

تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات أنموذجا

د. شوقي بنّاسي: أستاذ محاضر

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

لقد طُرح، بعد الاستقلال مباشرة، مشكل القانون الواجب التطبيق، وقد رأت السلطات الجزائرية، آنذاك، أنه من الحكمة تمديد العمل بالقوانين الفرنسية مؤقتا، ما لم تتعارض مع السيادة الوطنية، في انتظار إصدار قوانين تعبر عن هوية المجتمع الجزائري، غير أن هذه المهمة لم تكن سهلة باعتبار أن معظم رجال القانون كانوا من خريجي المدرسة الفرنسية، من جهة أولى، وأن الشريعة الإسلامية لم تكن مدوّنة في شكل تقنيات على الطريقة الغربية من جهة ثانية، وأن مراعاة الأعراف المحلية يتنافى مع السعي لإقامة وحدة وطنية من جهة ثالثة، وأن السلطة قد اختارت التوجّه الاشتراكي من جهة رابعة. إن مشكل القانون الواجب التطبيق طُرح بشدة، بخصوص القانون المدني، على أساس أن قانون نابليون قد بقى ساري المفعول إلى غاية صدور القانون المدني سنة 1975، وطيلة هذه الفترة كانت السلطات تمجّد الاشتراكية، وتدعو إلى احترام القيم العربية - الإسلامية. ويبدو في نهاية المطاف أن المشرع قد بقي وفيا لتصورات قانون نابليون ومبادئه وقواعده، على أن صياغة مواده قد جاءت نقلا شبه حريّة للقانون المدني المصري باعتباره كان رائدا للقوانين العربية في تلك الفترة.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني - الالتزامات - قانون نابليون - التصوّر الليبرالي - النزعة الذاتية - القانون المصري - الشريعة الإسلامية - الأعراف المحلية - الأصالة - النزعة الموضوعية.

Résumé

Juste après l'indépendance l'Algérie s'est trouvée devant un vide juridique. Les autorités algériennes ont alors estimé qu'il serait sage de reconduire temporairement l'application de la législation française à l'exception de celle portant atteinte à la souveraineté nationale en attendant la promulgation de lois algériennes. Cette tâche n'était pas aisée du fait que la plupart des juristes étaient de formation française ceci d'une part, et que d'autre part, la loi islamique était incompatible avec les lois occidentales, sans oublier les difficultés pour la prise en considération des coutumes. Par ailleurs, la reconduction de la législation française jusqu'en 1975 était en contradiction non seulement avec l'option socialiste, mais également avec les valeurs arabo-islamiques. Le législateur, est resté malgré tout fidèle aux principes et aux règles du code napoléonien, alors que la rédaction des articles est en fait une reproduction presque identique du code civil égyptien ; celui-ci étant considéré à l'époque comme le modèle type des législations arabes.

Mots clefs : code civil- obligations- code napoléonien –conception libérale- conception subjective- droit égyptien – Chari'a islamique- les coutumes locales – authenticité- conception objective.

مقدمة

يُعرّف القانون – عند عامة الفقهاء – على أنه مجموعة القواعد التي تنظم المجتمع على وجه ملزم¹. ويظهر من هذا التعريف البسيط أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، ولكن يجب ألا نتوقّف عند هذا الحدّ، بل لابدّ من

¹ -محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1 الوجيز في نظرية القانون، ط 18، دار هومة، 2011، ص 17. عيد الحميد بن شنيّتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1 القاعدة القانونية، مطبعة حسناوي، 2008، ص 20. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون. النظرية العامة للقانون، دار هومة، 2006، ص 6.

الذهاب إلى أبعد من ذلك، ونعترف أن القاعدة القانونية، في الحقيقة، تتفاعل مع المجتمع، إذ تأتي لتنظيمه فعلا، ولكن في نفس الوقت يعمل المجتمع على بلورتها في شكل معين، ومن ثم فهي وليدة البيئة الاجتماعية التي نشأت فيها، بل هي مرآة المجتمع التي تعبر عن أوضاعه السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية. إن القانون مشروع حضاري، في حد ذاته، يجسد ذاتية الأمة بين الأمم الأخرى، ويترجم هويتها، ويبرز شخصيتها، ويربط بين ماضيها وحاضرها، وبعبارة موجزة يحقق أصالتها بين الحضارات والأمم والشعوب². وهذا ما يبرر اختلاف القوانين من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر، فما قد يصلح في بلد معين قد لا يصلح في بلد آخر، وما صلح في زمان معين قد لا يصلح في زمان آخر. وصدق الفقيه الإيطالي باسكال مانشيني (1817 - 1888) عندما قال: "القوانين ثياب فُصِّلَت لأمة معينة، فلا تصلح لأمة أخرى"³.

لقد كانت الجزائر، قبل الاستعمار الفرنسي، خاضعة للحكم العثماني، وكان العثمانيون، آنذاك، يمثلون الخلافة الإسلامية، ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية أساس التشريع على كل المستويات، ويبدو أنه كان هناك تعايش سلمي بين ثلاثة مذاهب إسلامية: المذهب المالكي الذي كان السائد، من قبل، في الجزائر، والمذهب الحنفي الذي تتبناه رسميا الخلافة العثمانية، إلى جانب المذهب الإباضي المعروف عند الميزابيين في منطقة غرداية منذ عهد بعيد، دون أن ننسى الأعراف المحلية التي كانت منتشرة بقوة في ربوع الوطن، سواء كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو مخالفة لها. وبعد ضعف الخلافة العثمانية وقعت الجزائر ضحية الاحتلال الفرنسي، سنة 1830م، الذي حاول، منذ الوهلة الأولى، طمس الهوية الجزائرية بمختلف الوسائل القمعية غير المشروعة، فاستبعد الشريعة الإسلامية من مجال التطبيق - والتي كانت تحكم كل مناحي الحياة - وجلب قوانينه الغربية عن تقاليد المجتمع الجزائري العريقة، ودينه الإسلامي الحنيف، وأعرافه المحلية، وعاداته

² - "إن القانون وليد البيئة الاجتماعية، يترجم حضارة المجتمع، ويجسد المشروع السياسي المرغوب فيه... يعتبر القانون واقعا حضاريا لأن القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع تحدّد على أساس الظاهرة الدينية، والاجتماعية، والثقافية، والعلمية، والأخلاقية، والتقنية، والأدبية، والفنية التي يتميز ويختص بها كل المجتمع. ومجموع هذه الميزات التي تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن عصر إلى آخر هي التي تكوّن الحضارة". علي فيلال، مقدمة في القانون، ط 2، موقف للنشر، 2010، ص 14.

³ - لهذا طالب بعض الفقه أن يكون للجزائر قانون مدني يعبر عن شخصيتها. "ولذا فقد كان من المحتوم أن يكون للجزائريين قانون يترجم عن تاريخهم ومقوماتهم وتقاليدهم وعروبتهم ودينهم الإسلامي". علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 5.

الأصيلة، وحارب، بكل شراسة، اللغة العربية - لغة الشريعة الإسلامية - وأحلّ محلّها لغته الفرنسية المجهولة عند عامة الشعب الجزائري آنذاك⁴، مع أنه قد جاء في المعاهدة المبرمة بين الداي حسين باشا والكونت دي بورمون بتاريخ 5 جويلية 1830 أنه: "تبقى الديانة المحمدية حرة، ولن ينال من حرية السكان من جميع الطبقات ولا من دياناتهم وممتلكاتهم وتجارتهم وصناعاتهم"⁵.

لقد كان لزاما على السلطات الجزائرية، غداة الاستقلال، إحداث ثورة تشريعية تتمثل في إصدار قوانين تعبّر عن مشروعها السياسي، وتوجّهاتها الاقتصادية، ومعتقداتها الدينية، وفلسفتها الأخلاقية، ومكاسبها الثقافية، وأوضاعها الاجتماعية، من أجل إعادة الاعتبار لمكونات الهوية الجزائرية، من أجل تجسيد أصالة القوانين الجزائرية، لاسيما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واحترام الأعراف المحلية التي كانت سائدة في ربوع الوطن قبل دخول الاستعمار، وهو ما كانت تؤكّده السلطات لاسيما بالنسبة للشريعة الإسلامية⁶.

إن هذه المهمة الخطيرة لم تكن بالأمر البسيط، الذي يتحقّق بجرة قلم، بين عشية وضحاها، في ظل عدم توافر الأدوات العلمية والعملية التي تساهم فعلا في تجسيد هذه الأمنية واقعا، على الأقل من نواح ثلاث:

من ناحية أولى عدم توافر العنصر البشري الذي يحقّق أصالة القوانين، إذ أن أغلب رجال القانون - من قضاة ومحامين وأساتذة - كانوا من خريجي المدرسة الفرنسية المتأثرين بمبادئ القانون المدني الفرنسي، وأسس النظرية، وحلوله العملية، وتصوّراته الفلسفية، واصطلاحاته الفنية، وتكييفاته القانونية.

ومن ناحية ثانية كانت السلطات تسعى إلى تحقيق الوحدة الوطنية، في حين أن العودة إلى احترام الأعراف المحلية المنتشرة عبر الوطن لم تكن تتماشى مع هذا

⁴ - « Les autorités coloniales françaises avaient nié pratiquement tous les aspects de la culture algérienne, en s'attaquant non seulement à la langue arabe...mais aussi à la religion musulmane ». A. Filali, Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit Algérien, in Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial, 2012, p.93.

⁵ - جمال قنان، نصوص سياسية جزائرية في القرن التاسع عشر (1830 - 1914)، ج 3، منشورات وزارة المجاهدين، 2009، ص 368.

⁶ - « La législation de chaque nation...est l'émanation de son présent et de son passé...ce qui s'entend pour l'Algérie, d'un retour aux sources du droit musulman et une adaptation aux besoins et aux objectifs de notre législation socialiste ». Cité par Gh. Lahlou-Khiar, Réflexions sur le droit des obligations, RASJEP, 2013, n°1, p.25.

الهدف، ذلك أن هذه الأعراف كانت تختلف من منطقة إلى أخرى، وهي بطبيعتها غير مدونة مما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار في وطن خرج من حرب طويلة.

ومن ناحية ثالثة لم يكن عامل الزمن في صالح السلطات، إذ كانت البلاد في حاجة ماسة إلى قوانين تضبط المجتمع، في حين أن الشريعة الإسلامية لم تكن مدونة في شكل تقنيات على الطريقة الأوروبية يسهل تطبيقها فوراً، خاصة وأنه قد طرأت على المجتمع متغيرات كثيرة منذ العهد العثماني، مروراً بالاحتلال الفرنسي، إلى غاية الاستقلال.

يبدو أن المشرع قد راعى هذه الظروف جميعاً، غداة الاستقلال، ومن ثم لم يجد مضراً من تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما لم تمس بالسيادة الوطنية، وهو ما جسده، فعلاً، القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962⁷، وقد اعتبره بعض الفقه الجزائري جزأً من القانون الفرنسي⁸. ومع ذلك، والحق يقال، فإن المشرع لم يبق مكتوف الأيدي، بل عمل على إصدار جملة من القوانين الجزائرية، في فترة الستينات، منها: قانون التنظيم القضائي، قانون الإجراءات المدنية، قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، إلى غير ذلك من القوانين، ولكن هذه القوانين كانت - هي الأخرى - متأثرة أشد التأثير بالنموذج القانوني الفرنسي، ومن ثم فإن القطيعة مع القانون الفرنسي لم تقع، بل تأكدت الصلة أكثر فأكثر. وبالنسبة للقانون المدني - وهو محور القانون الخاص - فقد تأخر صدوره إلى غاية 1975، ومن ثم بقي القانون المدني الفرنسي هو الساري المفعول.

إن انتشار الأفكار الاشتراكية، في تلك الفترة، ومناداتها بالعدالة الاجتماعية، وحماية الفئات الضعيفة، ومنع استغلال الإنسان لأخيه الإنسان،

⁷ - وقد جاء في عرض أسباب هذا القانون:

« Les circonstances n'ont pas encore permis de doter le pays d'une législation conforme à ses besoins et à ses aspirations. Mais il n'est pas possible de laisser le pays sans loi... C'est pourquoi, il y a lieu de reconduire la législation en vigueur au 31 décembre 1962, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale algérienne jusqu'à ce que l'assemblée nationale puisse donner au pays une législation nouvelle ». JORA, n°2 du 11-01-1963.

⁸ - « Au lendemain de l'indépendance, la question du droit applicable s'est inévitablement et rapidement posée. Elle a été réglée par une loi du 31 décembre 1962 qui a algérianisé le droit français en vigueur en Algérie... ». A. Bencheneb, Le droit algérien des contrats, AJED, 2011, p.23.

ومحاربة الإمبريالية، كانت ذات تأثير كبير على ذهنية المشرع جعلته يعتقد أن السبيل الوحيد لإقامة مجتمع جزائري عصري يعيش في رفاهية وازدهار لن يتحقق إلا من خلال السير على المنهج الاشتراكي اعتقادا وسلوكا، ولاشك أن القانون هو الوسيلة المثلى التي تحدث هذا التغيير الجذري في المجتمع، ويبدو أن مثل هذا الاختيار يقتضي التضحية بالأعراف المحلية لكونها لا تتماشى مع الوحدة الوطنية، والإعراض عن أحكام الشريعة الإسلامية لكونها تتعارض والعصرنة، وكل هذا أدى إلى الابتعاد عن عنصر الأصالة في صياغة القوانين التي تحكم المجتمع الجزائري، وهو ما جعل بعض كبار العلماء ينددون بالابتعاد عن الشريعة الإسلامية والجري وراء المذاهب الأجنبية⁹.

إن ما يمكن أن يُسجّل في تلك الفترة (1962 - 1975) هو تلك المفارقة العجيبة بين الخطاب السياسي والقانون المدني الفرنسي الساري المفعول وأحكام الشريعة الإسلامية، فالأول كان مشبعا بالتوجه الاشتراكي القائم على تقديس الجماعة على حساب الفرد، أما الثاني فكان مجسّدا للتوجه الليبرالي القائم - على النقيض من ذلك - على تقديس الفرد على حساب الجماعة، في حين أن الشريعة الإسلامية تقيم توازنا محكما بين الأمرين. وهكذا ضاعت أصالة التشريع الجزائري بين توجه اشتراكي يجسّد أفكار الدول الشيوعية ولا صلة له بالهوية العربية الإسلامية، وتوجه ليبرالي يجسّد أفكار المستعمر ولا صلة له بالواقع الجزائري.

بل إن السلطات الجزائرية قد أصدرت في تلك الفترة بعض القوانين التي أوجدت عدم انسجام بين القانون المدني الفرنسي الساري المفعول والتشريعات الخاصة، فكانت هذه الأخيرة بحق إعادة نظر حقيقية في أحكام القانون المدني، من ذلك الأمر رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق¹⁰ إذ ألزمت المادة 12 منه إضفاء

⁹ - انظر في التنديد بالاشتراكية: بيان 16 أفريل 1964 للشيخ العلامة البشير الإبراهيمي جاء فيه: "... ولكن المسؤولين - في ما يبدو - لا يدركون أن شعبنا يطمح قبل كل شيء إلى الوحدة والسلام والرفاهية، وأن الأسس النظرية التي يقيمون عليها أعمالهم، يجب أن تنبثق من صميم جذورنا العربية الإسلامية، لا من مذاهب أجنبية...". آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ج 5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1997، ص 317. انظر كذلك: عبد اللطيف بن علي السلطاني، المزدكية هي أصل الاشتراكية، 1974.

¹⁰ - أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق. ج 1970، العدد 107.

الطابع الرسمي على جملة من العقود¹¹، مما يعدّ إعادة نظر في مبدأ الرضائية. ومن ذلك الأمر رقم 74-15 المتعلق بالزامية تأمين السيارات¹²، إذ ألزمت المادة الأولى منه كل مالك مركبة بالاكتتاب في عقد التأمين¹³، مما يمس بمبدأ الحرية التعاقدية¹⁴. بل إن السلطات الجزائرية قد سعت، في هذه الفترة، إلى إصدار قوانين تعمل على تشييد المجتمع الاشتراكي، مما جعلها لا تتماشى مع القانون المدني الفرنسي الساري المفعول آنذاك. من ذلك، الأمر رقم 71-73 المتضمن قانون الثورة الزراعية¹⁵، والأمر رقم 71-74 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات¹⁶.

لقد كانت الذكرى العاشرة للاستقلال مناسبة كبيرة للمناداة بضرورة جزأة القانون، وفاء للمنهج الاشتراكي الذي اختارته السلطة آنذاك، من أجل إحداث القطيعة مع القانون الفرنسي، وكانت نتيجة ذلك صدور الأمر رقم 73-29 المؤرخ 5 جويلية 1973¹⁷ الذي يلغى قانون 31 ديسمبر 1962 ابتداءً من 5 جويلية 1975¹⁸. وفي ظل هذه الظروف جرى التحضير لإصدار القانون المدني، وقد تكفّلت بذلك مجموعة من قضاة وزارة العدل المتأثرين بالثقافة القانونية الفرنسية، وقد وضعوا نصب أعينهم، حسب ما جاء في وثيقة عرض الأسباب،

¹¹ - **تنص المادة 12:** "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

¹² - أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. ج ر 1974، العدد 15، مؤرخة في 19 فبراير 1974.

¹³ - نصت **المادة الأولى:** "كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي تلك الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير".

¹⁴ - Gh. Lahlou-Khiar, *Le droit civil algérien, cinquante ans après l'indépendance : un droit qui reste à construire*, in *Algérie cinquante ans après. La part du droit*, Ouvrage collectif sous la direction de W. Laggoune, éd AJED, 2013, p.235.

¹⁵ - أمر رقم 73-71 مؤرخ في 08 نوفمبر 1971 يتضمن بالثورة الزراعية. ج ر 1971، العدد 97، مؤرخة في 30 نوفمبر 1971.

¹⁶ - أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات. ج ر 1971، العدد 101، مؤرخة في 13 ديسمبر 1971.

¹⁷ - وقد جاء في عرض أسباب هذا القانون ما يلي: "ونظرا إلى أن الاستمرار في تطبيق تشريع مفروض على بلدنا يتنافى مع الاختيار الاشتراكي، وبما أن هذا التشريع يحمل أيضا العلامة الثابتة من الإحياء والروح الاستعماريين وكذلك الميز العنصري والاجتماعي. - ونظرا إلى أن استمرار العمل بهذا القانون يقف عثرة في سبيل السير الحسن والسريع إلى تشييد مجتمع اشتراكي... - ونظرا إلى إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 يشكل، بناء على ما تقدم، ضرورة مطلقة وواجبا حتميا ومقدسا للسلطة الثورية التي عمدت إلى ثورة اشتراكية للشعب وإلى أجل الشعب...". ج ر 1962، العدد 62، مؤرخة في 3 غشت سنة 1973.

¹⁸ - نصت المادة 4: "يدخل هذا الأمر في حيز التنفيذ اعتبارا من 5 يوليوس سنة 1975...".

تحقيق هدف مزدوج: الاستلham من القيم العربية الإسلامية من جهة، والاستفادة من الإسهامات الإيجابية للعالم المعاصر من جهة أخرى¹⁹. وبعبارة أخرى أرادوا تحقيق الأصالة والمعاصرة للقانون المدني، وهو هدف لن يتحقق إلا من خلال الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية (الأصالة)، ومسايرة التشريعات المدنية الحديثة (المعاصرة)²⁰. ولاشك أن مثل هذا الأمر يتطلب ثورة تشريعية تحدث القطيعة النهائية مع القانون المدني الفرنسي، ولكن يبدو أن رغبة واضعي القانون المدني لم تكن تصب في هذا الاتجاه، إذ جاء صراحة في وثيقة عرض الأسباب أن الأمر لا يتعلق بوضع قانون مؤسس على قواعد جديدة، وإنما يتعلق أكثر بقانون سهل التطبيق²¹.

إن قراءة نصوص القانون المدني تكشف لنا الفارق الشاسع، بل التناقض الواضح بين وثيقة عرض الأسباب ونصوص القانون المدني، فلم تكن الشريعة الإسلامية المصدر المادي الذي استمد منه المشرع أفكاره، ولم تُراع إطلاقاً الأعراف المحلية، بل كان رائده قانون نابليون بمبادئه وتصوّراته واصطلاحاته وفلسفته، وكانت صياغة مواده - عموماً - نقلاً حرفياً من القانون المدني المصري باعتباره كان النموذج الأمثل الذي اقتدت به القوانين العربية آنذاك، بل الأكثر من هذا قد جاءت روحه مخالفة لتصوّرات الفقه الإسلامي، بل ومعارضة، في بعض الجزئيات، لاختيارات المذهب المالكي السائد في الجزائر.

ويظهر لنا أن واضعي القانون المدني قد اعتمدوا، أساساً، النسخة الفرنسية للقانون المدني المصري، ثم قاموا بتعديلها من خلال حذف بعض الأحكام وفي نفس الوقت إضافة أحكام مهمة من قانون نابليون وبعض قرارات الاجتهاد

¹⁹ - جاء في وثيقة عرض أسباب القانون المدني:

« Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques ainsi que dans les apports positifs du monde moderne dans lequel évolue notre société ».

²⁰ - من بين الأهداف التي دونها بيان أول نوفمبر 1954: « إقامة الدولة الجزائرية الديمقراطية الاجتماعية ذات السيادة ضمن إطار المبادئ الإسلامية ».

²¹ - « ...il importe de rappeler que le but recherché par le législateur n'a pas été d'établir une codification classique...ni de concevoir un Code fondé sur des bases nouvelles à découvrir et à formuler. Il s'agit beaucoup plus...d'élaborer un texte de grande portée pratique... ».

القضائي الفرنسي، ثم استعانوا في الترجمة إلى اللغة العربية بالنسخة العربية للقانون المدني المصري، فجاء القانون المدني وفيها للتصورات الكبرى لقانون نابليون - بحكم أن القانون المصري هو الآخر متأثر بقانون نابليون -، ونقلنا شبه حري في القانون المدني المصري²².

إن مما لاشك، في اعتقادنا، أن النص الأصلي للقانون المدني هو النص الفرنسي بدليل: من ناحية أولى أن واضعيه كانوا من ذوي الثقافة القانونية الفرنسية. ومن ناحية ثانية أن أغلب الأخطاء موجودة في النص العربي وليس في النص الفرنسي. ومن ناحية ثالثة أن بعض الفقرات سقطت من النص العربي وهي موجودة في النص الفرنسي. ومن ناحية رابعة أن تعديل 2005 حرص على تصحيح النص العربي من خلال الرجوع إلى النص الفرنسي²³.

وهكذا ضاعت أصالة القانون المدني الجزائري بين تقليد لقانون نابليون، نتيجة التأثير الكبير بقانون المستعمر الفرنسي (I)، ونقل شبه حري من القانون المدني المصري - المتأثر هو الآخر بقانون نابليون - نتيجة اعتبار القانون المصري، آنذاك، - بحكم الانتماء للعالم العربي - رائدا في هذا المجال (II)²⁴.

I - القانون المدني: تقليد لقانون نابليون

وضع قانون نابليون سنة 1804 وقد جاء متأثرا بالقانون الروماني إلى حد معين من حيث المصطلحات المستعملة، والمفاهيم المقررة، والتصورات المتبعة، والميكانيزمات المعمول بها، لهذا يصنّف ضمن النظام القانوني الروماني-

²² -انظر تقريبا في نفس المعنى: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

²³ -انظر تقريبا في نفس الاتجاه:

D. Zennaki, *La fiabilité de la traduction des textes juridiques en Algérie*, in *Annales de l'Université d'Alger*, numéro spécial, 2012, p.170.

²⁴ -ومع ذلك هناك بعض الفقه الجزائري من يرى عكس هذا تماما، إذ كتب الأستاذ بلحاج العربي يقول: "جاء القانون المدني الجزائري خطوة أصيلة، متضمنا أحكاما جديدة، كرد فعل وطني للاستقلال عن القانون المدني الفرنسي، متأثرا بعوامل التطور وظروف البلاد ومقتضياتها. ومن هنا فإنه من الخطأ العلمي الاعتقاد، بأن التقنين المدني الجزائري منقول حرفيا عن القانون المدني الفرنسي أو القانون المدني المصري...". بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1 المصادر الإرادية. العقد والإرادة المنفردة. دار هومة، الجزائر، 2014، ص 71. ويبدو أن الكاتب قد تراجع عن حكمه السابق، إذ يقول في موضع آخر من كتابه: "ونلاحظ في هذا الشأن أن القانون المدني الجزائري اعتمد على الكثير من القواعد الواردة في القوانين المقارنة المعاصرة، وخصوصا ما جاء في القانون المدني الفرنسي من جهة، وعلى تجربة القانون المدني المصري شديد التأثير بالقانون المدني الفرنسي...". المرجع السابق، ص 76.

الجرماني²⁵. وقد كُتب لقانون نابليون الانتشار الواسع في العالم الغربي والعربي والإفريقي على حد سواء. ويبدو أن تخلي السلطات الجزائرية، بعد الاستقلال، عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، بموجب قانون 31 ديسمبر 1962، كان له أثره البالغ على التشريع الجزائري عموماً، والقانون المدني (لاسيما قانون الالتزامات) خصوصاً²⁶، فلم يجد قضاة وزارة العدل المكلفون بوضع القانون المدني سوى النموذج الفرنسي ممثلاً في قانون نابليون بحكم تأثرهم بالثقافة القانونية الفرنسية²⁷، - وكذا النسخة الفرنسية للقانون المدني المصري المتأثر هو الآخر بقانون نابليون - ومن ثم كان القانون المدني تقليداً لتصورات قانون نابليون مما أبعدته عن أحكام الفقه الإسلامي (1)، بل وكان تقليداً لجوهر قانون نابليون، الأمر الذي منعه من كل إبداع (2).

1- تقليد تصورات قانون نابليون: ابتعاد عن تصورات الفقه الإسلامي

لاشك أن لكل قانون تصورات ينطلق منها من أجل تجسيدها في شكل نصوص عامة ومجردة تنظم المجتمع المتواجد في مكان معين وفي زمان معين، وكلما كانت هذه التصورات نابعة من الأفكار التي يؤمن بها ذلك المجتمع كان القانون فعالاً محققاً للنتائج التي وضع من أجلها. لقد جاء قانون نابليون مرتبطاً بجذوره الأوروبية ممثلة في القانون الروماني، ومتصلاً بأصوله الدينية ممثلة في القانون الكنسي²⁸، ومعبراً عن روح الثورة الفرنسية القائمة على أفكار المساواة والإخاء والحرية²⁹. وقد جسّد قانون نابليون، لاسيما في الالتزامات، تصورين

²⁵-Ph. Malaurie, *Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, JCP. G, 2000.I.246.

²⁶ - يقول الأستاذ علي بن شنب عن قانون 31 ديسمبر 1962 :

« Cette loi de sagesse dans des circonstances délicates, n'es pas restée sans impact sur le droit des obligations ». A. Bencheneb, op. cit., p.24.

²⁷ - يقول الأستاذ علي فيلالي في تقرير هذه الحقيقة :

« Faut-il préciser d'ailleurs, que les juristes algériens qui avaient en charge l'élaboration des nouveaux textes dans le cadre de l'algérianisation du droit algérien avaient été formés pour la plupart dans la culture juridique française ». A. Filali, *Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit Algérien*, op. cit., p.100-101.

²⁸-F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd, Dalloz, 2013, p.38.

²⁹- انظر، برنار غروتويزن، فلسفة الثورة الفرنسية، ترجمة عيسى عصفور، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت -باريس، 1982.

مهمين هما على التوالي: التصوّر الليبرالي والتصوّر الذاتي، وقد جاءت نصوص القانون المدني الجزائري - تقليدا لقانون نابليون -، على الرغم من اختلاف المعطيات على عدة مستويات، مجسدة لهذين التصوّرين، فتبنى المشرع الجزائري التصوّر الليبرالي (أ)، والتصوّر الذاتي (ب)، وأعرض عن أحكام الفقه الإسلامي التي تغلب عليها النزعتان الاجتماعية والموضوعية.

أ- تجسيد التصوّر الليبرالي لقانون نابليون

ينطلق التصوّر الليبرالي من فكرة فلسفية وهي أن للفرد حقوقا طبيعية تولد معه، فالقانون لا يقرّر هذه الحقوق وإنما يعمل على المحافظة عليها. وعلى هذا الأساس فإن الأفراد أحرار في تنظيم المبادلات الاقتصادية دون تدخل الدولة في ذلك، وحتما ستكون هذه المبادلات عادلة لأنها تمت بإرادة هؤلاء الأفراد، فمن قال عقدا قال عدلا، ومن ثم فإن تدخل الدولة لا يكون إلا في حالات استثنائية تتعلق أساسا بالنظام العام. وهذا ما يبرر أن كثيرا من قواعد القانون المدني تكون في صيغة قواعد مكملة وتفسيرية، ونادرا ما توجد قواعد أمرة³⁰.

يرى الفقه الفرنسي أن قانون نابليون كان مجسّدا لهذا التصوّر الليبرالي يظهر ذلك بقوة في قانون العقود، من خلال تبني هذا القانون - ولو جزئيا - لمبدأ سلطان الإرادة مع ما نتج عن هذا المبدأ من نتائج قانونية في غاية الأهمية سواء فيما يتعلّق بتكوين العقد أو تنفيذه³¹.

إن القراءة البسيطة لنصوص القانون المدني الجزائري - لاسيما فيما يخص المواد المتعلقة بقانون العقود - تكشف لنا بكل وضوح مدى تأثره الكبير بالتصوّر الليبرالي الموروث عن قانون نابليون³²، فقد أعطى دورا كبيرا للإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره³³.

³⁰-F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p.33.

³¹-« Ces deux idées philosophiques de l'autonomie de la volonté et économique du libéralisme vont inspirer directement une conception du contrat dominé par le rôle de la volonté individuelle et par le principe de liberté en même temps que par le respect de la parole donnée, ce qui se traduit sur le plan juridique par un certain nombre de principes directeurs ». Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd, Sirey, 2014, p.237.

³² -يرى الأستاذ علي فيلاي أن "الأحكام المستمدة من المذهب الاشتراكي تتمثل في مادة وحيدة هي المادة (692) وهي غير قابلة للتطبيق". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 3، موقف للنشر، 2013، ص 21، هامش رقم 3. وفي اعتقادنا توجد، إلى غاية اليوم، مواد أخرى مستمدة من المذهب الاشتراكي وهي المواد من 677 إلى 681 مدني، وهي تتحدث عن حق الإدارة في استخدام الثروة العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع لأصحابها، وعلى حقها في التأميم بقوة القانون، وعلى حقها في الاستيلاء على الخدمات وعلى الأموال لضمان سير المرافق العمومية مقابل تعويض اتفاقي أو قضائي. وجدير بالذكر أن المواد 679-681

إن هذه الإرادة كفيلة بإنشاء العقد دون حاجة إلى اتباع شكليات معينة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية، وفي هذا المعنى نصت المادة 59 مدني: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما³⁴ المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وهو ذات المبدأ الذي يأخذ به الفقه الإسلامي، فكل ارتباط بين الإيجاب والقبول ينشئ العقد دون حاجة إلى شكليات معينة، ولكن في مقابل ذلك قيد الفقه الإسلامي هذا المبدأ بجملة من النظريات أبرزها على الإطلاق: نظرية اللفظية، ونظرية مجلس العقد، ونظرية الباعث، ونظرية وحدة الصفقة، ونظرية التعادل³⁵.

كما أن هذه الإرادة حرة في تحديد مضمون العقد، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الحرية التعاقدية، وفي هذا المعنى نصت المادة 106 مدني: "العقد شريعة المتعاقدين...". وهي تكاد تكون طبق الأصل للمادة 1/1134 مدني فرنسي: "إن الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرمها..."³⁶.

إن التأثير الكبير بالتصور الليبرالي - فيما يتعلّق بالحرية التعاقدية - جعل المشرع الجزائري كثير الالتجاء إلى القواعد المكملّة³⁷، وهذا ما يفسّر تكرار هذا النوع من القواعد القانونية في العقود المسماة التي نظمها المشرع في المواد من

مدني قد عدلت، كما أنها تمتت بالمواد 681 مكرر1 - 681 مكرر3 مدني، بموجب القانون رقم 88-14 مؤرخ في 3 مايو 1988 ج 18، العدد 18، مؤرخة في 4 مايو 1988.

33- « *Alors qu'au moment de sa promulgation, l'idéologie dominante se voulait socialiste, le code civil de 1975 se présente comme un texte de facture libérale* ». A. Bencheneb, op. cit., p.26. « *...la conception libérale du contrat telle qu'adoptée par le code Napoléon, transparaît dans plusieurs texte de notre code...* ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.30.

34 - الصواب: إرادتهما.

35 - الواقع أن نصيب الشكل في الفقه الإسلامي ليس معدوماً، ولئن اختلف فيه الشكل بالمعنى المفهوم في القانون الروماني باعتباره رسوماً وأوضاعاً ساذجة، فقد لبس فيه الشكل مظاهر مهذبة تختلف عن تلك التي ظهر فيها في القانون الروماني. إن نظرية وحدة الصفقة، ونظرية اللفظية، ونظرية مجلس العقد، ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد في بعض مذاهب الفقه الإسلامي، هي بمثابة قيود حلت على مبدأ الرضائية الذي قرره الفقه الإسلامي طرفة واحدة. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979، ص 484.

36 - Art. 1134/1-2. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

وهي تمثل المادة 1103 بعد تعديل 2016 بموجب الأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فبراير 2016 في الجريدة الرسمية رقم 35 المؤرخة في 11 فبراير 2016، نص رقم 26.

37 - وهي القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد. محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 111.

351 إلى 673 مدني. إن غرض المشرع من وضع هذه القواعد هو مساعدة الأطراف على تنظيم علاقاتهم العقدية تنظيمًا كاملاً حسباً لمادة النزاع مستقبلاً، ولذلك جاز مخالفة هذه القواعد لعدم تعلّقها - غالباً - بالنظام العام والآداب العامة³⁸.

ولاشك أن هذا التصور التقليدي هو الذي منع المشرع من توسيع دائرة الاهتمام، في القانون المدني، بالفئات الضعيفة في المجتمع عن طريق تنظيم مضمون العقد، وهو المسلك الذي اتبعه المشرع خارج القانون المدني، في إطار التشريعات الخاصة، لاسيما قانون علاقات العمل³⁹، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش⁴⁰.

وقد جاءت قواعد هذه التشريعات أمرة ومن النظام العام. ولاشك أن هذا التوجّه الأخير - المهتم بتنظيم مضمون العقد - يوافق تماماً أحكام الفقه الإسلامي، الذي يقرر أن آثار العقد هي من عمل الشارع الحكيم وليس من عمل المتعاقدين، والغرض من ذلك هو الحرص على الإشراف مباشرة على تحقيق التوازن العقدي⁴¹، ومن ثم جاءت دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي واسعة، يؤكد ذلك تحريم العقود الربوية، وتحريم عقود الغرر، والتوسع في نظرية الشروط الفاسدة⁴². وعلى العكس من هذا نجد القانون المدني في المادة 454 مدني يجيز التعامل بفائدة ربوية لمؤسسات القرض، ويقر صحة عقود الغرر في الباب العاشر في المواد من 612 إلى 625 مدني، ويشير بصورة محتشمة للشروط التعسفية في المادة 110 مدني في عقود الإذعان.

وطالما كانت الإرادة حرة فهي التي تكسب العقد قوته الملزمة، ذلك أن المتعاقدين قد التزما بإرادتيهما الحرة، ومن ثم لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما أو لأسباب يقررها القانون. وفي هذا المعنى نصت المادة 106 مدني: "...فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة 2/1134 مدني فرنسي: "...إنها غير قابلة للنقض

³⁸ - وهو ما يؤكّده شراح القانون المدني. في بيان أغراض تنظيم العقود المسماة: "الرغبة في تسهيل تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأفراد، إذ العقود المسماة شاع تداولها في الحياة العملية، والإرادة التشريعية وضعت أحكاماً نموذجية لتكفل العقود... على أن ذلك لا يؤثر على حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه ... طالما أن ما وضعاه من حلول لا يخالف النظام العام". محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني. ج 5، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، 2008، ص 11.

³⁹ - قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل. المعدل والمتمم. ج 1990، العدد 17، مؤرخة 25 أبريل 1990.

⁴⁰ - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج 2009، العدد 15، مؤرخة في 8 أوت 2009.

⁴¹ - وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 582.

⁴² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1 مقدمة - صيغة العقد، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان، 1998، ص 77.

إلا بالرضا المشترك أو للأسباب التي يأذن بها القانون"⁴³. ويبدو أن هذه القوة الملزمة للعقد هي التي جعلت المشرع، للأسف الشديد، يُعرض - عموماً - عن فكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، ظناً منه أنها تهدد استقرار المعاملات، في حين قد أخذت بها القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني الأردني في المواد من 177 إلى 198.

إن الفقه الإسلامي يعترف، هو الآخر، بالقوة الملزمة للعقد، ويجعلها هي الأصل، مصداقاً لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁴⁴، إلا أنه قد أقر ما يُعرف بفكرة الخيارات، أي التخيير بين إمضاء العقد أو فسخه، وهي على نوعين: خيارات عقدية، أي تنشأ بإرادة المتعاقدين، كخيار الشرط، وخيار التعيين، وخيارات شرعية، أي مفروضة بحكم الشرع، كخيار العيب وخيار التدليس وخيار الرؤية⁴⁵. والغرض من كل هذا هو حماية رضا المتعاقدين، وهو الانشغال الذي توليه التشريعات الحديثة - لاسيما تشريعات الاستهلاك - أهمية كبيرة، إذ بادرت إلى تقنين ما يُعرف بمهلة التفكير (*Délai de réflexion*) وحق الرجوع (*Droit de rétractation*)⁴⁶، وهما في حقيقة الأمر تقنين لفكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي⁴⁷.

ولما كانت الإرادة، في التصور الليبرالي، هي أساس العقد، كان الأفراد لا يلتزمون إلا بإرادتهم الحرة، ومن ثم كان العقد شأنًا خاصاً بالمتعاقدين لا يرتب حقوقاً والتزامات إلا بالنسبة إليهم، ومن ثم فهو لا يعني الغير الأجنبي عن العقد، وهو ما يُعرف بمبدأ نسبية أثر العقد، وفي هذا المعنى نصت المادة 108 مدني: "ينصرف (أثر)⁴⁸

43- Art. 1134/2: «Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise».

وهي تمثل المادة 1193 مدني فرنسي بعد تعديل 2016.

44 - سورة المائدة: الآية 1.

45 - انظر في موضوع الخيارات في الفقه الإسلامي: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ط 2، مطبعة مهوي، الكويت، 1985. محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، 1998.

46 - وقد بادر المشرع الفرنسي مؤخراً بموجب تعديل 2016 إلى تقنين مهلة التفكير وحق الرجوع في المادة 1122:

Art. 1122 : «La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement».

47 - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 555.

48 - سقطت من النص العربي.

العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."، ونصت المادة 113 مدني: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". ولاشك أن هذه النصوص مجرد ترديد للمادة 1165 مدني فرنسي التي تنص: "إن الاتفاقيات ليس لها أثر إلا بين الأطراف المتعاقدة، وهي لا تضر الغير، ولا تنفعه إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121"⁴⁹.

ويظهر أن هذا التصور التقليدي هو الذي جعل المشرع يغفل عن تنظيم مسألة في غاية الأهمية، وهي مسألة نفاذ العقد، فلم يخصصها إلا ببعض المواد المتفرقة منها المادة 793 مدني و904 مدني. إن العقد في التصور الحديث شأن يهم المجتمع، فهو بالنسبة للغير واقعة مادية يتعين على الجميع احترامها⁵⁰. وهو ما تداركه تعديل القانون المدني الفرنسي مؤخرا، إذ بعد النص على مبدأ نسبية العقد في المادة 1199 مدني فرنسي، نص على مبدأ نفاذ العقد في المادة 1/1200 مدني فرنسي، والتي قضت أنه يتعين على الغير احترام الوضعية القانونية التي أنشأ العقد⁵¹. إن تقليد القانون المدني لقانون نابليون يتأكد أيضا من خلال انحيازه للتصور الذاتي المعروف في قانون نابليون.

ب- الانحياز للتصور الذاتي لقانون نابليون

ينطلق قانون نابليون من تصور ذاتي في نظريته للنصوص التي تحكم الالتزامات، وقد ورث هذا التصور من القانون الروماني الذي يغلب العنصر الشخصي في الالتزام باعتباره علاقة بين الدائن والمدين، مع ما يترتب على هذا التصور من نتائج في غاية الأهمية سواء على أحكام الالتزام في حد ذاته أم على مصادره لاسيما العقد والمسؤولية المدنية⁵².

⁴⁹-Art. 1165 : «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

لقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، صياغة هذه المادة بشكل أوضح في المادة 1199 على النحو الآتي:

Art. 1199 : «Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties...»

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV».

⁵⁰ - "لم يتعرض المشرع في القسم المخصص والمعنون بـ "آثار العقد" من القانون المدني لمسألة نفاذ العقد، وإنما أشارت إليها بعض النصوص المتفرقة، منها المواد 191 و197 و418 و793 مدني. ولعل السبب في إغفال المشرع لهذه المسألة الهامة هو التصور التقليدي للعقد (فهو شأن المتعاقدين لا يعني الغير)". علي فيلاي، المرجع السابق، ص 436.

⁵¹-Art. 1200/1 : «Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat».

⁵² - « Le droit civil français est resté assez fidèle à la théorie classique et l'obligation demeure bien un droit personnel et subjectif... ». Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p. 12.

لقد جاء القانون المدني مجسّداً - كأصل عام - للتصوّر الذاتي المأخوذ من قانون نابليون، خاصة عند تناوله مصادر الالتزام، إذ من ناحية أولى أظهرت وثيقة عرض الأسباب أن المشرع قد اعتمد على المشروع الفرنسي - الإيطالي⁵³، وهو مشروع لاتيني قريب من تصوّرات قانون نابليون، ومن ناحية ثانية عدم نصه على الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام⁵⁴، مثلما هو معروف في التشريعات الجرمانية كالقانون الألماني، ومثلما هو معروف في الفقه الإسلامي⁵⁵.

أما بالنسبة لأحكام العقد فيظهر أن النزعة الذاتية هي الأصل العام الذي يديره، فقد عرّف العقد في المادة 54 مدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وهو تعريف منقول بصورة حرفية من المادة 1101 مدني فرنسي⁵⁶. وواضح من هذا التعريف أن المشرع قد انحاز للتصور الذاتي، إذ صوّر العقد على أنه اتفاق يرتب التزامات⁵⁷، في حين أن الشريعة الإسلامية - وهي من التشريعات التي تتحاز للتصوّر الموضوعي - تعرّف العقد على أنه: "ارتباط إيجاب بقبول يحدث

⁵³ - جاء في وثيقة عرض الأسباب:

« En ce qui a trait aux sources de l'obligation la commission s'est référée à un projet de textes franco-italien que n'ayant pas été consacré par les deux parties concernées a néanmoins inspiré la législation de nombreux pays ».

يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "المشروع الفرنسي الإيطالي أكسب التقنيات اللاتينية العتيقة جمة لم تكن لها، ونفخ فيها روح العصر، وجمع بين البساطة والوضوح، مع شيء كثير من الدقة والتجديد، على أن المشروع يكاد يكون محافظاً إذا قيس إلى التقنيات العالمية الأخرى". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 62، هامش رقم 1.

⁵⁴ - يُلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي قد جعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام في المادة 60، ولاشك أن مخالفة المشرع لهذا المشروع - مع أنه قد جعله مصدراً مادياً له حسب وثيقة عرض الأسباب - مرجعه إلى تأثير المشرع بالتصور التقليدي للالتزام المروث عن قانون نابليون. وللإشارة فإن المشرع قد تدارك هذا الأمر بعد تعديل 2005، إذ جعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام في الفصل الثاني مكرر.

⁵⁵ - انظر: محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995.

⁵⁶ - Art. 1101: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

وقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، تعريف العقد في المادة 1101 مدني فرنسي على النحو الآتي:

Art. 1101: «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

⁵⁷ - "فمقتضى النزعة الذاتية... أن يكون الاهتمام في تعريف العقد هو بأنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين". عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج 1 مصادر الالتزام. المصادر الإدارية، مج 1 نظرية الالتزام - تحليل العقد، اعتناء محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 254.

أثره في المعقود عليه⁵⁸. إن هذا التعريف لا يركّز على اتجاه الإرادتين على إحداث أثر قانوني، وإنما يركّز على تحوّل المعقود عليه (المحل) من حال إلى حال، فمثلاً في عقد البيع يتحوّل المبيع من ملك البائع ليصبح ملكاً للمشتري⁵⁹. وتترتب على هذا التعريف نتائج في غاية الأهمية على رأسها الاعتداد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة⁶⁰.

إن هذا التصوّر الذاتي هو الذي جعل المشرع - اقتداء بقانون نابليون - لا يهتم بتوازن الأداءات العقدية، بل يهتم فقط بضمان رضا سليم عند المتعاقدين خالياً من عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه⁶¹. وفي هذا المعنى نصت المادة 1109 مدني فرنسي: "لا يكون هناك رضا صحيح إذ لم يبد الرضا إلا عن طريق الغلط أو الإكراه أو التدليس"⁶². وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع لم يجعل الغبن شرطاً عاماً لصحة العقد، بل حصره في حالات معينة كبيع العقار في المادة 358 مدني أو عقد القسمة في المادة 732 مدني، وهو نفس النهج الذي سلكه قانون نابليون في المادة 1118 مدني فرنسي، إذ نصت: "الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في عقود معينة وتجاه أشخاص معينين"⁶³. وعلى خلاف قانون نابليون نجد الفقه الإسلامي - مذهب الجمهور - شديد الاهتمام بموضوع الغبن، نتيجة نزعة الموضوعية، تحقيقاً للتوازن العقدي، فهو من جهة يربط بين الغبن الفاحش

⁵⁸ - راجع مثلاً المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 262 من مرشد الحيران، والمادة 73 مدني عراقي، والمادة 145 مدني عربي موحد.

⁵⁹ - وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 12.

⁶⁰ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص 81. انظر في بيان تفوق الفقه الإسلامي على الفقه اللاتيني في تعريف العقد: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004، ص 384.

⁶¹ - «D'autres textes, tels ceux relatifs à la théorie des vices du consentement... On ne cherche pas à équilibrer les prestations contractuelles, ni à réaliser l'équité. Il s'agit de s'assurer que le consentement émanant de chaque contractant est sain et éclairé. Cette idée est exprimée à travers les vices de l'erreur, du dol et de la violence dont les règles sont celles du droit français». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p. 30.

⁶² - Art. 1109 : «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

⁶³ - Art. 1118 : «La lésion ne vice les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

وقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، صياغة موضوع الغبن، مع المحافظة على نفس الفكرة، في المادة 1168 مدني فرنسي على النحو الآتي:

Art. 1168 : «Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement».

والتغريير (التدليس)، فكلما وقع المتعاقد ضحية تغريير وترتب على ذلك غبن فاحش جاز له المطالبة بالفسخ، ومن جهة أخرى يعتد بالغبن الفاحش ولو لم يتصل بالتغريير وذلك في جملة من الحالات واردة على سبيل الحصر تتعلق عموما بالبيع والإجارة والقسمة⁶⁴.

إن التصوّر الذاتي هو الذي يفسّر لنا اعتداد المشرع بالإرادة الباطنة في كثير من مواد القانون المدني تماما مثلما فعل قانون نابليون، من ذلك اعتداده بالغلط في المادة 81 مدني كأول عيب من عيوب الرضاء باعتباره وهما يقع في ذهن المتعاقد فيصوّر له الأمور على غير حقيقتها. وهو نفس مسلك قانون نابليون إذ قدّمه في المادة 1110 مدني فرنسي على بقية العيوب. وفي اتجاه معاكس نجد الفقه الإسلامي، نتيجة نزعه الموضوعية، يعتد بالإرادة الظاهرة، ومن ثم يولي أهمية كبيرة للإكراه، إذ هو أقرب العيوب للموضوعية وأبعدها عن الذاتية، لأن مصدر الرهبة يكون عادة شيئا ماديا، ثم يليه التغريير (التدليس)، لأن هناك طرقا احتيالية خارجية تصاحبه، ومن ثم فهو يتدرج من الذاتية إلى الموضوعية، وأخيرا يأتي الغلط، إذ هو أشد العيوب ذاتية⁶⁵.

وكذلك أيضا يبرز التصوّر الذاتي عند المشرع في الاعتماد بمشروعية السبب حسب المادة 97 مدني، مثلما فعل قانون نابليون في المادة 1133 مدني فرنسي⁶⁶. ومن ذلك أيضا اهتمامه بالنية المشتركة للمتعاقدين عند تأويل العقد في المادة 111 مدني. ونفس التوجه نجده في المادة 1156 مدني فرنسي⁶⁷. في حين أن الفقه الإسلامي يعتد باللفظ على معناه الواضح ولا ينحرف عنه بحجة تفسير نية المتعاقدين، وإذا اقتضى الأمر تفسير هذه النية رجع إلى التعبير الرئيسي في العقد.

⁶⁴ -انظر في تفاصيل ذلك: محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 118 وما بعدها. وانظر المواد من 143 إلى 150 مدني أردني.

⁶⁵ -عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص 105.

⁶⁶ - **Art. 1133** : «La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public».

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي بعد تعديل 2016 استغنى عن فكرة السبب، إذ لم يرد لها ذكرا في المادة 1128 مدني فرنسي، ومع ذلك فإن هذه المادة الأخيرة تشير إلى أن العقد يجب أن يكون له مضمون مشروع وأكيد.

⁶⁷ - **Art. 1156** : «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes».

وفي نفس المعنى نصت المادة 1/1188 مدني فرنسي بعد تعديل 2016 على ما يلي:

Art. 1188/1 : «Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes».

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد في هذا الشأن أبرزها: الأصل في الكلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة. ولا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح. وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر فهو دليله في الأمور الباطنة ويقوم مقامه.⁶⁸

أما في مجال المسؤولية المدنية فيلاحظ، بكل وضوح، اعتماد المشرع التصور الذاتي كأصل عام⁶⁹، إذ كانت العبرة بالنسبة له بسلوك الفاعل، وهو ما يبرر جعله الخطأ أساسا للمسؤولية⁷⁰، إذ نصت المادة 124 مدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁷¹. وقد أخذ المشرع هذا التصور من قانون نابليون، ذلك أن المادة 124 مدني منقولة حرفيا من المادة 1382 مدني فرنسي⁷². ولاشك أن هذا التصور لا يتماشى إطلاقا مع أحكام الأمر رقم 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، إذ أن هذا الأمر يجسد لدى فريق من الفقه الجزائري مثالا حيا للمسؤولية الموضوعية، أي المسؤولية المؤسسة على فكرة الضرر⁷³، في حين أنه يجسد لدى فريق آخر من الفقه الجزائري - وهو الصواب - نظاما مستقلا للتعويض عن الأضرار الجسمانية⁷⁴.

⁶⁸- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 555.

⁶⁹- قلنا كأصل عام، لأنه استثناء قد أخذ بالتصور الموضوعي كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن أفعال التابع (المادة 136 مدني)، والمسؤولية عن الأشياء غير الحية (المادة 138 مدني)، والحيوان (المادة 139 مدني).

⁷⁰- وهي الحقيقة التي أكد عليها بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ علي فيلالتي:

«...dans sa conception générale, notre système de responsabilité civile est identique à celui du droit civil français...Cela étant, le système de la responsabilité civile est basé sur une conception subjective individualiste privilégiant les intérêts de l'auteur du dommage sur ceux de la victime...». A. Filali, Introduction générale, in L'émergence d'un droit d'indemnisation systématique des dommages corporels, in annales de l'université d'Alger 1, numéro spécial, 2012, p.10.

⁷¹- كانت المادة 124 مدني عند صدور القانون المدني سنة 1975 لا تشير إلى "الخطأ" في النص العربي، وهو ما جرى تداركه في تعديل 2005 بموجب القانون رقم 05-10 وأصبح نصها كالآتي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

⁷²- Art. 1382 : «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

يلاحظ أن تعديل 2016 قد حافظ على نفس صياغة المادة 1382 مدني فرنسي، وأصبحت تحمل رقم 1240.

⁷³- N. Terki, Les obligations. Responsabilité civile et régime général, OPU, 1982, p 48.

⁷⁴- Gh. Lahlou- Khiair, Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité, ENAG, 2013, p.279 et s.

وجدير بالذكر أن التصوّر الذاتي في المسؤولية المدنية - تقليدا لقانون نابليون - هو الذي كان وراء الجدل القائم، في الفقه الجزائري، حول التأسيس القانوني للمادة 2/125 مدني، إذ أن هذه المادة كانت تجيز للقاضي - وفق شروط معينة - أن يحكم على الشخص غير المميز الذي وقع منه الضرر بدفع تعويض عادل للضحية. لقد رأى جانب من الفقه أن المشرع قد اعتق، استثناءً، المسؤولية الموضوعية، إذ أنه أجاز مساءلة الشخص غير المميز، ومن ثم يكون قد بنى المسؤولية على فكرة تحمل التبعة، وقد تأثر في هذا المجال بالفقه الإسلامي⁷⁵، في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الأمر لا يتعلق بالمسؤولية إطلاقاً، وإنما يتعلق بتعويض مؤسس على فكرة العدالة⁷⁶. ويبدو أن هذا الجدل الفقهي هو الذي دفع المشرع إلى إلغاء المادة 2/125 مدني بموجب القانون رقم 05-10، إذ جرى الاكتفاء بالفقرة الأولى - بعد إدخال تعديلات عليها - التي تقرر الأصل وهو عدم مساءلة الشخص إلا إذا كان مميزاً.

إن الذي يهمنا، في هذا المقام، هو أن نشير إلى أن تقليد قانون نابليون منع المشرع من مسايرة تطوّرات القانون، إذ في الفترة التي صدر فيها القانون المدني كانت فكرة الخطأ، واجب الإثبات كان أم مفترضا، قد تراجعت كثيراً فأسحة المجال لفكرة تحمل التبعة، بل ولأنظمة خاصة للتعويض، فكان بإمكان المشرع الإبداع على هذا المستوى، ولكنه بقي أسير الأفكار التقليدية الواردة في قانون نابليون.

ولاشك أن ما اختاره القانون المدني مخالف للفقه الإسلامي في جميع مذهب، إذ أن هذا الأخير يقوم على تصوّر موضوعي، فيجعل "الإضرار" أساساً للمسؤولية المدنية، ولا يستند إلى أي عنصر شخصي، ومن ثم فلا يشترط توافر قصد الإضرار لدى الفاعل، كما لا يشترط فيه أن يكون مميزاً ومدركا لأفعاله ونتائجها⁷⁷، ولعل هذا هو السر في تسمية المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي بـ

⁷⁵ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2 الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 79. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 2 الواقعة القانونية، دار الهدى، 1992، ص 39.

⁷⁶ - علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 2، موقف للنشر، 2007، ص 77. وانظر أيضاً: Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexion sur l'alinéa 2 de l'article 125 du code civil*, Lettre juridique, n°46, p.9.

⁷⁷ - انظر على سبيل المثال: المادة 256 وما يليها مدني أردني. والمادة 261 وما يليها مدني عربي موحد.

(الضمان)⁷⁸. وهذا فعلا ما أخذت به بعض التشريعات العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني الأردني والقانون المدني العربي الموحد وغيرهما من التشريعات العربية⁷⁹. وهو فعلا ما يتجه إليه التشريع الجزائري في وقتنا الحاضر⁸⁰. إن تقليد القانون المدني لقانون نابليون لم يقتصر على التصورات، بل امتد أيضا إلى جوهر قانون نابليون.

2- تقليد جوهر قانون نابليون: مانع من الإبداع

لاشك أن لكل نظام قانوني روحا تعبّر عنه، وجوهرا يمثّله، وهو ما يفسّر اختلاف الأنظمة القانونية الكبرى، إذ لكل نظام قانوني فلسفته ومنطلقاته، ومادته التي تجسّد على أرض الواقع. إن القانون المدني الجزائري لم يكتف بتقليد قانون نابليون من حيث التصوّرات التي تحرّكه، بل الأكثر من ذلك قلّده في جوهره، إذ أخذ عنه مصطلحاته الفنية (أ)، وتقسيماته العملية (ب)، الأمر الذي منعه من كل إبداع في هذا المجال.

أ- استعمال مصطلحات قانون نابليون

إن القانون علم كبقية العلوم الأخرى، له مصطلحاته الفنية التي تضبط مفاهيمه، وتعبّر عن معانيه، والتي يخاطب بها المشرع أفراد المجتمع، ويتعامل بها رجال القانون من قضاة ومحامين وأساتذة وغيرهم من المعنيين بالقانون. إن هذه المصطلحات هي وليدة البيئة التي نشأت فيها، والمعبّرة عن نظام قانوني معين في زمان معين ومكان معين، ومن ثم كان لكل نظام قانوني مصطلحاته الخاصة به. إن جذور قانون نابليون ترجع إلى القانون الروماني، بحكم انتمائه إلى النظام الروماني- جرمانى، لهذا جاء شديد التأثير بمصطلحات القانون الروماني، وهو ما يفسّر رجوع الفقه الفرنسي إلى أصل المصطلحات القانونية في اللغة

⁷⁸ انظر تفاصيل أكثر: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم، دمشق، سوريا، 1988؛ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2003.

⁷⁹ تنص المادة 256 مدني أردني: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". وتنص المادة 261 مدني عربي موحد: "كل من أضر بغيره إضرارا مباشرا أو بالتسبب ولو غير متعمد أو غير مميز مسؤول تجاه الغير بالتعويض...".

⁸⁰ تقول الأستاذة غنيمة خيار لحلو في ذلك:

«...le droit de l'indemnisation algérien tel qu'il se dessine aujourd'hui, se rapproche du droit musulman classique qui est d'essence objective». Gh. Lahlou- Khiair, *Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité*, op. cit., p. 21.

اللاتينية، من ذلك: التزام (Obligation)⁸¹، عقد (Contrat)⁸²، مسؤولية (Responsabilité)⁸³، وكلّها مصطلحات استعملها القانون المدني في عدة مناسبات.

إن استبعاد المشرع للشرعية الإسلامية من مجال التطبيق جعل قانون نابليون هو البديل المنظّم للمعاملات المدنية، ومن ثم وجد المشرع نفسه مجبرا على استعمال مصطلحات قانون نابليون من خلال ترجمتها ترجمة لغوية، أي نقلها من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، متجاوزا بذلك الجذور اللاتينية لهذه المصطلحات، والبيئة الفرنسية التي تكوّنت فيها، أي متجاوزا الثقافة التي نشأت في ظلها هذه المصطلحات.

إن أبرز مثال على ما تقدّم ذكره هو "الالتزام بمنح" الوارد ذكره في المادة 54 مدني، وهو ترجمة لغوية لـ (Obligation de donner) الوارد ذكره في المادة 1101 مدني فرنسي. إن هذا المصطلح مأخوذ من الكلمة اللاتينية (Dare) والمقصود بها "نقل الملكية". وقد ظن المشرع أن (Donner) مأخوذة من (Donnation) فترجمها إلى "منح"⁸⁴. ثم عاد وترجمها ترجمة لغوية واستعمل مصطلح "إعطاء" في المادة 58 مدني. وتعود جذور هذا الالتزام (أي الالتزام بمنح) إلى تقاليد القانون الروماني، في حين أن الفقه الإسلامي لا يعترف به، إذ يميّز - ببراعة - بين الحكم الأصلي للعقد والالتزامات العقدية، فالأول هو الأثر الشرعي للعقد ويظهر فور انعقاده ويتقرّر بحكم الشرع كنقل الملكية من البائع إلى المشتري، أما الثاني فهو الأثر الفرعي للعقد كتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية⁸⁵. ويظهر أن المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، قد استجاب للفقه المعاصر المناادي بإلغاء الالتزام بمنح باعتباره خيالا لا وجود له من الناحية القانونية، فلم يشير إليه

⁸¹- **Etymologie** : « du latin obligo, are= obliger, lier lui-même dérivé de ligo, are= lier + ob = en vue de ». Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2 éd. 2005, p.1.

⁸²- **Etymologie** : « du latin contrahere= tirer ensemble, puis réunir, resserrer ; lui-même dérivé de cum= avec + trahere= tirer ». Ibid, p.207.

⁸³- **Etymologie** : « du latin respondeo, ere= se porter garant ». Ibid, p.11.

⁸⁴- يُلاحظ أن الفقه الفرنسي نفسه قد أخذ ينادي بضرورة الاستغناء عن هذا النوع من الالتزام، إذ هو خيال لا وجود له قانونا. انظر:

M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p.85.

⁸⁵- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 516.

إطلاقاً لا في المادة 1101 مدني فرنسي التي تعرّف العقد ولا في المواد من 1196 إلى 1198 مدني فرنسي المنظّمة للأثر الناقل للعقد.

كما يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى اصطلاح "العقد التبادلي" الواردة في المادة 57 مدني، والذي نقله المشرع من المادة 1104 من قانون نابليون الذي استعمل اصطلاح "commutatif"، وقام بترجمته ترجمة لغوية، مع أن المقصود هو "العقد المحدّد"، أي العقد الذي يعلم فيه كل متعاقد، وقت إبرام العقد، مقدار ما يعطي وما يأخذ، وهو يقابل العقد الاحتمالي.⁸⁶

بل إن القانون المدني تجاوز كل الحدود من خلال استعماله مصطلحات قانون نابليون التي طالما انتقدها الفقه الفرنسي، من ذلك مصطلح "شبه العقود" الوارد في الفصل الرابع من الباب الأول: مصادر الالتزام، من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود. وهو ترجمة لمصطلح (Quasi contrats). وقد أخذه عن قانون نابليون من المادة 4/1370 مدني فرنسي⁸⁷، وهو عنوان الفصل الأول: شبه العقود.⁸⁸ كما استعمل مصطلح "العمل الإجرامي" في المادة 3/178 مدني ترجمة لمصطلح (Responsabilité délictuelle). وقد أخذه أيضاً عن قانون نابليون من المادة 4/1370 مدني فرنسي، ومن عنوان الفصل الثاني: الجرائم وشبه الجرائم (Des délits et des quasi-délits)⁸⁹. لقد امتد تأثير قانون نابليون أيضاً إلى التقسيمات التي اعتمدها القانون المدني.

⁸⁶ - ويخلط هذا التعريف الذي نقله المشرع حرفياً عن نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بين العقد المحدد والعقد التبادلي أو الملزم للجانبين". علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 71.

⁸⁷ - Art. 1370/4 : «Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre».

⁸⁸ - راجع في انتقاد اصطلاح "شبه العقود" في الفقه الفرنسي:

J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armond Colin- Delta, 10 éd, 2002, p.33.

ومع ذلك يُلاحظ أن تعديل 2016 للقانون الفرنسي قد احتفظ باصطلاح "شبه العقود"، ووضع تعريفاً له في المادة 1/1300 : Art. 1300/1 : «Les quasi- contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui».

⁸⁹ - راجع في انتقاد اصطلاح "الجرائم" في الفقه الفرنسي:

Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11éd, 2010, p.13.

يظهر أن هذه الانتقادات هي التي جعلت المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، يستغني عن اصطلاح "الجرائم وشبه الجرائم" ويستعمل الاصطلاح المعروف "المسؤولية غير التعاقدية" في المادة 1240 مدني فرنسي وما يليها.

ب- اتباع تقسيمات قانون نابليون

يظهر، من استقراء نصوص قانون نابليون، أنه قانون عملي، إذ أورد عدة تقسيمات عملية في كثير من مواد تسهيلا للاطلاع عليه، فهو موجه بالدرجة الأولى لأفراد الشعب خلافا للقانون الألماني الذي تضمن كثيرا من نظريات الفقهاء الألمان، فلا يمكن الإطلاع على مواد إلا بالنسبة للمتخصصين، لعل هذا ما جعل قانون نابليون سريع الانتشار على خلاف القانون الألماني.

إن التقسيمات التي أوردها قانون نابليون، لاسميا في مجال الالتزامات، كانت تناسب ذلك العصر، وتعبّر عن الاتجاهات الفقهية السائدة آنذاك، بل وعن واقع المجتمع الفرنسي في تلك الفترة، ولكن القانون المدني قلّده في ذلك رغم الفارق الزمني الكبير بين القانونين واختلاف المعطيات.

لقد بادر قانون نابليون إلى تعريف العقد في المادة 1101 مدني، ثم أورد عدة تقسيمات للعقود في المواد من 1102 إلى 1107 مدني فرنسي، فخصّص المادة 1102 مدني فرنسي للعقود الملزمة للجانبين، والمادة 1103 مدني فرنسي للعقود الملزمة لجانب واحد. ثم تناول في المادة 1104 مدني فرنسي العقود المحددة والعقود الاحتمالية. ثم أشار في المادة 1105 مدني فرنسي لعقود التبرع، وفي المادة 1106 مدني فرنسي أشار لعقود المعاوضة. وأخيرا نص في المادة 1107 مدني فرنسي على العقود المسماة والعقود غير المسماة⁹⁰.

لقد اتبع المشرع نفس التقسيم المذكور أعلاه، فبدأ بتعريف العقد في المادة 54 مدني، ثم أورد عدة تقسيمات للعقود جاءت مطابقة لما أورده قانون نابليون، فخصّص المادة 55 مدني للعقود الملزمة للجانبين والمادة 56 مدني للعقود الملزمة لجانب واحد. ثم تناول العقود التبادلية (العقود المحددة) والعقود الاحتمالية (عقود الغرر) في المادة 57 مدني. وأخيرا في المادة 58 مدني أشار إلى عقود المعاوضة ولم يشر إلى عقود التبرع⁹¹.

إن تقليد قانون نابليون، في مجال العقود، وقف حاجزا في وجه المشرع منعه من كل إبداع على هذا المستوى، فقد كان بإمكان المشرع أن يعتمد فكرة

⁹⁰ -Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p.248 et s.

ولازال القانون المدني الفرنسي، رغم تعديل 2016، محافظا على تصنيف العقود في المواد من 1105 إلى 1111 مدني فرنسي مع إدخال بعد التعديلات الشكلية والموضوعية.

⁹¹ - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 11. علي فيلاللي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق،

التصرف القانوني - مثلاً هو معروف في القانون الألماني - بدل الاقتصار على العقد، أو على الأقل إذا نظم أحكام العقد، على الطريقة اللاتينية، أن يسرد تقسيمات حديثة للعقد أفرزتها الممارسات التعاقدية كالتمييز بين العقود الفردية والعقود الجماعية، والعقود البسيطة والعقود المركبة، والعقود الوطنية والعقود الدولية، والعقود المتعاقدة وعقود الاستهلاك. بل كان بإمكان المشرع أن يخطو خطوة جريئة بأن يجعل تنظيم العقد يقوم على قسمة ثنائية محورها التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان.

أما في مجال المسؤولية المدنية فيبدو ظاهرياً أن المشرع أراد مخالفة اتجاه قانون نابليون فجعل عنوان الفصل الثالث: العمل المستحق للتعويض، على خلاف صنيع قانون نابليون الذي جعل العنوان: في الجرائم وفي شبه الجرائم. ويوحى العنوان الذي اختاره المشرع باهتمام هذا الأخير بتعويض الضحية أكثر من اهتمامه بسلوك الفاعل، وكأن المشرع أراد الأخذ بالتصور الموضوعي للمسؤولية القائم على فكرة الضرر⁹²، ولكن سرعان ما يزول هذا الإعجاب بصنيع المشرع عندما نعلم أنه قد أخذ - عموماً - بنفس تقسيمات قانون نابليون، فقد أشار هذا الأخير إلى المسؤولية عن الأفعال الشخصية في المادتين 1382 و1383 مدني فرنسي، ثم أشار إلى المسؤولية عن الأشياء غير الحية ومسؤولية المتبوع عن أفعال التابع ومسؤولية الآباء والمسؤولية عن الحريق في المادة 1384 مدني فرنسي، ومسؤولية مالك البناء في المادة 1386 مدني فرنسي⁹³. ونفس التقسيم أخذ به المشرع الجزائري فأشار إلى المسؤولية عن

⁹² - يرى الأستاذ علي فيلالي أن التوجه الجديد للمسؤولية المدنية يرجع حماية الضحية على حماية المسؤول، حيث أصبح تعويض الضحية هو الانشغال الأول للمجتمع بعدما كان يهتم بسلوك الفاعل، وهذه الاعتبارات الجديدة هي التي جعلت المشرع يستعمل مصطلح "العمل المستحق للتعويض" بدل مصطلح "المسؤولية التقصيرية". علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موقف للنشر، ط 2، 2007، ص 6. وترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن مصطلح "العمل المستحق للتعويض" الذي استعمله المشرع يوحي بمقاربة موضوعية للمسؤولية قريبة من تصور الفقه الإسلامي.

Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p. 39.

وفي اعتقادنا إن الأمر يتعلق بمجرد سوء ترجمة لمصطلح (acte dommageable)، فقد ظن المترجم أنه يتعلق بالتعويض، فقام بترجمته إلى (العمل المستحق للتعويض)، والصواب هو ترجمتها إلى (الفعل الضار). والدليل على صحة ما نراه هو أن المشرع ذاته قد استعمل نفس المصطلح الفرنسي في كثير من المواد، من ذلك مثلاً المواد 1/125، 126، 134، وفي جميع هذه الحالات كان النص العربي يستعمل مصطلح (الفعل الضار).

⁹³ - Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p. 697 et s.

ولازال القانون المدني الفرنسي، رغم تعديل 2016، محافظاً على نفس التقسيم في المواد من 1240 إلى 1244 مدني فرنسي.

الأعمال الشخصية في المادة 124 مدني، ثم تناول المسؤولية عن عمل الغير، وتناول فيها مسؤولية متولي الرقابة في المادتين 134 و135 مدني، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في المادتين 136 و137 مدني. ثم عالج المسؤولية الناشئة عن الأشياء وتناول فيها مسؤولية حارس الأشياء غير الحية في المادة 138 مدني، ومسؤولية حارس الحيوان في المادة 139 مدني، والمسؤولية عن الحريق في المادة 1/140 مدني، ومسؤولية مالك البناء في المادة 2/140-3 مدني⁹⁴.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد خالف القانون المصري، والتشريعات العربية التي حذت حذوه، في نصه عن المسؤولية عن الحريق، مقلداً بذلك قانون نابليون، ذلك أنه طبقاً للقانون المصري يخضع الحريق الذي يمتد من أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية للمادة 178 مدني مصري المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية (الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي)، أما الحريق الذي يمتد من غير هذه الأشياء فيخضع للمادة 163 مدني (الخطأ الواجب الإثبات)⁹⁵، في حين أن المشرع فضل إخضاعها للخطأ الواجب الإثبات، أي للقواعد العامة (المادة 124 مدني) تقليداً منه لقانون نابليون المعدل بموجب قانون 7 نوفمبر 1922⁹⁶.

إن تقليد قانون نابليون، في مجال المسؤولية المدنية، منع المشرع من كل إبداع شكلاً وموضوعاً، فقد كان بإمكان المشرع أن يعتمد تقسيماً آخر يتماشى مع المعطيات الجديدة كأن يعتمد نظاماً خاصاً بالأضرار الجسمانية إلى جانب نظام المسؤولية، أو أن يعتمد نظاماً حديثاً يقوم على التمييز بين الأضرار الفردية والأضرار الجماعية، أو نظاماً يجري فيه التمييز بين القواعد العامة والأنظمة الخاصة، أو بين الأنشطة الخطرة والأنشطة غير الخطرة.

لم يكتف المشرع بتقليد قانون نابليون في تصورات وجوهره، بل عمد إلى القانون المدني المصري ونقل عنه صياغة المواد نقلاً شبه حريفي.

⁹⁴ - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 138. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 48.

⁹⁵ - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 296.

⁹⁶ - يرى الأستاذ علي علي سليمان أنه: "لم يكن المشرع الجزائري بحاجة إلى هذا الاستثناء لأنه لم يتعرض لما تعرض له المشرع الفرنسي من ضغط من شركات التأمين وملاك الغابات في فرنسا، وكان ينبغي أن تترك المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها الحريق لحكم المادة 138، إذ لا معنى مطلقاً لاستثناء المسؤولية عن الحريق هنا، لاسيما وقد تعرض قانون 1922/11/7 لنقد مبرر من الفقه الفرنسي". دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 190.

II- القانون المدني: نقل شبه حرفي للقانون المدني المصري

صدر القانون المدني المصري سنة 1948 بعد عمل دام عشرين عاماً⁹⁷، وقد جاء متأثراً - هو الآخر - في كثير من الأحيان بقانون نابليون في مبادئه وتكييفاته القانونية ومصطلحاته الفنية وقواعده الأساسية⁹⁸. ومع ذلك - والحق يقال - إنه ليس نقلاً حرفياً عن قانون نابليون كما يرى بعض الفقه الجزائري⁹⁹، إذ أنه تضافى عيوبه الشكلية والموضوعية، وتبنى أنظمة ونظريات قانونية لا يعرفها أصلاً قانون نابليون (التعسف في استعمال الحق¹⁰⁰، حق الاختصاص¹⁰¹)، واستفاد من التقنيات الجرمانية (الاستغلال، الحوادث الطارئة، حوالة الدين)، وأخذ بعض أحكامه من الفقه الإسلامي (مجلس العقد¹⁰²، مرض الموت¹⁰³، الشفعة). لقد

⁹⁷ - انظر تفاصيل إعداد القانون المدني المصري: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.
⁹⁸ - « Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français... ». P. Arminjon, B. Boris Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950, T2, p.618.

لقد نقل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا الكلام ولم يعقب عليه، مما يدل على موافقته عليه. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 89، هامش رقم 3.
⁹⁹ - ترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن القانون المدني المصري، في جزء كبير منه، إعادة للقانون المدني الفرنسي أو تكريس لتطور الاجتهاد القضائي الفرنسي. انظر:

Gh. Lahlou- Khiair, *Quelques remarques à propos de l'ouvrage de M. Hassanine, RAJEP*, 1988, n°2, p.111.
¹⁰⁰ - ترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن المادة 41 مدني (ملفأة) مستمدة من الاجتهاد القضائي الفرنسي. انظر:

Gh. Lahlou-Khiair, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.31.

وفي اعتقادنا أن هذا القول محل نظر، لأن المادة 41 مدني المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق مستمدة من المادة 5 من القانون المدني المصري، وهذا الأخير استمددها بدوره من الفقه الإسلامي كما هو مصرح به في الأعمال التحضيرية لهذا القانون (ج 1، ص 32 وما بعدها)، وهو أمر مستقر عليه في الفقه. يقول عبد الرزاق السنهوري: "...بيل إن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينتفع في صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية بال قواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي، واستمد من هذا الفقه الضوابط التي اشتمل عليها النص". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 949.

¹⁰¹ - لقد تضافى القانون المدني المصري النص على الرهن القضائي، المعروف في قانون نابليون، نتيجة لكثرة عيوبه، ونص عوضاً عنه على حق الاختصاص. أما القانون المدني الجزائري فقد أشار إلى الرهن القضائي - تقليداً لقانون نابليون - في المادة 1/883 مدني، وفي نفس الوقت نص على حق الاختصاص - تقليداً للقانون المصري - وأطلق عليه اصطلاح "حق التخصيص" في المواد من 937 إلى 947 مدني. وهكذا يكون المشرع الجزائري قد نص على الرهن القضائي وبديله حق الاختصاص.

¹⁰² - يلاحظ أن القانون المدني المصري قد اختار تنظيم مجلس العقد، في المادة 94 مدني مصري، على طريقة المذهب الحنفي، إذ جعل الإيجاب غير ملزم، فقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 2، ص 42): "وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمية، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول". وقد نقل القانون المدني الجزائري نص المادة 94 مدني مصري حرفياً، ونظم مجلس العقد في المادة 63 مدني مخالفاً المذهب المالكي السائد في الجزائر الذي يقضي بالإلزامية الإيجاب، أي بقاء الموجب على إيجاب حتى يعرض الطرف الآخر أو ينتهي المجلس، والسبب في ذلك أن الإمام مالك كان يرى أن الإرادة المنفردة تلزم صاحبها. انظر في أحكام مجلس العقد: محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دار الكتب القانونية، مصر، 2009. وانظر في انتقاد المادة 63 مدني: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 124.

¹⁰³ - نظم القانون المدني المصري أحكام مرض الموت - عموماً - على طريقة المذهب الحنفي، إذ جعل، حسب المادة 1/916 مدني مصري، كل تصرف صادر من المريض مرض الموت بقصد التبرع خاضعاً لأحكام الوصية. وقد نقل القانون المدني

كان القانون المصري - في تلك الفترة - رائدا للقوانين العربية، كالقانون المدني السوري والليبي وغيرهما. ولاشك أن القانون المدني الجزائري قد أخذ كثيرا من نصوص القانون المصري، مما يصح معه أن يقال أنه نقل شبه حريفة لمواده¹⁰⁴، ويظهر ذلك من خلال الاستفادة من بعض اتجاهاته التي تدرج تحتها نصوص كثيرة (1)، ولكنه نقل عنه أيضا عيوبه (2).

1- نقل بعض اتجاهات القانون المصري: نقل جامد

قدّمنا أن القانون المدني هو نقل شبه حريفة للقانون المصري، ومن ثم فلا حاجة لتتبع النصوص التي أخذها المشرع عن هذا القانون، وإنما المفيد هو بيان الاتجاهات العامة التي تدرج تحتها كل هذه النصوص التي نقلها المشرع عن القانون المصري. ويمكن إرجاع هذه الاتجاهات - مع الاختصار على تلك المكملّة للتصورات التي أخذها المشرع عن نابليون - إلى تأثر المشرع ببعض النصوص ذات النزعة الاجتماعية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة (أ) واعتماد التصوّر الموضوعي المدعّم للتصوّر الذاتي لقانون نابليون (ب). ومع ذلك فقد جاء هذا النقل جامدا لا يفي بالغرض المقصود.

أ- نقل نصوص القانون المصري ذات النزعة الاجتماعية

إذا كان قانون نابليون يغالي - نوعا ما - في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، فإن القانون المصري حاول التخفيف من ذلك عن طريق تقييده - اقتداء بالتشريعات الجرمانية والتشريعات اللاتينية الحديثة - سواء على مستوى تكوين العقد أو

الجزائري حرفيا هذا الحكم في المادة 1/776 مدني، مخالفا بذلك المذهب المالكي السائد في الجزائر الذي لا يفرّق بين تصرفات المريض والصحيح إلا في حالات استثنائية كالإقرار للصديق الملائف، والإقرار لوأرث أو لغير وأرث عند فقد الولد الوارث. انظر في التكييف الشرعي لمرض الموت: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارن بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 161 وما بعدها.¹⁰⁴ يقول الأستاذ علي بن شنب في بيان هذه الحقيقة:

«Préparé par les fonctionnaires du ministère de la justice dans le secret de leurs bureaux, le code civil est le plus souvent une reproduction servile du code civil égyptien de 1948, dont l'architecte principal a été le grand égyptien Essanhouri, formé à l'école du droit comparé de Lyon ». A. Bencheneb, op. cit., p.25.

قارن: الأستاذة لولو خيار غنيمة إذ تقول:

« Le droit français constitue la plus importante source d'inspiration en quantité d'articles qui sont repris textuellement du code Napoléon ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.30.

تنفيذه، وقد سار القانون المدني على نفس المنوال من خلال التأثير بالنزعة الاجتماعية التي جاء بها القانون المصري¹⁰⁵، ولكن النقل شبه الحرفي للنصوص منعه من الإبداع والتفوق على القانون المصري.

أضاف المشرع، على مستوى تكوين العقد، عيبا رابعا للرضا لا يعرفه قانون نابليون، وهو عيب الاستغلال، وهو في الحقيقة تحويل بارع للنظرية المادية للغبن¹⁰⁶، فبدل الاكتفاء بالغبن في مجالات ضيقة¹⁰⁷، اتسع إلى جميع العقود بفضل تحويل الغبن إلى نظرية ذاتية تمنع استغلال الطيش البين والهوى الجامح لدى المتعاقدين الآخرين. وقد جاءت المادة 90 مدني مطابقة للمادة 129 مدني مصري ماعدا بعض الاختلافات اللفظية التي لا تغير المعنى. وقد كان بالإمكان التوسع في العنصر النفسي للاستغلال - كأن يُعتقد بعدم الخبرة وضعف الإدراك والحاجة الملجئة - بدل حصره في الطيش البين والهوى الجامح¹⁰⁸.

كما أن المشرع أشار إلى عقود الإذعان في المادة 70 مدني المطابقة للمادة 100 مدني، وعمل على حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان، إذ أجاز للقاضي، حسب المادة 110 مدني المطابقة للمادة

¹⁰⁵ - يقول الأستاذ علي بن شنب بعد إشارته للتوجه الليبرالي للقانون المدني:

« *Ce n'est pas dire qu'il n'y ait pas trace d'une certaine socialisation du droit ou, si l'on préfère, d'une certaine moralisation du droit* ». A. Bencheneb, op. cit., p.26.

وبعبارة أوضح نقول الأستاذة لحلو خيار غنيمه عن الهدف من إيراد المشرع للمواد 90 و 107/3 و 110 مدني:

« ...dans le but de modérer la conception libérale du contrat héritée du droit français ; la faisant ainsi coexister avec une conception plus sociale ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.33.

¹⁰⁶ - يلاحظ أن القانون المدني قد قلد القانون المدني المصري في تقدير الغبن بالخمس بـ (5/1) في بيع العقار (المادة 358 مدني)، وعقد القسمة الودية (المادة 732 مدني)، وقد أخذ القانون المصري هذا التقدير من الفقه الحنفي، وهو المذهب السائد في مصر، لذا كان الأولى بالقانون المدني اعتماد الثلث (3/1) وهو التقدير المعروف في الفقه المالكي وهو المذهب السائد في الجزائر.
¹⁰⁷ - يرى الأستاذ علي فيلالتي أنه: « كان من الأفضل تعميم فكرة الغبن على جميع العقود ». الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 230. وفي اعتقادنا أن مثل هذا التعميم قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات من جهة، وقد يتنافى مع تعميم المشرع لفكرة الاستغلال من جهة أخرى. والحل الأمثل في نظرنا هو توسيع العنصر النفسي في الاستغلال، من جهة، ومدّ فكرة الغبن إلى بعض الحالات الأخرى بنصوص قانونية من جهة أخرى. انظر في أحكام الغبن: فاييزة دكار، الغبن في العقود المدنية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.

¹⁰⁸ - وقد حاول المشرع الفرنسي في تعديل 2016 الاقتراب من هذا المعنى من خلال التوسع في مفهوم الإكراه، إذ نصت المادة

:1143

« *Il ya également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

149 مدني مصري، أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة¹⁰⁹. وقد كان في الوسع إعطاء أكثر فعالية لمكافحة الشروط التعسفية، كأن يحدّد المشرع المقصود بالشروط التعسفي، وبيّن معايير تقديره، ويعطي أمثلة على ذلك، ويربطه بالنظام العام بدل جعله مسألة جوازية للقاضي لا تثار إلا بناء على طلب الطرف المذعن¹¹⁰.

أما على مستوى تنفيذ العقد فقد تبنى المشرع نظرية الحوادث الطارئة في المادة 3/107 مدني، من أجل إصلاح اختلال التوازن العقدي على مستوى التنفيذ، ووضع تطبيقا لها في المقابلة في المادة 3/561 مدني. وهو نفس المنهج الذي سبق أن أخذ به القانون المصري، إذ نص على هذه النظرية في المادة 2/147 مدني مصري، وقد أخذها عن القانون البولوني (المادة 269) والقانون الإيطالي الجديد (المادة 1467)، وأورد تطبيقات لها في عقدي الإيجار (المادة 608 مدني مصري)، والمقابلة (4/658 مدني). وقد كان بالإمكان عدم التقيّد بالشروط الصارمة الواجب توافرها في الحادث الطارئ (عام واستثنائي وغير ممكن التوقع)، والاقتداء بأحكام الفقه الإسلامي¹¹¹، في هذا الشأن، لاسيما نظرية العذر¹¹².

¹⁰⁹ - انظر: محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990. فطيمة نساخ، مفهوم الإذعان، ماجستير، الجزائر، 1996.

¹¹⁰ - وقد بادر المشرع الفرنسي في تعديل 2016 إلى تبني فكرة مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إذ نصت المادة 1171:

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹¹¹ - تقول الأستاذة ذهبية حامق: "إذا كان المشرع عندنا يقبل إعادة النظر في العقد إذا طرأت ظروف استثنائية، فنتمّنّى أن يقبل في المستقبل أن يمتنع المفهوم الواسع للنظرية كما تشير إليه أحكام الشريعة الإسلامية سواء من حيث شروط قيامها أو من حيث آثارها، الذي سيؤدي بدون شك إلى تكريس أكثر عدالة عقدية..." ذهبية حامق، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية. أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، حوليات جامعة الجزائر 1، ضمن أعمال الملتقى الدولي: "تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، ع 4، 2015، ص 105.

¹¹² - وقد تبنى المشرع الفرنسي في تعديل 2016 نظرية الحوادث الطارئة، إذ نصت المادة 1195:

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

كما أن المشرع قد نص على إمكانية تخفيض الشرط الجزائي من طرف القاضي، في المادة 2/184 مدني، في حالتين: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. وهو منصوص عليه في المادة 224 مدني مصري. ومنع، حسب المادة 185 مدني، على القاضي الزيادة في الشرط الجزائي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وهو منصوص عليه في المادة 225 مدني مصري. وقد كان حرياً بالمشرع تجاوز هذه الحلول التقليدية، ومن ثم يجيز للقاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي وفق سلطته التقديرية، وأن يربط الموضوع بأكمله بالنظام العام، والإحالة على التنظيم لوضع تحديد قانوني لقيمة الشرط الجزائي في حالات معينة. لقد نقل القانون المدني أيضاً، بصورة شبه حرفية، من القانون المصري النصوص ذات التصور الموضوعي.

ب- نقل نصوص القانون المصري ذات التصور الموضوعي

إذا كان قانون نابليون يقوم على التصور الذاتي الموروث عن القانون الروماني، فإن القانون المصري استفاد من النزعة الموضوعية الموجودة في التشريعات الجرمانية، التي تعطي أهمية كبيرة لاستقرار المعاملات، وتدعم الآليات التي تساهم في التطور الاقتصادي. وهو ذات المنهج الذي سار عليه القانون المدني من خلال اعتداده في بعض الفرضيات بالإرادة الظاهرة، واعتماده على بعض الحلول العملية المعروفة في التشريعات الجرمانية.

لقد أخذ القانون المدني، في بعض الفرضيات، بالإرادة الظاهرة حفاظاً على استقرار المعاملات، نذكر من ذلك ما يلي: المواد من 59 إلى 61 مدني - وهي مطابقة للمواد 89-91 مدني مصري- التي تشير إلى التعبير عن الإرادة. والمادة 62 مدني - المطابقة للمادة 92 مدني مصري- التي ترتب للتعبير عن الإرادة أثراً ولو توفي صاحبه أو فقد أهليته. والمادتان 87 مدني - المطابقة للمادة 126 مدني مصري- و89 مدني - المطابقة للمادة 128 مدني مصري- المتعلقةان على التوالي بالتدليس والإكراه الصادر من غير المتعاقدين، إذ تشترطان العلم الحقيقي أو الحكمي للمتعاقد المستفيد من التدليس أو الإكراه. والمادة 1/111 مدني - المطابقة للمادة 1/150 مدني مصري- التي تمنع الانحراف عن عبارات العقد الواضحة.

كما أن القانون المدني قد أخذ - نقلا عن القانون المصري - بالحلول المعروفة في التشريعات الجرمانية فيما يخص تصوير الالتزام. فإذا كان قانون نابليون متمسكا بالتصوير الشخصي، فإن القانون المدني حافظ على هذا التصوير ولكن مع تدعيمه بحلول مقتبسة من التشريعات الجرمانية. نذكر من ذلك تقنين المشرع لأحكام الوعد بجائزة الموجه للجمهور في المادة 115 مدني¹¹³، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري. واعتداده بالاشتراط لمصلحة الغير في المواد من 116 إلى 118 مدني وهي مطابقة للمواد 154 - 156 مدني مصري. وأخذه - إلى جانب حوالة الحق التي يعرفها قانون نابليون¹¹⁴ - بحوالة الدين في المواد من 251 إلى 257 مدني، وهي مطابقة للمواد 315 - 322 مدني.

2- نقل بعض نصوص القانون المصري: نقل للعيوب

رغم تفادي القانون المصري لكثير من عيوب قانون نابليون إلا أنه، هو الآخر، قد وقع في بعض العيوب. ولما كان القانون المدني نقلا شبه حريفي للقانون المصري فإنه، بطبيعة الحال، قد وقع في نفس العيوب، منها ما هو شكلي (أ)، ومنها ما هو موضوعي (ب).

أ- نقل العيوب الشكلية للقانون المصري

تناول القانون المصري النظرية العامة للالتزامات في القسم الأول: الالتزامات أو الحقوق الشخصية، وقد ضم كتابين: الأول: الالتزامات بوجه عام، والثاني: العقود المسماة. إن الذي يعيننا، في هذا المقام، هو الكتاب الأول، وقد ضم ستة أبواب هي على التوالي: مصادر الالتزام، آثار الالتزام، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، وإثبات الالتزام. وبهذا الصنيع يكون القانون المصري قد تفادى عيوب قانون نابليون¹¹⁵، ذلك أن هذا الأخير نظم النظرية

¹¹³ - كانت المادة 115 مدني، عند صدور القانون المدني سنة 1975، محشورة بين المادة 114 مدني المتعلقة بالتعهد عن الغير، والمادة 116 وما يليها المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير. وعند تعديل القانون المدني سنة 2005 نقلها المشرع إلى المادة 123 مكرر 1 مدني في الفصل الثاني مكرر: الالتزام بالإرادة المنفردة.

¹¹⁴ - نظم المشرع الفرنسي حوالة الحق في المواد من 1689 إلى 1701 مدني فرنسي ضمن أحكام عقد البيع، في حين أن المشرع الجزائري - اقتداءً بالمشرع المصري - نظمها في المواد من 239 إلى 250 مدني في الباب الرابع: انتقال الالتزام. ويلاحظ أنه بموجب تعديل 2016 أعاد المشرع الفرنسي تنظيم حوالة الحق، إذ خصّها بالمواد من 1321 إلى 1326، وقد جاء تنظيمها تحت عنوان: **Les opérations sur obligations** وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع حوالة الحق في مكانها المناسب.

¹¹⁵ - انظر في التقسيم الرئيسي للقانون المدني المصري، وتبويبه التفصيلي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

العامة للالتزامات بمناسبة تنظيمه للعقد¹¹⁶. ومع ذلك فقد وقع القانون المصري في بعض العيوب الشكلية وقد اتبعه القانون المدني في ذلك، نذكر من بين هذه العيوب ما يلي:

من ناحية أولى يُلاحظ أن القانون المصري قد خصّص للالتزامات بوجه عام ستة أبواب، وفي نفس الاتجاه خصّص القانون المدني ستة أبواب للالتزام تحمل نفس عناوين القانون المصري. وفي اعتقادنا أن هذا التقسيم منتقد إذ كان من الممكن تخصيص بابين للالتزام، أولهما: مصادر الالتزام، وثانيهما: أحكام الالتزام، على أن يضم هذا الأخير: آثار الالتزام، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام. وبهذا تحدث المقابلة بين المصادر والأحكام، وهو النهج الذي درجت عليه الكتابات الفقهية¹¹⁷. وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في تعديل 2016، إذ خصّص الفصل الثالث لمصادر الالتزامات، وهو يضم المواد من 1100 إلى 1303-4، والفصل الرابع للأحكام العامة للالتزامات، وهو يضم المواد من 1304 إلى 1352-9.

ومن ناحية ثانية خصّص القانون المصري بابا أخيرا في الالتزامات بوجه عام يحمل عنوان: إثبات الالتزام، وهو ذات العنوان الذي استعمله القانون المدني في الباب السادس. ولاشك أن هذا الاتجاه معيب، ذلك أن الإثبات لا يتعلق بالالتزام فحسب، بل يشمل أيضا الحقوق العينية من جهة، كما أن تناول قواعد الإثبات في القانون المدني فصلها عن إجراءات الإثبات التي عالجهها قانون الإجراءات المدنية من جهة أخرى. وعلى ذلك كان الأولى عدم تنظيم الإثبات لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية، وإنما يفرد بقانون مستقل، وهو ما تفتن له القانون المصري إذ قام بحذف المواد من 389 إلى 417 مدني مصري، وأصدر قانونا خاصا بالإثبات¹¹⁸. وهو ما لم يقيم به المشرع الجزائري مع أن الفرصة كانت مواتية بعد

¹¹⁶ - يقول الأستاذ عبد الحي حجازي - بمناسبة كلامه عن المذهب الفردي: "وهذا ما يفسّر لنا لماذا وضع القانون المدني الفرنسي، وهو قانون فردي النزعة، نظرية الالتزامات في الباب المخصّص للعقد وهو باب طويل تبدأ مواد من المادة 1139، في حين أنه لم يخصص للالتزامات غير التعاقدية إلا بضعة مواد قصيرة (من المادة 1370 إلى 1386)". عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 31، هامش رقم 41.

¹¹⁷ - انظر مثلا: بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2014. ولنفس المؤلف، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2013.

¹¹⁸ - يقول الأستاذ سمير تتاغو: "...ولعل أفضل منهج في هذا الشأن هو ما اتبعه القانون الإنجليزي من وضع قانون مستقل للإثبات يجمع بين أحكامها الموضوعية وقواعدها الإجرائية، ويكون بذلك صالحا للتطبيق، ليس فقط على الالتزامات بل على سائر الوقائع والتصرفات التي تنشأ عنها الحقوق والمراكز القانونية من أي نوع كان... وقد صدر هذا القانون بالفعل وهو القانون رقم

تعديل 2005 وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. وقد وقع القانون المدني الفرنسي في نفس العيب الشكلي، إذ خصّص في تعديل 2016 الفصل الرابع لإثبات الالتزامات، وقد ضم المواد من 1353 إلى 1386-1.

ومن ناحية ثالثة نظّم القانون المصري مصادر الالتزام في خمسة فصول وجعل من بينها القانون، وهو ذات المسلك الذي اتبعه القانون المدني إذ جعل القانون مصدراً للالتزام في المادة 53 مدني. ويبدو أن جعل القانون مصدراً للالتزام محل نظر، لأن القانون مصدر غير مباشر للالتزام في جميع الأحوال، ولا يكون أبداً مصدراً مباشراً. وعلى ذلك يكون المشرع قد خلط بين المصدر المسبّب والمصدر المرتّب، فالأول يتمثل في الواقعة المسبّبة للالتزام، وهو بهذا المعنى يشمل، في القانون المدني آنذاك، العقد والعمل المستحق للتعويض وشبه العقد، أما الثاني فيتمثل في القانون، إذ هو الذي يربّب الالتزامات التي تنشأ عن المصدر المسبّب، فالقانون ينشئ الالتزامات استناداً إلى واقعة معينة، ومن ثم تكون هذه الواقعة هي المصدر المسبّب أي المباشر للالتزام، ويكون القانون مصدراً مرتباً لها، أي مصدراً غير مباشر لها¹¹⁹.

ومن ناحية رابعة نظّم القانون المصري العقد في المواد من 89 إلى 161 مدني مصري، وقد جاءت المواد من 157 إلى 161 مدني تحت عنوان: انحلال العقد، وقد ضمت أحكام الفسخ (157-160)، والدفع بعدم التنفيذ (161). وفي نفس الاتجاه نظم القانون المدني الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في المواد من 119 إلى 123 مدني تحت عنوان: انحلال العقد. ويرى الفقهاء أن المقصود بانحلال العقد هو زوال العقد، بعد نشأته صحيحاً، بأثر جعي أو دون أثر رجعي¹²⁰. وهو بهذا المعنى يشمل الانحلال باتفاق الطرفين، وهو ما يسمى التقايل، والانحلال بالإرادة المنفردة، وهو

25 لسنة 1968 بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية". سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 13.

¹¹⁹ - وهو ما اعترف به بعض الفقه المصري. يقول الأستاذ مصطفى الجمال: "...درجت التقنيات المدنية، كما درج الفقه على عدم التمييز بين القانون كمصدر مرتّب لاكتساب الحقوق وبين مصادر مسببة لاكتسابها، فالقانون المدني المصري مثلاً يتناول مصادر الالتزام في الكتاب الأول منه في خمس فصول متتابعة، يخصّص أولها للعقد، والثاني للإرادة المنفردة، والثالث للعمل غير المشروع، والرابع للإثراء بلا سبب، والخامس للقانون... وهذا المسلك يتضمن خلطاً بين فكرة المصدر المسبّب أو المباشر وبين فكرة المصدر المرتّب أو غير المباشر...". مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، لبنان، 1987، ص 22-23. انظر في نفس المعنى: جلال العدوي، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، 1994، ص 10 وما بعدها. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، 2000، ص 24 وما بعدها.

¹²⁰ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 776.

ما يسمى الإنهاء أو الإلغاء، وأخيرا الانحلال عن طريق الفسخ¹²¹. وعلى ذلك يظهر أن العنوان الذي استعمله القانون المدني - تقليدا للقانون المصري - معيب من زوايتين: من جهة اقتصر على تنظيم الفسخ، فكان العنوان أكبر من المضمون، ومن جهة أخرى نظم الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد¹²²، مع أنه ليس انحلالا للعقد، وإنما هو وقف مؤقت لتنفيذ الالتزامات¹²³. فقد كان بإمكان المشرع أن ينظم تحت عنوان انحلال العقد: التقايل، والإلغاء (الإنهاء)، والفسخ¹²⁴.

ب- نقل العيوب الموضوعية للقانون المصري

حرص القانون المدني، كثيرا، على ضبط النصوص المتعلقة بالالتزامات، إذ تكشف أعماله التحضيرية أن كل مادة من مواد جري حولها نقاش كبير شارك فيه رجال القانون المختصون¹²⁵، ومع ذلك فإنه لم يسلم من العيوب الموضوعية - كما هو حال كل عمل بشري -، وقد جاء القانون المدني ناقلا كل هذه العيوب، ونكتفي، في هذا المقام، بذكر بعض من هذه العيوب لاسيما تلك الواردة في المواد المنظمة للعقد:

من ناحية أولى لم ينظم القانون المصري المرحلة السابقة على التعاقد، إذ اهتمت النصوص مباشرة بأركان العقد من تراض ومحل وسبب، ثم ببيان آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، وأخيرا انحلال العقد. وسار القانون المدني على نفس المنهج باستثناء تخصيصه المواد من 54 إلى 58 لتعريف العقد وبيان أنواعه في القسم الأول: أحكام تمهيدية. وهكذا أهمل القانون المدني التطرق لأحكام المرحلة السابقة على التعاقد، والمراكز القانونية الناشئة عنها وتحديد

¹²¹ - علي فياللي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 456.

¹²² - وهو ما نبّه عليه بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ عبد الكريم بليور: "...هذا العنوان لا يتفق مع مفهوم نظرية الفسخ الدقيق لأن هناك أنظمة أخرى تؤدي إلى انحلال العقد ومع ذلك لا تعتبر فسخا..." عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 305.

¹²³ - شوقي بناسي، الدفع بعدم تنفيذ العقد، ماجستير، جامعة الجزائر، 2002. وقد رأينا، في هذه الرسالة، أن الدفع بعدم التنفيذ هو في الحقيقة دفع من أجل تنفيذ العقد، ومن ثم يكون مكانه المناسب ضمن المواد التي تنظم مسألة تنفيذ العقد، أي في القسم الثالث: آثار العقد، وليس في القسم الرابع: انحلال العقد.

¹²⁴ - يلاحظ أن بعض التشريعات العربية قد خرجت عن تقليد القانون المدني المصري، ونظمت تحت عنوان انحلال العقد: الإقالة (التقايل) إلى جانب الفسخ. من ذلك القانون الأردني (المواد 242-244)، والقانون الكويتي (المادتان 217-218). ونفس المنهج سلكه القانون العربي الموحد (المواد 250-252).

¹²⁵ - انظر تفاصيل وضع المشروع التمهيد للقانون المصري وعرضه للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات على رجال القضاء وأساتذة القانون، ثم انتقاله إلى مشروع نهائي، وعرضه على مجلس النواب، ثم على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، ثم مجلس الشيوخ: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

المبادئ التي تحكمها¹²⁶. وهو ما تفتن له المشرع الفرنسي في تعديل 2016، إذ خصّص ثلاث مواد لهذا الموضوع من 1112 إلى 1112-2 جاءت تحت عنوان: المفاوضات.

ومن ناحية ثانية يظهر أن القانون المصري يأخذ بعدم إلزامية الإيجاب، كأصل عام، وهو لا يكون ملزماً، حسب الفقه المصري، إلا إذا عين ميعاد للقبول حسب المادة 93 مدني¹²⁷. وعلى الرغم من أن القانون المدني قد أورد المادة 63 مدني المطابقة للمادة 93 مدني مصري إلا أن هذا لم يمنع من وجود اختلاف في الفقه الجزائري حول ما إذا كان الإيجاب ملزماً أم لا كأصل عام؟ رأى جانب من الفقه أن الإيجاب غير ملزم كأصل عام استناداً لمفهوم المخالفة للمادة 63 مدني¹²⁸، في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الإيجاب ملزم استناداً إلى المادة 61 مدني¹²⁹ - المطابقة للمادة 91 مدني مصري-. ويبدو أن حدة الخلاف قد زالت بعد تبني المشرع للإرادة المنفردة في تعديل 2005. وفي اعتقادنا أنه كان يتعيّن على المشرع أن يأتي بنص واضح لتقرير إلزامية الإيجاب حفاظاً على استقرار المعاملات، وهو ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي للقانون المصري، ولكن للأسف حذف في نهاية المطاف¹³⁰.

ومن ناحية ثالثة نص القانون المصري على عيب رابع للرضاء، في المادة 129 مدني مصري وهو الاستغلال، تأثراً بالقوانين الألمانية، ولكنه حصر الضعف النفسي للمتعاقّد في الطيش البين والهوى الجامح. ونفس الشيء فعله القانون المدني في المادة 90 مدني، وكان الأولى في نظرنا عدم متابعة القانون المصري في هذا التضييق¹³¹، ومن ثم التوسّع في حالات الضعف

¹²⁶ - وهو ما اشتكى منه بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ بلحاج العربي: "...إن القانون المدني الجزائري رغم تعديلاته الحديثة لم ينظم المرحلة السابقة على إبرام العقد بنصوص قانونية صريحة وواضحة، بل تركها في الضمنية والغموض والفراغ التشريعي..." بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، 2014، ص 11.

¹²⁷ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 223.

¹²⁸ - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 37.

¹²⁹ - علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 123، هامش رقم 2. وانظر في نفس الاتجاه:

Gh. Lahlou- Khiair, *Quelques remarques à propos de l'ouvrage de M. Hassanine, Op. cit.*, p. 113.

¹³⁰ - كانت المادة 129 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على ما يلي: "كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه".

¹³¹ - وقد انتقد بعض الفقه المصري تضييق القانون المدني المصري للعنصر النفسي في الاستغلال. يقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي: "وإذا تمسكنا مع منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني، أياً ما كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال، طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه، ومع ذلك فقد قصرت المادة 129 مظاهر الضعف الإنساني، التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال، على الطيش البين والهوى الجامح". عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص 391.

النفسي¹³²، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات العربية فمثلا ينص القانون العراقي، في المادة 125، على الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك، وينص القانون الكويتي، في المادة 159، على الحاجة الملجئة والطيش البين والضعف الظاهر والهوى الجامح والقوة الأدبية. ومن الغريب حقا أن يُحصر الضعف النفسي في الطيش البين والهوى الجامح مع أن أصل نظام الاستغلال هو القانون الألماني (المادة 138)، وهذا الأخير يشير إلى الحاجة والخفة وعدم الخبرة¹³³.

ومن ناحية رابعة تناولت المادة 133 مدني مصري مسألة تعيين المحل فيما يخص الأشياء المادية، وأشارت إلى أن تعيين الأشياء المثلية يكون بتعيين نوعها ومقدارها تحت طائلة البطلان، ونفس الحكم تضمّن القانون المدني إذ جاءت المادة 94 مدني مطابقة للمادة 133 مدني مصري. ولاشك أن هذه النصوص معيبة لأن تعيين الأشياء المثلية يكون بتعيين جنسها ونوعها ومقدارها. فمثلا السكر جنس، والصيني نوع، ومن ثم لا يمكن التعيين بالنوع دون الجنس وهكذا أسقطت المادة 94 مدني - تبعا للمادة 133 مدني مصري - كلمة "بجنسها"¹³⁴.

ومن ناحية خامسة جعلت المادة 2/139 مدني مصري للإجازة أثرا رجعيا، أي تستند إلى التاريخ الذي أبرم فيه العقد، وسار القانون المدني على نفس الحكم في المادة 100 مدني، ولاشك أن ما قرّره هذا النص غير صائب، ذلك أن الإجازة تؤدي إلى تثبيت العقد القابل للإبطال وتأييد الآثار المترتبة عليه قبل الإجازة، علما أن العقد القابل للإبطال عقد صحيح مرتب لجميع آثاره ما لم يحكم بإبطاله¹³⁵.

¹³² - وقد اشتكى بعض الفقه الجزائري من هذا التضييق غير المبرر من المشرع، وقد اقترحت الأستاذة عرعارة عسالي أن يكون مطلع المادة 90 مدني كالآتي: "إذا استغل أحد المتعاقدين في الآخر طيشه أو عدم خبرته أو ضعفه الظاهر...". عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997، ص 119.

¹³³ - وللإشارة فإن القانون الألماني، في المادة 138، يرى أن الاستغلال يمس بالآداب العامة، ومن ثم رتب عليه البطلان المطلق. انظر، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المصري، دكتوراه، الإسكندرية، 1957، ص 411.

¹³⁴ - يقول الأستاذ علي علي سليمان: "ومن الغريب أن القانون الجزائري قد وقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه القانون المصري فأسقط كلمة (بجنسه) كما أسقطتها المادة 133 م 2. علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 72. وفي نفس الاتجاه يقول الأستاذ علي فيلال: لقد أشار النص الفرنسي في المادة 94 مدني إلى تعيين الجنس (espèce)، بينما ذكر النص العربي تعيين النوع (genre)، والمقصود في رأينا هو تعيين الجنس، لأنه من المكونات الرئيسية للشيء، وإغفاله يمنع قيام العقد، في حين يعتبر النوع مسألة تفصيلية لا تنال من تعيين الشيء. في حد ذاته، ومن ثم فإن العقد ينعقد ولو لم يعين المتعاقدان نوع الشيء محل العقد". علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 249.

¹³⁵ - يقول الأستاذ محمد سعيد جعفر: "... نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري الذي يقرّر أن للإجازة أثرا رجعيا غير صائب، ذلك أن الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن له من قبل، وإنما يقتصر على تأييد هذه الآثار ومنع احتمال زوالها مستقبلا". محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، 2000، ص 232.

خاتمة

إن عدم أصالة القانون المدني الجزائري ترجع، في نظرنا، بالدرجة الأولى، إلى عاملين أساسيين: أولهما الاستعمار الفرنسي الذي مكث في الجزائر 132 سنة، عمل في أثائها على القضاء على الهوية الجزائرية من خلال استبعاد الشريعة الإسلامية من مناحي الحياة ومجاربة اللغة العربية، فكانت نتيجة ذلك أن نشأ معظم رجال القانون لا يعرفون إلا قانون نابليون. وثانيهما صدور القانون المدني المصري سنة 1948، وقد جاء ذا نزعة لاتينية واضحة، متأثراً إلى حد بعيد بقانون نابليون في تكييفاته القانونية، واصطلاحاته الفنية، ومبادئه الكبرى، وقد انتقل - بحكم الانتماء للعالم العربي - إلى كثير من البلاد العربية منها سوريا وليبيا والجزائر. ومن عجائب الأمور أن واضع القانون المدني المصري - الأستاذ عبد الرزاق السنهوري - كان في سنوات الثلاثينات من القرن الماضي ينادي بإحياء الفقه الإسلامي وتطبيق الشريعة الإسلامية، ولكن لما أسندت له مهمة وضع القانون المصري، صاغه على الطريقة الغربية وجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ضمن مصادر القانون !! وهكذا دخل قانون نابليون البلاد العربية إما بصورة مباشرة عن طريق الاستعمار الفرنسي، وإما بصورة غير مباشرة عن طريق القانون المدني المصري. ومن مساوئ الصدفة أن الطريقتين معا اجتمعتا في القانون المدني الجزائري، فقد بقي قانون نابليون سارياً في الجزائر - بعد الاستقلال - إلى غاية 1975 من جهة، وتأثر واضعوه بالقانون المدني المصري من جهة أخرى.

إن أصالة القانون في البلاد العربية - ومنها الجزائر - لن تتحقق إلا من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فهي التي تعبر عن ديننا وأخلاقنا وثقافتنا، وهو ما حاولت بعض البلاد العربية القيام به، وكانت أول محاولة في ذلك هي محاولة القانون المدني العراقي (1952)، ولكنه جاء خليطاً من قانون نابليون وأحكام الشريعة الإسلامية، وتلته محاولة القانون المدني الأردني (1976)، وقد أدخل كثيراً من التفاصيل المعروفة في الفقه الإسلامي، ومع ذلك بقيت روحه لاتينية، مثله مثل القانون المدني العربي الموحد (1996). إن صياغة قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية لن تكون من خلال تبني تفاصيل الفقه الإسلامي فحسب، بل لابد من أن تكون روحه إسلامية، بمعنى أن تكون مبادئه

الكبرى، وتكليفاته القانونية، واصطلاحاته الفنية، وقواعده الأساسية مستمدة هي الأخرى من الفقه الإسلامي. ولا يعني هذا أبدا الانغلاق على الذات، ورفض كل ما هو أجنبي، بل لابد من مساهمة مقتضيات العصر، فلا شك أنه أينما وجدت مصلحة العباد فثم شرع الله تعالى ودينه. ومما يؤكد هذه الحقيقة أن أغلب ما يبحث عنه الفقه القانوني الغربي اليوم، لاسيما في مجال الالتزامات، موجود في الفقه الإسلامي ذي النزعة الموضوعية - الجماعية، وما اتجه التشريعات الغربية، في عصرنا، من الذاتية نحو الموضوعية، ومن الفردية نحو الجماعية إلا خير دليل على صحة ما نقول.

ولا تشكل ظاهرة عولمة القانون - في نظرنا - عائقا في وجه تقنين الشريعة الإسلامية، لاسيما في مجال المعاملات المالية، ذلك أن الشريعة الإسلامية، بطبيعتها، شريعة عالمية، تضمنت أصولا عامة وقواعد كلية تعتبر بمثابة المبادئ الموجهة للمعاملات المالية، وتركزت كثيرا من المسائل التفصيلية للاجتهاد الفقهي والقضائي، مما يجعلها صالحة للتطبيق على كل البيئات وفي جميع الظروف، خاصة أن أحكامها جاءت مربوطة بعلمها وأسبابها، مما يفسح المجال لأعمال القياس، في شتى الميادين، في ضوء المحافظة على الفكرة الجوهرية فيها وهي جلب المصالح ودرء المفسدات تحقيقا للعدل والإنصاف. ولعل مبادرة بعض الدول العربية، كالأردن والكويت والسودان والإمارات واليمن، إلى صياغة قوانينها المدنية من خلال الفقه الإسلامي - بدرجات متفاوتة - خطوة أولى في سبيل إحياء الفقه الإسلامي تنتظرها خطوة ثانية من أجل توحيد التشريعات العربية، في انتظار الخطوة الكبرى لتحقيق عالمية الشريعة الإسلامية.