



# المستشار

أينما وجدت الثقة  
تأسست عام 2006

تاريخ القانون (مبدأ حسن النية)

الأصلي

سنتر المستشار (حقوق بنها) 

01277776870 

السنتر : بعد نفق حقوق امام كليه الحقوق (برج سما1)  
المكتبه : امام بوابه كليه حقوق (اخر السور)

د. جمال عبد الناصر د. حسن ابو الفتوح

# مبدأ حسن النية في القانون الروماني

س: **وضح أهمية مبدأ حسن النية بصفة عامة ؟**

## مقدمة عامة

أهمية مبدأ حسن النية بصفة عامة.

☞ **إن القانون والأخلاق يحملان رسالة واحدة** وإن اختلف سبيل كل منهما في تأديتها في نشر الطمأنينة وكف العدوان وخلق الثقة ومحاربة سوء النية .

### الأخلاق

**الأخلاق** : هي مجموعة القواعد التي تهدف إلي بلوغ الفرد درجة الكمال عن طريق حثه علي فعل الخير ونهيه عن فعل الشر وأمره بالالتزام سلوك معين في مواجهة نفسه وفي مواجهة غيره . أما سلوكه في مواجهة غيره فيسمى بالأخلاق الإجتماعية وقد كان توماسيوس أول من حمل لواء هذه التفرقة بين الأخلاق والقانون فالأخلاق توجه أوامرها إلي ضمير الإنسان وتهدف إلي تحقيق الأمن والسلام الداخلي للإنسان أما القانون فهو لا يوجه خطاباً إلي الضمير وإنما ينظم علاقات الأشخاص فيما بينهم ويهدف إلي تحقيق الأمن والسلام الخارجي ومعني ذلك أن الأخلاق تهدف إلي الكمال والسمو الذاتي بينما القانون يهدف إلي تنظيم الجماعة .

☞ لقد أوجبت الأخلاق ومن ثم أوجب القانون، على الفرد أن يكون حسن النية تجاه أبناء مجتمعه ولا ينوي بهم سوءاً.

☞ هذا الواجب، الديني والأخلاقي والقانوني، يحتل في القوانين المعاصرة كما وجد في القوانين القديمة، أرحب مكان، وسوف تزداد قيمة هذا الواجب وأهميته كلما تقدمت البشرية بفضل تطور العلم وازدياد الاختراعات الآلية واتساع نطاق استغلال موارد الطاقة المختلفة.

☞ كما سيوجد مصالح من طبيعة معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص والاحتمالات لتسبب الأضرار بين الأفراد.

☞ لهذا كان لمبدأ حسن ضمانات النية الأثر القويم في إعلاء شأن القاعدة الأخلاقية في النطاق القانوني. ومن هنا تتعاضد الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية الذي يحقق أهم وأجل غاية من غايات القانون وهي العدالة.



إذا كانت غايات القانون تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى زمن في نفس المجتمع فإنه يمكن حصر الغايات الأساسية للقانون في ثلاثة غايات هي : العدالة , والأستقرار القانوني , والتقدم الإجتماعي

### فكرة حسن النية من أهم الأفكار الشائعة في الغالبية العظمى من النظم القانونية المعاصرة.

بيد أنه من النادر أن يهتم المشرعون بوضع تعريفاً محدداً واضحاً لها، ومن ثم يقع على عاتق الفقه والقضاء في كل دولة مهمة بيان المقصود بها عندما يتم اللجوء إليها في مناسبات عديدة. ولهذا فإن الدور الذي تلعبه هذه الفكرة ليس واحداً في كافة النظم القانونية، وإنما يختلف من نظام قانوني إلى آخر كما توجد خلافات من حيث الدرجة من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، وأيضاً يختلف استخدام هذه الفكرة في فروع القانون الداخلي عنه في القانون الدولي.

### المفهوم اللغوي لحسن النية:

يتطلب تحديد معنى النية، ثم معنى الحُسن أو السوء.

**النية لغة** ← القصد وعزم القلب على شيء معين، فهي قرار داخلي يتخذه الشخص في مواجهة أمر ما، متأثراً بكل ما يحيط به من عوامل داخلية وخارجية، فالنية إرادة باطنية داخلية لم يعبر عنها صاحبها.

**الحُسن لغة** ← من حَسَنَ الشيء تحسیناً، والحُسن ضد السوء. فالحسن كلمة تدل على كل ما هو جميل محمود.

**السوء** ← كلمة تدل على كل ما هو قبيح مذموم.

**ترتيباً على ذلك:** يكون الشخص حسن النية إذا كان قد اختار الطريق الذي تفرضه الأمانة والإخلاص والاستقامة وأداء الواجب على أفضل صورة، وعلى العكس يكون الشخص سيء النية إذا كان يقصد الخيانة والجور على حقوق الغير وقصد الإضرار به. وهكذا يركز حسن النية وسوئها على قواعد الأخلاق أكثر من إرتكازه على قواعد القانون أي **يستند على قواعد معنوية ولا يستند على قواعد مادية.**

**يُعد مبدأ حسن النية من المبادئ الهامة التي تقوم عليها التصرفات القانونية،** وهو مبدأ فسيح المدى واسع النطاق، من السعة ليشمل جميع التصرفات والعقود، كما أنه يبسط سيطرته على العلاقة التعاقدية من بدايتها حتى نهايتها.

**من هنا يظهر** ما لمبدأ حسن النية من أهمية لا سيما بعد انتشار وتفشي وسائل الغش والخداع والحيل غير المشروعة، حيث تبرز أهميته فيما يؤديه من تحقيق قدر من العدالة بين أطراف العقد، الأمر الذي يؤكد ضمان سيادة النظام وحسن تطبيقه.

من الأهمية بمكان تجلية تاريخ هذا المبدأ وإيضاح أصوله التاريخية في القانون الروماني. فالنظم القانونية الحالية لم توجد دفعة واحدة، ولم تنشأ من العدم، بل هي عبارة عن تهذيب للنظم القانونية القديمة، وتلك النظم القانونية القديمة أخذت تتطور وتتعدل بعد نشأتها بما يلزم حاجات المجتمع الذي تحكمه حتى وصلت إلى الحالة التي هي عليها الآن. ومحاولة فهم أية فكرة قانونية فهماً عميقاً لا يمكن أن تتأتى إلا من خلال فهم تاريخ هذه الفكرة، والوقوف على أسباب نشأتها والعوامل التي أدت إلى وجودها.



## الباب الأول : حول فكرة عامة لمبدأ حسن النية في القانون الروماني

### تحديد وتوضيح حول فكرة عامة لمبدأ حسن النية في القانون الروماني

يرتكز هذا الموضوع حول ثلاثة محاور رئيسية وهي :-

#### المحور الأول : إختفاء مبدأ حسن النية من القانون الروماني :

حيث يوجد عاملان رئيسيان أسفروا عن إختفاء مبدأ حسن النية في القانون الروماني وهما :-

#### أولاً : سيادة مبدأ الشككية في القانون الروماني :

وفيه سوف ندرس :

- ١- مضمون مبدأ الشككية في القانون الروماني .
- ٢- أسباب ظهور مبدأ الشككية في القانون الروماني .
- ٣- الآثار المترتبة على قاعدة الشككية في القانون الروماني .

#### ثانياً: الفصل بين القانون والأخلاق في القانون الروماني :

وفيه سوف ندرس :

- ١- مضمون الأخلاق .
- ٢- الفصل بين القانون والأخلاق عند الرومان .
- ٣- الآثار المترتبة على الفصل بين القانون والأخلاق .

#### المحور الثاني : ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني :

بدأ مبدأ حسن النية بالظهور في القانون الروماني بعد اختفاء لقرون طويلة وذلك للأسباب الآتية :-

#### أولاً : التخفيف من مبدأ الشككية :

#### ثانياً: التخفيف من حدة الفصل بين القانون والأخلاق .

#### المحور الثالث : تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني :

#### أولاً: دور الفقهاء في تفعيل مبدأ حسن النية .

#### ثانياً: دور البريتور في تفعيل مبدأ حسن النية .

البريتور ← عبارة عن وظيفة كانت في القانون الروماني وهي من الخصائص المميزة للقانون الروماني

وكان يتمتع بالسلطة القضائية إلا أنه لم يقوم بدور القاضي .



## س: أكتب بحثاً تفصيلياً حول إختفاء مبدأ حسن النية في القانون الروماني ؟

### الفصل الأول : إختفاء مبدأ حسن النية في القانون الروماني

تميز القانون الروماني بالشككية كما تميز القانون الروماني أيضاً بأنه تعبير عن ضمير الجماعة ولذلك اعتمد منذ أقدم العصور علي العقل البشري الأمر الذي أدّى إلي إنفصال القاعدة القانونية عن الدين والأخلاق منذ صدور قانون الألواح الأثني عشر .

لقد كان لهذان العاملان أثراً عميقاً في إختفاء مبدأ حسن النية في القانون الروماني القديم .

### المبحث الأول : سيادة مبدأ الشككية في القانون الروماني

#### تمهيد

يختلف مفهوم الشككية في القوانين القديمة عنه في القوانين الحديثة.

**مفهوم الشككية في القوانين القديمة** ← كانت الشككية تمثل في القوانين القديمة **جوهر التصرف القانوني**، حيث لم يكن للإرادة أي دور قانوني.

**مفهوم الشككية في القوانين الحديثة** ← الشككية في القوانين الحديثة لم تعد هي جوهر التصرف القانوني؛ لأنها لا تستطيع بمفردها أن تنشئ تصرفاً قانونياً وترتب آثاره، وإنما أصبحت الإرادة هي التي تتمتع بهذا الدور، فهي جوهر التصرف القانوني.

قد كان القانون الروماني يتسم **بالشككية الجامدة**، التي كان قوامها الشكل، ولم تلعب الإرادة فيه أي دور إلا في العصور المتأخرة، ولهذا فإن الشككية التي كانت تسوده كانت **"شككية رمزية"**.

**يمكن تعريف الشككية الرمزية** ← التي سادت في المراحل الأولى للقانون الروماني بأنها: "الأشكال المنفصلة عن الإرادة الحقيقية للأطراف التي تنشئ العقد".

**من أهم خصائص هذه الشككية**: أنها كانت تحتّم القيام بإجراءات وطقوس معينة أو التلفظ بألفاظ محددة أو إستعمال الكتابة وكان الإلتزام كاملاً بالكلمة والحرف واللفظ ولا يستطيع الشخص أن يحيد عنها بأي حال من الأحوال وإلا أعتبر تصرفه باطلاً.

قد تم ذلك في نطاق اعتقاد الرومان أن "شكل الشيء قوام وجوده".

### أولاً: مضمون مبدأ الشككية في القانون الروماني:

انعقد إجماع شراح القانون الروماني على أن القانون الروماني في عصوره القديمة كان قائماً على مبدأ الشككية، فالإرادة لا تكفي بذاتها لإنشاء التصرف القانوني، كما أنها عاجزة أيضاً عن تحديد شروطه وآثاره. فالتصرف القانوني لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة طبقاً للشكل أو الصورة التي حددها القانون.

وكذلك فإن آثار التصرف القانوني تترتب بمجرد تمام الإجراءات الشككية حتى ولو كانت الإرادة معيبة، أو كانت بدون سبب، أو كانت غير مطابقة لحقيقة ما قصد إليه من عبر عنها.

**يقصد بالشكل في هذا الصدد** ← الطريق الذي رسمه القانون لإجراء تصرف قانوني معين.

**ترتيباً على ذلك** ← فإن الشكل يجب أن يكون خاضعاً لقواعد محددة موضوعة سلفاً، ويترتب على إغفال الشكل بطلان التصرف القانوني واعتباره كأن لم يكن.



الشكل هو خروج علي مبدأ كفاية الإرادة المجردة لإنشاء الالتزام وكل ما يتجاوز هذه الإرادة يعد شكلاً طالما هو لازم لوجود التصرف وصحته ولا يهم ما إذا كانت علة هذا الشكل ظاهرة أو مستترة أو منتفية تماماً بل أن الشكليات المتناثرة في القوانين الحديثة كلها تقريباً لها علة وجود تكمن في المصلحة العامة وإستقرار المعاملات وحماية الأفراد

هكذا يقضي مبدأ الشكلية بأن الإرادة لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني ما لم تفرغ في قالب الذي حدده القانون وهذا المبدأ كان قاعدة أصولية في القانون الروماني فلم تكن الإرادة المجردة من أي شكل تكفي لنشأة الآثار القانونية المطلوبة .

**السمة الغالبة التي هيمنت على القانون الروماني** تمثلت في أن أحكامه كانت عبارة عن صيغ لفظية آمرة وناهية، فيها ضيق وصرامة لا هوادة فيها تعبراً عن الشكلية التي سادت في القانون الروماني القديم. الشكلية لم تكن مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، وإنما كان ينبغي التعبير عن الإرادة طبقاً للشكل الذي صوره القانون.

**وحي بالملحظة** ← أن الإرادة لم تكن حرة في اختيار وسائل التعبير عنها، إذ يقيد من حريتها في هذا الصدد نوعان من القيود:

**القيد الأول** ← نجد أن صحة التصرفات القانونية كانت تتوقف على استعمال الألفاظ والعبارات التي قررها القانون.

**القيد الثاني** ← فإن الطرفين لا يمكنهما استعمال ألفاظ أخرى للتعبير عن إرادتهما، بل يجب أن تتم المحاوراة بينهما وفقاً لشروط محددة وبألفاظ مقررّة لا يحيدان عنها.

**إن الشكلية كانت تحرك العالم الروماني بأسره.**

**أولاً: (فيما يتعلق بالدين)** ← كالعبادة والقربان والصلاة والنذر، وباختصار كل اتصال بالآلهة كانت له صيغته وأشكاله المرسومة،

**ثانياً: (فيما يتعلق بالحياة العامة)** ← كانت الحياة العامة تدور كلها في أشكال مرسومة سواء في الداخل والخارج، في مجالس الشعب أو القبيلة، في الحرب والسلم، كان تدور كلها في أشكال مرسومة. والحياة الخاصة، العادات المنزلية، الدخول في المجتمع، العلاقات المدنية، كانت تكشف كلها عن نفس الميل إلى الشكلية.

هذه الفكرة القانونية لم تتغير حتى بعد تجميع القواعد القانونية العرفية القديمة في قانون الألواح الإثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، حيث ظلمت التصرفات القانونية محاطة بإجراءات شكلية وصيغ رسمية متعددة وأية هفوة أو خطأ حتى لو كان غير مقصود في إتمام هذه الإجراءات أو الصيغ يستتبع بالضرورة بطلان التصرف لأن الحق أو الالتزام ينشأ عن الأوضاع الشكلية ذاتها وليس من إتفاق الطرفين وهو ينشأ بمجرد القيام بتلك الإجراءات والتفوه بالعبارات المقررة بغض النظر عما قد يشوب إرادة أحد المتعاقدين من عيوب وبغض النظر كذلك عن وجود أو عدم وجود تعادل بين إلتزامات الطرفين وعن وجود أو عدم وجود سبب للإلتزام .

**كما أن الإجراءات الشكلية والعبارات الرسمية هي التي تؤدي إلى إنشاء الالتزام وتحدد مضمونه ونطاقه، فإنها هي أيضاً التي يجب اللجوء إليها لإنهاء الالتزام:** فالصيغ الخاصة بانقضاء الحقوق كانت تتطابق تماماً مع الصيغ الخاصة بإنشاء الحقوق، إذ يكفي أن تُستعمل في الأولى الصيغة العكسية للثانية، وهذا ما يطلق عليه "مبدأ تطابق الأشكال".



من هنا يمكن أن نقرر أن "الشكلية الصارمة" كانت تمثل روح القانون الروماني القديم. حقيقة أن ضرورات الحياة اليومية قد اقتضت أن يوجد بجانب التصرفات الشكلية تصرفات أخرى تستجيب لمتطلبات الحياة اليومية.

بيد أن هذه التصرفات كانت تصرفات **استثنائية**، فضلاً عن أنها لم تكن تتمتع بنفس الدرجة من الأهمية التي كانت تمتع بها التصرفات الشكلية، لأنه لم يكن معترفاً بها من قبل القانون المدني، ولم تتقرر حمايتها القانونية إلا في وقت متأخر من تاريخ القانون الروماني عندما قرر البريتور حمايتها بواسطة الدعوى. وبذلك انتهى عصر القانون الروماني القديم ولم تزل الشكلية فيه هي الأصل.

## ثانياً: أسباب ظهور مبدأ الشكلية في القانون الروماني:

### ١ - الأصل الديني للصياغة الفنية الرومانية لفكرة التصرف القانوني:

من المسلم به أن القاعدة القانونية في كل المجتمعات القديمة نشأت في صورة وحي إلهي يصدر إلى رجال الدين، حيث يرجع الفضل إليهم في ظهور القاعدة القانونية كوسيلة لتنظيم العلاقات بين الناس في المجتمع.

ليس ثمة نظام من نظم القانون المعروفة لم يندمج في مراحل نشأته بقواعد الدين إذ يبدو واضحاً تماماً من مطالعة المدونات القديمة سواء في الشرق أو في الغرب أنها قد امتزجت بقواعد الدين والأخلاق

مع تطور فكرة الدين تطورت فكرة الظاهرة القانونية حتى أنه قد أصبح الدين هو الظاهرة القانونية ذاتها وأصبح الدين يمثل البديل الأساسي لفكرة القانون وتجسدت الظاهرة القانونية في شكل ديني بحت .

### قد ترتب علي تلك النشأة الدينية للقواعد القانونية

إنتشار الشكلية في النظم القانونية وكان ذلك نتيجة لولع الأقدمين ولعاً فطرياً متأصلاً في النفوس بتجسيم المعنويات وإعطائها كياناً يدرك بالرؤيا أو بالسمع ويرمز به إليها وكان الإنسان آنذاك في حاجة إلي إظهار المعنويات وإخضاعها للحواس وكانت هذه الحاجات تتجلى في كل جوانب النظام الاجتماعي سواء في ذلك الجانب الخاص بالدين أو بالحياة الدنيوية أو القانونية .

هذا الإقبال علي الأشكال المحسوسة الذي ساد كل المجتمعات الفطرية يظهر بشكل أقوى وأشد في عالم القانون حيث كان الأقدمون يتشبثون في إصرار بالرموز المادية ويعتبر القانون الروماني أسبقها جميعاً في هذا المضمار فالصياغة القانونية الرومانية لا تترك مجالاً للشك في أن العنصر المادي أو الشكل هو المحور الذي تدور حوله كل النظم الرومانية كما أن الصيغ والطقوس الشكلية التي سادت القانون القديم كانت تستمد قوتها في بداية نشأتها من أصلها الديني فالألفاظ التي ينطق بها الأفراد وقت إبرام التصرف القانوني والطقوس التي يؤديونها تهدف إلي إظهار إرادة الألهة .

**الحقائق التاريخية** تؤكد على أن الدين لدى الرومان كان له أثر كبير على حياتهم ونظمهم، كما كان له ارتباط وثيق بالقانون. وعبادة الرومان كانت تقوم على الطقوس أكثر من اعتمادها على العقيدة، ومن هنا تميزت ديانتهم بالشكلية. مما يقتضي أن تكون الشعائر مرسومة في صورة مجسمة بألفاظ وإشارات محددة ليترتب عليها الأثر المقصود منها وهو إرضاء الألهة .



١٥ **يترتب على أقل خطأ في الشكل أثناء تأدية الشعائر** بطلان أثر هذه العبادة. وقد نشأت النظم القانونية متأثرة بهذه الفكرة، لا سيما في نظام التعاقد وإجراءات التقاضي، فبنيت على صيغ رسمية وأوضاع شكلية يتعين تأديتها تماماً عند مباشرة تصرف من التصرفات. فضلاً عن ذلك، لم يكن من الجائز لأي شخص أن يباشر نشاطه القانوني أو السياسي أو الديني إلا من خلال التقويم الديني الذي يبين الأيام المخصصة للعبادة والأيام المقررة للاجتماعات السياسية والأيام التي يجوز فيها التقاضي، الأمر الذي استوجب اختصاص الكهنة بتطبيق القانون وتفسيره، حيث احتكروا معرفة صيغ الدعاوى القانونية والأيام التي يجوز فيها التقاضي.

١٦ إن الطقوس والإشارات التي صادفت الفكر وحولته إلى أمر مادي تنطلق من تلك الأفكار والمعتقدات التي فرضت نفسها بقوة على المجتمعات البدائية، ففكرة "التمثيل" كانت من الأفكار الأولى التي لاءمت النفسية الفطرية.

١٧ من هنا فإن الطقوس والإشارات والرموز اللازمة لإجراء التصرفات القانونية لم تكن في واقع الأمر سوى "حركات تمثيلية".

١٨ ثم انتقلت المجتمعات البشرية بعد ذلك إلى مرحلة "الرمزية" التي لم تكن في حقيقتها سوى الأداء التمثيلي بعد ترجمته إلى رموز حسية وطقوس معينة. بيد أنه بمرور الزمن تحولت تلك التصرفات إلى مجرد "افتراض".

١٩ التصرف القانوني هو في حقيقته من خلق إرادة الإنسان، لكن الرومان لا يربطونه بالإرادة ولا بالشكل كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وإنما يربطونه مباشرة بالشكل الذي يرمز إليه

٢٠ **لم يسلم الرومان إلا في عصر جستنيان بأن الرضا** ← الحد الأدنى اللازم لصحة العقود، حد أدنى يكتفي به في بعض الفروض، بينما نجد في فروض أخرى وجوب أن يضاف إليه شكل ما أو تسليم شيء مادي. أن الدين لدى الرومان كان له أثر كبير على حياتهم ونظمهم، كما كان له ارتباط وثيق الصلة بالقانون، ولم تكن هناك تفرقة حقيقية بينهما في القرون الأولى لنشأة مدينة "روما"، مما أدى إلى تغلب الشكلية على قواعد القانون، وجمود تلك القواعد وصعوبة تطويرها.

٢١ **نتيجة لذلك** نجد أن الكهنة قد اختصوا بتطبيق القانون وتفسيره، فهم وحدهم الذين كانوا يعرفون الصيغ القانونية، والأيام التي يجوز فيها التقاضي دون غيرها، كما أن نظام التعاقد وإجراءات التقاضي تم بناءهما على صيغ رسمية وإجراءات شكلية يتعين أداؤها على وجه الدقة حتى يمكن ترتيب الآثار القانونية عليه. وهذه الرسمية وتلك الإجراءات الصارمة تعد أثراً من آثار النشأة الدينية للقانون وخلط قواعد القانون بتعاليم الدين.

## ٢- سيادة مبدأ مطابقة التصرف القانوني للنمط المرسوم له في القانون:

٢٢ لم يعرف القانون الروماني حتى في العصر العلمي فكرة التقابل بين الإرادة والتعبير في التصرف القانوني. ٢٣ الإزدواج بين الإرادة والتعبير الذي ينجم عن المقارنة بين المضمون الحرفي للتعبير **(أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة)** وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة **(أو ما يسمى بالإرادة الباطنة)** يجهله الفقه الروماني حتى خلال العصر العلمي.

٢٤ من ثم فإنه كان ينظر إلى التعبير نظرة موضوعية في ذاته ولذاته لتوضيح القاعدة أو الحكم الذي يضعه الفرد، فلا يوجد اصطلاح في مقابل للتعبير يسمى الإرادة الحقيقية أو الإرادة الباطنة حسب اللغة القانونية الحديثة.



ترتبط طريقة النظر إلى التصرف القانوني على هذا النحو ارتباطاً وثيقاً بفكرة تطابق التصرف القانوني مع النمط المرسوم له في القانون، وهي فكرة عزيزة على العقلية الرومانية، بمعنى أن التصرف القانوني تتوفر له حماية القانون الروماني إذا أبرم وفقاً للنموذج الشكلي المعد سلفاً والمعروفة مقدماً الآثار القانونية التي يربتها.

في ظل هذا النظام القائم على أساس تطابق التصرف القانوني تطابقاً كاملاً مع النمط المرسوم له في القانون، فإن اختيار الوسيلة القانونية المقررة يكون اختياراً لا إجباراً، بيد أنه عندما يتم هذا الاختيار وتحقق الوسيلة في واقع الحياة العملية، فإن آثارها المعروفة للجميع مقدماً تترتب عليها بالضرورة ومباشرة.

تعني المعرفة المسبقة لإلزامية التصرف القانوني في إطار نظام يحرص حرصاً دقيقاً على تطابق التصرف القانوني مع النمط المرسوم له في القانون المسؤولية الذاتية اللاحقة بمعنى أن الفرد يتمتع بالحرية الكاملة في المرحلة السابقة على إنشاء التصرف القانوني من حيث تقدير مدي ملاءمته له ففي مقدورته أن ينشئ التصرف القانوني أو لا ينشئه بينما لا سلطان له البتة على التصرف القانوني بعد انشائه على ذلك فإن المتعاقد في ظل القانون الروماني لا يملك أن يعدل في الآثار المترتبة على التصرف القانوني.

## ٣- اتفاق قاعدة الشككية والحالة القديمة للرومان:

إن القانون لا يمكن أن ينظر إليه باعتباره وحدة ذات كيان مستقل قائم بذاته، بل يجب أن يدرس من خلال كافة الظروف الاجتماعية التي ظهر فيها والدور الذي يقوم به هناك. فمما لا شك فيه أن القوانين والنظم تخضع في نشأتها وتطورها لعوامل البيئة التي نشأت فيها، ومعرفة الملامح البيئية لأي شعب من الشعوب يساعد حتماً على التعرف على نظمه السياسية والاجتماعية والقانونية.

**من هنا يصدق قول البعض: "إن روح الشعب وروح العصر ينصهران في بوتقة واحدة ومنها تشع روح القانون".**

**أولاً: من الناحية الاقتصادية** ← بدأ المجتمع الروماني كمجتمع زراعي مغلق محدود المعاملات قليل الاتصال بالعالم الخارجي فقد كان افراد كل جماعة يقومون بإنتاج ما يلزمهم بحيث لا يحتاجون إلي مبادلة الجماعات الاخرى وقد ترتب علي قيام النظام الاقتصادي علي مبدأ الاكتفاء الذاتي ان قلت المبادلات بين الاسر المختلفة. اما المبادلات بين روما والمدن المجاورة فكانت نادرة هي الاخرى هذه الاوضاع الاقتصادية كان لها بلا أدنى شك انعكاسات علي جانب شديد من الاهمية علي روح واحكام القانون الروماني القديم إذ كان التعاقد آنذاك نادراً لا يلجأ إليه الناس إلا عند الحاجة القصوي وكان يعتبر حادثاً خطيراً يستوجب العناية به والاحتفال بأمره مما يتفق والاوزاع الشككية المطلوبة .

**ثانياً: من الناحية الفكرية** ← قد تميز عصر القانون القديم من الناحية الفكرية بأن الشعب الروماني كانت تسوده الأفكار التي سادت لدى كل الشعوب البدائية، فلقد سادت لدى الرومان الأفكار التي تسود الشعوب الزراعية وهي المحافظة على التقاليد وعدم تجديدها والنظر إلى الأجنبي نظرة شك وريبة باعتباره من الأعداء، الأمر الذي أدى إلى حرمانهم حرماناً تاماً من الحقوق الخاصة والعامة على حد سواء.

**ثالثاً: من حيث طبيعة أحكامه** ← يتميز عصر القانون القديم بكونه يمثل مرحلة الطفولة بالنسبة للقانون الروماني، حيث انحصرت مصادر القانون في العرف ويلييه التشريع، وإن كان المصدر الثاني ثانوي الأهمية في هذا الصدد، وكان رجال الدين وهم من الأشراف المنوط بهم تطبيق القانون وتفسيره. القائمون على تطبيقه وتفسيره هم رجال الدين والتصرفات القانونية لا تنتج أثرها إلا إذا أفرغت في قالب شكلي ديني.



🔍 **يرى جانب من شراح القانون الروماني** أن مبدأ الشككية كان ينسجم تماماً مع التحررية المفرطة التي كانت تتميز بها المدنية الرومانية القديمة. ففي المجتمعات المعاصرة، حيث السلطة العامة قوية في مواجهة الأفراد، وتمتلك سلطة القضاء والفصل في المنازعات.

🔍 **بيد أن الأمر لم يكن على هذا النحو في ظل القانون الروماني القديم**، ذلك أن مدينة روما قد ظهرت نتيجة اندماج مجموعة من الأسر والعشائر القديمة، وكان أرباب الأسر ورؤساء العشائر يقومون بدور المشرع والقاضي كل داخل نطاق جماعته، ومن ثم نجدهم بعد أن تكونت المدينة وظهرت السلطة العامة فيها. وقد غمرتهم الغيرة علي استقلالهم القديم وأخذتهم الرغبة في الذود عن هذا الاستقلال في مواجهة السلطة العامة وفي مثل هذه الظروف فإن التصرفات القانونية التي يجريها أرباب الأسر والعشائر، تكون في الواقع بمثابة معاهدات وليست مجرد عقود أو اتفاقات فردية، ولا يكون للسلطة العامة، بالتالي، حق الإشراف عليها أو البحث في مضمونها أو فحواها، وحتى لا يكون هناك مجال لتحكم القاضي، أو يكون هناك شيء متروك لسلطته التقديرية، فقد أخضعت التصرفات القانونية لشككية بالغة الضيق والصرامة.

## س: وضع الآثار المترتبة علي قاعدة الشككية في القانون الروماني ؟

### ثالثاً: الآثار المترتبة علي قاعدة الشككية في القانون الروماني:

🔍 **القاعدة في القانون الروماني القديم** ← وجوب مراعاة الشكليات في التصرفات القانونية وعدم مراعاة هذه الشككية يعني بطلان العقد بصرف النظر عن إرادة الطرفين.

🔍 **هناك عدة نتائج قد تترتب علي هذه القاعدة:**

- ١- التفرقة بين العقد والاتفاق
- ٢- وجوب إفراغ العقد في احد النماذج المحددة علي سبيل الحصر
- ٣- التفسير الضيق للعقود.

#### ١- التفرقة بين العقد والاتفاق:

🔍 من النتائج الهامة التي أدت إليها قاعدة الشككية في القانون الروماني، التفرقة بين العقد والاتفاق، فالقانون الروماني طيلة عهود تطوره كان يميز بين العقد والاتفاق نتيجة لوجود أصل عام في هذا القانون يقضي بأن: "الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام ولا تحميه دعوى". فالعقد هو وحده، دون غيره من الاتفاقات، ينشئ الالتزامات. والاتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد إلا إذا أفرغ في نموذج من النماذج التي يعرفها القانون. من ثم كانت القاعدة في القانون الروماني "الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق". وقد ظلت هذه القاعدة سائدة حتى عهد "جستنيان"، أدخل عليها من استثناءات، إذ نصت الموسوعة على أنه: **لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي دعوى.**

🔍 **يرجع السبب في هذه التفرقة بين الاتفاق والعقد** إلي رسمية النظم القانونية في العصور الاولى حيث كانت الاحكام القانونية تنشأ من الاوضاع الشككية ذاتها لا من اتفاق الطرفين حيث كان لابد من قالب تصاغ فيه الارادة حتي تنتج الاثر المطلوب

🔍 إذا جاز التمييز في هذا الصدد، بين لحظة اتفاق الإرادتين ولحظة انعقاد العقد، نجد أن اتفاق إرادتي الطرفين لا تؤدي إلى إنشاء أي التزام.

🔍 العقد الشكلي محكوم بقانون غاية في الضيق. ومن هنا لم تثر مشكلات من قبيل التمييز بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد، فالعقد يوجد فقط عند إتمام الإجراءات الشككية على الوجه الصحيح، وفي العقود الشفوية عند النطق بالألفاظ والعبارات الرسمية دون تشويه.



## ٢- وجوب إفراغ العقد في أحد النماذج المحددة حصرياً:

لم يهتم فقهاء الرومان بصياغة نظرية عامة للعقد، ولكنهم انصرفوا إلى دراسة العقود المختلفة. وعدم اهتمام الفقهاء الرومان بصياغة نظرية عامة للعقد يرجع من ناحية إلى عقلية الفقهاء الرومان وطريقتهم في البحث ويرجع من ناحية ثانية إلى طبيعة القواعد القانونية لدى الرومان فقد وجهوا عنايتهم نحو الجانب التطبيقي للقانون ومدى ملائمة قواعده لحاجات العمل.

### قد ترتب علي ذلك:

إبتعادهم عن وضع نظريات عامة ذات طبيعة فلسفية ولم يحاولوا في الوقت نفسه إستخلاص المبادئ العامة من الحلول الفردية فجاء الفقه القديم خلواً تماماً من إرساء أي مبدأ قانوني عام إلا أنهم وجهوا عنايتهم نحو وضع حلول للمشاكل التي تقع في المجتمع ومن ثم اهتموا بالفروع دون الأصول .

حيث كان القانون الروماني في عصوره الأولى لا يعرف سوى الشكلية التامة في جميع المجالات، سواء في نطاق الأشخاص أم الأموال أم الالتزامات، ولذلك لم يكن يترتب على الإرادة ذاتها أي أثر قانوني بل كان هذا الاثر يترتب على الالفاظ والطقوس والإجراءات التي يقررها القانون ومن هنا كان أي خطأ في إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة وعلي العكس من ذلك فإن إستيفاء الإجراءات الشكلية كان يؤدي إلى ترتيب الاثر القانوني دون اهتمام بالإرادة ذاتها . ولا يهم أن تكون سليمة أو معيبة، ولا يهم أيضاً أن تكون مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدان أو غير مطابقة. ونتيجة لذلك فإن الإرادة ليس لها دور في إنشاء التصرفات القانونية ولا تستطيع تحديد اثر التصرف القانوني ومن هنا كان القانون هو وحده الذي يتكفل بتحديد الشكل الذي يتم به التصرف القانوني وهو الذي يحدد اثر كل تصرف وكانت التصرفات القانونية واردة في القانون علي سبيل الحصر . فالاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون.

من ثم فهناك **اختلاط جبري بين الاتفاق والأعمال الخارجية التي تعبر عن الاتفاق**، والاتجاه الطبيعي هو أن هذه الأعمال لم تكن مجرد إثبات للاتفاق، ولكنها شرط جوهري لتكوينه. فطريقة التعبير قد حددها القانون- في ألفاظ معينة منطوقة كانت أم مكتوبة أو في تسليم شيء - بصورة لا يمكن لمن يريد إنشاء تصرف قانوني أن يحيد عنها قيد أنملة، فيلتزم بها التزام الجسد بالجسد، وإلا استحال عليه إنشاء التصرف القانوني المراد إنشاؤه.

على الرغم من أهميتها، فإن العقود الشكلية أو الرسمية التي تولاهها القانون القديم بالتنظيم كانت قليلة العدد. بيد أنها من جهة أخرى كانت عامة التطبيق، بمعنى أنها كانت عبارة عن قوالب عامة للعقود. لم يكن يظهر الاختلاف بينها إلا من خلال الاختلاف في مضمونها فحسب. وقد انحصرت العقود الشكلية في ثلاثة عقود هي:

### س: تكلم عن عقد القرض كأحد صور العقود الشكلية ؟

#### ١- عقد القرض (النكسوم) :

أحد النظم الرومانية التي أثار تحديد طبيعتها خلافاً كبيراً بين شراح القانون المدني المحدثين، ويرجع اختلاف الرأي حوله إلى قلة وغموض النصوص التي تم التوصل إليها بشأنه،

**قد ذهب الرأي التقليدي** إلى أن (النكسوم) عبارة عن عقد قرض ينصب على مبلغ من النقود، ثم أصبح بعد ذلك وسيلة عامة للالتزام بمبلغ نقدي أو بأية كمية معينة من الأشياء التي توزن أو تعد أو تقاس، وسواء كان سبب الالتزام هو القرض أو أي سبب آخر، أي أن محله دائماً أبداً مبلغاً معيناً من النقود، أو قدراً محدداً من الأشياء المثلية، يسلمه الدائن للمدين.



🔹 **تبعاً لهذا الرأي** ← فإن هذا العقد كان عقداً شكلياً ينعقد بعبارة محددة، وأغلب الظن أن المقرض نفسه هو الذي كان يتفوه بها.

🔹 **ينتج عن النطق بالألفاظ المحددة والقيام بالإجراءات المقررة**، نشوء التزام على عاتق المدين محله الوفاء بما اقترضه في الموعد المحدد، وينشئ للدائن حقاً في إلقاء القبض على شخص المدين إذا لم يقيم بالوفاء في الموعد المحدد دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك. بمقتضى الإجراء المعروف باسم "إلقاء اليد". وهكذا كان عقد القرض يصلح بذاته كسنداً تنفيذياً يجيز للدائن التنفيذ بناء عليه، ويخول للدائن الحق في إلقاء اليد على المدين بما يستتبعه ذلك من سلطات يمارسها علي شخص المدين ومصدر التزام المدين بالوفاء واسترقاقه هو العبارات التي نطق بها الدائن.

🔹 **هكذا يتضح أن** عقد القرض عقداً شكلياً من عقود القانون الضيق يلزم جانباً واحداً هو المدين (المقترض) قد كان عدد الذين يقترضون بمقتضى عقد القرض كبيراً في بداية التاريخ الروماني، حيث كان المرابون من الأشراف يستغلون حاجة العامة إلى المال فيقرضوهم المال بفوائد باهظة، وكانت النتيجة الحتمية في أغلب الأحوال عجز المدينين عن الوفاء، وتعرضهم لإلقاء اليد، وما يستتبعه ذلك من تقييد لحريتهم وانتهاك لآدميتهم. لذلك أصدر مجلس الشعب **في عام ٢٢٦ ق.م.** قانون يعرف باسم "قانون بيتيليا بابريا"، حرم استخدام إلقاء اليد بالنسبة لمن اقترضوا نقوداً بمقتضى عقد القرض. وهكذا خفت حدة التنفيذ على شخص المدين، واقتصر الأمر على حبسه بدلاً من استرقاقه، وأصبح من اللازم الحصول على حكم قضائي للتنفيذ على المدين بمقتضى عقد القرض، ففقد هذا العقد مزاياه وقل استعماله بالتدريج، لوجود وسائل قانونية أخرى لدى الأفراد أقل تعقيد مثل عقد الاشتراط الشفوي.

كان الإلتزام الناشئ عن عقد القرض لا ينتج أثره في ذمة المدين المالية ولكنه يخول الدائن سلطة علي شخص مدينه دون حاجة لإستصدار حكم في الموضوع من القاضي فإذا حل أجل الوفاء بالدين وامتنع المدين أو عجز عن الوفاء كان للدائن أن يستولي علي شخصه وأن يضعه في الأغلال في سجنه الخاص وكان علي المدين أن يعمل لحساب الدائن إلي أن يستوفي حقه كاملاً وكان حاله أشبه بحال الأرقاء وإن لم يكن كذلك في نظر القانون فإذا امتنع المدين عن العمل أولم يتفق مع الدائن الأخير الحق في بيعه خارج أسوار مدينة روما أو قتله

## ب- الاشتراط الشفوي:

🔹 يعد الاشتراط الشفوي أهم العقود الشكلية لدى الرومان.

🔹 **الرأي السائد بين شراح القانون الروماني** ← أن الاشتراط الشفوي تمتد جذوره التاريخية إلى أصل ديني، حيث يجدون في ذلك تفسيراً لكون الشكل البسيط المتمثل في مجرد سؤال وجواب يؤدي إلى جعل الشخص ملتزماً بما تعهد به. ومجال استعمال الاشتراط الشفوي كان متسعاً للغاية، حيث تم استعماله لتحقيق أغراض متعددة، الأمر الذي أدى إلى تنوع مضمونه تنوعاً كبيراً، مما جعله بمثابة "قالب عام للعقود، يصب فيه المتعاقدان مختلف أنواع التعامل، فتنشأ عنه مختلف أنواع الالتزامات.

🔹 قد عبرت عن هذا المعنى مدونة "جستنيان" حيث ورد فيها: "إن الإلتزام القولي يتم مشافهة.. كلما أردنا أن نجعل أحداً يوجب على نفسه أن يعطينا شيئاً أو يؤدي لنا عملاً". ولذلك فإن الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للاشتراط متنوعة للغاية.

🔹 **من أمثلة تطبيقاته: إنشاء عقد بيع أو عقد قرض، تجديد التزام قائم، إبراء مدين من دينه.**

🔹 يتحقق الاشتراط الشفوي باعتباره عقداً شكلياً، بسؤال من الدائن وجواب من المدين، أي أنه يتم في صورة "حوار" بين المتعاقدين.



🔹 **قد ترتب على ذلك**، عدم جواز أن يكون أحد طرفيه أبكماً أو أصماً. ووجوب النطق بالألفاظ المقررة، وضرورة حضور الطرفين حيث لا يجوز انعقاده بين غائبين.

🔹 الاشتراط من العقود الملزمة لجانب واحد، كما أنه من العقود المجردة، حيث لا يذكر فيه سبب الالتزام، ولذلك فإن القاضي يحكم بمقتضى العقد، ولا يبحث أبداً في سبب الالتزام ما لم يدفع المدعي عليه بدفع الغش.

🔹 هو كذلك من عقود القانون الضيق ومن هنا فإن الالتزام المتولد عنه يجب تنفيذه بدقه كما يجب علي القاضي أن يتقيد عند تفسيره بعبارة الطرفين دون التعرض للظروف الخارجية فالقاضي لا يستطيع تفسير الاشتراط وفقاً لنية المتعاقدين كما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات العدالة بعد تقدير ظروف المتعاقدين بل إنه يلتزم النص الحرفي لعبارة العقد ولا ينحرف عنه .

🔹 كل ما على القاضي في هذا الصدد، أن يتثبت من صحة الإجراءات الشكلية للإشتراط، فإذا ثبت لديه ذلك كان عليه حتماً الحكم على المدين الذي لم يقم بتنفيذ ما تعهد به.

## ت- العقد الكتابي:

🔹 ظهرت العقود الكتابية في روما بعد انتشار الكتابة، حيث جرت عادة أرباب الأسر الرومانية منذ أواخر العصر الجمهوري، على الإمساك بدفاتر يدونون فيها إيراداتهم ومصروفاتهم وكل العمليات التي تتعلق بذمتهم المالية.

🔹 **وهذه الدفاتر كانت على نوعين:**

- 🔹 **النوع الأول: (دفتر اليومية)** ← فيه يقوم رب الأسرة بقيد جميع العمليات القانونية التي يجريها يوماً بيوم .
- 🔹 **النوع الثاني: (دفتر الخزانة)** ← فيه يقوم رب الأسرة في نهاية كل شهر بنقل حسابات الإيرادات والمصروفات من واقع البيانات المدونة في دفتر اليومية
- 🔹 **كانت صفحات هذا الدفتر تنقسم إلى عمودين متقابلين :**

**العمود الثاني ← للمنصرف.**

**العمود الأول ← للإيرادات**

🔹 هكذا فإن دفتر الخزانة كان **يشمل على نوعين من البيانات :**

- 🔹 **البيان الأول : يطلق عليه اسم (بيانات الخزانة)** ← وهي عبارة عن بيان بأسماء الأشخاص الذين أجريت معهم العمليات القانونية وهذه البيانات لم تكن تؤدي إلي نشوء التزامات وإنما كانت تقتصر فائدتها علي مجرد إثبات وجود إلتزامات نشأت من مصادر أخرى (فالمبلغ الثابت علي أنه قد تم صرفه علي سبيل القرض إلي شخص ما ينشأ الإلتزام برده عن عقد القرض وليس عن القيد الوارد في الدفتر)..
- 🔹 **البيان الثاني: يطلق عليه اسم (القيود المحولة)** ← ووظيفة هذه البيانات لا تقتصر علي مجرد الإثبات، وإنما كانت تنشأ عنها التزامات تحميها دعوى مقررة، وهذه البيانات المنشئة للالتزامات **تتخذ إحدى صورتين:**

- 🔹 **الصورة الأولى** ← تجديد الدين بتغيير شخص المدين وهي تفترض وجود اتفاق بين الأطراف الثلاثة (الدائن والمدين القديم والمدين الجديد)، ومصدر التزام المدين هو القيد الذي يجريه الدائن في دفتره.
- 🔹 **الصورة الثانية** ← تجديد سبب الإلتزام "نقل الأداء"، وكانت تنطوي على تجديد الرابطة القانونية ذاتها لا أحد طرفيها، فتحول إلى التزام كتابي التزاماً موجوداً من قبل ولكن كانت له طبيعة قانونية أخرى، والهدف من ذلك هو إسباغ صفة الإلتزام الكتابي على الإلتزام السابق للاستفادة من الحماية القانونية التي يضيفها القانون على الإلتزامات الكتابية باعتبارها من عقود القانون الضيق.

🔹 **بيد أن شراح القانون الروماني المحدثين اختلفوا في مدى إمكانية العقد الكتابي في إنشاء التزاماً غير موجود من قبل.**



🔹 **فذهب رأي** ← إلى أن مجال العقد الكتابي كان واسعاً لذلك فإن هذا العقد كان طريقة مجردة لإنشاء الالتزامات، شأن في ذلك شأن الاشتراط الشفوي، الأمر الذي يترتب عليه إمكانية استخدامه لخلق التزامات لا وجود لها من قبل.

🔹 **ذهب رأي آخر** ← إلى أن الأحوط، في ضوء عدم وجود نصوص، القول بأن العقد الكتابي يفترض دائماً وجود دين سابق وأن وظيفته كانت تقتصر على تجديد هذا الدين.

🔹 **من الجدير بالملاحظة** أن العقد الكتابي عقد شكلي من عقود القانون الضيق ينشأ إلتزامات علي عاتق المدين وحده ويستمد قوته من القيد الذي يجريه الدائن في دفتره والكتابة كانت الركن الأساسي للعقد الكتابي والقيد المنشئ للإلتزام هو القيد الوارد في دفتر الدائن في باب المصروفات وهذا القيد كان يقع بناءً علي إتفاق مسبق بين الدائن والمدين وكان الدائن يستطيع إثبات رضا المدين عن طريق شهادة الشهود أو المراسلات الكتابية بينهما وكان العقد الكتابي يمكن أن ينعقد بين غائبين كما كان محله دائماً مبلغ معيناً من النقود

🔹 لما كان العقد الكتابي من عقود القانون الضيق، **فإن القاضي لا يستطيع تفسيره وفقاً لنية المتعاقدين أو وفاقاً لمقتضيات العدالة**، بل كان يلتزم النص الحرفي لعبارة العقد ولا يتجاوزه أبداً. والعقد الكتابي أيضاً كان من عقود القانون المدني، ولذلك فإن استعماله كان مقصوراً كقاعدة عامة على الرومان دون غيرهم.

## ٣- التفسير الضيق للعقود:

🔹 كانت النتيجة الحتمية للفصل بين الإرادة والتصرف القانوني المرموز إليه بالشكل أن تخضع التصرفات القانونية في تفسيرها لطريقة مادية أو مطلقة فالعبارات الرسمية هي وحدها التي يمكن الرجوع إليها لتحديد نطاق ومدي الإلتزام ولذلك فإن الظروف السابقة علي الاتفاق والظروف المصاحبة لإبرامه والغاية المحتملة التي يسعى الطرفان إلي تحقيقها من خلال الاتفاق كل هذه العوامل المختلفة التي يرجع إليها القاضي في القوانين المعاصرة لتحديد مضمون ونطاق الإلتزام كانت أمراً يحظره القانون الروماني القديم بشدة لأن العبارات الرسمية وحدها هي التي تحدد مضمون الإلتزام وتبين نطاقه بغض النظر عن الإرادة المحتملة للطرفين ويمكن تبرير ذلك الاتجاه من القانون الروماني بأنه ما دامت قيمة التصرف مستقرة في الألفاظ التي تعبر عنه ولا شيء غير هذه الألفاظ فلا سبيل إلي تغيير مضمون اللفظ المختار اختياراً جيداً بطريق التفسير إذ أن نتيجة التفسير معروفة مقدماً علي وجه التأكيد .

🔹 إن الشكلية هي التي حتمت على الفقهاء تفسير القواعد القانونية والتصرفات القانونية تفسيراً حرفياً. وكذلك فإن القاضي يلتزم بتفسير العقد تفسيراً حرفياً، ولذلك تسمى العقود الشكلية بأنها من عقود القانون الضيق.

🔹 هكذا فإن القانون الروماني القديم، لم يكن بقادر على أن يقف على حقيقة التمييز بين حرفية العقد وبين ما انصرفت إليه إرادة الأطراف، على الرغم من أن الاختلاف بين الإرادة والألفاظ المستعملة في التعبير عنها قد يكون على درجة من الوضوح بحيث لا يحتاج في إثباته إلى إقامة الدليل عليه بل وعلي الرغم أيضاً من أن أحد المتعاقدين قد يكون علي علم بهذا الاختلاف أو عدم التوافق بين اللفظ وبين الإرادة الحقيقة لخصمه إذ يستوي أن يكون الخصم حسن النية أو سيئها وقد نتج عن هذا أن الفرد كان بإستطاعته أن يشل حقوق خصمه وأن يتخلص كلية من الاتفاق وذلك بأن يحترم العبارات والألفاظ الرسمية وإن خالفت الروح الحقيقية للإتفاق .

🔹 ربما كانت مثل هذه النتائج السلبية التي أفرزتها الشكلية المفرطة التي هيمنت على نظم القانون الروماني القديم، هي التي دفعت "شيشيرون" إلى صياغة عبارته الشهيرة: "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم".

🔹 على الرغم مما تنطوي عليه مثل هذه المبادئ من خروج على روح العدالة، إلا أنه لم تكن تصدم مشاعر الرومان آنذاك، وكان لأبد من الانتظار قرناً طويلة حتى يعاد النظر في تلك الأمور.

🔹 في ظل سيادة مبدأ الشكلية في القانون الروماني، كان من الصعب تصور ظهور مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية، نظراً للاحتياطات التي استلزمها قواعد الشكلية لإتمام التصرفات القانونية.



## س: تحدث عن الفصل بين القانون والأخلاق في القانون الروماني ؟

### المبحث الثاني الفصل بين القانون والأخلاق في القانون الروماني

#### تمهيد

من الحقائق المسلمة، أن الأخلاق الاجتماعية تعد السياج الذي يحيط بكافة التصرفات الاجتماعية. الحقيقة الأساسية والأولية، أن دور الأخلاق داخل المجتمع من الأهمية بمكان؛ لأنه يمثل التكوين الداخلي للنفس البشرية قبل انطلاقها للتفاهم مع الأفراد الآخرين، فهي إذاً سابقة في وجودها على تلك القواعد الاجتماعية.

الأخلاق تمثل إذاً استعدادات فطرية تستمد من البيئة والمجتمع استمداداً تلقائياً حتى تنغرس في ضمير الشخص ولا يستطيع منها فكاكاً، وتبين له الفرق ما بين الخير والشر بصفة عامة بمفهوم واسع أو مطلق. فكرة التفرقة ما بين الخير والشر، تعتمد بصفة عامة على ضرورة البحث عن تحقيق العدالة ولذلك فإن العدالة تلعب دوراً هاماً في تحقيق مقومات الأخلاق الاجتماعية وفي توفير العلاقات الاجتماعية الصحيحة بين الأفراد داخل المجتمع وعلي ذلك فإن محور العدالة هو السمة الأخلاقية .

**يلاحظ هنا** ← مدي التفاعل النفسي والاجتماعي ما بين مبادئ الأخلاق وأحكام العدالة حيث لا نستطيع أن نحكم علي تصرف ما بأنه يتفق أو لا يتفق مع أحكام العدالة إلا إذا استطعنا أن نحكم علي مدي صلته بتحقيق خير المجتمع وصلاحه من عدمه وهي أمور لا يتبلور إمكان تقييمها إلا من خلال أحكام ومبادئ الأخلاق .

النصوص القانونية الوضعية يصعب اقترابها من تحقيق العدالة داخل المجتمع، ما لم تتبع ذلك المنظور التطبيقي للأخلاق، حيث أن أكثر ما يدعم القانون وأحكامه هو إقترابه من مقتضيات الأخلاق.

#### أولاً: مضمون الأخلاق:

**يعرف علم الأخلاق بأنه** ← "العلم الذي يوضح معنى الخير والشر، ويبين ما ينبغي أن تكون عليه معاملة الناس بعضهم بعضاً، ويشرح الغاية التي ينبغي أن يقصدها الناس في أعمالهم وينير السبيل لعمل ما ينبغي".

الأخلاق إذاً هي فن تقييم الأفعال، أو هي فن تجريد الفعل عن المصلحة أو المنفعة التي تحرك عادة كل مسلك قانوني، في حين أن التصرف القانوني يحكم عليه عادة من خلال ما يحققه من مصلحة أو منفعة. مقتضيات الأخلاق تتميز بكونها مجردة عن الذاتية، كما أنها تتمتع بالثبات، وقد تحدث ظروف تؤدي إلى تخفيف نظرة المجتمع إلى من يخرج على هذه المقتضيات، إلا أن ذلك لا يغير من نظرة الأخلاق بالنسبة للمسلك.

لعل النظرة التحليلية المتعمقة إلي أفكار القدماء عن الفلسفة الأخلاقية توضح أن أغلب هذه المجتمعات أتاحت للأخلاق مكانة هامة وربطت ما بين العقيدة السائدة والمتأصلة لديهم وبين الأخلاق وكلما زاد الاعتقاد والتمسك بأهداب الديانة لدى أفراد المجتمع، كلما اتسع مجال تطبيق القواعد الأخلاقية وعدت هي الأحكام القانونية الواجبة الاتباع. مما يجعل التمسك بالدين أصل لكل فضيلة.

#### ثانياً: اتجاه الرومان إلى الفصل بين القانون والأخلاق:

لم يكن المجتمع البدائي القديم في غنى عن قواعد تنظم سلوك أفرادهِ وتفصل فيما يحدث من منازعات بينهم.

قد اختلطت القواعد القانونية في هذه المرحلة بغيرها من قواعد السلوك كالأخلاق إضافة إلى الدين، ومن هنا اختلط القانون بالدين والأخلاق.



قد نشأ القانون الروماني، كغيره من القوانين، نشأة دينية. وأصبحت القواعد القانونية غير متميزة عن القواعد الاجتماعية الأخرى التي امتزجت كلها بالدين. ثم ما لبثت أن تسود فلسفة جديدة ترى القانون مجرد عمل بشري.

**يعتبر صدور قانون "الألواح الإثنى عشر"** بداية مرحلة انفصال القانون عن الدين وقواعد السلوك الأخرى ومنها الأخلاق.

علي الرغم من انفصال القانون عن الدين منذ عهد قانون "الألواح الإثنى عشر" فإن الرومان لم ينظروا إلي القانون والدين باعتبار أن لكل منهما نطاقاً خاصاً يستقل به عن الآخر فالإنفصال لم يكن تاماً نظراً لوجود غاية مشتركة يسعيان إليها وهي حفظ النظام داخل المدينة والعمل علي تحقيق النفع العام فهما يرسمان إذا قواعد السلوك في المجتمع والفارق بينهما ينحصر في أن قواعد الدين تعني الأوامر الإلهية الصادرة علي لسان ممثلي الألهة (الملك والكهنة) بينما قواعد القانون تعني القواعد الصادرة من ممثلي الجماعة الرومانية لذلك نجد الرومان يطبقون قواعد الدين في الحالات التي لا يوجد لها حكم في قواعد القانون سواء كانت هذه الحالات تتعلق بالعلاقات الدولية أم تتعلق بالقانون المدني

لقد فصل القانون الروماني، منذ وقت مبكر بين الدين والقانون من ناحية، والقانون والأخلاق من ناحية أخرى فمصدر القاعدة القانونية هو دائماً النشاط الإنساني سواء تمثل ذلك في تشريع صادر عن السلطة المختصة أو عرف أو أحكام قضائية أو تفسيرات فقهية فقد عمل الرومان علي فصل قواعد القانون عن غيرها من القواعد وهذا أهم ما يميز القانون الروماني عن غيره من الشرائع القديمة .

## لقد ترتب على الفصل بين الدين والقانون عند الرومان نتيجة أخرى

الفصل بين القانون والأخلاق، حيث توجد علاقة وثيقة بين الدين والأخلاق.

الدين يشتمل على المبادئ التي تنظم علاقة المرء بربه - وهو ما يطلق عليه العبادات - والقواعد التي تنظم علاقة المرء بنفسه أو بغيره وهي تشمل الأخلاق.

## ثالثاً: آثار الفصل بين القانون والأخلاق:

أقام الرومان حداً فاصلاً بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية، وقد كانت النتيجة الحتمية لذلك الفصل، سيادة النزعة الفردية في القانون الروماني حتى طغت عليه، وجعلت من نظمه المختلفة نظاماً مشبعة بروح الأنانية في العديد من الحالات.

**القانون المدني الروماني** كان في الأصل قانون الأشراف، لذلك جاءت نظمه كلها في البداية لصالح هذه الطبقة. كذلك اهتم القانون الروماني القديم بحماية الدائن أكثر من حماية المدين، حيث كان المدينون يعاملون بمنتهى القسوة وعدم الرحمة، فالصورة الأولى للضمان الممنوح للدائن طبقاً لعقد القرض في القانون الروماني كانت شخص المدين ذاته. كما أن المذهب الفردي يلقي على الفرد ما يمكن أن يسمى بالمسؤولية الذاتية. فإن الفرد يتمتع بالحرية الكاملة في المرحلة السابقة على التعاقد، ولكن إذا قرر أن يتعاقد فليس له أن يتملص بطريقة أو بأخرى من الآثار التي ترتبت على هذا التصرف. وقد كان ذلك كله نذيراً بخلق أوضاع اتسمت بالظلم البين، وقد ساعد على رواجها عدم الاكتراث بالجانب الأخلاقي، بل وانحداره من جانب الرومان القدامى.

قد أدت هذه الأمور إلي أن فقهاء الرومان القدامى لم يعرفوا كثيراً من القواعد والنظريات القانونية التي تستند في جوهرها علي أسس أخلاقية مثل القاعدة التي تلزم الشخص باحترام كل ما تعهد به ولا القاعدة التي تقضي بضرورة تعادل التزامات الطرفين ولا حماية الطرف الضعيف في العقد ولا إلزام الشخص بعدم إساءة إستعمال حقه ولا واجب مساعدة الغير وكانت النتيجة أن ساد الظلم المعاملات القانونية .



في مثل هذا المناخ لم يقيم أي اعتبار لمسألة حسن أو سوء النية، ومن ثم نجد أن التشريعات التي أقامت فاصلاً حاداً بين الأخلاق والقانون لم تأخذ مبدأ حسن النية في الاعتبار، وذلك بعكس التشريعات الأخرى التي أفسحت للأخلاق بين جنباتها مكاناً.

**س: اكتب بحثاً حول ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني ؟**

## الفصل الثاني: ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني

### تمهيد

من المتفق عليه بين شراح القانون الروماني، أن الشكلية كانت الطابع المميز له طيلة عصور القانون القديم، سواء في ذلك نظم القانون العام أم القانون الخاص.

بيد أن المجتمع الروماني أصابه تطوراً كبيراً. في بادئ الأمر، كانت روما مكونة من عدة أسر وعشائر تعيش كل منها على مبدأ "الاكتفاء الذاتي". حينما اتسعت روما واندمجت الأسر في بعضها وتعددت المعاملات، تخلت الدولة عن رقابتها وتركت للأفراد حرية تنظيم علاقاتهم بعضهم البعض الآخر، ويرجع هذا التطور أيضاً إلى تحول المجتمع من مجتمع "زراعي مغلق" إلى مجتمع "تجاري مفتوح"، حيث تكثر المعاملات، وينفر الناس من الشكلية. كما أن هناك عامل رئيسي في تطور المجتمع الروماني، وهو اتصال الرومان بالإغريق وانتشار الثقافة الإغريقية بينهم.

**أضف إلى ذلك** أن الثقافة الإغريقية مدت الفقهاء والبريتور بكثير من الأفكار الجديدة، مثل الثقة والأمانة والعدالة وحسن النية، التي بنوا عليها كثيراً من الأحكام القانونية التي استحدثوها واستخدموها في تفسير القواعد الموجودة بين أيديهم. كما أنه مما لا شك فيه أن الديانة المسيحية كان لها تأثير على تسرب فكرة الأخلاق إلى دائرة القواعد القانونية الرومانية.

لقد كان لهما العاملان أثراً عميقاً في ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني.

### المبحث الأول : التخفيف من حدة مبدأ الشكلية وأثره على ظهور مبدأ حسن النية

#### أولاً: العامل الاقتصادي وتخفيف حدة مبدأ الشكلية:

من المسلم به لدى فقهاء القانون، أن هناك رابطة محكمة بين القانون والمجتمع، أخذاً وعطاءً، جموداً وتطوراً. من الضروري لحسن فهم نظام قانوني معين، أن نأخذ في الحسبان المعطيات الاقتصادية والاجتماعية التي تشكل نسيج المجتمع الذي يحكمه هذا النظام القانوني.

**في الفترة الأولى من تاريخ روما** ← ساد الاقتصاد الزراعي، كانت المبادلات نادرة، سواء في الداخل أو بين روما وغيرها من البلاد الأخرى، ويرجع ذلك إلى عزلة روما وسيادة مبدأ الاكتفاء الذاتي، وقد حدث عند بداية القرن الرابع قبل الميلاد أن أطلت بوابر التعامل التجاري بين روما وبين بعض المدن خارج حدود إيطاليا، تدعمت مع الزمن بتلك المعاهدات التجارية التي كانت أهمها على الإطلاق تلك التي عقدتها روما مع قرطاجنة عام ٣٤٨ ق.م.

**هكذا حدثت في روما ثورة اقتصادية** أدت إلى تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري مفتوح، وهذا بدوره أدى إلى تطور اجتماعي وقانوني.

علي ذلك نجد أن روما خرجت من عزلتها القديمة والتقت مع العالم الخارجي أخذاً وعطاءً وتغيرت من ثم نظرة الرومان إلي كل ما هو أجنبي وكنتيجة طبيعية لفتح روما للبلاد المتاخمة لحوض البحر الأبيض المتوسط أصبحت روما المركز التجاري الأول الأمر الذي أدى إلي نشاط كبير في التجارة الداخلية



والخارجية وامتد النشاط التجاري إلي عمليتي الإستيراد والتصدير علي حد سواء وإذ كانت روما المركز الأول الرئيسي للتجارة بدأت تفد إليها وفود التجار من كل صوب ومن كل الأجناس وبدأت معهم الإزدهار وتخصص الكثير منهم في اعمال البنوك والأئتمان أطلق عليهم أسم **( الصيارفة ) وكانت النتيجة.**

أن أعلنت روما ثورة إقتصادية دعمت وباركت التحول الذي أصاب المجتمع الروماني صوب مجتمع تجاري مفتوح وهذا بدوره أدى إلي تطور إجتماعي وأيضاً قانوني وكان لابد لإحكام التوازن أن تتولد ثورة فكرية تعيد لروما توازنها مع التيار الجديد فالمعاملات التجارية لابد أن تتم بإجراءات بعيدة عن الشكلية إجراءات تتسم بالسرعة والإبتعاد عن كل ما يؤدي إلي عرقلتها كل هذا يخالف النظم العتيقة المعمول بها لدي الرومان مما أدى إلي نفور الرومان من هذه القواعد الشكلية لمخالفتها لما توجهه التجارب من سرعة المعاملات والإجراءات .

انتقل القانون الروماني من **مرحلة الجمود إلى مرحلة المرونة**، ومن العبودية الكاملة للشكلية إلى أعمال دور الإرادة في جنبات القانون الخاص، علاقات وروابط قامت على الثقة وحسن النية في حمى فكرة العدالة. وبذلك- كما قرر بحق **"شيشيرون"** - أصبحت حسن النية ممثلة للقاعدة المثلى في تفسير العلاقات القانونية، وعلى هديها وجب تنفيذ كافة التعهدات.

## ثانياً: العامل الفلسفي وتخفيف حدة مبدأ الشكلية:

**المرحلة الاولى (مرحلة التهيئة) ←** عاشت روما فاعلة ومتفاعلة مع ما حدث من تطورات في حياتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، بيد أن الحدث الهائل الذي أدى بها صوب آفاق جديدة بحق كان "الفكر الفلسفي الإغريقي".

على أثر ذلك فتحت روما بدورها أبوابها واسعة أمام الإغريق، وبدأت أشعة الحياة الإغريقية تطل على كل دروب المدينة. وبفضل هذا اللقاء ظهر أول نبت للفلسفة مع الفقه، وبالتالي مع القانون الروماني.

طن الإغريق إلي ضرورة تهيئة العقل الروماني الجامد والانسان الروماني الذي تسيطر علي نفسه افكار الغلظة التي هيأته لان يكون في واقعيته إنساناً محارباً فظهر الأدب المسرحي ابتغاء تحريك ذلك الجمود الذي ران علي العقل والانسان الروماني وكانت مرحلة التهيئة الأولى هذه أقصى واصعب ما حوله الاغريق في بداية نشرهم لثقافتهم وقد أشار بعض الكتاب إلي أن بداية التأثير الثقافي الإغريقي جاء عبر الادب.

**المرحلة الثانية←** التي امتزج فيها ذلك الصنف من الأدب بالفلسفة وتعاليمها، حيث ظهرت عبارات على ألسنة أبطال الروايات المختلفة تخاطب فكرة العدالة والفضيلة، وقد نشرت هذه المسرحية جواً من الفضيلة والأخلاق في نفوس جمهور الرومان.

لا ريب أن سيلاً من المبادئ الفلسفية والأخلاقية تدفقت إلي قلوب وعقول الرومان، من خلال تلك المسرحيات، وتأثرت بها كافة أوجه أنشطتهم بما في ذلك القانون غير أن مدي هذا التأثير يحتاج إلي بعض الإيضاح: فالشعوب التي تخضع لمؤثرات ثقافية خارجية نوعان:

**النوع الأول:** ينتقل إليها المفاهيم والسلوكيات الناتجة عنها دون تغيير أو تحوير يذكر.

**النوع الثاني:** هو الذي يمرر تلك المفاهيم والسلوكيات علي عقله الاجتماعي فينبذ منها ما لا يتوافق وطبيعته ويقبل ما يتفق معها، وحتى ما يقبله يمر بفترة احتضان تجلعه يتخلص من مظاهره الغربية ليصبح كما لو كان وطنياً خالصاً.

النوع الاول من الشعوب هي شعوب لا هوية لها ولا ثقافة خاصة بها تثير فيها روح الاعتزاز بينما شعوب النوع الثاني والرومان منهم بلا شك يملكون ثقافة خاصة يعتزرون بها وهوية يتمسكون بها.

**المرحلة الأخيرة←** تتمثل في الفلاسفة الذين زاروا روما في أعمال رسمية، ووجدوا الفرصة سامحة ليعلنوا مبادئ الفكر الفلسفي المذهبي.



عند هذه النقطة تكونت شخصية الفقيه الفلسفية، حيث كانت النظريات الفلسفية، التي بلورها أقطاب الفلسفة اليونانية من أمثال "أرسطو" قريبة من الفكر القانوني، وقد أخذ كثير من فقهاء الرومان صوغ هذه النظريات واستعملوها في فقههم الجديد.

لعل الحدث الحاسم والهام في تاريخ الفكر الروماني جاء إثر البعثة الرسمية التي وفدت إلى روما عام ١٥٥ ق.م والتي تكونت من ثلاثة من أعظم وأقدر فلاسفة الإغريق وهم : (كريتولاوس) و(دوجين البابلي) و(كارنياد) وقد بدأ الفلاسفة الثلاثة بنشر مذاهبهم الفلسفية بين الخاصة والعامة في صورة محاضرات لقد زعزعت هذه المحاضرة عقائد الرومان وأخذت بها صوب يقظة الفكر وتحليل الأمور في هدي من الإرادة الإنسانية ولم تستطع روما ان تصد هذا الغزو الفكري اليوناني .

في هذا الصدد، يتضح لنا ← أن اتجاهات فلسفية متنوعة غزت العقل والوجدان للإنسان الروماني، حاكماً كان أم فقيهاً، واعتنقوا ما شاءهم ذوقهم من ألوان تلك الفلسفة، فلسفة سقراط، أفلاطون، الفلسفة الأكاديمية القديمة والحديثة، فلسفة أرسطو، الفلسفة الفيثاغورية، والفلسفة الأبيقورية، إلا أن الفلسفة الرواقية بصفة خاصة وجدت طريقها في سهول ويسر واستهوت تماماً على مشاعر الرومان وكتبت لها الغلبة على سائر ألوان المذاهب الفلسفية الأخرى.

قامت الفلسفة الرواقية علي فكرة المجتمع العالمي حيث جميع الناس فيه متساوون ويحكمه العقل فالعقل هو قانون الطبيعة ومقياس لما هو عادل وحق أينما كان فهو ثابت وغير متغير وملزم للجميع حكماً كانوا او محكومين لانه في الوقت ذاته قانون الله فالطبيعة عند الرواقيين مرادفة للعقل، والعقل مرادف لله لذلك فإن القانون الطبيعي عندهم هو القانون الذي يستمد من العقل وهو قانون ثابت غير متغير ويحكم العالم بأسره وهو في نفس الوقت القانون الذي يميله الله والكون عند الرواقيين هو المدينة الكبرى، المدينة العالمية التي يتعايش فيها البشر والآلهة والتي يرتبط كل واحد فيها بالآخرين، ويحكمها القانون الإلهي الذي يغذي كل القوانين الوضعية، إنه العقل الكلي الذي يعتبر كل عقل فردي فرع منه، ومن العبث أن يحاول الإنسان التمرد علي إرادة الطبيعة التي هي في ذات الوقت العناية الإلهية أي القدر.

ورغم إيمان الفقهاء الرومان العميق بمدى هذا الفكر العظيم الذي نادى به الفلاسفة الإغريق، إلا أن نفرًا منهم، تقدم إلى مجلس الشيوخ في حماس ليستحثه على سرعة إصدار قرار "بألا يعود إلى المدينة الهادئة أناس يتسمون بالخطورة". وكانت النتيجة صدور قرار من مجلس الشيوخ بإبعاد جميع الفلاسفة والخطباء الإغريق نهائياً من روما، إلا أن مثل هذه القرارات لم تقف حائلاً دون استقبال بعض الأسر الأرستقراطية الرومانية لكثير من الفلاسفة الإغريق. كما أن الفلاسفة الذين تم إبعادهم كانوا قد خلفوا من ورائهم بذور ثورة فلسفية عانقت قلوب وعقول شباب روما ورجالها، صهرتهم تماماً حتى باتوا في عشق للدراسة الفلسفية والدفاع عنها.

هكذا تمكنت أشعة شمس الفكر الفلسفي أن تنتشر عبر العقول الرومانية، وأثمر الفكر الفلسفي الإغريقي في دنيا الفقه والقانون الروماني، وكان له الفضل العظيم في تحريك جمود الفكر الروماني بكافة أبعاده، وأتى بجديد في المبادئ والنظريات القانونية وقضى على كثير من المبادئ والنظريات البالية، وتجلت الأحكام والمبادئ والنظريات في إطار من العدالة وبفضل الفقهاء الرومان تحولت المذاهب الفلسفية إلي فلسفة عملية ووجدت طريقها الطبيعي تجاه التشريعات الرومانية وبفضلها جاءت هذه النصوص متفقة تماماً مع هذا الاتجاه الفكري الجديد وكان عليها ان تسير التطور في المجتمع الروماني الذي تحرك في ظل هذه الافكار المتمسة بالعدالة والانسانية .

قد كان للفلسفة الرواقية الفضل في إظهار فكرة العدالة عند الرومان، تلك الفكرة التي تلقفها فقهاء الرومان وخطباؤها وضمونها قانون روما، ولقد تجلى الدور الخلاق للعدالة في دنيا المعاملات، فموجبها وجب أن يعيش الإنسان في ظل من الشرف والأمانة التي يجب أن تسود البشر جميعاً. وقد تولى فقهاء روما وحكامها تطبيق الأفكار الفلسفية الإغريقية في شتى فروع القانون بمبادئه ونظرياته ونظمه، وقد أخذ بتلك الأفكار بريتور المدينة وبريتور الأجانب.



## س: بين أثر العدالة علي الفقيه والبريتور ؟

### أثر العدالة علي الفقيه والبريتور:

العدالة ← شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه هذه الفكرة السامية الكامنة في نفس الأنسان تناولها الفلاسفة وأعتبروها إحدى الفضائل الأربع وفكرة العدالة **كما يقول هؤلاء الفلاسفة تتضمن عنصرين:**

← (علم وفن) أو (معرفة وعمل)

لا يكفي أن يعرف الإنسان ما هو عدل وخير بل يجب عليه أن يطبقه في تصرفاته وعلاقاته مع الآخرين  
قد قسم الفلاسفة الإغريق العدالة إلى نوعين:

العدالة بمعناها العام ← ذات صلة وثيقة بعلم الأخلاق وقد عرفها الفلاسفة بأنها توافق وانسجام بين قوى النفس بواسطة العقل،

العدالة بمعناها الخاص ← جوهر القانون ومنبعه وعرفوها على هذا المعنى بأنها إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب وإعطاء كل ذي حق حقه.

كان فلاسفة الإغريق لا حظوا أن العالم يسير وفق قانون عام لا يخرج عن سلطانه شيء ثابت أزلي لا يتغير بتغير الزمان أو المكان مما يدل علي أن هناك قوة عليا تنظمه ويسير وفق سنين ثابتة هذه القوة المنظمة أسماها الفلاسفة بأسم (الطبيعة) ونسبوا القانون الذي يسير العالم وينظمه إلي تلك الطبيعة وأطلقوا عليه (قانون الطبيعة) وقانون الطبيعة لا يخرج عن حكمه شيء في العالم فهو يحكم سائر الكائنات ويهدف إلي تنظيم العلاقات بينها بغية تحقيق الإنسجام والتناسق في العالم ولكن الطبيعة وإن كانت لم تفرق بين الإنسان والحيوان في بعض الحالات مثل بعض الغرائز إلا أنها ميزت الإنسان عن سائر الحيوانات بأن وهبته العقل الذي انبثقت عنه بعض الأفكار مثل الديانة والاعتراف بالجميل والإحترام والصدق . هذه الأفكار العديدة أوحى بها الطبيعة بقصد تحقيق الإنسجام بين أفراد المجتمع وبقصد الوصول إلي نفهم العام وتطبيق هذه الأفكار في العلاقات الإجتماعية هو الذي يؤدي إلي تحقيق العدالة ومجموعة هذه الأفكار تكون (قانون الطبيعة).

يجب علي الإنسان في حياته اليومية بل وعلي كل من الفقيه والقاضي والمشرع نفسه أن يسير علي مبادئ قانون الطبيعة وفكرة قانون الطبيعة هذه هي التي جعلت فلاسفة الإغريق وخاصة المدرسة الرواقية يتجهون في فلسفتهم وجهة إنسانية أخلاقية .

يكاد ينعد إجماع الباحثين على أن الفضل الأكبر في ترجمة "مفهوم العدالة" في صوغها القانوني في روما،

يرجع إلى "شيشيرون"، حيث تمكن - بحكم عمله كمحام - من مزج فلسفة أساتذته الإغريق بالواقع العملي، عندما استخدم فكرة العدالة في كثير من مرافعاته، وتمسك بسمو القانون الأخلاقي على القانون الوضعي.

قد عرّف "شيشيرون" العدالة بأنها: "عادة إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام"، ويقترب من هذا التعريف ما رده الفقيه "أولبيانوس" بأن العدالة هي: "إرادة دائمة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه". وعند هذه الفكرة الأخيرة "أن يُعطى كل ذي حق حقه" تلتقي دائرة العدالة بدائرة القانون عند فقهاء الرومان.



🔹 **لذلك عرف الفقيه "سلس" القانون بأنه: "فن الخير والعدل"** ← هذا التعريف إلا ترجمة صادقة للفكرة الفلسفية ونتيجة من نتائجها. وقد أخذ فقهاء روما من هذا التعريف طريقاً لتطبيقه في شتى الميادين والعلاقات القانونية، وفي ذلك تزكية واضحة لأثر الفلسفة على الفقه والقانون الروماني. ومن ثم سيطرت فكرة العدالة علي العلاقات التي تدور بين أروقة المجتمع وبالنسبة لتصرفات الأفراد وحكمت علاقاتهم بمنطق الشرف والسفة والأمانة وهكذا أرتبطت العدالة بالقانون برابطة لا انفصام لها حيث ربط الفقهاء الرومان بين الجانب الخلقي للعدالة وبين جانبها القانوني فالعدالة ليست فضيلة اخلاقية فحسب بل إنها أيضاً ضرورة قانونية لأن القانون يعتمد عليها ومنها يستمد صيغه وأحكامه .

🔹 قد ظهرت رغبة الفقهاء الرومان في البحث عن إيجاد التقارب الذي يربط بين المفهوم السامي والذي تمثله العدالة وما بين القانون فكانت وجهتهم إذاً إلي الطبيعة تلك القوة التي أحدثت الأشياء في العالم ونظمت فيه حركته ومن أعماق ذلك المفهوم ظهرت العدالة أساساً للقانون في نفس الوقت وغايته التي يرمي الوصول إليها فهي روحه وجوهره إنها كما عرفها الفقيه (أولبيان) أن يعطي كل ذي حق حقه.

🔹 في الحقيقة لم يفعل هذا الفقيه وسائر فقهاء روما أكثر من ترديد نفس المعاني التي نادى بها الفلاسفة الإغريق (الفيثاغوريون والأرسطيون والرواقيون). وحينما أضفى الفقيه "أولبيان" على العدالة في تعريفه لها صفة الإرادة، وهي في نظره إرادة دائمة ودائمة، كامنة في النفس البشرية، ومن هنا فإن العادة والإرادة ليستا إلا فرعين لفضيلة العدالة.

🔹 **من هنا فإن فكرة** العدالة في هذا الإطار إنما تسيطر تماماً على تلك العلاقات التي تدور بين أروقة المجتمع وبالنسبة لتصرفات الأفراد وتأتي لتحكم علاقاتهم بهذا المنطق.

🔹 **من هنا نجد** صدى لهذه الأفكار عند الرومان والتي عبر عنها "أولبيان" راسماً بذلك إطار هذه الصورة، بأنه يجب على الإنسان أن يعيش بأمانة وألا يضر أحداً وأن يعطي كل ذي حق حقه.

🔹 بذلك فقد استعان الرومان بمبادئ العدالة لتخفيف حدة الرسميات والشكليات التي كانت تسود القانون الروماني، فمبدأ حسن النية، وهو من أهم تطبيقات فكرة العدالة، يقضي علي الشخص بالوفاء بتعهداته حتي ولو لم يكن قد أفرغ في صورة شكلية .

🔹 **ترتب على ذلك** إلغاء بعض التصرفات ذات الطابع الشكلي مثل عقد القرض الرسمي. ثم وصل بهم الأمر إلى حد تغليب المعنى على اللفظ في عقد الاشتراط منذ صدور مرسوم الإمبراطور "ليون" عام ٤٨٢ ميلادية. وظهر أثر فكرة العدالة في تفسير النصوص والتصرفات القانونية فالمبدأ القديم كان يقضي بالتمسك بحرفيه النصوص وقد كان هذا التطبيق الحرفي لنصوص القانون يؤدي في بعض الحالات إلي نوع من الظلم وقد عبر الفلاسفة والفقهاء عن ذلك بقولهم "المغالطات في الحق منتهى الظلم" ولذلك ظهر اتجاه جديد يقضي بعدم التمسك بحرفية النصوص والانسياق وراء تطبيقها البحث بل تجب مراعاة العدالة في تفسير النصوص .

🔹 **هذا الاتجاه الجديد** في التفسير طبقوه أيضاً على الشروط التي يضمنها الأفراد عقودهم، فأصبحوا يطالبون بضرورة البحث عن إرادة الطرفين الحقيقية وتغليبها على الألفاظ التي يستعملونها بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، حتى ولو كان العقد من العقود الشكلية، وترتب على ذلك أن اتسعت سلطة القاضي في تفسير الاتفاقات .

🔹 بدأت تتردد عبارات العدالة ومبدأ حسن النية بين نصوص فقهاء العصر العلمي، عبارات رسمت مبادئ وأحكام جديدة كانت مجهولة تماماً في نصوص القانون القديم.



## المبحث الثاني : التخفيف من حدة الفصل بين القانون والأخلاق

### وأثره على ظهور مبدأ حسن النية

من المسلم به بين شراح القانون الروماني المحدثين، أن الديانة المسيحية لم تؤثر على الفقه والقانون الروماني خلال العصر العلمي؛ لأنها كانت محل اضطهاد من الأباطرة، ولم يبدأ انتشارها في الدولة الرومانية إلا مع القرن الرابع للميلاد.

**من الجدير بالذكر** أن الديانة المسيحية لم تتعرض للمبادئ القانونية واقتصرت على نشر المبادئ الروحية والخلقية، ولعل ذلك راجع إلى البيئة التي نشأت فيها الديانة المسيحية، فقد نشأت في الشرق، في وسط يهودي تسوده الشريعة اليهودية، وهي شريعة منظمة لأمر الدين والدنيا. لذلك لم تكن تلك المجتمعات التي نشأت فيها الديانة المسيحية أو انتقلت إليها في حاجة إلى تنظيم، ولكنها كانت في حاجة ماسة إلى الهداية الروحية والخلقية.

إذا كان تأثير الفكر المسيحي على الإمبراطورية الرومانية قد انصب أثره أساساً على المجال الاجتماعي، إلا أن التأثير في المجال الاجتماعي لا بد أن تنسحب آثاره بالضرورة على المجال القانوني. فقد أنشأت المسيحية في واقع الأمر حركة إجتماعية جديدة في الإمبراطورية الرومانية أثرت بقوة علي نظم القانون في كافة المجالات وإن ظهر هذا التأثير بشكل أوضح في مجال النظم القانونية المرتبطة بمسائل الدين والعقيدة كالأحوال الشخصية .

**قد اختلف الباحثون** في تقدير الأثر الذي أحدثته الديانة المسيحية في القانون الروماني، وقد بالغ البعض في تقدير هذا الأثر كما بالغ البعض الآخر في إنكار هذا الأثر، ويتوسط هؤلاء وأولئك فريق وسط يرى أن المسيحية أتمت ما بدأتها الفلسفة اليونانية فأيدت مبادئها وساعدت على تحقيقها.

**لقد ذهب جانب من شراح القانون الروماني** إلى القول بأن الأخلاق المسيحية لعبت دوراً رئيسياً في إدخال فكرة حسن النية في القانون الروماني. حيث أن الفقهاء والأباطرة لم يبتدعوا هذه الفكرة مخالفين بذلك القواعد التقليدية للقانون الروماني بل استلهموا فقط في هذا الصدد بعض مبادئ العدل والأخلاق المستوحاه من الديانة المسيحية .

**من الجدير بالذكر** في هذا الصدد أن أقوال (القديس أمبرواز ) كانت تحظر علي المسيحيين الحصول علي فائدة أو القيام بأي عمل من شأنه إلحاق الضرر بالذمم المالية للآخرين وهذه الأفكار تعد غريبة علي القانون الروماني خلال العصر العلمي .

### ← رأي الدكتور

**نحن نعتقد**، مع جانب من الفقه، أنه لا يمكن إنكار أن الأخلاق المسيحية كان لها علاقة بالتغيير الذي حدث في هذا الصدد، إلا أنه يجب أن نعترف أيضاً بأن الفلسفة الرواقية كان لها تأثيراً كبيراً في العديد من المجالات على تعاليم الديانة المسيحية.

لقد تأثر الكتاب المسيحيين بالأخلاق الرواقية، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن تلك الروح الجديدة التي سادت على أثر الديانة المسيحية هي التي سمحت للمبادئ الفلسفية العتيقة بأن تخترق مجال القانون بحرية أكبر مما كان عليه الحال في العصر العلمي.



## الفصل الثالث : تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني

أصاب المجتمع الروماني خاصة منذ نهاية الحرب البونية الثانية حوالي عام ٢٠٠ ق.م تطوراً كبيراً سواء من الناحية الاجتماعية أم الإقتصادية أم الفكرية وإذا كان هذا التطور يرجع إلي تحول المجتمع الروماني إلي مجتمع تجاري مفتوح وإنتشار الثقافة الإغريقية فإن هذه العوامل أسهمت في تطوير المجتمع الروماني بصورة أصبحت معها قواعده القديمة القائمة علي الشكلية غير قادرة علي مواجهة حاجات الناس وغير متمشية مع ما أصابهم من تطور فكري واقتصادي وإجتماعي وكان عبء تطوير القانون الروماني يقع علي عاتق الفقهاء والبريتور .

### س: بين أثر العدالة علي الفقيه والبريتور ؟

#### المبحث الأول : دور الفقهاء في تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني

فقد ظهرت مع قانون الألواح الإثني عشر وما تبعه من قوانين، عدة قواعد قانونية عرفية متولدة عن التفسير، تقوم إلي جانب هذه القوانين لتكملة أحكامها، وازدادت أهميتها بالتدريج حتى صارت بمثابة مصدر مستقل للقانون، مكتسبة هذه الأهمية على الأخص من مركز القائمين على التفسير.

#### أولاً: طبيعة دور الفقه بوجه عام في القانون الروماني:

كانت مهمة تفسير القانون لدى الرومان في بداية الأمر يحتكرها رجال الدين، حيث أن معرفة القانون وتفسيره كان من اختصاص مجلس الكهنة الذي كان مكلفاً بالاحتفاظ به، باعتباره سراً من الأسرار الدينية، ولا يكشف عنه إلا أثناء سير الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد، والتي كانت تجري أمام رجال الدين وتحت رقابتهم.

#### قد ترتب على إصدار قانون الألواح الإثني عشر:

الكشف عن القواعد والنظم القانونية التي كان أساسها العرف والتقاليد، ومع ذلك ظلت صيغ الدعاوى والتصرفات القانونية وأيام التقاضي سراً لا يعلمه إلا رجال الدين. وقد ظهر النشاط الفقهي لرجال الدين طوال احتكارهم لعلم القانون وسيطرتهم عليه تحت تسمية التفسير، ولكن نشاطهم في الحقيقة لم يقف عند حد التفسير وشرح قاعدة قانونية موجودة، بل إنهم كانوا يخلقون القاعدة القانونية خلقاً، من هنا يمكن القول بأن النشاط الفقهي للكهنة كان أحد مصادر القاعدة القانونية عندئذ.

#### قد تركز النشاط الفقهي للكهنة في ثلاثة أعمال رئيسية:

أولها: (الفتوى) وهي عبارة عن رد على استعلام سواء لأحد الأفراد أو لأحد القضاة أو الحكام، وسواء كانت الفتوى بمناسبة تصرف قانوني يزمع الناس القيام به، أو بمناسبة تصرف تم فعلاً ثم ثار بشأنه النزاع.

ثانيها: (بيان صيغ التصرفات القانونية) التي لم يكن يعلمها سواهم، فهم يصيغون الصيغة المناسبة للتصرف ويضمنونها الشروط الملائمة.

ثالثها: (بيان صيغة الدعوى) التي تناسب حماية الحق المدعى به.

قد أثر الفقه في تطور القانون في العصر الجمهوري عن طريق هذا النشاط، والذي كان يسمى بالتفسير القانوني.

قد استند الفقهاء في تفسيرهم على نصوص قانون الألواح الإثني عشر، فكانوا يتوسعون تارة في تفسيرها، وتارة يحصرّون تطبيقها في نطاق ضيق.

قد كان الفقه في عصر القانون القديم مصدراً غير مباشر لغيره من المصادر القانونية، فمن التشريعات التي صدرت في هذا العصر ما كان يإحاء من الفقهاء، كما أن البريتور المدني وبريتور الأجانب كثيراً ما كانا يعملان بتوجيه الفقهاء ويقرران في منشورهما قواعد وضعت بإشارة الفقهاء.



ثم أصبحت وظيفة الفقه، ابتداء من القرن الثالث قبل الميلاد، **في يد مدنية بحتة**، ولم يعد الفقيه عضواً في مجلس الكهنة، وبالتالي لم تعد له صفة رسمية للتفسير، فهو شخص عادي يتمتع بمكانة سامية ولا تعتمد على سلطان الدولة أو تفويضاً، ولقد كان الأمر كذلك خلال القرون الثلاثة الأخيرة للجمهورية حيث كان الفقه حراً.

**قد بلغ الفقه أقصى درجاته في ظل الإمبراطورية العليا**، إذ كان القانون الروماني قد بلغ شأناً كبيراً واحتل مكانة رفيعة. ويرجع الفضل في ذلك كله إلى النشاط الفكري والحساسية أمام الحقيقة القانونية التي تمتع بها الفقهاء الرومان في هذا العصر، ابتداء من عصر الإمبراطور "أغسطس" حتى الإمبراطور "سيفير".

**في عهد الإمبراطور "أغسطس"** أصبحت آراء الفقهاء مصدراً للقانون، ذلك أنه منح بعض الفقهاء "امتياز الإفتاء العام" ومضمون هذا الامتياز، منح الإمبراطور بعض الفقهاء دون غيرهم، حق إعطاء الفتوى، وتكون لفتاواهم قوة رسمية، أي تلزم القضاة متى قدمت إليهم، ويجب عليهم الأخذ بمضمونها، على أساس أن هناك نوعاً من التفويض صدر من الإمبراطور يخول هؤلاء الفقهاء إصدار فتاوى للأفراد الذين يلجأون إليهم ويكون لتلك الفتاوى قوة إلزام في الدعوى التي تقدم فيها. فأصبحت لآراء هؤلاء صفة رسمية بحيث يلتزم القاضي بالأخذ بما جاء فيها واشترط الإمبراطور لمنع التزييف أن تكون الفتوى كتابية ومختومة بخاتم الفقيه الذي أصدرها.

منذ هذا التاريخ أصبحت فتوى الفقيه الذي له امتياز الإفتاء العام مصدراً مباشراً للقانون.

ظل الأمر كذلك **حتى عصر الإمبراطور "هادريان"**، الذي في عهده أعيد تنظيم المجلس الاستشاري للإمبراطور، وأدخل فيه الفقهاء، وأصبح الإمبراطور بمعاونة هؤلاء الفقهاء هو الذي يقوم بالإفتاء، ولذلك لم يمنح أي فقيه امتياز الإفتاء العام. وكانت فتاوى المجلس الاستشاري تصدر باسم الإمبراطور ويلتزم بها القاضي، وهذا التنظيم لم يقيد الفقه ولم يحرم الفقهاء من مواصلة نشاطهم القانوني، غاية الأمر أن آرائهم لم تعد ملزمة للقضاة.

قد قرر الإمبراطور "هادريان" في هذا الصدد، أن القاضي يتقيد بآراء الفقهاء الذين كانوا يتمتعون بامتياز الإفتاء العام إذا أجمعوا على رأي معين، أما إذا تعارضت آرائهم فللقاضي أن يختار من بينها الرأي الذي يرضاه، ولكنه لا يجوز له أن يتجاهل آرائهم كلية، بل عليه أن يختار واحداً منها.

**في عصر الإمبراطورية السفلى، اضمحل الفقه، وجمدت روح البحث العلمي.**

يرجع ذلك إلى احتكار الأباطرة مهمة خلق وتطوير القانون، مما أضعف همة هؤلاء الفقهاء. ومن جهة أخرى، انصرفت الطبقة الأرستقراطية ومثقفو ذلك العصر إلى الإهتمام بدراسة اللاهوت وعلوم الدين المسيحي، ولم تعد الغالبية من بينهم تقبل على دراسة القانون، بل لقد كانت غالبية الفقهاء حينئذ من العتقاء.

اعتمد القضاة وأساتذة القانون، في عصر الإمبراطورية السفلى، على مؤلفات فقهاء العصر العلمي وما تضمنته من آراء متضاربة.

هكذا خيم الجمود على الفقه وأقفل باب الاجتهاد، وظل الحال كذلك حتى صدور مجموعات "جستنيان" في القرن السادس الميلادي وحينئذ أصبح لا يجوز الرجوع لغير النصوص الواردة فيها.

**ثانياً: دور الفقه في نهج مبدأ حسن النية:**

كان الفقهاء الرومان يرون أن القانون من صنع البشر لا وحياً صادراً من الآلهة، فهو زائل ولا يسلم من الخطأ مثل البشر، فإذا ظهر صالحاً لجيل من الأجيال فقد لا يصلح لآخر، لأنه وليد التطورات الاجتماعية، ويتبع حتماً تطورات المجتمع متدرجاً مع سنة التقدم والرفق الإنساني.

بيد أن رغبتهم في الإصلاح والتجديد كانت تعترضها رغبة أشد منها في المحافظة على العادات والتقاليد.



يبدو ذلك واضحاً في تطور النظم في القانون الروماني في جميع مراحل تطوره، وفي الوسائل التي استعان بها الفقه على هذا التطور. فأصلحو البناء من الداخل بتوسيع النصوص دون تغيير في صيغتها وبقي شكل البناء كما كان من الخارج. وفي العصر العلمي أخذوا في ابتكار المبادئ الجديدة، ولكنهم بنوا هذه المبادئ على المبادئ القديمة، فأبقوا على الصلة القائمة بين الماضي والحاضر، بل ظل قانون الألواح بعد صدوره بأكثر من ألف سنة أساساً لقانون "جستنيان" وتوارد ذكره في مجموعاته كما لو كان صادراً في عصر مقارب لعصر "جستنيان".

فعنايتهم بالقانون عناية فاقت عناية الأمم الأخرى، إنما ترجع في الغالب إلى غريزتهم القانونية التي تمخض عنها قانون هو أجل قانون وضعه البشر وعرفته الإنسانية، وتأكيداً لذلك قال "شيشيرون": "إنما خلقنا لإقامة العدل، فنحن لا نسن القوانين بمحض الرأي بل بدافع الفطرة".

**قد اعتنق فقهاء العصر العلمي من صور التفسير: التفسير القائم على القواعد الثابتة،** وهو الذي نادى به في روما "شيشيرون" وسائر الخطباء.

ثم بعد ذلك استخدموا **التفسير المنطقي، القائم على استخدام صور القياس المنطقية،** وبمقتضاه تمكنوا من سد النقص في النصوص التشريعية، وإكمال كثير من الحالات التي لم يفتن لها المشرع.

في مجال التفسير القانوني للكشف عن حقيقة نية المشرع، أعمل الفقهاء أبحاثهم للتعرف على أصول الكلمات لإيجاد الربط ما بين العبارة والفكرة ابتغاء التعرف على المعنى الحقيقي. وإذا كان كل نص تشريعي هو تعبير عن إرادة، ولما كان في روما قد تعدد المشرعين والمصادر التشريعية، كان من الممكن البحث وراء المقاصد ونية هؤلاء المشرعين الواحد بعد الآخر، إلا أنه في مجال النصوص لم يقيم الفقهاء أي تفرقة أو تمييز، بل نظروا إلى النصوص التشريعية نظرة واحدة ممثلة في وحدة إرادة المشرع، مع ملاحظة التفرقة بطبيعة الحال بين النص التشريعي بمعناه الدقيق والمنشور الصادر من البريتور. ونية المشرع تبحث قبل كل شيء في تكوين النص وشكله، بيد أن هذا البحث عن إرادة المشرع لا يتأتى إلا حينما يشوب النص بطبيعة الحال نوع من الغموض وعدم الوضوح.

لما كان النص التشريعي يعجز عن مخاطبة كل الحالات فقد جاء الفقهاء ليوسعوا من دائرة تطبيق النص التشريعي ليتداركوا ما يكون قد فات علي المشروع كل ذلك في إطار ما ترمي إليه النية الحقيقية للمشرع وحكمة التشريع وقد فطن فقهاء العصر العلمي إلى هذا النقص في التشريع لذلك فقد حاولوا من جانبهم أن يكملوا هذا النقص وكانت طريقتهم في ذلك هذا القياس المبني على المنطق والفقهاء وهم يقومون بهذا الدور من سد نقص التشريع بناء على معاشيتهم للمجتمع وإرتباطهم بمشاكل الأفراد عن قرب تمتعوا من ثم بحرية وإستقلال في إبتكار الأحكام الواجبة التطبيق.

الحرية التي تمتع بها الفقهاء في كمال نقص التشريع حال بحثهم من نية المشرع الحقيقية برز معها دور الإرادة ثم إلزامهم بالشكلية حال ارتكازهم في تبرير أحكامهم على النصوص القانونية ظهر من خلالها المقابلة ما بين الإرادة والشكلية لدى فقهاء العصر العلمي.

انتصر دور الإرادة في تفسير النصوص التشريعية وفي تفسير التصرفات القانونية.

**من الجدير بالملاحظة** في هذا الصدد، أن الفقهاء وهم بصدد التعرف على النية الحقيقية وإعلاء شأن الإرادة، وجب أن يقدموا نتائج ما بحثوا عنه بعيداً عن إرادتهم هم ومن آرائهم الشخصية، وأن تكون الأفكار التي يستخلصونها متفقة مع العدالة.

**من هنا وكنتيجة منطقية،** وجب أن يكون القانون الوضعي مطابقاً دائماً لقواعد العدالة.

هكذا وجب أن تسيطر العدالة على كافة العلاقات والتصرفات، (فهي التي تقضي بأن يحترم الشخص كلمته وأن ينفذ عهده، وألا يثري شخص على حساب غيره بدون وجه حق).

تلك هي البذور الحقيقية للعدالة التي غرست في أرض الرومان، وأتت ثمارها بفضل الفلسفة، وبفضل الذين دافعوا عنها من الفقهاء الرومان.



قد وجه الفقهاء الدعوة إلى الأفراد لأن يتسموا في معاملاتهم بحسن النية، ولما كانت العدالة مطلوبة في كل التصرفات، أياً ما كانت الظروف، فإن ذلك بالضرورة يوجب أن يتم تحقيق أهم واجبات العدالة، وهو واجب حسن النية، ذلك الذي اعتبره "شيشيرون" أساس العدالة ذاتها، وإن كان البعض قد أخذ على "شيشيرون" مبالغته في اعتبار أن "حسن النية" هي أساس العدالة، إلا أنهم أجمعوا على اعتبارها جزءاً جوهرياً فيها.

من هنا وقع على الفقهاء عبء الوقوف ضد كل صور الغش والتدليس والتمويه في كافة المعاملات، وقد قاموا بحق بدور كبير في هذا المجال، حيث عملوا على تعديل أحكام القانون الجامدة الظالمة، متجربين عن الهوى والمصلحة الشخصية، مدفوعين بهدف تحقيق المصلحة العامة وبما تمليه العدالة.

## س: تكلم عن دور البريتور في تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني ؟

### المبحث الثاني : دور البريتور في تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني

#### تمهيد

كانت ولاية القضاء في روما في العصر الملكي من اختصاص الملك بمعاونة الكهنة، وفي العصر الجمهوري انتقل هذا الاختصاص إلى القناصل، ثم سلخت ولاية القضاء عن منصب القنصل وعُهد بها إلى حاكم مستقل هو **بريتور** (بريتور) ← عبارة عن وظيفة كانت في القانون الروماني وهي من الخصائص المميزة للقانون الروماني وكان يتمتع بالسلطة القضائية إلا أنه لم يرقم بدور القاضي .

"بريتور المدينة" بالنسبة للمنازعات التي تثور بين الرومان.

"بريتور الأجانب" ← بالنسبة للمنازعات التي يكون أحد طرفيها من الأجانب.

يقتصر اختصاص البريتور على مدينة روما أما في الأقاليم فكانت ولاية القضاء من اختصاص البريتور على مدينة روما أما في الأقاليم فكانت ولاية القضاء من اختصاص (الولاة) وفي عصر الإمبراطورية السفلي أصبحت ولاية القضاء من اختصاص موظفين تعينهم الدولة لهذا الغرض هم **(القضاة)** .

قد ارتبط النشاط القانوني للبريتور بتطور نظام التقاضي عند الرومان ففي عهد القانون القديم ساد نظام "دعاوى القانون"، وهو عبارة عن عدد محدد من الدعاوى وردت على سبيل الحصر، وبقدر عدد هذه الصيغ توجد الحقوق؛ لأن الدعوى لم تكن مجرد وسيلة لحماية الحقوق، بل كانت هي الحق ذاته، فلا يوجد الحق إلا من خلال إجراءات الدعوى التي يمكن استعمالها، بحيث إذا لم توجد دعوى لحكم علاقة معينة ظلت هذه العلاقة غير جديرة بحماية القانون والجامع المشترك بين **أحكام هذه الدعاوى هو**

**أولاً :** هيمنة الشكليات والرسميات على إجراءات الدعوى حيث يجب على الأفراد التفوه ببعض العبارات الرسمية .

**ثانياً :** أي خطأ من جانب أحد المتخاصمين في أداء الألفاظ أو الصيغ أو الطقوس التي نص عليها القانون يترتب عليه ضياع حقه.

**ثالثاً :** ضرورة حضور الخصمين بأنفسهم أمام الحاكم القضائي حيث لا تجوز المقاضاة في غيبة الخصم ولا يجوز أيضاً لأحد الخصوم أن ينيب غيره في الحضور أمام الحاكم القضائي.

**رابعاً :** لا يخضع لنظام دعاوى القانون سوى الرومان دون غيرهم .

في ظل هذا النظام كان البريتور لا يستطيع استحداث دعاوى جديدة، ولا تعديل الصيغ القائمة، ولا رفض الدعوى التي تمت بإجراءات صحيحة، ولا يتدخل في تحديد مهمة القاضي، بل كان دوره ينحصر في مراقبة صحة الإجراءات والصيغ ومدى مطابقتها للصيغ والإجراءات القانونية.

ثم عهد القانون الجديد صدر قانون "جوليا" الذي ألغى نظام دعاوى القانون وجعل اتباع نظام دعاوى البرنامج إجبارياً.



## قد استبقى النظام الجديد نظر الدعوى على مرحلتين:

### ← الأولى: أمام البريتور.

لكنه أعفى الخصوم من التلفظ بالألفاظ المقررة ومن أداء الطقوس والإجراءات الشكلية وسمح لهم ببيان ادعاءاتهم بأية ألفاظ وبأية طريقة. ومنح البريتور سلطة صياغة هذه الادعاءات في برنامج مكتوب يرسله للقاضي، ويحدد فيه النزاع وطلبات المدعي ومهمة القاضي والقواعد القانونية الواجبة التطبيق.

في عصر الإمبراطورية السفلى ظهر نظام جديد للتقاضي وهو نظام "الدعاوى الإدارية"، وفي ظل هذا النظام تنظر الدعوى في مرحلة واحدة أمام القاضي، الذي لم يعد يحكمه اختاره المتنازعان بل موظفاً معيناً لذلك من قبل الدولة، وبذلك لم يعد للبريتور أي دور في الدعوى.

### أولاً: المبرر القانوني للبريتور في القانون الروماني:

تعتبر وظيفة البريتور من الخصائص المميزة للقانون الروماني، حيث لم يوجد لها نظير في جميع الشرائع القديمة والحديثة. وقد تمتع البريتور بالسلطة القضائية، إلا أنه لم يرق بوظيفة القاضي، حيث انحصرت مهمة البريتور في سماع عبارات الطرفين الرسمية في الدعوى، كذلك كان نصيبه من التدخل في سير الدعوى وهي منظورة أمامه كان ضئيلاً إلى حد أن الألفاظ الرسمية التي كان ينطق بها في نظام إجراءات "دعاوى القانون" لم تكن لتزيد عن كلمات ثلاث.

في عام ٢٤٢ أنشأت وظيفة بريتور الأجانب، وابتداءً من هذا التاريخ أصبح هناك حاكمين قضائيين، بريتور المدينة وبريتور الأجانب.

قد جاء اختصاص بريتور الأجانب من خلال مناخ مختلف تماماً عن ذلك الذي ترعرع فيه اختصاص زميله بريتور المدينة، حيث جاء وليد الاقتصاد المفتوح، والاتساع في دائرة المعاملات، ورواج التجارة الدولية، من هنا كان منطقياً ألا يلتزم الأجانب باتباع نظام التقاضي المفروض على الرومان أمام بريتور المدينة، ولكن الذي ساد هو نظام المحكمين.

هم ثلاثة أو خمسة يختارون بالتساوي من بين مواطني الخصمين مع رئيس محايد، وذلك بعد إثبات ادعاءات الطرفين في برنامج مكتوب يبين فيه للمحكمين حدود مهمتهم في فحص النزاع والوقائع والفصل فيها وأيضاً القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

مما تجدر الإشارة إليه، وهو أمر له أهميته القصوى في مجال تأثير القانون المدني في روما بقواعد قانون الشعوب، أن العادة جرت على أن يتنازل بريتور الأجانب عن اختصاصاته لبريتور المدينة، وأيضاً كان يمكن لشخص واحد أن يتولى أمر الوظيفتين في آن واحد.

تلك كانت المقدمة الطبيعية التي انتقلت بموجبها نظم قانون الشعوب إلى القانون المدني، وأصبح بالتالي من حق المواطنين الرومانيين استعمالها في علاقاتهم.

قد كان من أثر ذلك أن أخذت النظم الرومانية نفسها تتجرد من رسمياتها أمام النظم الجديدة الخالية من الشكليات، إذ بدأ بريتور المدينة يستعير مبادئها ويدمجها في منشوره ويطبقها على الرومان أنفسهم، بعد أن كانت في الأصل لا تطبق إلا في علاقات الرومان وغيرهم من الأجانب، فاندمج بذلك قانون الشعوب في القانون المدني.

هكذا، وبفضل مجهودات بريتور الأجانب، تدعمت أسس التطور المنشود، إلى أن استطاع خلق كثير من القواعد القانونية المتصفة بالعدالة، والمتسمة بالعموم في التطبيق، تلك التي كونت قانون الشعوب.

### ثانياً: دور البريتور في إرساء مبدأ حسن النية:

اقتضت الشكلية التي سادت القانون الروماني واعتماده على مجموعة من الصيغ ذات الأصل الديني مراقبة صحة أداء هذه الصيغ، وقد عهد بهذه المهمة إلى البريتور. ولما كان البريتور من الحكام الرومان، فإنه يتمتع بولاية الأمر والنهي مثله في ذلك مثل بقية الحكام، ونظراً لأنه يستأثر بولاية القضاء في روما فقد كان يشرف على شئون القضاء. وبمقتضى هاتين السلطتين الولائية والقضائية كان له أن يتخذ ما يراه مناسباً لضمان حسن سير العدالة.



غير أن إشراف البريتور على القضاء لا يعني أنه كان يمارس الأعمال التي يمارسها القاضي بالمعنى الفني؛ لأن الفصل في الخصومة كان من اختصاص الحكم الذي يختاره المتنازعان، ولا يعني أيضاً أنه يمارس وظيفة التشريع؛ لأن التشريع كان من اختصاص المجالس الشعبية ومجلس الشيوخ والإمبراطور فيما بعد.

قد انحصرت وظيفة البريتور في ضمان تطبيق قواعد القانون المدني بماله من إشراف على سير الدعوى، ولذلك عبرت عنه النصوص بأنه: "اللسان المعبر عن القانون المدني وصوته الحي".

قد قام البريتور بدور هام في تعديل القانون الروماني، حيث أدى نشاط البريتور إلى ظهور مجموعة من القواعد القانونية مختلفة عن قواعد القانون المدني، تلك التي تكونت منه قواعد القانون الذي نسب إلى البريتور، ألا وهو "القانون البريتوري". ونظراً للدور الكبير الذي قام به البريتور والفقه في تطور القانون، فإن مجهوداتهم أصبحت بلا منازع مصادر مستقلة للقانون.

إزاء كسل المشرع الروماني وصمته إزاء كثير من المبادئ والنظريات القانونية، وإحجامه عن التدخل المستمر لإيجاد ملائمة دائمة بين القانون وتطور المجتمع، فإن سد نقص هذه الثغرات في صرح القانون الروماني قام به البريتور، بمعاونة الفقهاء، وهكذا ظهر الدور الخلاق للبريتور باعتباره مصدراً من مصادر القانون.

من ثم أصبح المنشور الدائم الذي يعلنه البريتور عند بدء ولايته يطبق بدون تعديل مدة ولاية البريتور.

من هنا تمكن البريتور تدريجياً من خلق كثير من المبادئ التي اتفقت تماماً مع القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

كذلك تدخل البريتور عن طريق "إعادة الشيء إلى أصله إذا ظهر في تطبيق أحكام القانون المدني مجافاة للعدالة، وبمقتضى هذه الوسيلة تمكن البريتور من إلغاء بعض التصرفات التي تعتبر صحيحة في نظر القانون المدني ولكنها مخالفة لروح العدالة، كالتصرفات المشوبة بالغش أو الإكراه، وبها يعتبر التصرف كأن لم يكن، فتعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل إتمام التصرف وتزول من ثم جميع الآثار التي تترتب عليه، وكان البريتور لا يمنح هذه الوسيلة إلا بعد فحص النزاع بنفسه والتحقق من مخالفته للعدالة.

من ثم عمل البريتور جاهداً على تحويل دفة القانون صوب وجهة إنسانية، فجاءت قواعد القانون البريتوري مرنة وخالية من الشكليات واتفقت تماماً مع مبادئ العدالة وحسن النية.

## الباب الثاني: انعكاسات مبدأ حسن النية على نظم القانون الروماني

### تحديد وتوضيح انعكاسات مبدأ حسن النية على القانون الروماني

إن مبدأ حسن النية كان له أثر كبير على نظم القانون الروماني حيث كان لمبدأ حسن النية أثر على ثلاث محاور رئيسية وهي :

المحور الأول : دور حسن النية في نطاق إنشاء العقود وتفسيرها :

**أولاً : إنشاء العقود :**

١- العقود العينية :

(عقد الإئتمان – عقد عارية الإستعمال – عقد الوديعة – عقد الرهن )

٢- العقود الرضائية :

(عقد البيع – عقد الإيجار – عقد الشركة – عقد الوكالة )



## ثانياً: دور حسن النية في ظهور نظرية عيوب الإرادة :

- ١- التدليس .
- ٢- الإكراه .

## ثالثاً: دور حسن النية في نطاق تغيير العقود :

- ١- منهج فقهاء الرومان في التغيير بصفة عامة .
- ٢- منهج فقهاء الرومان في تغيير العقود .

## المحور الثاني : دور حسن النية في ما يكفل حقوق الدائنين :

- ١- أمر إعادة الشيء إلى أصله .
- ٢- أمر الغش .
- ٣- الدعوي البوليصة .

## المحور الثالث : دور حسن النية كوسيلة لقمع سوء النية :

- ١- ضمان الإستمحاق كوسيلة لمنع سوء النية .
- ٢- ضمان العيوب الخفية كوسيلة لقمع سوء النية .

## الفصل الأول : دور حسن النية في نطاق إنشاء العقود وتفسيرها

ظل مبدأ الشكلية هو السائد في العصر العلمي، غير أن الرضائية ظهرت بجانبها على سبيل الاستثناء، وقد ظهرت في العصر العلمي عقود جديدة مبنية على حسن النية في التعامل، مما أدى إلى اختلافها عن عقود القانون القديم من ناحية إنشائها أو تفسيرها.

### س: وضح مع الشرح دور حسن النية في نطاق إنشاء العقود ؟

## المبحث الأول : دور حسن النية في نطاق إنشاء العقود

### تمهيد

تطورت الحضارة الرومانية باتساع أرجاء الدولة، فكثر التبادل واتسعت التجارة، والتجارة تستلزم سرعة العمل واختزال الوقت وبساطة العمل بين الحاضرين والغائبين. واقترن ذلك بتقدم الأفكار القانونية، مما أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني. كذلك رُؤي أنه ليس من العدالة أن يترك أحد الطرفين لغش الطرف الآخر، أو إكراهه على التعاقد، ولذلك ظهرت عقود حسن النية في القانون الروماني.

قد حمى البريتور علاقات لم تكن معروفة أو كانت حمايتها غير كافية، كما أضفى صفة الالتزام على الاتفاقات المعقودة بين الأفراد، حيث أعلن في منشوره: "سأعمل على حماية الاتفاقات"، مخالفاً الأصل العام الذي يقضي بأن: "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام".



🔹 **بناءً على ذلك**، فالمدين في عقود حسن النية يعتبر ملتزماً بجميع الالتزامات التي يحتملها حسن النية. وفي هذا الصدد يجب علي القاضي ألا يعول في تقديره علي ما وعد به المدين صراحة فقط بل يرجع في التقدير إلي نية المتعاقدين وإلي الظروف اليت أحاطت بالعقد وقت إبرامه وإلي عادات الأمكنة وبوجه الإجمال يرجع إلي كل ما يمكن أن يتصل بحسن النية .

🔹 هكذا ظهرت نظرية الثقة أو نظرية حسن النية إلى عالم الوجود، وتم اعتبارها أساساً لمجموعة من العقود كانت وليدة هذه الحركة الجديدة، وهي عقود حسن النية، وهي تنقسم إلى نوعين: العقود العينية، والعقود الرضائية.

## أولاً: العقود العينية:

🔹 **العقود العينية:** مجموعة العقود التي تتم بتسليم عين أو شيء.

🔹 **تفترض وجود شخصين:**

🔹 **الأول:** يسمى المُسَلَّم أو الناقل، وهو الذي يقوم بتسليم الشيء ويصبح دائماً برد الشيء ذاته أو ما يعادله.

🔹 **الثاني:** يسمى المتسلم أو المكتسب، وهو من يحصل على الشيء ويصبح مديناً برد الشيء أو ما يعادله.

🔹 **بذلك يجب توافر عنصرين لتكوين هذه العقود:**

🔹 **عنصر معنوي:** هو الاتفاق، **وعنصر مادي:** هو تسليم الشيء. وبذلك تتميز هذه العقود بأنها وقت تكوينها تكون عقود ملزمة لجانب واحد.

🔹 **العقود العينية التي عرفها القانون الروماني هي: (عقد القرض - عقد الائتمان - عقد العارية -**

**عقد الوديعة - عقد الرهن).** والعقود الأربعة الأخيرة هي التي من عقود حسن النية، أما عقد القرض فهو من عقود القانون الضيق، إلا أن الفقهاء الرومان أدخلوها في عداد العقود العينية باعتبار أن التسليم ركن فيها مثلها في ذلك مثل عقد القرض.

## ١ - عقد الائتمان:

🔹 **عقد الإئتمان:** يتمثل في نقل ملكية شيء من الأشياء من شخص وهو المتصرف، إلى شخص آخر وهو المتصرف إليه، على أن يتعهد هذا الأخير برد الشيء إلى المتصرف.

🔹 **خصائص العقد** يتطلب عقد الائتمان لتماه نقل ملكية شيء من شخص إلى آخر، وينبغي لنقل الملكية استعمال إحدى الطريقتين الرسميتين لنقل الملكية في القانون الروماني وهما: **الإشهاد، والدعوى الصورية.** فضلاً عن ذلك لابد أن يقترن نقل الملكية باتفاق يتعهد بمقتضاه مكتسب ملكية الشيء برده بذاته إلي ناقل الملكية إليه بعد مدة معينة أو عند تحقق شروط خاصة وهو ما يطلق عليه (شرط إعادة التمليك) كما يتعهد الطرفان بأن يعملوا عمل القوم الشرفاء وبدون خديعة وإحتيال .

🔹 **التصرف الائتماني** ليس عقداً قائماً بذاته بل هو عبارة عن قالب عام للعقود التي تؤدي إلي تحميل المتصرف إليه إلزاماً في مصلحة المتصرف .

🔹 **من الجدير بالملاحظة،** أن عقد الائتمان له طبيعة مختلطة، فهو يشبه العقد العيني من وجه؛ لأن نقل الملكية يقتضي التسليم. كما أنه يشبه العقد اللفظي من وجه آخر؛ لأن التعهد بإعادة الملك إلى المتصرف عند وفاء المدين بالدين يتم أمام شهود أو أمام القاضي بمقتضى الإشهاد أو الدعوى الصورية، اللتين تجريان بموجب عبارات وألفاظ محددة قانوناً.

🔹 **عقد الائتمان** لا يمكن اعتباره من العقود المجردة، فالإلتزام لا ينشأ عن الألفاظ التي ينطق بها المتعهد، وهو لذلك لا يعتبر من العقود الشكلية. ولكن لما كان التصرف الناقل للملكية يتخذ هنا دائماً الشكل التقليدي المقرر في القانون المدني، فإن العقد يعتبر من عقود القانون المدني المقصورة على الرومان، ولذلك اختلف في هذا العقد تماماً باختفاء هذه الأشكال القديمة. ويبدو أن هذا العقد لم ينتشر أبداً في الأقاليم الشرقية. بل ظل مقصوراً على روما والأقاليم الإيطالية الغربية.



الدعوى الناشئة عن هذا العقد تتمثل في: **دعوى الائتمان**، من دعاوى حسن النية، كما أنها من الدعاوى التي تجلب الخزي والعار؛ لأنها ترفع ضد المتصرف إليه الذي استغل حسن نية المتصرف وخان الثقة التي وضعها فيه. وإذا كان عقد الائتمان- كقاعدة عامة- عقداً ملزماً لجانب واحد هو مكتسب الملكية أو المتصرف إليه، إلا أنه قد ينشأ أثناء تنفيذ العقد التزامات في ذمة المتصرف أي المدين، وذلك فيما لو أنفق المتصرف إليه مصاريف ضرورية لحفظ الشيء، فله مطالبة المتصرف بردها إليه، ويصبح عقد الائتمان تبادلياً في هذه الحدود، ويعتبر من العقود التبادلية الناقصة. ولذلك فإن عقد الائتمان قد تنشأ عنه دعوى يرفعها الدائن على مدينه لاسترداد ما أنفقه من مصروفات، وتسمى دعوى الائتمان المضادة. وبظهور هذه الدعوى أصبح يطلق على الدعوى الأولى دعوى الائتمان المباشرة. وبذلك فإن عقد الائتمان يتولد عنه دعويان: دعوى الائتمان المباشرة، ودعوى الائتمان المضادة.

## ٢- عقد عارية الاستعمال:

### تعريف عقد العارية:

**عقد العارية:** عقد بمقتضاه يسلم شخص "المعير" لآخر يسمى "المستعير" شيئاً غير قابل للاستهلاك، يستعمله بدون عوض، على أن يرده عند حلول الأجل المحدد. وبذلك يتيح هذا العقد للمستعير استعمال الشيء المعار، على أن تظل ملكية الشيء للمعير ولا تنتقل إلى المستعير. يقع عقد عارية الاستعمال عادة على المنقولات القابلة للاستعمال المتكرر، ويصح أيضاً أن تقع على العقار (طبقاً لرأي الفقيهين "كاسيوس: و"فيفانوس").

### خصائص عقد العارية في القانون الروماني

أنه من العقود التي لا تنعقد إلا بالتسليم، ولذلك فهو من العقود العينية. كما أنه من العقود التبادلية الناقصة، فهو كقاعدة عامة لا يولد التزامات إلا على عاتق المستعير، ولكن من الممكن أن يؤدي - في ظروف معينة- إلى التزام المعير، كالتزامه بتعويض المستعير عن المصاريف التي تكبدها من أجل المحافظة على الشيء، أو التزامه بتعويض المستعير عن الضرر الذي لحق به إذا كان قد أعاره شيئاً معيباً وهو على علم بذلك. كما أنه عقد تبرعي في مصلحة المستعير، حيث أن المستعير يستفيد من استعمال الشيء دون مقابل. مسؤولية المستعير مسؤولية مشددة، فهو لا يعفى من رد الشيء إلا إذا أثبت أن هلاكه يرجع إلى قوة قاهرة، وفيما عدا هذه الحالة يكون المستعير ملزماً برد الشيء بالحالة التي كان عليها وقت تسليمه إليه، فإذا شُرق الشيء من المستعير كان مسؤولاً عنه، كما أنه يسأل عن خطأه مهما كان بسيطاً فالقاعدة إذاً أنه يجب أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار عناية الرجل المعتاد في المحافظة على ماله.

### الدعوى الناشئة:

قد منح البريتور المعير دعوى واقعية في مواجهة المستعير، وفي أواخر عهد الجمهورية تم منحه دعوى قانونية من دعاوى حسن النية وفي هذه الدعوى كان للقاضي سلطة مطلقة في تقدير ظروف التعاقد. أما دعوى المستعير ضد المعير فقد ظهرت في أواخر عهد الجمهورية، في صورة دعوى مضادة ترفع بصفة فرعية أثناء نظر الدعوى المباشرة، ثم استقلت الدعوى المضادة عن الدعوى المباشرة، وإن بقيت من الدعاوى الواقعية، ثم أصبحت في عهد "جستينيان" دعوى مدنية تسمى دعوى العارية المضادة.

## ٣- عقد الوديعة:

### تعريف العقد:

**عقد الوديعة:** يتمثل في قيام شخص يسمى المودع، بتسليم شيء ما إلى شخص آخر يسمى المودع لديه (الوديعة)، لكي يقوم بالمحافظة عليه خلال مدة معينة، على أن يرده عند حلول الأجل المحدد أو عند طلبه.



## ➤ خصائص العقد:

١٤ عقد الوديعة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض، كما أنها من عقود حسن النية حيث يستطيع القاضي أن يراعى اعتبارات العدالة عند تفسير التزامات الطرفين، كما أنه من العقود التبادلية الناقصة. كما أنه من عقود التبرع لأنه يقصد به تحقيق مصلحة الدائن (المودع).

١٥ يشترط في الوديعة أن يكون محلها من المنقولات، أما العقارات فلا تصلح أن تكون محلاً للوديعة بوجه عام، ولكن قد يكون العقار محلاً للوديعة في حالة وحيدة وهي ما يطلق عليها وديعة الحراسة.

١٦ يلتزم المودع لديه بعدم استعمال الشيء المسلم إليه؛ لأنه تسلمه بقصد المحافظة عليه لا بقصد استعماله. فإذا هلك الوديعة في يد المودع لديه، فلا يكون ضامناً إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم من جانبه، وبذلك فإن مسؤولية المودع لديه ليست مشددة، والعلة في تخفيف مسؤولية المودع لديه، هي أن الوديعة لا يقصد بها مصلحته وإنما مصلحة المودع، فمهمته تنحصر في تأدية خدمة ليس إلا.

١٧ إذا كانت القاعدة هي أن المودع لديه هو الملتزم في عقد الوديعة، إلا أن المودع نفسه قد يسأل في مواجهة المودع لديه وذلك في ظروف خاصة. فإذا كان المودع لديه قد اضطر إلى إنفاق بعض المصروفات لصيانة الشيء، أو تسبب وجود الشيء لديه في إلحاق ضرر به، فمن حقه في مثل هذه الحالات مطالبة المودع بتعويض عن المصاريف التي أنفقها أو الخسارة التي تحملها.

## ➤ الدعاوى الناشئة عن العقد:

١٨ **الدعاوى الناشئة عن هذا العقد تتمثل في:** دعوى الوديعة المباشرة وهي مقررة للمودع ضد المودع لديه، وقد كانت دعوى واقعية (بريتورية) في بداية الأمر، ثم أصبحت دعوى قانونية بعد ذلك، ولما كانت هذه الدعوى من دعاوى حسن النية، فإن القاضي كان يتمتع فيها بحرية التقدير. والدعوى الثانية التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد هي دعوى الوديعة المضادة وهي أيضاً من دعاوى حسن النية.

١٩ **إلا أن القانون الروماني عرف صوراً أخرى للوديعة،** اختلفت أحكامها بعض الشيء عن أحكام الوديعة العادية، وهذه الصور هي:

### ١- الوديعة الاضطرارية: التي يعقدها الشخص في ظروف خاصة (الحريق، الغرق، الاضطرابات العامة)

تضطره إلى إيداع ممتلكاته عند الغير على سبيل الوديعة. ويلاحظ أن المودع ليس حراً في اختيار المودع لديه في مثل هذه الظروف، والمودع لديه الذي يصدر من جانبه غش ترفع ضده دعوى تلزمه بدفع ضعف قيمة الشيء المودع (المسروق) إذا أنكر الوديعة أو تعمد الهرب من ردها. فالمودع لديه الذي خان الثقة وخالف مبدأ حسن النية. وقام بالإستيلاء على الشيء المودع أو أهمل في حفظه يحكم عليه بدفع ضعف قيمة الشيء المودع ويرجع السبب في تشديد مسؤولية المودع لديه في الوديعة الاضطرارية هو أن الظروف الاستثنائية التي تمت فيها الوديعة لم تكن تسمح للمودع بأن يحسن اختيار المودع لديه. وفي حالة وفاة المودع لديه، إذا لم ترفع الدعوى على الورثة خلال سنة، فلا يسألون عن رد الوديعة.

### ٢- الوديعة غير العادية: الوديعة التي ترد على المثليات، ولا يلتزم المودع لديه برد الشيء المودع ذاته وإنما برد شيء مماثل له. وهي تسمى أيضاً الوديعة الناقصة أو الشاذة.

٢٠ على ذلك فالمودع لديه يكتسب بموجب الوديعة غير العادية ملكية الشيء المودع ومن ثم له كافة الحقوق التي يخولها له هذا الحق، ولما كان محل الالتزام أشياء مثلية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء حتى ولو كان بفعل القوة القاهرة، وإذا اقترنت الوديعة غير العادية بأجل لا يستطيع المودع المطالبة برد الوديعة إلا عند حلول الأجل؛ لأنه قد تم تحديده لمصلحة المودع لديه وليس المودع، وهذه الأحكام مخالفة للوديعة العادية.

### ٣- وديعة الحراسة: الوديعة التي يكون محلها شيئاً متنازعا عليه، سواء كان منقولاً أم عقاراً، حيث يوضع

الشيء المتنازع عليه تحت يد شخص يسمى "الحارس"، ومن ثم يعهد إليه بمهمة حراسة الشيء والحفاظ عليه إلى حين اتفاق المتنازعين أو صدور حكم في النزاع، ويسلم الحارس الشيء المودع إلى من يحكم له به قضاءً أو اتفاقاً.



🔍 وديعة الحراسة قد تكون اتفاقية (مثل الوديعة العادية) وقد تكون قضائية. والحارس له حيازة الشيء، ومن ثم يستطيع إذا حدث له تعرض استعمال أوامر الحيازة، وإعطاء الحارس حق استعمال أوامر الحيازة أمراً منطقياً. نظراً لكونها من الوسائل اللازمة له لممارسة مهامه في حفظ الشيء. وتحمي الحراسة دعوى تسمى دعوى وديعة الحراسة، وهي من الدعاوى الواقعية. والحارس لا يسأل إلا عن الغش والخطأ الجسيم، أما الخطأ العادي أو الإهمال فلا يسأل عنه.

## ٤- عقد الرهن:

### تعريف العقد:

🔍 **يتمثل الرهن الحيازي** في تسليم المدين مالا من أمواله إلى الدائن، مع الاتفاق على احتفاظ الدائن به لحين استيفائه حقه، فالغرض من عقد الرهن هو حمل المدين على الوفاء بالدين، بعد أن يكون ماله محبوساً عنه تحت يد دائنه.

### خصائص العقد

🔍 الرهن الحيازي لا يكسب الدائن المرتهن ملكية الشيء المرهون، إلا أنه يصبح حائزاً له.  
 🔍 يلتزم الدائن المرتهن بأن يحافظ على الشيء المرهون، وأن يرده إلى المدين الراهن عند الوفاء بالدين. ومسئولية الدائن المرتهن هي مسؤولية الرجل المعتاد، أو كما يقول الرومان على أساس مسلك رب الأسرة حسن التدبير. وكان للدائن - منذ نهاية عصر الجمهورية- الاتفاق مع المدين على تملك الشيء المرهون مقابل مبلغ الدين في حالة عدم قيام المدين بالوفاء في أجل المحدد، ومما لا شك فيه أن مثل هذا الاتفاق كان ينطوي على إجحاف بالنسبة للمدين، فقد يكون الشيء المرهون تتجاوز قيمته مبلغ الدين، ولذلك ألغى الإمبراطور "قسطنطين" في أوائل عصر الإمبراطورية السفلى هذا الاتفاق حماية للمدينين.  
 🔍 قد تقع على عاتق المدين الراهن التزامات احتمالية، حيث يلتزم برد المصاريف التي أنفقها الدائن المرتهن لحفظ الشيء، أو يعرضه عن الأضرار التي لحقته بفعل الشيء المرهون.

### ➤ الدعوى الناشئة عن العقد

🔍 **الدعوى الناشئة عن هذا العقد تتمثل في:** دعوى الرهن، وهي دعوى شخصية للراهن ضد المرتهن، يستطيع بموجبها أن يطالب المرتهن بالرد أو بالتعويض في حالة التلف أو الهلاك، وهي دعوى قانونية، ويبدو أنه قد سبقها دعوى واقعية كان يمنحها البريتور قبل أن يصبح الرهن من العقود العينية، ثم تحولت في عهد "جستنيان" إلى دعوى قانونية وأصبحت تسمى دعوى الرهن المباشرة والدعوى الثانية هي دعوى الرهن المضادة، وهي الدعوى التي يستخدمها الدائن المرتهن للمطالبة باسترداد ما قام بإنفاقه من مصروفات على الشيء المرهون أو ما لحق به من ضرر بسببه.

## س: عرف العقود الرضائية مع بيان صور هذه العقود ؟

### ثانياً: العقود الرضائية:

### تعريف العقود الرضائية :

🔍 **العقود الرضائية:** الاتفاقات التي تتم بمجرد تراخي المتعاقدين، أي تبادل الإيجاب والقبول، ولا تتوقف صحتها على وجوب تسليم شيء، ولا على استيفاء أوضاع شكلية خاصة كالتفوه بألفاظ خاصة أو الكتابة. والعقود الرضائية في القانون الروماني هي: **(البيع، والإيجار، والشركة، والوكالة).**  
 🔍 بتقرير هذه العقود الاتفاقية، وصلت نظرية العقود عند الرومان إلى أقصى حد من الرقي والتقديم القانوني.



كان البريتور في بادئ الأمر، يحمي هذه الاتفاقات الأربعة المجردة من الشكل بدعاوى واقعية، ثم تبناها القانون المدني وحماها بدعاوى مدنية.

## مميزات العقود الرضائية :

تتميز العقود الرضائية بإمكانية انعقادها بين غائبين، كما أنها من عقود حسن النية غير حرفية التنفيذ للقاضي فيها سلطة تقديرية واسعة في تفسير إرادة المتعاقدين وتكملتها طبقاً للمألوف بين الناس الشرفاء وما يقضي به حسن النية. كما أنها جميعاً من العقود التبادلية.

العقود الرضائية الأربعة لم تنشأ دفعة واحدة، فقد كان أسبقها في الظهور عقد الشركة، وذلك في أواخر عهد الجمهورية، ثم تلاه عقد الوكالة ثم جاء بعد ذلك عقد البيع وتلاه عقد الإيجار. ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أن هناك شبهة ما بين الشركة والوكالة، حيث أن العقد مبنيان على فكرة الثقة بين الطرفين المتعاقدين، كما أن هناك شبهة ما بين البيع والإجارة، حيث أنهما من عقود المعاوضة.

## ١- عقد البيع:

### أ) تعريف عقد البيع:

البيع عقد بمقتضاه يتعهد أحد الطرفين (البائع) بأن ينقل إلى الطرف الآخر (المشتري) الحيازة الهادئة المستمرة على شيء (المبيع)، مقابل تعهد الأخير بدفع مبلغ من النقود (الثمن).

### ب) خصائص العقد:

عقد البيع من العقود الرضائية. كما أنه عقد تبادلي كامل، ولذلك أطلق عليه الرومان "عقد الشراء والبيع" للدلالة على أنه عقد تبادلي ملزم للطرفين، وكذلك لإبراز طرفي العقد، كما أنهم قدموا "الشراء" في التسمية للتدليل على أن الشراء هو الذي يحظى بالأهمية في هذا العقد وأن المشتري هو الذي تكون له الصدارة في هذا العقد.

عقد البيع في القانون الروماني ليس من العقود الناقلة للملكية، حيث أنه يعتبر مصدراً من مصادر الالتزامات أي الحقوق الشخصية، أما الحقوق العينية فلا يكون العقد أبداً سبباً لها.

لم يعرف الرومان عقد البيع في بداية عهدهم، وقبل أن تظهر العملة النقدية، وإنما كان التعامل يقع بطريق المقايضة.

### ➤ نشأة عقد البيع الرضائي :

قد اختلف شراح القانون الروماني المحدثين حول تفسير نشأة عقد البيع الرضائي في القانون الروماني، فذهب رأي إلى أن البيع كان عقداً عينياً قبل أن يصير رضائياً.

ذهب رأي ثان إلى أنه مستمد من النظام الذي كانت تتبعه الحكومة في بيع أموالها للأفراد بالمزاد.

ذهب رأي ثالث إلى أن البيع قبل أن يصبح رضائياً كان يتم في صورة اشتراطيين متقابلين يتعهد البائع في أحدهما بتسليم الشيء المبيع ويتعهد المشتري في الآخر بدفع الثمن وانتهى الأمر باندماج هذين الاشتراطيين وفقدانهما طابعهما الشكلي وظهور البيع الرضائي.

أخيراً ذهب رأي رابع إلى أن البيع الرضائي ظهر تحت تأثير ما كان يجري عليه العرف في التجارة الدولية حيث اقتبس الرومان من الشعوب الشرقية التي كانت تمارس التجارة منذ أمد بعيد وأرجعوا الفضل إلى بريتور الأجانب في تقرير حماية لهذه العادة مما ترتب عليه ظهور العقد الرضائي الذي انتقل بعد ذلك إلى القانون المدني.

إلا أنه خلال عصر الإمبراطورية السفلى ظهر إلى جانب البيع الرضائي بيعاً آخر ذو طابع شكلي هو البيع المقترن بوثيقة.



## ➤ أركان عقد البيع :

لكي ينعقد البيع في القانون الروماني كان لابد من توافر عناصر ثلاثة، هي:  
(الشيء المبيع والثمن والتراضي)

🔸 **الركن الأول ← (الشيء المبيع):** محل عقد البيع، وكل شيء يجوز التعامل فيه يصح يكون محلاً لعقد البيع، فالشيء المبيع يمكن أن يكون عقاراً أو منقولاً، ويمكن أن يكون شيئاً مادياً كالعقارات أو العبيد أو شيئاً معنوياً كحق ارتفاق أو دين أو حصة في تركة. والبيع يمكن أن يرد على أشياء موجودة وقت العقد وأيضاً يرد على أشياء يمكن أن توجد في المستقبل كبيع الثمار قبل ظهورها. ولما كان عقد البيع ليس من العقود الناقلة للملكية في القانون الروماني، فقد كان من الممكن أن يرد البيع على شيء غير مملوك للبائع. فإذا باع شخص مالاً لا يملكه كان عقده صحيحاً، ولكنه يكون مسئولاً فيما لو لم يستطع تنفيذ التزاماته قبل المشتري.

🔸 **الركن الثاني ← (الثمن):** ينبغي أن يكون الثمن نقدياً، كذلك ينبغي أن يكون الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد بحيث لا يكون مفضياً للمنازعة، ويجب أيضاً أن يكون حقيقياً فإذا كان الثمن صورياً أو تافهاً لم ينعقد البيع.

🔸 **الركن الثالث ← (التراضي):** اتفاق إرادتي المتعاقدين على الشيء المبيع والثمن. فالبيع الرضائي ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على الشيء المبيع والثمن. فالقانون لا يتطلب لانعقاده تسليم شيء أو تدوين محرر أو أي إجراء شكلي آخر. لذلك لجأوا إلى دفع العربون لإثبات انعقاد البيع.

## ➤ التزامات أطراف عقد البيع :

🔸 ينشئ عقد البيع في ذمة المشتري التزاماً بدفع الثمن، أي نقل ملكية الثمن إلى البائع في الموعد المتفق عليه. كما يلتزم بدفع فوائد الثمن من تاريخ تسلمه للعين المبيعه ورد النفقات التي انفقها البائع لحفظ العين قبل تسليمها.

🔸 ينشئ عقد البيع في ذمة البائع التزاماً بالمحافظة على الشيء المبيع حتى يتم تسليمه، ولا تقتصر مسؤوليته في هذا الصدد على غشه أو خطئه وإنما يسأل عن حراسته كذلك. كما يلتزم أيضاً بنقل الحيازة الهادئة المستمرة إلى المشتري.

## ٢- عقد الإيجار:

### (أ) تعريف عقد الإيجار:

🔸 الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص بأن يمكن آخر من الانتفاع بشيء، أو أن يتعهد للغير بتقديم خدماته، أو القيام بعمل معين، لقاء أجر محددة من النقود يدفعها الطرف الآخر.

### ➤ خصائص العقد:

🔸 عقد الإيجار من العقود الرضائية التي لا يشترط لانعقادها شكل معين، والتي مبناه حسن النية. كما أنه عقد ملزم للجانبين، ولذلك يحمل الإيجار في القانون الروماني اسماً مزدوجاً "إيجار استئجار"، للدلالة على أنه عقد تبادلي كامل. ولا ينشأ عنه إلا التزامات شخصية، إذ لا يرتب للمستأجر حقاً عينياً على الشيء المؤجر.

🔸 **لعقد الإيجار صوراً ثلاثة: إجارة الأشياء، إجارة الأشخاص (عقد العمل)، الاستصناع (المقولة).**

🔸 في البداية، لم يكن الرومان يعرفون سوى إيجار الأشياء المنقولة، فكانت ملكية الشيء المؤجر تنتقل بصورة مؤقتة إلى المستأجر مقابل ثمن يدفعه فوراً إلى المؤجر، وبانتهاء مدة الإيجار كان المستأجر يرد الشيء إلى المؤجر. ولم يعرفوا إيجار العقارات، حيث كان لكل مواطن قطعة أرض يقوم بزراعتها ومنزل يقيم فيه.

🔸 كذلك لم يكن هناك محل لإيجار العمال، إلا أن هذه الأوضاع تغيرت عندما تبدلت ظروف المجتمع الروماني الاقتصادية منذ منتصف العصر الجمهوري.



🔹 **قد ذهب بعض شراح القانون الروماني المحدثين** إلى أن عقد الإيجار قبل أن يصبح عقداً رضائياً كان ينعقد باشتراطين متقابلين. فكان أحد المتعاقدين يشترط من المتعاقد الآخر تسليم العين المؤجرة أو أداء العمل المطلوب، وكان المتعاقد الآخر يشترط من المتعاقد الأول دفع الأجرة.

🔹 **ذهب البعض الآخر** من الشراح إلى أن عقد الإيجار كان ينعقد بصورة عينية، فكان تسليم العين المؤجرة أو أداء العمل المطلوب ينشئ على عاتق الطرف الذي تسلم العين أو الذي استفاد من العمل التزاماً بدفع الأجرة. ويؤكد الشراح أن تطور عقد الإيجار تم تحت تأثير قيام الدولة بتأجير الأموال العامة.

🔹 كانت مثل هذه الإيجارات تتم بدون شكلية وبمجرد التراضي **ولمدة خمس سنوات**، بحيث يمكن القول بأن عقد الإيجار الرضائي ظهر عندما شرع الأفراد يقلدون هذه الإجراءات التي اتبعتها الدولة.

## ➤ صور عقد الإيجار:

🔹 **الصورة الأولى** < (إيجار الأشياء): وفي هذا العقد يتعهد شخص يسمى (المؤجر) بتمكين شخص آخر يسمى (المستأجر) من الحصول على منفعة شيء لقاء أجرة يتعهد هذا الأخير بدفعها للمؤجر.

🔹 يتكون هذا العقد من **ثلاثة أركان:**

🔹 **الركن الأول** < (الشيء المؤجر) (المحل): قد يكون عقاراً أو منقولاً.

🔹 **الركن الثاني** < (الأجرة): يجب أن تكون من النقود وجدية ومحددة تحديداً نافياً للجهالة.

🔹 **الركن الثالث** < (التراضي): فلا بد من اتفاق الطرفين على الشيء المؤجر والأجرة وينعقد الإيجار دون اشتراط رسمييات أو شكلية معينة.

🔹 للمستأجر الرجوع على المؤجر في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته بمقتضى دعوى الاستئجار وهي من دعوى حسن النية.

🔹 ينتهي عقد الإيجار بانتهاء المدة المحددة، كما كان من الممكن إنهاء عقد الإيجار المحدد المدة قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين على إنهائه، أما إذا كان الإيجار غير محدد المدة فلكل من المؤجر والمستأجر الحق في إنهائه بإرادته المنفردة.

🔹 **الصورة الثانية: إيجار الخدمة:** وفي هذا العقد يؤجر شخص (العامل) عمله لشخص آخر (رب العمل) مقابل أجر. ولم يدخل الرومان في مفهوم إيجار الخدمة سوى الأعمال التي تتطلب خبرة معينة أو مهارة خاصة. هكذا كان نطاق استعمال إيجار الخدمة محدوداً في القانون الروماني.

🔹 يتكون هذا العقد من **ثلاثة أركان:**

(أ) الخدمة التي يؤديها الشخص خلال مدة معينة.

(ب) الأجرة وهي في الأصل عبارة عن مبلغ من النقود

(ج) التراضي.

🔹 **الصورة الثالثة: إيجار الصنعة:** في هذا العقد يتعهد شخص عهد إليه بشيء، بالقيام بعمل معين على هذا الشيء، مقابل الحصول على أجر معين. ويتكون هذا لعقد من ثلاثة أركان: الشيء الذي يسلمه رب العمل إلى الصانع، والأجرة، والتراضي. ويلتزم المقاول بأداء العمل المطلوب في الموعد المحدد، وبالكيفية المتفق عليها في العقد. ويلتزم رب العمل بأداء الأجرة المتفق عليها.

## ٣- عقد الشركة:

### التعريف:

🔹 عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر (الشركاء) على المساهمة بمال معين، بالاشتراك فيما بينهم، للقيام بعمليات مشروع، واقتسام الأرباح الناشئة عنها،

### خصائص العقد

🔹 عقد الشركة في القانون الروماني ينعقد فيما بين الشركاء بمجرد التراضي، وهو من العقود التي تدخل فيها شخصية المتعاقد في الاعتبار. وهو من عقود قانون الشعوب، كما أنه من العقود المبنية على حسن النية. وقد ظهر هذا العقد في أواخر عصر الجمهورية.



لكي تنعقد الشركة في القانون الروماني كان لابد من **توافر عناصر معينة لتكوينه**

**أولاً:** أن يكون كل شريك مساهماً في رأس المال، وتكون المساهمة بتقديم حصة من مال أو عمل.

**ثانياً:** أن كون غاية الشركة مشروعة، فعقد الشركة يكون باطلاً إذا كانت الغاية التي يراد تحقيقها مخالفة للآداب العامة.

**ثالثاً:** أن تتوافر مصلحة عامة تدفع الشركاء إلى تأليف الشركة.

**الشركة في القانون الروماني كانت تقوم على الاعتبار الشخصي** فالشركة تستتبع قيام علاقة وثيقة بين الشركاء، ولذلك لا يجوز لأحد الشركاء التنازل عن حصته لأجنبي عن الشركة.

**عقد الشركة في القانون الروماني من العقود التبادلية**، ولذلك فهو يستتبع نشوء حقوق والتزامات لصالح الشركاء جميعاً وعلى عاتقهم، فليس هناك دائن ومدين وإنما كل شريك هو دائن ومدين في نفس الوقت. تنشأ عن عقد الشركة دعوى تسمى "دعوى الشركة" ولكل شريك الحق في رفع هذه الدعوى على شريكه ليطالبه بمقتضاها بتنفيذ الالتزامات المتولدة من عقد الشركة. وهي من دعاوى حسن النية.

**ينقضي عقد الشركة بموت أحد الشركاء موتاً طبيعياً أو مدنياً**، أو هلاك رأس مال الشركة أو انتهاء الغرض الذي أنشئت من أجله أو انتهاء الأجل الذي تحدد لها، أو بناء على إرادة أحد الشركاء إن لم يكن لها أجل محدد أو إرادة جميع الشركاء قبل حلول الأجل المحدد.

## ٤- عقد الوكالة:

### ➤ تعريف العقد

عقد يتم بين شخصين، يتعهد بمقتضاه أحدهما (الوكيل) بالقيام بلا مقابل بأداء عمل أو جملة أعمال لمصلحة الطرف الآخر (الموكل).

### ➤ خصائص العقد

**عقد الوكالة في القانون الروماني من العقود الرضائية** التي تدخل فيها شخصية المتعاقد في الاعتبار، كما أنه من العقود التبادلية الناقصة لأنه إذا كان يولد التزامات على عاتق الوكيل فإنه قد يولد التزامات على عاتق الموكل في بعض الأحيان، وعقد الوكالة كذلك من عقود حسن النية.

**عقد الوكالة يتألف من عناصر ثلاثة، هي:**

**أولاً: محل الوكالة:** وقد يكون محل الوكالة عملاً مادياً كحمل رسالة أو عملاً قانونياً كالشراء أو البيع أو رفع دعوى، وقد تكون الوكالة عامة لإدارة جميع أموال الموكل وقد تكون خاصة بعمل معين، ويشترط في محل الوكالة أن يكون مشروعاً وغير مخالف للآداب العامة وإلا كانت الوكالة باطلة.

**ثانياً: يجب أن تكون الوكالة تبرعية**، وتاريخ الوكالة هو الذي يفسر هذا الشرط.

**ثالثاً: يجب أن تحقق الوكالة مصلحة مالية للموكل**، إلا أن هذه القاعدة ورد عليها استثنائين:

١- ما يعرف بالوكالة في إقراض النقود.

٢- ما يعرف بالوكالة في قبض دين مع احتفاظ الوكيل بما قبض.

عقد الوكالة عقد تبادلي ناقص حيث ينشئ في الأصل التزامات في ذمة الوكيل وحده وقد يؤدي إلي إلزام الموكل بتعويض الوكيل عما تكبده بسبب تنفيذ الوكالة فالوكيل يلتزم بتنفيذ الوكالة بحسن نية وألا يخرج عن الحدود المرسومة لوكالته كما يلتزم بأن يقدم للموكل حساباً عن أدائه لمهمته وكان الوكيل مسؤولاً عن غشه وخطئه بمعيار الرجل المعتاد أما الموكل فالتزاماته احتمالية فهو يلتزم برد ما انفقه الوكيل في تنفيذ الوكالة كما يلتزم بتعويض الموكل عن الضرر الذي أصابه بسبب الوكالة.

**تنشأ عن عقد الوكالة، في العصر العلمي، دعوى تسمى "دعوى الوكالة"** لحماية حقوق كل من الوكيل والموكل، وكانت هذه الدعوى تصم من يخفق فيها بوصمة العار. وهي من دعاوى حسن النية، وفي عهد "جستنيان" أصبح هناك دعويان، كلتاهما من دعاوى حسن النية

**الأولى "دعوى الوكالة المباشرة"**، والتي يرفعها الموكل ضد وكيله.

**الثانية "دعوى الوكالة المضادة"**، والتي يرفعها الوكيل ضد موكله.



ينقضي عقد الوكالة بحلول الأجل المحدد في حالة وجود مثل ذلك الأجل، أو بتنفيذ المهمة التي عهد إلى الوكيل بتنفيذها، كما ينقضي باتفاق الطرفين أو بإرادة أحد الطرفين فللموكل عزل الوكيل وللوكيل التنازل عن الوكالة، بشرط ألا يكون التنازل منطوياً على غش أو يأتي في وقت غير ملائم، كما ينقضي عقد الوكالة بموت أحد طرفيه موتاً طبيعياً أو مدنياً.

## س: تكلم عن دور حسن النية في ظهور نظرية عيوب الإرادة ؟

### المبحث الثاني : دور حسن النية في ظهور نظرية عيوب الإرادة

#### تمهيد

لم يعالج الفقهاء الرومان بصفة أساسية فكرة عيوب الإرادة حتى العصر العلمي، ولم يفسحوا لها مكاناً مستقلاً للدراسة في هذه الفترة. والسبب في ذلك عدم معرفتهم لفكرة التقابل ما بين الإرادة والتعبير، فالازدواج ما بين الإرادة والتعبير الذي نجم عن المقارنة ما بين المضمون الحرفي (الإرادة الظاهرة) وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة (الإرادة الباطنة) كانت فكرة مجهولة.

قد برز التراخي على أنه ركن من أركان العقد، منذ أن لاحظ الفقيه "بيدوس" أن كل عقد من العقود يفترض التراخي.

قد انتصرت فكرة الإرادة نهائياً في عهد "جستنيان"، وأصبح التراخي ركناً عاماً من أركان العقود. والتراخي الذي يتم به العقد هو عبارة عن: التوافق ما بين إرادتي العاقدین الذي يؤدي إلى إنشاء الالتزامات. فالقانون لا يحفل بالإرادة إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير من صدرت منه، وهذا لا يتحقق إلا بالتعبير عنها. بيد أن القانون لا يعتد بالإرادة المعبر عنها إلا إذا صدرت عن بيئة وحرية، وانصرفت إلى إحداث أثر قانوني، هو إنشاء الالتزام.

**يشترط لصحة التراخي** أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب، أما إذا أدى العيب إلى فسادها فقط تعتبر موجودة ولكنها معيبة. فالإرادة المعيبة إرادة موجودة ولكنها فسد بسبب ما لحقها من عيب، وعيوب الإرادة في القانون الروماني هي ذات العيوب التي ورثها عنه القانون الحديث، حيث تكون الإرادة معيبة إذا صدرت عن غير بيئة بسبب غلط أو تدليس، أو كان صاحبها قد أكره على التعبير عنها، وقد كان الغلط يعيب الإرادة طبقاً لأحكام القانون المدني، أما التدليس والإكراه فلم يكن لهما أثر على الإرادة في القانون المدني، والبريتور هو الذي تدخل لحماية من أبرم العقد تحت تأثير التدليس والإكراه، فاعتبرهما جريمتين عاقب مرتكبهما بغرامة تؤول إلى المجني عليه ما لم يعيد الحالة إلى ما كانت عليه.

بذلك فإن البريتور تحت تأثير قواعد العدالة وما تقضي به من وجوب توافر حسن النية لدى المتعاقدين، قام بحماية المتعاقد الذي وقع ضحية تدليس أو إكراه صادر من المتعاقد الآخر.

#### أولاً: التدليس:

**عرف الفقيه "لايو" التدليس** ← كل عمل مخالف لما تقتضيه الذمة والأمانة، يخدع به أحد المتعاقدين الطرف الآخر في التعاقد.

حيث أن التدليس في القانون الروماني جريمة من الجرائم التي وضع البريتور لها جزاء، وقد اشترط لاعتبار التدليس جريمة أن يكون قد ارتكبه أحد المتعاقدين أو شريك لأحد المتعاقدين، أما إذا كان التدليس من فعل شخص أجنبي عن التعاقد فلا يكون له أثر ما في العقد.

إلا أن القانون الروماني كان يجيز استعمال الوسائل التي ابتدعها البريتور لمعاقبة الطرق الاحتيالية سواء وقعت أثناء إبرام التصرف القانوني أم بعده أثناء تنفيذه. ولذلك استعملت النصوص تعبير العش كتعبير مرادف لتعبير التدليس.



لما كان التدليس عبارة عن استخدام طرق احتيالية بقصد حمل شخص على إبرام تصرف قانوني معين، فمعنى ذلك أن الطرق الاحتياطية تؤدي إلى وقوعه في الغلط، ومن ثم يمكن إبطال العقد على أساس الغلط. ولكن القانون الروماني لا يعتد بالغلط إلا إذا وصل إلى درجة إعدام الرضا.

قد وضع البريتور تحت تصرف من وقع في مثل هذا الغلط، نتيجة لاستعمال الطرق الاحتياطية، عدة وسائل يستطيع بمقتضاها إبطال العقد، من الناحية الفعلية، رغم بقاءه صحيحاً من الناحية النظرية.

إزاء هذا القصور تدخل البريتور واعتبر التدليس جريمة نص عليها في منشوره، وبذلك أصبح التدليس جريمة بريتورية. ويرجع تدخل البريتور لسد النقص الموجود في القانون المدني والعقاب على التدليس، إلى التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي أصاب المجتمع الروماني.

قد قرر البريتور لمعالجة آثار التدليس وسائل ثلاث: دعوى التدليس، والدفع بالتدليس، وأمر إعادة الشيء إلى أصله بسبب التدليس.

**من الجدير بالملاحظة** في هذا الصدد، أن البريتور لم ينشئ هذه الوسائل إلا للعقاب على التدليس في عقود القانون الضيق، أما في عقود حسن النية فالمدلس عليه ليس في حاجة إلى هذه الوسائل، لأن دعوى العقد تكفل حمايته.

## ثانياً: الإكراه:

**الإكراه** ← هو استعمال القوة أو التهديد بإلحاق الأذى بشخص لحمله تحت تأثير الرهبة على التعاقد.

**الإكراه على نوعين:** فهو إما أن يكون

**الاول: إكراهاً مادياً** ← حيث يقوم المُكْرِه بِإِمْسَاكِ يَدِ الْمُكْرَه لِجَبَارِهِ عَلَى التَّوَقُّعِ عَلَى الْعَقْدِ مَثَلًا.

**الثاني: إكراهاً معنوياً** ← حيث يهدد العاقد بخطر ما فيدفعه الخوف إلى التعاقد وهو في حقيقته عبارة عن "الخوف الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد". ولا يشترط أن يكون الخطر واقعاً على شخص المُكْرَه، بل يكفي أن يكون واقعاً على أحد أقاربه.

والإكراه لا يعدم الرضا، فقد لاحظ الرومان أن العقد الذي يعقده المُكْرَه تحت تأثير الخوف، لا يعوزه الرضا، فالمُكْرَه قد رضي بالعقد ليتفادى التهديد، ومن ثم يعتبر عقد المُكْرَه في الأصل صحيحاً لتوافر أركانه جميعاً، ولكن إذا نتج الخوف عن أعمال تهديدية، فقد قرر البريتور أن مَنْ أَتَى هَذِهِ الْأَعْمَالِ يَكُونُ قَدْ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً مَدْنِيَّةً تَنْشَأُ عَنْهَا دَعْوَى جَنَائِيَّةً.

قد منح البريتور المجني عليه في جريمة الإكراه دعوى جنائية تؤدي إلى الحكم على الجاني بغرامة، كما كان يمنح أمراً بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأخيراً كان يمنح الدفع بالإكراه. ويلاحظ أنه في العقود المبنية على حسن النية يكون الدفع مفترضاً، كما أن الدعوى في هذه العقود تنشأ عن العقد نفسه وتكون دعوى مؤبدة وقابلة للانتقال من ذمة إلى ذمة.

**س: وضع دور حسن النية في نطاق تفسير العقود موضحاً منهج الفقهاء في التفسير ؟**

## المبحث الثالث : دور حسن النية في نطاق تفسير العقود

### أولاً: منهج فقهاء الرومان في التفسير بصفة عامة:

استحدث الفقهاء الرومان- خاصة منذ القرن الأول قبل الميلاد- طرقاً جديدة للتفسير، حيث وجدوا في المناهج الفلسفية مادة لتكوين مناهجهم الجديدة في التفسير.

فضلاً عن أن الثقافة الإغريقية مدت الفقهاء الرومان بأفكار جديدة مثل الثقة والأمانة والعدالة وحسن النية، واستخدموها في تفسير القواعد القانونية الموجودة بين أيديهم.



لما كانت الشكلية هي الطابع المميز للقانون الروماني في عصر القانون القديم، فقد استمرت الشكلية أيضاً طوال القرنين الأخيرين من العصر الجمهوري هي السمة الظاهرة للقانون الروماني، بيد أنها بدأت تتراجع تدريجياً. ففي نظام التقاضي، حل نظام البرنامج، وهو نظام مرن، محل نظام دعاوى القانون. ومع ذلك ظل الأصل العام هو الشكلية، وقد حدث نفس الأمر في التفسير، فعلى الرغم من أن الأصل العام هو التمسك بحرفية النصوص، إلا أن تطور المجتمع اضطر الفقهاء والحكام القضائيون إلى التخفيف من حدة الشكلية في التفسير، سواء بالنسبة لنصوص التشريع أم القواعد الواردة في منشورات الحكام أم التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد.

**من هنا كان طبيعياً ألا يتقيد الفقهاء بالتفسير الحرفي للنصوص،** وفي الحالات التي يكون فيها النص التشريعي واضحاً، كان على الفقيه أن يضع في اعتباره النتائج العملية التي يمكن أن تتمخض عن تطبيق مثل هذه النصوص، إذ كان على الفقيه وهو يسبر غور القصد الحقيقي للمشرع أن يراعى تماماً مدى توافق هذا القصد الذي يكشفه بين ثنايا النص وما يؤدي إليه من نتائج وآثاره، وهنا تحدد النتائج بقائها وتوافقها مع قصد المشرع كأثر مباشر لهذا النوع من التفسير. وكان الفقيه في سبيل البحث عن القصد الحقيقي للمشرع، لا يقف عند شكل النص وما يوحي به بصفة مباشرة، وإنما عليه أن يعيش بفكره فيما يوحي به النص، أي عليه أن يفتش عن روح القانون ويغلبها على حرفية النص.

بالرغم من اتجاه فقهاء هذا العصر نحو استخلاص المبادئ العامة من الحالات الفردية، إلا أنهم كانوا لا يهتمون بالنظريات العامة، فهم مثلاً يبينون القواعد التي تحكم صحة كل تصرف قانوني على حدة ولا يضعون نظرية عامة للتصرف القانوني، ويرجع السبب في ذلك إلى أنهم وجهوا عنايتهم نحو الجانب التطبيقي وحده للقانون. ومن جهة أخرى، عمد الفقهاء إلى تعليل ما يبدونه من آراء مما أدى إلى استعمال القياس، وبذلك تنطبق القاعدة القانونية كلما توافرت حكماتها أو علتها، لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا، فالفقيه يبتكر الحكم ولكنه يرده إلى أصل أو قاعدة وردت في القانون. وبجانب ذلك استعاروا بعض الأفكار الفلسفية الإغريقية مثل العدالة وحسن النية، وبنوا عليها العديد من القواعد القانونية.

## **ثانياً: منهج فقهاء الرومان في تفسير العقود:**

كان تفسير التصرفات القانونية مقيداً بالقاعدة التي تقضي بأن التقييم ينبغي أن يركز على قواعد العدالة. كما استخدم الفقهاء طريقة التفسير القائم على أساس مطابقة التصرف القانوني لنموذجه، وذلك بغية التوصل إلى مضمون التعبير أو السلوك.

إذ أن التعبير يفهم في نطاق المحيط الاجتماعي وفقاً لمضمونه الموضوعي، وهو وحده المعترف به، وقد تقرر المبدأ المذكور ضماناً لاستقرار المعاملات، حيث أن هذه المعاملات كانت تتعرض للخطر إذا كان من وجه إليه التعبير يمكن أن يجد نفسه أمام مضمون متغير، وكان التقدير يقوم على أساس الشخص العادي، أي على أساس المفهوم الشائع للتعبير، وإذا كان هذا المعيار لا يسمح بالإلمام بمضمون التصرف القانوني يحل محله معيار المسؤولية الذاتية حيث يتم بمقتضاه التفسير على أساس المصلحة الغالبة، فالتصرف القانوني الغامض



🔹 وفقاً لهذا المعيار يفسر على حساب الطرف الذي كان يقع على عاتقه عبء تحديد وتوضيح التعبير. ولذلك

نصت الموسوعة على أن: "مَنْ يصاب بضرر بسبب خطئه ليس له حق الشكوى".

🔹 من الجدير بالذكر، أنه في تصرفات حسن النية الثنائية، لا يقع عبء التوضيح على أحد الطرفين وحده، بل إن عنصر حسن النية يستوجب كذلك مراقبة مدى صحة تعبير الغير.

**س: وضع دور حسن النية في نطاق ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان ؟**

## الفصل الثاني : دور حسن النية في نطاق ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

### تمهيد

🔹 **الأثر الرئيسي للالتزام** - تنفيذه، وقد يتم هذا التنفيذ برضاء المدين، وهو ما يسمى بالتنفيذ الاختياري أو الوفاء، وقد يتراخى المدين في التنفيذ فيضطر الدائن إلى استعمال الوسائل القانونية لجبره على التنفيذ، وهذا هو التنفيذ الجبري.

🔹 لذلك وضع القانون الروماني تحت تصرف الدائن من الوسائل ما يمكنه من إجبار المدين إذا لم يوف بالالتزام طوعاً.

🔹 قد كان القانون الروماني - في عهده الأولى - يعطي للدائن، **بعد مضي ثلاثين يوماً** من تاريخ حصوله على حكم قضائي بدينه أو اعترف المدين به، الحق في القبض على مدينه أمام البريتور. وللدائن بعد مضي ستين يوماً من تاريخ القبض على المدين، وعدم حصوله على الوفاء بدينه، أن يسترق مدينه، فله قتله أو بيعه خارج روما، وينص قانون الألواح الإثني عشر على أن للدائنين - في حالة تعددهم - اقتسام أشلاء المدين. وبصودور قانون "بوتيليا بابريا" أوائل القرن الرابع قبل الميلاد، خفت حدة هذا النظام، بحيث حُرّم على الدائن استرقاق المدين، واقتصر حقه على حبس المدين في سجنه الخاص، ثم تعدل هذا النظام مرة ثانية بصودور قانون "جوليا" في عهد الإمبراطور "أغسطس"، الذي أعطى للمدين الذي يعجز عن الوفاء بالتزاماته، فرصة لتفادي حبسه، بالتنازل عن جميع أمواله للدائنين.

🔹 **ترتب على ظهور نظام التنفيذ على أموال المدين** أن أصبحت أمواله هي الضامنة للوفاء بما عليه من ديون. هذا النظام الجديد لم يلغ نظام التنفيذ بطريق الإكراه البدني، بل ظل قائماً بجانبه ومكملاً له، وللدائن الخيار بينهما إلا في الحالات التي يقضي فيها القانون بقصر حق الدائن على التنفيذ على أموال المدين. قد ترتب على اعتبار جميع أموال الدائن ضامنة للوفاء بديونه، أن حق الدائن لا ينصب على مال معين من أموال المدين، لأن حق الدائن ليس حقاً عينياً بل حقاً شخصياً.

🔹 **يترتب كذلك على اعتبار جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه**، تقرير مبدأ المساواة بين الدائنين، فإن بادر أحدهم باتخاذ إجراءات التنفيذ على أي مال للمدين جاز لأي دائن آخر أن يشترك معه في إجراءات التنفيذ ويقتسم معه الناتج من ثمن بيع أموال المدين دون أفضلية لدائن على آخر أياً كان تاريخ نشوء ديونهم. ويترتب أخيراً على مبدأ اعتبار جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، أن للدائن الذي باشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين ولم يستوف حقه كاملاً، بسبب إعسار المدين، أن يعاود الكرة إذا ما ظهرت أموال جديدة في ذمة المدين.

🔹 قد قرر القانون الروماني عدة وسائل تكفل حماية الدائنين من تصرفات مدينهم التي تؤدي إلى إعساره، وأهم الوسائل التي ابتدعها القانون الروماني للمحافظة على الضمان العام للدائنين ظهرت في القانون البريتوري، فقد منح الدائنين عدة وسائل لحمايتهم من تصرفات المدين المبنية على الغش وسوء النية.



يعد السبب في استحداث هذه الوسائل على يد البريتور، أن العدالة تقتضي ألا يتصرف المدين المعسر في شيء من أمواله إضراراً بدائيته. وقد كان تدخله لحماية الدائنين يمثل تطوراً هاماً في المجال القانوني، حيث أدى إلى تغليب أحكام العدالة وحسن النية وهي المبادئ التي دعمها البريتور، فلولا تدخل البريتور وما قام به من دور إنشائي في هذا الصدد لما كان هناك مجال لحماية الدائنين، لأن أحكام القانون الروماني العتيق لا تعطى للدائن الاعتراض على تصرفات مدينه ما دامت لا تمس حقاً مقررأ وثابتاً. **وأهم الوسائل التي أوجدها البريتور لحماية الدائنين هي: أمر إعادة الشيء إلى أصله، وأمر الغش، والدعوى البولصية.**

## المبحث الأول : أمر إعادة الشيء إلى أصله

يرتبط ظهور أمر إعادة الشيء إلى أصله باعتباره وسيلة لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم المعسر في النية بظهور نظام التنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد العام. وقد عُرف أمر إعادة الشيء إلى أصله- بهذا المعنى- في عهد "شيشيرون".

وأمر إعادة الشيء إلى أصله أمر يمنحه البريتور بعد فحص النزاع ووقائعه، وبمقتضاه يبطل التصرف الذي وقع غشاً بالدائن ويعتبر كأن لم يكن، ويسترد الدائن الشيء نفسه من الغير الذي تلقى الشيء من المدين المعسر.

**من الجدير بالملاحظة** في هذا الصدد، أن الحارس على أموال المدين وليس كل دائن على حدة- هو الذي يطلبه ضد الغير في النية الذي تعامل مع المدين المعسر. ولذلك وضع البريتور تحت تصرف الحارس على أموال المدين- باعتباره وكيلأ عن الدائنين - أمر إعادة الشيء إلى أصله، حتى يستطيع طلب إبطال التصرفات القانونية التي أجراها المدين المعسر مع الغير إذا كان يترتب عليها انتقاص الذمة المالية للمدين. وكان دور الحارس ينتهي بالحصول على أمر إعادة الشيء إلى أصله.

**كان البريتور هو المختص** بنظر طلب إعادة الشيء إلى أصله ويشترط لصدور الأمر بإعادة الشيء إلى أصله أن يجري المدين تصرفاً يؤدي إلى إعساره وكان الحارس علي أموال المدين مكلفاً بإثبات سوء نية المدين وعلي الحارس أيضاً إثبات أن الغير الذي تعامل مع المدين كان علي علم بإعساره والتصرف الذي تم معه ادي إلى افتقاره ويترتب علي صدور أمر إعادة الشيء إلى أصله اعتبار التصرف كأن لم يكن وكان علي المصفي أن يبين في قائمة البيع بالمزاد التصرفات والأموال التي صدر بشأنها أمر إعادة الشيء إلى أصله .

في ظل نظام المرافعات الإدارية، منذ القرن الثالث الميلادي، ظهر نظام بيع أموال المدين المعسر بالتجزئة إلى عدة مشتريين، فاختفى نظام المشتري الواحد، وحل أمر الغش كوسيلة لحماية الدائنين محل أمر إعادة الشيء إلى أصله.

## المبحث الثاني : أمر الغش

أمر يصدره البريتور إلى الغير في النية الذي تعاقد مع المدين المعسر بفسخ التصرف الذي أفقره وإزالة ما ترتب عليه من آثار فالبريتور يمنح أمر الغش للدائنين في حالة ما إذا اتضح أن ثمن بيع أموال المدين لا تكفي لسداد جميع ديونه. فبعد بيع جميع أموال المدين، يستطيع كل دائن على حدة طلب أمر الغش من البريتور خلال سنة من تاريخ البيع، بقصد الحصول على فسخ التصرفات التي لم يطعن فيها الحارس على الأموال أو التي لا يمكن الطعن فيها عن طريق أمر إعادة الشيء إلى أصله.

**يشترط البريتور** لمنح أمر الغش ضد الغير أن يكون هذا الأخير قد استفاد من التصرف الذي أجراه من المدين وأن يكون سئ النية أي أن يكون الغير علي علم بسوء حالة المدين المالية وأن تصرفه يؤدي إلى إعساره أو زيادته كما يشترط أن يكون المدين سئ النية أي أن يكون عالماً بأن تصرفه يؤدي إلى إعساره أو زيادته .



يؤدي أمر الغش إلى فسخ التصرف الذي تم بين المدين المعسر والغير، وإلغاء ما ترتب عليه من آثار. بيد أن هذا الفسخ لا يترتب بقوة القانون، بل يقتضي تدخلاً من جانب من صدر ضده أمر الغش، حيث يجب عليه أن يشترك في الإجراءات التي تؤدي إلى إزالة آثار التصرف المطعون فيه.

قد أصبح أمر الغش هو الوسيلة الوحيدة لحماية الدائنين في عهد المرافعات الإدارية، حيث حل نظام بيع أموال المدين بالتجزئة، فاستحال الاستفادة من أثر أمر إعادة الشيء إلى أصله لأنه لا وجود لمشتري الأموال الذي كان يخلف المدين في كل ذمته المالية، فبطل استعماله.

## المبحث الثالث : الدعوى البولصية

تدخل الدعوى البولصية ضمن إجراءات تصفية أموال المدين بطريقة جماعية، وكانت إجراءات تصفية أموال المدين في عصر الإمبراطورية السفلى تقتضي الحجز على أموال المدين إذا توقف عن دفع ديونه وتعيين حارس مصفى يمثل جماعة الدائنين يتولى إدارة أموال المدين والمحافظة عليها وبيعها بالتجزئة بالمزاد العلني.

الدعوى البولصية ترفع ضد الغير الذي تعامل مع المدين المعسر، ويجوز أيضاً رفعها ضد المدين نفسه، ويجوز أيضاً رفعها ضد ورثة المدين المعسر وورثة من تعامل مع المدين المعسر في حدود اغتنائهم.

**يشترط لإمكان رفع الدعوى البولصية** أن يكون التصرف قابلاً للفسخ؛ لأن هذه الدعوى تهدف إلى فسخ التصرف المطعون فيه وعودة المال المتصرف فيه إلى ذمة المدين. فإن كان التصرف غير قابل للرجوع فيه استحال استعمال الدعوى البولصية لتعذر تحقيق أثرها وأن يكون التصرف مفقراً أي ينقص من حقوق المدين (مثل الإبراء) أو يزيد في التزاماته (الاستدانة) سواء كان نتيجة عمل إيجابي أو عمل سلبى ويجب أن يكون التصرف ضاراً بالدائنين أي أن يترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره.

يشترط كذلك غش المدين، ونية الغش تعتبر متوافرة لدى المدين من مجرد علمه بأن التصرف يؤدي إلى إعساره أو زيادته، أي لا يشترط تعمد الإضرار بالدائنين. ويجب أن يكون الغير الذي تعاقد مع المدين أو استفاد من تصرفه متواطئاً معه في الغش.

**الدعوى البولصية توصف بأنها دعوى تحكيمية.** فإذا ما توافرت شروطها يصدر القاضي ضد المدعي عليه أمراً بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف المطعون فيه. فإن امتثل لأمر القاضي وجب عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وحينئذ يعود المال إلى ذمة المدين ويباع بالمزاد العام ويشترك الدائنون في اقتسام ثمنه. أما إن رفض الامتثال لأمر القاضي تم الحكم عليه بالتعويض.

### س: وضع دور حسن النية كوسيلة لقمع سوء النية ؟

## الفصل الثالث : دور حسن النية كوسيلة لقمع سوء النية

لقد تراجعت الشكليات لتفسح الطريق أمام دور الإرادة بالنسبة للتصرفات القانونية بين الأفراد، حيث كانت الحاجة ملحة نحو مزيد من العدالة.

كما أن العدالة تتحقق كما قال "أرسطو" "ليس في مواجهة التصرف ذاته وإنما في البحث عن نية إتيانه"، وعلى هذا الأساس بدأ يتحرك المفهوم الجديد للقانون الروماني في تطوره خلال العصر العلمي، وكان مجال التحرك ممثلاً بصفة خاصة بالنسبة لالتزامات حسن النية.

بدأ استخدام هذه الفكرة كوسيلة لقمع سوء النية لدى المتعاقدين، وقد ظهر هذا الاتجاه على أوضح ما يكون في نطاق **ضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية.**



## المبحث الأول : ضمان الاستحقاق كوسيلة لقمع سوء النية

الاستحقاق يحدث عندما يطالب المالك الحقيقي باسترداد الشيء أو عندما يباشر دائن مرتهن حقه في تتبع الشيء ويرفع على المشتري دعوى الرهن، أو عندما يتوصل صاحب حق انتفاع إلى إثبات حقه على الشيء المبيع.

الاستحقاق في القانون الروماني يعني أن المبيع استُحق من المشتري، إذا انتزع منه بموجب حكم قضائي. لم يعتبر استحقاقاً في القانون الروماني في أي وقت من الأوقات، ظهور أن المبيع كان مقررًا عليه حق ارتفاق. كما أن مجرد التعرض للمشتري في حيازة العين المبيعة، لا يستوجب الضمان على البائع، إذ أن للمشتري في هذه الحالة أن يحتمي بالأوامر التي تحمي الحيازة بوجه عام.

**قد مر ضمان الاستحقاق في القانون الروماني بثلاث مراحل: ففي العصر القديم،** كان ضمان الاستحقاق ينشأ إما عن طريق الإشهاد وإما عن طريق الاشتراط. ففي حالة استعمال الإشهاد لنقل ملكية الأشياء المبيعة، كان الإشهاد يلقي على عاتق البائع بوصفه ناقلاً التزاماً بضمان المشتري ضد استحقاق الشيء، أما بالنسبة للأشياء غير الإشهادية، فقد كان ضمان الاستحقاق يتولد عن اشتراط يتعهد بمقتضاه البائع للمشتري باحتفاظه بالسلطة الفعلية على الشيء وبعدم تعرض أحد له في انتفاعه به، وكان هذا الاشتراط يعرف باشتراط إمساك الشيء أو الاحتفاظ به. وعندما ظهر البيع الرضائي، في أواخر عصر الجمهورية، لم يكن يترتب على البيع في ذاته التزام بضمان استحقاق الشيء المبيع، ولذلك استمر الرومان في استعمال الإشهاد والاشتراط للتوصل إلى إلزام البائع بهذا الضمان.

**الدعوى التي كان يستعملها المشتري للرجوع على البائع تسمى "دعوى الضمان"** فإذا رفعت دعوى الاسترداد على المشتري الذي اكتسب الشيء المبيع بطريق الإشهاد، يطلب المشتري من البائع التدخل في الدعوى لمعاونته، فإذا امتنع عن التدخل أو تدخل وفشل في دفاعه واستحق الشيء لمن يطالب به، رجع المشتري على البائع بدعوى الضمان. كذلك استمر الرومان في استعمال الاشتراط لإلزام البائع بضمان الاستحقاق، وقد عرف الرومان في هذا العصر نوعين من الاشتراطات: اشتراط الضعف واشتراط الاحتفاظ بالشيء. واشتراط الضعف كان يستعمل عادة في البيوع التي تنصب على أشياء غير إهادية ذات قيمة كبيرة، كالبيوع التي يكون محلها جواهر أو ملابس.

**في مرحلة تالية** اعتبر أن حسن النية في البيع يقتضي إجراء تعهدات الضمان التي يجري بها العرف، فإذا لم يكن المشتري قد أجرى مع البائع إشهاداً أو اشتراطاً بالضمان، كان له مع ذلك مطالبة البائع بمقتضى دعوى الشراء بإجراء اشتراط الضعف أو اشتراط الاحتفاظ بالشيء تبعاً للأحوال.

قد انتهت مراحل تطور ضمان الاستحقاق عندما اعتبر هذا الضمان من طبيعة عقد البيع، فمنذ ذلك الوقت لم يعد هناك مجال لإجراء اشتراط بالضمان عند البيع أو لمطالبة البائع بإجراء هذا الاشتراط بمقتضى دعوى الشراء وذلك بسبب حسن النية الواجب توافرها في البائع، فقد أصبح يترتب على الاستحقاق في هذه الحالة حق المشتري في رفع دعوى المطالبة بمبلغ من النقود ضد البائع، وهي من دعاوى القانون الضيق، ويترتب عليها الحكم بإلزام البائع بدفع مثلي قيمة الشيء.



## المبحث الثاني : ضمان العيوب الخفية كوسيلة لقمع سوء النية

تقوم المعاملات بين الأفراد على أساس العدالة، الأمر الذي يتطلب بالضرورة أن يكون هناك تعادل بين ما يعطيه الفرد وما يأخذه. ويتحقق هذا التعادل بالمساواة، فالسلعة التي يحصل عليها أحد الطرفين ينبغي أن تكون مساوية في القيمة للبدل الذي يقدمه، وتقدر قيمة السلعة على ضوء الغرض الذي أعد من أجله، ومدى ما تقدمه من فائدة أو ما يتولد عنه من نفع.

فإذا لم تكن صالحة لأداء هذا الغرض على النحو المطلوب أو المرغوب فيه نتيجة احتوائها على عيب وانتقلت مع ذلك بالبيع إلى أحد الأفراد، ترتب على ذلك اختلال مبدأ المساواة وقد عرف الفقيه (أولبيا نوسي) العيب الموجب للضمان بأنه (العيب الذي يجعل الشيء المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له أو ينقص كثيراً من قيمته).

العيب الذي يضمنه البائع في القانون الروماني، هو في الأصل العيب الخفي، فإذا كان المشتري عالماً بالعيب أو كان العيب ظاهراً بحيث يسهل الكشف عنه فلا ضمان. وإذا أعلن البائع عن توافر صفات معينة في الشيء المبيع، يعتبر فقدان الصفة المذكورة في هذه الحالة عيباً أياً ما كانت هذه الصفة، وكذلك إذا ذكر البائع أن المبيع ليست به عيوب معينة، فإذا ما اتضح غير ذلك كان هناك عيب من العيوب المضمونة. ولا يلزم في ضمان العيب أن يكون البائع عالماً بوجوده، فالبائع مسئول عن العيوب الخفية ولو كان هو نفسه يجهلها.

لم يكن ضمان العيوب في ظل القانون الروماني القديم يتولد عن مجرد العقد، وإنما كان ينشأ عن إجراءات مستقلة، ثم تطور الأمر بعد ذلك على أثر تدخل المحتسبين حتى أصبح هذا الضمان يشكل أحد الالتزامات الناتجة عن مجرد العقد.

**في القانون القديم،** كان قانون الألواح الإثني عشر يرتب على إجراء الإشهاد بمناسبة البيع التزام البائع بضمان العيب في **حالتين:**

**الأولى:** إعلان البائع أثناء الإشهاد.

**الثانية:** حالة إقرار البائع أثناء الإشهاد، وقد استمر العمل بهذا النظام ولم يخفف إلا باختفاء الإشهاد في عصر الإمبراطورية السفلى. ومنذ أوائل عصر الجمهورية، لجأ الأفراد إلى إلزام البائع بضمان العيوب عن طريق الاشتراط.

عندما ظهر عقد البيع الرضائي، تم اعتبار البائع مسؤولاً عن عيوب المبيع، بغض النظر عن وجود إشهاد أو اشتراط، **وذلك في حالتين:**

**الأولى:** حالة إخفائه عن المشتري بعض العيوب التي كان هو على علم بها.

**الثانية:** حالة عرضه الشيء المبيع بوصفه متضمناً بعض الأوصاف التي لا يتضمنها في الحقيقة.

البائع بسكوته في الحالة الأولى، أو بتقريراته الكاذبة في الحالة الثانية: يرتكب غشاً يتنافى مع حسن النية الواجب توافره لدى المتعاقدين في عقد البيع، فإذا ظهر بالمبيع عيب، كان للمشتري رفع دعوى الشراء على البائع، للحصول منه على تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا العيب.

**منذ أواخر عصر الجمهورية،** تدخل المحتسبون، بوصفهم الحكام المشرفين على الأسواق، لتنظيم بعض البيوع التي تجري بها، وقد دفعهم إلى هذا التدخل الرغبة في حماية الرومان، حيث كان معظم التجار الذين يفدون إلى الأسواق من الأجانب الذين كانوا يجتهدون في إخفاء عيوب ما يبيعون من عبيد، وكثيراً ما كان الرومان يقعون ضحية هذه الأساليب الاحتيالية، ولذلك تدخل المحتسبون لحمايتهم.

قد وضع المحتسبون تحت تصرف المشتري الذي يكتشف بالمبيع عيباً لم يسبق للبائع الإعلان عنه دعويين هما: (دعوى الفسخ ودعوى تخفيض الثمن). وكانت دعوى الفسخ تؤدي إلى فسخ البيع، ومن ثم كان المشتري يسترد الثمن والبائع يسترد المبيع، وكانت ترفع خلال ستة أشهر. أما دعوى تخفيض الثمن فكانت تؤدي إلى تخفيض الثمن بما يتناسب مع ما في الشيء من عيب، وكانت ترفع خلال سنة. وكان المشتري بالخيار بين الدعويين، فهو الذي يقدر ما إذا كانت مصلحته في فسخ العقد أم في تخفيض الثمن.



في قانون "جستنيان" طبقت القواعد التي وضعها المحتسبون على جميع البيوع أيًا كان محلها. من ثم أصبح المشتري يستعمل الدعوى المتولدة عن البيع وهي دعوى الشراء في رجوعه على البائع عند ظهور عيب بالشيء المبيع، ويتوصل المشتري عن طريق دعوى الشراء إلى نفس النتيجة التي كان يتوصل إليها في ظل النظام الذي وضعه المحتسبون، فكان له رفع دعوى الشراء إما بوصفها دعوى فسخ وإما بوصفها دعوى تخفيض الثمن، وإما بصفتها الأصلية ودعوى الفسخ كانت تؤدي إلى مطالبة البائع برد الثمن وتوابعه واسترداد المبيع.

يحصل المشتري عن طريق هذه الدعوى على تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب وجود العيب أو بسبب عدم وجود الصفة التي قرر البائع وجودها، وينظر في تقدير التعويض إلى وقت البيع.

## امتحان (٢٠٢٢) دبلوم القانون الخاص

"تميز القانون الروماني العتيق بالشكليه ، مما كان له اثرا عميقا في اختفاء مبدأ حسن النية في القانون الروماني القديم . إلا أنه من المسلم به أنه بقدر ما تتقدم المجتمعات صوب الحضارة والمدنية ، بقدر ما تتحرر العقود والتصرفات القانونيه من القيود الشكليه ، وكان هذا هو حال القانون الروماني حينما تحضر ، مما كان له الاثر الواضح في ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني".

**في ضوء هذه العبارة اكتب بحثا في:**

فلسفه القانون الروماني في انكار مبدأ حسن النية ثم الاقرار به ، في ضوء سيادة مبدأ الشكليه ثم التخفيف منه.