

## مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

### بن خدة حمزة♦

#### 1- باللغة العربية:

ظل التساؤل عن مدى وجود صلة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي حبيس جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن الإنكار فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون نابوليوني درج على اعتباره فريداً من نوعه متجاوزاً حدود زمانه ومكانه، فضلاً عن تصور نسبة جذوره وأحكامه لفقه حضارة غيرت معالم حضارته. وآخر مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

وعلى هذا الأساس، تطلب الخوض في هذه الجدلية البحث عن مدى وجود التأثير من خلال نموذج للدراسة ممثلاً في التعبير عن الإرادة باعتباره أهم الدعامات الأساسية للالتزامات التعاقدية. أما عن اثباته فيتطلب الانطلاق من النصوص القانونية الفرنسية المنضوية تحت نموذجها وتعليق الفقه الفرنسي عليها، ومن ثمة إثبات وجود تشابه بين أحكامها التفصيلية وما ذهب إليه الفقه المالكي في شأنها. مع التطرق في ذات الوقت إلى موقف القانون الروماني المخالف لهذا لتشابه دفعا لشبه تأثير المشرع الفرنسي بهذا الأخير بمعزل عن فرضية تأثيره بالمذهب المالكي.

الكلمات المفتاحية: قانون، مدني، فرنسي، فقه مالكي، تأثير، إرادة، عقد.

---

♦ أستاذ مساعد " أ " بجامعة بشار

**Résumé :**

L'éclaircissant de la confusion entre le code civil français et le rite malékite est restée confinée dans la dialectique historique pendant des décennies. Et pour cause les réfutations, tantôt du côté des chercheurs vénérant la loi napoléonienne, la considérant comme unique dans son genre, dépassant les limites spatio-temporelles et par conséquent, il n'est même envisageable de penser une quelconque influence exogène venant d'une autre civilisation modifiant sa destinée; et tantôt du côté de sceptiques qui ne voient aucun intérêt à lier un loi faite par des humains à un rite islamique qui tire ses principaux préceptes d'une révélation divine.

Face à cet antagonisme, il semble nécessaire d'aborder cette problématique à travers un modèle d'étude traitant la déclaration de la volonté en tant que fondement indispensable dans les obligations contractuelles. Soit en le prouvant, et là il faudrait prendre pour base les textes du code civil français avec leurs commentaires de la jurisprudence, pour qu'ensuite chercher des similitudes entre leurs dispositions détaillées et ce qu'en dit le rite malékite. Soit en abordant la position de la loi romaine qui va à l'encontre desdites similitudes afin d'écarter les hypothèses de l'influence de cette loi sur le code civil français, et loin des autres hypothèses qui placent le rite malékite comme principal source d'influence.

**les mots clés :** Code civil, français, rite malékite, influence, volonté, contrat.

**Abstact :**

The link between Melkite rite and French civil law remains confined in a historical dialectics for decades. The reason is twofold, one that comes from scholars who revere the Napoleonic Law as a peerless one in legal annals. The other view is skeptical about any relationship between a human law and a divine revealed one.

In the light of such a situation, to address the aforementioned problem it is necessary to conceive a model that deals with intention as a crucial principal of all contractual obligations. This is done either by proving such a principal through French legal texts with their case law commentaries, and then searching for similitudes with Melkite texts; or to tackle the Roman legal point of view which opposes any idea of similitude in order to rule out all external influence hypotheses including those supporting Melkite impact.

**The Key words :** Civil law, french, islamicmelikite law, effect,, intention, the contract.

#### مقدمة

مما لا شك فيه بداية، أن التساؤل عن وجود صلة بين قانون نابليون<sup>1</sup> والفقه المالكي ظل محل جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن النكران فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون مدني فرنسي درج على اعتباره فريدا من نوعه متجاوزا حدود زمانه ومكانه، فضلا عن تصور نسبة جذوره لفقه حضارة غيرت معالم حضارته؛ وبين مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

وبين هذا وذاك، امتد الجدل ليشكك بعض المستشرقين في أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور من خلال القول بنظرية جمود الفقه الإسلامي، لاسيما أن تطوره كان حبيسا

---

<sup>1</sup> صدر في طبعته الأولى سنة 1804 تحت تسمية القانون المدني للفرنسيين، لتصدر طبعته الثانية سنة 1807 تحت مسمى قانون نابليون " Code Napoléon "، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الأصلية " القانون المدني"، إلا أن مرسوما إمبراطوريا صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " القانون نابليون"، والملفت للإنتباه أن تسميته بقانون نابليون لم تلغ رسميا بأي نص منذ ذلك الحين. أنظر في ذلك، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72.

على أيامه الأولى، ثم ضعفت هذه الحركة بعد انتشار التقليد وغلق باب الاجتهاد<sup>1</sup>، وهو ما ينسف كل محاولة للقول بتأثير الفقه الإسلامي على غيره من النظم والقوانين.

وتأسيسا على ما سبق، بداية سنتعرض في هذه الدراسة إلى التساؤل حول معرفة مكانة الفقه الإسلامي من قانون نابليون (أولا)، ثم سنحاول البحث عن مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي من خلال موضوع التعبير عن الإرادة باعتباره من الدعامات الأساسية لنظرية العقد. وفي هذا الصدد نصت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة توافر شروط أربعة لصحة العقد هي الرضاء والأهلية والمحل والسبب<sup>2</sup>، إذ يلاحظ من خلالها أن الركيزة الأساسية الأولى في تكوين العقد هي الرضاء. ويقصد به هنا وجود متعاقدين رضي كل منهما بالتعاقد وتطابقت إرادتيهما إعلانا لحدوث نفس الأثر القانوني، حيث نتعرض للتعبير الإرادي في هذا التطابق من خلال طريقه (ثانيا)، لننتقلا أخيرا بعدها إلى مسألة مهمة ممثلة في مخالفة التعبير الظاهر للمتعاقد لما كان يقصده حقيقة وفق ما يعرف بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (ثالثا).

#### أولا. - مدى مكانة قانون نابليون من الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة أولا إلى أن الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني معا، حيث جاء الإسلام بنظام قانوني مدني يتضمن تشريعا شاملا لجميع المبادئ القانونية المنظمة لعلاقة

<sup>1</sup> صلاح الصاوي، تحكيم الشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994، ص. 49 وما يليها؛ محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق القاهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص. 59 وما يليها.

<sup>2</sup> L'article 1108 du C.C.F. dispose que : «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :  
Le consentement de la partie qui s'oblige;  
Sa capacité de contracter;  
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;  
Une cause licite dans l'obligation».

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

الناس لبعضهم البعض، وعلاقتهم بالسلطة الحاكمة، والأمن العام، وصيانة الحريات والحقوق العامة بفرعيها الداخلي (الدستوري والإداري)، والخارجي (الدولي)<sup>1</sup>. ثم إن تطبيق الأسس القانونية كالمصالح المرسله، والعرف، وسد الذرائع، والقياس، وغيرها من المصادر الاجتهادية الخصبه، تجعل الفقه الإسلامي في حالة من النمو المستمر، والتطور الدائم، والصلاحية للبقاء ومواجهة تطورات المجتمع المعاصر في إطار الملائمة لروح النص التشريعي، والمقاصد الشرعية<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس، اهتم المجتهدون بتخريج الكثير من المسائل الجديدة وفقا لقواعد الفقه الإسلامي وأصوله كما فعل السابقون، وخير نماذج لذلك في العصر الحديث، ما تعلق مثلا: بالإجهاض، نقل الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي... الخ<sup>3</sup>.

ويكفي هنا أن نذكر ما خلص إليه مؤتمر القانون المقارن الذي انعقد في بروكسل (بلجيكا) سنة 1958، حيث قرر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه العديدة يستطيع الاستجابة لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها. بالإضافة إلى حصوله على اعتراف جمهور رجال التشريع في العالم بكل روح علمية على أنه أوسع وأعظم فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشرائع، حيث يقول المستشرق المجري المنصف (فمبيري): "إن فقهم الإسلامي واسع جدا إلى درجة أنني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستتبوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"<sup>4</sup>. وعلاوة على ذلك، أعلن الفقيه الفرنسي

<sup>1</sup> عباس حسني محمد الفقه الإسلامي، آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، العدد العاشر، الطبعة الثالثة، 1994، ص. 172-209.

<sup>2</sup> يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، دون سنة طبع، ص. 11 وما يليها.

<sup>3</sup> جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص. 167 وما يليها.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، سلسلة المعرفة، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص. 542.

الشهير 'لامبير Lambert' في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي 1923، تقديره الكبير للفقهاء الإسلامي<sup>1</sup>.

ثم بالإضافة إلى الشبهة السابقة، حاول البعض من المستشرقين الطعن في استقلالية الفقه الإسلامي من خلال القول بتأثره بالقانون الروماني مصدر القانون الفرنسي التاريخي، حيث ذهب المستشرق الإنجليزي (شيلدونأموس) إلى أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني (مدونة جستنيان) في لباس عربي معدلا وفق الأحوال السياسية في المملكات العربية<sup>2</sup>.

أما حجة القائلين بالتأثر، فهي أن القانون الروماني سبق الفقه الإسلامي في الوجود، حيث تم بناءه قبل أن يوجد الفقه الإسلامي بأكثر من خمسين عاما، ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق. ثم إن التاريخ ينقل أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارتهم إلى الشام، وهي آنذاك تحت الحكم الروماني، وتدرس فيها القوانين الرومانية، ودليل ذلك ما نراه من تشابه بين الفقهاء واتحادهما في بعض الأحكام والقواعد العامة، كالبيئة على من ادعى واليمين على من أنكر وقاعدة إقليمية الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وغير ذلك مما هو موجود في الفقه الإسلامي بالمعنى نفسه في القانون الروماني<sup>3</sup>.

هذا ولا بد من التسليم أولا قبل الرد على هذا الزعم، أن مجرد سبق في الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني، فمن الثابت تاريخيا أن الشرع الإسلامي مصدره الأساسي هو نص القرآن والسنة، وكان يغني ذلك الفقهاء من الاستعانة

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، الطبعة الثانية، ص. ب.

<sup>2</sup> شيلدونأموس، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دارعمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط، ص. 73-74.

<sup>3</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 1982، ص. 39.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

بأي تشريع أجنبي، ثم لم يثبت أن أياً من الكتب القانونية الرومانية قد ترجمت إلى اللغة العربية في مرحلة نمو أو نشأة الفقه الإسلامي، ولم يثبت أيضاً أن العرب في صدر الإسلام كانوا على معرفة باللغة السريانية، فحتى حركة الترجمة التي نشطت بعد القرون الهجرية الثلاثة الأولى، لم تكن في مجال التشريع، بل انصبحت في الكتب الفلسفية والأدبية، كما أن مدونة 'جستيان' لم تنتقل إلى العربية إلا في السنوات القليلة<sup>1</sup>.

زيادة إلى ذلك، يلاحظ أن القانون الروماني اتجه إلى تحقيق غايات نفعية محضة، أساسها النظر إلى مصلحة الفرد، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة، وتقديم المصالح الخاصة على العامة. ولذلك نجد الشخص لا يحاسب فيه على إساءة استعمال حقه، إذ يتضمن التسليم بالحق في هذا القانون جواز إساءة استعماله، ولا يعترف هذا القانون مثلاً بنظرية الضرورة، أو نظرية تعادل الالتزامات، ولا يسعى إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد، ثم كان يعطي للدائن حق التسلط على المدين في نفسه إلى حد استرقاقه وبيعه في الدين إذا عجز عن الوفاء به. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى المتعلقة بالزواج، والطلاق، والميراث... مما ميز القانون الروماني بقواعده الخاصة<sup>2</sup>.

أما الشريعة الإسلامية، فقد احتوت على نظم قانونية راقية الصياغة، ومبادئ فقهية لم يصل إليها القانون الروماني حتى في أواخر عصور تطوره، منها: التعسف في استعمال الحق، حوالة الدين، الشفعة، الظروف الطارئة، تبعه الهلاك، الوقف، مبدأ استقلالية المرأة، ... الخ<sup>3</sup>.

وعلى ذلك أقرب الحقيقة التاريخية والعلمية باستقلالية الفقه الإسلامي، وبكفي الإشارة هنا إلى أن الفقيه الفرنسي (Zeys) قال بكل إنصاف وعدل: "إنني اشعر حينما أقرأ في كتب

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 78-79؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 534-535.

<sup>2</sup> محمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص. 204.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 535.

الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني"<sup>1</sup>.

ولكن، فإنه ليس من غاية ما سبق ذكره الحط من القيمة القانونية للقانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير، "يبقى من الأعمال التاريخية المجيدة، ومن الملفت حقاً أن يكون نابليون وهو العسكري الفذ وراء هذا العمل القانوني الرائع، وليس غريباً بعد هذا أن يقول نابليون من منفاه في سانت هيلين Sainte Hélène، إن مجدي الحقيقي ليس في أنني ربحت أربعين معركة، فواترلوا ستمحى ذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمحي، وما سيبقى خالداً، فهو تقنيني المدني، ومن العدل والإنصاف القول بأن نابليون كان على حق"<sup>2</sup>.

ثم إن الواقف على قانون نابليون، يلحظ بدقة، كيف أن ثبات النصوص لا يعني بأي حال، ثبات الحلول والجمود، ويكفي الإشارة في هذا المجال، إلى أن التعديلات التي مست القانون المدين الفرنسي على مدار مائتي عام (1804-2004)، لم تتجاوز في مجملها عشرة تعديلات<sup>3</sup>.

ويمكن أن يرجع الثبات والاستقرار الذي اتسم بهما القانون المدني الفرنسي في مجال نظرية الالتزامات إلى عدة أسباب منها :

- تميز هذه النظرية بالعمومية والتجريد بلغ حداً لم يبلغه أي فرع من فروع القانون.

<sup>1</sup> Zeys، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 88.

<sup>2</sup> «Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoire. Ce qui rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil».

مقتبس عن وليد غمرة، المرجع السابق، ص. 14.

<sup>3</sup> أنظر في هذه التعديلات، نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ص. 91-92.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

- أنها اقتصر على العام من المبادئ والكليات، دون الخوض في التفاصيل والجزئيات، لذلك تعتبر نصوصها في يد القضاة أداة طيعة ومرنة، يسهل ملاءمتها وتكيفها مع مستجدات الحياة العملية، رغم بعد عهد وضعها<sup>1</sup>.

أما تجدر ما الإشارة أخيراً، فهو أن الدراسات المهمة بالموضوع تعتنى به في الغالب من الأحيان بالتركيز على شقه التاريخي أكثر من تركيزها على شقه الموضوعي المقارن<sup>2</sup>، حيث يلحظ الواقف عندها أن أصحابها حاولوا بداية أن يثبتوا العلاقة التاريخية التي تجسدت في تأثير الحضارة الإسلامية على أوروبا على امتداد ثمانية قرون عن طريق الأندلس<sup>3</sup>، وحينها تحولت هذه الأخيرة إلى صرح حضاري تجاوز بعده الديني الممثل في نشر الدين إلى منارة علم تركت بصماتها الواضحة على أوروبا القابعة في تخلفها، والمنهكة في حروبها وسطوة كنيستها في ذلك الزمان، لِيَتَّوَجَّ البحث التاريخي بالتركيز على انتشار المذهب

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 93.

<sup>2</sup> أنظر في ذلك مثلاً، فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72؛ عيد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد 14، 2013، مطبعة دار الأفق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، ص. 15-34؛ زبير محمد، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، عدد 22، طرابلس، ليبيا، ص. 60-79؛ خالد السنيد، قانون نابليون تأثير بالفقه الإسلامي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذو القعدة 1419 هـ، ص. 18-20.

<sup>3</sup> "بعد منتصف القرن الرابع هجري، اكتمل وضع علم أصول الفقه الإسلامي ونشأت مذاهب الفقه الإسلامي الكبرى، وأصبحت قواعد الشريعة الإسلامية هي القواعد الحاكمة لكل شؤون الحياة في أرجاء العالم الإسلامي جميعاً والتي وصلت إلى بلاد الأندلس في أوروبا سنة 711 م في عهد الخليفة الأموي الوليد بن عبد الملك، فأنشأ المسلمون عاصمتهم هناك في مدينة قرطبة على يد القائد عبد الرحمن الداخل سنة 750 م وأصبحت فيما بعد العاصمة الكبرى لإسبانيا .."، أنظر، خالد السنيد، المرجع السابق، ص. 18، 19.

المالكي في الأندلس ومن ثمة وصوله إلى جنوب فرنسا ثم جل البلدان الأوربية، اهتمامها بطروف صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804<sup>1</sup>.

هذا فضلا عن تركيز البحوث والدراسات المهمة بالموضوع على اثبات التأثير من الناحية التاريخية عن طريق الأندلس، إعتنى البعض من المؤرخين كذلك بدراسة طريق ثان للتأثير، تمثل في الحملة الفرنسية على مصر بقيادة نابليون، حيث ينقل الكثير من المستشرقين ما يؤكد ترجمة أهم المؤلفات من الفقه الإسلامي إلى الفرنسية والتي يتقدمها مصنفات الفقه المالكي. وفي ذلك يقول الباحث الفرنسي سيديو " والمذهب المالكي هو الذي استوقف نظرنا على الخصوص لما لنا من الصلات بعرب إفريقيا، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيرون أن يترجم إلى الفرنسية، كتاب المختصر في الفقه لخليل بن اسحاق، المتوفي سنة 1422 م<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وفي هذا الإطار، لابد من الإشارة كذلك إلى محاولتين شهيرتين استقصت الموضوع خارج منهجه التاريخي ممثلتين في نموذجي الشيخ سيد حسن، والشيخ مخلوف المنيوي من خلال مؤلفي " المقارنات التشريعية"، وللعودة إليهما أنظر، مخلوف المنيوي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الأولى، مصر 1999؛ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2006.

هذا وحري بالإشارة إلى أن المتمعن لهذين النموذجين وقد اعتبرا أشهر دراسة اهتمت بالمقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي من خلال المادة الموضوعية أكثر من اهتمامها بالجانب التاريخي للإشكالية، يلحظ أن أصحابها حاولا في بعض الأحيان تطويع مواد القانون الفرنسي لتخرج رغا عنها مشابهة للفقه المالكي ومن ثمة القول بأن تطبيق القانون الفرنسي لا يخالف الشريعة الإسلامية !

ولعل ذلك يفسر بالظرف الذي كانت تمر به مصر والأمة الإسلامية حينها نتيجة لسقوط الخلافة العثمانية وسعي الدول الأوربية إلى ترسيخ استعمارها العسكري للدول التي احتلتها بترسيخ أنظمتها القانونية .

<sup>2</sup> مقتبس عن عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص.20؛ وفي نفس المعنى، الزويير محمد، المرجع السابق، ص.66،67.

ثانيا : مدى تأثر قانون نابليون بالفقه المالكي في طرق التعبير عن الإرادة.

التعبير عن الارادة هو مظهرها الخارجي الملموس وعنصرها المادي المحسوس. يكون تارة تعبيراً صريحاً ويكون أخرى تعبيراً ضمنياً. كما قد يتخذ هذا التعبير مظهراً سلبياً يعرف بالسكوت. هذا وقبل التوقف عند هذه المظاهر، تجدر الإشارة إلى خصوصية العقود الشكلية<sup>1</sup> في هذا المجال، ذلك أن الكتابة فيها شرط تستوجبه قواعد الإثبات وليست مظهراً للتعبير عن الارادة.

وفي ذات السياق، سنقتصر في بحث هذه الصور على عقد المقارنة المباشرة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي دون محاولة البحث عن موقف القانون الروماني، ذلك أن المعروف على هذا الأخير أنه قانون شكلي بامتياز<sup>2</sup>، حيث أسسه صنّاعه على سلطان الشكل لا على سلطان الإرادة، ثم حتى لو سلمنا بمنح الرومان الإرادة حيزاً ضيقاً آخر حياة تطور قانونهم، لا يمكن القول حينها أن القانون الروماني ترك للإرادة دوراً بارزاً في ميدان التصرفات القانونية، حيث بقيت العبرة للتعاقد اللفظي الشكلي دون مزاحمة من صور أخرى يتم فيها التعبير بغير اللفظ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>العقود الشكلية هي التي لا تتم بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول، بل يجب لتكوينها اتباع شكل يحدده القانون عادة ما يكون ورقة رسمية يدون فيها العقد. ومثالها من القانون المدني الفرنسي، الهبة (م 931)، عقد الزواج (م 1394)، والرهن الرسمي (م 2127). أنظر فيها:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2<sup>e</sup> édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp. 125-131; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 4<sup>e</sup> édition, Defrénois, Lextenso édition, Paris, 2009. pp.269-299.

<sup>2</sup>Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8<sup>e</sup> édition, 1998. p.79-81.

<sup>3</sup> أنظر في ذلك أكثر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 90-92.

وعلى ذلك، نتطرق لصور التعبير عن الإرادة من خلال التعبير الصريح والتعبير الضمني ( أ )، ثم المظهر السلبي للتعبير ممثلا في السكوت ( ب ):

### أ- التعبير الصريح والتعبير الضمني<sup>1</sup>

يكون التعبير صريحا كلما انصرفت إرادة صاحبه إلى الكشف عنه بما هو مألوف بين الناس، ومظهر هذا التعبير قد يكون كلاما أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك. فقد يكون التعبير بكلمات تدل على ما انطوت عليه إرادة المتعاقد مباشرة أو بواسطة مثالها التواصل عن طريق الهاتف. وقد يكون التعبير بالكتابة رسمية كانت أو عرفية. كما قد يكون التعبير إشارة ألفت الناس دلالتها على معنى واضح كما هو حال الأخرس الذي يهز رأسه عموديا ( دلالة على القبول)، أو بهزه أفقيا أو هز الكتف ( دلالة على الرفض)<sup>2</sup>.

هذا وقد يشترط المشرع أحيانا أن يكون التعبير صريحا كما هو الحال في التضامن الاتفاقي بين المدنيين حينما نص على ضرورة أن يكون صريحا (المادة 1202 ق م ف)، وهو الحال نفسه في وجوب أن تكون الكفالة برضاء صريح (2015 ق م ف)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,pp. 111-115; MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, p.124; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p.244; LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3e édition, 1996, pp.225,226-233,234 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.90,91,100.

<sup>2</sup> Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.141-143 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.108.

<sup>3</sup> أنظر أيضا في اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون التعبير الصريح المواد ( 621، 843، 927، 1190، 1197، 1250، ..) من ق م.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

أما التعبير الضمني، فيكون كذلك إذا كان المظهر الذي اتخذته صاحبه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكن تفسيره لا يمكن إلا بافتراض وجود هذه الإرادة، وخير مثاله تسليم الدائن سند الدين للمدين إذ في ذلك ما يدل على اسقاطه للدين ما لم يثبت العكس وفقا لما نصت عليه المادة (1283 ق م ف)<sup>1</sup>.

وبالرجوع مقابلة لما سبق في أحكام الفقه المالكي، نجد أن القانون المدني الفرنسي يتفق كل الاتفاق مع نصوص الفقهاء المالكي بخصوص التعبير الارادي الصريح والتعبير الضمني، ونضرب لذلك بأمثلة مقتبسة من مراجع المذهب كالتالي:

- "الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعنك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلا كالمعاطاة وهي المناولة، قاله في الصحاح وقال الشيخ زروق هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب، ولا استيجاب، انتهى. لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة"<sup>2</sup>.

- "والركن الثاني: صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وإليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا): من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما، بل (وإن) كان ما

<sup>1</sup> - ومن أمثله أيضا: التنازل الضمني عن التقادم (م 2221 ق م ف)، قبول الميراث (م 778 ق م ف) .

<sup>2</sup> - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليلي شرح مختصر خليل، ج 4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص. 228.

يدل عليه (معاطاة) من الجانبين، ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثلن أو يدفعه البائع وعكسه ..<sup>1</sup>.

- "والركن الثالث الصيغة، ويكفي فيها كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة، خلافا لما يفهم من قوله فيما يأتي: والبيع ينعقد بالكلام، إلا أن يراد بالكلام كلما يفهم معه المراد ولو إشارة، لأن الكلام يطلق في اللغة على القول وعلى كل ما يحصل به الإفادة من إشارة وكتابة وغيرهما، وهذا هو المطلوب عند الفقهاء. قال خليل: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة، ولا يشترط في الصيغة تقدم إيجاب على قبول .."<sup>2</sup>.

ومما سبق، يمكن القول أن الفقه المالكي عرف التعبير الصريح عن الإرادة من خلال اللفظ والكتابة والإشارة. كما عرف ما يقابل التعبير الضمني حين تنظيمه للتعاقد عن طريق المعاطاة. مع ملاحظة تتعلق بتوسع المذهب المالكي في إجازة التعاقد عن طريق الإشارة والمعاطاة، وفي ذلك ما يساير مقتضيات التعامل وما تتطلبه الحاجة العملية.

ومن أمثلة توسع المالكية في التعاقد بالإشارة قول الحطاب في شرحه: "وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة .. قال الله تعالى: آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا. (آل عمران، الآية 41) والرمز الإشارة، وقال ابن عرفة الصيغة ما دل عليه، ولو معاطاة في حملتها ما فهم أن الأخرس فهمه من كفالة أو غيرها لزمه الباجي كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم منها

<sup>1</sup> أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 3، دار المعارف، ص. 15، 14؛ وأنظر في هذا المعنى بتوسع، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ج 3، دار الفكر، ص. 2-5.

<sup>2</sup> شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الفكر، ص. 73.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

البيع... "، إلى حين قوله " .. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود"<sup>1</sup>.

أما عن توسع المذهب المالكي في التعاقد بالتعاطي أو المعاطاة فهو في إجازتها دون تمييز بين خسيس المعقود عليه ( محل العقد ) ونفيسه، ومثاله تنمة الاقتباس أعلاه من الشرح الصغير للدردير " (وإن) حصل الرضا (بمعاطاة) بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، ولو في غير المحقرات ولزم البيع فيها بالتقابض أي قبض الثمن والمثمن .."<sup>2</sup>.

وفي هذا كله توافق بين القانون المدني الفرنسي والمذهب المالكي بخصوص التعبير الصريح عن الإرادة والتعبير الضمني، ليثار التساؤل بعدها عن موقفهما من التعبير الذي يكتفي فيه صاحبه بالسكوت؟

### ب- السكوت في حالة التعبير عن الإرادة

مما لا شك فيه بداية أن السكوت موقف سلبي في التعبير عن الإرادة فلا يمكن اعتبار مجرد السكوت إيجاباً. أما بالنسبة للقبول، فهو ما يثار بشأنه التساؤل فيما لو وجه شخص لآخر إيجاباً بإبرام عقد معين، ولم يقم الطرف الثاني بالرد عليه قولاً أو كتابةً أو إشارة، ولم يفعل ما يفهم منه موافقته على الإيجاب، بل اكتفى بمجرد السكوت؟

<sup>1</sup> الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص.229.

<sup>2</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص.3؛ وفي نفس المعنى راجع ، الصاويعلنا شرح الصغير، ج3، المرجع السابق، ص.14.15؛ الحطاب بالرعيني المالكي، المرجع السابق، ج3، ص.228؛ محمد بن أحمد بن محمد عيش، أبو عبد الله المالكي، من جليل بشر مختصر خليل، الجزء4، دار الفكر، بيروت، ص.434،435.

## بن خدة حمزة

وبالعودة إلى موقف القانون الفرنسي من خلال فقهه في هذا المجال<sup>1</sup>، نجد أنه يقرر قاعدة عامة ترد عليها استثناءات. فأما القاعدة العامة، وهي أن السكوت في ذاته مجرد عن أي ظروف ملائمة له لا يكون تعبيراً عن الإرادة. ذلك أن التعبير هو عمل إيجابي ومجرد السكوت عمل سلبي لا ينتج إلا العدم، ولا يمكن أن نخلق من الوجود عدماً، وإلا ارتبط الكثير بعقود لم يقبلوا بها مما يعرض الروابط القانونية إلى الاضطراب.

ولقد دعم القضاء الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من اجتهاداته، منها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير بخصوص سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهماً في شركة معينة، ويخبره بأنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، وكيف أن سكوته لا يعتبر قبولاً بالاكتتاب في الأسهم المذكورة<sup>2</sup>.

على أن هذه القاعدة العامة يرد عليها بعض الاستثناءات بنصوص قانونية تارة، وباجتهادات قضائية تارة أخرى، لعل أبرزها:

---

<sup>1</sup> - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.115-122; MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., pp.132-135; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p.245; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 236-238; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 100-101.

<sup>2</sup> Cass, civ, 25 mai 1870 « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée », cité par Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p. 245; Cass. Civ., 1ère, 16 avril 1996 « Le silence ne veut pas, à lui seul, acceptation », cité par FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 100.

**1- الاستثناءات القانونية: نذكر منها :**

- بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار مما يفضي إلى ايجاب ضمني بتجديد الايجار، فاذا سكت المؤجر اعتبر سكوته قبولا لهذا الايجاب ( م 1738، 1759 ق م ف ).

- سكوت الدائنين المرتهنون عند لجوء الحائز للعقار المرهون لتطهيره وعرضه عليهم قيمة العقار، فإن الدائنين يعتبروا قد قبلوا هذا العرض بعد مضي ستون يوما دون أن يبدي أحد منهم رغبته بالزيادة على هذا العرض ( م 2168 ق م ف ) .

**2-الاستثناءات القضائية : ونذكر منها:**

- إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضاء كالحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا الأخير عليه مما يجعل سكوته وفق التقاليد التجارية إقرارا لذلك الحساب<sup>1</sup>.

- وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، ومثاله تاجر يرسل البضائع إلى عميل اعتاد ارسال البضائع إليه دون أن ينتظر منه الرد، حيث يعتبر سكوت العميل قبولا<sup>2</sup>.

- أن يكون الايجاب نافعا من كل الوجوه لمصلحة من وجه إليه فان سكوت هذا الأخير يعتبر قبولا كحال سكوت الموهوب له في الهبة التي لا يشترط فيها رسمية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-Cass. civ. 12 mars 1889;Cass. civ, 11 janvier 1886, Cité par PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,p. 120 ; Cass. civ, 9 janvier 1956, Cité par FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.100; Cass. com, 3 novembre 2004, Cité par Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p.245.

<sup>2</sup> -Req. Bordeaux, 3 juin 1867, cité par PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,p.119;Cass. com, 26 mai 1987 ; Philippe MALAURIE , Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p. 245.

وقبل الرجوع إلى ما يقابل ما سبق من الفقه المالكي، جدير بالإشارة إلى أن أساس المعاملات والعقود في الفقه الإسلامي عامة هو الرضاء. والذيل يتحقق غالبا إلا بالإيجاب والقبول القولي. فكان الأصل في السكوت ألا يعتبر تعبيرا عن الإدارة وفق للقاعدة الفقهية المشهورة: "لا ينسب إلى ساكت قول"<sup>2</sup>.

لكن وكما قد يتحقق الرضاء بالتعبير الصريح أو بالتعاطي (الفعل) كما رأينا سابقا، قد يتحقق الرضاء بتعبير من جانب وسكوت من جانب آخر بما يدل على الرضاء. فكانت تنمة القاعدة الفقهية السابقة "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، حيث تدرج في نطاقها مسائل تفصيلية كثيرة<sup>3</sup> نتعرض لأهمها من نصوص الفقه المالكي وفقا للتالي :

#### 1- سكوت المالك عند تصرف الفضولي :

إذا تصرف الفضولي في ملك الغير ببيع في حضور المالك فسكت هذا الأخير ولم يمنعه رغم أهليته للتصرف، لزمه البيع ولا يعذر بسكوته إذا ادعاه<sup>4</sup>. بل أن حقه في الثمن أيضا يسقط إذا سكت ولم يطلبه لمدة سنة لاستحقاق البائع الثمن بالحيازة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Req, 29 mars 1938 ; Cass. civ, 1<sup>ere</sup> décembre 1969, cité par FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 102 .

<sup>2</sup> أنظر في هذه القاعدة، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، ص. 438 وما يليها.

<sup>3</sup> وليبيان جميع الحالات التي يعتبر السكوت فيها قبولا نظرا لظروف ملائمة، أنظر، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، نفس المرجع ، ص.438-447.

<sup>4</sup> الصاويعلنا لشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 26.

<sup>5</sup> الحطاب بالرعينيا المالكي، المرجع السابق، ج4، ص.271.

## 2- سكوت الولي عند بيع أو شراء من تحت ولايته:

إذا رأى الولي من تحت ولايته يبيع ويشترى فسكت ولم يمنعه من التصرف أعتبر سكوته رضا وإذنا في التجارة. ويعتبر البيع لازماً حينها كون حضور الولي وسكوته إذن وإقرار للبيع<sup>1</sup>.

## 3- سكوت الشفيح:

سكوت الشفيح عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع يعتبر رضا بالعقد وإقراراً بالتنازل عن الشفعة فيسقط حقه عن طلبها. وفي ذلك جاء " إن سكت الشفيح مع علمه بهدم أو بناء في الأرض من قبل المشتري، ولو لإصلاح، أو سكت بلا مانع شهرين، إن حضر العقد تسقط الشفعة. وإلا فتسقط بحضوره ساكتاً بلا عذر سنة. فإذا مضت السنة وهو حاضر في البلد ساكت بلا مانع فلا شفعة له"<sup>2</sup>.

## 4- السكوت في الوديعة:

والوديعة توكيل بحفظ مال، كما تتعقد بالإيجاب والقبول صراحة تتعقد كذلك بالإيجاب والسكوت المفيد للقبول دلالة. وفي هذا جاء من المذهب المالكي "..وإذا علم أن الإيداع ما ذكر علم أن الوديعة مال وكل على مجرد حفظه وظاهره أنه لا يشترط فيه إيجاب وقبول، وهو كذلك، فمن وضع مالاً عند شخص ولم يقل له احفظه أو نحوه ففرط فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن، لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ويوجد قول آخر يعتبر البيع غير لازم بيني على عدم اعتبار السكوت إذن في المذهب المالكي، وفي تفصيل ذلك أنظر، الخطاب بالرعي بالمالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 244-245.

<sup>2</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 484، 485.

<sup>3</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 419.

## 5- الصلح على السكوت:

ويعرف المالكية الصلح<sup>1</sup> بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوفوقوعه. ويقسمه فقهاء المذهب إلى ثلاثة أقسام هي الصلح عن إقرار، والصلح عن إنكار، والصلح عن سكوت. وفي هذا الأخير يسكت المدعى عليه عن إجابة دعوى المدعي فيصالحه بدفع شيء على أن يترك المدعي الدعوى<sup>2</sup>. ويجري أغلب فقهاء المالكية حكماً لإقرار على أحكام السكوت في الصلح من معاوضة أو إجارة أو هبة<sup>3</sup>.

هذا وبالإضافة إلى ما سبق، تعرض الفقه المالكي لحكم السكوت الدال على القبول في مسائل أخرى<sup>4</sup>، نذكر منها ما جاء في شرح قاعدة "السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا وهل هو إذن أم لا"<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 6، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، ص.3-4؛ صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك امام دار التنزيل، المكتبة الثقافية بيروت، ص.102.

<sup>2</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ج3، ص.311؛ صالح الأزهري، المرجع السابق، ص. 103.

<sup>3</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 309-311؛ صالح الأزهري، نفس المرجع، ص. 102.

<sup>4</sup> من أشهرها في غير المعاملات المالية سكوت البكر عند استئذانها للنكاح، مع الإشارة إلى أن الفقه المالكي يستثني أبقارا لا يكتفى بصمتهن بل لا بد من إذنهن بالقول عند استئذانهن في النكاح. أنظر في تفصيل ذلك، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص. 224 وما يليها؛ الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص. 367، 368.

<sup>5</sup> أحمد ابن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد مالك، تحقيق الصادق بم عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، 2006، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص. 159-161.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

- سقوط الفخار من يد مقلبه إذ أخذ بغير إذن صاحبه الذي رآه يفعل وسكت. وفي نفس معناها أيضا سقوط المكيال من يد المشتري بعد امتلائه وقد كال بغير اذن البائع الذي رآه وسكت.

- سكوت مالك الأرض على من يغرس فيها او يبني فيها رغم علمه بذلك.

- من حاز شيئاً يعرفه لغيره فباعه على أنه لنفسه وسكت المالك لا ينكر بيعه، قطع سكوته دعواه.

- كراء الدور والأراضي بزراعة أرض الغير بغير اذن منهم وسكوتهم رغم العلم.

- سكوت الغرماء عن عتق الغريم وطال ذلك، أو سكتوا حتى قسموا الورثة

التركة ...

إلى أن قال " والذي نذل عليه مسائل المذهب، أن كل ما يدل على ما في نفس الانسان من غير نطق فإنه يقوم مقام النطق .."<sup>1</sup>.

ليتضح مما سبق اتفاق القانون الفرنسي مع المذهب المالكي في الموقف من صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، كونهما ينطلقا من قاعدة عامة تقضي بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة وهو ما تجسد اختصارا في قاعدة " لا ينسب لساكت قول". إلا أن لهذه القاعدة استثناء اتفقا عليه معا يقترن فيه السكوت بأمارات تدل على معنى القبول وفق ما يعرف بالسكوت الملابس أو تنمة القاعدة السابقة " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، وهو ما يكمل موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في تنظيم كل صور التعبير السابقة، مما يجعل التساؤل يطرح حول مدى انطباق هذا التماثل في الموقف على مسألة مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطن والتعبير الذي يعتد به حينها ؟

<sup>1</sup> أحمد ابن يحيى الوئشيسي، المرجع السابق، ص.161.

### ثالثاً: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كطريقتين للتعبير عن الإرادة

إن التعبير عن الإرادة قد ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفس المتعاقد من إرادة، وعليه كان الأخذ بالإرادة الكامنة أو بمظهرها المادي سيان، إلا أن الإشكال الذي يثور هنا، هو الحالة التي يختلف فيها التعبير الباطن عن التعبير الظاهر؟<sup>1</sup> فما هو التعبير الذي يعتد به؟ ومثال ذلك أن يمضي أحد المتعاقدين على عقد ودون أن يشعر بجد نفسه قد مضى على شرط كان لا يمكن أن يقبل به. ففي مثل هذه الحالة تكون إرادة المتعاقد الباطنة عدم قبول هذا الشرط غير أن إرادته الظاهرة قابلة للشرط؟

وللإجابة على هذا التساؤل والكشف عن موقف المشرع الفرنسي ومدى توافقه مع أحكام الفقه المالكي، لابد من الرجوع إلى النظريتين التي تتنازع بداية، ثم الانتقال بعد ذلك لنصوص الفقه المالكي وفقاً للتالي:

#### أ- نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة:

أمام تعارض النظريتين في الإرادة التي يُعتد بها إذا اختلف التعبير الباطن عن الظاهر، سنحاول التعرض لكل نظرية على حده وفقاً للآتي:

#### 1 - نظرية الإرادة الباطنة:

تتزعم الأخذ بهذه النظرية المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي الذي يعتبر الالتزام رابطة بين شخصين. وتعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على

<sup>1</sup>أنظر في تفصيل النظريتين وحجج كل فريق:

MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., pp. 108-111; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 108-111; CARBONNIER Jean, Droit civil, , Tome 4, Les obligations, 22e édition, Presses Universitaires de France, 2000. p. 90,91 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 142-144 .

## مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

مبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تتطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في خاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقا من هذا، فعلى القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون بالإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبرونها دليلا على الإرادة الباطنة.

ومن مظاهر مسايرة المشرع الفرنسي بما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما قضى به في نص المادة 1156 ق م<sup>1</sup>، حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ<sup>2</sup>، مع الإشارة إلى تعلق هذه المادة بالألفاظ غير الواضحة أكثر من امتدادها للألفاظ الواضحة، ذلك أن القاضي لا يستطيع العدول عن الإرادة الواضحة لأخرى يفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقد<sup>3</sup>.

## 2- نظرية الإرادة الظاهرة:

فرغم من أن الألمان من جهد في تدعيم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة بداية القول بها، إلا أنه وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بحث فقهاءهم في هذه النظرية بحث المدقق المنتقد، وخرجوا من ذلك بأن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحاسب عليه الإنسان أو يُحاسب. والإرادة التي تنتج أثرا قانونيا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي. ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند

<sup>1</sup> -Article 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.

<sup>2</sup> -Cf. MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., p.109; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 110; CARBONNIER Jean, op.cit., p.81-83, et p. 90,91.

<sup>3</sup> -Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 373.

الإفصاح عنها؛ فالعبارة بهذا الإفصاح إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به. خاصة أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية. ويصطلح الفقه على هذه النظرية عادة بنظرية الإفصاح عن الإرادة<sup>1</sup>.

### ب- موقف الفقه المالكي :

بالرجوع إلى الكلام في صيغة العقد في الفقه المالكي<sup>2</sup>، نجد أن الفقهاء اهتموا كثيرا بصناعة الألفاظ في إنشاء التصرفات القانونية. والصيغة هي كل ما يدل على الرضا من الطرفين، سواء كان لفظا مثل بعتك واشتريت، أو كتابة كأن يرسل البائع للمشتري الموافقة على البيع بالبريد (أو الفاكس أو ما شابههما)، أو كان إشارة دالة على الرضا من الجانبين، أو معاطاة يأخذ من خلالها المشتري السلعة ويدفع الثمن دون أن يكلم البائع كما سبق الإشارة إليه حين التعرض لتنظيم الفقه المالكي للتعبير الضمني وفق ما يعرف بالمعاطاة.

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا صيغها تختلف لاختلاف صيغها بين الماضي وغيرها من الصيغ كالتالي:

1- **صيغ الماضي:** ومثالها، بعت واشتريت، وهي صيغة يؤثرها الفقهاء لما فيها من وضوح لا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 169-180.

<sup>2</sup> الحطاب بالرعي نيا المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229 وما يليها؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 2-6؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، الجزء 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994. ص. 269؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، الجزء 3، مؤسسة الريان للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص. 206-218.

## مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

الإسلام عليها لدلالاتها على الإرادة الحاسمة وحدوث الشيء قطعا من غير احتمال معنى آخر. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظ يتمخض للحال فينعتقد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا<sup>1</sup>.

**2- صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام: ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتمل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن تتمخض للحال دون الاستقبال<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup> "الحاصل أن الماضي ينعتد به البيع اتفاقا ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء، ولو حلف والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ولا لزم، وأما الأمر فهل هو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة (قوله: ولكن الأرجح والمعمول عليه أن عليه اليمين) لأنه قول ابن القاسم في المدونة" أنظر، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 3.

<sup>2</sup> "فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحا على إيجاب البيع من جهة المشتري، لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتزم منه ذلك ويحتمل أن يكون راضيا به أو غير راض به لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض ..". وذكر المؤلف أيضا "ليس للإيجاب والقبول لفظ معين. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت أو ابتعت منك فيقول بعته فهذا يلزمها، وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردا حتى ينتزله عرف أو عادة أو ما يدل على البيع .." إلى أن قال "وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم أو بلفظ المضارع فيحلف ونحوه لابن عبد السلام فقال: حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل على ما أراده" أنظر، الحطاب الرعيبي المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229-230.

وتأسيسا على ما سبق، انطلق المذهب المالكي<sup>1</sup> من عدم جدوى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین متى انعقد العقد بصيغة الماضي، ذلك أن الصيغة تتمخض للحال حينها ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة. أما صيغة المضارع المحتملة لكل من الحال والاستقبال، فإن محلها البحث عن الإرادة الباطنة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو نفس الاتجاه بخصوص صيغة الاستفهام والاستقبال، وكيف أن تمخضها للاستقبال لا ينعقد بهما العقد حالا. لتأتي صيغة الأمر بعد ذلك وكيف أنها تتمخض للحال تارة وينعقد لها العقد دون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، أو أنها تحتل الحال والاستقبال تارة أخرى مما يستوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین.

وبالمقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، نجد أنهما اتفقا على وجوب البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدین متى كانت عبارات العقد غير واضحة ( كما في القانون الفرنسي أعلاه ) أو صيغة العقد تحتل الحال والاستقبال ( كما هو حال الفقه المالكي أعلاه). ذلك أن المظهر الذي يعتد به الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة في الأصل هو اللفظ أولا قبل الكتابة وقيل الإشارة وقيل أي مظهر آخر طالما كانت الإرادة واضحة وظاهرة، بحيث لا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدین. إلا أنه في كثير من الأحوال لم يغفل الإرادة الباطنة حين القول بضرورة البحث عنها في حيز كبير يشمل بقية العقود المنعقدة بألفاظ لا تكون دلالات الألفاظ

<sup>1</sup> أنظر في تفصيل ذلك من بقية المذاهب الفقهية، عبد الرزاق أحمد السنيوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 5، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

واضحة فيها، ولهذا قيل في الفقه الإسلامي عامة ومنه المالكي " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " <sup>1</sup>.

### خاتمة:

ختاماً لما سبق، يجدر الإقرار بأن موضوع تأثير الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي من المواضيع التي لا يمكن التطرق إليها من خلال ورقة تعنى بنموذج واحد من مواضيعه المتشعبة، إذ لا يعدو الأمر أن يكون مجرد تسليط الضوء على إشكالية ظلت محل أخذ ورد لحقب زمنية متعاقبة، خاصة أن هكذا محاولة تحتاج إلى عمل جماعي جبار شأنها شأن الدراسات المقارنة قاطبة وقد تضمن التقنين الفرنسي أكثر من ألفين مادة تصنف في أغلبها ضمن النظريات القانونية التأصيلية. إلا أنه ورغم ذلك، يمكن الإنهاء بخلاصة من النتائج.

بالرغم من كل محاولات التشكيك في الفقه الإسلامي من حيث رقيه وقيمه القانونية، إلا أن هذا الأخير سبق القانون الفرنسي وقبله التشريع الروماني، في تقرير بعض النظم الراقية والمبادئ العظيمة التي لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها وفي العصور الأخيرة فقط، وهو ما جعل القانوني الدارس له من خارج الانتماء إليه يقر بمكانته الأصلية كتراث ساهم في تطوير الأنظمة القانونية العالمية، ثم تجسد أكثر في اعتراف الكثير من الغربيين بأصالته ومرونته وثرأه في مؤتمرات القانون المقارن.

أن البحث في جذور الموضوع من الناحية التاريخية يبقى محتفظاً بأهميته للتعرف على مدى وجود علاقة تاريخية بين فقه الإمام مالك وقانون نابليون، ولا بد حينها من دراسة

<sup>1</sup> أنظر في هذه القاعدة الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998، ص. 55-76؛ عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 14-15.

تأصيلية تبدأ من سبب انتشار الفقه المالكي في إسبانيا ومن ثمة دخوله إلى فرنسا وباقي البلدان الأوربية، في نفس الوقت الذي تعنتي فيه بطرور تشريع القانون المدني الفرنسي والبحث أكثر في سبب انتشار ترجمة كتب الفقه المالكي قبل صدوره مزمنة لحملة نابليون على مصر.

ظهر جليا أن القانون المدني الفرنسي من خلال تقنيته وفقهه يتفق كل الاتفاق مع ما قال به الفقه المالكي قبل عقود من خلال قواعده الكلية والتفصيلية المسابرة لتطور الإنسان في أي زمان وبأي مكان، ولعل السبب حينها هو الاعتماد على نفس المنهجية المتمثلة في الانطلاق من مبادئ كلية تطبق بمرونة على كافة مستجدات الحياة والبيئة الاجتماعية، وهو ما تجسد في البحث الدائم عن حلول عملية أخرجت هذا القانون من سلبية جمود الثبات.

أما عن موضوع الدراسة الممثل في " التعبير عن الإرادة "، فلا يمكن التشكيك في وجود تشابه بخصوصه يكاد يكون مطلقا بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي بداية بصور هذا التعبير. حيث انطلق كلا منهما من التعبير الصريح وحالاته الممثلة في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو الموقف الذي لا يدع مجالاً للشك على مقصود صاحبه، وفي الإطار ذاته اتفقا كذلك على جواز الاعتداد بالتعبير الضمني من خلال ما توسع المالكية في تطبيقاته أكثر مراعاة للحاجات العملية .

ليصل الاتفاق إلى منتهاه في تنظيمها لأثر السكوت على التعبير الإرادي، حيث اتفقا على أن السكوت المجرد لا يصلح للتعبير عن الإرادة كقاعدة عامة، والإستثناء يتمثل في اعتباره قبولا وفق ما يعرف بالسكوت الذي تحيط به ملايسات تجعله دالا على قبول صاحبه، وهو ما تجسد في قاعدة فقهية اختصرت القاعدة والاستثناء بقولها " لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

مع الإشارة حينها أن القول بإمكان وجود أثر للقانون الروماني على القانون الفرنسي في هذه المواضع مجافاة للحقيقة الموضوعية، ذلك أن هذا الأخير علق توفر التعبير على

### مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

احترام شكل مقدس على حساب أي مظهر آخر حتى نتصور إمكانية قوله بتطبيقات موسعة للتعبير الضمني حينها، فضلا عن تصور قوله باعتبار السكوت المقترن بملازمات معينة تعبيراً عن الإرادة !

وفي ذات السياق، ظهر جليا موافقة القانون المدني الفرنسي لما ذهب إليه المالكية في نزعتهم الوسطية حين مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطن أو الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة، ذلك أن الأصل حينها هو عدم البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين متى كانت عبارات العقد واضحة لا مكان فيها للتأويل، أما في الحالة التي تكون فيها دلالات ألفاظ العقد غير واضحة وجب البحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقية في كل من القانون المدني الفرنسي وقبله الفقه المالكي.

أما آخر ما نختم به هذه الورقة البحثية، فهو التأكيد انصافا على القيمة العلمية للقانون المدني الفرنسي رغم رجحان تأثيره في الكثير من المبادئ العامة والأحكام التفصيلية بالفقه المالكي بذات الطريقة التي كان عليها حاله في موضوع الدراسة أعلاه. ذلك أن هذا القانون ظل محتفظا بمكانته المميزة باحترامه للمنطق القانوني خاصة في ميدان الصياغة الفنية وترتيب المواضيع بقواعد منهجية، وهو ما يطرح السؤال حول سبب التحرج حينها من المزج بينه وبين الفقه المالكي، بل والفقه الإسلامي حينما لا يتصادم هذا المزج مع مخالفة لثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية. ولعل ما يحتم ذلك في عصر انفجرت فيه الحياة بشتى أنواع التعاقدات والالتزامات المدنية المالية، هو الحاجة الملحة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي قبل المناداة المجردة بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لقوانيننا العربية بما يعبر عن هويتنا الحضارية، ذلك أن التصور العملي الوحيد لتطبيقها في الوقت المعاصر يفترض تقنينها بما لا يدع مجالاً للتساؤل حينها حول أي فهم فقهي للشريعة نطبق ! ولأي نصوص مراعية لخصوصية الزمان والمكان والأشخاص يعود القضاء ؟