

# تاريخ نظام التجديد NOVATIO

## في القانون الروماني

للدكتور عبد المجيد محمد الحلفاوي

### ١ - امهات المسائل التي يثيرها تاريخ نظام التجديد :

عندما نشرع في دراسة تاريخ نظام التجديد في القانون الروماني ، فإنه يتعين علينا أن نضع في عين الاعتبار منذ البداية ، أننا نتناول نظاماً قانونياً مثار جدل ، ويتضمن مشاكل خاصة محل خلاف كبير . وهذا يستوجب بطبيعة الحال أن يركز جل اهتمامنا على هذه المسائل الخاصة ، حتى نصل بصددنا إلى الرأي الأقرب إلى الصواب في تقديرنا ، على ضوء التحليل والتمحيص الدقيق والكامل لأهم النصوص التي أشارت إليها . فلن نحاول مطلقاً أن نجري وراء ابتداع الفروض التي لا نجد لها سنداً إلا في تخيلة الشراح . فالطريقة المثلى للبحث والدراسة ليست في اخضاع النصوص لفروض مسبقة ، بل التحقق من الفروض عن طريق تحليل النصوص . وهكذا نستطيع أن نقود بحثنا الذي يتسم بالصعوبة والتعقيد إلى بر الأمان ، دون أن نتورط في تبني أفكار لا نجد لها سنداً في المصادر .

وإذا كانت المشاكل الخاصة بتاريخ نظام التجديد هي التي سوف تكون موضع الاهتمام ، فذلك لأن المسائل التفصيلية أو العامة مسلم بها من قبل جميع الشراح ، ومن السهل العثور على أحكامها في الغالبية العظمى لمؤلفات القانون الروماني . ومن ثم فإننا لن نقف عند هذه المسائل الا لجرد الاشارة وذكر القواعد العامة المتعلقة بها ، بغية كمال هذه الدراسة . وهكذا نعالج باختصار ماهية التجديد في القانون الروماني ، ونبين أصل نشأته وتطوره . ثم نوضح الأهمية التي كان يحتلها . وذلك قبل التطرق إلى شروطه ، وماتثيره من مسائل دقيقة . وأخيراً نشير إلى آثار التجديد . ونهي بحثنا بخاتمة تبرز فيها خلاصة آرائنا .

ولعل أبرز المشاكل الخاصة التي تصادفنا ، ونحن بصدد معالجة أصل نشأة نظام التجديد ، وشروطه ، تكمن في الكيفية التي استطاع الفقهاء بمقتضاها أن يوائموا ما بين التعهد الرسمي Stipulatio ، وهو نموذج العقد اللفظي الذي كان يستعمل كوسيلة لانشاء الالتزام ، ونظام التجديد الذي كان يستخدم كوسيلة لانقضاء الالتزام ، وليس لانشاء التزام جديد فحسب. فمن المعلوم ، كما سيلي تفصيله ، أن نظام التجديد الروماني كان من ابتداع الفقه . فهل خلع الفقهاء الرومان على التعهد الرسمي الذي كان يستخدم بقصد التجديد قوة انقضائية ، بجانب قوته الانشائية الأصلية ، ليترجم بالتالي ارادة الانقضاء و ارادة الانشاء في نفس الوقت ؟

ومن المشاكل الخاصة والهامة في نفس الوقت ، تلك المتعلقة بنية التجديد Animus novandi ، وهل هي من صنع جستنيان ، أم أنها ترجع إلى عصر سابق عليه ؟ وبتعبير آخر ، هل تعتبر مجموعة النصوص المدونة في الموسوعة ، والتي تشير إلى نية التجديد ، محرفة كلها أو بعضها أم لا ؟ ثم ما هي سبل البحث عن نية التجديد في العصر العلمي ، إذا كانت تمثل أحد شروط التجديد في هذه الفترة ؟ وما هي الوظيفة الحقيقية التي كانت تؤديها نية التجديد في القانون المدني الروماني ؟ وأخيراً ، ما هي الحالات التي كان البريتور يتدخل فيها ليحول دون تطبيق قواعد القانون المدني الروماني التي كانت تقضي بازدواج الالتزام ؟

٢ - التعريف بالتجديد<sup>(١)</sup> في القانون الروماني ، وبيان أصل نشأته وتطوره :

يعرف أولبيانوس التجديد بأنه «نقل وتحويل التزام سابق إلى التزام

(١) أنظر : Bnifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli, 1950;

F. de A. Sancho Rebullida, La novacion de Las obligaciones, Barcelona, 1964; Rutsaert, Etude sur La délégation en droit privé romain, 1929; staehlin, Die Novation, ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht, 1948; Beretta, Scritti Ferrîni, =

آخر يتضمن عنصراً مختلفاً عن الالتزام الأصلي". وهذا هو ما جاء في الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ ، الفاتحة :

“ Novatio est prioris debiti, in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur”.

وكذلك يتحدث جايوس (٢) وبابينيانوس (٣) عن « نقل الالتزام translatio obligationis ». والحق أن هذا التعبير الذي استخدمه الفقهاء المشار اليهم يتسم بعدم الدقة . إذ أن محل الالتزام id quod debetur ، وليس الالتزام في ذاته هو الذي ينقل . فمن المتفق عليه بين الشراح أن وحدة المحل في الالتزامين ، القديم والجديد ، كانت من بين شروط التجديد في القانون الروماني (٤) .

ومن الناحية الاصطلاحية ، فإن التجديد “novatio” يأتي اسمه من “novus” أى جديد ، و “nova obligatio” ، أى التزام جديد . وهو الالتزام الذى يقوم بانشائه (٥) ، ليحل محل الالتزام القديم (٦)

=milan, 1,77; Pringsheim, studi Arangio-Ruiz, 1,509; Heaberlin, Z.S.S., 1957, 100; Talamanca, V. Delegazione, Enciclopedia del diritto; Feenstra, Tijdschrift, 1961, 397; Rabel, scritti Ferrini, milan, IV, 218; Giardina, studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio, milano, 1937; Marie-Auguste Gerbaut, de La novation, Nancy, 1882.

(٢) نظم جايوس : ٢ ، ١٧٦ ، ٤ ، ٤ ، ٤ ، ٢٧ ، ٣ .

(٣) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ٥ الفاتحة .

(٤) أنظر :

Ph. Meylan, La réforme justinienne de La novation, congrès intern. jurid., 1935, pp. 278—331; Cornil. causes et conséquences de l'apparition tardive de L'“animus novandi”, Mélanges P. Fournier, 1929, pp. 87 — 118.

(٥) أنظر أولبيانوس ، في الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ ، الفاتحة :

“Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione.”

(٦) نفس الموضوع من الموسوعة :

“cum praecedenti causa ita nova constituitur : ut prior perematur.”.

ولكن لا يعنى أن هناك تجديدًا في كل المرات التي يستبدل فيها التزام بآخر له نفس المحل ، كما لو حولنا الوكالة إلى قرض . فالتجديد يستوجب عقدًا شكليًا ، ونعنى به التعهد الرسمي Stipulatio . فهو لم يظهر كنظام خاص قائم بذاته ، بل نتيجة لنظام آخر هو التعهد الرسمي (٧) . فالتجديد في الحقيقة ما هو الا اجراء تعهد رسمي يتضمن ما هو مستحق من قبل . ومن ثم فانه ربما من الأوفق في القانون الرومانى أن نتحدث عن التعهد التجديدى أى التعهد الرسمي الذى يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً ليحل محله ، بدلا من الحديث عن التجديد .

ويرى البعض (٨) أنه وإن كان جوهر نظام التجديد في العصر العلمى هو استبدال التزام بآخر له نفس المحل عن طريق تصرف ارتسأى هو التعهد الرسمي ، غير أن فكرته في نهاية الجمهورية كانت تلتخص في انقضاء الالتزام عن طريق تصرف ارتسأى ، بصرف النظر عما إذا كان من المحتمل أن يؤدي هذا التصرف إلى انشاء علاقة التزامية جديدة أم لا . ويضيف هذا الفريق من الشراح أن التعهد التجديدى لم يكن يستطيع في الأصل أن يقضى الا نوعاً واحداً من الالتزامات هو الالتزام اللفظى ، بسبب مبدأ تطابق الصيغ .

ونحن نعتقد أن التجديد كان من ابتداع فقهاء الرومان . وكان يرى

---

(٧) ويذهب بعض الشراح إلى أنه وإن كان التجديد يجرى عن طريق التعهد الرسمى في أغلب الأحيان ، غير أنه يمكن أن يتم بواسطة العقد الكتابى أيضاً . ويدعم هذا الفريق رأيه على أساس ما جاء في كتاب نظم جايوس : ٣ ، ١٢٩ - ١٣٠ . أنظر بصفة خاصة :

Giffard, précis de droit romain, p. 243.:

Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, p. 396.

غير أن هذا الرأى محل نظر : أنظر في هذا الصدد :

Franco Bonifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli; 1950, p. 53.

(٨) بونيفاتشو ، المرجع المشار اليه .

في أول الأمر إلى انقضاء الالتزام من وجهة نظر القانون المدني . بمعنى أنه كان يرمى إلى أن يرتب في مجال القانون المدني نفس الأثر الذي كان يرتبه الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* ، في مجال القانون البريتوري . ونستطيع أن نربط بين هذا الأثر الانقضائي والقاعدة الرومانية القائلة بأنه لا يمكن اجراء تعهدين متعاقبين بالنسبة لنفس المحل :

“Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur.”(٩)

وأصل هذه القاعدة غامض للغاية (١٠) . وعلى أى حال فإن أبسط التفسيرات التي يمكن أن نقدمها بخصوص الأثر الانقضائي للتجديد وعلاقته بهذه القاعدة يمكن ايجازه في أن التعهد التجديدي كان يرم في البداية في أعقاب الاتفاق *pactio* الذي يتم بعد وقوع جريمة ما *ex promissio* . فالالتزام المتولد عن الجريمة ينقضى عندما يتعهد أقرباء الجاني بجانبه أو حتى بدونه بدفع الغرامة الموقعة عليه .

ولقد استبعدت هذه القاعدة القديمة *Bis de eadem re ne sit debitum* بالتدرج لأنها لم تكن عملية ، وتم التطور على النحو التالي :

١ - في بعض الحالات كان الدائن يقدر أن هناك فائدة له من الإبقاء على الدين القديم بجانب الدين الجديد الذي يلتزم به شخص آخر بجانب المدين ، لزيادة ضماناته مثلاً . والقاعدة لا تمس عندئذ ، مادام أن الدائن ما كان يستطيع أن يرفع الدعوى عن ذات الموضوع مرتين ، على المدين الأصلي وعلى المدين التبعية .

(٩) بمبينيوس ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ١٨ : ٤٥ ، ١ ، ٢٥ ، وجوليانوس ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ؛ وأنظر أيضاً جيرار ، الوجيز ، ص ٧٣١ ، فقرة ٤ .  
(١٠) أنظر :

٢ - سمح بتحويل دين سابق في التزام جديد ، شريطة أن يتم شيء من التغيير في الالتزام القديم ولكن لكي تظل القاعدة سليمة ، فان نشأة الالتزام الجديد تؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم .

٣ - وأخيراً تم استبعاد القاعدة القديمة ، مع بقاء الطرفين المتعاقدين أنفسهما ، وذلك بتطبيق فكرة جديدة هي : فكرة تفريد الالتزام من أجل سببه . وهكذا فان الشيء ذاته يمكن أن يكون مستحقاً للدائن في ذمة نفس المدين لأسباب مختلفة . ويوجد في هذه الحالة من الالتزامات المنفصلة ما يعادل أسباب الالتزامات (١١). كما تتعدد الالتزامات أيضاً عندما لا تكون لدى الطرفين نية التجديد عند ابرام التعهد الرسمي Stipulatio .

ولقد ولد التجديد في عصر كان للشكل فيه أهمية حاسمة ، كما سيلي . فن المعلوم أن نظم القانون الروماني في بدايته كان يعلو فيها الشكل على الجوهر . ولم يشذ التجديد عن هذا المبدأ العام . ففي نظر القانون الروماني في مراحل الأولى ، يعتبر الالتزام الذي يغير من شكله التزاماً مجدداً ، وما التجديد الا «تغيير» بحسب المدلول الحرفي لهذه الكلمة . والغرض الرئيسي للتعهد التجديدي ، في تقدير هذا الفقه القديم المتمسك بالأوضاع الشكلية ، هو على وجه الدقة اضافة شكل قانوني ومحدد بوضوح على علاقة ازامية . فكل التزام ، عند صبه في قالب التعهد الرسمي ، يفقد شكله الأصلي ويتدثر برداء جديد .

ويمكن أن نلقى ضوءاً أكبر على وضع التجديد هذا بمقارنته بما هو عليه الحال في التقنيات الحديثة ، حيث أن الأمر يختلف تماماً . ففي التشريعات المعاصرة ، لا يمكن أن يوجد مفهوم «التغيير» هذا للالتزام ، حيث أن الالتزامات ليس لها شكل محدد . فسواء صب الاتفاق اللفظي في محرر ،

---

(١١) أوليبانوس ، الموسوعة : ١٩ ، ١ ، ١٠ ، يولص ، الموسوعة : ٤٤ ، ١٤ ، ٢ ، ٥ ، ١٧ ، ١٥٩ .

أو ككرر الاتفاق المكتوب شفويًا ، فان الاتفاق ذاته قائم وواحد ، لأن الجوهر لا يتغير ، والشكل لا أهمية له .

فلا يمكن فهم أصل نشأة التجديد في القانون الروماني الامن خلال نظام يقرر أن في شكل العقود تكمن قوتها الالزامية . كما أنه لا يمكن تصوره بالتالى الا مع التعهد الرسمى . وليس غريباً اذن أن يلقى هذان النظامان المتلازمان نفس المصير في نفس الوقت . فلقد سقط كليهما مع البقايا الأخيرة للشكلية الرومانية القديمة في نهاية تطور القانون الروماني ، واختفيا معاً بلا عودة .

ويمكن أن نلخص النتائج التي توصلنا اليها من دراستنا لمشكلة تعريف التجديد وأصله وتطوره في عبارة وجيزة ، مميزين ما بين نهاية عصر الجمهورية ، والعصر العلمى حيث تكاملت فيه عناصر نظرية التجديد الروماني . فالتجديد في نهاية العصر الجمهورى هو عبارة عن انقضاء الالتزام عن طريق التعهد الرسمى ، سيان في ذلك أن يؤدى هذا التعهد أم لا إلى انشاء علاقة أخرى . ونعرف التجديد في العصر العلمى بأنه استبدال التزام جديد بالزام قديم ينقضى ، بواسطة تصرف ارتسأى هو التعهد الرسمى يترتب عليه نقل نفس الدين *idem debitum*

### ٣ - فوائد التجديد :

كان للتجديد أهمية كبرى في الحياة العملية الرومانية . فعن طريقه كان يمكن تعديل الالتزام ، وتحويله ، ونقله ، وتدعيمه ، وانقضاؤه . ونوجز فيما يلى مجالات استعماله .

١- غالباً ما يهدف الدائن من وراء ابرامه التعهد التجديدى ، الذى يتضمن ماهو مستحق له ، اضعاف شكل أكثر انتظاماً على دينه ، واعداد وسيلة أكثر فعالية . فطالما أن الديون الاتفاقيه مندثرة بشكلها العادى ، فانه لم يكن يحميها في غالبيتها ، سوى دعاوى حسن النية . وهى دعاوى تنظر أمام محكمين ، وليس أمام قضاة . ويفصل فيها وفقاً لمقتضيات العدالة ، وعادات التجارة ،

وليس وفقاً لأحكام القانون الدقيقة . فكان من المتعين إذن ، إذا ما أريد عرض هذه الديون أمام قضاة ، وفقاً لاجراءات المرافعات العادية ، أن تتدثر برداء التعهد الرسمي ، الذي كان مرناً لاستيعاب الانقاعات الغاية في التنوع ، وفي نفس الوقت كان محدداً بحيث أنه يتلائم مع صيغة الدعوى .

فلو فرض مثلاً أن هناك التزاماً لا يرجع أصل نشأته إلى عقد لفظي (تعهد رسمي) ، فيكفي صبه في تعهد رسمي ، وتحويله بالتالي إلى التزام لفظي لكي يتحقق التجديد . كما لو كان مصدر الدين هو عقد البيع أو الوكالة أو الشركة أو أى عقد آخر من عقود حسن النية .

فكان يكفي أن يتبادل الدائن مع المدين عبارات التعهد الرسمي المقررة : «هل تعد باعطائي ألفاً؟» "mille mihi dare spondesne" ، ويكفي أن يجيب المدين على هذا السؤال الذي وجهه اليه الدائن «نعم أعد spondeo» لكي ينفصل الدين عن مصدره الأصلي (عقد البيع مثلاً) ، ويكتسب سمات البساطة ، والثبوت ، والتحديد . وهي كلها خصائص هامة بالنسبة للميدان التجاري . فلو فرض مثلاً أن ثمن البيع ألف سيسترس ، فانه يمكن تجديد الالتزام بأدائه عندما يبرم البائع مع المشتري تعهداً رسمياً بالصيغة السالفة الذكر . ويسأل المشتري عندئذ بمقتضى التعهد *ex stipulatu* ، بعد أن كان مسئولاً على أساس عقد الشراء *ex empto* .

ويترتب على ذلك أن الدائن ، عند المطالبة بحقه ، لن يحتاج إلى أن يثبت المصدر الأصلي لدينه . فلا يهم ما إذا كان يوجد ، قبل ابرام التعهد الرسمي ، بيع أو وكالة .. الخ . فاذا ما صار المبلغ الواجب الأداء محلاً لتعهد رسمي ، فانه لم يعد يعتبر بمثابة ثمن بيع أو باقى حساب . هذه القيم التي ليست دائماً محققة ، والتي لا يمكن أن يحددها القاضى ، إذا ما ثار حولها النزاع ، الا على أساس أن يأخذ في عين الاعتبار كل الظروف المحيطة بالالتزام . فما هو مستحق ، بمقتضى التعهد الرسمي ، وهو مائة أو ألف مثلاً ، فانه مقدار مجرد ، ومن ثم ثابت . ويمكن القول بأنه إذا ما تزود الدائن بسند يثبت التعهد ، فانه يعتبر كما لو كان يحوز نقوداً ، لأن قيمة السند الذي تحت يده مؤكدة .



ويلاحظ أن هذه الحالة من حالات استعمال التجديد لم يذكرها جايوس في كتاب نظمه حينما كان بصدد سرد وظائف التجديد في القانون الروماني (١٢). ويمكن تفسير هذا النقص في تعسداد جايوس بأنه لم يكن يتصور قط اجراء التجديد الا في الحالة التي تتعلق بتعهدين رسميين متعاقبين ، ويستخدم التجديد لتحويل الالتزامات أو تغييرها فقط . غير أنه إذا مافتحنا الموسوعة أو كتاب النظم لجستينيان ، فاننا نجد أمثلة لتحقق التجديد بدون حدوث تغيير في شخص الدائن أو المدين ، أو في أوصاف الالتزام . وما هذا المحال الأول من مجالات استعمال التجديد الذي قمنا بشرحه الا دليل قاطع على أن تعداد جايوس لم يكن كاملا . فالدائن يرمى من وراء التجديد في هذا الفرض أن يغير من طبيعة العقد الذي نشأ عنه الالتزام الأول ، وذلك بتحويل عقد من عقود حسن النية إلى عقد من عقود القانون الضيق ، بغية التضييق من سلطات القاضي في تقدير العلاقات القائمة بين الطرفين .

٢ - وكان التجديد يستخدم في بعض الأحيان ، ليس من أجل اعداد الاجراءات الكفيلة بمطالبة المدين بالوفاء بالطريق القضائي كما هو الحال في الفرض السابق ، بل على العكس ، بغية إعداد وسيلة فعالة لبراء ذمته من الدين . فهو يرمى هنا إلى تحقيق الابراء اللفظي *acceptilatio* (١٣) بالنسبة لالزام لم يكن قد نشأ في الصورة اللفظية *Verbis* . فبمقتضى قاعدة توافق الصيغ ، كان يتعين حدوث تطابق بين الشكل الذي ينشأ فيه الالتزام وشكل انقضائه . وهكذا تطابق صيغة التعهد الرسمي الذي ينشأ الالتزام : « هل تعد باعطاء مائة ؟ *centum spondesne* » ، « نعم أعد *spondeo* . » الابراء اللفظي : « هل قبضت المائة ؟ *centum habesne* » ، « نعم قبضتها . *accepta habeo* » . فكان من الضروري ، لكي يكون التناسق كاملا ، ألا تطبق كل صيغة ابراء الا على الالتزامات

(١٢) نظم جايوس : ١٧٦،٣ - ١٧٧ .

(١٣) أنظر : الدكتور صوفي حسن أبو طالب ، أبحاث في مبدأ سلطان الادارة في

القانون الروماني ، ١٩٦٤ ، ص ٥٥ .

الناشئة عن طريق الصيغة المعادلة . وهكذا لم يكن من الممكن أن يسرى  
الابراء اللفظى على الالتزام المتولد عن القرض أو البيع .

هذا ويلاحظ أن الابراء اللفظى كان يحاكي التعهد الرسمى ليس فقط  
من حيث الشكل ، بل وكذلك من حيث الآثار . وله نفس القوة لقضاء  
الدين مماثلة لقوة التعهد فى انشاء هذا الدين . فهو كان ، مثل التعهد الرسمى  
مستقل ، عن سببه الأسمى . فمن المحتمل أن الدائن ، عندما كان يقول "نعم  
قبضت المائة . acceptum habeo" ، كان قد استوفى فعلا دينه من قبل ،  
أو أن يكون قد ارتضى بما يعادله من عوض ، ومن المحتمل أخيراً أن  
يكون قد أخطأ فى اعتقاده بأنه قد حصل على الوفاء بينما هو فى الحقيقة  
لم يحصل على أى شىء . فأياً كان الوضع ، فإنه قد نطق بالصيغة المقررة .  
وهذه الصيغة ، بذاتها ، تبرئ المدين . فالابراء اللفظى كان مفيداً اذن حتى  
بالنسبة للمدين الذى قام فعلا بالوفاء ، لأنه كان يعفيه من اثبات هذا الوفاء .  
فكما أن التعهد الرسمى كان مفيداً للدائن لتدعيم دينه ، فان الابراء اللفظى  
كان نافعاً للمدين الذى قد أبرئت ذمته لتقرير إبرائه .

وفى عبارة موجزة ، فان الابراء اللفظى هو المخالصة الحقيقية والارتسامية  
التي كان يحتاج إليها كل مدين . ولما كان ذلك غير ممكن الا بالنسبة للالتزامات  
اللفظية ، مادام أن الصيغة اللفظية لا يمكن أن تقضى الا بالالتزامات اللفظية ،  
فان كل من يلتزم عن طريق القرض أو الشراء .. الخ ، ما كان يستطيع  
الحصول على مخالصة رسمية ، مهما كان محتاجاً إليها . والتجديد هو الذى  
يقدم للمدين فى مثل هذه الحالات ، الوسيلة الناجعة ، لأنه يحول الديون  
على اختلاف أنواعها إلى ديون لفظية ، ويجعل بالتالى كل دين قابلاً للابراء  
اللفظى .

٣ - وكان التعهد التجديدى يحقق ، فى ظل القانون الرومانى القديم ،  
فائدة ثالثة ، يمكن أن نشير إليها سريعاً . فجايوس يذكر حالة اضافة كفيل

sponsor أو حذفه (١٤) من بين حالات استعمال التجديد . والالتزام اللفظي هو وحده ، في القانون القديم ، الذي كان يمكن أن يكون محلاً للكفالة . إذ أن الكفالة ما كان من المستطاع أن تتحقق الا بواسطة صيغة لفظية : " هل تعد بنفس الشيء ؟ idem spondesne " ، " نعم أعد . spondeo " ؛ " هل تضمن نفس الشيء ؟ idem Fidepromittesne " ، " نعم أضمن . Fidepromitto " . ويتعين أن تكون لهذه الصيغة ، صيغة أخرى ملائمة ، وهي صيغة العقد الرئيسي . والكفالة تماثل الإبراء اللفظي في هذا الخصوص . وهكذا فإنه يلجأ الأشكال التقليدية للعقد اللفظي على الالتزام ، يصبح الالتزام قابلاً للضمان بطريق الكفالة .

ولن نقف عند هذه النقطة أكثر من ذلك ، لأنه قد أدخلت أشكال جديدة للكفالة منذ زمن جايوس ، واختفت بصفة كاملة تقريباً هذه الوظيفة التي كان التجديد يقوم بها .

ويمكن تلخيص هذه الوظائف الثلاث للتجديد في عبارة واحدة : يرمى التجديد إلى اضافة صفات وامتيازات الالتزام اللفظي على الالتزامات غير اللفظية . ومع ذلك ، فإن الالتزامات اللفظية ذاتها غالباً ما تحتاج إلى التجديد . وسنقوم الآن باستعراض أربع حالات أخرى لاستعمال التجديد ، حيث يمتد فيها ويعمم على سائر الالتزامات ، لفظية كانت أم لا .

٤ - فالتجديد هو الوسيلة التي يلجأ إليها عندما يراد ادخال تعديل بتغيير وصف من أوصافه . إذ أن الالتزام يمكن أن يقبل أوصافاً مختلفة . فهو يمكن أن يكون مضافاً إلى أجل ، أو معلقاً على شرط ، أو بسيطاً بلا قيد أو شرط . ولكن يتعين ، إذا ما نشأ مقترناً بوصف من هذه الأوصاف أن يحتفظ به حتى نهايته ، لأن قانون العقد الذي أنشأه على هذه الصورة ،

---

(١٤) ولقد كان هذا هو رأى السابينيين ، بينما كان البروكيليون يرفضون الطابع التجديدي عند ضم الكفيل أو حذفه .

لا يمكن أن يلغى الا عن طريق قانون مساوله في القوة ، أى عن طريق إبرام عقد جديد . هذه هي القاعدة الرومانية التى حاول الفقه التخفيف من حداثها تدريجياً ، ولكن دون أن يلغىها أبداً .

ولعدم مخالفة هذه القاعدة ، كان يستخدم التجديد لادخال التعديل المطلوب فى الالتزام . فلو رغب المقرض مثلاً فى تغيير أجل الوفاء بالقرض بعد إبرامه باختصار مدته أو اطالتها، أو رغب فى أن يجعل قرضه المضاف إلى أجل ينقلب إلى قرض بسيط بالغاء الأجل ، فانه يبرم تعهداً رسمياً يضمه المبلغ الذى أقرضه مع اضافة التعديل المطلوب . وهكذا فان الدائن يكون قد قام باجراء تجديد عن طريق تغيير الأجل أو الغائه . ويصبح الدين مضافاً إلى الأجل الجديد أو فورياً لأن مصدره لم يعد هو عقد القرض بل العقد اللفظى . ويقال نفس الشيء فى الفرض العكسى ، بأن أبرم الدائن تعهداً رسمياً، اشترط فيه لأجل ما كان يجب الوفاء له به فوراً (١٥) .

وما يهم ملاحظته هنا أن الأجل المضاف اليه الالتزام القديم أو الالتزام الجديد لا يتأثر به التجديد ذاته : فالتجديد لا يضاف أبداً إلى أجل ، فهو دائماً حال . فالالتزام ينشأ عنه فوراً ، رغم أن استحقاق هذا الالتزام وتنفيذه قد يكون مؤجلاً .

وبجانب الأجل، يوجد وصف آخر وهو الشرط . ومن أمثلة هذا الفرض أنه بعد أن يبرم المتعهد تعهداً رسمياً يلتزم فيه بالالتزام بسيط بإعطاء العبد ستيكوس *dare stichum pure* ، يستبدله بعهد آخر بإعطاء العبد ستيكوس معلقاً على شرط *dare stichum sub condicione* . والتجديد يتحقق هنا أيضاً، سواء أضيف الشرط ، أو الغى ، أو استبدل بشرط آخر . غير أن هناك خلافاً ما بين الشرط والأجل فيما يتعلق بمدى تأثير التجديد بكل منهما . فبينما هو لا يتأثر بالأجل ، فانه على العكس يتأثر بالشرط . إذ أن الشرط يعلق وجود الالتزام ذاته وليس مجرد استحقاقه . ومن المعلوم أنه لكى يتحقق التجديد يتعين وجود التزمين ، الالتزام الذى ينقضى والالتزام الذى يحل محله . لكن

(١٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٧ .

الشرط يجعل أحدهما غير محقق ، وبالتالي فإن التجديد يكون غير محقق نتيجة لذلك . ولقد كان الفقيه الروماني سرفيوس سولبيسيوس Servius Sulpicius يذهب إلى أنه في حالة اضافة شرط إلى التزام بسيط ، فإن التجديد يتم فقط عند تحقق الشرط . وهذا هو الحل الذي رجح . أما في الحالة العكسية ، أى عند الغاء الشرط المعلق عليه الالتزام القديم ، فإن الأثر التجديدي يكون فورياً (١٦) .

٥ - وكان التجديد يلجأ إليه لحوالة الحق (١٧) أو الدين ، عندما يراد تغيير شخص الدائن أو المدين . ذلك أن العقوبات التي كانت تعترض سبيل ادخال تعديلات في الالتزام ، كانت تحول دون حوالة . فكل التزام ، من حيث المبدأ ، ثابت لا يتحرك ، مثلما لا يقبل التعديل ، لأنه ما هو سوى علاقة بين شخصين محددتين ، ولا يستطيع أى منهما أن يتنازل عن مكانه لشخص آخر بدون أن تقطع العلاقة الأولى ويحل محلها علاقة وعقد جديدان . فنحن نجد أنفسنا اذن ازاء نفس الصعوبة التي كانت تقف في طريقنا منذ قليل . وهب التجديد هنا أيضاً لمساعدتنا . فلو فرض مثلاً أني أقرضت زيداً من الناس مبلغاً من النقود ، وأريد أن تكون دائته بدلا مني ، فانك تبرم معه ، بناء على أمرى ، تعهداً رسمياً محله «مبلغ النقود الذي في ذمته لى» ، ويصبح هو في الحال مديناً لك وليس لى . ونكون بذلك قد توصلنا إلى نفس النتيجة التي كانت من الممكن أن تتحقق إذا ما كنت قد حولت حقى لك . فلو نظر إلى الأمر من حيث النتيجة ، فانه يتعين القول بأن حوالة الحق قد تمت . وهكذا كان ممكن ، بفضل التجديد ، أن تتداول الحقوق من يد إلى يد ، ومن مكان إلى مكان . فيمكن بيعها ، ومقايضتها ، واعطاؤها على سبيل الدوطة أو الوفاء أو الرهن .

(١٦) أنظر ، فيما يتعلق بالاشكالات التي يثيرها التجديد المعلق على شرط :

Koschaker, Bedingte Novation und Pactum, in Fest. Hanusek, 118 ss; Kaden, Ein Beitrag zur jehre der bedingte novation, in z.s.s., 44, 1924 pp. 164 ss; Cuq, Inst., p.923.

(١٧) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٥ .

ومهما يكن من أمر تنوع هذه الحالات المختلفة لحوالة الحق موضوعياً ،  
غيز أن شكلها دائماً واحداً ، وهو الشكل الخاص بالتجديد .

ويقال نفس الشيء بالنسبة لتغيير المدين . فإذا ما أجرى دائنك تعهداً  
رسمياً معي ، مشروطاً علىّ فيه « ما عليك له » ، فإن الدين ينتقل من ذمتك  
إلى ذمتي ، ويتحقق التجديد بتغيير المدين (١٨) .

٦ - ويمكن ، عن طريق التجديد ، أن تنفادى ، في حدود معينة ،  
القاعدة التي تستبعد النيابة في مجال الديون وتحول دون أن يصبح شخص  
ما دائماً أو مديناً عن طريق وكيل . وهذه القاعدة التي أملاها نظام الشكلية  
الدقيق ، كانت تمثل في الحياة العملية عقبة وخطراً ، مثلها في ذلك مثل  
القواعد السابقة . ولتفاديها كان يبرم الموكل تعهداً تجديدياً مقدماً مع من  
سيتعاقد معه الوكيل . ومن ثم يتحول الحق أو الدين الذي يتعاقد عليه  
الوكيل من ذمته إلى ذمة الموكل بواسطة التجديد المسبق .

وهكذا فإن هذا النوع من التجديد المسبق يتفادى كل أخطار الوكالة  
في القانون الروماني . ويجعلها تشبه الوكالة في القانون الحديث ، والتي تقضى  
بأن التعهدات والوعود التي يجريها الوكيل لا أثر لها إلا بالنسبة للموكل .  
كما أن التعهد التجديدي يسهل الوكالة بطريقة أخرى . فلو فرض أن الموكل  
يريد أن يمنح وكيله سلطة التصرف في دين له ، فإن أحسن وسيلة كانت  
تكمُن في السماح للوكيل بأن يبرم مع مدين الموكل تعهداً يلتزم فيه هذا الأخير  
باعطاء الدين للوكيل .

٧ - وأخيراً فإن التجديد يمكن أن يستخدم في سبيل تصفية الدين  
وتحديد مقداره . فمن يبرم تعهداً رسمياً يشترط فيه تعويضات مثلاً ، فإنه  
يمكنه تجديد دينه باشتراك مبلغ محدد بدلا منه . ومن يشترط شيئاً ما ، يمكنه  
تجديد دينه باشتراك قيمة هذا الشيء مكانه .

(١٨) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ .

#### ٤ - شروط التجديد :

أوجز جايوس شروط التجديد وآثاره معاً في سطور قليلة تضمنها كتابه النظم . فهو يقول لنا أنه يوجد تجديد «إذا اشترطت على تيتوس مثلاً بأن يقوم باعطائي ما يتعين عليك دفعه لي ؛ لأنه بتدخل شخص جديد ينشأ التزام جديد . ويختفى الالتزام الأول لينتقل في طيات الالتزام الثاني (١٩)» .

فن حين شروط التجديد ، فان جايوس يعلن أن التجديد يتحقق « إذا اشترطت على شخص جديد بالقيام بأداء ما يتعين عليك دفعه لي» . فنحن نلاحظ هنا ثلاثة شروط على الأقل متميزة :

١ - «إذا اشترطت» ، فيتعين ابرام تعهد رسمي stipulatio ؛

٢ - «إذا اشترطت على شخص جديد» ، فيجب أن يوجه هذا التعهد الرسمي إلى مدين جديد ، أو بطريقة أكثر شمولاً ، كما حرص جايوس على ابرازها في الشرط التالي من النص ، يتعين أن يحتوى التعهد الرسمي على شيء ما جديد ؛

٣ - «إذا اشترطت ما عليك لي» ، فيجب أن يكون موضوع هذا التعهد نفس الشيء المستحق من قبل .

تلك هي الشروط الثلاثة التي يسود الاتفاق بين الشراح على أن جايوس كان يقتضيها . وهو يضيف إلى هذا المثال الأول أمثلة أخرى (٢٠) . وإذا ما القينا نظرة على كل هذه الأمثلة مهما اختلفت ، فاننا نلاحظ دائماً وجود هذه الشروط الثلاثة المتفق عليها . بيد أن الخلاف يظهر بين الشراح فيما يتعلق بشرط رابع ، وهو نية التجديد animus novandi . فالبعض يرى أنه غريب على النظرية الأصلية للتجديد . والبعض الآخر يرى أنه من ابتداع جستينيان . وهناك فريق ثالث يعتبره من بين شروط التجديد

(١٩) جايوس : ٣ ، ١٧٧ .

(٢٠) جايوس : ٣ ، ١٧٦ - ١٧٩ .

في العصر العلمي . وازاء هذا الخلاف في الرأي ، ونظراً لأن المعركة مازالت محتدمة حول هذا الموضوع ، وجدنا أنه من المناسب أن نفرّد له حيزاً كبيراً لحد ما في بحثنا لنوضح فيه موقفنا منه مدعماً بتحليل شامل للكثير من النصوص .

أما بالنسبة للشروط الثلاثة المستقر عليها الرأي ، فاننا لا نجد أى محل للوقوف عندها طويلاً في هذا البحث المتخصص ، إذ من السهل الامام بها بمجرد الرجوع إلى الغالبية العظمى من أمهات كتب القانون الروماني .

ولذلك فان عرضنا لها سيكون من قبيل التذكرة بها ، ولن يتركز اهتمامنا بصدها الا على ما قد تثيره من أفكار محل خلاف بين الشراح .

هذا ويلاحظ أن من بين هذه الشروط الثلاثة ، يوجد شرطان بينهما ارتباط وثيق . فاذا كان كل تجديد يتطلب تعهداً صحيحاً ، فانه يقتضى بناء على هذا الشرط ذاته أن يحتوى على عنصر جديد . فلو فرضنا أن التعهد الرسمي لا يتضمن أى شيء جديد ، وأنه مجرد تكرار لتعهد سابق ، اعتبر مثل هذا التعهد ، ولهذا السبب ذاته ، غير مفيد وباطل .

وإذا كنا نجد في كل تجديد عنصراً يتغير ، فان هناك عنصراً يبقى . لأن التجديد ، كما سبق أن قلنا هو تغيير لالتزام سابق . وهذا هو الشرط الثالث الذي يتطلبه جايوس : فكل تجديد عبارة عن تعهد بدين *stipulatio debiti* ، ومحلّه بالضرورة شيء واجب الأداء من قبل .

#### ٥ - الشرط الأول : التعهد الرسمي *stipulatio* (٢١)

سبق القول بأن التجديد يقوم بتأدية وظائف غاية في التنوع . بيد أنه أياً كان الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه ، فان شكله كان واحداً لا يتغير ، وهو الصيغة الارتسامية للعقد الشفوي أى التعهد الرسمي . ولكي نفهم استعمال

(٢١) أنظر الدراسة المستفيضة للتعهد الرسمي في مؤلفنا « موجز نظرية الالتزام في القانون الروماني » ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ص ٥٦ - ٧٣ .



التعهد في هذا المجال الخاص ، نجد أنه من الضروري تقديم بعض الملاحظات العامة عن التعهد الرسمي .

في روما ، كان التعهد الرسمي أكثر العقود استعمالاً في التجارة وفي علاقات الحياة المدنية ، وذلك بسبب طابعه التجريدي الذي جعل منه أداة سهلة وقيمة . فالتعهد الرسمي كان عقداً شفوياً ومجرداً عن سببه ، يلتزم فيه شخص ( ويسمى بالمتعهد أو الواعد ) بموجب عبارته ، بما عرضه عليه شخص آخر ( يعرف باسم الموجب أو طالب التعهد ) الذي يسأله إذا كان يعد بالقيام بعمل من الأعمال . فصيغة التعهد اذن عبارة عن تبادل عبارات معينة بين الدائن والمدين أو حوار محدد بينهما . فالدائن يسأل مدينه : " هل تعد ؟ spondes " ، فيجيب المتعهد عن ذلك بأن يستعمل بدوره الفعل ذاته " نعم أعد spondeo " . فكان يتعين أن يستعمل فعل " spondere " أى يعد " في عبارة كل من العاقدين . ثم حدث تطور في هذا المجال ، وجاز استعمال أفعال أخرى تدل على نفس المعنى . ومن ذلك فعل " يعطى dare " وفعل " يعطى promittere " . وهكذا انتهى الأمر بجواز أن تكون صيغة السؤال كما يأتي : " أفسطعطي ؟ dabis " ، أو " هل تعطى كلمة ؟ promittis " ، ويجيب المتعهد على الترتيب : " نعم سأعطي dabo " ، أو " نعم سأعطي كلمة promitto " .

ولقد استلزم القانون الروماني شرط الشفوية في التعهد الرسمي حتى نهاية العصر العلمي . أما في عصر الامبراطورية السفلى ، فلقد تقررت صحة انعقاد التعهد بأية عبارة Quibuscumque verbis يستفاد منها رضاء المتعاقدين ، وذلك بمقتضى قانون أصدره الامبراطور ليون في عام ٤٧٢ م . ولقد أخذ الامبراطور جستينيان بهذا القانون القاضي بتغليب المعاني على الألفاظ ، والاكتفاء بوجود اتفاق بين الطرفين يدل على تراضيهما ، أيا كانت العبارات المستعملة ، وأصبح رضاء الطرفين الشرط الأساسي لانعقاد التعهد . وكانت تتضمنه في العادة وثيقة مكتوبة ، الا أن ذلك ليس شرطاً ضرورياً .

ومن ثم صار التعهد يختلف عن العقد الرضائي من ناحية واحدة ، وهي أن العقد الرضائي يمكن انعقاده في بعض الأحيان ضمناً ، وهذا غير جائز بالنسبة للتعهد . صحيح أن التعهد لم يعد يتطلب النطق بالفاظ معينة ، إلا أنه لا يمكن انعقاده دون الاعلان الصريح عن الارادة أياً كان شكله . ويتربط على ذلك أنه قد أصبح من الممكن تسمية كل اتفاق تعهداً stipulatio . وقضى بذلك على نموذجية العقد في القانون الروماني . وفي الواقع أن التعهد صار هو العقد الروماني بوجه عام ، وهو الأصل التاريخي للعقد في عصرنا الحاضر .

أما من حيث نطاق تطبيق التعهد الرسمي ، فلقد كان واسعاً جداً ، وتنوع مضمونه تنوعاً كبيراً . ولقد كان التعهد الرسمي يعتبر قالباً عاماً تفرغ فيه سائر أنواع المعاملات ، سواء في مجال المعاوضات أو التبرعات . فإذا ما أريد تزويد الاتفاق ، أياً كان نوعه بدعوى من دعاوى القانون وجعله ملزماً ، فانه كان يكفي الباسه رداء التعهد . بل ولقد كان كثيراً ما يلجأ الأفراد إلى الباس عقد موجود من قبل شكل التعهد للاستفادة من الطبيعة التي تتميز بها الدعوى الناشئة عن التعهد . فالتعهد كان يستخدم في هذه الحالة الأخيرة لتغيير طبيعة عقد موجود من قبل وتحويله إلى عقد من عقود القانون الضيق . ومن المعلوم أن القاضى لا يتمتع بسلطة التقدير فيما يتعلق بالتزامات القانون الضيق وبالتالي لا يستطيع أن يفسرها تفسيراً واسعاً لمصلحة المدين . وهكذا يتأكد كل من المتعاقدين من أن التزاماتهم ستنفذ كما هي دون تغيير فيها .

ولقد سبق القول أن هذه هي الحالة الأخيرة من بين الحالات العديدة لاستعمال التجديد . فالدائن يقوم بإبرام تعهد رسمي يتضمن ما هو مستحق له نتيجة أحد مصادر الالتزام الأخرى ، ونقول أنه «جدد» دينه أى أنه انقضى في سبيل الحصول على دين جديد : فالدائن عندما يقوم بمقاضاة مدينه ، فان التعهد الرسمي هو الذى سيمثل نقطة بداية له . ولن يرجع إلى ما تم قبل ابرامه ، ما دام أن التعهد الرسمي يكفي في ذاته ، وهو مستقل

عن كل ما سبقه . وحق الدائن الذى كان قائماً قبل التعهد يصبح اذن لا طائل تحته من وجهة نظر القانون الشكلى والضيق . والحق الذى يصبح لا جدوى منه يعد غير موجود .

هذا ، والتعهد الرسمى الذى يبرم من أجل التجديد يطلق عليه اسم التعهد التجديدى ، كما أوضحنا من قبل . وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام القديم . وفى تقدير البعض ، أنه تتعين الإشارة فى التعهد التجديدى إلى الالتزام الأول بدقة ، كما فى الأمثلة الآتية :

— هل تعد باعطاء المائة آس المستحقة عليك عن طريق القرض ؟

Centum sestertios quos mutuos tibi debi dari spondes?

— هل تعد باعطاء المائة آس التى يتعين على تيتيوس الوفاء بها لى ؟

Centum sestertios quos L. Titius mihi debet dari spondes?

— هل تعد باعطائى المائة آس التى تعهد سيوس بها لك ؟

Centum sestertios quos C. Seius a te stipulatus est mihi dari spondes?

وسوف نناقش مدى صحة هذا الرأى فيما بعد .

ويسرى التجديد على كل أنواع الالتزامات ، عدا تلك الناشئة عن الجريمة . ويجوز أن يكون الالتزام الأول ناقصاً وحتى طبيعياً . كما يجوز تجديد الالتزام الناشئ عن الوصية ببعض المال فى صورة الأمر والالتزام *legatum per damnationem* . بيد أنه يشترط أن يكون الالتزام الأول صحيحاً لكى يتحقق التجديد .

وفما يتعلق بنشأة الالتزام الجديد *Nova obligatio* فإنه يتولد عن التعهد الرسمى كما سبق القول . ولايهم ما إذا كان من الممكن أن يشل عن طريق الدفع (٢٢) لو قام القاصر مثلاً بإبرام تعهد رسمى ليحل محل المدين القديم

(٢٢) أنظر بولص فى الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ٩١ .

expromissio ، بدون اذن الوصى sine tutoris auctoritate مخالفاً بذلك قرار مجلس الشيوخ المقدوني (٢٣) ، أو أبرمت امرأة تعهداً رسمياً تلزم فيه بالوفاء بدين الغير intercessio على نقيض قرار مجلس الشيوخ الفيلىنى sc. Velléin (٢٤). أما إذا لم يكن يوجد سوى مجرد أمل spes debitum iri كما هو الشأن فى الالتزام المعلق على شرط ، فإن التجديد لا يتحقق الا عند تحقق الشرط .

ولقد كان الفقيه سرفيوس سيلبيسيوس أقل تشدداً : فكان يكتفى ، لا نقضاء الالتزام الأول ، بتعهد رسمى صحيح من حيث الشكل ، حتى ولو لم يكن الالتزام تاماً (الزام معلق على شرط) أو كان باطلا (استبدال المدين expromissio الذى يتم بواسطة عبد) . ولم يكتب لهذا رأى الغلبة (٢٥) .

والسؤال الآن هو : هل يمكن أن يتحقق التجديد عن طريق عمل قانونى آخر غير التعهد الرسمى stipulatio ، مثل العقد الكتابى المسمى Nomen transscripticium ، أو مشاركة التجديد Constitutum والاشهاد على الخصومة litis contestatio .

٦ - (أ) ففما يتعلق بالعقد الكتابى المسمى Nomen transscripticium أو expensilatio (٢٦) ، من المعلوم أن رب الأسرة الرومانى اعتاد ، منذ نهاية العصر الجمهورى ، على كتابة تصرفاته . فكان يقوم بمسك دفتر حساب

(٢٣) أنظر بمينيوس فى الموسوعة : ١٤ ، ٦ ، ٢٠ .

(٢٤) أنظر أوليانوس فى الموسوعة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ١١ .

(٢٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

(٢٦) أنظر كل ما يتعلق بموضوع العقود الكتابية contractus Litteris بصفة عامة ، والعقد الكتابى المسمى expensilatio فى مؤلفنا « موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى » . ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ص ٧٤ وما بعدها .

يثبت فيه الحالة المالية للأسرة ، ببيان كل العمليات القانونية التي يباشرها والتي تؤثر في الجانب الايجابي أو السلبي لذمته المالية . ذلك أنه كان يقيد ملخصاً لهذه العمليات كل يوم في دفتر يعرف باسم *adversaria* أى دفتر اليومية :

وفي نهاية كل شهر ، كان يقوم بنقل العمليات القانونية المختلفة التي أجراها طيلة الشهر والتي دونها في دفتر اليومية ، فيما يسمى بدفتر الخزانة *Codex accepti et expensi* . وهو يعتبر بمثابة سجل للإيرادات والمصروفات الشهرية . وكان عبارة عن مجموعة من الصفحات التي تقسم كل منها إلى عمودين متقابلين أحدهما للإيراد *accepta* يقيد فيه المبالغ التي تدخل ذمة رب الأسرة ، والآخر للمنصرف *expensa* يقيد فيه المبالغ التي تخرج من ذمته ، ومنه اشتقت كلمة *expensilatio* التي تطلق على العقد الكتابي موضوع البحث .

وكان هناك نوعان من القيود الواردة في دفتر الخزانة :

النوع الأول ، وهو المعروف باسم *nomina arcaria* أى بيانات الخزانة . وهو يقتصر على بيان العمليات التي تمت فعلاً مثال ذلك : « استلمت مائة آس من تيتيوس » ، أو « أعطيت مائة آس إلى تيتيوس بمقتضى عقد البيع » . فهو لا يتعلق بعمليات منشئة للالتزام ، بل يقتصر على مجرد اثبات التزامات لا تنشأ عن القيد الوارد بالدفتر بل ترجع إلى مصادر أخرى .

والنوع الثاني المسمى *nomina transscripticia* ، وهو الذي تتولد عنه الالتزامات . فهو يتعلق بمجموعة من الأحوال التي تنشأ فيها التزامات عن العبارات المدونة *nomina transscripticia* أى التزامات كتابية . ويقتصر أثر الكتابة في هذه الأحوال على مجرد استبدال التزام بآخر . فهي لا تنشئ الالتزامات بداءة ، أى التزامات لم تكن موجودة من قبل *ex nihilo* . بل تهدف إلى احداث استبدال في الالتزام القائم فعلاً بتغيير صفته .

وهذا النوع الثاني من القيود هو الذى يهمننا فى مجال التجديد . وله صورتان :

وتسمى الصورة الأولى *transcriptio a persona in personam* أى النقل من شخص إلى شخص . فهى عبارة عن تغيير فى أشخاص العملية القانونية ، وذلك باستبدال الدائن أو المدين . فلو فرض أن الأمر يتعلق بتجديد الدين بتغيير شخص الدائن ، ومثال ذلك : أن رب الأسرة «أ» دائن لشخص «ب» بمائة آس ، وأن «ب» دائن بدوره لشخص آخر «ج» بنفس القيمة . وجد الرومان فى هذه الحالة أنه يمكن تفادى حركة غير مفيدة للنقود ، وذلك بالالتجاء إلى عمل قانونى يعرف فى الوقت الحاضر باسم الانابة . وعلى ذلك فإن «ب» ، وهو مدين «أ» ودائن «ج» يصدر أمراً إلى مدينه «ج» بدفع المائة آس إلى دائنة «أ» . ومجرد تدوين عبارة فى دفتر المناب لديه «أ» ( وهو الشخص الذى يستفيد من الأمر الذى يصدره «ب» ، وهو المنيب ، إلى «ج» وهو المناب ) ، إذا ما استخدمنا اللغة القانونية الحديثة ، يودى إلى انعقاد العقد الكتابى . فاذا ما رصد رب الأسرة «أ» فى عامود الإيراد *accepta* بدفتر حسابه ، المبلغ على أنه قد دفعه إليه مدينه «ب» ( وهذا قيد صورى يهدف إلى ابراء ذمة «ب» من الدين ) ، ثم رصد فى عامود المنصرف *expensa* نفس المبلغ على أنه قد دفعه إلى مدين مدينه ، وهو «ج» ، فإن مجرد هذا القيد الكتابى يجعل «ج» مديناً لرب الأسرة «أ» بدلا من مدينه «ب» .

ولا شك أن كلا من الطرفين الآخرين ، وهما «ب» و «ج» يثبت بدوره فى دفتر حسابه عبارات مقابلة للعبارات الواردة فى دفتر الطرف الأول «أ» . وهكذا عن طريق الكتابة ، ينشأ عقد كتابى ، ويتولد عنه التزامات . وتغيير العلاقات القانونية الموجودة من قبل ، مادام أن التزاماً ينقضى ، وهو الالتزام الموجود فى ذمة الطرف الثانى «ب» وأن التزاماً آخر ينشأ فى ذمة الطرف الثالث «ج» الذى يصبح مديناً للطرف الأول «أ» .

هذا عن الصورة الأولى للعقد الكتابى المسماة «النقل من شخص إلى شخص»  
"Nomina transcripticia a persona in personam"

transcriptio are in « نقل الأداء » والمسماة « نقل الأداء »  
 personam ، فهي تتضمن احداث تغيير ، لا في شخص المتعاقدين ،  
 بل في العلاقة القانونية . فتحول إلى التزام كتابي التزاماً موجوداً من قبل ،  
 ولكن كانت له طبيعة أخرى . فلو فرض مثلاً أن الطرف الأول primus باع  
 عبداً إلى الطرف الثاني secundus ، فان الطرف الثاني يلتزم بمقتضى  
 عقد البيع بدفع الثمن . وهذا الالتزام يعتبر من التزامات حسن النية ، لأن  
 البيع من عقود حسن النية . ورغبة في اصفاء المزيد من الضمانات على دينه ،  
 فان الطرف الأول يسعى إلى أن يكون دائماً بمقتضى عقد من عقود القانون  
 الضيق . ومما لا شك فيه أنه يستطيع أن يلجأ ، في سبيل ذلك ، إلى التعهد  
 الرسمي ، حيث أن احدى الحالات التي يستخدم فيها هذا التصرف القانوني  
 هي ، كما سبق أن بينا ، ادخال التزام موجود من قبل في عداد التزامات  
 القانون الضيق . بيد أن استخدام التعهد الرسمي ليس في الامكان دائماً ،  
 كما لو لم يوجد الطرفان في نفس المكان ، ولا يستطيع أحدهما أن يقابل  
 الآخر . فالأصل أن التعهد الرسمي غير ممكن حينئذ كقاعدة عامة .

ومن ثم يتعين الالتجاء إلى الوسيلة التي يقدمها العقد الكتابي ، وهي  
 الكتابة في الدفتر . فيكتب الطرف الأول في عامود الايراد من دفتر الخزانة :  
 « المدفوع من الطرف الثاني مائة بمقتضى البيع acceptum a secundo  
 centum ex vendito . وهذا قيد صوري ما دام أنه لم يقبض المائة آس  
 حقيقة . ولكن يترتب عليه انقضاء الدين الموجود في ذمة الطرف الثاني  
 بسبب البيع . ثم أنه لكي ينشئ الطرف الأول التزاماً كتابياً نتيجة للقيد ،  
 فانه يكتب في عامود المنصرف « المدفوع إلى الطرف الثاني مائة  
 expensum a secundo centum

وهكذا يجد الطرف الثاني ذمته مبرأة من الالتزام الناشئ عن عقد البيع ،  
 وهو من التزامات حسن النية ، ولكن يقع على عاتقه التزام آخر تولد من  
 الكتابة في الدفتر وحل محل الالتزام القديم ، وهو من التزامات القانون الضيق .

وغنى عن البيان أن الطرف الثاني يقوم من ناحيته بالإشارة في خانة الأيراد من دفتره أنه تسلم مائة آس من الطرف الأول : *acceptum a primo centum* ، بعد كتابته في خانة المنصرف هو أيضاً أنه دفع مائة إلى الطرف الأول بسبب البيع . وهذا القيد بدوره صوري ، ولكن بمقابلته بقيد الدائن ينقضى الالتزام الناشئ عن عقد البيع .

ويبين من كل ما تقدم أن العقد الكتابي المسمى *nomen transscriptum* أو *expensilatio* يحقق نفس الآثار التي يرتبها التجديد ويؤدى إلى نفس النتيجة . بيد أنه لا يمثل تجديداً *novatio* بالمعنى الدقيق (٢٧) لأنه ليس له خصائصه أو هيكله الفني ، وسيان في ذلك ثم العقد الكتابي في صورة نقل الأداء *a re in personam* أو في صورة النقل من شخص إلى شخص *a persona in personam* . وهذا مفهوم مادام أن العقد الكتابي المذكور كان وليد حياة عملية سابقة على النظام الذي اتخذته التجديد في العصر العلمي . ففي تقديرنا إذن أن التجديد الروماني كان لا يتحقق إلا عن طريق التعهد الرسمي (٢٨) .

٧ - (ب) وبخصوص مشاركة التجديد *pactum de pecunia constitutum* ، فإنها كانت تدخل في عداد الاتفاقات البريتورية ، وهي الاتفاقات التي حماها البريتور بدعوى واقعية (٢٩) .

(٢٧) أنظر :

P. Gide, Etudes sur la novation et le transport des creances, p. 216.

وأنظر رأياً مخالفاً لذلك :

E. Cuq, manuel des institutions juridiques des Romains, p. 616.

(٢٨) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ ، وما بعدها .

(٢٩) أنظر تفصيل هذا الموضوع في مؤلفنا : موجز نظرية الالتزام في القانون الروماني

ص ١٨٩ وما بعدها .



ولقد كانت هذه المشاركة في الأصل عبارة عن اتفاق يلتزم بمقتضاة أحد الأفراد بالوفاء بدين موجود في ذمته عند أجل معين . فهي لا تنشئ بدءاً *ex nihilo* علاقة قانونية ، بل تفترض وجود التزام سابق عليها . وهي تؤدي إلى جعل هذا الالتزام أكثر حرفية في التنفيذ بسبب تحديد أجل الوفاء به . ولقد تقرر لهذه المشاركة دعوى واقعية منذ نهاية الجمهورية .

وكانت وظيفة مشاركة التجديد تختلف بحسب ما إذا كانت تنعقد بين الدائن والمدين ، أو تتم مع شخص لم يكن طرفاً في الالتزام الأول .

ويطلق على الصورة الأولى اسم الاقرار بالدين . وهي كانت بمثابة وسيلة لمنح المدين أجلاً للوفاء . وكان يمكن استخدامها أيضاً كأداة للتجديد ، وهذا مشابه بعض الشيء لما سبق أن رأيناه في مجال العقد الكتابي *expensilatio* في صورة نقل الأداء *transscriptio a re in personam* فكان من المستطاع تزويد الالتزام الناقص مثلاً (الالتزام الطبيعي) بدعوى ناشئة عن تلك المشاركة . فلقد حدث تطور في هذا المجال ، وأصبح من الممكن عن طريقها أن يتحول التزام طبيعي مفتقر إلى جزاء إلى التزام مدني ، وأن يتحول التزام مبني على حسن النية إلى التزام يدخل في عداد التزامات القانون الضيق ، تماماً كما هو الشأن في العقد الكتابي .

وتعرف الصورة الثانية باسم الحالة بدين الغير . ولها وظيفتان متميزتان : فمن ناحية ، يمكن بموجبها تغييز شخص المدين ، أي اجراء تجديد باستبدال المدين . فالشخص الذي يعقد مشاركة التجديد يبرىء ذمة المدين القديم .

ومن ناحية أخرى ، فان المشاركة يمكن أن تنعقد مع أحد الأغيار بقصد ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي زيادة في ضمان تنفيذ الالتزام ، وتحقيق ما يسمى بالكفالة .

وكما هو واضح مما سبق ، فان مشاركة التجديد *constitutum* كان

من الممكن أن تحقق بعض النتائج التي يرمى إليها التجديد الروماني novatio .  
يبد أننا نكرر هنا ما سبق أن قلناه بصدد العقد الكتابي expensilatio .  
فالأمر لا يتعلق بنظام التجديد بمفهومه الفني الدقيق ، الذي يتطلب شروطاً  
معينة لا تتوافر في هذه المشاركة .

٧ - (ج) وبالنسبة للاشهاد على الخصومة litis contestatio ،  
فهو العمل الاجرائي الذي كانت تختتم به المرحلة الأولى من مرحلتى الدعوى ،  
ويخضع بمقتضاه الطرفان المتنازعان لحكم القاضى iudex : ففى ظل نظام  
دعاوى القانون ، كان المتنازعان فى خصومة قضائية يحضران أمام البريتور ،  
الذى يقوم بسماع ادعاءاتهما وفقاً لألفاظ محددة ، واجراءات وطقوس  
مقررة من قبل القانون . ثم يطلب منهما اختيار قاض . وأخيراً يشهد الحاضرين  
على اتفاق الطرفين على اختيار القاضى الذى سيفصل فى النزاع ، وهذا هو  
ما يعرف باسم الاشهاد على الخصومة . وتختتم بذلك المرحلة الأولى للدعوى  
المسماة in iure أى المرحلة التى تم أمام البريتور .

وغنى عن البيان أن المرحلة الثانية تم أمام القاضى ، ولذلك تسمى  
apud iudicem . وتنتهى بصدور الحكم بعد أن يستمع القاضى لحجج  
كل من المتخاصمين .

ولقد استبدل قانون ايوتيا Lex Aebutia وقانون جوليا Lex julia  
نظام المرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج actiones per formulas  
بنظام دعاوى القانون . وهو يعنى المتقاضين من أداء الطقوس والاجراءات  
الشكلية ، ومن التقيد بألفاظ رسمية محددة . فالبريتور يصوغ ادعاءاتهما ،  
بعبارات عادية ، فى برنامج يرسله للقاضى . ويلاحظ مع ذلك ، أن الدعوى  
مازالت تمر بالمرحلتين السالفتي الذكر .

وبمقارنة التجديد بالاشهاد على الخصومة ، فانه يقال أن هناك نوعاً  
من التشابه بينهما . ذلك أنه باقامة الدعوى المتضمنة للحق المدعى به ، أى بصبه

في الصيغة القضائية ، فان الدائن يجدده ، تماماً كما يحدث عندما يصب هذا الحق في صيغة التعهد . فالاشهاد على الخصومة يؤدى بالتالى إلى استبدال علاقة جديدة بأخرى تنقضى . ولقد اعتبره جايوس من بين طرق انقضاء الالتزام (٣٠) .

وفي ظل نظام دعاوى البرنامج ، فان كل التزام أيا كانت طبيعته ، إذا ما أثير حوله خصومة قضائية ، يؤدى إلى الحكم بمبلغ من النقود . فمضمون الالتزام الذى يتولد عن الاشهاد على الخصومة إذن واحد دائماً ، وهو ينشأ بالضرورة . وربما يرجع إلى هذا سبب حديث الشراح في هذه الحالة عن وجود تجديد ضرورى أو قانونى . ويقصد بأن الاشهاد على الخصومة ضرورى أو قانونى ، أن مضمون الالتزام الناشئ عنه *Obligatio ex litis contestatione* مقرر بطريقة واحدة بمقتضى القانون ، ومستقل في ذلك عن تحديد الطرفين . هذا برغم أن الاشهاد على الخصومة يحدث دائماً ، كما سبق أن بينا ، نتيجة للاتفاق الحر بين الطرفين .

وفي تقديرنا أن تشبيه التجدد بالاشهاد على الخصومة لا يستند إلى أساس سليم . ذلك أنه يتعين ، بالنسبة للاشهاد على الخصومة ، التنويه عن الشيء المستحق ذاته . فذكر شيء آخر *aliud* يؤدى إلى البطلان ، كما أن المطالبة بأكثر من المستحق *plus* تؤدى إلى اعتبار الدعوى مبالغاً فيها *plus petitio* . وهذا على خلاف التجديد الذى يعتبر العنصر الجديد *aliquid novi* من بين شروطه الأساسية كما سيلي . فجرد تكرار مضمون التعهد الأول في التعهد الثانى دون ادخال أى تعديل لا يترتب عليه انقضاء الالتزام الأول بل بطلان التعهد الثانى .

ومن ناحية أخرى ، فانه يتعين صدور الحكم في مواجهة أطراف

---

(٣٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٨٠ ، .

العلاقة الالزامية الأصلية ذاتهم (باستثناء حالات النيابة) . أما التجديد فإنه يمكن أن يتم بتغيير الطرفين .

ثم أنه توجد بالضرورة في كل دعوى قضائية علاقة ما بين الرابطة الأصلية والتصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي تستخدم كأساس للدعوى Causa petendi . مثال ذلك : لقد بعث وأرفع الدعوى بمقتضى البيع ex vendito . وهذا بخلاف التجديد الذي يسمح ، عن طريق التعهد الرسمي باستبدال translatio التزام سابق prior obligatio يمكن أن تكون طبيعته غاية في التنوع .

وأخيراً ، فإنه ما كان يترتب على الاشهاد على الخصومة سقوط الضمانات التي كانت تكفل الالتزام . فلقد كان الفقه يميل إلى تجنب كل ما يؤدي إلى التغيير من الوضع الاقتصادي للطرفين المتخاصمين عند بدء الخصومة القضائية . ومن ثم يبقى الرهن ، والامتيازات المقررة Privilegia exigendi ، والالتزام بدفع الفوائد . وهذا بخلاف التجديد الذي يؤدي إلى زوال جميع التأمينات العينية والشخصية ، وتتوقف الفوائد عن السريان (٣١) .

ولا شك أن جايوس قد أصاب بتمييزه ما بين التجديد والاشهاد على الخصومة ، رغم أنه يتكلم عن الاشهاد على الخصومة فور انتهائه من التجديد . ذلك أن كلا منهما يمثل نظاماً مختلفاً ، كما ذكرنا .

هذا ومن الجدير بالذكر أن الاشهاد على الخصومة ، باعتباره عملاً اجرائياً شكلياً ، قد فقد ، في قانون جستينيان ، كل طابع انقضائي أو استبدالي للعلاقة المعروضة أمام القضاء . ولم يعد يعتبر من بين أسباب انقضاء الالتزام tollitur obligatio ، كما هو موضح في كتاب النظم لجستينيان (٣٢) . وأصبح مجرد لحظة في الدعوى .

(٣١) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٦٠ : ٤٦ ، ٢ ، ١٨ .

(٣٢) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ .

٨ - الشرط الثانى : وحدة الدين *idem debitum* .

يجب أن يكون محل الالتزام القديم والالتزام الجديد موحداً . فالتجديد الرومانى ، بحسب تعريفه ، هو نقل *translatio* محل الزمام سابق إلى التزام آخر ، أو تحويل *transfusio* دين قديم إلى دين جديد (٣٣) . فيتعين إذن أن يكون موضوع التعهد الرسمى هو الدين القديم *idem debitum* .

وتوجد هنا سمة أخرى يتميز بها التجديد فى القانون الرومانى فى العصر العلمى ، عن التجديد فى القانون الحديث . فلا يمكن أن نجرى تجديداً رومانياً عن طريق تغيير المحل ، كما لو تعهد أحد الأفراد للطرف الثانى *Secundus* بناء على أمر الطرف الأول *Primus* بحق الانتفاع الذى سبق أن تعهد به لهذا الأخير . ذلك أنه يوجد هنا حقان مختلفان للغاية ، برغم أنهما من نفس الطبيعة وبرغم أنهما يردان على قطعة أرض واحدة . فاحدهما ينقضى عند وفاة الطرف الأول *Primus* ، بينما ينقضى الآخر بوفاة الطرف الثانى .

ومع ذلك ، فلقد حمى القانون البريتورى التجديد بتغيير المحل ، وذلك عن طريق الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* . فضلاً عن أنه لم يعد يتطلب هذا الشرط بدرجة كبيرة من التشدد فى نهاية العصر العلمى . إذ يمكن ، وفقاً لرأى بابينيانوس (٣٤) ، اجراء التجديد بواسطة التعهد بالقيمة المالية للالتزام القديم *quanti fundus est* . وهذا الاستحداث لا يتسم بالعمق الكبير ، مادام أنه فى ظل نظام دعاوى البرنامج *actiones per formulas* ، كما سبق القول ، كان كل التزام

(٣٣) أنظر بمبونيوس : الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ أوليبيانوس : الموسوعة : ٤٦ ،

(٣٤) بابينيانوس : الموسوعة : ٢٦ ، ٩ ، ٥ ، ٢٨ .

كان كل التزام يؤدي إلى حكم مالى . فباينيانوس يرخص للطرفين بأن يجريا مقدماً ما كان سيجره القاضى لو كانت هناك دعوى .

وفى قانون جستينيان ، أعترف بالتجديد بتغيير محل الدين فى حالات معينة (٣٥) .

### ٩ - الشرط الثالث : العنصر الجديد Aliquid novi

يعتبر العنصر الجديد الذى يتضمنه الالتزام الثانى أحد الشروط الرئيسية للتجديد الرومانى . فالقانون الرومانى فى العصر العلمى كان يتطلب أن يتضمن التعهد التجديدى فى ذاته عنصراً جديداً . ويمكن أن يتعلق هذا العنصر بأشخاص الالتزام القديم أو بمضمونه . ويتحدث فى الحالة الأولى عن التجديد الشخصى ، بينما يطلق على الفرض الثانى اسم التجديد الموضوعى .

١٠ - (أ) ويقصد بالتجديد الشخصى ، استبدال شخص بآخر . ويمكن أن يكون ايجابياً أو سلبياً ، بحسب ما إذا كان المستبدل هو الدائن أو المدين . ويكون التجديد فى الصورة الأولى احدى وسائل تحقيق الانابة الاجابية delegatio crediti . ويستلزم هذا النوع من الانابة موافقة الدائن الأول . وبتغيير آخر ، فان الدائن القديم يوافق على أن مدينه يتعهد فى مواجهة دائن جديد . وكانت هذه الطريقة تستخدم فى سبيل اجراء حوالة الحق .

أما التجديد فى الصورة الثانية ، وهى صورة تغيير المدين ، فمن أمثلتها التى أوردتها النصوص :

هل تعد باعطائى ما هو فى ذمة الطرف الأول لى ؟

Quod primus mihi debet, mihi dari spondes ?

وهى وان كانت تم عادة بناء على طلب المدين الأول ، فانها لا تتطلب

موافقته بالضرورة . فيمكن أن تنشأ بدون علمه ، بل و ضد رغبته (٣٦) .  
 فلو فرض أن الطرف الأول Primus مدين للطرف الثاني Secundus ،  
 ويقوم طرف ثالث Tertius بالتعهد بنفس الدين للطرف الثاني بناء على  
 دعوة jussus الطرف الأول ، فان التجديد هنا يكون احدى وسائل  
 تحقيق ما يسمى بالانابة السلبية delegatio debiti . ويمكن أيضاً أن  
 يتعهد المدين الجديد مكان المدين القديم بدون دعوته jussus ، وتبرأ  
 ذمته بالتالى حتى إذا لم يبد موافقته على ذلك . ويقول الشراح أننا فى هذا  
 النرض بصدد ما يسمى بالتعهد بالوفاء أو استبدال المدين ex promissio (٣٧) .

١١ - وهناك أوجه شبه ما بين الانابة السلبية وبعض النظم الرومانية  
 الأخرى ، ومنها التضامن السلبى . ولذلك فانه يلجأ إلى الوسائل التفسيرية  
 المتنوعة للتمييز بينها . فمن المعلوم أن التضامن السلبى يمكن أن ينشأ فى القانون  
 الرومانى بطرق ثلاث على النحو التالى :

(أ) ”يامافىوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا ؟  
 “Maevi, fundum C. dari spondes ?

فيجيب مافىوس : ” نعم أعد spondeo “ . ثم يوجه طالب التعهد  
 نفس السؤال إلى سيوس ، قائلاً : ”ياسيوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا  
 هذه ؟

“Sei, eundem fundum C. dari spondes ?

فيجيب سيوس : ” نعم أعد spondeo “ . ويلاحظ ، كما يقول  
 كتاب النظم لجستينيان (٣٨) ، أن كلا منهما يجيب على انفراد  
 duo rei separatim respondent

(٣٦) أولبيانوس فى الموسوعة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ٥ .

(٣٧) أن لفظ expromittere لايتحوى على أية دلالة فنية . أنظر أولبيانوس

فى الموسوعة : ٣٩ ، ٥ ، ١٩ ، ٤ ، ١٦ ، ١ ، ٨ ، ٨ .

(٣٨) نظم جستينيان : ٣ ، ١٦ ، فاتحة .

(ب) ”يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كورنيليا ؟“

فيجيب مافيوس وسيوس معاً : ” نعد spondemus “ . فهنا ، كما يقول أولبيانوس (٣٩) ، يجب المتعهد ان معاً duo rei simul spondent

(ج) ”يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كورنيليا ؟“

“Maevi et Sei, fundum. C. dari spondetis ?

فيجيب مافيوس : ” أعد Maevius : spondeo “ ويلييه سيوس

قائلاً ” أعد Seius : spondeo “ .

وهذه صيغة مختلطة يشير اليها بمونيوس (٤٠) .

ولا شك أن هناك بعض التماثل بين هذه الصيغ ، والصيغ الخاصة بالتجديد . ويحاول فريق من الشراح التمييز بينهما على أساس أن التعهد التجديدي معنون ، كما في المثال الآتي :

”هل تعد باعطاء قطعة الأرض ، التي يتعين على تيتيوس اعطاؤها لي ؟“

“Fundum, quem mihi Titius debet, dari spondes ?

ولكن أساس التمييز هذا ليس سليماً في تقديرنا . ذلك أن المدين الجديد يظل ملتزماً بصرف النظر عما إذا كان الالتزام الأول موجوداً أو صحيحاً . ومن ثم فإن العنوان يمكن أن يكون مجرد بيان خاطيء Falsa demonstratio . هذا ويعتمد أولبيانوس في التمييز بينهما على أساس ما يرمى اليه الطرفان .

“in duobus reis promittendi frustra timetur novatio..., cun hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituentur.”

(٣٩) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٣ فاتحة .

“parvi refe:t, simul spondeant an separatim promittant”

(٤٠) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٤ .



ومن ناحية أخرى ، فإنه يمكن الاهتداء بدلالات خارجية ، ترجح افتراض التضامن وليس التجديد : فالتضامن ينشأ عن تعهدات تتابع عادة فوراً (٤١) . بينما التجديد يتم ، كقاعدة عامة ، بعد مضي فترة من الوقت على انشاء الالتزام الأول *Prior obligatio* . إذ قلما يحدث أن يراد تغيير المدين فور ابرام التعهد الأول *stipulatio* . فالأمر يتعلق بدلالات يمكن استقاؤها من الخبرة وواقع الحياة العملية ، قد تساعد المفسر على تكييف الحالة التي أمامه .

١٢ - وهناك أوجه شبه أيضاً بخصوص ما يعرف باسم الالتزامات بالضمان . غير أن صعوبة التفرقة تزداد هنا ، نتيجة لأنه من الممكن أن تنشأ بدورها بعد فترة طويلة من نشأة الالتزام الأصلي (٤٢) .

وهذه حالة مختلفة تستحق الوقوف عندها ، وتحليلها على ضوء نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٥ :

“Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est<sup>(٤٣)</sup> quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat?”

يقول أولبيانوس ”إذا قام الزوج ، بعد أن تعهد له الغير بتقديم دوطة ، بابرام تعهد رسمي مع الزوجة على سبيل الدوطة ، فإن الدوطة لا تضعف ؛ بل يتحقق التجديد ، إذا كان ذلك هو نية الطرفين : لأنه ما هو الفارق بين ما إذا قامت هي نفسها أو الغير بالتعهد ؟“

واضح أن هذا النص يعالج فرضاً مؤداه أن الزوج يشترط على الغير بتقديم الدوطة ؛ ثم تقوم الزوجة بعد ذلك بالتعهد للزوج بنفس الشيء

(٤١) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٦ ، ٣ وأنظر أيضاً :

Albertario, Le obbligazioni solidali (corso di diritto romano) Milano, 1948, 40.

(٤٢) أنظر Frezza, Animvs novandi, 234.

(٤٣) والكلمات ”si hoc actum est“ أضيفت من قبل واضع الموسوعة .

على سبيل الدوطة . و كما يستنتج من باقى النص ، فان الزوج لم يطالب المدين الأول بالوفاء . ويشير أولبيانوس إلى الحل المقبول *placet* ، وهو المؤيد للتجديد . ويعرض الأساس الذى يرتكز عليه وهو : أن الدوطة يمكن أن تنشأ عن طريق الزوجة أو الغير . فيتعين اعتبار تدخل الزوجة مماثلاً لتدخل الغير . ولذلك فانه يجب استبعاد الجمع بين التعهدين . ولا يذكر النص محل الدوطة ، هل هو *species* أو *quantitas* . ومن ثم فانه يتعين الاعتقاد بأن الأمر لم يكن يختلف على أى حال . وعدم الاختلاف هذا يستتق من واقعة أن التعهد الثانى يذكر سبب العقد : التعهد للزوج على سبيل الدوطة *dotis causa maritus stipulatur* . فتخصيص الوظيفة التى يقوم بها التعهد الرسمى ( ابرامه على سبيل الدوطة ) ، يؤدى إلى افتراض أنه يراد احلاله محل التعهد الأول (الذى كان له نفس السبب) . إذ لا يحدث عادة أن يستقضى لنفس السبب مرتين ، مهما كائى محل التعهد الرسمى *stipulatio* . وأساس العلة أنه توجد قرينة التجديد لا قرينة التعدد وهذه القرينة تنتصر حتى بالنسبة للحالات التى يمكن فيها تبرير التعدد .

ولا يتفق هذا الحل مع ما جرى عليه العمل فى الامبراطورية الرومانية الشرقية ، ولا مع اصلاح جستينيان ، فهما غير محبذين للتجديد كما سئرى بالتفصيل فيما بعد . وهو ليس معروفاً اللهم الا عن طريق النص محل البحث . ومهما يكن من أمر ، فانه يمكن القول بأن هذا النص موجز للغاية . ورغم هذا الايجاز ، فاننا نستنتج منه وجود نقطة محل خلاف . فالحل الذى يفضله على أساس إعمال الوسائل التفسيرية ، يعنى النفى الضمنى لامكانية الاهتداء إلى الحل على أساس مجرد الوقائع الشكلية ، وضرورة الاستعانة بنية المتعاقدين كما سنوضحه فيما بعد .

١٣ - (ب) أما التجديد الموضوعى ، فيتحقق اما بسبب أن الالتزام الأول *Prior obligatio* ، الذى له مصدر مختلف عن التعهد الرسمى ،

يتحول إلى التزام ناشئ عن التعاقد الرسمي  
 translata in stipulationem  
 واما لأن التزاماً ناشئاً عن التعاقد الرسمي  
 obligatio ex stipulatione

يتضمنه تعهد رسمي آخر . ويتعين القول بأن هذه الفكرة كانت تنقل بأمانة النظام الروماني . ففي الفرض الأول ، يمكن أن يكون الأداء نفس الشيء ، ويمكن العنصر الجديد في تغيير مصدر الالتزام (٤٤) . كما لو حولنا التزاماً من التزامات حسن النية ، مثل الالتزام المتولد عن عقد البيع ، أو التزاماً ناشئاً عن جريمة ، أو عن وصية ، أو مجرد التزام طبيعي ، إلى التزام لفظي *verbis* متولد عن التعاقد الرسمي . فمن أمثله :

”هل تعد باعطائي المائة المستحقة لي في ذمتك بمقتضى الشراء ؟“

“Centum, quae nihi ex empto debes, dari spondes ?“

وبخصوص الفرض الثاني ، فان الأداء يجب أن يتغير في أحد عناصره على الأقل . وتضمن كتاب النظم لجايوس (٤٥) ، الذي يعبر كما هو معلوم عن النظم القانونية التي كانت سائدة في ظل الامبراطورية ، قائمة بحالات التغير الممكنة . كما وردت في مؤلف تيوفيلوس (٤٦) الأستاذ بمدرسة القسطنطينية ، وفي الدستور الذي تضمن اصلاح جستينيان (٤٧) ، وفي نظمه (٤٨)

(٤٤) وأمثلة هذا الفرض شائعة في النصوص ، أنظر :

الموسوعة : ١٣ ، ١٧ ، ١٧ ؛ ٢ ، ٧١ ، فاتحة ؛ ١٨ ، ٥٤ ، ٣٤ ، ٢٢ ،  
 ٤ ، ١ ، ٣٩ ؛ ١٧ ، ٥٤ ، ٤٢ ؛ ١ ، ٤ ، ٤٤ ؛ ١ ، ١٤ ؛ ٤٦ ؛ ٢ ،  
 ١ ، ٨ ؛ ٣ ، ٩ ؛ فاتحة ؛ ٢٧ ؛ ٢٩ ؛ ٤٦ ؛ ٤ ؛ ١٨ ، ١ ؛ ٢١ ؛ ٤٥ ؛ ٨٩ ،  
 مجموعة الدساتير : ٢ ، ٢٠ ، ٥٤ ؛ ٢ ، ٦ ، فاتحة ؛ ١٥ ؛ ٤ ؛ ٥٢ ، ٢ ؛ ٥١ ،  
 ٤٨ ؛ ٣ ، ٥٣ ، ٤٢ ، ١٣ .

(٤٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ - ١٧٧ .

(٤٦) تيوفيلوس : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

(٤٧) مجموعة الدساتير : ٨ ، ٤١ ، ٨ ، فاتحة .

(٤٨) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

فوفقاً لما جاء في كتابي النظم لجايوس وجستينيان ، يمكن أن يكون العنصر الجديد *aliquid novi* عبارة عن وصف من أوصاف الالتزام يضاف أو يحذف ، مثل الشرط *condicio* أو الأجل *dies* ، أو إضافة كفالة أو حذفها (٤٩) .

ويضيف تيوفيلوس إلى ذلك حالة ادخال زيادة في مقدار الأداء المستحق ، ولكنه لا يقبل التجديد في حالة النقصان . هذا بينما يذكر جستينيان أنه من الممكن تحقق التجديد في حالة النقصان . ونستخلص من ذلك أنه كانت توجد بعض الاختلافات في الرأي حول بعض النقاط .

ومن جهة أخرى ، فانه يجب أن ندخل في القائمة ما يسمى بالتعهد الأكويلي *stipulatio Aquiliana* . وهو يسمى كذلك نسبة إلى الفقيه أكويلوس جالوس الذي ابتدعه . فهذا التعهد يستبدل بجميع الديون الموجودة بين شخصين أيا كانت طبيعتها ، القيمة النقدية لها . ولذلك فانه يحقق التجديد دائماً (٥٠) .

١٤ - ويمكن أن يتحقق التجديد الموضوعي عن طريق تعهد رسمي معنون أو غير معنون . ونقصد بكون التعهد الرسمي معنوناً أن يتضمن إشارة إلى العلاقة الالتزامية السابقة . فلو فرض أن هناك التزاماً باعطاء قطعة الأرض كورنيليا *Fundum cornelianum dare* ، فان تعهد التجديد غير المعنون تكون صيغته :

---

(٤٩) مع وضع التحفظات التي عرضها جايوس في كتابه النظم : ٣ ، ١٧٨ ، موضع الاعتبار . فهو يقول أن مسألة الكفيل *sponsor* كانت محل خلاف .

(٥٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٠ ؛ نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٢ الموسوعة : ٢ ، ٤ ، ٤٦ ، ٤٨ ، وأنظر أيضاً .

Fabia, Atti Verona, 3, 451; Wlassak, Zeitschrift der savigny stiftung fur Rechtsgeschichte, 42, 394; Daube, novations of obligations giving a bonae fidei iudicium, in z.s.s.t,66, 1948, 119.

”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا؟

“Fundum cornelianun dari spondes ?

أما التعهد المعنون فيمكن أن تكون صيغته :

١ — ”هل تعد باعطاء ما هو مستحق عليك لي ؟

“quod mihi debes, dari spondes ?

٢ — ”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا المستحقة عليك لي ؟

“Fundum cornelianum, quem mihi debes dari spondes?

ومثال آخر للتعهد المعنون :

”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا ، المستحقة عليك لي بمقتضى

وصية تيتيوس ؟

“Fundum cornelianum, quem ex testamento Titii mihi debes, dari. spondes ?

ومن أمثلة التعهد الرسمي المعنون الذى يتعلق بحالة تجديد علاقة من علاقات

حسن النية (٥١):

”هل تعد بالقيام باعطاء ما يجب عليك بسبب بيع أرض كورنيليا ؟

“quidquid propter venditionem fundi C. te dare Facere oportet spondes ?

هذا ويلاحظ أنه فى كل هذه الأمثلة ، فان التعهد الرسمي عبارة عن تعهد

بنقل ملكية عقار معين . أما التعهد الرسمي باعطاء مبلغ من النقود ، فمن أمثلته :

”هل تعد باعطاء المائة ، التى فى ذمتك لي بمقتضى وصية تيتيوس؟

“Centum, quae ex festamento Titii mihi debes, dari spondes ?

---

(٥١) الموسوعة : ١٨ ، ١ ، ٨٠ ، فاتحة ذ ولقد اجتذب «دوب» أنظار الباحثين على

هذا الموضوع ، أنظر : دوب ؛ المرجع السالف الذكر ، ص ٩١ ،

وهو تعهد معنون .

— ”هل تعد بإعطاء المائة ؟“ ”Centum dari spondes“

وهو تعهد غير معنون .

١٥ — ولا شك أن شرط العنصر الجديد *aliquid novi* يتصل اتصالاً مباشراً بالشرط الأول من شروط التجديد . فلقد سبق أن رأينا أنه لم يكن من الممكن تقرير تجديد بدون تعهد رسمي صحيح . والتعهد الذي لا يتضمن شيئاً ما جديداً يكون لهذا السبب ذاته لاقيمة له . فالعنصر الجديد هو سبب التجديد وبدونه يقع التعهد باطلا ، وفقاً للقاعدة التي لا تسمح بالتعهد بنفس الشيء إلى ذات الشخص مرتين ، أو يوجد التزامان معاً بمقتضى القاعدة التي قررها القانون اللاحق . فلا يكفي ، وفقاً لأحكام القانون الروماني ، أن يرغب الطرفون في التجديد ، بل يتعين أن يكونا قد قدرا عليه . وهما لا يستطيعان ذلك إلا بإبرام تعهد صحيح . وهو لا يكون كذلك الا بتضمنه عنصر جديد .

فهذا الشرط من نفس طبيعة الشرط الأول . ذلك أن القانون الضيق هو الذي يستوجب تعهداً رسمياً ، كما أنه هو الذي يتطلب شيئاً ما جديداً في هذا التعهد . وبتعبير أدق ، فإن الشرطين المذكورين يجتمعان معاً في شرط واحد ، ما دام أن التعهد الذي لا يحتوى على شيء جديد يعتبر ، كما ذكرنا كما أو كان غير موجود .

#### ١٦ - صور مخالفة شرط العنصر الجديد أو شرط وحدة الدين :

ويتعين علينا الآن أن نقوم بتعميق الأفكار المتعلقة بصورة مخالفة شرط العنصر الجديد *aliquid novi* ، وكذلك شرط وحدة الدين ، مع بيان النصوص الرئيسية التي تقررها .

فهذه المخالفة تتحقق اما عن طريق عدم وجود العنصر الجديد أو نتيجة لتجاوز حدوده . وتتلخص صورة عدم وجوده في أن يماثل الالتزام الثاني

الإلتزام الأول تماماً . أما صورة التجاوز فتحدث عندما يكون الإلتزام الثاني أكثر اختلافاً من المسموح به ، وتؤدي بالتالي إلى مخالفة شرط وحدة الدين *idem debitum* أيضاً .

ولا تقع الحالة الأولى أبداً عند تغيير مصدر الإلتزام . فهذا التغيير يستوعب في حد ذاته شرط العنصر الجديد . فالصورة الأولى تتحقق حينما يتبع التعهد الرسمي بتعهد آخر . والنتيجة هي بطلان التعهد اثنائي لعدم فائدته (٥٢) : *Qui bis idem promittit, amplius quam semel non lenetur* . وهذه الحالة لا تحدث اذن الا في مجال ازدواج التعهد الرسمي .

أما الحالة الثانية ، فهي منظمة بطريقة عكسية . إذ أن التعهدين يظنان صحيحين ، لأن لكل منهما محلاً مختلفاً . مما يؤدي إلى تعدد الدعوى القضائية كقاعدة عامة ، مالم تبرر الظروف انقضاء احدهما لوحدة السبب .  
*Solutio ex una causa*

١٧ - وحمل هذا الوضع البريتور على التدخل في بعض الأحيان ، لتغيير النتيجة التي كانت تترتب في الحياة العملية ، فيما لو طبقت قواعد القانون المدني . ومن بين النصوص التي تتضمن أمثلة متنوعة لهذا التدخل ، نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ الذي يشير فيه بمبونيوس إلى حالة تعدد ترجع إلى عدم وجود نفس الدين *idem debitum* ، واستبعدها البريتور :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ :

“Si usus fructus debitorem meum delegavero tibi, non novabitur obligatio mea : quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit, et non solum donec manet ei usus fructus cui

(٥٢) الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ١٨ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٢٥ وأنظر أيضاً .

Branca, “Festschr Lewald”, Basilea, 1953, 21.

delegavi, sed etiam post interitum eius : videlicet quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei usus fructus. Et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti”.

يقول بمبونيوس :

« إذا قمت بانابة المدين لى بحق الانتفاع ، فى انشاءه لمصلحتك ، فان دينى لا يحدد ؛ ومع ذلك فان المدين المناب يحمى فى مواجهتى بواسطة الدفع بالغش أو الدفع المبني على الواقع : ولا يمكننى المقاضاة ، ليس فقط طالما ظل حق الانتفاع للمناب لديه ، بل وكذلك حتى بعد وفاته . ويتعين القول بنفس الشيء بالنسبة لكل التزام يرتبط بالشخص » .

يبين من هذا النص أن الدائن الذى أنشئ حق الانتفاع لمصلحته بمقتضى تعهد رسمى *ex stipulatione* ، ينبى مدينه فى انشاء هذا الحق لمصلحة شخص آخر . ويقوم المدين بالتعهد لهذا الأخير . بيد أن التجديد لا يتحقق هنا بسبب تحلف شرط وحدة الدين *dem debitum* . ذلك أن حق الانتفاع الذى يتعين انشاؤه لمصلحة تيتيوس ليس هو حق الانتفاع الواجب انشاؤه لمصلحة كايوس . ومن ثم يوجد تعهدان ، كل منهما صحيح . ومع ذلك ، إذا رفع الدائن المنيب دعوى للمطالبة بحقه الناشئ له عن التعهد الأول ، فإنها ترفض عن طريق استخدام الدفع بالغش *exceptio dol* ( أو الدفع المبني على الواقع *in factum* ) . وعلى العكس ، فان المناب لديه ينجح إذا ما قام برفع الدعوى . فهناك إذن انقضاء لحق المنيب بمقتضى القانون البريتورى *iure praetorio* . والأمر يتعلق بانقضاء بات لا رجعة فيه ، لأن المنيب لا يستطيع المقاضاة حتى بعد موت المناب لديه . وهكذا يتوصل فى الحياة العملية إلى النتيجة التى تترتب على التجديد .

١٨ - وهناك نص آخر يستعرض حالة ازدواج ، وهو التالى :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٢٨ :



“Fndum cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor, si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat noavtio : secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus premittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur”.

يقول بابينيانوس « بعد أن أبرمت تعهداً رسمياً مشروطاً فيه قطعة الأرض كورنيليا ، قمت بابرام تعهد آخر اشترط فيه القيمة النقدية لقطعة الأرض . فاذا كان التعهد الثاني لم يبرم بنية التجديد ، فان التجديد لا يتحقق . بل يظل التعهد الثاني قائماً ؛ ويلتزم المدين بمقتضاه ليس بقطعة الأرض ، وانما بمبلغ النقود .

ولذلك فانه إذا أعطى المدين قطعة الأرض ، فان التعهد الثاني لا يزول بقوة القانون ، حتى ولو نازع المدعى ، بمقتضى التعهد الأول ، في سببه » .

والرأى الشائع أن العبارة التي تحتوى على تحفظ نيه التجديد محرفة . بيد أن الفرض الذى نحن بصدده يمكن أن يتضمن التجديد حتى بدون استخدام هذه العبارة . ومن ثم فانه يبدو من الملائم دراسة النص على ضوء وجود التجديد ، وعدم وجوده .

فالفرض أن تيتيوس يبرم تعهدين رسميين يشترط في أولهما قطعة الأرض كورنيليا وفي ثانيهما القيمة النقدية لقطعة الأرض ذاتها . فكل من التعهدين صحيح . ويستطيع الدائن المقاضاة مرتين ، دون التعرض للحظر المقرر بمقتضى أحكام القانون ، كما يقول النص ، والناشئ عن الوفاء solutio أو الاشهاد على الخصومة Litis contestatio . وعبارة « بمقتضى

أحكام القانون» شائعة الفهم بأنها تشير إلى انعدام الحظر بمقتضى القانون ، ولكنها لا تستبعد الحظر البريتورى الذى يكمن فى الدفع بالغش (exceptio doli) (٥٣)

ولو تصورنا فى هذا الفرض أن نية التجديد موجودة لدى الطرفين المتعاقدين ، فان أساس الحل يكون على النحو التالى : إن اختلاف محل التعهدين يستبعد التجديد ، على الرغم من وجود نية التجديد animus novandi لدى الطرفين . ومن هنا تنشأ ظاهرة الازدواج وفقاً لقواعد القانون المدنى ، ولكنها تستبعد بمقتضى أحكام القانون البريتورى . فسمات التجديد البريتورى متحققة .

بيد أنه يرد انتقاد خطير على هذا التدليل : ذلك أن التعهد الأكويلى بدوره stipulatio Aquiliana يستبدل بالشىء قيمته المالية ، وله مع ذلك أثر تجديدى بمقتضى أحكام القانون المدنى . فكان يتعين إذن أن يتحقق أثر تجديدى فى الفرض الذى أشار اليه بايينيانوس ، وفقاً للقانون المدنى نفسه . وعليه لا يمكن القول بأن النص يفترض التجديد .

فلا يبقى سوى نفى نية التجديد لدى المتعاقدين . وهكذا يمكن تصور الفرض المذكور على النحو التالى : بعد أن ضمن الدائن الوفاء بقطعة الأرض كورنيليا ، فانه يرغب فى أن يضمن أيضاً الوفاء بقيمتها القدية . فهو يريد الوصول إلى النتائج التى كان يستطيع الحصول عليها فى وقت متأخر عن طريق التعهد الاختيارى . فتخلف وحدة الدين idem debitum وازدواج التعهد لا يمكن أن يودى إلى التجديد الرومانى طبقاً لأحكام القانون المدنى . ومع ذلك ، فان صاحب المصلحة لا يستطيع الاستيفاء الا مرة واحدة . ومن هنا ينشأ الدفع بالغش exceptio doli .

وإذا ما فهم النص على هذا النحو ، فانه يتضح أنه ، حتى بنفى تعدد

(٥٣) أنظر :

Lévy, Konkurrenz, 2, 1, 133.

الدعوى القضائية ، فان ذلك ليس مرده التجديد المدنى . ومهما يكن من أمر فانه من المفيد ملاحظة : حذف الكلمات التى تتعلق بنية التجديد يمثل المجال الذى تستعر فيه المعركة بين الشراح .

#### ١٩ - التغيير فى مقدار الشيء المستحق :

إذا فرض أن الدائن يبرم تعهداً رسمياً لا يشترط فيه سوى جزء من المستحق له ، كما لو كان المستحق له حقلاً وثماراً محصودة ، فيشترط الحقل فقط ، فهل يتحقق التجديد ؟ ويثور نفس التساؤل بالنسبة للدائن بقطعة الأرض كورنيليا إذا قام باشتراط نصفها أو ربعها عن طريق التعهد الرسمى . وهناك حالة أخرى تحتاج إلى شرح وهى حالة ما إذا قام الدائن بقطعة الأرض كورنيليا باشتراط حق الانتفاع بهذه الأرض أو باشتراط ملكية رقبها . وكذلك فان الأمر يحتاج إلى الشرح بالنسبة للحالة التى يقوم فيها الدائن الذى له حق المرور المسمى *actus* ( وهو الحق الذى يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلاً أو راكباً ، كما يسمح له بأن يمر بمواشيه أيضاً ) باشتراط حق المرور المسمى *iter* ( وهو الذى يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلاً أو راكباً ) ، أو إذا أجرى الحالة العكسية .

ويجب علينا الآن أن تعميق هذه الأفكار والاجابة على ما يعن لنا من تساؤلات على ضوء ما جاء على لسان الفقهاء الرومان فى نصوص الموسوعة . وأول نص يمكن دراسته هو للفقهاء جوليانوس .

الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ :

“Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non inellegitur, si usus fructus detrahatur. Et a contrario qui Fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur,

nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus Fuerit, nihil agit. Nisi in omnibus nvoandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt”.

يقول جوليانوس :

”من يبرم تعهداً رسمياً يشترط فيه حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم يبرم تعهداً آخر يشترط فيه قطعة الأرض ذاتها ، فانه يمثال من يشترط ، عن طريق تعهد رسمي ، جزءاً من الأرض ، ثم يشترط الأرض كلها ، لأنه ليس من الممكن تصور أن الأرض تعطى إذا نزعنا منها حق الانتفاع. وعلى العكس ، فان من يشترط قطعة الأرض ، ثم يشترط حق الانتفاع ، يمثال من يشترط الكل ، ثم جزءاً من هذا الكل . ولكن ، من يشترط حق المرور المسمى *actus* ثم حق المرور المسمى *iter* ، يبرم في النهاية تعهداً رسمياً غير مفيد ، ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن يشترط عشرة ، ثم خمسة ، فانه لا يجرى أى شىء بمقتضى التعهد الثانى ، ما لم يكن فى جميع هذه الحالات قد أوضح بصرحة أنه قد أبرمه لتحقيق التجديد : وحينئذ فانه مادام أن الالتزام الأول قد انقضى ، فان الدعوى تتولد عن الالتزام الثانى ، ويمكن للمرء أن يطالب بحق المرور المسمى *iter* ، وحق الانتفاع والخمسة“ .

يتضمن هذا النص مجموعة من الحلول ، تفسرها فكرتان أساسيتان : فكرة الجزء *pars* ، ونظام التجديد الذى يطبق على الجزء . والجزء معناه فى الحقيقة شطر من كل . ويمكن تطبيق فكرته فى ذاتها ، على الحقوق وعلى الأشياء ، على حد سواء . فهى تطبق على الحقوق ، من حيث أن حق الملكية ، أو حق الانتفاع ، .. الخ ، يمكن أن ينقسم إلى أجزاء . وهى تطبق

على الأشياء ، من حيث أن مقداراً *quantitas* (مبلغ من النقود مثلاً) ، يمكن أن يجرأ بدوره .

وهناك شرطان لتطبيق فكرة الجزء : أن يكون الكل قابلاً للتقسيم ، وعلى وجه التحديد أن يكون قابلاً للتجزئة إلى وحدات متجانسة تقدر من حيث الكم فقط ( أى تقبل التجزئة بحسب الطرق الحسابية ) ؛ وأن تنشئ التجزئة حقاً على الجزء ، يستبعد اشتراك أصحاب الأجزاء الأخرى ، أو أن تنشئ شيئاً متميزاً تماماً عن الأشياء الأخرى التي كانت تكون معاكلاً .

وهكذا فان ملكية قطعة الأرض كورنيليا ، يمكن أن تقسم إلى أجزاء (٥٤) . وهذه الأجزاء متجانسة وتقبل التسمية الكمية . والحق الذي يرد على كل منها يستبعد اشتراك أى مالك آخر . وعلى نفس المنوال ، يمكن القول بأن مبلغ العشرة يمكن أن يجزأ إلى مبلغين يضم كل منهما خمسة ، ويصبح كل منهما شيئاً *res* في حد ذاته .

ولفكرة القابلية للتجزئة أهمية كبرى في مجال التجديد (٥٥) ، ويطبق عليها النظام التالى بالنسبة للأشياء :

عندما يكون هناك تعهد رسمى محله مقدار أقل من المقدار الذى يتضمنه تعهد رسمى آخر يبرم فيها بعد من أجل التجديد *novandi causa* ، فان

---

(٥٤) أنظر فيما يتعلق بالمعاني المختلفة للجزأ .

Windscheid, Pandette, 142 :

(ص ٤٨٦ فى الترجمة الايطالية) . ومن الجدير بالذكر أن الرومان أشاروا إلى فكرة التجزئة بالنسبة للحقوق . أنظر : الموسوعة : ٧ ، ١ ، ٤٩ ؛ ٨ ، ١ ، ١١ ؛ ٣٠ ، ٥٠ ، فاتحة ؛ ٣٩ ، ٢ ، ٤٠ ، ٤٠ ؛ ٤٠ ، ١٢ ، ٧ ، ٣ ؛ ٤٥ ؛ ٧ ، فاتحة ؛ ٤٥ ، ٣ ، ٣٧ ، ٧ .

(٥٥) أنظر :

Meylan, *Fructus sine usu et actus sine itinere*, studi Albertoni, 1, 1935, 100.

التجديد يتحقق . بيد أن التجديد لا ينشأ في الفرض العكسي . وسبب اختلاف الحكم أنه يوجد في الحالة الأولى دين واحد idem debitum وعنصر جديد aliquid novi ( ويتمثل في المقدار الذي أضيف إلى المقدار الأول) . ولكن ليس هناك أي عنصر جديد في الفرض الثاني ، إذ أن المقدار الأقل الذي كان محل التعهد الثاني كان يحتويه المقدار الأكبر الذي كان محل التعهد الأول . وليس من أثر بالنسبة للتعهد الثاني سوى التعهد مرتين بنفس الشيء ، ومن ثم لا طائل من ورائه .

ويطبق نفس النظام فيما يتعلق بالحقوق القابلة للقسمة . فن يشترط ، بطريق التعهد الرسمي ، جزءاً من ملكية قطعة الأرض كورنيليا ، ثم يشترط ملكية الأرض بأكملها بعد ذلك ، فانه يجري تجديداً صحيحاً . بينما لا يكون التجديد صحيحاً في الفرض العكسي .

ويمد جوليانوس فكرة الجزء ، وبالتالي نظام التجديد السالف الذكر ، على الحقوق العينية التي يمكن تسميتها بالحقوق ذات المضمون الأقل بالنسبة للحقوق ذات المضمون الأكبر . فحق الانتفاع جزء من حق الملكية ، وحق الاستعمال جزء من حق الانتفاع ، وحق المرور المسمى iter جزء من حق المرور المسمى actus (٥٦) . ولذلك يتحقق التجديد عند الانتقال من التعهد بالانتفاع ، أو بالاستعمال ، أو بالمرور المسمى iter ، إلى التعهد بالملكية ، أو بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، على الترتيب ولكن لا ينشأ التجديد في الفرض العكسي ، أي بالانتقال من التعهد بالملكية ، أو بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ، أو بالاستعمال ، أو بالمرور المسمى iter ، على الترتيب .

(٥٦) راجع ، فيما يتعلق بحق المرور المسمى iter ، نصوص الموسوعة : ٨ ، ١٠٣ ،

فاتحة ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتحة ٨ ، ٣ ، ١٢ .

وبالنسبة لحق المرور المسمى actus ، أنظر : الموسوعة : ٨ ، ١ ، ٤ ، ٣ ، ٨ ،

١ ، فاتحة ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتحة ٨ ، ٣ ، ١٢ ، ٢ ، ٦ .

ومن الضروري ، مع ذلك ، ايضاح معنى امتداد فكرة الجزء على الحقوق . فكما سبق القول ، هناك شرطان لتطبيق فكرة الجزء : أن يكون الكل قابلاً للتقسيم ، وأن توجد أشياء متميزة لها ذاتيتها المستقلة نتيجة التجزئة . فعلياً أن نقدر هذا الامتداد لفكرة الجزء على ضوء الشرطين السالفين الذكر .

فبالنسبة لأول هذين الشرطين ، يتعين اعتبار انفصال الجزء من الكل بمثابة عملية كمية . وهذه النتيجة يتوصل اليها في حالتنا ، إذا كان الحق ذو المضمون الأكبر ليس متناقضاً مع الحق ذي المضمون الأصغر كوحدة لوحدة

ويتعين تصوير الحق ذي المضمون الأكبر بمثابة مجموعة مكينات ، يمكن أن تتول في بعض الأحيان إلى شخص وفي أحيان أخرى إلى شخص آخر : وهي مكينات الاستعمال ، وحصد الثمار ، والمرور ، التي كانت في أول الأمر لصاحب الحق ذي المضمون الأكبر ثم هي أيضاً لصاحب الحق ذي المضمون الأصغر .

ولكن بالنسبة للشرط الثاني ، فإنه لا يمكن توافره في هذا المجال . إذ لا يمكن التوصل إلى التمتع المطلق للمكينات التي تنفصل بعضها عن بعض . فانفصال حق الانتفاع يترك ملكية الرقبة ، ولكن لهذه الأخيرة ، من حيث المضمون ، سلطات محددة تشارك ، في نطاق محدود ، تلك النابعة من حق الانتفاع . وانفصال حق الاستعمال عن حق الانتفاع ، يترك لحق الانتفاع مكنة الاستعمال التي تشارك مع تلك النابعة من حق الاستعمال . ويقال نفس الشيء بالنسبة لانفصال حق المرور المسمى iter عن حق المرور المسمى actus ، حيث يتضمن ازدواج في حق المرور المسمى iter .

فقبول فكرة الجزء pars بالنسبة لمجال الحقوق ، لا يعنى اذن أن المكينات النابعة من كل حق تقسم بطريقة متساوية ، بل يعنى على وجه التحديد أن هناك حقاً له مضمون أصغر منفصل عن حق له مضمون أكبر .

ولم تغرب هذه الخصيصة الأخيرة عن بال الرومان (٥٧) . ولكنها لم تحل دون امتداد فكرة الجزء على الحالة التي أمامنا ، لأن هذا الامتداد قد اعتبر مفيداً من حيث أنه كان يسمح بتطبيق قواعد معينة خارج حدودها الأصلية (٥٨) .

ونجم عن العلاقة ما بين الجزء والكل أن قرر جوليانوس بطلان التجديد ، في نظر القانون المدني الروماني ، في حالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل . ولكن لا تظهر كيفية تصور الوضع من وجهة النظر البريتورية . فمن يشترط عن طريق التعهد الرسمي ، الملكية الكاملة ، ثم يشترط بعد ذلك حق الانتفاع ، فعنى ذلك أنه لم يعد يرغب الأداء الأول بأكمله . وإذا كان التجديد باطلاً

---

(٥٧) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ١٣ ، ٣ .

(٥٨) وفكرة أن الحق العيني الأصغر يمكن تصويره بمثابة جزء من حق أكبر ، معروفة على نطاق واسع ، ولاسيما من خلال العبارة "Usus fructus pars domeni" ، التي يشار إليها في نصوص متنوعة . وأنظر فيما يتعلق بعبارة « Usus fructus pars domeni » :

Bretone, La nozione romana di uso frutto Napoli, 1962

حيث توجد كل الأفكار المتعلقة بهذا الموضوع . ويمكن أن ننسب الفكرة التي عرضناها في المتن إلى جوليانوس (ولقد سبقه بدوره في هذا المضمار فقهاء كثيرون) : فالأمر يتعلق بامتداد فكري ، له معنى قانوني ، وليس مجرد معنى اقتصادي يستخدم لاستخلاص نتائج قانونية بالمعنى الدقيق ، كما يحدث في مجال التجديد . ونحن لانعرف حدود الامتداد الذي قال به جوليانوس . ولانعتقد أنه يمكن استخلاص حجج بارزة من نصي الموسوعة : ٧ ، ٣٣ ، ١ ، ٥٠ ، ١٦ ، ٢٥ .

وأنظر أيضاً :

Solazzi, specie ed estinzione delle servitù perdiali, Napoli, 1948, 27; Voci, Diritto ereditario romano, 2,313.



في هذا الفرض ، فانه مع ذلك يحمل في طياته ضمناً اتفاقاً ابراء جزئى شديداً بما جاء على لسان جايوس (٥٩) . ومن ثم فان المطالبة القضائية على أساس التعهد الرسمى الأول يمكن أن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* . ويتعين على الدائن أن يقنع بالمقدار الأقل .

وذكر جوليانوس أنه قد اعترف باتفاقات ضمنية في فروض يكون التجديد فيها غير صحيح وفقاً لقواعد القانون المدنى *iure civili* (٦٠) . فما كان من الممكن أن يكون قد قال بشيء آخر في الحالة محل البحث . ولكن لم يكن يستطيع أن يكيف هذا الوضع بأنه تجديد ، رغم التوصل إلى النتيجة العملية التي يحققها التجديد . بل يمكن تكييفه على أنه ابراء جزئى ، على أساس أن التعهد الثانى غير صحيح ، وأن التعهد الأول صحيح جزئياً ، وذلك بالنسبة للمقدار الأقل ، وباطل فيما عداه .

ومع ذلك ، فان النص موضوع الحديث لا يتكلم عن الاتفاق . بل يقبل في شطره الأخير ، التجديد في كل الفروض المذكورة على شريطة أن تكون هناك ارادة صريحة بالتجديد *specialiter expressa* . ولا ريب أن هذه الفقرة الأخيرة من النص محرقة . فمضمونها يتعارض مع عبارة *nihil agere* الواردة في الفقرة السابقة والتي تشير إلى أن التعهد الثانى لا طائل من ورائه ، كما أن هناك اشارة صريحة إلى هذا التعديل الذى أدخله جستينيان .

ويمكن افتراض أنه كانت توجد في النص الأصلى ، قبل تحريفه ، عبارة تشير إلى الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* ، محل هذه الفقرة الأخيرة

وأيا ما كان الأمر ، فانه تتعين أيضاً محاولة تفسير من أين نبع قبول التجديد في الحالات التي لم يسلم به فيها جوليانوس .

(٥٩) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

(٦٠) الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٣٠ ، ١ .

كما أن تكييف الجزء الذي يشير إلى الحقوق التي لها مضمون أقل ، لا يتفق مع الرأي الشائع . وهناك رأى مخالف يقول بأن الحق الذي له مضمون أقل لا يتضمن تناقصاً كميّاً بالنسبة للحق الذي له مضمون أكبر ، بل يتضمن اختلافاً كميّاً ، بحيث أنه ليس أقل minus بل هو شيء آخر aliud بالنسبة للحق الذي له مضمون أكبر .

٢٠ - ولقد ثار النقاش أيضاً فيما يتعلق بهذه المسألة في مجالات أخرى غير التجديد ، وهي : الوفاء ، والأبراء ، والتأمينات الشخصية .

فبخصوص الوفاء والأبراء ، كان من المهم معرفة ما إذا كان المدين بالملكية الكاملة ، يحصل على ابراء جزئى عندما يقوم بإنشاء حق انتفاع لمصلحة الدائن ، أو عندما يحصل من هذا الأخير على ابراء موضوعه حق الانتفاع .

وبالنسبة للتأمينات الشخصية ، فانه كان يتعين حل مشكلة ما إذا كان الكفيل adpromissor الذى ينشئ ضماناً موضوعه حق الانتفاع ، يكون تعهده هذا صحيحاً لمصلحة المدين الذى التزم بنقل الملكية الكاملة ؛ وهلم جرا .

والمعلومات التي نجحنا في الحصول عليها ازاء مختلف الآراء متناثرة ، ولا تسمح باستنتاجات قاطعة . وهي تبدو مع ذلك كافية لا يوضح النقطة التي تهمننا هنا .

ففي مجال حق الانتفاع ، نجبرنا جايوس ، بخصوص ما إذا كان الضمان موضوعه حق انتفاع بينما محل الدين الأصلي الملكية الكاملة ، بأن هناك خلافاً ثار حول ما إذا كان يجب اعتبار حق الانتفاع بالنسبة لحق الملكية ، بمثابة حق من نفس الطبيعة ولكن له مضموناً أقل minus ، أو بمثابة شيء آخر aliud : أى ما إذا كان جزءاً من كل Pars rei أو شيئاً مستقلاً بذاته

Proprium quiddam (٦١) . وقد قام واضعو الموسوعة ببتز بيانه ، لأن ما كان يهمهم هو تقرير أن الكفيل يبقى ملتزماً . ولكن لابد أن النص الأصلي قبل تحريفه كان يحتوى على التخيير بين أمرين : إما أن حق الانتفاع يعتبر جزءاً Pars ، كما يقول جوليانوس ، وبالتالي فإن التزام الكفيل يكون صحيحاً ، ما دام أنه من المقبول لدى الرومان أن يتضمن الكفيل الوفاء بالتزام له مضمون أقل minus (٦٢) . وإما أن حق الانتفاع هو شيء آخر aliud ، ومن ثم فإن التزام الكفيل يكون غير صحيح . وليس هناك من وسيلة لمعرفة أى الرايين كان جايوس ينضم اليه (٦٣) .

وفي مجال حق الانتفاع أيضاً ، ولكن في علاقته بصحة المبارأة اللفظية acceptilatio ، فإن أولبيانوس يؤكد بشكل قاطع أن حق الانتفاع ، مثل حق الارتفاق ، ليس جزءاً (٦٤) .

وفي نطاق حق الاستعمال ، هناك قولان متناقضان لأولبيانوس : ويفيد القول الأول بصحة المبارأة acceptilatio ، وهو يستبعد من حيث المبدأ فكرة أن الاستعمال جزء من الانتفاع (٦٥) . ويتعلق القول الثانى بالتجديد ، وهو يقبل الفرض العكسى (٦٦) .

وتوجد آراء متضاربة أيضاً في مجال الارتفاق . وتشير إلى ذلك دائماً نصوص لأولبيانوس . فالنص المذكور حالا ، والذي يشير إلى التجديد ، يقرر نفس الشيء idem بخصوص الانتقال من حق المرور المسمى actus

(٦١) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٧٠ ، ٢ .

(٦٢) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٩٤ ، ٤٦ ، ١ ، ٨ ، ٧ - ١١ : ٤٢ ؛ ٧٠ فاتحة ؛ ٢ .

(٦٣) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٤٩ ، ٢ ، ٢١ .

(٦٤) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ٢ .

(٦٥) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ٣ .

(٦٦) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، ٢ .

إلى حق المرور المسمى iter ، ولكنه يقرر ، عند الانتقال من ال iter إلى ال actus أن كلا منهما يختلف عن الآخر . وهناك نص آخر يتعلق بالمباراة اللفظية acceptilatio ، وينفى أن ال iter أو ال actus جزء من حق المرور المسمى via (٦٧) ( وهذا الحق الأخير يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكباً ، فضلا عن السماح له كذلك بأن يمر بمواشيه وبعبراته) .

٢١ — وليس من المتصور أنه كانت لأوليبيانوس آراء مختلفة ومتناقضة على هذا النحو . ومن ثم يتعين لتحديد أفكار الفقيه الروماني المشهور أن ندرس الحالات المقبولة التي توجد في :

الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١ ، ٣ :

1. “Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani. Plane si usus fructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri et erit residuae partis fundus usus fructus.

Si tamen viam quis stipulatus accepto iter (vel actum) (٦٨) fecerit, acceptilatio nullius erit momenti : hoc idem erit probandum, si actus accepto fuerit latus. si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere Liberatum eum, qui viam promisit.

2. Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum Vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat ; qui enim accepto facit, vel totum vel partem eius, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel partietem vel diaetam.

(٦٧) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١

(٦٨) وهي كلمات حذفت بحق من قبل مومسن Mommsen

3. Si quis usum fructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic, tulerit acceptum quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usu fructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere”.

يقول أوليانوس :

(١) لا أثر البتة للمبارأة اللفظية إذا كان محل التعهد الرسمي لا يقبل التقسيم . مثال ذلك إذا تعلق الأمر بارتفاق زراعى لقطعه أرض أو ارتفاق بنيانى . وقطعاً أنه من الممكن ، إذا كان حق الانتفاع ، المقرر على قطعة الأرض المملوكة لتيثيوس مثلاً ، محلاً لتعهد رسمي ، إبرام مبارأة لفظية بالنسبة لجزء من الأرض ، ويظل قائماً حق الانتفاع المقرر على الجزء الباقى منها . بيد أنه إذا كان أحد الأفراد قد اشترط حق المرور المسمى *via* ، ثم قبل مبارأة لفظية محلها حق المرور المسمى *iter* ، فإنه لا ينجم عن المبارأة اللفظية أى أثر . ويتعين القول بنفس الشيء إذا قبل شخص ما مبارأة لفظية وارادة على حق المرور المسمى *actum* . ولكن إذا قبل شخص ما مبارأة محلها حق المرور المسمى *iter* وحق المرور المسمى *actum* ، فإنه يترتب على ذلك ، القول بأن من تعهد بحق المرور المسمى *via* تتحرر ذمته .

(٢) ومن المؤكد أن من أبرم تعهداً رسمياً محلّه قطعه أرض ثم قبل مبارأة محلها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى *via* ، فإنه يخلع على المبارأة تحديداً يجعلها باطلة : لأنه يتعين على من ينشئ مبارأة ، أن يجعلها ترد على ما هو محل التعهد الرسمي ، كله أو على جزء منه . وهذه الأشياء لا تعتبر أجزاءً من قطعة

الأرض ، ومثلها في ذلك مثل ما إذا اشترط أحد الأشخاص منزلاً ، ثم اعترف ، عن طريق المبارأة اللفظية ، أنه قد تلقى قطع حجارة أو نوافذ أو حائط أو حجرة طعام .

( ٣ ) وإذا اشترط شخص ما حق الانتفاع ، ثم أبرم مبارأة محلها حق الاستعمال ، في الحالة التي يكون قد اعتقد فيها أن حق الانتفاع لا يتضمن سوى مجرد الاستعمال ، فإن الإبراء لا يتحقق . ولكن إذا كانت النية قد اتجهت إلى استنزاله من حق الانتفاع ، حيث أنه يمكن إنشاء حق الانتفاع دون تضمينه الاستعمال ، فإنه يتعين القول بأن المبارأة صحيحة .

وإذا ما أردنا التعليق على مضمون هذا النص ، فإنه يمكن القول بأن السير المنطقي له يكون على النحو التالي : تعتبر المبارأة اللفظية الجزئية صحيحة ، بشرط أن يكون الحق الذي يتعين انقضاؤه قابلاً للتقسيم . ولذلك فإن المبارأة الجزئية لا يمكن أن تعقب التعهد الرسمي الذي يرد على حق المرور المسمى *via* ، بينما يمكن أن تتبع تعهداً رسمياً محلله حق الانتفاع *usus fructus* . إذ أن حق المرور المسمى *via* ، مثل سائر الارتفاقات ، لا يقبل الانقسام . وهذا على عكس حق الانتفاع الذي يقبل الانقسام .

بل ولا يمكن تقسيم حق له مضمون كبير إلى حقوق لها مضمون أقل فلا تصح المبارأة اللفظية التي يكون محلها حق المرور المسمى *iter* أو حق المرور المسمى *actus* ، وذلك عندما يكون الحق المتعهد به عن طريق التعهد الرسمى هو حق المرور المسمى *via* . ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن يبرم تعهداً رسمياً محلله الملكية الكاملة ، فهو لا يستطيع أن يجري مبارأة صحيحة محلها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى *via* ، إذ أنهما لا يعتبران بمثابة أجزاء للملكية . وهذا التأكيد الذي جاء على لسان الفقيه أولييانوس يتم عن الرفض القاطع ، الذي تضمنته المصادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية *Pars dominii* بمثابة حقوق عينية لها مضمون أصغر .

وتطبق نفس الفكرة على حق الاستعمال usus . فمن اشترط ، عن طريق التعهد الرسمي ، حق الانتفاع ، لا يستطيع أن يجرى مباراة محلها حق الاستعمال . بيد أن هناك تحفظاً ورد في النص في هذه الحالة : فالمباراة اللفظية غير جائزة كقاعدة عامة ، ومع ذلك فإنها تجوز عندما يخص بالذكر أن حق الاستعمال الذي يرغب في انقضائه متصل بحق الانتفاع الذي تعهد به أولاً . وذلك لأن حق الاستعمال يمكن أن ينشأ باعتباره حقاً قائماً بذاته ، أى بمثابة استعمال بدون استغلال usus sine fructu . ولهذا يتوقف مصير المباراة على الطريقة التي تعبر من خلالها ارادة الانقضاء . وهذا هو ما ينطبق تماماً على ما جاء في الجزء الأخير من النص المنسوب إلى جوليانوس : فكما أن التجديد جائز في كل حالة ، على شريطة أن يعبر عن ارادة التجديد بصراحة specialiter expressa ، كذلك فإن المباراة تكون صحيحة ، بشرط أن يكون واضحاً أن حق الاستعمال منفصل عن حق الانتفاع المتعهد به من قبل . بمعنى أن يكون واضحاً ما هو الحق الذي يرغب في انقضائه .

وهذا التطابق يؤكد النتيجة التي انتهينا إليها من قبل واستخلصناها من التناقض بين ما يؤكده الشرط الأخير من النص وبين ما سار عليه من أحكام في الفروض الأخرى . وهذه النتيجة هي : أن صحة المباراة التي ترد على حق الاستعمال لا يمكن أن يتبع الا من أعمال واضعى مجموعات جستينيان التشريعية

وهكذا نجد أنفسنا ازاء ثلاثة أدلة متوافقة في موسوعة جستينيان :  
ففى نص الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ، ( المنسوب إلى جوليانوس ) ،  
يعتبر التجديد جائزاً دون أن تثار مسألة الشيء الآخر aliud أو الشيء ذاته  
idem . وفى نص الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٧٠ ، ٢ ( المنسوب إلى جايوس ) ،  
فان عقد الكفالة جائز بنفس الشروط . وأخيراً فانه وفقاً لنص الموسوعة :  
٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١ - ٣ ( المنسوب إلى أولييانوس ) ، تجوز المباراة اللفظية  
( مادام أنه لا يعرف لماذا ما يسرى على العلاقة ما بين حق الانتفاع وحق  
الاستعمال لا يسرى على الحالات المماثلة ) .

والآن نستطيع أن ننتقل إلى دراسة نص أوليانوس ، الذي يشير إلى التجديد :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، ٢ :

“Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit : item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. Sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur : aliud est enim iter, aliud actus”.

يقول أوليانوس :

«من يشترط ، بطريق التعهد الرسمي ، حق المرور المسمى actus ، ثم يشترط بعد ذلك حق المرور المسمى iter ، فإنه ليس هناك شيء يشترطه ؛ ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن اشترط حق الانتفاع ، إذا ما قام فيما بعد باشتراط حق الاستعمال ، فإنه لا يشترط شيئاً . ولكن إذا قام من اشترط حق المرور المسمى iter باشتراط حق المرور المسمى actus ، فإنه يشترط شيئاً ما إضافياً : لأن حق المرور المسمى iter شيء وحق المرور المسمى actus شيء آخر .»

يرد على هذا النص في مجموعه بعض الملاحظات العامة . منها أنه وارد في الموضوع المخصص لمعالجة نظام التجديد ، رغم أنه كان يدخل في نطاق معالجة التأمينات الشخصية . وتنشأ عن ذلك صعوبة أولية . فكثيراً ما يحدث أن يتحدث المعلقون على كتابات أوليانوس عن نظام خارج موضعه الأصلي ، بل ويتحدثون عنه بافاضة في بعض الأحيان ، عندما كانوا يجرون مقارنات بينه وبين نظم أخرى (٦٩) . وهو ما قديدفعنا إلى القول بأن هذا هو ما وقع في

(٦٩) الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ٩ ، ١٠ ، ٤٥ ، ١٠ ، ١٢٦ ، ١٠ ، وأنظر أيضاً .

Levy, Konk, 2, 1, 255



الحالة المطروحة على بساط البحث الآن ، ما لم يوجد مبرر آخر . ففي الدراسة المختصة للالتزامات اللفظية *obligationes verbes* ، عالج أولبيانوس أولاً التجديد، ثم التعهد عن المدين أو معه *adpromissio* . فهل كان في حاجة إلى أن يعود ، وهو في مجال التعهد عن المدين أو معه *adpromossio* ، إلى شروط التجديد ، أم كان بالأحرى يحل عدداً من المشاكل المماثلة لما اعترضته وهو في مجال التجديد ؟ ومن يؤيد هذا الفرض الثاني ، يجد أن احتمالات الاشارة إلى التجديد قد تناقصت .

وهناك ملاحظة ثانية على الفقرة ٩ بأكملها . فهي تلمس عدة قضايا غاية في التنوع في مجال التعهد عن المدين أو معه *adpromissio* . وتضم عدة مقترحات ، لاتجمعها في الأصل رابطة مشتركة . ويتعين اعتبار بعض هذه المقترحات ، وعلى وجه التحديد الحلول التي تضمنها البنذان الأول والثاني ، ثمرة إيجاز ، وأدى استئصالها من صلب النص إلى محو كل اشارة إلى التعهد عن المدين أو معه ، وإلى كل تذكرة محتملة بنظام التجديد .

ولنعالج الآن مضمون البند الثاني ، وهو الذي يهمننا في مجال بحثنا . وإذا كان يتعين تفسير النص من حيث تماسكه المنطقي ودقته اللغوية ، فاننا نقول أن النص يتسم بالتناقض . فاذا اشترط شخص ، بطريق التعهد الرسمي ، حق المرور المسمى *actus* ، ثم اشترط بعد ذلك حق المرور المسمى *iter* ؛ أو إذا اشترط أولاً حق الانتفاع ، ثم اشترط حق الاستعمال بعد ذلك ، فان التعهد الرسمي الثاني يكون باطلاً ، لأنه وان كان يوجد عنصر وحدة الدين *idem debitum* ، فان العنصر الجديد *aliquid novi* غير موجود ، ما دام أن الحق الذي له المضمون الأقل والذي يرد عليه التعهد الثاني يعتبر جزءاً من الحق ذي المضمون الأكبر والذي يرد عليه التعهد الأول .

وعلى العكس فانه إذا اشترط أولاً *iter* ثم اشترط ثانياً *actus* ، فانه يوجد شيء آخر *aliud* ولا يتحقق العنصر الجديد *aliquid novi* . وهكذا فاننا نكون بصدد نفس الشيء *idem* أو شيء آخر *aliud* بحسب

ما إذا كنا نهبط أو نصعد سلم الحقوق العينية . ولم يستطع أولبيانوس أن يقول ذلك . وأيا كان الأمر ، فاننا نعرف الآن رأيه . فهو لم يكن يسلم بفكرة الجزء ، بل كان يرى أن هناك شيئاً آخر aliud في كل الحالات .

فلا يمكن أن تنسب إلى أولبيانوس اذن الصيغة الحالية للنص ، بل وحتى مضمونه . ومع ذلك ، يتعين أن يكون لنص جستينيان معنى ، وهو مالا يصعب التوصل اليه . ذلك أن واضعي مجموعات جستينيان التشريعية تركوا ، عند تقليصهم النص والتعديل فيه ، كلمة الـ aliud ، باعتبارها تشير إلى الـ aliquid novi . وهكذا فان معنى الفقرة موضوع الحديث مساو لمعنى النص المنسوب إلى جوليانوس ، وهو : أن التعهد التجديدي غير صحيح في حالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل ، وهو صحيح في الحالة العكسية ، مع التحفظ (وهو غير مكرر في نص أولبيانوس) بأن ذلك يمثل نقطة البداية ، التي يمكن أن تصحح عن طريق وجود نية التجديد animus novandi المعبر عنها بطريقة مناسبة . وتقابل من جديد اللامبالاة بالمشكلة العقلانية الخاصة بالـ idem أو بالـ aliud ، إذ أن النتيجة العملية هي التي كانت تهم . ومن هنا ينشأ تبرير عدم الالتفات الذي أدى إلى ترك الـ aliud في النص .

وتقودنا هذه النتائج التي توصلنا إليها إلى البند الخاص بالفقيه جوليانوس ، وإلى الأفكار التي يتضمنها . فمن الفقهاء من لا يشاطر جوليانوس الرأي . ومما لا شك فيه أن أولبيانوس كان من بين هذا الفريق . فقد كان يذهب إلى أن الحق الذي له مضمون أقل لا يعتبر جزءاً من الحق الذي له مضمون أكبر ، ومن ثم فانه ما كان من الممكن أبداً إثارة قضية الأكثر أو الأقل (أي الوحدة idem في المقدار الأقل) ، بل هناك دائماً شيء آخر aliud . ويرتب على ذلك أن التجديد لم يكن ممكناً أبداً . إذ أن فكرة الشيء الآخر aliud تؤدي إلى صحة كلا التعهدين ، السابق واللاحق معاً . ولا يوجد بالتالي تجديد بالنسبة للقانون المدني الروماني ius civile ، بل ازدواج التعهد .

وهذا لا يعنى استبعاد اللجوء إلى الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* ، الذى كان من الممكن أن يصور تجديداً بريطورياً . والوضع الذى كان ينجم عن ذلك هو الآتى :

١ - فمن اشترط أولاً حق الملكية ثم اشترط بعد ذلك حق الانتفاع (ولتقتصر على هذا المثال) ، وتمسك صاحب الشأن بالتعهد الأول ، فكان يرد طلبه بواسطة الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* . وإذا ما تمسك صاحب الشأن بالتعهد الثانى ، فانه كان يمكنه أن يتمسك بعدئذ بالتعهد الأول . لكن موقفه عندئذ ما كان يختلف عن أحد فرضين : فاما أن يقيم الدعوى للحصول على الملكية التامة ، وكان لا بد أن يخسرها على أساس المطالبة بأكثر من المستحق *Pluris petitio* ( حيث أنه قد أشبعت رغبته بنشوء حق الانتفاع ) ؛ واما أن يحاول تفادى ما يتعرض له نتيجة للمطالبة بأكثر من المستحق ، بأن يقيم الدعوى للحصول على مجرد ملكية الرقبة ، ولكن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق .

٢ - ومن اشترط أولاً حق الانتفاع ، ثم اشترط حق الملكية بعد ذلك ، وأقام الدعوى على أساس التعهد الثانى *ex secunda stipulatione* ، فانه يجاب إلى طلبه . ولكن لا يستطيع بعدئذ أن يرفع الدعوى على أساس التعهد الأول *ex priore stipulatione* . ولا يرجع ذلك إلى التجديد ، بل كأثر للوفاء *solutio* . إذ أن الشيء الذى سيطالب به قد أصبح له . وكان يستطيع أيضاً أن يقيم الدعوى على أساس التعهد الأول ، كما يمكنه الاحتفاظ بحق المطالبة بالكل على أساس التعهد الثانى . وكان من الممكن أن يحدث أيضاً أن يتمسك المدعى عليه بالدفع بالاتفاق *e. pacti* على أساس التعهد الثانى . فلقد كان للمدين فى الحقيقة مصلحة فى عدم استدعائه أمام القضاء مرتين : مرة من أجل حق الانتفاع ، ومرة أخرى من أجل ملكية الرقبة .

والنتيجة التى نخلص إليها من العرض المتقدم أن التجديد البريتورى كان جائزاً فى حالات لم يكن يقبله فيها جوليانوس . فالدفع بالاتفاق *e. pacti*

الذى كان له أثر مبرىء بالنسبة لأحدهما ، كان يقوم بوظيفة التجديد بالنسبة للآخر .

وهكذا يظهر إلى النور عالم حاول جستينيان اخفائه عن طريق استخدام معول المحو والتحريف ، وتعاد معرفة مضمون المؤلفات volumina التى كانت تعالج التجديد ، ويتكلم عنها جستينيان بنغمة التوبيخ ، كما سيلي تفصيله . فلقد بسط الوضع واختصره فى الحدود الآتية :

١ - لم يعر أى اهتمام للفكرة النظرية الخاصة بالجزء pars . فعلى العكس ، كان ما يهيمه هو أن يظل التصرف صحيحاً ، سواء تعلق بالتجديد ، أو بالمباراة ، أو بالكفالة .

٢ - وقبلت الإيجابيات التى تضمنتها نظريتنا جوليانوس ، وأوليانوس فيتحقق التجديد فى الحالات التى يقبله فيها كل منهما . وأصبح كل تجديد له نفس الآثار . فلم يعد يوجد ما يسمى بالتجديد البريتورى .

وهكذا نتوصل إلى شرح الجزء الأخير من النص الوارد فى موسوعة جستينيان . فتحريفه يعنى تضمينه بعض الأفكار الجديدة والمتناقضة ، بالنسبة لتفكير جوليانوس . فالأفكار الجديدة أخذت عن الرأى الذى لم يكن يتبعه جوليانوس . وعلى كل حال ، فانه يمكن حصر ما يعتبر جديداً وغريباً على عالم العصر العلمى ، فى عنصر الإرادة المعبر عنها صراحة Voluntas specialiter expressa ، الذى نص عليه دستور جستينيان الخاص باصلاح نظام التجديد كما سيلي .

٢٢ - وهناك فرض يختلف عن الفروض التى عاجلناها حتى الآن ، ويشمله نص آخر لجوليانوس :

الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٦ ، ٧ :

“si a te stipulatus fuero fundum sempronianum,  
deinde eundem fundum detracto usu fructo ab alio stipu-

lor, prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem. Quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque Liberabitur, a quo detracto usu fructu fundum stipulatus fueram”.

يقول جوليانوس :

« إذا اشترطت عليك قطعة الأرض سمبرونيوس ، ثم اشترطت بعد ذلك على شخص آخر قطعة الأرض ذاتها منفصلاً عنها حق الانتفاع ، فلن يحدد التعهد الأول : لأنه بتسليمي قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، فانك لن تبرأ ، ولكن يمكنني أيضاً أن أطلبك على وجه صحيح بحق الانتفاع . ماذا سيحدث إذن ؟ عندما تعطيني قطعة الأرض ، فان الشخص الآخر الذي اشترطت عليه قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، سيتحرر » .

فكما هو واضح ، يعرض النص الفرض التالي : اشترط أحد الأشخاص ، بطريق التعهد الرسمي ، بأن يقوم « كايوس » باعطائه أرض « سمبرونيوس » . ثم قام هذا الشخص أيضاً بإبرام تعهد مع تيتيوس ، مشروطاً عليه فيه باعطائه ملكية رقبة الأرض ذاتها .

فالفرض هنا جديد ، إذا قارناه بما سبقه من فروض . وذلك ، لالآن للتعهد الثاني محلاً لم نصادفه حتى الآن ، فمن هذه الناحية نجد أنه مادام أننا خلعنا تكييف الجزء pars على حق الانتفاع ، فانه يتعين خلع هذا التكييف أيضاً على ملكية الرقبة — بل لأننا بصدد تجديد شخصي يتضمنه النص الذي نحلله . فتغيير الشخص يكفل وجود العنصر الجديد aliquid novi ، الذي لا يتوفر في الانتقال الموضوعي من الأكثر إلى الأقل . ولذلك فان التجديد يتحقق . وإذا كان النص يقول بأن التعهد الأول لا يحدد stipulatio non novabitur ، فلكون التعهد الأول لا ينقضي بأكمله ، ليس الا .

وهذا هو ما يستخلص من مقارنة النظام المذكور بالوفاء الجزئي . ومن هنا فان النص يقرر بأنه إذا لم يقيم المدين الذي يقع على عاتقه الالتزام بنقل الملكية الكاملة ، الا بنقل ملكية رقبة الأرض إلى الدائن *detracto usu fructu* ، فان للدائن أن يطالب بحق الانتفاع فقط ، ويكون طلبه صحيحاً *recte* بمعنى أن الوفاء *solutio* يملكه الرقبة ، الذي يقبله الدائن ، يكون له أثر انقضائي جزئي . فيمكن مقارنة هذه الحالة بالانابة في الوفاء *delegatio* لأن *solvit et qui reum delegat* ، كما يقول جوليانوس نفسه (٧٠) .

ومن ثم فانه إذا لم يكن يتحقق التجديد الكلي ، فانه يتحقق مع ذلك التجديد الجزئي . فتتحرر ذمة المدين إذا قام بانشاء حق الانتفاع فقط . بيد أنه إذا قام بنقل الملكية الكاملة للدائن ، فان ذمة المناب تتحرر بمقتضى ذلك ، لأن الدائن لا يستطيع مطالبة بنقل حق أصبح مملوكاً له . وهذا هو معنى الجزء الثاني من النص . فالتجديد الجزئي ممكن ، وإن كان لا يمكن اجراؤه في بعض الأحيان كما سيلي .

٢٣ - ولقد نظر إلى مشكلة التغيير في مقدار الشيء المستحق من زاوية أخرى ، في نص الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٢٩ ، فاتحة ، وهاكم النص :

“Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes”.

يقول أولبيانوس :

«يجب علينا أن نعرف أنه في مجال التعهدات الرسمية ، يوجد من التعهدات بقدر ما يوجد من المبالغ ، ويوجد من

التعهدات بقدر ما يوجد من الأشياء . ونتيجة لذلك فانه يحدث أنه باضافة مبلغ أو شيء لم يكن في التعهد السابق ، لا ينشأ التجديد ، بل يترتب على هذه الاضافة وجود تعهدين معاً .

يلاحظ أن النص مأخوذ من صلب موضوع كان يعالج فيه التجديد . فقاعدة أنه «توجد تعهدات منفصلة بقدر الأشياء أو المبالغ المشترطة *tot sunt stipulationes quot species, summae sunt* تعنى أن الديون التي تتجمع في اطار واحد لا تنتج سوى مجرد وحدة شكلية ، ولكنها من حيث الجوهر تعتبر كما لو كانت قد أنشئت منفصلة . فاذا قام أحد الأشخاص مثلاً باشتراط «العبد ستيكوس وحوزته» فانه يكون هناك تعهدان ، وبالتالي دعويان ودينان ، منفصلان ومستقلان أحدهما عن الآخر . هذا هو المبدأ . بيد أنه لم تعرض في النص جيداً النتائج التي يمكن أن تترتب عليه في نطاق التجديد . فالجزء الأخير من النص موجز كما هو واضح .

ولكن ليس من الصعب التوصل إلى هذه النتائج في مجال التجديد . فلو فرض أن أحد الأشخاص ، بعد أن اشترط في العام الماضي قطع الأراضي أ ، ب ، ج ، يقوم اليوم باشتراط قطع الأراضي أ ، ب ، ج ، د ، هـ *mixta una pecie quae non fuit in praecedente stipulatione* فهل يحدد هذا التعهد الثاني التعهد الأول ؟ يجب أوليانوس على ذلك بأن التجديد لا يتحقق *non fit novatio* لا بالنسبة لقطع الأراضي أ ، ب ، ج التي تعهد بها مرتين دون عنصر جديد *aliquid novi* ، ولا بالنسبة لقطعتي الأرض ، هـ اللذين كانا موضوع التعهد الثاني فقط . ومادام أن التعهدات الموحدة من الناحية الشكلية هي في الحقيقة مركبة ، لذلك فان التعهدات التي أبرمت للمرة الثانية والتي اشترطت بمقتضاها قطع الأرض أ ، ب ، ج تقع باطلة ؛ أما التعهدان اللذان اشترطت بمقتضاها قطعنا الأرض د ، هـ فهما صحيحان ، دون امكانية الكلام عن وجود تجديد .

ويسرى نفس هذا القول على التعهد الرسمي الذي تكون صيغته «هل تعدني بالعبد استيكوس ومجوزته ؟» السالفة الذكر . ففي الحقيقة ، يوجد

تعهدان رسميان يميز بينهما القانون ويفصل أحدهما عن الآخر . ومن ثم فإن التعهد «هل تعذني بالعبد استيكوس» ، إذا ما انفصل عن التعهد الآخر ، وقصر عليه وحده ، لم يعد يتضمن شيئاً ما جديداً ، بالنسبة للتعهد الأول الذى له نفس الصيغة . فهذا التعهد الثانى باطل إذن ، ولا يمكن أن يجدد التعهد الأول . فتسبب أوليانوس حاذق وقوى ، حينما قال أن التجديد لا يتحقق ، لأنه يوجد تعهدان *Duae sunt stipulationes* .

بيد أنه يتعين علينا ألا نفرط فى استغلال تسبب أوليانوس هذا ، وألا نوسع فى تفسيره وتطبيقه . فمثلا فى الفرض الذى سبق أن تعرضنا له والذى جاء على لسان جوليانوس (٧١) ومفاده أن أحد الأشخاص قد اشترط أولاً حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم اشترط الملكية الكاملة لهذه الأرض . فهل يتعين أن نجزىء هنا أيضاً التعهد الثانى ، ونقول أنه صحيح بالنسبة للملكية الرقبة ، بينما هو باطل فيما يتعلق بحق الانتفاع ما دام أنه فى هذا الخصوص مجرد تكرار للتعهد الأول ؟ لا ، بدون شك . فليس لدينا هنا ، كما هو الشأن فى الفرض السابق ، شيئان متميزان *duae species* ، بل شئ واحد ، وهو قطعة الأرض ، ولا يوجد بالتالى سوى تعهد واحد أبرم فى المرة الثانية . وما دام أن هذا التعهد الثانى الوحيد يتضمن فى حد ذاته شيئاً ما جديداً ، وهو ملكية الرقبة ، فانه يكون صحيحاً بالنسبة للكامل .

## ٢٤ - حالات انعدام وحدة الدين *idem debitum* التى يقبلها القانون للدنى الرومانى :

سبق أن عرضنا لبعض الفروض المتعلقة بالتجديد البريتورى ، والتى صح فيها البريتور حالات انعدام وحدة الدين باسم نية التجديد *animus novandi* . وهناك وضع مماثل يمكن أن يتحقق أيضاً فى محيط القانون المدنى ، وذلك إذا كانت العلاقة التى تجدد من علاقات حسن النية . وهذا هو ما جاء على لسان بايينانوس فى نص الموسوعة : ٢٢ ، ١ ، ٤ :

(٧١) الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ .



“Si stipulatus sis rem dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem domini transferendi continent., partus non continetur :

Verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba “vacuumque possessionem tradi” potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione (٧٢) : etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.

1. Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquod per servum venditori acquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, idcirco empti consequitur : id enim quod non transfertur in causam novationis iure pristino peti potest”.

يقول باينيانوس :

« إذا اشترطت ، عن طريق التعهد الرسمي ، أن ينقل اليك أحد الأفراد ملكية شيء ، وأن يمكنك من الحيازة الهادئة له ، فالمنطق يقضي بأن الثمار التي اقتطفها مدنتك منذ إبرام التعهد تكون لك . ولك في هذا الصدد الدعوى العامة التي تنشأ عن التعهد الرسمي ، بسبب الشرط الأخير الذي تضمنه تعهدك الرسمي . ولنبحث ما إذا كان يتعين علينا أن نقول نفس الشيء بالنسبة للمولود من رقيقة تستحق

(٧٢) يلاحظ أن العبارة :

“Potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione”

تصح عادة على النحو التالي :

“Potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem”.

لك بمقتضى تعهد مماثل : لأن عبارة الشرط الأول ، سواء تعبر عن واقعة المدين الذى ينقل الملكية ، أو تبين الأثر الأثر الذى يجب أن يرتبه التسليم الذى يتعين عليه القيام به لك ، لنقل ملكية المرأة الرقيقة اليك ، هذه العبارة لا يمكن أن تمتد إلى المولود منها منذ إبرام التعهد الرسمى . وإذا كان مثل هذا التعهد قد أجرى بواسطة مشتر إلى بائعة ، مع نية تغيير الالتزام الناشئ عن البيع ، فان هذه العبارة التى يتضمنها الشرط الأول الذى نتحدث عنه ، لا يمكن أن تفهم إلا من واقعة نقل وضع اليد الذى يلتزم به البائع ، وليس من نقل ملكية الشئ المبيع : لأنه ليس من المحتمل أن البائع رغب بمقتضى هذا التعهد أن ينشئ التزاماً أكثر امتداداً من الالتزام المتولد عن البيع . ولكن يمكن لمن أبرم التعهد لمصلحته أن يطالب بتسليمه المولود من الرقيقة ، على أساس الشرط الثانى للتعهد المعبر عنه بهذه الألفاظ «وتنقل لى وضع اليد» ؛ لأنه إذا كانت الرقيقة قد سلمت اليه فعلا ، فان المولود منها بعد التسليم كان سيعتبر جزءاً من ذمته المالية .

إذا ولد المولود من هذه الرقيقة بعد البيع ، ولكن قبل أن يشترط المشتري على البائع ، بطريق التعهد الرسمى ، أن يسلمه الرقيقة ؛ أو إذا تعلق الأمر برقيق مباع اكتسب شيئاً لمصلحة البائع ، فان المشتري لن يستطيع أن يحصل على هذه التوابع بمقتضى التعهد الرسمى الذى أجراه عندئذ ، ولكن سيكون له بهذا الشأن دعوى البيع . وفى الحقيقة أن كل ما لا يحتويه الالتزام الجديد ، الذى نغير بمقتضاه الالتزام الأول ، يمكن دائماً المطالبة به على أساس الالتزام الأول» .

أخذ هذا النص من صلب موضوع كان يعالج التعهد الرسمي غير المعين *stipulatio incerti*. بيد أن هذه المسألة *quaestio* لم تعالج فيه بأكملها. ومهما يكن من أمر، فإن النقطة التي تهمنا يمكن أن توضح من واقعة ذكر التعهد "بنتقل ملكية شيء ما"، وبنقل الحيازة الهادئة «*stipulatio rem dari vacuumque possessionem tradi*» وان كان من غير الممكن أن نتوقع أن يدرس وحده في نطاق المشكلة التي يشير إليها النص الحالي. كما يلاحظ أن ذكر البيع تم فجأة وبدون تمهيد  
ex abrupt

ومادام أن عرض بايينيانوس ليس سهلاً، لذلك فإننا سنقوم أولاً بشرح النص في أجزائه المختلفة، ثم نهتدي على ضوء ذلك إلى سيره المنطقي.

فالتعهد الرسمي *stipulatio* الذي يعالجه النص يحتوي على شرطين، أحدهما معين *certa*، والآخر غير معين *incerta*: "نقل ملكية شيء ما *rem dari*"، و"نقل الحيازة الهادئة *Vacuum possessionem tradi*".

والمشكلة محل الجدل هي ما إذا كان المولود من الرقيقة، وهي محل التعهد الرسمي، يتول إلى طالب التعهد. ويمكن الاجابة على هذا التساؤل من زاويتين: من زاوية امكانية أيلولة الطفل المولود بعد ابرام التعهد، ومن زاوية امكانية أيلولة الطفل المولود أيضاً في الفترة ما بين ابرام عقد البيع و ابرام التعهد (أى قبل انعقاد التعهد)، وذلك في حالة ما إذا كان التعهد يرمى إلى تجديد الالتزامات الناشئة عن بيع سابق. ولقد رجع بايينيانوس، في سبيل الاهتداء إلى حل لهذه المشكلة الخاصة بالمولود الجديد، إلى الحل الذي يمكن تقريره بالنسبة للثأر، ليستخلص من ذلك بلا ريب حجة قياسية.

ويجب بايينيانوس بالاجاب بخصوص المسألة المتعلقة بالثمار (٧٣)، على أساس تسييب عام: "المنطق يقضى *ratio suadet*"<sup>١</sup>. كما أنه يقرر

(٧٣) أنظر:

Grosso, obbligazioni (Corso di diritto romano), Torino, 1955, 24.

نفس الحل فيما يتعلق بابن الرقيقة المولود بعد ابرام التعهد . ونسبته في هذه الحالة الأخيرة أكثر اتساعاً ويعرضه على النحو التالي : يتعين أن ينفذ الالتزام فوراً ، statim ، إذ لم يكن مضافاً إلى أجل . ويترتب على تنفيذه في الحالة التي نحن بصدددها ، أن يتم نقل وضع اليد ، وهذا يؤدي إلى اكتساب التوابع . فكما أن وضع اليد واجب الأداء ، فإن التوابع واجبة الأداء بدورها . فمضمون التزام المتعهد هو نقل وضع اليد على المولود الجديد ، وليس نقل الملكية ، على أساس أنه ينبع من شرط «نقل وضع اليد Possessionem tradi» . ولذلك فإن باينيانوس يتكلم عن أن المولود يعتبر «جزءاً من ذمة طالب التعهد . habere in bonis» .

هذا ، والتسبيب الذي يقوم عليه اكتساب المولود الجديد يسرى أيضاً على اكتساب الثمار . وإذا كان فقهاء يقتصر على القول «المنطوق يريد ratio suadet» ، فربما لأن هذه المسألة كانت قد حسمت في عصره ، أو لأن عبارة «المنطوق يريد ratio suadet» كانت تمثل بديلاً لشرح أكثر استفاضة ومعروف مقدماً . ومهما يكن من أمر فإن هذا التعبير محير . وربما كان الأدعى بالاهتمام هو معرفة ماذا كان يقرره القانون الوضعي .

وينشأ الالتزام بتسليم التوابع الناتجة بعد ابرام التعهد الرسمي ، Post stipulationem من شرط «نقل وضع اليد Possessionem tradi» وليس من شرط «نقل الملكية rem dari» . فهذا الشرط الأخير يفرض على المتعهد الالتزام بنقل ملكية الشيء . وهذا الالتزام يفهم على أنه يتعلق بالعمل الناقل للملكية فقط Factum rei promittendi ، أو يتعلق بضمان أن يكون للعمل الناقل للملكية أثره وهو أن يصبح طالب التعهد مالكا effectum domini transferendi ، فهو لا يمتد أبداً إلى التوابع (٧٤) .

(٧٤) أنظر :

Lenel, Paling. 1, 868; De Francisci, Trasferimento :  
della proprietà, Padova, 1924, 189.

وتسرى كل هذه الأفكار على التعهد بنقل الملكية وبنقل الحيازة الهادئة  
stipulatio rem dari vacuumque possessionem tradi ، بصفة عامة .  
ولكن ، يمكن للطرفين أن يبرمناه بغرض تجديد التزامات ناشئة عن بيع  
سابق . فمدار البحث هو تقرير ما إذا كان التجديد يتحقق ، وما هي  
حدوده .

ذلك أن الالتزامات التي تقع على عاتق البائع هي تلك الخاصة بتمكين  
المشتري من الحيازة الهادئة والمستمرة للشيء vacua possessionem tradere ،  
وبتمكينه من الحصول على التوابع وعلى ما يخدم الشيء commoda rei  
بصفة عامة ، من وقت إبرام البيع ، وأن يكون سلوكه يتسم بحسن  
النية (٧٥) .

وللتعهد بنقل الملكية والحيازة الهادئة Stipulatio rem dari vacuumque  
possessionem tradi مضمون أقل ، ومن ثم فإنه يفتقد عنصر وحدة الدين  
idem debitum . فليس هناك أثر انقضائي بصفة كاملة للالتزامات  
الناشئة عن البيع ex vendito إلا عن طريق استخدام صيغة conceptio  
ملائمة (٧٦) . ولما كان العقدان ، التعهد الرسمي وعقد البيع ، يظلان  
لذلك على قيد الحياة ، فإنه يتعين تحديد ما يمكن الحصول عليه بمقتضى كل  
منهما .

ينتج التعهد أولا ، الالتزام بالاعطاء dare . ولكن يتعين أن يخلع  
على الاعطاء datio معناه الضيق للغاية ، كعمل ناقل للملكية . فالبائع

---

(٧٥) الموسوعة : ١٨ ، ١ ، ٨٠ ، فاتحة ؛ ١٩ ، ١ ، ١٣ ، ١٠ - ١١ - ١٣

- ١٨ ؛ ١٩ ، ٤ ، ١ ، فاتحة ؛ مجموعة الدساتير : ٤ ، ٤٩ ، ١٣ .

(٧٦) مثل «مايتعين أعطائه لك بمقتضى البيع Quidquid ex vendito te dare

facere oportet وماشاهها ، كما هو مستخلص من الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٢٧ .

بصفته هذه قد لا يكون ملزماً الا بهذا العمل . ولذلك فانه من المحتمل أنه لا يريد العمل على زيادة مضمون التزامه بواسطة التعهد .

ويبدو أن هذه الحجة التي قال بها باينيانوس ، تؤسس على سببين . أولهما له طابع سلبي : فبدون حاجة إلى تكرار العودة إلى نموذجي التجديد المتقابلين ، وهما التجديد المدني والتجديد البريتوري ، فانه من المسلمات أنه لا توجد أية صعوبة في الانتقال من الالتزام بالتمكين *habere licere* إلى الالتزام بإجراء الاعطاء *datio* . وثانيهما له طابع إيجابي : فمع أنه لا يمكن اجراء التجديد وفقاً لنموذج القانون المدني ، يوجد مع ذلك فيه التجديد لدى الطرفين ، ولا يريد البائع بمقتضاها أن يضاعف أداءه . فيتعين تفسير التعهد من خلال هذه الزاوية : فوجود التجديد مسألة قانون ، ولكن مضمون ارادة المدين مسألة واقع ، من الممكن الاهتداء اليها سواء وجد طرفاً للتجديد أو لم يوجد . ومن ثم فانه ينسب إلى ارادة البائع التعهد ، لا بأقصى ما يمكن أن يكفله الالتزام بالاعطاء *dare* ، بل بالمضمون الذي يتلائم مع الوضع السابق . وما دام أن أقصى ما يستطيعه البائع ، دون أن يتخطى حدود البيع ، هو أن يتعهد باجراء العمل الناقل للملكية ، فانه يتعين أن يكون ذلك هو ما قصده بالالتزام الجديد . وهذا تطبيق دقيق لمعيار القياس في مجال التفسير . وهو تعليل لا يمكن تصوره الا بالتسليم بكل كلمة موجودة في النص ، مما في ذلك عبارة نية التجديد *animus novandi* (٧٧) .

وينتج التعهد ثانياً ، الالتزام بنقل الحيازة *Possessionem tradere* ولا توجد هنا مشاكل تفسير بالنسبة للالتزام في ذاته . ولكن يتعين حسم مسألة ما إذا كان من الممكن للتعهد أن يكفل التوابع التي تنشأ قبل ابرامه ، والاجابة على ذلك تكون بالنفي بكل تأكيد . فالتعهد الرسمي ، بدون صيغة *conceptio* ملائمة لا يمكن أن يكفل الا ما ينتج من لحظة ابرامه .

---

(٧٥) أنظر : أرانجو روييز Ruiz — Arangio المؤلف السالف الذكر ؛ ١١٩ ؛

و كذلك :

Pasquale Voci, Diritto ereditario romano, 2, 894.

ولنرى الآن ما يمكن للبيع أن يكفله . فما يحتويه التعهد الرسمي لا يستطيع البيع أن يباشر أى أثر عليه : من حيازة ، وأعطاء *datio* ، والملحقات التى تنشأ بعد إبرام التعهد *Post stipulationem* . إذ لما كان البيع من تصرفات حسن النية ، ويقتضى حسن النية عدم المطالبة بأداءات اتفق عليها وكفلتها طريقة أخرى ، ومن ثم فإن جزء الطلبات *intentio* فى صيغة الدعوى يقتصر مضمونه بقوة القانون *ipso iure* على الاداءات التى لم يتضمنها التعهد الرسمي . فليس هناك حاجة اذن للدفع بالاتفاق *exceptio pacti* ، أو الدفع بالغش *exceptio doli* .

بيد أن هناك بعض التزامات البائع لا يشملها التعهد الرسمي . ويستطيع المشتري بالنسبة لها أن يرفع دعوى الشراء *actio empti* . وهو يحصل ، بمقتضى هذه الدعوى ، على الملحقات التى تنتج فيما بين البيع والتعهد الرسمي .

ولنحاول ، بعد أن شرحنا النص بأجزائه المختلفة ، أن نوضح سيره المنطقي . فمن المحتمل أن باينيانوس كان يبحث النتائج التى تترتب على التعهد بالإعطاء ونقل الحيازة *stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi* . وكان يرمى إلى مقارنة ما يتحصل عليه بواسطة البيع ، بما يتحصل عليه عن طريق التعهد الرسمي .

ولم يكن من الممكن الحصول على الملحقات بمقتضى شرط الاعطاء *rem dari* ، لأن الاعطاء ، أيا كان مفهومه لا يحقق هذه النتيجة ، ثم إنه يفهم بالمفهوم الضيق فى الحالة محل البحث . وعلى العكس ، فانه يمكن الحصول عليها بمقتضى شرط نقل الحيازة *Possessionem tradi* ، ولكن من وقت إبرام التعهد . وفيما عدا ذلك تظل دعوى الشراء *actio empti* هى المعمول بها .

وهكذا يتضح أن التجديد ، بحسب النموذج الذى يقرره القانون المدنى ، ليس موجوداً فى نص باينيانوس ، وذلك لأنه ينتقل من التمكين *habere* إلى الاعطاء *licere* ، ولأن الملحقات لا يمكن المطالبة بها بأكملها

عن طريق دعوى التعهد الرسمي *actio ex stipulatu* . ولكن تنقضى بعض الالتزامات الناشئة عن البيع *ex venditio* ، بمقتضى قواعد القانون المدني الروماني ، مما يرتب آثار تجديد جرتي ، أطلق عليه باينيانوس في البند الأول اسم التجديد .

وسمة هذا التجديد أن الأثر الانقضائي لا ينتج عن التعهد الرسمي *stipulatio* ، بل عن طبيعة حسن النية التي يتصف بها البيع ، والتي ترفض ازدواج الأداء : فالتعهد مسلمة ، وحسن النية هو سبب الانقضاء وعليه ، فانه لما كان انقضاء الالتزام الأول *Prior obligatio* ليس نتيجة مباشرة للتعهد الرسمي ، فان التجديد المبين حالاً على هذا النحو يماثل التجديد البريتوري .

ويشهد البند ، بعد أن شرح بكل أجزائه ، بدقة باينيانوس وعمقه . وليس هناك محل للقول بأن التأكيدات الهامة التي تضمنها النص ، والتي فسرت على وجه غير صائب ، من عمل معاوئي جستينيان أو غيرهم من المحرفين (٧٨) .

٢٥ - حالة أخرى يتحقق فيها التجديد البريتوري ، ولكن ليس بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين أو العنصر الجديد : لقد درسنا فيما تقدم حالات مختلفة للتجديد ، ليست مطابقة لنموذج القانون المدني ، بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين *idem debitum* أو العنصر الجديد *aliquid novi*

بيد أنه قد تحول دون صحة التجديد أيضاً واقعة أن التعهد الذي يستعمله الطرفان بقصد التجديد ، لا ينتج سوى مجرد مسئولية بريتورية . فلا يستطيع البريتور بالتالي ألا يعترف بالآثار التي تترتب على الأوضاع التي ابتدعها ، ومن ثم يكفل ما يحققه التجديد من نتيجة عملية ، كما في النص التالي :

(٧٨) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٨٩ ، ٤٥ ، ١ ، ٧٦ ، ١ ، ١٢٥ .



“Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi sum-moveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quasitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit; quod si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aequè nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum Liberum esse credidisset”.

يقول جايوس :

« لأحد الأفراد مبلغ من النقود في ذمة تيتيوس ، ويقوم عبد بالتعهد له بهذا المبلغ ذاته عن طريق التعهد الرسمي : فاذا طالب تيتيوس بهذا الدين ، فهل يمكن بل وهل يتعين رفض هذه المطالبة بمقتضى الدفع الناشئ عن الاتفاق ، لأنه ، كما هو ظاهر ، من المتفق عليه عدم مطالبة تيتيوس به ؟ يعتقد جوليانوس أن مطالبته سترفض ، ما لم تبق له دعوى الحوزة ضد سيد الرقيق : وهذا هو ما يحدث إذا ما كان لدى الرقيق من الأسباب المعقولة لكي يلتزم من أجل تيتيوس ، كما لو كان له عليه مثلاً مبلغ مساو .

ولكن ، إذا التزم الرقيق من أجل تيتيوس كضامن ، فلا توجد دعوى الحوزة في هذه الحالة ، ويعتقد أنه يتعين ألا يمنع الدائن من مباشرة دعواه ضد تيتيوس ؛ وهذا مماثل لما لو تعاقد مع هذا العبد ، بسبب اعتقاده بأنه حر ، فإنه لا يمكن أن يحول بينه وبين رفع الدعوى .

يشير النص إلى حل للفقيه جوليانوس . فالفرض أن « كايوس » دائن للمدعو « تيتيوس » . ويوافق على أن عبداً يتعهد له بنفس المبلغ بدلا من

« تيتوس » . وما دام أن العبد لا يستطيع أن يلزم نفسه أو سيده وفقاً لأحكام القانون المدني الروماني ، فإن تعهده لا يكون صحيحاً ، ولا يوجد تجديد مدني بالتالي . بيد أنه إذا كان تعهد العبد يدخل في أعمال إدارة أجزائها لحساب سيده ، فإن السيد يظل ملتزماً على أساس دعوى الحوزة *de peculio* . ومن ثم تتور المشكلة المتعلقة بما إذا كان يمكن أن يرتب اتفاق الانابة في الوفاء أي أثر على الالتزام الأول *Prior obligatio* ، الذي يظل قائماً نتيجة لبطان الالتزام الثاني .

ويقدر جوليانوس مضمون اتفاق الانابة المشار اليه ، على النحو التالي : الدائن ، وهو المناب لديه ، مستعد لبراء المنيب من الدين ، إذا استطاع الحصول عليه بواسطة التعهد الرسمي الذي يبرمه مع الرقيق . ولذلك فإن العبد اما أن يكون في وضع يسمح له بترتيب التزام ناشئ عن الحوزة *de peculio* في ذمة سيده ، وعندئذ يكون للاتفاق قيمة ؛ واما لا يستطيع أن يرتب التزاماً على عاتق سيده ، وفي هذه الحالة يمكن للمناب لديه أن يستصدر حكماً لصالحه في مواجهة المنيب على أساس الالتزام الأول *ex priore obligatione* .

ويعني كل ذلك أن التعهد الذي يبرم مع العبد يمكن أن يحقق التجديد أولاً بحققه : فاذا ما حققه ، فإن الأمر يتعلق بتجديد يحميه البريتور . فهذا الأخير يرفض ، بناء على الدفع بالاتفاق *exceptio pacti* ، كل أثر للالتزام الأول *Prior obligatio* (٧٩) .

(٧٩) جايوس : ٣ ، ١٧٦ ؛ الموسوعة : ١٥ ، ١ ، ٣ ، ٥ - ٧ ؛ الموسوعة :

٤٤ ، ٧ ، ٤٤ ، ٦ ؛ ٤٥ ، ٣ ، ١ ، ٦ . وأنظر أيضاً

P. Voci, una quaestio papiniana in tema di stipulatio poenae, st. in memoria di A. Giuffrè, P. Voci, La responsabilità del debitore da stipulatio poenae, st., in onore di E. Volterra.

٢٦ - الشرط الرابع : نية التجديد Animus novandi (٨٠) .

ثار الجدل حول هذا الشرط بخصوص نظام التجديد في العصر العلمي ، كما قلنا في المقدمة . فمذ صدور كتاب الفقيه الألماني « فون ساليوس Von Salpius » في النصف الثاني من القرن التاسع عشر (٨١) ، شاع الرأي القائل بأن نية التجديد لم تكن شرطاً من شروط التجديد في العصر العلمي . والحق أن « فون ساليوس » ذهب إلى أن أساس التجديد كان في الأصل هو التعهد الرهنى التجديدي stipulation novatoire ، مفهوماً على أنه مجرد عمل شكلي . وكان لهذا التعهد أثر انقضائي بالنسبة للالتزام القديم ، مثله في ذلك مثل ما كان يترتب على الاشهاد على الخصومة Litis contestatio من انقضاء العلاقة الالتزامية لمعروضة على القضاء . ولكن كان فون ساليوس يعترف مع ذلك لنية التجديد بمظهر قانوني خلال العصر العلمي .

بيد أنه حدث تركيز من قبل الشراح اللاحقين عليه على فكرة أخرى ، قال بها أيضاً ، وهي أن بعض النصوص التي تتضمن نية التجديد animus

---

(٨٠) أنظر : Von Salpius, Novation und Delegation nach röm. Recht, Berlin, 1864; salkowski, zur Lehre von der novation, 1866; Gradênwitz, Interpolationen in den Pandektên, Berlin, 1887; Lévy, Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio, Berlin, 1907; Schulz, classica roman Law, Oxford, 1951; Costa, Animus novandi, studi schupfer, I, 50; Scialoia, Le interpolazioni dei testi delle pandette e L'ipotesi d Bluhme; Cornil, cause et consequences de L'apparition tardive de L'animus novandi, mélanges Fournier, 87; Pringsheim, zur Geschichte des animus novandi, studi Arangio Ruiz, 1952, 1, 509; Bonifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli, 1959.

(٨١) فون ساليوس ، المرجع السابق .

novandi شأها التحريف . فلقد مد هؤلاء الشراح من نطاق ما أظهره فون ساليوس من تحريفات ، لدرجة أنه لم يوجد نص لم ينعتوه بأنه محرف بسبب ذكره فيه التجديد (٨٢) .

وخلاصة نظريتهم أن التجديد في العصر العلمي كان ينتج ليس من نية المتعاقدين ، بل من صيغة التعهد الرسمي التي ينطقان بها . فاذا قارنا كتاب النظم لجستينيان بكتاب النظم لجايوس ، فاننا سنلاحظ اختلافاً وحيداً فيما يتعلق بموضوع التجديد . فالعصر الذي يركز عليه جستينيان ، وهو نية التجديد ، يضرب جايوس صفحاً عنه تماماً . ويستخلصون من ذلك أنه ما كان لازماً في عصر جايوس ليس نية التجديد ، وانما الشكل الارتسائي للتعهد التجديدي : فالتجديد كان يتوقف ليس على ما أراده المتعاقدان ، بل على ما قالاه وهذه الصيغة التي ينطقان بها ، ليست قابلة للتفسير أو التأويل . فعناها محدد مقدماً . ومن ثم فبمجرد النطق بها ، فان أثرها لا يمكن تجنبه ويترتب فوراً .

فشرط نية التجديد ، في تقديرهم ، لا يرجع تاريخه الا إلى جستينيان الذي أدخله بطريق التحريف ، في نصوص العصر العلمي . ولم يعد الطرفان ، في عصره ، مقيدين بأية صيغة . وفقد التعهد الرسمي قوة الامتصاص التي

---

(٨٢) ويعلن ساليوس بصفة خاصة ، في مؤلفه السالف الذكر ص ١٨٩ ، أن نية التجديد أصبحت شرطاً من شروط التجديد ، مقررراً بمقتضى القانون ، ابتداء من الفقيه بايينانوس فقط . وهذا الاصطلاح كان يستخدمه الفقهاء السابقون عليه ، بقصد تحليل التعهد التجديدي . أما النصوص التي ذهب ساليوس إلى أنها محرقة ، فهي : الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ، ٤٦ ، ٤ ، ٢٩ ، ٤٦ ، ٢ ، ٣١ ، ١ . فأثر التعديل الذي أجراه جستينيان فيها واضح بدرجة ملموسة ، أما فيما يتعلق بالمدنى نطاق النصوص المحرقة ، فانظر : جرادينفيتز ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢١٨ ، ليفي ، المرجع المشار اليه ، ص ٣٣ ، سالكوفسكي نفس المرجع المشار اليه من قبل ص ٩٥ .

كان يتسم بها في عصر جايوس ، كما زالت صيغة اللفظية (٨٣) . وأصبح يكتفى بالإشارة إليه في عبارات مدونة يتضمنها التصرف القانوني *quibuscumque verbis compositae* . وسقط المعيار الشكلى القديم ، واستبدل به البحث عن ارادة الطرفين . ومن هنا برزت فكرة نية التجديد بمفردها في مؤلفات جستينيان التشريعية . وتطلب جستينيان أن تكون ارادة التجديد صريحة ، والا فان التعهد الجديد لن يترتب عليه سوى زيادة الوسائل القضائية لصالح الدائن .

ولم يعد التجديد بالتالى تلقائياً ، بل أصبح قصدياً . ولذلك فان جستينيان لم يدع يتكلم في مؤلفاته المذكورة ، الا لمن يتفق من الفقهاء في كلامه مع قوانينه الجديدة . ولم يتردد في ادخال التعديلات اللازمة في كتابات فقهاء العصر العلمى ، إذا اقتضى الأمر ذلك . وهذا هو ما يعلنه صراحة في مجموعة دساتيره : «رغبة منا في تبسيط مسائل التجديد المعقدة ، ومحاولة منا في التخلص من غموض القانون القديم (٨٤)

“*novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates*» .

وهكذا ، يستطيع الدائن أن يشترط «ما هو مستحق له» دون أن يترتب على ذلك انقضاء دينه وتجديده . فيجانب الحق الجديد الذى يكتسبه بايرامه التعهد الرسمى ، ممكنه ، إذا رغب في ذلك أن يحتفظ بحقه القديم دون مساس . فهذا الحق لا ينقضى ولا يحدد الا إذا أراد انقضاه وتجديده ، لأن التجديد صار عملاً ارادياً . ولم يعد يوجد تجديد بدون نية التجديد .

وليست هذه هي النقطة الوحيدة في مجال التجديد التى تجاوز فيها الشراح رأى ساليوس . بل لقد تجاوزوه في نقطة أخرى أيضاً ، وأخذت أهميتها

(٨٣) أنظر مؤلفنا : موجز نظرية الالتزام في القانون الرومانى ، ص ٦١ ومايلها .

(٨٤) مجموعة الدساتير : ٤١ ، ٨٠ .

تزداد تدريجياً . ذلك أن ساليوس كان يذهب إلى أنه ليس من الضروري أن يكون التعهد التجديدي معنوياً ، أي يتضمن الإشارة إلى الالتزام الذي يرمى إلى إنجائه (٨٥) . ولكن جاء الشراح بعده ، واعتبر الكثيرون منهم أن هذه الإشارة شرط من شروط التعهد التجديدي (٨٦) .

وكذلك فإن بعض الشراح ، في الوقت الحاضر ، يعتبرون هذا العنصر ضرورياً (٨٧) . فوجود شرط العنوان هو الذي يبرر أثر الانقضاء الذي يرتبه التعهد التجديدي ، دون أي تطلب لنية التجديد (٨٨) .

٢٧ - ولقد تلقفت أفكار ساليوس ، وطورت . ويرجع ذلك إلى أنها كانت تتفق في غالبيتها مع الاعتقاد الذي كان سائداً في مجال الإرادة Voluntas . فالأهمية التي أضفيت على الإرادة في قانون جستينيان ، كانت تبرر التحريفات في نصوص العصر العلمي ، عن طريق تضمينها اصطلاحاً " نية التجديد animus novandi " .

وهكذا انتصر الرأي الذي يمكن عرضه في العبارة العامة التالية : كان التجديد يؤسس في العصر العلمي على عنصر موضوعي ، بينما كان يعتمد في قانون جستينيان على عنصر شخصي وهو إرادة الطرفين . بيد أن الإرادة ، التي يعترف بأثرها قانون جستينيان ، ليس من الضروري أن يعبر عنها صراحة ، بل على العكس يمكن أن تكون مخالفة للمعنى الظاهري للتعبير ، وهذا وفقاً للرأي الشائع . فكان يتعين القول ، نتيجة لذلك ، أن إرادة التجديد لم يكن من الممكن أن تفلت من هذه القاعدة العامة .

(٨٥) ساليوس ، المؤلف السالف الذكر ، ص ١٦٣ ، ص ١٧١ ، ص ١٧٩ .

(٨٦) ولقد تبني هذا الرأي في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، سالكوفسكي ، المرجع السالف الذكر ، ص ٩٥ .

(٨٧) أنظر على سبيل المثال : شولز ، المرجع المشار إليه ، ص ٤٨٤ .

(٨٨) هذا هو رأي بونيفاتشو ، المرجع السالف الذكر .

ولقد كان من السهل على الفقيه برنجشم Pringsheim (٨٩) ، أن يبرز عدم وجود تناسق بين هذه الأفكار ، وأن يثبت أنه إذا كانت الإرادة هي أساس التجديد في قانون جستينيان ، فانه كان يتعين مع ذلك أن تكون ارادة قد عبر عنها صراحة . وأضاف (٩٠) أن عنصر النية animus ، باعتبارها ارادة داخلية يتعين الاعلان عنها من طريق التعبير بحسب قواعد قانون جستينيان ، لا ينتمى إلى هذا القانون ، لأن جستينيان يتطلب ارادة صريحة ؛ وليس من أصل يرجع إلى العصر العلمي ، لأن الرومان ما كانوا يقيمون وزناً للنية ، بل يرجع إلى عصر الامبراطورية السفلى ، وهو على وجه التحديد من نتاج المدارس الشرقية . فلقد تم تغيير في نصوص العصر العلمي على يد هذه المدارس ، على تقيض ما جرى عليه العمل . ولقد قام جستينيان على العكس بتجميع ما أسفرت عنه مقتضيات الحياة العملية ، وحررها من عبء الشروط الخاصة .

هذا ولقد كان ساليوس سابقاً في القول بأن الأفكار الموجودة في كتاب النظم لجستينيان تفسر بطريقة غير صحيحة القانون الروماني في العصر العلمي (٩١) . كما أن واضعي مجموعات جستينيان التشريعية نسبوا إلى فقهاء العصر العلمي أفكاراً ، صحيح أنها كانت توجد في مؤلفاتهم ، ولكن لا يرجع أصلها التاريخي اليهم (٩٢) .

٢٨ - ويبدو أنه من الصعب الانضمام إلى الآراء التي سبق اجازها عن عنصر نية التجديد ، وعن تاريخ التجديد بصفة عامة . فلا يمكن التسليم بأن الأثر الانتقاضي للتجديد يعود إلى القوة الشكلية التي كانت للتعهد الرسمي ،

(٨٩) برنجشم ، المرجع السالف الذكر ، ١ ، ص ٥٠٩ .

(٩٠) أنظر :

Pringsheim, Ynimus in roman Law, in "Law Quart. Rev.", 49, 1933, 43.

(٩١) ساليوس ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٥٦ .

(٩٢) أنظر أيضاً :

Pringsheim, Animus in roman law, in Gesamm. Abhandlungen, 1, 361, 365.

مثله في ذلك مثل الاشهاد على الخصومة *litis contestatio* . فوفقاً لهذا الرأي ، كان التعهد الرسمي عبارة عن تصرف قانوني ينشئ علاقة الزامية لها مضمون معين ، ويقضى عن طريق قوته الانشائية ذاتها ، على علاقة سابقة لها نفس المضمون : وعلى هذا النحو يتحقق التجديد .

فلقد سبق أن أوضحنا أوجه الاختلاف ما بين التعهد الرسمي والاشهاد على الخصومة ، مما دفعنا إلى القول بأن تشبيه أحدهما بالآخر لا يستند على أى أساس سليم .

أما فيما يتعلق بالأهمية الكبرى التي أضفيت على الشرط الخاص بكون التعهد التجديدي معنوياً ، فانه من السهل الرد على ذلك . فهذا الشرط المزعوم لا يستخلص من المصادر . فهي ترتب فقط بعض النتائج الخاصة على كون التعهد الرسمي معنوياً (٩٣) .

وبالنسبة لما يؤكد الشراح من أن الاشارة إلى نية التجديد *animus novandi* هي من تحريفات جستينيان ، فاننا نرى أن هذا الرأي صحيح في كثير من الأحيان ، ولكن ليس بصفة دائمة . ولا يعتبر حجة منطقية ، القول بأن وجوب فكرة من الأفكار يستخلص من تكرارها في النصوص .

---

(٩٣) ولقد لاحظ ساليوس من قبل أن النصوص تعالج التعهد الرسمي بلا مبالاة بما إذا كان معنوياً أو غير معنون . وبالنسبة لضرورة العنوان ، فلم يتمكن أحد من اثبات ذلك ، مستنداً على أدلة قاطعة . ولا يمكن أن يقال أن ماعرضه «سالكوفسكي» (المرجع السالف الذكر ، ص ٩٥) ، أو «بونيفاتشو» (المرجع السالف الذكر ، ص ٥٠) ، يتضمن حججاً مقننة كما أن الحجج التي ساقها رابيل : *Rabel, scritti milanesi Ferrini 1949, 4, 218* ، لا يقبلها العقل . والنصوص التي تشر قطعاً إلى التعهد المعنون ولها بعض الأهمية ، هي : الموسوعة : ٣ ، ٢٤ ، ٣٢ ؛ ٤٥ ؛ ١ ، ٢٩ ، ٤٧ ؛ ٦ ، ٧٥ ، ٧٦ ؛ ١ ، ٨٩ ؛ ١٢٥ ؛ ٤٦ ؛ ٢ ، ٢ ، ٨ ، ٢٦ ؛ ٢٧ ؛ ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٣ ، ٧٢ ، ٣ . ولا يستخلص منها شرط عام متعلق بفكرة العنوان .



فطريقة التحريف تؤكد أن مبدأ الاستنتاج عن طريق الاستدلال ، وهو المبدأ المنتقد هنا ، ليس سوى دليل تمهيدى يتعين اثباته . وعلى كل حال ، فإنه توجد بعض النصوص التي يرجع أصلها إلى العصر العلمي وتتضمن الإشارة إلى سبب التجديد *Causa novandi* ، أو نية التجديد *animus novandi* .

كما أن الأمور لم تصبح في وضع أفضل عندما نسب التحريف إلى علماء من المدارس الشرقية . وتوجد حجج جادة تحول دون أخذنا بهذا الرأي . فلا يمكن الاعتقاد بأن واضعى مجموعات جستينيان التشريعية ، ولا سيما كتاب النظم ، كانوا يجهلون نظرية قريبة منهم لهذه الدرجة . والحق أن فقه تريبونيانوس *Tribonianus* كان من الشهرة بمكان . ولا يمكن التسليم بأنه قام ببسط أفكار تنسب إلى القانون الرومانى في العصر العلمى بينما كان يجهل تلك الأكثر قرباً منه (٩٤) .

وإذا كان تحريف نية التجديد يقصد معنى آخر غير المعنى الذى يتنبهه اصلاح جستينيان ، لنجم عن ذلك وضع متناقض ، يكون التأكيد فيه على نية التجديد ، وهو مصر فى هذه الحالة ، يعلو على الاشارات الصريحة إلى الارادة الخاصة *Voluntas specialis* (٩٥) . ولقد ذكر اصلاح جستينيان بصراحة ثلاث مرات ، بينما ذكرت نية التجديد *animus novandi* أو تصرف التجديد *actum ut novetur* ١٨ مرة . مما يدل على سمو نية التجديد دائماً .

ويوجد تعبير "نية التجديد" ، وما يشابهه ، فى مؤلفات لها طبيعة غاية فى التنوع : ليس فقط فى كتابات بايينيانوس وشروح أوليانوس وبولص ،

---

(٩٤) فجستينيان يمتدح فقه تريبونيانوس ، ويظهره بدرجة كبيرة ، كما فى دستور :

. ١٠٦٠٧

(٩٥) يظهر اصلاح جستينيان فى ستة نصوص فقط .

بل وكذلك في مؤلفات جافيلونوس ، ومبونيوس ، وسلسوس ، وفنيليوس ،  
وفي كتابات لها طابع فردي بحت (٩٦) .

ولا يمكن تصور أن كل هذه المؤلفات كانت موضوعة تحت تصرف  
مدارس عصر ما قبل جستينيان ، اما بسبب الأهمية الضئيلة لبعض منها ،  
ولما بسبب قانون الأسانيد . وعلى العكس ، فان استعمالها ، والتحريفات  
المحتملة التي أدخلت عليها ، يمكن أن يفسر جيداً إذا ما وضعت في علاقة  
مع تدوين الموسوعة . ففضل تريبونيانوس ينحصر في الحقيقة في انقاذ  
العديد من المؤلفات من الاختفاء التام .

وكثيراً ما أشير إلى نية التجديد بلا طائل أو من قبيل الخطأ (٩٧) .  
ويرجع ذلك إلى الإدراج الآلي عند تدوين مجموعات جستينيان التشريعية .  
ولم يكن ذلك مرده إلى فعل دارسين يعملون في هدوء .

٢٩ — وواجبنا الآن ، على ضوء ما تقدم من آراء ، أن نعيد تقدير  
نية التجديد من الناحية التاريخية (٩٨) . والقضية الأولى التي يتعين البدء

---

(٩٦) الموسوعة : ٤ ، ٤ ، ٥٠ ، ١٧ ، ٢ ، ٧١ ، فاتحة ؛ ٢٤ ، ٣ ، ٦٦ ، ٢٤ ؛

٤٥ ، ١ ، ٩١ ، ٦ ، ٤٦ ، ٢ ، ٢٤ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٤٦ ، ٢٤ ، ٢ ، ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٣ ،

. ٩١

(٩٧) أنظر على سبيل المثال : الموسوعة : ٤ ، ٤ ، ٢٧ ، ٣ : "novare novandi"

"animus" ؛ ١٤ ، ٣ ، ١٣ : "novare novandi animo" ومن قبيل الخطأ ذكر نية

التجديد animus novandi في الموسوعة ٤٦ ، ٢ ، ٢٢ :

"Si quis absente me a debitoe rmeo stipulatus est novandi animo,  
ego postea ratum habuero, novo obligationem,,"

فلقد نسبت ارادة التجديد هنا إلى أجنبي ، وهو مالا يجوز قانوناً . والصواب هو أن النص

الأصلي قبل نقله كان ينسب هذه الارادة إلى المعترف به قانوناً ، أى الدائن . وليس صحيحاً كذلك

ذكر نية التجديد في : الموسوعة : ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١ (الشطر الثاني) .

(٩٨) أنظر : Frezza, Animus novandi, st. Biondi, 1, 227.

بدراستها هي معنى نية التجديد animus novandi في الهيكل العام للتجديد . فلقد سبق القول بأن نظام التجديد كان من ابتداع الفقه ، الذي استخدم التعهد الرسمي هنا ، كما في مواضع أخرى ، لتحقيق غاية لم يكن القانون المدني القديم يراها (٩٩) . والغاية هنا هي أن يجمع في عملية واحدة انقضاء علاقة سابقة ونشوء علاقة جديدة ، بحيث يمكن تجنب الدائن خطر انقضاء الالتزام الأول بدون أن يتم نشوء الالتزام الثاني بسبب امتناع المدين صحيح أن الدائن كان لديه في مثل هذه الحالة بعض الوسائل المدنية أو البريتورية ، كدعوى الاسترداد Condictio ، أو دعوى التديليس actio doli . ولكن كان يجد نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى القضاء . وهكذا تبرز فائدة التعهد التجديدي الأصلية .

٣٠ - ومما لا شك فيه أن هذا الوضع للتجديد تسوده في الواقع ارادة تحقيق الأثر الانقضائي - الانشائي الذي قمنا بشرحه . ورغم أن هذه الارادة توجد لدى الطرفين كقاعدة عامة ، إلا أن هناك استثناءاً يرد عليها ، وهو أنه يمكن لمدين جديد أن يحل محل مدين قديم دون حاجة لرضائه ، وذلك في الصورة التي يطلق عليها الشراح المحذون اسم التعهد بالوفاء expromissio (١٠٠) . وبسبب الأهمية المتواضعة لهذا الاستثناء ، فإنه سيقال دائماً ، لتبسيط الأشياء ، أنه لا بد من اتفاق بالتجديد .

والمشكلة التي كان يتعين على الفقهاء الرومان حلها هي البحث عن طريقة لاضفاء صفة قانونية على الاتفاق بالتجديد . وصعوبة الاهتداء

(٩٩) ينسب التجديد إلى أصول سحيقة في القدم . أنظر على سبيل المثال :

Meylan, La réforme just. de La novation, Acta Congr. iurid. intern., 1934, 1, 279.

ولا يمكننا أن ننضم إلى مثل هذا الرأي .

(١٠٠) أنظر : Windscheid, Pandette, 2, 353, P. 371, tr. it. وكما هو

معلوم ، فإن الكلمة اللاتينية expromittere أهم من المعنى الموجود في المتن بكثير .

إلى حل تكمن في كيف يمكن وضع الاتفاق في شكل ملائم للقانون المدني *ius civile* . ذلك أن القانون المدني لم يكن يعترف بالاتفاق في حد ذاته . فلجأ الفقهاء إلى التعهد الرسمي . ومع ذلك ، نجمت عن محاولة ملائمة نظام التعهد الرسمي لتحقيق التجديد صعوبات شخصية ، وأخرى موضوعية .

فن الناحية الشخصية ، يمكن للتعهد الرسمي أن يمتص في ذاته اتفاق التجديد ، دون حدوث تغيير في الطرفين . ولكنه لا يستطيع ذلك بالنسبة لاتفاق الانابة *delegatio* . ففي الانابة الايجابية ، يكون الاتفاق على التجديد مختلفاً بالضرورة عن التعهد التجديدي من حيث الأشخاص . فالاتفاق يبرم بين الدائن المنيب والمدين المناب . ويتحم انعقاده ، لأنه لا يمكن اجبار المدين على التعهد *Promittere* لمصلحة الغير (١٠١) . فن الضروري أن يتحقق الاتفاق بين هذين الطرفين ، الذين بصفتها دائناً ومديناً ، يستطيعان وحدهما ابرامه قانوناً . ولذلك يظل المناب لديه أجنبياً عن هذا الاتفاق . صحيح أنه يحاط علماً به ، بيد أنه يبقى في وضع الغير (١٠٢) . وعلى العكس ، فان التعهد التجديدي يبرم بين المدين المناب ودائن جديد هو المناب لديه . ويفترض وجود اتفاق أولى بينهما ، ولكنه لا يتطلب لذاته

وهناك اعتبارات مماثلة تنطبق على الانابة السلبية . فطرفا الاتفاق على التجديد ، كما هما في الحالة السابقة ، أي الدائن والمدين ، مع نعمتهما بمناب لديه ومنيب . وطرفاً التعهد الرسمي هما الدائن ومدين جديد ، مع نعمتهما بمناب لديه ومناب . ويعتبر ثانوياً ، وبدون فائدة بالنسبة للتجديد الاتفاق على الانابة بالنسبة للمدينين .

---

(١٠١) يمكن أن يجبر المدين ، *delegatio dandi* بالوفاء *solvere* لشخص غير الدائن . بيد أنه تتعين موافقته ، إذا ما طلب منه أن يتعهد *promittere* عن طريق التعهد الرسمي ، لأن هذه المطالبة تتعلق بعمل ليس من بين التزاماته .

(١٠٢) أنظر تفصيلات أخرى في : الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١٩ .

ويكمن سبب عجز التعهد الرسمي عن تضمينه الاتفاق على التجديد ،  
في شكله . فهو يتم عن طريق استخدام الألفاظ Verba المقررة التي ينطق بها  
الأشخاص الذين يقومون بوظيفة الدائن والمدين ، ومن ثم لا يستطيع  
المنيب النطق بها .

وفما يتعلق بالناحية الموضوعية ، فان صعوبة ملائمة التعهد الرسمي  
للتجديد تعود إلى طبيعته ذاتها . فالتعهد الرسمي عقد ، أى مصدر من مصادر  
الالتزام . ولكن في نطاق التجديد ، يتعين عليه أن يشغل وظيفة ليس فقط  
انشائية ، بل وكذلك انقضائية .

٣١ - ولقد صادف الفقه ، وهو يواجه الصعوبات السالفة الذكر ،  
عدة عقبات الزمته طريقاً معيناً لاتباعه . فهو لم يكن يستطيع أن يأخذ في عين  
الاعتبار ، الاتفاق في ذاته ، لأن القانون المدني لم يكن يعترف به ولم يقرر  
وسيلة لحايته . كما أنه لم يكن في مقدوره أن يحول الاتفاق إلى تعهد رسمي  
stipulatio ، بجعل هذا الأخير معنوياً . فلن يكون لهذا الأمر أى معنى .  
فالعنوان بذكره العلاقة السابقة ، لم يكن يستطيع أن يؤدي في حالة الانابة  
إلى شرعية لم تكن للطرفين المتعاقدين . كما أنه لم يكن في مقدوره على أية حال  
أن يجعل من التعهد الرسمي وسيلة لانقضاء الالتزام . ففكرة العنوان هي مجرد  
توضيح لمضمون الموضوع demonstratio . وهي على هذا النحو ، ليس  
لها قيمة قانونية ، ما لم تستخدم كعيار مطلق للتشخيص . وحتى بالنسبة  
لهذه الحالة ، فإنها تكون شرطاً لصحة التعهد الرسمي في ذاته ، وليست شرطاً  
لصحة التجديد (١٠٢) .

---

(١٠٢) وفكرة العنوان يمكن أن تكون عامة أو خاصة . ففي حالة العنوان العام يتضمن  
الموضوع demonstratio اسماً nomen ، وهو العنصر الوحيد لتشخيص محل الالتزام . ومن  
هنا تفهم قيمته التي لا يمكن استبدالها . ولنلاحظ من ناحية أخرى ، أهمية العنوان عند تجديد علاقة  
من علاقات حسن النية، وعلى وجه التحديد تجديد التزامات البائع فيمكن السرد التفصيلي للأداءات. =

ولم يبق أمام الفقه سوى طريق واحد لتفادي هذه الصعوبات والعقبات ذلك أن التعهد الرسمي ، وان كان هو مصدر الالتزام الجديد ، غير أن هذا الالتزام يرتبط ، من حيث مضمونه ، بالالتزام سابق . والعلاقة بين الالتزامين وثيقة لدرجة أن مضمونهما متماثل في شرطه الأكبر ، ومختلف في شرطه الأصغر . وهذا يثبت أنه ، تجنباً لمجرد التكرار المحض ، تظهر الرغبة في ادخال تغيير ، أى استبدال الالتزام الأول بعد تعديله بالالتزام آخر . بيد أن التعهد الرسمي ، كمصدر لالتزام جديد ، هو أيضاً دليل على الرغبة في انقضاء الالتزام السابق . وهذا هو معناه غير المباشر ، وعن ذلك تنشأ قوته الانقضائية .

والارادة ، التي يثبت وجودها أساساً عن هذا الطريق ، لها أيضاً تعبيرها الشكلى بواسطة التعهد الرسمي ، وهو تصرف من تصرفات القانون المدنى . فالتعهد الرسمي هو اذن تعبير ضرورى عن ارادة انقضائية ، ويستخلص مضمونه من العلاقة الموجودة بين الأدائين . وهكذا استخلصت شروط التجديد المختلفة ، على أساس الترابط المنطقى فيما بينها وتبعيتها لبعضها البعض ، وهى : ارادة التجديد ، والتعهد الرسمي ، والعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد *idem debitum-aliquid novi* .

وهكذا فان كلا من هذه الشروط له تفسيره الخاص به . فالتعهد الرسمي ، نظراً لطبيعته العقدية ، لا يمكن بذاته أن يفسر التجديد . ولكنه يفسره إذا أخذ على أساس أنه مجرد اشارة على وجود الارادة والعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد *dem debitum-aliquid novi* يبدو أنها

---

== ويمكن بدلا من ذلك الاستعانة بفكرة العنوان كما فى المثال الآتى «هل تمد بالقيام باعطاء مايجب عليك بسبب بيع ارض كورنيليا ؟

“quidquid propter venditionem fundi C. te dare facere oportet, spondes ?

ويتعين عنوانه الأداء بعنوان مناسب . والعنوان يتعلق بالأعمال المنشئة للالتزام ، ولكنه لا يعتبر شرطاً من شروط التجديد .

شرط مصطنع وتحكمي ، إذا لم تفهم على أنها ظرف يستدل منه ، من الناحية الموضوعية ، على استبدال الأداءات ، وليس على الجمع بينها .

وعلى هذا النحو ، يتجة التجديد إلى ارادة التجديد . وتستدل هذه الارادة من عناصر تتعلق بالشكل ( التعهد الرسمي stipulatio ) ، وبالموضوع ( العلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum- aliquid novi ) . ويقتضى كل ذلك استخدام قرينة ، وهي أنه عند وجود هذه العناصر مجتمعة فاننا نستدل منها على قرينة التجديد . وهذه القرينة التفسيرية لا يمكن الا أن تكون قانونية iuris tantum ( كما سنستشفه أيضاً من بقية ما سوف نعرضه ) . فالقرينة تقوم اذن على أساس التجديد ذاته ، وتبرر التأكيد الذي ورد في كتاب النظم لجستينيان كما سيلي . ومن ناحية أخرى ، فاننا سنرى امكانية الاهتداء إلى قرائن أخرى ، ولكنها أقل شأنًا .

ويفسر الاعتراف غير المباشر والافتراضي لارادة التجديد ، الالتجاء إلى نية التجديد animus novandi . ذلك أنه لم يكن من الممكن الاعتراف بالارادة بطريقة مباشرة ، بل من خلال التعهد الرسمي stipulatio ومن ثم ، لم يكن يوجد تصرف خاص بالتجديد ، بل تعهد رسمي يؤدي وظائف التجديد ، كما هو الشأن بالنسبة للهبة . فالتعهد الرسمي هو الذي كان يتعين أن يكون معنوناً . ولهذا كان يقال أن الواعد يعد أو يتعهد ، بسبب التجديد novandi causa أو بنية التجديد novandi animo (١٠٣) . والحق أنه لو كان التجديد بمثابة تصرف قانوني قائم بذاته ، لما كان هناك أى معنى للحديث عن التصرف القانوني الذي يتم بنية التجديد

---

(١٠٣) أنظر من ناحية ، الموسوعة : ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١ ، ٤ ، ٢٤ ، ٣ ، ٦٦ ؛ ومن ناحية أخرى ، أنظر الموسوعة : ١٤ ، ٦ ، ١٣ ، ٢٢ ، ٤ ، ١ ، ٤٤ ، الفاتحة ؛ ٢٣ ، ٣ ، ٣٥ ؛ ٣٩ ، ٥ ، ١٧ ، ٤٦ ، ٢ ، ٢٤ ؛ ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١٠ ، ٢١ .

novandi animo . فالنية animus تستخدم بمثابة عنصر مميز ، حينما لا يكون لتصرف قانوني في ذاته معنى واحد . وهذه الحالة تنطبق على التعهد الرسمي .

٣٢ - ويجب التسليم بأن الفقه ، بتحليله التجديد على النحو ، استطاع أن يخلع عليه مجرد الشكل ويظهره في هذا المجال . أما من الناحية الموضوعية ، فلقد ظلت دائماً الفكرة التي يتضمنها ، والقائلة بتحقيق الأثر الانقضائي بناء على مجرد الإرادة ، وليس نتيجة لشكل ملائم ، تعتبر مخالفة لأحكام القانون المدني . فاستخدام التعهد الرسمي يحافظ على المظهر ، لا على الجوهر . ويمكن هنا تفسير الرأي الذي قال به الفقيه سرفيوس والذي أشار إليه الفقيه جايوس (١٠٤) . فالفقيه سرفيوس يقرر أن التعهد المعلق على شرط stipulatio sub condicione يقضى الالتزام القديم حتى ولو لم يتحقق الشرط . ويرتب نفس النتيجة على التعهد غير الصحيح stipulatio a servo ويبدو أن علة هذا الرأي تكمن في أن التعهد الرسمي ليس له ، في جانبه السلبي ، سوى التعبير غير المباشر عن ارادة الانقضاء ويمكنه بكل تأكيد أن يحتفظ بهذه القيمة ، حتى ولو لم يتضمن أى معنى جوهري ، كما هو الشأن في الحالتين السالفتي الذكر . ولم ينتصر رأى الفقيه سرفيوس ، ربما بسبب أنه لا يبدو مطابقاً لدقة القانون elegantia iuris التي تأتي أن يكون للتصرف القانوني غير نافذ المفعول أو الباطل أى أثر . ولكنه يبرز مع ذلك الحصيصة الرئيسية للتجديد ، وكذلك عيبه في نظر أحكام القانون المدني (١٠٥) .

---

(١٠٤) النظم : ٣ ، ١٧٩ ، وأنظر أيضاً :

Koschaker, Bedingte nova und Pnito actum, Festschr. Hanausek, Graz, 1925, 150; Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, I, Padovae, 1962, 115.

(١٠٥) أنظر :

De Martino, Le garanzie personali dell' obbligazione, Roma, 1940, 78; sanfilippo, Dubbi, e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali sem. giur. catania, 3, 1949, 225, Frezza, L.C.



ومن ناحية أخرى ، فان هناك ظروفاً تترجم التلاؤم الذى تولد عنه التجديد . فالتعهد الرسمى ، باعتباره عملاً مجرداً ، كان يحتفظ باستقلاله بالنسبة للغاية التى يرمى اليها ، وان كان يتعين عليه مع ذلك أن يحققها . فهو يظل صحيحاً ، حتى ولو لم يتحقق التجديد ، وهذا ما يحدث عندما يكون الالتزام الأول *Prior obligatio* باطلاً ، ولا يوجد شيء ما لتجديده . وهكذا ، لا تنشأ بالضرورة الرابطة بين انشاء العلاقة الجديدة وانقضاء العلاقة القديمة ، بل يمكن القول بأنها تحدث عرضاً . وعلى أية حال ، فانها لا تنتظمها قاعدة وضعت خصيصاً للتجديد .

وهكذا ، فان التجديد يوضع بين الصور التى ابتدعتها الفقه ، مستخدماً نظماً موجودة من قبل ، ومزوداً بنظام لم يتعرض الشطر الأكبر منه للتغيير ويكفى أن نتذكر كذلك الوصية بطريقة السبيكة والميزان *testamentum per aes et libram* . فلقد اتخذت شكلاً ثنائياً ، وذلك على عكس طبيعتها ، بسبب اشتقاقها من الاشهاد *mancipatio* . والهبة فيما بين الأحياء *inter vivos* تتم عن طريق تصرفات قانونية غاية فى التنوع . والهبة المضافة إلى ما بعد الموت *mortis causa* ، تحقق وظيفتها بالالتجاء إلى تصرفات فيما بين الأحياء *inter vivos*

٣٧ - وإذا لم يكن للاتفاق أثر مباشر من وجهة نظر القانون المدنى *ius civile* ، كما سبق القول ، فانه كان من الممكن مع ذلك أن يرتب آثاراً فى مجال القانون البريتورى *ius honorarium* . ففى هذا المجال ، تم للفقهاء تشخيص الاتفاق ، واستخدامه ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج متنوعة أدى أهمها إلى قبول ما كان يعرف باسم التجديد البريتورى (١٠٦) . فيمكن أن يؤدي عدم مراعاة الشروط التى يتطلبها القانون المدنى

(١٠٦) وفيما يبدو ، يرجع اصطلاح « التجديد البريتورى » إلى كونتز أنظر :

= Kuntze, obligation und singularsuccession, 1856, 202.

الروماني ، آلى نشوء التزام ثان صحيح ، دون بأن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأول . وهذا الوضع كان يخالف ما ترمى اليه ارادة الطرفين من انقضاء الالتزام الأول واحلال الالتزام الثاني محله ، أى يخالف ارادة التجديد . ويمكن أن نلاحظ ، من خلال هذه الارادة ، اتفاقاً على الابراء *Pactum de non petendo* من الالتزام الأول *Prior obligatio* فالدفع بالاتفاق *exceptio pacti* يؤدي إلى تجريد الالتزام الأول من كل قيمة . ويبقى للالتزام الثاني وحده أثره . فالنتيجة التي تترتب على التجديد تتحقق عن طريق وسائل بريتورية ، كالدفع ، لتنفيذ ما تقصده ارادة الطرفين .

وهناك وضع مماثل للوضع السابق ، ولكنه يعتبر صحيحاً من قبل القانون المدني ذاته *ius civile* ، وهو يتعلق بما إذا كانت العلاقة التي يرغب في تجديدها من علاقات حسن النية . فبدأ حسن النية يقتضى بالطبع أنه حينما يتعهد شخص ما بقصد التجديد ، فلا يكون صحيحاً أن يتعهد مرتين . ولذلك لا يجوز رفع الدعوى على أساس الالتزام الأول *ex. priore obligatione* ولا توجد عندئذ الحاجة إلى الالتجاء إلى وسيلة الدفع *exceptio* .

وزيادة على ذلك ، فان التنظيم الذي وضعه البريتور يمكنه الاعتراف أيضاً بالاتفاق على الابراء من الالتزام *Pactum de non petendo* ، في حالات لا يوجد فيها تجديد . والمثال الأكثر شيوعاً ، هو الذي عرضه جايوس (١٠٧) ، على النحو التالي :

= والنص الذي كان كونه يستند عليه هو ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٦٠ :

“*cum vero genere novationis transeat obligatio fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum*”.

فالابراء عن طريق الدفع *ope exceptions* يدعو إلى التفكير في صورة لتجديد ، مجرد من الآثار المدنية .

(١٠٧) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

يبرم الطرفان تعهداً بسيطاً ، ثم يبرمان تعهداً آخر ، محله نفس الشيء ولكنه معلق على شرط *sub condicione* . فاذا لم يتحقق الشرط ، فان التعهد الثاني *stipulatio* يكون غير نافذ المفعول ، ولا يمكن أن يقضى الالتزام الأول . بيد أنه من الواضح أن المتعاقدين الذين يتفان على الأداء المعلق على شرط *datio sub condicione* لا يريدان الأداء البسيط *Pure* . فالتعهد الأول يظل صحيحاً لسبب يرجع إلى المنطق الشكلى ، ولكن ليس له أى معنى من حيث الجوهر . إذ يوجد اتفاق ضمنى بعدم المطالبة بالأداء الأول ، ويحميه الدفع بالاتفاق (١٠٨) .

ولقد سبق أن أوردنا العديد من النصوص ، وحللناها ، ونحن نتكلم عن حالات مخالفة شرط العنصر الجديد ، وشرط وحدة الدين . وهى تؤكد الفروض والأفكار التى ذكرناها الآن . ونضيف إلى ما تقدم أنه يبدو أن الاعتراف بالاتفاق الضمنى على الابراء لم يكن سابقاً على جوليانوس . فتنسب إلى جوليانوس الفكرة القائلة بأنه يمكن أن يستخلص من مضمون التعهد الرسمى ، اتفاق ضمنى على الابراء من الالتزام *Pactum de non petendo* . وهى الفكرة ذاتها التى طبقت فى مجال التجديد (١٠٩) .

٣٣ - ويمكن أن نلخص ما سبق أن قلناه بصدد نية التجديد . لقد أوضحنا أن هناك نوعين من التجديد : التجديد المدنى ، وهو يقوم على تفسير مبنى على قرينة يستفاد منها وجود نية التجديد *animus novandi* ،

---

(١٠٨) وأثيرت مشكلة مماثلة فى مجال الانابة . ولكن الحل المقرر فى المتن لم يمتد عليها ، كما هو واضح مما جاء على لسان جايوس . أنظر ، الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٣٠ ، ٢ .  
(١٠٩) أنظر جوليانوس فى ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٦ ، ٤ . وأنظر أيضاً : كوشاكر *Koschaker* ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٥١ . وليس من المستبعد أن نظرية جوليانوس صادفت بعض المعارضة . أنظر ، الفقيه بمبونيوس فى الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ٢ .

ويستخلص عن طريق الاستدلال من تعهد رسمي ، stipulatio ، لمضمونه علاقة خاصة بمضمون الالتزام السابق .

والتجديد البريتورى ، ويبنى على تفسير أكثر حرية ، من التقيد بالعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum-aliquid novi ، للوصول إلى نية التجديد . وزيادة على ذلك ، فإن القانون البريتورى يمكنه أن يتغاضى أيضاً عن شرط آخر ، يتعلق بتطلب صحة التعهد الرسمي وفقاً للقانون المدنى .

وهكذا نكون قد أوضحنا الوظيفة التى تقوم بها نية التجديد animus novandi فى القانون المدنى . وهذا يسرى على التجديد المدنى بنوعيه ، أى التجديد الشخصى (إيجابياً كان ، وهو ما يتم بواسطة تغيير الدائن ، أو سلبياً ، وهو ما يتحقق فى حالة تغيير المدين) ، والتجديد الموضوعى . كما أننا قد تكلمنا عن مدى أهمية نية التجديد فى مجال التجديد البريتورى .

٣٤ - ونضيف إلى ما تقدم أنه بالنسبة للتجديد الموضوعى ، إذا كنا قد بينا أنه لكى يقرر المفسر ما إذا كان هناك تجديد أم لا ، كان يستعين بالقرينة الأساسية القائلة بأن وجود نفس الدين القديم مع عنصر جديد idem debitum-aliquid novi يعنى وجود ارادة التجديد . لكن يتعين ملاحظة أن وحدة الدين idem debitum تختلف تقريرها بحسب ما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً species أو مثلياً quantitas . فوحدة الدين تعنى وحدة الشيء eadem res محل الالتزام . بيد أن وجود نفس الشيء eadem res لا يستنتج من عناصر موضوعية فقط . فعندما يكون محل الالتزام شيئاً قيمياً species ، فإن شرط وحدة الدين يستخلص موضوعياً من واقعة أن قطعة الأرض ذاتها ، أو العبد ذاته ، .. الخ ، محل الالتزام الأول والالتزام الثانى . بيد أن وجود مبلغ من النقود مثلاً quantitas ، ومتساو ، كمحل لأكثر من التزام ، لا يكون فى حد ذاته وحدة محل eadem res . ويمكن أن تتحقق هذه الوحدة فقط إذا ما قصد المتعاقدان ذلك ، ويكون عن طريق

الإشارة في الالتزام الثاني إلى نفس المبلغ الذي الذي كان محلاً للالتزام الأول .

وأمام هذا التنوع ، فإن المفسر يستطيع بدون شك أن يستعين بالقرينة عندما يكون الشيء الواجب الأداء عيناً من الأعيان species . فلا يوجد شخص ما يلتزم في العادة مرتين بنفس الشيء (١١٠) . ويقع على عاتق الدائن اثبات عكس هذه القرينة عن طريق دليل ملائم . وإذا كان التعهد معنوياً فإن الأمر يكون أكثر يسراً . إذ أن القرينة التي تستخلص منه تكون مؤكدة .

(١١٠) ولا تكون دليلاً عكسياً القاعدة المنسوبة إلى جوليانوس والقائلة بأن :

“non esse novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant”.

أنظر جوليانوس في الموسوعة : ١٩ ، ١ ، ١٠ ؛ وأوليانوس ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٥ ، وأفريكانوس ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٢١ ، ١ .

كما أن بولص يؤكد أن “saepius idem deberi potest” ، أنظر الموسوعة ، ٤٤ ، ٢ ، ١٤ ، ٢ ، ٥٠ ، ١٧ ، ١٥٩ . ولكن يشترط أن تكون هناك وحدة في المصدر causa : وهذا هو ما قاله بولص صراحة ، وما يستخلص كذلك من الأمثلة التي ساقها جوليانوس ، وأفريكانوس ، وأوليانوس . وبجانب هذه النصوص ، أنظر أيضاً ، الموسوعة : ٤٤ ، ٧ ، ٨ ، ٤٥ ، ٢ ، ١٣ ، ( إذ يكرر رأي جوليانوس ) ؛ ٤٦ ، ٣ ، ٩٣ ، والفروض التي تعالجها هذه النصوص تتسم بالندرة ، كما لوقام أحد الأفراد مثلاً ببيع شيء ما إلى شخص آخر ، ثم أصبح هذا الأخير وأرثاً للبايع بنفس الشيء ، أو لو فرض أن مديناً بمقتضى تعهد رسمي ex stipulatione ، يصبح مديناً iure hereditario ، بمقتضى وصية ex testamento لنفس الشخص وبنفس الشيء . وعلى أي حال ، فإنه حيث لا يوجد اختلاف في المصدر causa ، فإن نفس الشيء eadem res لا يمكن أن يستحق مرتين . فكما يقول أفريكانوس في الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٢١ ، ٢ :

“duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest”.

وعلى العكس فانه إذا كان الشيء الواجب الأداء مثلياً *quantitas* كمتبلغ من النقود مثلاً ، فان المفسر ، ما دام أنه ليس موجهاً من قبل عوامل موضوعية ، على أساس رؤية ذات الشيء *eadem res* ، فانه ليس ملزماً حتى بإعمال استنباطه . ولكن إذا كان هناك دليل على وجود نفس الشيء *eadem res* ، فان القرينة تصبح قابلة للتطبيق . والمدين هو الذى يتعين عليه تقديم الدليل ، حتى يثبت أن التجديد قد تحقق وأن الالتزام الأول قد انقضى . والدليل سيكون ميسراً عليه ، إذا كان التعهد معنوياً ففكرة العنوان تحظى بقيمة ملحوظة فى الحياة الواقعية .

وهذه الفروض الأخيرة التى شرحناها ، ليس فى المصادر الرومانية المختلفة ما يثبتها . بيد أنه ما كان من الممكن أن تكون الصورة فى العصر العلمى على نحو مغاير لما رسمناه (١١١) . ومن السهل التوصل إلى سبب عدم ذكر

---

(١١١) وزيادة فى توضيح النظام المبين فى المتن ، يمكن قياسه بالنظام الذى يطبق على *res saepius per damnationem legata* . فهنا يفرق أيضاً بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً *species* أو مثلياً *quantitas* فالأشياء القيمة تستحق مرة واحدة فقط . أما الأشياء المثلية فتستحق بعدد المرات التى أوصت بها . ولكن للمدين ، أى الوارث أن يثبت أن الوصية الجزئية *legs* الثانية أجريت بسبب نسيان الوصية الجزئية الأولى ، وهذا هو ما يقوله سلسوس ، فى الموسوعة : ٢٢ ، ٣ ، ١٣) . ولقد عدل دستور الإمبراطور أنطونينوس بيوس هذا النظام ، مقررأ أن الأشياء المثلية *quantitas* تستحق هى أيضاً مرة واحدة ، مالم يثبت الموصى إليه ارادة الموصى التى كانت تتجه إلى تكرار الوصية الجزئية (أنظر أولبيانوس فى الموسوعة : ٣٠ ، ٣٤ ، ١ : ٣٠ ، ٣٤ ، ٣ . والقاعدة التى عرضها سلسوس هى الأكثر موافقة للمنطق القانونى . ومهما يكن من أمر فان دستور أنطونينوس بيوس قلب حياء الإثبات لصالح المدين أنظر فى هذا الصدد .

هذا النظام في المصادر الرومانية . فالامبراطور جستينيان ، بتعليق التجديد على الارادة الصريحة المعلنة من قبل الطرفين ، جعله يتغاضى عن ذكر هذا النظام ، ويلقى به جانبا .

ويمكن ملاحظة القيمة السلبية لنية التجديد *animus novandi* ، أى ازدواج الالتزام بسبب عدم وجود هذه النية ، في العلاقة ما بين الالتزام الناشئ عن حكم قضائي *obligatio iudicati* ، والتعهد بتنفيذ الحكم *cautio iudicatum solvi* (وهو الوسيلة التي كان يلجأ اليها البريتور لاجبار المدعى عليه في الدعوى العينية على التعهد بتنفيذ ما يحكم به (١١٢) . ويجرى التعهد *cautio* في بداية الدعوى . ويقضى أحد شروطه بأن يدفع المدعى عليه مبلغاً مساوياً لما يحكم به :

*tantam pecuniam, quantam... iudicatus erit*

ويمكن أن تثور ، بسبب هذا الشرط ، المشكلة المتعلقة بما إذا كان التعهد *cautio* يحدد الالتزام الناشئ عن الحكم القضائي *obligatio iudicati* (١١٣) . ولقد نفى الفقه السابق على سلسوس ، تحقق التجديد بسبب أن التعهد *Cautio* يسبق ، من حيث الزمن ، الالتزام الناشئ عن الحكم القضائي *obligatio iudicati*

ولكن إذا سلم برأى سلسوس القائل بإمكانية ابرام التعهد التجديدي

---

(١١٢) أنظر مؤلفنا : «النظرية العامة للالتزام في القانون الروماني» ، ص ٧٠ .

(١١٣) وللتعهد بتنفيذ الحكم *Cautio iudicatum solvi* ثلاث صيغ هي *de re defendenda, de re iudicata, doli mali* أنظر *Lenel, E. P., 530* ويسقط مفعول الصيغة *de re iudicata* في نفس اللحظة التي ينشأ فيها الالتزام بدفع المبلغ المحكوم به *Summa iudicati* أنظر ، الموسوعة : ٤٦ ، ٧ ، ١ ، ٤٢ ، ١ ، ٤ ، ٤ ، ٤ ، ٣٩ ، ١٧ ، ٥ .

stipulatio قبل نشوء الالتزام الذى يزمع تجديده (١١٤) ، فانه تنورمشكلة جديدة : كيف يمكن تجنب التجديد فى حالتنا هذه ، حتى لا تتجاهل الحاجة العملية الواضحة بأن الالتزام الناشئ عن الحكم القضائى obligatio iudicati لا ينقضى مقدماً بواسطة التعهد بتنفيذ الحكم Cautio iudicatum solvi ؟ ولقد كان أوليانوس يستبعد التجديد بسبب عدم وجود نية التجديد animus novandi ، كما فى نص الموسوعة : ٣ ، ٨ ، ٢ ، ٤٦ :

“Celsus ait iudicatum solvi stipulatione actionem iudicati non novari, merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut sponsoribus cautum sit, non ut ab obligatione iudicati discedatur”.

يعلن أوليانوس أن «سلسوس يقول : إن التعهد الرسمى بالوفاء بالشئء المقضى به، لا يحدد الدعوى بهذا الشئء . وهذا هو الصواب ، لأن الأمر لا يعدو بالنسبة للتعهد سوى الحصول على ضمان وليس التنازل عن الالتزام بالشئء المقضى به » .

واضح أن مصدر كل من الالتزامين مختلف . ومن ثم تتحقق العناصر الموضوعية للتجديد . بيد أن التجديد لا يتحقق لعدم وجود نية التجديد animus novandi . وإذا كان قد انتفى التجديد ، فان للدائن دعويين لاشباع حاجة وحيدة . ولكن الوفاء عن طريق احدى الدعويين solutio ex una causa ، يستبعد حق المقاضاة عن طريق الدعوى الأخرى . ex altera .

(١١٤) الموسوعة : ٢ ، ٨ ، ٢ ، ٤٦ . ويوجد تجديد بتغيير المدين فى المستقبل أيضاً فى الموسوعة : ٨٩ ، ١ ، ٤٥ . ويوضح ايجاد صلة ما بين هذا النص والوصية الجزئية بالإبراء فى : الموسوعة : ٣٤ ، ٣ ، ١٨ ، فائدة تجديد العلاقة التى تنشأ فى المستقبل . فالالتزام الذى يتعين انقضاؤه تنفيذاً للوصية الجزئية ، يحول بأكله فى تعهد رسمى

in stipulationem وبالتالي accettilat.



٣٥ - قرانن التجديد في العصر العلمى والتغير الذى ادخله جستينيان  
بصد نية التجديد .

سبق القول أنه كان يتعين ، فى تقديرنا ، وجود نية التجديد فى العصر العلمى ، باعتبارها شرطاً من شروط التجديد . ولكنها كانت تستخلص من عناصر معينة تتعلق بالشكل وبالجوهر . فكان يسترشد بالقرائن للبحث عن نية التجديد ، ولتفسير العقد ولتجديد آثاره .

ولا تمثل هذه النية الأساس الوحيد للتجديد فلا بد أن تجد تعبيراً عنها فى الشكل الملائم . وهكذا كان للصيغ اللفظية للتعهد التجديدى *verba stipulationis* أثر تجديدى لأنها تجمع ما بين الشكل والارادة . ولم ترك للقاضى كما سبلى شرحه بالتفصيل ، حرية البحث عن هذه النية ، بل حدد الفقه منذ القرن الأول للإمبراطورية ، وقائع معينة تستخلص منها نية التجديد ، كإضافة أجل أو شرط ، أو حذفه ، أو تدخل ضامن *sponsor* وفقاً لرأى السابينيين (١١٥) .

ولقد استبعد جستينيان البحث عن نية التجديد . وتطلب نية تجديد صريحة . فالنية الضمنية لا تكفيه . ولم يعد يراعى التغييرات المتنوعة التى كان الفقه القديم يستخلص منها قرائن التجديد : *ex quo veteris juris conditores introducebant novationes* . ولذلك زال الباعث على استخدام ما جاء فى مؤلفات الفقهاء فى العصر العلمى ، والمتعلق بتفسير التصرف التجديدى .

ولم يتم هذا التغيير الهام الذى أدخله جستينيان فى يوم واحد . فإذا كان جستينيان هو الذى أنجزه ، الا أنه قد مهد له منذ أمد طويل بواسطة الفقه القديم . ونعتقد أنه لن يكون من غير الفائدة أن نبحث فى المصادر الرومانية لنلم بأصل نشأته ونتابع تطوره .

(١١٥) أنظر : نظم جايوس : ٣ ، ١٧٧ ، ١٧٨ - ١٧٨ ، نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

وأنظر أيضاً : Scialoja, st. in on. di Perozzi, 1925

٣٦ — فهناك نصان متناظران ورد أحدهما في المشروع الثاني لمجموعة دساتير جستينيان (١١٦) ، والثاني في كتاب نظمه (١١٧) . وهما يمثلان الأساس الذي نعتد عليه لاستقاء المعلومات في هذا الصدد . ولنبداً بدراسة النص الأول وهو يتعلق بدستور صادر في ٢٢ من يولييه سنة ٥٣٠ ميلادية، أى قبل تدوين كتاب النظم والموسوعة ، وهو الدستور : ٨ ، ٤١ ، ٨ :

“Novationum nocentia corrigenes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorum acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditiores introducebant novationes, nihil penitus priori cautela innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter removerint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint. I. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimat, ut sine novatione quod solito vocabulo ἀνοβατέωτος dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire”.

يعلن جستينيان :

«رغبة في تبسيط مادة التجديد ، التي كانت معقدة للغاية من قبل الفقهاء ، ومحاولة منا ازالة كل مظاهر غموض القانون القديم ، قررنا أنه حينما يريد أحد الأفراد ، ازاء التزام منعقد من قبل ، أن يدخل شخصاً جديداً ، أو يغير واحداً من هؤلاء الذين تدخلوا من قبل ، أو يتلقى ضمانات ، أو يزيد أو ينقص الالتزام ، أو يضيف شرطاً ، أو يبعد أو يقرب أجل ، أو يستبدل السند ، أو أخيراً ، يقوم بأى اجراء

(١١٦) مجموعة دساتير جستينيان : ٨ ، ٤١ ، ٨ .

(١١٧) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ ، أ .

من الاجراءات التي تؤدي إلى التجديد ، وفقاً للمشرعين القدامى ، فإن السند الأول يظل صحيحاً ، ولكن يعتبر ما انفق عليه ثانية بمثابة اضافة للالتزام القديم ، ما لم يتخل الطرفان صراحة ، عن طريق اتفاق خاص ، عن الدين الأول ويقولان أنهما يقصدان احلال الالتزام الجديد مكان الالتزام القديم .

١- فنحن نضع اذن القاعدة العامة بأن التجديد يتحقق فقط بواسطة ارادة المتعاقدين وليس بقوة القانون . فليس هناك حاجة إلى الاعلان بعبارات صريحة أن الشيء يقدم دون تجديد ، وهو ما يعبر عنه عادة بعبارة « بدون تجديد » ، كما يقال في اللغة الاغريقية: لأننا نريد أن يكون ذلك [أى استبعاد التجديد] طبيعياً للغاية ، وبدون اضافة كلمات خاصة (١١٨) .

واضح أن فاتحة هذا الدستور تتضمن اشارتين تاريخيتين ، مما يؤكد اصلها وصحتها ، لأنها تتعلق بسرد تاريخي لنظام بنوى جستينيان استبعاده .

فهى تشر أولاً إلى أن معالجة موضوع التجديد ابان العصر العلمى كانت تثير خلافاً حاداً بين الفقهاء ، ويحيطها اللبس *nocentia volumina* ، والغموض *ambiguitates* . وهى تبين ثانياً عدداً من الفروض التي تتعلق بالتجديد، ويستفاد منها قرائن التجديد . وهذه تحتاج إلى بعض الشرح

يقول جستينيان في دستوره أنه وجد من الأصوب الغاء تعقيدات الفقه القديم في مجال التجديد . ويتعين أن نبرز هنا أنه لا يقصد بتعبير الفقهاء القدامى ، الفقهاء الغاية في القدم ، الذين قد نسبت نظرياتهم من قبل ، بحيث أنه لم تعد هناك أية حاجة لالغاءها . بل هو يعنى بالأحرى فقهاء العصر العلمى ،

(١١٨) وبخصوص الطرق المتنوعة لفهم الدستور ، أنظر :

Von Salpius, Novation und Delegation nach röm Recht, Berlin, 1864.

وعلى الأخص أولبيانوس وتلاميذه، وبولص وتلاميذه، حيث أنهم كانوا أكثر قرباً، من الناحية الزمنية له، وكانت نظرياتهم مازالت سارية. وهؤلاء الفقهاء، كما يعلن جستينيان، كانوا على اتفاق فيما يتعلق باستلزام نية التجديد *animus novandi* بيد أنهم كانوا يختلفون فيما بينهم حول معرفة الحالات التي يعتبر فيها الفرد يتصرف بقصد التجديد، وحول القرائن التي يمكن استنباطها من مختلف الفروض. ولكن ما هي هذه القرائن؟ يقوم جستينيان بتعدادها في دستوره. فهو يعلن فيه أن الفقه كان يقرر تحقق التجديد، الوصول نتيجة لوقائع معينة، مثل تدخل شخص جديد في العلاقة الالتزامية، أو إضافة شرط أو أجل أو حذفه، أو إنشاء رهن أو كفالة، أو زيادة الالتزام أو نقصه، أو استبدال السند، أو أي إجراء آخر تستقوى منه نية التجديد.

وهذا التعداد يحيطه بعض اللبس، وعدم الدقة، مما يوحى إلى الاعتقاد بأن جستينيان جمع خليطاً من الآراء المستقاة من كتابات فقهاء ينتمون إلى مدارس متباينة، لأنه كما نعلم، لم يكن الفقهاء القدامى على اتفاق في هذا المجال. وربما كان جستينيان، في هذا التعداد، يكرر بطريقة غير كاملة نموذجاً للعرض اتبعه تيوفيلوس، الأستاذ بمدرسة القسطنطينية (١١٩)، على نحو أكثر ابداعاً.

فما لاشك فيه أن إنشاء الرهن قد ذكر بطريق الخطأ. إذ أنه يضاف إلى الرابطة القانونية التي يكفلها. ولكنه لا يستبدلها بغيرها، أو بتعبير آخر لا يحددها. كما أن جستينيان نظر إلى الزيادة والنقصان في الدين بنظرة متساوية. غير أن تيوفيلوس ينكر على التعهد الرسمي الذي يكون موضوعه ديناً أقل من الدين الأصلي، إمكانية تحقيق التجديد. وكذلك فإن عبارة "استبدال السند *accipere cautionem inuiorem*" ليست واضحة بدرجة كافية. ويمكن القول بأن لفظ "cautio"، بحسب اللغة القانونية

المستعملة في عصر جستينيان ، كان ينصرف إلى الوثيقة التي تتضمن النعهد الرسمي . بيد أن هذه الوثيقة توجد في جميع الفروض التي ذكرها النص ( باستثناء الرهن ) . ولا يعرف سبب اقامة اعتبار " لا استبدال السند accipere cautionem iuniorum " في ذاته . وفي الحقيقة ، فان التجديد يتحقق اما لأن تعهداً Stipulatio يستبدل بتعهد آخر مع بعض التعديل ، أو بسبب احلال التعهد محل علاقة من طبيعة أخرى ، دون ادخال أى تعديل . وهذا الفرض الثانى هو ماترمى اليه ، في تقديرنا ، عبارة " استبدال السند accipere cautionem iuniorum " .

وترد جميع حالات التجديد السالفة الذكر إلى العصر العلمى ، كما سبق القول . وهذا الأمر ثابت بدرجة لاتدع مجالاً للشك . ويؤكد جستينيان ضمناً أن تعداده ليس على سبيل الحصر . فهو يردف قائلاً " أو القيام بأى اجراء آخر vel aliquid fecerit " .

وهكذا كان التجديد ينشأ في جميع هذه الحالات كنتيجة طبيعية ومفترضة بقوة القانون في العصر العلمى . فالدائن الذى كان يجرى هذه الأعمال ، كان يفترض أنه يتصرف بنية التجديد . وهو كان يستطيع بدون شك أن يستبعد قرينة التجديد ، ويحتفظ بدينه القديم بجانب الدين الجديد ، بيد أنه كان يتعين لذلك أن يتفق عليه عن طريق شرط خاص .

ولقد تغير الحال في عهد جستينيان . ذلك أنه عندما كان الدائن ، في العصر العلمى ، يشترط ما هو مستحق له ، كان يمكن أن يفترض أنه يقصد التضحية بحقوقه القديمة مقابل المزايا الجديدة التي يكتسبها عن طريق التعهد الرسمي ، الذي كان ما يزال قوياً وفعالاً . بيد أن غالبية هذه المزايا اختفت في عهد جستينيان . فالتعهد الرسمي كان ضعيفاً وفي طريقة إلى الزوال . ولم يعد ، في العادة ، سوى مجرد أداة لإثبات دين موجود من قبل وتأكيده . ومنذ ذلك الوقت ، كان يتعين أن يفترض وجود نية تأكيد الدين ، لا التنازل عنه ، لدى كل دائن يبرم تعهداً رسمياً مع مدينه .

تلك هي بلا شك مبررات صدور دستور عام ٥٣٠ الذي ذكرناه  
عالياً . فبعد استعراض تاريخي ، عدد جستينيان فيه الفروض المختلفة التي  
اعتبرها الفقه القديم قرائن تجديد ، يقرر بأنه في كل فروض التجديد  
لا يمكن انقضاء الالتزام الأول prior obligatio إلا إذا أعلن  
الطرفان رغبتهما في ذلك صراحة ؛ وفي حالة عدم وجود هذا الاعلان  
الصريح ، فاننا لا نكون بصدد تجديد ، وانما بصدد اضافة التزام جديد  
إلى الالتزام القديم الذي يظل قائماً .

ويبرز البند (١) من الدستور الحكم الجديد الذي وضعه جستينيان ،  
ويوضحه بالاشارة إلى الجانب التاريخي مرة أخرى ، وهو يتعلق هذه المرة  
بما جرى عليه العمل في ظل الامبراطورية الشرقية . ويستنتج ذلك من العبارة  
المدونة باللغة الاغريقية .

وعرض جستينيان هذا ، الذي ورد في دستوره ، يستحق كل اهتمام ،  
ليس فقط بسبب المعلومات التي يقدمها لنا بخصوص ما جرى عليه العمل  
(فلقد كان من الممكن معرفتها بطريق آخر) ، بل وكذلك لاصراره على  
قيمة الارادة الصريحة . فهي وحدها التي ترتب الأثر القانوني .

كما أن الأفكار التي وردت في كتاب النظم لجستينيان ليست أقل أهمية  
والنص الذي يهمننا في هذا المجال هو الآتي :

نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ أ :

“Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc  
fieri novationem, cum novandi animo in secundam obli-  
gationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando  
novandi animo videretur hoc fieri et quasdā de hoc  
praesumptiones alii in aliis casibus introducebant : ideo  
nostra processit constitutio, quae apertissime definivit tunc  
solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contra-  
hentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris  
obligationis convenerunt, alioquin manere et pristinam  
obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque  
causa obligatio secundum nostrae constitutionis  
definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognos-  
cere”.

يقول جستينيان :

« كان القدماء يتفقون على أن التجديد يتحقق كلما تعاهد الطرفان على التزام ثان بنية التجديد ولكنهم لم يكونوا يتفقون على طريقة الحكم بما إذا كان لدى الطرفين هذه النية، وكانوا يستعينون في هذا الصدد بمختلف القرائن في الحالات المتنوعة. وهذا هو الذي دفعنا إلى اصدار دستورنا الذي يقرر بوضوح أنه لا يتحقق تجديد الالتزام الأول الا إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، وأعلنا أنهما يجريان الالتزام الثاني بقصد استبدال الالتزام الأول بآخر : والا فان الالتزام الأول يظل قائماً ، مما يؤدي إلى أن المدين سيلتزم بكليهما طبقاً لدستورنا الذي سنلم به على وجه أكمل بقراءته » .

يبين من هذا النص ، كما جاء على لسان جستينيان ، أنه كان هناك اتفاق بين فقهاء العصر العلمي على أن التجديد يتم كلما كان نشوء الالتزام الثاني قصد به استبداله بالالتزام القديم. ولكنهم اختلفوا حول كيفية الوصول إلى معرفة ما إذا كانت نية التجديد قائمة عند نشوء الالتزام الثاني أو غير قائمة . وكان البعض يستخدم ، في هذا المجال ، قرائن متنوعة في الحالات المختلفة ، لكي يستدل منها على وجود نية التجديد، بينما يرفضها البعض الآخر . ويضيف جستينيان أنه قد أصدر ، لهذا السبب ، دستوراً يقرر فيه بكل وضوح أن التجديد لا يتم ما لم يصرح المتعاقدان بأنهما يقصدان تجديد الالتزام السابق ، وإلا فان الالتزام الأول يظل قائماً، ويضاف إليه الالتزام الجديد ، بحيث يكون هناك التزامان موجودان في آن واحد .

وواضح أن جستينيان لا يعرض هنا كذلك التعديل الذي أدخله على نظام التجديد فحسب ، بل ولقد قابله بالنظام الذي كان معمولاً به في العصر العلمي والقائم على قاعدتين أساسيتين : أن التجديد كان يركز على نية التجديد animus novandi (وليس شرطاً أن يكون قائماً بالضرورة على

اعلان ملائم عن النية ، كما استوجهه جستينيان فيما بعد) ؛ وأن القرائن كانت مقبولة لاثبات وجود نية التجديد .

### ٣٧ - آثار التجديد :

يتعين علينا ، لكي يكون البحث متكاملًا ، أن نشير سريعاً إلى هذه المسألة ، ولو أنها لا تثير اشكالات معينة تستحق الوقوف عندها . فمن المعلوم أنه يترتب على التجديد ، من حيث المبدأ ، أضرار ، إحداهما انقضاءى والآخر انشأى . فهو يؤدي إلى انقضاء الدين القديم ، وإلى انشاء الدين الجديد . وهاذان الأثران ليسا متلازمين . إذ يمكن أن يتحقق الأثر الانقضاءى دون الأثر الانشأى (١٢٠) .

وانقضاء الالتزام الأول يتم بقوة القانون ipso jure . كما أن جميع التأمينات التي تكفله ، من امتياز وكفالة ورهن ، تزول معه . وتبرأ ذمة المدين الأصلي في حالة تغيير المدين . ولا يستطيع الدائن أن يرجع عليه بعد ذلك ، ما لم يكن قد وافق على أن يبقى ملتزماً . وتتحقق عندئذ صورة من صور الكفالة . ويمكن الاتفاق صراحة على استبقاء الضمانات القديمة والحاقتها بالالتزام الجديد . ولا يتعلق الأمر حينئذ بنفس التأمينات ، بل بتأمينات مماثلة تنشأ من جديد .

وكذلك فانه إذا كان الدين القديم ينتج فوائد ، فانها تتوقف عن السريان بزواله . ولا يترتب الدين الجديد فوائد الا إذا اشترط عليها صراحة . كما يزول اعدار المدين ، بالنسبة للدين القديم ، وذلك إذا تم قبل التجديد . ولا يعتبر المدين بالالتزام الجديد أنه مازال في حالة تأخير في الوفاء in mora ، ويتعين تأجيله .

---

(١٢٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ ، وأنظر أيضاً :

Sanfilippo, Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali del sem. giur. dell' Università di Catania, 3, 1949, 225.



وإذا كانت مزايا الدين القديم تنقضى معه ، فكذلك تخفى عيوبه بزواله . فلو فرض مثلاً أن المدين يعتقد بصحة الدين القديم ، بينما هو غير موجود في الواقع ، أو كان يشل بطريق الدفع ، فإنه لا يمكنه التمسك فيما يتعلق بالدين الجديد ، ببطلان الدين الأول ، أو أن يستفيد من الدفع القديمة التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الدائن (١٢١) .

فما دام أن الدين القديم ينقضى ، فإن كل ما يلحق به يخفى أيضاً .  
يبد أنه يمكن استبعاد هذه النتيجة باسئراط « ما هو مستحق » :  
quidquid ex vendito dare facere oportet..

بدلاً من اشئراط المبلغ الذي يمثل قيمة الدين الموجود من قبل : « decem »

### ٣٨ - الخاتمة :

يمكن أن نختتم التحليل الذي أجريناه لأمهمات المشاكل التي يثيرها التجديد في القانون الروماني ، بالملاحظات التالية :

نية التجديد ليست من ابتداء جستينيان . فهي العنصر الرئيسي للتجديد في العصر العلمي . وكانت له صيغة مقررة وضرورية بالنسبة للنوع الأول منه ، وهو التجديد المدني . أما فيما يتعلق بالتجديد البريتوري ، فصيغته تتسم بدرجة أكبر من الحرية . ففي النظام الأول ، لا يوجد تجديد بدون نية التجديد . ولكن هذه النية تستخلص من عناصر محددة تتعلق بالشكل وبالجوهر . وكونت هذه العناصر ، بسبب وظيفتها ، شروط التجديد .

وبالنسبة للنظام الثاني ، ونعني به التجديد البريتوري ، فإن البحث عن نية التجديد يتسم بحرية أكبر . وتتلاشى أهمية الشروط الأخرى . ويتلقى جستينيان هذا النوع الثاني ، الذي له حرية أكبر . ولكنه لا يقرر البحث عن نية التجديد animus novandi . بل يتطلب أن تكون هذه النية معبراً عنها صراحة لكي يتحقق التجديد .

(١٢١) الموسوعة : ١٣ ، ١ ، ١٧ .

ومهما يكن من أمر فإن البحث عن نية التجديد ، عن طريق الاسترشاد بالقرائن ، كان يتلائم مع المبادئ التفسيرية التي يعترف بها القانون الروماني ، ويطبقها في ميادين أخرى كذلك . فهناك مبدأ تفسيري روماني ذو طابع عام كان سائداً منذ وقت مبكر في روما ، وهو يقضى بأن البحث عن ارادة الطرفين هو الواجب الأول الذي يقع على عاتق المفسر حينما يكون بصدد تصرف قانوني ليس له معنى موحد ، عند النظر اليه من الظاهر ، إذا صح هذا التعبير . فالقاعدة المأثورة : *Primum sequendum quod actum est* تنسب إلى الفقيه سرفيوس .

ويمكن الاستناد إلى هذه الفكرة لتبرير سبب الحديث عن نية التجديد في حالات معينة فقط دون غيرها . فالنية هي العنصر المميز الذي يستعان به في الحالات الغامضة ، كما يقول الرومان . وهكذا لدينا نية التجديد *animus novandi* ، لأنه يتعين تفسير التعهد الرسمي *stipulatio* . وكذلك لدينا نية التبرع *animus donandi* لأن الهبة لم يكن لها تصرف قانوني خاص بها ، بل كانت تتم عن طريق أعمال قانونية غاية في التنوع والاختلاف من حيث الطبيعة . ومن ثم تتعين الاستعانة بنية التبرع لامكان فهمها على ضوء الوظيفة التي تقوم بها في هذه الحالة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بنية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل *animus alieni negotii gerendi* ، لأن عمله لا يمكن أن يكون مصدر التزامات بالنسبة لرب العمل إلا إذا أجرى بدون قصد التبرع . ويقال نفس الشيء بالنسبة لنية العدول عن الوصية الجزئية *animus adimendi* ، التي تهدي المفسر إلى التحقق مما إذا كان الموصي الذي يكون قد باشر عملاً معيناً ، قد أجره بقصد العدول عن الوصية الجزئية ، أم لغرض آخر ؛ وهلم جرا . وهذا هو معنى النية *animus* . فالنية تفيد في تكيف وتكملة وضع خارجي أو تعبير كان يمكن أن يكون عرضة لتفسيرات متنوعة من الناحية المجردة . والبحث عن هذه النية ليس سهلاً . بل تساعد عليه القرائن التفسيرية ، التي يعرفها القانون المدني الروماني في العصر العلمي أيضاً . فيتلقى المفسر معونة كبيرة عن طريق ملاحظة

ما يقع في العادة ، والاستعانة بعدة مبادئ مستوحاة من التجربة . ويلاحظ أن القرينة ، من حيث أنها أداة تفسيرية ، ليست قاطعة . فهي تقبل الدليل العكسي .

٣٩ - وعليه ، فإنه يمكن القول بأن عصر الامبراطورية السفلى اتسم ، في مجال التجديد ، بالنسيان وليس بالاصلاح . وجستينيان وحده هو الذي قام ببعض الاصلاح . وحفظ ، بوضعه الجامع Pandectae ، نظاماً يكرر ولو جزئياً نظام التجديد في العصر العلمي .

ويضاف إلى هذا المصدر ، بعض المصادر الغربية ، مثل مختصر جايوس Epitome Gai الذي يذكر نظام التجديد ، ولكن بطريقة غير كاملة وغير صحيحة (١٢٢) . ويعتبره جايوس من بين أسباب انقضاء الالتزام obligatio . ولقد أشار إليه في ملحق بعد معالجة التعهد الرسمي stipulatio ، وذلك بسبب العلاقة التي توجد بين النظامين ، كما هو معلوم . وذكرت الانابة الايجابية باعتبارها الحالة الوحيدة للتجديد . كما أن هناك خلطاً ما بين الانابة الاجبارية والانابة بالاعطاء dare ، حتى أنه يضاف أن المدين يمكن اجباره على الانابة delegatio .

ويطلق فيه على العمل التجديدي كلمة " cavere يضمن " ، التي أصبحت تشير إلى وثيقة التعهد الرسمي ويظهر أيضاً الخلط بين نظامين متباينين في مجال الالتزام الكتابي obligatio litteris ، الذي وصف بأنه انابة عينية a re in personam أو الزامية a persona in personam (١٢٣)

---

(١٢٢) مختصر جايوس : ٢ ، ٩ ، ١١ .

(١٢٣) أنظر كتابنا : موجز نظرية الالتزام في القانون الروماني ، ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ص ٧٥ . وأنظر أيضاً : مختصر جايوس : ٢ ، ٩ ، ١٢ ، و :

Levy, Westrom. Vulgarrecht, Oblig. R., Weimar, 1956,20.

كما أن كتاب الأحكام للفقير بولص *sententiae Pauli* لا يعرض تعريفاً للتجديد . وهو يوجد على العكس في « التفسير *Interpretatio* : novatio est quoties causa novatur (١٢٤) » . ١

ويعبر هنا ، ولو أنه على نحو يتسم بالعمومية ، عن الفكرة القائلة بأن التجديد يتضمن تغييراً جوهرياً . بيد أن هذه الفكرة ، التي لم تعد توجد في مختلف المختصرات ، تقرها هنا أن : novatio est quoties causa novatur (١٢٥) . ويلاحظ أن عبارة « *cautionem novare* » تعني مجرد تجديد المستند . ونصادف نفس هذا الاستعمال الاصطلاحي في بعض الدساتير الامبراطورية (١٢٦) . وعلى أي حال فانه يمكن القول بأنه بالنسبة للامبراطورية الغربية الرومانية ، فان المعنى الاصطلاحي التقليدي لكلمة *novatio* ينمحي وينصرف إلى كل اجراء يحدث تغييرات في الالتزام ، بما في ذلك مجرد وضعه في محرر .

وهكذا فان الفاظ اللغة الدارجة حلت محل المصطلحات القانونية . وكان الفقهاء يستعملون لفظ « التجديد *novatio* » و « يجدد *novare* » بمعنى اصطلاحى ، له مفهوم ضيق بالنسبة للاستعمال الشائع . ومن ناحية أخرى ، فان التعريفات ذاتها لم تفلح في الحفاظ على نقاوتها . بيد أنه من الصعب أن تقرر ، استناداً إلى ماتقدم ، أن ذلك يعنى الزوال الكلى للفكرة القانونية للتجديد . فوجود ظاهرة من الظواهر شيء ، وتعريفها شيء آخر . إذ أن التعريف عمل شائك . ومن المحتمل أنه ، رغم الانحرافات الاصطلاحية ، فانه قد توصل عملاً إلى تمييز النتائج الانقضائية للتجديد ، عن النتائج المختلفة والأقل أهمية من حيث الطبيعة ، والتي ترتب على تجديد

(١٢٤) أنظر : Brev., 5, 9,1 = Ps. 5,8,1, et int.

(١٢٥) أنظر :

EP. Guelph.; Ep. Monachi, Ep. seld. Haenel, Lex Rom. Vieig., 425.

(١٢٦) أنظر : CTh. 2, 27,1,5; CTh. 4, 4, 6.

المستند . ذلك أن المصادر التي في جورتنا لا تسمح بالقول بأن كل مناطق الامبراطورية الغربية كانت على نفس المستوى من حيث انعدام الثقافة ، مما يؤدي إلى عدم وجود المقدرة لديها على اجراء الفروق بين النظم المختلفة. فضلا عن أنه لا يجوز أن نقرأ نصوص عصر الامبراطورية السفلى بمعايير العصر العلمي .

٤٠ - وفيما يتعلق بالمصادر التشريعية الشرقية ، فاننا نصادف أيضاً الاستعمال العام لكلمة « novare » (١٢٧) . وتمثل المعلومات التي يقدمها جستينيان عن شرط استبعاد التجديد ، أهمية أكبر . إذ يستنتج منها أن التجديد كان موجوداً في الحياة العملية ، التي كانت تعرف كيف تتفادى نتائجها حينما لا تريدها . فقريئة التجديد، بشروطها المختلفة كانت إذن على قيد الحياة . وشرط استبعاد التجديد يشهد باستمرار وجود النظام الذي كان سائداً في العصر العلمي في الامبراطورية الرومانية الشرقية ، على خلاف الامبراطورية الغربية ، وان كان قد استبعد قرائن التجديد .

وتنبور هذه الأفكار في دستور جستينيان ، كما سبق القول . فهو يحدد مصير التجديد في الجامع . فلقد قرر رفض البحث عن نية التجديد *animus novandi* ، بل لا بد أن تكون صريحة ، والا فلن تكون لها أية قيمة . ولذلك زال الباعث على استخدام مؤلفات الفقهاء في العصر العلمي ، المخصصة لتفسير التصرف التجديدي . وأصبح من الممكن عدم الالتفات إلى الكتب غير المفيدة *nocentia volumina* ، كما يقول النص . وانعكس كل ذلك على تركيب العنوان : « في التجديد والاناة *de novationibus et delegationibus* » الوارد في الموسوعة (١٢٨) . وما جاء

---

(١٢٧) أنظر : Nov. Marciani, II, 2, a.450. فالنص يشير إلى فكرة تتضمن معنى أكثر من مجرد تجديد السند .

(١٢٨) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ .

من أفكار تحت هذا العنوان يعوزه العرض التنظيمي المؤلف ، ومقتبس  
 بعضه من شروح أولبيانوس (١٢٩) . أما الشرط الأكبر منه ، والذي يتضمن  
 فقرات أكثر عدداً ، فأخوذ من مواضع لم تكن تعالج أساساً التجديد (١٣٠)  
 ويلاحظ أن الفقرات التي كانت واردة في كتب خاصة بفتاوى ومسائل  
 نظرية *quaestiones* ، ناقصة هنا . ويرجع ذلك بلاريب إلى أن أهم هذه  
 المسائل القانونية *quaestiones* كانت ذات طابع تفسيري (١٣١).

وحتى في هذا المجال الضيق والمحدود ، كان واضعو الموسوعة يزاولون  
 مجرد عمل سلبي بالنسبة لنصوص العصر العلمي . وكانوا يتوخون الدقة  
 بخصوص ماتضمنه دستور جستينيان . بيد أنه كان يتعين عليهم أيضاً تضمين  
 الجامع الاشارة المباشرة لإصلاح جستينيان . ولقد نفذوا هذا الواجب بطريقة  
 خاصة . ففي بعض الأحيان ، كانوا يستخدمون وصفاً محدداً ، وحرافياً .

(١٢٩) كان التجديد يعالج ، على ما يبدو ، في الشروح التي وضعت في القانون المدني  
 على غرار مؤلف ساينوس *ad sabinum* لا في المؤلفات التي وضعت تعليقاً على منشور  
 البريتور *ad edictum* . وكان أولبيانوس يكتب عنه في كتاب رقم ٤٦ ، على غرار  
 مؤلف ساينوس *ad sabinum* . ولقد احتفظ بعرضه في جره ضئيل للغاية في الموضوع  
 المخصص للتجديد (*sedes materiae* ( الفقرة ١ ، ٦ ، ٨ ) . أما بقية الحديث عنه  
 فوزع بين أماكن *sedi* متنوعة ( الموسوعة : ٢ ، ١٥ ، ٤ ، ١٦ ، ٢ ، ٢٤ ، ١٩ ،  
 ١ ، ١٠ ، ٤٥ ، ١ ، ٢٩ ، ٤٦ ، ١ ، ٥ .

(١٣٠) فهناك أربع فقرات فقط من بين ٣٤ فقرة ، مقتبسة من صلب مواضع *sedi*  
 مخصصة للتجديد . بينما البعض الآخر من بقية هذه الفقرات ، فانه مأخوذ من موضوع يعالج  
 الالتزامات اللفظية *obligatio verbis* . أما فيما يتعلق بالبقية الباقية فإنها مقتبسة من مواضع  
 مختلفة عن المجالين الأولين .

(١٣١) ولقد احتفظ بفقرة وحيدة أخذت من مؤلف بولص الخاص بالمسائل  
*quaestiones* وهي الفقرة ٢٩ .

وذلك عندما كانوا يتكلمون عن الارادة المعبر عنها صراحة  
*voluntas specialiter expressa* ، وعن *novatio legitme facta* ، وعمما شابه  
 ذلك (١٣٢) . وفي أحيان أخرى ، كانوا يستعملون العبارة المقتبسة :  
*si hoc actum est* ، وما يماثلها . والحق أن الوصف كان أكثر  
 شمولاً (١٣٣) . ولكنهم كانوا يوالون تحريف نية التجديد *animus novandi*  
 بدرجة أكبر (١٣٤) . وأرادوا في هذه الحالة الأخيرة أن يستخدموا مصطلحات  
 على نهج العصر العلمي . ولكنهم أبرزوا في نفس الوقت تقرير أن  
 ما يقصدونه من لفظ النية *animus* ، ليس النية باعتبارها مجرد حدث داخلي ،  
 بل تعنى الارادة التي يتطلبها القانون ، أي الارادة المعبر عنها صراحة  
*voluntas specialiter expressa* (١٣٥) .

(١٣٢) أنظر الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٢٩ ، ٣١ ، ١ ؛ وكذلك  
 الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١٨ . وانظر أيضاً : مجموعة الدساتير : ٢ ، ٢٠ ، ٥ ، ٨ ،  
 ٤٠ ، ٤٠ .

(١٣٣) الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٢٧ ، ٢ ، ٤٥ ، ١ ، ٩١ ، ٦ ، ٤٦ ، ٢ ، ٢ ، ٤٠ ، ٨ ،  
 ٥ ، ٨ ، ٢ ، ٤٠ .

(١٣٤) أنظر الموسوعة : ٤٤ ، ٤٤ ، ٢٧ ، ٣ ، ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١٤ ، ١٤ ، ٣ ،  
 ١٣ ، ١٧ ، ٢ ، ٧١ ، فاتحة ٤٢ ، ٦ ، ١٠ ، ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، فاتحة ١٤ ،  
 فاتحة ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٠ ، ٣١ ، فاتحة ٤٦ ، ٣ ، ٩١ . وانظر أيضاً : مجموعة  
 الدساتير : ١٤ ، ٣ ، ٤١ ، ٨ ، ١٤ ، ٣ ، ٤١ ، ٨ .

(١٣٥) ولعل هذا يضعنا أمام الأصل التاريخي للمواد المنصوص عليها في التشريعات الحديثة  
 والتي تستوجب الاتفاق على التجديد صراحة . انظر على سبيل المثال : الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤  
 من القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي :

«التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف»  
 وكذلك المادة ١٢٣٠ من القانون المدني الايطالي التي تنص على ما يأتي : «يجب أن تستخلص  
 نية انقضاء الالتزام السابق بطريقة قاطعة» .

٤١ - هذا ونضيف في النهاية أن نظام التجديد قد فقد كل فائدة له في التشريعات الحديثة (١٣٦). ولقد خصص التقنين المدني الفرنسي لهذا النظام المواد من ١٢١٧١ إلى ١٢٨١. وعالجه التقنين المدني المصري (١٣٦) في المواد من ٣٥٢ إلى ٣٥٨ ويمكن القول أن التقنينات التي تفسح حيزاً ملموساً لنظام التجديد متأثرة أساساً باعتبارات تاريخية. ولذلك فإن هناك من التشريعات الحديثة ، مثل التقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري للالتزامات ، ما لم تعد تعالج نظام التجديد صراحة *ex professo* . فلقد فقد كل أسباب الوجود فيما بين أشخاص جدد *inter novus personas* ، لأن التشريعات الحديثة تعرف ، على عكس القانون الروماني من حيث المبدأ ، حوالة الحق وحوالة الدين . ونظام الحوالة في الوقت الحاضر يتسم بأنه أكثر بساطة ، كما أنه يحقق الهدف المقصود بطريقة مباشرة ، مما أدى إلى عدم جدوى استعمال التجديد لنقل الالتزام *translatio obligationis* . بينما كان القانون الروماني يلجأ إليه لسد هذا النقص .

وفما يتعلق بالتجديد بتغيير المصدر ، الذي كان مفهوماً لدى الرومان ، بسبب التمييز ما بين دعاوى القانون الضيق ودعاوى حسن النية ، فإن تطبيقاته نادرة في القانون الحديث ، ولا يمكن تصورهما إلا بالنسبة للالتزامات الطبيعية . أما بخصوص الالتزامات المدنية ، فمن المعلوم أنها ، في التشريعات المعاصرة ، من طبيعة واحدة وتحمها جميعاً دعوى واحدة ، وتنقضى بنفس

---

(١٣٦) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الثالث ، ص ٨١٣ وما بعدها ؛ الدكتور عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثالث ص ٦٦ وما بعدها ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس أحكام الالتزام ، ص ٤٣٨ وما بعدها ؛ الدكتور شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام ، ١٩٦٠/١٩٦١ ، ص ٣٠١ ؛ الدكتور اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام والاثبات ، ١٩٦٤ ، ص ١٣٥ .



الطريقة . فلم يعد من الممكن الآن إذن أن يستخدم التجديد من أجل تحويل التزام حسن النية إلى التزام من التزامات القانون الضيق .

فلا تتمف اليوم أية عقبة في سبيل تعديل الديون بواسطة اتفاقات لاحقة ، أو اكتسابها عن طريق وكيل ، أو نقلها . ولم يعد التجديد هو الطريق الأساسي لتحقيق كل هذه الأغراض .

وأخيراً فإنه بالنسبة للتجديد بتغيير محل الدين ، الذي كان نادراً في عصر جستينيان ، وهو ممكن في الوقت الحاضر ، فإنه ليس في الواقع سوى وفاء بمقابل *Dotio in Solutum* .

وعليه ، يمكن القول أن الاستعمال الرئيسي للتجديد في العصر الذي تعيش فيه ، ليس هو التعديل في شكل الدين أو في أوصافه ، أو في أشخاصه ، بل التعديل في محل الدين ، وهو ما كان نادراً عن طريق التعهد التجديدي عند الرومان . وهكذا . فإن شمس نظام التجديد الروماني قد غابت من التشريعات الحديثة عامة .

