موقع الإرادة المنفردة بين مصادر الإلتزام في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية

(دراســـة مقارنـــة)

اعداد

علي عبد الرزاق الرقـم

مقدمة البحث:

بسم الله والصلاة والسلام على خير البرية وسيد البشرية نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وعلى التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد

فقد 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 فقد شهدت الإرادة المنفردة ثورة قانونية كبيرة في القرن التاسع عشر ، بدأت في ألمانيا ، لتضع الإرادة المنفردة مصدرًا بجوار مصادر الإلتزام الأخرى.

ولقد اختلفت المدارس الفقهية حول قدرة الإرادة المنفردة على تكوين الإلتزام و كان لهذا الخلاف أثرة على المشرعين الا اننا 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.

إذ 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 أجمع المشرعون على إقرار تلك النظرية والعمل بمقتضاها، الأمر الذي ينبيء عن صحة تلك النظرية التي تكتسب كل يوم أرضا جديدة والتي من المتوقع لها أن لا تقف عند هذا الحد ، بل سيكون لها دور أكبر في مصادر الإلتزام .

وعليه فإن الخلاف الذي ما زال قائما هو الخلاف بشأن مدى قدرة تلك الإرادة على تكوين الإلتزام وإن شئنا يمكن أن نقول هو خلاف حول موقع الإرادة المنفردة بين مصادر الإلتزام وهوما سنتناوله في هذا البحث في مبحث واحد.

وقد تبلور الخلاف حول موقع الارادة المنفردة بين مصادر الالتزام بين فقهاء القانون الوضعي إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول: ذهب إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً.

الثاني: اعتبر الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام شأنها في ذلك شأن العقد.

الثالث: وصل بالإرادة المنفردة إلى مرتبة المصدر الوحيد للالتزامات

الإرادية حتى في نطاق العلاقات التعاقدية.

وسنتولى فيما يلي بيان الاتجاهات المذكورة في ثلاثة مطالب مرتبة على ما سبق إيراده مع بيان موقف علماء الشريعة في كل منها ومن ثم نختم ببيان رأينا في الموضوع.

المطلب الأول

الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإرادة المنفردة لا تصلح لأن تكون مصدراً عاماً للالتزام الارادي ولكن تصلح لأن تكون مصدرا استثنائيا وكان لهذا الاتجاه مؤيدون من جانب الفقه الوضعي وآخرون من فقهاء الشريعة الاسلامية وسنتناول ذلك بالتفصيل في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام في الفقه الوضعي

ذهب جانب من أنصار نظرية الإرادة المنفردة من فقهاء القانون الوضعي إلى أن العقد هو المصدر الرئيسي للالتزامات الإرادية ، وأن كل التزام لابد له من إيجاب وقبول ويعد هذا بمثابة مبدأ عام، وأن الإرادة المنفردة كأصل عام لا تستطيع أن تنشئ التزاما ، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء ، هو الاعتراف بالأثر المنشئ للإرادة المنفردة ، وذلك في"الحالات التي تكون ثمة فائدة من جعل الإلتزام ينشأ عن طريقها"[٢٨٩١].

وقد برروا ذلك القول بأنه "لا يمكن أن يترك الباب مفتوحا على مصراعيه لتكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما لإنشاء الإلتزامات ، فيخشى ألا تكون الإرادة جادة ونهائية وصدرت اعتباطا ، وتفاديا لذلك لا مناص من أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا محدودا واستثنائيا فلا تخلق الإلتزام إلا في حالات خاصة يحددها القانون"[٢٨٩٢].

كما أن التطبيقات العملية للإرادة المنفردة من الندرة بمكان بحيث لا يستدعي الأمر اعتبارها مصدرا عام للالتزام[٢٨٩٣] ، ويكفي بدلا عن ذلك أن يتناول المشرع تحديد تلك الحالات وبيان أحكامها بنصوص خاصة وتكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في تلك الحالات فحسب.

فمما لاشك فيه أن هناك صورا من التعامل لا يمكن تصحيحها على أساس العقد، ولا وسيلة لدفع الحرج في تصويرها إلا على أساس كون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام فيها، لما في ذلك من فائدة عملية محققة[٢٨٩٤].

[٢٨٩١] د/أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري الكتاب الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤م ص٣٦١.

٢٨٩٢ د/حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢م ، ص ٣٢١ ، وفي هذا المعني د/عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦.، ص٤١٨ ، د/أحمد حشمت أبو ستيت المرجع والموضع السابق.

٢٨٩٣ في هذا المعنى د ،عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ٤١٨.

٢٨٩٤ المرجع والموضع السابق.

وقد تكون تلك الفائدة هي مراعاة اعتبارات الثقة واستقرار المعاملات "والعلاقات الاجتماعية وصلاحها"[٢٨٩٥] ، "ومن ثم فالإرادة المنفردة إن اعتبرت وفقا لهذا المذهب مصدرا للالتزام الإرادي فهي مصدر استثنائي لا يجوز إعماله إلا في الأحوال التي نص القانون فيها على اعتباره كذلك"[٢٨٩٦] .

ويلاحظ في هذا الشأن أن القوة الملزمة للإرادة المنفردة وفقا لهذا الرأي لا تؤسس على مبدأ سلطان الإرادة كما هو الحال في المدرسة الألمانية وإنما تؤسس على النص القانوني الذي منحها تلك القوة[٢٨٩٧] ، فإذا ما خلا التصرف بالإرادة المنفردة عن نص قانوني يقرر له القوة الملزمة فلا يكون بذاته قادرا على إنشاء الإلتزام ويكون للمتصرف التحلل من تصرفه دون أي مسئولية .

وفي سبيل تحديد الحالات – الاستثنائية – التي تنشأ فيها الإلتزامات بالإرادة المنفردة يرى بعض الفقه[٢٨٩٨] أنه من الأمثل أن يتولى المشرع تحديد تلك الحالات بالنص على كل حالة منها ، وقد اعترض على ذلك بأن المشرع إذا اختار تلك الطريقة لتحديد الحالات الاستثنائية للإرادة المنفردة فإنه "يكون قد اختار الأسوأ لأن المشرع الحصيف لا يجمد المسائل الاجتماعية في نصوص صماء ذات حكم استثنائي لا يقاس عليه"[٢٨٩٩] .

وبالمقابل فإن المشرع إن اختار الصياغة المرنة وقام بوضع معيار موضوعي لتحديد تلك الحالات فإن الأمر سيتحول من مجرد استثناء إلى كونه قاعدة عامة وهذا خلاف ما يطالب به أصحاب هذا الاتجاه[٢٩٠٠] .

أما إذا ترك أمر تقدير تلك الحالات إلى القضاء فإما أن يقوم القضاء بوضع معيار موضوعي ونعود إلى النتيجة السابقة[٢٩٠١] ، وإما أن يترك الموضوع للسلطة التقديرية للقاضي تبعا لظروف كل واقعة ومقتضيات المجتمع وهو ما يمكن أن يؤدي إلى أن يصبح تصرفا ما ملزما لدى قاضي معين على حين أن ذات التصرف قد لا يكون له تلك القوة لدى قاض آخر.

فضلا عن أن بيان طبيعة التصرف الإرادي – انفرادي أو تعاقدي - وما إذا كان ملزما من عدمه، أمر لابد وأن يكون واضحا في مرحلة سابقة على التصرف ، حتى يدرك الفرد ماهية ما يقبل عليه من تصرفات وما يترتب عليها من آثار، ولا ينبغي أن يترك هذا التكييف لمرحلة لاحقة، فضلا عن أن يترك إلى أن يصل الأمر إلى القضاء في صورة منازعة يقوم القضاء فيها أولا ببيان طبيعة التصرف ومن ثم اعتباره تصرفا تاما لازما بذاته ، أم أنه تصرف غير مكتمل العناصر ولابد له من قبول يصبح بدونه هباءا منثورا لا أثر له ولا فائدة ترتجى منه.

٢٨٩٥ الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن ١٩٦٤ ، دون ناشر ، ص ٦٢.

٢٨٩٦ د/ عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤م ، ص ٣٨٢.

٢٨٩٧ في هذا المعنى د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الإرادية ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤ ، ص ٢٨٣.

٢٨٩٨ د/عبد المنعم فرج الصده ، السابق ، ص ٤١٨ ، د/ أحمد حشمت ابوستيت ، السابق ، ص ٣٦١

٢٨٩٩ د/أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٢٢٩.

٢٩٠٠ في هذا المعنى د/ أحمد سلامة ، السابق ص ٢٢٩ ، د/لاشين محمد الغياتي ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، مكتبة جامعة طنطا ١٩٨٦، ص٤٢.

٢٩٠١ في هذا المعنى د/ أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٢٩.

وعلى ذلك فإن ما ذهب إليه بعض أنصار هذا الاتجاه من ضرورة أن يتولى المشرع بيان تلك الحالات الاستثنائية على سبيل الحصر أولى بالقبول في هذا المجال لما تتسم به هذه الطريقة من البساطة وسهولة التطبيق ، برغم ما تؤدي إليه من الحرج والتضييق في إعمال هذا المصدر وحصره على حالات محدودة لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها

ويبدو أن هذا الاتجاه الذي يعطي للإرادة المنفردة دورا ثانويا في إنشاء الإلتزام "هو مذهب الفقه والتشريع الحديثين"[٢٩٠٢] ، فهو الذي تبناه واستقر عليه كما يظهر الاتجاه العام في الفقه الفرنسي المعاصر[٢٩٠٣] ، كما تبنى هذا الاتجاه جانب من الفقه المصري[٢٩٠٤].

ونظرا لذيوع هذا الاتجاه في الفقه على اختلاف مناهجه[٢٩٠٥] ، فقد لاقى قبولا لدى السواد الأعظم من المشرعين ، بدءا من التشريع الألماني وصولا إلى تشريعات الدول العربية حتى وصل الأمر إلى حد يكاد يصل إلى درجة تطابق النصوص الواردة في شأن الإرادة المنفردة.

فنجد المشرع الألماني قد نص 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).

فقد اشترط هذا النص لقيام الإلتزام بصفة عامة أن يكون ثمة عقد بين أطراف الإلتزام وفتح باب الاستثناءات بعبارة (مالم ينص القانون على خلاف ذلك) ثم أردف ذلك بعدد من النصوص التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام كالمادة ٨٠ الخاصة بالمؤسسات ،و المادة ٦٥٧ الخاصة بالوعد بجائزة ،والمادة ٧٩٣ الخاصة بالسند لحامله[٢٩٠٦].

وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية للقانون الألماني "إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا عاما لإنشاء الإلتزامات ، في الحد الذي ينشأ فيه الإلتزام من عمل قانوني ، صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير القانون الألماني) ، حذف هذا النص ، لتترك المسافة لتقدير الفقهاء ، وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية ، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة ، ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي ، ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعترف بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون

٢٩٠٢ د/عبد الحي حجازي ، السابق ، ص٣٨٢ ، وفي هذا تقول المذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، الذي أعده مجلس الشعب المصري في عام ١٩٨٣ ، ص٥٣ (وهذا هو الرأي الذي يعتنقه الفقه الحديث في ألمانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به أغلب الفقه في مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة).

٢٩٠٣ 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 ، ص ٨٨ وأشار إلى أن من أصحاب هذا الرأي كل من كولان وكابيتان في كتابيهما عن الحقوق الفرنسية ج ٢ ص١٢٩ ، وجوسران في كتابه عن الحقوق المدنية الفرنسية أيضا ج ٢ ص ٢٠٤-٢٠٥ ، وديموج في الإلتزامات ج ١ ص٥١ فما بعدها ،وكل من بلانيول و ربير واسمان في الإلتزامات ج٦ ص٩.

٢٩٠٤ د/عبد المنعم فرج الصده السابق ص٤١٨ ، د/أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٦٠ ، د/حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢م ص٣٢١.

٢٩٠٥ في هذا المعنى د/محمود المظفر ، السابق ، ص ٩٢.

٢٩٠٦ د /عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٣٨٢ .

بأن الإلتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة "[٢٩٠٧].

كما أخذ بهذا الاتجاه القانون الإيطالي الجديد ، حيث نص في مادته ١٩٨٧ على أن (الوعد المنفرد بالقيام بأداء لا يكون له أثر ملزم في غير الأحوال التي نص عليها القانون)[٢٩٠٨] ، ثم وردت على ذلك استثناءات كنص المادة ١٩٨٨على الوعد بالوفاء والاعتراف بالدين ،والمادة ١٩٨٩ على الوعد بجائزة[٢٩٠٩].

وكذلك سار قانون الإلتزامات السوىسري ، فلم يتحدث عن النظرية ولكنه أشار إلى تطبيقاتها في بعض مواده ، مثل المادة الثالثة والخامسة والثامنة التي تتعلق جميعها بإلزامية الإيجاب في حالات معينة[٢٩١٠].

كما أن التشريع البرازيلي جاء بعنوان خاص بالتزامات مصدرها الإرادة المنفردة ، وعالج في هذا الشأن السندات لحاملها والوعد بجائزة[٢٩١١].

ويبدو أن آخر من لحق بهذا الركب هو المشرع الفرنسي الذي تبنى هذا الاتجاه من خلال اعترافه بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي أو ثانوي ، من خلال التعديلات التي أجريت بمقتضى القانون ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، السابق الاشارة إليها.

وبالنسبة للتشريعات العربية ، نجد لهذا الاتجاه أثره في التقنين المدني المصري الجديد، فبعد أن كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد ينص في المادة ٢٢٨ على ما يفيد اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام إلى جانب العقد ، قامت لجنة المراجعة بحذف هذا النص"عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة اكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما"[٢٩١٢] ، وقد أبقت على الفصل المعقود للإرادة المنفردة بين مصادر الإلتزام ، واقتصر هذا الفصل على المواد الخاصة بالوعد بجائزة كإحدى تطبيقات الإرادة المنفردة ، إضافة إلى التطبيقات الأخرى الواردة في مواضع متفرقة من القانون ، كالمادة ٩٣ الخاصة بالإيجاب الملزم ، والمادة ٧٠ فقرة ١ بشأن المؤسسات الخاصة[٢٩١٣] ، المادة ١٠٦٦ الخاصة بالتزام حائز العقار المرهون الذي يعرض الوفاء تطهيرا للعقار.

وعلى ذلك فقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه وجعل من الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام.

وقد امتد أثر هذا الاتجاه إلى معظم التشريعات العربية التي استرشدت بالقانون المصري، وذلك كالقانون المدني الكويتي الذي نص على ذلك صراحة في المادة ٢٢٠ منه على أن(التصرف بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل التزام قائم ولا ينهيه إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون ،فإن قضي

٢٩٠٧ الترجمة الفرنسية للقانون الألماني م ٣٠٥ أشار إليها د/عبدالرزاق السنهوري في الوسيط ص١١٦٩ هامش رقم ١.

٢٩٠٨ د/عبد المنعم فرج الصده ،السابق ، ص ٤١٨.

٢٩٠٩ في هذا المعنى د/محمود المظفر ص٩٢ هامش رقم ٢.

٢٩١٠ في هذا المعنى القاضي محمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، دون ناشر دون تاريخ. ، ص ٣٤٢.

٢٩١١ د/محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٩م ص ٣٠٥.

٢٩١٢ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ هامش ص ٣٣٨ ،٣٣٩.

٢٩١٣ ألغيت المواد من ٥٤ الى ٨٠ بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٦٥ منشور بالوقائع المصرية بالعدد ٨٨ مكرر (ج) الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١١/٣ ثم الغى هذا القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤منشور بالجريدة الرسمية العدد٣٧ الصادر في ١٩٦٤/٢/١٢ .

القانون بنشوء الإلتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، إلا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة ، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد)، والنص واضح الدلالة على أن المشرع الكويتي اعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على سبيل الاستثناء في الحالات التي يقررها بنص خاص وذلك كحالة الإيجاب الملزم الواردة بالمادة ٤١ ،والوعد بجائزة التي ورد النص عليها في المواد من٢٢١-٢٢٦.

كما نص القانون المدني العراقي في المادة ١٨٤ منه على أنه (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك).

كما اخذ بهذا الاتجاه قانون الموجبات اللبناني الذي نص في المادة ١٤٨ الفقرة الثانية على (غير أنه يجوز على وجه الاستثناء وفي أحوال محصورة نص عليها القانون أن تولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد) .

وقد أفرد القانون المدني السوري ، على غرار أصله المصري ، الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول للإرادة المنفردة بوصفها مصدراً إرادياً للالتزام ، ويتضمن هذا الفصل مادة وحيدة هي المادة ١٦٣ المخصصة للوعد بجائزة بوصفه أحد تطبيقات الإرادة المنفردة[٢٩١٤، ٢٩١٥].

وقد عبر التقنين المدني الليبي عن هذا المعنى بوضوح كذلك إذ نص في المادة ١٦٥ منه على أنه (إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام سرى عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون).

وبهذا الاتجاه سار القانونان المتناظران المغربي والتونسي[٢٩١٦].

وقد امتازت تلك التشريعات العربية - عدا القانون السوري - عن التشريع المصري التي استرشدت به ، بالنص صراحة على دور الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا استثنائيا ، الأمر الذي لم يدع مجالا للخلاف لدي الفقهاء كما فعل القانون المصري نتيجة حذف المادة ٢٢٨ كما أشرنا سابقا.

أما فيما يخص بعض مشروعات القوانين ، فقد أخذ بهذا الاتجاه الاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، الذي انتهى مجلس الشعب المصري من إعداده في عام ١٩٨٣م[٢٩١٧] ، وقد

٢٩١٤ د/ فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام ، دراسة مقارنة ، بحث منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد٢٨ العدد الأول٢٠١٢ ، ص ١٥٣.

٢٩١٥ غير أنه يلاحظ أن القضاء السوري ذهب في بعض أحكامه إلى اعتبار التزام الواعد بجائزة التزام قانوني ، حيث ذهبت محكمة النقض السورية في النقض رقم ٢٧٠ أساس ٢٩٣ تاريخ ٩٦٩/٤/٣ إلى القول (وحيث أن ما أقيم عليه الحكم يغدو مشوبا بمخالفة القانون وقصور التسبيب وذلك لأنه من استقرار المادة ١٦٣ من القانون المدني التي قننت إحدى الحالات الخاصة للإلزام الذي مصدره القانون يتضح أنها ميزت بين ثلاث حالات ...) ، أشار إليه محمد محمود –المحامي–التعليق علي قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مقارنا بتقنينات البلاد العربية ، الجزء الثاني ، دار لنهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص٤٨.

٢٩١٦ د/محمود المظفر ، الموظف السابق ، ص ٩٣.

٢٩١٧ وقد تم عرض هذا الاقتراح بعد الانتهاء منه على لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب ، وتمت الموافقة عليه ، وأحيل إلى اللجنة التشريعية بالمجلس وظل المشروع لديها إلى أن انتهى الفصل التشريعي مما أدى إلى سقوط الاقتراح طبقا للائحة المجلس ، ولم يتقدم أحد بعدها بهذا الاقتراح لإعادة النظر فيه ،ولا زال حبيس الأدراج حتى تاريخه ، ولعل تغير

أفرد للإرادة المنفردة الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول الخاص بالإلتزامات بوجه عام ، والذي تضمن المادة ١٦٧ التي تنص على (١- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك ، ٢- وتسري على الإرادة المنفردة أحكام العقد إلا إذا كان هذه الأحكام تتعلق بوجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام أو كانت تتعارض مع نص القانون) ،بالإضافة إلى نص المادة ١٦٨ الخاصة بالوعد بجائزة ، وقد جاء هذا النص استرشادا ببعض التشريعات كالقانون الألماني والقانون المدني الكويتي وغيرهما مما سبق الإشارة إليها[٢٩١٨] .

كما أخذ بهذا الاتجاه مشروع القانون المدني العربي الموحد ، الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي بالقرار ٢٢٨ـ د١٢ـ١٩٩٦/١١/١٩م ، وقد أفرد للإرادة المنفردة الفصل الثاني من الباب الأول المخصص لمصادر الإلتزام من الكتاب الأول وقد تضمن هذا الفصل المادة ٢٥٨ والتي تنص على أنه (يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون توقف على قبول المستفيد في كل موضوع يقرر فيه القانون ذلك) ، و المادة ٢٥٩ (يسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام سوى الحاجة إلى القبول) بالإضافة للمادة ٢٦٠ الخاصة بالوعد بجائزة .

الفرع الثاني

الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام في الفقه الإسلامي

ذهب بعض الشراح[٢٩١٩] إلى أن هذا الرأي يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير المالكية من نفي قدرة الإرادة المنفردة على أن تكون مصدرا عاما للالتزام المالي ، وأنها إنما تصلح لأن تكون مصدرا له في حالات محددة على سبيل الحصر.

وقد نقلوا الاستدلال على هذا الاتجاه بذات الأدلة التي ذكرت لنفي قدرة الإرادة المنفردة على إلزام صاحبها والتي جاءت في مجملها نافية لقيام تطبيق ما على الارادة المنفردة ولينفي صلاحية تلك الارادة في غيره إذ أن أدلتهم لم توجه للارادة المنردة كنظرية قائمة بذاتها ، وذلك لاختلاف منهجة البحث في الفقه الاسلامي التي لم تعن كثيرا بالنظريات العامة بينما انصب اهتمامها على دراسة التصرفات مبينين أحكام كل تصرف بصورة تفصيلية مستقلة.

ومن وجهة نظرنا فإن هذه الأقوال وردت مرسلة ولا دليل يدل على نسبتها إلى جمهور الفقهاء ، كما أننا لم نجد لمثل هذه الأقوال سند من كتب القدامى ، حيث لم تعرض عليهم نظرية الإرادة المنفردة بوضعها الحالي للمناقشة ، وإنما يمكن أن نتلمس اكتفاء بعض الفقهاء بالإيجاب كركن وحيد لإتمام التصرف في بعض المسائل دون حاجة إلى قبول ، وعدم كفايته واشتراط القبول في حالات أخري ، ولا يمكن أن نستفيد من ذلك أن الحالات التي اكتفي فيها بالإيجاب فحسب تعد من قبيل الاستثناء ، الذي لا يمكن القياس عليه

القيادة السياسية بوفاة الرئيس محمد أنور السادات ، كان له كبير الأثر في إهمال هذا المشروع ، بحسب إفادة المغفور له بإذن الله أستاذنا الدكتور /صوفي أبو طالب في حواره مع موقع اسلام اون لاين المنشور بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٢.

٢٩١٨ المذكرة الإيضاحية للاقتراح ص٥٢ ،٥٣.

٢٩١٩ الخفيف ص٥٦ حيث يقول (فجمهورهم على أنها إنما جعلت في الشريعة سببا للالتزام البات الملزم على وجه الإجمال وفي بعض الأحوال فقط: وهي أحوال معدودة بينتها الشريعة ونصت عليها) ، وفي هذا المعنى د/عبد المجيد مطلوب ص٣٤حيث ذكر (وذهب جمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن الإرادة المنفردة لا تصلح أن تكون مصدرا عاما للالتزام المالي كما هو الشأن في الإلتزام غير المالي وإنما هي مصدر وسبب فقط إجمالا وفي بعض الأحوال فقط المنصوص عليها في الفقه الإسلامي) ، وفي هذا المعنى د/لاشين الغياتي المرجع السابق، ص ٤١ ، وقد نقل هذا الرأي عنهم الكثير من الشراح ، من ذلك د/محمود المظفر المرجع السابق ص١٠٨ .

ولا التوسع في تفسيره ، ويمكن الرد عليها بما سبق وأوردناه عند مناقشة رأي معارضي النظرية من فقهاء الشريعة الإسلامية[٢٩٢٠].

وقد أشرنا إلى أن الإرادة المنفردة إذا صلحت لأن تكون مصدرا للالتزام في بعض الحالات ـ كما في الوقف والكفالة ـ صلحت أن تكون مصدرا في غيرهما.

المطلب الثاني

الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام

ذهب أصحاب هذا الرأي من أنصار الإرادة المنفردة إلى إعطائها دوراً أكبر مما ذهبت ليه الطائفة الاولى جاعلين من التصرف الانفرادي مصدرا عاما للالتزام إلى جانب العقد ، وقد كان لهذا الرأي مؤيدون كذلك من الفقه القانوني والشرعي على نحو ما سنذكر في فرعين متعاقبين.

الفرع الأول

الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام في الفقه الوضعي

اتجه جانب من أنصار نظرية الإرادة المنفردة إلى اعتبارها مصدرا عاما من مصادر الإلتزام شأنها في ذلك شأن العقد فهما سواء في هذا المجال ، "فكما يمكن للعقد أن ينشئ الإلتزام ويرفده يمكن للإرادة الواحدة أن تنشئه وترفده وبنفس المدى والمستوى من الإلتزام"[٢٩٢١] ، دون أن يمحو احدهما الآخر أو يحتل مكانته فهما متوازيان في حمل لواء التصرف القانوني.

فالإرادة المنفرد في نظر أصحاب هذا الرأي ليست "مجرد ظاهرة استثنائية"[٢٩٢٢] يلتجأ إليها عندما يعجز العقد عن توفير الغطاء القانوني لتصرف ما ، كما أنها في المقابل لا تستبعد نظرية العقد من بين مصادر الإلتزام لتحل محلها.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه تبريرا لموقفهم "أن العقد أصبح جزءا من التراث القانوني ويشكل بناء قانونيا ضخما من الصعب أن نتركه وراء ظهورنا لصالح فكرة الإرادة المنفردة ، تلك الفكرة التي لم تتبلور بالشكل الكافي للاعتماد عليها كبديل للعقد في العلاقات التي ينظمها هذا الأخير"[٢٩٢٣].

كما أنه يجب الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام لما يترتب على ذلك من إفساح المجال لمسائل لم يكن من اليسير إضفاء الحماية القانونية عليها بغير طريقها "دون تعنت في التأويل والتفسير"[٢٩٢٤].

ومتى اعترف للإرادة (المنفردة) بقوة الإلزام في بعض الحالات ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف بها عند هذا الحد ، ذلك أن التزام المنطق نفسه ، يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزام بوجه عام[٢٩٢٥].

٢٩٢٠ انظر في تفصيل أدلة المعارضين لفكرة الالتزام بالارادة المنفردة والرد عليها، د/ محمود المظفر المرجع والموضع السابق ، الشيخ علي الخفيف المرجع والموضع السابق.

٢٩٢١ د/محمود المظفر ، السابق ، ص ٨٤

٢٩٢٢ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٢٩

٢٩٢٣ د/لاشين الغياتي ، السابق ، ص ٤٥

٢٩٢٤ د/لاشين الغياتي ، المرجع والموضع السابق.

وقد انحاز لهذا الاتجاه جانب من الفقه الوضعي في فرنسا [٢٩٢٦] وأحسب أنه مذهب جمهور فقهاء القانون في مصر [٢٩٢٧] ، وقد وصف البعض هذا الاتجاه بأنه "يميل إلى المعقولية والاعتدال فلا هو بالمتطرف الذي يعطي للإرادة المنفردة دور الريادة والانفراد في تكوين أي شكل من الإلتزامات الإرادية ، ولا هو بالمتسامح المتساهل في حرمان هذه الإرادة من دورها العام في إنشاء الإلتزام وتكوينه" [٢٩٢٨].

نطاق تطبيق الإرادة المنفردة

وقد اعترض على هذا الاتجاه بأنه "لا يحدد لكل من العقد والإرادة المنفردة مجاله الخاص الذي يعمل فيه ، وبذلك ينتهي هذا المذهب إلى إنكار وجود العقد كمصدر للالتزام" [٢٩٢٩].

وقد حاول أنصار هذا الاتجاه ، إيجاد معيار مناسب لتحديد نطاق عمل الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، تمييزا لها عن العقد وفضا للتشابك بين المصدرين ، وقد اقترحت لذلك عدة معايير ، نوردها فيما يلي بالتفصيل:

المعيار الأول عدم صلاحية العقد:

يرى جانب من فقهاء هذا الاتجاه أن نطاق عمل الإرادة المنفردة هو كل التزام لا يمكن أن يكون العقد مصدرا له ، فما دام يمكن الوصول إلى النتيجة المرغوب في الوصول إليها اجتماعيا عن طريق العقد ، فإن الإرادة المنفردة تنزوي ولا يكون لها دور في هذه الحالة ، أما إذا استحال الوصول إلى تلك النتيجة إلا بالإرادة المنفردة ، فإنه يتعين حينئذ إعمال أحكامها ٢٩٣٠.

إلا أن هذا المعيار "يشوبه الغموض الشديد" ٢٩٣١ ، كما أنه "لا يمكن ضبطه وتعوزه الدقة الفنية" ٢٩٣٢.

إذ أن هذا المعيار "من الصعب تطبيقه في الحياة العملية ، إذ أن هذا يتطلب معرفة النتيجة المرغوب فيها ، ومن ثم محاولة الوصول إليها عن طريق العقد أو أي مصدر آخر ، أو بالأحرى هذا المعيار أراد أن يحل صعوبة تحديد نطاق الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بأن أوجد لنا عدة صعوبات تحتاج إلى البحث عن حل مناسب لها" ٢٩٣٣.

٢٩٢٥ الأعمال التحضيرية ج٢ هامش ص ٣٣٧.

٢٩٢٦ يراجع محمد نصر الدين زغلول ، السابق ، ص٢٣٨

٢٩٢٧ د/عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج١ ص ١٠٨٠ ، محمد نصر الدين زغلول ، السابق ص٢٣٩ ، د/أحمد سلامة ، السابق ، ص٢٢٩ ، د/محمود المظفر ، السابق ، ص٨٦ ، د/سمير تناغو ص ٢٠٥ ، د/حمدي المغاوري محمد عرفة ، إجازة العقد القابل للإبطال ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ٢٠٠٨م ص٢٨.

٢٩٢٨ د/محمود المظفر ، المرجع السابق ، ص ٨٦ وفي هذا المعنى د/أحمد سلامة ، السابق ، ص٢٢٩ حيث يقول أن هذا الرأي "متزن وواضح".

٢٩٢٩ د/عبد الحي حجازي المرجع السابق ، ص٣٨١.

٢٩٣٠ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٢٩ ، الخفيف ص٦٢.

٢٩٣١ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٣٠.

٢٩٣٢ 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 ، ص ٣٠ هامش رقم ٣.

٢٩٣٣ د/لاشين الغياتي ، السابق ، ص ٤٦.

ويمكن أن نضيف إلى ذلك ، أن هذا المعيار يوحي بأن العقد هو المصدر الرئيسي للالتزامات الإرادية ، وأن الإرادة المنفردة تعد مصدرا احتياطيا أو ثانوياً إلى جانب العقد ، لا يلتجأ إليه إلا عند قصور العقد ، وهذا على خلاف ما يتبناه أنصار هذا الاتجاه من كونها مصدرا عاما إلى جانب العقد ، ولعل هذا المعيار يصلح في حالة القول بأن الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام.

المعيار الثاني: صفة المخاطب بالتعبير:-

يرى بعض الفقه٢٩٣٤ أن المعيار المناسب لتلك المهمة هو صفة المخاطب بالتصرف ، فحيث يكون هذا المخاطب معينا ، فإن نظرية العقد هي التي تحكم وتسود ، ولابد من توافق الإرادتين حتى ينشأ الإلتزام ، أما حيث يكون المخاطب بالتصرف غير معين ، فهنا تطبق نظرية الإرادة المنفردة ، إذ لا يمكن أن نتطلب توافق الإرادتين المطلوب للعقد مع عدم تعيين المستفيد من التصرف٢٩٣٥.

فإذا كان الوعد موجها لشخص معين فلا يكون ملزما مالم يقبله هذا الشخص ، أما إذا كان الموجه إليه الوعد شخص غير معين أصبح التعبير بذاته ملزما منذ لحظة صدوره دون حاجة إلى تدخل المخاطب.

إلا أن هذا المعيار رغم وضوحه فإنه "غير كاف"٢٩٣٦ ، حيث أن الإرادة المنفردة قد تتخطى في كثير من الحالات دائرة الإلتزامات التي يكون الدائن فيها غير معين ، كحالة الإيجاب الملزم ، وحالة الوقف على جهة معينة ، وكذلك حالة تطهير العقار المرهون٢٩٣٧.

كما أنه من "الناحية النظرية يبدو غريبا أن يرقى ذات التعبير عن الإرادة إلى مستوى التصرف القانوني في حالة ويكون هو والعدم سواء في حالة أخرى والحال أن التعبيرين لا يختلفان قط من حيث البناء الداخلي"٢٩٣٨.

كما أنه لا مبرر للتفرقة بين المخاطب المعين والمخاطب غير المعين في الحماية القانونية فهما متساويان في استحقاقها٢٩٣٩.

وتلافيا لتلك الانتقادات ذهب البعض إلى ضرورة "توسيع هذا المعيار ليشمل المخاطب الغائب سواء كان معينا أو غير معين فيغدو نطاق التصرف الانفرادي المنشئ محددا بغيبة المخاطب وبعدم تعيينه"٢٩٤٠.

وهذا ما نراه غير مجدٍ ، حيث أن التطبيقات المشار إليها أعلاه قد يكون المخاطب فيها حاضرا معينا ، ومع ذلك لا تخرج عن كونها من تطبيقات الإرادة المنفردة.

٢٩٣٤ من مؤيدي هذا المعيارد/عبد الحي حجازي ، المرجع والموضع السابق ، د/أحمد سلامة ، السابق ، ص٢٣٠ ، د/لاشين الغياتي ، السابق ، ص٤٧.

٢٩٣٥ في هذا المعنى د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٣٠ ،الشيخ علي الخفيف ، السابق ، ص ٦٣ ، د/لاشين الغياتي ، السابق ، ص ٤٦.

٢٩٣٦ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٣٠.

٢٩٣٧ في هذا المعنى د/عبد الحي حجازي ، السابق ، ص ٣٨٢ ، الشيخ علي الخفيف ، السابق ، ص ٦٣ ، د/محمود المظفر ، السابق ، ص٨٤.

٢٩٣٨ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص٢٣٠.

٢٩٣٩ في هذا المعنى د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٣٠.

٢٩٤٠د/أحمد سلامة ، المرجع والموضع السابق.

كما أن هذا التوسع يواجه ذات الاعتراضات السابقة بالنسبة لتعيين المخاطب أو عدم تعيينه ، حيث أن البناء الداخلي للتصرف لا يختلف كذلك في حالة حضور المخاطب أو عدم حضوره ، كما أن المخاطب الغائب ليس بأولى بالحماية من المخاطب الحاضر ، فهذا المعيار يؤثر المخاطب الغائب بالحماية ويفضله على المخاطب الحاضر في ذات التصرف ولا مبرر لذلك التفضيل.

المعيار الثالث: قصد المتصرف:

يري أصحاب هذا المعيار أنه لا بد من التحقق من نية المتصرف ، فإذا كان قد قصد بتعبيره الإلتزام بصورة نهائية دون انتظار لصدور إرادة أخري ، كنا بصدد التزام بإرادة منفردة ، أما إذا قصد الشخص بتعبيره الارتباط بإرادة أخرى ، فإن التزامه لن يقوم إلا بالعقد٢٩٤١.

وتحليل عناصر الإرادة يساعدنا على أن نتبين نية الشخص وغرضه ، ويمكن الاستعانة ، في هذا الصدد ، بظروف التصرف وملابساته ، على اعتبار أن استخلاص النية من أمور الواقع ، التي تستقل بها محكمة الموضوع ، دون رقابة عليها من محكمة النقض ، مادام استخلاصها سائغا٢٩٤٢.

ويعاب على هذا المعيار أنه معيار شخصي ، ويتسم بالغموض وصعوبة التطبيق ، كما أنه لا يضع حد فاصل مسبقا بين التصرف الانفرادي والتعاقدي ، ويوكل ذلك الأمر إلى القضاء في حالة وصول التصرف إليه على هيئة نزاع ، ولا يمكن للمتصرف إليه قبل ذلك إدراك ما إذا كان قد اكتسب حقا من تصرف انفرادي ملزم ، أم أنه أمام مجرد إيجاب كان لابد له من قبول حتى ينتج أثره .

واستباقا لتلك الصعوبة في التطبيق قرر أصحاب هذا المعيار"أنه يفترض عند الشك في مرمى التعبير عن الإرادة ، أنه قصد به إبرام عقد لا تصرف انفرادي وهذا الافتراض قائم على أمور مصلحية أكثر منها منطقية ، لان الميل إلى جانب العقد هنا ، دون التصرف بالإرادة المنفردة علته أن الشخص في الأخير قد يتسرع في الإلتزام دون أن تصاحبه أسباب الروية والمناقشة والتدبر التي تقارن انعقاد العقد عادة"٢٩٤٣.

وقد يجد هذا الافتراض سنده في بعض القواعد العامة ، مثل قاعدة الأصل في الإنسان براءة الذمة ، وكذلك القاعدة التي تقرر أن الشك يفسر لمصلحة المدين٢٩٤٤ ، فإذا ما وقع الشك في قصد المتصرف فإنه يؤول على أنه قصد ابرام عقد لما سبق ذكره من اعتبارات.

ولعل هذا المعيار هو الذي أخذ به المشروع التمهيدي للقانون المصري الجديد والذي كان يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام بنص المادة ٢٢٨ قبل حذفها ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشرع شرحا لتلك المادة "ومن الأهمية بمكان أن نتبين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب ، فمن المعلوم أن الإيجاب وإن كانت له قوة في الإلزام من حيث عدم جواز العدول عنه ، لابد أن يقترن بالقبول حتى ينشأ الإلتزام الذي يراد ترتيبه. ٢- ويفترض عند الشك في

٢٩٤١ د/حمدي المغاوري محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٩ ، و أشار إلى حلمى بهجت بدوي العقد ص ١١٧ ،١١٨.
٢٩٤٢ د/حمدي المغاوري محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٩.
٢٩٤٣ د/حمدي المغاوري محمد عرفة ، السابق ، ص ٣٠ ، وأشار إلى حجازي ص ٥٦٤ ،٥٦٥.
٢٩٤٤ انظر المادة ١/١٥١ مدني مصري وتنص على أن(يفسر الشك في مصلحة المدين) ، والمادة ١٩٤ من القانون المدني الكويتي وتنص على (١-إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه ، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره ، وعلى وجه الخصوص ، يفسر الشك لمصلحة المدين اذا كان من شأن إعمال الشرط أن يحمله بالإلتزام ، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقل).

مرمى التعبير عن الإرادة أنه قصد به مجرد الإيجاب ، ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن الذي يدعي ذلك ، ويكون الإثبات بالكتابة دائما"٢٩٤٥.

ويلاحظ من هذا أن المشرع المصري وان كان قد أبدى رغبته بالاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر عام إلا انه أحاط ذلك بشروط تحجم من مصدريتها ومن ذلك اشتراط الكتابة وتحديد مدة معينة ، ومحاولة العودة إلى قواعد العقد إن حدث شك في قصد المتصرف.

المعيار الرابع: وحدة المصلحة

ذهب بعض الفقه٢٩٤٦ أن التصرف لكي يكون منفردا وتطبق عليه أحكام نظرية الإرادة المنفردة فلابد وأن يتضمن "فكرة الطرف الوحيد ، وليس يكفي من أجل تحديد هذا الطرف الوحيد أن يكون هو من صدر منه التصرف ، فالنائب يصدر منه التصرف ولكنه ليس طرفا فيه ، كما أنه ليس يكفي من أجل ذلك أن يكون الطرف هو الشخص الذي تمسه آثار التصرف ، لان المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير تمسه آثار التصرف وليس طرفا فيه ، بل إن هذا الطرف هو الشخص الذي يعبر بهذا التصرف عن مصلحة قانونية مباشرة٢٩٤٧.

ولكن هذا التحديد غير كاف ، لان كلا من طرفي العقد يعبر فيه عن مصلحة قانونية مباشرة وبهذا فإن المعيار يكون غير مانع ، لأنه يخلط بين التصرف المنفرد والعقد٢٩٤٨.

ولذا يضيف صاحب هذا المعيار فكرة أخرى ، أن "جوهر العقد هو التوفيق بين مصلحتين متعارضتين ، ولذلك فإنه يتطلب على الأقل طرفين يصدر عنهما تعبيران متوافقان ، أما التصرف المنفرد فهو لا يتضمن قط هذا التوفيق"٢٩٤٩.

فنطاق تطبيق نظرية الإرادة المنفردة ينحصر في التصرفات التي تهدف إلى تحقيق مصلحة واحدة كما في الوصية ، والوعد بالوفاء.

إلا أن هذا المعيار كذلك غير دقيق إذ أن هناك من "ميز بين العقد والتصرف الجماعي والتصرف الاتحادي ، وجعل المميز الرئيسي للأول هو وجود مصالح لكل طرف تتعارض مع مصالح الطرف الآخر"٢٩٥٠ ، "والنوعان الآخران من التصرفات القانونية وهما التصرفات الجماعية والتصرفات الاتحادية تشملهما النظرية العامة للعقد في القانون المدني ،... ، ولكنهما لا يتضمنان ذلك الاعتبار الذي جعله الكاتب معيارا للعقد ، وهو يعتبر أن تصرفا ما يمكن أن يكون منفردا ، ولو صدر عن شخصين إذا ما كان الاثنان يعبران في الحقيقة عن مصلحة موحدة ، ومن الواضح أنه في هذين النوعين من التصرفات القانونية نجد هذه

٢٩٤٥ مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، بالهامش.

٢٩٤٦ مارتان دي لاموت ، التصرف بالإرادة المنفردة ، تولوز ١٩٤٩ رقم ٣٢ ، ا أشار إليه د/وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٥٥ ، هامش رقم ٦ ، ص١٦١ ، ١٦٢ ،١٦٣

٢٩٤٧ المرجع والموضع السابق.

٢٩٤٨ د/ وليم قلادة المرجع والموضع السابق(بتصرف).

٢٩٤٩ مارتان دي لاموت ، التصرف بالإرادة المنفردة ، تولوز ١٩٤٩ رقم ٣٤ ،٣٩ وما بعدها أشار إليه د/ وليم قلادة ، المرجع السابق ، هامش رقم ٦ ، ص١٦١ ، ١٦٢ ،١٦٣.

٢٩٥٠ العميد ليون ديجي ، أشار إليه د وليم قلادة المرجع والموضع السابق.

الوحدة في المصالح ، ومع ذلك فلا يمكن اعتبار أيهما تصرفا منفردا لأن الإرادة الواحدة فيهما لا يمكن أن تنتج أثرا مالم تنضم إليها إرادة أخرى متوافقة معها"[٢٩٥١].

فهذا المعيار غير مانع كما أنه غير جامع إذ أن من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة ما قد يحتوي على مصالح متعددة ، وذلك كحالة الإيجاب الملزم فيمكن أن نتلمس فيه مصلحة للموجب وهي رغبته في إبرام التعاقد ومصلحة الموجب له في منحه الفرصة للتروي وتدبير شئونه استعدادا للقبول ، وكذلك الوعد بالجائزة نظير العثور على شئ مفقود مثلا ، فللواعد مصلحة في الوعد ، وذلك لحث أكبر عدد من الإفراد بالبحث عن الشئ دون تحمل أي نفقات في حالة عدم العثور عليه ، كما أن الجائزة الموعود بها قد لا تشكل سوى جزء صغير بالنسبة لتلك النفقات في حالة العثور على هذا الشئ ، وبالمقابل لا يخفي ما في هذا الوعد من مصلحة لمن وجه إليه ، ومع ذلك فان الوعد بجائزة يظل من التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة.

المعيار المختار:

ونظرا لما وجه إلى المعايير السابقة من انتقادات ، يمكننا أن نستقي من الشريعة الإسلامية معيارا يمكن من خلاله تلافي تلك الانتقادات ، ويقوم هذا المعيار على التمييز بين المعاوضات والتبرعات ويقتضي ذلك تطبيق نظرية العقد على المعاوضات التي تتضمن ترتيب التزامات متقابلة على طرفي التصرف ، بينما تطبق نظرية الإرادة المنفردة على التصرفات التي تنشئ التزاما في ذمة المتصرف فحسب ، دون تكليف الطرف الآخر بأي مقابل٢٩٥٢.

ويمتاز هذا المعيار بكونه معياراً موضوعياً ، مستمد من التصرف ذاته غير خارج عن بنائه ، فلا يحتاج فيه إلى البحث في خبايا نفس المتصرف ، كما أنه يمكن من البداية الوقوف على حقيقة التصرف دون انتظار اللجوء إلى القضاء لتحديد طبيعته.

وبهذا يكون التعبير الصادر بالإرادة المنفردة ملزما لصاحبه إذا لم يكن يتضمن إلزام المخاطب بأي التزام ، ولا يشترط قبوله بل يكفي ألا يرفضه صراحة.

ولا يغير من طبيعة التصرف الانفرادية ، أن يتطلب الأمر اتخاذ إجراء معين من المستفيد بالتصرف لتحصيل ما استحق له به٢٩٥٣ ، وهذا يتفق مع ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من "الفصل بين وجود التصرف وبين ترتيبه لحكمه" ٢٩٥٤.

٢٩٥١ المرجع والموضع السابق.

٢٩٥٢ انظر الشيخ على الخفيف ص١١١-١٢٥. ، د/عبدالرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص٤١ ، 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 ، ص٥٠٦.

٢٩٥٣ وبهذا أخذت محكمة النقض المصرية بشأن الوصية في الطعنين بالنقض رقمى٦٣٤ ،٦٣٧ لسنة٦١ ق جلسة ٦ يوليو ١٩٩٥ ،حيث قررت أنه(لما كانت الوصية تصرفا ينشأ بالإرادة المنفردة وتنعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق ، فهي ليست بعقد بين الموصي والموصى له حتى يشترط قبوله وقت إنشائها بل هي تصرف لا ينتج أثره إلا عند موت الموصي ويكون رضاء الموصى له بعد موت

ويمكن أن نتلمس سنداً قانونياً لهذا المعيار في مسلك المشرع الايطالي الذي نص في المادة ٣٦ تجاري على أنه (في العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزما بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه)٢٩٥٥.

وقد أخذ بهذا المعيار بعض التشريعات العربية التي اعتدت بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام تأثرا منها بالشريعة الإسلامية كالقانون المدني الأردني مادة ٢٥٠ ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مادة ٢٧٦ ، والقانون المدني الجزائري مادة١٢٣ مكرر ، إذ نصت تلك التشريعات على ما يفيد أنه يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء ، حتى لو تطلب الأمر في بعض الحالات اتخاذ إجراء ما من قبل المتصرف إليه٢٩٥٦.

التشريعات التي اعتدت بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام:

أما عن الجانب التطبيقي فإذا كنا قد أشرنا إلى أن الاتجاه الغالب لدي المشرعين على اختلاف توجهاتهم هو الاعتداد بنظرية الإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام ، فخلافا لذلك كان للاتجاه الذي يرى فيها مصدرا عاما للالتزام أثره لدي بعض المشرعين ، وإن كنا نلاحظ تزايد هذا الاتجاه خاصة لدي مشرعي الدول العربية.

وقد كان أول من أخذ بهذا الاتجاه هو مشروع القانون الفرنسي الايطالي ، الذي عقد للإرادة المنفردة فصلا خاصا باعتبارها مصدرا عاما للالتزام ونص في المادة ٦٠ منه على أن (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 الإلتزام)٢٩٥٧.

الموصي ليس قبولا لإيجاب الموصي بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقا بغير رضائه وبالتإلى لا يلزم تمثيل الموصى له في سند إنشاء الوصية).

٢٩٥٤ د / مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص٥٠٦.

٢٩٥٥ أشار إلى هذا النص د/ سليمان مرقس ، ، الوافي في شرح القانون المدني-٢- في الالتزامات المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة دون ناشر١٩٨٧م ، ص ٦٩٠ بالهامش ، وقرب هذا المعني ما ورد بالقانون المدني المصري بالمادة١/٩٨ من أنه (إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فأن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب) ، فإذا ما كانت طبيعة المعاملة تقتضي إلزام المتصرف دون غيره وأنه لم يكن ينتظر قبولا صلح أن يكون مصدر هذا الإلتزام إرادة المتصرف المنفردة.

٢٩٥٦ وبهذا أخذ المشرع الأردني فيما نص عليه في المادة٢٥٣ وتقابلها المادة ٢٧٩ إماراتي.

٢٩٥٧ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الايطإلى 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 الايطإلى فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجاري الايطإلى 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 أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ،وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة.

كما أخذ بهذا الاتجاه المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد وكان ذلك تأثرا منه بمشروع القانون الفرنسي الايطالي ، فقد جاءت المادة ٢٢٨ منه على غرار المادة ٦٠ من المشروع الفرنسي الايطالي ونصت على ما يأتي :

١- إذا 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.

وبيانا لهذا النص تقول المذكرة الإيضاحية "جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، محتذيا في ذلك مثال المشروع الفرنسي الايطالي ، وليس يقتصر في إسناد قوة الإلتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأي بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة في تكييف طبيعة بعض التصرفات ، كعرض الثمن على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تطهير العقار (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الايطالي٥٤) وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالعهود استجابة لما يقتضي حسن النية(المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الايطالي٥٤) في نطاق التعامل ، ولكن التجديد مهما يكن حظه من الجرأة يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع بمبدأ لزوم الإيجاب فمتى اعترف للإيجاب بقوة الإلزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام المنطق نفسه يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزام بوجه عام"٢٩٥٨.

إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص كما ذكرنا سابقا وأقر المشروع على ذلك حتى أصبح قانون تعد الإرادة المنفردة فيه مصدرا استثنائيا.

وإذا كانت المادة ٢٢٨ لم تكمل مسارها مع المشروع حتى إقراره ، إلا أنها كان لها أثر في العديد من التشريعات العربية التي ارتأت إتمام ما بدأه هذا المشروع وجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام في الواقع العملي.

ومن ذلك القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الذي عقد للتصرف الانفرادي الفصل الثاني من الباب الأول المخصص لمصادر الحقوق الشخصية من الكتاب الأول وتضمن هذا الفصل المواد من٢٥٠ إلى ٢٥٥ ، وقد نصت المادة ٢٥٠ على (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقا لما يقضي به القانون)٢٩٥٩.

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع ص ٧١ــ٧٣ ، أشار إليها د/عبدالرزاق السنهوري ص ١١٦٩هامش رقم ١ .

٢٩٥٨ مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص٢٣٦، ٢٣٧ .

٢٩٥٩ ونص المادة ٢٥١- ١- تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد. وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك.
-٢ويبقى الإيجاب في العقود خاضعا للأحكام الخاصة به.

ويبدو أن المشرع الأردني قد اعتد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، تأثرا منه بالشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

وقد أثارت عبارة (طبقا لما يقضي به القانون) لبساً لدي بعض الفقه٢٩٦٠ ، مقررا عكس الاتجاه العام لشراح القانون٢٩٦١ ، أن المشرع أراد بذلك القيد جعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام اذا نص القانون علي ذلك ، أي أنها مصدرا استثنائيا ، مخالفا بذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ذاته والتي علقت على تلك المادة بأن"هذه المادة تتناول المبدأ العام فتقرر انعقاد التصرف بالإرادة المنفردة مادام لا يلزم غير المتصرف""٢٩٦٢.

إلا أن هذا القول مردود ، إذ أن هذا القيد لم يأت بجديد ، حيث أن الإلتزام الإرادي يفترض فيه أن يكون موافقا لأحكام القانون أيا كان مصدره ، عقدا أم إرادة منفردة٢٩٦٣.

كما أخذ بهذا الاتجاه قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة معتبرا الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام وخصص لها المواد ٢٧٦ـ٢٨١ ، حيث نصت المادة ٢٧٦ على أن (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقا لما يقضي به القانون ، كل ذلك مالم ينص القانون على خلافه).

ويبدو هذا النص متطابقا مع نص المادة ٢٥٠ أردني مع زيادة قيد (كل ذلك مالم ينص القانون على خلافه)٢٩٦٤ ، كما أن باقي النصوص الواردة بشأن الإرادة المنفردة جاءت مطابقة لنصوص القانون المدني الأردني.

المادة ٢٥٢– إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك.

المادة ٢٥٣– ١– إذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله.

–٢وإذا كان إسقاطا فيه معنى التمليك أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس.

–٣وإذا كان إسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد.

–٤كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه.

المادة ٢٥٤– ١– الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلتزام في المال وقد يقع على عقد أو عمل.

–٢ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس.

المادة ٢٥٥– ١– من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة.

–٢وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الوعد.

٢٩٦٠ د محمد شريف أحمد ، مصادر الإلتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، طبعة ١٩٩٩ ، ص ١٧٨

٢٩٦١ د/عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص ١٧٤ ، د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام طبعة ٢٠٠٣ ، ص٢٢٩ ، د/ محمود المظفر السابق ص ٨٧ ، محمد محمود ، المرجع السابق ص٤٢.

٢٩٦٢ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص ٢٦١.

٢٩٦٣ في هذا المعني د/عبد القادر الفار ، المرجع والموضع السابق ، د/ أمجد محمد منصور المرجع والموضع السابق

وقد أخذ بهذا الاتجاه كذلك المشرع اليمني في القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن القانون المدني ، إذ نص في مادة(٣٠١) منه 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 على الإلتزام أثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع ومن ذلك النذر والوعد بالجائزة ، ويرجع في الأحكام الخاصة بالنذر إلى قانون الهبة).

ويلاحظ أن المشرع اليمني خصص للإرادة المنفردة الباب الثاني من القسم الأول الخاص بمصادر الحق والإلتزام به من الكتاب الثاني وعنون لهذا الباب بعنوان الإرادة المنفردة وتلحق بالمسئولية العقدية ، ولعل قصد المشرع من عبارة (وتلحق بالمسئولية العقدية) أنه عني بذلك تطبيق القواعد الخاصة بالعقد على التصرف بالإرادة المنفردة فيما لا يتعارض مع طبيعة هذا التصرف ، مع استثناء النذر فقد نصت المادة المذكورة على خضوعه لأحكام قانون الهبة ، وكذلك الوعد بجائزة فقد بينت المادتان ٣٠٢ ،٣٠٣ أحكامه٢٩٦٥.

كما أن المشرع الجزائري قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام إذ نص القانون المدني الجزائري في المادة ١٢٣ مكرر على أن(يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ، ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول)٢٩٦٦.

الفرع الثاني

الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام في الفقه الإسلامي

٢٩٦٤ فبحسب نص تلك المادة فإن الأصل في التبرعات في القانون الإماراتي أنها تتم بإرادة منفردة ، إلا ما استثني بنص خاص ، من ذلك ما ورد بنص المادة ٦٢٥ من انه (١ـ تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض ٢ ـ ويكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والمال في حوزته وكذا لو كان الموهوب له صبيا يقوم الواهب على تربيته) ، وكذلك ما ورد بنص المادة٦٣٢ من ذات القانون والتي تنص على أنه (لا يجوز الوعد بالهبة ولا هبة المال المستقبل).

٢٩٦٥ونص المادة(٣٠٢):ـ من وجه وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين لزمه إعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم به.

مادة(٣٠٣):ـإذا لم يعين الواعد بجائزة أجلاً للقيام بالعمل الذي وعد بالجائزة عنه جاز له الرجوع في وعده قبل نهعتنفيذ العمل ويكون الرجوع بإعلان يتم بنفس الطريقة التي وجه بها وعده ، ولا يؤثر ذلك في حق من يكون قد أتم العمل قبل الرجوع ، ولا تسمع الدعوى لطلب الجائزة بعد مضي ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول عن الوعد مع عدم وجود المانع.

٢٩٦٦ ولم يكن القانون المدني الجزائري رقم ٧٥–٥٨ الصادر سنة ١٩٧٥ يدرج الإرادة المنفردة ضمن مصادر الإلتزام حتى أضيف الفصل الثاني مكرر المتضمن للإرادة المنفردة الى الباب الأول المخصص لمصادر الإلتزام في الكتاب الثاني الخاص بالإلتزامات والعقود ، بالقانون رقم ٠٥–١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ (ج.ر ٤٤ ص٢٢) وقد تضمن هذا الفصل مادتين ١٢٣ مكرر المذكورة أعلاه والمادة ١٢٣مكرر١ الخاصة بالوعد بجائزة.

بالنظر في كتب فقهاء المذاهب الأربعة المشتهرة ، فإننا يمكن أن نجد لهذا الرأي أصل في الفقه الإسلامي بصفة عامة ، لا كما يتجه بعض الشراح٢٩٦٧ من أن هذا هو اتجاه فقهاء المالكية فحسب ، ولكن يمكن أن نفهم من خلال ما أورده هؤلاء الفقهاء ، أن اكتفائهم بالإيجاب كركن أوحد لبعض التصرفات ، كالكفالة والوقف والهبة ، ما هو إلا اعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام ، وأن تلك المسائل يمكن قياس غيرها عليها ، كما هو مقرر في العقد فلم ينظم الفقهاء نظرية عامة للعقد ، وإنما تناولوا العقود المعروفة واحدا تلو الآخر مبينين أحكامها وأركانها وآثارها ، ومع ذلك لا يمكن القول بأن العقود الواردة في الشريعة الإسلامية ،كعقود البيع والإجارة والقراض والشركة ، واردة على سبيل الحصر ولا يمكن القياس عليها ، بل يمكن القياس عليها. والتوسع في تفسيرها ، واستقاء نظرية عامة للعقد من خلال ما عرضوه من أحكام يمكن تطبيقها على ما يستحدث من عقود وتصرفات.

ويمكن القول بأن الإرادة المنفردة هي مصدر كافة التبرعات في الفقه الإسلامي ، وأن كل تصرف لا يرتب التزاما في ذمة الغير يكفي لتمامه إيجاب المتصرف فحسب ، ولا يحتاج فيها إلى قبول الطرف الآخر٢٩٦٨.

وقد عالج الفقهاء ما يؤدي إليه الإلتزام بالإرادة الواحدة في التبرعات من اكتساب المتبرع له حقا دون إرادة منه ، عن طريق الفصل بين وجود التصرف ذاته وبين ترتيبه لحكمه٢٩٦٩.

وبعبارة أخرى ، فإن طبيعة التصرف الانفرادية لا تتغير إذا تطلب الاستفادة من التصرف اتخاذ إجراء معين من قبل المتصرف إليه ، إذ لا يعدو ذلك الإجراء كونه تنفيذا للتصرف ، وليس ركنا له.

ويري بعض الشراح٢٩٧٠ أن القول بأن الإرادة المنفردة مصدر عام في الفقه الإسلامي في كل التزام مالي "هو الأولى بالقبول لأنه إذا صلحت الإرادة المنفردة لأن تكون مصدرا في بعض حالات الإلتزام صلحت كذلك إن تكون مصدرا في غيرها ، إذ لا فرق بين التزام والتزام حتى تكون مصدرا في بعضه دون البعض الآخر"٢٩٧١.

وقد استدل لهذا الرأي بذات الأدلة السابق ذكرها في أدلة مؤيدي الفكرة من علماء الشريعة الإسلامية والتي نحيل إليها منعا للتكرار.

المطلب الثالث

الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية

لم ترتض هذه الطائفة من مؤيدي الإرادة المنفردة ايا مما قرره لها أصحاب الرأيين السابقين فقررت لها مكاناً أعلى ودوراً أهم باعتبارها المصدر الوحيد للالتزام الارادي حتى في دائرة العلاقات التعاقدية وكالاتجاهين السابقين فقد كان لهذا الاتجاه مؤيدون كذلك من فقهاء القانون الوضعي ومن فقهاء الشريعة الاسلامية وهو ما سنتناوله بالتفصيل حالا في فرعين.

٢٩٦٧ الشيخ علي الخفيف ، السابق ، ص ٦٠ ، د/عبد المجيد محمود مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي بحث مقارن بين المذاهب ١٩٩٤م ، السابق ، ص ٣٣ ، د/لاشين الغياتي ، السابق ، ص ٤٤ ، وقد نقل هذا الرأي عنهم الكثير من الباحثين.

٢٩٦٨ في هذا المعنى د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ ص٤١.

٢٩٦٩ د/مصطفي الجمال ، السابق ، ص٥٠٦.

٢٩٧٠ د/عبد المجيد مطلوب ، السابق ، ص٣٥.

٢٩٧١ المرجع والموضع السابق.

الفرع الأول

الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية في الفقه الوضعي

ذكرنا أن الاتجاه العام للفقه الحديث يسلم بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، في حالات يعتبرها استثناءا من القاعدة العامة، التي تتطلب توافق الإرادتين لنشوء الإلتزام ، وأن هذا الاستثناء تفرضه الضرورات العملية التي ألجأت هذا الفقه ومن وراءه معظم المشرعين إلى التسليم بتلك النظرية على سبيل الاستثناء ، على حين أن هناك جانب آخر من الفقه أراد للإرادة المنفردة مجالا أوسع ، بجعلها مصدرا عاما إلى جانب العقد على نحو ما رأينا ، إلا أنه من أنصار تلك النظرية من لم يكتف بالمكانة التي قررها لها أصحاب الاتجاهين السابقين ، بل ارتأوا في الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزام الإرادي سواء استبدت بإنشائه إرادة واحدة أم دخلت في ارتباط تعاقدي مع غيرها ، ففي مجال العقد فإن التزام الموجب ينشأ بإرادته المنفردة وكذلك التزام القابل٢٩٧٢.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه "أن العقد ليس إلا مظهرا مصطنعا من جانب الفقهاء"٢٩٧٣ ، وأن هذا المظهر "بقية من الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة قديما ، والتي قضى عليها التطور ، حتى لم يبقى منها إلا النذر اليسير الذي لا يستند في واقع الأمر إلى منطق"٢٩٧٤.

فالعقد لا يعدو أن يكون مجموع إرادتين منفردتين ، إرادة الموجب من ناحية وإرادة القابل من ناحية أخرى ، وهاتان الإرادتان تصدران بطريق التعاقب حتى يحدث الالتقاء المكون للعقد ، فإذا ما كان المتعاقدان حاضرين فإن أحدهما يوجب ويظل فترة زمنية- أيا كان مقدارها حتى يصدر القبول- ملتزما بالإبقاء على إيجابه ، وهذا الإلتزام ليس مصدره العقد المراد إبرامه ، وإنما مصدره إرادة الموجب المنفردة٢٩٧٥.

وبالنسبة للتعاقد بين غائبين فالأمر بالنسبة للموجب لا يتغير عما سبق ، ولكن القابل إذا قبل ما وجه إليه ، فإنه يلتزم بما بدر منه حتى لو عدل عنه قبل أن ينتج هذا التعبير أثره عندما يصل إلى من وجه إليه ، مالم يصل هذا العدول قبل القبول أو معه٢٩٧٦ ، والتزام القابل في تلك الفترة-ما بين إصدار التعبير وإنتاجه لأثره- ليس مصدره العقد المراد إبرامه كذلك ، حيث أن هذا العقد لن ينعقد إلا بوصول التعبير إلى الموجب – أو إلى علمه- محدثاً واقعة التوافق ، فمصدر التزام القابل في تلك الفترة هو إرادته المنفردة.

٢٩٧٢ في هذا المعنى د/عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٣٨٠ ، د/أحمد سلامة ، السابق ص٢٢٧ ، الخفيف ص٥٩ ، د/جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م ، ص٢٤ ، د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ص٢٦٠.

٢٩٧٣ د/أحمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٧ .

٢٩٧٤ الشيخ علي الخفيف ، المرجع والموضع السابق.

٢٩٧٥ في هذا المعنى د/أحمد سلامة ، المرجع والموضع السابق ، د/عبد الحي حجازي ، السابق ص٣٨٠ ، د/محمود المظفر ، السابق ص٨٢.

٢٩٧٦ انظر في ذلك القانون المدني الكويتي : المادة رقم ٣٦

١) يوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه ، ومع ذلك فهو لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.

٢) ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، – وكذلك المادة رقم ٣٧

١ – لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر ، إذا وصل إلى من وجه إليه عدول عنه ، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله.

مظاهر الاستقلال

ونقطة الانطلاق لهذا الاتجاه تكمن في تعريف الفقه للتصرف القانوني بأنه "اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق"٢٩٧٧ ،"فجوهر التصرف القانوني إذن هو الإرادة فهي لحمته وسداه ، تلك الإرادة وهي في ذاتها اختلاجة نفسية داخلية يجب أن تعلن علي نحو يرضاه القانون ، وأن تتوافر لها شروط تضمن صحتها وفقا للقانون المصري في الأهلية والسلامة من العيوب التي تؤدي إلى اختلاف مظهرها عن حقيقتها واستنادها إلى محل ممكن جائز وسبب صحيح مشروع ، أي غرض مطابق للواقع غير مخالف للنظام العام وقواعد الأخلاق هذه الشروط هي الأصل في مسألة التصرف القانوني ومنها تبدأ بداية واضحة لا لبس فيها ولا إبهام"٢٩٧٨ .

وبينما يري عامة الفقه٢٩٧٩ أن هذا التعريف يشمل العقود التي تتم بتوافق الإرادتين ، كما يشمل التصرفات الانفرادية التي تتم بإرادة واحدة ، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا التعريف إنما يصدق على الإرادة المنفردة فحسب.

فوفقا لهذا الرأي فإن تعريف التصرف بأنه "إرادة أو اتجاه إرادة ، يقتضي أن يتصور التصرف بأنه إرادة واحدة وهو الأمر الذي يخالف مذهب الفقه في فرنسا"٢٩٨٠ ، الذي ينظر للعقد باعتباره التصرف القانوني الرئيس ، عبارة عن مزيج من الإرادات المكونة له ، وأن هذه الإرادات قد ذابت وانصهرت في بوتقة واحدة ، من خلال واقعة التوافق التي تعد أساسا للعقد.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإرادات المكونة للعقد تعد كل واحدة منها تصرف قانوني لا يفقد ذاتيته واستقلاله عند ارتباطه بتصرف آخر ، فالعقد ما هو إلا "توافق أو ارتباط تصرفين قانونيين أو أكثر يهدفان إلى غاية مشتركة أو غايات مرتبطة"٢٩٨١.

كما "أن مظاهر انفصال الإرادات في العقد ، والتي تبدو من تحليل أركانه جميعا ، قد دفعت بعض الفقهاء المحدثين إلى هجر فكرة أركان العقد ، إلى ربط هذه الأركان بالتصرف القانوني أو الإرادة الواحدة ، فقد ذهب الأستاذ الدكتور بهجت بدوي ، إلى أن الأركان التي يذكرها الفقهاء ، ونصوص القانون(المادتان ١١٠٨ مدني فرنسي ، و١٢٨ مصري قديم) على أنها أركان للعقد ، ليست إلا عناصر الإرادة التي ينعقد بها العقد ، أو هي عناصر العمل القانوني - التصرف القانوني- على وجه العموم"٢٩٨٢.

فمتى "سلمنا للإرادة المنفردة بالقدرة على إنتاج أثر قانوني فلا يتصور أن نقول بزوال قدرتها هذه لمجرد التقائها بإرادة أخرى"٢٩٨٣.

٢٩٧٧ د/جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م ، ص٢٤.

٢٩٧٨ د/محمود أبوعافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ١٩٤٧ ، ص٢.

٢٩٧٩ المرجع والموضع السابق.

٢٩٨٠ د/جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م ، ص١٤.

٢٩٨١ د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ص٢٦٠

٢٩٨٢ د/ جميل الشرقاوي نظرية بطلان التصرف القانوني ، ص ٣٨ ، إلا أن د/بهجت بدوي لا يكمل مع هذا الرأي قائلا بأن الإرادة المنفردة هي المصدر الوحيد للالتزام يراجع في ذلك د/ جميل الشرقاوي المرجع والموضع السابق.

٢٩٨٣ د/ جميل الشرقاوى نظرية بطلان التصرف القانوني ، ص٢٩.

كما أن تصوير التصرف القانوني بأنه إرادة منفردة دائما ، وأن العقد ذاته عبارة عن تصرفين أو أكثر بينهما ارتباط ، من شأنه أن يضع الحل للكثير من الصعوبات والتناقضات التي تشوب نظرية العقد ، ومنها:

١) ما حدث من غموض في دراسة المحل والسبب كعنصرين للتصرف القانوني[٢٩٨٤] ، فقد كان الفقه التقليدي يجعلهما من أركان العقد ، على اعتبار العقد كيانا مستقلا عن التصرفات المكونة له ، وكأنه تصرف بسيط غير مركب ، غير أنه عند الدراسة لم يتمكن الفقه من إيجاد محل واحد وسبب واحد في العقد ، بل وجد نفسه أمام محال وأسباب متعددة بتعدد أطراف العلاقة التعاقدية ، وفي محاولة للفقه لتجنب ما يشعر به ذلك من استقلال التصرفات المكونة للعقد ، جعل هذا الفقه المحل والسبب من أركان الإلتزام وليس العقد ، ومع ذلك لم يتناول هذا الفقه الحديث عن المحل والسبب إلا في إطار نظرية العقد ، مبررا ذلك بأن السبب لا يوجد إلا في الإلتزام العقدي ، وأن أهمية شروط المحل لا تبدو إلا في هذا الإلتزام ، وبالتالي فإن ما قدمه هذا الفقه من محاولة حل لمسألة تعدد المحل والسبب لم تفلح[٢٩٨٥].
ويرى صاحب هذا الرأي٢٩٨٦ أن الأفضل أن يبقى المحل والسبب كعنصرين في العقد لا في الإلتزام ، لان الشروط تستلزم في الواقعة التي تنتج الآثار نفسها ، أي في المصدر لا في النتيجة ، وهذا يعيدنا إلى مسألة تعدد المحل والسبب ، وتفسير ذلك يكمن في اعتبار التصرف القانوني باعتباره الإرادة المنفردة هو مصدر الإلتزام في مجال العقد ، ويصبح القول بأن كل تصرف يحتاج إلى محل وسبب قولا مقبولا٢٩٨٧.

٢) كما نتج عن اعتبار العقد تصرف قانوني "غموض آخر في نظرية عيوب الرضا ، وخصوصا في نظرية الغلط ، بل لعل تسمية عيوب الرضا في الفرنسية بعيوب التراضي منشأها اعتبار العقد تصرف قانوني فيه رضا يكون وحدة يلحقه العيب بأجمعه ، ورغم إشارة الفقه الحديث في فرنسا إلى لفظة consentement تؤخذ بمعنى رضا الشخص الواحد ، فإن التعبير مازال مستعملا في الفقه بمعنى التراضي أي التقاء الإيجاب بالقبول في العقد ، وهذا الالتقاء لا يمكن فيما نرى أن يصاب بعيوب الرضا المعروفة كالغلط والإكراه"[٢٩٨٨].
أما ما يمكن أن يلحق هذا التراضي باعتباره تلاقي إرادتين هو عدم التوافق ، أي أن يكون القبول على غير مقتضى الإيجاب ، أو أن ينتفي هذا التلاقي لوجود عيب من عيوب الرضا أصاب أحد المتعاقدين ، فالعيب دائما يصيب الإرادة التي هي التصرف القانوني٢٩٨٩.

وعلى ذلك يرى صاحب هذا الرأي أن إزالة هذا الغموض"لا يتيسر إلا باستبعاد اعتبار العقد تصرفا قانونيا ، وجعل التصرف محصورا في الإرادة الواحدة"٢٩٩٠ ، وما العقد إلا مجموعة من التصرفات المستقلة يربط بينها رابط .

وإذا كان الأمر كذلك ، فما هو مركز العقد بالنسبة للتصرف القانوني؟

٢٩٨٤ يراجع في هذا د محمود ابو عافيه المرجع السابق ص ٣٠٠-٣٠٧.
٢٩٨٥ في هذا المعنى د/ جميل الشرقاوي نظرية بطلان التصرف القانوني ، ص ١٦ ،١٧.
٢٩٨٦ د/ جميل الشرقاوي المرجع و الموضع السابق.
٢٩٨٧ في هذا المعنى د/ جميل الشرقاوي المرجع و الموضع السابق.
٢٩٨٨ د/جميل الشرقاوي المرجع السابق ص ١٧ ،١٨.
٢٩٨٩ في هذا المعنى د/ جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف ص ١٨.
٢٩٩٠ د/ جميل الشرقاوي المرجع والموضع السابق.

إذا كان أصحاب هذا الاتجاه يرون أن الإرادة المنفردة هي المصدر الوحيد للالتزام الإرادي ، ويستبعدون العقد من دائرة التصرفات القانونية ، وأنه لا يعدو بالنسبة لهم عن كونه مجموع التصرفات الداخلة في تكوينه ، فإن ذلك لا يعني بالنسبة لهم إلغاء العقد كوسيلة للتعامل وإهدار قيمته ، بل تظل له أهميته ويبقى له وجوده "وإن كان مخالفا لوضعه المعهود"٢٩٩١.

فأنصار الإرادة المنفردة "ينسبون إلى هذه الإرادة ما ينسبه الفقه التقليدي من آثار إلى العقد نفسه ، فهم يقولون أن الأثر الملزم للعقد ليس شيئا آخر غير الأثر الملزم للإرادتين اللتين يقوم عليهما العقد"٢٩٩٢ ، "ولكنهم بهذا لا يستغنون عن التوافق بين إرادتي العاقدين ، بل يجدونه لازما لا لإيجاد الآثار القانونية بل لإلزام المتعهد بها"٢٩٩٣.

فالتزام كل طرف ينشأ من إرادته المنفردة إلا أن هذا الإلتزام لا يتحقق له صفة اللزوم إلا بحدوث التوافق مع الإرادة الأخرى ، فإذا حدث هذا التوافق فإنه يمتنع على المتصرف التحلل من الآثار المتولدة عن تصرفه.

فالعقد ليس مجرد تصرفين متجاورين منفصلين لا تربط بينهما أي صلة ، بل لابد أن يوجد بينهما ترابط وتوافق "ناتج من وجود تساند بين الآثار القانونية المقصودة من طرفي العقد ، هذا الاتصال بين الآثار يقتضي وجود رابطة بين الإرادتين اللتين تتجهان إلى تحقيقها ، ويمكن أن نعتمد في إبراز هذه الرابطة بين تصرفي طرفي العقد (إرادتيهما) ، على تحليل الفقيه الفرنسي الكبير ديجي لإرادة المقدم على التعاقد ، فهو يرى أن هذه الإرادة تنطوي على أمرين: الأول إرادة التعاقد ، والثاني إرادة القيام بدور معين في العقد ، وإرادة القيام بدور معين في العقد هي إرادة تحقيق نتائج قانونية معينة ، أما إرادة التعاقد فالمقصود بها سعي المتعاقد إلى ترتيب الآثار أو النتائج القانونية في إطار علاقة اتفاقية مع شخص آخر ، فهي تعني توقف التزامه بالآثار التي يرغب في تحملها على الاتفاق بينه وبين الشخص الآخر ، فإرادة التعاقد هي رغبة المتعاقد في ربط إرادته بإرادة أخرى ، أما إرادة الأثر فهي إرادة الإلتزام وهي التي يترتب عليها نشوء هذا الإلتزام"٢٩٩٤

ولعل التفرقة بين نشوء الأثر في العقد بالإرادة المنفردة وبين لزوم هذا الأثر بواقعة التوافق يجد بيانه كذلك في التفرقة الألمانية التي أصبحت معروفة في الفقه بين المديونية والمسئولية ، باعتبار أن المديونية هي أثر الإلتزام أما المسئولية فلا تعدو أن تكون وصفا يلحق هذا الأثر ، فمديونية كل طرف في العقد تنشأ بإرادته المنفردة ، أما وصف المسئولية فلا يتحقق إلا بحدوث التوافق بين الإرادتين ، فلا يمكن للمدين أن يلغي مديونيته بعد هذا التوافق بإرادته المنفردة٢٩٩٥.

وقد يعترض على ذلك بأن المعنى القانوني للالتزام لا يتحقق إلا بتوافر عنصر المسئولية ، وما دام هذا العنصر لا يتحقق إلا بالعقد ، فالعقد إذن هو مصدر الإلتزام ، وأجيب عن ذلك بأن توقف توافر عنصر المسئولية في الإلتزام وتحوله بذلك إلى التزام قانوني على تمام التوافق أساسه إرادة المتعاقد نفسه ، فتلك

٢٩٩١ الشيخ علي الخفيف ، السابق ، ص٦١

٢٩٩٢ د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤م ، ص٤٠٦.

٢٩٩٣ المرجع والموضع السابق ، وفي هذا المعنى الشيخ على الخفيف السابق ص ٦٠ ،٦١.

٢٩٩٤ د/جميل الشرقاوي نظرية بطلان التصرف ص٤٤.

٢٩٩٥ في هذا المعنى الشرقاوي المرجع السابق، ص٤٤.

الإرادة قد اتجهت إلى الإلتزام في إطار رابطة تعاقدية ، بمعنى أنه يلتزم التزاما معلقا على حدوث واقعة التوافق لما بين آثار هاتين الإرادتين من تساند وترابط ،٢٩٩٦ أما إذا انتفى هذا الترابط بين الآثار واتجهت نية الشخص إلى الإلتزام دون توقف التزامه على توافق إرادته مع إرادة أخرى فإن الإرادة المنفردة تلزم بمجرد صدورها دون حاجة إلى إجراء آخر.

وعلى ذلك فإن وظيفة العقد تظل - بحسب هذا الرأي - مع القول بأن الآثار منشأها الإرادة المنفردة ، وظيفة هامة وأساسية ، فإبرام العقد يترتب عليه لزوم الآثار التي رتبها العاقدان على نفسيهما بإرادتيهما ، فلا يحق لأي منهما بعد تمام التوافق أن يرجع عما أعلن قبوله من ارتباط.

بل إنهم ليرون في العقد الصورة الشائعة في التعامل بين الأفراد لإنشاء الإلتزام ، وذلك بالنسبة للحالات التي لا تشترط فيها الإرادة المنفردة حدوث ارتباط تعاقدي والتي يمكن أن يقال عنها أنها حالات نادرة٢٩٩٧.

ويرى بعض الفقه٢٩٩٨ أن القانون الألماني أخذ بهذا الرأي معتبرا التصرف القانوني هو إرادة منفردة دائما ، ذلك أن المشرع الألماني بالإضافة لتنظيمه أحكام العقد بنصوص كثيرة ، فإنه قد تناول أحكام التصرف القانوني بصفة عامة في المواد ١٠٤ وما بعدها ، ونظم قواعد التعبير عن الإرادة في الجزء الخاص بالتصرف القانوني (المواد ١١٦ ،١٤٤) وليس ضمن أحكام العقد على اعتبار التصرف إرادة واحدة٢٩٩٩.

كما يرون أنه لا تعارض بين ما ورد بنص المادة ٣٠٥ ألماني 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) ، واعتبار التصرف إرادة منفردة ، بحسب وظيفة العقد بمفهوم هذا الاتجاه من أنه سبب لزوم الآثار الناشئة عن التصرفات الداخلة في تكوينه ، لا باعتباره تصرفا قانونيا٣٠٠٠.

نقد هذا الرأي

ونظرا لما في هذا الاتجاه من تصوير للعقد على خلاف ما هو مألوف لدى الاتجاه العام للفقه القانوني ، فقد لاقى هجوما عنيفا حتى من الفقهاء الذين يرون قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام ، حتى وصف هذا الرأي بالغلو والتطرف٣٠٠١ ، وأنه لا يمكن قبوله من عدة أوجه وذكروا منها:

٢٩٩٦ في هذا المعنى الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٤٥.
٢٩٩٧ في هذا المعنى الشرقاوي نظرية بطلان التصرف ص ٤٦ الإلتزامات ص ٤٠٩
٢٩٩٨ د/جميل الشرقاوي نظرية بطلان التصرف ص٣٢.
– د/وليم سليمان قلادة التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، المطبعة التجارية الحديثة ، ١٩٥٥م ص ١٦١ ويراجع بند ٢٧.
٢٩٩٩ في هذا المعنى الشرقاوي نظرية بطلان التصرف ص ٣٢
٣٠٠٠ في هذا المعنى الشرقاوي نظرية بطلان التصرف ص ٣٢ ،٣٣ ،ويراجع ص ٥٠ ،٥٢
٣٠٠١ د/عبد الحي حجازي ، السابق ص٣٨٠ وصف هذا الرأي بأنه (مفرط في المبالغة).
– د/أحمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٨ وصفه بالمتطرف.
– د/لاشين الغياتي ، المرجع السابق ، ص٣٧ ، كذلك وصفه بالمتطرف.

١. أن "تكوين العقد من الناحية الفنية يتعارض مع هذا الفصل المطلق بين الإيجاب والقبول"[٣٠٠٢] ، "لأن العقد في الأصل يقوم على فكرة الترابط والتقارب بين إرادتين ، ولولا هذا الترابط لأمكن لكل صاحب إرادة أن يتحلل بسهولة وبساطة من التزاماته"[٣٠٠٣] ، ولعل هذا ما عبر عنه الأستاذ لارومبير بعبارته الشهيرة ، "أن كل عقد يبدأ بعرض وينتهي بقبول فاحذف واحدا من هذين الأمرين وستجد العدم ، فالإيجاب بدون قبول يعجز عن ترتيب أي أثر قانوني ، والقبول بدون إيجاب أمر مستحيل"[٣٠٠٤].
كما أن ما يبدو من استقلال التزام كل طرف عن التزام الطرف الآخر لا يعدو أن يكون "استقلال ظاهري ، ولكن بقليل من إمعان الفكر نجد أن هناك خيط رفيع - إن صح التعبير- يصل بين هذين الإلتزامين ، وهذا الخيط الرفيع هو العقد ، فالشخص - في الغالب- لا يتجه إلى عرض إيجاب ما إلى كل من يقابله ، بل تتجه إرادته إلى إنشاء التزام على عاتقه من خلال علاقة تعاقدية يتم من خلالها توزيع الإلتزامات والحقوق على كل طرف وفق ما تسفر عنه المفاوضات التي تسبق عادة هذا التعاقد ، تلك المفاوضات التي تتصهر فيها إرادتي الطرفين في بوتقة واحدة ، فتخرج صيغة يتفق عليها الطرفين"[٣٠٠٥] ، وهذا هو التوافق المطلوب للعقد.

٢. كما يعيب تلك النظرية "أنها تجعل الإلتزامين المتقابلين اللذين يترتبان على العقد الملزم للجانبين التزامين مستقلين كل منهما في نشوئه وفي حياته ، خلافا لما هو مسلم في القانون الحديث من وجود ارتباط وثيق بينهما ، يترتب عليه الفسخ بسبب عدم تنفيذ أحدهما ، أو إمكان الدفع بعدم التنفيذ ، وهو ارتباط ناشئ عن طبيعة الإلتزام الإرادي ، ويترتب على أهم مقومات هذا الإلتزام الأساسية وهو ركن السبب ، حيث أن إرادة أحد الطرفين إلزام نفسه يكون سببها الحصول على التزام الطرف الآخر ، فلا تكتمل عناصر إلتزام الطرف الأول إلا بنشوء إلتزام الطرف الثاني ، كما أن هذا الإلتزام الأخير لا يوجد إلا بنشوء إلتزام الطرف الأول ، الأمر الذي يقتضي تعاصر نشوء الإلتزامين ، وهو مالا يمكن أن يتحقق إذا اعتبرنا أن كلا منهما ينشأ من إرادة أحد الطرفين المنفردة لضرورة التوالي أو التعاقب بين الإرادتين ، فيتعين اعتبار كلا الإلتزامين ناشئين من واقعة واحدة هي توافق الإرادتين"[٣٠٠٦].

الفرع الثاني

الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية في الفقه الإسلامي

بالاطلاع على كتب علماء الشريعة الإسلامية يمكن أن نجد لهذا الاتجاه أصل من أقوال الفقهاء القدامى ، فنجد أبو بكر الجصاص كما سبق أن ذكرنا عند تفسيره لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)٣٠٠٧ ، يعرف العقد بأنه "ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه

- د/محمود المظفر ، السابق ، ص٨٢ (يميل إلى نحو من التغاضي).
- د/ حمدي المغاوري محمد عرفة ، رسالته ص٢٧ (يمثل نظر فقهي وقف على هامش القانون الوضعي دون أن يصبح جزءا منه تقرره نصوصه ويطبقه القضاء).

٣٠٠٢ د/عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص٣٨٠.
٣٠٠٣ د/محمود المظفر ، المرجع السابق ، ص٨٣.
٣٠٠٤ أشار إليه د/أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨
٣٠٠٥ د/ لاشين الغياتي ، المرجع السابق ص ٤٠.
٣٠٠٦ د/سليمان مرقس ، السابق ، ص٦٨٧ ، وفي هذا المعنى د/عبد الحي حجازي ، السابق ، ص ٣٨٠.
٣٠٠٧ المائدة آية ١

إلزامه إياه... فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا ، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه القيام عليه والوفاء به"٣٠٠٨.

وقال صاحب النهر ، العقد هو ما التزمه الإنسان من مطلوب شرعي ، وهو عام يندرج تحته ما ربط الإنسان على نفسه ، أو مع صاحب له ، مما يجوز شرعا٣٠٠٩.

وقد فهم البعض٣٠١٠ من هذين التعريفين أن حقيقة العقد الشرعية هي التزام الإنسان ، أي تعهده مختارا على سبيل التأكيد ، بعمل أو كف عن عمل أو بدفع مبلغ من المال ، أو بعبارة أخري صدور إرادته بإحداث أثر شرعي ، سواء في ذلك ما إذا وجدت إرادة مقابلة لها متفقة معها في إحداث هذا الأثر ، أم لم توجد إرادة أخرى.

فالعقد إذن في رأي صاحبي هذين التعريفين ، "شامل لحالات توافق الإرادتين ، وحالات إنشاء الإلتزام بإرادة واحدة ، وبذلك تكون كلمة عقد مرادفة لمصطلح القانون المدني (التصرف القانوني)"[٣٠١١].

كما فهم أن علة الإلتزام وسببه المنشئ له في جميع العقود هي الإرادة المنفردة ، "ويستبين هذا بجلاء من قول أبي بكر الجصاص في شرح وجوب الوفاء بما التزمه الإنسان مع غيره ، (لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به) ، وكأنه يريد بذلك أن يعتبر أن الأصل في إنشاء الإلتزام في الشريعة الإسلامية هي الإرادة المنفردة"٣٠١٢.

كما أن العلامة السنهوري قد استخلص ذات النتيجة ، بعدما قسم التصرفات الشرعية إلى ثلاث طوائف الطائفة الأولى معاوضات ابتداء وانتهاء ، يلتزم فيها كل الطرفين ، ويتطلب إبرامها وجود عقد مكون من إيجاب وقبول كالبيع والإجارة ، والطائفة الثانية تبرعات ابتداء ومعاوضات انتهاء كالكفالة والقرض٣٠١٣ ، ويلزم لإبرامها عقد كما رجح ذلك سيادته ، والطائفة الأخيرة تبرعات ابتداء وانتهاء وقد رجح سيادته أنه يكفي لها إيجاب الملتزم فقط ، ولا حاجة للقبول[٣٠١٤].

وقد استخلص سيادته بعد هذا التحليل "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 ، فكأن الإلتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم

٣٠٠٨ 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.

٣٠٠٩ النهر الماد من البحر ، بهامش الرائق في تفسير كنز الرقائق لأبي حبان ج٣ ص١ ، أشار إليه محمد الحسيني حنفي ، تكوين العقد في الفقه الإسلامي فبراير ١٩٥٧ ، ص٢ هامش٣.

٣٠١٠ محمد الحسيني حنفي المرجع السابق ص٣.

٣٠١١ المرجع والموضع السابق.

٣٠١٢ المرجع والموضع السابق.

٣٠١٣ مع أننا نرى أنه في الحالتين بالنسبة للكفيل والمقرض تبرعات بداية وانتهاء ، لأن كل منهما بحسب الأصل لا يأخذ عوضا لما يعطي ، فهما بمثابة هبة بالمنفعة فالقرض عارية مال ، والكفالة تقوية للذمة ، والتحمل إن لزم دون مقابل –ولا يعتبر استرداد ما غرم مقابلا لكفالته– وذلك بحسب الأصل ، ولا تكون معاوضة إلا إذا اشترط المقابل ، بأن يكون القرض بفائدة ، أو تكون الكفالة بأجر ، ولعل قصد سيادته أنها ملزمة لأحد الجانبين ابتداء وللآخر انتهاء فالكفيل والمقرض يلتزمان عند إبرام الكفالة والقرض وبعدها يلتزم المقترض بسداد القرض عند حلول الأجل ، ويلتزم المكفول بسداد ما قد يوفيه الكفيل قضاء لدينه ولا يمكن أن نعتبر التزام المقترض والمكفول عوضا لالتزام المقرض والكفيل ، حتى نطلق على تلك التصرفات مسمى معاوضات.

٣٠١٤ في هذا المعنى د/عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي ، ص٣٩.

وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر ، أمكن القول في الفقه الإسلامي أن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد"٣٠١٥.

كما أشار سيادته إلى أن لفظ الإلتزام "يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال المطلوبات المترتبة على الإلتزام ، أي الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة"٣٠١٦.

وعلى الرغم من ذلك فإننا لا نجد من جانب من يرى بأن التصرف يتم في الفقه الإسلامي بالإرادة المنفردة كأصل ، إهمالا للعقد أو إغفالا له ولكن لعلهم ينظرون إلى العقد كما ينظر إليه أصحاب هذا الرأي من فقهاء القانون الوضعي ، باعتبار أن العقد مطلوب للزوم الآثار التي يرتبها كل عاقد على نفسه ، وذلك لوجود ارتباط بين الآثار المترتبة على تلك التصرفات التي تمت بالإرادة المنفردة.

وإذا كان فقهاء القانون الوضعي القائلين بأن الإرادة المنفردة هي المصدر الوحيد للالتزام الإرادي ، يرون أن الحالات التي لا يشترط لها وجود عقد ، قليلة بدرجة تصل إلى حد الندرة ، فإن للإرادة المنفردة مجالا أوسع في الشريعة الإسلامية ، فنجد الكثير من التصرفات تتم بإيجاب المتصرف دون حاجة لقبول المتصرف إليه ، أي أن ركن التصرف فيها هو الإيجاب المجرد ، فالتبرعات عموما تتم بإرادة المتبرع فحسب ، كالوقف والجعالة والكفالة والهبة والعارية والعتق ، إضافة إلى الكثير من التصرفات الانفرادية التي تنشأ عنها آثار أخرى غير إنشاء الإلتزام كالطلاق والرجعة والإبراء والوصية ، وغير ذلك من التصرفات التي لا تقل في أهميتها عن إنشاء الإلتزام.

وإذا ما كان هذا ما فهم من هذين التعريفين ، فإن هناك تعريفات أخرى للعقد يمكن تفسيرها بما يؤيد وجهة النظر المطروحة ، ومن ذلك تعريف مجلة الأحكام العدلية للعقد ، الوارد في المادة ١٠٣ إذ نصت على أن (العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول) ، إذ يمكن أن نفهم من هذا التعريف أن عبارة (ارتباط الإيجاب بالقبول) ، تشعر بأن الإيجاب تصرف تام ، يرتبط بالقبول وهو تصرف تام أيضا ، لتكوين العقد ، باعتباره مجموع هذين التصرفين ، وأن الارتباط بين هذه التصرفات لا يترتب عليه زوالها ، أو ذوبان إرادة الطرفين كما يرى جمهور فقهاء القانون الوضعي ، ويمكن الاستدلال لهذا التأويل بما ورد بالمادة ١٠٤ من المجلة التي نصت على (الانعقاد تعلق كل واحد من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقه) ، فهذا النص يدل على أن هناك تصرفين قائمين يتعلق كل واحد منهما بالآخر ، وذلك لظهور الأثر المترتب على كل منهما ، وكأن هذا التعلق أمر مطلوب لإظهار الأثر في المحل ، أو أنه أمر لازم لتنفيذ الإلتزام المتولد عن التصرف٣٠١٧.

٣٠١٥ المرجع السابق ، ص ٤١.

٣٠١٦ المرجع السابق ، ص ٤٢.

٣٠١٧ كما أن التعريف الوارد في مرشد الحيران في المادة ٢٦٢ التي تنص على أن (العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود) ، يمكن أن يصدق في فحواه ما ورد في مجلة الأحكام حيث أن نص المادة المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، إنما هي اختصار للمادتين ١٠٣ ، ١٠٤ من المجلة.

رأي الباحث:

بعد استعراض الآراء السابقة بشأن موقع الإرادة المنفردة بين مصادر الإلتزام ، وذكر أدلة كل رأيأن موقع الإرادة المنفردة

، أصبح لدينا ما يمكننا من محاولة الاجتهاد في ترجيح أحد تلك الآراء لعلنا نصيب فيما نراه جادة الصواب ، حيث أن الرأي القائل بأن الإرادة المنفردة هي المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية ، وأنها هي جوهر التصرف القانوني ، حتى في نطاق العقد ، ولا يعدو العقد كونه مجموع التصرفات الداخلة في تكوينه ، يبدو منطقيا وذلك لقوة أدلة هذا الرأي وأنه يوافق الواقع من وجهة نظرنا ، فالموجب يلتزم بإرادته المنفردة ، وإن احتاج الأمر إلى قبول ، فإن هذا القبول يتم أيضا بإرادة القابل المنفردة.

ومع ذلك فإننا نرى للعقد أهمية كبرى في الحياة العملية ، لا يمكن إغفالها أو الالتفات عنها ، ولكن أهميته لا تبدو في كونه تصرفا قانونيا ، ولكن باعتباره شرط مقرر بإرادة كل متعاقد للزوم الآثار المترتبة على تصرفه ، فالتزام كل متعاقد يقوم بإرادته المنفردة ، ولكن لزوم تلك الإلتزامات لا يتحقق إلا بالتوافق المطلوب للعقد.

وفي الواقع فإن تكوين العقد يمر بمرحلتين ، المرحلة الأولى ، هي مرحلة الإرادة المنفردة ، فبالنسبة للموجب ، تبدأ تلك المرحلة برغبة داخلية نحو التعاقد ثم دراسة ما تتجه إليه إرادته إلى أن تنتهي تلك المرحلة بإعلان تلك الإرادة في شكل إيجاب تام ، ذلك الإيجاب بمجرد أن أصبح له كيان ترتبت عليه بعض الآثار ، وما من شك أن هذا تصرف إرادي منفرد.

وبالنسبة للموجب له ، فبداية تلك المرحلة قيامه بدراسة العرض الموجه إليه وتمحيصه وتنتهي بإبداء رأيه فيه ، إما بالرفض - صراحة أو ضمنا – وهذا الرفض في حد ذاته تصرف قانوني يعتد به وترتب عليه آثار معينة[٣٠١٨] ، وإما بالقبول وهو تصرف كذلك تترتب عليه آثار ومنها تمام العقد بتلاقيه مع القبول ، حتى لو عدل القابل بعد ذلك عن قبوله ، إذا لم يصل العدول في الوقت المطلوب قانونا[٣٠١٩].

وفي تلك المرحلة ينبغي تطبيق القواعد الخاصة بالتصرف القانوني باعتباره الإرادة المنفردة لكل متعاقد ، فتلك التصرفات لا يمكن إنكارها أو القول بتلاشيها بمجرد تلاقيها ، فاستصحاب تلك التصرفات وبقائها هام للبحث من خلالها عن عيوب الرضا وعن سبب التصرف باعتباره الباعث الدافع إلى التعاقد.

والمرحلة الثانية من مراحل إبرام العقد ، هي مرحلة توافق التصرفات الداخلة في تكوين العقد وارتباطها ، ويترتب على هذا التوافق لزوم تلك التصرفات-الإيجاب والقبول- ، فلا يمكن بعدها لأي متعاقد الرجوع عما التزم به ، وهنا تطبق القواعد الخاصة بنظرية العقد.

٣٠١٨ فالرفض الصريح يترتب عليه سقوط الإيجاب الملزم قبل انقضاء مدته ، (طعن بالنقض رقم ٥٧٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢٤ يونيو ١٩٩٣) ويراجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤١ ،٤١ هامش ،

– وبالنسبة للرفض الضمني يراجع المادة ٩٦ مدني مصري و تنص على (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا).

– والمادة ٤٣ مدني كويتي التي تنص على (وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد عليه أو ينقص منه أو يعدل فيه بأية طريقة أخرى ، اعتبر رفضا له متضمنا إيجابا جديدا).

٣٠١٩ في هذا المعنى المادة ٣٧ مدني كويتي(لا يكون للتعبير عن الإرادة اثر ، إذا وصل إلى من وجه إليه عدول عنه ، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله).

ومع ذلك وبعد تمام تلك المرحلة ، فإن التصرفات التي تمت في المرحلة الأولى تبقى لها أهميتها وكيانها المستقل ، فهي بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المرحلة الثانية ، والقول بانصهار تلك التصرفات وتلاشيها خلال واقعة التوافق يجعل من الرجوع إلى تلك التصرفات للبحث فيما أحاط بها من ملابسات أمرا مستحيلا ، ويجعل من واقعة التوافق نوعا من الشكلية البغيضة التي كانت معروفة في التشريعات البائدة ، والتي كانت تجب الإرادة ولا تعول عليها ، إذا ما أفرغ التصرف في الشكل المطلوب قانونا ، ولا عبرة بما وراء هذا الشكل من أوجه عوار تكون قد اعترت الإرادة في أحد أطوارها.

كما أن استقلال تصرفات المتعاقدين وبقاء كيانها أمر جلي وواضح ، ومظاهر ذلك تبدو من عدة أوجه:

- الاستقلال من حيث شروط الصحة ، فشروط الصحة لا يبحث عنها إلا في إرادة كل متصرف ، كما أن عيوب الرضا المرجع فيها هو إرادة كل متعاقد ، لا واقعة التوافق.
- استقلال كل تصرف من حيث السبب ، فلتصرف الموجب سببه ولتصرف القابل سببه ، أيا ما كان المنظور الذي ينظر من خلاله إلى فكرة السبب.
- أما من حيث المحل فالواقع "أنه من الخطر الحديث عن محل العقد"[٣٠٢٠] ،حيث أنه كما تقدم فإن الأمر لا يستقيم إلا إذا جعلنا المحل – والسبب- عنصر من عناصر التصرف باعتباره إرادة منفردة ، وأن كل تصرف داخل في تكوين علاقة تعاقدية له محل خاص به ، ففي عقد البيع مثلا ، تصرف البائع محله نقل ملكية المبيع ، في حين أن محل تصرف المشتري هو تسليم الثمن.
- أن تلك التصرفات مستقلة من حيث وقت النشأة فتصرف الموجب يتم أولا ثم تصرف القابل ثانيا فهما متعاقبان أبدا.

إلا أن هذا الاستقلال لا يسير إلى منتهاه ، حتى يصل إلى آثار تلك التصرفات ، فآثار تلك التصرفات بينها ترابط وتساند تقتضيه طبيعة الارتباط التعاقدي التي أرادها كل متعاقد ، فآثار تصرف كل طرف مرتبطة بآثار تصرف الطرف المقابل له كما فصلنا سابقا.

ودفعا للاعتراض بأن الإلتزام لا يقوم إلا بتوافر صفة اللزوم ، المتضمنة لعنصر المسئولية ، والتي سبق الرد عليه ، يمكن القول أن تصرف كل طرف قد نشأ بإرادته المنفردة مكتمل الأركان والأوصاف ، إلا أن آثار ذلك التصرف – الإلتزامات المتولدة عنه – جاءت معلقة على شرط واقف ، ومضمون هذا الشرط هو حدوث واقعة التوافق ، ولا يمكن والحال كذلك ، أن نقول بأن التوافق أو العقد الذي هو شرط لسريان آثار التصرف ، هو مصدر تلك الآثار ، فالشرط والمصدر أمران مختلفان ، فالشرط أمر مستقبل غير محقق الوجود[٣٠٢١] خارج عن الشئ لازم لوجوده[٣٠٢٢] ، وهو ما يصدق على واقعة التوافق ، فهي خارجة عن التصرف غير داخلة في تكوينه ، إلا إنها لازمة لترتيب أثره وذلك باشتراطها من قبل كل متعاقد[٣٠٢٣] ، أما المصدر فهو الواقعة المنشئة للالتزام ، وهو بهذا المعنى لا يكون شئ آخر غير الإرادة في مجال الإلتزام الإرادي.

٣٠٢٠ د/أحمد سلامة ، السابق ، ص ٢٢٨.

٣٠٢١ القانون المدني المصري مادة ٢٦٥.

٣٠٢٢ ويعرف الشرط في معناه الاصطلاحي بأنه (ما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، وكان خارجا عن حقيقته أو ماهيته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء) ، يراجع في ذلك ، 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 ، ص٢٦٦.

٣٠٢٣ في هذا المعنى المرجع السابق ص٢٦٧ ، حيث يقول(ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الشرط بهذا المعنى لا يمكن أن يوجد إلا في الإلتزامات التي تصدر عن الإرادة ، سواء أكانت تلك الإلتزامات ترتبت على عقد ، أم صدرت عن إرادة منفردة ، بمعنى أن الشرط باعتباره وصفاً يلحق بالإلتزام لا يمكن أن يكون إلا ضمن إرادة منفردة)

أما بالنسبة للانتقادات التي وجهت إلى هذا الاتجاه ، والتي ركزت الضوء بصورة كبيرة على الفصل بين الإيجاب والقبول ، فإنه يمكن الرد عليها فيما يلي:

أولا: القول بأن تكوين العقد يتعارض مع الفصل المطلق بين الإيجاب والقبول ، إذ أن العقد يقوم على فكرة الترابط والتقارب بين إرادتين ، ولولا هذا الترابط لأمكن لكل عاقد أن يتحلل من التزامه ، وعبارة الأستاذ لارومبير الشهيرة (أن كل عقد يبدأ بعرض وينتهي بقبول فاحذف واحدا من هذين الأمرين وستجد العدم ، فالإيجاب بدون قبول يعجز عن ترتيب أي أثر قانوني ، والقبول بدون إيجاب أمر مستحيل).

فإن ذلك يمكن الرد عليه بأن الارتباط قائم ولكنه ارتباط بين الآثار المتولدة عن الإرادة المنفردة لكل متعاقد ، وترابط الآثار لا يقتضي ترابط المؤثرات ، فالإرادة بمثابة الأصل والإلتزام بمثابة الفرع ، وترابط الفروع وتشابكها لا يلزم منه ترابط الأصول.

وبالنسبة لعبارة الأستاذ لارومبير فإنه لا يمكن التسليم بها على إطلاقها ، لأنه إن صحت تلك العبارة بالنسبة لاستحالة وجود القبول دون إيجاب ، فإنها لا تصح فما يخص الإيجاب وأنه دون قبول أمر عدمي ، فالإيجاب متى ما صدر صحيحا مستجمعا لأركانه وشروطه أصبح تصرفا قانونيا له آثار أجمعت التشريعات على الاعتراف بها[٣٠٢٤] ، وإن اختلفت تلك التشريعات في مصدر الإلتزام المتولد عن هذا التصرف ، على نحو ما سنرى في حينه ، فالإيجاب متى صدر من الموجب فإن له قوة إلزامية تختلف في مداها باختلاف ظروف ذلك الإيجاب ، كما لو كان محددا بمدة معينة ، أو كان موجها إلى شخص غائب ، ومقتضى تلك القوة امتناع رجوع الموجب عن إيجابه ، بل وعدم الاعتداد بهذا الرجوع إن حدث فعلا ، مما يثبت عدم صحة ما ذهب إليه الأستاذ لارومبير.

أما بالنسبة لمسألة استقلال التزام كل طرف عن التزام الطرف الآخر ، وأنه لا يعدو كونه استقلالا ظاهريا وأن المفاوضات التي تسبق التعاقد تنصهر فيها إرادتي الطرفين في بوتقة واحدة ، فتخرج صيغة يتفق عليها الطرفين ، وأن هذا هو التوافق المطلوب للعقد ، فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون بين التزامات أطراف العلاقة التعاقدية ترابط وتساند كما سبق وأن ذكرنا ، وأن استقلال التصرفات الداخلة في تكوين العقد لا يصل إلى آثار تلك التصرفات ، كما أن مسألة التفاوض الذي يسبق العقد ليست أمرا مضطردا ، إذ أن كثير من العقود لا تسبقها تلك المفاوضات ، وعلى افتراض وجودها فمهما طالت تلك المفاوضات فإنها تنتهي إلى إصدار إرادة باتة من أحد المتعاقدين تشكل إيجابا ، لابد أن يعقبه قبول ، فالتفاوض لا يعدو أن يكون عامل من عوامل التأثير في الإرادة أثناء سعيها لإتمام تصرف قانوني.

ثانيا: القول بأن ارتباط الإلتزامين ناشئ من طبيعة الإلتزام الإرادي ، ويترتب على أهم مقوماته ، وهو ركن السبب ، وأن إرادة أحد الطرفين إلزام نفسه يكون سببها التزام الطرف الآخر ، ويترتب على ذلك بعض الخيارات كخيار الفسخ بسبب عدم التنفيذ ، والدفع بعدم التنفيذ ، الأمر الذي يقتضي تعاصر نشوء الإلتزامين ، ولا يكون ذلك إلا باعتبار كون الإلتزامين قد نشئا من واقعة واحدة هي واقعة التوافق.

يمكن الرد على ذلك بأن الارتباط بين الإلتزامين أمر لا يمكن إنكاره ، ويقره أنصار هذا الاتجاه باعتباره من شروط الإلتزام الذي أوجدته الإرادة المنفردة لكل متعاقد.

٣٠٢٤ من ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٩٣ من القانون المدني المصري الجديد والخاصة بالايجاب الملزم ، وتقابلها:
– مادة ٤١ مدني كويتي.
– مادة ٩٨ مدني أردني.

أما فيما يخص فكرة السبب ، فإن اعتبار التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر أمر لا يمكن الأخذ به إلا وفقا لمفهوم نظرية السبب التقليدية ، تلك النظرية الموسومة بـ "ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج"٣٠٢٥ ، وقد انتقد العديد من الفقهاء تلك النظرية٣٠٢٦ ، ويكفي في الرد على ذلك الاعتراض أن نورد ما انتقد به الفقيه بلانيول تلك النظرية ، حيث قرر " أنها غير صحيحة ، ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الإلتزامين المتقابلين هو الإلتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية ، وذلك أن الإلتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد ، فلا يمكن أن يكون أحدهما سببا للآخر ، لأن السبب يتقدم المسبب... "، ٣٠٢٧ فإذا كان تصرف الموجب يجد سببه في التزام القابل ، فإن تصرف هذا الأخير لن يقوم إلا بسبب التزام الموجب ، وبالتالي لن تقوم لأي منهما قائمة لأن كل تصرف منهما معلق على أمر معدوم.

كما انتقد بلانيول تلك النظرية مقررا أنها عديمة الفائدة ، "لأننا نستطيع الاستغناء عنها بشئ آخر ، ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول إن الإلتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر ، بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني ، وتغني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب"٣٠٢٨.

كما أن فكرة الارتباط هذه هي التي يترتب عليها خيار الفسخ لعدم التنفيذ ، أو الدفع بعدم التنفيذ ، إذ هما تطبيقان لمبدأ عام وهو الحق في الحبس ، "الذي لا يقتصر نطاق تطبيقه على العقد التبادلي وحده ، فالقاعدة العامة أنه حيثما وجد التزامان مترابطان ، المدين بأحدهما دائن بالآخر ، فإن لكل من الطرفين الحق في الحبس Droit de Retention ، فيكون له أن يحبس الأداء الذي التزم به ، طالما أن الطرف الآخر لم يقم بالوفاء بالتزامه ، ولا يشترط في حق الحبس أن يكون الترابط بين الإلتزامين راجعا إلى نشوءهما معا من عقد واحد ، أي عقد تبادلي ، بل قد يتحقق هذا الترابط ولو لم يوجد عقد أصلا ، كما في العلاقة بين الوصي والصغير عند انتهاء الوصاية"٣٠٢٩.

وعليه وبعد أن تم تفنيد الاعتراضات الموجهة لهذا الرأي ، فإننا نري في التصرف القانوني باعتباره الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزام الإرادي ، وأن هذا التصرف كافيا بذاته لترتيب آثاره في ذمة المتصرف في بعض الحالات ، وقد يحتاج في حالات أخري لترتيب هذا الأثر إلى الدخول في علاقة تعاقدية مع طرف آخر ، وأن هذا التعاقد لا يعدو كونه مجموع التصرفات الداخلة في تكوينه ، ومع ذلك فهو الوسيلة الأولى للتعامل لأن الإنسان بطبعة يميل إلى أخذ مقابل لما يفرضه على نفسه ، فالنفس البشرية جبلت على ألا تعطي بغير عوض ، ولذا فإن الحالات التي لا يشترط لها وجود عقد قليلة عملياً لدرجة تصل إلى حد الندرة .

وإن كنا نرجح هذا الاتجاه فإننا نرى أنه في سبيل تحديد التطبيقات التي تستبد بإتمامها الإرادة المنفردة ، وتمييزها عن التطبيقات التي يلزم لقيامها وجود عقد ، أن نأخذ بالمعيار الذي سبق أن رجحناه في الفرع السابق ، والذي يقوم على التمييز بين المعاوضات والتبرعات ، فالتبرعات يكفي لإبرامها الإرادة المنفردة للمتبرع مادام لم يلزم الغير بأي مقابل ، أما المعاوضات التي يعلق المتصرف فيها التزامه على الحصول

٣٠٢٥ د/عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ص ٣٦٢

٣٠٢٦ انظر في نقد نظرية السبب التقليدية ، د/عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص ٣٦٢ وما بعدها.

٣٠٢٧ د/عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ص٣٦٣.

٣٠٢٨ المرجع والموضع السابق.

٣٠٢٩ د/ إسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الإلتزام ، مكتبة عبدالله وهبة ١٩٦٨ ص٦٤.

على مقابل لما يعطي فلا مناص من وجود عقد يرتب تلك الإلتزامات في ذمة كل متصرف ، على نحو ما ذكرنا سابقاً.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تقارب كبير بين هذا الرأي وسابقه الذي يرى في الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام إلى جانب العقد باعتبار هذا الأخير تصرفا قانونيا ، فكلا الاتجاهين يجعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ليس على سبيل الاستثناء وإنما باعتبارها مصدرا عاما كما أن كل الاتجاهين يرى ضرورة وجود العقد الى جانب الإرادة المنفردة وأن له أهمية كبرى إلا أن مفهوم العقد مختلف لدي الاتجاهين فأحدهما يراه تصرف قانوني ومصدر للالتزام ، بينما يرى الآخر أنه لا يعد تصرفا قانونيا وإنما هو بمثابة شرط للزوم آثار التصرفات المكونة له ، أو شرط لسريانها ، إلا أن الخلاف في تلك النقطة لا يترتب عليه- فيما نعلم- أي نتائج في الواقع العملي ، فكلاهما يرى للإرادة المنفردة مجالها الخاص بها كما يرى للعقد مجاله الخاص به أياً كان مفهومه.

خــاتمة:

بحمد الله وتوفيقه قد وصلت إلى نهاية هذا البحث المتواضع لموضوع (موقع الارادة المنفردة بين مصادر الالتزام في الفقه الوضعي والشريعة الاسلامية) ، ومن خلال دراسة هذا الموضوع توصلت إلى نتائج نوجزها فيما يلي:

١- أن الإرادة المنفردة مصدر كافة الإلتزامات الارادية حتى في مجال العلاقات التعاقدية فالعقد ذاته ماهو إلا مجموع الارادات الداخلة في تكوينه ، وتعد الارادة المنفردة خير بديل عن فكرة توافق الارادتين التي تقوم على بعض الافتراضات التي قد تكون مخالفة للواقع ، وذلك كافتراض بقاء الايجاب حتى يرتبط به قبول مع أنه في بعض الحالات يكون فيها الموجب قد عدل عن ايجابه الا أن هذ العدول لم يصل لعلم الطرف الآخر في الوقت المناسب حتى اصدر قبولا.

٢- أن العقد مع ذلك لن يفقد أهميته في الحياة العملية إذ أنه يلعب دورا هاماً في المعاملات اليومية وذلك باعتباره سببا للزوم الالتزامات المتولدة عن الإرادة المنفردة لكل متعاقد.

٣- أن هناك بعض التصرفات التي تقوم ويكفي للزومها الارادة المنفردة للتصرف وهي التي تستند مباشرة إلى الارادة المنفردة ، وبالمقابل فإن هناك بعض الاتصرفات التي تقوم بالارادة الامنفردة ولكن يتوقف لزومها على ارتباطها بالالتزامات المتولدة عن الإرادة المنفردة للمتصرف المقابل ،وهنا يكون العقد مصدرا للزوم تلك الالتزامات وليس مصدراً لنشأتها.

٤- أن المعيار المناسب للفصل بين حدود اعمال الارادة المنفردة باعتبارها مصدرا مباشر للالتزام أو الحاجة للارتباط بإرادة أخرى على مكونة عقد على نحو ماذكرنا ومن ثم تطبيق قواعده وأحكامه ، هو التمييز بين المعاوضات والتبرعات ويقتضي ذلك تطبيق نظرية العقد على المعاوضات التي تتضمن ترتيب التزامات متقابلة على طرفي التصرف ، بينما تطبق نظرية الإرادة المنفردة على التصرفات التي تنشئ التزاما في ذمة المتصرف فحسب ، دون تكليف الطرف الآخر بأي مقابل.

قائمة المراجع:

٣٥- د/محمود أبوعافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ١٩٤٧م.
٣٦- د/أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، الكتاب الأول الطبعة الثانية ، ١٩٥٤م .
٣٧- د/ عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤م.
٣٨- د/وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٥٥.
٣٩- محمد الحسيني حنفي ، تكوين العقد في الفقه الإسلامي فبراير ١٩٥٧.
٤٠- د/محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٩م.
٤١- الشيخ علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ، بحث مقارن دون ناشر ١٩٦٤م.
٤٢- د/جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤م.
٤٣- د/عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م.
٤٤- د/لاشين محمد الغياتي ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، مكتبة جامعة طنطا ١٩٨٦.
٤٥- د/حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢م .
٤٦- الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت، ١٩٩٢م.
٤٧- د/جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م .
٤٨- محمد محمود -المحامي-التعليق علي قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مقارنا بتقنينات البلاد العربية ، الجزء الثاني ، دار لنهضة العربية ، ١٩٩٣.
٤٩- د/عبد المجيد محمود مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي بحث مقارن بين المذاهب ١٩٩٤م.
٥٠- د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الإرادية ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤م.
٥١- 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.
٥٢- 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.
٥٣- د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام طبعة ٢٠٠٣.
٥٤- 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.
٥٥- 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.
٥٦- د/ فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام ، دراسة مقارنة ، بحث منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد٢٨ العدد الأول٢٠١٢.
٥٧- 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.

٥٨- د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ .
٥٩- القاضي محمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، دون ناشر دون تاريخ.
٦٠- د/عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، دون تاريخ.