فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة

في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية

(دراســـة مقارنـــة)

اعداد

علي عبد الرزاق إبراهيم الرقم

مقدمة:

اتفقت كلمة الفقهاء على اختلاف شرائعهم ومذاهبهم ونحلهم على أن للإرادة سلطانا وقدرة على تكوين الإلتزام وعلى هذا قامت كل الشرائع والقوانين غير أن سلطان الإرادة ليس مطلقا في جميع المجالات إنما تحده قيود وضوابط كثيرة تقتضيها مصلحة الناس ومصلحة المجتمع التي تتمثل في تحقيق إستقرار المعاملات في النظام الإجتماعي والإقتصادي.

فالإلتزامات القانونية الناشئة عن الإرادة قد تكون التزامات ناشئة عن تلاقي إرادتين لتكون مانسميه اصطلاحا بالعقد وقد تكون هذه الإلتزامات ناشئة عن إرادة واحدة مستقلة ودون أن تكون مرتبطة بإرادة مقابلة وهذه الصورة التي يطلق عليها في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي الإرادة المنفردة وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بالعهد أو الإيجاب غير المقترن بالقبول.

وإذا كانت فكرة العقد قد لاقت إتفاق الفقهاء من حيث كونه مصدراً للالتزام فإن فكرة الإرادة المنفردة رغم جذورها التاريخية الممتدة من خلال تطبيقاتها المختلفة كما في حالة النذر للالهة وحالة الوعد بجائزة ، إلا أن الخلاف بشأنها مازال مطروحا منذ أن بدأ الاهتمام بها كمصدر للإلتزام
فقدشهدتالإرادةالمنفردةثورةقانونيةكبيرةفيالقرنالتاسععشر ،بدأتفيألمانيا
،لتضعالإرادةالمنفردةمصدراًبجوارمصادرالإلتزاماالأخرى.

ولقد اختلفت المدارس الفقهية حول قدرة الإرادة المنفردة على تكوين الإلتزام و كان لهذا الخلاف أثرة على المشرعين إلا أننا في المجمل العام نلحظ انحسار هذا الخلاف شيئا فشيئا حتي باتت مصدرية الإرادة المنفردة للالتزام من الأمور المسلمة حتي بالنسبة لأشد المدارس الفقهية معارضة لها.

وبالنظر إلى الجانب التاريخي لنظرية الإرادة المنفردة نجد أن النظرية لم يكن لها وجود ولم يتطرق أحد لبيان دليل ، أو تقديم اعتراض عليها حتى ظهرت على يد الفقهاء الألمان فأقاموا بناءها ووضعوا أدلتها وأسسها ، وهنا بدأت المدرسة التقليدية بتوجيه أسهم النقد لها ، وجاءت ادلة المعارضين في مجملها على شكل مناقشات لأدلة مؤيدي النظرية وزعزعة الأسس التي بنيت عليها ، وبناء على ذلك فقد ارتأينا أن نخالف العديد من أساتذة القانون في ترتيب تلك الآراء مقدمين الرأي المؤيد للنظرية وان كان متأخراً تاريخيا ، ولا يخلو هذا التقديم من فائدة حيث إنه أقرب للمنطق السليم بتقديم الدليل على مناقشته ، كما أن هذا الترتيب ستكون له فائدة عند الترجيح لأنه سيكون به غني عن اعادة مناقشة أدلة المؤيدين.

وبالنسبة للفقه الإسلامي فما حدث بالفقه الوضعي من خلاف حول تلك الفكرة وقع بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك كانت أدلة المعارضين مناقشة لأدلة المؤيدين وصرف لها عن مدلولاتها ، ولكن بشكل مختلف عما حدث في الفقه الوضعي نظرا للطبيعة الخاصة التي سار عليها الفقه الإسلامي في منهجية البحث علي نحو ما سنبينه في حينه .

وعليه كان من المناسب أن نتعرض لفكرة الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام من خلال بحث يمتزج فيه الفقه الوضعي بالفقه الاسلامي حتى تحصل الفائدة من مقارنة كل جزئية من جزئيات تلك الفكرة في القانون الوضعي مع نظيرتها بالفقه الإسلامي.

وعليه سنقسم دراستنا في هذا البحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول:- الاتجاه المؤيد لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني:- الاتجاه المعارض لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث:- المناقشة والترجيح.

المطلب الأول

الاتجاه المؤيد لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية

نظرا لاختلاف منهجية البحث في الفقه الوضعي عن تلك المتبعة في الفقه الاسلامي من حيث فإن ذلك يستدعي تخصيص فرع لدراسة الاتجاه المؤيد للفكرة في كل فقه على حده.

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول:- بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي.

الفرع الثاني:- بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي

أولا :منطوق الرأي

كان أول ظهور لتلك النظرية في العام ١٨٥٤ خلال مؤتمر علمي عقد في مدينة جيسين Giessen ، حيث اعتبر فيه أن الإرادة المنفردة هي الأساس الوحيد لالتزام الواعد في بناء فكرة الوعد بجائزة[٢٦٤٨] ، حيث كان الفقه الألماني وهو عنوان التحضر في وسط أوروبا والتجدد في الرأي[٢٦٤٩] ، والذي جاء مسترشدا بتقاليد القانون الجرماني[٢٦٥٠] ، الذي ينظر للالتزام على أنه قيمة مادية المهد المناسب لنظرية الإرادة المنفردة.

وقد توالت بعد هذا المؤتمر عدة دراسات قانونية في ظل القانون الألماني ، ومنها ما كتبه كونتز Kuntz عام ١٨٥٧ في كتابه السند لحامله ، وأطلق هذه النظرية في إنشاء السند لحامله[٢٦٥١] ، وكتاب (الوعد والعقد) للأستاذ جاكوبي Jacobi[٢٦٥٢] .

٢٦٤٨د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤م ، ص٣٧٧ ، د/أحمد سلامه ، مذكرات في نظرية الإلتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ١٩٧٥م ص٢٢٣.

٢٦٤٩ محمد نصر الدين زغلول الإرادة في العمل القانوني وعيوبها ص٢٣٤.

٢٦٥٠د/عبد الرزاق حسن السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام تنقيح المستشار احمد المراغي منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣م الجزء الأول ، ص١١٦٥.

٢٦٥١ د/عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ص ٣٧٨.

٢٦٥٢ د/محمود المظفر نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية دراسة مقارنة في ضوء التقنينات العربية وفقه الشريعة الإسلامية ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ ، ص٧٧.

ولعل أهم ما كتب في هذا الشأن ما وضعه الفقيه النمساوي سيجل Siegle في كتابه الوعد كسبب للالتزام عام ١٨٧٤ ، والذي كان فيما يعتقد أول من بادر إلى تأصيل الفكرة وإبرازها[٢٦٥٣] ، وقد دعا من خلاله إلى الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بجانب العقد[٢٦٥٤] ، فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرماني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يعدل عنه[٢٦٥٥].

وقد لاقت هذه الدراسات صدى لدى واضعي القانون الألماني عام ١٩٠٠وكان أول من اعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ولكن بصورة استثنائية وذلك بنص المادة ٣٠٥ على أنه (لإنشاء التزام بمقتضى تصرف قانوني وكذلك لتعديل ذلك الإلتزام لابد من عقد يبرم بين ذوي الشأن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) ، إلى جانب النصوص التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام الإرادي وهي المادة ٨٠ الخاصة بالمؤسسات ، والمادة ٦٥٧ الخاصة بالوعد بجائزة ، والمادة ٧٩٣ الخاصة بالسند لحامله[٢٦٥٦].

٢٦٥٣ المرجع والموضع السابق

٢٦٥٤ د/أنور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام ،ص٢٩٣.

٢٦٥٥ د/عبدالرزاق السنهوري المرجع والموضع السابق.

٢٦٥٦ د /عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٣٨٢ (بتصرف).

وقد احتاط المشرع الألماني في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام لاعتبارات عملية ، وفي هذا يقول الفقيه سالى (إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبداها برنتز Brinz ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للإرادة ، إذ يصعب أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن نتبين هل هناك التزام بات جدي أو أنه لا يوجد إلا قول ألقي جزافا دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به)[٢٦٥٧].

وقد ترتب على تبني المشرع الألماني لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة ذيوع هذه النظرية وتبنيها من قبل العديد من التقنينات التي أعقبت التشريع الالماني ، كتقنين الإلتزامات السوىسري وتقنين الإلتزامات البولوني والتقنين المدني الايطالي والتقنين المدني المصري الحالي والعديد من تشريعات الدول العربية كالقانون المدني الكويتي ، غير أن هذه التقنينات قد سارت على نسق التقنين الألماني في الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام الإرادي لا كمصدر عام[٢٦٥٨].

و في فرنسا بدأ الاهتمام الفقهى بدراسة الإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً للالتزام منذ اواخر القرن التاسع عشر ، حيث تتابعت الرسائل الفقهية حول التمييز بين الإرادة المنفردة و غيرها من مصادر الإلتزام بل و اعتبارها أصل الإلتزامات[٢٦٥٩] ، و بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ظهرت في فرنسا ثلاث رسائل دكتوراه حول دور الإرادة المنفردة في انشاء الإلتزام [٢٦٦٠].

وقد لاقت الفكرة قبولا لدى كثير من الفقهاء أمثال تارد وكولان وكابيتان وجني وديموج وجوسران ، وسالي الذي تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المعروفين الإلتزامات في القانون الألماني و الإعلان عن الإرادة[٢٦٦١].

حيث اعتبر الفقيهان " هنرى و كابيتان" في اطار اعترافهما بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام أن نص المادتين ١١٠٢ و ١١٠٣ من القانون المدنى ، قبل التعديلات التي أدخلت بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ . حيث كان النص القديم يعتبر تصرفا انفراديا قيام شخص بالإلتزام تجاه شخص او اكثر من دون ان يقع عليهم اى التزام تجاهه " ، و أيدا فكرة التميز بين التصرف الملزم لجانب واحد و العقد الملزم لجانبين[٢٦٦٢].

وكذلك وورمز وهو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة في فرنسا ، وقد تشيع لتلك النظرية أيما تشيع ، وهو يرى أن التطور التاريخي للإرادة باعتبارها منشئة للالتزام يدل على أنها تخلصت تدريجيا من الأوضاع التي كانت تحوط بها ، وآن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة فلا تبقي على اشتراط

[٢٦٥٧] د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص ١١٦٩ هامش رقم ١.

٢٦٥٨ في هذا المعنى د/أنور سلطان المرجع السابق ص٢٩٣.

[٢٦٥٩] Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d obligations, Paris, ١٨٩١ ; Elias, Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale, Paris, ١٩٠٩

[٢٦٦٠] J. Martin de la Moutte, L acte juridique unilatérale, Paris, ١٩٥١ ; A, Rieg, Le rôle de la volonté dans l acte juridique en droit civil français, Thèse Strasbourg, ١٩٦١ ; L. Izorche m l avènement de l engagement unilatérale en droit prive contemporain, thèse Aix en Provence, ١٩٩٥

٢٦٦١ انظر د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص١١٦٦ متن وهامش رقم ٣ ، د محمود المظفر السابق ص٥٧ ، د/فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام ، دراسة مقارنة ، بحث منشور مجلةجامعةدمشقللعلومالاقتصاديةوالقانونية – المجلد٢٨العددالأول٢٠١٢ ،ص١٤٦ ، وأشار إلى

F. Terre, Ph. Simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligations, op.cit, n ٥٣, p.٦١.
J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, L'act juridique, op.cit.,n ٥٠٠, p.٣٨٢ et s.

[٢٦٦٢] Ambroise Colin et Henri Capitant , Cours élémentaire de droit civil , ٦ ed ,Dalloz , ١٩٣٠, p ٢١١

توافق الإرادتين لإنشاء الإلتزام ،لان ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقيا ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الإلتزام[٢٦٦٣].

بل أننا نجده يذهب إلى أبعد من ذلك مقررا أنه "متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في العقد ذاته لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاما فلماذا لا تستطيع أن تكون وحدها مصدر الإلتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة!" [٢٦٦٤].

وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على قبول الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في حالات معينة[٢٦٦٥].

وقد نادى تيار فقهي مهم بإدخال هذا المصدر الجديد في القانون الفرنسي ، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التقنين المدني الفرنسي لا يجهل تصرف الإرادة المنفردة بوصفه مصدراً للالتزام [٢٦٦٦] ، إذ أنه نص على بعض تطبيقاته كالوعد بتنفيذ التزام طبيعي الذي يجعل هذا الإلتزام ملزما ، ومن ثم يمكن تنفيذه جبراً على المدين عن طريق القضاء ، ويترتب على ذلك أن الوفاء طوعا بالتزام طبيعي يمنع المدين من استرداد ما أداه نتيجة ذلك وفق ما نصت عليه المادة١٢٣٥/٢ فرنسي[٢٦٦٧]الملغاه [٢٦٦٨].

وقد استجاب المشرع الفرنسي أخيراً لهذا الاتجاه من خلال التعديلات التى أجراها على غالبية نصوص القانون المدنى بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بتعديل أحكام العقود و نظام الاثبات بالقانون المدنى[٢٦٦٩] ، بات النص الجديد بالمادة في ١١٠٢ (للكل الحق في حرية التعاقد او عدم التعاقد ، وفي اختيار

[٢٦٦٣] د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص١١٦٦ هامش رقم ٣ نقلا عن وورمز في رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١م.

[٢٦٦٤] المرجع والموضع السابق ، وانظر ايضاً

Alain Seriaux , L'engagement unilatéral en droit positif francais , ١٩٩٩ , p. ٢١ ; Francois Terre , Philippe Simler et Yves Lequette , Droit civil , op.cit , p. ٦٧ ; J. Chabas , De la déclaration de volonté en droit civil français , Thèse Paris , ١٩٣١ , p. ١٢

٢٦٦٥ محمد نصر الدين زغلول المرجع السابق ص ٢٤٠ وذكر هذه الحالات وهي١- المشارطات التي تقع لصالح المؤسسات العامة ٢- مشارطات التأمين على الحياة إذا جعل دفع مبلغ التأمين للغير ٣- الإيجاب في البيوع ٤-تقرير التجزية والمكافآت في حالات البحث عن الشئ الضائع ٥-السندات التي تكون لحاملها ،وأشار إلى وهل Wahl في شرحها الجزء الأول نبذة ٢٥٥ وكذلك مقال هوريو في مجلة القانون المدني ١٩٠٣ ص ٥٤٣ (الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري)

- فواز صالح المرجع السابق ص ١٤٧ ، حيث ذكر أن محكمة النض الفرنسية قررت في بعض أحكامها أنه إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء المدة التي حددها لصدور القبول ثم صدر بعد ذلك القبول ، فلا أثر للرجوع ومن ثم ينعقد العقد على الرغم من هذا الرجوع ، وأشار إلى نقض فرنسي ، الغرفة المدنية الأولى ، القرار الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١٢/١٧ ، منشور في مجلة دالوز ١٩٥٩ ، ٣٣ ، والغرفة المدنية الثالثة ، القرار الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٣/١٠ ، منشور في مجموعة قرارات الغرفة المدنية الثالثة لعام ١٩٦٨ ، رقم ٢٠٩.

[٢٦٦٦] Frédéric Rouvière , L'obligation comme garantie , RTD.Civ m no.١ , ٢٠١١ , p. ١

[٢٦٦٧] د/فواز صالح ، المرجع السابق ، ص١٤٦.

[٢٦٦٨] Art ١٢٣٥ du code civil " Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.
La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

د/فواز صالح ، المرجع السابق ، ص١٤٦.

[٢٦٦٩] Ordonnance n° ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

من يتعاقد معه وتحديد محل العقد و شكله وذلك طبقا للحدود التى نظمها القانون ، وحرية التعاقد لا يجوز أن تخالف قواعد النظام العام)[٢٦٧٠]. أما المادة ١١٠٣ فنصت على (وتبرم العقود طبقا لأحكام القانون الذى ينظمها)[٢٦٧١] ، و قد نصت المادة ١١٠٦ صراحة على أن (و يعتبر تصرفا من جانب واحد ...)[٢٦٧٢] ، و فيما يبدو أن المشرع الفرنسى أراد من هذا التعديل حسم مسألة التصرف الانفرادي من خلال تقييده بمقتضيات القانون على اعتبار أن الاصل هو تبادل الارادتين و ليس الإرادة المنفردة لنشأة للالتزام[٢٦٧٣].

وقد انفرد المشروع الفرنسي الايطالي بعقد فصل خاص للإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا عاما للالتزام فقضي في المادة (٦٠) بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الإلتزامات[٢٦٧٤].

وبالنسبة لفقهاء القانون المصري نجدهم بصفة عامة يميلون إلى الإقرار بفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة[٢٦٧٥] ، ولا نكاد نجد معارضين سوى النذر اليسير على نحو ما سنذكر عند بيان رأي المعارضين للفكرة.

[٢٦٧٠] Art ١١٠٢ du code civil " Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public

[٢٦٧١] Art ١١٠٣ du code civil " Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

[٢٦٧٢] Art ١١٠٦ ancien du code civil " Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans que de la part de ces dernière il y ait d engagement

[٢٦٧٣] Réforme du droit des obligations un supplément au code civil ٢٠١٦ à jour de l'ordonnance n° ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦

[٢٦٧٤] د/عبدالرزاق السنهوري السابق ص١١٧٠ هامش رقم ١ وأشار إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الايطالي التي أوردت (ص ٧٠-٧٣) أن هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والايطالية ، فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل ، ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسي ، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالي فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجاري الايطالي على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزما بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبيرا بالنسبة إلى هذا القول ، ومن المفيد إدخاله في القانون الفرنسي ، فهو يضع حدا للخلاف في تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هي عقود أو هي مجرد إرادة منفردة ، كما في تطهير العقار ، وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد ، بالتمشي مع ما يقتضيه حسن النية ، على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا لهذا التجديد ، فهي لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك ان تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة

[٢٦٧٥] د/عبدالرزاق السنهوري ، السابق ص١١٦٨ ، د/ عبد الحي حجازي ، السابق ، ص٣٨٥ ، د/أحمد سلامة ، السابق ، ص٢٢٩ ، د/أحمد حشمت أبو ستيت ،نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري الكتاب الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤م ص٣٦٠ ، د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص٣٩٧ ، د/جلال العدوي ، الموجز في مصادر الإلتزام ، ١٩٩٥ص٢٧٧ ، د/عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص٤١٨ ، د/سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، ١٩٩٩-٢٠٠٠م ، ص٢٠٥ ، د/لاشين محمد الغياتي ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، مكتبة جامعة طنطا ١٩٨٦ ص٣٤ ، د/ محمود المظفر ، السابق ، ص١١٣

أما المشرع المصري فقد كان في ظل القانون المدني القديم لا يعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الإلتزام على غرار نظيره الفرنسي القائم حين وضعه ، إلا أنه حاول من خلال مشروع القانون المدني الجديد التقدم بخطوة نحو التجديد ، "محتذيا في ذلك مثال المشروع الفرنسي الإيطالي"[٢٦٧٦] ، بأن يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام إلى جانب العقد بنص المادة ٢٢٨ منه إلا أن لجنة المراجعة قامت بحذف تلك المادة مبررة ذلك الحذف بأنه "عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة تنشئ التزاما"[٢٦٧٧] ، إلا أنها أبقت على الفصل المعقود للإرادة المنفردة بين مصادر الإلتزام الأمر الذي اعتبره الفقه المصري أخذا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على سبيل الاستثناء ، ولم يخالف هذا الفهم سوى عدد قليل من فقهاء القانون المصري[٢٦٧٨] .

وقد سلكت معظم التشريعات العربية التي استرشدت بالقانون المصري مسلكه بجعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في حالات استثنائية ، ولكنها تميزت عنه بأنها نصت على ذلك صراحة ، وذلك كالقانون المدني الكويتي الذي نص في المادة ٢٢٠ على أن (التصرف بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل التزام قائم ولا ينهيه إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون) وكذلك فعل كل من المشرع الليبي[٢٦٧٩] والمشرع العراقي[٢٦٨٠] واللبناني[٢٦٨١] .

إلا أننا نلاحظ أن من بين التشريعات العربية ما كان سباقا للاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام إلى جانب العقد كمصدر إرادي ، وذلك كالقانون المدني الأردني حيث نصت المادة ٢٥٠ منه على أنه (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشئ وذلك طبقا لما يقضي به القانون)[٢٦٨٢] ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات[٢٦٨٣] ، والقانون المدني اليمني[٢٦٨٤] .

[٢٦٧٦] مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثاني ص ٢٣٦ بالهامش.

[٢٦٧٧] المرجع السابق ص٢٣٩ بالهامش.

[٢٦٧٨] د.عبدالرزاقالسنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادرالإلتزام ص ١١٧٢ ،حيث اعتبر تطبيقات الإرادة المنفردة الواردة بالقانون المصري التزامات قانونية مصدرها النص القانوني الذي أنشأها وقد سايره في هذا الاتجاه د/سليمان مرقس ، الوافيفيشرحالقانونالمدني-٢ - ،فيالإلتزاماتص٦٩٣ ، و د/وليم سليمان قلادة التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ١٩٥٥م ، ص١٧٢.

[٢٦٧٩] حيث نص القانون المدني الليبي في المادة ١٦٥ على أنه (إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام سرى عليها ما يسري على العقد من أحكام).

[٢٦٨٠] نصت المادة ١٨٤ مدني عراقي على (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها الا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك ويسري عليها ما يسري على العقد من أحكام).

[٢٦٨١] نصت المادة ١٤٨ فقرة ٢ من قانون الموجبات اللبناني على أنه(يجوز على وجه الاستثناء وفي أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد).

[٢٦٨٢] يلاحظ أن عبارة (طبقا لما يقضي به القانون)لا تقدح في اعتبار الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام في القانون المدني الأردني إذ أن التزام حدود القانون واجب في كل تصرف إرادي حتى في مجال التصرف التعاقدي ، في هذا المعني د/عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص١٧٤ .

[٢٦٨٣] نصت المادة ٢٧٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشئ وذلك طبقا لما يقضي به القانون كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه).

[٢٦٨٤] حيث ذكر الإرادة المنفردة كأحد نوعي التصرف القانوني وعدها من المصادر في الفصل المخصص لبيان مصادر الحقوق وذلك في المادة ١٢٧ التي نصت على أن (التصرف الإرادي أو العمل القانوني هو ما يصدر عن الإنسان بقصد ترتيب آثاره القانونية الشرعية عليه وتتفرع عنه المصادر الآتية:- ١- العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه

ثانيا أدلة هذا الرأي :

استند أنصار هذا الاتجاه الى عدة أدلة نوجزها فيما يلي:

١) يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، وإذا كان لا يملك أن يصبح دائنا بإرادته المنفردة لما في ذلك من إفقار للغير بدون رضاه ، إلا أن هذه الإرادة قادرة على إفقار صاحبها[٢٦٨٥].

فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذا منه في نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاب الإلتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها[٢٦٨٦].

وإذا كانت الإرادة تلزم عند اقترانها بإرادة أخرى أي عندما ينعقد العقد فإن قوتها الملزمة لابد وأن تكون قد توافرت لها قبل هذا الاقتران وإلا ما استطاعت أن تلزم حتى بعده[٢٦٨٧].

وفي هذا يقول الأستاذ جاكوبي Jacobi (إذا كان من وعد لا يستطيع أن يقيد نفسه في حدود ما يملكه فهو لا يملك أن يرتبط بالتعبير الذي يلقيه إلى من تعاقد معه)[٢٦٨٨].

أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديما كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تتجه إليه ، فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى ، على أننا نتطلب رضا المدين حتى لا يكسب حقا بالرغم منه ، ولكن هذا الرضا لا يوجد الإلتزام ، ، بل إن الإلتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين[٢٦٨٩].

٢) إن بناء الإلتزام التعاقدي على توافق الإرادتين هو بناء على أساس افتراضي بحت ، إذ أنه حتى يتم هذا التوافق ، لابد أن يتعاصر الإيجاب مع القبول في لحظة واحدة ، وهذا أمر مستحيل سواء في التعاقد بالمراسلة أو بالتعاقد بين حاضرين ، والواقع أن الإيجاب والقبول متعاقبان أبداً ، ولابد من فاصل زمني يفصل بينهما قل

المسئولية العقدية. ٢- الإرادة المنفردة وهي الإيجاب المجرد الذي تترتب عليه آثاره القانونية الشرعية دون توقف على قبول وتلحق بالمسئولية العقدية.) ، كما خصص لها الباب الثاني من الكتاب الثاني المخصص لمصادر الإلتزام وبدأ بنص المادة ٣٠١ من القانون المدني إلىمني على أن (الإلتزام بالإرادة المنفردة هو صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبول من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعيين فيترتب أثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع عنه ومن ذلك النذر والوعد بجائزة ، ويرجع في الأحكام الخاصة بالنذر إلى قانون الهبة).

[٢٦٨٥] في هذا المعني د/ أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٢٦ ، د/عبد المنعم فرج الصده ، السابق ص٤١٧.
[٢٦٨٦] د/عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص ١٠٧٨.
[٢٦٨٧] د/ أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ص٣٥٩.
[٢٦٨٨] نقله محمد نصر الدين زغلول المرجع السابق ص ٢٣٥
[٢٦٨٩] د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص ١١٦٧.

أو كثر ، وحتى يتحقق هذا التوافق فلابد من افتراض أن الموجب قد ثبت على إيجابه ولم يعدل عنه خلال هذا الفاصل حتى اقترن بقبول من وجه إليه[٢٦٩٠].

فضلا عن ذلك فإنه في بعض الحالات يكون هناك عدول فعلي من الموجب عن إيجابه - قبل القبول- وكل ما هنالك أن المتعاقد الآخر لم يعلم بهذا العدول حتى صدر عنه قبول ، ومع ذلك فإننا في ظل نظرية العقد نقر قيام العقد بالرغم من عدم توافق الإرادتين[٢٦٩١].

"وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعم أنها هي الإرادة الباطنة ، والأولى أن نتجنب هذه الفروض ، وأن نواجه الحقيقة كما هي ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن"[٢٦٩٢].

٣) أن في القانون افتراض الإرادة في الأفعال التي تحدث بالغير ضررا ، فإن صاحب هذه الأفعال يبيت مسئولا عن تعويض من وقع الخطأ عليهم ، سواء أريد هذا الخطأ أم وقع رغم الإرادة ، فلو صح هذا وهو صحيح ، فكيف ينشئ الفعل الواقع رغم الإرادة التزاما ولا ينشئه العمل الواقع بالإرادة[٢٦٩٣].

فإذا كان القانون قد رتب بعض الإلتزامات على الأفعال التي تحدث دون إرادة وبطريق الخطأ - أو على الأقل دون إرادة تحمل الآثار القانونية لتلك الأفعال- ألا يكون من الأولى أن يلزم الشخص بالإلتزامات التي أراد تقييد نفسه بها وتحمل أثارها.

٤) أن اعتماد هذه النظرية هو تلبية لضرورات اقتصادية واجتماعية[٢٦٩٤] ، ذلك أن هناك بعض التطبيقات في الحياة العملية "لا يستطاع قبولها قانونا إلا عن طريق الإرادة المنفردة" [٢٦٩٥] ، فلا نستطيع أن نجد لهذه التطبيقات أساساً واقعياً لا يقوم على الافتراضات سوى نظرية الإرادة المنفردة[٢٦٩٦] ، إذ لا يمكن في تلك الفروض أن نتطلب توافق الإرادتين.

[٢٦٩٠] في هذا المعني د/عبدالرزاق السنهوري ، السابق ص١١٦٧ ، د/عبد المنعم فرج الصده ، السابق ، ص ٤١٧ ، د/ مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الإلتزام ، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية ، الطبعة الأولى ، دون ناشر دون تاريخ ، ص ٥٠٣.

[٢٦٩١] في هذا المعنى د/ سليمان مرقس ، السابق ، ص ٢٠٢ حيث ذكر(ولكن يلاحظ أن السحب ذاته لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه ، فيتوقف إذن انعقاد العقد أو عدمه على معرفة أسبقية وصول كل من سحب الإيجاب والقبول إلى من وجه إليه ، فإذا وصل سحب الإيجاب إلى من وجه إليه قبل أن يصل قبول الأخير إلى الموجب امتنع انعقاد العقد ، وإن وصل القبول إلى الموجب قبل أن يصل سحب الإيجاب إلى القابل كان السحب متأخرا ولم يمنع من انعقاد العقد وقت وصول القبول إلى الموجب)

[٢٦٩٢] د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص ١١٦٧.

٢٦٩٣ محمد نصر الدين زغلول المرجع السابق ص٢٣٦.

٢٦٩٤ فواز صالح ، المرجع السابق ص ١٤٦ ، وأشار إلى
F. Terre, Ph. Simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligation, op.cit, n ٥٣, p.٦٢.

[٢٦٩٥] د/عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص ٤١٧.

[٢٦٩٦] في هذا المعني د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ص ١١٦٦ ،د/ احمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٣٦٠.

كما في حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور فإن المخاطب في هذه الحالة غير معين ، وقد لا يكون موجودا وقت صدور الوعد ، فلا مجال لتطلب توافق الإرادتين ، أضف إلى ذلك حالة انجاز العمل المطلوب دون علم من قام به بالوعد[٢٦٩٧] .

وكذلك الإيجاب الملزم فقد يكون من وجه إليه الإيجاب غائبا فيلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه لمصلحة هذا الغائب.

ففي مثل هذه الفروض وغيرها لا يمكن القول بوجود التزام في ذمة المدين إذا اشترطنا توافق الإرادتين وفي هذا يقول الأستاذ تارد Tarde "والآن فإذا كان القانون ، أو في عبارة أخرى فإذا كان القضاء وما استقر عليه ، وإذا كان العرف التجاري ، والعادات الاجتماعية ، تلك التي تتقدم كلها المفهوم من القانون بخطوات في التطبيقات ، لا تعتبر التعهد قد تم إلا من وقت وقوع القبول –قبول الإيجاب– فإن أغلب الأعمال العظيمة يصبح تكوينها مستحيلا "[٢٦٩٨] .

هذه هي مجمل أدلة المؤيدين لنظرية الإرادة المنفردة من فقهاء القانون الوضعي وننتقل الآن إلى بيان رأي المؤيدين للفكرة من علماء الشريعة الإسلامية.

[٢٦٩٧] Daniel Mainguy , L'efficacité de la rétraction de la promesse de conrat , RTD.Civ, no.١ , ٢٠٠٤ , p. ١

[٢٦٩٨] تارد Tarde في تطور القانون ص ١٢٠ ، نقله محمد زغلول المرجع السابق ص ٢٣٨.

الفرع الثاني

بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

منطوق الرأي:

أشرنا فيما سبق إلى أن منهجية الفقه الإسلامي في البحث لم تهتم ببناء النظريات والقواعد العامة ، وإنما توجه اهتمامه إلى التفصيلات والمسائل الفرعية ، وبيان حكمها كل على حدة ، ولهذا فإننا لا نجد بناءً متكامل الأركان لنظرية الإرادة المنفردة لدى علماء الشريعة الإسلامية.

ولكن على الرغم من ذلك ، فإن المتتبع لأحكام الفقه الإسلامي يستطيع أن يتلمس الاعتراف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الإلتزام من قبل فقهاء المذاهب الفقهية المختلفة ، وقد كان هذا الاعتراف تأييداً منهم لمبدأ سلطان الإرادة الذي أيدته الشريعة الإسلامية "تأييدا واضحا إذ أمرت أن يكون المرء عند كلمته وعند عهده لا ينقضه ولا يخالف عنه"[٢٦٩٩] ، وذلك استنادا إلى العديد من النصوص الشرعية على نحو ما سنذكر في الأدلة.

وعلى هذا نجد اعتراف الفقهاء بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام فيما عرف عندهم بالإيجاب غير المقترن بالقبول والاكتفاء به كركن وحيد للتصرف الشرعي في عدة مواضع.

فعلى سبيل المثال نجد المذهب الحنفي اعترف بالإرادة المنفردة في عدة مواضع كما في حالة الهبة والعارية حيث قال صاحب البدائع (أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر)[٢٧٠٠] ، كما قال في العارية (أما ركنها : فهو الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا ، والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر ، كما في الهبة)[٢٧٠١].

وكذلك فإن أبا يوسف من الحنفية يرى أن الوقف يتم بعبارة الواقف[٢٧٠٢] ، أي بإرادته المنفردة كما أنه يرى في أحد قوليه أن ركن الكفالة هو الإيجاب من الكفيل فحسب ، وأما قبول الطالب فليس بركن عنده[٢٧٠٣] ، وقد أخذت بهذا الرأي مجلة لأحكام العدلية[٢٧٠٤].

٢٦٩٩ الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن سنة ، دون ناشر ،١٩٦٤ ، ص٣.

٢٧٠٠الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخان علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣م ج ٨ / ص ٨٤.

٢٧٠١المرجع السابق ص٣٧٠.

[٢٧٠٢]الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخان علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣م، ج٦ ص١٨٨ ذكر ما نصه (قال أبو حنيفة : لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا ، وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول).

[٢٧٠٣] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٧ / ص٣٨٩ ، حيث ذكر في كتاب الكفالة (أما الركن فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه ا).

[٢٧٠٤] مادة ٦٢١ من المجلة ، حيث نصت على (تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤخذ بها).

والمذهب الشافعي كذلك اعترف بالإرادة المنفردة في عدة مواضع كما في حالة الكفالة فعندهم تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل ولا يشترطون رضا المكفول ولا المكفول له[٢٧٠٥].

كما أن الوقف يتم عندهم بإرادة الواقف وعبارته إن كان الوقف على جهة معينة ، وإذا كان الوقف لشخص أو جماعة قولان أصحهما عند الأمام وآخرين اشتراط القبول والقول الثاني لا يشترط القبول ، وبه قال البغوي والروياني[٢٧٠٦].

والجعالة أيضا من الحالات التي أقر المذهب الشافعي أنها تتم بإرادة الجاعل المنفردة حيث جاء في الروضة ما نصه (ثم اذا لم يكن العامل معينا فلا يتصور قبول العقد ، وإن كان لم يشترط قبوله ، كذا قاله الأصحاب ، وهو المذهب)[٢٧٠٧].

وبالنسبة للمذهب الحنبلي فالرأي عندهم أن الوقف يتم بعبارة الواقف ولا يشترط قبول الموقوف عليه حيث جاء في شرح منتهى الإرادات ما نصه (ولا يشترط فيما وقف على شخص معين قبوله للوقف ، لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، أشبه العتق ، والفرق بين الوقف وبين الهبة والوصية : أنه لا يختص بالمعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون ، فالوقف على جميعهم إلا أنه مرتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء لا يشترط له قبول من باب أولى ولا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله ، بخلاف الهبة والوصية لمعين والوقف على غير معين كالفقراء لا يشترط له قبول من باب أولى)[٢٧٠٨].

والمذهب المالكي يتفق مع الشافعي والحنبلي فيما يخص الوقف إذ أنه عندهم يتم بإرادة الواقف ولا يشترطون أن يحكم به حاكم[٢٧٠٩].

كما أنهم يتفقون مع المذهب الشافعي في قيام الكفالة بالكفيل وحده[٢٧١٠].

[٢٧٠٥]الشيخ سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، ١٣٤٥ ه، ج٣ ص ٢٧ ، حيث ذكر عندما تناول الحديث عن شروط المضمون له أنه يشترط معرفته (لا رضاه لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقدات ، ولا رضا المضمون عنه وهو المدين ولا معرفته)

[٢٧٠٦]الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، بيروت ١٩٩١م ، ج ٥ ص ٣٢٤ ، حيث ورد (إذا كان الوقف على جهة كالفقراء وعلى المسجد والرباط لم يشترط القبول ولو قال جعلت هذا للمسجد فهو تمليك لا وقف فيشترط قبول القيم وقبضه كما لو وهب شيئاً لصبي وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين فوجهان أصحهما عند الإمام وآخرين اشتراط القبول فعلى هذا فليكن متصلا بالإيجاب كما في البيع والهبة والثاني لا يشترط كالعتق وبه قطع البغوي والروياني ، قال الروياني لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول لكن لا يملك عليه إلا بالاختيار).

٢٧٠٧ روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٥ ص٢٦٩ ، وفي هذا أيضا ورد في حاشيتا قليوبي و عميرة ج ٣ ص١٣٠ ، عن الجعالة أنها (كالإجارة إلا في أربعة أمور... وصختها مع غير معين ، ...وبقي أمر خامس وهو عدم قبول العامل)، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلي، على منهاج الطالبين للإمام النووي ، الطبعة الثالثة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،القاهرة ١٩٥٦م.

[٢٧٠٨]الشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الارادات، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق د/عبدالله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ، بيروت ٢٠٠٠م، ج٤ ص٣٤٥.

٢٧٠٩العلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، دون تاريخ ، ج٤ ص٧٥ ، حيث ورد (ولا يتوقف على حكم حاكم ، أي خلافا لأبي حنيفة وقوله: ولزم أي ولو لم يحز ، فإذا أراد الواقف الرجوع فيه لا يمكن ، وإذا لم يحز أجبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه).

مما سبق يتبين لنا أن هناك اعتراف عام لدي فقهاء الشريعة الإسلامية بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام.

وان كان هذا الاعتراف بالإرادة المنفردة على نحو ما أوضحنا فإن الخلاف إنما ثار حول التطبيقات الخاصة بها ، فمن اعتبرها مصدرا للالتزام في موضع معين لم يعتبرها كافية لذلك في موضع آخر.

ولعل أساس اختلاف الفقهاء في تلك المواضع هو اختلافهم في علاقة التصرف بآثاره ، فمن ذهب إلى أن الأثر جزء من التصرف اشترط القبول ، ومن فصل بين إنشاء التصرف وبين ترتيبه لحكمه ، وجد عبارة الموجب كافية لإنشاء الإلتزام وقبول الطرف الآخر لم يكن إلا ليرتب التصرف أثره[٢٧١١].

و يرى بعض الباحثين أن أساس تلك الأقوال أن العلماء لاحظوا أن عقود التبرع على العموم ليست إلا تصرفاً صادرا ممن يملكه فيما هو خالص حقه ، وأنه لهذا يجب أن ينفذ دون توقف على إرادة شخص آخر ، فيتم بإرادة المتصرف المنفردة لأنه لا يمس حقاً لغيره حتى يتوقف على قبوله وإرادته ، أما ظهور أثره بالنسبة إلى الطرف الآخر فلا تستقل به إرادة المتصرف إذ ليس له ولاية عليه ، ولا يمكن أن يدخل في ملكه ما لا يريد ولا يرغب ، فوجب أن يقبل ، لا ليوجد الإلتزام ولكن ليرتب أثره في حق نفسه[٢٧١٢].

ولقد استخلص العلامة السنهوري من تحليل مواقف الفقه في هذا الخصوص قاعدة ، يصفها البعض بأنها "مستقيمة"[٢٧١٣] ، مفادها أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء ، أما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده[٢٧١٤] ،[٢٧١٥].

وإذا كان هذا هو رأي علماء وباحثي الشريعة الإسلامية بقي لنا أن نذكر الأدلة التي يمكن الاستدلال بها لهذا الرأي.

أدلة هذا الرأي

أشرنا سابقا أن الفقه الإسلامي لم يعرف بناء متكامل الأركان لنظرية الإرادة المنفردة وبالتالي لم يكن هناك أدلة خاصة بها ، وإن كان يمكن الاستدلال على اعتراف فقهاء الشريعة بفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة بعدة نصوص شرعية بعضها عام في ضرورة وفاء الإنسان بما التزم به سواء ما كان منها بعقد أو بإرادة المنفردة

٢٧١٠ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل الجزء السابع ص ٣٧ ، (من المدونة: إن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن لما قضى لفلان على فلان ، أو قال أنا كفيل لفلان بما له على فلان ، وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب ، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان).

٢٧١١ في هذا المعني د /مصطفى الجمال المرجع السابق ص٥٠٦.

[٢٧١٢] الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص٥٠.

٢٧١٣ د/علي حسين نجيدة ، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والخمسون ١٩٨٥م ص ١٥٢.

[٢٧١٤] د/عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي ص٤١.

٢٧١٥ وان كانت هذه القاعدة لم نجد لها ما يؤيد اضطرادها من كتب الفقهاء ، فالهبة وهي على حد تقسيم العلامة السنهوري تبرع ابتداء وانتهاء وجمهور الفقهاء على أن ركنها الإيجاب والقبول ولم يكتف بالإيجاب فقط سوى أبا حنيفة وصاحباه.

، والبعض الآخر نصوص خاصة ببعض التطبيقات الخاصة بالفكرة بالإضافة إلى بعض القواعد الفقهية العامة ومن جماع تلك النصوص والقواعد ما يكفي لإقامة الفكرة ، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولا النصوص العامة

وردت كثير من النصوص الشرعية التي توجب على الإنسان الوفاء بما صدر منه من تصرفات سواء عن طريق عقد أم كان بإرادة منفردة ومن هذه النصوص نذكر ما يلي:

١- قوله تعالى (يَاأَيُّهَاالَّذِينَآمَنُواأَوْفُوابِالْعُقُودِ)[٢٧١٦] ، فهذا أمر من الله بالوفاء بالعقود ، والأمر عند الأصوليين إنما يفيد الوجوب ما لم تصرفه قرينة إلى غيره ، ومعلوم أن كلمة عقد لدي الفقهاء تشمل العقد بمعناه القانوني الذي هو ربط بين كلامين ويشمل إضافة إلى ذلك ما يتم بإرادة منفردة ، كما ورد في تعريف العقد في أحكام القرآن للجصاص (قال أبو بكر ، العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه)[٢٧١٧] ، ويفهم من كلامه أن كل عاقد يلزم نفسه بإرادته في إطار العقد لا بتوافق إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر وبهذا يكون العقد نفسه وليد إرادة منفردة[٢٧١٨].

٢- قوله تعالى (وَأَوْفُوابِعَهْدِاللَّهِإِذَاعَاهَدْتُمْوَلَاتَنْقُضُوا الْأَيْمَانَبَعْدَتَوْكِيدِهَا)[٢٧١٩] ، وهذه الآية كذلك أمر صريح يفيد وجوب الوفاء بالعهد ، "والمعروف أن العهد مثلما يمكن أن يحصل من طرفين فإنه يمكن أن يحصل من طرف واحد"[٢٧٢٠].

٣- العديد من النصوص الشرعية التي وردت بمدح الوفاء بالعهد وبما فرضه الإنسان على نفسه مثل قوله تعالى (وَالْمُوفُونَبِعَهْدِهِمْإِذَاعَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَفِيالْبَأْسَاءِوَالضَّرَّاءِوَحِينَالْبَأْسِأُولَئِكَالَّذِينَصَدَقُوا وَأُولَئِكَهُمُالْمُتَّقُونَ)[٢٧٢١] ، وكذلك قوله سبحانه (إِنَّمَايَتَذَكَّرُأُولُوا الْأَلْبَابِ * الَّذِينَيُوفُونَبِعَهْدِاللَّهِوَلَايَنْقُضُونَالْمِيثَاقَ)[٢٧٢٢] وقوله تعالى عن صفات المؤمنين المفلحين (وَالَّذِينَهُمْلِأَمَانَاتِهِمْوَعَهْدِهِمْرَاعُونَ)[٢٧٢٣].

فهذه الآيات تدل على أن الوفاء بالعهد والصدق في التعامل إنما هي من سمات المؤمنين وأولي الألباب.

وبالمقابل جاءت الكثير من النصوص التي تذم نقض العهد وخلف الوعد وعدم الوفاء بما التزم به الإنسان أيا كان مصدر التزامه ، ونذكر من ذلك قوله تعالى
(يَاأَيُّهَاالَّذِينَآمَنُوا لِمَتَقُولُونَمَالَاتَفْعَلُونَ*كَبُرَمَقْتًاعِنْدَاللَّهِأَنْتَقُولُوامَالَاتَفْعَلُونَ)[٢٧٢٤] ، وفي هذه الآية يقول ابن العربي في

[٢٧١٦] سورة المائدة آية ١.

[٢٧١٧] الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ١٩٩٢ ، ج ٣ ص٢٨٥.

[٢٧١٨] ، المرجع السابق والموضع ،حيث قال(فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا ، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه ، والوفاء به ، وسمي إيمين على المستقبل عقدا ، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك ، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والأمان ، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد).

[٢٧١٩] سورة النحل آية ٩١.

[٢٧٢٠] د/ محمود المظفر المرجع السابق ص١٢٦.

[٢٧٢١] سورة البقرة آية ١٧٧.

[٢٧٢٢] سورة الرعد آية ١٩ ،٢٠.

[٢٧٢٣] سورة المؤمنون آية ٨.

[٢٧٢٤] سورة الصف آيه ٢ ،٣.

كتابه أحكام القرآن أن من التزم شيئا لزمه شرعا[٢٧٢٥] ، كما ورد في صحيح البخاري عَنِالنبي - صلىاللهعليهوسلم – أنه قَالَ«آيَةُالْمُنَافِقِثَلاَثٌإِذَاحَدَّثَكَذَبَ ، وَإِذَاوَعَدَأَخْلَفَ ، وَإِذَااؤْتُمِنَخَانَ»[٢٧٢٦] وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم من آيات المنافق (إذا عاهد غدر)[٢٧٢٧].

هذه النصوص وغيرها كثير تدل على وجوب الوفاء بما صدر عن الإنسان بإرادته ، وإلا لما كان مستحقا للذم من يخالف ذلك ، إذ أن المندوب لا يذم شرعا تاركه ولا أصعب على المسلم من أن يوصف بالنفاق ، ذلك الوصف البغيض الذي وسم به النبي صلى الله عليه وسلم من يخلف الوعد ويغدر بالعهد.

ثانيا النصوص الخاصة

١- قوله تعالى في سورة يوسف (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)[٢٧٢٨] ولعل هذه الآية من أظهر النصوص القرآنية دلالة على صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ،إذ احتوت تلك العبارة التي أطلقها موفد عزيز مصر على التزامين:

أولهماالجعالة: في قوله(ولمن جاء به حمل بعير)"وكانحملالبعيرمعلوماًعندهمو هوالوسقو هوستّونصاعاً"[٢٧٢٩] ،فقد نقل موفد العزيز التزامه بحمل بعير من الميرة جعلاً لمن جاء بالصواع المفقود ، "وشأن الجعل أن يكون أحد طرفيه معلوما والآخر مجهولا للضرورة بخلاف الإجارة"[٢٧٣٠] ، "وقدكانتالإجارةو الجعالةقبلالإسلامفأقرتهماالشريعة ، ونفتعنهماالغرر والجهالة"[٢٧٣١].

والثاني الكفالة: في قوله (وأنا به زعيم) -والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء-[٢٧٣٢] ، وهو التزام الموفد نفسه بكفالة الإلتزام الأول لمناستحقه.

٢٧٢٥أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، منشورات محمد على بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت ، دون تاريخ ج ٤، ص ٢٤١ ،(قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون }فيها ثلاث مسائل : المسألة الأولى روى أبو موسى في الصحيح أن سورة كانت على قدرها ، أولها : سبح لله ، كان فيها { يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون } ستكتب شهادة في أعناقهم فتسألون عنها يوم القيامة ، وهذا كله ثابت في الدين ، ... وأما قوله : [فتكتب] شهادة في أعناقكم فتسألون عنها يوم القيامة فمعنى ثابت في الدين [لفظا ومعنى] ؛ فإن من التزم شيئا لزمه شرعا... المسألة الثالثة فإن كان المقول منه وعدا فلا يخلو أن يكون منوطا بسبب ؛ كقوله : إن تزوجت أعنتك بدينار ، أو ابتعت حاجة كذا أعطيتك كذا ؛ فهذا لازم إجماعا من الفقهاء ، وإن كان وعدا مجردا فقيل : يلزم بمطلقه... ، والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر .

٢٧٢٦ صحيح البخاري ج١ ص٦٧ حَدَّثَنَا سُلَيْمَانُ أَبُو الرَّبِيعِ قَالَ حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ جَعْفَرٍ قَالَ حَدَّثَنَا نَافِعُ بْنُ مَالِكِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ أَبُو سُهَيْلٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النبي – صلى الله عليه وسلم – قَالَ « آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلاَثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ ».

٢٧٢٧ صحيح البخاري ج١ ص٦٨ حَدَّثَنَا قَبِيصَةُ بْنُ عُقْبَةَ قَالَ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنِ الأَعْمَشِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُرَّةَ عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ النَّبِىَّ – صلى الله عليه وسلم – قَالَ « أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا ، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا إِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ » .

٢٧٢٨سورة يوسف آية ٧٢.

٢٧٢٩ الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١٥ ص٢٠٨.

٢٧٣٠أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق د/عبدالله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٦م ،الجزء١١ ص٤٠٨.

٢٧٣١ أحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص٦٥.

٢٧٣٢الجامع لأحكام القرآن ج٣ ص٤٠٧.

وفي هذه الآية يقول ابن العربي (حقيقةالقولفيالآية : إنالمناديلميكنمالكا ، إنماكاننائباعنيوسفورسولاله ، فشرطحملالبعيرعلىيوسفلمنجاءبالصواعوتحملهوبهعنيوسف ، فصارتفيهثلاثفوائد : الأول : الجعالة ،..الثانية : الكفالة ،...الثالثة : جهالةالمضمونله)[٢٧٣٣].

ولمالمينكريوسفعليهالسلامذلكدلعلىصحته[٢٧٣٤] ،وشرعمنقبلناشرعلناإذاقصّعلينامنغيرنكير ،ولميثبتنسخه[٢٧٣٥] ،ومنخالففيهذهالقاعدةجعلهاستثناساً[٢٧٣٦].

وإذا كانت الجعالة والكفالة على نحو ما ذكر ، لم ينقل فيهما قبول العامل ولا المكفول له فإن هذا يعد دليلا جليا على أن من ألزم نفسه بشئ وجب عليه الوفاء بما التزم ، حتى لو لم يرتبط مع غيره بعقد.

٢- ما رواه البخاري[٢٧٣٧] - وغيره[٢٧٣٨]- قال حدثناأبوعاصمعنيزيدبنأبىعبيدعنسلمةبنالأكوع - رضياللهعنه - أنالنبي - صلىاللهعليهوسلم - أتىبجنازة ،ليصلىعليها ،فقال«هلعليهمندين» ،قالوا لا ،فصلىعليه ،ثمأتىبجنازةأخرى ،فقال«هلعليهمندين» ،قالوانعم ،قال«صلواعلىصاحبكم» ،قالأبوقتادةعليَدينهيارسولالله ،فصلىعليه.

٢٧٣٣ أحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص٦٦.

٢٧٣٤ أحكام القرآن للجصاص ج٤ ص٣٩١.

٢٧٣٥ انظر في خلاف الفقهاء حول حجية شرع من قبلنا ، أصول السرخسي لأحمد بن أبي سهل السرخسي تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، لجنة احياء المعارف العثمانية ، حيدر أباد ، ١٩٩٣م، ج ٢، ص ٩٩-١٠٥، حيث أورد في ص٩٩ ما نصه، اختلف العلماء في هذا الفصل على أقاويل:فمنهم من قال: ما كان شريعة لنبي فهو باق أبدا حتى يقوم دليل النسخ فيه وكل من يأتي فعليه أن يعمل به على أنه شريعة ذلك النبي عليه السلام ما لم يظهر ناسخه.

وقال بعضهم: شريعة كل نبي تنتهي ببعث نبي آخر بعده حتى لا يعمل به إلا أن يقوم الدليل على بقائه وذلك ببيان من النبي المبعوث بعده.

وقال بعضهم: شرائع من قبلنا يلزمنا العمل به على أن ذلك شريعة لنبينا عليه السلام فيما لم يظهر دليل النسخ فيه ، ولا يفصلون بين ما يصير معلوما من شرائع من قبلنا بنقل أهل الكتاب أو برواية المسلمين عما في أيديهم من الكتاب وبين ما ثبت من ذلك ببيان في القرآن أو السنة.

وأصح الأقاويل عندنا أن ما ثبت بكتاب الله أنه كان شريعة من قبلنا أو ببيان من رسول الله (ص) فإن علينا العمل به على أنه شريعة لنبينا عليه السلام ما لم يظهر ناسخه ، فأما ما علم بنقل أهل الكتاب أو بفهم المسلمين من كتبهم فإنه لا يجب إتباعه لقيام دليل موجب للعلم على أنهم حرفوا الكتب ، فلا يعتبر نقلهم في ذلك لتوهم أن المنقول من جملة ما حرفوا ، ولا يعتبر فهم المسلمين ذلك مما في أيديهم من الكتب لجواز أن يكون ذلك من جملة ما غيروا وبدلوا.

٢٧٣٦ الموسوعة الفقهية الكويتية الموضع السابق ، ومن ذلك ما ورد بنهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت٢٠٠٢م ج٥ ، ص٤٦٥ حيث ذكر ((قوله: واستأنسوا لها) إنما قال ذلك ولم يقل واستدلوا لأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرره).

٢٧٣٧صحيح البخاري ج٨ ص٣٣٩.

٢٧٣٨ صحيح ابن حبان - (ج ١٣ / ص ١١٠) أخبرنا جعفر بن أحمد بن سنان القطان ، قال : حدثنا أبي ، قال : حدثنا يزيد بن هارون ، قال : حدثنا محمد بن عمرو ، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري ، عن عبد الله بن أبي قتادة ، عن أبيه ، قال : أتي النبي صى الله عليه وسلم ، بجنازة ليصلي عليها ، فقال « أعليه دين؟» قالوا : نعم دينارين . قال : « تركت لهما وفاء ؟ » قالوا ، لا ، قال: « فصلوا على صاحبكم » قال أبو قتادة: هما إلى يا رسول الله ، فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ففي هذا الحديث قبل النبي صلى الله عليه وسلم كفالة أبي قتادة رضي الله عنه ولم ينتظر قبول الدائن المكفول له[٢٧٣٩] ، وحال المدين معروفة ، وإذا كان الشارع قد أقر بالتزام الشخص بإرادته المنفردة بدين غيره فلأن يلتزم الشخص بدين على نفسه لهو أولى بالقبول.

٣- مارواه البخاري قال (حدثنا أبو النعمان حدثنا أبو عوانة عن أبي بشر عن أبي المتوكل عن أبي سعيد - رضي الله عنه - قال انطلق نفر من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فيسفر قسافروا حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم ، فأبوا أن يضيفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحي ، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء ، فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعله أن يكون عند بعضهم شيء ، فأتوهم ، فقالوا يا أيها الرهط ، إن سيدنا لدغ ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه ، فهل عند أحد منكم من شيء فقال بعضهم نعم والله إني لأرقى ، ولكنا والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا ، فما أنا بارقي لكم حتى تجعلوا لنا جعلا . فصالحوهم على قطيع من الغنم ، فانطلق يتفل عليه ويقرأ (الحمد لله رب العالمين) فكأنما نشط من عقال ، فانطلق يمشي وما به قلبة ، قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه ، فقال بعضهم اقسموا ، فقال الذي رقى لا تفعلوا ، حتى نأتي النبي - صلى الله عليه وسلم - فنذكر له الذي كان ، فننظر ما يأمرنا . فقدموا على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكروا له ، فقال «وما يدريك أنها رقية - ثم قال - قد أصبتم اقسموا ، واضربوا لي معكم سهما» . فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم)[٢٧٤٠] .

ويرى من يستدل بهذا الحديث على جواز الجعالة ، أن ذلك الاتفاق ليس من قبيل الإجارة ، لأن الجعل فيه إنما كان في الواقع نظير قيام أحدهم برقية يشفى بها اللديغ ، وذلك شرط لا تصح معه الإجارة[٢٧٤١] .

ثالثا القواعد الفقهية العامة

يمكن الاستدلال على قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام ببعض القواعد الفقهية العامة ، والتي أخذت بها مجلة الأحكام العدلية ومنها:

أ) قاعدة (الأمور بمقاصدها) وتعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر[٢٧٤٢] .

ب) القاعدة التي تنص على أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)[٢٧٤٣] ، ومضمون هذه القاعدة وسابقتها أنه إذا ما تبين أن المتصرف قد اتجه قصده إلى إلزام نفسه بعبارته الباتة وحدها دون حاجة إلى غير ذلك ولم يكن في ذلك إلزاما لغيره ، فلامناص من الاعتداد بذلك القصد وترتيب أثره في حقه ، "علما بأن المراد (بالعقود) في تلك القاعدة يلزم أن يتسع لكل ما يصدر من التزامات عن إرادة أو إرادتين ، عملا ببعض الاتجاهات الفقهية التي أخذت بفكرة الشمولية في تفسير العقد"[٢٧٤٤] .

ج) قاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)[٢٧٤٥] ، ويفهم من هذه القاعدة "أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته فلا اعتبار لعمله"[٢٧٤٦] ، فمن تصرف تصرفا معتبرا شرعا لزمه ،

٢٧٣٩ في هذا المعنى بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٨٩.

٢٧٤٠ صحيح البخاري ج ٨ ص٣٠٦.

٢٧٤١ الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١٥٣.

٢٧٤٢ مجلة الأحكام العدلية مادة ٢ ج ١ ص١٦.

٢٧٤٣ مجلة الأحكام العدلية مادة٣ ج١ ص١٦.

٢٧٤٤ د/ محمود المظفر المرجع السابق ص ١٢٨.

٢٧٤٥ مجلة الأحكام العدلية مادة١٠٠ ج١ ص٢٨.

ولا يحق له نقض تصرفه بعد تمامه دون تفرقة بين ما كان بعقد وما كان بإرادة منفردة ، وإن كانت عبارة (من جهته) تشعر أنها تخص ما تم بالإرادة المنفردة وذلك كما في الكفالة والوقف ، وقد مثل صاحب درر الحكام على تلك القاعدة بما "لوباع رجل مالا من آخر وجاء رجل فكفله على الوجه المطلوب في المادة (٦١٦)[٢٧٤٧] ، فلا يقبل ادعاؤه بعد ذلك بملكية ذلك المال ، لأن الكفالة لما كانت مشروطه في عقد البيع والبيع لا يتم إلا بها فادعاء الكفيل بملكيته للمال نقض لما تم من جهته فهو غير مقبول منه".[٢٧٤٨]

فهذه الأدلة يمكن الاستشهاد بها على معرفة فقهاء الشريعة الإسلامية واقرارهم للالتزام القائم على الإرادة المنفردة .

المطلب الثاني

الاتجاه المعارض لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية

ينطوي هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول:- بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي.

الفرع الثاني:- بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

٢٧٤٦علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، طبعة خاصة ،دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣م ،ج ١ ص٩٩.

٢٧٤٧وقد أخذت المجلة في المادة ٦٢١ منها بالرأي القائل بأن الكفالة تتم بالإرادة المنفردة للكفيل فنصت على (تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤخذ بها).

٢٧٤٨درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، السابق ج ١ ص١٠٠.

الفرع الأول

بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي

أولا :منطوق الرأي

القانون الفرنسي وهو طليعة التشريعات اللاتينية النزعة في العصر الحديث نجده لم يكن يتحدث عن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام[٢٧٤٩] ، وإغفاله الحديث عنها أخذه الفقه الفرنسي على أنه إبقاء للمبادئ الموروثة عن القانون الروماني[٢٧٥٠] والقانون الفرنسي القديم ، من أن الإلتزام إنما ينشأ من توافق إرادتين أي من العقد ، فالمذهب التقليدي (المذهب الشخصي) الذي يرى الإلتزام رابطة شخصية نجده يدعم وجهة النظر هذه[٢٧٥١].

ويعتبر الأستاذ تالير زعيم الخصوم منذ أن قال عبارته التصويرية (أن الإلتزام بالإرادة المنفردة بناء علي رمال متحركة...)٢٧٥٢.

كما أن الفقيه الفرنسي بوتييه Pothier[٢٧٥٣] وهو من المعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة له قول مأثور في كتاب الإلتزامات ن ٢/٤ (كما أنني لا أملك أن انقل إلى شخص بمحض إرادتي حقا على أموالي إذا لم تتحد إرادته مع إرادتي لكسبه ،كذلك لا يكون لي بمحض إيجابي أن أعطي على نفسي حقا لشخص آخر إلى أن (وهذا هو الإيجاب) تتحد إرادته مع إرادتي[٢٧٥٤].

كما يمثل بلانيول٢٧٥٥ موقف القانون الفرنسي في رفض الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، واعتبار العقد المصدر الوحيد للالتزام الإرادي ، بل إن ما يذهب إليه بلانيول من تحديد مصادر الإلتزام باثنين فقط هما العقد والقانون يجعل تشدده في رفض الإلتزام بالإرادة المنفردة موقفا خاصا به ، فهو يقول أن العقد مصدر للالتزامات يقتصر القانون بالنسبة له على رقابة ما يمنحه للأفراد من حرية بشأنه فالعقد ذاته يعتبر مصدرا مباشرا لما ينشأ عنه من التزامات ، أما القانون فهو المصدر المباشر لأي التزام ينشأ من أي واقعة أخري غير العقد ، كالأفعال الضارة أو النافعة وتشبهها في ذلك الإرادة المنفردة ، فإن ترتبت بعض الآثار علي هذه

٢٧٤٩قبل التعديلات التى أجراها المشرع الفرنسي على غالبية نصوص القانون المدنى بموجب القانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بتعديل أحكام العقود و نظام الاثبات بالقانون المدنى.

Ordonnance n° ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

٢٧٥٠ في حين يرى البعض أن القانون الروماني عرف صورا للالتزام بالإرادة المنفردة في حال النذر للآلهة أو التبرع للمدن ولذا يرى الفقه أن القانون الروماني اقر الإلتزام بالإرادة المنفردة في الأحوال التي استلزمت ذلك الحاجات العملية ، انظر هذا الرأي وورمز في رسالته الإرادة المنفردة ، أشار إليه د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٤ هامش ص٤٠٢.

٢٧٥١ د/ثروت حبيب ، المصادر الإرادية في القانون المدني الليبي ، منشورات جامعة قاريونس ، سنة ١٩٧٨م ، ص٤٧٦.

٢٧٥٢ د/ احمد سلامة مذكرات في نظرية الإلتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام طبعة ١٩٧٥ ص٢٢٣.

[٢٧٥٣] François Luc Simon , La spécifie du contrat unilatéral , RTD.Civ , no.٢, ٢٠٠٦ , p. ٢٠٩

٢٧٥٤ القاضي محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها ، دون ناشر دون تاريخ ، ص٢٣٤.

[٢٧٥٥] Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil francais , , ٢e éd., Tome IV, Successions, par J. Maury et H. Vialleton, ١٩٥٧ , p. ٣١٤.

الإرادة ، فهو لأن القانون أراد ذلك ، فهو يشبه الإرادة المنفردة بالأعمال المادية ، ويخرجها من نطاق الأعمال الإرادية ، وهو أقصى ما يتصور من تنكر للإرادة المنفردة[٢٧٥٦].

والمعروف أن هذا الاتجاه الفقهي قد انعكس كذلك على القضاء الفرنسي فصدرت بشأنه أحكام قضائية متعددة ، كما انعكس بدوره على بعض التقنينات في فرنسا ، بحيث التجأ البعض من الفقهاء – وهو الفقيه بودري – إلى أن يتلمس لهذه التقنينات والأحكام القضائية عذرا في موقفها القاضي بالتنكر لفكرة الإرادة المنفردة ، من حيث إن الحكم المتواتر عليه كان يخالف في تلك الفترة الإقرار بقدرة الإرادة الواحدة على إنشاء الإلتزام ، وأن التقاليد الشرعية الموروثة عن الرومان كانت تتنافى تماما مع هذه الفكرة[٢٧٥٧].

وإذا كان هذا الرأي هو ما كان سائداً لدي فقهاء القانون الفرنسيين[٢٧٥٨] ، فإننا نتلمس صداه ونجد له مؤيدين من فقهاء القانون بمصر ، فنجد د/ وليم سليمان قلادة ينتقد نظرية الإرادة المنفردة قائلا (النظرية مبالغة مبهمة لسلطان الإرادة ، ولابد من نص قانوني يسند الإرادة المنفردة إذ تقوم بإنشاء الإلتزام ، يكون المصدر الحقيقي للالتزام إذن هو القانون لا الإرادة ، ويصبح المبدأ العام باعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام تزيدا غير ضروري وغير ذي موضوع)[٢٧٥٩].

كما يذهب د/ إسماعيل غانم إلى أبعد مما ذهب إليه بلانيول ، حيث ذهب إلى انتقاد مبدأ سلطان الإرادة ذاته قائلا (ليس صحيحا أن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتي فالإرادة بذاتها لا تستطيع أن تولد آثارا في العالم الخارجي ، وكما لاحظ ديجي بحق إن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه ، وإنما يستمد العقد قوته الملزمة من القانون)[٢٧٦٠].

فأساس القوة الملزمة للعقد وفقاً لهذا القول ليس سلطان الإرادة بل سلطان القانون حيث نجده ينكر علي الإرادة أن تكون مصدرا للالتزام سواء كانت منفردة أو حال توافقها مع إرادة أخري في دائرة العقد.

وبالنسبة للمشرع المصري فإن الوضع في ظل القانون المدني القديم يبدو متفقا مع نظيره الفرنسي - آنذاك - في عدم الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام وقد سارت أحكام القضاء على ذلك ، حيث ذهبت محكمة النقض في ظل القانون المصري الملغي إلى أن الواعد في الوعد بجائزة يكون ملتزما على أساس العقد ، وقررت بتاريخ ١٩٦١/٣/٣٠ بأنه (لما كان ذلك وكان التقنين المدني الملغي لم يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الإلتزام الناشئ من الإرادة المنفردة ولم يكن من الممكن رد الوعد بالجائزة إلا إلى

[٢٧٥٦] د/جميل الشرقاوي السابق ص٤٠٢.

[٢٧٥٧] د/محمود المظفر نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية ص ٧١.

[٢٧٥٨] يذكر أن هناك بعض الفقهاء الفرنسيين من أنصار نظرية الإرادة المنفردة مثل سإلى وجنـــي و ديمـــوج و جوســـران ، انظر د/عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، مصادر الإلتزام ص ٣٧٨.

٢٧٥٩ د/وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة الطبعة الأولـــى ، المطبعـــة التجارية الحديثة ، القاهرة ١٩٥٥م ، ص١٧٢.

٢٧٦٠ د/إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول مصادر الإلتزام مكتبة عبد الله وهبه ســـنة ١٩٦٨ ،ص ٥١ ، ، وقريب هذا المعنى د/ محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنه ، مفهوم المحل والسبب في العقد رسالة بحقـــوق القـــاهرة ، دون تاريخ ص٢٣٢ ، أشار إليه د/ حمدي المغاوري محمد عرفة السابق هامش٣ ص١٤.

أحكام العقد التي توجب أن يتلاقى القبول مع الإيجاب السابق عليه فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا إذا التزم هذا النظر)[٢٧٦١].

ويرى جانب من الفقه أن القانون المصري الجديد يعتنق هذا الرأي وكان ذلك نتيجة حذفنصالمادة٢٢٨[٢٧٦٢]منالمشروعالتمهيديللقانونالمدنيالتي كانت تجعلمنالإرادةالمنفردة مصدراًعاما للالتزام ،حيث ذهببعضالفقهاءإلىأنه " لم تعد الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام وأصبحت الإلتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الإلتزامات"[٢٧٦٣].

وتبعاًلذلكيرىأصحابهذاالرأيأن إفراد فصلخاصبالإرادةالمنفردة بعد الفصل المخصص لدراسة العقد يعد خطأ في التبويب من واضعي المشروع ومن لجان المراجعة ، وأنه كان ينبغي حذف هذا الفصل وإدماجه فيالفصلالخاصبالقانون[٢٧٦٤] ، وإن كان هذا الاتجاه منتقداً من عامة الفقه المصري[٢٧٦٥] ، الذي يرى أن المشرع المصري اعترف بالإرادة المنفردةمصدراًمباشراًللالتزام، وأن حذف المادة سالفة الذكر لا يعدو أن يكون نزولا بالإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا عاما كالعقد إلى أن تكون مصدراً استثنائيا في

٢٧٦١ الطعن بالنقض ٥٣٤ لسنة ٢٥ قضائية جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ ، أشار إليه المستشار د/معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني الطبعة السابعة سنة ٢٠٠٤ ، ص٢٠٢.

٢٧٦٢ تنص المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :

١- اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه.

٢- وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام.

٣-يبقى الإيجاب في العقود خاضعا للأحكام الخاصة به ، ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور.

٢٧٦٣ د.عبدالرزاقالسنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادرالإلتزام ص ١٠٨٤ ، وقد سايره في هذا الاتجاه

- د/سليمان مرقس ، السابق ،ص٦٩٣ ،
- د/وليم سليمان قلادة ، المرجع السابق ص١٧٢.

٢٧٦٤) د/عبدالرزاقالسنهوري ،السابق ص ١١٧٢ ،والوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص٥٨٠وقد تناولأحكامالإرادةالمنفردةفي الكتابين في البابالمخصصللقانونكمصدرمباشرللالتزام ، رغبة منه في عدم مسايرة الخطأ في التبويب الذي وقع فيه المشرع على حد تعبيره .ولكنعلىخلاف الدكتورالسنهوري ،فإنالدكتورسليمانمرقستناول أحكامالإرادةالمنفردةكمصدرللالتزامبعدالعقدمباشرة كما هو وارد في نص القانون تمشيا مع مقتضيات الدراسة على حد تعبيره ، مرقس المرجع والموضع السابق هامش رقم١٨ .

٢٧٦٥ انظر في نقد هذا الرأي: د/عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني مصادر الإلتزام ص٣٨٥ ،حيث قال(حقيقة أن القانون قد يترك كثيرا من الوقائع الإرادية دون جزاء ولكنه متى قرر أن واقعة إرادية معينة تنشئ التزاما فإنه يقر بوجود التزام ولا ينشئ التزام قانوني...) ،

- د/محمود المظفر السابق ص ٩٢ حيث قال (فان قضية إقرار القانون بالإلتزام شيء وقضية مصدريته لهذا الإلتزام شيء آخر).
- د/احمد حشمت أبو ستيت ،نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول ص٣٦٢.
- د/ احمد سلامة مذكرات في نظرية الإلتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام طبعة ١٩٧٥ ص٢٣١.
- د/سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ص ٢٠٧.
- د/عبد المنعم فرج الصده ،مصادر الإلتزام ص٤٢٠.
- د/جلال العدوي ، الموجز في مصادر الإلتزام ، ١٩٩٥ ، ص٢٨٤.

الحالاتالتيينصعليهاالقانون[٢٧٦٦] ، وهو ما تؤكده مجموعة الأعمال التحضيرية التي ذكرت أن حذف المادة المذكورة من قبل لجنة المراجعة كان (عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشيء التزاما)[٢٧٦٧].

ثانيا:- أدلة هذا الرأي

بالنظر في اعتراضات منكري فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة نجدها في مجملها تنقسم إلى طائفتين، الطائفة الأولى تتعرض لأساس الفكرة والفروض التي بنيت عليها ، بينما تتعرض الطائفة الثانية للصعوبات المترتبة علي الأخذ بها[٢٧٦٨].

وفيما يلي نتناول تلك الاعتراضات بشيء من التفصيل:

الطائفة الأولى ؛ الانتقادات الموجهة لأساس فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة

١. تعارض الفكرة مع المبادئ القانونية العامة:-
ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة تتجافي في طبيعتها مع المبادئ القانونية العامة ذلك أنها تخالف النظام العام ، كما أنها تتنافر مع فكرة الإلتزامات المتبادلة (فكرة السبب).

أ)مخالفة الفكرة للنظام العام: حيث أن الشخص حين يلتزم بإرادته يلتزم إلى الأبد ، أي أنه يضع قيداً مؤبداً علي حريته ، وهو أمر يخالف النظام العام[٢٧٦٩] ، الذي يحظر وضع القيود التأبيدية[٢٧٧٠].
ب) تنافر الفكرة مع فكرة الإلتزامات المتبادلة (فكرة السبب)[٢٧٧١]: حيث أن الإلتزام الواقع على طرف يجب أن يكون سببا لالتزام الطرف الآخر – وذلك وفقا لمفهوم السبب القصدي أو المباشر للالتزام[٢٧٧٢]- ، وبما أن

٢٧٦٦ ويؤيد هذا الاتجاه على سبيل المثال د/عبد الحي حجازي النظرية السابق ص ٣٨٥ ،
- د/احمد حشمت أبو ستيت ،السابق ص٣٦٣.
- د/ احمد سلامة ، السابق ص٢٣٣.
- د/جميل الشرقاوي ،النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ص٣٩٨.
- د/سمير عبد السيد تناغو السابق ص ٢٣١ ، د/عبد المنعم فرج الصده السابق ص ٤٢٠ ،
- د/جلال العدوي ،السابق ص٢٨٤.
- د/أنور سلطان ، السابق ، ص٢٩٣.

٢٧٦٧ مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ، هامش ص ٢٣٩.

٢٧٦٨ قسمها البعض تقسيمات أخري ، انظر في ذلك د /أحمد سلامة السابق ص٢٢٤ حيث قسمها إلى ثلاث طوائف وفي هذا المعنى يقول (ومع قليل من التأمل يبدو التدرج في هذه النقاط إذ الأولي تؤدي إلى رفض الفكرة من أساسها والثانية تثير مسألة صعوبة التطبيق وهو أمر لا يتأتى إلا بعد إقرار المبدأ والثالثة تستثير قانون المجهود الأقل وهو أمر لا يثار ألا عند فشل الاعتراض الثاني).

٢٧٦٩ د /أحمد سلامة السابق ص٢٢٤.

٢٧٧٠ د /محمود المظفر نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية دراسة مقارنة طبعة ١٤٢٠-١٤٢١هـ ص٧٣ .

٢٧٧١ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Droit Civil- L'act juridique, Vol.١ , Armand Colin, ١٩٩٤ , p. ٣٧٩.

٢٧٧٢ تجدر الإشارة أن السبب في هذا المجال له معان ثلاث الأول منها وهو السبب القصدي أو المباشر وهو المشار إليه أعلاه والثاني السبب بمعنى الباعث الدافع وهو الهدف البعيد الذي يرجوه المتعاقد من الإلتزام ، فمن يشتري سيارة قد يكون بهدف التجارة أو الاستعمال أو تقديمها كهدية فهذا الهدف هو الباعث على الشراء ، والمعنى الثالث وهو السبب الإنشائي

هذا الطرف الثاني غير موجود أو غير مفترض الوجود على الأقل في العملية القانونية المتمثلة بالإرادة المنفردة ، فإن التزامه ينتفي كما ينتفي سبب التزام المتعهد ، بمعني أن الإلتزام بالإرادة المنفردة يكون قائما على غير ما سبب[٢٧٧٣].

٢- نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة :

حيث يرى معارضو فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة أن هذه النظرية مبنية على فروض غير صحيحة وذلك برد الآثار القانونية إلى الإرادة وحدها حتى في نطاق العقد، مما يعني أن هذه الآثار من صنع الإرادة الفردية لكل متعاقد ، وأن التزام كل طرف مستقل عن التزام الطرف الآخر في نشأته وفي حياته ، خلافاً لما هو مسلم به في القانون الحديث من أن هذه الآثار لا تنتج إلا من امتزاج أو تفاعل الإرادات المشتركة في العقد ، من خلال التفاوض قبل الاتفاق[٢٧٧٤] ، وتأثر إرادة كل طرف بإرادة الطرف الآخر[٢٧٧٥]، "وعليه فإنه يتعين اعتبار كلا الإلتزامين ناشئين عن واقعة واحدة هي توافق الإرادتين"[٢٧٧٦].

وعليه فإن هذا الاعتراض لا ينال من الإرادة حال انفرادها فحسب بل يتعدي ذلك إلى إنكار قدرة الإرادة في انشاء الإلتزام ، حتى في مجال العقد وهو الأمر الذي يتوافق مع ما ذهب إليه د/إسماعيل غانم الذي سبق ذكره ، إلا أنهما يفترقان بعد تلك النقطة في بيان القوة الملزمة للعقد فأصحاب هذا الرأي يجعلونها في واقعة امتزاج الإرادات وتوافقها أما د /إسماعيل غانم فيجعل تلك القوة مرجعها القانون.

الطائفة الثانية: الصعوبات العملية التي تترتب على الفكرة

يري معارضو فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة أنه إذا تم تجاوز الانتقادات الموجهة لأساس الفكرة وتم إقرارها فإنها ستثير العديد من الصعوبات في الجانب التطبيقي لها مما يرون معه السلامة في البعد عنها ، وفيما يلي نتناول هذه الصعوبات تفصيلا:

١) صعوبة التمييز بين إرادة الإلتزام النهائية ومجرد الرغبة أو الشروع:

حيث يرون أن إقرار فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة سيثير صعوبة تحديد الوقت الذي تتجه فيه إرادة المدين نحو الإلتزام بصورة نهائية لا رجعة فيها ، وذلك حتى يمكن التمييز بين تلك الإرادة وبين مجرد الرغبة أو التمهيد السابق للالتزام واللذان لا يترتب عليهما أي أثر ، وقد ذهب المعارضون إلى أنه لتحديد ذلك الوقت بدقة وتلافي هذا الاعتراض ، فإن الأمر قد يتطلب شكلا معينا لتلك الإرادة ، حتى تتميز عن الرغبة أو الشروع ، إلا أنه حال اشتراط ذلك الشكل فإن الأمر سيزداد تعقيدا وتنشأ عقبتين جديدتين تعرقلان خطى تلك النظرية.

ويقصد به الواقعة القانونية التي أنشأت الإلتزام ، في هذا المعنى د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط الجزء الأول ص ٣٥٤ وما بعدها.

[٢٧٧٣] د /محمود المظفر الموضع السابق.

[٢٧٧٤] Stephanie Porchy – Simon , Les obligation , ٥e éd , Dalloz , ٢٠٠٨ , p.٢٣

[٢٧٧٥] في هذا المعنى د/جميل الشرقاوي النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام طبعة ١٩٧٤ ص٤٠٢ و في هذا المعنى د/عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول تنقيح المستشار أحمد المراغي طبعة ٢٠١٠ص١١٦٧.

[٢٧٧٦] د /سليمان مرقس ، السابق ، ص٦٨٧.

الأولى ؛ أن إقرار التصرفات الشكلية يمثل عودا إلى الوراء بالنسبة للتشريعات القانونية الحديثة التي تناست ذلك النوع من التصرفات مع ظهور مبدأ سلطان الإرادة وازدهاره ولا يمكن لتلك التشريعات أن تعود القهقرى مستعينة ببعض الموروثات القديمة حتى تقرر للإرادة المنفردة سلطة إنشاء الإلتزام.[٢٧٧٧]

والثانية ؛ أنه حال إقرار شكل معين تفرغ فيه هذه الإرادة فلن تكون الإرادة المنفردة وحدها هي مصدر الإلتزام ولكنها ستكون مصدرا له إضافة إلى الشكل المطلوب[٢٧٧٨].

٢) وجوب مراعاة إرادة الدائن

سبقت الإشارة إلى أن أنصار المذهب التقليدي (المذهب الشخصي)الذي يري الإلتزام رابطة بين شخصين ، يدعم وجهة النظر المعارضة للالتزام بالإرادة المنفردة ، وطبقا لمذهبهم فلابد من وجود دائن ومدين حتى يقوم التزام ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي بوتييه (كما أنني لا أملك أن أنقل إلى شخص بمحض إرادتي حقا على أموالي إذا لم تتحد إرادته مع إرادتي لكسبه، كذلك لا يكون لي بمحض إيجابي أن أعطي على نفسي حقا لشخص آخر إلى أن -وهذا هو الإيجاب- تتحد إرادته مع إرادتي)[٢٧٧٩].

وفي حالة الإقرار بفكرة الإرادة المنفردة فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين

الأول: أن يكون الدائن موجودا وقت نشوء الإلتزام

فإذا سلمنا أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فكيف يكتسب الدائن رغما عنه حقا على غيره ، ويصبح طرفا في تصرف لا دخل لإرادته فيه.

فإذا كان أنصار الفكرة يريدون الوصول إلى أبعد نقطة في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لأحد طرفي الإلتزام فإن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب سلطان إرادة الطرف الآخر وهو المدين.

وعدم الالتفات إلى هذه الإرادة إنما يفت في نظرية استقلال الإرادة وهيمنتها التي يسعى الألمانيون ومن نحا نحوهم في توطيد أقدامها وهكذا كما يقول بلانيول وقد علمت أنه على رأس المعارضين لهذه النظرية فإنهم يجنون على النظرية من حيث يريدون نصرتها٢٧٨٠.

وإذا التفتنا إلى إرادة الدائن واشترطنا قبوله فإننا نكون قد تجاوزنا الحديث عن الإرادة المنفردة ووصلنا إلى مرحلة التعاقد الكامل ، ويكون العقد هو مصدر ما ينتج عن هذا التصرف من آثار.

الثاني:أن يكون الدائن غير موجود

فإذا قام الإلتزام بإرادة منفردة دون أن يكون له دائن معين يمكنه المطالبة به ، فإنه يكون حينئذ أمر اعتباري ، لا معنى له ولا قيمة ، إذ أن وجود الدائن شرط لابد منه لنشوء الحق الشخصي ، ولما كان الدائن غير موجود فكذلك لن يكون هناك حق شخصي ، ويكون الإلتزام المزعوم لغوا[٢٧٨١].

٢٧٧٧ في هذا المعني د /أنور سلطان ، السابق ،ص٢٩٦ ، د/جلال العدوي ،المرجع السابق ، ص٢٨٢.

٢٧٧٨في هذا المعني د /أنور سلطان ، السابق ص٢٩٦ ، د/جلال العدوي ،السابق ، ص ٢٨٢.

٢٧٧٩أشار إليه محمد نصر الدين زغلول ، المرجع السابق ص٢٣٤.

٢٧٨٠ محمد نصر الدين زغلول ، المرجع السابق ص٢٣٧.

٣) الإلتزام بالإرادة المنفردة التزام إرادي محض

تفصيل ذلك أن أنصار نظرية الإرادة المنفردة إنما يقرون لها القدرة على إنشاء الإلتزام استنادا إلى مبدأ حرية الإرادة وما لها من سلطان ، وعليه فإذا سلمنا بأن للإرادة حرية تامة في مجال الإلتزام ، فإن ذلك يستتبع القول بأنه استنادا إلى نفس المبدأ يكون لتلك الإرادة التحلل مما سبق لها أن التزمت به ، فالإرادة اللاحقة تنسخ الإرادة السابقة٢٧٨٢ ، وعلى ذلك يكون هذا الإلتزام باطلاً لاقترانه بشرط إرادي محض٢٧٨٣ ، وهو بهذا الوصف تصرف لا قيمة له ولا أثر.

٤) نظرية الإرادة المنفردة تشكل ازدواجا مع العقد
يرى معارضو النظرية أن إقرارها لا يخلو من فرضين إما أن يكون إقرارا لها مع العقد أو أن تحل محله.

فإذا تم إقرار الفكرة كمصدر للالتزام بجانب العقد دون أن يستبعد أحدهما الآخر فإن هذا يشكل ازدواجا مع العقد وقد نجد صعوبات كثيرة في الفصل بدقة بين مجال تطبيق كلا المصدرين حيث أن هذا الازدواج لا يضع دائرة مستقلة لكل منهما٢٧٨٤.

وبالمقابل إذا كان إقرار فكرة الإرادة المنفردة إحلالا لها محل العقد فان الخسارة ستكون جسيمة ، إذ أن ذلك "سيؤدي إلى طرح أفكار قانونية مستقرة شكلت تراثا ضخما يحكم نظرية العقد في مقابل الإرادة المنفردة تلك الفكرة التي مازالت من الأفكار الجديدة التي لم يكتب لها الاستقرار بعد"[٢٧٨٥].

٥) عدم الحاجة إلى تلك الفكرة

وأخيراً يرى معارضو نظرية الإلتزام بالإرادة المنفردة ، نظرا لما تثيره تلك النظرية من صعوبات عملية سبق ذكرها ، أنه لا حاجة تدعو إليها ، حيث أن ما يسنده إليها مؤيدوها من أوضاع قانونية ، مدعين أنها تشكل واقعاً عملياً يستدعي إقرار تلك الفكرة ، يمكن رده إلى تأصيلات بديلة دون الحاجة إلى أفكار جديدة ، رافضين بذلك أي بادرة للتجديد قد تتولد عنها مصادر جديدة للالتزام تشارك العقد مركزه الذي استقر له ردحا من الزمن ، تكامل فيها بناؤه وشكلت أبحاثه تراثاً قانونياً ضخماً، وفيما يلي تفصيل ذلك.

فبالنسبة للإيجاب الملزم هناك تأصيلين بديلين عن الإرادة المنفردة ، حيث يرى البعض أن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه يمكن رده إلى ما يتعرض له الموجب له من أضرار ، بناء على قواعد المسئولية التقصيرية للموجب[٢٧٨٦] ، ويرى البعض أن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه مصدره عقد تمهيدي انعقد بإيجاب الموجب بالبقاء على إيجابه وقبول ضمني من الموجب له باعتبار أن هذا الإيجاب يتمخض عن مصلحة بحتة له[٢٧٨٧].

٢٧٨١ د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤.
٢٧٨٢ في هذا المعنى د/أحمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٤ ، د/جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ص٤٠١.
٢٧٨٣في هذا المعنى د/احمد سلامة المرجع والموضع السابق.
٢٧٨٤في هذا المعنى د/جلال العدوي ، الموجز في مصادر الإلتزام ، طبعة ١٩٩٥م ، ص٢٨٢ ، د/محمود أبوعافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ١٩٤٧ ، ص٥٥ ،٥٦.
٢٧٨٥ د/لاشين محمد الغياتي ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مكتبة جامعة طنطا ١٩٨٦صـ٢٢ ، وفي هذا المعنى د/ أحمد سلامة السابق صـ٢٢٥.
٢٧٨٦ في هذا المعنى د /جلال العدوي ، السابق ، ص٢٨١.
٢٧٨٧ في هذا المعنى د/سليمان مرقس السابق ص ٦٨٨ ، د/جلال العدوي ، السابق ، ص٢٨١

وبالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير فإن التزام المتعهد قبل المنتفع هو التزام ناتج عن اقتران إرادة المشترط بإرادة المتعهد أي أنه التزام عقدي ، وكل ما هنالك أن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجا على مبدأ نسبية أثر العقد ، الذي يقتضي ألا يتجاوز أثر العقد الأطراف المشتركة في إبرامه.[٢٧٨٨]

ويرى بعض الفقه أن قاعدة نسبية أثر العقد وإن كانت تحول دون أن ينشأ عنه التزام على من ليس طرفا فيه ، فإنها لا تحول دون أن ينشأ عنه التزام يقع على أحد طرفيه تجاه من ليس طرفا فيه وبذلك يكون العقد هو مصدر كافة ما يتضمنه الاشتراط لمصلحة الغير من التزامات٢٧٨٩.

وهناك نظريات أخري ساقها الفقه الفرنسي لبيان طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير كنظرية الايجاب والتي ترى في الاشتراط عقدين أولهما بين المشترط والمتعهد ينشأ منه حق للمشترط ، والثاني عقد حوالة حق من المشترط إلى المستفيد بما ثبت للمشترط من العقد الأول ، وهناك نظرية أخرى ترى في الإشتراط لمصلحة الغير فضالة تتحول بأثر رجعي إلى وكالة بمجرد قبول المستفيد[٢٧٩٠].

أما فيما يتعلق بالتزامات الفضولي فإنه يمكن تأسيسها على أنها واقعة مادية هي أن يتولى الفضولي شأنا لرب العمل ولا يكفي لالتزام الفضولي أن يظهر إرادته في أن يتولى شأنا لرب العمل مهما كانت هذه الإرادة واضحة مادام لم يتول هذا الشأن بالفعل فالعمل المادي لا إرادة الفضولي هو الذي ينشئ في ذمة الفضولي التزاماته المعروفة[٢٧٩١].

وبالنسبة لالتزام مصدر السند لحامله فهو لا ينشأ من الإرادة المنفردة لأنه لا يخضع للقواعد التي تحكم الإلتزام الإرادي ، حيث جعله القانون التزاما مجردا ، أي أنه يقوم بصرف النظر عن سببه ، ولا تؤثر فيه أسباب البطلان التي تحول دون قيام الإلتزام الإرادي فلا يصدق عليه القول بأنه التزام إرادي يقوم بإرادة واحدة دون حاجة إلى توافق إرادتين بل الحقيقة أنه التزام قانوني يرتبه القانون على واقعة إصدار السند فحسب ، بصرف النظر عن توافر شروط الإرادة وعدم توافرها[٢٧٩٢].

وبالنسبة لما يتعلق بالوعد بجائزة فإنه يمكن في أكثر حالاته رد الإلتزام المترتب عليه إلى توافق الإرادتين وذلك في كل حالة يكون من قام فيها بالعمل المجاز قد علم بذلك الوعد حيث يمكن أن يفترض فيه أنه قبل الوعد وانعقد بقبوله هذا عقد بينه وبين الواعد[٢٧٩٣] ، أما في الحالة التي يكون فيها من قام بالعمل المجاز قد فعل ذلك دون علم منه بالوعد بالجائزة حيث يمتنع افتراض قبوله هذا الوعد ، فلا مناص من رد هذا الإلتزام إلى القانون[٢٧٩٤].

وبناء على تلك الاعتراضات يرى أصحاب هذا الرأي عدم صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر لإقامة الإلتزام ، كما أنه لا ضرورة لإقامتها بالرغم مما وجه إليها من انتقادات ، خاصة وأن هناك بدائل قانونية يمكنها إقامة الإلتزامات التي يرى أنصار نظرية الإرادة المنفردة إسنادها إليها.

الفـرع الثـــاني

بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

٢٧٨٨في هذا المعنى د سليمان مرقص ، الوافي ص٦٨٨.

٢٧٨٩ د/جلال العدوي ، السابق ص٢٨١.

٢٧٩٠ في هذا المعنى د/ فواز صالح ، المرجع السابق ، ص ١٤٤، ١٤٥.

٢٧٩١ د/عبد الرزاق السنهوري الوجيز في النظرية العامة للالتزامات تنقيح المستشار أحمد المراغي طبعة ٢٠٠٤ هـامش ص ٥٨٢.

٢٧٩٢ د/ سليمان مرقس ، السابق صـ٦٨٨.

٢٧٩٣ د/ سليمان مرقس ، السابق ص ٦٨٩.

٢٧٩٤ في هذا المعنى الشيخ علي الخفيف المرجع السابق ص٦٥.

توجيه الرأي:

ذكرنا فيما سبق أن للفقه الإسلامي طريقته الخاصة ومنهجه الفريد في البحث ، والتي تختلف بوجه عام عن منهجية القوانين الوضعية السائدة في بلادنا ، والتي تأثرت بالقوانين الغربية الحديثة ، وخاصة القانون الفرنسي ، الذي جاء متأثرا بدوره بالقانون الروماني ، فالفقه الإسلامي في صياغته للأحكام يقوم على منهج عملي تطبيقي وذلك بعرض المسائل والفروع وبيان حكم كل حالة على حده ، ولم يهتم علماء الشريعة الإسلامية ببناء القواعد العامة والنظريات الفقهية كما فعل فقهاء القانون الوضعي الذين ساروا على المنهج النظري الذي يهتم ببناء النظريات التي تطبق على العديد من الفروض العملية[٢٧٩٥] ، "لذلك لا يمكن القول بأن الفقه الإسلامي غير ميال إلي الاعتراف بمصدرية الإرادة المنفردة للالتزام طالما لم يدرج ذلك تحت غطاء نظرية عامة أو قاعدة"[٢٧٩٦] .

ومع ذلك فإن بعض الشراح[٢٧٩٧] يرون أن هناك جانب من الفقه الإسلامي "والذي يعتقد بأنه يمثل الجمهور ، قد أنكر قدرة الإرادة المنفردة على أن تكون مصدرا عاما للالتزامات المالية"[٢٧٩٨] .

ويوجه أصحاب هذا الاتجاه القاضي بإنكار فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة رأيهم بأن صاحب هذه الإرادة لا ينبغي له أن يتقيد بما أوجبه على نفسه من التزامات أو موجبات مالية لصالح الغير دون أن يرتبط وإياه بعقد أو اتفاق ، ذلك أن هذا النوع من الإلتزامات الإرادية لا يتعدى في فحواه أن يكون من قبيل التبرعات المالية ، مع العلم أن التبرع المالي هو تصرف لا يمكن أن يحصل جبرا على صاحبه ، مضافا إلى أن تمام العقد في التبرعات المالية من وصية أو هبة أو نحلة متوقف – فيما يرى هؤلاء – على صدور القبول من المتبرع له في الحالات التي يكون فيها المتبرع به معيناً خلافاً لفقهاء المالكية الذين يرون أن الإلتزام في التبرعات الايجابية يتم بالإيجاب وحده[٢٧٩٩] .

وعليه فإن الإلتزام بالإرادة المنفردة في نظر أصحاب هذا الرأي أقرب ما يكون من هذا الوجه إلى ما يعرف في فقه القانون الوضعي بالإلتزام الطبيعي من حيث عدم إمكان المطالبة به قضاء أو إجبار الملتزم على تنفيذه .

ومثلما اعتبرت تلك الأنواع من التصرفات المالية المبنية على التبرع تصرفات غير ملزمة ، فقد اعتبرت أيضا في نظر أصحاب هذا الاتجاه ، من الإمامية تصرفات غير لازمة في نفسها ، وذلك بموجب ما أعطي للمتبرع من حق الرجوع عن التزامه ، حتى بعد عملية الاقباض ، طالما كانت العين قائمة ، ولم يتصرف الموجب بها تصرفا متلفا أو ناقلا للملكية أو ما سواها من التصرفات[٢٨٠٠] .

أدلة هذا الرأي:

[٢٧٩٥] يلاحظ مع ذلك أن المنهج النظري لم يكن مجهولا بالنسبة لعلماء الشريعة الإسلامية فقد اتبعوه في دراستهم لفروع أخري من الشريعة كعلم أصول الفقه الذي وضعوا فيه العديد من النظريات كنظرية الاجتهاد ونظرية القياس.

[٢٧٩٦] د/محمود المظفر نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية دراسة مقارنة ص١٠٤.

[٢٧٩٧] د/لاشين الغياتي السابق ص٤١ ، د/عبد المجيد محمود مطلوب ، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي بحث مقارن بين المذاهب ١٩٩٤م ، ص٣٤ ، د/محمود المظفر السابق ، ص ١٠٨.

[٢٧٩٨] د/محمود المظفر السابق ص ١٠٨.

[٢٧٩٩] د/محمود المظفر المرجع السابق ص ١٠٨.

[٢٨٠٠] د/محمود المظفر المرجع السابق ص ١٠٩.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بأن "المتبرع لا يجبر بالمضي في تبرعه ،وذلك لقوله تعالى (ما على المحسنين من سبيل)[٢٨٠١] ومن يلتزم بإرادته المنفردة يكون متبرعا ، كما أن إلزام الإنسان في كل التزام صدر عن إرادته المنفردة معناه عدم جواز عدوله عن هذا الإلتزام رغم أن معاملات الناس جرت على غير ذلك"[٢٨٠٢].

كما ذهبوا إلى تأويل الأمر الوارد في الأدلة التي استدل بها أنصار فكرة الإرادة المنفردة التي تأمر الإنسان بالوفاء بالوعد وإنفاذ العهد من الكتاب والسنة ، كقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[٢٨٠٣] وغيرها من الآيات على نحو ما يذكره مؤيدو الفكرة ، على أنه للندب والاستحباب وليس للفرض والإلزام كالأمر بكتابة الدين ، وشأن الأمر المندوب أنه إذا فعلة الإنسان استحق الثواب وإذا لم يفعله لا إثم عليه ولا مؤاخذة في الدنيا ولا في الآخرة[٢٨٠٤].

وبالنسبة للالتزامات التي يمكن إسنادها إلى الإرادة منفردة فإن أصحاب هذا الرأي يأصلونها تأصيلات أخرى.

[٢٨٠١] سورة التوبة آية ٩١.

[٢٨٠٢] د/لاشين الغياتي ص٤٢ ، وفي هذا المعنى د/عبد المجيد محمود مطلوب السابق ص ٣٤.

[٢٨٠٣] سورة المائدة آية ١.

[٢٨٠٤] في هذا المعنى د/لاشين الغياتي ، السابق ص ٤٢ ، د/محمود المظفر ، السابق ص١١١.

من ذلك ما ذكر من أن الأحناف يرون أن الإلتزام بالجعالة ، أو ما يعرف في الفقه القانوني بالوعد بجائزة ، لا يقوم علي الإرادة المنفردة ، ولكن يقوم على قاعدة الإثراء بلا سبب ، وعند الشافعي فإن الجعالة تقوم على العقد[٢٨٠٥].

كما نقل عن الأحناف قولا آخر وهو أنهم يرون في الجعالة "عقد فاسد لأنه من قبيل الإجارة التي لم تستوف شروط صحتها من العلم بالعمل والعلم بالأجير وقبوله في المجلس والعلم بالمدة فيما يحتاج إليها إلى غير ذلك من الشروط"[٢٨٠٦].

كما يمكن أن يستدل على ذلك بأن الشافعي[٢٨٠٧] يرى أن الوصية والهبة والصدقة وجميع التصرفات الناقلة للملك عدا الميراث ، والتي تعد من قبيل التبرعات لابد وأن تتم بإيجاب وقبول ولا تكفي فيها عبارة الموجب ، ولا يمكن إجبار المتصرف إليه على قبول التصرف[٢٨٠٨] ، كما أنه اشترط القبض في بعضها[٢٨٠٩] ، وعليه فإن هذه التصرفات عنده أقرب إلى العقود من كونها تصرفات تتم بإرادة منفردة .

[٢٨٠٥] انظر عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١) ص ٤٣ هامش رقم (١) حيث ذكر أن الجعالة لا تقوم على الإرادة المنفردة ونقل عن كتاب البدائع ج٦ ص ٢٠٢ قوله (و الجعالة أو الجعل تكون في العبد الآبق يرده الآخذ على صاحبه ، فيستحق جعلا دون شرط عند الحنفية ،وعند الشافعي لا يثبت الجعل إلا بالشرط) وقد علق الدكتور السنهوري على هذا النص قائلا (ويتبين مما نقلناه عن البدائع أن الإلتزام هنا لا يقوم على الإرادة المنفردة فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط وعند الشافعي لا يجب إلا بالشرط أي بالعقد لا بالإرادة المنفردة ثم إن الجعل مقدر شرعا لا بالاتفاق وهو عند الحنفية اقرب ما يكون قائماً على قاعدة الإثراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة).

[٢٨٠٦] الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص ١٥٤.

[٢٨٠٧] الإمام محمد بن ادريس الشافعي، الأم ، تحقيق د/ رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة ٢٠٠١م، ج ٥ ص٢٠٦ ، حيث ذكر ما نصه (قال الشافعي رضي الله عنه: وإذا أوصى الرجل المريض لرجل بوصية ما كانت ثم مات فللموصى له قبول الوصية وردها لا يجبر أن يملك شيئا لا يريد ملكه بوجه أبدا إلا بأن يرث شيئا فإنه إذا ورث لم يكن له دفع الميراث وذلك أن حكما من الله عز وجل أنه نقل ملك الموتى إلى ورثتهم من الأحياء فأما الوصية والهبة والصدقة وجميع وجوه الملك غير الميراث فالمملك لها بالخيار إن شاء قبلها وإن شاء ردها).

٢٨٠٨الأم للشافعي ، الموضع السابق ، حيث ذكر(ولو أنا أجبرنا رجلا على قبول الوصية جبرناه إن أوصى له بعبيد زمنى أن ينفق عليهم فأدخلنا الضرر عليه وهو لم يحبه ولم يدخله على نفسه).

[٢٨٠٩] كما في الهبة حيث ذكر النووي في المنهاج ، (وشرط الهبة أي لتتحقق ايجاب وقبول لفظاً) ، قليوبي وعميرة ج٣ ، ص١١١ ، و ص ١١٢ (ولا يملك موهوب إلا بقبض بإذن الواهب).
الشيخ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ، شرح روض الطالب ، دون ناشر دون تاريخ ، ج٢ ص ٤٨٢ ، حيث أورد أن ((فصل الموهوب له لا يملك) الهبة الصادقة بأنواعها (إلا إذا قبض) ها فلا يملكها بالعقد ، وإلا لما قال أبو بكر في مرضه لعائشة رضي الله عنها فيما نحلها في صحته من عشرين وسقا وددت أنك حزته ، أو قبضته ، وإنما هو إلىوم مال الوارث وروى الحاكم { أنه صلى الله عليه وسلم أهدى إلى النجاشي ، ثم قال لأم سلمة إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد فإذا ردت إلى فهي لك فكان كذلك } وفي رواية { أنه أهدى إلى النجاشي مسكا فمات قبل أن يصل إليه فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بين نسائه } ولأنه عقد إرفاق كالقرض فلا يملك إلا بالقبض

كما أن الحنابلة يرون أن الهبة تتم بإيجاب وقبول[٢٨١٠] ، وكذلك الوصية عندهم لابد لها من قبول إذا كان الموصى له معين[٢٨١١] .

كما نقل عن المالكية اشتراط القبول لتمام الهبة[٢٨١٢] ، والوصية[٢٨١٣] ، كما سبق أن تناولنا الحديث عن الوصية في الفصل التمهيدي.

إلا أن هذه الحالات ونحوها كما يمكن الاستدلال بها على رفض فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة حسب اجتهاد بعض الفقهاء ، فإنها تصلح من منظور آخر دليلا لتأييد الفكرة على نحو ما ذكرنا في أقوال المؤيدين .

المطلب الثالث

المناقشة والترجيح

تناولنا فيما سلف أدلة المؤيدين والمعارضين لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة من فقهاء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، وبقي لنا أن نورد ما نوقشت به تلك الأدلة ومن ثم بيان الرأي الراجح ورأينا بالموضوع وذلك في فرعين:

الفرع الأول: المناقشة.

الفرع الثاني: الترجيح.

٢٨١٠ شرح منتهى الإرادات ج٤ ص ٢٩٤ ((وتصح الهبة) بعقد (وتملك) العين الموهوبة (بعقد) أي ايجاب وقبول فالقبض معتبر للزومها واستمرارها لا لانعقادها وانشائها).

[٢٨١١] شرح منتهى الإرادات ج٤ / ص٤٥٠ حيث أورد أنه لو أوصى (لآدمي معين ولو عددا يمكن حصره اشترط قبوله لأنها تمليك له كالهبة ولا يتعين القبول باللفظ بل يجزي ما قام مقامه كأخذ وما دل على الرضا)
٢٨١٢ بداية المجتهد ص٢٠٢٦ حيث قال (ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه).

[٢٨١٣] مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ج٨ ، ص٥١٧ ، بداية المجتهد المجلد الرابع ص٢٠٤٢.

الفـــرع الأول
منــاقشة الأدلــة

أشرنا فيما سبق إلى أدلة معارضي فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة من فقهاء القانون الوضعي والتي تمثل في مجملها اعتراضات ومناقشات لأدلة مؤيدي الفكرة ولذا سنكتفي بها عن مناقشة أدلة المؤيدين تفاديا للتكرار ، وبقي لنا أن نورد ما نوقشت به أدلة المعارضين من دفوع ، والتي تعتبر في ذات الوقت ردا على مناقشة أدلة المؤيدين ، وذلك في الغصن الأول.

والأمر ذاته يصدق على أدلة فقهاء الشريعة من معارضي الفكرة حيث أن أدلتهم في مجملها لم تتعد كونها مناقشة لأدلة المؤيدين وصرف لها عن مدلولاتها ، وفي ذلك غنى عن إعادة مناقشتها ، لذا سنكتفي كذلك بمناقشة أدلة المعارضين فحسب في الغصن الثاني.

الغصن الأول

مناقشة أدلة الفريق المعارض من فقه القانون الوضعي

ذكرنا في حينه أن أدلة المعارضين تتدرج تحت طائفتين ، الطائفة الأولى تتعرض إلى أساس الفكرة ، والطائفة الثانية تتناول الصعوبات التي تترتب على الأخذ بها ، وسنسير في مناقشة تلك الأدلة على ما سبق أن رتبناه ببيان ملخص عن الدليل وما وجه إليه من دفوع.

أولا: مناقشة الطائفة الأولى من الأدلة التي تتعرض لأساس الفكرة :

١) تعارض الفكرة مع المبادئ القانونية، حيث يرى المعارضين أن الفكرة تخالف النظام العام كونها تولد قيدا مؤبدا على حرية الملتزم كما أنها تتنافر مع فكرة الإلتزامات المتبادلة (فكرة السبب)[٢٨١٤].
ويمكن دفع هذا الاعتراض بالنسبة لمخالفة الفكرة للنظام العام بأن هذا التصور هو امتداد لفكر المذهب الشخصي الذي ينظر للالتزام على أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، والذي كان في ظل القانون الروماني يعد قيدا على حرية المدين ويجعل للدائن سلطة عليه تمكنه من سجنه أو استرقاقه إن عجز عن الوفاء بما عليه[٢٨١٥] ، ومع تطور الفكر القانوني وظهور المذهب المادي الذي ينظر للالتزام على أنه قيمة مادية تتعلق بالذمة المالية للمدين ، فلا مجال للحديث عن "تنازل محتمل للحرية"[٢٨١٦] ، نتيجة الإلتزام بالإرادة المنفردة.

أضف إلى ذلك أن فكرة التقادم المسقط يصعب معها القول بأن هناك التزاما مؤبدا[٢٨١٧].

ناهيك عن أن فكرة تأقيت الإلتزام أو تأبيده كما يمكن أن ترد على الإلتزام بالإرادة المنفردة يمكن أن تثور بالنسبة للالتزام التعاقدي ، والقانون كفيل بتنظيم هذه المسألة إذا ما أقر للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الإلتزام كما فعل بالنسبة للعقد.

وعلى فرض التسليم بهذا الاعتراض فإنه يقتضي القول بصلاحية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات المؤقتة ، كحالة الإيجاب الملزم والوعد بجائزة إذا حدد له أجلا وإذا صلحت الإرادة المنفردة أن تكون مصدرا لهذا النوع من الإلتزامات صلحت أن تكون مصدرا في غيره.

[٢٨١٤] Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Droit Civil- L'act juridique, Vol.١ , Armand Colin, ١٩٩٤ , p. ٣٧٩

[٢٨١٥] في هذا المعنى الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن١٩٦٤ص٢١.

٢٨١٦ د/أحمد سلامة السابق ص ٢٢٥.

٢٨١٧ في هذا المعنى د/لاشين الغياتي المرجع السابق ص ٢٦ ، د/محمود المظفر ، السابق ، ص١١٨ .

أما ما قيل بالنسبة لتنافر فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة مع فكرة الإلتزامات المتبادلة أو فكرة السبب ، فإن هذا القول لا يستقيم إلا إذا نظرنا للسبب وفقا لمفهوم النظرية التقليدية التي ترى أن سبب التزام كل طرف هو التزام الطرف المقابل ، وفضلا عما وجه إلى تلك النظرية من انتقادات[٢٨١٨] ، فإن هذا إنما يكون في عقود المعاوضات فحسب ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد حيث لا يتحمل أحد طرفيها بأي التزام فإن السبب قد يكون نية التبرع كما في الهبة وقد يكون أداء خدمة للدائن كما في عقود التفضل كالوكالة والوديعة بلا أجر[٢٨١٩] .

فليس من الحتمي أن يكون سبب الإلتزام هو التزام الطرف الآخر ، والقول بغير ذلك يجعل الإلتزامات التي تنشأ من العقود الملزمة لجانب واحد التزامات باطلة ، كونها تفتقر إلى السبب حيث أن أحد طرفيها لا يتحمل بأي التزامات وبالتالي وفقا لهذا المفهوم تكون التزامات الطرف المقابل باطلة[٢٨٢٠] .

وعلى هذا يمكن أن يكون سبب الإلتزام بالإرادة المنفردة نية التبرع كما في الوقف ، أو تحقيق هدف معين كما في الوعد بجائزة ، أو خدمة المجتمع في حالة المؤسسات الخاصة إلى غير ذلك.

أما إذا تجاوزنا بمفهوم السبب نطاق النظرية التقليدية إلى نطاق النظرية الحديثة (نظرية الباعث) ، فإن الوضع سيختلف ويكون السبب هو الباعث الدافع إلى التصرف الذي يختلف باختلاف المتصرف وما يرمي إلى تحقيقه من أهداف.

كما يمكننا أن نخرج الإلتزام بالإرادة المنفردة عن إطار فكرة السبب بالكلية إلى دائرة التصرفات القانونية المجردة التي لا تفتقر في قيامها إلى سبب[٢٨٢١] ، بل تقوم على "ترجيح العوامل الاقتصادية واستقرار المعاملات على العوامل النفسية والأخلاقية"[٢٨٢٢] .

٢) أن فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة، وذلك برد الآثار القانونية إلى الإرادة حتى في نطاق العقد ، وأن هذه الآثار إنما هي وليدة امتزاج أو تفاعل الإرادات المشتركة من خلال التفاوض قبل الاتفاق وتأثر إرادة كل طرف بإرادة الطرف الآخر[٢٨٢٣] .

٢٨١٨ انظر في نقد هذه النظرية د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط الجزء الأول ص ٣٧٧ ، ومنه ما نقله عن الفقيه البلجيكي ارنست قوله (أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركنا متميزا ، فهو يختلط إما بالمحل في العقود الملزمة للجانبين وإما بالرضا في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له وتغني عنه أركان الإلتزام الأخرى).

٢٨١٩ في هذا المعنى د/لاشين الغياتي ، المرجع السابق ص٢٠ هامش رقم ٤.

٢٨٢٠ في هذا المعنى د/أحمد سلامة ص٢٢٥.

٢٨٢١ في هذا المعنى د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط الجزء الأول ص٣٥٦ حيث يقول(وتاريخ نظرية السبب يهدينا على حقيقة أخرى فسيقرئنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقدا شكليا (contrat formel)حيث السبب لا أثر له كما قدمنا ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensual) حيث السبب له أكبر الأثر ،ثم تطور أخيرا إلى عقد مجرد (contrat abstrait) ،حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر).

٢٨٢١ د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص٤٠٤.

٢٨٢٢د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام –المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني) ،١٩٩٥م ، ص٢٢٥ ، ويقول سيادته (والتصرف المجرد (acte abstrait)وان كان يمثل استثناء في الأنظمة القانونية ذات النزعة اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الكويتي ، حيث لا يتقرر هذا التصرف إلا في نطاق محدود وبنص خاص ، كما في حالة التزام المناب بدفع الدين للمناب لديه إلا أنه يمثل الأصل في التصرفات القانونية بالنسبة للتشريعات الجرمانية كالقانون الألماني والقانون السويسري).

٢٨٢٣ Stephanie Porchy – Simon , Les obligation , ٥e éd , Dalloz , ٢٠٠٨ , p.٢٣

ويرد عليه بأن هذا "الاعتراض يقوم على الخلط بين مضمون الإرادة كتعبير بات في معنى الإلتزام وبين تكوين هذا المضمون في المراحل السابقة على التعبير النهائي عن الإرادة "[٢٨٢٤] ، فمهما طالت المفاوضات والمباحثات وتأثير إرادة كل طرف في مقابلتها فإنه لابد في النهاية من قيام أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بات نهائي لا يملك الطرف الآخر إلا قبوله أو رده ، وهذا الإيجاب يكون منسوبا لصاحبه لا إلى ما يسمى بامتزاج الإرادات.

كما أن هناك حالات لا يكون هذا التفاعل قبل الاتفاق موجودا ، إنما يكون هناك إيجاب بات لا يقبل التفاوض ولا المناقشة كما في عقود الإذعان وبيع السلع بأسعار محددة سلفا[٢٨٢٥] ، ومع ذلك لم يقدح أحد في تلك الإلتزامات لعدم وجود مفاضات سابقة لها.

ثانيا: مناقشة الطائفة الثانية من الأدلة التي تثير الصعوبات التي تترتب على الأخذ بالإرادة المنفردة

١) صعوبة التمييز بين إرادة الإلتزام النهائية ومجرد الرغبة أو الشروع.
وهذا "ما نراه غير مقنع"[٢٨٢٦]حيث أن التمييز بين إرادة الإلتزام ومجرد الرغبة أو الشروع أمر لابد منه في مجال الإلتزامات الإرادية أيا كان مصدرها عقدا أم إرادة منفردة.

إضافة إلى ذلك "أيا ما كانت دقة التفرقة بين الإرادة الباتة والرغبة المبدئية فإنها لا تقتضي استبعاد الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام"[٢٨٢٧] ، وإنما يجب البحث عن ضابط أو معيار مناسب لتمييز الإرادة الباتة عن غيرها وقد يكون ذلك باشتراط شكل معين تفرغ فيه هذه الإرادة كأن تكون مكتوبة[٢٨٢٨] ، أو معلنة على الجمهور[٢٨٢٩].

على أن اشتراط الشكل في هذه الحالة يختلف عن الشكلية البغيضة التي كانت موجودة في القوانين القديمة ، "ففي القانون الحديث يدين التصرف القانوني بكيانه للإرادة الخاصة وحدها هذا هو ما يفهم من تعريفه بأنه (التعبير عن إرادة ترمي إلى إحداث أثر قانوني) ذلك هو بالضبط مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود الآن قانون التصرفات ، ولا نزاع في أن هذا المبدأ يخضع في التشريعات الحديثة لعدد متزايد من القيود القانونية الشكلية والموضوعية ، الغرض منها هو إعطاء إرادة الفرد صبغة اجتماعية قبل إعمالها قانونا"[٢٨٣٠].

وإذا كان هذا الشكل لحماية الإرادة فإن الإرادة وحدها ستكون هي مصدر الإلتزام ، ولا يشاركها الشكل في ذلك سواء كانت منفردة أم في ارتباط تعاقدي.

٢) ضرورة مراعاة إرادة الدائن .

٢٨٢٤ د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص٤٠٤.
٢٨٢٥ في هذا المعنى د د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط ص ١١٦٨.
٢٨٢٦ د/جلال العدوي ، الموجز في مصادر الإلتزام ، طبعة ١٩٩٥م ، ص٢٨٢.
٢٨٢٧د/محمود أبوعافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ١٩٤٧ ، ص٥٥ ،٥٦.
٢٨٢٨ كما كان واردا في مشروع القانون المدني المصري الجديد في المادة ٢٢٨ قبل إلغائها والتي كانت تنص على"١- اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه."
٢٨٢٩ كما في الوعد بجائزة.
٢٨٣٠ د/جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص٢٨٢.

ينبع هذا الاعتراض من معارضي فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة من اعتناقهم للمذهب الشخصي ، الذي يتطلب دائن ومدين بينهما رابطة شخصية حتى يقوم الإلتزام.

ويرى بعض الفقه أن هذا الاعتراض "صدى لفكرة عفا الزمن عليها"[٢٨٣١] ، "وأصبح مكانها متحف التاريخ"[٢٨٣٢] ، "إذ لا يشترط طبقا للتصوير الموضوعي للالتزام أن يرضى الدائن باكتساب الحق الناشئ عنه ، بل ولا يشترط أن يكون الدائن موجودا أو معروفا"[٢٨٣٣].

ثم إن نشوء حق لشخص دون مشاركته في ذلك أمر مسلم من الفقه كله ، في بعض الصور ، كحق المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير[٢٨٣٤].

وعليه فلا مطعن على الإلتزام بالإرادة المنفردة إذا لم يكن الدائن موجود ، وإنما يشترط أن يكون موجودا وقت التنفيذ.

كما يمكن دفع هذا الاعتراض بأنه "ليس هناك ما يجبر الدائن على المطالبة بالحق الذي أنشأه له المدين"[٢٨٣٥].

"ولا تتغير حقيقة التصرف بالإرادة المنفردة حين تتوقف الاستفادة منه على الإرادة الأخرى ، أو القيام بإجراء لاحق فلا ينقلب عقدا بالقبول اللاحق ، وذلك لأن هذا القبول صادف هنا إرادة كاملة فانتفع بها"[٢٨٣٦].

غير أنه يمكن أن يجاب على هذا الدفع بأن الإلتزام في هذه الحالة لن يوجد إلا إذا قبله الدائن ، وبهذا القبول نكون قد وصلنا إلى مرحلة التعاقد الكامل وخرجنا عن دائرة الإرادة المنفردة.

غير أن مثل هذا التصوير لا يتفق وحقيقة التصرف بالإرادة المنفردة ، لأنه إذا كان مصدر الإلتزام هو العقد فلن يوجد الإلتزام إلا من وقت قبول الدائن للإيجاب الموجه إليه من المدين ، أما إذا كان مصدر الإلتزام هو الإرادة المنفردة فإن الإلتزام يوجد من وقت إعلان إرادة المدين دون حاجة إلى صدور إرادة مقابلة من الدائن[٢٨٣٧].

٣) الإلتزام بالإرادة المنفردة التزام إرادي محض:
فحوى هذا الاعتراض أن الشخص مادام يلتزم بإرادته المنفردة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، فإنه تطبيقا لهذا المفهوم فإن الملتزم يحق له إنهاء الإلتزام بإرادته المنفردة ، وبهذا يكون التزام باطل لاقترانه بشرط إرادي محض.

٢٨٣١ د/احمد سلامة المرجع السابق ، ص٢٢٦.
٢٨٣٢ د/لاشين الغياتي ، المرجع السابق ، ص٢٧.
٢٨٣٣ د/سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥
٢٨٣٤ د/جميل الشرقاوي المرجع السابق ، ص٤٠٢ ، وفي هذا المعنى د/عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ حيث يقول سيادته"وبدهي أن الإلتزام ينشأ دون دائن ولكن لا يجوز أن ينشأ الحق دون مدين".
٢٨٣٥ د/أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥.
٢٨٣٦ د/عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، دون تاريخ ص ١٧٥ ، وقد مثل لذلك بالقانون المدني الأردني الذي نص في المادة ٢٥٣ منه على (١-إذا كان التصرف بالإرادة المنفردة تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله ٢-وإذا كانت إسقاطا فيه معنى التمليك أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس٣-وإذا كان إسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد).
٢٨٣٧ المرجع والموضع السابق.

ويأتي دفع هذا الاعتراض من عدة أوجه:

الأول :أن الذي يبطل الإلتزام هو اقترانه بشرط إرادي محض واقف[٢٨٣٨] ، أي أن الإلتزام في هذه الحالة يكون غير موجود مادامت نشأته معلقة على محض إرادة المدين[٢٨٣٩] ، ولكن بالمقابل فإنه " ليس هنالك ما يحول دون فكرة تعليق التصرف على شرط إرادي محض فاسخ متعلقا بإرادة المدين"[٢٨٤٠] ، إذ نكون أمام التزام قائم له وجوده ، غير أن زواله معلق على محض إرادة المدين ومع ذلك يظل التزاما صحيحا منتجا لآثاره مادام الشرط لم يتحقق[٢٨٤١].

والإلتزام في هذه الحالة يشبه ما يعرف في نظرية العقد بالعقد الجائز غير اللازم ، فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلا أنه مهدد بالزوال بمحض إرادة أحد طرفيه أو كلاهما ، ولا يقدح ذلك في الإلتزامات المتولدة من هذا العقد ما لم يفسخ.

الثاني :أن هذا القول "خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية ، فإن هذه الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها"[٢٨٤٢] ، وبالتالي وجب احترام تلك الثقة وامتنع على معلنها العدول للتحلل مما التزم به.

وإن ارتأى بعض الفقه[٢٨٤٣]- وبحق- عدم وجاهة ذلك الدفع حيث أن مسألة تولد ثقة مشروعة أمر غير مضطرد وغير منضبط ، فقد يكون المستفيد من إعلان الإرادة غير موجود وقت الإعلان والذي يعد ذاته وقت نشوء الإلتزام ، أو قد يكون موجود ولم يكن يعلم بهذا الإلتزام ، كما في الوعد بجائزة فقد يكون من قام بالعمل المجاز عليه قد قام به دون علم بالجائزة ، حيث يمتنع في هذه الحالة القول بأنه أدى العمل نتيجة ثقة مشروعة قد تولدت لديه من الوعد ، ومع ذلك فإنه يستحق الجائزة ويكون الواعد ملتزما أمامه[٢٨٤٤].

أضف إلى ذلك أن مراعاة الثقة المشروعة التي تولدت لدي الغير نتيجة الإعلان عن الإرادة قد تفلح في تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية التي تقتضي تعويض المضرور إذا كان من أعلن عن إرادته قد تعسف في استعمال حقه في الرجوع عن إعلانه وترتب على ذلك ضرر للغير ، إلا أنها لا تفلح في إقامة الإلتزام بالإرادة المنفردة لإلزام الواعد بتنفيذ ما وعد به.

٢٨٣٨ وفي هذا تنص المادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري (لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم).
- كما نص القانون المدني الكويتي في المادة ٣٢٥على أنه(لايقوم الإلتزام اذا علق على شرط واقف يجعل وجوده متوقفا على محض إرادة الملتزم).

٢٨٣٩ في هذا المعني د/ ياسين محمد الجبوري ، الواقعة الشرطية ، دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الأردني ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ، العدد الحادي والعشرون ، ربيع الآخر ١٤٢٥ ، يونيو ٢٠٠٤ ، ص ٣١٥

٢٨٤٠ المرجع السابق ص ٣١٧.

٢٨٤١ في هذا المعني د /أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص٢٢٥ ، لاشين الغياتي ، المرجع السابق. ص٢٨.

٢٨٤٢ د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط ص١١٦٨.

٢٨٤٣ د/جلال العدوي ص٢٨١ حيث يقول سيادته "ولسنا نستند في دفع هذا الاعتراض إلى ذلك ،إذ سوف نرى أن من وعد بجائزة عن عمل معين يكون ملزما بأداء الجائزة لمن قام بهذا العمل حتى ولو لم يكن بعلم بالوعد ،مما ينفي أن يكون قد تولدت لديه ثقة فيه".

٢٨٤٤ في هذا المعنى د/ جلال العدوي المرجع والموضع السابق.

الثالث :أن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام يرتب عليه القانون التزامات معينة ، لابد وأن يتولى القانون تنظيمها تنظيما محكما شأنها في ذلك شأن المصادر الأخرى ويتناول هذا التنظيم مراحل حياة تلك الإلتزامات المتولدة عن الإرادة المنفردة منذ نشأتها وحتى انقضاؤها "وهو يراعي في ذلك الكثير من الاعتبارات الاجتماعية "[٢٨٤٥] ، "ومن ثمة لا يكون للإرادة المنفردة أن تتحلل من الإلتزام الذي رتبه القانون عليها"[٢٨٤٦] ، إلا إذا أجاز لها القانون ذلك كما فعل بشأن العقد الجائز.

٤) نظرية الإرادة المنفردة تشكل ازدواجا مع العقد:-
يشير هذا الاعتراض إلى أن إقرار نظرية الإرادة المنفردة لا يخلو من أحد فرضين:

الفرض الأول: أن إقرار النظرية إحلالا لها محل العقد سيفقد معه الفقه ميراثا ضخما من الأفكار القانونية التي تحكم نظرية العقد.

ويرد على ذلك بأن هذا ما لم يقل به أحد ، بل نلحظ أن أشد الآراء تمسكا بنظرية الإرادة المنفردة يرون للعقد أهميته بما له من وظائف لا يمكن إغفالها خاصة فيما يعلقونه على واقعة توافق الإرادتين ، بما لها من عظيم الأثر في لزوم الإلتزامات المتولدة عن إرادة كل طرف في العقد[٢٨٤٧].

"وعليه فإن الإلتزام بالإرادة المنفردة لن يبتلع العقد ولن يشكل ازدواجا بل إن لكل نطاقا مستقلا"[٢٨٤٨].

الفرض الثاني: أن إقرار الفكرة إلى جانب العقد كمصدرين مستقلين يشكل ازدواجاً ، وقد يشكل ذلك صعوبات كثيرة نظرا لدقة الفصل بين مجال تطبيق هذين المصدرين، ولكن أيما كانت صعوبة أو دقة الفصل بين المصدرين ، فإن ذلك لا يقتضي استبعاد الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام لحساب العقد ، وإنما يكفي لمواجهة تلك المشكلة محاولة إيجاد المعيار المناسب لوضع حد بين مجال تطبيقهما ، وقد يكون هذا المعيار محددا بغيبة المخاطب أو عدم تعيينه[٢٨٤٩] ، أو غير ذلك على ما سنذكره في حينه تفصيلا.

٥) عدم الحاجة إلى نظرية الإرادة المنفردة :
محاولة من المعارضين في استبعاد نظرية الإرادة المنفردة حاولوا تقديم تأصيلات بديلة للتطبيقات الخاصة بالإرادة المنفردة ، ولكنها جاءت في بعضها غير مقنعة ، ومن ذلك ما ذكروه بشأن الإيجاب الملزم والوعد بجائزة.

فبالنسبة للإيجاب الملزم ، فإن محاولة رد التزام الموجب إلى قواعد المسئولية التقصيرية يمكن دفعه بأن المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا حيث يكون هناك التزام سابق تم الإخلال به وبالتالي لا يصلح هذا الأساس لإقامة التزام الموجب[٢٨٥٠].

وليس أفلح من ذلك محاولة تأسيس التزام الموجب على أساس وجود عقد تمهيدي ، إذ أننا نفترض وجود هذا العقد بإيجاب أولي مفترض ومن ثم قبول مفترض من المستفيد الذي قد لا يكون موجودا ، وقد يكون موجودا

٢٨٤٥ د/سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص٢٠٥.
٢٨٤٦ د/جلال العدوي ،المرجع السابق ، ص٢٨٠.
٢٨٤٧ في هذا المعنى د/جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص٤٠٥.
٢٨٤٨ د/احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص٢٢٦.
٢٨٤٩ في هذا المعني المرجع السابق ، ص٢٢٩ ، د/لاشين الغياتي ، المرجع السابق ، ص٤٦.
٢٨٥٠ في هذا المعنى د/جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ ، د/محمود المظفر ، المرجع السابق ، ص١٥٥.

ولكن لا علم له بالإيجاب ، ولا يخفى أن هذا التأسيس أمر "افتراضي محض ، وهو بالتالي لا يخلو من تكلف بين"[٢٨٥١] ، لتجنب الاعتراف بالأساس الحقيقي لالتزام الموجب وهو الإرادة المنفردة.

وبالنسبة للوعد بجائزة فإن الأمر لا يختلف كثيرا عما قيل بالنسبة للإيجاب الملزم ، فإن افتراض وجود عقد أمر صعب التصور ، خاصة وأن الوعد يكون موجها للجمهور ، كما أن هذا الافتراض يعد " تحريفا ومسخا لفكرة العقد"[٢٨٥٢] ويصدق عليه ما ذكر آنفا بشأن الإيجاب الملزم .

أضف إلى ذلك أن محاولة رد التزام الواعد في بعض الحالات - كحالة إتمام العمل المجاز عليه دون علم بالوعد بجائزة - إلى القانون إنما هو "مظهر من مظاهر إخفاق المعارضين لنظرية الإرادة المنفردة "[٢٨٥٣] ، حيث يرى بعض الفقه أن هذه الصورة يكاد ينعقد إجماع فقهاء القانون على أن أساس التزام الواعد فيها هو إرادته المنفردة[٢٨٥٤].

وسيأتي ذكر الخلاف في الايجاب والوعد بجائزة تفصيلا في الباب الثاني.

وعموما فإنه إذا صلحت الإرادة المنفردة لأن تكون مصدرا في هاتين الحالتين صلحت أن تكون مصدرا في غيرهما ، إذ لا يؤثر في مصدريتها قلة عدد التطبيقات التي تندرج تحتها أو كثرته[٢٨٥٥].

الغصن الثاني

مناقشة أدلة فقهاء الشريعة الإسلامية

ذكرنا فيما سبق ما أورده بعض الشراح من أن هناك جانب من الفقه الإسلامي يمثل الجمهور ، خلا فقهاء المالكية قد أنكر قدرة الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام المالي ، ومن خلال البحث تبين لنا ما يأتي:

أولا: أن القول بوجود اتجاه منكر لفكرة الإرادة المنفردة نسب للجمهور ، وعلى خلاف المتبع لم يذكر بعض أقوال أو آراء كبار علماء المذاهب المشتهرة ، الدالة على هذا المعنى ، وإذا ما أردنا أن نتتبع أقول فقهاء المذاهب المعروفة نجدهم قد اعترفوا بالفكرة في بعض المسائل ، مما يرجح اعترافهم بالفكرة أكثر من إنكارها.

ونمثل على ذلك بما ذكروه بشأن الوقف والذي يرى أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة أنه ملزم " بمجرد الإيجاب الصادر من الواقف... ، و ذهب الشافعي إلى ما ذهب إليه أبو يوسف وذلك في أحد قولين عنده وهو

[٢٨٥١] د/محمود المظفر ، المرجع السابق ، ص١٥٥.

[٢٨٥٢] د/احمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٦.

٢٨٥٣ الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٥.

٢٨٥٤ د/سليمان مرقس ، السابق ، ص٦٨٩ ، حيث يقول سيادته(وهذه هي الحالة الوحيدة التي يبدو أن الإجماع منعقد على أنه لا يمكن فيها إلزام الواعد بالجائزة إلا بالأخذ بنظرية الإرادة المنفردة) وذلك مع ما نستشعره من ميله الى المدرسة التقليدية التي ترفض فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة ، حيث يرى أن مصدر التزام الموجب في الإيجاب الملزم هو عقد تمهيدي ، كما انه يري أن تطبيقات الإرادة المنفردة الواردة بالقانون المصري الجديد كالوعد بجائزة ، التزامات قانونية مصدرها النص الذي أنشأها.

٢٨٥٥ في هذا المعنى د/سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، ١٩٩٩-٢٠٠٠م ص ٢٠٧

الراجح من مذهب أحمد بن حنبل... ، ويري مالك أنه يلزم أيضا بمجرد القول"[٢٨٥٦] ، وسيأتي تفصيل ذلك حين الكلام عن الوقف.

وإذا كان هذا هو رأي كبار فقهاء المذاهب المعروفة والمعتبرة في الوقف والذي يقيمونه على مجرد إيجاب الواقف فكيف نقول مع ذلك أنهم منكرون لفكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة!!.

ثانيا :أن ما ساقه بعض الشراح من أقوال الفقهاء في أحكام بعض المسائل كالجعالة أو الهبة أو غير ذلك على نحو ما رأينا ، وأصلوها تأصيلا آخر غير كونها تصرفا بإرادة منفردة ، واعتبروه دليلا على إنكار هؤلاء الفقهاء للفكرة ، أمر لا يمكن التسليم به على اعتبار أنه معارضة لنظرية فقهية أو قاعدة عامة يراد تأسيسها ، إذ أن غاية ما تفيده تلك الأقوال هو عدم خضوع هذه المسألة أو تلك لنظرية الإرادة المنفردة ، ولا يمكن بحال من الأحوال أن يفت ذلك في عضد النظرية التي يمكن أن يندرج تحتها أو تؤسس عليها فروع عدة غير ما ذكر.

ثالثا : بالنسبة للأدلة التي استدلوا بها على رفض الفكرة فيمكن الرد عليها بما يلي:

أ)القول بأن الإلتزام بالإرادة المنفردة هو من قبيل التبرعات التي لا يمكن تنفيذها جبرا عن الملتزم وأنها ليست تصرفات لازمة في نفسها ، واشتراط وجود عقد لتمام تلك التصرفات مستدلين على ذلك بقول الله تعالى (ما على المحسنين من سبيل) يمكن الرد عليه بعدة أوجه:
الأول: أن الآية الكريمة نزلت في حق من تخلف عن الجهاد مع النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لعذر ، وذلك لما ورد في صدر الآية من قوله تعالى
(ليسعلىالضعفاءولاعلىالمرضىولاعلىالذينلايجدونماينفقونحرجإذانصحواللهورسولهماعلىالمحسنينمنسبيلواللهغفوررحيم) ، وغاية ما تفيده الآية هو أنه لا إثم على من قعد بسبب هذه الأعذار عن الجهاد ورفع الحرج عنه.

وقد يجاب عن ذلك بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وأن قوله تعالى (ما على المحسنين من سبيل)[٢٨٥٧] نص في تقرير البراءة الأصلية ، وهذا يقتضي أن الأصل في المسلم براءة الذمة من الحقوق المتعلقة بها في النفس والمال[٢٨٥٨].

ويمكن الرد على ذلك بأن ما ذكر وإن كان له وجه من الصحة ، إلا أن البراءة الأصلية مبدأ عام مقرر إلى أن يأتي ما يخصصه بنص خاص أو تصرف معتبر شرعاً ، كالعقد أو العهد بالإرادة المنفردة ، والنصوص التي توجب على الإنسان الوفاء بما التزم به وبما صدر عنه من تعهدات من الكتاب والسنة كثيرة على نحو ما ذكر

٢٨٥٦ الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١٤٣ ، ١٤٤.

٢٨٥٧سورة التوبة آية ٩٤.

٢٨٥٨ انظر في هذا المعنى الإمام محمد الرازي فخر الدين ، تفسير الفخر الرازي ، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨١م ، جزء ١٦ ص ١٩٤ حيث ورد ما نصه (وقد اتفقوا على أنه دخل تحت قوله تعالى : { مَا عَلَى المحسنين مِن سَبِيلٍ } هو أنه لا إثم عليه بسبب القعود عن الجهاد ، واختلفوا في أنه هل يفيد العموم في كل الوجوه؟ فمنهم من زعم أن اللفظ مقصور على هذا المعنى ، لأن هذه الآية نزلت فيهم ، ومنهم من زعم أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، والمحسن هو الآتي بالإحسان ، ورأس أبواب الإحسان ورئيسها ، هو قول : لا إله إلا الله ، وكل من قال هذه الكلمة واعتقدها ، كان من المسلمين . وقوله تعالى : { مَا عَلَى المحسنين مِن سَبِيلٍ } يقتضي نفي جميع المسلمين ، فهذا بعمومه يقتضي أن الأصل في حال كل مسلم براءة الذمة ، وعدم توجه مطالبة الغير عليه في نفسه وماله ، فيدل على أن الأصل في نفسه حرمة القتل ، إلا لدليل منفصل ، والأصل في ماله حرمة الأخذ ، إلا لدليل منفصل ، وأن لا يتوجه عليه شيء من التكاليف ، إلا لدليل منفصل ، فتصير هذه الآية بهذا الطريق أصلاً معتبراً في الشريعة ، في تقرير أن الأصل براءة الذمة ، فإن ورد نص خاص يدل على وجوب حكم خاص ، في واقعة خاصة ، قضينا بذلك النص الخاص تقديماً للخاص على العام ، وإلا فهذا النص كاف في تقرير البراءة الأصلية)

في أدلة المؤيدين وهي من قبيل الخاص الذي يقيد العام الذي هو البراءة الأصلية ، فإذا ما صدر عن الإنسان تصرفا فإنه يؤاخذ على مقتضاه ولا يمكن الدفع بتلك البراءة.

الثاني: أن التبرعات وإن كان بعضها لا يمكن تنفيذه جبرا ويحق للمتبرع الرجوع فيها إلا أن ذلك لا يقدح في كونها تصرفات معتبرة تترتب عليها أحكامها ، ويكون المتبرع له مالكا لمحل التبرع ، ويحق له التصرف فيه بهذا الوصف وإذا هلك لم يضمنه ، مالم يرجع المتبرع في تبرعه ، مثلها مثل العقد الجائز الذي يشترط فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار ، كما أن هناك بعض التبرعات على خلاف ذلك ، إذ يجبر فيها الملتزم على أدائها ولا يحق له الرجوع فيها كما في الكفالة[٢٨٥٩] ، التي تلزم بعبارة الكفيل ويجبر على الوفاء ولا يحق له الرجوع عنها بإرادته المنفردة.

ب) ما ذهبوا إليه من تأويل الأدلة التي استدل بها أنصار فكرة الإرادة المنفردة من القرآن والسنة ، والتي توجب على الإنسان الوفاء بما التزم به من وعود وعهود ، على أن الأمر الوارد بها للندب والاستحباب وليس للفرض الإلزام شأنها في ذلك شأن الأمر بكتابة الدين.
ويرد على ذلك بأن الأوامر الواردة في الآيات والأحاديث التي توجب على الإنسان الوفاء بالعهد قد وردت بصيغة مطلقة ، والراجح لدي علماء أصول الفقه هو رأي الجمهور الذي ذهب إلى أن صيغة الأمر تفيد الوجوب مالم تصرفه عن ذلك قرينة تفيد الندب أو الإباحة[٢٨٦٠] ، وهو ما حدث بالنسبة للأمر بكتابة الدين في قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ، إذ جاءت بعده قرينة صرفت الأمر عن الوجوب إلى الندب في قوله تعالى(فإنأمنبعضكمبعضافليؤدالذياؤتمنأمانته) ، وعليه فإذا انتفت القرينة تعيين الوجوب.

أضف إلى ذلك العديد من النصوص التي وردت بذم من ينقض العهد ولا يوفي بالوعد كما في قوله تعالى (يأيهاالذينآمنو المتقولونمالاتفعلون كبرمقتاعنداللهأنتقولوامالاتفعلون) ، وغير ذلك من النصوص ، ومن المتفق عليه كما سبق ذكره أن تارك المندوب لا يستحق الذم ، وعليه كان الوفاء بالوعد واجب شرعا.

٢٨٥٩ وتعتبر الكفالة تبرعا حسب تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية للتبرع ج١٠ ص٦٥ ، بأنه (بذل المكلّف مالاً أو منفعةً لغيره في الحال أو المآل بلا عوض بقصد البرّ والمعروف غالباً) ، ولا يخفي ما في الكفالة من منفعة بالنسبة للمدين والدائن لما فيها من تقوية ذمة الأول وتقوية الضمان بالنسبة للأخير وما من عوض يعود على الكفيل.

٢٨٦٠ انظر في ذلك الامام محمد بن علي الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري ، الطبعة الأولى ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠٠٠م ، الجزء الأول ص٤٤٢ وما بعدها .

الفرع الثاني
الترجيح

بعد عرضنا لأدلة مؤيدي ومعارضي نظرية الإرادة المنفردة من فقهاء القانون الوضعي وعلماء الشريعة الإسلامية ومناقشتها نعتقد أنه أصبح لدينا من اليقين ما يمكن معه أن نقرر مطمئنين رجحان المذهب الذي أثبت للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الإلتزام ، وذلك لقوة أدلتهم وعدم تأثرها بما وجه إليها من مناقشات الاتجاه المعارض والتي لم تصمد كثيرا أمام ردود مؤيدي الفكرة.

ومع هذا فقد تردد رجال القانون ومن ورائهم المشرعون في الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة واعتبارها مصدرا عاما للالتزامات مع ظهور قوة دعائمها وعجز معاولهم عن هدمها ، ولعل مرد ذلك إلى ما درجوا عليه هم وأسلافهم من اعتناق النظرية التقليدية وتأسيس فقههم عليها وكفايتها إلى حد بعيد حيث أمكنهم الالتجاء إلى القانون وجعله مصدرا فيما تعجز عنه هذه النظرية ،أما القول بجعل هذه النظرية مصدرا فيما نص عليه القانون ، فلا يقوم على أساس لأنها إن صلحت مصدرا في بعض حالات الإلتزام صلحت كذلك مصدرا في غيرها[٢٨٦١].

كما أننا من خلال البحث يمكن لنا إضافة إلى ما سبق ذكره من أدلة على قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام العديد من المرجحات التي تعضد الفكرة ، من خلال بيان مدى الحاجة إليها وكذلك من خلال توافقها مع بعض الأنظمة القانونية القائمة وغير ذلك على النحو التالي:

١) الحاجة العملية إلى نظرية الإرادة المنفردة :
حيث أن التصرفات القانونية تتعدد وتتطور تبعا لتطور الحياة العملية وأدواتها ، الأمر الذي "يتطلب الإكثار والتنوع في الإلتزام ، وإفساح الطريق للابتداع في الصناعة"[٢٨٦٢] القانونية ، ومحاولة رد هذا الكم الهائل من التصرفات الإرادية إلى أساس واحد لا شريك له وهو العقد قد تؤدي إلى الحرج والتعنت ، وقد يترتب على محاولة إخضاع بعض تلك التصرفات إلى العقد إما إلى تحوير فكرة العقد على نحو يقتضي تفريغها من محتواها ، وبصورة تصل إلى حد المسخ ، أو إعادة بناء التصرف ذاته بأمور افتراضية حتى يرتقي إلى مرتبة التعاقد ، وذلك كله لتجنب الاعتراف بوجود بديل واقعي سائغ لا تحوير فيه ولا افتراض وهو الإرادة المنفردة.

ونمثل على ذلك بالوعد بجائزة الموجه للجمهور عن طريق وسائل الإعلام التي تبث برامجها إلى دول عديدة ذات لغات وقوانين متباينة ، فأي عقد يمكن أن نقيمه بين الواعد وبين أي شخص يمكنه مشاهدة الإعلان بالوعد ، ومتى ينعقد هذا العقد وأي قانون يمكن أن يطبق عليه ، إذا كان متلقي الوعد في دولة مغايرة لدولة الواعد وغير ذلك من الأسئلة التي قد تدخلنا في مشكلات قانونية لا تنتهي.

وكذلك الإيجاب الملزم ، ومحاولة افتراض عقد تمهيدي أو أولي بإيجاب مفترض من الموجب وقبول مفترض ممن وجه إليه الإيجاب ، لا تخلو من تعنت خاصة اذا ما كان موجها إلى الجمهور.

٢٨٦١ الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ص٦٥ ، وقرب هذا المعنى د/جميل الشرقاوي حيث يقول (وعندنا أن العلة في سوء استقبالها حتى الآن هو حرص الفقه والقضاء في فرنسا على مبادئ النظرية التقليدية للعقد باعتبارها نظرية للتصرف القانوني ، يبدو هذا واضحا من توجيههم النقد إلى الأساس المنطقي لنظرية الإرادة المنفردة في الوقت الذي يسلمون فيه ببعض نتائج النظرية ، وهو تناقض غير مفهوم ، إلا على ضوء الرغبة في المحافظة بأي ثمن على قواعد النظرية التقليدية للعقد) انظر في ذلك مؤلفه ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣م ، ص ٢٤ ،٢٥.
٢٨٦٢ محمد نصر الدين زغلول ، المرجع السابق ص٢٣٨.

وعليه فإن كل محاولة لرد الإلتزام في الحالتين السابقتين إلى العقد نراها محاولة فاشلة لكونها تترك الأساس الحقيقي متوجه للبحث عن أساس مفترض.

وفي هذا يقول الأستاذ تارد (Tarde) "والآن فإذا كان القانون ، أو في عبارة أخرى فإذا كان القضاء وما استقر عليه ، وإذا كان العرف التجاري ، والعادات الاجتماعية ، تلك التي تتقدم كلها المفهوم من القانون بخطوات في التطبيقات ، لا تعتبر التعهد قد تم إلا من وقت وقوع القبول – قبول الإيجاب – فإن أغلب الأعمال العظيمة يصبح تكوينها مستحيلا"[٢٨٦٣].

٢) أجاز القانون للإرادة المنفردة في إطار فكرة النيابة في التعاقد أن تقيم العقد ، وتحدث أثره في ذمتين وذلك في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، كما لو كان نائبا عن طرفي العقد أو كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر ، حتى أصبحت من المسلمات في معظم التشريعات حتى وإن كان ذلك على سبيل الاستثناء[٢٨٦٤] ، كما أجازته الشريعة الإسلامية في حالات عدة[٢٨٦٥] ، ولما كان هذا التصرف يتم بإرادة النائب المنفردة التي حلت محل إرادتي المتعاقدين[٢٨٦٦] ، "فإن البعض قد أنكر عليه تكييف العقد واعتبره تصرفا من جانب واحد ينتج مع هذا نظراً لفكرة النيابة ، جميع آثار العقد"[٢٨٦٧] ، "وطبقا للرأي السائد في القانون الألماني يستند تعاقد الشخص مع نفسه إلى الإرادة المنفردة "[٢٨٦٨] ، "ويؤيد هذا الرأي بعض الفقهاء في القوانين ذات النزعة الشخصية"[٢٨٦٩] ، وهو رأي الفقيه الفرنسي ديموج ويميل إليه في ذلك العلامة السنهوري[٢٨٧٠].

٢٨٦٣ نقله محمد نصر الدين زغلول المرجع والموضع السابق ، وقد نقل د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٦عن (تارد) عبارة قريبة من هذا المعني حيث قال (أنه إذا حاولنا أن نضع جزاء للالتزامات التي تنعقد في مواجهة الجمهور منذ الوقت الذي يعلم فيه شخص معين من هذا الجمهور بالإلتزام ويقبله ويخطر الملتزم بذلك فإن المعاملات ستصبح مستحيلة).

٢٨٦٤ كالقانون المدني المصري الجديد الذي نص في المادة ١٠٨ على انه (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ،كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة)وقد وردت النصوص التي تجيز هذا التصرف في المواد٤٧٩ ، ٤٨٠، ٤٨١ وكذلك ما ورد في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ٥٢ في المادة ١٤ بأن (للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر)

- كما نص القانون الكويتي في المادة (٦٢) منه على (لا يجوز للنائب ، بدون إذن خاص ، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل مالم يحصل إقراره ، وذلك كله مالم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه).
- وكذلك نصت المادة ١١٥ من القانون المدني الأردني على أنه (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواءأكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على انه يجوزللأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد وهذا كله مع مراعاة ما يخالفه من أحكامالقانون أو قواعد التجارة).

٢٨٦٥ انظر في ذلك د/أحمد يوسف صمادي ،الإرادة العقدية وشوائبها في الفقه الإسلامي ص ١٨٧ ، وما بعدها ، وكذلك د/محمد نجيب عوضين ، الوجيز في المعاملات الشرعية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٣ ، ص١٨٦– ١٩٠.

٢٨٦٦ وذلك وفقا لمفهوم الفقه الحديث ، على خلاف الفقه التقليدي الذي يرى أن عبارة النائب فقط هي التي تحل محل عبارة الأصيل ، ووفقا للرأي الحديث فإن النائب يعبر عن إرادته هو ولا يقتصر دوره على نقل تعبير الأصيل وبهذا يتميز النائب عن الرسول ، انظر في هذا المعنى د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط الجزء الأول ص١٥٨.

٢٨٦٧ د/ محمود جمال الدين زكي ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري الجزء الأول في مصادر الإلتزام ١٩٧٦ ، ص١٠٥.

٢٨٦٨ د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص ١٢٣ ،١٢٤.

٢٨٦٩ المرجع والموضع السابق

٢٨٧٠ د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط ص١٦٨ هامش رقم ١.

فإذا ما استطاعت الإرادة المنفردة أن تنشئ التزامات عقدية تصرف آثارها إلى ذمتين مختلفتين ، فلأن ترتب آثارها في ذمة واحدة هي ذمة صاحبها لهو أقرب إلى النظر السليم ، حيث أن الأثر في الحالة الأخيرة أقل وأقصر مدي من الحالة الأولى.

٣) العديد من الآثار التي رتبها القانون على الإرادة المنفردة ، والتي لا تقل في خطورتها وأهميتها عن إنشاء الإلتزام ، ومن ذلك أجاز القانون النزول عن الحق الشخصي بالإرادة المنفردة كما في الإبراء[٢٨٧١] ، كما أجاز بالمقابل للمدين أن يتنازل عن براءة ذمته بإرادته المنفردة عندما قرر له الحق في رد إبراء الدائن له[٢٨٧٢].
فإذا كانت هذه الآثار وغيرها كثير ، قد رتبها القانون على الإرادة المنفردة للمتصرف ، فإنه من التعنت الحجر على تلك الإرادة وإهمالها عندما تنشئ التزاماً.

ولا يمكن أن نتفهم الفرق بين حالة شخص ينشئ التزاما على نفسه بإرادته المنفردة ، وبين دائن يبرئ مدينه من دين له عليه ، وبين مدين يرد إبراء الدائن له ، فهذه الحالات الثلاث جميعها تصرفات بإرادة منفردة وهي تصرفات مفقرة بذات المقدار على اعتبار أن القيمة المالية واحدة في الحالات الثلاث.

ومع ذلك نري من يرفض نظرية الإرادة المنفردة يرد تصرف الأول لما سبق عرضه من انتقادات ، ويقبل تصرف الآخرين ، مع أن الأثر المترتب في ذمة المتصرف واحد في تلك الحالات.

ويمكن أن نضيف إلى ذلك حالة من يتعهد بتنفيذ التزام طبيعي[٢٨٧٣] ، أو يقر بدين لا سند للدائن عليه.

وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه "أن الإقرار إذا أدلى به أمام القضاء كانت له قوة قانونية خاصة ، فهو دليل إثبات مطلق ، ويعدل في الغالب تصرفا قانونيا غير مباشر يلتزم الشخص بمقتضاه"[٢٨٧٤] ، ويرى علاقة وثيقة "بين التصرف المنشئ والتصرف الإخباري ، فالتصرف الإخباري ، لا ينشئ الحق ، فللحق مصدر آخر يسبق

٢٨٧١ من ذلك ما ورد في القانون المصري الجديد في المادة رقم ٣٧١ التي تنص على(ينقضي الإلتزام إذا ابرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده) ويطابقه نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني الكويتي مع حذف كلمة (مختارا) ، وكذلك ما ورد بالقانون المدني الأردني في المادة ٢٥٣ بشأن التصرف الانفرادي فقرة ٣ ما نصه (وإذا كان إسقاطا فيه معنى التمليك أو كان إبراء من دينفيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس) وعكس ذلك ما ورد في قانون الموجبات اللبناني الذي اعتبر الإبراء عقد لابد له من إيجاب وقبول إذ نص في المادة٢٣٨ على أن(الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن).

٢٨٧٢ في هذا المعنى د/عبد الرازق حسن فرج ، الإبراء من الإلتزام ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى سنة١٩٧٦م ص٢١ وما بعدها حيث يري في ص ٢٤ أن (الرد يعتبر في تصويره بمثابة نزول من المدين عن براءة ذمته التي تربت على تمام الإبراء وفي ذات الوقت اتجاه إرادته إلى شغل ذمته من جديد بدين كان قد انقضى).

٢٨٧٣ في هذا المعني د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط الجزء الثاني ص٧١٢ ، حيث يقول (فإذا كان المدين في التزام طبيعي ،بدلا من أن يفي بهذا الإلتزام وفاء فعليا ، وعد أن يفي به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزما له ، ويكون الإلتزام في هذه الحالة التزاما مدنيا يجبر المدين على الوفاء به) وفي تكييف هذا الوعد يري سيادته في ص ٧١٤ هامش رقم ٤ أن الرأي الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقع حجزا تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن.

٢٨٧٤ الأستاذ بيير هبرو Pierre Hebrau نقله محمد زكي عبد البر التصرفات والوقائع الشرعية، دار القلم، الكويت، دون تاريخ ، ص ١٦ ، وقد أشار في ص ٢٤ إلى أن هذا القول يتوافق مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامي حيث أن الكاساني يقرر أن التصرفات في الأصل نوعان : إنشاء وإقرار ، ويعد من التصرفات الشرعية الإقرار.

التصرف الإخباري ، ومع ذلك فهو لا يخلو من أثر إنشائي إذ هو تارة يمد الحق بالسند الذي يتطلبه القانون فالتصرف القانوني ولو أنه يقرر الحق إلا أنه لا يخلو من أثر إنشائي على النحو الذي تقدم"[٢٨٧٥].

وعليه فإذا كان القانون قد اعترف بطريقة أو بأخرى بالأثر المنشئ للإرادة المنفردة ، فقد آن له أن يتولى هذه الفكرة بالعناية والتنظيم ووضعها في الوضع المناسب لها كما فعل مع غيرها.

٤) اقرار الشريعة الإسلامية كذلك العديد من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة ، ورتبت عليها آثار هامة ومن هذه التصرفات الإقرار والإجازة والطلاق والرجعة وغير ذلك من التصرفات التي لها من الآثار ما لا خلاف في أهميتها وخطورتها على الفرد والأسرة كلبنة للمجتمع.
ومن ذلك قبول شهادة الواحد في بعض الحالات[٢٨٧٦] ، كما في الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال ، وأخذت بها محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها[٢٨٧٧] ، ومن الفقهاء من جوز الحكم بشهادة الواحد في غير الحدود[٢٨٧٨].

وكذلك إثبات رؤية هلال رمضان وإلزام الناس بالصوم بناءً على خبر الواحد اذا قبله الحاكم[٢٨٧٩] ، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تلزم أهل البلد بما ورد بشهادة أحد أفرادها فالأولى أن تلزم الشخص بما التزم به في حق نفسه.

٢٨٧٥ المرجع والموضع السابق ، ويراجع في هذا د/عبدالرزاق السنهوري التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ١١٨ و ١٢٠ حيث يرى سيادته أن الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني فهو واقعة مختلطة .

٢٨٧٦ في هذا انظر الشيخ/ أحمد إبراهيم ، والمستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، طرق الاثبات الشرعية ، المكتبة الأزهرية للتراث ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٣م ص٢٥٠.

٢٨٧٧ الطعن رقم ٥٠ أحوال شخصية لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٣م ، حيث قررت أنه (إذا أدعت الزوجة الولادة و أنكر الزوج حدوثها أوحصل خلاف بينهما على تعيين الولد بعد اتفاقهما على نفس الولادة فإنه يكفيفي الإثبات شهادة امرأة مسلمة عدل و ذلك لأن أصل الولادة و تعيين المولودمن الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة فتكفى فيها شهادتهن وحدهن إذلو اشترط في إثباتها نصاب الشهادة الكاملة لأدى ذلك إلى الحرج و هو مرفوعشرعاً ، أما إذا ثار هذا النزاع بين الزوج و معتدته من طلاق رجعى بائن فلايثبت النسب عند الإمام أبى حنيفة إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتينعدل تبعاً لانقضاء الفرش بانقضاء العدة فوجبت الحجة الكاملة و ذلك ما لميقر الزوج بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فإن النسب يثبت قبل الولادةو أما الصاحبان فلم يشترط سوى شهادة امرأة واحدة عدل في كل حال و هو الرأيالمفتى في المذهب دفعاً للحرج ناشئ عن اشتراط الشهادة الكاملة) ، وقريب من هذا المعنى ما قررته بالطعن رقم ٦ لسنة ٤٤ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٧٦/١/٧م.

٢٨٧٨ ابن القيم ونقل مثل هذا عن ابن تيمية ، انظر في هذا الرأي تفصيلا ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن القيم ، تحقيق نايف بن احمد الحمد ،المجلد الأول ، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ص ١٦٧-٢٠٢.

٢٨٧٩ لما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن سماك عنعكرمة عن ابن عباس قال : جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال :إني رأيت الهلال ، فقال: " أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم ، قال: أتشهدأن محمدا رسول الله؟ قال: نعم ، قال: يا بلال أذّن في الناس فليصوموا غدا".
وكذلك ما رواه البخاري عن عقبة بن الحارث قال تزوجت امرأة فجاءتامرأة فقالت: إني أرضعتكما ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: وكيف وقد قيل ، دعها عنك أو نحوه.
ولفظ أبي داود عن عقبة بن الحارث قال: تزوجت أميحيى بنت اهاب ، فدخلت علينا امرأة سوداء ، فزعمت أنها أرضعتنا جميعا ، فأتيتالنبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فأعرض عني ، فقلت: يارسول الله إنهاكاذبة ، قال " وما يدريك وقد قالت ما قالت؟ دعها عنك" ولفظ النسائي والترمذي: " كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك" فقد أخذ النبي صلى الله عليه وسلم بما ورد بشهادة تلك المرأة وأوجب الفرقة لوجود الرضاع.

٥) أن معظم الانتقادات الموجهة لنظرية الإرادة المنفردة نجد لها صدى في بعض الأنظمة القانونية القائمة والمتفق عليها فقهاً وقضاءً ، وذلك كالعقد الملزم لجانب واحد وتنافره مع فكرة السبب ، وكذلك العقد الجائز وأحقية المتعاقد في الفسخ بإرادته المنفردة ، ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير وعدم مراعاة إرادة المستفيد وعدم مشاركته في إنشاء ما استحق بعقد الاشتراط.
كل هذه الأنظمة معترف بها بالرغم من أن ما تميزت به من أوصاف اتخذها البعض انتقادات صارخة لنظرية الإرادة المنفردة لا ترتقي معها لمصاف المصادر القانونية ، ونرى أن الاعتراف بتلك الأنظمة السابق الإشارة إليها دليل على صحة نظرية الإرادة المنفردة وسلامتها.

وكل ما تحتاجه تلك النظرية أن يتولى المشرع معالجتها بما يتناغم مع الاعتبارات الاجتماعية التي يجب مراعاتها والمصالح التي يتطلع لحمايتها.

٦) أن إقرار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام يتوافق مع حرص المشرع في كل مصر وعصر على إرساء عوامل الثقة وبث الطمأنينة التي لا تستقيم الحياة الاقتصادية وتزدهر إلا بها ، وقد ذهب المشرعون إلى إحاطة بعض المعاملات باحترام وفير وحماية خاصة ، مثلما فعلوا بالعقد وبعض الأوراق التجارية ، وعدُّوا الإخلال ببعضها جريمة يعاقب عليها جنائيا ، كواقعة إصدار شيك بدون رصيد[٢٨٨٠] ، فضلا عن المطالبة المدنية.
ونرى أنه استكمالا لذلك يجب إضفاء الصبغة القانونية للتصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة والاعتداد بها كمصدر للالتزام ، ولا ينبغي أن نهمل هذا التصرف حماية للمتصرف من أن يكون قد أتي به دون تفكر وروية[٢٨٨١] ، إذ ليس هذا المتصرف بأولى بالحماية من المستفيد من تصرفه ، وما يترتب على ذلك من إخلال بعوامل الثقة الواجب توافرها بين أفراد المجتمع.

٧) إقرار الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بجواز الوصية وهي تصرف بإرادة منفردة تنصرف آثاره إلى ما بعد الموت ، فيحق للشخص أن يتصرف في جزء من أمواله على أن ينفذ هذا التصرف بعد وفاته ، فإذا ما أجيز للشخص أن يتصرف بإرادته المنفردة وتترتب آثار تصرفه في تركته بعد وفاته بعدما خرج هذا المال عن ملكة[٢٨٨٢] ، وأصبح متعلقا به حق للوارث ، فأولى أن نجيز له مثل هذا التصرف إذا أراد ترتيب هذا الأثر قبل الوفاة ، فالشخص حر في اختيار الوقت الذي تترتب فيه آثار تصرفاته مادام يتصرف في إطار القانون.

ومنها قبول الصحابة خبر الآحاد في بعض الأحكام كما في الأخذ بالخبر الذي جاء به أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، عند وفاة النبي بأنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة) ، وعليه فلم يقسم لرسول الله صلى الله عليه وسلم ميراث.

٢٨٨٠ يراجع في ذلك قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المواد من ٥٣٣-٥٣٩ التي تناولت كل الجرائم التي من شأنها المساس بالشيك كقيمة اقتصادية بدءا من موظف البنك ومصدر الشيك ومن يقوم بتظهيره وكذلك من يحصل بسوء نية من غيره على شيك بدون رصيد.

- انظر ايضا نص المادة ٢٣٧ من قانون الجزاء الكويتي التي نصت على (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من أقدم بسوء نية على ارتكاب أحد الأفعال الآتية: ١-إذا صدر شيكا ليس له مقابل وفاء قائم وقابل للصرف ، إذا استرد بعد إصدار الشيك كل المقابل أو بعض بحيث لا يفي الباقي بقيمته. ٢- إذا أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك. ٣- إذا تعمد تحرير الشيك أو التوقيع عليه بصورة تمنع صرفه).

٢٨٨١ وفي هذا يقول أوبري ورو جزء ٤ ص ٢٨٩ الفقرة ٣٤٣ (هذا وتتطلب نظرية التسليم بالإرادة الواحدة كمنبت للتعهد ومن جانب المتعهد وجود حالة ذهنية تدرك إلى حد محدود أنها مؤاخذة بأثر الإيجاب المعروض منها ، لأنها مصروفة بالتعبير إلى تكوين ارتباط قانوني لا مزح فيه) ، نقله محمد زغلول المرجع السابق ص٢٣٨.

٢٨٨٢ في هذا المعنى انظر د/محمد كامل مرسي بك ، بحوث في الوصية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني السنة الثامنة فبراير ١٩٣٨م ، ص٩١ حيث يقول (يأبى القياس الوصية ، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح ، إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها).

الخـــاتمـــة:

وأخيرا فإذا كانت دفة البحث قد اتجهت بنا نحو ترجيح رأي المدرسة الألمانية المؤيدة لنظرية الإرادة المنفردة على حساب المدرسة الفرنسية المعارضة لها ، إلا أننا نجد أن هناك تقارب في النتائج والحلول التي قدمتها المدرستان حتى قبل تعديلات القانون الفرنسي التي أدخلت بمقتضى المرسوم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، ففي حالتي الإيجاب الملزم والوعد بجائزة نجد الفريقين يقران في النهاية بالتزام الموجب والواعد ، ولكن المدرسة الألمانية تؤسسه على الإرادة المنفردة في حين أن المدرسة الفرنسية تقيمه على أساس تعاقدي "فالنتيجة واحدة إذ المدين ملتزم التزاما لا رجوع فيه في كلا القولين"[٢٨٨٣].

ولكن مهما وصلت درجة التقارب بين الفريقين ، فإن هناك نقطه حاسمة سيظل الخلاف حولها عالقا بينهما وهي متى ينشأ هذا التصرف ، أو بعبارة أخرى تحديد الحكم الحقيقي للفترة التي تعقب التعبير عن إرادة المتصرف وحتى إعلان الدائن رغبته في الاستفادة من هذا التصرف[٢٨٨٤].

فإذا قلنا أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة كان التزامه موجودا منذ صدور هذه الإرادة ، أما إذا قلنا أن المدين يلتزم بناء على العقد فإن التزامه لن يوجد إلا عند صدور قبول الدائن ، وعليه فإن الخلاف سيظل قائما في تحديد وقت نشوء الإلتزام مادام قائما في أساسه ، الأمر الذي "قد يؤدي إلى نتائج ذات بال"[٢٨٨٥] ، كما في حالة موت الموجب أو الموجب له أو فقد أحدهما أهليته[٢٨٨٦] ، فإذا اعتبرنا تصرف من التزم بإرادته المنفردة مجرد

٢٨٨٣ د/عبدالرزاق السنهوري ، السابق ، ص ١١٦٩.

٢٨٨٤ في هذا المعنى محمد نصر الدين زغلول ، السابق ، ص٢٣٩ ، د/ فواز صالح ، السابق ، ص ١٤١.

٢٨٨٥ د/عبدالرزاق السنهوري المرجع والموضع السابق

٢٨٨٦ نص القانون المدني الكويتي في المادة ٤٢ منه على أن (يسقط الإيجاب بموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية) ، كما نصت المادة ٤٥ من ذات القانون على أن(يسقط القبول إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يتصل قبوله بعلم الموجب) ، وهذا واضح في سقوط الإيجاب إذا مات الموجب أو القابل أو فقد أحدهما أهليته قبل اتصال تعبير احدهما عن إرادته بعلم الطرف الآخر.

وذلك على خلاف ما ورد بالقانون المدني المصري حيث نص في المادة ٩٢ على أنه (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل) حيث جعل المشرع المصري للتعبير كيانا مستقلا عن شخص مصدره لا يتأثر من حيث الأصل بما يطرأ له من عوارض اذا اتصل بعلم من وجه إليه فإذا صدر الإيجاب .

ونلاحظ أن الفارق الوحيد بين القانونين عمليا هو الحكم في حالة وفاة القابل بعد صدور القبول وقبل اتصاله بعلم الموجب فالقانون الكويتي يسقط القبول ومن ثم الإيجاب ، أما القانون المصري فيقرر تمام العقد في تلك الحالة ، يراجع في ذلك الوسيط للسنهوري ص ١٥٤ وما بعدها.

وهناك اتجاه آخر في الفقه المصري يري فائدة أخرى لهذا النص وهي حالة ما إذا مات الموجب له بعد علمه بالإيجاب فإنه يكون قد نشأ له خيار القبول وينتقل هذا الخيار إلى الورثة ويحق لهم القبول وإتمام العقد ، يراجع في هذا د/ سليمان مرقس الوافي نبذه ٨٣ ،وص٢٢١ ، وعكسه د /السنهوري المرجع السابق ص١١٦٩ هامش رقم ١ ،وان كنا نميل إلى الرأي القائل بسقوط الإيجاب في هذه الحالة وذلك لأن القانون أخذ بنظرية العلم في إنتاج التعبير لأثره ، ونص على ضرورة اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، ومع أن التعبير أصبح له وجود بمجرد صدوره إلا أنه لا ينتج أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه لا غيره ، وكأن الشخص المعني بالعلم هو ذاته المعنى بالقبول لا غيره ، فإذا ما أراد الورثة إتمام التعاقد في هذه الحالة فعليهم توجيه إيجاب جديد إلى الطرف الآخر الذي قد يقبل أو لا يقبل ، كما أن استمرار بقاء التعبير بعد موت أحد المتعاقدين وقبل تمام العقد نراه خروجا على القاعدة ، فالتعبير ليس إلا مظهر للإرادة ذاتها ، يخرجها من كونها اختلاجة نفسية إلى العالم الملموس ، فالتعبير بالنسبة للإرادة كالجسد بالنسبة للروح ، فتلك الإرادة يجب أن تظل قائمة من لحظة اصدار التعبير وحتى وقت تمام العقد ، ومن المفترض أن يبقى التعبير ببقائها وأن يزول بزوالها ، فإذا ما خرجنا على تلك القاعدة باستثناء وأبقينا للجسد حياة بعد خروج الروح ، فينبغي أن يعمل به في أضيق نطاق ولا يتوسع في تفسيره .

إيجاب لا قيمة له دون قبول سقط ولم يكن له أثر ، أما إذا اعتبرناه تصرفا تاما منتجا لآثاره من لحظة صدوره ، فلا عبرة لما يطرأ بعد تلك اللحظة لشخص مصدره .

وفي نهاية الأمر فإننا نلاحظ تلاقي المدرستين في الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الواقع العملي فنجد المشرع الألماني حيث مهد النظرية يعترف بها ولكن على سبيل الاستثناء فنص في المادة ٣٠٥ منه على أنه (لإنشاء التزام بمقتضى تصرف قانوني وكذلك لتعديل ذلك الإلتزام لابد من عقد يبرم بين ذوي الشأن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) إلى جانب النصوص التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام الإرادي وهي المادة ٨٠ الخاصة بالمؤسسات ، والمادة ٦٥٧ الخاصة بالوعد بجائزة ، والمادة ٧٩٣ الخاصة بالسند لحامله[٢٨٨٧] .

وبالمقابل نجد المشرع الفرنسي قبل التعديلات الأخيرة عندما تطلب في المادة ١١٠٨ رضا الطرف الذي تعهد le consentement de la partie qui s'oblige ، فسر بعض الفقهاء ذلك بأنه اعترافاً بالإرادة المنفردة وإلا لتطلب رضا الطرفين ، خاصة إذا ما كان هذا التأويل يتناسب مع التطور الاقتصادي وحاجة المجتمع ، في حين يرى البعض أن المشرع الفرنسي عني بتلك العبارة الإرادتين[٢٨٨٨] ، وأيا ما كان قصد المشرع فإن الفقه والقضاء في فرنسا قد استقرا على الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في حالات عدة كالإيجاب في البيوع ، والوعد بجائزة ، والمشارطات التي تقع للمؤسسات العامة ، والسند لحامله ، و الاشتراط لمصلحة الغير[٢٨٨٩] . والوعد بتنفيذ التزام طبيعي وهو المستفاد من نص المادة ٢/١٢٣٥ مدني فرنسي[٢٨٩٠] ، وهو الأمر الذي تكلل أخيرا بالاعتراف التشريعي بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بناء على التعديلات التي أجريت بموجب القانون ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بتعديل أحكام العقود ونظام الإثبات بالقانون المدني الفرنسي.

ويمكن أن نرجع هذا التلاقي إلى تأثير كل من المدرستين في الأخرى ، فالمدرسة الألمانية نظرا لما وجه إلى نظريتها من انتقادات لم تشأ أن تجعلها مصدرا عاما ، وقصرتها على حالات محددة فحسب ، كما أن المدرسة الفرنسية نظرا لما توفره النظرية من حلول واقعية لبعض المسائل والحاجة العملية لها أقرت بها كذلك على سبيل الاستثناء ، وقد كان لهذا التأثير المتبادل أثره في التشريعات التي تأثرت بهاتين المدرستين فنلحظ أن معظم المشرعين قد ساروا على نفس النهج في الإقرار بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام.

النتائج:

بحمد الله وتوفيقه قد وصلت إلى نهاية هذا البحث المتواضع لموضوع(فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية) ، ومن خلال دراسة هذا الموضوع توصلت إلى نتائج نوجزها فيما يلي:

١. أن أول ظهور لفكرة الارادة المنفردة كمصدر للالتزام كان على يد الفقهاء الألمان في عام١٨٥٤م وقد لاقت الفكرة هجوماً عنيفاً من أنصار المدرسة التقليدية التي ترى في الالتزام رابطة شخصية بين طرفين،

٢٨٨٧ د /عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٣٨٢ (بتصرف)

٢٨٨٨ في هذا المعنى محمد نصر الدين زغلول ص ٢٣٩ .

٢٨٨٩ المرجع السابق ص٢٤٠ ، د/ فواز صالح المرجع السابق ص١٤٦ ، وأشار إلى

- P.Maliaurie et L.Ayanès, Obligations, Tome ٢, Contrats et quasi-contrats, ١١e édition, Paris ٢٠٠١, nO ٤٥.

٢٨٩٠في هذا المعنى د فواز صالح المرجع السابق ص ١٤٦ ، وأشار إلى

- M.Gobert, Essai sur le role de l'obligation naturelle, Thèse Paris ١٩٥٢, p.٨٢٥ et s.

وقد وجهت العديد من الانتقادات التي سرعان ما انهارت دون أن تستطع زعزعة الفكرة أو المساس بالاسس التي بنيت عليها.

٢. برغم ما وجه لفكرة الارادة المنفردة من انتقادات فقد استطاعت الصمود حتى وصل الحال إلى الاعتراف بها من أشد المدارس الفقهية عداءً لها، نظرا لما تقدمه من حلول عملية وفرت الغطاء القانوني للعديد من التطبيقات التي عجزت عن تفسيرها المصادر الاخرى .

٣. أنه بعد التعديلات الأخيرة التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانونه المدني بمقتضى المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ السابق الإشارة إليه بالاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، مقتفيا بذلك أثر القوانين التي سبقته إلى تلك الخطوة بأعوام فإن صفحة الخلاف حول نظرية الإرادة المنفردة قد طويت ، وأصبحت في عداد مراحل التطور التاريخي لمصادر الإلتزام بعد أن اجمع المشرعون على إقرار تلك النظرية والعمل بمقتضاها، الأمر الذي ينبيء عن صحة تلك النظرية .

٤. من المتوقع لفكرة الارادة المنفردة أن لا تقف عند هذا الحد ، بل سيكون لها دور أكبر في مصادر الإلتزام ، والتي قد ترد لها كافة الالتزامات الارادية حتى في العلاقات التعاقدية ، وتكون بديلا عن فكرة توافق الارادتين التي تقوم على بعض الافتراضات التي قد تكون مخالفة للواقع ، وذلك كافتراض بقاء الايجاب حتى يرتتبط به قبول مع أنه في بعض الحالالت يكون فيها الموجب قد عدل عن ايجابه الا أن العدول لم يصل لعلم الطرف الآخر في الوقت المناسب.

قائمـــة المـراجـــع:

المراجع القانونية
١- د/محمود أبوعافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ١٩٤٧م.
٢- د/أحمد حشمت أبو ستيت ،نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، الكتاب الأول الطبعة الثانية ، ١٩٥٤م .
٣- د/ عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤م.
٤- د/وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٥٥.
٥- محمد الحسيني حنفي ،تكوين العقد في الفقه الإسلامي فبراير ١٩٥٧.
٦- د/محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٩م.
٧- الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ، بحث مقارن دون ناشر ١٩٦٤م.
٨- د/إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول مصادر الإلتزام مكتبة عبد الله وهبه سنة ١٩٦٨ .
٩- د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤م.
١٠- د/عبد الرازق حسن فرج ، الإبراء من الإلتزام ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى سنة١٩٧٦م
١١- د/ محمود جمال الدين زكي ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري الجزء الأول في مصادر الإلتزام ١٩٧٦ ، ص١٠٥.
١٢- د/عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م.
١٣- د/لاشين محمد الغياتي ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، مكتبة جامعة طنطا ١٩٨٦.
١٤- د/حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢م .
١٥- /جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م .
١٦- محمد محمود -المحامي-التعليق علي قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مقارنا بتقنينات البلاد العربية ، الجزء الثاني ، دار لنهضة العربية ، ١٩٩٣.
١٧- د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الإرادية ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤م.
١٨- د/سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، ١٩٩٩-٢٠٠٠م.
١٩- د/محمود المظفر، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية دراسة مقارنة في ضوء التقنينات العربية وفقه الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة ٢٠٠٢م.
٢٠- د/عبد الرزاق حسن السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام تنقيح المستشار احمد المراغي منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣م.
٢١- د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام طبعة ٢٠٠٣.
٢٢- د/معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني الطبعة السابعة سنة ٢٠٠٤ .
٢٣- د/ ياسين محمد الجبوري ، الواقعة الشرطية ، دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الأردني ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ،كلية القانون ، جامعة الإمارات ، العدد الحادي والعشرون ، ربيع الآخر ١٤٢٥ ، يونيو ٢٠٠٤.
٢٤- د/حمدي المغاوري محمد عرفة، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٨م.
٢٥- د/ فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام ، دراسة مقارنة ، بحث منشور مجلةجامعةدمشقللعلومالاقتصاديةوالقانونية – المجلد٢٨العددالأول٢٠١٢.

٢٦- د/ مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعة الأولى، دون ناشر دون تاريخ.
٢٧- د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ.
٢٨- القاضي محمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، دون ناشر دون تاريخ.
٢٩- د/عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، دون تاريخ.

٣٠- Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d obligations, Paris, ١٨٩١ ; Elias, Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale, Paris, ١٩٠٩

٣١- J. Martin de la Moutte, L acte juridique unilatérale, Paris, ١٩٥١ ; A, Rieg, Le rôle de la volonté dans l acte juridique en droit civil français, Thèse Strasbourg, ١٩٦١ ; L. Izorche m l avènement de l engagement unilatérale en droit prive contemporain, thèse Aix en Provence, ١٩٩٥.

٣٢- Alain Seriaux , L'engagement unilatéral en droit positif francais , ١٩٩٩ , p. ٢١ ; Francois Terre , Philippe Simler et Yves Lequette , Droit civil , op.cit , p. ٦٧ ; J. Chabas , De la déclaration de volonté en droit civil français , Thèse Paris , ١٩٣١ .

٣٣- Daniel Mainguy , L'efficacité de la rétraction de la promesse de conrat , RTD.Civ, no.١ , ٢٠٠٤.

٣٤- Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Droit Civil- L'act juridique, Vol.١ , Armand Colin, ١٩٩٤ .

مراجع الشريعة الاسلامية

علوم القرآن

١. الإمام محمد الرازي فخر الدين ، تفسير الفخر الرازي ، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨١م.
٢. الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت ١٩٩٢.
٣. أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، منشورات محمد على بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت ، دون تاريخ.

الفقه المعاصر

٤. د/محمد كامل مرسي بك ، بحوث في الوصية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني السنة الثامنة فبراير ١٩٣٨م.
٥. د/محمد نجيب عوضين ، الوجيز في المعاملات الشرعية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٣
٦. د/أحمد يوسف صمادي ،الإرادة العقدية وشوائبها في الفقه الإسلامي ص ١٨٧
٧. د/ محمد زكي عبد البر ،التصرفات والوقائع الشرعية، دار القلم، الكويت، دون تاريخ.
٨. الشيخ/ أحمد إبراهيم ، والمستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، طرق الاثبات الشرعية ، المكتبة الأزهرية للتراث ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٣م.
٩. د/عبد المجيد محمود مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي بحث مقارن بين المذاهب ١٩٩٤م.

١٠. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، طبعة خاصة ،دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣م ،ج ١ ص٩٩
الفقه الحنفي

١١. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق الشيخان علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، طبعة خاصة دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض ٢٠٠٣م.
١٢. الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ومعه نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تأف شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، تكملة فتح القدير، تحقيق الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت٢٠٠٣م.
١٣. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخان علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣م
١٤. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت دون تاريخ.
الفقه المالكي

١٥. العلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، دون تاريخ.
١٦. الشيخ محمد الأمير، الاكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، دون تاريخ.
الفقه الشافعي

١٧. الإمام محمد بن ادريس الشافعي، الأم ، تحقيق د/ رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة ٢٠٠١م.
١٨. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، بيروت ١٩٩١م.
١٩. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلي، على منهاج الطالبين للإمام النووي ، الطبعة الثالثة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،القاهرة ١٩٥٦م.
٢٠. الشيخ سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، ١٣٤٥ ه.
٢١. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت٢٠٠٢م.
٢٢. الشيخ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ، شرح روض الطالب ، دون ناشر دون تاريخ.

الفقه الحنبلي

٢٣. الشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الارادات، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق د/عبدالله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ، بيروت ٢٠٠٠م
فقه عام

٢٤. الامام محمد بن علي الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري ، الطبعة الأولى ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠٠٠م.