

مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن

الدكتور محمد يحيى المحاسنة
أستاذ مشارك - قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة مؤتة

ملخص:

لأن الحقوق الشخصية في حياة الأفراد تتعدد ولا يمكن حصرها، ولأن عددها يزداد بمرور الزمن وتطور حياة الناس وحاجاتهم بعضهم إلى بعض، لم يستطع أي نظام قانوني وضع شروط لهذه الحقوق الشخصية من خلال حصرها والتعرف عليها لضمان مشروعيتها أو عدم إضرارها بالمصالح العامة لمجموعة الأفراد. ولأجل ذلك توجه أصحاب صنعة القانون إلى مصادر هذه الحقوق الشخصية، لحصر عددها ووضع شروط لها، بحيث إذا ما استوفيت كانت الحقوق الشخصية الناتجة عنها مقبولة في حياة الأفراد ومشروعة، بمعنى غير ضارة بمصالحهم، لقد كان ذلك النظام بالنسبة لمشروعية العقد في القانون المقارن نظاماً متغائراً قلقاً غير مستقر، الأمر الذي استدعى دراسة مدى كفاية هذا النظام ومحاولة جعله أكثر يسراً واستقراراً.

تمهيد

تتنوّع الحقوق الشخصية وتتعدّد صورها، وذلك على خلاف الحقوق العينية، وإذا كان القانون يحدد الحقوق العينية ويوردها على سبيل الحصر وينظم أحكام كل منها، فإنه لم يفعل ذلك بالنسبة للحقوق الشخصية، وإنما

اكتفى في شأنها ببيان مصادرها^(١)، ذلك أنَّ الحقوق الشخصية متعددة متنوعة غير محصورة، ولهذا يكون للأفراد أن ينشئوا منها ما شاؤوا من حقوق شخصية، ينص عليها القانون، ويجوز للأفراد أن يغيروا من أحكام الحقوق الشخصية التي نظمها القانون ما دام ذلك في حدود النظام والآداب^(٢). وهذه الحقوق الشخصية تتعدد وتزداد بتقدم الزمن وتطور حياة الأفراد واتساع نطاق المبادلات. ولأجل ذلك كانت معضلتها في أنها غير محصورة ولا يستطيع مشرّع أن يحصرها عند حد معين. ومن ثم فلم يكن هناك من طريقة لمراقبتها وإقرارها حتى لا يوجد منها ما يصدم المصالح الجوهرية لمجموع الأفراد، إلا من خلال ما يمكن حصره وتحديدده ووضع القواعد الخاصة به، فكان ذلك عن طريق مصادر الحقوق الشخصية. والتي يضع المشرّع تصميماً لها إذا ما استوفيت شرائطه بالنسبة لكل مصدر، وبمناسبة أي مبادلة أو تقرير لوجود حق شخصي، اعترف بهذا الحق الشخصي بناءً على استيفاء المصدر لشرائطه الخاصة التي وضعها القانون.

وأكثر مصادر الحقوق الشخصية من حيث إيجاد هذه الحقوق في حياة الأفراد هو العقد، فالعقد مصدر للأكثرية العظمى من الحقوق الشخصية التي توجد، ويتم خلقها فيما بين الأفراد أثناء ممارستهم لشؤون حياتهم التي يعيشونها، ويلزم فيها إجراء المبادلات بوصفه شرطاً لاستمرار الحياة وتطورها.

وبما أنَّ الحقوق الشخصية التي تنبثق عن العقود لا يمكن حصرها، ولا يمكن تعدادها لغايات تقرير اعتبارها مشروعة بعدد معين وأسماء خاصة. فقد اتجه أصحاب صنعة القانون إلى العقد بوصفه مصدراً من مصادرها، لتحديد الشروط التي يجب توافرها فيه، من أجل الاعتراف بالحقوق الشخصية الناتجة

(١) الدكتور توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - ط١٩٧٤ - دار النهضة العربية - ص٥٢١.

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - ط١٩٧٨ - دار النهضة العربية - ص٣٥٢.

عنه، فقد خضع العقد لتحليل دقيق لإحصاء عناصره ووصف بنيانه، وذلك ليصار إلى وضع الشروط اللازمة من خلال هذا البنيان وعناصره، بحيث إذا ما تم استيفاء هذه الشروط غير منقوصة، كانت الحقوق الشخصية الناتجة عنه موافقة لمصالح أصحابها غير مؤذية للمصالح العام. لقد نجم عن ذلك التحليل لبنيان العقد أن أصبحت عناصره هي ضالة من يبحث عن نظام لمشروعية العقد، حتى لا يفضي إلى نتائج تتعارض مع مصالح المجموع، ولقد تغيرت النظم القانونية في تحديد الوسيلة التي من خلالها تتقرر مشروعية العقد، فهناك من قسّم عناصر العقد إلى ثلاثة أركان: الرضا والمحل والسبب، واشترط مشروعية العقد في السبب، ويتمثل ذلك في النظام القانوني اللاتيني، ومنهم من قال بوجود ركنين للعقد، هما: الرضا والمحل، واشترط المشروعية في نتيجة العقد وهو النظام الجرمني، وهناك من ذكر الاعتبار الذي من أجله تمّ التعاقد وهو القانون الإنجليزي، ولم يكن هناك للمشروعية شرط من خلال بنيان العقد في القانون الروماني ابتداءً، حيث كانت الشكلية التي يكرس العقد من خلالها هي السبب في إنتاج العقد لآثاره، وتحدث الفقهاء المسلمون عن القصور في العقود على اختلاف فيما بينهم، وذلك بالنسبة لتحديد ماهية المقصد الذي من الممكن أن يفسد العقد أو يجعله باطلاً. على أن هناك من اشترط المشروعية في المحل، لكن ذلك لم يكن دقيقاً، ذلك أن محل الالتزام (الأداء) وعلى أي صورة كان، لا يمكن أن يكون وفي كل الأحوال مشروعاً أو غير مشروع، بل إن الشيء يكون ممنوعاً من أن يكون داخلياً في دائرة التعامل في مجال معين، وعكس ذلك في مجال آخر، وشرط مشروعية المحل تبعاً لإمكانية كون الشيء أحياناً مشروعاً للتعامل فيه، وأحياناً أخرى غير مشروع، يجعل صفة المشروعية في المحل أمراً متغيّراً على الرغم من أن الشيء واحد، وذلك يدل على أن المعيار يدور مع المقصود من التعامل بمعنى السبب، ولقد أحسن المشرّع الفرنسي صنعا، عندما نصّ على شرط مشروعية المحل في المادة (١١٢٨)، وقال إنّ الأشياء القابلة للتعامل وحدها تكون محلاً للعقد، وما يمنع التعاقد عليه ألّبتة بنص تشريعي يجعل العقد باطلاً غير قائم، ولا يثير المحل هنا

إشكالية في مشروعية العقد، لكن المشرّع لا يستطيع إحصاء الأشياء ليقرّر التعامل فيها من عدمه كما أسلفنا، ومن ثم كان القصد أو السبب أو النية هو معيار مشروعية العقد.

ولذلك تحددت مشروعية العقد في القوانين العربية وغيرها، والقانون الفرنسي من قبل، من خلال ركن السبب واشتراط كونه مشروعاً^(٣)، وهو الركن الذي تغيّرت فيه المفاهيم والمعاني لدى الفقه والقوانين المختلفة، وإلى درجة جعلت من نظرية السبب الأكثر غموضاً بين النظريات القانونية. وهو السبب الذي بعد تطور كبير وحتى هذه الأيام، وبعد أن أصبح بمعنى الباعث، لم يزل له معنيان في الوقت نفسه، حيث تُعده معظم التشريعات التي أخذت بنظرية السبب بمعنى الباعث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، ولكن القضاء يطبقه بمعنى آخر، حيث لا يعتقد بهذا الباعث إلا إذا اتصل به علم الطرف الآخر في العقد. لقد كان لهذا التغير في المعنى، وكذلك كان لملاحظة ذكرها المرحوم الأستاذ السنهوري، دور وسبب دافع إلى القيام بهذه الدراسة. فالأستاذ السنهوري^(٤) هو الذي قال: أما الباعث فمعيّاره ذاتي، وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى آخر بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث، وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط حتى لا يكون مثاراً للترعزع، والقلقل في التعامل. لكن هذه الدراسة من جانبنا ستكون بعد مطالعة النظم القانونية الأخرى التي أخذت بنظام للمشروعية على أساس مختلف عن النظرية المتبعة في القوانين ذات الاتجاه اللاتيني، ولذلك سنعرض للقانون الألماني الذي اشترط أن تكون نتيجة العقد هي المشروعة^(٥). وسنتعرف أيضاً على ما ورد في القانون الإنجليزي، والروماني، والشريعة الإسلامية.

(٣) المادة ٢/١٦٥ مدني أردني، ١١٣٣ مدني فرنسي، ١٣٦ مدني مصري، ٢٠١ موجبات وعقود لبناني، ١٣٧ مدني سوري، ١٣٦ مدني ليبي، ١/١٣٢ مدني عراقي.

(٤) الأستاذ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني - الالتزامات - ط ١٩٥٢ - دار النشر للجامعات المصرية - ص ٤٥٧.

(٥) المادة ١/١٣٨ مدني ألماني تنص على أنه؛ يكون باطلاً كل تصرف قانوني يخل بالأداب.

وبناءً عليه سيكون موضوع الفصل الأول من هذه الدراسة، هو التطور التاريخي لمشروعية العقد، ثم نخصص الفصل الثاني والأخير لتقدير نظام مشروعية العقد، وموقف القانون المدني الأردني مقارنة بالنظام المثالي الذي سنخلص إليه، من خلال المقارنة بين النظم القانونية وتحليل مواقفها، مختتمين هذه الدراسة بالتوصيات اللازمة.

الفصل الأول

التطور التاريخي لمشروعية العقد

سنعرض لتطور نظام مشروعية العقد في هذا الفصل، من خلال أربعة مباحث، نخصص الأول منها لموقف النظام القانوني اللاتيني من المسألة، ثم الجرمانى، وثالثاً الأنجلوسكسونى، ورابعاً الشريعة الإسلامية، حيث سيكون هذا الفصل عبارة عن عرض كامل لمختلف ما قيل في مشروعية العقد، تمهيداً للفصل الثانى، الذى سنحاول فيه استخلاص الوضع المثالى، لما يجب أن يكون عليه نظام مشروعية العقد.

المبحث الأول:

مشروعية العقد فى النظام القانونى اللاتينى (الفرنسى)

هذا النظام القانونى، ومنذ أصوله الأولى فى القانون الرومانى، تحدد فيه ركن السبب، باعتباره الوسيلة لمراقبة مشروعية العقد، لكن السبب مر بمراحل مختلفة، واتخذ عدة مفاهيم لديهم، ولأجل ذلك، فإننا سندرس وضع السبب تبعاً لتطوره فى المطالب التالية:

المطلب الأول:

شرط المشروعية فى القانون الرومانى

لم يعرف شرط المشروعية أو السبب بمعناه الحديث لدى الرومان، ففىما عدا استثناءات نادرة، اتخذت كلمة سبب (Causa) عند الرومان معنى يقابل ما يسمى لدينا فى الوقت الحاضر مصدر الالتزام، فالنص الذى ورد فى الموسوعة عند الرومان، والذى استند إليه شراح القانون الفرنسى القديم، يتكلم عن السبب اللازم لانعقاد العقود غير المسماة، واستخلصوا منه نظرية السبب القصدى التى انتقلت إلى القانون الفرنسى، ومنه إلى القوانين الحديثة الأخرى، ولكن

شراح القانون الروماني في العصر الحديث، يرون أن النص الذي ورد عند الرومان في الموسوعة، يعرض للسبب بمعنى المصدر المنشئ وليس للسبب القصدي. فالسبب الذي يعرض له النص المذكور ليس إلا تسليم الشيء، أي الأداء الذي يقوم به أحد الطرفين تنفيذاً لالتزامه^(٦).

والاستثناءات النادرة التي أشرنا إليها بداية بخصوص معنى السبب لدى الرومان، تمثلت في ما توصل إليه البريتور، في تمكين المتعهد (المدين) في عقد الاشتراط من الدفع بالغش في حالة عدم تسليم المقابل لالتزامه، بمعنى أنه اشترط وجود سبب صحيح لالتزام الدائن بالمعنى المعروف للسبب وهو السبب القصدي، كذلك مكن البريتور المتعهد (المدين) من الدفع بالغش، في حالة كون الالتزام المقابل لالتزامه جريمة، وبذلك يكون قد عرف أو اقترب من شرط مشروعية السبب القصدي^(٧). ويمكن القول هنا إن للكنسيين دوراً رئيساً في هذا التطور الذي طرأ على فكرة السبب^(٨).

المطلب الثاني: شرط المشروعية في القانون الفرنسي

يشير تاريخ تطور نظرية شرط مشروعية العقد، وهو السبب في القانون الفرنسي إلى أن هذه النظرية مرت في مرحلتين: مرحلة القانون الفرنسي القديم، ثم مرحلة القانون الفرنسي الحديث، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين لمعالجة هاتين المرحلتين.

(٦) الدكتور توفيق حسن فرج - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القانون الروماني ط ١٩٨٥ - الدار الجامعية - بيروت - ص ٤٢٩-٤٣٠.

(٧) المرجع نفسه، ص ٤٣٠-٤٣١.

(٨) الأستاذ عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني - الالتزامات - ط ١٩٥٢ - دار النشر للجامعات المصرية - ص ٤٢٧-٤٢٩.

البند الأول: شرط المشروعية في القانون الفرنسي القديم:

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن النقلة الكبيرة لفكرة السبب في مراحل تطورها، قد جاءت على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم^(٩)، فقد قرّر هؤلاء وبوضوح أنّ السبب عنصر جوهري يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد، وكان فكر «دوما» هو نقطة التحول الذي ظهرت فيه فكرة السبب في آخر مراحل تطورها قبل إدراجها في القانون الفرنسي، إلّا أنّ الغموض عاد يلف النظرية مرّة أخرى عندما نسبها «دوما» إلى القانون الروماني، ويعلل الفقه ذلك بقوله: إن «دوما» نسبها إلى القانون الروماني بسبب ما يريد أن تكون عليه الفكرة بمفهومها لديه، بعيدة عن الفكر الكنسي الذي منح القاضي سلطة واسعة في البحث عن البواعث، ممّا أتاح للقضاء سلطة تسببت في القلق في عصر دوما^(١٠). ويتلخص فكر كل من «دوما» و«بوتيه» عن السبب فيما يلي:

أولاً: السبب عند دوما: مع استبعاد جميع الأشكال التقليدية فيما عدا ما يخص العقود العينية، يعد دوما أن الاتفاق يتم بمجرد حصول التراضي المتبادل بين أطراف العقد، ومن جانبه فهو يعد السبب شرط صحة للاتفاق أو صلاحية له. وفي عقود المعاوضة يتمثل السبب عنده بالنسبة لكل متعاقد في التزام الطرف الآخر، وفي العقود الملزمة لجانب واحد كعقد القرض، فإن سبب التزام المقترض يتمثل في ما يجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر، ويكون الالتزام باطلاً إن لم يكن مبنياً على سبب، وفي التبرعات يكون سبب التزام الواهب غرضاً من الأغراض المعقولة، كخدمة أسداها الموهوب له أو أي مزية أخرى، أو الرغبة في عمل الخير من جانب واحد، وهذا الغرض يقوم مقام السبب. إلّا أنّ ما قاله دوما عن السبب لم ينقل مباشرة إلى القانون المدني الفرنسي، وإنما نقل عن طريق

(٩) Alex Weill et Francois Terre-droit civil - les obligations 3 ed ed - 1980 - Dalloz. p.282-287.

(١٠) الدكتور إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للالتزام - ج ١ - ط ١٩٥٥ - مطبعة النصر - ص ١٣٢.

بوتيه الذي صاغ نظرية متكاملة أكمل فيها النقص في فكرة السبب لدى دوما^(١١).

ثانياً: السبب عند بوتيه: بوتيه هو أحد فقهاء القرن الثامن عشر، شغل منصب الأستاذية للقانون في جامعة أورليان، وفي ما يخص السبب ردد بوتيه ما قاله دوما، ولكنه أضاف ما يمكن القول من خلاله، بأنه جعل من السبب نظرية متكاملة، فبوتيه جعل التبعة التي يتحملها المتعاقد في العقود الاحتمالية سبباً للالتزام، وحدد وبعبارة واضحة أن نية المتبرع هي السبب في التبرعات، وذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح، وفي هذه المسائل الثلاث زاد في النظرية زيادة تنسب إليه مقارنة بفكر دوما. ثم جرت صياغة القانون المدني الفرنسي على أساس من نظرية بوتيه، وذلك في المواد ١١٠٨، ١١٣١-١١٣٣، وأصبحت هذه المواد بالإضافة إلى ما قاله كل من دوما وبوتيه، هي الأساس لما يسمى بالنظرية التقليدية في السبب، ويمكن القول بأن ذكر كلمة السبب في هذا القانون دون تحديد لمعناها، هو الذي جعل نظرية السبب ميداناً لهجوم المعارضين ودفاع الأنصار^(١٢).

البند الثاني: شرط المشروعية في القانون الفرنسي الحديث:

كان أول المعارضين لفكرة السبب أو نظريته هو الأستاذ أرنتست، الذي كتب مقالة في مجلة بلجيكية عام ١٨٢٦، وكان عنوانها: (هل يكون السبب شرطاً جوهرياً لصحة الاتفاقات)، وطالب بإعادة النظر في القانون المدني، ووصل إلى نتيجة مفادها، أنه يجب أن يكون هنالك مجال لإزالة وإلغاء جميع ما يمت للسبب بصلته، في المواد ١١٠٨ و ١١٣١-١١٣٣ مدني فرنسي بالكامل، واختتم مقالته بأنه يمكن الاستعاضة عن فكرة السبب بالتراضي والمحل دون

Henri et Leon Mazeaud et Jean Mazeaud - Lecons de droit civil - P. V. (١١) obligations - Theorie Generale - ed 1973 - Montchrestion - p. 208.

Style. P. Seferiades - Etude critique sure la theorie de la cause - These-Paris- (١٢) 1897 - p.62.

التعريض للسبب^(١٣). وبعد أرنست جاء الهولندي فان دي بول عام ١٨٣٥، وتبعه فان فولفتين ١٨٤٠، وبعدهما بقليل لوران، وقد أجمع هؤلاء على أنه ما كان يجب أن يدرج السبب بين الشروط اللازمة لصحة الاتفاق، وأنه كان يجب عدم فصل السبب عن المحل. ثم جاء بعد ذلك هيك، الذي قال بأنه في جميع الحالات التي تتدخل فيها فكرة السبب، فإنها في الحقيقة تخص المحل، والسبب المدعى به هو ليس إلا ما كان يدعى Coze أو Cose، وهو الشيء أو مقابل الأداء، وأكد أن ما يقال عنه السبب في المادة ١١٠٨ مدني فرنسي هو ليس إلا المحل، فالمحل هو الذي يكون غير موجود أو غير مشروع، ثم جاء عام ١٨٧٩ أرثر، وناقش رسالة في جامعة باريس، وطالب بإلغاء المواد الخاصة بالسبب، ثم تمبال الذي قال بأن الشروط المتطلبة في السبب تخص المحل، وكان ما قاله ترديدا لما سبقه إليه أرنست ومن تبعه، وقد حذا هذا الحذو ونهج الطريق نفسه لوران وكورنيل وآخرون غيرهم. ثم جاء النقد المؤثر على يد الفقيه بلانيول، الذي قال عن النظرية بأنها غير صحيحة ولا فائدة منها أيضاً، وعدم صحتها من وجهة نظره يظهر باستعراض السبب في العقود الملزمة للجانبين، حيث إن سبب كل التزام يتمثل في التزام الطرف المقابل، وإن هذا القول ينطوي على استحالة منطقية، لأن السبب يجب أن يسبق الأثر، والالتزامين ينشآن معا في وقت واحد، ولا يمكن لأحدهما أن يكون سببا للآخر، وفي العقود العينية حيث السبب هو التسليم، والتسليم ليس إلا المصدر المنشئ، وهذا خلط بين السبب القصدي والمصدر المنشئ، أمّا التبرعات حيث السبب نية التبرع، فهذه النية ليست سوى نية الالتزام، أي الرضاء ذاته، أمّا من حيث كون النظرية عديمة الفائدة، فذلك لأنه يمكن التوصل إلى النتائج التي تهدف إليها النظرية من طريق آخر، فعدم المشروعية يمكن الاستغناء عنه بفكرة الارتباط بين الالتزامين في العقود الملزمة للجانبين، فإن كان أحدهما باطلاً نتيجة لانعدام المحل أو عدم مشروعيته، بطل الالتزام الآخر نتيجة الارتباط بينهما، وفي العقود العينية فإن

(١٣) Colin - Theorie de la cause des obligations conventionnelles - These-Paris -1896- p.45 - 46.

انعدام التسليم معناه انعدام العقد وليس السبب، وتخلف نية التبرع في التبرعات يجعل الرضاء منعداً، وبما أن الوسيلة موجودة على هذا النحو لتعليل عدم قيام الالتزام، فلا حاجة إلى فكرة انعدام السبب أو مشروعيتها^(١٤)، وبسبب هذه الهجمة الشرسة على النظرية انبرى أنصار النظرية للدفاع عنها، وكان أهم دفاع عنها هو الذي كتبه كابيتان^(١٥)، والذي تحدد في مؤلفه الذي صدر عام ١٩٢٣، وأخرج فيه نظرية السبب التقليدية بصورة معدلة، وقال بأنه لا يمكن القول باستحالة أن يكون كل التزام سبباً للآخر، إلا إذا فهم السبب بمعنى المصدر المنشئ، إذ يستحيل أن يكون الشيء ناشئاً عن شيء آخر ومنشئاً له في الوقت نفسه، وإنما إذا أخذ السبب بمعنى السبب القصدي (الغرض المباشر)، فليس هناك ما يحول دون أن يكون الالتزامان كذلك. أما العقود العينية وهي بطبيعتها عقود رضائية، والتسليم التزام ناشئ عن العقد في هذا النوع من العقود، ويصلح من ثم لأن يكون سبباً للالتزام الطرف الآخر. وفي عقود التبرع تتحلل إرادة الواهب إلى عنصرين: الأول إرادته في أن يلتزم، وهذا هو الرضاء، والثاني إرادته في أن يكون هذا الالتزام تبرعاً، وهذا هو السبب. ثم عد فكرة الارتباط التي قال بها المعارضون لنظرية السبب، هي تماماً القول بفكرة السبب بمعنى آخر، حيث إن الارتباط مبعثه أن كلا من الالتزامين سبب للآخر. وأضاف كابيتان أن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين ليس وجود الالتزام المقابل فحسب، وإنما تنفيذه، ومقتضى هذا أن يظل السبب قائماً إلى حين التنفيذ. وترابط الالتزامين المتقابلين جعل منه كابيتان أساساً لأوضاع قانونية، وهي الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعية. ولم تكن نظرية كابيتان المعدلة بمنأى عن النقد، فقد عيب عليها أنها تخلط بين السبب والإرادة، وتقتصر على وقت تكوين العقد، وأنها تفضي في بعض الأحوال إلى البطلان بدلاً من الفسخ^(١٦).

Roger Dorat des Monts - La cause immorale - These - Paris - 1954 - p. 74-75. (١٤)

Capitant (Henri) - De La cause des doligations- 3em ed - 1927 - No 18-25. (١٥)

Trajan. R. Ionasco - La evolution de La notion de La cause - These-Paris - 1923 (١٦)
- P. 37-45.

- النظرية الحديثة في السبب: كان النقد الفعّال الذي واجهته النظرية التقليدية في السبب، يتمثل في أنها غير كافية لمواجهة جميع الحالات التي يجدر فيها اعتبار العقد باطلاً، فاتجه القضاء إلى البواعث ليشترط كونها مشروعة، ولم يقف عند سبب الالتزام، وعاد بذلك إلى الأخذ بالفكرة الكنسية، واشترط القضاء أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر في العقد، على أنه يلاحظ أن تطبيقات القضاء بالنسبة إلى الباعث انحصرت في حالة كونه غير مشروع، وقد فعل ذلك القضاء الفرنسي بالنسبة للأماكن التي تدار للقمار، والتبرع للخليلة إذا كان باعته إيجاد علاقة غير مشروعة أو استبقائها أو إعادتها، أمّا إن كان التبرع تعويضاً للخليلة عن الضرر الذي لحق بها من جرّاء العلاقة، فالتبرع يعد صحيحاً، ويمكن القول بأن التبرعات كانت أهم مجال يأخذ به القضاء بالباعث على التصرف^(١٧). كما أن القضاء الفرنسي والمصري على السواء، عدّا أن الالتزام يكون من دون سبب إذا صار تنفيذ الالتزام المقابل مستحيلاً، وقد اطرده الحكم على ذلك فترة زمنية طويلة^(١٨)، وبالنسبة للسبب الموهوم الذي ورد ذكره في المادة ١١٣١ مدني فرنسي، فإنه قلّ أن يوجد تطبيق قضائي لما يدعى بالسبب غير الصحيح (الموهوم)، إذ هو عملياً يختلط بالغلط^(١٩). والقضاء الفرنسي عدّ السبب الموهوم هو الباعث منذ حكم له في ٣٠/١/١٨٩٥، صدر عن محكمة أورليان ويخص حالة السبب الموهوم، وخلصته أن قسيساً اشترى قطعة أرض عن طريق مقاول، من أجل بناء مدرسة عليها، ثم اتضح عدم اتساع قطعة الأرض لما أراد تخصيصها له، وعدم مناسبتها لبناء المدرسة، فطالب القسيس بإبطال العقد مع المقاول، فحكمت له

(١٧) الأستاذ السنهوري - المرجع السابق - ص ٤٨١.

(١٨) Cass civ 22 nov 1909. 2 arrefs, D.P. 1919: 1:47; Cass civ 20 fev. 1973. D. 1974. 37.

نقض مصري - في ١٩٦٢/١٢/٢٧ - مجموعة أحكام محكمة النقض، المدني المصرية - السنة ١٣ - عدد ٣ - ص ١٢١٤، ونقض مصري - في ١٩٦٨/٢/٢٩ -

المرجع السابق - السنة ١٩ - عدد ١ - ص ٤٢٨.

(١٩) الأستاذ السنهوري - المرجع السابق - ص ٤٨١.

المحكمة بذلك بناءً على أن سبب العقد كان موهوماً^(٢٠)، وبذلك أخذ السبب معنى الباعث، وبذلك تطورت نظرية السبب على يد القضاء الفرنسي، حتى إن هذه النظرية للسبب بمعنى الباعث، والمسماة بالنظرية الحديثة يطلق عليها أيضاً تسمية نظرية القضاء الفرنسي في السبب. ولم تتوقف الأمور عند هذا الحد بالنسبة للسبب، وظهرت اتجاهات أخرى وتطورات أكثر على هذه النظرية، وذلك على يد الفقه، والذي انقسم إلى اتجاهين: اتجاه موضوعي في تحديد معنى السبب، واتجاه ذاتي (نفسى).

البند الثالث: الاتجاه الموضوعي:

يرى أصحاب هذا الاتجاه السبب ذا طبيعة موضوعية، وكان أوضح ما يكون هذا الاتجاه لدى لويس لوكاس، الذي تقدم برسالة دكتوراه بعنوان (الإرادة والسبب) إلى جامعة ديجون في فرنسا، ويتلخص رأيه في السبب، بأنه هو الأساس الكمي والمصدر المادي للالتزام، الذي يصبح المستفيد مديناً به تجاه ذلك الذي افتقر، فهو عنصر كمّي اقتصادي، وليس له علاقة بالإرادة من وجهة نظره، ويراه متمثلاً في التعادل بين الأداءات، ولا يمكن مراقبة مشروعية التصرف من خلال السبب، وهو يؤكد انفصال السبب عن الإرادة، فهو عنصر في العقد وليس في الإرادة، وأجنبي عنها لا يمت لها بصلة، فالإرادة عند لوكاس هي التعبير القانوني عن عنصر نفسي بحت، في حين أن السبب هو التعبير القانوني عن عنصر موضوعي بحت، فالسبب يكمن في القيمة الموضوعية وينفصل عن الإرادة، ويستلزم السبب التعادل المادي بين الأداءات التي يتم تبادلها بين الذم المالية بوساطة الالتزام^(٢١).

ومن أصحاب هذا الاتجاه رويت، الذي تقدم برسالة دكتوراه إلى جامعة باريس في عام ١٩١٨، وكان موضوعها دراسة انتقادية لنظرية العقد، وهو يستغني عن العنصر الشخصي الإرادي في السبب، ويكتفي بالعنصر

Colin - op. cit. p. 87-88.

(٢٠)

Pierre Louis Lucas - Volonte et cause - These - Dijon. 1981. p. 113-116.

(٢١)

الموضوعي، ويقتصر في تعريفه للسبب على عنصر موضوعي بحت، ومجرد من أي عنصر نفسي بوصفه الركن المادي للالتزام، وبذلك فإن بطلان الالتزام لانعدام السبب إنما يجد أساسه القانوني ليس في انعدام الباعث أو عدم وجود الإرادة، وإنما لانعدام الركن الموضوعي في هذا الالتزام، والمتمثل في السبب كقيمة مالية مجردة عن الإرادة. وبذلك يحتل السبب في نظر رويت مركزاً خارجياً عن الرضاء، فهو ليس دافع الإرادة، بل هو المبرر القانوني الذي من أجله يعترف القانون بصحة الالتزام، والمشتمل على سبب مادي يحقق العدل التبادلي^(٢٢).

البند الرابع: الاتجاه الذاتي:

يتمثل السبب لدى أنصار هذا الاتجاه في الباعث أو الدافع للإرادة على التعاقد، ويصر معظم الفقهاء على تمييز السبب عن الإرادة وإن كانا على علاقة وثيقة^(٢٣). ويرى جانب آخر من الفقه، أن السبب هو مما تشتمل عليه الإرادة^(٢٤)، ويمكن القول إن هذا الاتجاه الذي يرى السبب بمعنى الباعث، هو الاتجاه السائد ويؤيده معظم الفقهاء، ومن أنصار هذا المذهب يونسكو الذي يقول بأن السبب عنصر نفسي خالص (بحت)، وهو الغاية أو الباعث المحرك للإرادة على حد تعبيره^(٢٥). ولقد لقي هذا الاتجاه للمفهوم الذاتي للسبب - والذي يخلط بينه وبين الباعث - تأييداً من القضاء في فرنسا، واعتنق القضاء هذا المعيار الشخصي، وأزال أي حاجز بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطاً تاماً في جميع العقود، لا في التبرعات فحسب، ويستند هذا المفهوم إلى مبدأ سلطان الإرادة، لأنه طالما أن الإرادة أصبحت أساس إنشاء الالتزام، وبما أن لكل إرادة باعثاً يحركها للتعاقد، فيجب أن يكون هذا الباعث

(٢٢) Rouhette - Contribution a L'etude critique de La notion de contrat - These - (٢٢) Paris. 1918. P. 452-477.

(٢٣) الأستاذ السنهوري - المرجع السابق - ص ٤١٣-٤١٤.

(٢٤) الدكتور جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - ط ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٩١-٢٠٨.

Ionasco - op. cit. P. 79.

(٢٥)

مشروعاً^(٢٦). ومن الفقهاء من حاول أن يمزج بين الاتجاهين الذاتي والموضوعي، وإعطاء مفهوم مزدوج للسبب^(٢٧)، ومن هؤلاء الفقهاء العميد موري وجوزيف هامل، فيرى موري أن السبب هو المعادلة بين الأداءات، والمرغوبة من قبل كل متعاقد في عقود المعاوضة، وهو ينطلق من مفهومين للسبب: موضوعي والذي يعرفه بأنه مبرر الوجود الاقتصادي للالتزام، والمفهوم الثاني ذاتي نفسي والذي حدده بالباعث، وبالتوفيق بين المفهومين توصل إلى أن السبب هو المعادلة المرغوبة من المتعاقد^(٢٨)، أما جوزيف هامل فقد انتقد مسلك القضاء، الذي اعتنق مفهوماً ذاتياً بحثاً يتركز في الباعث، ويرى وجوب مزجه بعنصر موضوعي ينفصل عن محض قصد المتعاقد النفسي، ويمارس تأثيراً ملموساً على إرادة الطرف الآخر، ويجد هامل هذا العنصر الموضوعي المزدوج في تحديد السبب، بأنه "الإلزام القانوني الذي يمارسه أحد الطرفين في مواجهة الآخر، بعبارة أخرى، التعهد الصادر منه، والذي يجعل الآخر يلتزم في مواجهته"^(٢٩).

ولا تقتصر الآراء في السبب في فرنسا على هذا الحد، فهناك من تكلم بمفاهيم مختلفة، لكنها لم تصل إلى درجة اتجاه فقهي عام، وسنعمد إلى ذكر بعض هذه الآراء في الفصل الثاني من هذه الدراسة، والذي سنحاول فيه بناء مفهوم لموضوع مشروعية العقد.

وقبل الانتهاء من المبحث الخاص بالنظام القانوني اللاتيني، لا بد من القول بأن قوانين البلاد العربية، هي أيضاً من هذا الاتجاه القانوني. ولو أخذنا مثلاً واحداً عليها في تنظيم السبب وهو القانون المصري، لوجدنا أن الأمر هو

Rieg Alfred - Le Role de La volonté dans L'acte Juridique en droit civil Fracais (٢٦) et Allemand - These. Strasbourg. 1958. P. 267.

(٢٧) د. نزيه الصديق المهدي - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام - مجلة القانون والاقتصاد - سنة ١٩٧٩ - الأعداد ١-٤، ص ٤٤٠-٤٥٠.

(٢٨) Maury - Essai sur Le Role de La notion d'équivalence en droit civil Fracais - (٢٨) These - Toulouse - 1920 E.L. P. 39.

(٢٩) Joseph Hamel - La notion de La cause dans les liberalites - These - Paris. 1920 - (٢٩) P. 370-380.

صورة كاملة عما حدث في فرنسا، حيث نظرية القانون التقليدية، ونظرية القضاء الحديثة. ففي مصر ازدواج لمعنى السبب من خلال القانون المدني المصري نفسه، فهو مقابل الأداء من خلال اشتراط القانون المصري شرط الوجود للسبب، وهو الباعث كما ذكرت المذكرات الإيضاحية، من خلال اشتراط شرط المشروعية، ويعزز هذا الرأي أن القانون المصري لم يورد شرط الصحة للسبب، وعلة ذلك أن القانون المدني المصري نظم الغلط في الباعث في نظرية الغلط كعيب من عيوب الإرادة، وبما أن السبب هو الباعث فلم يشترط فيه الصحة حتى لا يتعدد تنظيم الموضوع نفسه مرتين، وهذا الرأي هو للأستاذ السنهاوري^(٣٠). إلا أن جمهور الفقه في مصر، يصرّ على ازدواج معنى السبب، بمعنى أن للسبب جانبا موضوعيا من خلال شرط الوجود، وجانباً ذاتياً من خلال شرط المشروعية، وهذا الذي حصل في القانون المصري يمكن اعتباره صورة عمّا حصل في قوانين عربية أخرى^(٣١)، ونستثني هنا القانون الأردني لأننا سنفرد له معالجة خاصة في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني:

مشروعية العقد في النظام القانوني الجرمانى

لم يلجأ الألمان إلى ركن السبب للقول بـمشروعية العقد كما فعل الفرنسيون، فقد صمت القانون المدني الألماني حيال السبب، وحيث إن أهم وظيفة يؤديها السبب هي إبطال التصرفات غير المشروعة، فإن ما يؤدي هذه المهمة في القانون المدني الألماني، ورد في المادة ١٣٨/١، والتي نصّت على أنه "يكون باطلاً كل تصرف قانوني يخل بالأداب"، وبالنسبة لاشتراط وجود سبب للالتزام، فالقانون الألماني أقرّ التصرف المجرد كقاعدة عامة، إلا أن هذا لا يعني أنهم لم يعرفوا فكرة السبب والوظيفة التي يؤديها في هذا المجال،

(٣٠) الأستاذ السنهاوري - المرجع السابق - ص ٦٣٦.

(٣١) د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - ط ١٩٧٤ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢٢٣-٢٢٤.

فالفقهاء الألمان يقولون إنه لا يوجد التزام بغير سبب، ويرون أن سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام الطرف الآخر، وفي العقود العينية فإن رد الشيء هو سبب التزام من يسلم مبلغ قرض لمقترض على سبيل المثال، أو أن السبب بمعنى أصح هو انتظار رد الشيء، والسبب يشمل كل التصرفات التي تفضي إلى الإضافة إلى الذمة، وليس محصوراً في باب العقود، كما هو في القانون الفرنسي، وبناءً عليه فالسبب يتركز في الهدف أو الغرض الذي يقصد تحقيقه ذلك الذي يضيف إلى ذمة آخر (المفتقر)^(٣٢). ويتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بالنزعة الموضوعية لا الذاتية، ويعتد بالإرادة الظاهرة، وما يلمس من التعبير عنها للقول بعدم المشروعية وإبطال التصرفات غير المشروعة^(٣٣). ولا يمكن القول بأن القانون الألماني تلقى هذه النزعة الموضوعية، القريبة إلى الشكلية، عن القانون الروماني، وأنه تأثر به بشكل مباشر، ولا يمكن القول أيضاً بأن السبب لم يكن معروفاً لدى الألمان، فعلى الرغم من معرفتهم ووجود فقهاء كبار لديهم في القرنين السابع عشر والثامن عشر، فإن أحداً منهم لم يتعرض للسبب من أجل بناء نظرية كما فعل الفرنسيون. وفي حالة تتبع تاريخ القانون الألماني نجد أن فكرة السبب كانت موجودة عند الألمان، فقد اختفت الشكلية في العقود في ألمانيا منذ القرن السادس عشر، وحلت فكرة الرضائية مكانها، وقد ورد في القوانين المحلية لمدينة فريبورغ سنة ١٥٢٠م، ومدينة لندركت سنة ١٥٥٥م، ما يفيد بأنهم واجهوا مشكلة الوعد من أحد الطرفين بالإعطاء، فإن تبين فيما بعد للواعد بأنه تعهد من دون أساس قانوني، فإن له أن يطلب التحلل من الوعد لعدم وجود السبب، وبذلك يكون السبب عندهم عقبة في طريق التصرف القانوني، وليس فكرة لصلاحية العقد، كذلك تكلمت هذه القوانين المحلية عن الهدف المتخيل عند المتعاقد باعتباره فكرة لصلاحية العقد، وهو صورة عن الفكرة الكنسية التي تسعى لحماية المتعاقدين من الشكلية المفرطة، ولقد أخذ المشروع الأول للقانون

Reig Alfred - op. cit., p. 295-296.

(٣٢)

(٣٣) د. نزيه الصادق المهدي - مرجع سابق - ص ٩٩-١٠٣.

المدني الألماني بنظرية وندشيد، وهي نظرية نفسية (ذاتية) للسبب، يعد فيها السبب هو توقع الحصول على شيء، ونصت المادة ٧٤٢ من المشروع على السبب، عندما قررت أن في استطاعة من قَدَّم أداءً معيناً مقدراً حدوث مناسبة معينة أو أثر قانوني، ثم تبين عدم حصول المناسبة أو الأثر القانوني استرجاع ما قدمه، ولكن لجنة وضع المشروع الثاني للقانون المدني الألماني أخذت بنظرية لينيل، وهي عبارة عن صورة لفكرة عدم الإثراء من دون سبب، حيث نصت المادة ٨١٢ على أن: من اكتسب أداءً من الغير دون سبب قانوني فهو ملزم برده، وتبعاً لهذا التطور الذي مرت به فكرة السبب، فإن عدم النص عليه في القانون المدني الألماني، لا يمكن أن يعني بأنهم لم يعرفوا السبب، أو أن ذلك كان تائراً بالقانون الروماني. ويمكن القول بأن السبب في القانون الألماني هو جزء من التعبير عن الإرادة، حيث إن للمتعاقدين أن يضمنا التعبير عما يريدان من دوافع وبواعث، ولهما في هذا القانون أيضاً أن يجردا التعبير من سببه أيضاً، فيعبران عن الالتزام في ذاته دون ذكر سببه أو الدافع عليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاماً مجرداً، ومشروعية العقد من ثم هي مشروعية تتعلق بنتيجة العقد ككل، والتي يجب ألا تخالف النظام العام والآداب^(٣٤).

المبحث الثالث:

مشروعية العقد في النظام القانوني الأنجلوسكسوني

النظام القانوني الإنجليزي (الأنجلوسكسوني)، هو نظام يتولاه القضاء، وأصوله ترجع إلى الأحكام التي تتخذها المحاكم الإنجليزية، فقرارات المحكمة العليا في إنجلترا ملزمة للمحاكم الأخرى (الأقل درجة) ومجموع القرارات المتخذة من المحاكم تسمى القانون العام، وهناك نوع آخر من المحاكم كان موجوداً في إنجلترا يؤسس أحكامه على مبادئ العدالة، والمحاكم التي تطبق مبادئ العدالة تسمى محاكم العدالة، وهذه المحاكم ليست ملزمة بأن تكون أحكامها موافقة ومطابقة للمبادئ الثابتة والجامدة للقانون العام، فدور هذه المحاكم عندما كانت

Reig Alfred - op. cit., p. 268-269 et 274.

(٣٤)

موجودة كان يلطف من صلاية قواعد القانون العام وجمودها. فكيف كانت تتم عملية مراقبة العقد من حيث تحديد مشروعيته في هذا النظام القانوني^(٣٥).

العقود في القانون الإنجليزي تنقسم إلى نوعين: ١- العقود المختومة contracts under seal وتسمى أيضاً contracts by specialty، وتشمل هذه العقود طائفة من التصرفات المجردة المسماة deeds، وهي صور لتعهد بدفع دين لشخص معين ومنها التبرعات، وهذه العقود لا يطلب فيها تبرير الالتزام بوساطة السبب أو غير السبب من عناصر العقد، وإن كان من الطبيعي أن لها أركان العقد نفسه، وحجيتها تشبه الكمبيالات، وهذه العقود ليس لها طبيعة رضائية، فالعقد منها يتم أمام المحكمة، كذلك يعرف المدين على الدين من قبل المحكمة، فهو عقد كتابي ويتم بشكل معين، يختم ويمهر بإمضاء المتعاقد ويتم تسليمه، ويأخذ هذا العقد قوته الملزمة من الشكل الذي تم فيه. ٢- العقد البسيط simple contract وهو عقد القانون العام، ويجري في الحياة العملية كل يوم، ويتم شفويا أو كتابة (دون أن يختم)، وهو العقد الرضائي، ويتطلب القانون الإنجليزي في هذا النوع من العقود، ليعترف بالالتزامات الناشئة عنها عنصراً جوهرياً يسمى valuable consideration، بمعنى (العوض المتقوم) أو أداء له قيمة، هذا العنصر المسمى بالاعتبار أو العوض المتقوم، هو نظير السبب في القوانين ذات النظام اللاتيني، ويمكن القول عنه السبب، حيث إن ذلك واضح من تسميته، ومن كونه يجب أن يكون له قيمة في نظر القانون، ولم يتطلب القضاء الإنجليزي في هذا السبب أو العوض المساواة أو التعادل بين الأداءات في العقد البسيط، ولكنه تطلب الحد الأدنى من التعادل، والقضاء الإنجليزي يستبعد أن يمتزج الباعث بالسبب، وقال إن الباعث والسبب ليسا شيئاً واحداً، فالسبب شيء متقوم في نظر القانون، والشروط التي يتطلبها القانون الإنجليزي في العوض المتقوم (السبب) هي: ١- أن يكون العوض حاضراً، أي ألا يكون الأداء قد تم في الماضي ومقابله في الحاضر، وعدت المحاكم الأداء الحاضر تبرعاً، وإن قال

Al Hakim Abdul-Majid - Le Role de La cause dans La formation de contrat en (٣٥) droit compare - These - Paris - 1957 - P. 244.

المعطي بأنه مقابل أداء في الماضي. ٢- أن يكون العوض حقيقياً، أي ألا يكون صورياً وأن يكون متقوماً له قيمة مادية. ٣- أن يكون العوض مقدماً من الدائن، فلا يجوز لمن لم يقدم عوضاً أن يطالب بالتنفيذ، ولا يمنع ذلك أن يكون المنتفع شخصاً ثالثاً. ٤- أن يكون العوض المتقوم مشروعاً، وبخصوص مشروعية السبب (العوض) في القانون الإنجليزي، يتكلم الفقهاء عنه عند الكلام عن المحل المشروع، فالفقهاء الإنجليز يخلطون بين المحل والسبب في مجال المشروعية، والقانون يستعين بنظرية المحل في هذا المجال، وعدم المشروعية عندهم يتمثل في مخالفة القانون العام، أو مخالفة النظام العام والآداب، والاعتبار أو السبب أو العوض، عرّفته المحاكم الإنجليزية بأنه افتقار طرف أو فائدة حققها الطرف الآخر، وعلى الرغم من عدم موافقة الفقهاء الإنجليز على التعريف، فإن المحاكم ثبتته، فهو بمعنى أرق الالتزام المقابل. وإن لم يرق تنظيم السبب في القانون الإنجليزي إلى مرتبة السبب كما فهمه القضاء الفرنسي، إلا أن تنظيم الإنجليز للسبب يؤكد الجانب الموضوعي في السبب (المادي).

المبحث الرابع: مشروعية العقد في الشريعة الإسلامية

الفقهاء المسلمون كما نعلم لم يدرسوا ما درسوه من المسائل الفقهية على الأرجح، إلا على طريقتهم العملية وأسلوبهم الاستقرائي^(٣٦)، بمعنى عدم بناء النظريات على الطريقة الفرنسية. لقد جرى البحث في الفقه الإسلامي^(٣٧) عما إذا كانت العبرة بظواهر الألفاظ والعقود، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها، وبناء على ذلك ومن خلال ما قاله الفقهاء في هذا الأمر، يمكن استخلاص فكرة السبب في الفقه

(٣٦) الدكتور صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - دار العلم للملايين - ط ١٩٨٣ - ص ٣٤٣
(٣٧) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - مطبعة السعادة - ط ١٩٧٥ - ص ١٣٨-١٤١.

الإسلامي، وخلاصة ما انتهى إليه البحث، أنَّ النية لها أثرها إذا ذكرت في عبارة العقد صراحة، كاستئجار فتاة للزنا، وشراء كبش على أنه نطاح، يبطل العقد لأن الاستئجار كان للزنا، والشراء كان للتلهي وكلاهما محظور، والنية هنا ذكرت في العقد واختلطت بالمحل، فبطل العقد لعدم مشروعية المحل. أما إذا كانت النية غير مذكورة في عبارة العقد، ودلالة محل العقد عليها دلالة محتملة، كمن يشتري آلة للهو، فيحتمل أنه يقصد اللهو بها، ويحتمل أنه يريد الانتفاع بخاماتها في غير اللهو، كأن يجعل النرد والشطرنج صنجات لميزان عنده، وكمن يبيع العنب لمن جرت عادته بأن يعصره خمراً، فقد يعصره خمراً وقد يأكله عنباً، وفي هذه الحالة وقع الخلاف بين العلماء، فمن العلماء من ذهب إلى صحة العقد ولا أثر للنية فيه، إلا أنه يكره التعاقد مع من يحتمل أن تكون نيته غير مشروعة، وهذا عند الأحناف والشافعية. ومنهم من ذهب إلى بطلان العقد إذا رجحت قرائن الأحوال وجود نية غير مشروعة لعقده، من هذه القرائن عادة المتعاقد، فمن يبيع العنب لمن يعلم أن عادته جرت بعصره خمراً يكون بيعه باطلاً، لأنَّ جريان العادة لدى المشتري على عصر العنب خمراً يدل على أنه اشترى العنب ليعصره خمراً، فكان القصد من عقده الحرام فيبطل سداً للذرائع، فعادة المتعاقد تستخلص من قرائن الأحوال التي تدل على القصد من العقد، وهذا هو رأي الحنابلة والمالكية.

وليس هنالك اختلاف بين الجانبين في الفقه الإسلامي، على أن القصود (السبب) يعتد بها، ولكن الخلاف كان حول الاعتداد بالقصد (الباعث)، في حالة ظهوره في عبارة العقد أو الاكتفاء فقط بمجرد العلم به من قرائن الأحوال^(٣٨). وربما لا يكون هذا الخلاف كبيراً بين الطرفين.

ويقترّب من المذهب الحنبلي فيما نحن بصددّه الزيدية (انظر المنتزع المختار ٣: ١٩-٢٠)، والجعفرية (انظر مفتاح الكرامة ٤: ٣٧)، وأهل الظاهر (المحلى ٩: ٢٩-٣٠)، وفي الأخير (لا يحل بيع شيء ممن يوقن أن يعصي الله به أو فيه، وهو مفسوخ أبداً، كبيع كل شيء ينبذ أو - يعصر ممن يوقن أنه

(٣٨) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار - المرجع نفسه - ص ١٣٩.

يعمله خمرا ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها، وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم، أو يخصيهم، وكبيع المملوك من يوقن أنه يسيء ملكيته، أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه^(٣٩).

وقد قال ابن القيم في أعلام الموقعين ٩٦:٣-٩٨^(٤٠)، إنَّ القصور في العقود معتبرة وتؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافهما.

وفي النهاية يمكن القول إن السبب (القصد)، هو معيار مشروعية العقد في الشريعة الإسلامية، ويعتد به إذا ظهر صراحة في عبارة العقد لدى جانب من الفقه الإسلامي، ويكفي أن تدل عليه القرائن، ولو لم يذكر ليعتد به لدى الجانب الآخر.

كان ذلك عرضاً للكيفية التي واجه بها أصحاب صنعة القانون، موضوع مشروعية العقد، فمن خلال مكونات العقد وعناصره التي ظهرت على شكل أركان للعقد، جرى اختيار سبب العقد ليكون هو الذي يشترط أن يكون مشروعاً، حتى يصح العقد ويعترف بما ينتج عنه من التزامات. وهو أي السبب كان فكرة مرنة، تمكن من مواجهة كل الاحتمالات التي قد ينتهي إليها عقد من العقود، وذلك من حيث إيجاد التزامات ولو لأول مرة ولم تكن معروفة في السابق. وأن السبب يتمثل في الدوافع التي يتخيلها المتعاقد في ذهنه، وهي معيار واسع لا يحده حدود ولا يتوقف أمام جديد من الالتزامات، بل هو فكرة رحبة واسعة، يمكن من خلالها تتبع أي مستجدات ومهما يكن من التزامات.

ولقد كان الأمر أسهل بكثير من اللجوء إلى فكرة السبب، لو لجأ أصحاب صنعة القانون إلى المحل، لكن اشتراط كون المحل مشروعاً لا يفي بالغرض،

(٣٩) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - الجزء الأول - إعداد المكتب الفني -

نقابة المحامين الأردنيين - ط ١٩٨٥ - ص ١٦٢-١٦٦.

(٤٠) المرجع نفسه - ص ١٦٦.

لأن المحل قد يكون مشروعاً بذاته، لكن دوافع المتعاقدين هي التي تحول العقد إلى مصدر إضرار بالصالح العام، فبيع المخدر لتخفيف الآلام عن المصابين والمرضى أثناء العمليات الجراحية مشروع، لكن بيع المخدر إذا ما كان دافعه اتخاذه كمسكر، يجعل العقد غير مشروع. والمحل لا يمكن إحصاء حالاته وذكرها على سبيل الحصر، فلو أمكن ذلك لكان الأمر أسهل وأفضل من الرجوع إلى فكرة السبب، لكن تعدد المحل إلى ما لا نهاية وتغايره، ووجود الجديد منه وغير المعروف في السابق، يجعل عملية حصره وذكره بالوصف والاسم أمراً مستحيلاً، وعندما يتخير المشرع المحل ليقول بأنه غير مشروع التعامل فيه، فهو ليس من قبيل الحصر، وإنما لإزالة لبس حتى لا يصار إلى تفسير مغاير^(٤١)، ومثال ذلك تحريم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة. ولأجل ذلك لم يكن هنالك بد من اللجوء إلى فكرة السبب لدى الفقه القانوني، لاتخاذ كميّار عام بالنسبة لكل العقود، من أجل القول بمشروعية عقد من عدمه. وهكذا كانت فكرة السبب هي محور عملية اشتراط مشروعية العقد. ولم يكن التراضي كركن هو ضالة الفقه أو المشرع؛ لأن التراضي إذا بحثنا عن المشروعية للعقد من خلاله، فإننا سوف نفتش عن محتوياته وما يتضمنه، فيصار تلقائياً إلى الحديث عن المحل والسبب باعتبارهما من عناصر الإرادة^(٤٢).

لكن هذا السبب تغاير وبشكل لافت للنظر فيما بين المشرع وبين الفقه القانوني، وأدى هذا التغاير إلى جعل فكرة السبب من أعقد النظريات في القانون، أو ربما في مجال العلوم الإنسانية. فهل كان هنالك هامش مشترك فيما بين النظريات المختلفة في السبب، أو في الكيفية التي قرر بها أي مشروع مسألة مشروعية العقد؟ وهل يمكننا إيجاد نقطة اللقاء هذه لبناء شرط المشروعية في العقد، على أسس لا تختلف فيما بين مشرع وفقهه، وبين قانون وآخر؟ وما موقف القانون المدني الأردني، مقارنة بهذه الفكرة المثالية التي نسعى إلى التوصل إليها، أو نجدها في أحد القوانين أو لدى جانب من الفقه؟ هذا ما سيكون موضوع الفصل الثاني.

(٤١) الأستاذ السنهاوري - المرجع السابق - ص ٣٩٨.

(٤٢) د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٢٩٨.

الفصل الثاني

النظام المثالي لمشروعية العقد

وموقف القانون المدني الأردني

لقد ثبت وبما لا يدع مجالاً للشك، أن هناك ضرورة لوجود معيار عام كنظرية تطبق على سائر العقود، ليقال بمقتضاها أن عقداً من العقود مشروعاً أو غير مشروع، فيعتد بما يترتب على هذا العقد من التزامات، أو يعد باطلاً ولا يترتب عليه أي التزامات. والضرورة هنا لا يمكن تجاوزها، ليقال بعدم لزوم هذا المعيار العام. والسبب في ذلك تجدد الالتزامات وتغايرها، وصنع الجديد منها كل يوم، ومن ثم عدم إمكانية حصرها من قبل المشرع. حتى الفقه الإسلامي الذي يميل إلى إعطاء الفتوى، ومواجهة كل حالة قانونية على حدة للقول بمشروعيتها من عدمه، اضطر إلى صنع المعيار العام تحت مسمى القصور في العقود كما رأينا، والسبب يعود للعلة نفسها، وهي تغاير الالتزامات الناتجة عن العقود، ووجود الجديد منها والمتعدد مع مرور الزمن.

ولم يكن هناك من مادة يلجأ إليها أصحاب صنعة القانون، غير مكونات العقد نفسه لبناء هذا المعيار العام للقول بمشروعية العقود، ورأينا كيف كان السبب، أو الغرض، أو الغاية، أو الباعث والقصد والنية أيضاً، وكل ذلك تعبير عن شيء واحد، وهو الركن الذي يتمثل في سبب العقد، وهو ضالة هؤلاء.

لقد استعرضنا جهود المشرع والفقه، في بناء نظرية السبب، ولاحظنا التغاير الكبير فيما بين مشرع وآخر وبين فقيه وآخر، فأى معيار يمكننا القول من خلاله بأنه هو السبب الذي قصده القانون في شتى القوانين المختلفة، وما هو الجامع الذي يمكن القول من خلاله بأن هذا هو الحد الأدنى المشترك الذي يتفق عليه الفقه، ويصلح معياراً للقول بمشروعية العقد. هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا الفصل، وسيكون ذلك من خلال عرض صور السبب المختلفة لدى الفقه وفي القانون المقارن، لعلنا نستطيع القول بأنه على إحدى هذه

الصور يمكن جمع شتات الآراء المختلفة، وبيان الصورة التي يكون عليها شرط المشروعية للعقد. ثم نقارن ذلك بما فعله المشرع الأردني عندما تعرض للسبب.

وبناء عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول منهما لبيان الصور المختلفة لشرط مشروعية العقد (السبب)، والمبحث الثاني سيكون لموقف القانون المدني الأردني من هذا الموضوع.

المبحث الأول:

تقرير الصور المختلفة لشرط المشروعية في العقد

سنعالج في هذا المبحث صور السبب من خلال عدد من المطالب، نتابع فيها صور السبب لدى القوانين المختلفة ولدى الفقه، لنناقش كل صورة للسبب على حدة، وللقول بما يمكن الاستفادة منها للمعيار العام للسبب الذي نبحث عنه.

المطلب الأول:

السبب القصدي

هو السبب وفقاً للبدايات الأولى لهذه النظرية في العصر الحديث، والذي وضعه المشرع الفرنسي عام ١٨٠٤ في القانون المدني وسمي بالنظرية التقليدية في السبب، وهو سبب واحد في كل العقود من النوع نفسه، حيث إنه يتمثل في الغرض القريب المباشر الذي من أجله التزم أحد طرفي العقد، وسبب التزامه هذا يتمثل في التزام الطرف الآخر، وشروطه هي الوجود والصحة والمشروعية^(٤٣). وقد انتقد هذا التصور للسبب نقداً لم تصمد أمامه النظرية

(٤٣) الأستاذ السنهاوري - المرجع السابق - ص ٤٣٠-٤٣٥؛ الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - الالتزامات - ايريني للطباعة - ط ١٩٨٨ - ص ٢٨٩-٢٩٥.

التقليدية في السبب، حتى مع المحاولات التي بذلت من قبل أنصار السبب لإنقاذها^(٤٤)، وهذه النظرية لم تستطع تاريخياً أن تسد النقص في القانون، لأنها تفتقر إلى معيار عام يجري من خلاله إبطال العقود، عندما تكون نتائجها أو الدوافع إليها تتعارض مع المصلحة العامة أو (النظام العام والآداب). وقد ثبت أن الشروط التي تتطلب في السبب تبعاً لهذه الفكرة أو النظرية التقليدية، يمكن الاستعاضة عنها، ومن ثم عدم ضرورة السبب وفقاً لهذه النظرية، حيث إنَّ السبب هو ما يتمثل في التزام الطرف الآخر، والالتزام الطرف الآخر هو المحل للالتزام بالنسبة لهذا الطرف، والمحل يشترط فيه الوجود، والصحة كشرط لهذا السبب أيضاً تعني أن السبب غير الصحيح هو السبب الموهوم، بمعنى السبب غير الموجود، وشرط المشروعية ثبت أنه لا يقدم ولا يؤخر، لأن السبب القصدي القريب يكون مشروعاً على الدوام وفي كل العقود، حيث يتمثل في التزام الطرف الآخر، ومن ثم يمكننا القول (ولا نضيف جديداً هنا) بعدم لزوم النظرية التقليدية.

المطلب الثاني:

السبب (الباعث)

هو السبب في النظرية الحديثة (نظرية القضاء الفرنسي)، وهو يعني الدافع على التعاقد الذي هو شيء غير سبب الالتزام، مثال ذلك أنَّ سبب التزام بائع المنزل هو تسلم ثمن المنزل من النقود، لكن الباعث لديه ربما يكون عملاً تجارياً يريد ممارسته، فأراد الحصول على النقود لأجله أو التبرع به لجهة من جهات أعمال البر. هذا هو الباعث الذي كان مستبعداً في النظرية التقليدية، وهو متغاير من شخص إلى آخر، برغم بقاء العقد من النوع نفسه. لقد هجر القضاء السبب بمفهوم النظرية التقليدية في بحثه عن السبب غير المشروع، وبحث عن الباعث الذي دفع المتعاقد إلى التصرف، وقد فعل ذلك أمام ضرورات الحياة

(٤٤) الدكتور محمود جمال الدين زكي - نظرية الالتزام - ج ١ - مطبعة جامعة القاهرة -

١٩٧٦ - ص ٢٠٥-٢٠٨.

العملية ودوافعها، فوجد بذلك نفسه متفقاً مع المفهوم الكنسي للسبب^(٤٥). وهذا الباعث (السبب) ولا شك يتعلق بالنتيجة من العقد (الهدف)، ولكنه ليس النتيجة ذاتها، وإنما فكرتها وصورتها في الذهن في مرحلة تخيلها وقصدها، بمعنى آخر هو الأثر المتنبأ به أو المنتظر^(٤٦)، فمحل الباعث أو مادته أو كيانه هو تخيل في الذهن لما سيكون من أثر في المستقبل، وهو ذلك الذي يريد المتعاقد الوصول إليه أو تحقيقه، وهو ولا شك خفي على غير صاحبه، يجعله غير مدرك من قبل الغير بسبب طبيعته النفسية أو الذهنية، وهذا يقود من يطبق القانون إلى معادلة البواعث بعنصر آخر ليس بالضرورة نفسياً (ذاتياً) من أجل تحديدها^(٤٧). والقضاء أدخل مفهوم الباعث ليطبقه بمناسبة مشروعية العقود على الهبات أولاً، وبالتدرج أدخل نظرية الباعث على المعاوضات وذلك لإلحاق إدخالها، ولكن القضاء لكي يطبق نظرية الباعث غير المشروع في المعاوضات يشترط علم الطرف الآخر به، أي أن يكون داخلياً في نطاق العقد، ويعمل الفقه هذا الاشتراط بمقولة استقرار التعامل، في حين يرى جانب من الفقه^(٤٨) أن منهج القضاء هذا يفتقر إلى أساس قانوني، ويقول إن المسألة تتعلق بالإثبات، حيث لا يمكن إجابة العاقد إلى طلب البطلان لعدم مشروعية الباعث الخفي في نفس المتعاقد، إذا لم يظهر في ملابسات العقد، مع العلم بأنه لا يتطلب علم الطرف الآخر في الهبات. وهذا الجانب من الفقه يرى أن الباعث يجب أن يبطل التصرف، ولو لم يعلمه الطرف الآخر.

ونظرية الباعث الذي يمكن للطرف الآخر في العقد العلم به، إذا كان غير مشروع في المعاوضات، دون الهبات، هذه النظرية تدخل الباعث نفسه في غموض، حيث إن تبرير استقرار التعامل يلغي فكرة الباعث غير المشروع في

(٤٥) Trib Civil seine 5 Fevrier 1867. S 1807.2.328. Cass Civil 27 decembre 1945 Gaz pal. 1946. 189. S 1981.1.614. Cass Civil ch Soc 18 Juin 1982.

Ionasco - op. cit. P. 12.

(٤٦)

Hauser (Jean) - La notion de La cause dans Les liberalies - These - Paris - 1920 - (٤٧) p. 235.

(٤٨) د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٢٠٩-٢١٠.

جانب من التصرفات، وبمعنى آخر لا توفر هذه النظرية الباعث غير المشروع سبيلاً لمراقبته ما دامت تعطيه معنى الباعث. فالباعث لدى طرف واحد في عقد معاوضة، إما أن يقال عنه بأنه باعث حقيقي ويبطل التصرف، لتكون النظرية دقيقة، وإما يصار إلى تحديد معنى آخر للباعث من أجل استبعاد الباعث المنفرد. ثم يتسع التناقض والغموض في التبرعات، عندما يعود القضاء ليبطل التبرع على الرغم من أن الباعث فردي أيضاً.

نظرية الباعث نظرية جيدة، اعتمد عليها القضاء حتى هذه اللحظة لإبطال التصرفات، لكنها غير دقيقة في تحديد مفهوم الباعث، وبما يتناسب مع الأحكام التي يصدرها القضاء بناء على هذا الباعث، فالباعث فقهاً يعطي مفهوماً معيناً، عرفناه سابقاً، وهو الباعث الفردي، وعندما يتم إبطال التصرف لعدم مشروعية هذا الباعث، يختلف معناه لدى القضاء وتختلف تركيبته، حيث يشترط علم الطرف الآخر به، مما يجعل نظرية الباعث لا تزال قلقة غير مقنعة حتى النهاية.

زد على ذلك أن أي مشرع وحتى هذه اللحظة بما في ذلك الأردني والمصري واللبناني وغيرهم، يقر بأن السبب كركن في العقد هو الباعث، ويصر على وضع الشروط لهذا السبب بما يتناسب والنظرية التقليدية. فالباعث ليس له شرط إلا شرط المشروعية، إذ لا يتصور عدم وجوده، وإن كان ليس صحيحاً جرى استخلاص تنظيمه لنظرية الغلط، ومن ثم لم يبقَ له من شروط إلا شرط المشروعية^(٤٩)، ومع ذلك ما زالت القوانين تنص على الشروط التقليدية نفسها.

الأمر الذي يجعلنا نقول، بأن شرط المشروعية في العقد، وإن كان ليس بعيداً عن الباعث، إلا أنّ هذا الباعث يجب أن يكون على صورة غير التي عرف عليها في النظرية الحديثة.

(٤٩) الأستاذ السنهاوري - المرجع السابق - ص ٤٨٠-٤٨٢.

المطلب الثالث: الاتجاهات الأخرى في السبب:

١- الاتجاه الموضوعي والذاتي في السبب:

لا يسعف الاتجاه الموضوعي في السبب لبناء نظرية تراقب من خلالها مشروعية العقود، ذلك أن السبب لدى أصحاب هذا الاتجاه^(٥٠) هو السبب في النظرية التقليدية، بل هو أكثر وضوحاً مما قاله أنصار النظرية التقليدية من ناحية ارتباطه بالمحل، بمعنى أن السبب لدى الاتجاه الموضوعي هو ذاته المحل وإن عبّروا عنه باسم السبب. أما أنصار الاتجاه الذاتي في السبب فلم يزد هؤلاء^(٥١) شيئاً عما ورد في النظرية الحديثة بمعنى الباعث، الذي سبق أن عرضناه، وهو الباعث الفردي.

٢- القصور في العقود والفقه الإسلامي:

لم يبين الفقه الإسلامي كياناً نظرياً لشيء اسمه القصور أو السبب أو الباعث، فالقصور هي معادل للباعث، لكنهم لا يعرفون الباعث وإنما أوردوا الحكم إذا ثبت وجود باعث غير مشروع، وذلك على الخلاف الذي رأيناه سابقاً^(٥٢) لدى الفقه الإسلامي، حيث يشترط الحنابلة والمالكية الاستدلال عليه من ملاسبات العقد، في حين يرى الأحناف والشافعية ضرورة أن يتضمنه التعبير عن الإرادة حتى يكون مؤثراً. وما حصل لدى الفقه الإسلامي لا يعدو ما انتهى إليه القضاء والفقه في فرنسا ومصر بالنسبة للنظرية الحديثة في السبب أو الباعث من حيث اشتراط علم الطرف الآخر به أو عدم علمه في عقود المعاوضات. ومن ثم عدم إمكانية اعتبار القصور في العقود نظرية متكاملة ليقال بأنه من خلالها يمكن مراقبة مشروعية العقد.

(٥٠) انظر ص ١٨٧ من هذه الدراسة.

(٥١) انظر ص ١٨٨-١٩٠ من هذه الدراسة.

(٥٢) انظر ص ١٩٤-١٩٧ من هذه الدراسة.

٣- العوض المتقوم في القانون الإنجليزي:

ويمكن أيضاً أن يسمى الاعتبار المتقوم، وما يقال عن السبب لدى أصحاب الاتجاه الموضوعي يمكن أن يقال عما يأخذ به الإنجليز باعتباره السبب، وهو العوض المتقوم أو الاعتبار المتقوم، فهو أكثر مما ورد لدى أصحاب الاتجاه الموضوعي إغراقاً في المادية وقرباً من محل الالتزام، بل هو من وجهة نظر الإنجليز عبارة عن الغرم الذي يتكبده الدائن من الالتزام، ويعرفونه بأنه العمل أو الامتناع أو الخسارة أو تعهد أحد بهذه الأمور الذي يكون بمقابله أو باعتبار تعهد العاقد والآخر^(٥٣).

المطلب الرابع:

البناء السليم لشرط مشروعية العقد والنظرية الألمانية

تاريخ نظرية العقد منذ العهد الروماني وحتى الآن، لم يتضمن شرطاً أو ركناً تتطلب فيه المشروعية للعقد، حاز إجماعاً أو شبه إجماع في النظم القانونية المختلفة، وإن اختلفت تسمياته فيما بينها، أكثر من الباعث الدافع إلى التعاقد، باعتباره هو السبب الذي يجب أن يكون مشروعاً كركن في العقد. فالباعث هو السبب في النظرية الحديثة (نظرية القضاء الفرنسي)، وفي كل القوانين ذات الأصل أو الاتجاه اللاتيني في الوقت الحاضر. والقصود في العقود في الفقه الإسلامي هي الباعث أيضاً وإن سمي القصد أو النية، وهو أي الباعث الصورة عن النتيجة العقدية في مرحلة التوقع، وهي النتيجة التي نص القانون الألماني على وجوب كونها مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب. لكن الاعتبار المتقوم في القانون الإنجليزي وعلى الأرجح ينسب إلى السبب في النظرية التقليدية.

(٥٣) الدكتور صبحي المحمصاني - المرجع السابق - ص ٣٤١.

الباعث هذا هو الدافع إلى التعاقد، وهو متغاير مختلف من متعاقد إلى آخر. ولا يعدو أن يكون كذلك وفقاً للنظرية الحديثة، لكن إجماع القضاء في فرنسا ومصر، وكذلك في الفقه الإسلامي، ووفقاً للتحليل السليم للوضع في القانون الألماني، انعقد على أن الباعث الذي لا يعلم به الطرف الآخر في العقد لا يعد مؤثراً في العقد. والحق يقال بأن هذا المنطق سليم من ناحية العدالة والتحليل المنطقي للعقد. فالباعث لو أخذنا مثلاً له بعقد تأجير منزل، ينوي المستأجر الذي عرض على المؤجر أن يستأجره لإدارته للدعارة فيما بعد، ولكنه لم يظهر ذلك في التعبير عن إرادته، ولم يكن هنالك من ظروف الحال ما يجعل علم المؤجر يتصل بهذا الباعث الخفي، لو تمت عملية التعاقد بناء عليه، فمما لا شك فيه أن العقد صحيح ومشروع، ذلك أن الباعث الذي ظهر من الطرفين كان مشروعاً، والباعث المشروع الذي ظهر من قبل المستأجر، كان هو صاحب الأثر في إتمام عملية التعاقد، أما الباعث الخفي فلم يكن له الأثر، وكان على الرغم من وجوده في ذهن المستأجر غير كاف للإسهام في عملية إتمام التعاقد، ومن ثم فإن هذا الباعث الخفي، الذي لم يكن هو صاحب الأثر في إتمام عملية التعاقد، هو باعث غير نشط وكامن، ومن ثم فإن القانون يرتب الآثار على النوايا والبواعث القادرة على إحداث الأثر في المحيط الخارجي. فما الباعث إذن الذي يستطيع الإسهام في إتمام عملية التعاقد؟ إنه الباعث المعلوم من قبل طرفي العقد، وهو عبارة عن الباعث والسبب المشترك لدى الطرفين، وهو الذي يستطيع إتمام العقد. وهذا الباعث المشترك هو الباعث الذي اعتقد به الفقه الإسلامي، ووفقاً للرأي الذي يعتد بالباعث الذي يظهر في التصريح عن الإرادة، أو الرأي الآخر الذي يعتد بالباعث إن دلت عليه الشواهد والظروف. وهو الباعث الذي لا يقرّر القضاء بطلان العقد في فرنسا وسائر الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني إلا بناء عليه، وهو الباعث الذي يتصل بعلم الطرف الآخر. وهو الصورة عن النتيجة، عندما يكون متمثلاً في مرحلة تكوين العقد في ذهن المتعاقد وفقاً للقانون الألماني الذي يعتد بالنتيجة غير المشروعة. هذا الباعث المشترك ليس جديداً أو أنه غير معروف لدى الفقه، بل إن هنالك جانباً من الفقه يعرف الباعث

في إطار العقد بأنه الباعث المشترك في ذهن المتعاقدين، وهو في عقد إيجار المنزل عبارة عن استئجار البيت للسكنى من قبل المستأجر مقابل بدل الإيجار الذي يريد المؤجر الحصول عليه، ويعلمه طرفي العقد. لقد قال بهذا الباعث المشترك الفقيه بوفنوار^(٥٤)، وهو يقول في ذلك: إن لبائع الملابس دافعاً أولاً جعله يفكر في البيع، ولكن أوليس استعداد الجمهور للشراء، كان دافعاً أولاً أيضاً، ومشاركاً مع دافع البائع الخاص، إن السبب واحد لدى المتعاقدين، ومنظور له من زاويتين من جانب كل متعاقد، فهو حاجة المشتري إلى الشراء

Je vous disant un mot de la transaction. C'est un contrat par lequel deux parties (٥٤) terminent une contestation née ou à naître, qu'un moyen de concessions réciproques (art. 2044). Il y a donc en général dans toute transaction deux obligations réciproques, et la cause commune de chacune d'elles est la terminaison du débat. c'est ce qui explique l'art-2056, aux termes duquel la transaction sur un procès termine par un jugement passe en Force de chose jugée, mais dont les parties, ou l'une d'elles n'avait pas connaissance, est nulle. Cette transaction intervient, on le suppose, à l'occasion d'un litige qui, au point de vue de la loi, était déjà terminé, mais ce fait était ignoré des parties ou de l'une d'elles. La transaction manque de cause, c'est bien là l'application exacte de l'art 1131. Et cependant, la encore ne pourrait-on pas dire que, s'agissant d'obligations réciproques, chacune a pour cause l'existence de l'autre, comme dans un contrat synallagmatique? Je m'oblige à renoncer à telle prétention à la condition que vous renoncerez de votre côté à telle autre prétention formulée par vous, il semble que cela devrait suffire d'après la théorie doit être élargie, l'obligation que vous acceptez à pour but immédiat de terminer un procès et c'est parce que Vous croyez à la possibilité du litige que vous renoncez à telle prétention moyennant renonciation réciproque de l'autre partie, et l'autre partie en fait autant. L'apparence, il semble donc que ce soit un motif, c'est-à-dire, comme nous le verrons, une cause lointaine, la cause du contrat plutôt que d'une obligation prise individuellement que nous allons ériger en cause juridique. Il est possible qu'il en soit ainsi, mais s'il en est ainsi, c'est parce que ce motif, ou cette cause commune du contrat est le but identique que poursuivent les deux parties, au lieu d'être le but personnel exclusif à l'une d'elles. Lorsqu'en dehors des équivalences réciproques d'un contrat, il existe un but commun aux deux contractants. pour lequel chacun accepte de fournir l'équivalent qu'il donne et de recevoir celui qui lui est promis, on peut dire que ce but commun a été introduit par les deux parties elles-mêmes parmi les éléments du contrat. Il devient une cause pour chacun des contractants". Bufnoir - Propriété et contrat - éd. Sain. Brieux 1924 - P. 524 et S

واستعداد البائع للبيع، إذا ما نظرنا إليه في ذهن البائع، ولكنه لدى الطرفين واحد^(٥٥). يقول الأستاذ السنهاوري: ولا يجوز بدهاءة أن يعتد بالبائع الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا البائع مجهولاً من المتعاقد الآخر، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن البائع له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير- من شأنه أن يجعل العقد باطلاً، فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلاً من المتعاقدين بالبائع، ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك، وقد رأينا مثل هذا في الغلط^(٥٦). إن ما يقوله الأستاذ السنهاوري هو في الواقع مطالبة وحث على ضبط أمر البائع، وتحديد به طريقة لا تثير الخلاف، وقد قال أيضاً عن هذه الحالة، أمّا البائع فمعياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى آخر بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث، وما دام البائع على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط حتى لا يكون مثاراً للتزعزع والقلقلة في التعامل^(٥٧). والسبب المشترك هذا واحد من حيث بنيانه الفني في جميع العقود، وبما في ذلك عقود التبرعات، بالإضافة إلى المعاولات أو الملزمة للجانبين، ففي التبرعات يعتد بالسبب لدى المتبرع، لأنه هو الذي كان له الدور الأكبر في إخراج العقد إلى حيز الوجود، وهو سبب يعلمه المتبرع لكنه ربما لا يكون معلوماً من الموهوب إليه، ومع ذلك فإنه يبطل التبرع لعدم مشروعيته، ولأجل ذلك، فإننا لا بد من أن نبحت عن تكييف ووصف للسبب، بحيث يشمل التبرعات والمعاوضات إذا ما ذكر لأنه غير مشروع مثلاً، ويكون كافياً لإبطال العقد، وحيث إن صفة الاشتراك لا تكفي في التبرعات، فإن الصفة التي تتضمن السبب أو البائع المشترك، وتتضمن أيضاً السبب في التبرع، وإن كان معلوماً من المتبرع فقط، هي الصفة التي تقول عن السبب إنه البائع الكافي، لأنه لا يكون كافياً لإخراج العقد في المعاولات إلا إذا كان مشتركاً، وهو كاف في التبرعات وإن لم يكن مشتركاً.

(٥٥) ويقول بالرأي نفسه أيضاً سفيرياس P. 13. Seferiades op. cit.

(٥٦) الأستاذ السنهاوري - المرجع السابق - ص ٤٥٧.

(٥٧) الأستاذ السنهاوري - المرجع نفسه - ص ٤٥٧.

هذا السبب الكافي الذي انتهينا إليه، أو الباعث الكافي، هو الباعث في مرحلة كونه تخيلاً في ذهن أطراف العقد، وهذا الباعث هو صورة عن النتيجة من العقد، وهذه الصورة مطابقة للنتيجة تماماً كما تطابق الصورة أصلها في المرأة. ولأن هذه النتيجة أكثر قرباً من الموضوعيات ويعتمد عليها في إثبات وجود الباعث ومشروعيتها، فلماذا لا نترك الباعث وهو صورة متخيلة، ونعدل عن ذلك إلى النتيجة وهي تمثل الجسم المادي الذي ظهرت صورته في المرأة. والنتيجة هذه تمثل السبب أو الباعث الكافي سواء أكان ذلك في التبرعات أم في المعاولات.

ولأجل ذلك فإننا نرى أن مسلك المشرع الألماني، وتابعه في ذلك القانون السويسري، والبولوني أيضاً، كان هو المسلك والموقف الصواب في تنظيم مشروعية العقد، وأن مسلكه يجب أن يحتذى. وقبل أن نشرع في بيان توصية ما، نستعرض نصوص القانون المدني الأردني بخصوص مشروعية العقد، ونحاول تقدير موقف هذا القانون مقارنة بالقانون الألماني، أو فكرة الباعث الكافي.

المبحث الثاني: موقف القانون المدني الأردني من مشروعية العقد

تحت عنوان السبب، ورد النص في المادة ١٦٥ على أن "١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. ٢- ويجب أن يكون موجوداً وصحياً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب". وفي المادة ١٦٦ نص على أن "١- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. ٢- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقيم الدليل على غير ذلك". وفي المذكرات الإيضاحية، أوضح المشرع الأردني المقصود بالسبب وقال بأنه هو الباعث الدافع على التعاقد^(٥٨). ويرى الدكتور أنور سلطان بأن المشرع الأردني قد أخذ بسبب الالتزام وفقاً للنظرية التقليدية، وذلك في المادة ٥٦١،

(٥٨) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - المرجع السابق - ص ١٦٤.

وأنه أيضاً أخذ بسبب العقد بمعنى الباعث، وذلك في المادة ١٦٦^(٥٩). في حين يرى الأستاذ صلاح الدين الناهي بأن القانون الأردني حاول تقليد الفقه الإسلامي، ولكنه نصّ على السبب وفقاً للنظرية التقليدية، وأنه اقترب من القانون الإنجليزي عندما تطلب المنفعة المشروعة في المادة ١٦٦، وهو لا يرى أن المادة ١٦٦ تعبيراً عن سبب العقد أو الباعث^(٦٠). ويرى الدكتور عبد القادر الفار أن المادة ١٦٦ تدل على أن المشرع الأردني أخذ بالباعث الدافع على التعاقد^(٦١). وأياً كان الخلاف، فإننا نقول بأن المشرع الأردني قد حدد وجهة نظره عن السبب في المادة ١٦٥، وأنه كان يرى أن السبب هو سبب الالتزام وفقاً للنظرية التقليدية. أما المادة ١٦٦ فهي لم تخصص لتحديد ماهية السبب، وإنما المقصود منها مسألة إثبات السبب، وما يتعلق بالتصرفات المجردة من السبب. أما ما ورد في المذكرات الإيضاحية من قول بأن المشرع الأردني يأخذ بالباعث، فإن ذلك لا يطابق أو يقترب من النصوص في شيء، وإلى الدرجة التي يظهر لنا من خلالها وكأن المشرع الذي وضع المذكرات الإيضاحية هو مشرع آخر، وأنه وضعها دون الاطلاع على نصوص السبب في المادتين ١٦٥، ١٦٦.

ونحن نرى أو نوصي، بأن تكون نصوص السبب في القانون المدني الأردني أو أي قانون آخر على النحو التالي: أولاً: تلغى المادة ١٦٥، وينص بدلاً منها على أنه "يجب أن تكون نتيجة العقد غير مخالفة للنظام العام والآداب". وتلغى المادة ١٦٦ على أن تصبح صياغتها على النحو التالي: "يفترض في العقود وجود منفعة مشروعة فيها ما لم يرقم الدليل على غير ذلك". وبذلك يتفق منطق القضاء والفقه ويبتعد الذي يطبق القانون عن معضلة السبب الذاتية النفسية، دون إخلال بما يؤدّيه السبب أو الباعث من وظيفة في شتى النظم القانونية.

(٥٩) الدكتور أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - منشورات الجامعة الأردنية - ١٩٨٧- ص ١٣٢-١٣٦.

(٦٠) الدكتور صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي - مصادر الحقوق الشخصية - من دون ذكر الناشر - ط ١٩٨٤ - ص ١١٢-١١٥.

(٦١) الدكتور عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - مكتبة دار الثقافة - ط ١٩٩٧ - ص ٩٣.

الخاتمة

لقد ثبت على مدى التاريخ المعروف الذي وضعت فيه قواعد تشريعية، أنَّ القضاء كان على الدوام الجهة التي تثبت لديها صحة القانون ومطابقته للواقع وتحقيق العدالة من عدمها. وأنَّ القضاء من خلال تفسيره للنصوص، كان ولم يزل يمارس عملية إصلاح أوضاع النصوص التي لا تلائم بحرفيتها إقرار العدالة، وتلبية حاجات تطبيق القانون على الواقع. ولقد كان دور القضاء بخصوص مشروعية العقد واضحاً في أدائه لهذه المهمة الجلية. فنصوص السبب في القانون المدني الفرنسي، التي جعلت من هذا الركن هو الكائن القانوني الذي من خلاله تراقب مشروعية العقد هجرها القضاء. ثم قام هذا القضاء بصنع نظريته الخاصة بالسبب، وأدخل تحديثاً على نظرية السبب. لكن نصوص القانون التي صدرت في معظم الدول التي تتبع النظام القانوني اللاتيني، صدرت تباعاً بعد ظهور النظرية الحديثة في السبب، دون أن تستطيع هذه القوانين أن تضع نصوصها بشكل ينهي مشكلة غموض النصوص الخاصة بالسبب، لقد ظل الباعث وحتى اليوم سواء في القانون المصري، أو في كل القوانين التي صدرت حديثاً بعد ظهور نظرية القضاء الفرنسي منذ أواسط القرن الماضي، هو الباعث الفردي لدى أي من طرفي العقد، وظل القضاء في مصر، وكل الدول الأخرى عندما يطبق نصوص السبب، يشترط في الباعث اتصاله بعلم الطرف الآخر في العقد.

لقد كانت هناك وعلى الدوام مشكلة تواجه السبب، وهي إعطاء مفهوم معين من خلال النصوص التشريعية وتطبيقه بمعنى آخر من قبل القضاء، وبذلك وأمام هذا التباين أو الزيادة في المعنى لدى القضاء عمّا تشير إليه نصوص القانون، فقد كان لا بدّ من بذل المحاولة لجمع شتات النظرية التي يتقاسم القضاء ونصوص القوانين معناها، والمنطق يقتضي ضبط هذه النظرية وإخراجها من دائرة القلقلة وعدم الاستقرار.

لقد بلغ التباير حدًا يستوقف المتخصّص وبشكل أكيد في القانون المدني الأردني. لقد كان الأمر مما لا يمكن السكوت عليه، أن يضع المشرع نصوص السبب في القانون المدني الأردني نصوصاً واضحة وفيها إصرار على أنّ السبب هو السبب الموضوعي، المادي المغرق في المادية، على غرار سبب الالتزام والعوض المتقوم في القانون الإنجليزي، ومع ذلك يقول المشرع نفسه في المذكرات الإيضاحية بأنه يأخذ بالنظرية الحديثة، وهي نظرية الباعث. لقد دفعنا ذلك إلى التساؤل عمّا إذا كان الذي كتب المذكرات الإيضاحية هو جهة أخرى غير الجهة التي وضعت القانون. لقد كان ذلك دافعاً من الدوافع التي أخرجت هذه الدراسة إلى النور.

أولاً : المراجع

قائمة المراجع العربية

- ١ - الدكتور إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للالتزام - ط١٩٥٥ - مطبعة النصر - القاهرة.
- ٢ - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين - ط١٩٨٥.
- ٣ - الدكتور أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - ط١٩٨٧ - منشورات الجامعة الأردنية.
- ٤ - الدكتور توفيق حسن فرج - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية الروماني - ط١٩٨٥ - الدار الجامعية - بيروت.
- ٥ - الدكتور توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - ط١٩٧٤ - دار النهضة العربية - القاهرة.
- ٦ - الدكتور جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - ط١٩٧٦ - دار النهضة العربية - القاهرة.
- ٧ - الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - الالتزامات - ط١٩٨٨ - ايريني للطباعة.
- ٨ - الدكتور صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ط١٩٨٣ - دار العلم للملايين.
- ٩ - الدكتور صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي - مصادر الحقوق الشخصية - ط١٩٨٤ - من دون ذكر إسم الناشر.
- ١٠ - الأستاذ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني - الالتزامات - ط١٩٥٢ - دار النشر للجامعات المصرية.

- ١١- الدكتور عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - ط١٩٩٧ - مكتبة دار الثقافة - عمان.
- ١٢- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - ط١٩٧٤ - دار النهضة العربية - القاهرة.
- ١٣- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - ط١٩٧٨ - دار النهضة العربية - القاهرة.
- ١٤- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية العربية - ط١٩٧٥ - مطبعة السعادة.
- ١٥- الدكتور محمود جمال الدين زكي - نظرية الالتزام - ج١ - ط١٩٧٦ - مطبعة جامعة القاهرة.

ثانيا : المقالات:

- ١ - الدكتور نزيه الصادق المهدي - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام- مجلة القانون الاقتصاد - سنة ١٩٧٩ - الأعداد ١-٤.

ثالثا : مجموعات الأحكام:

- ١ - مجموعة أحكام النقض المصري - محكمة النقض - المكتب الفني - ط١٩٧٥ - المطبعة الأميرية الفرعية بدار القضاء العالي.

رابعا : القوانين:

- ١ - القانون المدني المصري.
- ٢ - القانون المدني الأردني.
- ٣ - القانون المدني اللبناني.
- ٤ - القانون المدني السوري.

المراجع باللغة الفرنسية

أولا : المراجع:

- 1 - Alex Weill et Francois Terre - droit civil - les obligations - 1980 Dalloz.
- 2 - Henri et Leon Mazeaud et Jean - Mazeaud - lecon de droit civil - P. V. obligations - Theorie Generale - 1973 - Mon tchrestion.
- 3 - Bufnoir - Propriete et contrat - ed sain Brieue 1924.

ثانيا : المراجع المتخصصة:

- 1 - Al Hakim Abdul - Majide - le Role de la cause dans la formation de contrat en droit compare - These - Paris 1957.
- 2 - Capitant (Henri) - De la cause des obligations - 3em ed 1927.
- 3 - Colin - Theorie de la cause des obligations connventionelles - These - Paris- 1896.
- 4 - Hauser (Jean) - objectivisme e subjeciveisme dans l'acte juridiques - These - Paris 1969.
- 5 - Joseph Hamel - la notion de la cause dans les liberalites - These - Paris 1920.
- 6 - Maury - Essai sur le Role de la notion d'equivalence en droit civil francais - These - Toulouse 1920.
- 7 - Pierre louis Lucas - Volonte et cause - These - Dijon 1981.
- 8 - Roger Dorat de Monts - la cause immorale - These Paris 1954.
- 9 - Rieg AlFred - Le Role de la volonte dars l'acte Jaridique en droit civil Francais et Allemand - These - Strasbourg 1958.
- 10- Rouhette contribution a l'etude critique de la notion de contrat - These - Paris- 1918.
- 11- Style - P. Seferiades - Etude critique sur La theorie de la cause. Paris 1897.
- 12- Trajan. R. Ionasco - L' evolution de la notion de la cause - These - Paris - 1923

ثالثا : الأحكام:

- 1 - Recueil de Jurisprudence de Dalloz.
- 2 - Recueil Periodique du Jurispracenee de Dalloz.