وأثبت المغير به أن المتعاقد الآخر

كان يعلم بالتغيير وقت العقد أو كان من المفروض أن يعلم به، جاز له إبطال العقد). فإبطال

العقد يكون إذا أثبت المغير به علم المتعاقد الآخر بالتغيير، أو أن يكون من المفروض عليه أن

يعلم، أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بهذا التغيير، وليس من المفترض فيه أن يعلم به؛ فإن

التعاقد يتم على اعتبار الإرادة الظاهرة التي اطمأن لها المتعاقد مع المغير الذي فسدت إرادته

الحقيقية بالتغيير.

وفي السياق نفسه وبدلالة مفهوم المخالفة للمادة 1/124+2 والتي تنص على أنه (1- يجوز إبطال

العقد للتغيير إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة² بحيث

لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. 2- يعد تغييراً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به

ما كان ليبرم العقد لو علم به)، فلا يجوز إبطال العقد للتغيير عند انتفاء قيام أحد المتعاقدين أو

¹ - ورد في النص كلمة الأخذ والاعتقاد أن هناك خطأ مطبعي في هذه الكلمة فربما يكون الصحيح هو لفظ (الآخر) الذي يستقيم معه المعنى.

² - ورود الجسامة في أي تقنين يعطي هذا المعيار صفة معيار من ، انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج، المرجع السابق، ص 90-

نائب عنه باللجوء إلى حيل جسيمة **أو بتعمده** السكوت لإخفاء أي أمر يتعلق بالتغريب، فينعقد العقد رغم عيب التغريب الذي أصاب رضاء المتعاقد المغرور بإرادته الظاهرة. رغم العيب الذي ألم بإرادته حقيقة.

* **عدم الأخذ بالغبن المجرّد** : والذي يأتي من مفهوم المخالفة للمادة (1 / 128) التي تنص :
(إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة¹، أو طيشا بينا، أو هوى جامحا، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي، أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو ينقص التزامه، ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافيا لرفع الغبن). فالغبن المجرّد يقصد به الاستغلال الذي يقع فيه أحد المتعاقدين دون مشاركة المتعاقد الآخر، وأن أحد المتعاقدين قد تعاقد بناء على إرادة معيبة لحاجة ملجئة، أو طيشا بينا، أو هوى جامحا؛ أو لعدم خبرته بدافع أوقعه به غير المتعاقدين دون تدخل من المتعاقد الآخر أو علمه ، بحيث يبرم العقد منضويا على عدم تناسب باهظ مع ما يلتزم بأدائه هذا المغبون بمقتضى هذا العقد وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، حينها يقرر المشروع انعقاد العقد رغم الغبن، لأنه غبن مجرد، فالتعاقد هنا يكون مبنيا على الإرادة الظاهرة، وليس على الإرادة الباطنة، حيث إن المغبون يتعاقد بإرادة معيبة، وهذا دليل آخر على تبني المشروع للإرادة الظاهرة.

* **ضرورة أن يكون الإكراه مشتركا** : حينما يأتي الإكراه من غير المتعاقدين طبقا للمادة (127)² التي تنص : (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد،

¹ - تعتبر معايير الحاجة الملجئة والطيح البين والهوى الجامح وعدم الخبرة معايير مرنة تساعد على تطور القانون ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 90 - 91 .

² - والمشرع الأردني أخضع الإكراه للقواعد العامة، حيث لم ينص على ما يعالج الإكراه حين يصدر من غير المتعاقدين وحينها يتصور أن الإكراه يكون مفسدا للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين، في حين كان سلوكه في التغريب مغايرا، حيث تطلب فيه علم المتعاقد

ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه)، فإن

التعاقد يتم بإرادة معيبة ومع ذلك ينعقد العقد بناء على الإرادة الظاهرة للمتعاقد المكره، فالإرادة

الحقيقية عند الطرف المكره هي معيبة بالإكراه، ولكن صحة العقد تكون عبر الإرادة الظاهرة التي

اطمأن إليها المتعاقد الآخر، والمشروع بهذا السلوك المتضمن اشتراط اتصال الإكراه الصادر من

الغير بالمتعاقد الآخر لتقرير بطلان العقد المشوب بالإكراه يكون قد اختار ضمان استقرار التعامل

على نبذ الإكراه في مداه البعيد الذي تبناه الفقه الإسلامي¹.

* نفاذ تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر: وأما بخصوص أحكام تصرفات

المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ودلالاتها على الأخذ بالإرادة الظاهرة فإن هذا يأتي تطبيقاً

للمادة (111) التي تنص: (يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار

الحجر ومع ذلك إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً، إلا إذا كانت حالة

المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها).

حيث أن تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر تكون صحيحة، وهي باطلة بعد تسجيل

قرار الحجر إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان المتعاقد الآخر على بينة

منها، وعند التدقيق فإن تعاقد المجنون أو المعتوه الذي اعتبرته هذه المادة صحيحة لأنه صدر قبل

قرار الحجر² يكون قد أتى من متعاقد لا يتمتع بكامل الأهلية، وإرادته معيبة، ولكن بناء على الإرادة

الظاهرة ينعقد التصرف، حيث اطمأن إليها المتعاقد الآخر مع هذا المجنون أو هذا المعتوه والذي لا

الآخر، أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 139 المتعلقة بالإكراه و ص 149 والمتعلقة بالتغيير المجرد.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، م 1، ج 2، المرجع السابق، ص 129، وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 100، وبه استحسان سلوك اشتراط علم المتعاقد الآخر أو افتراض العلم لتطبيق قابلية العقد للإبطال في عيب الإكراه، لأن في ذلك ضمان لاستقرار المعاملات.

² - والمشرع الأردني جعل الصغير و المجنون والمعتوه محجورون لذواتهم فلم يشترط قرار المحكمة للحجر (م. 1/ 127 أردني والتي تنص: (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم).

يعلم بهذا العيب، ويعتبر هذا الحكم من أقوى دلالات الأخذ بالإرادة الظاهرة لأن فيه إهدارا كاملا للإرادة الباطنة¹.

*** تبني المشروع نظرية علم القبول : ومن الدلالات التي يمكن إيرادها لإثبات أن المشروع أخذ بالإرادة الظاهرة تبنيه لنظرية علم القبول، حيث جعل وصول القبول للمتعاقد قرينة قانونية على علمه به وفقا للمادة (77) التي تنص: (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعد وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقد دليل على عكس ذلك)؛ فالعلم شيء ذاتي يتعلق ببواطن الأمور، وحين أعطى المشروع وصول التعبير لعلم من وجه إليه قرينة قانونية على هذا العلم، فإن ذلك هو اعتداد بالإرادة الظاهرة² ، فلربما يصل التعبير ويتعذر علم المتعاقد به ومع ذلك ينعقد العقد.**

*** عدم إسقاط الإيجاب بالموت أو بفقد الأهلية بعد صدوره: وكذلك الأمر عند تقرير عدم سقوط التعبير بالموت في المشروع طبقا للمادة (1/ 78) التي تنص: (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل). فلم يسقط المشروع الإيجاب عن الموجب بموته أو فقده لأهليته قبل إنتاج التعبير لأثره، حيث فصل التعبير عن الإرادة وعن شخص المعبر فأبقاه منتجا لأثره حتى تمام علم من وجه إليه وتعطي هذه المادة الدلالة الواضحة على أخذ المشروع بالإرادة الظاهرة؛ فإرادة المتعاقد الموجب بعد وفاته أو فقدانه**

¹ - وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 105 .

² - تبني المشرع الأردني نظرية إعلان القبول وفقا للمادة 101 أردني. والتي تنص: (إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك). ونظرية إعلان القبول هي أيضا أخذ بالإرادة الظاهرة.

لأهليته هي غير موجودة حقيقة، ولكن المشروع اعتد بالذي ظهر قبل الوفاة في الفرض الأول وقبل فقد الأهلية، أي ما ظهر من الإرادة في الفرض الثاني.

2- **مرحلة إنتاج العقد لآثاره:** يمكن إدراك الاتجاه نحو الإرادة الظاهرة في مرحلة إنتاج العقد لآثاره من خلال موضوعي تفسير العقد وأحكام نظرية الصورية اللذين تمت دراستهما¹ حين التطرق للنتائج العملية للأخذ بإحدى نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، وهنا نتناولهما من حيث الدلالة على الإرادة الظاهرة.

أ- **في مجال تفسير العقد :** تبني المشروع نظرية الإرادة الظاهرة حين تكون عبارات العقد دالة دلالة مباشرة على التعاقد، **وهو بذلك منع** الالتفاف على هذه الدلالة للبحث عن الإرادة الحقيقية **للمتعاقدين؛** فطالما كانت عبارات العقد **وصيغته واضحتين** تمام الوضوح والدلالة طبقاً للمادة (165)²، فالتعبير الصريح هو ما يؤخذ به حتى لو خالف الإرادة الحقيقية.

ب- **في مجال صورية العقد:** حين يوجد **عقدان** أحدهما ظاهر لا يريده المتعاقدان، وعقد آخر باطني **غير معلن** يريده **المتعاقدان**، فإن هذا يعني بأن العقد الباطن هو الذي يبني على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالمادة (1 / 256) التي تنص: (إذا أبرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحة متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري كما له أن يتمسك بالعقد المستتر ويثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرب به)، تعطي كل صاحب مصلحة **حق** التمسك بالعقد الصوري الظاهر، وهو الذي لا يعكس إلا إرادة ظاهرة تخالف الإرادة الحقيقية، وكذلك الأمر في (م.2/256)

التي تنص على: (إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين)، فالمشروع أعطى الأفضلية أو الأولوية عند

¹ - انظر ص 39 - 40 .

² - وكان هذا هو سلوك المشرع الأردني في المادة (1/239) أردني .

³ - نص الفقرة الأولى من المادة ص 32 من البحث والفقرة الثانية من المادة ص 44 من البحث.

الاختلاف فيما بين **المتمسكين** بالعقد الظاهر السوري **والآخرين المتمسكين** بالعقد الحقيقي - أو بمعنى آخر العقد المستور¹ - **للمتمسكين** بالعقد السوري الظاهر، وهذا ترجيح للأخذ بالإرادة الظاهرة² فالجماعة التي اطمأنت للتعاقد الظاهر هو المرجح رأياً، وهذا فيه ترجيح من قبل المشروع لاستقرار المعاملات ولو كان على حساب الإرادة الحقيقية، والمشروع منح كل ذي مصلحة **حق** التمسك بالعقد السوري وليس كما جاء في بعض التقنيات العربية³.

ويرى الباحث **أن** المشروع جاء بما هو جديد ومستحسن، حيث منح الفرصة للشفيح والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير وكذلك للخلف العام حين يكون هناك **تحايل** على القانون بقصد إحقاق ضرر به، فيكون بإمكانه إثبات صورية التصرف وإيراد الحقيقة، ومثال ذلك إذا قام الموروث بإخفاء وصية تحت ستار بيع صوري، تطبيقاً **للمادة (1054)**⁴ التي تنص (إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، عد التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يقد دليل عكس ذلك).

وحينئذ يكون بإمكان الخلف العام إثبات صورية البيع **وإثبات** حقيقة التصرف بأنه وصية؛ مستخدماً كل طرق الإثبات لأن هذا إثبات لواقعة تحايل وليس **تصرفاً** يجب إثباته فقط بالكتابة إذا زاد عن ما قيمته مائتي دينار وفقاً للمادة 68 من قانون البيئات⁵.

¹ - حبذا لو أخذ النص في هذه المادة بلفظ العقد المستور بدل المستتر تطبيقاً لما أخذت به ندوة المصطلحات القانونية المنعقدة في دمشق سنة 1973 بإشراف اتحاد المجامع اللغوية العربية.

² - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص 390. حيث ذكر قلاوة وعبد الحي حجازي وعبد الرزاق السنهوري بأنهم يتبنون آراء لا تعطي لسلوك المشرع في تطبيقات صورية العقد دليل أخذ بالإرادة الظاهرة.

³ - القانون المدني المصري المادة 244 والقانون المدني الجزائري 198 والقانون المدني السوري 245، والقانون المدني الأردني 368، جميعها جاءت بحصر التمسك بالعقد السوري لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص فقط وليس لغيرهم.

⁴ - تطابق المادة 1129 أردني.

⁵ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، ص 312-314 والمتعلقة بالمواد 356 و357 مشروع، المادة 68 من قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 . .

ثانيا : مظاهر الإرادة الباطنة في المشروع : رأينا كيف أخذ المشروع بالإرادة الظاهرة عند إنشاء

العقد وعند إنتاج آثاره، فهل أخذ المشروع بالإرادة الباطنة عند إنشاء العقد وعند إنتاج آثاره؟.

1- مظاهر الإرادة الباطنة في مرحلة إنشاء العقود: يعطي موضوع عيوب الإرادة في مرحلة إنشاء

العقد كأحد المظاهر على أخذ المشروع بالإرادة الباطنة وكذلك موضوع إرادة القبول في عقود

الإذعان تعطي هذه الدلالة أيضا.

أ- عيوب الإرادة : حرص المشروع على أن تكون إرادة المتعاقدين عند التعاقد إرادة حرة غير معيبة

وغير مضللة؛ فلا يشوبها غلط ولا تغيير ولا إكراه ولا استغلال، واشترط أن يكون عيب الإرادة

مشتركا بين المتعاقدين، وحينها لا تثار مسألة الإرادة في كونها إرادة باطنة أو ظاهرة لتتطابق إعلان

الإرادة مع حقيقتها، ولكن هناك في عيوب الإرادة ما لا يتطابق التعبير فيه مع الحقيقة وهي :-

* **الاعتداد بالغلط الفردي¹ في عقود المتبرع :** أخذ المشروع بالإرادة الباطنة وفقا للمادة

(2/119)²، حين أجاز للغالط الفردي إبطال العقد لهذا الغلط في عقود التبرع، وحكم الغلط

الفردي للمتبرع هنا هو حكم مستحدث³ ، الغرض منه أن يجيء التبرع بإرادة خالصة من كل

شائبة⁴.

* **التغيير في عقود التبرع:** سلك المشروع وفقا للمادة (2 /125) التي تنص (أنه إذا كان

التصرف تبرعا فإنه يجوز للمغرر به أن يطلب إبطال العقد ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم

بالتغيير وقت التصرف) نهج الإرادة الباطنة وهي الإرادة الحقيقية للمتبرع المغرر به، ومنحه طلب

¹ - المذكرات الإيضاحية الأردنية، المرجع السابق، ص 151 ، وتطلق على الغلط غير المشترك (الفردي) تسمية الغلط الباطني.

² - نص المادة 2/ 119 ص 44 من البحث.

³ - المذكرات الإيضاحية، ص128. وفيه يؤكد المشرع أن هذه المادة مأخوذة عن القانون المدني الكويتي مادة 147 وقد استحسن وحيد الدين

سوار، (الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 93) . مسلك المشرع الكويتي وقال حسنا فعل حين أخذ بالإرادة الباطنة في حالة الغلط

في التبرع واعتبر عقد المتبرع الغلطان غلطا فرديا قابلا للإبطال دون اشتراط أن يكون الغلط متصلا بالعقد الآخر .

⁴ - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق، ص 93

إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الآخر بهذا التعرير، **ويأتي** هذا تطبيقاً واضحاً للإرادة الباطنة.

* الاستغلال في عقود التبرع : وسلك المشروع وفقاً للمادة (2/128) التي تنص: (في عقود التبرع وليدة الاستغلال يكون للمتبرع أن يطلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا اثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقاً مع ثروته أو مع ما قدّم المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها هذا التبرع). فالمشروع اعتد بالإرادة الباطنة حينما استلزم الإرادة الحقيقية غير المستغلة في عقود التبرع، ولم يتطلب أن يكون عيب الاستغلال مشتركاً وقرر أن الغبن المجرد كافياً لإبطال هذا العقد فيها.

بـ البحث عن الإرادة الحقيقية في عقود الإذعان : أما أشد مظاهر الأخذ بالإرادة الباطنة في المشروع حين إنشاء العقد فهو حكم إرادة القبول في عقود الإذعان والذي أتت به المادة (150)¹ فلو أخذ المشروع بالإرادة الظاهرة لما أورد نصوصاً خاصة بهذه العقود، حيث **إن** الإرادة الظاهرة في عقود الإذعان هي ما صدر عنهم دون البحث عن الإرادة الحقيقية للطرف المذعن، ولكن المشروع تبنى الإرادة الباطنة وهي الإرادة الحقيقية التي كان الطرف المذعن سيختارها لولا هذا الإذعان الذي جعله يظهر ما لا يرغب، فالمشروع جاء بتنظيم عقود الإذعان على غير نهجه في العقود الأخرى ، والتي أجازت للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، **فجاءت** بنص أمر؛ **ويكون** باطلاً كل اتفاق على خلافها، وهنا يظهر أخذ المشروع الفلسطيني بالإرادة الباطنة بشكل واضح، فرضاء الطرف المذعن الظاهر يحمل في طياته إرادة أخرى غير راضية بالتعاقد لو ترك الخيار سليماً بدون إذعان.

¹ نص المادة ص 30 من البحث.

2- مظاهر الاعتداد بالإرادة الباطنة في مرحلة إنتاج العقد لآثاره : يأتي موضوع تفسير العقد في طبيعة هذه المظاهر ثم يأتي موضوع تصرف الموروث بعين مع استبقائه حيازتها دليلاً آخر على ذلك.

أ- تفسير العقود: الأصل أن تكون عبارات العقد دالة على إرادة التعاقد، إلا أنه قد تأتي صيغة العقد غير دالة على المعنى، أو فيها أكثر من معنى أو غير واضحة، فيكون التفسير ضرورة للكشف عن إرادة التعاقد، وعند تفسير العقد يجب البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، تطبيقاً للمادة (2/165)¹، فالمشروع أعطى الدلالة الواضحة وأفصح عن ضرورة الاعتداد بالإرادة الباطنة؛ فالنية المشتركة للمتعاقدين هي إرادتهما الباطنة، وعليه فإنه عند تفسير العقود يجب الاعتداد بالإرادة الباطنة.

* التفسير في عقود الإذعان: مثلما تبنى المشروع حماية الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف اقتصادياً في مواجهة المذعن إليه، وقدم له الحماية عن طريق البحث عن الإرادة الباطنة له، تبنى أيضاً منحه حماية أخرى تتمثل بخروج المشروع عن القواعد العامة الخاصة بالتفسير حتى في حالة وضوح عبارات العقد²، وذلك حين قرر أن يكون تفسير عقود الإذعان لصالح الطرف المذعن سواء أكان مدنياً أم دائناً؛ تطبيقاً لما جاءت به (م. 166) التي تنص (1- يفسر الشك في مصلحة المدين 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن). وبالخصوص فقرتها الثانية، فعلاوة على ضرورة البحث عن الإرادة الباطنة من خلال النية

¹ - نص المادة ص 32 من البحث

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 166 .

المشتركة للمتعاقدين وفقا للمادة (2/165)¹ يجب أن لا يكون تفسير عقود الإذعان ضارا بالطرف المذعن، وهذا إمعان في الأخذ بالإرادة الباطنة في المشروع.

ب_ عدم الاعتداد بتصرف الموروث بعين مع استبقائه حيازتها والانتفاع بها مدى حياته: انتهج المشروع وفقا للمادة (1054)² سلوك الإرادة الباطنة من أوسع أبوابه، وتدخل في أغوار النفس مستهدفا الحقيقة كلها، حيث ترك دليل التصرف المعلن، واستدل على الإرادة الحقيقية من الظروف الحقيقية الخارجية للتصرف، وسلوك المتصرف، ولم يقبل إلا الهدف الحقيقي من هذا التصرف، فالمشروع وفقا لهذا النص أدرك أن الغرض المقصود من تصرف الموروث بعين، **كان** يستلزم عدم استبقائه حيازتها، و**عدم** رغبته **في** الانتفاع بها مدى الحياة، وما دام قد فعل هذا فإنه في الحقيقة قصد وصية مضافة إلى ما بعد الموت، **ومن هنا كان قرار** المشروع اعتبارها كذلك، وأوجب تطبيق أحكام الوصية على مثل هذا التصرف.

المطلب الثالث: النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في الالتزام التعاقدى

كان الالتزام في القانون الروماني عبارة عن رابطة بين الدائن والمدين، وكانت هذه الرابطة، في بداية الأمر، تخول الدائن سلطة واسعة حتى على جسم مدينه، حيث كان بإمكانه أن يتصرف بالمدين، فله أن **يسترقه**، بل له حتى قتله³ في حال عدم قيامه بالتزاماته التي أصبح بموجبها مدينا،

¹ - نص المادة ص 32 من البحث.

² - نص المادة ص 50 من البحث.

³ - والتشريع الإسلامي لم يعط الدائن أي حق على جسم مدينه، حيث أن الشريعة الإسلامية لم تعط الحق في حبس هذا المدين إذا كان معسرا بل منحته نظرة الميسرة طبقا لقوله تعالى في سورة البقرة آية 280: " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" فحق الدائن وفقا لهذه الشريعة هو التنفيذ على مال مدينه دون جسمه وهو ما وصل إليه الفقه الغربي بعد سنين طويلة من التطور. أنظر عبد المجيد الحكيم، الكافي، فقرة 23، هامش، رقم 14، ص 35.

وبمرور الزمن بدأت هذه السلطة تتلطف فأصبحت قاصرة على حبس المدین حتى يتم استيفاء الدين منه، وبعد تطور طويل وصل الأمر إلى قصر هذه السلطة على مال المدین فقط، فمنذ عهد الرومان أصبح للالتزام مظهران ¹ أحدهما يعطي الأهمية للناحية الشخصية باعتبار الالتزام رابطة شخصية بين الدائن والمدین، والثاني يعطي الأهمية للناحية المادية باعتبار الالتزام رابطة موضوعية تعنى بالذمة المالية، ومن هاتين النظرتين تشكل المذهب الشخصي والمذهب المادي في الالتزام، ترى إلى أي مذهب ينتمي المشروع الفلسطيني؟ هل هو موضوعي النزعة؟ أم هو شخصي النزعة؟ لنرى ذلك ولكن بعد دراسة أساس وتقييم ونتائج المذهبين وعليه تقسم الدراسة :

الفرع الأول: المذهبين المادي والشخصي في الالتزام.

الفرع الثاني : موقف المشروع منهما.

الفرع الأول: المذهبين المادي والشخصي في الالتزام

أولاً : المذهب الشخصي في الالتزام : يرى أصحاب هذا المذهب أن الأمر الجوهري في الالتزام هو كونه رابطة شخصية بين الدائن والمدین، ويمكن معرفة أثر هذه النظرة في تعريفهم للالتزام، فالفقيه الفرنسي بلانيو ل² أحد مؤيدي هذا المذهب، يعرف الالتزام بأنه: " رابطة بين شخصين يكون بمقتضاها لأحدهما وهو الدائن، الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدین "، وهذا زعيم المذهب الفقيه الألماني سافيني ينظم نظريته في الالتزام على أساس فكرة السيادة ³، فالالتزام عنده عبارة عن سيادة الدائن على المدین، وتكاد أن تكون نظرية سافيني من شدة المبالغة في النظرة الشخصية في الالتزام أن تصل إلى حد نظرة القانون الروماني للالتزام في بداية أمره، حين أعطى للدائن سلطة استرقاق المدین، حيث كان سافيني ينظر إلى الالتزام وكأنه نوع من الرق مخفف

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 107

² - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، فقرة 24، ص ص 35-36.

³ - المرجع السابق نفسه، ص 36 .

الدرجة وعنده الالتزام والملكية من طبيعة واحدة، ففي الملكية يكون هذا الخضوع كلياً، أما في الالتزام فهو جزئي ولكنه موجود في الحالتين.

ويسود المذهب الشخصي في التقنيات ذات الجذور اللاتينية المتأثرة بالقانون الروماني؛ ومنها التقنين الفرنسي الذي يمثل المذهب التقليدي في الالتزام، ولكن أسس المذهب الشخصي وتصوراته كافة أصبحت نسبية مقيدة لدى فقهاء المذهب المعاصرين¹.

نتائج الأخذ بالمذهب الشخصي: يرى الفقيه الألماني جيرك (Gierke) أن في المذهب الشخصي

نوعاً من العرقلة للمعاملات المدنية والتجارية التي تتطلب المرونة والسرعة في التداول اللازمين لتسهيل الزواج بين الأفراد² فالأخذ بالمذهب الشخصي يستلزم - كونه رابطة بين شخصين - عدم الأخذ بحوالة الدين، ولا بحوالة الحق - فأنصار المذهب الشخصي لا يتصورون³ أن يتغير أحد أطراف الالتزام دون أن يؤدي ذلك إلى انقضائه - وكذلك عدم قبول الاشتراط لمصلحة الغير، ولا جواز الالتزام بالإرادة المنفردة⁴ لأنه في كل هذه الحالات تنتفي الرابطة الشخصية المطلوبة وفق هذا المذهب لحظة انعقاد العقد، ولو كان هناك إمكانية لوجود هذه الرابطة عند التنفيذ، ويظهر تأثير تبني هذا المذهب في موضوع عيوب الإرادة في تزعم الغلط لهذه العيوب لما له من صفة ذاتية تستلزم دراسة كل حالة على حدة، لا بتطبيق معيار مادي يطبق في جميع الحالات، وكذلك يظهر الأثر السلبي على استقرار المعاملات، حيث يستلزم الأخذ بالمذهب الشخصي في الالتزام تطبيق

¹ - نزيه محمد الصادق المهدي ، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة 49، العددان 1+2 ، ص 11-12 ، القاهرة ، مصر، 1981. حيث كتب. رغم أن الفقه اللاتيني المعاصر ما زال مستمسكاً بالنزعة الشخصية إلا أنه أدخل عليها التحفظات والتعديلات للحد من غلوها بإضافة بعض العناصر الموضوعية والتي تسمح باستخلاص نسبية التصوير الشخصي ويكون لها الفضل في تقييد إطلاق التصوير الشخصي للالتزام.

² - عبد القادر العرعاري ، المرجع السابق، ص 12.

³ - عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، مصر القاهرة ، 1994 ، ص 8

⁴ - نزيه محمد الصادق المهدي، البحث السابق، هامش 24 ، ص 15، حيث يرى إن الاقتصار على التصور الشخصي للالتزام يجعل من الأساس وجود طرفيه وهما الدائن والمدين وهذا سبب رفض فكرة الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام.

نظرية الإرادة الباطنة التي تعدت بالإرادة الشخصية النفسية الداخلية للمتعاقد، والبعد عن نظرية الإرادة

الظاهرة التي تتصل بالتعبير والإعلان عن الإرادة التي يطمئن لها المتعاقد الآخر ويبني عليها التزامه، والأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يهدد استقرار المعاملات. لأن اطمئنان المتعاقد للتعاقد لا يكفي إذا كان التعبير عن الإرادة لا يغني عن الإرادة النفسية لدى المتعاقد الآخر، ومن أهم نتائج المذهب الشخصي في الالتزام سيادة مبدأ سلطان الإرادة، حيث تهيمن على هذا المبدأ النزعة الشخصية في مبرراته وفي مضمونه وفي نتائجه القانونية¹ وبالخصوص في مرحلة تكوين الالتزام نظرا للدور الأساسي الذي تلعبه الإرادة الحقيقية في هذه المرحلة، فلا يمكن إقرار الالتزام إلا بناء على إرادة واعية **منظور** إليها بشكل ذاتي ونفسي دون الاعتداد بالتعبير عنها إلا إذا طابقتها، فإن لم يكن **هذا**

التعبير يطابقتها؛ فالأصل بالإرادة الباطنة وهذا تكريس للمبدأ في أوسع معانيه، ولكن على حساب استقرار المعاملات، وسنرى أن هذا **هو** ما راعاه المذهب المادي في الالتزام، فالنزعة الموضوعية هي التي تراعي الظاهر واستقرار التعامل وعدم الإخلال بالثقة التعاقدية، فمن الطبيعي أن يكون لها الرجحان في مرحلة تنفيذ الالتزام، فالمطلوب هنا موضوعية الإرادة لا سلطان الإرادة، وهذا ما سنراه تاليا.

ثانيا :المذهب المادي في الالتزام: يذهب أنصار هذا المذهب إلى اعتبار محل الالتزام العنصر الأساسي فيه، ويهبط في الالتزام عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثاني²، فمحل الالتزام هو العنصر المادي الأهم من الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، فالالتزام عندهم علاقة بين ذمتين ماليتين أكثر منها علاقة بين شخصين، وعليه فإن الالتزام عندهم يفصل عن شخص الدائن وكذلك عن شخص المدين، ويصبح قيمة مالية ترد عليها كل التصرفات القانونية، ويستقل وجود الالتزام

¹ - سعيد عبد السلام، الإيجاب القانوني على التعاقد، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 68 ، العددان 1 و 2 ، ص 80 .

² - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص59 .

بالتالي عن شخص طرفيه¹ وعليه كان تعريفهم للالتزام بأنه: حالة قانونية المقصود فيها قيام شخص أو أشخاص معينين بعمل أو امتناع عن عمل²، ورغم أن هذا المذهب هو مذهب التقنيات الجرمانية التي وقفت في وجه الفقه اللاتيني إلا أن بعض الفقهاء الفرنسيين أيده أشد التأييد، حيث حاول، **جاهدا**، الفقيه الفرنسي الشهير ريمون سالي نشره في فرنسا ولم يفلح³، فقد كان تأثير القانون الفرنسي بالنظريات الرومانية أكثر قوة من المحاولات الجرمانية، ويسود هذا المذهب في التقنيات الجرمانية، حيث يتشكل منه المذهب الألماني الحديث في نظرية الالتزام، **وأخذ** به القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري لما يحققه من سرعة ومرونة في التعامل⁴ تتلاءم مع ظروف التقدم الصناعي والاقتصادي، ويعزى ظهور هذا المبدأ في ألمانيا لتقدمها الاقتصادي ولعجز النظرية الشخصية عن تقديم **تفسير مقبول** لكيفية **تفسير** نشوء الالتزام قبل تعيين الدائن⁵.

نتائج الأخذ بالمذهب المادي في الالتزام: كان من نتائج التطور الاقتصادي الهائل الذي حدث في القرن التاسع عشر بروز **أوضاع قانونية** جديدة لا تتلاءم مع النظرة الشخصية الضيقة، **مثل حوالة** الدين والتأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد بعد عند التأمين⁶، فالنظرة الشخصية لا تغطي مثل هذه الأوضاع في حين يكفل لها المذهب المادي ذلك، فالنظر إلى الالتزام باعتباره **شيئا ماديا من** شأنه أن يزيد من سرعة التعامل بتبسيط المعاملات وتيسيرها⁷، ولما كانت

1 - أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 6 .

2 - جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 11، و محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 13.

3 - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 27، و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 109.

4 - أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 6.

5 - محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 5.

6 - محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 14.

7 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 106.

العبرة بمحل الالتزام دون أشخاصه طبقا لهذا المذهب؛ فإنه يمكن تصور تغير أشخاص الالتزام من دائن إلى دائن آخر وهي حوالة الحق، ومن مدين إلى مدين آخر وهي حوالة الدين.

وقد أخذ التقنين الفرنسي بحوالة الحق¹ فقط دون حوالة الدين، في حين أخذت التقنينات الجرمانية ومثالها التقنين الألماني، و التقنين السويسري إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين أيضا.

والتقنين المصري أخذ بحوالة الدين رغم أنه يقع في حظيرة التقنينات اللاتينية، وجاء ذلك بتأثير

الشريعة الإسلامية على المشرع المصري²، حيث إنها تعترف بحوالة الدين، فهي ذات نزعة

موضوعية، وقد كان التقنين المدني المصري القديم قد ساير القانون الفرنسي في عدم أخذهما بحوالة

الدين وإن كان القانون الفرنسي يعترف بحوالة الحق، وقد اعتبر مسلك المشرع الفرنسي هذا خروجاً

عن اتجاهه العام الأخذ بالاتجاه الشخصي³.

والأخذ بالمذهب المادي في الالتزام واعتبار الرابطة الشخصية ليست الأمر الجوهري فيه يجعل من

المتصور أن يكون هناك التزام دون دائن وقت نشوئه بوجود المدين وحده ما دام بالإمكان وجود

الدائن لحظة التنفيذ كما هو حين الالتزام بالإرادة المنفردة، ومثاله الوعد بجائزة لشخص غير معلوم

وكذلك إذا قام شخص بتأمين على الحياة لصالح أولاده ولم يكن له أولاد لحظة التأمين، وكذلك حين

تحرير السند لحامله فالمدين معروف والدائن غير معروف، والحق لمن يحمل هذا

السند، وفي هذه الحالات الثلاث لا يتصور وجود الالتزام إلا وفقاً للمذهب المادي، وهذه الأمثلة كثيرة

الاستعمال في التعامل اليومي بين الناس، فهناك ضرورة للأخذ بالمذهب المادي لإقرار مثل هذه

الحالات لتحقيق الاستقرار، وتحقيق الاستقرار يستلزم الأخذ بالإرادة الظاهرة بدلاً من الإرادة الباطنة؛

¹ - محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 14.

² - يسود الفقه رأيان يتعلقان بمصدر النزعة الموضوعية السائدة في القانون المدني المصري، هل هي بتأثرها من الشريعة الإسلامية أم من التشريعات الجرمانية، أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 47، وعكس ذلك رأي أحمد زكي الشيبتي، تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري، المرجع السابق، مشار إليه عند محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 81.

³ - محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 13.

لأنها الأقدر على هذا ولو كان ذلك على حساب مبدأ سلطان الإرادة، وعليه يكون من نتائج تبني المذهب المادي اعتناق نظرية الإرادة الظاهرة¹.

ورغم الأهمية العملية للأخذ بالمذهب المادي فلا يجوز إغفال الأخذ بالمذهب الشخصي، وإغفال الرابطة الشخصية في الالتزام؛ فشخصية المدين، وكذلك الدائن، لها أهمية حين تكوين العقد وحين تنفيذه، ولا يمكن إنكار هذه الرابطة الشخصية والتي نريدها رابطة ذات مرونة تسمح بمسايرة التطور وكفالة تفسير الالتزام، وهنا يظهر ضرورة التصالح والتوفيق بين المذهبين في معيار مشترك جديد²، وهذا ما ذهب إليه الفقه الحديث لأنه يترتب على الانحياز لأي من المذهبين في موضوع الالتزام نتائج خطيرة³، وعليه من النادر أن نجد قانونا مدنيا ينحاز لأحدهما دون الآخر⁴، فالشخصي يفسر الناحية المتعلقة بأشخاص الالتزام، والمادي يتكفل بتفسير الناحية المادية منه⁵. ترى ما هو موقف المشروع من المذهبين؟ هل اختار أحدهما وترك الآخر؟ أم جمع بين المذهبين انحيازا نحو الاتجاهات الحديثة التي تقرر ضرورة التصالح بين المذهبين في معيار مشترك جديد؟ هذا هو موضوع الدراسة فيما هو تالي.

الفرع الثاني : موقف المشروع من المذهبين

أولا : مظاهر النزعة الموضوعية في المجال العقدي: لم يأت المشروع بتعريف للعقد؛ وحسنا فعل، فالتعريفات هي من عمل الفقه، وليست من عمل المشرع، وكان يمكن **استظهار** مسلك المشروع في اتجاهه إلى إحدى النزعتين الموضوعية أو الذاتية في المجال العقدي لو أتى بتعريف

¹ - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 75، نزيه محمد الصادق المهدي، البحث المشار إليه سابقا ص 100.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 17 و ص 105 وما بعدها - مذهب الفقه الحديث المتعلق بإقامة التوازن بين النزعتين الشخصية والموضوعية.

³ - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - المرجع السابق نفسه.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 111، والمؤلف نفسه، الوجيز، المرجع السابق، ص 12. و عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 38.

للعقد¹، وما دام المشروع لم يقم بالتعريف، فعلياً البحث عن مظاهر النزعة الموضوعية، من خلال نصوص مواد المشروع ومواضيعه وقواعده العامة ومنها الاشتراط لمصلحة الغير، والحوالة بنوعيتها، حوالة الحق وحوالة الدين، وفي مجال التعبير عن الإرادة، وفي مجال التعويض وفي دلالة العربون.

1- الاشتراط لمصلحة الغير: أجاز المشروع أن ينشأ الالتزام دون دائن، شريطة أن يكون تعيينه مستطاعاً وقت تنفيذ العقد، وفقاً للمادة (158)² التي تنص: (يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة غير

معينين وقت العقد إذا كان تعيينهما مستطاعاً حين ينتج العقد أثره طبقاً للاشتراط). ومعنى ذلك أن الالتزام ينشأ دون اشتراط الرابطة الشخصية وقت العقد، وهذا دليل نزعة موضوعية ظاهرة، حيث لم تعد العلاقة في الاشتراط لمصلحة الغير ما بين شخصين وإنما علاقة موضوعية محلها ذمة مالية.

2- حوالة الحق وحوالة الدين: تعود إمكانية تحقق الحوالة إلى المذهب المادي في الالتزام³ والتي تعني تغير الدائن أو تغير المدين، فهذا المذهب يجرّد الالتزام من شخص الدائن وشخص المدين، فإذا كانت الحوالة تتضمن تغيير الدائن فإنها حوالة حق، وإذا كانت لتغيير المدين فإنها حوالة دين،

¹ - والمشرع الأردني أتى بتعريف له، حيث عرف العقد في المادة 87 والتي تنص: (الكتاب الأول الحقوق الشخصية الباب الأول مصادر الحقوق الشخصية الفصل الأول العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)، ورغم الانتقاد الذي واجهه المشرع نتيجة هذا التعريف في شكله وموضوعه، إلا أن وحيد الدين سوار تلمس النزعة الموضوعية من التعريف، بعد أن أورد تعريفاً آخر، اعتبره تعريف الفقه المعاصر، والذي يذهب إلى أن العقد (هو كل توافق إرادتين قصد به إحداث آثار قانونية) ويرى فيه أنه ذو نزعة ذاتية.

وقد اعتبر تعريف المشرع الأردني لا يبرز اتجاه الإرادتين إلى إحداث الأثر، بينما يرى أن تعريف الفقه المعاصر يبرز ذلك من خلال قصد إحداث الآثار القانونية وتحول المعقود عليه من حال إلى حال، كنقل ملكية المبيع للمشتري بعد أن كانت هذه الملكية للبائع. أنظر وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، ص 56-58.

² - تطابق المادة 212 أردني.

³ - موسى أبو ملح، شرح أحكام الالتزام في النصوص المقترحة لمشروع القانون المدني الفلسطيني، د1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص 188. المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص 384.

وتتفاوت التشريعات في أخذها حوالة الحق أو حوالة الدين أو الأخذ بكليهما¹، ففي حوالة الحق وهي اتفاق بين المحيل (الدائن الأصلي) والمحال عليه (الدائن الجديد) ، يؤول إلى نقل حق الدائن إلى دائن آخر ولا علاقة لرضاء المدين الملتزم بالدين الذي لا يختلف عليه الأمر فهو مدين بكل الأحوال، وعليه تنفيذ التزامه سواء للمحيل أو للمحال إليه .

وقد تبنى المشروع الأخذ بحوالة الحق معتبرا ذلك قاعدة عامة تطبيقا للمادة (330) التي تنص (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين)، والاستثناء منها أن يكون منع ذلك بنص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام نفسه، حين يكون للعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين أثر في الالتزام، وتعتبر حوالة الحق **دليلا ظاهرا** على تبني أي مشروع أخذ بها انتهاجه للمذهب المادي، وبالتالي نزعته الموضوعية في النظرة للالتزام.

وأما بخصوص حوالة الدين وهي اتفاق بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه؛ ينتهي إلى نقل الدين من ذمة المدين إلى مدين آخر، ومعناها تغير شخصية المدين. فقد أخذ بها المشروع أيضا طبقا للمادة (343) التي تنص: (تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين).

وحوالة الدين تأتي خلافا للمبدأ السائد في الفقه الغربي **المتمثل في أن** الأصل عدم انتقال الالتزام، والدافع إلى قبول الفقه الحديث للحوالة يأتي مطاوعا للضرورات الاقتصادية التي تحتتمها حاجات

¹ - القانون المدني الأردني أخذ بأحكام الحوالة في المواد 993 - 1017 وفيه نوعين من الحوالة الأولى تسمى الحوالة المطلقة والثانية الحوالة المقيدة ، وترى المذكرة الإيضاحية الأردنية ص 686 في معرض تعليقها على هذه المواد بأن نوعي الحوالة في القانون الأردني يستوعب إلى حد بعيد نوعي الحوالة في الفقه الحديث وهما حوالة الحق ، وحوالة الدين ، علما بان هذا النظام (المتعلق بالحوالة المطلقة والمقيدة) ينفرد به الفقه الإسلامي .

التعامل¹، وبما أن الإنسان لا يلتزم إلا بإرادته فلا يكون نقل الالتزام إلا بموافقة هذا المدين الجديد، وعليه فإن حوالة الدين تتطلب رضا ثلاثة أطراف، فبالإضافة إلى المحيل والمحال عليه لا بد من إقرار الحوالة من المحال له الدائن، واشتراط إقرار المحال له هو شرط نفاذ وليس شرط انعقاد².

3- **الأخذ بالإرادة الظاهرة:** كنا قد درسنا كيف قطع المشروع النظر بالأخذ بالإرادة الظاهرة بصورة واضحة تطبيقاً لنص المادة (74)³، وبعده عن الأخذ بالإرادة الباطنة، والأخذ بالإرادة الظاهرة هو أخذ بالنزعة الموضوعية.

4- **اعتبار الضرر معياراً للتعويض:** وفي مجال التعويض لعدم الوفاء في المجال العقدي أخذ المشروع بالنزعة الموضوعية حين اعتد بمعيار الضرر المتوقع طبقاً للمادة (2+1/239) التي تنص (1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. 2- إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد) . والضرر المتوقع هو ما يتوقعه الإنسان العادي لا الشخص المعني⁴ في كل حالة لوحدها، وإنما معيار شخص وضع بنفس ظروف المدين وقت التعاقد.

¹ - إبراهيم عودة حسن الزعبي، حوالة الدين في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير م. ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن ، 1991 ، ص 41-42 . حيث يرى أن الدافع لقبول الشريعة الإسلامية لحوالة الدين هو الرفق بالمدين الذي يجب أن تيسر له السبل للوفاء بالدين الذي عليه، طبقاً للحديث الشريف "مطل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل". رواه الهيثمي في مجمع الزوائد **الصفحة أو الرقم 4/13**

² - موسى أبو ملح، المرجع السابق ، ص 205 ، والمذكرات الإيضاحية للمشروع ، ص 397 .

³ - نص المادة ص 27 من البحث

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق ، ص 287

5- دلالة العربون في المشروع: أما في دلالة العربون وهو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت انعقاد العقد، والذي اختلف بدلالته الفكر القانوني، فتأخذ القوانين التي تتبع المدرسة اللاتينية بشكل عام بدلالة خيار العدول، وتأخذ القوانين التي تتبع المدرسة الجرمانية بشكل عام بدلالة انعقاد العقد¹، وكذلك اختلفت المدونات العربية على دلالة العربون، فمنها من عده **تعويضاً**² وهذا دليل نزعة ذاتية، لأنه يشترط خطأ المتعاقد حين العدول؛ فيقرر فقده لهذا العربون، ومنها ما يعد العربون مقابل حق العدول، فيخسر المتعاقد الذي اختار العدول سواء أصاب المتعاقد الآخر ضرر **من جراء هذا العدول أم لم يصبه**، والمشروع أخذ بالدلالة الثانية، حيث (م.92)³ التي تنص: (1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. 2- إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده⁴ مثله). فللمشروع سلك مذهب المدرسة اللاتينية **الذي يقضي ببلن دفع العربون لا يعني أن العقد انعقد وأصبح نهائياً، بل إن معناه ودلالته أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عن العقد، وعليه فإن دلالة العربون في المشروع يستتف منها النزعة الموضوعية لأنها تصدر حكمها بشكل عام وليس من خلال نظرة إلى خطأ المتعاقد والذي هو أمر ذاتي، ومعيار دلالة العربون يعتبر من المعايير الجامدة**⁵.

¹ - المرجع السابق نفسه ، ص 101.

² - القانون المدني السوداني أخذ بأن دلالة العربون هي تعويض المادة 47 / نقلا عن وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 88 .

³ - القانون المدني الأردني يأخذ بنفس الدلالة بمادة 107 / 2 ، والتي تنص: (. فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله) ، أنظر في دلالة العربون: رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص ص 100-101. ومنذر الفضل، النظرية العام للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - يعتقد أن هناك خطأ مطبعي، حيث لا يستقيم المعنى إلا بإضافة (و)، ليصبح وإذا عدل من قبضه رده ومثله

⁵ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، ص 89 ، حيث يرى أن المعيار الجامد يكون لضرورة استقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة .

ثانيا : مظاهر النزعة الشخصية في المجال العقدي يحفل الاتجاه الموضوعي بما يخرج إلى الوجود من أفعال، والاتجاه الذاتي يحفل بما يستتر وراء هذه الأفعال من دوافع، **ولئن** كان المشروع قد حفل بالعديد من مظاهر النزعة الموضوعية؛ فإنه قد حفل بالكثير من مظاهر النزعة الشخصية نجدها في مجالات عدة:

1- ترتيب عيوب الإرادة : وفي هذا المجال نجد أن المشروع رتبها حسب أهمية الاعتداد بها، حيث نظمت المواد (118-123) الغلط في الترتيب الأول والتعريف ثانيا في المواد (124 - 125) والإكراه **ثالثا في المواد (126 - 127) في حين أتى الاستغلال في المرتبة الأخيرة في المواد (128-129)** وهنا نورد أن ترتيب عيوب الإرادة من قبل أي مشرع يدل على تبنيه إحدى النزعتين، فهناك الغلط، وهو شيء شخصي، إذا تقدم في المرتبة؛ **فإن ذلك يقوم دليلا على** نزعة شخصية، في حين إذا تقدم **الإكراه في المرتبة فإن ذلك يكون دليلا على** نزعة موضوعية؛ نظرا لأن الإكراه وما يتصل به من وسائل عنف¹ **تكون** ظاهرة للعيان، وبتطبيق هذا على المشروع فإننا نجد أن المشروع قد أتى بالغلط² أولا في مراتب عيوب الإرادة وهذه نزعة شخصية غير خافية، وأتى بالإكراه في مراتب متأخرة في المرتبة الثالثة، ويشار بهذا الصدد **إلى** أن المشروع وافق التقنيات اللاتينية ذات النزعة الشخصية في ترتيب عيوب الإرادة.

2- الاعتداد بالغلط عيبا من عيوب الإرادة : اعتد المشروع بالغلط عيبا من عيوب الإرادة وهو أمر شخصي، والأخذ به يدل على **نزوع** نحو النزعة الشخصية، ويستدل على المعيار الذاتي للغلط من

¹ - وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 64

² - نظمت نصوص القانون المدني الأردني عيوب الإرادة في المواد (135 - 156). وقد جاء ترتيبها بشكل معاكس عن ترتيبها في المشروع، حيث أتى الإكراه في المرتبة الأولى والغلط في المرتبة الأخيرة وهذا دليل نزعة موضوعية لدى المشرع المدني الأردني

خلال (م. 119) ¹. التي تتحدث عن غلط جوهري يقع فيه أحد المتعاقدين، وهو **معياري شخصي**

لأنه يتعلق بالمتعاقد الغالط شخصياً، وهذا يتوافق تماماً مع النظرية الحديثة² في الغلط.

والمادة (120) توضح معايير الغلط الجوهري الذي يجيز طلب إبطال العقد، فهي تنص على (

1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم

يقع في هذا الغلط. 2- يعد الغلط جوهرياً أ- إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتقاد

الغالط أو يجب الاعتداد بها كذلك لما يلابس العقد من ظروف³ ولما ينبغي في التعامل من حسن

النية، ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة

السبب الرئيس في التعاقد). والمتمعن في النص يجد **أن** معايير اعتقاد الغالط وحسن النية ووقوع

الغلط الجوهري في ذات المتعاقد أو في صفة من **صفاته؛ هي جميعاً** معايير شخصية تدل على

نزعة شخصية انتهجها المشروع من خلال تبني الغلط عيباً من عيوب الرضا.

3- **معياري تقدير الإكراه** : لو كان المشروع قد بقي على نزعته الموضوعية لاختار معياري تقدير

عيب الإكراه في موضوع الوسيلة المستخدمة لهذا الإكراه، وهذا ما لم يفعله، حيث اعتد بمعياري

شخصي وهو الرهبة التي تقع على نفس **المكره** تطبيقاً للمادة (126) التي تنص (1- يجوز إبطال

العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة⁴ بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت

قائمة على أساس. 2- تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي

يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. 3-

¹ - نص المادة ص 44 من البحث .

² - تأخذ النظرية التقليدية في الغلط حالتين من حالاته تجيزان طلب الإبطال هما مادة الشئ أو شخص المتعاقد الآخر إذا كان لشخصيته أهمية في التعاقد، وتكون السبب الرئيس للتعاقد. المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق ، ص 128 .

³ - تعطي دلالة الظروف في مواد القانون مؤشرات لمعايير مرنة. وهي من أهم المعايير لتطور التقنيات ، أنظر عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج1 ، المرجع السابق ، ص ص 90- 91 .

⁴ - الرهبة والخطر الجسيم وجسامه الإكراه والخطر المحقق كمعايير تعتبر **معايير** مرنة تساعد في تطور القانون ، أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1، المرجع السابق ، ص 90- 91 .

يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه). فتصور الخطر المحقق يشكل معيارا شخصيا **يختلف** من شخص لآخر يعتد بظروف المتعاقد الشخصية المتعلقة بحالته الخاصة، وبالظروف المحيطة به.

4- **الأخذ بمعيار تقدير الباعث الدافع للتعاقد: وفقا** لما جاءت به (م.137)¹، حدد المشروع **تقدير الباعث من خلال سبب العقد ، فهو يرى أن سبب العقد هو** أحد أركانه، وبدونه لا يكون هناك عقد، وكذلك لو وجد السبب وكان غير مشروع فالعقد باطل، **ولا يكون السبب مشروعاً** إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفا للنظام العام والآداب، وسبب العقد هو باعث شخصي يتعلق بذات المتعاقد، ويختلف بين متعاقد وآخر في العقد **نفسه** ، فقد يقوم شخص بالتبرع لامرأة بقصد مساعدتها في مرضها وقد يقوم بهذا بقصد إقامة علاقة غير شرعية معها، والذي يحدد ذلك هو الشخص ذاته وقصده المعول عليه، وتقدير مشروعية الباعث² هو معيار ذاتي لا مادي؛ يختلف باختلاف الأشخاص.

5- **معيار الانتقاص ومعيار التحول في نظرية العقد:** انتهج المشروع النزعة الشخصية وفقا للمادة (141) الخاصة بنظرية الانتقاص، فهذه المادة دليل على نزعة شخصية والتي تنص (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله) ، حيث جعل المشروع معيار تطبيق هذه النظرية البحث في نية المتعاقدين لمعرفة هل كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلا، فيقرر القاضي انتقاص العقد ، وبخلاف ذلك فإن العقد لا ينتقص. ويرى واضع المذكرة

¹ - نص المادة ص 25 من البحث .

² - يطابق المعيار الذي أخذ به المشرع الأردني وفقا للمادة (165) أردني والتي تنص : (1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد . 2. ويجب أن يكون موجودا وصحيا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب) .

الإيضاحية للمشروع أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي¹، ولكن معيار تطبيقها هو **معيار موضوعي**² يتعلق بحصة كل جانب في العقد من العوض.

وأما بخصوص معيار التحول وطبقا لما جاءت به (م. 142)³ التي تنص على (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد). جعل المشروع معيار تطبيق هذه النظرية **تبيين** نية المتعاقدين وهل كانت ستتنصرف إلى الموافقة والرضاء بالعقد الجديد لو كانا يعلمان بأن عقدهما **الذي** قصدها عقد باطل؛ مما يعطي للقاضي حق استبدال العقد، ومناطق قيام القاضي بهذا الاستبدال هو بالاسترشاد بنية المتعاقدين الشخصية، والنية هنا هي **معيار شخصي** لا **موضوعي** تختلف باختلاف الأشخاص.

6- تبني الربح الفائت: أثبت المشروع اتجاهه نحو النزعة الشخصية حين تبني الربح الفائت في التعويض وفقاً للمادة (239/1+2)⁴ ففي التعويض لعدم تنفيذ العقد يختلف الربح الفائت بين شخص وآخر، ونفس الأمر يستشف من موقف المشروع حين تعويض الضرر الأدبي وفقاً للمادة (239/3) التي تنص (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، وفي هذه الحالة، لا يجوز أن ينتقل إلى الغير

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، ص 151-152. أنظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، والمراجع التي يشير إليها في الهامش ص 191، حيث يرى أن الفقه الإسلامي أورد بعض تطبيقات لها، وأنظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ط1، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1997، ص 189 - 190، حيث يرى أن هذه النظرية معروفة في الفقه الإسلامي.

² - وهذا ما أخذ به المشرع الأردني تطبيقاً للمادة 169 التي تنص (1. إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي. 2. وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجزى، نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته).

³ - رغم أن فكرة تحول العقد أدق من فكرة الانتقاص، (المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 155).
إلا أن المشرع الأردني لم يأخذ بها. في حين أخذ بنظرية انتقاص العقد، وكان من الأفضل الأخذ بها تطبيقاً للقاعدة الشرعية الإسلامية " إعمال الكلام أولى من إعماله" مادة 60، مجلة الأحكام العدلية - علي حيدر، م 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا، (المادة 216 من القانون المدني الأردني)، محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 324. نص المادة ص 66 من البحث.

⁴ - نص المادة ص 64 من البحث.

إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي). فالضرر الأدبي يختلف من شخص إلى آخر فيحتمل في طياته مظاهر النزعة الشخصية. ولعل الجزء الثاني من الفقرة الثالثة يكرس النزعة الشخصية الحادة حين التعويض عن الضرر الأدبي، فلا ينتقل هذا الحق إلى الغير بوفاء المضرور أدبيا إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي قبل الوفاة، **والمشروع في أخذه شمولية التعويض في الشرط الجزائي ما فات من كسب إلى الخسارة الفعلية تفادى النقد الذي وجهه للمشرع الأردني¹.**

7- **الاعتداد بالنية عند التعاقد:** انتهج المشروع النزعة الشخصية حين اعتد بالنية في التعاقد مبتعدا عن الفقه الإسلامي² في هذه الجزئية وفقا لوضعه قاعدة عامة أتت بها المادة (1/148)³ التي تنص (1- **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).**

والاعتداد بالنية بحسنها أو بسوئها **أشد المعايير دلالة على** النزعة الشخصية في أي تقنين، **وتعول** التقنيات اللاتينية التي تتبنى النظرية الشخصية في الالتزام على كون الالتزام رابطة شخصية، وبالتالي فهم ينزعون نحو النزعة الذاتية، **ويأخذون** بعين الاعتبار، وبكثير من الأهمية، **حسن** النية أو **سوءها** في كثير من الأحكام. وفي المقابل، و **نظرا لابتعاد** هذه **المسألة** عن الموضوعية لصالح الشخصية **فإن** التقنيات الجرمانية لا تعول كثيرا على حسن النية وسوء النية **وذلك انطلاقا من**

¹ - لم يقرر المشرع الأردني وفقا للمادة 363 المتعلقة بالفعل الضار شمولية التعويض لما فات من كسب حيث جاء نصها: (إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه) . ، رغم أنه قرره في المادة 266 والتي تنص: (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار) . ، مخالفا بذلك أغلبية التقنيات العربية، أنظر: محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة، المرجع السابق في هامش ص 67 ، حيث انتقد مسلك المشرع الأردني مستغربا عدم تقريره تعويض ما فات من كسب عند الشرط الجزائي، وتقريره ذلك في الفعل الضار .

² - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق، ص 73 ، حيث كتب (إن الفقه الإسلامي لا يعتد بحسن النية فهو لا يكلف نفسه عناء البحث في هذا العنصر الذاتي باعتباره تشريعا ذا نزعة موضوعية)

³ - تطابق المادة 202 أردني .

تبنيتها النظرية المادية في الالتزام، **وتعويلها** بالتالي على النزعة الموضوعية، التي تأتي فيها الرابطة الشخصية في المرتبة الثانية بعد ما هو مادي.

وفي الختام وجدنا معايير شخصية أضفى عليها المشروع ضوابط موضوعية للتخفيف من حدة النزعة الشخصية، ذكر **بعضاً منها، مثل** (م. 119)¹، والمتعلقة بطلب إبطال العقد للغلط الجوهرى، **إذ أن الغلط الجوهرى هو معيار ذاتي؛ ولتحقيق نوع من التوازن أتى بالضابط الموضوعي وهو**

المتعلق بحكم (أو كان من السهل عليه أن يتبينه) قاصدا المتعاقد الآخر، و (م. 123) التي تنص (1- ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن

النية. 2- يبقى المتعاقد ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ

هذا العقد) المتعلقة بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، حيث حسن النية

يمثل معياراً ذاتياً، فأورد عليه (إظهار استعداد التنفيذ من قبل المتعاقد الآخر) ليكون الضابط

الموضوعي، و(م. 125)² المتعلقة بعلم المتعاقد الآخر بالتغيير الصادر من غير المتعاقدين، **إذ أن**

العلم **معيار ذاتي**؛ فأورد عليه (افتراض العلم) ليكون الضابط الموضوعي و (م. 127) المتعلقة

بعلم المتعاقد الآخر حين الإكراه من غير المتعاقدين، والعلم هنا هو المعيار الشخصي، وافتراض

العلم حتماً هو الضابط الموضوعي، و (م. 165 / 2)³ المتعلقة بتفسير العقود، فوضوح القاعدة

القانونية **أمر ذاتي** والضابط الموضوعي أن يكون هناك **محل** لهذا التفسير، وكذلك (م. 95)⁴ والتي

تنص (1- إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتداد عند

النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف أو افتراض العلم بها. 2- ومع ذلك إذا

¹ - نص المادة ص 44 من البحث .

² - نص الفقرة 1 ص 45 والفقرة الثانية ص 52 من البحث .

³ - نص المادة 1/165 ص 44 من البحث 2/165 ص 32 من البحث .

⁴ - تطابق المادة 111 أردني

كان النائب وكيلًا، وتصرف وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل، فإنه لا يكون لهذا الأخير أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو أو كان مفروضا فيه أن يعلمها، كما يجب الاعتداد في هذه الحالة بما شاب إرادة الأصيل من عيوب). فمعيار اعتبار شخص النائب هو اعتبار شخصي، يختلف من شخص إلى آخر. يدل على نزعة ذاتية، لكن، **وبنظرة موضوعية** في شخصية هذا النائب حين يكون افتراض العلم **ببعض الظروف**؛ فإن الاعتبار الذاتي **يكون** قد ورد عليه ضابط موضوعي. وكذلك الأمر في (م. 97) التي تنص (إذا لم يعلن النائب وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب). فعدم إعلان النائب وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا يشكل معيارا ذاتيا، ولكن المشروع حينما أورد فرض العلم بذلك أو أن يستوي لدى المتعاقد مع النائب تعامله مع الأصيل أو النائب؛ فهذه نظرة موضوعية تشكل ضابطا موضوعيا

للمعيار الذاتي، وكذلك ما ورد في (م. 1/537)¹ التي تنص (1- يعد عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة: أ- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه بحيث يعد ذلك جحودا من جانبه. ب- أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه² القانون من النفقة على الغير. ج- إذا كانت الهبة مقدمة من أحد الخطيبين للآخر وفسخت الخطبة لسبب يرجع إلى الموهوب له. د- إذا لم يكن للواهب ولد ورزق بعد الهبة بولد ظل حيا إلى وقت الرجوع، أو أن

¹ - توافق المادة 577 أردني والتي تنص: (يعتبر سببا مقبولا لفسخ الهبة والرجوع فيها : 1. أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير . 2. أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا حتى تاريخ الرجوع أو أن يكون له ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا هو حي . 3. إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو احد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه) .

² - يعتقد بوجود خطأ إملائي حيث يستقيم المعنى بكلمة عليه وليس عليه

يكون له ولدٌ وحيد يظنه ميتاً وقت الهبة، فإذا به حي). فمعيار إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب هو معيار ذاتي، ومعيار عجز الواهب في توفير أسباب العيش لنفسه هو معيار ذاتي كذلك، ولكن حينما يأتي على واجب الموهوب له ضابط موضوعي يتعلق باعتبار إخلاله بواجبه وفق معيار الجحود، ويأتي على معيار عجز الواهب **عن** توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية¹ فإننا نكون بصدد **معيار ذاتي** أورد المشرع عليه ضابطاً موضوعياً في كلا الحالتين. وختاماً لهذا المطلب فإننا لم نجد في المشروع انحيازاً² لأحد المذهبين الشخصي أو المادي بل كان عادلاً في الأخذ بينهما، وبالتالي جاءت النزعة الشخصية والتي تتسجم مع مبدأ سلطان الإرادة مقارنة للنزعة الموضوعية التي تقيد هذا المبدأ.

المطلب الرابع: النزعة الفردية والنزعة الجماعية في النصوص النازمة للعقود

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 96.

² - يرى واضع المذكرات الإيضاحية الفلسطينية أن المشروع رجح النزعة الموضوعية، ص زز

جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع عند الحديث عن الاتجاهات العامة أنها (أخذت نصوص المشروع بالنزعتين الفردية والجماعية، فلم تغلب نزعة على أخرى، وبالتالي جارت نصوص المشروع نزعات هذا العصر في أهدافه الاجتماعية والاقتصادية، ووفقت بين حرية الفرد ومصصلحة الجماعة)¹، ومهمتها في هذا المطلب أن **نستعرض بالدراسة مدى موافقة** ما أوردته المذكرات الإيضاحية **لما يترجمه الواقع بعد استقراء النصوص، لنرى هل نجح المشروع فعلاً في التوفيق بين حرية الفرد ومصصلحة الجماعة؟ أم أن إحداهما قد فضلت على الأخرى؟ وهل حقق نجاحاً، وإلى أي مدى كان هذا النجاح، وذلك** بعد مقارنته بنصوص القانون المدني الأردني.

غير أن المستحسن، بدايةً، أن نلقي نظرة فاحصة على أسس المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي، فهما مثار الخلاف بشأن الأجر بالحماية، وعليه تقسم الدراسة إلى :-

الفرع الأول: أسس المذهبين الفردي و الاجتماعي

الفرع الثاني : المشروع بين حماية الفرد وحماية الجماعة عند التعاقد

الفرع الأول : أسس المذهبين الفردي و الاجتماعي

منذ فجر التاريخ القانوني بدت القاعدة القانونية في صورة تكليف إلى الأفراد، تتوجه به جهة تملك سلطة التكليف بالقواعد القانونية، **أيًا** كانت هذه الجهة، سواء كانت دولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع، أو كانت هي الجماعة التي كونت القاعدة القانونية عن طريق العرف، أو كانت القدرة الإلهية عن طريق الوحي أو باسم الدين²، فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية باتفاق فقهاء القانون قاطبة، **وبناء عليه فإن القانون يلعب في الحياة البشرية دوراً خطيراً؛ فهو سيد العالم ولازمة**³

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص زز

² - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق، ص 97

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون ، ط 4 ، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة ، مصر ، 1965، ص ص

من لوازم بقائه، وهو الوسيلة لسعادته، والغاية منه هي تمكين الأفراد من إشباع غرائزهم التي تدفعهم دائماً للعيش في جماعة، وتمكينهم من العمل على تقدم هذه الجماعة، **وهكذا كان** الاتفاق على أن هدف القانون هو إسعاد الناس، ووسيلته إقامة العدل بينهم؛ باعتباره قيمة عظيمة، **ولقد اختلفت وجهات النظر في العدل المقصود؛** أهو **العدل بين** الأفراد كأفراد أم هو العدل بين الفرد والجماعة، فأساس العدل بين الأفراد هو اتحادهم في الإنسانية، **والمساواة الكاملة بينهم، إذ هي مساواة حسابية تقوم على** تبادل المنافع والخدمات التي يقدمها الفرد مقابل ما يقدم إليه منها ، ويسمى هذا العدل عدلاً تبادلياً، وعند النظر إلى **العدل بين** الفرد والجماعة، فإن الأمر مختلف؛ **لأن** الجماعة تملك المرافق العامة والوظائف ومصادر الإنتاج، وهي بهذا لا تتساوى مع الأفراد، نظراً لاختلاف الإمكانيات، فالعدل هنا لا يمكن أن يكون تبادلياً، وإذا أرادت الاتصاف بالعدل فعليها سلوك توزيع ما تملك من صلاحيات وإمكانات بعيداً عن حساب تتساوى فيه الرؤوس¹، آخذة بعين الاعتبار اختلاف قدراتهم وإمكاناتهم؛ **إذ يُعطى الفرد بمقدار** ما يستحق، فالعدل في العلاقة فيما بين الفرد والجماعة لا يكون إلا عدلاً توزيعياً، توزع فيه الجماعة ما لديها على الأفراد، ويسمى العدل التبادلي بالعدل الخاص² لأنه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد بصفاتهم **أفراداً**، في حين يسمى العدل التوزيعي بالعدل العام ، فهو الذي ينظم العلاقات بين الجماعة والأفراد؛ بصفتها مسيطرة أو صاحبة سيادة، وما بين عدل خاص وعدل عام اختلف **المذهبان** المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي.

¹ - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، المرجع السابق ، ص 179

² - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983، ص 147 . وللمؤلف الأصول العامة للقانون المدخل للعلوم القانونية - والنظرية العامة للالتزام ، الدار المصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 1972 / 1973 ، ص 41 ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 183 .

أولاً: المذهب الفردي: يقوم المذهب الفردي على أساس تقديس حرية الفرد¹؛ لأنه هدف القانون الأسمى باعتباره غاية في ذاته، فالقانون عندهم لا يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها، ولو أدى هذا إلى التنازلي عن حقوق الجماعة وصالحها لصالح هذا الفرد، فالأصل عندهم الفرد، والجماعة **إنما كانت** لخدمة هذا الفرد، والفرد كل مستقل قائم بذاته **وليس** جزءاً من كل، فطبيعته الإنسانية تمنحه من الإرادة والحرية ما يكفل له **أن** يكون سيد نفسه ومصيره²، فالحقوق لا يمكن تصورها إلا للأفراد لا للجماعات التي تقع عليها واجبات احترام حقوق الأفراد، وتمكينهم من التمتع بها، وكذلك على الجماعة واجب التوفيق بين هذه الحقوق عند التعارض، وقد ازدهر هذا المذهب على يد فلاسفة الثورة الفرنسية حين **نادوا** به لتحرير الفرد من تعسف الحاكم واستبداده وأسسوه على فكرة العقد الاجتماعي³.

ويرى هذا المذهب أن حقوق الفرد تفرضها له الطبيعة، فتولد معه؛ لأنها لصيقة بصفته الإنسانية، وهم فيها على حد سواء، فمثلما هم **متساوون** في الإنسانية **فهم** جميعاً **متساوون** في الحقوق، ولعل أبرز هذه الحقوق هو حق الحرية، وعليه فقد جاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في مادته الأولى صادقاً في تعبيره " يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق"⁴.

فالأفراد يدخلون في الجماعة بما تمنحهم الطبيعة من حقوق متساوية وهذه الحقوق تفرض على هذه الجماعة، فتلتزم باحترامها **وتلتزم** الجميع باحترامها والدفاع عنها، وتتدخل بفرض هذا الاحترام **عند مخالفتها** خاصة حين التعارض بين هؤلاء الأفراد، فتظهر الجماعة أو الدولة ضرورة، كما تظهر ضرورة القانون **ووظيفته في التوفيق** بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق، **لكن** كيف يكون ذلك؟

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 29 .

² - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 184 . وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 116

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 29

⁴ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 184 .

يتحقق التوفيق بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي **يُمكن** غيره من استعمال الحقوق **نفسها** ، فالتقييد المتبادل يحقق التكافؤ بين الأفراد، **ووحدة** الطبيعة، ووحدة الحقوق بين الناس تستدعي المساواة المطلقة في الحرية وفي التقييد في **آن واحد**، وهذه هي العدالة المطلوبة، **إذ بها يتحقق** العدل الخاص بكل فرد، والعدل المتبادل بين الأفراد.

فالأصل عند المذهب الفردي هو الحرية، والاستثناء تدخل الدولة بسلطاتها للحد **من هذه الحرية** **وتقييدها** ، وعليه؛ يجب أن يكون تدخل الدولة **محدودا، بقدر ما هو ضروري** لتمكين كل فرد من التمتع بحريته، فعندما لا **تتعارض حرية الفرد وحرية** الآخرين فللفرد أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة؛ فهي أكبر **ضمان** لتحقيق المصلحة العامة للجماعة، فالصالح العام في هذا المذهب يتحقق آليا¹ بمجرد إرضاء المصالح الخاصة، ومن هنا كان الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد، **ونظرا لتخوّف أصحاب** هذا المذهب من تدخل الدولة **فقد** جعلوه في أضيق نطاق، وهو عندهم **لا يعدو كونه دورا سلبيا** يترك الحرية للأفراد بتنظيم علاقاتهم بمحض إرادتهم، وبالتالي يكون اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في **أنصع** صوره، ومؤدى ذلك احتلال العقد دورا يفوق دور المشرع في حكم العلاقات بين الأفراد، وطبقا لذلك **فقد** أصبح شعار هذا المذهب **أن** ما تتعقد عليه إرادة المتعاقدين هو العدل، فما يقضي به العقد هو العدل الملزم، ولا ينفع للتحلل منه ادعاء أن أحد المتعاقدين قد لحقه غبن فاحش، أو ألزمته شروط جائرة مرهقة، فالإنسان حر في تصرفاته وفي تقرير ما يعتبره مناسباً له، فإذا ما التزم بشيء وكان حراً في التزامه لم يظلم نفسه، فالإنسان لا يظلم نفسه ولا يلتزم إلا بما يجده نافعا وصحيا وعادلا²؛ فالتنازع والتنافس **يحسمان** بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو إرادة الدولة، **ولئن** قام التعارض في ظل هذا المذهب بين الحرية والعدالة فإن الرجحان

¹ - حسن كيرة ، المرجع السابق، ص 186.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، ط 1 ، بيروت ، لبنان 1995 ، ص 103.

عندهم يكون للحرية دائماً¹، وقد ظهر هذا المذهب حينما كثرت الفوارق الطبقيّة بين الأفراد، فكان **ظهوره** طبيعياً وضرورياً في زمن اشتد فيه تحكّم الدولة، وكان ذلك في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وامتد **حتى هيمان** على الثورة الفرنسية إذ اعترفت به رسمياً في وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وظلت له السيادة في عالم القانون والسياسة، وأثّرت تعاليمه في أغلب التقنيّات والقوانين التي صدرت في القرن **التاسع عشر** وبالأخص **في** النصف الأول منه، وللمذهب الفردي مميزات لعل أبرزها دعوته لمحاربة استبداد الدولة وطغيانها بتحرير الفرد من وسائل الإجماع، وقصر دور القانون على التوفيق بين الحريات والحقوق، وإطلاق المنافسة الحرة بين الأفراد؛ لأنها الكفيلة بتحقيق الصالح العام انسجاماً مع اعترافه بقيمة الإنسان كائناً حر الإرادة والنشاط، وتقديره المساواة بين الأفراد في الحقوق والالتزامات، وفي ظل هذا المذهب ينكمش دور القاعدة القانونية في **غير** موضوع **واحد**؛ ففي مجال الروابط الشخصية يكون إفساح المجال أمام الإرادة لتنظيم هذه الروابط بكل حرية، وفي موضوع المسؤولية المدنية فإن إقامة معيارها يكون على أساس الخطأ الشخصي لا على أساس تحمل التبعة أو على فكرة الضمان، وفي مجال حماية الملكية الفردية؛ فإنه يجعلها حماية مطلقة، وتندر القيود عليها، بل يضمن كفالة حرية الإنسان باقتنائه ما يشاء، وممارسة **كل** السلطات على ما يملك باعتبار العقد يعكس الإرادة الحرة؛ فهي المصدر الأول للالتزام، وهي الحق والعدل، فلا تخضع هذه العقود في إنشائها وفي الآثار المترتبة عليها إلا **لإرادة** المتعاقدين؛ وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة، وبموجب هذا المبدأ **فإن** دور **الإرادة لا يقتصر** على إنشاء الالتزامات وحسب، بل **يتجاوز ذلك إلى** تحديد آثار هذه الالتزامات، وعليه؛ **فإن القواعد القانونية الأمرة** تتضاءل وفقاً لهذا المذهب، ورغم ما ذكر من مميزات لهذا المذهب إلا أنه كشف عن نتائج ظالمة عند إطلاقه الحرية للأفراد طمعا في

¹ - وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 116.

المساواة بينهم،¹ فإيمانه بأن العدل في الجماعة هو العدل التبادلي، وتغاضيه **عن الأخذ بعين**

الاعتبار إنسانية الإنسان الفطرية وجنوحه الدائم نحو نفسه أفرز نتائج وخيمة، فرغم أن الأفراد

تجمعهم الإنسانية في الطبيعة إلا أن بينهم فروقا في الحاجة والقدرة، وتركهم ينظمون علاقاتهم كما

تشاء إراداتهم رغم عدم تساويهم في الواقع، وبالخصوص من ناحية القوة الاقتصادية **من شأنه أن**

يجعل تحقيق العدل بترك حرية المنافسة على مصراعها **أمرا مستحيلا**، فجنوح الإنسان الدائم نحو

نفسه ينشر الأنانية وسيادة رأس المال وظهور طبقتين؛ **فئة قليلة** مسيطرة تحتكر الملكية، **وفئة كثيرة**

خاضعة تمثل الأجراء؛ **مما يعني** غياب المساواة واستبداد القلة المسيطرة وفرضها الشروط الجائرة

على طبقة الأجراء.

لقد أصبحت هذه الحرية أداة شرسة في يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء، وأدت الحرية

الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرهما على العمال في **تخفيض** الأجور، وفرض الشروط الجائرة،

وقبولهم **بما يعرض عليهم مضطرين لتلبية مطالب** العيش الملحة، **مما يجرى** باسم الحرية والمساواة

ومبدأ سلطان الإرادة. وأصبحت حرية التعاقد سلاحا للتحكم في **الفئة الأخرى** عند اختلاف التوازن

بين العرض والطلب، **وكانت الضحية هؤلاء المستأجرين نتيجة لتحكم** الملاك والمشتريين بسبب **تحكم**

البائعين برفع الأجر أو الثمن **بشكل فاحش**، وأصبحت حرية المتعاقدين الحقيقية ضائعة، والتعاقد

مجرد إملاء من طرف قوي على طرف آخر ضعيف.

لقد انتهى المذهب الفردي إلى الإضرار بالصالح العام للجماعة، ولم يعد تحقق الصالح الخاص يكفل

آليا الصالح العام كما ادعى فقهاء هذا المذهب، **إذ ضرب** أصحاب المصالح الخاصة **بالصالح** العام

عرض الحائط، فشاخ جو من القلق والتذمر الاجتماعي لدى الأغلبية العامة من الناس من جراء

احتكار الأفراد لبعض المصالح، والمرافق والسلع.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1992، ص 44-49.

كان الهدف من ظهور هذا المذهب الحد من طغيان الدولة، فأنشأ بدلا من هذا الطغيان **طغيانا** آخر هو طغيان الفرد وتجبره وتحكمه تنفيذا لمصالحه الخاصة حين انعدم التكافؤ الفعلي بين القوى الاقتصادية لهؤلاء الأفراد، ففرضية التكافؤ والاستقلال والمساواة بين المتعاقدين لم تكن هي الحقيقة المطلقة، إذ أظهرت التجارب أن المساواة قلما تتحقق¹، فتكاثرت الهجمات على المذهب الفردي عنيفة وقاسية، وتجمعت وتبلورت معلنة عن انبلاج المذهب الاجتماعي الذي كان له الفضل الكبير في تطوير القانون، وبالانتقال بالدولة من الدور السلبي الذي **يتطلبه** المذهب الفردي إلى دور إيجابي **منحها حق** التدخل في نشاط الأفراد لتحقيق الصالح العام.

ثانيا: المذهب الاجتماعي: رأينا كيف اختار المذهب الفردي العدل التبادلي أساساً له، ونظر للعدل نظرة فردية **فركز** جل اهتمامه **على** العدل الخاص، وعند الحديث عن المذهب الاجتماعي؛ **فإن** الأمر يختلف؛ فهذا المذهب اختار العدل التوزيعي أساساً له، ونظر للعدل من منظور اجتماعي فجعل جل اهتمامه **لتحقيق** العدل العام، فالمذهب الاجتماعي يقوم على أساس تقديس الجماعة؛ لأنها الهدف الأسمى في الوجود، وهي الغاية في ذاتها وليست أداة أو وسيلة لتحقيق غايات أخرى²، فالجماعة عند أصحاب هذا المذهب هي القيمة العليا التي يتعين حمايتها وتغليب صالحها على الصالح الخاص، وحين التعارض فيما بين الصالح الخاص والصالح العام **يجب** ترجيح الصالح العام ولو كان على حساب الصالح الخاص.

فالمذهب الاجتماعي لا يعنى بالإنسان فردا في ذاته مستقلا ومنعزلا عن غيره، فهو كائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس، وعليه أن يتضامن معهم في سبيل تحقيق المصلحة العامة للجماعة التي تضمهم، **ولذلك فقد** اعتبروا **الجماعة الهدف** الأسمى من الوجود، ولتحقيق الصالح المشترك يجب أن

¹ - مصطفى العوجي، المصدر السابق، ص 105.

² - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 116.

يتعاون الأفراد بأن يسهم كل منهم بنصيبه فيما يلقي على عاتقه أن يكون شريكا في هذا الصالح العام، فيجب أن يكون الصالح الخاص منسجما مع الصالح العام، بل يجب أن يكون هو الصالح العام للجماعة نفسه ، فلا كيان للفرد بنفسه بل كيانه بالجماعة التي هو عضو من أعضائها¹، ومن هنا يرى أصحاب هذا المذهب أن تحقيق صالح الجماعة يحقق بالتبعية وآليا صالح الأفراد، وهذا معاكس لما يراه أصحاب المذهب الفردي.

فالمذهب الاجتماعي ينظر إلى الفرد باعتباره جزءا من الجماعة وليس مجرد فرد مستقل عن غيره، فأهمية هذا الفرد تأتي بالنظر إليه كائنا اجتماعيا يختلف عن غيره من الأفراد من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذي يقوم به في الحياة الاجتماعية؛ فمعيار هذا الفرد عندهم هو حاله من القوة أو الضعف الاجتماعي²، والفروق تكون هنا واقعية وليست مجرد فروق نابعة من افتراض كون الناس أفرادا مجردين من أي وصف آخر كما فعل المذهب الفردي.

والمذهب الاجتماعي يتبنى دعوة الجماعة إلى التدخل في نشاط الأفراد لحفظ الصالح العام وحماية الضعفاء من تحكم الأقوياء، فمهمة الدولة، كمثل للجماعة تكون أكثر، وكذلك يتوسع أثر القانون ليشمل مختلف آفاق النشاط الفردي في الجماعة، مما يؤدي إلى تقلص مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، فالصالح العام يخول الدولة بالتدخل الواسع لإقامة مساواة حقيقية تحول دون تحكم من يملك القوة الاقتصادية، أو المستفيد من ظروف العرض والطلب التي تكون ظالمة في كثير من الأحيان، وأخيرا يرى أصحاب هذا المذهب أنه إذا تعارضت الحرية والعدالة ولا مفر من ترجيح أحدهما فإنهم يرون أن الغلبة يجب أن تكون للعدالة.

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 189 .

² - المرجع السابق ، ص 189 .

كان هذا المذهب نتاجاً للهجمات العنيفة والقاسية التي تعرض لها المذهب الفردي الذي أدى إلى طغيان الفرد وتجبره وتحكمه منطلقاً من قوته الاقتصادية لتحقيق مصالحه الخاصة، فأتى **لكبح** جماح الفردية المتطرفة وما جلبته من طغيان الأقوياء وتحكمهم بالضعفاء ومنع إهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة.

وعليه لا ينكر فضل هذا المذهب في علاج مشكلة الطبقات ومشكلة الظلم الاجتماعي والعمل على تحقيق المساواة الفعلية بين الناس، وكان هذا بزيادة تدخل الدولة بالقواعد الآمرة حماية للمستأجرين والعمال والفلاحين، ولمنع تحكم رأس المال **في الطبقات** العاملة، وما يؤديه هذا السلوك **من فرض للقيود** على الإرادة، وكان من نتائج ذلك **اضمحلال مبدأ** سلطان الإرادة، ولكن سماح هذا المذهب **بتدخل** الدولة أظهر طغياناً آخر، فقد تعسفت الدول في تدخلها. **مما أدى إلى ظهور** تطرف ومغالاة من نوع آخر حينما لم يتحرج من إهدار حرية الفرد وجعله وقفاً لخدمة الدولة بصفتها ممثل الجماعة والتي عصفت¹ بحرياتهم واستبدت بهم وأهدرت مصالحهم الخاصة وقضت على الدافع الشخصي لديهم، ولعل التجربة الاشتراكية خير دليل على ذلك، حيث انقلب سلطان الإرادة إلى إرادة السلطان². وخلاصة القول إن كلا المذهبين؛ الفردي والاجتماعي **متناقضان**، ويؤديان إلى نتائج غير مقبولة من الناحيتين، فتقديس الفرد وحرية **يؤديان** إلى تحكم الأفراد ذوي الغلبة الاقتصادية إذا ما تم تبني المذهب الفردي، **كما يؤدي** تقديس الجماعة وصالحها إلى تحكم الدولة **واستبدالها بحريات** الأفراد وإهدارها مصالحهم الخاصة؛ مما يقضي على الدافع الشخصي لديهم للقيام بالنشاطات **اللازمة للحياة**، فينعكس ذلك سلباً على الجماعة نفسها وعلى صالحها العام إذا ما تم تبني المذهب الاجتماعي منفرداً. فالإنسان لا يمكن تصور اجتماعيته دون فرديته وإلا صار مجرد آلة تعمل في

¹ - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 117.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 109.

جهاز ضخم كبير دون عقل أو إرادة، وكذلك لا يمكن تصور فرديته دون اجتماعيته وإلا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة¹.

فالجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي يحقق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية وطبيعته الاجتماعية، فيتحقق صالح الفرد دون إهدار صالح الجماعة، ويكون خير الجماعة ليس على حساب حقوق الفرد وحرية، وهذا هو مسلك أغلب دول العالم في أيامنا هذه، **حيث إن كثيرا** من القوانين الحديثة ترى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحقوق للتوفيق بين الوجهتين المتعارضتين: شخصية الفرد المستقلة وحقيقة وجوده كائنا اجتماعيا².

والجمع **يشكل** اتجاها عاما في القانون الحديث، وهو الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يقول فيه محمد وحيد الدين سوار أنه انتصر للحرية "إشارة للمذهب الفردي" بقدر انتصاره للعدالة³ "إشارة للمذهب الاجتماعي".

موقف الفقه الإسلامي من المذهبين الفردي والاجتماعي: جمع الإسلام باعتباره تشريعا وسطيا الحرية والعدالة فلم ينحاز لناحية دون الأخرى فحين جاء كانت البشرية لا تعرف **فيه** معنى للحرية بمفاهيمها الحديثة، فأراد أن ينظم حياة الفرد **لأن** في تنظيمها قوة الأمة، وبهذا التنظيم تستطيع إقامة الدولة بما تعطيه من حضارة تدفع ركب الإنسانية إلى الأمام⁴، فمنح الإنسان الحرية ضمن حدود الشرع، وهذه الحرية تكاد تخلو من القيود والضوابط ما لم تتجاوز الضوابط المرسومة؛ لمنعه من إلحاق الضرر بنفسه أو بغيره ممن يعايشونه على أرضه، **وحينئذ** تتوقف حرية حتى لا تصطدم بحرية الآخرين، فقد بين الإسلام أن سوء استعمال الحرية يعرض المجتمع لكوارث تلحق بالأفراد

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 192-193.

² - احمد خلف بيومي، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 31.

³ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 117.

⁴ - مصطفى الرافي، الإسلام دين المدنية القادمة، ج1، الشركة العالمية للكتاب، 1990، www.balagh.com/deen/w20tgg7.htm

والجماعات، كما بين أن هناك ضرورة لتقييد الإنسان والحد من استرساله في استعماله حريته فوق ما ينبغي، فكانت حكمة الله بأن وضع الإسلام موازين الحرية بالقسط، وأرسل الله تعالى رسله وشرائعه لتعليم الناس كيفية استعمال الحريات الاستعمال السليم، والذي يتضمن استقامة أحوال الناس جميعاً، فيكون كل منهم أميناً على حريته من الانتقاص أو المصادرة .

فالحرية بهذا المعنى حق فطري للناس كافة بصفاتهم الإنسانية التي تملكهم العقل والإرادة .

ومن المنطلق الإسلامي لمعنى الحرية حارب الإسلام كبت الحريات، وأباح للجميع حق استعمال الحرية على وجهها الصحيح ، و أهم حرية منحها الإسلام للإنسان هي حريته الشخصية وحرية التفكير وحرية المعتقد وحرية القول ثم حرية العمل ، وانسجاماً مع الحرية الشخصية كان إلغاءه للرق إلغاءً تاماً بعد سلسلة من الأحكام التدريجية، نافياً عن إلغاءه فكرة الطفرة التي يقول فيها الفلاسفة إنها باطلة¹.

وبخصوص حرية الفكر طالب المسلمون الإيمان بالله عن طريق التفكير تصديقاً لقوله تعالى " الذين يذكرون الله قياماً وقعوداً وعلى جنوبهم ويتفكرون في خلق السموات والأرض " ² وبخصوص حرية المعتقد، فقد صان الإسلام هذه الحرية إلا ما كان منها منافياً لكرامته وكرامة عقله، فحارب الوثنية واستطاع هزيمتها لأن فيها جهل الإنسان وإلغاء عقله، في حين أتاح للنصرانية واليهودية العيش في ظل الإسلام تكريساً لحرية المعتقد؛ مصداقاً لقوله تعالى " لا إكراه في الدين " ³ وبخصوص حرية القول فقد كفلها الإسلام مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم " قل الحق ولو على نفسك " ⁴ وحرص الإسلام أن تكون حرية القول بالصدق في الإخبار، فحرم الكذب مصداقاً لقوله تعالى " يا أيها الذين

¹ - مصطفى الرافعي، الإسلام دين المدنية القادمة، المرجع السابق، الموقع نفسه

² - سورة آل عمران الآية 191

³ - سورة البقرة الآية 258

⁴ - حديث صحيح رواه علي بن ابي طالب ، السلسلة الصحيحة الألباني ، رقم 1911

آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين " ¹ وبخصوص حرية العمل والتي تهمنا في هذا المقام، يؤكد **الإسلام سعيه إلى الحرية عبر** القاعدة الشرعية القائلة: الأصل في الأشياء الإباحة والتي استخلصها جمهور ² الفقهاء من مجموعة من الآيات، حيث قال تعالى: (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله) ³ وقوله (فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه) ⁴ وقوله (وهو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها، وترى الفلك مواخر فيه ، ولتبتغوا من فضله) ⁵ وقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق) ⁶ وقوله (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا) ⁷ وقوله تعالى (ألم ترو أن الله سخر لكم ما في السماوات وما في الأرض جميعا) ⁸ ، كما يمكن إدراك سعي الإسلام إلى الحرية من وضعه كسب الرزق في مصاف الجهاد؛ بدليل قوله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله) ⁹ . وهذا التيار الفردي من الفقهاء المسلمين يمثله الفقه الحنفي ¹⁰ ، فأحكام الإمام أبو حنيفة تدل على غلبة النزعة الفردية عنده، ومثالها: عدم اعتداده بنظرية التعسف في استعمال الحق، وإطلاقه حق الملكية تبعاً لذلك، حيث قال ¹¹: "من تصرف في ملكه لا يمنع عنه، وإن كان يتضرر جاره به". وعدم اعتداده

¹ - سورة التوبة الآية 119.

² - عبد الوهاب خلاف ، الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح ، القاهرة ، مصر 1951 ، ص ص 98-99 نقلا عن وحيد الدين سوار الانتجاهات العامة ، المصدر السابق ، ص 117.

³ - سورة الجمعة، الآية 10.

⁴ - سورة الملك، الآية 15.

⁵ - سورة النحل، الآية 14.

⁶ - سورة الأعراف ، آية 31.

⁷ - سورة البقرة ، آية 129 .

⁸ - سورة لقمان ، بية 20 .

⁹ - سورة المزمل ، آية 20 .

¹⁰ - زهدي يكن ، شرح الموجبات والعقود، م1، مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة، ص 355

¹¹ - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 119 ، الهامش

الباعث غير المشروع سببا لإبطال العقد إلا إذا ظهر في متن العقد، و عدم الحجر على السفية،
وعدم الحجر على المدين، واقتصار حبسه استثناء؛ لإرغامه على بيع ماله لقضاء دينه، وسماحه
للفتاة أن تباشر عقد الزواج بنفسها لا عن طريق وليها¹.

وأما بخصوص العدالة في الإسلام فإنها واحدة من القيم التي تنبثق من عقيدة الإسلام في مجتمعه،
فمجتمع الإسلام **منح الناس** حق العدالة وحق الاطمئنان إليها مصداقا لقول الله تعالى " وإذا حكمتم
بين الناس أن تحكموا بالعدل"² ، واسم العدل يعني الوسط، وهو مشتق من المعادلة بين شيئين بحيث
بحيث يقتضي شيئا ثالثا وسطا بين طرفين³ ، وعليه استعملت العرب في كلامها اسم الوسط، مرادفا
لمعنى العدل، مصداقا لقوله تعالى " وكذلك جعلناكم امة وسطا "⁴ ، ويؤكد سعي الإسلام إلى العدالة
أمور أخرى غير ما سبق؛ قوله تعالى " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم
الناس بالقيسط"⁵ وقوله تعالى " يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض، فاحكم بين الناس بالحق، ولا
تتبع الهوى، فيضلك عن سبيل الله "⁶ وقوله تعالى " إن الله يأمر بالعدل " ⁷ ، فالعدالة في الإسلام
مطلب عزيز على كل مسلم، فحيث تكون يكون الشرع ⁸ ولقد اعترف بعض المستشرقين بأن مبدأ
المساواة المنبثق عن عدالة الإسلام كان من أهم المبادئ التي جذبت قديما الكثير من الشعوب
الأخرى نحو الإسلام⁹ ، والعدالة المطلوبة يجب أن لا يؤثر فيها عاطفة حقد أو كراهية أو قرابة أو

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 119 ، الهامش.

² - سورة النساء ، الآية 57 .

³ - مصطفى الرفاعي ، الإسلام دين المدنية القادمة، المرجع السابق، الموقع نفسه

⁴ - سورة البقرة الآية 143

⁵ - سورة الحديد ، آية 25

⁶ - سورة ص، آية 26

⁷ - سورة النحل ، آية 90

⁸ - الإمام ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة العدلية، طبع القاهرة، 1961، ص14 ، مشار إليه عند عباس العبودي، تاريخ

القانون ، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 274.

⁹ - هـ، ج ويلز - موجز تاريخ العالم ، مشار إليه، عباس العبودي، المرجع السابق ، ص 274

مصلحة خاصة أو منزلة مالية، حيث إن ميزان العدل يجب أن يسود بعيدا عن الأهواء، حيث قوله تعالى " ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا " ¹ وقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله، ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا" ²، وتؤكد السنة الشريفة السعي للعدالة أيضا، حيث جاء في الحديث الشريف " إن أحب الخلق إلى الله إمام عادل، وأبغض الخلق إلى الله إمام جائر " ³، وهذا التيار الجماعي تراه لدى المذهبين المالكي والحنبلي اللذين يأخذان بمبدأ نسبية الحق التي تآبى التعسف في استعماله واعتادهما بالباعث غير المشروع سببا لإبطال العقد، كما يأخذان بالحجر على المدين والسفيه، وكذلك يمنعان الفتاة من مباشرة عقد الزواج أصالة، ويوجبان إبرامه نيابة عن طريق ولي النكاح، والعدل في الإسلام ميزان الله على الأرض؛ به يؤخذ للضعيف حقه وينصف المظلوم ممن ظلمه وفي الحديث القدسي ⁴ "يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا"، ولقد دعا دعا الإسلام إلى عدالة شاملة ترسيخا لفكرة العدل مبدأ، وتنمية لها سلوك ⁵ تتناول جميع مظاهر الحياة وجوانب النشاط فيها، وبالخصوص في الزاوية الاقتصادية، فحرم الاستفادة غير المشروعة لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم " ⁶، وفي العمل يقول صلى الله عليه وسلم "

¹ - سورة المائدة ، آية 9.

² - سورة النساء ، آية 134.

³ - حديث شريف رواه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده.

⁴ - مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري، نقلًا عن محمد عبد القادر أبو فارس، النظام السياسي في الإسلام، دون، 1980، ص 49.

⁵ - مصطفى الرفاعي، الإسلام دين المدنية القادمة، المرجع السابق، الموقع نفسه

⁶ - سورة النساء آية 29 .

"إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فإن استطاع أن لا تقوم حتى يغرسها فليغرسها"¹، والمذهب المادي هو الذي جرى عليه علماء الحديث² وأيده الكتاب وعمل الصحابة، فقد ثبت أن النبي (ص) لم يحبس طول حياته أحدا في دين قط، وقال لغرماء المفلس "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"، وفي هذا تأييد لقوله تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"³ .

وخلاصة القول في تحديد موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بأحد المذهبين الفردي والاجتماعي، أو بعبارة أخرى الحرية أو **العدالة** . فإن الباحث بصفة عامة، ورغم اختلاف الفقهاء في ذلك، **يتوافق مع** ما كتب⁴ من أن الحرية والعدالة مطلبان أساسيان للشارع الإسلامي، أي أن الفقه الإسلامي يأخذ بالجمع بين **المذهبين الفردي والمذهب الاجتماعي في ما يتصل بالحرية والعدالة، قبل الفقه القانوني الحديث، الذي رأى ضرورة الجمع بين المذهبين أخيراً؛ بعد قرون من التطور** زادت عن ألفي عام، ترى هل هذا ما سلكه المشروع مقتفياً الاتجاهات الحديثة في جمعها بين المذهبين الفردي والاجتماعي؟ لنرى ذلك فيما هو تالي.

الفرع الثاني: المشروع ما بين الفرد والجماعة

أولاً: **حماية الفرد في المجال العقدي**: تبين لنا من خلال البحث أن المذهب الفردي هو الذي ابتدع مبدأ سلطان الإرادة، وله الفضل في إعلاء شأنه في مجال القانون ويتمثل إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي والذي به تكون إرادة الإنسان هي التي اتجهت إلى إنشاء هذا العقد ، فكلما أخذنا بمبدأ سلطان **الإرادة قدمنا** الحماية للفرد وجعلناها هي الهدف.

¹ - حديث شريف رواه انس بن مالك، السلسلة الصحيحة، المحدث الألباني ، ص 9

² - زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، المرجع السابق نفسه ، ص 355 .

³ - سورة البقرة الآية 280 .

⁴ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 119.

وفيما يبدو حرص واضع المشروع **على** إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي فقد أتى بنص (م. 74)¹، معتبرا أن الرضائية هي الأساس، وإن تطلّب أوضاعا معينة أخرى إضافة للرضائية هو الاستثناء ومادام الأصل هو الرضائية **فإن** المشروع قد اعتد بمبدأ سلطان الإرادة في شقه الخاص بالرضائية والأخذ بمبدأ سلطان الإرادة فيه حماية للفرد.

وكذلك أتى بنص (م. 147)²، وفيها الدلالة الثانية لمبدأ سلطان الإرادة بعد إرادة الالتزام معطيا للمبدأ شقه الخاص بإرادة الآثار، فالأصل أن قانون العقد هو الذي يطبق على الالتزام بكل حرية فلا القاضي ولا القانون يتدخل في تحديد آثار العقد إلا استثناء لأسباب يقررها القانون في بعض الأحيان. ورغم القيود التي يمكن أن تحد من مبدأ سلطان الإرادة من خلال أخذ المشروع بالإرادة الظاهرة وهي التي تعتبر قيودا خطيرا على المبدأ، إلا أن المشروع قد أفسح مجالا خصبا للحرية الفردية في التعاقد تعتبر مقبولة ومعقولة في ظل الفقه القانوني الحديث والذي يتقدم حثيثا بمرور الزمن إلى تقييد حرية الأفراد خدمة للمجتمع وصالح الجماعة، ويعتبر الأخذ بالإرادة الباطنة في المشروع أحد المجالات المهمة لحماية الفرد وبالأخص ما أورده بشأن الاعتداد بها بحثا عن الإرادة الحقيقية غير مشوبة بعيب سواء أكان هذا العيب **غلطا أو إكراها أو تدليسا أو استغلالا**، وكنا قد درسنا مجالات الأخذ بالإرادة الباطنة في المشروع في المطلب الثاني من هذا البحث³ فنحيل **القارئ إليه** منعا للتكرار.

ثانيا: حماية الجماعة في المجال العقدي: من خلال ما سبق توصلنا إلى أن المشروع قد منح حرية الفرد الاهتمام اللازم، وصان للإرادة حريتها في التعاقد، بنظرة شمولية نحو التأكيد على مصالح

¹ - نص المادة ص 27 من البحث

² - نص المادة ص 28 من البحث

³ - مظاهر الإرادة الباطنة في المشروع ، ص 50 وما بعدها من هذا البحث

المجتمع وتحقيق الصالح العام معتبراً أن تحقيق صالح الفرد يجب أن يتوافق مع تحقيق المصلحة العامة، فالمشروع حين قام بإعلاء شأن الفرد لم ينس إعلاء شأن المجتمع.

فقد حرص واضع المشروع على مسايرة روح العصر الاجتماعية بعد العيوب التي اعترت المذهب الفردي في مجال العقد، وأورد قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة لعل أبرزها تبنيته نظرية الإرادة الظاهرة واشترطه مطابقة العقود للمقتضيات الاجتماعية، وأخذ بعيب الاستغلال قاعدة عامة، وفي هذا انحيازاً واضحاً لحماية الجماعة.

فحين تبني المشروع الإرادة الظاهرة أصل عام فيه، اعتبرنا أن الأخذ بها يعتبر قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة، وفي هذا تكون حماية الجماعة وسبق أن درسنا¹ مظاهر الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة في المشروع ومنعاً للتكرار نحيل القارئ إليه.

والمظهر الثاني من مظاهر حماية الجماعة في المجال العقدي اشتراط مطابقة العقد للمقتضيات الاجتماعية، حيث فرض المشروع قيوداً عديدة على مبدأ سلطان الإرادة لتخفف من حدته وتلطف من الآثار السلبية التي قد ينتجها الأخذ به دون قيود ، من خلال فرضه مجموعة من الشروط تفرض على العاقد من الخارج لجعل العقد يطابق المقتضيات الاجتماعية، سواء ما تعلق منها بالموضوع و ما يتعلق بالشكل ، فأما ما يتعلق منها بالموضوع ، فيشمل لياقة العقد، ونزاهة العقد، ونفع العقد، وعدل العقد، وأما ما يتعلق بالشكل فيشمل شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات ، وسيتم دراسة هذه المواضيع في الفصل الثاني من هذه الدراسة وتحديداً في المبحث الثالث² باعتبار مصدر الالتزام بها نص القانون فنحيل القارئ إليها منعاً للتكرار .

¹ - مظاهر الإرادة الظاهرة في المشروع ص 43 من هذا البحث

² - ص 168 من البحث .

وأما المظهر الثالث من مظاهر حماية المشروع للجماعة فهو الأخذ بعيب الاستغلال قاعدة عامة، وفقا للمادة (1/128)¹ و المادة (2/128)² والمادة (3/128) التي تنص (3-يراعى في تطبيق الفقرتين السابقتين عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود) وفي رأي الباحث أن أبرز مظاهر حماية المشروع للجماعة، أخذه بعيب الاستغلال قاعدة عامة، حيث أعتبر المشروع الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة، وتباينت التقنيات في موقفها من الاستغلال، فذهب بعضها إلى عدم تنظيمه **مكتفيا** بوضع أحكام تنظم الغبن، وذهب **بعضها** الآخر إلى تنظيم أحكام الاستغلال **مختلفا** في أثره، فبعضهم ذهب إلى فرض بطلان العقد في حال تحقق الاستغلال معتبرينه ينطوي على عمل مخالف للأداب نتيجة عمل مخالف صدر من المتعاقد الحاصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته، وهذا هو الغبن بعينه **واعتبر بعضهم الآخر** الغبن عيبا من عيوب الإرادة وليس عملا مخالفا للأداب، وأوقع جزاء على تحقق الاستغلال هو قابلية العقد للإبطال.

وقد أخذ المشروع بهذه الفكرة وفرض القابلية للإبطال لصالح المتعاقد المغبون نتيجة طيش بين أو هوى جامح أو حاجة ملجئة، وذلك حين تحقق أمرين أحدهما موضوعي وهو فقد التوازن أو التعادل ما بين قيمة ما يأخذ المتعاقد وقيمة ما يعطي على نحو يتحقق معه معنى الإفراط³، والأمر الثاني نفسي أو ذاتي وهو استغلال المتعاقد الذي أصابه الغبن، حيث لا تكتمل للمتعاقد المغبون حرية الرضا أو الاختيار، وتلافي قابلية العقد للإبطال فقد منح المشروع القاضي سلطة إنقاص الالتزامات المفرطة أو الفاحشة، وذلك بناء على عرض من المتعاقد الآخر بأداء ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، والمشروع حين أخذ الاستغلال قاعدة عامة في الغبن **فقد** استند إلى المذهب النفسي أو الذاتي على اعتبار أن المعايير التي تجعل المتعاقد يقع في الغبن تختلف من شخص إلى آخر

¹ - نص المادة 1/128 ص 46 من البحث .

² - نص المادة 2/128 ص 52 من البحث .

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 115

بصفة عامة¹ وأورد نص: (م.128)² حكما لعقود التبرع وليدة الاستغلال، حيث منحت المتبرع طلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا أثبت أن التزاماته لا تتناسب مع ثروته أو قيمة المتبرع به، ويأتي تبني المشروع لنظرية الاستغلال الحديثة التي دعا إليها شراح القانون في العالم العربي³ وإلى التوسيع من نطاقها وعدم قصرها على حالتها الطيش والهوى . تحقيقا للروح الجماعية، حيث اعتد المشروع إلى جانب الطيش البين والهوى الجامح بالحاجة الملجئة وعدم الخبرة، وبمقارنة موقف المشروع مع ما ذهب إليه المشرع الأردني، فإن الأخير أغرق في حماية الفرد معبرا عن نزعة فردية صارخة جراء إغفاله الأخذ بنظرية عامة لعب الاستغلال واقتصره على حماية المزارع المستغل في عقد السلم تطبيقا (م. 538 أردني)⁴ ، ويعتبر موقف المشروع موقفا محمودا يستحق الثناء، لأن فيه **اتجاها واضحا نحو مسلك التقنيات الحديثة ونحو حماية الجماعة.**

المبحث الثاني : الاتجاهات العامة في نظرية الإرادة المنفردة

¹ - إن أخذ المشروع بالمعايير الذاتية لم يمنعه من الأخذ بالمذهب المادي في الغبن في بعض المسائل حين افترض تحديد **نسبة معينة في بعضها**، مثل الغبن الزائد عن الخمس في القسمة تطبيقا **للمادة (981)** التي تنص (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ما لم يكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته). و(م.447) التي تنص: (1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن فاحش، فللبائع تكملة الثمن إلى ثمن المثل 2- يجب لتقدير ما إذا كان الغبن فاحشا أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.3- الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس).

² - نص المادة 1/128 ص 46 من البحث والمادة 128 / 2 ص 52 من البحث والمادة 3/128 ص 91 من البحث .

³ - أنظر في ذلك وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 223،، حيث ذكر أن توفيق فرج دعا إلى التوسيع في رسالته للدكتوراه عام 1957 في جامعة القاهرة، وعنوانها، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، وكذلك مقال لأسعد الكوراني، عنوانه الاستغلال والغبن في العقود، وجمال الدين زكي، في كتابه نظرية الالتزام سنة 1976 والذي انتقد فيه الرأي المضيق الذي عليه القانون المصري تطبيقا للمادة 129 منه واعتبرها نصا هزيبا يحمي الموسرين فقط، وانظر كذلك وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية ، بلا ، 1976، وفيه انتصر المؤلف لتوسيع نطاق عيب الاستغلال.

⁴ - نص المادة 538 أردني: (1. إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر او بشروط مجحفة إجحافا بينا كان للبايع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر او الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقا لما جرى عليه العرف. 2. وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلا للبايع وحينئذ يحق للبايع ان يبيع محصوله ممن يشاء. 3. ويقع باطلا كل اتفاق او شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطا في عقد السلم نفسه او كان في صورة التزام آخر منفصل أيا ما كان نوعه).

يقصد بالإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام، أن كل تعبير عن الإرادة يتم وينتج أثره بإرادة صاحبه وحدها¹ أو الالتزام بإرادة واحدة²، وطبقا لما جاء به المشروع في المادة (176) التي تنص (تسري الأحكام الخاصة بالعقود على التصرف بالإرادة المنفردة، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين) سنكتفي بدراسة الاتجاهات العامة في الإرادة المنفردة بعرض الآراء الفقهية في قدرتها على إنشاء الالتزام ومن ثم تحديد موقف المشروع من الإرادة المنفردة ثم بحث النزعة الموضوعية فيها، بالإضافة إلى دراسة مظاهر حماية الفرد ومظاهر حماية الجماعة حين الأخذ بها مصدرا من مصادر الالتزام، تاركين الاتجاهات الأخرى عبر ما تم دراسته من خلال نظرية العقد، فالقواعد التي وردت لتنظيم العقد تعتبر في الحقيقة المبادئ العامة لنظرية التصرف القانوني وتطبق تبعا لها على الإرادة المنفردة حين تكون مصدرا من مصادر الالتزام³، وعليه تقسم الدراسة إلى :-

المطلب الأول: الخلاف حول قدرة الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام

المطلب الثاني: النزعة الموضوعية، والنزعة الفردية والنزعة الجماعية في الإرادة المنفردة

المطلب الأول: الخلاف حول قدرة الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام

عرف محمود جمال الدين زكي الإرادة المنفردة بأنها الالتزام بإرادة واحدة، وعليه فإن مبدأ سلطان الإرادة يظهر بشكل أوضح، وبقوة أكثر في الإرادة المنفردة من ظهوره في العقد، ففيه يتطلب توافق إرادتين، في حين تكفي إرادة واحدة حين الالتزام بالإرادة المنفردة، وعليه فإن ظهورها على مسرح الحياة القانونية⁴ الحقوقية أداة منتجة لأثرها كان بعد وصول مبدأ سلطان الإرادة إلى أوج انتصاره وانتشاره، وإطلاق عنان الإرادة وتحريرها مما يثقلها من قيود، تعوق نجاعتها في ميدان التعامل،

¹ - أنظر المادة 251 / 1 أ

² - محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام ، المرجع السابق، ص 477.

³ - المرجع السابق نفسه، ص 481.

⁴ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 27

ولمعرفة موقف المشروع من الإرادة المنفردة لا بد لنا من دراسة الآراء الفقهية فيها ليتسنى لنا بعدها تحديد موقف المشروع منها.

الفرع الأول: موقف المدرستين اللاتينية والجرمانية

اختلف الفكر القانوني الوضعي بخصوص مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنتاج الالتزامات، فأنكرت المدرسة اللاتينية¹ على الإرادة المنفردة قدرتها **على** إنتاج الالتزامات، فالالتزامات عندهم لا تنشأ إلا باتفاق **إرادتين** أي عند وجود العقد، وإنكار المدرسة اللاتينية هذا؛ يرجع إلى فكرة قديمة تعد الالتزام رابطة بين شخصين هما الدائن والمدين، وعليه جاء قرار هذه المدرسة بأن الإرادة المنفردة لا تنشئ الالتزام لتبنيها المذهب الشخصي في الالتزام، والذي ينكر على الإرادة المنفردة قدرتها على إنشائه.

في حين ترى المدرسة الجرمانية عكس ذلك، حيث إنها تأخذ بالإرادة المنفردة مصدرا عاما من مصادر الالتزام بجانب العقد. ومرد ذلك **إلى** تبنيها **المذهب** المادي في الالتزام، فالإرادة المنفردة لا يمكن أن توجد إلا ضمن تصور موضوعي للالتزام²، وقد غالى البعض في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، حين اعتبروا الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، فالعقد في نظرهم هو اجتماع إرادتين منفردتين³، وكان الفقيه النمساوي (سيجل)⁴ قد نادى باعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ووافق بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم (جيني، ديموج، جوسران)، وقد تبني التقنين الألماني دعوة (سيجل) **وجعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما⁵ من مصادر الالتزام**، في حين أخذ

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 198 .

² - صالح عبد الوهاب بو لحية، التصرف الانفرادي كمصدر للحق الشخصي والالتزام في القانون الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1990، ص43.

³ - عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 216..

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 198.

⁵ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 198 .

التقنين السويسري وتقنين الالتزامات البولوني والتقنين الإيطالي والتقنين المصري¹ بالإرادة المنفردة

مصدرا استثنائيا من مصادر الالتزام.

فالآراء في مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام ثلاثة مذاهب أحدهما يعتبرها مصدرا عاما من مصادر الالتزام وآخر ينكر عليها قدرتها على إنشاء الالتزام لكي لا يمنحها الرجوع عن الالتزام بإرادة واحدة أيضا ويأتي مذهب ثالث يعتبر وسطيا بين من ينكر وبين من يؤيد قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام فيعتبرونها مصدرا استثنائيا من مصادر الالتزام حين يسمح القانون بنصوص خاصة لها بذلك.

الفرع الثاني : موقف المشروع من الالتزام بالإرادة المنفردة

جاء في المذكرات الإيضاحية¹ بأن " المشروع أخذ بالاتجاه الذي يعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام والذي تأثر بالفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص التقنين الأردني، ومشروع التقنين العربي الموحد".

¹ - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 594 ، ص 295 حيث ذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد وضع في المادة 228 من المشروع ما لو أقر لكان فيه اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام الإرادي على غرار العقد ولكن هذا النص حذف حين أقر التقنين المدني المصري، انظر إشارته لموقف عبد الرزاق السنهوري من الإرادة المنفردة، ومن الجدير ذكره أن عبد الرزاق السنهوري لم يعالج الإرادة المنفردة كمصدر عام مستقل في شرحه للوسيط، لأن التقنين لم يعتبرها مصدراً للالتزام إلا في حالات خاصة يعينها نص القانون، فهي التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر وبنصوص خاصة ومن ثم عالجها ضمن الالتزامات التي تنشأ من القانون، وعليه لا نتفق مع من اعتبر ذلك موقفاً عاماً من الإرادة المنفردة عند السنهوري على اعتبار أنه (السنهوري) لا يرى في الإرادة المنفردة قدرة على إنشاء الالتزام ، فهو الذي كتب بأن الاعتراضات الموجهة إلى الاتجاه المؤيد للإرادة المنفردة لا تصلح لهم هذا الاتجاه ولا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدهما (الوسيط ، ج 1 ، ص 1282)، وهو أيضا كتب قاصدا نظرية الإرادة المنفردة (إن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام، الوسيط ، ج 1 ، ص 1288)، قارن محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 177 و السنهوري، الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 129.

فالمشروع تبني الإرادة المنفردة مصدرا عاما من مصادر الالتزام إلى جانب العقد باعتبارهم نوعي التصرف القانوني والمشروع لم يأت بتعريف للإرادة المنفردة بالمادة (175) التي تنص (يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون توقف على قبول المستفيد في كل موضوع يقرر فيه القانون ذلك) فالمادة تتناول المبدأ العام وتقرر وجود التصرف بالإرادة المنفردة دون أن يتوقف على قبول المستفيد، فالإرادة المنفردة كافية لإنتاج الالتزام، موافقا بذلك ما ذهب إليه المشرع الأردني² والمدرسة الجرمانية، متبنيا موقف الفقه الإسلامي، الأسبق إلى إقرار مبدأ الرضائية في العقود، حيث صاغ هذا الفقه نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة نظرية متكاملة؛ حينما قام الحطاب³ - وهو من فقهاء المالكية - بصياغة هذه النظرية قبل أربعة قرون من **صياغتها في** القوانين الوضعية، فما دامت الرضائية هي جوهر الإرادة المنفردة، فانه من الطبيعي أن يسبق الفقه الإسلامي الفقه الغربي إلى الاعتراف بالإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام⁴، والإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي تتميز في إنشاء الالتزام عنها في الفقه الغربي، حيث إن هناك تصرفات في الفقه الغربي لا تتم إلا بالعقد، بينما **تتم** في الفقه الإسلامي بالإرادة المنفردة، ومثالها الهبة **والعارية** لكونها تبرعات ابتداء وانتهاء⁵.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق ، ص 199 .

² - تقارب المادة 250 أردني والتي تنص: (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إزام الغير بشيء وذلك طبقا لما يقضي به القانون). والقانون الأردني يأخذ بالتصرف الانفرادي كمصدر عام للالتزام مستمدا ذلك من مذهب الفقه المالكي، رغم أنه يأخذ بصفة عامة بأحكام الفقه الحنفي ، صالح بو لحية ، رسالة الماجستير ، المشار إليها سابقا، ص 257، ويرى أن القانون الأردني أول قانون وضعي يأخذ بالتصرف الانفرادي كمصدر عام من مصادر الالتزام، بل أنه القانون الوحيد، (المصدر نفسه،ص260). .

³ - عبد الوهاب بو لحية، **رسالة** الماجستير المشار إليها سابقا، ص 259.

⁴ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 27.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 33 ، و . محمد شريف أحمد ، مصادر

الالتزام ، المرجع السابق ، ص 177 .

ومن تطبيقات الإرادة المنفردة ما جاءت به (م.81)¹ التي تنص (1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة) .

وكذلك المادة (178)² التي تنص:(1-من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها. 2-إذا نفذ العمل أكثر من شخص كانت الجائزة للأسبق، فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم.3-إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق العمل وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل قوامه ما يكون له من نصيب في إنجاز العمل. 4-إذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط بالتقادم دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الوعد).

وكذلك المادة (992)³ تأتي تطبيقا للإرادة المنفردة، فالمشروع منح للشريك بإرادته المنفردة إنهاء عقد الشراكة قبل مواعده المتفق عليه، وكذلك ما جاءت به (م. 1216) التي تنص (يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أي كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة).

¹ - تطابق المادة 98 أردني .

² - توافق المادة 1/255 أردني والتي تنص: (من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة) .

³ - نص وشرح المادة ص 28 من البحث وهي متعلقة بجواز إنهاء عقد الشريك في ملكية الأسرة بإرادته المنفردة قبل انتهاء أجل العقد.

فحكم هذه المادة يعطي دليلا آخر على التصرف بالإرادة المنفردة، حيث مجرد إعلان الحائز أنه مستعد **لإيفاء** الديون المقيدة ينشئ التزامه بذلك دون أي إجراء آخر. ويرجع مصدر التزام الحائز بالعرض إلى إرادته المنفردة، ويظل الحائز ملتزما بالعرض المقدم منه، مدة سنتين يوما ؛ وهو الحد الأقصى الذي **يعطى** للدائنين لإبداء رغبتهم وقبولهم بالعرض أو رفضه¹.

وقد يعتقد البعض أن مصدر الالتزام في المادة (1216) نص القانون وليس الإرادة المنفردة، ويرى الباحث من خلال رأي محمود جمال الدين زكي² بأن " القانون يعتبر مصدرا مباشرا للالتزام إذا استقل في إنشاء الالتزام عن إرادة المدين فيه " أن الالتزام هنا بالإرادة المنفردة لأن إرادة المدين هي التي أنشأت الالتزام مباشرة بقيامه بالحيازة ولو كانت هذه الإرادة المنفردة استندت إلى إنشاء الالتزام بموجب نص خاص وارد في القانون .

المطلب الثاني: النزعة الموضوعية، والنزعتين الفردية والجماعية في الإرادة المنفردة

أخذ المشروع بالإرادة المنفردة مصدرا مستقلا من المصادر الإرادية للالتزام، بعكس **المقنين الآخرين**؛ فمنهم من اعتبرها **مصدرا استثنائيا** والبعض الآخر أرجع الالتزام بالإرادة المنفردة، للقانون، فيكون مصدر الالتزام حينها النص القانوني³.

والأخذ بالإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام يدل على نزعة موضوعية، لأن أصحاب النظرية الشخصية في الالتزام يقرون أن أهم ما في الالتزام هو تلك الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1287

² - مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 481 .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش ص 129 .

وبالتدقيق؛ فإن الاعتراف بقيام الالتزام من طرف واحد هو الملتمزم " المدين " دون تحديد من هو الدائن، فإن هذا يدل على نزعة موضوعية واضحة لا غبار عليها.

ولكن حين البحث عن الاتجاهات العامة في الإرادة المنفردة بشأن النزعة الفردية والنزعة الجماعية فإننا قد نرى النزعتين موجودتين بحسب النصوص.

وعليه تقسم الدراسة إلى فرعين:

الفرع الأول: النزعة الموضوعية في الإرادة المنفردة

الفرع الثاني: حماية الفرد وحماية الجماعة في نطاقها.

الفرع الأول: النزعة الموضوعية في الإرادة المنفردة

أتى المشروع بالمادة (175)¹، ونظمت المواد 176-178 أحكام الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام².

فالمادة (178)¹، تعد تطبيقاً للإرادة المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام²، حيث أنشأت التزاماً قانونياً بناءً على الإرادة المنفردة للواعد، ففي هذه الحالة يوجد مدين دون دائن؛ وهذا تطبيق

¹ - تقابل المادة 250 أردني. والتي تنص: (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون). ونص المادة 175 من المشروع ص 96 من البحث.

² - القانون المدني الأردني أخذ بالإرادة المنفردة مسمياً إياها التصرف الانفرادي كمصدر عام من مصادر الالتزام وفقاً لما جاءت به المواد 250 - 255 .

للنظرية المادية الجرمانية في تعريف الحق، وهي التي تأخذ بالإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام، ولو كان المشروع يتبنى النظرية الشخصية لما انطبق هذا على الوعد بالجائزة، حيث يوجد مدين ولماً يوجد الدائن **بعد**، فلا ينشأ الالتزام لانعدام الرابطة الشخصية المطلوبة.

الفرع الثاني: حماية الفرد وحماية الجماعة في نطاق الإرادة المنفردة

ذكرنا أن **المشروع أخذ** بالإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، ودرسنا أن الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة يكون ظاهراً بشكل أوضح في نطاقها، لأن **إرادته** فيها تتجلى بإنشاء الالتزام دون حاجة لإرادة أخرى، وبها أيضاً يمكن إسقاط الالتزام أو تعديله، والمنطق العام يعطي الدلالة على أن الإنسان لا يظلم نفسه³، وتكريس هذا يكون عند الأخذ بإرادته المنفردة، وعليه تُظهرُ الإرادة المنفردة حماية الفرد، ولكن قد يُظهرُ الأخذ بالإرادة المنفردة حماية للجماعة أيضاً فأين هذا في المشروع؟.

أولاً : حماية الفرد في نطاق الإرادة المنفردة: تمثل لحماية الفرد في نطاق الإرادة المنفردة حالات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة و طلب إبطال أو فسخ العقد ممن يملك هذا الحق بإرادته المنفردة، عن طريق القضاء، وحالات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بنص القانون :-

1- الأخذ بالغبن المجرّد : يجيز المشروع للمتبرع المغبون طلب إبطال تبرعه طبقاً **للمادة (125)**

2) (4) بإرادته المنفردة حماية لمصلحته الفردية.

¹ - تقارب المادة 255 أردني والتي تنص: (1. من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجل التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة . 2. وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده إعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد) . مع ملاحظة أن المدة لرفع دعوى المطالبة ثلاثة أشهر بخلاف التقادم الوارد في المادة 4/178 فلسطيني. ونص المادة ذكر في ص 97 من البحث.

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 201.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - نص المادة ، ص 52 من البحث.

2- خيار المتعاقد حسن النية التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستور: يجيز المشروع طبقا

للمادة (1/256)¹ للمتعاقد حسن النية الخيار بالتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد الحقيقي بإرادته المنفردة وفي هذا حماية لهذا الفرد.

3- اعتراض الشريك على قسمة الأغلبية في المال الشائع : أجاز المشروع طبقا للمادة (966)

التي تنص (1- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يبلغوا قرارهم إلى باقي الشركاء. 2- ولمن خالف من هؤلاء حق تقديم الاعتراض إلى المحكمة خلال ثلاثين يوما من وقت الإعلان. 3- للمحكمة عند نظر الاعتراض إذا وافقت على قرار الأغلبية أن تقرر ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر الأغلبية بتقديم كفالة تضمن للمخالف من الشركاء الوفاء بما قد يستحق من التعويضات). للشريك في المال الشائع الاعتراض بإرادته المنفردة على قسمة هذا المال وفي هذا حماية فردية على اعتبار أن حماية الجماعة تنكسر في قرار الأغلبية .

4- طلب الشريك في ملكية الأسرة إخراج نصيبه قبل انقضاء الأجل المتفق عليه: أجاز المشروع

طبقا للمادة (992)²، للشريك في ملكية الأسرة وإرادته المنفردة طلب إخراج نصيبه من هذه الملكية المشتركة خلافا لنهج المشروع، حماية ملكية الأسرة، وحرصه على استمرارها حتى ولو كان قبل انقضاء الأجل المتفق عليه فيها حماية لهذا الشريك تكريسا لحرص المشروع على الحماية الفردية أيضا إلى جانب الحماية الجماعية التي تكرر في ملكية الأسرة.

¹ - نص المادة ص 49 من البحث.

² - نص المادة ص 28 من البحث

5- تقييد حق الشفعة حماية للمشتري : قيد المشروع الشفيع حين الرغبة بالأخذ بالشفعة وفقا للمادة

(1077) التي تنص (1-إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون بأخطار عدلي وإلا كان باطلا. 2- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة وأن يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة. 3-إذا علم الشفيع بالبيع دون الأخطار المنصوص عليه في المادة السابقة، فعليه أن يقوم بإعلان الرغبة ورفع الدعوى وإيداع الثمن خلال المدة المذكورة محسوبة من تاريخ علمه)، بجملة من الإجراءات من خلال تطلب الشكلية وهي هنا الإخطار العدلي وإيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة وخلال مدد محددة حماية لمصلحة المشتري الفردية.

6- حق الواهب في الرجوع عن الهبة: منح المشروع الواهب حق الرجوع عن الهبة وفقا للمادة

(536)¹ التي تنص (1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. 2- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول²، ولم يوجد مانع من الرجوع)، وهذا دليل حماية الفرد الموهوب له حين اشترط قبوله لهذا الرجوع بإرادته المنفردة، ثم أظهر المشروع حماية الفرد أيضا حين منح الواهب جواز الرجوع عن الهبة بإرادته المنفردة إذا استند إلى عذر مقبول وانتفاء وجود مانع من الرجوع ويكون ذلك بطلب ترخيص الرجوع من القضاء³.

7- حل الشركة بالإرادة المنفردة لأي شريك : منح المشروع طبقا للمادة(571) التي تنص (

1-يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار

¹ - تقارب المادة 576 أردني .

² - يعتبر معيار العذر المقبول معيارا مرنا يساعد على تطور القانون ، أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق نفسه ، ص 90- 91

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 595 .

اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن حسابها سبباً مسوغاً لحل الشركة على أن تظل الشركة قائمة بين الباقيين. 2- يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها)، لكل شريك طلب حل الشركة أو إخراجه منها بإرادته المنفردة حماية لهذا الشريك ولا تخفى حماية الفرد في هذا النص.

7- إنهاء المعير للعارية: وطبقاً للمادة (م. 734) التي تنص (1- يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية في أي وقت في الأحوال الآتية: أ- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة. ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ج- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير. 2- إذا كان الرجوع يجعل المستعير في حرج شديد حق له استيفاء العارية إلى أن يزول الحرج لقاء أجر مثلها عن المدة التي تلت الرجوع)، منح المشروع المعير حق إنهاء العارية بإرادته المنفردة وفق شروط أوردتها المادة ولا يخفى ما لهذه المادة من دلالة حماية فردية.

8- عدول صاحب العمل عن عقد الوكالة قبل إنجاز العمل : منح المشروع طبقاً للمادة (760) التي تنص (1- يجوز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. 2- يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل صاحب العمل من العقد وما يكون قد

كسبه باستخدام وقته في أمر آخر) ، صاحب العمل حق العدول عن عقد الوكالة قبل إنجاز العمل بإرادته المنفردة .

9- حق الموكل عزل الوكيل في عقد الوكالة وإقالة الوكيل لنفسه: منح المشروع طبقاً للمادة (824) التي تنص (للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيا أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه). للموكل حق عزل وكيله بإرادته المنفردة ، وكذلك انتهج نفس السلوك طبقاً للمادة (826) التي تنص (للوكيل أن يقلل نفسه من الوكالة التي يتعلق بها حق للغير وعليه أن يعلن موكله وأن يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل). حين منح هذا الوكيل إقالة نفسه بإرادته المنفردة وفيهما تظهر الحماية الفردية لشخصية الموكل وكذلك للوكيل.

10- حق المودع أو المودع لديه إنهاء الوديعة: منح المشروع طبقاً للمادة (849)¹ التي تنص (1- لكل من المودع والمودع لديه إنهاء العقد متى شاء على ألا يكون الفسخ في وقت غير مناسب.2- إذا كانت الوديعة بأجر وأنها المودع قبل حلول الأجل فإنه يلتزم بدفع كامل الأجر، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك)، للمودع حق إنهاء عقد الوديعة بإرادته المنفردة وكذلك للمودع لديه نفس الحق وفي هذا السلوك تتجسد حماية الفرد في شخصية المودع والمودع لديه.

11- تحلل المؤمن له من عقد التأمين: منح المشروع تطبيقاً للمادة (901²) التي تنص (يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية، أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله

¹ - تطابق المادة (892. أ)

² - تطابق المادة (946. أ) .

إلى المؤمن برغبته في ذلك وتبراً ذمته من الأقساط اللاحقة)، للمؤمن إنهاء عقد التأمين بإرادته المنفردة حماية له في أي وقت من التعاقد شريطة توافر إخطار¹ كتابي بذلك.

ثانياً : حماية الجماعة في نطاق الإرادة المنفردة: رغم أن الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر

الالتزام يقوي الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي تكون فيها حماية الفرد أظهر من حماية الجماعة، فإرادة إنشاء الالتزام أو إسقاطه أو تعديله دون حاجة لإرادة أخرى، بل بإرادة واحدة حتما تحمي هذا الفرد الذي لا يظلم نفسه، فالأصل في الإرادة المنفردة أنها تأتي لحماية الفرد، ورغم ذلك فإنه يمكن إدراك حالات تستهدف حماية الجماعة في نطاق الإرادة المنفردة، ومثالها: **1- عدم سقوط الإيجاب بالموت أو بفقد الأهلية :** أبقى المشروع طبقاً للمادة (1/78)²، الإيجاب الصادر من الميت أو ممن فقد أهليته، قائماً انتظاراً للقبول هادفاً بهذا حماية الجماعة التي تركز على هذا الإيجاب.

2- اعتبار عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً : وفقاً للمادة (79) التي تنص (يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض، أو إعلان موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعد إيجاباً ما لم يظهر العكس من ظروف الحال). جعل المشروع عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً لحماية للظاهر الذي يخدم استقرار المعاملات الذي يخدم الجماعة.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق ، ص 952.

² - نص المادة ص 48 من البحث.

3- بقاء الإيجاب ملزماً حتى انقضاء ميعاد القبول : انتهج المشروع وفقاً للمادة (81)¹ والمتعلقة

ببقاء الإيجاب حتى انقضاء ميعاد القبول، سلوك الحماية الجماعية فالإيجاب يبقى ملزماً لتحقيق

استقرار المعاملات لصالح الجماعة التي تركز على هذا الإيجاب.

المبحث الثالث: الاتجاهات العامة نظرية البطلان

¹ - نص المادة ص 97 من البحث .

لوجود العقد لا بد من قيام أركانه، وأركان العقد هي الرضاء والمحل والسبب، والشكلية إذا تطلبها القانون، والقبض في بعض العقود العينية تأتي **استثناء** من الأصل العام الذي يجعل الرضائية كافية لانعقاد العقد، وقد قلنا¹ أنه أحيانا ما توجد الإرادة معيبة، فيكون التصرف موجودا، وقد شاب الإرادة عيب من العيوب فيكون البطلان، فبطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها²، وقد أفردت القوانين أحكاما وفق اتجاهاتها العامة في كل تقنين حسب العيب الذي لحق بالعقد، اصطلح على ذلك تسميتها نظرية البطلان. **تحلل نظرية** البطلان مكانا متميزا في التشريعات المدنية المختلفة وفي المؤلفات القانونية؛ نظرا لما يترتب على الحكم ببطلان التصرفات القانونية، وما يؤديه من نتائج خطيرة تمس سلامة واستقرار التعامل في المجتمع، فهي التي تززع³ المراكز القانونية التي تكون قد انبنت على الثقة وحسن النية، وعليه حرص المشرعون على تحديد أسباب البطلان بوضوح.

اختلف الفقه في أمر نظرية البطلان، فيسود اتجاهان أمر هذه النظرية أحدهما الاتجاه الغربي والآخر الاتجاه الإسلامي، ولتحديد موقف المشروع من هذين الاتجاهين لا بد من دراستهما ثم بعدها يتم تحديد موقف المشروع منهما، وعليه تقسم الدراسة في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: نظرية البطلان بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

المطلب الثاني : نظرية البطلان في المشروع

المطلب الأول: نظرية البطلان بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

¹ - ص 10 من البحث .

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1، المرجع السابق ، ص 486.

³ - محمد جبر الألفي، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، السنة 9 ، عدد 1 ، فقرة 6+1

ذكرنا أن نظرية البطلان يتنازعها اتجاهان، اتجاه إسلامي والآخر الاتجاه الوضعي، ويقول عبد الرزاق السنهوري إن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من نظيرتها في الفقه الوضعي والعقد في الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً منه فيه¹ لنرى ذلك في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول : البطلان في الفقه الإسلامي

أولاً : مراتب انعقاد العقد في الفقه الإسلامي : تقسم مراتب العقد في الفقه الإسلامي إلى نوعين

عقود صحيحة تشمل العقد الموقوف والعقد النافذ وعقود غير صحيحة تشمل العقد الباطل والعقد الفاسد الذي ينفرد به الفقه الحنفي فقط، ويأتي العقد النافذ اللازم في طبيعة المراتب من حيث الصحة وهو الذي يرتب كافة آثاره فلا كلام فيه لأنه الذروة² فهو صحيحاً في أصله ووصفه.

ويأتي العقد الباطل أول مراتب العقود غير الصحيحة ، وعند تعريفه فإنه العقد الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه³، ثم يأتي بالمرتبة الثانية العقد الفاسد، وهو بالإضافة للعقد الباطل يشكلان نوعي العقود غير الصحيحة، والعقد الفاسد يكون الخلل فيه بأوصاف العقد، ومرتبة العقد الفاسد لا يعرفها إلا الفقه الحنفي، ففي المذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي العقد الفاسد والعقد الباطل سواء⁴.

وعند الحديث عن مراتب العقود الصحيحة: فبعد العقد النافذ اللازم والذي قلنا فيه أنه الذروة في الصحة يليه في الصحة العقد النافذ غير اللازم وفيه تتوافر الأركان والأوصاف والولائيتين ولاية الملك على محل العقد وولاية التصرف، ففي الأولى يكون العاقد مالكا أو نائباً للمالك ولا يتعلق بالمحل حق للغير ولكن يكون العقد نافذاً غير لازم حين يكون لأحد العاقدين الحق في الرجوع عن التعاقد بإرادته وحده دون توقف ذلك على المتعاقد الآخر لأن طبيعة العقد تسمح أو تقتضي ذلك، الوكالة والوديعة

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، م 2 ، ج 4 ، ص 88 .

² - المرجع السابق نفسه، ص 39.

³ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون الأردني ، المرجع السابق ، ص 159 .

⁴ - المرجع السابق نفسه ، ص 151 .

، وكذلك يكون غير لازم إذا كان لأحد المتعاقدين خيارا من الخيارات المعروفة مثل خيار الرؤية أو خيار العيب.

ثانيا : آثار العقود في الفقه الإسلامي: ذكرنا أن هناك خمس مراتب للعقد في الفقه الإسلامي ولكل منها آثارها، فالعقد الباطل ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثرا وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطان كل ذي مصلحة، ومع هذا قد ينتج العقد الباطل آثارا ليس بصفته تصرفا ولكن بصفته واقعة مادية وذكر عبد الرزاق السنهوري¹ مثالين على هذه الآثار، الأول منها يتعلق بضمان المشتري بعقد باطل هلاك محل العقد، خلافا لحكم، الأمانة تهلك على مالكها² والمثال الثاني هو أثر الزواج بعقد باطل حيث ينتج هذا الزواج إذا اقترن بالدخول على الزوجة درء الحد ويثبت النسب ويوجب العدة والمهر.

وأما العقد الفاسد فإنه ينتج أثره إذا زال السبب الذي أفسده وإلا فهو واجب الفسخ، رغم أنه يبقى حراما عند الفقهاء الأربعة.

وأما بخصوص الآثار المترتبة على العقد الموقوف فهي عدم النفاذ لأهلية ناقصة أو لمحل ناقص³ إلا بالإجازة، التي تكون من وليه أو من ناقص الأهلية حال اكتمالها هذا إذا كان العقد أتى من ناقص الأهلية، وأما في حالة عدم توفر ولاية التصرف فإن المالك هو صاحب حق الإجازة وبها ينفذ العقد الموقوف.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 125.

² - حكم يد الأمانة يعني أن واضع اليد أمانة لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدي أو التقصير وبدونها هلاك الأمانة على مالكها.

³ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 125

وأما بخصوص العقد غير اللازم فإنه يصبح لازماً بانقضاء مدة الخيار حسب الاتفاق، أو بموت صاحب الخيار، لأن الخيار لا يورث¹، أو بإمضاء من له حق الخيار ويعني ذلك موافقته على العقد، ونفاذ وفسخ العقد غير اللازم يأتي بأثر رجعي، من تاريخ الانعقاد. يسري بالإمضاء أو يفسخ من تاريخ انعقاده أيضاً بعدم الإمضاء .

الفرع الثاني : نظرية البطلان في الفقه الوضعي

أولاً : مراتب انعقاد العقد في الفقه الوضعي: في الفقه الغربي مرتبتان² من البطلان، فهناك البطلان المطلق، وهناك البطلان النسبي، ويمثل العقد الباطل مرتبة البطلان المطلق، في حين يمثل العقد القابل للإبطال البطلان النسبي، وعند السؤال عن معيار التفرقة بينهما، نجيب بأن التصور الحديث لهذه التفرقة هو نوعية المصلحة التي تم الإضرار بها، فإذا كان القصد من البطلان حماية المصلحة العامة، فحينها يكون البطلان مطلقاً، في حين إذا كان الأمر يتعلق بحماية مصلحة شخصية لأحد المتعاقدين؛ فإن مصير العقد يكون بقابليته للإبطال أي البطلان النسبي³.

وعليه تقسم العقود في الفقه الغربي إلى عقد صحيح وعقد باطل ويتوسط بينهما العقد القابل للإبطال مرتبة وسطى قلقة فإما يتجه نحو الصحة ليصبح عقداً صحيحاً وإما يتجه نحو البطلان فيصبح عقداً باطلاً، والعقد الصحيح هو ما صدر مشروعاً بأصله ووصفه، حيث إن أصل العقد هو أركانه وشروط انعقاده، وللعقد أركان ثلاثة هي، الرضاء، والمحل، والسبب والشكلية إذا تطلبها القانون،

1 - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 146 .

2 - كان البطلان وفقاً للمدرسة التقليدية موزعاً بين شريحتين الأولى البطلان المطلق وفي الثانية البطلان النسبي ونتيجة لتمسك أنصار هذه المدرسة بالمبدأ القائل " لا بطلان إلا بنص"، جوبهوا ببعض الحالات التي تكون التصرفات فيها باطلة، وبطلانها لا يكون وارداً بنص قانوني صريح، ومثال ذلك عقد الزواج الباطل لاتحاد جنسي الزوجين، فلجأ هؤلاء الأنصار إلى ابتداء فكرة انعدام العقد كمرتبة ثالثة، ويرى جاك غستان (العقد 1980 ، ص 633 و ص 739) أن معيار التفرقة بين البطلان والانعدام أن الأخير يتقرر بطريقة تلقائية، في حين البطلان والإبطال يتقرران بحكم قضائي أنظر جدول كاريونيه للتفريق بين المراتب الثلاث، عبد القادر العرعاري، المرجع السابق ، ص 167-169 .

3 - عبد القادر العرعاري ، المرجع السابق، ص 170 .

ومتلما كانت مرتبة العقد الصحيح في نظرية البطلان في الفقه الإسلامي لا كلام فيها فهي هنا كذلك.

وما علينا إلا دراسة آثار العقد الباطل والعقد القابل للإبطال فهما مرتبتي انعقاد العقد في الفقه الوضعي.

ثانيا : آثار العقود في الفقه الوضعي : ذكرنا أن هناك مرتبتين في البطلان في الفقه الوضعي، فهناك العقد الباطل وهناك العقد القابل للإبطال وبخصوص العقد الباطل فإن ما ذكر عنه في آثار العقود في الفقه الإسلامي ينطبق عليه فهو الذي لم يشرع بأصله بانعدام أحد أركانه فلا يقوم طبيعة، ومثل انعدام الركن اختلال شرطه¹، فالرضاء يشترط فيه التمييز وتطابق الإيجاب والقبول بعد تقابلهما، والمحل يشترط أن يكون ممكنا **ومعينا** ومشروعا، والسبب أيضا يشترط أن يكون مشروعا، فالعقد يكون باطلا إذا تخلف ركن من أركانه أو اختل شرط من شروط هذه الأركان، والبطلان هنا يكون بطلانا مطلقا.

وأما بخصوص العقد القابل للإبطال ففيه نقول قد يأتي العقد مستكملا لأركانه وشروط هذه الأركان، لكنه يكون ناقصا لشروط صحة متعلقة بركن الرضاء الذي يكون موجودا بوجود التمييز، وتقابل الإيجاب والقبول **وتطابقهما دون أن يكون** صحيحا، وهو لا يكون كذلك إذا صدر هذا الرضاء من ناقص الأهلية أو كان هذا الرضاء قد شابه عيب، مثل غلط أو تدليس أو إكراه، أو استغلال، حينها لا يكون العقد باطلا بشكل مطلق لتوافر أركان العقد **وشروطه**، ولكنه يحمل في طياته² **عيبا** يمكن أن يؤدي إلى إبطاله، فهو عقد صحيح بكل ما تعنيه الكلمة **عند الطرف** الذي صدر عنه الرضاء مستكملا كل شروط صحته؛ وهي الأهلية والإرادة الواعية الصحيحة، ولكنه في المقابل صدر من

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص494.

² - هناك من يرى اعتبار التصرف الباطل بطلانا نسبيا غير قائم منذ البداية- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 252-259 .

الطرف الآخر بأركان وشروط صحيحة؛ باستثناء ركن الرضاء المتوافر في صدوره من مميز، لكنه غير صحيح حينما يصدر من ناقص الأهلية أو عن إرادة شابها عيب، فالرضاء غير الكامل هو ما يجعل العقد غير بالغ لمرتبة العقد الصحيح كلياً، فمرتبة العقد القابل للإبطال أو مرتبة البطلان النسبي خطها الفقه الغربي مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان، فالبطلان النسبي سمي **بذلك** لأن العقد يكون صحيحاً في حق أحد الأطراف، وهذا الطرف هو الذي صدر عنه الرضاء ركن من أركان العقد مستكماً لشروطه، وصحيحاً بتوافر شروط صحته، وما دامت كل هذه الشروط المتطلبية قد توافرت فلماذا يكون هذا العقد باطلاً في حقه؟ إنه غير صحيح في حق الطرف الآخر، فرغم صدور الرضاء عنه ركن من أركان العقد مستكماً لشروطه، إلا أنه لا يتمتع بأهلية كاملة بل ناقصة لعدم بلوغه السن القانوني لاكتمال الأهلية أو لصدور الرضاء عليلاً بعد أن أعياه عيب من عيوب هذا الرضاء، فأحقاقاً للحق وللعدالة ولإنصاف صاحب الأهلية الناقصة أو صاحب الرضاء المعيب . قرر له القانون حماية إذا ما طلبها **كانت** له، حماية لمصلحته الخاصة وليست لحماية مصلحة عامة، فله أن يتنازل عنها بإجازة العقد القابل للإبطال أو يسكت فيكون التقادم كفيلاً بالإعلان عن تنازله عن هذه الحماية، وضمن مدد تحافظ على استقرار المعاملات بين الناس، فما يعنيه البطلان النسبي هو أنه باطل بالنسبة لطرف، **وصحيح** غير باطل بالنسبة للطرف الآخر في العلاقة بين المتعاقدين في العقد الواحد، ولعل الوصف الأجل للعقد القابل للإبطال **هو** أنه عقد قلق¹ أو العقد المههد بالزوال² أو العقد المريض³ الذي قد يدركه الشفاء بالإجازة أو التقادم أو يحكم عليه بالموت، فرغم صحته

¹ - نعتقد أن وصف العقد القابل للإبطال بأنه عقد قلق أكثر تناسباً من وصف العقد الموقوف بذلك، أنظر: محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 119.

² - جميل الشراوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 252.

³ - حمدي عبد الرحمن، نقلاً عن محمد علي عمران، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، المرجع السابق، ص 155.

وسريانه إلا أن مرتبته غير ثابتة¹ فإما أن يوقف ما يعتريه من هذا القلق وتتأكد صحته وسريانه

بالإجازة أو بالتقادم، وإما بتقرير البطلان حين يطلبه من شرع لمصلحته؛ فيصبح باطلاً بأثر رجعي

وما يترتب على ذلك من آثار، فالعقد القابل للإبطال يجعل للتصرف المعيب وجوداً مؤقتاً².

ترى ما هو موقف المشروع في نظرية البطلان؟ هل أخذ بالاتجاه الإسلامي؟ أم أخذ بالاتجاه الغربي؟

أم أنه جمع بين الاتجاهين؟ وللإجابة على هذه الأسئلة لا بد من دراسة نظرية البطلان في المشروع

من خلال دراسة النصوص وهو موضوع الدراسة في المطلب التالي.

المطلب الثاني: نظرية البطلان في المشروع

أتى المشروع الفلسطيني بالنصوص الخاصة بالبطلان مباشرة بعد تلك التي وردت بشأن أركان العقد،

على اعتبار أن البطلان هو جزء تخلف أحد الأركان، أو عدم استيفاء هذه الأركان لشروطها كاملة،

وقد تبنى المشروع مراتب انعقاد العقد من الفقه الوضعي، وسلك بذلك مسلك المشرع المصري³،

ونظراً لقيام شراح القانون المدني المصري وفقهائه بدراسة هذا الموضوع تحت عنوان نظرية البطلان،

فقد سلطنا نهجهم في ذلك، فكانت تسمية هذا المطلب بنظرية البطلان، ولدراسة هذه النظرية لا بد

من معرفة مراتب انعقاد العقد في المشروع والآثار المترتبة عليها، ثم التعليق على هذه النظرية

آخذين بعين الاعتبار علاقتها بمبدأ سلطان الإرادة، وعليه تقسم الدراسة إلى:

الفرع الأول: مراتب انعقاد العقد في المشروع والآثار المترتبة عليها

الفرع الثاني: نظرية البطلان في المشروع وعلاقتها بمبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: مراتب انعقاد العقد في المشروع والآثار المترتبة عليها

¹ - يمر العقد القابل للإبطال في مرحلتين في حالة عدم إجازته، الصحة، والبطلان المطلق. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، هامش ص 491. وفي نظرية العقد، ج 2، صفحة 618 هامش 1.

² - جميل الشراوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 253.

³ - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 155-173. حيث يذكر أن المشرع الأردني تبنى مراتب العقد من الفقه الإسلامي وبالخصوص ما أتى به المذهب الحنفي.

أولاً: أنواع العقود في المشروع : نظمت نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد (139

- 146)¹ أحكام نظرية البطلان، ومن خلالها يتبين أن المشروع أورد أحكاماً تتعلق بالعقد الباطل

وأخرى تتعلق بالعقد القابل للإبطال، فهل هذا يعني تبني المشروع لنظرية البطلان من الفقه

الوضعي؟ ولكن هناك في النصوص ما يشير إلى تبني مرتبة العقد الموقوف إسلامية المنشأ، ترى

هل دمج المشروع في أمر نظرية البطلان بين مراتب انعقاد العقد في الفقهاء الوضعي وكذلك

الإسلامي؟ أو بمعنى آخر هل أخذ المشروع بالعقد الموقوف أيضاً؟ لنرى ذلك.

لم يرد في نصوص المشروع **تعريف** للعقد الصحيح²، ولكن نستطيع أن نقول فيه إنه ما صدر

مشروعاً بأصله ووصفه، في حين قلنا في العقد الباطل أنه العقد الذي لم يشرع بأصله بانعدام أحد

أركانه أو اختلال شروط هذه الأركان، وأما في العقد القابل للإبطال فتتوفر أركان العقد وشروطه،

ولكن تنعدم فيه ولاية الملك أو ولاية التصرف.

ونظراً لكون المشروع قد أتى بمرتبة العقد القابل للإبطال بدلاً من مرتبة العقد الموقوف³ فيجب علينا

أن ندرس هذا التغيير وآثاره القانونية في فلسطين⁴، حيث جاء **في** المذكرات الإيضاحية أنه قد ثار

خلاف بين أعضاء لجنة صياغة المشروع بخصوص الأخذ بفكرة العقد الموقوف أو بفكرة العقد

القابل للإبطال، فقد وافقت اللجنة بداية على الأخذ بمرتبة العقد الموقوف، خاصة أن مجلة الأحكام

العقدية المطبقة في فلسطين حالياً و المأخوذة عن الفقه الإسلامي، تتبنى العقد الموقوف لا العقد

¹ - نظمت المواد 167- 176 من القانون المدني الأردني أحكام نظرية البطلان

² - بعكس ما فعله المشرع الأردني، حيث أتى بتعريف العقد الصحيح في المادة 167 أردني والتي تنص: (ثالثاً: العقد الصحيح والباطل والفاقد: أ. العقد الصحيح: هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له).

³ - محمد أمين إبراهيم التتدي في رسالته للدكتوراه وعنوانها " نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني " المرجع السابق، يرى أن العقد الموقوف ما هو إلا مشروع لعقد ويقترح إلغاء إدراجها ضمن مراتب العقود مستبدلاً هذه المرتبة بمرتبة مشروع التعاقد، كمرتبة رابعة بعد العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد، أنظر الصفحات ، 162 وما بعدها . ويرى أن العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال في مرتبة واحدة (أنظر : ص 171) .

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 113.

القابل للإبطال، ثم أخذت **بعد مراجعات** بفكرة العقد القابل للإبطال، وحين المفاضلة بين المرتبتين¹ فإننا نرى أن لكل مرتبة منهما ما يميزها وما يعترئها من ضعف، فمرتبة العقد القابل للإبطال تساير استقرار المعاملات وسرعة التداول، في حين **أن** العقد الموقوف يحمي الفرد الذي قررت الحماية من أجله على حساب استقرار المعاملات وسرعتها وإن كانت مرتبة العقد الموقوف تفضل في المحافظة بما تشتمله من حيطة وحذر على مصالح الأفراد **الذين** شُرِّع إيقاف العقد لمصلحتهم، ضمن مفهوم وقائي لا يرتب **أثرا** على العقد الموقوف.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل أخذ المشروع بالإضافة لمرتبة العقد القابل للإبطال مرتبة العقد الموقوف؟ إننا نرى ذلك عند دراسة (م. 99) التي تنص: (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد مع مراعاة ما يخالف ذلك من أحكام القانون أو قواعد التجارة.) وكذلك (م. 1/344) التي تنص: (لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها). وكذلك (م. 1/451) التي تنص: (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تسلم المبيع). وكذلك **المادتان** (م. 1/496) والتي تنص: (إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع). و (م. 1/497) والتي تنص: (إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري). وما أنتت به (م. 606)².

¹ - أنظر المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال ورجحان مرتبة العقد الموقوف، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 195-196.

² - نص المادة ص 26 من البحث.

والأمر نفسه ما أتت به (م . 960)¹ وتتص: (يقع موقوفا كل تصرف يخالف بشرط المنع من

التصرف الوارد في عقود التبرع أو الوصية إذا كان الشرط صحيحا وفقا لأحكام المادة السابقة ما لم يجزه من تقرر الشرط لمصلحته). وكذلك (م. 983) وتتص: (تجوز قسمة الفضولي وتنعد موقوفة على إجازة الشركاء في المال المقسوم صراحة أو ضمنا).

فتعاقد النائب مع نفسه نيابة عن الأصيل يكون عقدا موقوفا² على إجازة الأصيل، وكذلك هي حالة الدين إذ تكون عقدا موقوفا في حق الدائن لأنه لا يحتج بها في مواجهته إلا إذا أقرها، وكذلك إذا أجل دفع الثمن في عقد بيع اشترط فيه إيقاف نقل الملكية لحين دفع الثمن "البيع الإيجاري" فإن هذا البيع يكون موقوفا في حق البائع لحين دفع الثمن رغم تسلم المبيع، وكذلك في بيع ملك الغير، فإن عقد البيع في حق المالك يكون موقوفا؛ بإقراره يسري العقد في حقه وينقلب

صحيحا في حق المشتري وفقا للمادة (497)، رغم أن لهذا المشتري حق إبطاله وفقا للمادة

(496)³ وكذلك فإن عقد الإيجار الصادر من مالك حق المنفعة هو عقد موقوف على إجازة المالك

¹ - إذا تصرف المتصرف إليه بالشيء الممنوع من التصرف اعتبر العقد الوارد ضمنه هذا الشرط موقوفا على إجازة من تقرر لمصلحته، المذكرات الإيضاحية الفلسطينية -في معرض تعليقها على المادة 960 من المشروع-، المرجع السابق، ص 1030. وكان محمد وحيد الدين سوار، قد اقترح تعديل هذه المادة باستبدال عبارة موقوفا بعبارة باطلا وهو الأمر الذي ينسجم مع مسلك المشرع المصري في (م. 824) ، والمشرع الأردني في (م. 1029) والتي تتص: (يقع باطلاً كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام المادة السابقة) ولم يأخذ المشروع الفلسطيني باقتراح التعديل هذا .

المصدر: ملاحظات محمد وحيد الدين سوار بخط يده تحت بند التنسيق، مودعة في ديوان الفتوى والتشريع، وقد وزعت على كامل أعضاء لجنة صياغة المشروع، بعد قيام الديوان بطباعتها. ص 2 .

² - محمد إبراهيم التتدي، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، المرجع السابق، ص 165. حيث يرى أن العقد باعباره التزاما إذا أتى معلقا على شرط واقف، فإنه يكون عقدا موقوفا لحين تحقق الشرط الواقف. وإذا ما تم تبني هذا الرأي فإن المادة 282 فلسطيني والتي تتص على (إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقيق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلاً للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على انه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه) تعطي الدليل على أن المشروع الفلسطيني تبني أيضا مرتبة العقد الموقوف..

³ - ويعلق محمد وحيد الدين سوار على ذلك إن المادة 496 تلتقي العقد القابل للإبطال والمادة 497 تلتقي العقد الموقوف.

المصدر: ملاحظات محمد وحيد الدين سوار بخط يده تحت بند التنسيق، مودعة في ديوان الفتوى والتشريع، وقد وزعت على كامل أعضاء لجنة صياغة المشروع، بعد قيام الديوان بطباعتها. ص 20. وتعلق المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ص 569. على (م. 1/496) أن قابلية البيع للإبطال أساسها نص المادة، فهي بطلان من نوع خاص بحكم القانون.

الحقيقي، وكذلك حين الشرط المانع من التصرف في عقود التبرع أو الوصية فهو عقد موقوف لصالح من تقرر الشرط لمصلحته، وكذلك **فلن** قسمة الفضولي تتعقد موقوفة على إجازة الشركاء¹، فللقاعدة أن كل عقد تصح فيه الوكالة يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، والقسمة من العقود التي يصح فيها الوكالة.

وبناء عليه فإن المشروع الفلسطيني قد أخذ بمرتبة العقد الموقوف من خلال ما سبق، ولكن بنصوص استثنائية وليس كأصل عام، وعليه إن مراتب انعقاد العقد في المشروع أربعة **هي**:
العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد القابل للإبطال والعقد الموقوف.

وبما أن مرتبة العقد الموقوف استثنائية في المشروع فلن نتناولها بالبحث ومكتفين بما درسناه سابقا في أمر العقد الصحيح لنبحث أمر الآثار المترتبة على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

ثانيا: الآثار المترتبة على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

1- الآثار المترتبة على العقد الباطل : وهو أيضا ما كان قابلا للإبطال وأبطل، فنقول: **لم يتطرق**

المشروع الفلسطيني حينما تحدث عن العقد الباطل لتعريفه، ولكنه تحدث عن الآثار وفقا للمادة (

1/139) التي تنص (**1-العقد الباطل لا يرتب أثرا ولا ترد عليه الإجازة**). وكذلك تحدث عن من

يجوز له التمسك بالبطان وفقا للمادة (2/139) التي تنص (**2- لكل ذي مصلحة أن يتمسك**

بالبطان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها)، فقضت أنه لكل ذي مصلحة **أن يتمسك**

ببطان العقد الباطل بإحدى طريقتين الدعوى المباشرة، أو الدفع بالبطان، والمصلحة المقصودة هنا

هي الحق الذي يؤثر فيه صحة العقد² أو بطلانه؛ فمجرد المصلحة فقط لا **يجيز** لصاحبها التمسك

بالبطان، كما إذا رغب جار بالتمسك ببطان عقد بيع ملك جاره الآخر ليتخلص من جيرة المشتري

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1059.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 527.

الجديد. فالذين يحق لهم التمسك بالبطلان هما المتعاقدان؛ لأن علة البطلان لا تخص أحدهما بل ترجع لانعدام ركن من أركان العقد وبالتالي ينعقد العقد، وللمحكمة أن تقرر البطلان من تلقاء نفسها دون اشتراط طلبه من الخصوم، حيث يكون دور القاضي هنا كاشفا للبطلان الموجود أصلا بانعدام العقد الذي ولد ميتا.

ولكن المذكرة الإيضاحية¹ عرفت العقد الباطل بقولها "العقد الباطل عدم لا وجود له وبالتالي لا يترتب أي أثر"، فالأصل في العقد الباطل أنه لا **يترتب عليه أثر** التصرف القانوني، ولكنه قد يترتب أثرا نتيجة اعتباره واقعة مادية، حيث الواقعة المادية تنتج أثارا قانونية كما نعلم، وتسمى هذه الآثار آثارا عرضية، واستثناءا من هذه القاعدة؛ إما لضرورة استقرار التعامل، وإما في حالات الحاجة إلى حماية الغير حسن النية، فإن العقد الباطل يترتب آثارا أصلية بصفته تصرفا قانونيا، وعليه فالآثار المترتبة على العقد الباطل نوعين: آثار عرضية وأخرى أصلية .

فبخصوص الآثار العرضية للعقد الباطل فإنها تتمثل كما مر معنا في عقد الزواج غير الصحيح²، وفي ضمان هلاك محل العقد وهناك من الآثار ما يترتب عن إجراءات باطلة مثالها ما أتت به (م. 421) التي تنص (**ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالجزء وبالطلب الذي يتقدم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى**).
فصحيفة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة **يعدّ إجراء باطلا** ولكنه يقطع التقادم، وما أتت به (م. 88) والتي تنص (**لا ينعقد العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا**). فالعطاء الباطل اللاحق لعطاء صحيح سابق يلغي هذا الصحيح رغم كونه باطلا.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص150

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 479

ولعل أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد.

انتقاص العقد الباطل: وفقا للمادة (141)¹ يتطلب انتقاص العقد أن يكون هناك عقد باطل في أحد أجزائه، فبقي الصحيح ونبذ الباطل فيصبح المتبقي صحيحا.

فالعقد الصحيح الذي نتج عن عملية الإنقاص ينتج آثارا أصلية، ووصفها هنا بأنها آثار عرضية **إنما**

جاء لأن هذه الآثار تأتي منتقصة لا أثرا أصليا كاملا، فالعقد الباطل حين انتقاصه ينتج آثارا

أقل مما **استهدفه المتعاقدان** لحظة انعقاد العقد²، وما استهدفه المتعاقدان يشكل معيارا ذاتيا³، حيث

ينتقص العقد ما لم **يقيم** مدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة العقد، ومثل

ذلك وجود شرط باطل في وصية يبطل الوصية كلها إذا كان هذا الشرط هو الدافع للتصرف، وأما

إذا لم يكن الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد، فإن إمكانية تجزئة البطلان تتحقق، وبالتالي يبطل

الشرط الباطل، وتبقى الوصية صحيحة، ومن أمثلة انتقاص العقد القانوني هبة اقترنت بشرط غير

مشروع، أو **بيع** ورد على عدة أشياء وقع المتعاقد في غلط جوهرى بشأن شيء منها⁴ ففي كلتا

الحالتين لا يصيب البطلان من العقد إلا الشق الذي قام به سبب هذا البطلان، وهنا يبطل الشرط

المقترن بالهبة، وتبقى الهبة صحيحة ويبطل المحل الذي أتى عليه غلط جوهرى، ويبقى في الأشياء

الأخرى التي لم يشملها الغلط الجوهرى، وكذلك الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد عن خمس

سنوات وهنا تنتقص المدة إلى خمس سنوات طبقا للمادة (971) التي تنص (1- لكل شريك أن يطالب

بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق. 2- لا يجوز

¹ - نص المادة ص 68 من البحث

² - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج4 ، المرجع السابق، ص 72

³ - بعكس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني المادة (169) . والذي استخدم معيارا موضوعيا يكمن في بيان العوض لكل شطر أو عدم بيانه- المذكرات الإيضاحية للمشروع ص 53 ، وكذلك محمد شريف أحمد المرجع السابق ، ص 113 . وحين المفاضلة فإن الموقف الفلسطيني فيه اتجاه نحو مبدأ سلطان الإرادة .

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 152.

بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخالفه). ليصبح اتفاق الشركاء على البقاء في الشروع عقداً، صحيحاً يجيزه القانون.

تحول العقد الباطل : طبقاً للمادة (142)¹ يتطلب تحول العقد، وفقاً للنص ولهذه النظرية، أن يكون هناك عقد باطل جمع في ثناياه عناصر عقد صحيح يمكن القول بانعقاده إذا تبين أن المتعاقدين يقبلانه لو أنه اتضح لهما بطلان العقد الأول²، فيستطيع القاضي أن يستخلف³ من التصرف الباطل عناصر تصرف آخر صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة لطرفي التصرف، فالعقد الجديد يكون من داخل نطاق العقد الأصلي الباطل، شريطة إدراك القاضي الدليل على أن نية المتعاقدين كانت ستنتصرف- لو أنهما تبينا ما في العقد الأصلي من أسباب البطلان- إلى الارتباط بالعقد الجديد، وسلطة القاضي في نطاق التحول ليست سلطة تحكمية رغم أنه يتولى عن المتعاقدين إعادة إنشاء التعاقد، فهو يسترشد في عمله هذا بإرادتهما بالذات، وقد أورد المشروع القيود السابقة على تقدير القاضي لتحديد سلطته على نحو يتيح تقريب نية المتعاقدين المفترضة من نيتها الحقيقية ومثال تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح (الكمبيالة) التي لا تستوفي ما ينبغي لها من شروط شكلية فنتحول إلى تعاقد مدني⁴.

¹ - نص المادة ص 69 من البحث.

² - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 192

³ - محمد ضيف الله عبد الرحيم الجزائري ، النظرية العامة للبطلان في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير

غ.م. ، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، 1994 ، ص 101

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 155.

ومن الجدير ذكره أن نظرية تحول العقد بنيت¹ على مبدأ سلطان الإرادة، فالسعي نحو إرادة التعاقد يظهر جليا حين البحث عن عقد جديد بدل العقد الباطل، فأعمال الكلام خير من إهماله².

الآثار الأصلية للعقد الباطل: يترتب على العقد الباطل في حالات - خلافا للقواعد العامة - آثار

أصلية باعتباره تصرفا قانونيا؛ لا باعتباره واقعة مادية، ويبرر هذه الحالات فكرة احترام الظاهر وما يستتبعها من حاجة إلى حماية الغير حسن النية وضرورة استقرار المعاملات، فالقانون يحمي الظاهر المستقر الذي يطمئن له الناس في تعاملهم حتى ولو خالف الحقيقة فيعتبره الحقيقة ذاتها³ ويكون هذا إعمالا للإرادة الظاهرة التي تمتد لتشمل العقد الباطل الذي اطمأنت إليه الناس فرتب القانون عليه

آثاره الأصلية كما لو كان **عقدا** صحيحا، وقد أورد المشروع (م. 1183) تطبيقا حيا لهذا ، حيث جاء

النص: (يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بطلان سند

ملكته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية . في الوقت

الذي ابرم فيه الرهن) . فالعقد الباطل هنا يرتب آثاره الأصلية حماية للدائن المرتهن الذي اطمأن

للظاهر بأن الراهن مالك للمرهون مشروطا في المرتهن أن يكون حسن النية، ورتب المشروع تبعا

لذلك آثار العقد كما لو كان صحيحا، وهي قيام حق الرهن لصالح هذا المرتهن رغم بطلان العقد.

¹ - صاحب عبيد الفتاوي، تحول العقد دراسة مقارنة ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1997 ، ص 259. حيث كتب أن نظرية التحول في وضعها الحالي قائمة بالأساس على اعتماد مبدأ سلطان الإرادة ، فهي محاولة لدعم وتأييد إرادة المتعاقدين وتوجيهها الوجهة التي تجعل العقد الباطل ذا أثر فعال بالنسبة لأطرافه الذين أخفقوا في اعتماد الوسيلة القانونية التي توصلهم إلى الغاية الاقتصادية والعملية المنشودة بغض النظر عن أهداف العقد الاقتصادية والاجتماعية لذلك جاءت القوانين التقليدية بنصوص يكشف من خلالها القاضي عن نية الطرفين المحتملة ، وبذلك كان دور القاضي دورا محدودا وضيقا لا يتعدى دور الكاشف عن إرادة المتعاقدين.

² - المادة 161 فلسطيني والتي تنص على (أعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل) المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق، ص 182

³ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 78 .

وكذلك (م. 1/256)¹ من المشروع المتعلقة بالعقد السوري هي مثال آخر، فعلى اعتبار العقد السوري عقدا باطلا لعدم جدية الإرادة، يكون العقد الباطل قد أنتج آثارا أصلية كما لو كان صحيحا. وكذلك حين بطلان عقد الشركة فإن هذا العقد الباطل لا يسري أثره فيما بين الشركاء أنفسهم قبل طلب الشريك الحكم بالبطلان تطبيقا (م. 545) التي تنص (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد. لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان قبل الغير، ولا يكون لها أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان).

أثر الإجازة والتقادم على العقد الباطل: للعقد الباطل **وجود فعلي لا وجود قانوني**، فلا وجود له إلا من حيث الصورة وهو معدوم، ولا يملك أحد المتعاقدين إلزام المتعاقد الآخر به وجبره على تنفيذه، وإذا ما نفذه باختياره سواء كان عالما بالبطلان أو لا يعلم به؛ فله استرداد ما سلمه تنفيذا لهذا العقد، وما دام الأمر كذلك فإن العقد الباطل لا تلحقه إجازة، فهي لا ترد على المعدوم، والعدم لا يصير وجودا ولو أجاز² طبقا للمادة (1/139)³، وعدم لحاق الإجازة بالعقد الباطل لا تمنع عمل هذا العقد من جديد وهناك اختلاف بين إجازة العقد الباطل وعمله من جديد، حيث **إن للإجازة أثرا رجعيًا** فتاريخ العقد المجاز **يكون** يوم انعقاده رغم أن الإجازة تأتي لاحق لتاريخ العقد، في حين إذا تم عمل العقد الباطل من جديد؛ فإن تاريخ هذا العقد يكون من يوم عمله من جديد، وما يترتب على ذلك من أحكام؛ وبالخصوص أهلية المتعاقدين.

¹ - تتطابق مع المادة 368 أردني. ونص المادة 1/256 ذكر ص 49 من البحث.

² - عيد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 119

³ - نص المادة، ص 117 من البحث.

تقادم العقد الباطل: العقد الباطل عدم فلا يمكن بعثه أو إحيائه، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال الأمد¹ هذا هو المنطق القانوني السليم جراء اعتبار العقد **الباطل معدوما** ولكن المشروع استجاب² إلى ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا، وهو ما أخذ به المشرع المصري نفسه نتيجة تأثره بمذهب الفقه والقضاء **الفرنسيين** في وجوب خضوع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم³ حماية للأمن الاجتماعي وللمحافظة على استقرار المعاملات التي تمت واستقرت بمرور الزمن فجاءت(م. 140) والتي تنص على: (تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، أما الدفع بالبطلان فيجوز إبدائه في أي وقت).

فالمشروع الفلسطيني يسقط الدعوى بمرور فترة التقادم، والحكم الذي أتى به المشروع لا يعني بأي حال من الأحوال أن العقد الباطل ينقلب صحيحا بمرور الزمن، ولكن الحكم يكون بمنع جواز تحريك دعوى البطلان. وسقوط دعوى البطلان بمضي الزمن لا يمنع من جواز الدفع بالبطلان، فدعوى البطلان تختلف عن الدفع به، فلكل صاحب مصلحة من البطلان تحريك دعوى البطلان خلال مدة لا تزيد عن 15 سنة، و بمرور الزمن يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال، في حين الدفع بالبطلان لا

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4، المرجع السابق ، ص 80 .

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 151

³ - يستخدم المشرع الأردني في المادة 434 والتي تنص: (1. اذا تعدد المدينون في تصرف لا يقبل التجزئة كان كل منهم ملزما بالدين كاملاً . 2. ولمن قضى الدين ان يرجع على كل من الباقيين بقدر حصته). تعبير عدم سماع الدعوى، في حين الفلسطيني في المادة 1056 يستخدم تعبير تسقط الدعوى في إشارتيهما على التقادم، ويمكن تفسير ذلك في ما كتبه محمد علي عمران في كتابه مصادر الالتزام - المصادر الإرادية وغير الإرادية ، المرجع السابق ، ص 158 - 159، وجاء فيه التقادم طريقة من طرق انقضاء الالتزام وقد يكون التقادم مسقطا وقد يكون مكسبا وقيل في الأساس الذي يبني عليه التقادم المسقط هو الرغبة من المشرع في معاقبة الدائن المهمل ورد على ذلك أن هذا يكون إثابة للمدين المقصر في التسديد وقيل فيه بأنه قرينة على أن الدائن استوفى ما له من حق وقيل فيه أيضا انه تكريس وتأييد للوضع الظاهر ، والشريعة الإسلامية لا تأخذ بالتقادم كطريقة لانقضاء الالتزام إعمالا لقول الرسول الأعظم (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) ولكن الفقهاء المسلمين في المذهبين المالكي والحنفي عرفوا نظاما آخر يقترب من التقادم وهو نظام عدم سماع الدعوى فولي الأمر له ولاعتبارات عملية أن يخصص للقاضي نظر بعض القضايا دون الأخرى التي مر عليها زمنا طويلا ويسمى هذا النظام بنظام عدم سماع الدعوى حيدا لو أخذ المشروع الفلسطيني بلفظ عدم سماع الدعوى ، رغم أن سقوط الدعوى لا يعني انقضاء الحق أو الدين لأنه يبقى التزاما طبيعيا في كلا الحالتين، أنظر التقادم المسقط ، المذكرات الإيضاحية الفلسطينية وتعليقاتها على الأخذ بهذه الفكرة ص 481 ، وانظر عبد القادر الفار ، أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني، ط 4 ، مكتبة دار الثقافة، عمان ، الأردن، ص 214 ، ص 232 ، وانظر محمد شكري سرور ، موجز الأحكام العامة للالتزام ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1984 ، ص 334-336 ، وانظر موسى أبو ملوح شرح أحكام الالتزام في النصوص المقترحة لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المرجع السابق، ص 312-313.

وجاء في المذكرات الإيضاحية ، ص 481 أن لجنة صياغة المشروع أخذت بفكرة عدم سماع الدعوى أولا ثم عدلت عنها لاعتبارات عملية، حيث جعلت التقادم يسقط حق المالك بمرور الزمن واكتساب الحق لوضع اليد بمرور الزمن أيضا.

ينشأ وقت العقد بل حين الادعاء بعكس البطلان، أي حين طلب تنفيذ العقد الباطل، وعليه فإن هذا الدفع لا يسقط بمرور الزمن فلا تقادم على الدفع بالبطلان.

2- آثار العقد القابل للإبطال: لم يأت المشروع بتعريف للعقد القابل للإبطال فالمادة (143) تنص (

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا

الحق). لم تعرف العقد القابل للإبطال إلا من خلال أن هذا الحق في إبطال العقد يكون لأحد

المتعاقدين وليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك به، وكذلك يمكن التعرف على العقد القابل للإبطال في

(م. 1/145) التي تنص (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات

ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) مما يمكننا استخلاص بعض الدلائل التي تشير إلى أن العقد

القابل للإبطال قد تم تحديد مدة زمنية للمطالبة بإبطاله؛ وإلا فإنه يتأكد بتحوله إلى عقد صحيح غير

قلق.

إجازة العقد القابل للإبطال: بينا أن العقد القابل للإبطال تقرر لمصلحة خاصة بأحد المتعاقدين دون

الآخر وفقا للمادة (143)¹، لانعدام توافر شروط صحة رضائه لعدم اكتمال أهليته أو لعيب شابها؛

فهذا المتعاقد هو الذي له الحق في طلب إبطال العقد دون سواء، وينتقل هذا الحق لورثة المتعاقد في

حال وفاته، ومثلما منح هذا المتعاقد، حماية لمصلحته الخاصة، الحق في إبطال العقد فله؛ أيضا

الحق في التنازل عن هذه الحماية التي كفلها له القانون، فكانت الوسيلة لذلك هي إجازة العقد،

والإجازة هي التنازل من قبل المجيز عن حقه في إبطال العقد تطبيقا (م. 2+1/144) التي تنص (

1- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. 2- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم

فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير). ولم يكن ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون

المدني الفلسطيني دقيقا، حين جاء فيها " إن الإجازة عمل قانوني يصدر من جانب واحد يزيل به

¹ - نص المادة ص 124 من البحث.

المتعاقد عيباً¹ في العقد كان يخوله الحق في طلب إبطاله" ، و الأصوب أن الإجازة عمل قانوني يصدر من جانب واحد يتنازل بموجبها من له حق الإبطال عن هذا الحق، فجوهر الإجازة هو التنازل عن الحق² في الإبطال.

والإجازة تلحق بالعقد القابل للإبطال وتقر استمرار سريانه الذي كان مهدداً³ بالبطلان، فهي تزيل عنه خطر البطلان الذي يقلقه لتجعله مستقراً، والإجازة تكون صريحة أو ضمنية .

فالصريحة تكون بصدور كل تعبير عن الإرادة يقصد به الدلالة عن التنازل عن الحق بالإبطال وبالتالي تصحيح العيب الذي لحق بالعقد، وقد تكون الإجازة ضمنية يمكن الاستدلال عليها من كل مسلك، وفي كل حالة دالة بوضوح **على** نية الإجازة، **كما لو نفذ هذا** المتعاقد مختاراً العقد بعد علمه بالعيب الذي لحق بإرادته، ويمكن أن يستدل عن الإجازة الضمنية أيضاً من عمل مادي يدل عليها، ومثالها أن يقوم المتعاقد الذي أصاب إرادته عيب من عيوب الرضا، بعمل على الأرض المشتراة بعد اكتشافه لهذا العيب.

وبما أن الإجازة عمل قانوني من جانب واحد فهي تؤتي أثرها فوراً دون الحاجة إلى موافقة أو إقرار من المتعاقد الآخر، ويكون للإجازة أثرها الرجعي، فآثار العقد تكون صحيحة ملزمة بالتنفيذ منذ انعقاد العقد لا منذ تاريخ الإجازة، وهذا الإلزام يكون فيما بين المتعاقدين، وأما بالنسبة للغير فإن آثار الإجازة لا تؤثر على حقوقهم التي تكونت خلال فترة انعقاد العقد وإجازته، **وتبقى** سارية المفعول رغم الإجازة، ويظهر هذا جلياً حين يرتب القاصر حقا عينياً على عقاره المتصرف به في عقد قابل

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 157 .

² - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 182 - 187 . حيث كتب: الإجازة معناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد والتقدم يعني اعتبار صاحب الحق متنازلاً عن حقه في طلب الإجازة ،

³ - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، القاهرة ، مصر ، 1984 ، فقرة 259، ص 518 ، مشار إليه صلاح الدين محمد شوشاني ، نظرية العقد الموقوف ، دار الثقافة ، ط 1 ، عمان ، الأردن ، 2001 ، ص 28.

للإبطال **وقبل** إجازته، فإن إجازة هذا العقد تنقل محل العقد مثقلاً بالحق العيني¹ الذي أوقعه تعاقد القاصر بعد انعقاد العقد القابل للإبطال وقبل إجازة هذا العقد.

والإجازة لا تلحق حصراً إلا بالعيب الذي قصده المميز من إجازته فإذا تعددت العيوب اللاحقة بالعقد القابل للإبطال فإن هذه الإجازة يجب أن تشمل كل هذه العيوب، لإيقاف الفلق الذي ينتاب هذا العقد، فأجازة العقد القابل للإبطال لعدم اكتمال الأهلية لا **تغني** عن إجازة العقد إذا كان، بالإضافة إلى نقص أهلية المتعاقد هذا، كان مكرها على التعاقد أيضاً، فيجب إجازة العقد لعيب الإكراه.

أتى المشروع **بنص** مستحدث تخطى فيه تطور الفقه الغربي والتقنين المصري **الذي تبنى** مراتب البطلان منهما، فلم يبق المشروع الحق في الإبطال مفتوح المدة كما عندهم **إذ** يستطيع من شرع له استعماله وقت ما شاء بل أعطى المشروع الحق لمن له مصلحة متعلقة بعقد قابل للإبطال أن يعذر المتعاقد الذي شرعت قابلية الإبطال لمصلحته ليحدد موقفه إما الإجازة وإما الإبطال عن طريق الدعوى الاستفهامية² تطبيقاً للمادة (3/ 144) التي تنص (ومع ذلك يجوز لكل ذي مصلحة في العقد أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لا تزيد عن تسعين يوماً، تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انقضت هذه المدة دون إبداء رغبته تعد إجازة للعقد)، فالمتعاقد الذي له حق الإبطال بعد الدعوى الاستفهامية يختار **إما** الإجازة أو الإبطال خلال مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ **الإعذار** تحقيقاً **لاستقرار** المعاملات، ولتلافي العيوب التي أظهرها

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق، ص 158 .

² - والدعوى الاستفهامية (وهي الدعوى التي يرفعها شخص على آخر يمنحه القانون خياراً بين أمرين في ميعاد معين، وذلك ليطالبه بأن يحدد موقفه، ويختار أحد الأمرين قبل انقضاء الميعاد القانوني) - وجدي راغب، مذكرات في مبادئ القانون المدني الكويتي، 1982، ص 52 - نقلاً عن محمد جبر الألفي، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، البحث المشار إليه سابقاً، فقرة 28+29. والدعوى الاستفهامية ليست محل اتفاق بين فقهاء القانون المدني الذي يكاد يجمع - المرجع نفسه، فقرة 29، - على عدم قبولها، تأسيساً على عدم توافر شرط المصلحة أو على أن المصلحة فيها غير قانونية، إلا في الحالات المقررة بنص القانون.

الفقه لفكرة العقد القابل للإبطال¹ فالمشروع قرر الإجازة المفترضة للعقد القابل للإبطال في حال انقضاء المدة الممنوحة لصاحب هذا الحق².

ورغم ما سبق؛ فإن العقد القابل للإبطال ما زال مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي بخصوص حكم بيع ملك الغير، فالمشتري وهو من شرع الإبطال لمصلحته بإمكانه أن يجيزه، ورغم هذه الإجازة فإن هذا العقد لا ينفذ في حق المالك الحقيقي، في حين إذا أجاز المالك الحقيقي فإنه ينفذ في حق المشتري وهو الذي شرع حق الإبطال لمصلحته، ويعلق المرحوم السنهوري على ذلك أن في هذا خروجاً على الصناعة القانونية³.

تقادم حق الإبطال: يسقط الحق في إبطال العقد القابل للإبطال بمضي ثلاث سنوات من تاريخ اكتمال الأهلية إذا كانت قابلية الإبطال بسبب نقص الأهلية أو من يوم زوال سبب نقصها أو انكشاف الغلط والتغريب إذا كان هو سبب القابلية للإبطال، ومن يوم انقطاع الإكراه إذا كان هو سبب قابلية الإبطال تطبيقاً للمادة (1/145)⁴ وكذلك (م.2/145) والتي تنص: (ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو **التغريب**، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تغريب أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد)، وفي كل الأحوال لا يجوز التمسك بالإبطال نتيجة الغلط أو التدليس أو الإكراه بمضي مدة 15 عاماً من يوم تمام العقد،

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق، م2، المرجع السابق ، ص 195 وبالخصوص العيوب التي وجهت للعقد الموقوف.

² - حاكي المشروع الفلسطيني في هذا النص ما سلكه المشرع الفرنسي في تعديله للمادة 1844 -12 مدني والخاصة بتصحيح عقد الشركة بالقانون رقم 78 -9 الصادر في 1/4/1978، أنظر محمد جبر الألفي، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، البحث المشار إليه، فقرة 25 و فقرة 31. وهو نفس مسلك المشرع العراقي ، حين أتى بنص المادة 2/136 والتي بموجبها منح من شرع إيقاف العقد لمصلحته استعمال خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر (المصدر نفسه). في حين أغفل المشرع الأردني ذلك، رغم أنه قادراً على فعل ذلك منتهجاً سلوك المشرع العراقي الذي يأخذ بمرتبة العقد الموقوف مثله..

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ، م2 ، ص 196.

⁴ - نص المادة ص 124 من البحث .

في حين يتصور مرور 15 عاما دون تحقق تقادم دعوى القابلية للإبطال في حال نقص الأهلية لأن مدة التقادم في هذه الحالة لا تبدأ إلا بعد زوال نقصها¹، ويلاحظ هنا أنه يمكن عمليا انقضاء فترة 15 سنة دون اكتمال الأهلية لناقصها، ومثالها استمرار حالة الجنون عند شخص متعاقد مدة ثلاثة عشر سنة.

تقرير بطلان العقد القابل للإبطال: المتعاقد الذي شرع حق الإبطال لمصلحته هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان وحده دون المتعاقد الآخر، فلا يثبت هذا الحق إلا للمتعاقد المراد حمايته وهو ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة تطبيقا لنص (م. 143)²، فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية، فناقص الأهلية- أو نائبه القانوني - هذا هو الذي يتمسك بالبطلان، وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية؛ **وحينئذ** يكون لكل منهما أن يتمسك بالبطلان مع ملاحظة أن العقد يكون قابلا للإبطال وليس باطلا، حيث تجوز إجازته وبالتقادم يزول بطلانه؛ فلو اعتبرناه عقدا باطلا لما أمكن ذلك، وأما إذا كان سبب القابلية للإبطال عيب من عيوب الإرادة؛ فمن شاب إرادته هذا العيب دون المتعاقد الآخر، **فإنه** هو الذي **يمنحه** القانون التمسك ببطلان العقد. وبعكس العقد الباطل؛ فلا يستطيع الدائنون ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص، التدخل والمطالبة بدعوى مباشرة لتقرير بطلان العقد القابل للإبطال، وإن كان القانون قد منحهم **ذلك** عن طريق الدعوى غير المباشرة، بصفتهم دائنين للعاقده فهم يقومون بمباشرة حقه بالإبطال نيابة عنه. وبعكس العقد الباطل أيضا فإن تقرير البطلان لا تستطيعه المحكمة من تلقاء نفسها **ما** لم يتمسك بالإبطال المتعاقد الذي قرر الإبطال لمصلحته.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 160.

² - نص المادة ص 124 من البحث

و يجوز التمسك بالبطلان تطبيقاً لنص المادة (145)¹، للمتعاقد الذي قرر الإبطال لمصلحته عن طريقي الدعوى والدفع ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم، وتقدم الحق بالإبطال يكون بمضي ثلاث سنوات من اكتمال الأهلية حتى لو تجاوز ذلك **خمس** عشرة سنة من إبرام العقد²، كما مر معنا، ويتصور ذلك في حالة نقص الأهلية للجنون مثلاً حين يبرأ المجنون وتكتمل أهليته بعد 13 سنة من التعاقد القابل للإبطال، وفي حالة مرور ثلاث سنوات من زوال الإكراه بانقطاعه يكون التقادم أيضاً بمرور السنوات الثلاث أو مرور خمسة عشرة عاماً من وقت صدور التعاقد، ويطبق **من المدد السابقة أيهما أقصر**، وكذلك في حالتي الغلط أو التغير **إذ تبدأ المدة من يوم اكتشافهما، وهنا يسقط الدفع** ببطلان العقد القابل للإبطال بالتقادم وفق ما سبق؛ بعكس تقدم الدفع ببطلان العقد الباطل؛ فإنه لا يسقط بمضي المدة³.

وجاء في المذكرات الإيضاحية " العقد القابل للإبطال عقد موجود ، وتترتب عليه آثاره إلى أن يقرر بطلانه، ويجب على من يثبت له حق التمسك بإبطال العقد أن يقوم بذلك خلال المدة المحددة **لذلك**، فإذا انقضت دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الإبطال ع د ذلك نزولاً عن حقه، ولا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك بالإبطال بطريق الدعوى، أو بطريق الدفع " وعليه فالدفع يسقط أيضاً بناء على تنازل المتعاقد الذي قرر لمصلحته قابلية الإبطال عنه بعدم استعماله خلال المدة المحددة. والعقد القابل للإبطال نافذ ينتج جميع آثاره باعتباره تصرفاً قانونياً فهو عقد صحيح ما لم يتمسك بإبطاله العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهو رغم وجوده صحيحاً إلا أنه قلق، وبالإمكان إزالة هذا القلق **وابقائه** صحيحاً نافذاً بالإجازة أو التقادم **بمضي** المدة، وبالإمكان أيضاً تحويله إلى عقد باطل حين يطالب من له حق الإبطال ببطلانه.

¹ - نص المادة ص 124 من البحث

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص530.

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق ، 159 .

وعليه فإن العقد القابل للإبطال يمر **بمرحلتين**: الأولى صدوره صحيحا، والأخرى إم **أن** يستمر صحيحا بمرور الزمن أو إجازته بالتراضي أو التقاضي، حيث يرفع **ذو** المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ليحصل على الحكم بذلك، وقرار القاضي هو منشئ للبطلان وليس كاشفا له كما هو في العقد الباطل، رغم أن القاضي لا يملك إلا الحكم فيه حين وجود السبب الذي يجعله قابلا للإبطال، حيث لا سلطة تقديرية له في ذلك.

ويترتب على بطلان العقد القابل للإبطال تساويه مع العقد الباطل تماما، حيث يعتبر كأن لم يكن، وبأثر رجعي من يوم صدوره، ويجب إرجاع كل شيء إلى أصله باستثناء حالة القابلية للإبطال لنقص الأهلية؛ فإن الاسترداد من ناقص الأهلية تكون كما هي في العقد الباطل، فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد تطبيقا للمادة (146) التي تنص (1- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا، جاز الحكم بتعويض معادل. 2- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا ابطال العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد). وبطلان العقد القابل للإبطال وما يترتب عليه من أثر رجعي يجب أن لا يخل بحقوق الغير حسن **النية**. وتقول المذكرة الإيضاحية في ذلك " ويجب ألا يخل مبدأ الأثر الرجعي للبطلان بحقوق الغير، حسن النية، فإذا ما صدر رهن من مالك بطل سند **ملكته** وزالت ملكيته بأثر **رجعي بسبب** البطلان، بقي الرهن على المرهون لمصلحة الدائن المرتهن رغم أن الرهن هنا صدر من غير المالك، وكل هذا من أجل استقرار المعاملات ودعمها للثقة والائتمان وحماية حسن النية"¹. ومثال ذلك المادة (1183)² كما مر معنا.

الفرع الثاني: تقييم موقف المشروع الفلسطيني

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 162.

² - نص المادة ص 121 من البحث .

في نظرية البطلان وعلاقة هذه النظرية بمبدأ سلطان الإرادة

أخذ المشروع الفلسطيني نظرية البطلان عن الفقه الغربي مخالفاً بذلك ما طبق في الأراضي الفلسطينية خلال عدة عقود مضت، وما زال **يطبق حتى إقرار هذا المشروع ونشره وإصداره** ، فمجلة الأحكام **العديلية، التي أخذت بمراتب البطلان من الفقه الإسلامي، هي القانون** المطبق في الوقت الحاضر على أراضي السلطة الفلسطينية كافة، وعند تحليل موقف المشروع الفلسطيني فإننا نجده ينحو للأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ونحو الإرادة الفردية، فالعقد القابل للإبطال هو عقد نافذ وقرر لمصلحة من شرع للإبطال لمصلحته وليس لمصلحة المجتمع بشكل عام فتماشى المشروع مع رغبة المتعاقد رغم أنها معيبة، انحيازاً لسرعة التداول، ورغبة من المشروع في تكريس استقرار المعاملات؛ فقد قرر أن يكون **من** حق من شرع له حق الإبطال استخدامه خلال مدة ثلاث سنوات حد أقصى إذا لم يعذر من **أحد**، وتكريساً لاستقرار المعاملات قرر المشروع أن من له مصلحة في استقرار العقد القابل للإبطال أن يعذر من شرع له حق إبطاله باستعماله في مدة أقصاها 90 يوماً، **وبخلاف هذا فإن عدم الرد** خلال هذه المدة يكتسب هذا العقد القابل للإبطال صفة العقد الصحيح النافذ، وبهذا يكون المشروع الفلسطيني قد تلافى **عيباً** وجهت أيضاً للعقد الموقوف الذي أخذ عليه وقوف تطوره عند حد معين يتعلق بمدة إيقافه.

ورغم أننا لم نجد عند غالبية الفقهاء¹ والشراح إلا تفضيلاً لمرتبة العقد الموقوف على مرتبة العقد

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه، م 2، المرجع السابق، ص 195 .

القابل للإبطال¹، إلا أننا نعتبر أن المشروع قد كان جريئاً في معارضة كثير من الفقهاء والأخذ بالعقد القابل للإبطال² انحيازاً لاستقرار المعاملات وسرعة التداول، نظراً لاتساع نطاق المعاملات المالية، والاتجاه الحديث نحو تيسير العقود وسرعة انعقادها الذي أصبح سمة العصر.

إن تبني مراتب انعقاد العقد من الفقه الغربي يتلافى مرتبة العقد الفاسد³ التي جافاها غالبية فقهاء القانون، ناهيك عن أن العقد القابل للإبطال يتميز بإقراره نفاذ العقد مع إبقائه لإمكانية الإبطال وحفاظاً على المتعاقدين الذي شرع الإبطال لمصلحته حماية مخصصة له، رغم سريان التعاقد، وهو

¹ - محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 120، أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2003، ص 153، أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 168. أصلاح الدين شوشاني، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص 30 صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، المرجع السابق، ص 47-49.

² - من الجدير بالذكر أن لجنة إعداد المشروع قد عرضت نصوصه على بعض فقهاء وشرح القانون المدني في العالم العربي ومنهم محمد وحيد الدين سوار والذي شارك فعلياً في التنقيح ووضع الملاحظات، وفي هذا الصدد يبدو أنه تم عرض المشروع على سيادته في بداياته حين كان قرار أغلبية أعضاء لجنة صياغته تتبنى مرتبة العقد الموقوف حيث علق على ذلك (يلاحظ ان المشروع الفلسطيني لم يجاز القانون المدني الكويتي في استبعاد فكرة العقد الموقوف كما لم يجاز القانون المدني الأردني في التوسع فيه وعرض كلا الاتجاهين فكتب في الاتجاه الأول ما يستشف منه أنه مع فكرة العقد القابل للإبطال، حيث ورد في ملاحظاته ما يلي: (إيثار قابلية الإبطال في القانون المدني الكويتي على فكرة العقد الموقوف تقول المذكرات الإيضاحية الكويتية في هذا الصدد في التعقيب على المادة 87 منه (ص 116) أثر المشروع هنا أن يأخذ بفكرة قابلية للإبطال باعتبارها جزءاً يرد على عقد القاصر دون فكرة العقد الموقوف، ذلك لأن وقوع العقد قابلاً للإبطال فيه حماية أكبر للقاصر من وقوعه موقوفاً على الإجازة، فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره بمجرد انعقاده مع تخويل القاصر حق إبطاله، وهو حق يمكن لمن له الولاية عليه أن يباشره فوراً نيابة عنه، أو يباشره هو بنفسه عند بلوغه سن الرشد فكأنه يمكن للقاصر أن يفيد من العقد إذا كان فيه مصلحة من غير حاجة إلى أي إجراء يتخذه هو أو وليه. فإن تلمس له بعد بلوغه سن رشده ضرراً له أو تلمسه فيه وليه حال قصره أمكن له أن يطلب من القاضي الحكم بإبطاله بنفسه أو بواسطة وليه فيزول بذلك أثره من وقت إبرامه، ثم إن فكرة العقد الموقوف ليست إسلامية بالمعنى الشامل وإنما هي فكرة قال بها الحنفية والمالكية ولم يأخذ بها من مذاهب السنة لا الشافعية ولا المالكية، فيما عدا إحدى الروايات عن الإمام أحمد أخذ فيها بنظام العقد الموقوف نهائياً.

ولعل ميزة فكرة قابلية العقد القابل للإبطال باعتباره جزءاً يرد على تصرفات القاصر وغيره من ناقصي الأهلية، على فكرة العقد الموقوف هي التي حدثت بالأغلبية الكبرى من قوانين البلاد العربية إلى أن تأخذ بها دونها، فلم يسلك النهج المغاير إلا القانون العراقي ثم القانون الأردني بل لعل هذا القانون الأخير لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف على نحو مطلق)

ويرى الباحث أن موقف محمد وحيد الدين سوار ساهم في تحول رأي الأغلبية لصالح الأخذ بمرتبة العقد القابل للإبطال للمزايا التي عرضها في ملاحظاته على نصوص المشروع وإن كنا قد توصلنا أن المشروع لم يستبعد مرتبة العقد الموقوف.

المصدر: ملاحظات محمد وحيد الدين سوار بخط يده تحت بند التنسيق، المرجع السابق، ص 19.

³ - أنظر تقييم العقد الفاسد في القانون المدني الأردني، عدنان إبراهيم السرحان، نوري محمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 202، حيث يعلق رحمه الله على إغفال التقنين العراقي للعقد الفاسد بقوله " وأغفل العقد الفاسد (يقصد التقنين المدني العراقي) حتى يغفل بإغفاله، أسباب الفساد، فيصل في التطور إلى غايته.

بهذا لم يهمل إرادة المتعاقد الآخر، وحماها بسريان التعاقد؛ لأن ذلك **خير** من إيقاف التعاقد، والانتظار لإجازته.

إن مرتبة العقد القابل للإبطال تتميز¹ بازدواجية الحمائي: حماية المتعاقد الذي شرعت قابلية الإبطال لمصلحته، وحماية مصلحة المتعاقد الآخر ولو بشكل قلق، بعكس مرتبة العقد الموقوف، فإن الحماية الواردة فيه لا تنظر إلا إلى مصلحة المتعاقد الذي شرع إيقاف العقد لمصلحته، هذا إذا ثبت أن ذلك في مصلحته.

ولعل الباحث في هذا المقام يرى في سلوك المشروع بخصوص نظرية تحول العقد وانتقاص العقد انتهاجه تدعيم مبدأ سلطان الإرادة حين اعتمد معيارا ذاتيا يتطلع فيه لإرادة المتعاقدين حين قرر أن على القاضي استخلاف العقد الصحيح في التحول، والعقد الجديد في الانتقاص عن طريق الإرادة المحتملة للمتعاقد لا على المعيار الموضوعي الذي انتهجه المشرع الأردني في نظرية انتقاص العقد. والذي يعلق عليه وحيد الدين سوار²، بأنه جاء نتيجة تأثره بالنزعة الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي.

¹ - المصدر: ملاحظات محمد وحيد الدين سوار بخط يده تحت بند التنسيق، المرجع السابق، ص 19 .

² - الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 65 .

الفصل الثاني

الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام غير الإرادية

مرّ معنا¹ بان ما يميز التصرف القانوني هو وجود الإرادة التي تأتي في المقام الأول من الاهتمام ويعول على وجودها وجود التصرف نفسه، في حين أن ما يميز الواقعة القانونية هو العمل الذي به ينشأ الالتزام، وللواقعة القانونية² معنيان أحدهما معنى واسع وآخر معنى ضيق ففي رأي بعض³ الفقه إن الواقعة القانونية بمعناها الواسع هي المصدر الوحيد للالتزام، في حين يرى الاتجاه الآخر بأن الواقعة القانونية بالمعنى الضيق تكون عند وقوع فعل يرتب القانون أثرا عليه دون البحث عن إرادة حدوث هذا الفعل وجودا أو عدما بل يترتب الأثر على الفعل المادي بغض النظر عن الإرادة، فإذا ما كان ترتيب الأثر على الإرادة نفسها كنا بصدد تصرف قانوني وهو جزء من الواقعة القانونية بمعناها الواسع أيضا، والواقعة القانونية بمعناها الضيق هي الجزء الآخر من الواقعة القانونية بمعناها الواسع⁴، ويقول : محمد علي عمران⁵ بأن الواقعة القانونية بمعناها الضيق لم تنل من الفقه العناية اللازمة مقارنة بالتصرف القانوني، وهذا انعكاس لسيطرة المذهب الفردي.

والفقه آخذاً بعين الاعتبار المعنى الضيق للواقعة القانونية، يقسم مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية كانت موضوع الدراسة في الفصل الأول وأخرى غير إرادية هي موضوع الدراسة في هذا الفصل، والذي سيتناول الاتجاهات العامة في الواقعة القانونية والقانون حين يكون المصدر المباشر للالتزام.

¹ - أنظر ص 10 من البحث.

² - ذكرنا في هامش ص 10 من هذا البحث أن هناك من يرى أن الواقعة القانونية بمعناها الواسع هي المصدر الوحيد للالتزام، فهي أمر يحدث يرتب القانون أثرا عليه، وأما الواقعة التي لا يترتب عليها أثر فلا تسمى واقعة قانونية، مثل تناول الطعام والشراب (عبد القادر الفار، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1994، ص 149)،

³ - نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 545 والمشار إليه أيضا في كتاب محمد شريف أحمد مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 17.

⁴ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، 1983 ص 573.

⁵ - المدخل لدراسة القانون نظرية الحق، مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، القاهرة، مصر، 1999-2000، ص 219.

ولما كانت مصادر الالتزام غير الإرادية الفعل الضار والفعل النافع والقانون حينما يكون المصدر

المباشر للالتزام، تقسم الدراسة في هذا الفصل إلى :

المبحث الأول:الاتجاهات العامة في مجال الفعل الضار

المبحث الثاني : الاتجاهات العامة في مجال الفعل النافع

المبحث الثالث : الاتجاهات العامة في القانون حين يكون المصدر المباشر للالتزام

المبحث الأول:الاتجاهات العامة في مجال الفعل الضار

نظم الفصل الثالث من الكتاب الأول من المشروع أحكام الفعل الضار في المواد (179- 199)¹

فشملت في الفرع الأول المواد (179- 191) أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

وشملت في الفرع الثاني المواد (192-194) المسؤولية عن فعل الغير، وفي الفرع الثالث جاءت

المواد (195-199) بأحكام المسؤولية عن الحيوان والأشياء.

وتشمل دراسة الاتجاهات العامة في الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية باعتبارها أحد أبرز

مصادر الالتزام غير الإرادية جزءاً من هذه الاتجاهات لأن ما يتعلق منها بالإرادة ليس له شأن في

المصادر غير الإرادية فلا مبدأ سلطان الإرادة ولا الإرادة الظاهرة ولا الإرادة الباطنة يشملها دراسة

الاتجاهات في هذه المصادر، فيبقى اتجاه النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية وكذلك النزعة

الفردية والنزعة الجماعية، أما فيما يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي اتجاهاً عاماً، فتم تأجيل البحث

فيه إلى المبحث الثالث في هذا الفصل.

وعليه يأتي تقسيم الدراسة وفقاً لما يلي:

المطلب الأول : النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في الفعل الضار

المطلب الثاني : النزعة الفردية والنزعة الجماعية

المطلب الأول : النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في الفعل الضار

¹ - نظمت المواد 257-274 أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني.

قد يكون الفعل الضار عمدياً بقصد الإضرار وقد يأتي غير عمدي ، فأما الأول فهو موضوع قانون العقوبات وفي مجال الفعل الضار غير العمدي فان أحكام القانون المدني هي التي تحكمه وبالخصوص حين التعويض عنه.

وعند طرح سؤال يتعلق بأساس المسؤولية في الفعل الضار الذي يلزم مرتكبه تعويض المضرور؛

فإننا نكون أمام خيارين يدلان على تبني إما النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية، فلم يجادل

الفقه القانوني في اعتبار الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية حتى أواخر القرن التاسع عشر، **إذ كانت**

النظرية الشخصية هي السائدة. ثم ظهر من ينادي بتغيير هذا الأساس لتلافي التهديد الذي يتعرض

له المضرور بضياع حقوقه عند صعوبة إثبات الخطأ، خاصة بعد استعمال الآلات الميكانيكية

وانتشار الصناعات الحديثة المعقدة والمتطورة، وإمكانية حدوث الضرر بدون خطأ أحد فمن يتحمل

الضرر؟ المضرور أم محدث الضرر وهو الذي صنع وضعا خطيرا نشأ عنه هذا **الضرر؟** وإذا كان

الجواب الطبيعي لهذا السؤال أن على محدث الضرر تحمل تبعاته تطبيقاً للقاعدة **"الغرم بالغرم"¹ فإن**

الفكر القانوني **في حينه كان قد أظهر** النظرية الموضوعية والتي تقرر أن أساس المسؤولية

التقصيرية **هو** الضرر² وليس الخطأ، وهذا الاتجاه يمثل الحديث منها، **وهو** ما أخذت به المدرسة

الانجلوسكسونية³، ومن التقنيات العربية **ما** تبنى الأخذ بالنظرية الشخصية "التقليدية" ومنها التقنين

المصري، وقد أخذ القانون المدني الأردني بالنظرية الموضوعية متأثراً بالنزعة الموضوعية للفقه

الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية .

¹ - المادة (87) من مجلة الأحكام العدلية ، المرجع السابق.

² - عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت ، لبنان، 1979 ، ص 535 . حيث كتب :أهم نقد وجهه أنصار

النظرية الموضوعية للنظرية الشخصية أنها خلطت بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، حيث الأخيرة تعنى بالخطأ، في حين أن

المسؤولية المدنية تعنى بالضرر بصرف النظر عن جسامته الخطأ.

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 205.

ترى ما هو موقف المشروع من كل هذا ؟ هل سلك نهج النزعة الموضوعية أم نهج النزعة الشخصية ، لتبيان ذلك تقسم الدراسة إلى :

الفرع الأول : مظاهر النزعة الموضوعية في مجال الفعل الضار

الفرع الثاني : مظاهر النزعة الشخصية

الفرع الأول : مظاهر النزعة الموضوعية في مجال الفعل الضار

تبنى المشروع النزعة الموضوعية في أحكام الفعل الضار وفقاً لما جاءت به المادة (179)¹ والتي تنص: (كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه). فمن خلال النص وحين البحث عن معيار تحقق الفعل الضار نجد أن المشروع اعتد بالضرر، تاركاً معيار الخطأ الذي يعتمد على النظرية الشخصية وقد كان موقف المشروع موقفاً حين أخذ بالنظرية الموضوعية، فمجلة الأحكام العدلية هو ما يطبق في المحافظات الجنوبية، وفي المحافظات الشمالية²، يؤيد ذلك وبالتالي يساهم المشروع باستقرار الوضع القانوني السائد وواضح أن المادة تقرر أن الفعل الضار هو القيام بعمل، ولا تعطي شمولية لتغطي الامتناع عن العمل أو الكف كما يسمى.

ووضع المذكرة الإيضاحية³ يقول " ولقد ثار خلاف حاد بين أعضاء لجنة صياغة المشروع المقترح، فذهبت الأغلبية لصالح فكرة الخطأ متأثرة بمذهب التقنين المصري، وكانت الأقلية مع فكرة الضرر، وعند مراجعة النصوص عدلت الغالبية لصالح الأقلية؛ فكان القرار باعتماد الضرر أساساً للمسؤولية التقصيرية، وهذا مطابق للاتجاهات الحديثة في ميلها نحو النظرية الموضوعية " وصدق من قال : إن النظرة الموضوعية في أي تقنين هي دليل تقدمه⁴. ولكن هذه الأغلبية أضافت (م).

¹ - أنظر المادة 256. أ التي تنص (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

² - حسب التقسيم الإداري لمناطق السلطة الفلسطينية فالمحافظات الجنوبية هي قطاع غزة والمحافظات الشمالية هي مناطق الضفة الغربية

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 203

⁴ - المذكرات الإيضاحية الأردنية، المرجع السابق، ص 26، ومشار إليها، عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص 18.

180) والتي تنص : (1- أن يكون مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز . 2- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم). فاعتبرت الأقلية على ذلك لأنها رأَت تناقضا بينها وبين سابقتها(179) ، فالأولى **تتفق** **نهج** الاتجاهات الحديثة؛ والثانية تعود للاتجاهات التقليدية إنها تعود لفكرة الخطأ .

إشكالية المادة (180) : إن المادة 180 لا تقرر مسؤولية عديم التمييز بشكل عام؛ وإنما جعلتها استثنائية¹ احتياطية وجوازية ومخففة، فهي استثنائية لفقدان التمييز والذي اشترطته فقرتها الأولى، وهي احتياطية لأنها لا تقر إلا في حالة عدم وجود مسؤول عن عديم التمييز، أو تعذر الحصول عن تعويض من هذا المسؤول إن وجد ، وهي جوازية **لأن** أمرها متروك للقاضي، فله تقديرها وله عدم الحكم بها ، وهي مخففة لأنها تقوم على أساس العدالة وليس على أساس القانون، فمراعاة مركز الخصوم يؤدي غالباً **لأن** لا تكون تعويضاً كاملاً ، وكان للأقلية من لجنة صياغة المشروع رأي في إضافة أحكام جديدة ، الأمر الذي رفضته الأغلبية و أبقت على ما ورد في المشروع من نصوص.

ونوافق لتحقيق الانسجام في نصي المادتين (180+179) على جعل مسؤولية غير المميز مخففة لا استثنائية ولا احتياطية ولا جوازية ونقترح تبعاً له تعديل (م . 180) بحيث تصبح بالشكل التالي (تأتي مسؤولية غير المميز مخففة تحقيقاً للعدالة، وللقاضي تقريرها مراعيًا مركز الخصوم) ليعود معيار الفعل الضار في المشروع معياراً موضوعياً؛ فيكون مرتكب الفعل الضار ملزماً بالتعويض ولو كان غير مميز، كما فعل وقرر في الإثراء بلا سبب وفقاً للمادة (200)².

¹ - سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط5 ، ج1 +ج2، بدون دار نشر ، 1992 . ف 955 ، ص 251 .

² - نص المادة ص 157 اللاحقة من البحث

وحجتنا في ذلك إنه من غير العدالة أن يتساوى غير المميز والمميز في مسؤوليته عن الفعل الضار،
وينفس الوقت نساير الاتجاهات العامة الحديثة في الأخذ بالضرر معياراً لتحقيق الفعل الضار.
ويعلق واضع المذكرات¹ على نصوص الفعل الضار بقوله: " إن النصوص التي تم الإبقاء عليها،
فيها اقتضاب وقصور، واعتبرت **التقنيات** العربية الحديثة التي تعالج الفعل الضار **أنها** بزت
المشروع". وأورد **نصوصاً و أحكاماً** منتقاة مما جاءت به هذه التقنيات، مستشهداً على تفوقها عن
المشروع، واتفق مع واضع المذكرات **في** أنه كان يجب إيراد نصوص و أحكام تنظم مواضيع واجبة
التنظيم، ولكن أهمها مسألة الكف أو الامتناع **والتي** تغاضى عنها المشروع.
وعليه نقدم اقتراحنا بأن يكون نص المادة 179 بالشكل التالي (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو
غير مميز بضمآن الضرر) **محتويًا على** لفظ الإضرار بدل الضرر ليكون الفعل الضار شاملاً
الامتناع، تطبيقاً لمبدأ الكف سبباً للضمان، والذي يجد سنداً له لدى فقهاء المالكية² وكذلك عند أهل
الظاهر، وأساسه الواجب الملقى على كل مسلم في المحافظة على مال أخيه المسلم، وفي حالة
إخلاله في المحافظة مع قدرته على ذلك يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق الغير جراء هذا
الإخلال، وقد تبني هذا، القانون السوداني³.
ويرى الباحث **أن** المشروع في معالجته للفعل الضار جاء أقل تنظيمًا من **تقنيات** عديدة، كان من
المفروض أن يأتي في صورة أفضل منها؛ مجالها ما عرضناه من اقتراحات، لأنه الأحدث في
الصدور، ووجوب استفادته مما فيها من قصور لتلافيه.

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 204

² - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 153-155. ويشير فيه إلى مقال مهم لمحمد عبد القادر أبو فارس،
جريدة المسلمون، عدد 84، بتاريخ 1986/9/3، ص 2.

³ - نقلاً عن محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 153-155، حيث يشير إلى أن المشرع الفرنسي أخذ بذلك
ولكن في قانون العقوبات (م. 63).

وقد انتهج المشروع نهج النزعة الموضوعية حين جعل معيار التعويض في حالة الضرر الناتج عن تجاوز حالة الدفاع الشرعي، القدر الضروري وفقاً للمادة (182) ¹ التي تنص (من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه، أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بالتعويض بقدر تجاوزه). فالإلزام المتجاوز في دفاعه الشرعي بالتعويض يكون بقدر ما جاوزه عن القدر الضروري ² لدرء الخطر الذي يتهده في نفسه أو ماله أو نفس ومال الغير، والقدر الضروري هو معيار موضوعي.

وكذلك كان المشروع موضوعياً حين نظم معايير التعسف في استعمال الحق، فتنبئ ما للحق من وظيفة اجتماعية، وابتعد عن تقييمه وفق اعتباره مطلقاً؛ فجعل التعسف أمراً غير مشروع، وأورد المادة (4) التي تنص (لا يجوز التعسف في استعمال الحق). وكذلك المادة (5) ³ التي تنص (يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية 1- إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير. 2- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. 3- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف). حيث وضع المشروع **أربعة معايير** لهذا التعسف، وهي **باستثناء الأول منها معايير موضوعية لا شخصية، فيها كل الدلالة على تبني النزعة الموضوعية**

المأخوذة من الفقه الإسلامي ⁴.

¹ - تتطابق مع ما ذهب إليه المشرع الأردني وفقاً للمادة 262.

² - كان هناك اقتراح من الأقلية في لجنة صياغة المشروع أن يكون التعويض في هذه الحالة **وفق مقتضيات العدالة** ولو تم الأخذ بهذا الاقتراح لانتفى المعيار الموضوعي وتحول إلى نظرة شخصية هي ما يتعلق بالمضروب- المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 212 و 213.

³ - تتوافق المعايير الثلاثة الأولى مع توصيات أمين رجا دواس في رسالته للمجستير وعنوانها، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير ع.م، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1991، ص 185، مادة (66 أ).

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق ص 8. أنظر أمين رجا دواس، رسالة الماجستير المشار إليها سابقاً، ص 156 و. وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 71-72.

وكذلك كان المشروع موضوعيا حين المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء، حيث أوجد حالات يسأل الشخص فيها عن أفعال غيره، فهو الذي قرر مسؤولية متولي الرقابة استثناء من الأصل العام القاضي بأن المسؤولية شخصية، ومصدر هذا الالتزام قد يكون **القانون** وقد يكون الاتفاق، ويشترط لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة أن يرتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير حتى ولو كان غير مميز طبقا ل(م. 1/192)¹ التي تنص (كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا أداء رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة لكونه قاصراً، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويترتب هذا **الالتزام** ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز).

فالمشروع افترض أن متولي الرقابة أهمل في هذه الرقابة.

وبنفس النهج حمل المشروع الإنسان مسؤولية الأضرار التي يسببها الحيوان وبنى ذلك على فكرة الحراسة، والأصل أن مالك الحيوان هو حارسه، ويشترط لتحقيق مسؤولية حارس الحيوان أن يحدث الحيوان بفعله ضرراً بالغير، تطبيقاً ل (م. 195)² التي تنص (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه) فجعل المشروع أساس هذه المسؤولية الخطأ المفترض، واعتبر أن حصول الضرر بفعل الحيوان يستلزم خطأ في الحراسة، وهو خطأ غير قابل لإثبات

¹ - أنظر المادة (288 أ.) التي تنص: (لا يسأل احد عن فعل غيره ، ومع ذلك فلمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر . أ . من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . ب. من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها . 2. ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع ، على المحكوم عليه به .

² - أنظر المادة (289 أ.) والتي تنص: (جنابة العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى) .

العكس، وأوردت المذكرات الإيضاحية¹ عند شرحها لهذه المادة أن المشروع استلزم أن يكون حارس الحيوان مميزاً حتى يكون مسؤولاً عن فعل هذا الحيوان، فالخطأ يستلزم التمييز ولو كان خطأً مفترضاً؛ وهنا يرى الباحث أن المسؤول عن فعل الحيوان الضار حين يكون حارسه غير مميز هو متولي الرقابة عن هذا الشخص غير المميز الذي سمح لغير المميز خلافاً للقانون أن يحرس حيواناً. وكذلك الأمر تبنى المشروع النزعة الموضوعية في مسؤولية حارس البناء، وهو من له السيطرة الفعلية عليه والمكلف بحفظه وصيانته تطبيقاً ل(م. 196)² التي تنص (حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه). فالأصل أن مالك البناء هو حارسه، وهذه صفة مفترضة فيه، ويمكن أن يكون حارس البناء **شخصاً** آخر كصاحب حق الانتفاع؛ وتتحقق مسؤولية حارس البناء إذا نتج عن تدهم البناء **ضرر** بالغير، أو سبب هذا الانهدام ضرراً للغير، وأساس مسؤولية حارس البناء خطأً مفترضاً من جانبه يتمثل في إهماله في صيانته؛ لقدم في البناء أو لعيب فيه، فإذا حصل ضرر من انهدام بناء تشكلت مسؤولية تقصيرية بمجرد تحقق الضرر دون الالتفات هل فعلاً أخطأ حارس البناء أم لم يخطئ .

وكذلك انحاز المشروع للنزعة الموضوعية في تحميل مسؤولية ضرر الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة على حارسها، وهذا الموضوع له أهمية كبيرة في الحياة العملية بعد التطور الهائل في الآلات والأشياء الخطرة، ولكي تتحقق هذه المسؤولية لا بد من وجود

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق ، ص 231.

² - أنظر المادة (290. أ) والتي تنص: (1. الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره . 2. ولمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإذا لم يقم المالك بذلك ، كان للمحكمة أن **تؤننه** في اتخاذ هذه التدابير على حساب المالك .

حراسة على تلك الأشياء، وحارس هذه الأشياء هو من له السيطرة الفعلية عليها تطبيقاً للمادة (197) التي تنص (حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، مع مراعاة ما ورد من أحكام في القوانين الخاصة¹)، ولعل الآلات الميكانيكية هي من أهم الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة لأنها تتحرك بمحرك، لذلك افترض القانون أنها تحتاج دائماً إلى حراسة، ولتحقق مسؤولية حارس الآلات والأشياء يجب أن تحدث هذه الأشياء ضرراً بالغير، ومعيار ذلك أن يكون هذا الشيء هو مصدر الضرر، ويكون كذلك في كل حالة يكون فيها في وضع أو حالة تسمح عادة بوقوع الضرر، والأصل افتراض أن الشيء هو السبب في إحداث الضرر ما دام هذا الضرر قد حصل، فأساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ المفترض في الحراسة، ويتحقق طالما كانت نتيجة هذه الحراسة ووقوع الضرر، فالالتزام مسؤول الحراسة هو الالتزام بتحقيق نتيجة² مفادها عدم تحقق أي ضرر من جراء هذه الأشياء وهذه الآلات، والالتزام بتحقيق نتيجة هو معيار موضوعي، فبمجرد حصول الضرر يتحمل حارس الآلة تعويض الضرر دون الالتفات لأي معيار آخر.

الفرع الثاني : مظاهر النزعة الشخصية في الفعل الضار

مثلاً وجدنا مظاهر للنزعة الموضوعية في أحكام الفعل الضار فهنا ندرس مظاهر النزعة الشخصية التي تبناها المشروع أيضاً في أحكام الفعل الضار، ولعل أبرزها قصد الإضرار في نظرية التعسف في استعمال الحق والذي أتى من خلال (1/5)³.

¹ - أنظر المادة (291أ) والتي تنص: (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية - يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة.

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 236

³ - نص المادة ص 141-142 .

فالمشروع أتى بأربعة معايير يستدل منها القاضي على التعسف في استعمال الحق، و قد سبق أن بينا¹ أن المعايير الثاني والثالث والرابع ذات نزعة مادية ، في حين أن المعيار الأول **وهو قصد الإضرار بالغير** هو معيار شخصي، وحين البحث في هذا المعيار وهو الذاتي الوحيد من معايير التعسف في استعمال الحق؛ نجده **أكثر** المعايير الأربعة **شيوعا** ، إذ كثيرا ما يلجأ صاحب الحق لاستعمال حقه قياسا على القول الشائع (كلمة حق أريد بها باطل)! فيتخفى صاحب الحق خلف ممارسته لحقه قاصدا النكاية بالغير ، **فكان** تحقيق منفعة عرضية غير مقصودة لصاحب الحق بجانب ما قصده إضرارا بالغير لا يمنع من اعتباره متعسفا في استعمال هذا الحق، وهذا ما حدا بأحمد رفعت خفاجي² **إلى** انتقاد **تسمية** التعسف في استعمال الحق، واستبدل ذلك بالتسمية الخطأ تحت ستار الحقوق، ويرى الباحث لموافقته على تعديل التسمية أن تكون تسميته الإضرار تحت ستار الحقوق، هي الأفضل، انسجاماً مع مذهب المشروع الفلسطيني في **اعتباره** أن كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير **يلزم** بتعويضه³.

ولقد أثبت المشروع اتجاهاه نحو النزعة الشخصية في أحكام الفعل الضار حين تبني الريح الفائت في التعويض وفي الضرر الأدبي.

ففي التعويض الذي يقدر في جميع الأحوال، بقدر ما لحق المضرور من ضرر أضاف تعويض ما فات من ربح طبقا للمادة (186)⁴ التي تنص (يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق

¹ - أنظر ص 141-142 من البحث .

² - أحمد رفعت خفاجي، دراسة بعنوان: الدراسة القانونية والتاريخية للمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني المصري الجديد المنشورة في مجلة المحاماة - العدد الثالث السنة الحادية والثلاثون سنة 1950 www.qanoon.net.

³ - انظر المادة 179 من المشروع الخاصة بالفعل الضار، مع ملاحظة أن المشرع المصري قد أخذ بمعيار الخطأ وليس الضرر، حيث المادة 163 مصري تنص: (إن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) .

⁴ - تطابق المادة 266 أردني .

المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار (. وما

فات من ربح يختلف من شخص إلى آخر وتبعاً له هو معيار شخصي.

وفي مجال التعويض عن الفعل الضار أيضاً أخذ المشروع بالمعيار الشخصي وفقاً للمادة

(187) ¹ التي تنص (1- كل من تعدى على الغير في حريته، أو في عرضه، أو شرفه، أو

سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يكون مسئولاً عما لحق الغير من ضرر

أدبي. 2- يجوز أن يقضى بالتعويض للزوج، والقريب من الدرجة الثانية عما يصيبه من ضرر أدبي

بسبب موت المصاب. 3- لا ينتقل الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا

تحدد قيمته، بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي (. وكرر المشروع في أمر التعويض عن

الضرر الأدبي، الذي يختلف من شخص لآخر، الأمر نفسه في الفقرة الثالثة من المادة 239 والتي

تكرس النزعة الشخصية في التعويض في المجال العقدي، وذلك بشمول التعويض للضرر الأدبي،

ومنعها انتقال الحق في طلب التعويض للورثة² في حالة وفاة المضرور ضرراً أدبياً؛ إلا إذا تحددت

قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي.

والمادة (2/187) استثنى الزوج والقريب من الدرجة الثانية الذين يمنح لهم المشروع طلب التعويض

عن الضرر الأدبي، وتعويض الزوج أو القريب من الدرجة الثانية عن الضرر الأدبي يتجه نحو

¹ - تقارب المادة 267 أردني والتي تنص: (1. يتناول حق الضمان للضرر الأدبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولاً عن الضمان . 2. ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربى من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب . 3. ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي . . والمشرع الأردني خرج عن نزعة المادية والتي جاءت جراء تبنيه الفقه الإسلامي مادي النزعة أخذاً برأي الأقلية في الفقه الإسلامي (بعض الحنفية والزيدية والشيعة ، وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 80) التي أجازت التعويض عن الضرر الأدبي ، وقرر تعويض الضرر الأدبي وهذا مؤشر انحياز نحو نزعة شخصية تظهر خجولة في القانون الأردني.

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 83 .

النزعة الشخصية فالضرر الأدبي يتغير تبعاً لشخصية الزوج أو القريب من الدرجة الثانية من شخص لآخر.

وبمقارنة مسلك المشروع في المادة (2/187) ومسلك المشرع الأردني وفقاً للمادة (2/267 أ.)¹ يرى الباحث أن المشروع كان أكثر دقة في تحديد المضرور بموضوعية.

المطلب الثاني : النزعة الفردية والنزعة الجماعية في الفعل الضار

الفرع الأول: حماية الفرد

تظهر حماية الفرد في نطاق الفعل الضار في المشروع في انحيازه إلى جانب المضرور؛ فهو يقرر تضامن المسؤولين عن الفعل الضار، ويقرر مسؤولية الإنسان عن من هم في رقابته، وكذلك مسؤولية حارس الحيوان والأشياء عن ما تحدثه من أضرار.

وبمقارنة موقف المشروع الفلسطيني مع موقف المشرع الأردني فإننا نجد أن القانون الأردني قد انحاز إلى جانب المسؤول حينما قرر عدم تضامن المسؤولين عن الفعل الضار، وتبنى من حيث المبدأ عدم مسؤولية الإنسان عن فعل غيره، وتبنى مبدأ عدم مسؤولية الإنسان عن فعل الحيوان.

أولاً: تضامن المسؤولين عن الفعل الضار: تبنى المشروع الفلسطيني فرض التضامن فيما بين المسؤولين عن الفعل الضار، حيث قررت ذلك (م. 185)² التي تنص (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار التزم كل منهم في مواجهة المضرور لتعويض كل الضرر، ويتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي) حيث يصبح كل من هؤلاء المسؤولين عن الفعل الضار **مسؤولين** في مواجهة المضرور

¹ - نص المادة (2/267) (ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج ولالأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب).

² - أنظر (م. 265 أ.) والتي تنص: (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة ان تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم) .

عن كل الضرر الذي نتج عن الفعل، **فللمضرور أن يقاضيه** جميعا أو **من شاء** منهم دون تفرقة بينهم؛ لاختلاف أدوارهم في وقوع هذا الفعل الضار، أما فيما بين هؤلاء المسؤولين فيوزع التعويض تبعا **لدور** كل واحد منهم في إحداث الضرر، أو يوزع بالتساوي حين تعذر تحديد دور كل منهم، وهذا الموقف يخالف ما ذهب إليه المشرع الأردني الذي قرر عدم التضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار طبقا لنص (م. 265 أ).

ثانيا: المسؤولية عن فعل الغير: أوجد المشروع حالات يسأل الشخص فيها عن أفعال غيره؛ وهم من في رقيبته، مسايرا مسلك التشريعات الحديثة التي ترى التخفيف عن المصاب المضرور بإعفائه من عبء الإثبات بفرضه قرينة قانونية في هذا الشأن مفادها تقصير الراعي في واجب رقيبته¹ وهذه هي مسؤولية متولي الرقابة التي تتحقق على شخصه حينما يتولى الرقابة على آخر، وذلك بعكس القاعدة التي تجعل المسؤولية شخصية؛ **فلا** يسأل الشخص إلا عن أفعاله هو لا عن أفعال غيره، فقد أتى المشروع **بالمادة (1/ 192)²**، وكذلك (م. 3+2/192) التي تنص:

(يعد القاصر بحاجة إلى الرقابة ما لم يبلغ سن الرشد، وتنتقل الرقابة عليه إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، أو للزوج على زوجه القاصر أو لمن يتولى الرقابة على الزوج ، يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو اثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب)؛ حيث لم تضع هذه المادة حصرا لمن يحتاجون إلى الرقابة، فجعلتها تعود إلى حالة القصر أو حالة الشخص العقلية أو الجسمية، وجعلت شرط تحققها ارتكاب الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير، وتختلف مسؤولية متولي الرقابة حين يكون الخاضع للرقابة مميّزا، حيث اعتبرها

¹ -سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني - المسؤوليات

المفترضة، المرجع السابق، 1992، ص 728

² - نص المادة ص 142 من البحث.

المشروع مسؤولية تبعية بافتراض الإهمال في الرقابة أو إساءة تربية القاصر أو إهمال تأديبه، في حين أن مسؤولية متولي الرقابة تكون أصلية إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز تطبيقاً لـ (م. 180 1/1)، وبتطبيق مفهوم المخالفة لهذا النص فإن الأفعال الضارة التي تصدر عن غير المميز لا تؤدي إلى ترتب آثار المسؤولية التقصيرية عليه، ولكن نص (م. 1/192) الذي يعتبر نصاً خاصاً جاء مقيداً للنص العام الوارد في (م. 1/180) وبالتالي فإن مسؤولية الفعل الضار الصادر عن غير المميز يتحملها متولي الرقابة عليه بشكل أصلي وليس بشكل تباعي كما هي حين يكون مرتكب الفعل الضار الخاضع للرقابة مميزاً، وكذلك وبنفس السياق وطبقاً للمادة (193) التي تنص (1-1) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقِعاً منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها. 2- تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه). يتحمل المتبوع تعويض الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار وفق شروط بينتها المادة وهي سلطة المتبوع الفعلية على التابع في الرقابة والتوجيه ويجب أن يكون الضرر تحقق بالفعل الضار أثناء تأدية التابع لوظيفته أو بسببها.²

وبمقارنة ذلك مع القانون المدني الأردني نجد أن المشرع الأردني لا يعد من حيث المبدأ متولي الرقابة مسؤولاً عن من هم في رقبته، وكذلك لا يعد المتبوع مسؤولاً عن التابع، فقد جنح هذا المشرع إلى حماية كل من متولي الرقابة والمتبوع وهو هنا المسؤول، في حين رأينا أن الحماية التي فرضها المشروع كانت لصالح المضرور، وقد خفف المشرع الأردني من مغالاته في رعاية مصلحة المسؤول وجنوحه إلى رعاية مصلحة المضرور بقدر، حين أعطى الحق للمحكمة بإلزام المكلف بالرقابة أو

¹ - نص المادة ص 139 من البحث

² - ليس هناك ما يقابلها في القانون الأردني لعدم إقرارها وهذا جنوح من المشرع الأردني نحو حماية المسؤول.

المتبوع بدفع ما على المسؤول أصلاً إذا ما قررت ذلك¹، ويرى الباحث أن موقف المشروع أكثر صواباً لأن فيه اتجاه نحو سلوك التقنيات الحديثة بشأن حماية المضرور تحقيقاً للتضامن الاجتماعي.

ثالثاً: مسؤولية حارس الحيوان والأشياء

1- مسؤولية حارس الحيوان: اعتبر المشروع حارس الحيوان مسؤولاً أصلاً عما يلحقه هذا الحيوان

من ضرر بالغير؛ معتبراً مسؤوليته قائمة على خطأ مفترض يقبل الدليل العكسي إذا أثبت هذا الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وفقاً للمادة (195)²، وبمقارنة هذا مع ما ذهب إليه المشرع الأردني فإننا نجد أنه قد اعتبر حارس الحيوان غير مسؤول عما يلحقه الحيوان بالغير من ضرر من حيث المبدأ، وفي حال تقرير مسؤوليته فإنه يقيمها على خطأ واجب الإثبات، تطبيقاً لنص (م. 289 أ.)³، والمتعلقة بقاعدة "جناية العجماء جبار".

ويرى سليمان مرقص⁴ أن هذه القاعدة جاءت بها الشريعة لتقرير مبدأ عدم مسؤولية البهيمية عما جنت، وهو أمر مسلم به من جميع الشرائع الحديثة بحيث لا يحتاج إلى نص مضيفاً أن الشريعة الموسوية من الماضي البعيد كانت تجري فيها محاكمة البهائم. وتبعاً لما ذكر فإنه يتعين عدم أخذ هذه القاعدة على علاتها. وبناءً عليه يرى الباحث أن المشروع أصاب حينما لم يأخذ بهذه القاعدة، وأخذ بمسؤولية حارس الحيوان عن الفعل الضار لهذا الحيوان الذي يقع في حراسته.

¹ - المادة 1/288 أردني والتي نصها: (لا يسأل احد عن فعل غيره ، ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رات مبررا ان تلزم باداء الضمان المحكوم به على من اوقع الضرر . أ . من وجبت عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره او حالته العقلية او الجسمية الا اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، او ان الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . ب. من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره . إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تادية وظيفته او بسببها).

² - نص المادة ص 143 من البحث

³ - المادة 289 أردني والتي نصها: (. جناية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى) .

⁴ - سليمان مرقص، المرجع السابق، م2، ص 939-940.

2- مسؤولية حارس الأشياء: مثلما اعتبر المشروع حارس الحيوان مسؤولاً أصيلاً عما يلحقه هذا الحيوان من ضرر بالغير، اعتبر حارس البناء مسؤولاً أصيلاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر معتبراً مسؤوليته قائمة على خطأ مفترض، ولكنه قابل لإثبات العكس إذا أثبت حارس البناء أن سبب انهدامه لا يرجع إلى إهماله في صيانته مثلاً أو قدم في البناء أو لعب فيه، وإنما كان لسبب أجنبي ليس له يد فيه وهذا ما جاءت به (م. 196) ¹.

كما اعتبر المشروع حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة مسؤولاً عما تحدثه من أضرار، ولكنه أيضاً يقبل إثبات العكس، وهذا ما أتت به المادة (197) ²، وبمقارنة هذا مع ما ذهب إليه المشرع الأردني فإننا نجد فرق فيما بين ما أخذ به بشأن مسؤولية الإنسان عن فعل غيره، إذ جعل من حيث المبدأ الإنسان غير مسؤول عن فعل غيره، وبشأن المسؤولية عن فعل الحيوان فقد اعتبر حارس الحيوان غير مسؤول عما يلحقه الحيوان للغير من ضرر، وفي حال تقريره مسؤوليته - حينما أراد أن يخفف مغالاته في رعاية مصلحة المسؤول والتوجه لرعاية مصلحة المضرور - فإنه قرر قيام مسؤولية حارس الحيوان بخطأ واجب الإثبات وليس بخطأ مفترض، ولكنه، أي المشرع الأردني، حينما اتجه نحو حارس الأشياء، ومنها حارس البناء وحارس الآلات، فقد انتهج نهجاً مغايراً، حيث قرر المسؤولية بخطأ مفترض قابل لإثبات العكس بعدم التعدي أو التقصير طبقاً لما جاءت به (م. 290 أ) ³ وكرر الفعل نفسه بالنسبة للآلات والأشياء طبقاً لنص المادة (291) ⁴.

¹ - نص المادة ص 143 من البحث .

² - نص المادة ص 143 من البحث .

³ - المادة 1/ 290 التي تنص: 1. الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره.

⁴ - المادة 291 التي تنص: (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية - يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

ويرى وحيد الدين سوار أن مقتضى مساءلة حارس الأشياء في القانون المدني الأردني عن الأضرار التي يلحقها الشيء المحروس من قبله بالغير التي جاءت بها (م. 291) كان يستتبع مساءلة حارس الحيوان عن الأضرار التي يلحقها الحيوان المحروس من قبله بالغير الوارد في المادة (289)، وبالتالي عدم جعل إضرار الحيوان بالغير هدراً¹.

ويرى الباحث أن في هذا الرأي كل المنطق والعقلانية، وعليه يفضل موقف المشروع.

رابعاً: عدم الاعتداد بمسؤولية عديم التمييز إلا استثناء

من خلال ما أوردناه في البنود أولاً وثانياً وثالثاً والمتعلقة بتبني المشروع الفلسطيني تضامن المسؤولين عن الفعل الضار وتقرير المسؤولية عن فعل الغير وتقرير المسؤولية على حارس الحيوان والأشياء؛ وجدنا أن مسلك واضع المشروع يستقيم مع الاتجاه الحديث الذي يميل إلى حماية المضرور² باعتباره الطرف الضعيف، وإن حماية الفرد في نصوص المشروع أنتت مستهدفة مصلحة الجماعة أكثر منها حرصاً على الفرد بصفته الفردية .

إلا أن التناقض يظهر ويأتي غير منسجم على الإطلاق مع المسلك العام- الذي سلكه المشروع في حماية المضرور- الحكم الذي أتى به المشروع والقاضي بجعل مسؤولية عديم التمييز هي مسؤولية استثنائية بموجب (م. 180)³. وعليه كان الاقتراح بتعديل المادة كما سبق وذكرنا⁴ فبموجبها **فإن** القاعدة العامة في المشروع أصبحت انتفاء مسؤولية عديم التمييز ومسؤوليته كما رأينا أنتت استثنائية واحتياطية و جوازية ومخففة.

¹ - وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، هامش ص 129 .

² - وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 130.

³ - نص المادة وشرحها ص 139 من البحث

⁴ - نص المادة ص 139 من البحث.

ويرى الباحث أن هذا الموقف من المشروع يعتبر إغراقاً في حماية المسؤول "مرتكب الفعل الضار" وهو ما يعتبر إغراقاً في حماية الفرد على حساب الجماعة، ويخالف مسلك المشروع العام بشأن حماية الجماعة وأخذه بالتضامن الاجتماعي في أغلبية أحكامه، ويعتبر المشرع الأردني أكثر توفيقاً في هذه الجزئية حين تبنى مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة وهو موقف ينم عن حماية المشرع الأردني للمضرور طبقاً للمادة (256.أ) والمادة (278.أ)¹، وهذا ما يساير الاتجاهات الحديثة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار، وإن كان هذا لا ينسجم مع مسلك المشرع الأردني العام بشأن المسؤولية عن الفعل الضار والذي جاء في مصلحة المسؤول.

الفرع الثاني : حماية الجماعة

تحقق قواعد المسؤولية التقصيرية التوازن بين حرية الفرد في سلوكه وبين ضرورات توفير الأمن والأمان للجماعة، وهذا التوازن ضروري للغاية، لتنظيم الحياة الاجتماعية، ولهذا لا يصح الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع²، وهذا ما أتى به المشروع في المادة (190)³ التي تنص (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك). بل سمح بالتشديد انحيازاً لموقف المضرور لأنه بعكس ذلك يكون المضرور دون حماية.

¹ - المادة 256 أردني تنص " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " و المادة 278 أردني تنص " إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله " .

² - حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، م 2، المصادر غير الإرادية، بلا، 1998، ص 42

³ - تطابق المادة 270 أردني.

ويمكن استخلاص مظاهر حماية الجماعة في المشروع من خلال تبني الضرر أساساً للمسؤولية التقصيرية و الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وتبني حماية المضرور في أحكام المسؤولية التقصيرية.

أولاً: اعتبار الضرر أساساً للمسؤولية: اتفق المشروع الفلسطيني مع المشرع الأردني الذي تأثر بالفقه الإسلامي حين جعل الضرر مناطاً للمسؤولية المدنية، وفقاً (م. 179)¹، مع الأخذ بعين الاعتبار الانتقادات المتعلقة بالمادة (م. 180)، التي اقترح الباحث تعديلها وسبق دراستها²، وبمقارنة ذلك مع موقف المشرع الأردني فإننا نجد أن الأخير قد قام بحماية الجماعة بطريقة أدق وأشمل، وحرصاً على المضرور حين قرر التعويض حتى على غير المميز.

ثانياً: الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق: تبني المشروع وفقاً للمواد (4)³ و (5)⁴ اعتبار الحق بأنه نسبي لا مطلق؛ هادفاً إلى حماية الجماعة من مغالاة صاحب الحق عند ممارسته السلطات الممنوحة له جراء هذا الحق.

وكذلك ما جاءت به المادة (2/955) التي تنص (2- ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط)، فالمشروع تطبيقاً للمعيار الثاني من نظرية التعسف باستعمال الحق تقضي تقييد سلطة المالك في ملكيته لحائط ملكه بعدم هدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " فتقييد حق الملكية هنا يأتي حماية للجماعة على حساب الفرد صاحب الحائط، مساهراً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

¹ - نص المادة ص 138 من البحث

² - نص المادة والانتقادات التي وجهت لها ص 139-142 من البحث.

³ - نص المادة ص 141 من البحث

⁴ - نص المادة ص 142 من البحث

ثالثاً : الانحياز لحماية المضرور: باستثناء مسلك المشروع في عدم الاعتداد بمسؤولية عديم

التمييز¹ (إلا استثنائياً) فإن استهداف حماية المضرور في الفعل الضار حين تبني تضامن

المسؤولين عنه وتقرير المسؤولية عن فعل الغير وتقرير مسؤولية حارس الحيوان والأشياء السابق

بحثها²؛ فإن حماية المشروع للجماعة ماثلة للعيان.

و يرى الباحث أن المشروع كان أكثر توفيقاً مما أخذ به المشرع الأردني في المسائل الثلاث "

تضامن المسؤولين عن الفعل الضار، وفي المسؤولية عن فعل الغير، وفي المسؤولية عن حارس

الحيوان والأشياء " وفي جعل الأولى بالحماية هو الجماعة هدفاً، عن طريق حماية الفرد، وليس

العكس.

في حين إذا استثنينا مسؤولية حارس الأشياء التي جاءت في القانون الأردني لمصلحة المضرور

فإن كل ما عداها في الفعل الضار جاء في مصلحة المسؤول؛ حيث لم يقرر المشرع الأردني

التضامن في المسؤولية عن الفعل الضار مبدأً عاماً ولم يقرر المسؤولية عن فعل الغير قاعدة عامة،

ولم يقرر المسؤولية عن فعل الحيوان إلا بشروط وبشكل استثنائي من القاعدة العامة التي جاءت من

خلال جناية العجماء جبار.

¹ - أنظر: ص 140-143 من البحث.

² - أنظر ص 145-148 من البحث.

المبحث الثاني : الاتجاهات العامة في مجال الفعل النافع

نظمت نصوص الفصل الرابع من المشروع أحكام الفعل النافع في المواد (200-218) فشملت

في الفرع الأول المادة (200) الوحيدة المتعلقة بأحكام الإثراء بلا سبب وفي الفرع الثاني المواد

(201 - 206) أحكام قبض غير المستحق، وفي الفرع الثالث المواد (207 - 218) أحكام

الفضالة، و تشمل دراسة الاتجاهات العامة في الفعل النافع باعتباره المصدر الثاني من المصادر

غير الإرادية نفس الاتجاهات التي تناولها البحث في الفعل الضار، فنقسم الدراسة إلى:-

المطلب الأول: مظاهر النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في مجال الفعل النافع

المطلب الثاني: مظاهر النزعة الفردية والنزعة الجماعية

المطلب الأول: مظاهر النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في مجال الفعل النافع

لمعرفة مظاهر النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في المشروع الخاصة بأحكام الفعل النافع

نتناول بالدراسة النزعة الموضوعية أولاً ثم النزعة الشخصية ثانياً في فرعين

الفرع الأول: مظاهر النزعة الموضوعية

الفرع الثاني: مظاهر النزعة الشخصية

الفرع الأول: مظاهر النزعة الموضوعية

أولاً: إقرار عدم الإثراء بلا سبب قاعدة عامة: قرر المشروع قاعدة عامة تتعلق بالإثراء بلا سبب

متأثراً بذلك بالتقنيات الحديثة¹ طبقاً للمادة (200) التي تنص: (كل شخص ولو غير مميز يثري

دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص

عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام ولو زال الإثراء فيما بعد). وهو الأمر الذي لم يحسمه

المشرع الأردني فالإثراء بلا سبب ليس قاعدة عامة في القانون المدني الأردني².

وتبدو أول مظاهر النزعة الموضوعية في سلوك المشروع في أمر الإثراء بلا سبب إقراره له قاعدة

عامة وتبعاً لذلك إلزامه للمثري دون الاعتداد بنيته تعويض المفتقر فلم يعتد بحسن النية أو سوء النية

في أمر المثري عند إثرائه بلا سبب.

وتبنى المشروع النزعة الموضوعية كذلك عند إقراره الإثراء بلا سبب، دون الالتفات إلى أهلية

المثري، فلا يشترطها لإلزام المثري تعويض المفتقر عند إثرائه بلا سبب.

ثانياً: عدم الاعتداد بالنية ولا بالأهلية في قبض غير المستحق: فبخصوص قابض غير المستحق

دون علم المدين الموفي بأنه غير ملزم بما دفعه، انتهج المشروع النزعة الموضوعية في أحكام قبض

غير المستحق وفقاً لنص المادة (1/ 201) التي تنص (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 239.

² - وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 130.

مستحقا له وجب عليه رده). فلم يستلزم في شخص قابض غير المستحق التمييز ولم يعتد بالنية في هذا القبض معتبرا قبض غير المستحق سببا للالتزام بالرد طالما أن من قام بالوفاء لا يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، وتطبيقا لنص المادة (202) التي تنص (يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يتحقق سببه، أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق). يكون قبض غير المستحق واجب الرد إذا كان الوفاء به قد جاء تنفيذا للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق.

مع ملاحظة أن المشروع وفقا للمادة (203) التي تنص (1-يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلا بقيام الأجل. 2-على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر). يقرر أن الوفاء قبل حلول اجل الدين يكون غير مستحق الدفع إذا كان الموفي يجهل قيام الأجل، ولكن قابض غير المستحق في هذه الحالة يلتزم برد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فقط، في حدود ما لحق المدين الدافع من ضرر نتيجة هذا الوفاء.

ثالثا: تطلب عناية الشخص المعتاد في الفضالة : أتت أحكام الفضالة في المشروع منتهجة النزعة الموضوعية في أمر غير التعاقد وفقا للمواد التالية : ومنها (211) التي تنص (يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسئولا عما يلحق رب العمل من ضرر، وللمحكمة تحديد التعويض إذا كانت الظروف تبرر ذلك) فهي موضوعية عند إلزام الفضولي بأن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد، وكذلك انتهج المشروع نهج النزعة الموضوعية وفقا للمادة (212) التي تنص (يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم الحساب عما قام به). فلم يشترط في الفضولي التمييز وعلى اعتبار أن ما استولى عليه

يأتي إثراء بلا سبب. وكذلك كان موضوعيا طبقا للمادة (215) التي تنص (يعد الفضولي نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما ب أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه). فمعيار عناية الشخص العادي في إدارة الفضولي هو معيار موضوعي وكذلك كان المشروع موضوعيا في أمر الفضالة ليس في الفضولي ولكن في رب العمل وفقا للمادة (2/217) التي تنص (أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد). فبعد الفقرة الأولى التي تستلزم أهلية التعاقد في الفضولي ليكون مسؤولا عن إدارته حملت رب العمل المسؤولية كاملة في الفضالة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد، وفي هذا النزعة الموضوعية متوافرة .

الفرع الثاني : مظاهر النزعة الشخصية

مثما درسنا مظاهر النزعة الموضوعية في مجال الفعل النافع في مواضيع الإثراء بلا سبب وقبض غير المستحق وفي الفضالة، يتناول البحث هنا دراسة مظاهر النزعة الشخصية في مجال الفعل النافع من خلال المواضيع نفسها وهي:

أولا : الافتقار " الخسارة في الإثراء بلا سبب" : رغم أن إقرار المشروع عدم الإثراء بلا سبب قاعدة عامة حمل في طياته النزعة الموضوعية بشكل واضح لكنه في نفس النص يمكن إدراك بعض مظاهر النزعة الشخصية وبالتحديد فيما يتعلق بالخسارة التي قابلت الإثراء بلا سبب، فالافتقار يختلف من شخص إلى آخر.

ثانيا: الاعتداد بالعلم وبالنية وعيوب الإرادة في قبض غير المستحق: تظهر النزعة الشخصية وفقا للمادة (1/201)¹ و (2/201) التي تنص (2- لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا إذا كان ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء). عند اعتداد المشروع بعلم أو بعدم

¹ - نص المادة 1/201 ص 158 من البحث.

علم المدين الموفي واعتداده بأهليته وبارادته وما لحقها من عيب الإكراه وترتيب أحكام تبعاً لذلك، والاعتداد بالعلم والأهلية يظهر النزعة الشخصية لاختلافها بين شخص وآخر في الموضوع الواحد. وكان المشروع شخصي النزعة وفقاً للمادة (204) التي تنص (لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما كان يضمنه من تأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة برد ما وفاه الغير). حين قرر أن استرداد غير المستحق لا محل له إذا كان من قبض غير المستحق من غير المدين، وتجرد من تأميناته الحامية للحق أو ترك دعواه تسقط بالتقادم بحسن نية معتمداً على قبضه غير المستحق الذي لا يعلم أنه غير مستحق. وكذلك كان نهج المشروع نحو النزعة الشخصية حين يكون الوفاء من غير المدين وفقاً للمادة (205) التي تنص (1- إذا كان من تسلم المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. 2- أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أيضاً أن يرد ما جناه من مكاسب أو منافع شخصية أو ما قصر في جنيته من الشيء الذي تسلمه بغير حق وذلك من يوم تسلمه، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. 3- وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد ما جناه أو ما قصر في جنيته من مكاسب وثمار من يوم رفع دعوى الرد عليه). ففيها ألزم المشروع قابض غير المستحق برد ما تسلم فقط إلا إذا كان سيئ النية فألزمه برد ما تسلم وما جناه من مكاسب أو حتى ما قصر في جنيته. وانتهج المشروع النزعة الشخصية عندما يكون الوفاء بغير المستحق من غير المدين حين استلزم أهلية التعاقد في القابض وفقاً للمادة (206) التي تنص (إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزماً إلا بقدر ما عاد عليه من كسب بسبب هذا التسلم). فإذا انتفت أهلية التعاقد فلا إلزام لقابض غير المستحق بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من كسب.

ثالثا: قصد القيام بشأن عاجل في الفضالة : رغم الأحكام التي وردت في نصوص الفضالة و تحمل مظاهر النزعة الموضوعية إلا أن هناك أحكاما أخرى يمكن إدراك النزعة الشخصية منها فوفقا للمادة (207) التي تعرف الفضالة التي تنص (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك). استلزم المشروع قصد الفضولي القيام بشأن عاجل لشخص آخر دون أن يكون ملزما به ، حتى تقوم الفضالة، والقصد هو شيء ذاتي ينم عن نزعة شخصية تأتي مظهرا من مظاهر هذه النزعة في المشروع، وكان المشروع ذا نزعة شخصية أيضا وفقا للمادة (1/217) التي تنص (1- إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته ، إلا بالقدر الذي أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن فعل غير مشروع) . حين اعتد بأهلية التعاقد عند الفضولي التي إذا انتفت، انتفت معها مسئوليته وألزم فقط في حدود ما أثرى به.

المطلب الثاني : مظاهر النزعة الفردية والنزعة الجماعية في مجال الفعل النافع

وردت نصوص الفعل النافع تحمل في طياتها الحماية للفرد وكذلك للجماعة ويأتي هذا السلوك في المشروع جامعا بين المذهبين الفردي والجماعي مسائرا للاتجاهات الحديثة في ضرورة الجمع بين النزعتين، ولمعرفة أي نزعة تغلبت في مجال الفعل النافع في المشروع؟ نتناول بالدراسة مظاهر النزعتين وفق التقسيم التالي:-

الفرع الأول: مظاهر حماية الفرد

الفرع الثاني: مظاهر حماية الجماعة

الفرع الأول: مظاهر حماية الفرد

تظهر حماية الفرد في مجال الفعل النافع في تبني المشروع حماية الطرف الضعيف، فهو يقرر قاعدة عدم الإثراء بلا سبب باعتبارها قاعدة عامة، فالمفتقر هو الطرف الضعيف ومصالحته هي الأولى بالحماية وفقا للمشروع، وكذلك الأمر حين قبض غير المستحق اعتبر المشروع أن الطرف الضعيف في هذا الشأن الشخص الذي قام بالوفاء معتقدا أنه يوفي بالمستحق فقرر له الحماية حين أوجب على القابض رد غير المستحق دون الاعتداد بأهليته ولا بحسن نيته، معتبرا أن مجرد تسلم غير المستحق على سبيل الوفاء يلزم فاعله رده حماية لهذا الطرف الضعيف ، وعندما نظم أحكام الفضالة قرر المشروع تضامن الفصوليين في مواجهة رب العمل معتبرا إياه المضرور من الفضالة. تلك هي المواضيع التي يمكن إدراك مظاهر النزعة الفردية من خلالها في المشروع بشأن الفعل النافع.

أولاً: حماية الطرف الضعيف في الإثراء بلا سبب "المفتقر" : وضع المشروع قاعدة عامة تتعلق

بالإثراء بلا سبب وفيها اشترط لتحقيقه إثراء يرتب خسارة؛ فالإثراء كسب شخص منفعة مادية أو معنوية تقدر بمال أو تجنب خسارة محققة أو انقضاء دين والكسب قد يكون إيجابيا، وقد يكون سلبيا، وبمقابل الإثراء يكون الافتقار في جهة أخرى، ويجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الإثراء والافتقار تطبيقا للمادة (200)¹، والمشروع في وضعه لهذه القاعدة حمى الطرف الضعيف وهو هنا المفتقر فألزم المثري بتعويض الخسارة دون أن يشترط في هذا المثري الأهلية، وذلك حماية للمفتقر، وبمقارنة ذلك بما جاء به المشرع الأردني في المادة (293 أ.²)، فإننا نجد لم ير الحسم في المبدأ، مثل ما ذهب إليه المشروع، بل أثر ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء¹.

¹ - نص المادة ص 157 من البحث

² - المادة 293 أردني تنص: الكسب بلا سبب لا يسوغ لأحد ان يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي. فان أخذه فعليه رده.

ويرى الباحث أن موقف المشروع هو الأصوب ويساير الاتجاهات الحديثة وفيه انتصار للطرف الضعيف وهو هنا المفتقر .

ثانياً: حماية الموفى " الطرف الضعيف" في قبض غير المستحق : اختار المشروع اصطلاح قبض غير المستحق موافقا في ذلك ما فعله المشرع الأردني **في** (م.294) وعكس الذين استخدموا مصطلح دفع غير المستحق² وذلك لأن مصدر الالتزام هو القبض وليس الدفع، وقد ألزم المشروع من قبض غير المستحق رده بموجب (201)³. حيث وقف المشروع إلى جانب الدائن بالرد وهو الطرف الضعيف، ثم بعد ذلك وقف إلى جانب قابض غير المستحق، حيث اعتبر مصلحته أولى بالحماية إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه على اعتبار أنه أوفى على سبيل التبرع؛ إلا إذا كان ناقص الأهلية، فلا تثبت له أهلية التبرع، أو كان مكرها على الوفاء، حيث تكون إرادته معيبة، وقد فرق المشروع بين حسن النية وسونها في رد المقبوض بغير حق، وفقا **ل**(م.204)⁴، فالمشروع أراد حماية القابض حسن النية فحرم الموفى من الرجوع عليه بدعوى استرداد ما لا يستحق إذا اعتمد القابض على هذا الوفاء وتجرد من سند دينه أو تجرد من التأمينات التي حصل عليها **ضمانا** للدين؛ معتبرا أن الموفى قد دفع بخطئه القابض حسن النية إلى اعتقاده بصحة الوفاء والركون إليه، وتبعاً له تجرده من سنده أو تأميناته، وكذلك فإن المشروع قد حمى القابض حسن النية حين قبض غير المستحق من شخص غير المدين الأصلي بإلزامه أن يرد ما **تسلمه فقط** دون ما جناه من مكاسب أو

¹ حيث أوردت المذكرة الإيضاحية الأردنية جزء 1 صفحة 321 (ولعل في تطبيق فكرة الإضرار الذي يقوم عليه الضمان في الفعل الضار في الفقه الإسلامي ما يسد إلى حد ما حاجة يسدها في القانون المصري أحكام نظرية عدم جواز الإثراء على حساب الغير ومن شروطها حدوث افتقار، وهو لا شك ضرر.

ومعنى ذلك أن المشرع الأردني يرى أن الافتقار الذي يتحقق نتيجة الإثراء بلا سبب هو ضرر وبالتالي علل عدم أخذه بالإثراء بلا سبب قاعدة عامة اكتفاء بالمسؤولية التقصيرية في القانون الأردني التي تعتد بالضرر بدلا من الخطأ الذي يعتد به المشرع المصري.

¹ - وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 130

² - القانون المدني المصري استعمل مصطلح دفع غير المستحق أنظر المادة 181 مصري

³ - نص المادة 1/201 ص 158 من البحث ونص المادة 2/201 ص 160 من البحث.

⁴ - نص المادة ص160 من البحث

منافع شخصية أو ما قصر في جنيته، حيث يكون عليه رد هذه المكاسب أو المنافع أو حتى ما

قصر في جنيته إذا كان سيء النية تطبيقاً للمادة (205)¹.

وبمقارنة ما ذهب إليه المشروع بهذا الشأن وما ذهب إليه المشرع الأردني فإننا نجد وبموجب المادة

(300 أ.)² قد أوجب على من قبض شيئاً بغير حق أن يرده إلى صاحبه " وهو نفس ما ذهب إليه

اللسطيني " لكن المشرع الأردني أجاز للمحكمة أن تأمره برد ما جناه من منافع أو مكاسب أو أن

تفرض عليه تعويض ما قصر في جنيته ولو كان حسن النية. فالمشرع الأردني لم يفرق إلزام الرد بين

قابض غير المستحق من غير المدين حسن النية أو سيء النية ؛ **وكذلك** إذا كان كامل الأهلية أو

ناقصها. بعكس ما فعله المشروع ، حيث فرق في الموضوع نفسه بين قابض غير المستحق حين

يكون حسن النية أو سيئها، وفرق كذلك بين كامل الأهلية وناقصها، فالمشروع هنا انتصر لمصلحة

المدين بالرد القابض؛ في حين انتصر المشرع الأردني لمصلحة الدائن بالرد³ الدافع.

وهنا يرى الباحث أن مسلك المشروع هو الأقوم مما أخذ به المشرع الأردني لأن العدالة تقتضي أن

يتحمل غير المدين جزءاً من المسؤولية كيف يوفي وهو ليس مديناً فكيف يوفي بغير المستحق؟

ثالثاً: تضامن الفضوليين : تبنى المشروع الفلسطيني اعتبار الفضوليين متضامنين في المسؤولية إذا

ما تعددوا في القيام بعمل واحد، تطبيقاً **للمادة (214)** التي تنص **(إذا تعدد الفضوليون في القيام**

بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية) ومعنى هذا أن لرب العمل أن يعود عليهم جميعاً أو

على أحدهم؛ لأنهم متضامنون في مواجهته، وتطبق أحكام التضامن في ذلك.

¹ - نص المادة ص 161 من البحث

² - المادة 300 أردني والتي تنص: (على المحكمة أن تلزم من قبض شيئاً بغير حق ان يرده الى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب او منافع ولها أيضا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيته).

³ - يرى وحيد الدين سوار أن مسلك المشرع الأردني في هذه الجزئية يساير نزعة الموضوعية التي تسود فيه والذي تأثر بها من الفقه الإسلامي عند سنه لأحكام القانون الأردني، وحيد الدين سوار الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 131.

وبمقارنة مسلك المشروع مع مسلك المشرع الأردني فإننا نجد أن الأردني لم يقرر التضامن فيما بين الفضوليين عند مواجهتهم لرب العمل، وهذا ما ينسجم مع سلوكه المتعلق بعدم تقرير التضامن في حالة تعدد المسؤولية وتقريره مسؤولية كل منهم بنسبة نصيبه في الفعل الضار واستثنى من ذلك حالة تقرير المحكمة التضامن فيما بينهم وذلك حسب المادة (265 أ).¹

ويرى الباحث أن موقف المشروع هو الأقوم لأنه يساير الأحكام العامة السائدة في التقنيات الحديثة انحيازها لحماية المضرور وهو هنا رب العمل، في حين أن مسلك المشروع الأردني **منحاز** لصالح المسؤل وهو هنا الفضوليين.

الفرع الثاني: مظاهر حماية الجماعة

أولاً: إقرار مبدأ عدم الإثراء بلا سبب قاعدة عامة: ذكرنا سابقاً أن المشروع تبنى عدم الإثراء بلا سبب؛ قاعدة عامة بخلاف المشرع الأردني، وعليه فإن المسلك الفلسطيني ينم عن نزعة جماعية جراء حمايته في هذه الجزئية لجانب المضرور².

ثانياً: تبني نظام الفضالة: مثلما تبنى المشروع مبدأ عدم الإثراء بلا سبب قاعدة عامة، قاصداً حماية الجماعة، تبنى أيضاً نظام الفضالة، وفقاً لما جاءت به (م. 207) التي تنص: (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك)، فالمشروع قد أقر نظام الفضالة وقصره على حالة الاستعجال فقط مقدراً أن الفضالة هي خروج عن الأصل العام الذي يمنع تدخل الإنسان في شؤون غير، ه واعتبر أن حالة الاستعجال هي ضرورة،

¹ - المادة 265 أردني والتي تنص: (إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار ، كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة ان تقضي بالتساوي او بالتضامن والتكافل فيما بينهم) .

² - أنظر الصفحة 157 من البحث.

وبالتالي تقدر بقدرها، وحماية الفضولي في مواجهة رب العمل، تمثل حماية الجماعة، فالفضالة تتم عن إعمال واجب خلقي يأمر بالتعاون بين الأفراد على اعتبار أن الفضولي متفضلا لا متطفلا¹. وبمقارنة مسلك المشروع مع ما أخذ به المشرع الأردني، **ورغم** التقائهما على الأخذ بنظام الفضالة، إلا أننا نجد أن المشرع الأردني قد وسع في الأخذ في هذا النظام طبقا **للمادة (301)**² حين اشترط أن يكون فعل الفضولي نافعا للغير، وهذا لم يشترطه المشروع واكتفى بأن يكون فعل الفضولي ضروريا.

ويرى الباحث أن حالات الضرورة المأخوذة من لفظ أن يكون العمل عاجلا، أقل اتساعا من حالات النفع التي اشترطها المشرع الأردني، ومن هنا استنتج الباحث أن المشرع الأردني أفرط في التوسع في شأن نظام الفضالة و **لا سيما** حين إقرارها بإذن القاضي أو ما قضى به العرف، فالتدخل في شؤون الناس بشكل مفرط لا يخدم الجماعة.

وكذلك الأمر اعتبر الباحث أن مسلك المشروع في نظريته لحماية الجماعة **أوضح** في تقريره لمبدأ تضامن الفضوليين طبقا **للمادة (214)** بعكس المشرع الأردني الذي لم يقرر تضامن الفضوليين طبقا **ل(م.265 . أ)**، وكنا قد توصلنا في هذا الشأن **إلى** أن مسلك المشروع يأتي حماية للمضروب وهو رب العمل، في حين انحاز المشرع الأردني إلى جانب المسؤول وهم **الفضوليون**³. ويرى الباحث أن موقف المشروع يساير الاتجاهات العامة الحديثة في حماية المضروب وفي عدم التوسع في نظام الفضالة باعتبار الفضالة تدخلا في شؤون الناس ولو كانت بالفضل.

¹ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 155 وهامش ص 157 .

² - المادة 301 أردني تنص: الفرع الثالث الفضالة من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائبا عنه وتسري عليه الأحكام التالية.

³ - أنظر ص 165 من هذا البحث

المبحث الثالث : الاتجاهات العامة في القانون حين يكون مصدرا مباشرا للالتزام

سبق وأن تكلمنا أن مصادر الالتزام قسمين الأول منها ما يتعلق بالمصادر الإرادية وأما القسم الثاني فهو ما يتعلق بالمصادر غير الإرادية، وبناء عليه قسمت الرسالة إلى فصلين عنوان الأول الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام الإرادية، وكان عنوان الفصل الثاني الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام غير الإرادية، ولما كان معيار التفرقة بين المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية هو وجود الإرادة منشئة للالتزام في الأول والاعتداد بالعمل نفسه بعيدا عن تأثير الإرادة في المصادر غير الإرادية.

وعليه فإن المصادر غير الإرادية تشمل الفعل الضار والفعل النافع والقانون حين يكون المصدر

المباشر للالتزام وعند الإجابة على سؤال مفاده متى يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام؟

نعود ونكرر ما درسناه¹ فيما كتبه محمود جمال الدين زكي² " القانون يعتبر مصدرا مباشرا للالتزام إذا استقل في إنشاء الالتزام عن إرادة المدين فيه"، وفيما كتبه أحمد شوقي عبد الرحمن³، حين اعتبر أن الالتزام " ينشأ بنص صريح في القانون بصدد واقعة معينة لا تتدرج تحت أحد المصادر العامة للالتزام".

¹ - ص 98 من البحث

² - مصادر الالتزام. المرجع السابق، ص 481 .

³ - النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 461.

وبناء عليه فإن الباحث يرى دراسة مواضيع المقتضيات الاجتماعية في التعاقد وسلطة القاضي التقديرية، ضمن هذا المبحث لأن الالتزام بها جاء من خلال نصوص القانون باعتباره مصدرا مباشرا لها، ينشئ الالتزام بها دون دخل لإرادة الملتزم فيها، فلا يستطيع فرد أن يتعاقد تعاقدًا صحيحًا فيما هو مخالف للنظام العام أو يتعاقد دون سبب مشروع لتعاقد، والأمر نفسه في سلطة القاضي التقديرية، فلا يمكن ممارستها بدون نص قانوني مباشر يمنح القاضي إياها ولا دخل لإرادة المتعاقدين في منحها أو سحبها.

ويرى الباحث أيضا أن حق الملكية بصفته أحد الحقوق البارزة في المشروع وتتعلق بالكثير من أحكامه فلسفة المشروع بشأن الاتجاهات العامة، وبالخصوص اتجاه النزعة الفردية والنزعة الجماعية فيه، فعند دراسته، فإلى أي مصدر من مصادر الالتزام ننحي إنشائها أو للمصادر الإرادية؟ وبالطبع ستكون الإجابة بالنفي، فحق الملكية يكتسب بالمصادر الإرادية وبغيرها من المصادر غير الإرادية، والمنطقي في نظر الباحث أن حق الملكية يكتسب بنص القانون حين يكون مصدرا مباشرا للالتزام، وتبعًا لذلك يرى الباحث دراسة حق الملكية ضمن مواضيع الدراسة التي يشملها بحث القانون حين يكون مصدرا مباشرا للالتزام.

من كل ما سبق تقسم الدراسة في هذا المبحث إلى:-

المطلب الأول: الاتجاهات العامة في المقتضيات الاجتماعية للعقود في المشروع

المطلب الثاني : النزعة الفردية والنزعة الجماعية في حق الملكية.

المطلب الثالث : الاتجاهات العامة في سلطة القاضي التقديرية

المطلب الأول: الاتجاهات العامة في المقتضيات الاجتماعية عند التعاقد في المشروع

لا يكفي اتفاق الإرادتين على محل لكي ينعقد العقد، فللمجتمع أن يتدخل في هذا المحل بطريق مباشر، وهذا التدخل يسمى بالمقتضيات¹ الاجتماعية في العقد وهي عبارة عن متطلبات يشترطها المشرع بصفته ممثل المجتمع وبدونها لا تكتمل للعقد مقتضياته الاجتماعية، حيث تبرز فيها مظاهر النزعة الفردية ومظاهر النزعة الجماعية، وتختلف التقنيات في إبراز إحداها عن الأخرى. وسنهدف من خلال هذه الدراسة تبيان موقف المشروع تبني إحدى النزعتين أو كليهما مع الأخذ بعين الاعتبار أن المقتضيات الاجتماعية للعقود منها ما يتعلق بموضوع العقد ومنها ما يتعلق بشكله الخارجي.

ولدراسة المقتضيات الاجتماعية للعقود في المشروع، نقسم الدراسة إلى فرعين:

الفرع الأول: المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بالموضوع والأخرى المتعلقة بالشكل

الفرع الثاني: النزعة الفردية والنزعة الجماعية

الفرع الأول: المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بالموضوع وبالشكل

أولاً: المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بالموضوع : يرى محمد وحيد الدين سوار بأن العقد لا يبلغ درجة الكمال إلا بتوافر أربع خصال فيه² وهي اللياقة، والنزاهة، والنفع والعدل، ويرى كذلك أن أهمية هذه المواصفات ليست بدرجة واحدة في نظر القانون المدني، فاللياقة التعاقدية تقترض مجارة العقد للنظام والآداب بوصفها شروطاً عامة لا بد من توافرها لقيام العقد، وهي تمثل الحد الأدنى، و بدونها لا يطابق العقد المقتضيات الاجتماعية، في حين ينظر القانون المدني إلى عدالة العقد على أنه استثناء، فلم يحرص عليه بصفة عامة، فالغبن وهو دليل عدم عدالة العقد لا يكون سبباً في **إبطال** العقد إلا استثناء، ولمعرفة موقف المشروع من هذه المواصفات نتناولها تباعاً.

¹ - وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق ، ص 30 .

² - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، فقرة 22، ص 30

اللياقة التعاقدية: لا يوصف العقد بأنه يتمتع باللياقة التعاقدية إلا إذا اتسم بمطابقة النظام العام والآداب، والبعد عن الاحتيال.

1- مطابقة العقد للنظام العام والآداب: أكد المشروع على ضرورة مطابقة محل العقد للنظام العام في (م. 131)¹، وإلا وقع العقد باطلاً، والأمر نفسه في ركن السبب، فوفقاً للمادة (م. 135) التي تنص (لا ينشأ الالتزام إذا لم يكن له سبب ويبطل العقد). حيث يفرق المشروع بين سبب الالتزام ومحل العقد وفرض جزاء البطلان على عدم مشروعية المحل والسبب، فالمشروع قرر البطلان جزاء انتفاء اللياقة العقدية في العقود.

ويرى الباحث أن المشروع طرح الجزاء بنص صريح²، فاق ما انتهجه المشرع الأردني. والنظام العام يقسم إلى نظام عام سياسي ونظام عام اقتصادي، وتختلف التقنيات في أمره ففي النظام العام السياسي يكون الهدف حماية الدولة والأسرة وكذلك الفرد من عبث الأفراد في العقود، والقوانين المختلفة حمت بالقواعد الآمرة الدولة والأسرة في قواعد القانون العام، ومنها القانون الدستوري والإداري والجزائي وفي قانون الأحوال الشخصية، في حين تولى القانون المدني وما يشتق منه حماية الفرد في أحكام الأهلية، وفي مسائل الالتزامات وفي مسائل الحقوق العينية. وسلك المشروع النهج نفسه في أحكام الأهلية فنجد (م. 57)³ منه تنص (1- ليس لأحد النزول عن أهليته، أو التعديل في أحكامها . 2- لا يجوز أن تكون الحرية الشخصية محلاً للتعامل)، و (م. 58)⁴ تنص على (لا تكون مقومات كيان الإنسان المادية محلاً للتصرفات بعوض ما لم

¹ - نص المادة ص 25 من البحث.

² - لم يصرح القانون الأردني بجزاء على مخالفة سبب الالتزام للنظام العام والآداب، في حين قرر بطلان التصرف عند مخالفة المحل للنظام العام والآداب، (أنظر المادتين 163 و 165 مدني أردني).

³ - توافق المادة 47 أردني والتي تنص: (ليس لأحد النزول عن حرمة الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها).

⁴ - ليس هناك ما يقابل هذا النص في القانون الأردني.

ينص القانون على خلاف ذلك)، حيث أضيف البعد الإنساني عندما منع التصرف بعوض بمقومات كيان الإنسان المادية، وأجاز التبرع¹ بها.

وفي مسائل الالتزامات أبطل القانون كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، في حين أجاز التشديد في هذه المسؤولية بالاتفاق، تطبيقاً **للمادة (190)²**، وأعطى البائع من مسؤوليته عن العيب القديم إذا كان هناك اتفاق يقضي بذلك طبقاً لأحكام (م. 479)³، التي تنص (يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصانه، أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه).

وفي مجال حماية العامل في التزاماته وفقاً للمادة (773)⁴. أجاز له عند التعاقد مع رب العمل لمدة غير معينة، أو مدة تزيد عن خمس سنوات في حالة انقضاء فترة **سنوات العمل الخمس** أن ينهي العقد دون تعويض لرب العمل شريطة إخطاره بترك العمل قبل ستة أشهر من تاريخ فترة **السنوات الخمس**، وهذا جزء من نظرة المشروع المتعاطف مع العامل في مقابل رب العمل، ويحظر المشروع الاتفاق على التنازل عن الحماية المقررة في مواجهة الظروف الطارئة وجعل هذا الاتفاق باطلاً، تطبيقاً للمادة (151)⁵، ويحظر خروج الشرط الواقف المقترن بالعقد عن النظام العام والآداب تطبيقاً ل(م. 280) التي تنص (1- لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للشريعة الإسلامية، أو للنظام العام أو للآداب، هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان

¹ - المذكرات الإيضاحية للمشروع، المرجع السابق، ص 62.

² - توافق المادة 270 أردني والتي تنص: (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار). مع الملاحظة أن النص الفلسطيني يسمح بالتشديد ولم يصرح بهذا القانون الأردني ونص المادة 190 من المشروع ذكرت ص 153 من البحث..

³ - يطابق نص المادة 514 / 4 من القانون المدني الأردني.

⁴ - نص المادة ص 29 من البحث

⁵ - نص المادة ص 32 من البحث

فاسخا فهو ذاته الذي يعد غير قائم. 2- لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالفًا
للشريعة الإسلامية أو للنظام العام، أو للآداب، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام).
وفي مسائل الحقوق العينية: قيّد المشروع شرط عدم التصرف وحدد نطاقه تطبيقاً (م. 959)¹ التي
تنص (1- إذا تضمنت عقود التبرع أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا
الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ومقصورًا على مدة معقولة. 2- يكون الباعث مشروعًا،
متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو
الغير. 3- يجب ألا تزيد المدة عن خمس عشرة سنة). ويحظر شرط تملك العين المرهونة للدائن
المرتتهن تطبيقاً (م. 1202)² التي تنص: (1- يقع باطلاً كل اتفاق يعطي للدائن الحق عند عدم
استيفاء الدين وقت حلول أجله بتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو أن يبيعه
دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن. 2- ومع ذلك
يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء
لدينه).

وأما بخصوص النظام العام الاقتصادي، فقد تدخل المشروع في حرية الأفراد لتحقيق أهداف هذا
النظام في مجالي حماية الطرف الضعيف وحماية الاقتصاد الوطني.
فبخصوص حماية الطرف الضعيف، اعتبر المشروع العامل الطرف الضعيف اقتصادياً في المعادلة
التعاقدية في مواجهة صاحب العمل، والمؤمن له مع المؤمن (شركة التامين)، والمدين مقابل الدائن،
والطرف المذعن في مواجهة المذعن إليه، **خوفاً** من استغلال يمكن أن يتعرض له من قبل المتعاقد

¹ - توافق المادة 1028 أردني والتي تنص: (ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه إلا
إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة ..

² - تقارب المادة 1343 أردني والتي تنص: (إذا اشترط في عقد الرهن تملك العين المرهونة للمرتتهن في مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في
الأجل المعين فالرهن صحيح والشرط باطل) .

الأقوى اقتصاديا مع ملاحظة بالغة الأهمية تتمحور في إغفال المشروع حماية المستهلك والتي يرى فيها الباحث أحد العيوب التي تؤخذ عليه، فغالبية القوانين الحديثة ما تأخذ حماية المستهلك ضمن نهجها حماية الطرف الضعيف جزءا من النظام العام الاقتصادي، ولقد مر معنا كيف حمى المشروع العامل حين أجاز له فسخ العقد بإرادته المنفردة تطبيقا للمادة¹ (773)، وكذلك ألزم صاحب العمل بتوفير أسباب السلامة والأمن تطبيقا (م. 785)² التي تنص (يلتزم صاحب العمل بأن: 1- يوفر كل أسباب الأمن والسلامة في منشأته وان يهيئ كل ما يلزم لتمكين العامل من تنفيذ التزامه. 2- يعني بصلاحيه الآلات والأجهزة الخاصة بالعمل حتى لا يقع منها الضرر. 3- يراعي مقتضيات اللياقة والأدوات في علاقته بالعامل. 4- يعطي العامل في نهاية خدمته شهادة بنوع عمله وتاريخ مباشرته وانتهائه ومقدار أجره وكل ما كان يتقاضاه من إضافات أخرى. 5- يرد للعامل الأدوات الخاصة به).

وقد اعتبر المشروع المؤمن له طرفا ضعيفا أيضا حين العلاقة مع **المؤمن** (شركة التأمين)، حيث تضع شروطها ولا يملك المؤمن له، حين التعاقد، إلا أن يوافق على العقد أو لا يوافق، وحين إلزامه بالتأمين يكون مرغما على التعاقد، فأتى المشروع بالحماية وفقا للمادة³ (875) التي تنص (يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: أ- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية. ب- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان بعذر مقبول. ج- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. د- شرط التحكيم إذا ورد

¹ - نص المادة ص 29 من البحث

² - تطابق المادة 822 أردني.

³ - تطابق (م. 924 أ.).

في الوثيقة بمعنى شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط

العامة. هـ كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

وحى المشروع الطرف المذعن في عقود الإذعان أيضا حين أتى بالحماية عند تفسير العقود، وفي الشروط التعسفية، ففي الحماية عند تفسير العقد جعل التفسير بمصلحة الطرف المذعن، وفقا للمادة (2/166)¹. استثناء من الأصل العام الذي أتت به المادة (1/166)²، وفيه يفسر غموض عبارات العقد لمصلحة المدين. فالمشروع بخصوص عقود الإذعان أتى بحماية استثنائية³ حين ألزم بوجود تفسير العبارات الغامضة بما لا يضر بمصالح الطرف المذعن بغض النظر عن كونه دائنا أو مدينا باعتباره الطرف الضعيف، ففي حالة غموض الشرط حمل المشروع تبعة هذه الشروط للمذعن إليه بصفته متسببا لهذا الغموض⁴، ويرى محمد حامد رضوان أنه يجب تفسير عبارات العقد حتى الواضحة⁵ في عقود الإذعان بما لا يضر الطرف المذعن.

وفي الشروط التعسفية إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق عن خلاف ذلك. تطبيقا لنص (م. 150)⁶.

وكذلك حمى المشروع المدين باعتباره الطرف الأضعف ، وحرص على حمايته، وخاصة في

الظروف الطارئة التي تجعل التزاماته مرهقة تطبيقا للمادة (151)¹، كما منح المشروع للقاضي

¹ - تطابق (م . 2/240 .) نص المادة 1/ 166 ص 53 من البحث .

² - تطابق (م. 1/240 أ) نص المادة 2/ 166 ص 53 من البحث

³ - مصطفى الجمال وآخرون ، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان ، 2003 ، هامش 1 ، ص 190 حيث كتب ونظرا لعدالة هذا الاستثناء يستقر فقه القانون اللبناني الأخذ به برغم أنه لا يشتمل على نص مماثل في قانون الموجبات والعقود .

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 188 وتطابق المادة (240) أردني

⁵ - محمد حامد رضوان ، مسؤولية أمين النقل، البحث المشار إليه سابقا، ص 1220، حيث يرى أنه يجب على القاضي تفسير عقود الإذعان ولو كانت عبارات العقد واضحة بينة السياق. في حالة جهل المتعاقد المذعن بالشروط التعسفية فيها.

⁶ - نص المادة ص 30 من البحث .

تخفيض الشرط الجزائي بنص أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه تطبيقاً (م. 241) ² التي تنص (

1- لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر 2-يجوز

للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام

الأصلي قد نفذ في جزء منه).

3-إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا

إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. 4-وقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات

السابقة). وكذلك فرض وجوب إعدار المدين قبل استحقاق التعويض تطبيقاً للمادة (243) ³ والتي

تنص على: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف

ذلك)، وقرر المشروع عدم جواز نزول المدين عن حقه في الدفع بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه، وعدم

جواز الاتفاق على تمام التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون، حيث اعتبر أن إطالة

مدة التقادم فيها إضرار بالمدين الذي حرص المشروع على حمايته تطبيقاً للمادة (426) ⁴ التي

تنص(1-لا يجوز النزول عن الدفع بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن

يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون. 2-يجوز لكل شخص يملك التصرف في

حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق

الدائنين إذا صدر أضرار بهم).

وبخصوص النظام العام الاقتصادي والذي يحمل في طياته الحماية والتوجيه للاقتصاد الوطني

ويكون ذلك بتوجيه هذا الاقتصاد إلى اتجاه معين، وجعله العقود المخالفة لهذا الاتجاه باطلة ومخالفة

¹ - نص المادة ص 30-31 من البحث .

² - تقارب المادة 2/364 أردني والتي تنص: (ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب احد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك) .

³ - تطابق (م. 361 أ.) .

⁴ - تطابق (م. 463 أ.) .

للقانون، فقد جاء المشروع بحماية النظام العام الاقتصادي عن طريق تحديد الأسعار ، ولعل تحديد الأسعار هو خير مثال لهذه الحماية، **فإذا صدر** عن المشرع ما فيه تحديد **لأسعار** سلعة معينة مثلا أو خدمة معينة فإن بيعها بسعر مخالف يجعل عقد بيعها مخالفا للنظام العام و يبطل بالتالي هذا العقد، وكذلك إذا قدمت الخدمة بسعر مخالف للسعر **المحدد؛ إذ يكون** هذا التصرف باطلا لمخالفته للنظام العام، وتطبيقا لهذا من جانب المشروع جاء بالمواد (767.)¹ التي تنص (1- يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها. 2- يجوز إعادة النظر في تعريفات الأسعار فإذا عدلت الأسعار المعمول بها، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من وقت التصديق عليها).

2- محاربة الاحتيال على القانون : لا يكفي احترام مبنى النظام العام بتحاشي تطبيق يتعلق بمخالفته صراحة؛ بل يجب أيضا أن يكون احترام النظام العام في معناه². فأبطل المشروع التصرفات التي من شأنها الإفلات من تطبيق أحكامه مثالها، حظر تصرفات السفينه والمغفل قبل صدور قرار الحجر وتسجيله، إذا تم نتيجة استغلال أو تواطؤ، طبقا لما جاءت به المادة (2+1/112)³ التي تنص (1-التصرف الصادر من المغفل أو السفينه بعد صدور قرار الحجر وتسجيله، يسري عليه ما يسري على تصرف الصبي المميز من أحكام، ما لم ينص القانون

¹ - والمادة (1/ 767) فلسطيني توافق المادة 163 / 3 والتي تنص: (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال محجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)..

² - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة، ص 41-42

³ - توافق المادة 129 أردني والتي تنص: (1. يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، ولكن ولي السفينه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه . 2. أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.

على خلاف ذلك. 2- أما التصرف الصادر منه قبل صدور قرار الحجر وتسجيله فيكون صحيحا، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ). معتبرا أن الإسراع في التصرف يجسد الاحتيايل على القانون. وكذلك كان نهجه حين حظر على المؤجر المحتال الذي تحصل على حكم محكمة بإلزام المستأجر بالتخلية بناء على بيانات ثبت كذبها لاحقا لقرار المحكمة، أو نتيجة إخفاء حقائق جوهرية فأجاز للمحكمة أن تأمر المالك بدفع تعويض تراه كافيا لتعويض الضرر، و لها **فوق ذلك** أن تعيد إسكان هذا المستأجر في العقار¹.

نزاهة العقد: بالإضافة للياقة العقد لا بد من توافر النزاهة فيه، ويراد بنزاهة العقد أن يكون بعيداً عن الغرر وهو ما يعني عدم قدرة البائع على التسليم، أو في حالة عدم إمكانية حسم حتمية التسليم أي أن يكون هناك احتمالية عدم التسليم، وشرط خلو العقد من الغرر يعد قيدا على الحرية التعاقدية، وتوسيعا لدائرة النظام العام والآداب، وقد جاءت المادة (1/134)² التي تنص (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا مؤكدا للوجود). بذلك حين اشترط المشروع أن يكون الشيء المستقبلي مؤكدا للوجود؛ وهذا ينفي الغرر، ويكون محل العقد مؤكدا للوجود، إذا كان وجوده **أمرا حتميا** ولو في المستقبل، لا احتماليا، و جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا مؤكدا للوجود³ هو تصرف معلق على شرط واقف؛ إذا تحقق هذا الشرط صح التصرف، وإذا انتفى زال التصرف بأثر رجعي من يوم إنشائه.

والمشروع أجاز هبة المال المستقبلي على اعتبارها تصرفا ينطبق عليها أحكام المادة (1/134) ويكون بذلك سجل تطورا هاما في مجال المعاملات يساير التطورات والاتجاهات الحديثة، ويساير ما

¹ - أنظر قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لعام 1952 المطبق على أراضي السلطة الفلسطينية وبالخصوص المادة 2/4.

² - تقارب المادة 1/160 أردني والتي تنص: (1. يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر).

³ - لاحظ أن تأكيد الوجود حين يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا جاءت به المادة مقتضية أثر القانون المدني الجزائري في المادة (92)، والتي تنص (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا ومحققا)، محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 46، حيث أن القانون الجزائري أتى بها، ولكن تحت عبارة محققا وليس مؤكدا للوجود. أنظر المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، ص 145.

يؤيده محمد وحيد الدين سوار في نقده لسلوك المدونات العربية¹ في حظرها الهبة في المال المستقبلي، وهبة المال المستقبلي يساير موقف الفقه المالكي².

وانسجاما مع موقف المشروع الفلسطيني في إيلائه شريطة عدل العقد أتى بأحكام(م. 467)³ التي تنص (1-يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان. 2- يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد أشتراط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري. 3-يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي. 4- كذلك يقع باطلا كل شرط يقضي بعدم ضمان البائع عن الاستحقاق الناشئ من فعله ولو لم يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي). فالمادة أجازت اتفاق الأطراف على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقصه أو حتى إسقاطه، إلا إذا كان هناك غش من قبل المتعاقد الآخر (البائع) بتعمده إخفاء حق الأجنبي؛ مثل إخفائه لحق الارتفاق المقرر للغير، وكذلك فرض جزاء البطلان على شرط عدم الضمان لاستحقاق ناشئ عن فعله حتى ولو لم يتعمد إخفاء حق الأجنبي ضمانا لنزاهة العقد ومنعا للغرر.

نفع العقد: من المفروض أن يكون للعقود أسباب فيها نفع للمتعاقدين، وافترض المشروع في كل التزام أن له سببا حقيقيا ولو لم يذكر السبب ، وافترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب

¹ - و معظم المدونات العربية ومنها القانون المدني الأردني قد منعا هبة المال المستقبلي تأييدا لمذهب الإمام أبو حنيفة(المادة 856 من المجلة)، وكذلك القانون المدني الفرنسي يمنع ذلك لخطر اندفاع الواهب إلى هبة المال المستقبلي أكثر من المال الخاص (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 5 ، المرجع السابق ، ص117.

² - محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 90-91 ومشار إليه في مؤلفه الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 49

³ - قارن مع (م. 506 أ) والتي تنص ،(لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط 2- ولا يمنع علم المشتري بان المبيع ليس ملكا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق). حيث أن المشروع الأردني أخذ بمرتبته العقد الفاسد لم يأخذ المشروع بهذه المرتبة فأجاز الاتفاق الخاص الذي يسقط ضمان الاستحقاق أو إنقصه.

الحقيقي، وكذلك افترض المشروع مشروعية السبب ما لم يثبت عكس هذا الأصل¹ تطبيقاً لـ (م. 135)² و (م. 136) التي تنص: (1- يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً، ولو لم يذكر السبب، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. 2- ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، أما إذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه). والمادة (138) التي تنص: (1- يفترض في كل عقد أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر السبب، وإذا ثبت أن سبب العقد غير مشروع بطل العقد. 2- ومع ذلك فلا يجوز في عقود المعاوضات أن يتمسك المتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع ببطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث).

من خلال نصوص المواد سابقة الذكر والمتعلقة بركن السبب، يمكننا استنتاج اشتراط نفع العقد كمقتضى من المقتضيات الاجتماعية في العقود، حيث اعتبر المشروع أن كل عقد مشروع يأتي بنفع للمتعاقدين، ويمكن تأكيد ضرورة أن يشتمل العقد نفعاً للمتعاقد في المشروع بالقياس على (م. 1/554)³ التي تنص (إذا اتفق في عقد الشركة على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان العقد باطلاً).

ويرى الباحث أن المشروع اعتبر كل عقد مشروع هو عقد نافع ما لم يثبت العكس.

عدل العقد: من المواصفات التي يجب أن تتوفر في العقد لضمان كماله أن يتسم بالعدل بين المتعاقدين، ومعناها أن يكون ما يقدمه الطرفان يحقق التوازن بين الحقوق والالتزامات لكل طرف وبخلاف ذلك؛ تقوم الدولة بالتصدي لحماية المتعاقد إذا وقع ضحية ظلم، بتزويده بوسائل تتيح له

¹ - وقد أورد المشرع الأردني في المادة 166: (1- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعاً لعاقديه. 2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك). فالمشرع الأردني اشترط أن يكون العقد مفيداً وهذا يعتبر قيداً على الحرية التعاقدية فلا يستطيع الإنسان إبرام عقد ليس له فيه من نفع.

² - نص المادة ص 170 - 171 من البحث.

³ - تطابق المادة 1/ 590 أردني.

الحصول على شروط أفضل، أو التخلص من هذا التعاقد الجائر، ويطلق الفقه القانوني على الظلم العقدي تسمية الغبن، وقد أولى المشروع هذا الموضوع عنايته لا سيما أنه جعل مقاومة الاستغلال قاعدة عامة، كما سنرى لاحقاً¹ عند دراسة السلطة التقديرية للقاضي.

وقد تبين للباحث من خلال الدراسة حرص المشروع على عدل العقد من خلال حماية المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة (م. 151)²، ومن خلال حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان (م. 166)³. ويلاحظ أن المشروع لم يأت بتحديد معيار للغبن في المواد (151) و (241) و (166) وتركها سلطة تقديرية بيد القاضي لتقدير الظلم العقدي وهذا يساير الاتجاهات الحديثة ، ولكن المشروع جاء بحماية المسؤول مرتكب الفعل الضار في(م. 241) بمنع زيادة التعويض في الشرط الجزائي ولو زاد الضرر، ويعلق واضع المذكرات الإيضاحية⁴ على ذلك بقوله " ونص (م. 241) من المشروع لم يدرك التطور الذي لحق بفكرة الشرط الجزائي خصوصا في فرنسا⁵، بل وقف عند ما وصل إليه التقنين المصري".

ويرى الباحث أنه كان من الأفضل على المشروع مسايرة النص الفرنسي فكان يجب أن يسمح بزيادة الشرط الجزائي تحقيقا للعدالة إذا كان لهذا مقتضى أسوأ بإنقاصه. ويمكن أيضا إدراك حرص المشروع على عدل العقد من خلال إعادة القسمة، حماية للمتقاسم

¹ - أنظر ص 210 وما بعدها من البحث.

² - نص المادة ص 31 من البحث.

³ - نص المادة ص 54 من البحث.

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 291.

⁵ - أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة 1152 من التقنين المدني الفرنسي جعلت الشرط الجزائي قابلا للمراجعة زيادة ونقصان وذلك بالقانون رقم 579 / 75 بتاريخ 9/9/1975 ثم عدلت هذه الفقرة أيضا بتاريخ 11/10/1985 جعلت للقاضي حق التدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشرط الجزائي. أنظر المذكرات الإيضاحية الفلسطينية ، المرجع السابق ، ص 291 .

المغبون تطبيقاً (م. 981)¹. وفيها منح المشروع المتقاسم المغبون في القسمة الرضائية حق نقض القسمة شريطة إثبات غبن يزيد عن الخمس، فالمشروع هنا اعتبر أن **اشتراط** عدل العقد، مقتضى اجتماعي من حيث المضمون، **ينفي الغبن** الفاحش، وهو ما تجاوز الخمس²، **وإذا أمعنا** النظر في نصوص المشروع المتعلقة بعدل العقد ومحاربة الغبن نصل إلى أن المشروع قد حارب الغبن وقت التعاقد **وأثناءه**، بتفسير إرادة المتعاقد في عقود الإذعان وحين التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ومن خلال تعديل الشرط الجزائي. مع الأخذ بعين الاعتبار ما وجهناه من نقد في الشرط الجزائي، حيث لم نصل بعد إلى زيادة التعويض في الشرط الجزائي عند زيادة الضرر.

ثانياً: المقتضيات من حيث الشكل والإثبات : مثلما يتدخل المجتمع في شروط يتطلبها في العقد لها صلتها بمضمونه يتدخل أيضاً بشروط لها صلتها بالمظهر الخارجي³ للعقد، وهذا يمكن أن يأتي في شكل العقد، ويمكن أن يأتي حين إثباته، وتسمى الأولى بشكلية **الانعقاد**، وتسمى الثانية بشكلية الإثبات، ويختلف **جزاء** تخلف الشكلية إذا كان يتعلق بالأولى أو الثانية، فإذا تخلفت شكلية الانعقاد كان العقد باطلاً، في حين إذا تخلفت شكلية الإثبات يتعدى إثبات التصرف بغير الشكل المطلوب مع بقاء التصرف صحيحاً وإمكانية إثباته بوسائل أخرى للإثبات منها الإقرار واليمين، وقد يفرض المشروع الفلسطيني في بعض العقود شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات معاً، ولكن سنجد هذا في حالات قليلة؛ لأنه يؤمن بأن الأصل في العقود هو الرضائية، والاستثناء هو الشكلية.

¹ - تقارب (م. 1050 أ) ونصها: (1. يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة
² وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة). ، مع ملاحظة (م. 1051 أ) ونصها: (لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة). لا تسمح بفسخ القسمة الرضائية بعد مرور سنة عليها وهذا غير موجود في المشروع. وكان عليه تحديد مدة لرفع الدعوى أسوة بما فعله المشرع الأردني تحقيقاً لاستقرار التعامل ، أنظر نص المادة 981 هامش ص 92 من البحث.

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1057 و 168 .

³ - محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، المرجع السابق، ص 53

شكلية الانعقاد: التراضي، لا الشكل، هو الشريطة الأساسية لقيام العقد في كل التقنيات، **بما فيها**

المشروع، فلم يتطلب هذا المشروع في الرضا أن يأتي بشكل معين؛ فقد يتم باللفظ أو بسند عادي، ومبدأ الرضائية في المشروع أقر حماية **مصلحة الفرد** - وبالخصوص الفرد حسن النية- ذاته تأميناً لحريته، ولم **يأت** لمصلحة الغير والتي تتطلب أن يتجسد هذا الرضاء بتجسيد العقد وجعله تحت رقابة المجتمع وذاكرته، وأتى المشروع استثناء على مبدأ الرضائية في أوضاع معينة لإظهار خطورة التصرف للمتعاقد، وكذلك لمصالح الغير بتجسيد بعض التصرفات بتسجيلها لدى كاتب العدل أو أي مؤسسة أنشئت لهذا الخصوص، وحماية للمجتمع عبر هذه السجلات، ومثال ذلك شكلية الكتابة الوجوبية في عقد الشركة، وكذلك كافة التعديلات الواردة عليه تطبيقاً (م. 545/1+2)¹.

شكلية الإثبات: قد يشترط القانون أحياناً إجراء شكلياً؛ ليس للانعقاد ولكن للإثبات، ومن هذا ما اشترطه المشروع في الكتابة شرط إثبات، في عقد الصلح الوارد في (م. 593) التي تنص **(لا يثبت الصلح إلا بالكتابة)**. والكتابة التي يتطلبها وفق هذا النص ليست كتابة رسمية بل تكفي الكتابة

العرفية².

¹ - تطابق المادة 584 أردني التي تنص: (1. يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً . 2. إذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك على حق الغير وإما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحاً إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح ، فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامة الدعوى). مع ملاحظة أن النص الفلسطيني أفصح بالبطلان بالنص عليه، في حين أغفل المشرع الأردني ذلك، ونحن نعلم أنه لا بطلان بدون نص. ونص المادة 545 من المشروع ذكرت ص 122 من البحث.

² - أنظر المادة (م. 68/1) من قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2001/4. التي تنص: (في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته عن مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك). ويخفف من هذا الاشتراط حالة وجود مانع أدبي أو مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي **وفق** (م. 1/71) من نفس القانون التي تنص: (إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، ويعتبر مانع مادي أن لا يوجد من لا يستطيع الكتابة أو يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد ، ويعتبر مانع أدبي القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر أو ما بين الخطيب وخطيبته)، حيث يكون من المستطاع الإثبات بشهادة الشهود.

وتعتبر المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بالشكل والإثبات قيوداً على الحرية التعاقدية والتي تقتضي منح الإرادة كامل القدرة في التعاقد دون **إتباع** شكلية معينة لا في الموضوع ولا في الشكل.

الفرع الثاني: النزعتين الفردية والجماعية في المقتضيات الاجتماعية

وردت نصوص المقتضيات الاجتماعية في العقود مستهدفة حماية الفرد وحماية الجماعة انسجاماً لنهج المشروع في الجمع بين النزعتين الفردية والجماعية ، ولمعرفة أي نزعة تغلبت في نصوص المشروع بخصوص هذه المقتضيات نبحت أولاً مظاهر النزعة الفردية وثانياً مظاهر النزعة الجماعية.

أولاً: مظاهر النزعة الفردية في المقتضيات الاجتماعية : تظهر حماية الفرد في أحكام هذه المقتضيات في النصوص التي تنظم أحكام الأهلية وفي عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في الفعل الضار وفي مجال حماية الطرف الضعيف ومثاله العامل والمذعن والمؤمن له. ففيما يتعلق بحماية الفرد في أحكام الأهلية فإننا نجد المادة (57)¹ تمنع النزول عن الأهلية من أي كان وتمنع التعديل في أحكامها ولا تجيز أن يكون موضوع الأهلية محلاً للتعامل في دائرة التصرفات القانونية، وكذلك المادة (58)² أبطلت التصرفات إذا كان محلها مقومات الإنسان المادية إذا كان ذلك بعوض مالي ولكنها أباحت أن تكون هذه التصرفات تبرعاً وفي كل هذا كل الحماية للأفراد، وبخصوص الحماية للفرد حين المسؤولية عن الفعل الضار فإنها تتجلى بمنع كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف منها في حين منح المشروع الحق في تشديد هذه المسؤولية بالاتفاق وفقاً للمادة (190)³.

¹ - نص المادة ص 171 من البحث.

² - نص المادة ص 171 من البحث.

³ - نص المادة ص 154 من البحث.

وتظهر مظاهر النزعة الفردية في المشروع في إقراره حماية المتقاسم المغبون وفقا للمادة)
1(981) حين منح المتقاسم الذي يشعر بالغبن في القسمة الرضائية حق نقضها شريطة إثبات غبن
يزيد عن الخمس.

وتظهر كذلك حماية المشروع للفرد في نطاق نص القانون حين يكون مصدرا مباشرا للالتزام في تبنيه
حماية الطرف الضعيف معتبرا العامل في مواجهة رب العمل ضعيفا تستلزم حمايته فقررها في المادة
(773)² وبموجبها منح حرية إنهاء عقد العمل في مواجهة رب العمل إذا زادت مدته عن خمس

سنوات أو كان غير محدد المدة، وحما المدين باعتباره طرفا ضعيفا وفقا للمادة (243)³
والتي قرر بموجبها إعدار المدين قبل استحقاق التعويض وحين حماه وفقا للمادة (426)⁴ فمنع جواز
نزوله عن حقه في الدفع بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه، ومنع الاتفاق على تمام التقادم معتبرا إن إطالة
مدة التقادم إضرار بالمدين، وكان المشروع حاميا للفرد عندما حظر شرط عدم التصرف وفقا للمادة
(959)⁵ وعندما حظر شرط تملك العين المملوكة للمرتهن وفقا للمادة (1202)⁶ عند عدم الوفاء
بالدين وقت حلول أجله، وكذلك الأمر اعتبر المشروع أن الأولى بالحماية الفرد حين يكون المذعن
في مواجهة المذعن إليه فمُنح القاضي وفقا للمادة (150)⁷ سلطة تعديل أو حتى فسخ العقد
التعسفي. وحماه أيضا عند تفسير عقود الإذعان وفقا للمادة (2/166)⁸ بحيث يكون التفسير في
صالح الطرف المذعن وليس ضارا بمصلحته، واعتبر المشروع عقود التامين عقود إذعان وحما

¹ - نص المادة في هامش ص 92 من البحث .

² - نص المادة ص 29 من البحث .

³ - نص المادة ص 63 من البحث .

⁴ - نص المادة ص 176 من البحث.

⁵ - نص المادة ص 173 من البحث.

⁶ - نص المادة ص 173 من البحث.

⁷ - نص المادة ص 30 من البحث.

⁸ - نص المادة ص 54 من البحث.

المؤمن له وفقا للمادة (875)¹ وفيها قرر بطلان الشروط التي تقضي بسقوط الحق في التأمين لأسباب مختلفة وكذلك الأمر في إسقاط الشروط المطبوعة غير الظاهرة وكذلك شرط التحكيم معتبرا إياها شروطا تعسفية لا يملك المؤمن له إلا القبول بها.

ثانيا: مظاهر النزعة الجماعية في المقتضيات الاجتماعية : تظهر حماية الجماعة في أحكام المقتضيات الاجتماعية عند ضرورة التقيد بالنظام العام بشقيه السياسي والاقتصادي وفي تكريس عدل العقد لسيادة المجتمع على الأفراد وعند تحديد الأسعار في بعض الظروف وحين تطلب الشكلية تجسيدا للعقد أمام المجتمع.

فبخصوص ضرورة التقيد بمطابقة العقد للنظام العام والآداب لتحقيق اللياقة العقدية فقد أكد المشروع ضرورة هذه المطابقة في المادة (131)² ، وكذلك في المادة (135) ففي الأولى قرر ضرورة مشروعية محل العقد وفي الثانية تطلب مشروعية السبب وبخلاف ذلك يقع العقد باطلا والمشروعية يحميها المشروع انحيازا لمصلحة الجماعة مقابل التضحية بمصلحة الفرد.

والأمر نفسه استهدف المشروع حماية الجماعة حين حظر خروج الشرط الواقف المقترن بالعقد عن النظام العام والآداب وفقا للمادة (280)³ وبها اعتبر الالتزام غير قائم إذا علق على شرط غير ممكن، وغير الممكن مخالف للنظام العام، وكذلك كان المشروع جماعي النزعة في أمر النظام العام الاقتصادي، حين يحمي المشروع هذا الاقتصاد عند تحديد الأسعار وفقا للمادة (767)⁴ ، وحين يقرر منع التحايل على القانون ومثاله ما جاءت به المادة (112)⁵ .

¹ - نص المادة 174 من البحث

² - نص المادة ص 25 من البحث

³ - نص المادة ص 172 من البحث

⁴ - نص المادة ص 177 من البحث

⁵ - نص المادة ص 177 من البحث

وحمي المشروع الجماعة عبر اشتراطه نزاهة العقود ببعدها عن الغرر وهو ما يعني قدرة البائع على التسليم أو عدم استطاعة حسم حتمية التسليم. وسمح بأن يكون محل الالتزام مؤكداً للوجود حتى ولو كان مستقبلاً فمن مفهوم المخالفة في المادة (134) لا يجوز أن يكون محل الالتزام احتمالي الوقوع، وكذلك كان المشروع جماعي النزعة عبر اشتراطه نفع العقد قياساً على المادة (1/554) حيث استلزم نفع العقد لقيام التعاقد .

ويمكن إدراك النزعة الجماعية في المشروع من اشتراطه عدل العقد بحيث يكون ما يقدمه الطرفان يحقق التوازن بين الحقوق والالتزامات لكل طرف وبخلاف ذلك تتدخل الدولة عبر نصير العدالة (القاضي) بسلطة تقديرية تمنحه حماية هذا المتعاقد من خلال نظرية الظروف الطارئة المادة (151)¹ ومن خلال تعديل الشرط الجزائي المادة (241)² ومن خلال ما ذكرناه في عقود الإذعان التي تحمي الفرد والجماعة ولعل سلوك المشروع حين اعتبر الاستغلال نظرية عامة في المشروع أكبر دليل على نزعته الجماعية وهو ما سنراه لاحقاً³ عند دراستنا للسلطة التقديرية للقاضي في المشروع.

وأما بخصوص الشكلية التي يتطلبها المشروع في بعض الأحيان استثناء فإنها تحمل في طياتها النزعة الجماعية فهي وجدت من أجل تجسيد العقد أمام المجتمع .

¹ - نص المادة ص 30-31 من البحث

² - نص المادة ص 176 من البحث

³ - ص 210 لللاحقة وما بعدها من البحث.

المطلب الثاني: الاتجاهات العامة في حق الملكية

حق الملكية بصفته احد الحقوق البارزة في التقنيات المدنية وتتعلق بالكثير من أحكامه فلسفة أي تقنين في اتجاهاته العامة هو كذلك في المشروع الذي أولى له عناية كبيرة. ولا تكتمل الدراسة إلا بالتعرف على هذا الحق ودراسة مسلك المشروع فيه لإدراك اتجاهاته العامة ولعل أبرزها مظاهر النزعتين الفردية والجماعية على اعتبار أن أي مشروع وبخصوص نصوص القانون حين تكون المصدر المباشر للالتزام فإنه ينحى إلى مبادئ العدالة¹ والتضامن الاجتماعي وعلى ذلك تقسم الدراسة إلى فرعين :-

الفرع الأول: حق الملكية في المشروع

الفرع الثاني : مظاهر النزعة الفردية ومظاهر النزعة الجماعية في حق الملكية

الفرع الأول: حق الملكية في المشروع

على الرغم من أن المشروع لم يأت بتعريف لحق الملكية، بخلاف المشرع الأردني² وكذلك الأمر لم نجد تعريفاً لحق الملكية في القانون المعدل للقانون الأساسي³ طبقاً للمادة (21/3+4) التي تنص: (3- الملكية الخاصة مصانة ولا تنتزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات إلا للمنفعة العامة وفقاً للقانون في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي. 4- لا مصادرة إلا بحكم قضائي). وعلى الرغم أن هذا النص يدل دلالة واضحة على أهمية حق الملكية في القوانين الفلسطينية، إلا أنه تحدث عن خصائص هذا الحق لا عن تعريفه، ولكن جاء التعريف في المذكرة

¹ - أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 15.

² - المادة 1018 من القانون المدني الأردني ونصها: (1. حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً. 2. ولمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة ويغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً) .

³ - القانون المعدل للقانون الأساسي - المجلس التشريعي ، القوانين - مطبعة أبو غوش، 2004 ، ص 17

الإيضاحية للمشروع بقولها ¹ " الملكية هي اختصاص واستثنائاً بما يمكن صاحبه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه على نحو لا يتعارض مع ما تقتضيه القوانين والأنظمة واللوائح"، فأهم الاعتبارات التي أخذت من هذا التعريف هي النص صراحةً بأن الملكية يقصد بها اختصاص واستثنائاً بما كان عقاراً أم منقولاً أم حقوقاً ذهنية أم ملكية صناعية، ومن شأن هذا الاستثنائ أن يمنع الآخرين من الانتفاع بهذا المال إلا بإذن من المالك أو إذا كانت لهم صفة قانونية تسمح له بالانتفاع بهذا المال كما في الولاية، ويستدل من ذلك أن المشروع استبقى الملكية الفردية وحماها من الاعتداء وصان للمالك سلطاته على ما يملك وهذا ما جاءت به (م. 940) التي تنص: (**لمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، في حدود القانون**). وقد حرم المشروع تجريد أحد من ملكه أو تجريده من الانتفاع به إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وبالطريقة التي رسمها هذا القانون وبمقابل تعويض عادل. وقد جاءت هذه الأحكام في (م. 943) التي تنص: (**لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه أو من الانتفاع به، ولا ينزع ملك من أحد إلا للمنفعة العامة، ويكون كل ذلك في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، وفي مقابل تعويض عادل**)؛ فقد وضعت هذه المادة حق الملكية في موضع مصان من قبل القانون لمنع أي اعتداء عليه سواء أكان من الأفراد أم من جهة الإدارة، فالأصل **أنه** لا يجوز المساس بالملكية الخاصة، والاستثناء هو جواز نزع الملكية من قبل الإدارة بناءً على شروط ثلاثة:

1- نص في القانون يجيز ذلك؛ فلا يكفي صدور قرار إداري مهما كانت الجهة التي أصدرتها

فمناطق هذا الشرط تدخل المشرع نفسه.

2- أن يكون نزع الملكية وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون **وبعدم اتباع** هذه الإجراءات يعتبر

النزع باطلاً بحكم القانون.

¹ -المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1004.

3- تقرير تعويض عادل يقدم للمالك عن ما نزع منه دون ذنب أو دون جريرة منه.

ورغم الحماية التي يوفرها المشروع لحق الملكية إلا انه من خلال التعريف فيه لم يعد ذلك الحق المطلق الذي عرفه المشرع الأردني، فالمشروع سلك نهج نزعة التقنيات الحديثة في تطور حق الملكية التي تذهب إلى أنه لم يعد حق مطلقا لا حد له، بل هو وظيفة اجتماعية¹ يطلب إلى المالك أن يقوم بها ويحميه القانون ما دام يفعل، أما إذا خرج عن هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته.

فالمشروع أتى بالحماية الفردية لحق الملكية وفي نفس الوقت جعلها وظيفة اجتماعية لحماية الجماعة، والسؤال الذي يطرح أي من النزعتين رجح؟ وموضوع الإجابة هو ما يلي من الدراسة.

الفرع الثاني : مظاهر النزعة الفردية والنزعة الجماعية

أولا : مظاهر النزعة الفردية : أتى المشروع هادفا حماية الفرد بخصوص حق الملكية في مواطن كثيرة لعل أبرزها :

1- تضيق حق الشفعة حماية للمالك: ضيق المشروع حق الشفعة والذي يعتبر قيادا يتقل حق الملكية حين أورد المادة (1077)² ، حيث اشترط أن يكون الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة بإخطار عدلي وإيداع الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة خلال مدة حدها الأقصى ثلاثون يوما، ورتب البطلان إذا لم يتم الإعلان بالإخطار العدلي، وكذلك رتب سقوط الحق في الشفعة إذا لم يودع الشفيع الثمن الحقيقي خلال **ثلاثين** يوما، ويعتبر سلوك المشروع هذا تقييدا **لحرية** الشفيع **مما** يعني العودة إلى توسيع سلطات المالك باعتبار الشفعة قيادا على هذه السلطات، وجاءت المادة (1078) ونصها: **(تفصل المحكمة المختصة في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن**

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج6، ص 10 ، مشار إليه عند عبد المنعم البدرابي ، حق الملكية ، دار وهدان للطباعة والنشر ، القاهرة، مصر، 1978، ص18 .

² - نص المادة ص102 من البحث

تمهل الشفيع لدفع ما تطلب منه دفعه فإن لم يستجب سقط حق الحق في الشفعة) وفيها ما يعطي المحكمة المختصة سلطة الحكم بشأن النزاع على الثمن الحقيقي للعقار المشفوع به، وإمهال الشفيع للدفع، وإلا يسقط حقه بالشفعة، وعليه فإننا نستخلص توجه المشروع نحو حماية الفرد المالك، فهذه النصوص جاءت لحمايته من منطلق أن له حق التصرف أصلاً والشفعة هي استثناء لا يجوز التوسع فيها، وبالمقارنة مع ما ذهب إليه المشرع الأردني فإننا نجد أن الأخير قد سلك المسلك نفسه في تقييد حق الشفعة على اعتبار أنه استثناء من الأصل العام الذي يعطي المالك حق التصرف بدون قيود، حيث أضافت (م. 1162.أ)¹ أنه يمكن بالعدر الشرعي أن يكون هناك تجاوز لرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً، وأضافت هذه المادة أنه لا يجوز سماع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع حتى لو كان هناك عذر بتأخير إجراءات رفع دعوى الشفعة. وكذلك حدد المشرع الأردني أن يكون رفع دعوى الشفعة على المشتري، وألزم القاضي أن لا يكون الإمهال الجوازي للشفيع يتجاوز الشهر تطبيقاً لنص (م. 1163.أ)²، في حين أن المشروع لم يحدد مدة الإمهال، ويرى الباحث أن المشروع قد اتجه إلى حماية الفرد بطريقة أوضح حين قيد بطريقة فاعلة سلطات الشفيع، في حين اتجه المشرع الأردني إلى مد حماية الشفيع حين منحه فرصة تجاوز رفع الدعوى إلى ستة أشهر في حال وجود العذر، وفي ذلك استمرار إمكانية الأخذ بالشفعة مجاوزاً المدة التي حددها المشروع، وما دامت المدة في "الفاصليني" أقل؛ فالعقد أشد، وعليه يرى الباحث أن شروط الأخذ بالشفعة هي أشد صرامة منها في القانون الأردني وحماية المالك وفقاً لذلك تكون أوسع، وفي هذا جنوح مفضل نحو استقرار المعاملات.

¹ - نص المادة 1162 أردني: 1. على من يريد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل البيع وإذا أخرجها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشفعة. 2. على أنه لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل.

² - نص المادة 1163 أردني: (1. ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصة. 2. وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا بطلت شفيعته).

2- منع بيع السفل جبرا عن صاحبه : أتى المشروع بأحكام لا تجيز بيع السفل جبرا عن صاحبه تطبيقا للمادة (999)¹ من المشروع التي تنص (1- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر بإعادة السفل، إذا طلب صاحب العلو على نفقة صاحبه. 2- وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن بإيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه). حماية له بصفته المسؤول عن إعادة بناء السفل حين انهدامه فالمشروع منح صاحب العلو سلطة منع صاحب السفل من سكناه أو تأجيره ولم يسمح لصاحب العلو ببيع السفل جبرا عن صاحبه وهذا يأتي موافقا لمسلك المشرع الأردني.

ويرى الباحث أن في هذا السلوك حماية للملكية وبالتالي للفرد وهو هنا مالك السفل.

3- اعتراض أقلية الشركاء على قرار الأغلبية في المال الشائع: ذكرت (م. 966)² رغم البعد الجماعي القاضي بالزام الأقلية لقرار الأغلبية ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة³ والذي يجعل الإدارة يسيرة وعملية وتحمي الأغلبية من تعنت الأقلية، إلا أن نص المادة يعطي الدلالة على حماية الفرد أيضا، ومن هو هذا الفرد؟ إنها الأقلية التي تقدم اعتراضا على قرار الأغلبية، حيث منح المشروع للمحكمة أن تقرر قبول قرار الأغلبية أو رفضه، وفي حال قبوله فإن لها تقرير ما تراه مناسبا من

¹ - تطابق (م. 1073 أ) التي تنص : (1. اذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله كما في السابق فاذا امتنع وعمره صاحب العلو باذنه او اذن المحكمة فله الرجوع بحصة صاحب السفل مما انفق . 2. واذا امتنع صاحب السفل وعمره صاحب العلو بدون اذن المحكمة او اذن صاحب السفل فله ان يرجع على صاحب السفل بنصيبه من قيمة البناء وقت التعمير . 3. واما اذا عمر صاحب العلو السفل بدون مراجعة صاحب السفل وثبوت امتناعه فيعتبر صاحب العلو متبرعا وليس له الرجوع بشئ . 4. ويجوز لصاحب العلو في الحالتين الاوليين ان يمنع صاحب السفل من التصرف والانتفاع حتى يوفيه حقه ويجوز له ايضا ان يؤجره باذن المحكمة ويستخلص حقه من اجرتة) .

² - نص المادة ص 101 من البحث

³ - يسري في أعمال الإدارة المعتادة أحكام المادة 965 والتي تنص: 1. يكون رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم يكن ثمة أغلبية فللقاضي بناء على طلب أحد الشركاء أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة وله أن يعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. ولأغلبية أيضا أن تختار مديرا، وان تضع لإدارة المال والانتفاع به نظاما يسري على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم سواء كان الخلف عاما أم خاصا.

تدابير، منها إلزام الأغلبية بتقديم كفالة تضمن للمخالف من الشركاء (المعترض) ما يستحق من

تعويضات من جراء الموافقة على قرار الأكثرية، ويتطابق هذا مع مسلك المشرع

الأردني باستثناء اشتراط إبلاغ قرار الأكثرية إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي وفق¹ (م.1035. أ)

وفي هذا السلوك من القانون الأردني والمشروع حماية للفرد بوضع قيود على عمل الأغلبية في

الملكية الشائعة .

4- حق المالك في الكنز المدفون أو المخبوء: **تحدد** (م. 1003) التي تنص (1-الكنز المدفون

أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز

لمالك رقبته.2-الكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته) أن الكنز

المدفون، أو المخبوء غير المدفون، تعود ملكيته إلى مالك العقار بحكم الأصل وبقوة القانون، ما لم

يقم أحد الدليل على عكس ذلك، ومالك العقار المناط به ملكية الكنز المدفون أو المخبوء هو مالكة

وقت العثور على الكنز، ومعنى هذا أن صاحب حق الانتفاع أو المحتكر أو المستأجر لا تكون له

ملكية الكنز المكتشف، فالكنز ليس ثمارا²، والإقرار بملكية الكنز المدفون أو المخبوء المكتشف

لصاحب العقار حين اكتشافه يعني أن مشتري العقار من قاصر (مميز) وعلى اعتبار أن بيع

القاصر يكون بعقد قابل للإبطال حسب المشروع (م. 102) إذا اكتشف كنزا مدفونا أو مخبوءا،

فإن له ملكيته لأنه مالك العقار وقت الاكتشاف، ولو أبطل فيما بعد هذا العقد، ولا يجوز لولي

القاصر الدفع بالغبن في البيع؛ فهو لم يبيع إلا الأرض دون الكنز³، وعليه فإن الكنز المدفون في

¹ - المادة 1035 أردني ونصها: 1. للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له. ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على ان يبلغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ. 2. وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تقرر إعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات.

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1080

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق نفسه، ص 1080 . .

عين موقوفة؛ فإنه للواقف بصفته المالك، أو ورثته باعتباره خلفه، والكنز المدفون أو المخبوء المكتشف في أرض مملوكة للدولة ملكية عامة أو خاصة؛ تكون ملكيته لها باعتبارها المالك الذي له الحق فيما اكتشف، وبمقارنة أحكام هذه المادة ومسلك المشرع الأردني في نفس الموضوع، فإننا نرى أن الأخير قد انتهج نفس النهج بشأن ملكية الكنوز والمعادن مع فرضه استيفاء خمس الثمن عنها لصالح الدولة وفقاً ل(م. 1078 أ. 1)¹، ولكن قانون الآثار الأردني رقم (16 / 1976) جعل جميع الآثار ملكاً للدولة تطبيقاً لنص القانون المدني في (م. 1078 / 1 أ.) وتحديدًا في فقرتها الرابعة التي تنص: (**تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بما ذكر**)، وعليه، وبما أن ما ورد في قانون الآثار الأردني هو نص خاص، فإنه طبقاً للقواعد العامة يقيد العام، وعليه فإن الكنز المخبوء أو المدفون تعود ملكيته للدولة، بعكس ما أورده المشروع والذي اعتبره ملكاً لصاحب الأرض.

ويرى الباحث أن المشروع أغرق في حماية الفرد المالك، **ولا سيما** عند إغفاله لحق مكتشف الكنز، وكأن المشروع افترض أن مكتشف الكنز هو المالك دائماً.

وعليه يوافق الباحث وحيد الدين سوار، حين تعليقه على مسلك المشرع الأردني - الموافق لمسلك المشروع - في عدم منحه حصة لمكتشف الكنز مما ينم عن إهدار لأتعاب مكتشف الكنز² ويفسح المجال لارتكاب جريمة كتمانته³.

¹ - المادة (1078 أ.) تنص (1. الكنوز والمعادن وغيرها التي يعثر عليها في أرض مملوكة لشخص معين تكون مملوكة له وعليه الخمس للدولة. 2. الكنوز والمعادن التي تكتشف في أرض مملوكة للدولة تكون مملوكة لها كلها. 3. أما إن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً فإن ما يكتشف يكون لجهة الوقف. 4. تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بما ذكر).

² - وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة، المرجع السابق ، ص 185

³ - ويرى كامل السعيد، أنه وفقاً لقانون الآثار الأردني الذي يجعل الكنز المخبوء أو المدفون الذي لا مالك له، ملكاً للدولة أينما وجد والاستيلاء عليه يشكل جريمة السرقة، شرح العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأموال، 1993، ط 2، ص 70.

ويرى الباحث أنه رغم أن قانون العقوبات الأردني رقم 1960/16 والذي جرى تطبيقه بتاريخ 1960/6/16 المطبق على أراضي الضفة الغربية، إلا أن أحكامه الخاصة بجريمة السرقة لا تطبق على مكتشف الآثار لعدم سريان قانون الآثار رقم 1976/6، على أراضي الضفة الغربية.

ثانياً: مظاهر النزعة الجماعية : أخذ المشروع في الاعتبار أن حق الملكية لم يعد الحق المطلق¹ وإنما على المالك أن يمارس حقه ضمن القيود التي وضعها المشروع والتي من شأنها أن تجعل استعمال حق الملكية لا يحقق مصلحة المالك فقط، وإنما مصلحة الجميع دون ضرر أو إضرار. وهذه النظرة أثرت في أحكام هذا المشروع وخاصة في القيود التي أوردتها المشروع على حق الملكية²، حيث فرض على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح تحقيقاً للمصلحة العامة (م. 944) وقيد سلطة المالك بعدم تصرفه بملكه تصرفاً ضاراً بحق الغير (م. 945)، وقيد في عدم المغالاة في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار مع مراعاة مضار الجوار (المألوفة (م. 946) وسماحه للملاك المجاورين استعمال بئر المالك بشروط (م. 947) وإلزامه السماح بمرور مياه كافية لري الأراضي البعيدة بشروط (م. 948)، ومنحه حق المرور في أراض الغير المجاورة لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام (م. 949)، ومنح المالك حق إجباره للجار وضع حدود للأماكن المتلاصقة بنفقات مشتركة (م. 950)، وكذلك القيود التي فرضتها (م. 951 - 961)³، وبالخصوص المواد المتعلقة بالحائط المشترك والمطلّ وفتح المناور، والمصانع والآبار والآلات البخارية، وبشرط المنع من التصرف في مال، ورغم ما ورد في أحكام المشروع السابق بحثها، والمتعلقة بالقيود التي ترد على حق الملكية، إلا أن أبرز هذه القيود التي تختلف أحكامها عما جرى فيه الحكم في القانون المدني الأردني والتي نراها واجبة المقارنة الأمور التالية:-

أولاً: الضرر غير المؤلف: نظر المشروع إلى حق الملكية بأنه حق نسبي لا مطلق، فيجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه ولا يشنتط فيه، وهذا يكرس حماية الجماعة، وعلى ذلك جرت (م.

¹ - أنظر صفحة 997 من المذكرات الإيضاحية.

² - أنظر المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، الحقوق العينية، الباب الأول الحقوق العينية الأصلية، الفصل الأول، حق الملكية بند رقم 2، القيود التي ترد على حق الملكية، ص 1004 - 1016.

³ - أنظر المذكرات الإيضاحية للمشروع الكتاب الثالث، العقوق العينية، الباب الأول الحقوق العينية الأصلية، الفصل الأول، حق الملكية بند رقم 2، القيود التي ترد على حق الملكية، ص ص 1016 - 1030.

946)¹ من المشروع والتي تنص: (1- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. 2- ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في تقدير الضرر العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين والغرض الذي خصصت من أجله ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات الإدارية المختصة دون استعمال الجار لهذا الحق) حيث حمى المشروع، بموجب هذه المادة، جار المالك من مضار الجوار غير المألوفة، **وجعل لهذا المضرور الحق في** طلب إزالة هذه المضار حتى لو أتت بدون نية الإضرار المبيتة، ولو لم تكن ناتجة عن استعمال خاطئ لحق الملكية، بمعنى أن **للجار الحق في** طلب إزالة هذه الأضرار ولو كانت ناتجة عن استعمال مألوف لحق الملكية من جانب المالك، فالمعيار هنا هو حصول أضرار غير مألوفة تضر بجار المالك.

والمذكرات الإيضاحية الفلسطينية ساوت بين الضرر غير المألوف والضرر الفاحش حيث ذكرت أن **(الضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش)**²، وكذلك جاءت (م. 955) التي تنص:

1- ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، ولا على النزول عن جزء من الحائط، أو من الأرض التي يقع عليها الحائط. 2- ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي أن³ كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) . فليس لمالك الحائط هدم الحائط الفاصل بناء على رغبته ومشيئته رغم ملكيته لهذا الحائط، والتي تضمن له حرية الاستعمال والاستغلال والتصرف، إذا

¹ - تقارب (م.1027. أ) والتي تنص: (1. على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . 2. وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة الى الآخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق) علماً بأن الضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف. .

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1007

³ - هناك خطأ إملائي في حرف أن والصحيح إن.

كان في هذا الهدم ما يضر الجار الذي يستتر ملكه **بالحائط**، فالفقرة الثانية من هذه المادة قيدت المالك بأن الهدم لا يتم إلا بوجود عذر قوي يبرر هذا الهدم، وإلا اعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه، وتأتي هذه المادة حامية جانب المضرور ومقيدة لحق الملكية؛ مرسخة بهذا أن هذا الحق هو عبارة عن وظيفة اجتماعية في المعنى والتطبيق.

ثانيا: الملكية الشائعة: سلك المشروع في الملكية الشائعة ما يعطي الدليل على النزعة الجماعية التي انتهجها وفقا للأمر التالية: -

1- إلزام الأقلية بقرار الأغلبية في إدارة المال الشائع : منح المشروع طبقا للمادة (965) التي

تنص (1-يكون رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم يكن ثمة أغلبية فللقاضي بناء على طلب أحد الشركاء أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة وله أن يعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. 2-وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، وان تضع لإدارة المال والانتفاع به نظاما يسري على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم سواء كان الخلف عاما أم خاصاً)، وطبقا للمادة (م. 966)¹ أنه ضمن أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة والتي تتضمن بعض التعديلات في الغرض الذي أعد له المال الشائع بقصد تحسين الانتفاع به . لأغلبية ثلاثة أرباع **الشركاء حق اتخاذ القرار** الذي يجعل الإدارة يسيرة وعملية، وتسهل حسم الأمر حين وقوع خلاف بين الشركاء، وتحمي الأغلبية من تعنت الأقلية، **وذلك نظرا لخطورة مثل هذه الأعمال بين الشركاء في المال الشائع، مما** يتطابق مع مسلك المشرع الأردني²

1 -نص المادة ص 101 من البحث

² - توافق (م. 1035 أ) والتي تنص: (1. للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له . ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة على ان يبلغوا قراراتهم الى باقي الشركاء باعداد رسمي ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ . 2. وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الاغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص ان تقرر اعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

باستثناء اشتراط إبلاغ قرار الأكثرية إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي الذي لم يقرره المشروع، ولا يخفى ما لمسلك المشروع في تقريره التزام الأقلية برأي الأغلبية من إعلاء شأن التضامن الاجتماعي الذي بدوره يخدم الجماعة.

2- ملكية السفل والعلو : جاءت المادة (998) التي تنص (1-على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. 2-فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، فللمحكمة بناء على طلب المتضرر أن تأمر بإجراء الترميمات اللازمة على نفقة صاحب السفل). لتحدد التزام صاحب السفل بالقيام بجميع الأعمال اللازمة للصيانة والتي تضمن منع سقوط السقف، وبالتالي منع سقوط العلو، وإذا ما قصر في ذلك وأصبح العلو مهددا كان لصاحب العلو اللجوء إلى القضاء للسماح له بالقيام بأعمال الصيانة على نفقة صاحب السفل وخاصة في حالة الاستعجال التي لا تحتل التأخير، والمادة (999)¹ جاءت لتمنح صاحب العلو الحق بحبس السفل عن صاحبه حتى يقوم بدفع التعويض عن النفقة التي قام بدفعها نيابة عن صاحب السفل، وأجازت له الحصول على إذن القاضي في إيجار السفل أو سكناه بأجر المثل استيفاء لحقه.

وبالمقارنة مع المسلك الأردني نجده قد اتفق مع المشروع في منع بيع السفل جبرا عن صاحبه، حتى ولو امتنع عن بناء السفل المهذوم وفقا للمادة (م. 1/1073 أ.)²، في حين اختلفا حينما اعتبر المشرع الأردني صاحب العلو متبرعا يمنع عليه الرجوع على صاحب السفل بشيء إذا ما أقدم على تعمير السفل دون مراجعة صاحب السفل وثبوت امتناعه تطبيقا لنص(م. 3/1073 أ.)³ وفي نهج المشرع الأردني حماية للمسؤول، وفي المشروع تكون حماية المضرور أكبر لأن له في هذه

¹ - نص المادة ص 192 من البحث

² - المادة 1/ 1073 أردني تنص " إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله كما في السابق فإذا امتنع وعمره صاحب العلو بإنه أو إذن المحكمة فله الرجوع بحصة صاحب السفل مما انفق".

³ - المادة 3/1073 أردني وتنص "وأما إذا عمر صاحب العلو السفل بدون مراجعة صاحب السفل وثبوت امتناعه فيعتبر صاحب العلو متبرعا وليس له الرجوع بشيء".

الحالة العودة على مالك السفلى وفقاً لقاعدة عدم الإثراء بلا سبب و هي قاعدة عامة في المشروع،
وعليه يرى الباحث أن ما جاء به المشروع هو الأفضل.

ووفقاً للمادة (1000) التي نصها (لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث لا يضر
بالسفلي)، وتحقيقاً للتضامن الاجتماعي الذي يصب في خانة الجماعة أتى المشروع بهذه المادة
مقيداً صاحب العلو بأن لا يزيد ارتفاع بنائه إذا كان من شأنه ضرر السفلى، والمنع هنا قد يكون
زيادة طبقة أخرى أو وضع أشياء ثقيلة تنقل عبء السفلى فتؤدي إلى انهدامه أو تصدعه، وذهبت
المذكرات الإيضاحية في معرض شرحها لهذه المادة¹ إلى أبعد من ذلك، حيث ألزمت صاحب العلو
من صيانة أرضية علوه من بلاط وألواح حتى لا يتأثر سقف السفلى من الإهمال في هذه الصيانة.

3- ملكية الأسرة : نظم المشروع ملكية الأسرة طارحاً بها فكرة التضامن الاجتماعي فالمادة (993)
(² التي تنص (1- ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي
شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً. 2- إذا تملك أجنبي
عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبر عليه، فلا يكون الأجنبي شريكاً في
ملكية الأسرة إلا برضاه ورضا باقي الشركاء). تكرس ملكية الأسرة فطالما كانت قائمة فليس لأي
من الشركاء طلب القسمة، ولكن لأي منهم الحق في التصرف في حصته لأي من زملائه الشركاء،
وحينها تزداد حصة هذا الشريك بقدر الحصة التي آلت له، ومعنى ذلك حصر ملكية الأسرة تحقيقاً
لخصوصيتها، و إذا تملك الأجنبي حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عنه، فالمشروع
لا يسمح بأن يصبح الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضاء باقي الشركاء حتى لو كانت
الملكية قد آلت للأجنبي رغماً عن الشريك، وكذلك المادة (994) التي تنص (1- للشركاء أصحاب

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1077 .

² - تطابق المادة 1063 أردني .

الأغلبية من قيمة الحصص في ملكية الأسرة أن يعينوا من بينهم واحداً أو أكثر لإدارة المال المشترك وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. 2- يجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك، كما يجوز للقاضي عزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبباً قوياً يسوغ هذا العزل). فلأغلبية في ملكية الأسرة أن تعين مديراً من بين الشركاء وذلك لأمر الإدارة المعتادة¹. والأغلبية المطلوبة هنا هي الأغلبية المطلقة وليست أغلبية ثلاث أرباع الشركاء والتي يجب تحققها حين قيام المدير المعين للإدارة غير المعتادة، والإدارة المعتادة تنحصر في نطاق تغيير الغرض والهدف في مال الأسرة لتحسين الانتفاع به، في حين **يمنح للمدير** عند الإدارة غير المعتادة سلطة تبديل أموال الأسرة، ويلاحظ هنا أن الثلاثة أرباع التي تعطي سلطة الإدارة غير المعتادة تحسب بمقدار الحصص وليس على عدد الشركاء. والمتمتع لهذا النص، يرى **فيه** مدى حرص المشروع على بقاء ونظام ملكية الأسرة والتي يتجلى فيها معنى التضامن لتجسيد روح الجماعة.

4- ملكية الطبقات والشقق والمحلات: استمرارا لتكريس معنى التضامن والتعاقد لتجسيد روح الجماعة سلك المشروع نفس السلوك بشأن ملكية الطبقات، طبقاً للمادة (996) التي تنص (حيثما وجدت ملكية مشتركة لبناء مقسم إلى طبقات أو شقق تطبق بشأنها أحكام القانون الخاص² بها)

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1072

² - سلك المشروع الفلسطيني الإحالة إلى القوانين الخاصة في أكثر من مجال، مثل: الوقف، والأحوال الشخصية، والمرافق العامة، والعمل والعمال، والتأمين، وفي أحكام اللقيط والمفقود والغائب، والأشخاص الاعتبارية، وفي مجال الآلات الميكانيكية والأشياء، وفي مجال التقادم على الضرائب والرسوم المستحقة للدولة. ففي مجال الوقف أحالت المادة 60 - على اعتبار أن الوقف شخص اعتباري- والمادة 704 إلى ذلك وكذلك أحالت المادة 591 والمتعلقة بالأحوال الشخصية والمادة 770 المتعلقة بالمرافق العامة والمادة 789 المتعلقة بالعمل والعمال والمادة 871 و 872 المتعلقة بالتأمين والمادة 41 المتعلقة باللقيط والمفقود والغائب والمادة 63 والمتعلقة بالأشخاص الاعتبارية والمادة 197 المتعلقة بالآلات الميكانيكية والأشياء والمادة 412 المتعلقة بتقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ويعتبر هذا السلوك من المشرع منتقداً وينم عن الرغبة في الإسراع في عمل المشروع.

فقد أحالت هذا الموضوع لأحكام القانون الخاص¹، والدارس لهذا القانون يجد أن المشروع كرس

التضامن بين ملاك الطبقات والشقق والمحلات، فجاءت نصوصه مسايرة لهذا التوجه.

فالمادة الرابعة من قانون تملك الشقق والطبقات تنص (تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بقيمة الجزء الذي يملكه مفرزا وقت إبرام عقد الملكية وبناء عليه يحدد نصيبه في تكاليف الأجزاء المشتركة) . وكذلك الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التي تنص (نفقات حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل بنسبة حصته من تلك الأجزاء)، تلزم مالك الطبقة الدنيا في أن يساهم في تكاليف الأجزاء المشتركة ومنها صيانة المصعد² مثلا، رغم أنه أقل الملاك استعمالا له، وتأسيس هذا الالتزام مبني - على الأغلب- على فكرة التضامن الاجتماعي والذي به تظهر حماية الجماعة.

ثالثا: تملك المنقول بالحيازة: يشهد لحماية المشروع للجماعة في نطاق حق الملكية اعتداده بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية"³، حيث **تستهدف المادة (1111)** التي تنص (1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. 2- إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها. 3- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)، حمايق الغير الذي

¹ - القانون رقم 1 لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات - منشور في الوقائع الفلسطينية، عدد 11.

² - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 161. حيث يرى أن في معيار توزيع النفقات المشتركة على الشركاء في كثير من التقنيات المدنية مجافاة للعدالة، ورغم وجاهة هذا الرأي وبالخصوص حين تطبيق (م. 5 من القانون الخاص بملكية الطبقات والشقق والمحلات) والتي تنص: (الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفردا، والتصرف في الجزء المفرد بأي شكل يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة). إلا أن المشرع حاول التخفيف من هذا المعيار حينما أورد (م. 2/9) والتي تنص: (المنافع التي تخص بعض الملاك أو التي تتفاوت من شخص إلى آخر توزع نفقاتها توزيعا نسبيا ما لم يتفق على خلاف ذلك).

³ -قاعدة فرنسية المنشأ حيث أنها المادة (2279) فرنسي - وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 165.

يركن في تعامله مع الحائز الذي يتلقى المنقول من غير مالكة وهو حسن النية معتقداً أنه المالك، وتهدف إلى حماية هذا الحائز من دعوى المالك الحقيقي، حيث راعى المشروع المقتضيات **العملية** في المجتمع، وسرعة تداول المنقولات، وتطهير التصرف في العين من العيوب التي تعتور مالك التصرف¹، فحيازة المنقول بحسن نية تنقل ملكية هذا المنقول إلى الحائز لأنها سند الملكية والأخذ بهذه القاعدة جاء لملازمة السرعة في التعامل، فهناك صعوبة في فحص أصل ملكية البائع في هذا المنقول لأنه سريع التنقل، والمشتري يطمئن عادة إلى حائز المنقول دون التحقق من صحة ملكيته²، فالحيازة هي التي تعطي الانطباع عن صحة الملكية، بل هي البديل عن هذه الملكية ما دام المتعامل مع الحائز حسن النية، ولا يخفى على أحد أنه بدون هذه القاعدة فإن استقرار المعاملات مهدد ومحفوف بالمخاطر، ويشترط لتحقيق هذه القاعدة أن يكون المنقول مادياً ما عدا المنقولات التي منع المشروع تطبيق هذه القاعدة عليها، ومثالها الطائرات والسفن والمنقولات المعتبرة من الأملاك العامة والمنقولات المخصصة لخدمة العقار (العقار بالتخصيص). ويشترط أن يكون هناك سبب صحيح لهذه الحيازة، **ويتحقق** ذلك حين توافر حسن النية عند حائز المنقول، وافترضت المادة في الحيازة قرينة بسيطة مفادها توافر السبب الصحيح وحسن النية ما لم يثبت العكس، ويستفاد من إقرار المشروع لهذه القاعدة بشأن الاتجاهات العامة بأن سلوكه قد استهدف مصلحة الجماعة، فالحائز - أي حائز - يعتبر المالك للمنقول الذي في حيازته ما لم يثبت العكس، و القاعدة تساهم مساهمة عظيمة في استقرار المعاملات، ولا يخفى ما لاستقرار المعاملات في القانون من خدمة للجماعة، وبانتفاء شرط السبب **الصحيح تنتفي الحيازة التي تحقق** سندا للملكية.

المطلب الثالث : الاتجاهات العامة في سلطة القاضي التقديرية

¹ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص 168.

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1191.

درسنا في الفصل الأول من هذا البحث أن سلطة القاضي التقديرية يستمدّها القاضي من نصوص القانون، ولكونها اتجاهاً من الاتجاهات العامة ارتأى الباحث أن تكون دراستها ضمن الاتجاهات العامة في المصادر غير الإرادية، لأن مصدرها القانون حين يكون المصدر المباشر للالتزام، فلا دخل لإرادة الملزمين في سحبها أو منحها ولا في تضييقها أو توسيعها فقط هو نص القانون الذي يقرها ضيقة أم موسعة.

ولدراسة هذا الموضوع فإن أولى أولوياته يكون بالتعرف على الآراء الفقهية فيه ثم بعدها دراسة موقف المشروع من هذه الآراء ونهجه فيها، وعليه تقسم الدراسة إلى فرعين:-

الفرع الأول : الآراء الفقهية في سلطة القاضي التقديرية

الفرع الثاني : توسيع السلطة التقديرية للقاضي في المشروع .

الفرع الأول : الآراء الفقهية في سلطة القاضي التقديرية

مهما **أحسن** وضع القانون فلا مناص من أن يشوبه نقص أو غموض، أو أن يكون مختلفاً عليه **عند** تأويله **أو** تطبيقه، فمراتب القضاة متفاوتة في فهمهم له تبعاً لتفاوتهم في العلم والخبرة، فالاختلاف فيما بين القضاة في المسألة القانونية الواحدة واقع لا **محالة**، وعليه فإن ما يصدر عن القاضي أثناء عمله يعتبر **استعمالاً لحق له** سلطة التقدير فيه¹، فلا يجوز مطالبته بالتعويض عن سلطة التقدير هذه إلا في حالة الانحراف عن واجبات الوظيفة أو إساءة إعمالها²، فمن واجب القاضي أن يزيل ما يشيب النص من غموض، ويكمل ما عساه أن يكون **فيه** من نقص **بما** يجعل موقفه من القانون، بخصوص ما يعرض عليه من نزاع، هو ذات موقف المشرع، فمهمة القاضي في تطبيق القانون لا

¹ - وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 56، هامش ص 121 .

² - نقض مصري بتاريخ 1962/3/29 . مشار إليه في المرجع السابق، ص 121 .

تتفصل عن وظيفة خلقه¹، وسلطة القاضي التقديرية في القانون المدني تشمل جميع مجالاته، وتغطي الموضوعات التي يتناولها² **كافة**، فلا يكفي قيام القاضي بتفسير العقود **الذي** هو مفتاح عمل القاضي³، بل عليه أن يساهم في صنعه، بحسب السلطة التقديرية التي يمنحه إياها المشرع من خلال النصوص التي تعالج موضوعات هذا القانون.

ونظرا لكثرة الموضوعات وشموليتها **فإن** عماد تطبيق القانون المدني يرجع أساسا لسلطة القاضي التقديرية⁴، والتي اختلف الفقهاء بشأنها، بين توسيع أو تضيق، حين اطلاعه بمهمة القضاء، فمنهم من وقف إلى جانب التضيق رغبة في استقرار المعاملات، ومنع تحكم القاضي الذي ربما ينقصه الحياد أحيانا، فيبرز انحيازه لأحد الأطراف **ويقع** الظلم غير المقبول، وما يثيره من قلق وعدم استقرار، ويمثل هذا الاتجاه، المدرسة اللاتينية، وهذا هو الاتجاه المضيق، ومنهم من وقف إلى جانب التوسيع رغبة في البحث عن العدالة في أوسع صورها، **وهم** الذين منحوا القاضي صفة نصير العدالة، ويمثل هذا الاتجاه المدرسة الجرمانية، وهذا هو الاتجاه الموسع، وعند البحث في كلا الموقفين فإننا سنجد أن **كليهما متطرفان**، والحل الأمثل أن نبحث عن استقرار المعاملات، وكذلك عن العدالة، باعتبارها مثلا أعلى كما هي الحرية أيضا، فقد **يُظهر** تطبيق القانون أن حكمه غامض يحتاج إلى إيضاح أو يشكل موضوع خلاف يتطلب اليقين⁵، عندها تكون سلطة القاضي التقديرية ضرورة ملحة لكشف هذا الغموض أو حسم الخلاف، فسلطة القاضي التقديرية تنصرف إلى أمرين أحدهما إزالة الغموض، والآخر لسد الفراغ الذي يكتنف القانون أحيانا، **ولا سيما عند** مواجهة فروض

¹ - وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، البحث المشار إليه، المرجع السابق، ص 122

² - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 80 .

³ - عبد الرحمن عبد العزيز سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه غير منشورة مقدمة لجامعة القاهرة، مودعة في مكتبة جامعة القدس، ص 28 .

⁴ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 90 .

⁵ - شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1965، ص 245.

القاعدة القانونية بالوقائع التي تكشف عنها الحياة، فسلطة القاضي التقديرية هي **تفسير** للنصوص الغامضة، أو **اجتهاد** لحكم حالات جديدة ليتفادى تهمة إنكار العدالة في حال عدم تمكنه من حسم الخلاف ، فالتوسيع يكون ضرورة في أحيان كثيرة نظرا لاطراد الحياة وما تفرزه من حالات مستجدة لم تخطر **ببال** المشرع حين وضع التقنيات، فيناط حينها **بالقاضي** أمر الاجتهاد فيها وإصداره حكما لها، لنرى كلا الاتجاهين وحججهما.

أولا: تضيق سلطة القاضي (الاتجاه اللاتيني): يرى الاتجاه المقيد للسلطة التقديرية أن القاضي ميزان العدل الأول¹، وعليه **فإنه يجرده** من كل سلطة تقديرية حتى لا تتضارب الأحكام، فحين يحكم باجتهاد القاضي يتغير الحكم ويهتز ميزان العدالة في الحالات المتشابهة، وكان الأثر المباشر في ظهور هذا الاتجاه **هو** بروز النظرة التقديسية لنصوص قانون نابليون 1804 وظهر مدرسة الشرح على المتن في تفسير القانون، حيث اعتبر **كثيرون** هذا القانون ذا بصيرة نافذة وإدراك **واع** يحيط بدقائق الأمور ومواجهة فروض الحياة رغم تنوعها²، فالتشريعات التي حوآها، **من وجهة نظرهم**، جمعت فأوعت وأحاطت بكل شيء³، فحصر هذا الاتجاه سلطة القاضي التقديرية في دائرة النص، فإذا ما **ظهر عجز** في إيجاد الحكم فالعيب ليس في التشريع ولكن في فهم هذا التشريع وتفسيره⁴، فالذنب ذنب المفسر وليس ذنب المشرع⁵.

فسلطة القاضي من وجهة نظر الاتجاه المقيد يجب أن تكون نابعة من تفهمه لإرادة المشرع عند إعداد النص التشريعي مستعينا بالأعمال التحضيرية والسوابق التاريخية والروح العامة للتشريع، وفي حالة ظهور **فروض** لم يعالجها المشرع **فإن على** القاضي **حينئذ أن يلجأ** للبحث عن الإرادة المفترضة

¹ - عبد الرحمن عبد العزيز سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه مرجع سابق، ص 122.

² - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 260 .

³ - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية خاص بطلبة كلية التجارة، ط2 ، بيروت ، لبنان ، 1974 ، ص 401 .

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص2.

⁵ - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 90 .

للمشرع، وإذا كان لهذا الاتجاه قيمته في منع تحكم القضاة وتحقيق الثبات والاستقرار للنصوص القانونية حين التزام النصوص¹، فلا يخفى ما لهذا الاتجاه من أثر في تقييد سلطة القاضي التفسيرية، وبالتالي سلطته التقديرية - على اعتبار أن كل تفسير اجتهاد².

فالاستسلام لوجوب البحث عن إرادة المشرع من خلال الأعمال التحضيرية ليس مأمون العواقب، فكثيرا ما تكون الأعمال التحضيرية **عرضا** للأراء المتعارضة، وكذلك هي إرادة المشرع حين وضع القانون، لا يمكن أن تحيط **بأحكام** كل المسائل خاصة حين تصديها لما تكشف عنه الفروض المستقبلية والحالات الجديدة التي لا تخطر على بال أشد المهويين وأصحاب البصيرة الثاقبة. ولعل النظرة الحادة للفردية قد ساعدت على بروز هذا الاتجاه؛ فهي التي جعلت حرية الأفراد هي المبتغى والهدف، فما دام **الرضاء** قد تم، فما على القاضي **إلا أن يقرر** ما في التصرفات القانونية، **وليس** له التدخل **إلا بتقرير** ما اتفق عليه الأفراد ضمن حدود حريتهم، **حتى لو** كان التدخل لإقرار العدالة أو محاولة إيجاد التوازن في العقود، لأن تدخلاته قد تعترض حرية الأفراد التي يحرص عليها أصحاب هذا الاتجاه أولا.

ثانيا : توسيع سلطة القاضي (الاتجاه الجرمامي): تعرض الاتجاه المقيد لسلطة القاضي التقديرية السابق **للتقد** من جانب الفقه، فالإزام القاضي بالتقيد الشديد بالنص وبالبحث عن إرادة مفترضة للمشرع **يعرّض** القانون إلى الجمود، **ويوقفه** عن التطور؛ ناهيك عن خطأ الاعتقاد بأن القانون نابع من أصول عقلية ثابتة، فالقانون يجب أن يتصف بالتطور لمجاراة ما تفرضه طبيعة الحياة، ولقد كان للفقيه الفرنسي (جيني) قُبيل نهاية القرن التاسع عشر وأعماله الخاصة بنظريته ونظرته للقانون على أنه علم وصياغة، وأعماله القيمة الخاصة بالتفسير ووسائله، ما شكل اتجاه حديث في السلطة

¹ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 402.

² - يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه غ. م، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1995، ص 9.

التقديرية للقاضي حمل لواءها الفقيه ريمون سالي (Remon sali) ورؤيته بضرورة تلازم الحلول المستخلصة من سلطة القاضي التقديرية في التفسير مع ضرورة تطور القانون دون إغفال الثبات النابع من صفة القانون أنه أمر، فالتطور والثبات معياران يجب عدم إغفالهما، فلا ينبغي التفتيش عن إرادة مفترضة للمشرع، فهي كثيرا ما تكون مزعومة أو غير محددة¹ ، وإنما ينبغي أخذ الضرورة الاجتماعية بعين الاعتبار عند تطبيق النص حتى لا تصبح القاعدة القانونية نصا خاويا لا يساير التطور، فيكون الأخذ بالإرادة المحتملة² للمشرع هو الحل، وقد كانت محاولة سالي بشأن تحويل أساس ركن المسؤولية التقديرية المبني على الخطأ، إلى أساس آخر، وهي فكرة التبعية الاجتماعية³ . دليل توسيع لسلطات القاضي التقديرية وتحمله مهمة التوفيق بين ثبات القانون وتطوره. وضمن الاتجاه الموسع لسلطة القاضي التقديرية يأتي منهج البحث العلمي الحر بشأن التفسير والذي يرى أصحابه أنه لا ضرورة للبحث عن نية مفترضة أو احتمالية لإرادة المشرع، بل يجب على القاضي عندهم استنباط الحل من النصوص كما يراه أصحاب الشرح على المتون، ولكن ليس بالاختصار على التشريع مصدرا وحيدا للقانون، فهناك مصادر رسمية أخرى أهمها العرف، وعند الاعتراف بأن هناك مسائل تعرض على القاضي ليس لها نصوص تحكمها لا في تشريع ولا في عرف، **فيكون الاجتهاد حينها ضروريا لإيجاد الحلول**، وخير دليل على ذلك انتشار التحكيم⁴ الذي يأتي داعما لهذا الاتجاه، **ولهذا** فإن أصحاب هذا المنهج يمنحون القاضي سلطة تقديرية واسعة لتفهم الواقع ولتفهم القانون⁵ بتقريرهم سلوك منهج البحث العلمي الحر، ويكون هذا بالاستعانة بالأصول الفكرية والواقعية الكامنة في القاعدة القانونية **بحثا** عن الحل العادل المناسب للأفراد والملائم للجماعة ، ولا يتأتى هذا

¹ - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص 264

² - توفيق حسن فرج ، المدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 402 .

³ - نفسه ، ص 264

⁴ - عبد الرحمن عبد العزيز سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه مرجع سابق، ص 127

⁵ - المرجع السابق نفسه ، ص 137.

إلا بقيام القاضي بدور المشرع في ابتداع الحل الذي يراه عادلا وملائما بالنسبة للموضوع المعروض أمامه، ورغم السلطة التقديرية الواسعة للقاضي التي يمنحها له أصحاب هذا الاتجاه؛ فإنهم لا يرون أن دور القاضي يتعدى حدود القضاء إلى إنشاء القاعدة القانونية؛ لأن حكمه لا يحوز صفة العموم، وليس له صفة الإلزام **لقاض** آخر؛ ولو كان في حالات مشابهة.

وقد كان المشرع السويسري قد وصل به المطاف إلى أعلى درجات التوسيع في سلطة القاضي التقديرية، حيث قضت المادة الأولى من قانونه المدني بأن على القاضي أن يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع¹، وهذا الاتجاه يجعل القاضي يتقصد دور المشرع فيما لا نص فيه².

ورغم ما لهذا الاتجاه من حجج قوية **ودوافع** لتطوير القانون وتمكينه **من** حكم وقائع جديدة لم تكن موجودة لحظة إصداره إلا أن سهام النقد وجهت له لمواجهته الصبغة الدستورية للقوانين المكتوبة، وكذلك رأى خصوم هذا الاتجاه أن **في** منح القاضي السلطة التقديرية الواسعة في التفسير خروجاً عن حدود وظيفته، وتوسيعاً غير مأمون العواقب بتمكينه **من** خلق قواعد قانونية جديدة. وهذا بالتأكيد ليس من عمل القاضي، إن أهم انتقاد يمكن أن يوجه لهذا الاتجاه هو إطلاقه العنان للاجتهاد الشخصي، فعدم التقيد بالنص يتنافى مع النظام العام ويهدد استقرار المعاملات.

والناظر إلى الحياة العلمية فإنه يراها قد جعلت سلطة القاضي التقديرية تختلف اختلافاً أساسياً عن ذلك الدور **الذي** ترسمه لها المبادئ القانونية النظرية، فهذه المبادئ الرسمية تجعل القاضي عبداً للقانون، أما من الناحية الواقعية فالوضع مختلف، فكثيراً ما احتّمى القاضي وراء تفسير القانون وسلطته التقديرية في هذا التفسير إلى هدر القانون ذاته حينما يتبين له أنه يتجافى مع روح العدالة

¹ - شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، 264

² - نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للقاعدة القانونية، المرجع السابق، ص 262

التي يتغيها¹ بشكل فطري، فغالبا ما يضحى القاضي بنصوص التشريع واستقرار المعاملات لصالح العدالة².

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في المشروع

جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع حينما تحدثت عن الاتجاهات العامة قولها: (إن نصوص المشروع أعطت القاضي السلطة التقديرية بصورة معتدلة، حيث لم تضيق على القاضي من جهة ولم توسع عليه من جهة أخرى بل أوجبت عليه أن يسلك مسلكا وسطا في سلطته التقديرية في مواجهة ما يكون من تباين في الظروف وفي الحدود المعقولة حتى يحقق العدالة في تطبيقه النصوص دون إخلال بمبدأ استقرار التعامل)³، ومهمتنا هنا أن نقف عند مطابقة ما أوردته المذكرات الإيضاحية، وما بين استقراء النصوص لنتساءل: هل منح المشروع القاضي السلطة التقديرية بصورة معتدلة فعلا

؟ وهل نجح المشروع في التوفيق ما بين الحرية والعدالة ؟ أم أنه ضيق فيها لصالح استقرار

المعاملات، أو وسع هذه السلطة انحيازا للعدالة؟

ونظرا لنهجنا في هذا البحث المتضمن المقارنة، فإنه حري بنا دراسة سلوك المشروع مقارنا بمسلك واضع القانون المدني الأردني، وذلك من خلال سلطة القاضي التقديرية في المجال العقدي، وفي نظريتي انتقال العقد وتحوله، وفي تقدير التعويض والشرط الجزائي، وفي التصرف وإدارة الملكية الشائعة، وهي المواضيع التي عادة ما تمنح بها التقنيات المدنية سلطة تقديرية للقاضي، نتناولها

تباعا :

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 19. ص 220 أنظر: الحالات التي خالف القاضي فيها نصوص القانون

في القانون المدني المصري القديم

² - عبد الرحمن عبد العزيز سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه مرجع سابق، ص 133.

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص زز

أولاً : السلطة التقديرية في المجال العقدي: نتناول دراسة هذه السلطة في إتمام التعاقد أو التعديل في شروطه.

1- إتمام التعاقد: منح المشروع السلطة التقديرية للقاضي في إتمام التعاقد وفقاً للمادة (85)¹ التي

تنص (1- إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية

يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها، عد العقد قد انعقد

وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بينهما طبقاً لطبيعة

المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة. 2- الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية لا يكفي لإلزام

الطرفين، ولو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة). فالمشروع، بموجب هذه المادة، يوسع من سلطة القاضي

بمنحه سلطة إحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين في تكوين العقد وعدم الاقتصار على مجرد تفسير

هذا العقد، ويسترشد القاضي في عمله هنا بطبيعة المعاملة الخاصة بالعقد و أحكام القانون والعرف

والعدالة، وتتطابق هذه المادة مع المادة (95 مصري) فهي مأخوذة عنها، وهذا النص قلما تجد مثله

في التقنيات المدنية². وقد أخذ المشروع بمعيار طبيعة المعاملة لإرشاد القاضي في تحديد المسائل

التفصيلية والذي يبدو أن لجنة المشروع الفلسطيني قد أخذت نص فقرته الثانية عن المشروع

التمهيدي المصري في مادته 137 والتي حذفت من قبل لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها اكتفاء

بالقواعد العامة، ولم يشر واضع المذكرات الإيضاحية الفلسطينية إلى سبب إيرادها في المشروع،

وبموجب (م. 85) يكون المشروع قد قرر انعقاد العقد حين الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية،

ولو لم يكن هناك اتفاق على المسائل التفصيلية شريطة عدم ورود اتفاق بعدم انعقاد العقد عند عدم

¹ - المشرع الأردني سلك نفس النهج وفقاً (م. 100 أردني)، وتعلق المذكرة الأردنية (ص 115)، إن مهمة القاضي يتسع نطاقها (فلا تقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين بل يستكمل ما نقص منها).

² - عبد الرحمن سعودي " سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 440 ، مستندا إلى مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية ، ج 2 ، ص 45.

الاتفاق على المسائل التفصيلية، وعليه ينعقد العقد في حالتين، **أولاهما** عدم مناقشة المسائل التفصيلية، و**ثانيتهما** عند مناقشتها وعدم التوصل بشأنها إلى اتفاق، وإرجاء ذلك تاركين للقاضي أن يحل محلها ليثبت فيما اختلفا فيه¹، ولو بغير قصد فعدم النص على عدم انعقاد العقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية يكفي لإحلال القاضي إرادته محلهم، وقد ذكرنا أن هذه المادة تخرج القاضي من نطاق المألوف في عمله من تفسير العقد إلى التدخل في تكوينه²، وجاءت الفقرة الثانية قاطعة الدلالة في أن عدم الاتفاق على المسائل الجوهرية أو بعضها ينفي انعقاد العقد، ولو تضمن **اتفاقهما عكس** ذلك كتابة، وكان بالإمكان الاكتفاء بحكم القواعد العامة وتلافي إيراد هذه الفقرة³، فالمسائل الجوهرية لا ينعقد بدونها العقد دائما.

2- تعديل شروط التعاقد: منح المشروع السلطة التقديرية للقاضي لتعديل شروط التعاقد عند تعديل التزامات المغبون فيها وفقا للمادة (1/ 128)⁴، حيث اعتبر المشروع أن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة، **وجعل العقد المبرم، والذي أصبح فاقدا لعدله باستغلال أحد المتعاقدين ما وقع به المتعاقد الآخر من غبن - جعله قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المغبون، ومنح القاضي سلطة تقدير** عرض المتعاقد غير المغبون في هذا العقد ما يعيد عدل العقد بطريقتين :

إما إنقاص الالتزامات التي على المغبون، وإما تكملة الالتزامات الناقصة على المتعاقد غير المغبون، فسلطة القاضي هنا تتعلق بتعديل شروط التعاقد بعد انعقاد العقد لتحقيق عدل العقد بصفته مقتضى من المقتضيات **الاجتماعية**، وسلطة القاضي التقديرية، وفقا لهذه المادة، تجد لها مجالا خصبا في مجال تحديد العناصر المكونة للاستغلال؛ سواء أكانت هذه العناصر مادية **أم** معنوية، أو بمعنى

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج 1، المرجع السابق ، ص 219 وص 244 .

² - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 92.

³ - كما فعل المشرع المصري.

⁴ - نص المادة ص 46 من البحث.

آخر الغبن أو الاستغلال¹، وقد تباينت نظرة التشريعات² بشأن الاستغلال بتباين الاعتبارات الاقتصادية والخلفية التي بني عليها كل تشريع، فمن يأخذ بالمذهب الفردي **الذي يكرّس** مبدأ سلطان الإرادة، لا يعبر عدم تعادل الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد أهمية كبرى إلا في حالات معينة، يأخذ فيها بالناحية المادية؛ أي بفكرة الغبن، فيكون العيب في العقد لا بالإرادة، وبالعكس ذلك التشريعات التي تدين بالمذهب الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة، **إذ تأخذ** به من منطلق شخصي ونفسي، **فتجعل** الاستغلال عيباً في الإرادة، وبالتالي يصبح نظرية عامة لا تتعلق ببعض الحالات كما هو الغبن؛ بل في جميع الحالات وفي كافة العقود، وهذا اتجاه عام يسود أغلب التقنيات الحديثة³.

والمادة تطابق (م. 129 مصري) والتي أثارت جدلاً كبيراً بين أعضاء لجنة مشروع القانون المدني المصري؛ **لأنها** تحد من حرية الإنسان، وكان لتدخل المرحوم السنهوري الأثر البالغ في إقرارها، حين ذكر أن القضاء المصري قد أخذ بنظرية الاستغلال عملياً، ولكن **عند** إقرارها⁴ أضيفت (م. 130 مصري) لمراعاة النظرية المادية في الاستغلال (الغبن) وهو نفس السلوك الذي انتهجه المشروع بإضافته الفقرة 3 من (م. 128)⁵، **إذ انحاز المشروع** بهذا النص بدايةً للاتجاه الذاتي الشخصي

¹ - عبد الرحمن سعودي، رسالة الدكتوراه المشار إليها سابقاً، ص 459.

² - المشرع الأردني لم يأخذ بعبء الاستغلال كأحد عيوب الإرادة قاعدة عامة، وهذا دليل إغراق في النزعة الفردية عند المشرع الأردني - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، 196-197..- و هذا محل انتقاد العديد من الباحثين الذين يرون أنه لا يمكن غض النظر عن تجاهل القانون الأردني للحقائق الاجتماعية والاقتصادية نتيجة عدم أخذه بنظرية الاستغلال مع تقرر ذلك في الفقه الإسلامي- وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير غم، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994، ص 122، حيث طالب بضرورة إعادة النظر في موقف المشرع الأردني من الاستغلال(ص 215).

³ - أخذت التقنيات: الألماني (م. 138) السويسري (م. 21) اللبناني (م. 213) المصري (م. 129) العراقي (م. 125) السوري (م. 130) الليبي (م. 129) الصيني (م. 47) البولوني (م. 42) وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها- الرسالة المشار إليها سابقاً، ص 117-118

⁴ - عبد الرحمن سعودي، رسالة دكتوراه المشار إليها سابقاً، ص 456

⁵ - نص المادة 1/128 ص 46 من البحث ونص المادة 2/128 ص 52 من البحث ونص المادة 3/128 ص 91 من البحث .

عندما أخذ بالاستغلال نظرية عامة¹ تتألف من عنصرين: **أحدهما** مادي يتعلق بعدم التعادل في العقد بين التزامات كل من المتعاقدين، و **الآخر معنوي** هو استغلال ذلك من المتعاقد الآخر، حيث اعتبر الاستغلال **عيبا** من عيوب الرضا، ولكن حين أضاف الفقرة 3 (م. 128) اعتبر الغبن **عيبا** في العقد² وليس عيبا بالإرادة، حيث لجأ إلى معيار موضوعي حينما حدد **الغبن بأن يكون** فاحشا أو **إذا بلغ الخمس**، ومثال ذلك في المشروع (م. 447) والتي تنص: (1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن فاحش، فللبائع تكملة الثمن إلى ثمن المثل. 2- يجب لتقدير ما إذا كان الغبن فاحشا أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. 3- الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس). وكذلك (م. 981)³.

وسلطة القاضي التقديرية واسعة وفق عيب الاستغلال، فبالإضافة لتقدير معايير الاستغلال والغبن الواسعة التي أنيطت بالقاضي، تتوسع هذه السلطة لتشمل الجزاء المترتب على هذا الاستغلال، فهي سلطة تقديرية بالمعنى العام، فلا هي مقيدة ولا هي طليقة⁴، فالاختيار الممنوح للقاضي منصوص عليه بواسطة القانون؛ إما إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد، وتكون إمكانية إبطال العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون **فقط**، أما إذا كان طلب المتعاقد المغبون الإنقاص **فقط**؛ فليس للقاضي سلطة إبطال العقد وفقا لمبدأ الطلب القضائي⁵ الذي يعتبر الإطار العام لسلطة القاضي التقديرية، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم.

¹ - أسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود، البحث المشار إليه سابقا، ص 925، حيث كتب بأن أول قانون عربي أخذ بنظرية الاستغلال نظرية عامة هو قانون الموجبات والعقود اللبناني سنة 1932، ثم تلاه التقنين المصري. سنة 1949.

² - المرجع السابق نفسه، ص 940.

³ - نص المادة هامش ص 92 من البحث

⁴ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 255.

⁵ - المرجع السابق نفسه، ص 256 و ص 327 وما بعدها، أنظر: عبد الرحمن عبد العزيز سعودي، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقا، ص

ويعتبر الأخذ بالاستغلال نظرية عامة **موفقا يوافق مبدأ** سلطان الإرادة، فالقوانين التي تقوم على أساس مطلق من مبدأ سلطان الإرادة لا تترك في أحكامها وقواعدها مكانا للغين¹.

وَمُنِحَ القاضي السلطة التقديرية وفقا **للمادة (150)** ² حين أُجيز له تعديل الالتزامات لصالح الطرف المذعن، فقد وسع المشروع سلطة القاضي لتشمل تعديل شروط التعاقد في عقود الإذعان³ إلى حد تقرير إلغاء هذه الشروط التعسفية، مخالفاً قاعدة " **العقد شريعة المتعاقدين** "، ومخالفاً الأحكام العامة في تفسير العقود⁴ ، لان الأصل؛ حين وضوح⁵ عبارات العقد، **أن يتم** الأخذ بها، وما على القاضي إلا الحكم بتطبيقها، كما وردت به، وحكم هذه المادة يتضمن إحدى الحالات البارزة في المشروع **حول** سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد، وفيها خروج عن مهمته العادية والمألوفة في التفسير لإزالة ما يكون عالقا بها من غموض أو لبس، إلى تعديل الشروط التعسفية لرفع الإجحاف الذي لحق بالطرف المذعن، فسلطة القاضي التقديرية تبدأ بتقرير وجود عقد إذعان من خلال تعلق العقد بسبعة أو خدمة لا يستغني عنها جمهور الناس واحتكارها من قبل المتعاقد الآخر الموجب، وله سلطة تقديرية أيضا في تقرير وجود شروط تعسفية من خلال أن يكون الشرط مألوفاً **في التعامل** أو غير مألوف ، وحين تقريره بوجود عقد إذعان يحوي شرطا تعسفيا أو أكثر فإن القاضي حينها يأتي إلى

¹ - أسعد الكوراني، الاستغلال والغين في العقود، البحث المشار إليه سابقا، ص 929.

² - نص المادة ص 31 من البحث، والمشرع الأردني اختط نفس السلوك في المادة 204 والتي تنص: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). مع ملاحظة أن المشرع الأردني ذكر المحكمة للتعبير عن القاضي، في حين جاء لفظ القاضي في النص الفلسطيني.

³ - ترجع تسمية عقود الإذعان للفقهاء عبد الرزاق السنهوري، حيث أن الفرنسيين كانوا يسمونها بعقود الانضمام انسجاما مع التسمية التي أطلقها الفقيه الفرنسي سالي (كتابه الإعلام عن الإرادة) باعتبار أن أحد المتعاقدين (الطرف المذعن) ينضم إلى إرادة المتعاقد الآخر، ونوافق الرأي بأن الاصطلاح العربي أكثر شمولاً وبيانا لحقيقة التعاقد، فقبول المتعاقد المذعن يكون بمشيئة غير كاملة فيها الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر- مشار إليه : عبد الرحمن سعودي ، المرجع السابق، هامش ص 506 .

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 166.

⁵ - أنظر: ص 53 من هذا البحث، حيث تفسر عبارات عقود الإذعان لصالح الطرف المذعن ولو كانت عبارات العقد واضحة.

قمة تدخله في العقد¹، وهو التدخل في إرادة المتعاقدين نفسها، فله حق تعديل الشرط لإزالة ما فيه من تعسف، وإذا لم **يكتف** بذلك ولم يحقق العدالة بهذه الإزالة؛ **فقد منحه** المشروع، من خلال نص المادة، سلطة إعفاء الطرف المدعى من هذه الشروط إعفاء تاماً، وتتجلى سلطة القاضي التقديرية بشكلها الواضح في هذا الأمر حينما جعل المشروع اتفاق المتعاقدين على سلب هذه السلطة من القاضي باطلا لمخالفته النظام العام.

وكذلك الأمر حين تعديل الالتزامات تبعاً لنظرية الظروف الطارئة وفقاً (م.151)² : فقد منح المشروع القاضي سلطة التدخل لإقامة التوازن في مصلحة المتعاقدين ، عند حدوث ظروف استثنائية³ جرت بعد التعاقد –أي حين التنفيذ، واشترط في هذه الظروف أن تكون غير متوقعة وتهدد بخسارة فادحة إذا نفذها المدين دون تعديل ، فالطرف الطارئ هو الحادث غير المنتظر الذي يترتب عليه إرهاب شديد على المدين إذا أجبره القضاء على **الوفاء بتعهد**ه طبقاً لنصوص العقد، وإن لم تصل حد استحالة التنفيذ، والمشروع اعتبر المدين بالتنفيذ، وفقاً لشرط العقد عند حدوث هذه الظروف، طرفاً ضعيفاً تجب حمايته، والحماية هنا تكون بقيام القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

¹ - عبد الرحمن سعودي، المرجع السابق ، ص 519.

² - نص المادة ص 31 من البحث، والمشرع الأردني في المادة 205 سلك نفس النهج ، وردت المذكرات الأردنية والفلسطينية أساساً هذا الحكم إلى الفقه الإسلامي في مبدأ الأعدار في الفقه الحنفي والجماعة في الفقهاء المالكي والحنبلي : انظر المذكرات الإيضاحية الأردنية، المرجع السابق، ص 243، والمذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 167-168 .

³ - ناصيف زكي ، اضطراب سعر النقد ونظرية الظروف الطارئة ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة 13 ، ص 129 عام 1932 وقد كان رجال القانون قد اختلفوا حول نظرية الظروف الطارئة قبل ورودها في أغلبية التشريعات الحديثة، ففريق المحافظين كان يرى أنها تهز مبدأ القوة التعاقدية هزاً عنيفاً، وتسهل للمدين فرصة التخلي عن التزاماته كلما بدت له مصلحة في ذلك، وتعطي للقاضي سلطة واسعة بتقريره العدالة التي يراها مناسبة، وعليه تكون نسبية تتغير بتغير ذوق القضاة وشخصياتهم، وفريق المؤيدين يرى فيها أنها حل لمشاكل قضائية هي من أخص أعمال القضاء، فليس من العدالة عندهم ترك الناس إلى خراب محقق لطرف طارئ لا ذنب لهم فيه أمام قانون صامت انتظارا لتشريع جديد قد لا يصدر . (ص 30 من البحث المشار إليه). ويرى محمد علي عرفة (شرح قانون الإصلاح الزراعي ط 2) أن الإسراف في الأخذ بحكم نظرية الظروف الطارئة فيه خطورة بالغة تهدد المعاملات وتهدر كيانها وتنتشر في التعامل القفلقة وعدم الاستقرار، مشار إليه في محمد عبد الجواد ، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة 39، السنة 1958 / 1959 ، ص 189-190 .

وموضوع هذه المادة هو العقود متراخية التنفيذ، فقد ظهرت نظرية الظروف الطارئة لتقرر أن الالتزام المدين لا ينقض، لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ومن العدالة أيضا أن لا يبقى هذا الالتزام كما هو **لما فيه من** إرهاب، فجاءت سلطة القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، فبعد تحقق شروط انطباق هذه المادة من حوادث استثنائية عامة ليس بالإمكان توقعها ولا دفعها، والتي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا رغم عدم استحالتة . تتجلى¹ سلطة القاضي التقديرية، فهو الذي يقرر أن الحادث **استثنائي وعام**، وهو الذي يقرر عدم التوقع وعدم إمكانية دفع الحادث الطارئ، وهو الذي يقرر **ما إذا كان** تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا، وهو الذي **يقرر** مدى نطاق التقابل في الالتزامات بين المتعاقدين.

والمعايير التي يطبقها القاضي مختلفة، فمدى عمومية الحادث الاستثنائي يجب أن يكون معيارا موضوعيا يشمل طائفة من الناس، وكذلك هو معيار عدم التوقع للحوادث الاستثنائية ومعياره الرجل العادي، ويختلف معيار الإرهاب قليلا، فالذي يرهق شخصا قد لا يرهق آخر، ويجب الأخذ بعين الاعتبار شخص المدين تبعا للصفقة² موضوع العقد ذاته، وليس ثروة المدين بشكل عام، **بغض النظر عن شخص المدين لأن المعيار ينبغي أن يظل موضوعيا، لأن القاضي يعتد بالمركز التعاقدى المتنازع عليه، وليس بالظروف الذاتية للصيقة بأشخاص المتعاقدين³.**

وتظهر سلطة القاضي التقديرية بشكل **واضح وموسع** أيضا في نطاق الجزاء الواجب إعماله وفق هذه المادة، فبعد الموازنة ما بين مصلحة المتعاقدين، فلا **قيد على سلطة القاضي التقديرية في نسب**

¹ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 267.

² - نقض مدني مصري، 1964/3/26 م ، نقلا عن نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 270.

³ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 270.

تقسيم الخسارة الناشئة عن تغير الظروف¹ وطروء الحوادث الاستثنائية العامة، فللقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يراه معقولاً، بوسائل شتى، فقد يختار زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وله أن يوقف تنفيذ العقد انتظاراً لزوال الحادث الطارئ إذا كان مؤقتاً، ولكن تتوقف سلطته التقديرية عند حد بقاء الالتزام، فلا يجوز للقاضي فسخ العقد مهما كانت الظروف استثنائية، ففسخ العقد لا يكون إلا في حالة الظروف القاهرة التي فيها يستحيل تنفيذ الالتزام. وقد جاء هذا النص أمراً لا يجوز الاتفاق على مخالفته لتعلقه بالنظام العام.

وكذلك منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل أجرة المقاول: وفقاً ل(م. 753)² والتي تنص: (يجوز للمحكمة الحكم بزيادة البديل أو بفسخ العقد إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة³ لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاولة (فقد منح المشروع القاضي سلطة تعديل شروط التعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة كما مر معنا، وبهذه المادة منح القاضي سلطة تعديل شروط التعاقد بين المقاول وصاحب العمل، فهذه المادة (753) تطبيق حي لها، فللقاضي أن يحكم بزيادة البديل أو يقرر وقف التنفيذ انتظاراً لزوال الظروف الطارئة، وفي

الحالين فإن القاضي **يكون** قد تدخل في شروط التعاقد، وقد تعرضنا بالدراسة لسلطة القاضي التقديرية تبعاً لنظرية الظروف الطارئة، فنحيل **الدارس** إلى ما ذكرناه هناك منعا للتكرار، ولكن ما يميز سلطة القاضي التقديرية وفقاً لهذه المادة هو إمكانية فسخ العقد في حالة تقرير القاضي انهيار التوازن الاقتصادي بين صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم يكن بالإمكان

¹ - محمد عبد الجواد ، القوة الملزمة للعقد في الشريعة الإسلامية ونظرية الظروف الطارئة في القانون المصري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة باريس ، 1957 ، ص 469 - مشار إليها في بحثه مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة- هادفاً الإجابة على سؤال هل قانون الإصلاح الزراعي حادثاً استثنائياً؟، المرجع السابق، هامش ص 190

² - ولا نص مماثل في القانون الأردني .

³ - يعتقد بوجود خطأ مطبعي، فالنص يستقيم حين استبدال كلمة (عاملة) بكلمة (عامة) نص (م. 658 مصري).

حسابها وقت التعاقد، **وتداعى** بسببها الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاولة¹،
فالاختلاف بين المادتين (151) و (753) أن الأولى تأتي للتطبيق العام في كل الحالات المتشابهة،
أما في الثانية فهو تطبيق خاص² بعقد المقاولة بشأن السلطة التقديرية للقاضي، **وخصوصا** الزيادة
في الجزاء، الذي يوقعه القاضي، حيث يزيد هذا الجزاء في عقد المقاولة إلى حد فسخ العقد، فتتساوى
الظروف الطارئة في عقد المقاولة مع الظروف القاهرة، إذا وجد مبرر لذلك، كأن ترى المحكمة أن
بقاء المقاولة **عند** زيادة البذل الذي **سيحصل عليه المقاول، سيكون مرهقا له، و لصاحب العمل**³.

ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي في انتقاص وتحول وفسخ العقد : نتناول هنا السلطة التقديرية
للقاضي في نظريتي انتقاص العقد وتحوله وحين فسخ العقد.

1-انتقاص العقد: منح المشرع سلطة تقديرية للقاضي في تقرير انتقاص العقد وفقا **ل(م. 141)**⁴،
وقد سبق أن **درسنا** شرح **هذه المادة**⁵، فالقاضي بسلطته التقديرية يقرر **ما إذا كان حكم هذه المادة**
ينطبق على الحالة المعروضة أمامه، **فيقرر** بالتالي **بطلان العقد** أو **ينتقصه**.

2- تحول العقد⁶ :منح المشرع سلطة تقديرية للقاضي في تقرير تحول العقد **وفقا ل(م. 142)**

وقد سبق أن **درسنا** هذه **المادة**⁷، وهنا نقول **إن** القاضي هو الذي يقرر تحول العقد لعقد صحيح أو
يقرر البطلان .

¹ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 763 .

² - عبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد ، المرجع السابق ، ص 577 .

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق ، ص 763.

⁴ - تقارب المادة 169 أردني، ونصها في هامش ص 68 من هذا البحث.

⁵ - نص المادة 141 مشروع وشرحها ص 68.

⁶ - لم يأخذ المشرع الأردني بنظرية تحول العقد.

⁷ - نص المادة وشرحها ص 69 من البحث.

3- فسخ العقد: كنا قد درسنا سلطة القاضي التقديرية التي **تمنحه فسخ** العقد حين تحقق نظرية

الظروف الطارئة وبالخصوص في عقد المقاوله، وهنا أتى المشروع بتطبيق خاص بهذا العقد منح بموجبه سلطة تقرير فسخ العقد وفقا للمادة (753).

وكذلك منح المشروع سلطة تقديرية للقاضي في تقرير فسخ العقد أيضا وفقا **للمادة (173)**¹ التي

تنص: (1- إذا أصبح الالتزام **مستحيلا** في جزء منه جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من

الالتزام أو يطلب من المحكمة فسخ العقد. 2- إذا كانت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز

للدائن أن يطلب من المحكمة فسخ العقد). حيث منح المشروع للقاضي سلطة تقديرية للحكم بفسخ

العقد منعا لخلق المنازعات فيما بين المتعاقدين ، حين **يصبح** تنفيذ جزء من الالتزام مستحيلا، فليس

لهذا الدائن فسخ العقد من تلقاء نفسه وإرادته المنفردة، ولكن القاضي يقرر ذلك حسب سلطته

مستعينا بتقديره **جسامه الاستحالة، بحيث** لو علم بها المتعاقد لما تعاقد ، فإذا كان الجواب بنعم فانه

يقرر الفسخ بحكمه.

ثالثا: السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض والشرط الجزائي:-في مجال التعويض منحت

السلطة التقديرية للقاضي في عدة مجالات :-

1- نظرة الميسرة: منح المشروع القاضي سلطة تقديرية بمنح نظرة الميسرة في تحديد موعد رد

القرض إذا لم يكن هناك أجل، أو اتفق على أن يكون الرد عند الميسرة تطبيقا **للمادة (585)**²

التي تنص: (إذا كان للقرض أجل فليس للمقرض استرداده قبل حلول الأجل، وإذا لم يتفق على

أجل أو اتفق على أن يكون الرد عند الميسرة حددت المحكمة ميعادا مناسباً للرد تبعا للظروف).

¹ - والمشرع الأردني فيما يقارب هذه المادة أتى بحكم (م. 2/246) أردني والتي تنص: (ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ للحال او تنظره الى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى)

² - تقارب المادة 643 أردني والتي تنص: (اذا كان للقرض اجل فليس للمقرض استرداده قبل حلول الأجل وان لم يكن له اجل فلا يلتزم المقترض برده الا اذا انقضت مدة يمكنه فيها ان ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله).

والقاضي يراعي أن الأجل ونظرة الميسرة **إنما ضريت** لمصلحة المدين المقترض وبالتالي فهو يحددها تبعا لظروف المقترض.

ومنح المشروع القاضي سلطة تقديرية في مجال نظرة الميسرة وفقا **للمادة (2/170)** التي تنص (بجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته)، حيث يجيز للقاضي؛ إذا اقتضت الظروف؛ منح المدين أجلا للتسديد، ويجيز له رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفه المدين لا يتناسب مع طلب الفسخ؛ لقلة أهمية ما لم يوف مقارنة بالالتزام كاملا.

وكذلك وفقا لنص (م. 286) (إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضية منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه). إذا حدد أجلا للسداد عنوانه مقدرة المدين أو ميسرته، ومنعا لمماطلة المدين؛ فإن المشروع منح القاضي سلطة تعيين أجل للسداد، مسترشدا بـ **الحالية والمستقبلية** آخذا بعين الاعتبار ضرورة أن يكون هذا المدين **حريصا** على تسديد ما في ذمته من ديون.

ومنح المشروع القاضي أيضا سلطة تقديرية لمنح المدين أجلا أو أجالا معقولة للسداد في حالات استثنائية، خلافا للقاعدة القاضية في أن يكون الوفاء فور توفر الالتزام النهائي في ذمة المدين؛ وبالخصوص حينما تستدعي حالة المدين ذلك، ولا يترتب على التأجيل ضرر جسيم بالدائن، وفقا لنص (م. 376)¹ وبالخصوص الفقرة الثانية (يجب أن يتم الوفاء فور ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك. على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا

¹ - تطابق المادة 334 أردني

استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم). وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية الواسعة من معايير الحالات الاستثنائية والآجال المعقولة، واستدعاء حالة المدين للتأجيل، فكلها تقديرية مناطها القاضي.

2- في تقرير وتقدير التعويض وتخفيضه وطريقة تنفيذه: منح المشروع السلطة التقديرية للقاضي

في تقرير التعويض أو عدم الحكم به، طبقاً ل(م. 174) التي تنص (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض).

وعلى النهج نفسه سار المشروع وفقاً لنص (م. 180) ، حيث أجاز للقاضي أن يلزم غير المميز بتعويض عادل إذا وقع منه ضرر في حالة عدم وجود من هو مسؤول عنه أو تعذر حين وجوده، الحصول على تعويض وذكرنا سابقاً¹ أن مسؤولية غير المميز عن أفعاله تأتي استثنائية احتياطية مخففة وجوازية للقاضي.

وكذلك طبقاً لنص(م. 184) (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً) ؛ فقد منح القاضي سلطة واسعة في تقرير التعويض المناسب في حالة الضرورة عندما يكون ضرر الغير ناتجاً عن تقاضي ضرر أكبر محدق بالضرار أو بغيره مع منح القاضي سلطة تقدير التعويض للمضروب عن الضرر الذي الحق به وعمافاته من كسب؛ كنتيجة طبيعية للفعل الضار، والنتيجة الطبيعية يقدرها القاضي بسلطة تقديرية توسع من سلطاته ، وفقاً ل (م. 186)² التي تنص: (يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضروب من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار)، وتطبيقاً

¹ - أنظر ص 139 من البحث

² - تطابق المادة 266 أردني

لنص (م.189) ¹: (1- يقدر التعويض بالنقد. 2- يجوز للمحكمة تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأمر معين متصل بالفعل الضار. 3- يجوز أن يكون التعويض مقسما أو مرتبا دوريا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا تقدره المحكمة). فللقاضي أن يخرج عن قاعدة أن "التعويض بالنقد" ويقرر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد أو الحكم بأمر معين متصل بالفعل الضار، وبناء على طلب المضرور، ويمكن استخلاص السلطة التقديرية **الواسعة** للقاضي في هذا المجال من إناطة جواز ذلك **بالقاضي** بتبعيتها للظروف، وهو معيار من يزيد من سلطة القاضي **ولا سيما عند** تقديره أن يكون التعويض مقسما أو مرتبا دوريا، وله أيضا تقرير إلزام **المدين بتقديم** تأمين يقدره إذا رأى ذلك ضمانا للسداد. وطبقا ل (م. 211) التي تنص: (يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسؤولا عما يلحق رب العمل من ضرر، وللمحكمة تحديد التعويض إذا كانت الظروف تبرر ذلك)؛ **فقد منح** المشرع للقاضي تحديد التعويض اللازم على الفضولي دفعه في حالة عدم بذله عناية الشخص المعتاد **وفقا للظروف**²، **وتطبيقا للمادة (225)**³ التي تنص: (1-يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا. 2-إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما)؛ فإن **بإمكان** القاضي قصر حق الدائن على اقتضاء **تعويض نقدي** بدل التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ مرهقا للمدين، وبناء على طلب هذا المدين شريطة ألا **يلحق الدائن ضرر جسيم** من ذلك، ولا يخفى ما للقاضي من سلطة واسعة في تحديد معايير الإرهاق في التنفيذ وتحديد الضرر الجسيم . إن المشروع قد وصل إلى حد

¹ - تطابق المادة 296 أردني

² - وهذا معيار من يوسع من سلطة القاضي ، وذكرنا أن المعايير المرنة تساعد في تطور القانون

³ - تطابق المادة 315 أردني

بعيد في منح القاضي السلطة التقديرية الكاملة والواسعة من خلال (م. 239)¹. وفيها يكون للقاضي تقدير التعويض ليشمل ما لحق **بالدائن** من خسارة، وما فاتته من كسب، بمعيار واسع يتعلق باعتبار القاضي أن الضرر **جاء** نتيجة طبيعية لفعل عدم الوفاء بالالتزام، ومعيار الجهد المعقول الواسع أيضا في توقي الضرر من قبل الدائن.

وكذلك ما جاءت به (م. 760)²، حيث منحت هذه المادة القاضي سلطة تخفيض التعويض المستحق عن ما فات المقاول من كسب؛ تحقيقا للعدالة، ويكون ذلك بإحدى **طريقتين**: توفير المقاول **من عدم إكمال المقاولة** أي استغلال رجوع صاحب العمل، أو إذا كسب **وقتا** حقق فيه **كسبا** في موضوع آخر، فهنا منح المشروع القاضي سلطة واسعة لتحقيق العدالة بأي طريق مستعينا بالظروف التي تجعل تخفيض التعويض عادلا.

3- تقرير الغرامة التهديدية وزيادتها: منح **المشروع سلطة** تقديرية للقاضي بتقرير غرامة تهديدية³ وزيادتها تبعا لتعنت المدين بعدم التنفيذ وفقا **للمادة** (236)⁴ التي نصها: (1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك. 2- إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة. 3- إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ العيني حدد القاضي مقدار

¹ - نص المادة 239/1+2 ص 64 من البحث والمادة 3/239 ص 69 من البحث

² - يلاحظ هنا أن إنهاء صاحب العمل لعقد المقاولة دون موافقة المقاول قبل انتهاء العقد هو تصرف بالإرادة المنفردة. ونص المادة 760 ذكر ص 104 من البحث.

³ - يرد وجود الغرامة التهديدية إلى حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1938/1/29، ثم اخذ بها المشرع الفرنسي بقانون إجرائي بتاريخ 1972/6/5- المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 279-.

⁴ - قارن (م. 961 أ.) والتي تنص: (1. الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له فان لم يفعل جاز للمحكمة ان تقضي عليه بغرامة تهديدية ولها أن تعفيه منها إذا اثبت عجزه عن إحضاره . 2. وإذا تعهد كفيل النفس بأداء مبلغ معين على سبيل الشرط الجزائي في حال عدم إحضار المكفول لزمه أداء ذلك المبلغ وللمحكمة أن تعفيه منه كله أو بعضه إذا تبين لها ما يبرر ذلك)، حيث أن القانون الأردني سمح بها فقط حين كفالة النفس.

التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدأ من المدين؛ حيث تبدأ هذه السلطة بإلزام المدين بالتنفيذ العيني بنفسه، ثم بدفع غرامة تهديدية في حالة الامتناع، ثم بزيادة مقدار هذه الغرامة التهديدية إذا فشلت في إكراه المدين على التنفيذ العيني، وتكرار الزيادة كلما رأى داعيًا لذلك، وفي حالة إصرار المدين **على** عدم الانصياع للقاضي بالتنفيذ العيني، فإن تحديد مقدار التعويض يكون وفقًا للضرر الذي أصاب الدائن وعنت المدين.

رابعًا : السلطة التقديرية للقاضي في مجال الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) : ليس من شأن

الحرية التعاقدية أن تؤدي بالضرورة إلى العدالة، وعليه فقد منح المشرعون القاضي حق تعديل شروط العقود لضمان تحقيقها لأهدافها وذلك في بعض الحالات، منها الشرط الجزائي، الذي عرفه الفقيه الفرنسي ماريوني (Maruani)¹ بأنه " النظام الذي اخترعه الإنسان خوفًا من أن يرى رغباته القانونية دون أثر"، فله من المزايا ما يضمن تنفيذ الالتزام، ويجنب المتعاقدين تحكم القضاة إذا ما ترك تحديد التعويض دائمًا لهم، وفيه توفير للوقت وتخفيض النفقات وتخفيف الضغط عن كاهل القضاة أمام المحاكم، ويحفظ حق الطرف الذي اشترط لمصلحته، ويزيد من قوة العقد الملزمة، ويجنب المنازعات التي تثور حول الضرر، ويقيد المسؤولية ويقضي على المنافسة الضارة مما يسهم في الازدهار العام للدولة. كما قد يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير² في التقنيات التي تقرها، وقد يكون للشرط الجزائي شأن التهديد المالي، حين التشديد في مبلغ التعويض إذا زاد عن الضرر المتوقع حصوله بشكل مبالغ فيه .

والمشروع أخذ بأحكام الشرط الجزائي، ولكنه لم يترك لأطراف التعاقد أن يحددوا هذا الشرط تبعًا لما يحلو لهم، بل منح المشروع للقاضي سلطة تقديرية، تحقيقًا للعدالة في هذا الشأن، فله جواز خفض

¹ - فؤاد صالح درادكة، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غ. م ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن، 1994، ص67، و ص256.

² - أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994، ص72

التعويض الاتفاقي، إذا أثبت المدين أن تقدير هذا التعويض كان مبالغاً فيه، ومنح القاضي حق زيادة التعويض تطبيقاً لـ (م. 241) ¹ ، في حالة الغش والخطأ الجسيم من قبل المدين، وطبقاً لـ (م. 242) والتي نصها: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، أولاً تحكم بتعويض إذا ما استغرق خطؤه خطأ المدين)؛ فإن للقاضي الحق في إنقاص مقدار التعويض إذا كان الدائن قد اشترك في إحداث الضرر لنفسه بخطئه، وللقاضي حق إلغاء التعويض إذا كان خطأ الدائن هو الذي سبب الضرر وتجاوز خطأ المدين كسبب للضرر، وقد أتى المشروع بما يقيد الشرط الجزائي في حالة البيع الإيجاري، وحكم العقد الإيجاري جاء تطبيقاً للمادة (451) ² التي نصها: (1- إذا كان البيع مؤجلاً للثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تسلم المبيع. 2- إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه. 3- إذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعد مستندا إلى وقت البيع. 4- لا تسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة إذا سمى المتعاقدان البيع إيجاراً). الذي كثر في هذه الأيام، وأصبحت الشركات الكبيرة تعتمد عليه اعتماداً كلياً في تسويق بضائعها، حيث أجاز المشروع هذا البيع، وأجاز للقاضي أن يخفض قيمة التعويض فيه تبعا للظروف؛ حينما يكون دفع الثمن على أقساط، و البيع الإيجاري عقد مركب يبدأ إيجاراً وينتهي بيعاً ⁴ .

¹ - نص المادة ص 176 من البحث وهي تقارب (م 2/364. أ) ونصها في هامش ص 176 من البحث.

² - تطابق المادة 487 أردني

³ - هناك خطأ مطبعي فحواه زيادة حرف لا فلا يستقيم الحكم إلا بحذفها فالهدف من المادة الحديث عن البيع الإيجاري وينتهي هذا البيع إذا بقيت لا ، راجع المادة 430 مصري والمواد 246 ، 247 ، 248 ، 250 من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 532

خامسا: سلطة القاضي التقديرية في التصرف وإدارة الملكية الشائعة: وكذلك منح المشروع القاضي

سلطة تقديرية في أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة في إدارة المال الشائع إذا تعذر قرار

الأغلبية في هذه الإدارة وفقا للمادة (م. 965)¹. كما منحت القاضي إلزام الأغلبية في حالة توافرها

في إدارة هذا المال الشائع بتقديم كفالة تضمن حقوق مخالف قرار الأغلبية وما يستحق من

تعويضات بناء على قرار هذه الأغلبية وفقا ل (م. 966)²، ومنحت القاضي سلطة إقرار ما إذا كان

التصرف من قبل الأغلبية واجبا، وفقا ل (م. 969) والتي تنص على أن (الشركاء الذين يملكون

على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية

على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق تقديم اعتراض إلى المحكمة

خلال ستين يوما من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح

الشركاء أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا) .

فلمحكمة³ أن تتأكد من وجود أسباب قوية جعلت الأغلبية تصدر قرارها بالتصرف في المال

الشائع. فلذا اقتنعت بقوة هذه الأسباب، عليها بعد ذلك أن تستوثق من أن قسمة المال الشائع

ستضر بمصالح الشركاء جميعهم أم لا، فلذا انتهت المحكمة إلى ذلك، انتقلت إلى تقدير الظروف

التي أحاطت بقرار الأغلبية، ومدى ملاءمته مع هذه الظروف"، فإن تأكدت من الملائمة، أقرت قرار

الأغلبية، ويلتزم به الجميع، وإن رأيت غير ذلك ألغت القرار، ومن ثم لا يجوز التصرف بالمال الشائع

عن طريق الأغلبية، وإنما يحتاج إلى قرار يصدر من جميع الشركاء.

وختاما لهذا المبحث نستطيع أن نقول أن المشروع بخصوص موضوع سلطة القاضي التقديرية قد

منح القاضي سلطة تقديرية واسعة انتهج بها مجال المرونة والتطور فمنحه استكمال ما فات

¹ - تطابق المادة 1034 أردني نص المادة 965 من المشروع ذكرت ص 197 من البحث

² - تطابق المادة 1035 أردني ونص المادة 966 من المشروع ذكرت ص 101 من البحث.

³ - المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، المرجع السابق، ص 1041

المتعاقدين أن يتفقا عليه وتعديل الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان إذا كان في ذلك ما يحقق العدالة، بل للقاضي سلطة إلغاء الالتزامات في الظروف الطارئة وحين تكون الالتزامات نابعة من شروط تعسفية في عقود الإذعان.

الخاتمة

كان موضوع الدراسة في هذا البحث؛ الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني؛ وهو الذي، إذا قدر له الإقرار والصدور، سيكون أحدث قانون مدني عربي، وقد وقف البحث عند المقارنة بينه وبين القانون المدني الأردني.

جاءت الدراسة من فصلين موضوع الأول منها الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام الإرادية وشملت الدراسة فيه الاتجاهات العامة في العقد والإرادة المنفردة باعتبارهما نوعي التصرف القانوني، حيث تمت دراسة تأثير الاتجاهات العامة الأربعة الأهم منها، مبدأ سلطان الإرادة ، والإرادتين الظاهرة والباطنة، والنزعتين الموضوعية والشخصية، والنزعة الفردية والنزعة الجماعية، وشملت الدراسة كذلك نظرية البطلان في المشروع لمعرفة أي اتجاه سلك المشروع في أمرها هو الاتجاه الوضعي أم الاتجاه الإسلامي.

ولقد أبرز البحث تكريس مبدأ سلطان الإرادة في النصوص التي تنظم نظرية العقد في المشروع رغم القيود التي أوردتها عليه، وقد أظهر البحث توسع المشروع في الأخذ بالإرادة المنفردة حين اعتبرها مصدرا عاما من مصادر الالتزام مسائرا ما تنحى إليه المدرسة الجرمانية والذي يتوافق سلوكها مع الفقه الإسلامي، ولم يفت البحث الإشارة إلى تبني المشروع مراتب انعقاد العقد من الفقه الوضعي بشكل رئيسي رغم ما ورد فيه من نصوص تظهر مرتبة العقد الموقوف إسلامية المنشأ جعلت الباحث يصدر حكمه بأن المشروع قد جمع بخصوص نظرية البطلان بين الفقهاء الوضعي والإسلامي في حين أن أغلبية التقنيات تختار أحدهما.

ويمكن القول إن المشروع بشأن مبدأ سلطان الإرادة جارَى النزعة الحديثة المنسجمة مع التقنيات الجرمانية واللاتينية على حد سواء، وجاء معتدلا كما وصفته المذكرات الإيضاحية.

وفي مجال تبني الإرادة الظاهرة أو الباطنة، تبين أن المشروع أخذ بالإرادة الظاهرة حرصا على استقرار التعامل ، فهي الأصل فيه، ولم يفته الأخذ بالإرادة الباطنة أيضا مسائرا لنهج الاتجاهات الحديثة في عدم الاقتصار على أي من هاتين الإرادتين، فجمع بين استقرار التعامل والعدالة، متوافقا

مع نهج الفقه الإسلامي والمدرسة الجرمانية، ومع ما أوردته المذكرات الإيضاحية بشأن تبني مذهب الإرادة الظاهرة.

وفي مجال النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية توصل الباحث أن المش روع سلك نهج النزعة الموضوعية في مجال التصرف القانوني، حين تبني الإرادة الظاهرة وحين تبني الإرادة المنفردة مصدرا عاما من مصادر الالتزام منتهجاً سلوك الاتجاهات الحديثة.

ولكن أخذه بالنزعة الموضوعية لم يثته عن الأخذ بالنزعة الذاتية في بعض الأحوال، إذ وافق في ترتيب عيوب الإرادة مذهب التقنيات اللاتينية الفردية الاتجاه، وفي نظريتي انتقاص العقد وتحوله، وحين التعويض عن الربح الفائت، وفي الضرر الأدبي، وعند أخذه بحسن النية أو سو نها ويرى الباحث أن المشروع وازن بين النزعتين الموضوعية والذاتية، فكان موقفه معتدلاً، فيحسب تبعاً لذلك من التقنيات المتخيرة، ويرى الباحث أن ما جاء في المذكرات الإيضاحية من أن المشروع رجح النزعة الموضوعية لم يكن دقيقاً.

وأما بخصوص النزعة الفردية والنزعة الجماعية في أحكام التصرف القانوني فقد أبرز البحث حرص المشروع على إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي حين اعتبر الرضائية هي الأساس وما يضاف إليها هو الاستثناء، وعند تبنيه للإرادة الباطنة وبالخصوص في تفسير العقود، ولكن تبرز النزعة الجماعية للمشروع بشكل جلي حين تبني الأخذ بالإرادة الظاهرة ذلك القيد الخطير على حرية الفرد في التعاقد وكذلك تتجلى النزعة الجماعية بتبني الأخذ بنظرية الاستغلال نظرية عامة في المشروع، وعند اشتراط مطابقة العقد للمقتضيات الاجتماعية والنظام العام والآداب.

ويرى الباحث أن النزعة الجماعية في المشروع بزّت النزعة الفردية، وفي هذا انحياز للمدرسة الجرمانية، ويشير الباحث إلى أن هكان يجب على واضع المذكرات الإيضاحية الإشارة إلى أن النزعة

الجماعية في المشروع أكثر جلاء من النزعة الفردية ، فالمشروع جاء جماعي النزعة إذا ما قورن بالقانون المدني الأردني الذي لم يستطع التخلص من نزعة مجلة الأحكام العدلية إلى الفردية. وأما الفصل الثاني من هذه الدراسة الذي كان موضوعه الاتجاهات العامة في مصادر الالتزام غير الإرادية، وشملت الدراسة فيه الاتجاهات العامة في الفعل الضار والفعل النافع وفي نص القانون حين يكون مصدرا مباشرا من مصادر الالتزام وقد اقتصر البحث على الاتجاهات العامة، الخاصة بالمصادر غير الإرادية وهي ثلاثة، النزعتين الموضوعية والشخصية، والنزعة الفردية والنزعة الجماعية وكذلك سلطة القاضي التقديرية .

ففي مجال الفعل الضار بخصوص النزعة الموضوعية والشخصية تبنى المشروع النزعة الموضوعية حين اعتد بالضرر تاركا معيار الخطأ في أمر تحقق الفعل الضار وعند اعتداده بنظرية التعسف في استعمال الحق والمعايير الموضوعية لتطبيقها وعند المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء وأبرز البحث أن المشروع لم يهجر النزعة الشخصية فقد انتهجها حين اعتد بقصد الإضرار بالغير أحد معايير التعسف في استعمال الحق وحين تبنى الريح الفائت والضرر الأدبي في التعويض عنه وحين منع انتقال التعويض عن الضرر الأدبي للورثة .

ولم يفت الباحث الإشارة إلى قصور المشروع عند عدم اعتداده مسؤولية عديم التمييز إلا استثناء وقصوره كذلك في عدم تنظيمه موضوع الامتناع عن العمل مصدرا من مصادر الفعل الضار . وأما بخصوص النزعة الفردية والنزعة الجماعية فقد أبرز البحث انحياز المشروع إلى جانب المضرور فقرر تضامن المسؤولين أمامه وقرر مسؤولية متولي الرقابة وحارس الحيوان والأشياء حماية للطرف الضعيف المضرور حينما يأتي الضرر من عديم التمييز، ولم يفت البحث الإشارة إلى

قصور حماية المضرور والتوجه نحو حماية المسؤول عندما يكون غير مميز وجعل مسؤوليته استثنائية احتياطية جوازية ومخففة.

وعندما استهدف المشروع حماية الجماعة، فبرزت عند تقريره عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية الفعل الضار وحين اعتبر الضرر أساسا للمسؤولية، وحين منع التعسف في استعمال الحق وحينما انحاز لحماية المضرور لأن فيها تكريس معنى التضامن الاجتماعي، ويرى الباحث أن النزعة الجماعية تجاوزت في أحكام الفعل الضار النزعة الفردية، مما يؤكد أن المشروع جماعي النزعة .

وأما في مجال الفعل النافع فبخصوص الاتجاه نحو النزعة الموضوعية فإن المشروع قد انتهجها حين أقر الإثراء بلا سبب قاعدة عامة وعند عدم اعتداده بالنية ولا بالأهلية في إلزام من قبض غير المستحق برده وحينما تطلب عناية الشخص المعتاد في الفضالة وبخصوص النزعة الشخصية فقد انتهجها المشروع عندما اعتد بالافتقار وهو معيار شخصي نتيجة للإثراء بلا سبب وحينما اعتد بعلم من أوفى بغير المستحق وكذلك بأهليته وعيب الإكراه في إرادته وعند تقريره عدم استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء من غير المدين وترتب عليه تجرد حسن النية من تأميناته وضمائنه وتقريره الاعتداد بالنية في قابض غير المستحق، وكان المشروع شخصي النزعة حين تطلب قصد القيام بشأن عاجل في الفضالة وحين اعتد بأهلية التعاقد عند الفضولي، ويرى الباحث أن أحكام الفعل النافع بخصوص النزعتين الموضوعية والشخصية قد أتت متوازنة فلم ترجح إحداها عن الأخرى. وبخصوص النزعتين الفردية والجماعية في مجال الفعل النافع فهي كما كانت في الفعل الضار فاستهدف المشروع حماية الفرد الطرف الضعيف حين قرر الإثراء بلا سبب قاعدة عامة وأوجب على المثري تعويض المفتقر الضعيف، وكذلك الأمر في رد غير المستحق حمى الموفي الضعيف وقرر

تضامن الفضوليين في مواجهة رب العمل الضعيف وبخصوص حماية الجماعة فإنها تظهر بشكل جلي من جراء إقرار مبدأ الإثراء بلا سبب قاعدة عامة وتبني نظام الفضالة لأن في هذا السلوك لا يظهر الفرد بصفته الفردية وإنما باعتباره جزءاً من الجماعة واجبة الحماية بشكل عام.

ويرى الباحث أن النزعة الجماعية ظهرت جلية أكثر منها في النزعة الشخصية مما يؤكد سلوك المشروع جماعي النزعة الذي سلكه في التصرف القانوني .

وحين جاء البحث لدراسة الاتجاهات العامة في نص القانون تبين أن في مقتضيات الاجتماعية للعقود حمى المشروع الفرد حين حظر عليه التنازل عن أهليته ومنع التعديل في أحكامها وأبطل التصرفات القانونية بعوض التي محلها مقومات الإنسان المادية وحمى العامل والمتقاسم المغبون والمذعن والمؤمن له وعندما أراد حماية الجماعة قرر ضرورة مطابقة العقود للنظام العام والآداب وقيدها بالأسعار حينما يتم تحديدها.

وأما بخصوص حق الملكية فقد أضفى عليه المشروع البعد الاجتماعي معتبرا إياه ذا وظيفة اجتماعية وفرض كثيرا من القيود عليه انحيازاً للجماعة فحظر الضرر غير المألوف وألزم الأقلية بقرار الأغلبية في المال الشائع وحمى ملكية الأسرة وأقر أن الحيابة في المنقول سند الملكية، رغم انه حمى الفرد في كثير من أحكامها فضيق حق الشفعة ومنع بيع السفل جبرا عن صاحبه وجعل للشريك الاعتراض على قرار الأغلبية في المال الشائع ومنح المالك حقه في الكنز المدفون أو المخبوء .

وفي مجال سلطة القاض **ي، توصل** الباحث إلى أن المشروع **راعى** المرونة والتطور **حين** منح القاضي سلطة واسعة تصل إلى حد استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه أو تعديل ما اتفقا عليه أو حتى إلغائه، ومنحه كذلك استخراج إرادة المتعاقدين التي لم يصرحا بها أو حتى لم يقصداها

إذا كانت ستتصرف إليها هذه الإرادة لو علما ببطلان تصرفهما الأصلي، فسلطة القاضي في المشروع سلطة واسعة تحدث عنها واضع المذكرات الإيضاحية بتواضع حينما وصفها بالمعتدلة.

التوصيات

أولا : تعديل المواد

- المادة 179 لتصبح (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).
- المادة 180 من المشروع والمتعلقة بضرورة التمييز لانعقاد المسؤولية التقصيرية لتصبح (تأتي مسؤولية غير المميز مخففة تحقيقا للعدالة، وللقاضي تقريرها مراعيًا مركز الخصوم) .
- المادة (4/451) حذف حرف لا لتصبح (تسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى إذا سمي المتعاقدان البيع إيجارا).

ثانيا : إصدار القوانين الخاصة

- يوصي الباحث بضرورة إصدار القوانين الخاصة التي أحالت لها نصوص المواد 41 ، 60

63 ، 197 ، 412 ، 591 ، 704 ، 770 ، 789 ، 871 ، 872 . والتي لم تصدر حتى

تاريخه.

ثالثا: تصحيح الأخطاء النحوية والإملائية

- الكلمة الطرفين لتصبح الطرفان. ليصبح نص المادة (74) (ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل

الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين....الخ.

- المادة 2/92 بإضافة حرف الواو ليصبح نص المادة (إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا

عدل من قبضه رده ومثله).

- المادة 2/ 119 بحيث **تصبح "الأخر" وليس "الأخذ"** ليصبح نص المادة (يجوز في عقود

التبرعات طلب إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الآخر بالغلط).

- المادة 1 / 234 بإضافة كلمة **"ما "** ليصبح نص المادة (في الالتزام بعمل، إذ كان المطلوب

من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي....الخ.

- الخطأ الإملائي بالكلمة عليه بكلمة عليه في المادة 1/537 / ب (أن يصبح الواهب عاجزا

عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على

الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

- كلمة **وتحقق** بكلمة **بتحقق** في المادة 650/1 التي تنص : (1-إذا كانت العين المؤجرة عقاراً أنشأ به المستأجر مصنعاً أو متجرّاً، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للقاضي أن يلزم المؤجر بإبقاء الإيجار بشروطه الأصلية **بتحقق** الآتي...إلخ.
- المادة (606) كلمة **إن** إلى **إذا** لتصبح : (الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق **إذا** لم يجرها مالك الرقبةالخ.
- المادة (753) استبدال كلمة " **عاملة**" بكلمة " **عامّة** " بحيث تصبح (يجوز للمحكمة الحكم بزيادة البديل أو بفسخ العقد إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية **عامّة** لم تكن في الحسبان وقت التعاقد....الخ.
- حرف أن في المادة (955) بحرف **إن** لتصبح المادة (ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي **إن** كان هذا يضر ...إلخ) .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- القرآن الكريم
- الحديث الشريف
- أحمد بن حنبل - المسند
- البخاري - الجامع الصحيح
- ابن القيم - الفروسية

- الألباني - السلسلة الصحيحة

- الهيتمي - مجمع الزوائد

القوانين

- قانون الالتزامات والعقود المغربي .

- قانون الالتزامات و الموجبات اللبناني .

- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 4 / 2001 .

- قانون رقم (1) لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات.

- قانون المالكين و المستأجرين الأردني رقم 62 لعام 1952

- القانون المدني الأردني، نقابة المحامين الأردنية، الكتب الفني، عمان، الأردن، 2000.

- القانون المدني المصري، وزارة الصناعة والتنمية التكنولوجية ، الهيئة العامة لشؤون المطابع

الأميرية ، ط9، 2004 .

- القانون المعدل للقانون الأساسي، المجلس التشريعي الفلسطيني، مطبعة أبو غوش، 2004.

- مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

- مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية.

المذكرات الإيضاحية

- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ، ديوان الفتوى والتشريع، رام الله ،

فلسطين، 2003 .

- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ج2، المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان،

الأردن، 2000.

المراجع

- أحمد ، محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة ، عمان ، الأردن .1999.

- الأهواني، حسام الدين، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، م2 ، المصادر غير الإرادية ، بدون دار نشر، 1998 .

- البدراوي ، عبد المنعم ، حق الملكية، الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، دار وهدان للطباعة والنشر ، القاهرة ، مصر ، 1978.

- = = النظرية العامة للالتزامات ، ج1 ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر .

- بسيوني، عادل ، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية ، م 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، مصر، 1978 .

- الجمال ، مصطفى ، وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2003.

- جمعة، نعمان محمد خليل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1977.

- الحكيم، عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، والقانون المدني اليميني، في الالتزامات والحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، ط1، ج 1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، 1993.

- حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، م1 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر.

- زكي، محمود جمال الدين، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مطابع الشعب، القاهرة، مصر،
1966.

- السرحان، عدنان إبراهيم ، و آخرون، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ، ط1، دار الثقافة
، عمان ، الأردن، 2005 .

- سرور، محمد شكري، موجز الأحكام العامة للالتزام، ط1، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة،
1984.

- سعد ، نبيل ، وآخرون، المدخل إلى العلوم القانونية ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان 1992
- أبو السعود، رمضان، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- السعيد ، كامل، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأموال، ط 2، دار الثقافة
للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، 1993.

- سلطان ، أنور ، أحكام الالتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1994.
- = = مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ط2 ، المكتب
القانوني، عمان ، الأردن ، 1998 .

- السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ط1، ج 1 + ج2 + ج 4 دار
إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ،
لبنان، 1997 .

- = = نظرية العقد ، ج 1 + ج2 ، الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،
1998 .

- = = الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

مصر ، 2004.

- = = الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 + ج 4 + ج 5 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر.

- سوار ، محمد وحيد الدين ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة ، الإصدار الثاني ، عمان ، الأردن ، 2000.

- = = التعبير عن الإرادة ، ط 2 ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن 2002 .

- = = الشكل في الفقه الإسلامي ، ط 2 ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ،

الأردن ، 1998.

- = = ملاحظات بخط يده على مشروع القانون المدني الفلسطيني ،

مودعة في ديوان الفتوى والتشريع ، قام الديوان بطباعتها وتوزيعها

على أعضاء اللجنة ، رام الله ، فلسطين ، 2000.

- = = النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، بلا دار نشر ،

1976.

- شحاتة ، شفيق ، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباقي

الحلبي وأولاده بمصر ، القاهرة ، مصر ، 1963.

- الشرقاوي ، جميل ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة

العربية ، مصر ، القاهرة ، 1995.

- شوشاني ، صلاح الدين ، نظرية العقد الموقوف، ط1 ، دار الثقافة عمان ، الأردن ، 2001 .
- الصدة، عبد المنعم ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ، 1979.
- أبو طالب ، صوفي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر .1975
- عبد الباقي، عبد الفتاح ، نظرية القانون، ط4 ، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة ، مصر ، .1965
- عبد الرحمن ، أحمد شوقي ، النظرية العامة للالتزام- العقد والإرادة المنفردة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2005 .
- عبد الرحمن ، حمدي ، مصادر الالتزام ، القسم الثالث ، المصادر غير الإرادية ، دون دار نشر، . 1999
- عبد السلام، سعيد ، الإجبار القانوني على التعاقد ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العددان 1 و 2، السنة 68 .
- عبودي، عباس ، تاريخ القانون ، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998.
- العدوي ، جلال ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر . 1997
- العرعاري، عبد القادر ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي ، ج1 مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة فضالة، المحمدية ، المغرب، 1995.
- عمران ، محمد علي ، المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق، مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، القاهرة، مصر ، 1999-2000.

- = = مصادر الالتزام المصادر - الإرادية وغير الإرادية ، مكتب الرسالة

الدولية القاهرة ، مصر ، 2000

- عمر ، نبيل اسماعيل ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة

الجديدة للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 .

- العوجي ، مصطفى ، القانون المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ط1 ، ج1

مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1995 .

- غستان ، جاك ، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ،

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2000 .

- غستان ، جاك ، وآخرون ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ،

ط1، ج3 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2000.

- الفار ، عبد القادر ، أحكام الالتزام ، آثار الحق في القانون المدني ، ط4 ، مكتبة دار الثقافة ،

عمان ، الأردن ، 1997 .

- = = المدخل للعلوم القانونية ، ط1 ، مكتبة دار الثقافة ، عمان الأردن ، 1994.

- = = مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، دار

الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2001.

- أبو فارس ، محمد عبد القادر ، النظام السياسي في الإسلام ، دون دار نشر ، 1980.

- الفتلاوي ، صاحب ، تحول العقد ، ط1 ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1997 .

- فرج ، توفيق حسن ، الأصول العامة للقانون ، - المدخل للعلوم القانونية - والنظرية العامة

للالتزام ، الدار المصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 1972 - 1973.

- = = المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة

الجامعية ، 1983.

- = = المدخل للعلوم القانونية ، بدون دار نشر ، بيروت، لبنان، 1974 .

- = = المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية،

بيروت ، لبنان، 1983.

- الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان،

الأردن، 1996.

- كيرة ، حسن ، المدخل إلى القانون ، دار النهضة، بيروت ، لبنان، 1967 .

- لطفی، محمد حسام محمود ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، ط2، النسر الذهبي

للطباعة، القاهرة، مصر، 2002.

- مرقص ، سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية

المدنية، ط5، ج1 + ج2، بدون دار نشر ، 1992 .

- أبو ملح، موسى، شرح أحكام الالتزام في النصوص المقترحة لمشروع القانون المدني الفلسطيني ،

ط1 ، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2000.

- منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان،

الأردن، 2003.

- الوكيل ، شمس الدين ، الموجز في المخل لدراسة القانون ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

مصر ، 1965 .

- يحيى ، عبد الودود ، النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، مصر
القاهرة ، 1994 .

- يكن، زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج1 ، مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة
نشر .

الرسائل الجامعية

التندي، محمد أمين إبراهيم، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه غير منشورة كلية
الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1983 .

- الجزازي ، محمد ضيف الله عبد الرحيم ، النظرية العامة للبطلان في القانون المدني المصري
والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية ،
عمان ، الأردن ، 1994 .

- درادكة، فؤاد صالح ، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، رسالة
ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن، 1994 .

- دواس، أمين رجا ، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، رسالة
ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1991 .

- راشد، رضوان السيد، الإجبار على التعاقد، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة
القاهرة، مصر، 1998 .

- الزعبي، إبراهيم عودة حسن ، حوالة الدين في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين، رسالة
ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن ، 1991 .

- السبائين ، خالد محمد ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، القدس، فلسطين، 2001م.
- سعد، هاشم عبد المقصود، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دون سنة.
- سعودي، عبد الرحمن عبد العزيز ، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه غير منشورة مقدمة لجامعة القاهرة.
- الصرمي ، يحيى رزق ، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة، مصر، 1995
- عودة، نجيب أسعد، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن، 1995.
- بو لحية، صالح عبد الوهاب ، التصرف الانفرادي كمصدر للحق الشخصي والالتزام في القانون الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير ، غير منشورة كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن، 1990.
- محمد عبد الجواد ، القوة الملزمة للعقد في الشريعة الإسلامية ونظرية الظروف الطارئة في القانون المصري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة باريس، 1957 .
- المقابلة، وفيق علي، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن، 1994.

الدوريات والمجلات العلمية

- الألفي، محمد جبر، عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، السنة 9، عدد 1، الفقرات، 1، 6، 25، 28، 29، 31 .
- بيومي، أحمد خلف، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المحاماة، السنة 68، ص 31.
- رضوان، محمد حامد، مسؤولية أمين النقل، بحث منشور في مجلة المحاماة، القاهرة، مصر، سنة 32، عدد 8، ص 1220.
- زكي، ناصيف، اضطراب سعر النقد ونظرية الظرف الطارئة، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 13، عام 1932، ص 129 .
- الشيتي، أحمد زكي، تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري، بحث منشور مجلة القانون والاقتصاد، 1949، ص 81 .
- عبد الجواد، محمد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 39، السنة 1958 / 1959، ص 189، 190، 469.
- عبد الصمد، وجدي، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 56، ص 121، 122 .
- الكوراني، اسعد، الاستغلال والغبن في العقود، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، سنة 41، العدد 6، ص 925، 929 .
- المتيت، أبو اليزيد علي، الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة 41، ص 714، 723 .

- المهدي، نزيه محمد الصادق ، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام ،
بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة 49، العددان 1+2 ، القاهرة ، مصر ، 1981 ،
ص 11، 12، 15، 17، 100، 105 .

مواقع الانترنت

- البشري طارق ، دراسة عنوانها ، نظام التأديب بين العقاب الجنائي والمسؤولية المدنية. 1428هـ

http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=378&std_id=60.

- الرافي مصطفى ، الإسلام دين المدنية القادمة ، ج1، الشركة العالمية للكتاب ، 1990

مقال الدين والحياة. www.balagh.com/deen/w20tggb7.htm

- خفاجي احمد رفعت ، مقال بعنوان: الدراسة القانونية والتاريخية للمادتين الرابعة والخامسة من

القانون المدني المصري الجديد، المنشورة في مجلة المحاماة، عدد3، السنة31.

www.qanoon.net