نقـد الـكتب

للدكتور جمال مرسى بدر

جينو جورلا : " العقد ، دراسة لمشكلاته الرئيسية طبقاً للمنهج المقارن ومنهج الأقضية "

الجزء الأول ٥٤٣ صفحة ، الجزء الثانى ٦٧٨ صفحة ، ميلانو ١٩٥٥ .

Gorla, Gino : "Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico" Vol. I, XIV + 529 pp., Vol. II, XV + 663 pp., Milano 1955.

يأخذ فقهاء النظام الانجلو امريكى على فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية أن فقههم يبالغ فى الاعتماد على التجريد والتعميم ويستند الى المنطق البحت متجاهلا الاعتبارات الواقعية ونتائج التجارب العملية التى هى عماد الفقه الانجلو امريكى طبقا لمنهج الأقضية case-method ، وقد نشأ عن ازدهار الدراسات القانونية المقارنة فى السنوات الأخيرة ان لفتت مناهج البحث الانجلو امريكية أنظار فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية بحيث لا يعدم الناظر فى قوانين البلاد الأوربية وفقهها فى الفترة التالية للحرب العالمية الأخيرة آثارا متفرقة لتأثير المناهج الانجلو امريكية ، كما يبدو مثلا فى كتابات الفقيه الألمانى رادبروخ Radbruch . بل ان تأثير منهج الأقضية الذى يعتبر الأحكام القضائية مصدرا مباشرا للقواعد القانونية ، قد تجلى فى حكم هام للمحكمة الدستورية التعاهدية لجمهورية بون (المانيا الغربية) صدر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٣ بمقتضاه أصبح من حق المحاكم فى أبواب معينة من القانون أن تعدل من القواعد التشريعية الراهنة بأحكام قضائية .

والأستاذ جينوجورلا قد احتك بالثقافة القانونية الانجلو امريكية فى الفترة التى قضاها أستاذا زائرا بالولايات المتحدة ، وها هو يقدم لعالم الفقه الايطالى هذا المؤلف الهام بموضوعه الجديد بمنهجه وكأنه يريد به أن ينفى عن النظم اللاتينية ماترمى به من اغراق فى التجريد والتعميم واعتماد مطلق على التصورات العقلية والأبنية المنطقية وسبيله الى ذلك هو — كما يقول فى مقدمته — اتباع

المنهج المقارن ومنهج الأقضية . وينبه المؤلف القارئ الى أنه انما يعمد الى المقارنة بين القوانين كمنهج لا كموضوع فالمقارنة عنده وسيلة الى حسن تفهم أحكام القانون الوطنى موضوع البحث وليس مقصودها الالمام بأحكام القوانين الأجنبية ، كما يشير المؤلف الى أن اتباعه مذهب الأقضية هو مع ملاحظة الفارق بين دور الأحكام القضائية فى النظام الانجلو امريكى — حيث لتلك الأحكام صفة المصدر الرسمى المباشر للقاعدة القانونية — وبين دورها فى النظم اللاتينية وغيرها حيث ليست للأحكام القضائية تلك الصفة ، وينوه المؤلف فى كلامه على منهج الأقضية بما لذلك المنهج من قيمة تعليمية ينبغى أن يستفاد منها فى تدريس القانون .

أما موضوع هذا الكتاب فهو من أكثر مسائل القانون المدنى أهمية اذ يدرس المؤلف نظرية العقد من بعض نواحيها التى أثارت فى الفقه — ولا تزال — كثيرا من المصاعب ويصل عن طريق المنهج الذى رسمه لنفسه الى حلول تلقى ولا شك ضوءا جديدا على كثير من تلك المشاكل التى تختفى حقيقتها وراء ستار من الأفكار المعتبرة من مسلمات القانون المدنى فى النظم اللاتينية وان كان لايشفع لها فى الواقع الا طول ما تدوولت بين رجال القانون جيلا بعد جيل .

وقد خصص المؤلف الجزء الأول من هذا الكتاب لعرض الخصائص العامة للموضوع عرضا لا يقطع تسلسله تكرر الاشارات الى الأحكام القضائية كما خصص الجزء الثانى بأكمله للأحكام القضائية — الايطالية والفرنسية والانجليزية والأمريكية — معقبا على كل حكم بتعليق يبرز المسائل الهامة التى تناولها الحكم ويوضح دلالة قضائه مع الاحالة فى كل حالة الى مكان الشرح الخاص بها فى الجزء الأول .

ولعل من أهم الأفكار التى يأخذها المؤلف على فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية ويعتبرها من التعميمات المغرقة نظرية « التصرف القانونى » التى يراد لها أن تشمل مظاهر متباينة من النشاط القانونى ولا تقتصر على التصرفات بين الأحياء المتعلقة بالذمة المالية ؛ فهذه النظرية تنبسط فى نظر أنصارها على تلك التصرفات وكذلك على الوصية وقبول التركة وعلى الزواج وعلى الاسقاطات وعلى الرخص وعلى الخيارات ...الخ فكل هذه الظواهر هى من وجهة نظرية التصرف القانونى « ارادة فردية تتجه الى احداث آثار قانونية » . والمؤلف يبسط ما تلقيه

مقارنة الشرائع الأنجلو امريكية بالشرائع اللاتينية والجرمانية من ضوء على هذا الشمول الذى يراد اسباغه على نظرية التصرف القانونى ويستطرد الى ابراز ما تستتبعه هذه النظرية من اعتبار آثار العقود مترتبة على الارادة ترتب المسبب على السبب فهى نتيجة النشاط الارادى الخلاق لتلك الآثار وفقا لنظرية التصرف القانونى ، وهذا النظر عند المؤلف لايصدق على التصرفات القانونية بوصفها مصادر للالتزام ففكرة الارادة الفردية لاتصلح تبريرا للقوة الملزمة للعقد أو للتصرف لأن المتعاقد الذى اتجهت ارادته فى العقد (أو فى التصرف بالارادة المنفردة) الى الزام نفسه بشيء معين ما عليه الا أن ينفذ تلك الارادة بلا تدخل من القانون ولا إعمال للقوة الملزمة للتصرف ، تلك القوة التى لاتبدو قيمتها ولا يلجأ الأفراد اليها الا عند رجوع المتعاقد أو المتصرف عن ارادته الاولى ، وفى هذه الحالة يتجلى ما فى اعتبار الالتزام مجرد أثر لارادة الملتزم من خطأ ظاهر .

وقد فطن أنصار نظرية التصرف القانونى الى هذا الضعف الكامن فى فكرة الارادة كمصدر للالتزام فذهبوا الى أن الالتزام لايصدر عن ارادة الملتزم وانما عن توافق ارادتى طرفى العقد أى عن ارادة مشتركة تسمو على ارادة كل من الطرفين وتفرض سلطانها عليهما معا . على ان هذه الارادة المشتركة فكرة ميتافيزيقية قد لاتسلم على النقد ثم انها لا تصلح لحالات التصرف بالارادة المنفردة بل ولا لحالات عقود التبرع التى لا ترتب التزاما الا على أحد طرفيها فهى فكرة تختص بالعقود الملزمة للجانبين صار تعميمها خطأ على كافة التصرفات .

والمشكلة الرئيسية فى العقد أو التصرف هى التوفيق بين مصلحة الطرف المدين بالالتزام الذى أصبحت مصلحته هى فى التحلل من التزامه وبين مصلحة الطرف الدائن بالالتزام الذى يهمه أن ينتج العقد اثره . أما المصلحة الأولى فان القانون يحميها بما يفرض لصحة العقد ونفاذه من شروط شكلية أو موضوعية (الرسمية فى بعض العقود والسبب ... الخ) وهى شروط يخطىء من يعتبرها قيودا على حرية الارادة كما هى النظرة الشائعة اليها لأن المدين

الذى لم يستوف الشكل أو تخلف فى تصرفه السبب ما عليه الا أن ينفذ الالتزام ان كان حقا يريد ذلك . واما مصلحة الدائن فى أن ينتج العقد أثره فيحميها القانون عن طريق القوة الملزمة للعقد التى مؤداها تنفيذ الالتزام جبرا على المدين .

واذن فقوام التصرف القانونى كمصدر للالتزام ليس الارادة الراهنة للمتصرف ولكنه الارادة وقت ابرام التصرف ، ثم هو ليس تلك الارادة السابقة فقط بل هو وضع مركب ، من عناصره تلك الارادة ومن عناصره أيضا الثقة التى يضعها الطرف الآخر فى تنفيذ ما تعهد به الطرف الأول وهى ثقة مظهرها القبول الذى يصدر عنه ويتلاقى مع ايجاب الطرف الأول ، فذلك الوضع المركب هو التبرير الصحيح للقوة الملزمة للعقد وهذا التبرير يصح فى النظم اللاتينية والجرمانية كما يصح فى النظام الانجلو امريكى كما يسهب فى بيانه المؤلف .

وان استعراض التطور التاريخى لنظرية العقد من القانون الرومانى الى القانونى الكنسى الى القانون الوسيط ثم الى القانون الفرنسى والتشريعات التى نقلت عنه واستعراض تطورها كذلك فى القانون الانجلو امريكى common law — ذلك الاستعراض الذى يتولاه المؤلف فى نظر ثاقب وسعة اطلاع — ليكشف عن المزالق الخفية التى أدت الى اعتناق الفقه اللاتينى والجرمانى لنظرية التصرف القانونى وما يتفرع عنها من اعتبار الارادة وحدها مصدرا للالتزام ، وفى الكشف عن تلك المزالق التى يمر عليها جمهور الباحثين بغير التفات دليل حى على قيمة الدراسات المقارنة وما يفيده الفقه من اصطناع مناهج للبحث مغايرة للمناهج التى سار عليها حتى الآن ، فان ذلك التجديد فى المناهج هو بمثابة نافذة جديدة تلقى على ما الفناه من الوان النظر الفقهى ضوء يظهرها لنا فى شكل لم نعهده ويجلو لنا جانبا آخر من جوانب الحقيقة قد يظل خافيا على الفقيه الذى يحبس تفكيره فى نطاق نظام قانونى معين لايعدوه ويلتزم مناهج ذلك النظام دون سواها .

على أن الأستاذ جورلا لاينكر على الارادة دورها فى ايجاد القوة الملزمة للعقد وان أنكر عليها انها وحدها الخلاقة لآثار التصرفات القانونية ، فالارادة هى كما سبق عنصر من عناصر ذلك الوضع المركب الذى يترتب عليه شمول العقد أو التصرف بحماية القانون واسباغ صفة الالزام عليه وأهم

خصائص تلك الارادة (المعاصرة لابرام التصرف) هو قصد الالتزام أو قصد ترتيب آثار قانونية ، ويخص المؤلف ذلك القصد بقسط كبير من اهتمامه فيبحثه فى مختلف أنواع العقود ويتتبع فى أحكام القضاء فى مختلف النظم القانونية التى يقارن بينها ما لذلك القصد من أهمية تتجلى معها صحة القول بأن الشخص لايلتزم الا اذا أراد أن يلتزم ، على أن فرقا بين ذلك وبين القول بأن الارادة هى تبرير ما للعقد من قوة ملزمة .

هذه بعض الأفكار التى يجدها القارىء فى هذا الكتاب الغنى بصور التفكير القانونى المتحرر من قيود التقليد وهى أفكار ليست أدنى مزاياها انها تبعث القارىء على إعمال النظر وتفتح له آفاقا واسعة من البحث فى قضايا يعتبرها الفقه المدرسى مفروغا منها ، فهذا كتاب لايكتفى بأن يمد قارئه بمعلومات يضيفها الى ما عنده بل هو من تلك الكتب التى تأخذ بيد قارئها الى مجالات رحبة لايحد مداه فيها الا مقدار ما لديه من استعداد للنظر الفقهى ، وحسب القارىء بحث المؤلف لذلك الموضوع الذى يظن — لكثرة ما أريق فيه من مداد — انه لم يعد فيه مجال لجديد ألا وهو موضوع السبب ، فقد بحثه المؤلف بالمقارنة بالفكرة التى تناظر السبب فى النظام الأنجلو امريكى وهى فكرة المقابل consideration ويخرج القارىء من ذلك البحث المقارن وقد ازداد ادراكا لبعض نواحى نظرية السبب اللاتينية . أوحسب القارىء عرض المؤلف لنظرية حديثة سادت فى بعض البلاد الأوربية تحت تأثير الأفكار الاشتراكية وهى نظرية الوظيفة الاقتصادية — الاجتماعية للعقد ومؤداها أن حماية القانون تنبسط على عقود الأفراد وتسبغ عليها صفة الالزام بقدر ما تتفق تلك العقود مع أهداف المجتمع ومصالحه الاقتصادية ، فالوظيفة « الاقتصادية — الاجتماعية » التى يؤديها العقد هى فى نظر أصحاب هذا المذهب تبرير القوة الملزمة للعقد ولا يخفى ما بين هذه النظرية وبين مذهب الاقتصاد الموجه من صلة وثيقة [1] والمؤلف فى نقده لنظرية « الوظيفة الاقتصادية — الاجتماعية » للعقد كنظرية فقهية يشير الى ما تفترضه من مقياس للقيم هو من شأن السياسى والاقتصادى لامن شأن

---

(١) قارن المواد ٨ و ٩ و ١٠ من الدستور المصرى الجديد فالأحكام الواردة بها يصح أن تندرج تحت النظرية المشار اليها فى المتن ، وتعتبر تطبيقات لها بقدر ماتكون العقود والتصرفات القانونية هى مظهر النشاط الاقتصادى الخاص أو الوسيلة التى يصطنعها رأس المال لبلوغ مقاصده .

الفقيه ، كما لا يفوته أن يدلل مرة أخرى على ذلك الاغراق فى التعميم الذى يعيب الفقه اللاتينى : فالنظرية التى نحن بصددها تخص العقود ذات الطابع الاقتصادى وليست كل العقود أو التصرفات القانونية كذلك ، ولكن لما كان العقد ذو الطابع الاقتصادى هو العقد الغالب فقد بسط الفقه نظرية خاصة بذلك العقد على كافة العقود على سبيل التغليب منشأ بذلك نظرية عامة حيث لا محل لذلك العموم .

ولئن كان الالمام بكل نواحى هذا الكتاب الحافل فى هذه العجالة مستحيلا فلا يفوتنا فى ختام التعريف به أن نشير الى دراسة المؤلف للشرط الجزائى كمظهر لقصد الالتزام ، أو قصد ترتيب آثار قانونية ، وخاصة فى أنواع من العقود والتصرفات لا تقوم فيها بذاتها قرينة ذلك القصد لكونها من غير العقود المعتادة التى يفترض فيها توفر قصد الالتزام ، فهذه الدراسة وما يتبعها ويشرحها من أحكام قضائية صادرة من محاكم مختلف البلاد اللاتينية والانجلو أمريكية هى من الأبواب الهامة لهذا الكتاب .

وبعد فلا أدل على أهمية الكتاب الذى بين أيدينا من الاستقبال الحماسى الذى قوبل به فى بلاد النظام الانجلو — امريكى حيث اعتبره النقاد عملا جم الفائدة اذ يحمل الى رجل القانون فى تلك البلاد أهم مظاهر الفكر القانونى فى نظرية العقد فى النظم اللاتينية مجلوة فى ثوب تسيغه العقلية الانجليزية أو الأمريكية التى مرنت على منهج الأقضية ، والكتاب جدير بأن يلقى من فقهاء النظم اللاتينية والشبيهة بها ترحيبا مماثلا أو يزيد ، ولا يسع المرء فى هذا الصدد الا أن يرجو أن تتاح لهذا الكتاب ترجمة — ان لم تكن الى العربية فالى لغة أقرب منالا لجمهور القراء من غير الايطاليين — وذلك حتى يتسنى الاطلاع عليه والاستفادة منه لأكبر عدد ممكن من رجال القانون .