



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

الكفاية الذاتية للإرادة في ترتيب الأثر - دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون/جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من قبل الطالبة
سارة رفعت جاسم عبد الحمزة

بإشراف
الدكتور ضمير حسين المعموري
أستاذ القانون الخاص

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
&Scientific Research
Babylon University
College of Law



The subjective sufficiency of the will to arrange the effect

-A comparative Study-

A Thesis Submitted By
Sarah Refaat Jassim Al-Zubaidi

To the Council of the College of Law – Babylon university
as a partial fulfillment for Master's Degree in Private law/civil law

Supervisor
Dr. Dhameer Hussein Al-Mamouri
Professor of Civil Law

2021A.D

1442A.H

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ
أَتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

الإهداء

إلى ... من قاد قلوب البشرية وعقولهم إلى مرفأ الأمان معلم البشرية الأول محمد(صلى الله عليه وعلى آله و سلم).

إلى من شرفني بحمل إسمه والدي رحمه الله تعالى، من بذل الغالي والنفيس في سبيل وصولي لدرجة علمية عالية ورحل قبل ان يرى ثمرة غرسه.

إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها ... إلى من سهرت الليالي تنير دربي من تشاركني أفراحي وأحزاني ... نبع العطف والحنان أروع امرأة في الوجود أُمي الغالية.

إلى من ظفرت بهم هدية من الأقدار إخوة عرفوا معنى الإخوة إخوتي الأحباء.

إلى من سار معي الحلم خطوة بخطوة بذرناه معاً وحصدناه سوياً زوجي الحبيب.

المخلص

تناولت هذه الدراسة مفهوم استقلال الإرادة في ترتيب آثارها واشتمل الفصل الأول على دراسة ماهية الإرادة وأنواع الإرادة وطبيعتها وتطرق في هذا الفصل إلى موقف الفقه من استقلال الإرادة حيث انقسم الفقه والقوانين الوضعية إلى مذهبين أحدهما مؤيد لاستقلال الإرادة عن الشخص الذي صدرت منه والآخر معارض لمبدأ الاستقلال، حيث تناول الفصل آراء كبار الفلاسفة في هذه المسألة.

ثم تناولت الدراسة فكرة الاستقلال بصورة خاصة ومعناه ومدى استقلال التعبير عن شخصية الفرد الذي صدر منه واشتملت الفصل الثاني على أثر الموت أو فقدان الأهلية على التعبير عن الإرادة الذي ذكرته المادة (٩٢) من القانون المدني المصري والذي اخذ وفقاً لهذه المادة بمبدأ استقلال الإرادة عمّن صدرت عنه في ظل اختلاف القوانين والفقهاء بهذا الشأن لابد من إيجاد حل لهذه الإشكالية ووضع قانون يخص ذلك لمعالجة الاختلاف الذي قد يحصل في مثل هذه الحالات ومن التطبيقات الأخرى تناولت الدراسة استقلال الحكم القضائي عن إرادة المشرع وإيجاد الحلول لمثل هذه الحالات المستجدة في ظل تطور المجتمع.

Abstract

This study dealt with the concept of the independence of the will in the arrangement of its effects. The first chapter included a study of the nature of the will and the types and nature of the will. where the chapter dealt with the views of the great philosophers on this issue.

Then the study dealt with the idea of independence in particular and its meaning and the extent of independence of expression of the personality of the individual from whom it was issued. The second chapter included the impact of death or loss of capacity to express the will mentioned in Article 92 of the Egyptian Civil Code, which was taken according to this article the principle of independence of the will from the one who issued it in In light of the differences in laws and jurists in this regard, it is necessary to find a solution to this problem and to develop a law related to it to address the difference that may occur in such cases. Among other applications, the study dealt with the independence of the judicial ruling from the will of the legislator and finding solutions to such emerging cases in light of the development of society.

المقالة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة، والسلام على أشرف الخلق أجمعين، حبيب الله أبي القاسم محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه المنتجبين.

إن دراسة موضوع الكفاية الذاتية للإرادة في ترتيب الأثر -دراسة مقارنة- يقتضي بيان فكرة الموضوع وأهميته و من ثم بيان إشكاليته ، و أهدافه ، و منهجيته ، ونطاقه و خطة دراسته.

أولاً: فكرة الدراسة

عند التأمل في المسيرة الانسانية نجد أن الحركة ديدن الانسان عبر هذه المسيرة الطويلة، فقد ظهرت المدارس الفلسفية التي تؤمن بحرية الإرادة وقوبلت هذه المدارس بالمدارس القدرية والتي تؤمن بالجبرية وعدم حرية الإرادة، وبالرغم من ان القانون يهتم بالإرادة بعد خروجها من مكان النفس وذلك بالتعبير عنها لكن هذا القول لا يتعارض مع القول بان الإرادة حرة في عالمها غير المحسوس إذ ان القانون اشترط على الإرادة ان تكون خالية من العيوب ، وان تكون واعية ومدركة ، حيث انه لم يأخذ بالإرادة المعيبة بالإجبار وغير المختارة ولو كان الأمر كذلك لما كان هناك مسوغ لإقامة المسؤولية القانونية. والإرادة كامنة في النفس، لا يدركها وجودا ولا معنى إلا صاحبها فهي خالصة له فهو ينفرد بها دون سواء وجودا وغاية، وهناك صلة وثيقة بين الإرادة والقانون ، فالإرادة هي المبدأ الأساسي للانسان والمجتمع لذا لا بد ان يكون تاريخ البشرية كله سجلا لأعمال الإرادة، لذلك؛ فان الإرادة عندما تخرج إلى العالم الخارجي وتتفصل عن كوامن النفس فانها تتعارض وتتصادم بإرادات أخرى، لذا وجد القانون لحماية الإرادة حيناً والوقوف في وجهها حيناً آخر، من

أجل تنظيم وصقل الإرادة ضمن إطار قانوني شامل يحقق غاية القانون وفلسفته سواء بالنسبة إلى الفرد أو المجتمع، وبالنظر إلى المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، فإن مسألة حماية الإرادة من خلال النظرية التقليدية لعيوب الإرادة أصبحت موضع نظر إذ ان الإرادة أصبحت تتعرض اليوم للكثير من التغيرات وذلك بفعل عوامل المجتمع المتغيرة على صعيد التكنولوجيا والاقتصاد والاجتماع وغيرها، وان القانون يحرص على حرية الإرادة وسلامتها من خلال جعل القواعد الموضوعية الجامدة مرنة في مجال عيوب الإرادة، لكن هذا لم يعد كافياً في الوقت الحالي لحماية الإرادة القانونية.

ثانياً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في توضيح مدى قدرة الإرادة في ترتيب آثارها في العقود والاتفاقات التي تخرج فيها الإرادة من كوامن النفس ولكن تصطدم بعارض الموت أو فقدان الأهلية لمن صدرت عنه وغيرها من الحالات وعلى ضوء التغيرات الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة حيث ان هذه الحالات لا تزال محل خلاف في رأي العاملين في القانون والفقه، لذلك لا بد من بيان الموقف المتبع في هذه الحالة والوقوف على أسباب الأخذ بها من عدمه في هذه الحالات سيما لأهمية ذلك على سير المعاملات ومنع ترجيح كفة المصالح واستغلال الطرف الضعيف.

ثالثاً : منهجية الدراسة

إن تحليل النصوص القانونية الخاصة بالإرادة، وبيان الآراء والاتجاهات الفقهية، من أجل الوصول إلى غاية المشرع و أفضل الصيغ القانونية لمعالجة إشكالية الدراسة أعتمدنا المنهج المقارن بين التشريع العراقي

والقانون المدني المصري والفرنسي والفقہ الأسلامي.حيث قامت الباحثة بدراسة الاتجاهات والآراء الفلسفية والفقهية المتعلقة باستقلال الإرادة ، ثم قام بدراسة تطبيقات استقلال الإرادة في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة وآثارها وصولاً إلى التوصيات والنتائج.

رابعاً : هيكلية الدراسة

سوف نقسم هذه الدراسة على فصلين نتناول في الفصل الأول ماهية الإرادة من خلال التعريف بها و بيان طبيعتها وأساسها وكذلك الموقف الفقهي من استقلال الإرادة، ونتناول في الفصل الثاني فكرة استقلال الإرادة وأهم التطبيقات الواردة على ذلك .

الفصل الأول

ماهية الإرادة

ان الإرادة مقيدة في مجال العلاقات التعاقدية بفكره النظام العام والآداب العامة، فأى اتفاق يخالف هذا النظام يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما تنقيد الإرادة بالشكل الذي يحدده القانون في بعض العقود.

لذلك كان من اللازم استبدال مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وانصاف وقد ساعد في ذلك مجموعة من المتغيرات وأهمها ظهور المذهب الاجتماعي الذي يقيم فلسفته على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقات العقدية وليس على إرادة أطرافها، وتطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في المعاملات التعاقدية بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه.

والتدخل عن طريق تسيير وتوجيه العقد ما هو في حقيقة الأمر إلاّ سعياً لحماية الطرف الضعيف اجتماعياً واقتصادياً.

يعتمد التصرف القانوني من حيث تكوينه ومضمونه على الإرادة، أي ان إرادة المتعاقد التي شاركت في انشاء التصرف القانوني هي التي رتبت هذا الالتزام في ذمته وهي التي تحدد مضمونه ومداه، وهذه الفكرة مردها المذهب الفردي - الذي يقدر الحرية الفردية ويعتبر الفرد محور المجتمع - من نتائجه مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني ان الإرادة هي أساس ومصدر كل الالتزامات والحقوق وحتى الآثار التي تنشأ من هذه الالتزامات. هذه

الإرادة في حد ذاتها عمل نفسي لا يعلم بها إلا صاحبها، ولا يكون لها وجود فعلي أو قانوني إلا بالتعبير عنها صراحة أو دلالة، فالتعبير هو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس.

فالإرادة الكامنة في النفس لا تنتج أثراً طالما أنها لم تخرج إلى حيز الوجود متجسدة في التعبير عنها بوسيلة ذات مظهر مادي.

وإذا كان المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية، فالمتعاقد له الحرية في التعبير عن الإرادة بأي وسيلة كانت سواء باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، أو باتخاذ أي موقف يكون دالاً عليها.

إضافة إلى ذلك تطور الفقه والقانون المقارن للعقود، والذي كان نتاج التطورات الحديثة في الحياة العملية و القانونية أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة ، ورقي التضامن والعدالة الاجتماعية، حيث أفرز مجموعة من الأفكار الجديدة ليتم الاعتماد عليها كبديل لمبدأ سلطان الإرادة، وهذه البدائل هي النفع والعدل والمنفعة المقصودة في هذا الخصوص هي المنفعة العامة، أما العدل فيقتضي ان العقد لا يكون ملزماً إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة التجمعية .

فحدث ان ظهر القانون كأساس للتعاملات التعاقدية إذ يلجأ المشرع في بعض الأحيان إلى التدخل تلقائياً مستبعدا العقد شريعة المتعاقدين، فتحل إرادته محل إرادة

الأطراف وذلك لتكريس العدالة العقدية، وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وتدخل المشرع يكون في مرحلة انعقاد العقد أو في مرحلة تنفيذه، وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز تدخل المشرع في العلاقات العقدية، التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرامه والتي تشكل قانوناً للأطراف، فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، لا سيما وأن الأطراف غالباً ما يجدون أنفسهم أمام تقلبات اقتصادية واجتماعية أو سياسية لم تؤخذ في الحسبان. وفي حقيقة الأمر فإن تدخل المشرع في العقود له صور عديدة، فقد يتدخل بقواعد آمرة لتنظيم مسألة من المسائل المعينة، ويمنع على الأشخاص المساس بها، كما هو الشأن في الأمور المتعلقة بالنظام العام بنوعيه.

وسوف نقوم بدراسة هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الإرادة ونتناول في المبحث الثاني الموقف الفقهي من استقلال الإرادة .

المبحث الأول

مفهوم الإرادة

سنتناول هذا المبحث في مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بالإرادة

ونتناول في المطلب الثاني اساس الإرادة وطبيعتها وكالاتي :

المطلب الأول

التعريف بالإرادة

سنتناول في هذا المطلب تعريف الإرادة وتمييزها عن السكوت الملايس ثم نتطرق إلى أنواعها وكالاتي :

الفرع الاول

تعريف الإرادة

الإرادة في اللغة ورد في لسان العرب مادة الفعل (ر-و-د) بمعنى أراد الشيء أحبه وعنى به الاسم الريد يقال أراد يريد إرادة، والريدة الاسم من الإرادة، ورأي سيبويه : قد حكى إرادتي بهذا لك أي قصدي بهذا لك^(١).

وورد ايضاً أراد الشيء أحبه وشاءه. والاصل في الفعل منها (راد) أي اذا

جاء وذهب ولم يطمئن ويرى البعض من علماء اللغة إن الإرادة هي المشيئة

(١) العلامة أبي الفضل بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مادة(ر-و-د)، ج٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٣، ص١٧٧١-١٧٧٤.

وأصل الالف فيها واو مثل القول "راوده أي اراده أن يفعل كذا". ووردت

بمعنى الامر في قوله تعالى " يريد الله بكم اليسر " (البقرة/١٨٥).

أما في الاصطلاح فقد جاء في المعجم الفلسفي إن الإرادة اللغة هي طلب الشيء أو شوق الفاعل إلى الفعل، أما في الاصطلاح فهي الميل الحامل على إيقاع الفعل وإيجاده أو أن تكون مع الفعل وتجامعه، أن تقدمت عليه بالذات أو هي القوة التي تمثل مبدأ النزوع، وتكون قبل الفعل. والإرادة عند الصوفية هي ان يعتقد الانسان الشيء ثم يعزم عليه، ثم يريده (١).

أما في القانون فقد عرف البعض من الفقه الإرادة ، بأنها " عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين ، ولما كانت الإرادة عملاً نفسياً فلا يعلم بوجودها إلا صاحبها من دون أن يعلم بها غيره من الناس إلا إذا تم التعبير عنها ، وعرفها جانب آخر من الفقه ، بأنها " نشاط نفسي تتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة ملائمة تُعين على بلوغ هذا الغرض ". وهناك من عرفها ، بأنها " ظاهرة إنسانية داخلية يتم تحسسها بواسطة مظاهر خارجية مادية ، ولا يمكن عزلها عن مظهرها المادي الخارجي ، لأن ذلك يؤدي الى إضاعة معالمها " . وتعرف ايضاً ، بأنها " انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد " . أما اصطلاح الفقه الانكليزي الذي يعول على النية التعاقدية والتي يقابلها الإرادة التعاقدية في القانون والفقه العراقي ، فقد عرف جانب منهم النية التعاقدية، بأنها " القصد الذي يرمي إليه الطرفان المتعاقدان لخلق التزامات تعاقدية " وعرفها جانب آخر من الفقه الانكليزي بأنها " القصد

(١) أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٣، ملحق ١، ٢٠١٦، ص ٤٧٢.

الذي يرمي اليه المتعاقدان لإبرام عقد ملزم من الناحية القانونية". وعرفها جانب ثالث من الفقه الانكليزي ، بأنها " إرادة الطرفين المتعاقدين التي تعبر عن رضائهما في خلق علاقة قانونية" (١). وهكذا يتبين من تعريفات الفقه الانكليزي أنه ينبغي توافر النية التعاقدية ويجب أن تكون ملزمة من أجل إبرام العقد الصحيح الرضائي، وهذا بدوره يتطلب لا يكون ملزماً قانوناً إلا إذا اتجهت نية الأطراف التعاقدية إلى ترتيب الآثار القانونية. لذا فالنية التعاقدية وفقاً للأحكام الثابتة في السوابق القضائية هي ركن مستقل من أركان العقد البسيط لدى القانون الانكليزي، أي أن العقد الصحيح الرضائي يقوم على ثلاثة اركان هي التراضي أولاً، ومن ثم اتجاه نية الطرفين المتعاقدين الى انشاء علاقات قانونية ثانياً، وأن يدعم العقد بمقابل الالتزام ثالثاً

الفرع الثاني

تمييز الإرادة عن السكوت الملايس

بما ان طرق التعبير عن الإرادة متعددة فهذا يقودنا إلى تساؤل عن مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة فهل يصلح لكي يكون وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ؟
 فيعرف السكوت على انه موقف سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل ويكاد يتفق الفقه على هذا التعريف ولكن السكوت يختلف أثره في الإيجاب عن أثره في القبول ففي الإيجاب لا يمكن الأخذ به كتعبير عن الإرادة بشكل مطلق صريحاً كان أم ضمناً وقد نصت على

(١) د.عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخامس، ٢٠١٩، ص٧.

ذلك الفقرة الأولى من المادة (٨٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، ٢- أما النشر والاعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهه للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض)، لأنه معدوم لذا فهو يختلف عن التعبير الضمني للإرادة فالأخير هو موقف إيجابي أما السكوت فهو موقف سلبي وكذلك التعبير عن الإرادة يعتبر إيجاباً أو قبولاً بحسب من قام بالتعبير إن كان موجباً أو قابلاً أما السكوت فلا يمكن اعتباره إيجاباً إطلاقاً لكن قد يتشابه السكوت مع التعبير الضمني للإرادة وينتج أثره إذا ما اقترن بظروف وملابسات تجعل منه قبولاً فقط دون إمكانية اعتباره إيجاباً أي ان السكوت المصاحب لظروف خاصة يمكن ان يدل على انه قبول وفقاً لهذه الظروف وقد نصت على ذلك المادة (٨١) من القانون المدني العراقي وذكرت حالات معينة يمكن اعتبار السكوت فيها قبولاً^(١).

وبما ان السكوت ليس له مضمون ذاتي خاص به، وإنما يستمد مضمونه من إيجاب سابق عليه تم التعبير عنه بوسيلة إيجابية بما يعني ان القبول هو مجرد مصادقة على هذا الإيجاب بل يمكن ان تستفاد من مجرد القبول وقد نصت على ذلك المادة (٩٨) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (١٨٠) من قانون الموجبات والقيود اللبثاني حيث نصت على أن " يكون القبول كالإيجاب صريحاً أو ضمناً وبعد الجواب قبولاً حينما يكون العرض

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٣، بغداد، ١٩٧٧،

مختصاً بتعامل كان موجوداً بين الفريقين ويعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة في بيان الحساب ^(١).

الفرع الثالث

أنواع الإرادة

تقسم الإرادة من حيث أنواعها على إرادة ظاهرة و إرادة باطنة :

الإرادة الظاهرة : يرى اصحاب هذه النظرية بأن القانون لا يعتد بأثر الإرادة ما لم تخرج إلى الواقع لأنّ الإرادة الحقيقية هي شيء كامن في النفس لا بد من التعبير عنه لكي تنتج آثارها القانونية إذ يكون لها مظهر اجتماعي وهذا المظهر يتكون بالتعبير عن والافصاح عنه بطرق التعبير المعروفة بالتالي يكون الاعتداد بالنية الظاهرة للشخص بغض النظر عن نيته الداخلية التي قد تكون مخالفة لما أظهره، لأنّ تعبيره عن إرادته هو دليل لا يمكن إنكاره بعد أن ينتج آثاره ^(٢).

الإرادة الباطنة : يرى اصحاب نظرية الإرادة الباطنة أن الإرادة الحقيقة التي هي كامنة في النفس حتى وأن اختلف التعبير الذي أظهره صاحبها عن الإرادة الحقيقة (الباطنة)

(١) د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٢، ص ٣٦.
(٢) د. علي سليمان ، النظم العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤، ص ٣٢.

ويستندون في ذلك إلى أن العقد يستمد قوته الملزمه من الإرادة الحقيقة لأطراف العقد وذلك أن أساس الالتزام الإرادي وجوهر التصرف القانوني هي الإرادة، أما التعبير عنها فهو مظهر لذا وجب الاعتداد بالجوهر لا بالمظهر.

وبما أن العقد هو توافق إرادتين لذا وجب الأخذ بما أراده المتعاقد حقيقة وعدم الزامه على شيء قد يكون عبر عنه بصورة خاطئة أو نتيجة ظروف أجبرته على اظهار عكس ما يكمن في نفسه وهذا دليل يقبل إثبات العكس. والحقيقة أنه لا توجد مشكلة عندما تتطابق الإرادتين الحقيقة (الباطنة) مع الإرادة الظاهرة فإن الأخذ بأي منهما يؤدي إلى نتيجة واحدة لتطابقهما. لكن الخلاف يثور في حالة اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة حيث أنقسم الفقهاء إلى مذاهب متعددة في الأخذ بأي النظريتين أما التشريع العراقي فقد أخذ بكلتا النظريتين فأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة عندما عرف العقد في المادة (٧٣) منه بأنه "إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، ثم عاد وأخذ بنظرية الإرادة الباطنة وهذا واضح عند دراسة تفسير العقد ونص على ذلك في المادة (١٥٥) في فقرتها الأولى والتي جاء فيها " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني " وبهذا يكون قد وافق الفقه الإسلامي وأخذ بكلتا النظريتين ولم يغلب أحدهما على الأخرى بشكل مطلق وبحسب ما يتلائم مع طبيعة العقد ونرى بأنه كان

موفقاً في هذا الاتجاه كونه بذلك يضمن استقرار المعاملات ويمنع استغلال الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية في حال تعارض مصالح أطرافها^(١).

المطلب الثاني

أساس الإرادة وطبيعتها

سنتناول في هذا المطلب أساس الإرادة وطبيعتها وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

اساس الإرادة

إنّ وجود الإرادة لا يكفي لأنعقاد العقد بل لابد من أن تكون هذه الإرادة صحيحة لكي تكون معتبرة بحيث يكون من صدرت منه الإرادة مدركاً لما يلتزم به أي أن تكون صادرة من شخص يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة والعبرة بتوافر الأهلية وقت صدورها من الشخص^(٢)، والأهلية نوعان : أهلية الوجوب وأهلية الأداء وهي التي تعيننا في هذا المجال وهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً. والأصل ان كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون م(٩٣) القانون المدني العراقي.

(١) د. عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية

القانون، جامعة بغداد، العدد الخامس، ٢٠١٩

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج/٢، مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠٠٨، ص١٢.

وأن أحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها والا كان الاتفاق باطلاً
م(٢/١٣٠) القانون المدني العراقي.

وكذلك يجب أن تتجه الإرادة لإحداث أثر قانوني فلا يعتد بالإرادة الهازلة أو المقترنة
بتحفظ ذهني يدركه الطرف الآخر ولا يعتد بالإرادة المعلقة على شرط المشيئة ففي هذه
الحالات تعتبر الإرادة موجودة أصلاً.

الفرع الثاني

طبيعة الإرادة

القاعدة الأساسية أن الأشخاص أحرار في التعبير عن ارادتهم ولكن هذه الإرادة مقيدة في
مجال العلاقات التعاقدية بالنظام العام والآداب العامة فأبي اتفاق يخالف هذا النظام يعتبر
باطلاً كما أنها تنقيد بالشكل الذي يحدده القانون في بعض العقود، خصوصاً بعد تطور
وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في المعاملات التعاقدية بحيث تشارك إرادة الأطراف
في تكوين العقد وتحديد مضمونه. وجاء هذا التدخل لحماية الطرف الضعيف اجتماعياً
واقطصادياً في المعاملات ومنع الغبن والاستغلال من قبل الطرف الآخر حيث إنّ تدخل
المشرع ما هو إلاّ تماشياً مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن
بين المتعاقدين ولا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الإرادة التعاقدية بل موضوعية هذه الإرادة
، كل ذلك سوف يعمل على تحقيق التوازن بين الاطلاق لمبدأ سلطان الإرادة والعقد
شريعة المتعاقدين و القيود التي أوردتها المشرع أي أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة إنّما

يجب القول بموضوعية الإرادة .حيث يرى جانب من الفقه بان "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما فمن الظلم القول بانه شريعتهم" ^(١). لكن وبالرغم من هذا التقييد والتدخل من قبل المشرع إلا أنه أجاز الاتفاق على مخالفة بعض القواعد كالاتفاق على الفسخ والذي تختلف درجته بحسب الشرط الوارد بالاتفاق وتدخل المشرع في إرادة الطرفين قد يكون تدخلاً صريحاً بوضع قواعد آمرة لابد من مراعاتها أو بطريق غير مباشر بإعطاء القاضي صلاحية التدخل في العقد سواء بالتعديل أو إلغاء بعض البنود الواردة فيه من أجل إعادة التوازن الاقتصادي في حالات معينة. في حين رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذا الصلاحية نظراً لما كان يبديه من احترام كبير لمبدأ سلطان الإرادة والذي يؤكد على ضرورة تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً ولا عبء بما يلحق المدين من خسارة تصيبه ، وعلى الرغم من ذلك فان القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً بمجلس الدولة على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغير الظروف بعين الاعتبار ويندفع لتعديل العقد بما يتلائم والظروف الجديدة نستخلص من هذا أن حرية الإرادة وان كانت هي أساس الالتزام وهي التي تحدد قواعده وأصوله إلا أنه هناك اعتبارات من شأنها المساس بها فقد تغيرت هذه الحرية في الإرادة وأصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة لذا وجب القول بموضوعية الإرادة.

(١) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج/٢، مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠٠٨، ص ١٤.

المبحث الثاني

الموقف الفقهي من استقلال الإرادة

ان أهم صفة ميز الله سبحانه وتعالى بها الإنسان في هذا الكون هي كونه كائن اجتماعي لا يطيب له العيش إلا في كنف الجماعة، هذه الأخيرة التي تمثل الوسط الحيوي للعلاقات الاجتماعية والانسانية التي يمارسها الأفراد فيما بينهم من أجل الحصول على الوسائل الضرورية للعيش، وله في سبيل تحقيق ذلك اللجوء إلى طرق عديدة كلها تتمحور حول إجراء تعاملات مع باقي أفراد المجتمع ولأن الحياة داخل هذا المجتمع وما يحتويه من غموض واتساع وتضارب بين مصالح الناس لا تستقيم إلا بوجود نظام يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة ، تفاديا لتقلل هذه المعاملات وحفاظا على التماسك والوحدة الاجتماعية فكان ان ظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر آنذاك الركيزة الأساسية التي تبنى عليه كل المعاملات مهما كانت صفتها ونوعها، متخذة في ذلك طابع العقد، حيث قام في بادئ الأمر على انقاض المذهب الفردي، الذي يقوم على مجموعة من المبادئ والأفكار الفلسفية والاقتصادية.

فالأفكار الفلسفية تمجد الفرد وتتادي بضرورة تمجيد إرادته، لان الفرد هو الوحدة الأساسية التي يبنى عليها المجتمع ولهذا فان ما يتمتع به من حقوق نابعة عن ذاتيته كإنسان وما المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق فحسب هذا المذهب فان الإنسان حر لا يركن إلا لإرادته الشخصية كيفما شاء ومتى شاء ، أما الأفكار الاقتصادية فكلها تتمحور حول

فكرة واحدة وهي ان الإرادة لها سلطان مطلق على الأفراد، وان طبيعة العلاقة الاجتماعية تستدعي التخلص من كل قيد من شأنه ان يعيق الحرية التعاقدية وما تتمخض عليها من آثار، وهو الشيء الذي أدى إلى ان انبثقت مجموعة من النتائج على هذا المبدأ وأهمها اعتبار الالتزامات الإرادية هي الأصل وحرية التعاقد و تحديد آثار العقد، والعقد شريعة المتعاقدين وان العقد ناتج من اجتماع إرادات أطرافه الصادرة بحرية والتي اتجهت إلى تنظيم معين للعقد وللآثار المترتبة عليه وبذلك يتحقق فيها عنصر العدل .

ولكن بعد مدة من الزمن وكنتيجة للتطورات التي عرفها المجتمع في جميع المجالات، اتضح عدم جدوى هذا المبدأ وعدم صلاحيته كأساس تبني عليه التعاملات وذلك لما ينطوي عليه من مساوئ انكشفت مع مرور الوقت، أهمها تعزيز الانانية الفردية، وتقديس الفرد على حساب الجماعة، وتقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة هذا ما أدى إلى إعادة النظر في هذا المبدأ، حيث وجهت إليه أسهم الانتقاد من طرف مؤيدي المذهب الاشتراكي الذين نادوا بضرورة الحفاظ على التلاحم والتكامل الاجتماعي، و رأيهم في ذلك هو ان الفرد لا يمكنه العيش بمنأى عن المجتمع وبالتالي فان الحقوق التي يكتسبها هي حقوق ناتجة انطلاقا من كونه كائنا اجتماعيا يعيش مع غيره من الأفراد ولذلك لا يمكن النظر إليه إلا على أساس انه فرد من المجتمع .

المطلب الأول

الاتجاه المؤيد والمعارض لاستقلال التعبير عن الإرادة

سنتناول هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الاتجاه المؤيد لاستقلال التعبير عن الإرادة ونتناول في الفرع الثاني الاتجاه المعارض لاستقلال التعبير عن الإرادة وكالاتي :

الفرع الأول

الاتجاه المؤيد لاستقلال التعبير عن الإرادة

يمثل هذا الاتجاه اغلب الفقه، وهو يؤيد دور الإرادة في الاعتراف بالاعتبار الشخصي من عدمه، ويظهر ذلك من خلال اعترافه بقدرة الإرادة على اضافة الاعتبار الشخصي في عقد لا يقوم أساساً على هذه الفكرة وفي قدرة الإرادة على استبعاد هذا الاعتبار من عقد يقوم أساساً عليه وذلك من خلال التأكيد على جميع الاثار التي تترتب على الاعتداد بالاعتبار الشخصي بالعقد دون الاشارة إلى ما قد تشكله هذه الاثار من تهديد لقاعدة استقرار العلاقة العقدية^(١). فقد ذكر هذا الاتجاه عدة قرائن يمكن الاستدلال من خلالها على اصفاء الاعتبار الشخصي كاشتراط منع انتقال اثار العقد للغير سواء بالحوالة أو بغيرها واشتراط تنفيذ المدين لالتزاماته بنفسه واشتراط انتهاء العقد في حالة اعسار أو افلاس أحد العاقلين والسماح للعاقد بطلب انهاء العقد بإرادة منفردة عند

(١) د. سمير اسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، ١٩٧٥، فق ٥٢، ص ٤٦. نقلاً عن اياد احمد البطانية، الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ١٩٩٩، ص ٣٥.

اضطراب الاعتبار الشخصي أو اختلاله في العقد. في حين يرى جانب آخر من الفقه ان الاعتداد بالاعتبار الشخصي يمكن ان يستخلص من الغاية التي تستهدفها بعض العقود بان تكون طبيعة غاية العقد قرينة على الاعتداد بالاعتبار الشخصي اذا كانت غاية العقد تقتضي هذا الاعتداد، وعليه قسمت العقود إلى عقود لا تتأثر غايتها بشخص احد المتعاقدين أو بصفة فيه وبالتالي لا تعتبر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي - بوجه عام - كعقد البيع والايجار، وعقود تتأثر غايتها بشخص احد المتعاقدين أو بصفة فيه وبالتالي تعد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بوجه عام كعقود المشاركة مثل شركات الاشخاص واغلب العقود الواردة على العمل مثل الوكالة^(١).

لقد كان مبدأ استقلال الإرادة ، من أول الأمر مستقراً في أفئدة الجميع ، ولا يناقش أحد في احترام إرادة العاقد ، لا من الناحية القانونية ، ولا من الناحية الدينية ، حيث ان الشريعة هي النظام القانوني الذي يحافظ على صحة العقيدة وسلامة الدين ومادامت العقود تبرم في إطار النظام العام للشريعة ، حيث لا تروج محرمات ، ولا تنتهك حرمان ، وحيث لا ضرر ولا ضرار ، فانها تكون اللازمة للوفاء والاستيفاء ، وتقوم جهات

(١) د. جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد-دراسة في القانون المدني العراقي، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٢.

القضاء في تقرير هذا الوفاء والاستيفاء ، دون نظر إلى شكلية أو مراسيم ، عانت منها العقود ، وما زالت تعاني في القانون.

فالعقود المتبادلة ، كالبیوع والإيجارات ، وما يدور حولها ، لا تتطلب أكثر من النقاء الإرادتين الصحيحتين ؛ وعندئذ يتم العقد ، وتترتب آثاره القانونية^(١).

والعقود ذات الإرادة المنفردة أفسحت المجال الحقيقي للإرادة من أول الأمر ، لتأخذ حريتها التامة ، و استقلالها الكامل، دون أي تدخل من الشريعة ما عدا الالتزام بعدم الإضرار كما سبقت الإشارة إلى ذلك. لم يكن القانون يعرف سابقة هذه العقود ذات الإرادة المنفردة كعقود النذر ، والوقف ، والرجعة ، واسقاط حق الشفعة ، واسقاط حق الارتفاق، والإبراء، والعفو عن الدية، واجازة العقد الموقوف، والجعالة والعارية والتدبير في العتق، والكفالة الخ .. و كل ما كان يعرفه من هذا النوع قديما هو الوصية. ولذلك طال نظره فيها وتحليله لها، وأجهدت عقول الفلاسفة وفقهاء القانون نفسها لتجد أساسا سليمة ، أو لتبين الأساس السليم الذي يمكن ان يستند إليه احترام مثل هذا العقد ، أو استساغة الناس له وقبولهم إياه ، وقد عرضنا التاريخ القانوني لهذا العقد ، وبيننا كيف كانت عقول الفلاسفة و القانونيين تتعثر في الوصول إلى أساس سليم لتبريره ، ومع ذلك لم يسلم لهم الأمر إلى الان^(٢).

(١) الأستاذ علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، ط١، ج١، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩،

ص ١١١.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المصدر السابق، ص ١١٢.

ويمكن القول إن الاعتداد بالإرادة المنفردة ، وما ينشأ عنها من تصرفات ملزمة ، لم يعرفه ولم يقره الفقه الغربي إلا في عصوره المتأخرة ، ولم يكن إقراره إلا في مجال محدود ، ولم يكن التطور الذي مر به إلى أن وصل إلى هذا الإقرار جماعية بين علمائه ، كما حدث في الفقه الإسلامي منذ البداية ، ولذلك كان مجاله في الفقه الغربي مجالا ضيقاً محدوداً ، مع اختلاف في آراء رجال التشريع الغربي حول إقراره . وعلى الجملة ، فقد انتهت أكثر القوانين اليوم إلى أن جعلت الإرادة المنفردة ، مصدراً للالتزام في حالات خاصة محدودة ، وهي حالات الإيجاب الملزم ، والوعد بجائزة ، وإصدار سند لحامله ، والوصية ، والإجازة ، أو الإقرار ، وإنهاء الالتزامات التعاقدية غير محدودة المدة ، كعقد العمل ، وعقد الوكالة ^(١).

ومن المعتقد أن الذي دفع القوانين الغربية إلى هذا التطور - وإن كانت تشعر بالإرغام على التطور في هذا المجال لأنها تسير بخطى وطيدة - ما بلغه العالم في القرنين التاسع عشر والعشرين من تطورات واسعة ، في المجال الاقتصادي والاجتماعي والسياسي ، منهج فسخ المجال أمام الإرادة المنفردة ، لأنه يتفق مع تطور العلاقات الاجتماعية ، والمعاملات الاقتصادية ، والاتصالات السياسية لأنه يمنح الإرادة القدرة على أن تتحرك مستقلة ، تشعر بحريتها وسلطانها ، دون قيود معوقة ، أو حدود مصطنعة ، في عالم يريد الآن أن يتخطى حواجز القيود والحدود .

(١) الأستاذ علي الخفيف، المصدر السابق، ص ١١٢.

آراء قد جانببت الصواب

وعلى الرغم من وضوح هذه الحقيقة في الفقه الإسلامي ، فقد تصدى بعض فقهاء القانون - وقد طال تفوق الشريعة في مجال تحرير الإرادة لبيتهم الفقه الإسلامي بالتخلف عن القانون الفرنسي ؛ بل يرى فقيه آخر : انه متخلف حتى عن القانون الروماني ، فقد جاء في محاضرة ألقاها الدكتور و اميران ، في معهد القانون المقارن :. ان الحق في عدم احترام الإرادة الخاصة هو أوفى حظا في الفقه الإسلامي منه في القانون الفرنسي ^(١).

كما جاء في النظرية للإلتزامات للدكتور شفيق شحاته قوله - بعد ان عدد المواطن التي سبق فيها الفقه الاسلامي القانون الروماني -:" ان الفقه الإسلامي قد تأخر عن التشريع الروماني في ضعف القوة الإلزامية للارتباط العقدي ، وقد احتجوا بالخيارات التي منحها الشارع للعائد، كأدلة تثبت هذا الاتهام ، متذرعين بأن هذه الخيارات تضعف القوة الملزمة للعقد ، وتوهن من إرادة العائد .

ولم تصنع الشريعة في هذا المجال أكثر من ذلك ، فأن طريقها في الإلزام والالتزام ، سليم من أي عيب، بعيد عن أي مؤثر من المؤثرات ، يضعف من قوتها وسلطانها ، ولذلك منحها عوامل السلامة و القوة التي تقيها ضعف التردد ، أو مرض الجهل ، أو خطر الإكراه والتدليس ، فكانت هذه الخيارات التي حفل بها الفقه الإسلامي ، من خيار

^(١) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط٢، ١٩٧٩، ص٥٩٨.

المجلس ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، وخيار الرؤية، وخيار تفريق الصفقة ،
 وخيار الغبن ، وخيار الشرط ، و خيار النقد، و خيار التعيين . ولا ريب ان استقرار
 التعامل لا يمكن ان يتحقق إلا إذا كانت إرادة العاقد بعيدة عن المؤثرات ، مرأة من
 العيوب ، ووسائل الإرادة في ذلك هو هذه الخيارات . و كيف يضمن استقرار التعامل مع
 إرادات يمكن ان تخدع ، أو تكره ، أو يدلس عليها ؟ ^(١)

وان جميع المذاهب تعتد بالإرادة المنفردة حتى المنهج اللاتيني بعد تعديل القانون الفرنسي
 وجوب الاعتداد. ونتكلم عن هذه المذاهب تباعا :

و عند تصور كتب الأصول المذهب الشافعي فانه يعتد بالإرادة الباطنة مطلقا . والواقع
 اننا كما سنرى ليس الفارق بين المذهب الحنفي والمذهب الشافعي كبيراً ، ذلك لان هذا
 المذهب الأخير يعقد في الواقع الأحناف بالإرادة الظاهرة أصلا ، وانما هو سرعان ما
 يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة في كل حالة تتيح له إحدى القرائن الوصول إليها .
 وسوف نتطرق إلى نصوص الاصوليين الاحناف التي تعزوا إلى الشافعية الاخذ بالإرادة
 الباطنة مطلقاً في حالة الخطأ ومن ثم نصوص الفقه الشافعي التي تتم عن اعتداد هذا
 الفقه بالإرادة الظاهرة.

^(١) الدكتور شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج١، القاهرة، مصر، ١٩٧٢، من ص ٢٠١-٢٨٠.

قال الشافعي لا يقع طلاق الخاطئ لان الاعتبار الكلام انما هو بالقصد الصحيح ، وهو لا يوجد في المخطئ ، كالنائم ^(١). وفي كشف الاسرار قال الشافعي رحمه الله لا يصح طلاق الخاطئ ؛ لان الطلاق يقع بالكلام . والكلام انما يصح إذا صدر عن قصد صحيح. وكذا المجنون والعاقل سواء في أصل الكلام إلا انه فسد لعدم القصد الصحيح والمخطئ غير قاصد ، فلا يصح طلاقه كطلاق النائم والمغمى عليه ^(٢).

وفي البدائع : " زعم الشافعي ان فعل الخاطئ والنائم لا يوصف بالجناية والحظر ، لان فعل الخطأ والنسيان مما لا يمكن التحرز عنه " ^(٣).

وعندما تنفك هذه الأخيرة عنها في نهاية المحتاج : ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لنا - كلغو اليمين ومثله تلفظه به حاكيا أو تكرير الفقيه للفظه في تصويره ودرسه - ولا يصدق ظاهراً - في دعواه سبق لسانه أو غيره مما يمنع الطلاق لتعلق حق الغير به ، ولانه خلاف الظاهر ، للغالب من حال العاقل -الا بقريئة - كما يأتي، كدعواه ان الحرف التف عليه بحرف آخر ، فيصدق ظاهرة لظهور صدقه حينئذ ، أما باطنا فيصدق مطلقا . وكذا لو قال لها " طلقتك " ثم قال أردت ان اقول " طلبتك " ولها قبول قوله هنا ^(٤).

(١) ابن امير الحاج، التقرير والتحبير، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٠٤.

(٢) علاء الدين البخاري، كشف الاسرار، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٨١.

(٣) علاء الدين الكاساني، البدائع، ج١، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص ٢٠١-٢٠٢.

(٤) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٤، ص ٨١.

وجاء أيضاً : " وان كان اسمها طارق أو طالباً أو طالعة، فقال "يا طالق" وقال اردت النداء بأسمها فألثف الحرف بلساني صدق ظاهراً لظهور القرينة ، فان لم يقل ذلك طلقت، وقضيته انه لو مات ولم يعلم مراده حكم عليه بالطلاق عملاً بظاهر الصيغة، ومنه يؤخذ ان مثله في هذا كل من تلفظ بصيغة ظاهرة في الوقوع، لكنها تقبل الصرف بالقرينة ان وجدت القرينة .

وفي المذهب للشيرازي : " وان قال زوجتك إبنتي عائشة ونوي الصغيرة وقبل الزوج ونوي الكبيرة صح النكاح في عائشة في الظاهر، ولم يصح في الباطن لان الزوج قبل في غير ما أوجبه الولي" (١).

وهذا النص الأخير يقطع بأخذ الشافعية بالإرادة الظاهرة ذلك لان العقد فيه قد تكون بمجرد تطابق الإرادتين الظاهرتين رغم عدم تطابقهما مع الإرادتين الحقيقيتين . ويجدر بالذكر ان هذا المثال نفسه يستشهد به الأحناف العمل بالإرادة الظاهرة.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لاستقلال التعبير عن الإرادة

يذهب بعض الباحثين إلى إلغاء فكرة الاعتبار الشخصي بأكملها في حين يقف بعضهم الآخر بالضد من بعض اثار هذا الاعتبار، والفرق بينهما فرق في الدرجة لا في الهدف. فيرى بعضهم ان تعريف الاعتبار الشخصي لا اهمية له لان شخصية المتعاقد هي دوماً

(١) أبي إسحاق الشيرازي، المذهب، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص٤٣.

محل اعتبار في الرضا الذي يصدر عنه وهذا نابع من نظرية الالتزام ذاتها، كما ان اثار هذه الفكرة (فكرة الاعتبار الشخصي) تدرج دون ان تعالج في اطار قانوني محدد فهي تدخل بصورة غير واضحة في عملية تكوين العقد، فالعقد الذي تكون فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار لا يبقى الا بسبب تجديد الإرادة العقدية الاصلية، كما انه ينقضي ليس بموجب إرادة احد اطراف التعاقد فحسب بل عندما تصبح الإرادة عديمة الأثر ايضاً. ويذهب بعض آخر إلى الغاء فكرة الاعتبار الشخصي برمتها في العقود وذلك لان الاعتبار الشخصي يؤدي إلى نقض العقد استناداً إلى الغلط في شخصية المتعاقد مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات نتيجة للنتائج المترتبة على الاعتراف بالاعتبار الشخصي المتمثلة بأن الإيجاب لا يكون باتاً وانما يمثل دعوة إلى التعاقد أو الدخول في المفاوضة العقدية، وان الالتزامات الناشئة عن العقد مرتبطة بالأشخاص الذين يساهمون في ابرام العقد ولذلك لا يمكن التنازل عن العقد كما لا يجوز ان يتم تنفيذ العقد بواسطة الغير، وان افلاس المتعاقد أو اعساره يكون سبباً في انتهاء العقد وانه في بعض الاحيان يلاحظ ان الاعتبار الشخصي يمكن المتعاقد من فسخ العقد بإرادة مفردة، ويرى انه بموجب هذه الاثار فان الاعتبار الشخصي يضعف استقرار العقد فصحح ان التركيز على شخص المتعاقد له دور في تنفيذ العقد ولكن ذلك بالمقابل يؤدي إلى الاخلال باستقرار العلاقة العقدية فمثلاً في العقود الملزمة للجانبين يؤدي الغلط في شخص المتعاقد إلى انحلال العقد واستعادة كل متعاقد لما اداه للطرف الاخر، وفي العقود

المستمرة الغلط في الشخص يبرر انحلال العقد، كذلك الحال في العقود الملزمة لجانب واحد كعقود التبرع مثل الهبة^(١).

من ذلك يتبين إن الفقه الإسلامي عرف اتجاهين في مجال إستقلال التعبير عن الإرادة أو إستقلال الإرادة وانفصالها عن شخص من صدرت منه يعرف الفقه الاسلامي اتجاهيين في شان اثر الموت على الايجاب .

فيرى الإتجاه الأول بأن التعبير يتبع صاحبه بعد صدوره منه بالتالي فهو مرتبط وجوداً وعدمًا بوجود صاحبه فينتهي بأنتهاء وجود الأول أي انهم يأخذون بفكرة سقوط التعبير عن الإرادة بوفاة صاحب التعبير أو فقدانه لأهليته في حالة عدم وصوله إلى من وجه إليه و يستتدون في ذلك إن الإرادة حسب وجهة نظرهم لصيقة بالشخص الذي صدرت منه ولا تنتقل إلى ورثته أو من يحل محله بالتالي تُلغى في حال موت او فقدان صاحب الإرادة لأهليته قبل وصولها إلى من وجهت إليه بالتالي لا تتم العقود التي لم تستكمل بعد وكذلك إن العقد يتكون من إرادتين فلا ينعقد إلا بتوافقهما ففي حال غياب أحدهما فإنه لا ينعقد وهذا رأي عموم الجمهور من الفقه الإسلامي وأشار محي الدين النووي في روضة الطالبين أنه " إذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقلين ، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر ، فلو رجع عنه لغا العقد .وكذا لو اوجب ثم جن او اغميّ عليه ،لغا

(١) محي الدين النووي، روضة الطالبين، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت

ايجابه وامتنع القبول ، وكذا لو اذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر اذنها ، ثم اغمي

عليها قبل العقد ، بطل اذنها " .

وكذلك مغني المحتاج جاء فيه " ولان الموجب تعلقه بالعقد باق ما لم يقع القبول ، فانه

لو جن او خرج عن الاهلية لم يصح القبول. ولو اوجب بمؤجل او شرط الخيار ثم اسقط

الاجل او الخيار او جن او اغمي عليه مثلا فلا يصح " . وأكد على ذلك في موضع آخر

بقوله "ويشترط في الصيغة ايضا اصرار العاقد وبقاؤه بصفة الكمال حتى يوجد القبول

، فان اوجب الولي ثم رجع او جن او اغمي او رجعت الآذنة عن اذنها او اغمي عليها

او جنت او ارتدت امتنع القبول، وكون القبول بعد الفراغ من الايجاب " . من ذلك فأن

هذا الجانب من الفقه يرى بأنعدام الوجود المادي المستقل للإرادة عن صاحبها وعدم

تمتعها بالإستقلال عن شخص من صدرت منه، وقيامه بأي تصرف من شأنه أن يدل

على إلغائها كافي لعدم إتمام العقد و بيان رجوعه عن إرادته بأبرام العقد سواء بالقول أو

الفعل أو خروجه من مجلس العقد وغيرها من التصرفات الدالة على إعراضه عن إتمام

العقد. أما الاتجاه الثاني من الفقه وهم بعض الأمامية والإباضية فيذهب إلى الأخذ

بإستقلال الإرادة عن صاحبها الذي صدرت منه أي أن الشخص بعد أن يعبر عن إرادته

بأي من طرق التعبير المعروفة يكون هذا التعبير بعدها مستقلاً عن شخص من صدر

منه ويمكن أن يرتب آثاره فور وصوله إلى علم من وجه إليه ويكون منتجاً وكافياً لإتمام

العقد وإن توفي صاحبه أو فقدت أهليته وقد ذكر ذلك الشيخ الانصاري في المكاسب

قوله (ومن جملة الشروط في العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء)، وهذا يدل على أن الشيخ الانصاري قد اعتبر في صحة العقد وقوع كل من الايجاب والقبول في حال يجوز لكل من المتبايعين الإنشاء في تلك الحال ، بالتالي لو إن المشتري عندما أوجب البائع غير قابل للقبول، او خرج البائع _حال قبول المشتري _ لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه عندئذ لا يرتبط عقد احدهما بعقد الآخر ولا يتحقق بينهما التعاقد بوجه من الوجوه (١).

ورد السيد الخوئي على ذلك بالقول أن العقد ليس من مقولة الافعال ولا من مقولة الألفاظ الخارجية ، ولا من الاعتبارات النفسية المحض بل هو عبارة عن إرتباط التزام احد المتعاقدين بالتزام الآخر واطهاره بمظهر خارجي، كما انه لم يدل دليل من الكتاب او السنة والاجماع والسيرة على كون كل من العاقدین واجدا لشرائط الانشاء عند انشاء الآخر، بل الدليل على اعتبار صدور الانشاء من الواجد لشرائط الانشاء دون الفاقد لها. من ذلك نستخلص ان "التحقيق يقتضي الالتزام بالصحة اذا فقد المشتري شرائط صحة الانشاء حال انشاء البائع ، وبالفساد في عكسه" (٢). وعليه فاذا انشأ البائع حال كون المشتري نائما او غافلا او مغمى عليه ثم التفت المشتري الى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزما ويحكم بصحته، لان المتعارف بين التجار ان يكتب بعضهم الى بعض بيع متاعه الخاص بقيمة معينة ويقبله المكتوب

(١) الشيخ الانصاري، المكاسب، ج١، ط١، دار الحكمة، مصر، ١٩٩٤، ص١٧٧.
(٢) أستاذنا الدكتور. ضمير حسين المعموري، ترتيبية الإيجاب، بحث غير منشور، كلية القانون، جامعة بابل.

اليه ، مع انه ربما يكون عند كتابة البائع نائماً او غافلاً او مجنوناً ولا شبهة في صحة هذه المعاملة ، اما اذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد. و واضح ان السيد الخوئي يذهب الى أن الإيجاب ينتج اثره إذا قبله القابل وأن كان القابل لحظة صدور الإيجاب فاقد الأهلية. هذا ما يدل فيه على إستقلال التعبير لكنه اشترط بقاء الموجب على القابلية حين تحقق القبول وأما القابل فلا يعتبر قابليته حين الإيجاب ذلك أن العقد هو الربط بين التزامين فاذا كان الموجب قابلاً للالتزام حين تحقق التزام القابل فلامحالة يرتبط الالتزامان فيتحقق عنوان العقد ، وأن لم يكن القابل حين الإيجاب أهلاً للقبول. وأن الموجب اذا سقط عن القابلية حين القبول بموت أو اغماء أو نوم كان التزامه الاعتباري معدوماً أو في حكم العدم.

المطلب الثاني

الاساس الفلسفي لاستقلال التعبير عن الإرادة

ان الفلسفة الفردية التي جاءت بها النظرية التقليدية (مبدأ سلطان الإرادة) واجهت انتقادا لاذعا من طرف الفقهاء وذلك لانهم أظهروا اخطاء هذه الافتراضات، حيث قالوا: ان الانسان هو كائن اجتماعي بطبعه وانه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، وعليه فانه ما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه اجتماعيا يعيش مع غيره من الأفراد (١)

وان القول ان هناك حقوق شخصية للأفراد تسبق وجود المجتمع وان مصدر هذه الحقوق ارادته الحرة هو قول حديث عن العلم وترجمة لفكرة ميتافيزيقية، وان النظرية التي تأخذ بهذه الفكرة هي نظرية ضد المجتمع (anti social). بالتالي يترتب عليها جعل إرادة الفرد اعلى من إرادة القانون فلا وجود للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة، طالما ان الانسان يولد مدينا للمجتمع الانساني ويستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، لذا فإن إرادة الفرد هي في الاصل انعكاساً للتصورات والمعتقدات الجماعية، اما في حال اردنا ان نأخذ بهذه النظرية ونسلم بوجود حقوق شخصية سابقة على وجود المجتمع فانه يجب ان نستبدل هذا المفهوم بمفهوم آخر واقعي ينبثق من وظيفته الاجتماعية، فالانسان لا

(١) د.منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة،

يتمتع بحقوق بل ان لكل فرد داخل المجتمع ان يقوم بدور معين تنفيذاً لمهمة معينة، وما الإرادة إلا وسيلة لتحقيق ذلك انطلاقاً من ضرورة الاعتماد الاجتماعي المتبادلة وإذا كان ذلك يعبر عن رفض وانكار للفلسفة الفردية فان هناك اتجاها معتدلاً يرفض تلك الفكرة المتطرفة التي تنكر وجود الفرد لصالح المجتمع، ويعتبر المجتمع خارج عن الافراد وموجود في ذاته وما الافراد إلا نتاج له كالأوراق أو كالثمار تعتبر نتاج للشجرة^(١). جاء هذا الاتجاه بمثابة حل وسط بين مفهومين مختلفين الأول يعتبر الحق الشخصي من خلق إرادي ذاتي بحت والثاني ينكر بدرجات وجود حقوق شخصية للأفراد .

فالالتزام ينشأ من تلاقي المصالح الفردية و الاجتماعية، وما الإرادة إلا وسيلة لتحقيق مصلحة صاحبها، وتحقيق غرض القانون الذي هو الخير العام، والالتزام العقدي لا يمكن ان يكون له أثر ملزم إلا إذا توافق مع مقتضيات العدالة والصالح العام . وهذا يعني ان الإرادة ليست وسيلة للخلق القانوني إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى والأسمى، ومع القوانين الموضوعية التي تنفرع عنها^(٢).

هذا الاتجاه اعترف بدور الإرادة في انشاء الالتزام فقط في حين ان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأى أثر قانوني منسوب للانشاء الحر للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى إمكانية انتاج هذا الأثر للإرادة الفردية. فإرادة القانون اعلى

(١) د.حسام الدين الاهواني، المصادر الارادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٧.

(٢) انظر سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٢٧.

من إرادة الفرد، والإرادة وجدت لخدمة القانون وليس العكس، وعليه فإن هذا الاتجاه قد رفض الأحادية الفردية والأحادية الاجتماعية واخذ بالثنائية الضرورية للإنسان والمجتمع. حسب النظرية التقليدية للعقد فالعقد عبارة عن تلاقي إرادات، وإن القانون هو الأساس للقوة الملزمة للعقد لأن الإرادة الحرة للفرد لها قوانين خاصة لحمايتها، فهدف القانون هو جعل تلك الإرادات التي هي جوهر العقد نافذة ولكن هل هذا الافتراض صحيح؟ فالإرادة هي المشيئة أو انعقاد العزم على أمر ما (١).

ولكن قد ينصرف ذهن المتعاقد إلى التفكير في الأمر وتقدير مدى صلاحيته، وقد تحدث بعض الظروف التي تؤدي إلى إساءة تقدير هذه المصلحة لأسباب معينة أو لأخرى كالسرعة أو إتباع ميول لحظية، بالتالي سوف تكون في هذه الحالة إرادة ذات طبيعة متغيرة لا يمكنها أن تلزم صاحبها حتى نهاية العقد وكذلك من الصعوبة الإبقاء على إرادة الفرد ذاتها إلى حين تنفيذ العقد فقد تتغير خلال هذه المدة متأثرة بعواطف الشخص واهوائه وإن كانت إرادته ناتجة عن تفكير وترو، ذلك لأن عواطف الإنسان واهوائه تتعرض للتقلب وتتحكم به وبإرادته، فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم القيام بها، لذا لا بد أن يلزم الشخص مصدر إلزام آخر غير إرادته وهذا المصدر هو القانون، فالقانون هو الذي يعطي للإرادة القدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، وذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس

(١) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٣.

فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية بل طول مدة تنفيذ العقد، وهو بذلك يضيف عليها عنصر الثبات ولهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد و هناك من الفقهاء من لا يعتبر القانون جوهر الاساسي للعقد بل يعتبرون الإرادة الحرة لطرفي العقد هي جوهر العقد، ويرون ضرورة استبداله بقانون يعتبر الانسان نتاجا اجتماعيا ولد مدينا للمجتمع الانساني . بل ويستوجبون تدخل القانون في العقد ومن اجل تقليل الانانية وأثرها الضار الناتج من حرية الإرادة الفردية، ولهذا يجب على القانون فرض بعض القيود و الالتزامات من أجل الحد أو التخفيف من تلك الحرية.

فأن الإرادة لدى البعض ليست إلاّ تعبيراً ذهنياً لا يضيف ولا يثير شيئاً من النشاط وان العقد هو نتاج الثقة المشروعة التي تخلق النشاط ^(١)

وعلى هذا فان جوهر العقد ليس إرادة أطرافه وانما الثقة المشروعة والتي من اجلها يجعل القانون العقد ملزم لكي يمنع إهدار هذه الثقة ، فالعقد ينشأ دائما بإرادة أطرافه ولكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، وان هدفه من ذلك الالتزام بالدرجة الأولى تحقيق مصلحة المجتمع و العدالة وليس ضمان حرية إرادة الافراد وتحقيق سلطانها، وبالتالي فان تلك الإرادة يجب ان تكون متوافقة مع ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع.

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج١، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨.

وللمشرع ان يتدخل في تقييدها من اجل حماية الطرف الضعيف استناداً إلى فكرة التضامن الاجتماعي وعليه فان للقانون دوره كما للإرادة دورها أيضاً وان القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول لا يجانبه الصواب، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، والدولة ايضاً غرض وهو تحقيق المصلحة العامة ولذلك فانها قد تعطي قوة القانون لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وقيامها بذلك يعبر عن قرينة بسيطة وهي تكافؤ المصالح وتعادل القيم واذا حدث وان انهدمت هذه القرينة بفعل الواقع أظهر عدم عدالة العقد أو إضراره بالمصلحة العامة، فانه لن يحوز على القوة الملزمة، "فالعقد ليس شيئاً يحترم لذاته لانه توافق إرادات"، فالعقد يحترم إعمالاً للتضامن الانساني والاتفاق الذي لا يمكنه ان يؤدي إلا إلى نتائج مخالفة للمصلحة العامة غير جدير له بالاعتراف بالقوة الملزمة . فالعقد ضرورة من الضرورات الاجتماعية و هو وسيلة لتحقيق الصالح العام الذي هو غاية القانون، وهو الذي يعطي القوة الملزمة للعقد، فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة وانما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض، لتوجيه انشطتهم نحو الغايات المشتركة وتنظيم دور التضامن الاجتماعي وأياً كان ذلك بالنسبة للمجتمع فانه في الحد الأقصى مصدر للخير وفي الحد الأدنى مصدر للضرر. ومنه فان الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثراً ملزماً تحقيقاً لسلطانها، وانما هي وسيلة لتحقيق العدالة والصالح العام، وهي ان لم تحقق ذلك أو قامت بمخالفته فلا جدوى من أعطائها الأثر الملزم.

الفصل الثاني

فكرة استقلال الإرادة

كان التعبير عن الإرادة أمراً أساسياً لابد من توافره لوجود الإرادة وفعاليتها. فالإرادة تظل عديمة الاثر و لعل من أبرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون أن الإرادة، وهي ظاهرة نفسية خفية، لا يمكن الركون إليها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس، يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جدتها في الانصراف إلى إحداث الاثر القانوني، فالإنسان قاصر بطبيعته عن الاحاطة بما ينطوي عليه باطن غيره من مكنونات أو بما يعتمل في داخله من أمور، ومن هنا ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية^(١). وهذا ما أضفى أهمية استثنائية على التجسيد المادي للإرادة أو ما أطلق عليه اسم التعبير عن الإرادة أو إعلان الإرادة. وللإرادة في نطاق التعبير عنها حرية كبيرة في اتخاذ الشكل الذي تظهر فيه إلى العالم الخارجي، فهي قد تبدو في صورة لفظ أو كتابة أو إشارة متداولة عرفاً أو معاطاة أو تتخذ أي مسلك لا يثير لبساً في دلالاته عليها^(٢). ولكن الشكل الذي تتخذه الإرادة بحرية للتعبير

(١) انظر د. عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان غير مؤرخ. د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط ١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٨. د. عبد المجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الإسلامي، ج ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٥٤.

(٢) وهذا هو موقف القوانين المدنية الحديثة، فقد نصت المادة (٧٩) مدني — عراقي على انه ((كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على

عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق، وذلك لأن هذا الشكل المتخذ لا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية إلى ميدان الشكلية، فحرية الإرادة في اختيار الشكل المعبر عنها في نطاق التعامل إنما هي تجسيد لمبدأ الرضائية نفسه^(١). في حين أن الشكل يمثل قيداً على الإرادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير، إذ يفرض عليها أسلوباً معيناً لا بد لها من اتخاذه وإلا كانت عديمة الأثر. ولذلك يمكن أن يحدد معنى الشكل: بانه ((صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع))^(٢). فالشكل بمعناه الدقيق هو ما فرضه المشرع، وهو ما سماه بعض الكتاب الشكل غير الحر^(٣). كما أطلق عليه اسم الشكلية القطعية. تمييزاً لها من الشكل الحر أو الشكلية غير التامة التي تعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية. ولعل من الأمثلة النموذجية على التصرفات الشكلية هي تلك التصرفات الواردة على عقار، إذ أن القانون قد تطلب فيها استيفاء شكل معين هو تسجيلها في دوائر التسجيل العقاري^(٤). وكذلك عقد المرتب

التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي)). وهي توافق المادة (٩٠ / ١) من القانون المدني المصري

(١) انظر د. وليم قلادة: المرجع السابق، فقرة (١٧)، ص (٦١-٦٢).

(٢) انظر د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، فقرة (١٠٩)، ص ٣١٠

(٣) إيرنك: روح القانون الروماني، ج ٣، ص ١١٧، نقلاً عن Abdalla (Fathi Abdel- Rahim): Aspects le Cairo, nouveaux du formalism dans les contrats civils. 1974,P534.

(٤) انظر المواد (٥٠٨، ٦٠٣، ١٠٧١ / ٢، ١١٢٦ / ٢، ١٢٨٦ / ٢، ١٣٢٤) مدني - عراقي. وكذلك المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ سنة ١٩٧١ المعدل. وانظر في القانون المدني المصري المادة (١/٤٨٨) التي اشترطت ان تقع الهبة في ورقة رسمية، والمادة (١٠٣١) التي اشترطت الرسمية في الرهن التأميني (الرسمي).

مدى الحياة فهذا العقد لا يتم إلا إذا كان مكتوباً^(١). وعلى ذلك فإنّ الشكل، بمعناه الدقيق، هو ما فرضه المشرع، والحقيقة ان هذا هو مبعث تقييد الإرادة، في إطار التصرفات الشكلية، بوجوب اتخاذ مسلك معين وهو ما لا نجده في الشكل الحر حيث تكون للإرادة حرية مطلقة من أي قيد في اختيار شكل التعبير عنها. والشكل بمعناه هذا لم يكن موضع تسليم لدى بعض الكتاب^(٢). الذي نظر إلى الشكل بمعنى واسع ينبسط على الشكل المفروض أو القطعي والشكل الحر أو غير التام، فالتصرفات القانونية بوجه عام انما تستلزم عنده شكلية معينة تتمثل في التعبير عن الإرادة، وقد حمل هذا على القول بان الشكلية في التصرفات القانونية أمر لا يستغنى عنه . وقد استند هذا البعض من الكتاب إلى أساسين في سبيل الوصول إلى تلك النتيجة، فثمة من ذهب إلى ان الإرادة، وهي عنصر نفسي، لا يابيه بها القانون إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شكل ينسجم والطبيعة الانسانية، وهذا الشكل هو التعبير عن الإرادة وهو لهذا ركن أساسي في التصرفات القانونية إلى جانب الإرادة^(٣). وثمة من ذهب^(٤). إلى أن التصرفات القانونية هي في الواقع تصرفات شكلية، لا لان التعبير عنصر جوهري فيها فحسب، وإنّما أيضاً لان التشريعات المدنية الحديثة تأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة،

(١) انظر فيما يتصل بذلك المادة (٩٧٩) مدني - عراقي، والمادة (٧٤٢) مدني - مصري.

(٢) د. محمد جمال عطية: المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها. د. نعمان محمد خليل جمعة: الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٢.

(٣) د. نعمان محمد خليل جمعة: المرجع السابق، ص ٤٩.

(٤) د. محمد جمال عطية: المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.

أي التعبير أو الإرادة المستخلصة من التعبير، وبصرف النظر عن الإرادة الباطنة. إذ يرى مذهب الإرادة الظاهرة أن التعبير يمثل الإرادة نفسها، وهو ما يجب أن يؤخذ بالاعتبار، أما ما اصطلح عليها بالإرادة الباطنة فتبقى مجرد مسألة نفسية لا أثر لها في حيز الواقع، لذلك يقول هذا الاتجاه بالطبيعة الشكلية للإرادة في التصرفات القانونية^(١). إلا أن مثل هذا التوجه يقوم على تصور يجانب الصواب في فكرة الشكل، إذ لو غاب الالتزام القانوني لما أمكن اعتبار التعبير عن الإرادة، بصفة عامة، شكلاً للتصرف القانوني، وذلك لأن من شأن هذا أن يجعل من التصرفات جميعاً ذات طبيعة شكلية، الأمر الذي يتعارض مع المبدأ السائد على صعيد الفقه وهو أن الرضائية قاعدة عامة في التصرفات وأن الشكلية استثناء وارد عليها. هذا إلى جانب أن القانون عندما يمنح الإرادة حرية كاملة في استخدام وسائل التعبير عنها، فإن ذلك يتعارض مع جوهر الشكلية ذاته، ومن ثم فإنّ العنصر الفاصل بين الشكل الحر والشكل غير الحر إنّما يكمن في مسألة الحرية^(٢). فالحرية في اختيار طرق ووسائل التعبير إذا ما تركت لإرادة الأطراف فإنّ الشكل سيتجرد من أي وجود خاص ويكون مجرد حادث وعارض محض للمضمون . والحقيقة أن الشكل الحر مما تستلزمه طبائع الأشياء^(٣). وذلك لأن الإرادة

(١) انظر د. محمد جمال عطية: المرجع السابق، ص (٢٠١ - ٢٠٣).

(٢) إيرنك، ج ٣، ص ١٦٦، نقلاً عن Fathi: Op. Cit P 535

(٣) انظر د. ياسر كامل الصيرفي: التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٩.

هي ظاهرة نفسية لا يمكن التعرف عليها إلا بطريقة التعبير عنها، ومن ثم فإن الحاجة إلى التعبير هي حاجة طبيعية، إذ لا يمكن ان يتعامل الافراد فيما بينهم ما لم تكن هناك وسيلة مادية ظاهرة يتوصل بها كل منهم لفهم ومعرفة إرادة الطرف الاخر، والتعبير عن الإرادة في ظل الشكل الحر هو بيان أو عرض لمضمونها، أو بعبارة أخرى هو الشكل الذي تظهر به الإرادة، وحيث إن التعبير هو شكل الإرادة فليس بالإمكان ان يفصل الشكل عن التعبير أو يكون للشكل كيان مستقل عنه. ولكن الشكل الذي يفرضه المشرع يكتسب صفة قانونية تضيف عليه طابعاً قانونياً خاصاً ويتميز بوجود مستقل . والحقيقة ان التعبير عن الإرادة لا يكون ذا أثر إلا إذا تم بالصورة التي فرضها المشرع، وأن الإرادة، مع هذا، يمكن أن تعبر عن نفسها بأي وسيلة أخرى تتفق والطبيعة الانسانية. وهذا يجعل التمييز بين التعبير عن الإرادة والشكل أمراً ميسوراً، فالإرادة يمكن أن تعبر عن ذاتها بانها وسيلة أو مسلك، ولكن لا يقر مثل هذا التعبير ولا يعترف بوجوده إلا إذا اتخذ الشكل المفروض. ومن هنا فان الشكل الحر أو غير المقيد لا يمثل الشكل القانوني، بالمعنى الدقيق للكلمة، فهو في حقيقة الامر شكل يكفل ويضمن فكرة الاخلاق والعادات، دون أن تكون له قوة ملزمة. صحيح أنه يمكن استخدام هذا الشكل لتوضيح وتسهيل وتمهيد الاوضاع القانونية، ولكنه ليس ضرورياً لإنشاء وتكوين تلك الاوضاع. فالشكل بهذا المعنى يبدو مفتقراً إلى ما يجعل منه عنصراً أساسياً وجوهرياً ومحتماً للنظام القانوني الوضعي. فثمة صيغ وتقنيات مفروضة

لا يجوز إغفالها في النظام التعاقدي، أو لنقل أن هنالك طرقاً ووسائل طبيعية أو موضوعية لا يمكن بدونها بلوغ النتائج الخاصة التي ترمي إليها قواعد القانون . ويدخل الشكل بمعناه الدقيق في الصناعة القانونية للمشرع وذلك لأنه ذو طابع فني إجرائي وليس مجرد حاجة طبيعية للإنسان. وإلى جانب ذلك فإنّ الشكل يكون ضرورياً ما دام مشروطاً لتحقيق وتنفيذ الوضع القانوني المحدد أو النتائج القانونية الخاصة. ومن هنا تحديداً نكون أمام الشكل غير الحر أو الشكل القطعي، فقد يهدف القانون إلى تحقيق غايات متعددة وذلك مثل ان تكون الغاية هي ضمان وتأمين الاثبات وتجنب الاسراع وتدارك وحماية المصلحة الخاصة أو العامة. ولكن المشرع لم يقرر مطلقاً ترك تحديد هذا الهدف وتقديره لحرية الافراد، وإنما تولى هو ذاته هذه المهمة وتعهدها بها، وحدد الطريق الذي يراه ملائماً ومناسباً لتحقيق ذلك الهدف . وإذا كان مدار هذا هو الإتجاه القائل بان التعبير عن الإرادة يمثل في ذاته شكلاً للتصرف القانوني فإنه يلزم أن نبين أن الإتجاه الآخر قد ابتعد في تصويره للشكل كل البعد عن المعنى الصحيح الدقيق وذلك لأنه ليس هنالك من نظام قانوني أخذ بمذهب الإرادة الظاهرة على إطلاقه أو أخذ بمذهب الإرادة الباطنة على إطلاقه، وهذا يعني أنه لا وجود لذلك النظام القانوني الذي نبذ أحد المذهبين بصورة مطلقة ^(١) . بل إنّ الانظمة القانونية قد سعت إلى الجمع بين

(١) انظر د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٥٨. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٨١. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٧٩، ص ٧٠ - ٧١.

النظريتين، وتغليب إحداهما على الأخرى في مواضع معينة. ونرى إلى جانب ذلك أنه ليس من الصواب في شيء أن يقال: ((بالطبيعة الشكلية للإرادة))، وذلك لأن الإرادة مسألة ذهنية نفسية، ومن ثم فهي حالة معنوية لا تتعدى ضمير الشخص ما لم يعبر عنها، وبعبارة أكثر دقة أن الإرادة ذات طبيعة معنوية.

المبحث الأول

الصلة بين الإرادة والتعبير عنها

إذا كانت الإرادة بهذه الصورة فلا يصح وصفها بأنها ذات طبيعة شكلية، فالشكل يمكن أن يلحق بالتعبير عن الإرادة وليس الإرادة ذاتها. وهذا هو ما يتحصل من عبارات أنصار مذهب الإرادة الظاهرة فهم يقررون أن الإرادة لا يعتد بها إلا في مظهرها الاجتماعي الملموس^(١). ومن ثم فهي ظاهرة نفسية، ولذلك لا يمكن أن تكون محل اعتبار في نظر المشرع، ويضاف إلى هذا أن موضوع الإرادة الظاهرة، فيما نرى، لا يمت بصلة لموضوع الشكلية، وذلك لأن الشكل يعد في الواقع تعبيراً عن الإرادة في صورة إجراء فني لا يكون للإرادة في حالة تخلفه أثر قانوني، فهو قيد يرد على قدرة الإرادة في اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها. في حين أن موضوع الإرادة الظاهرة لا يثار

(١) انظر د. السنهوري: المرجع السابق، ص ١٧١. د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٥٤. د. وليم

قلادة: المرجع السابق، ص ٨

عموماً إلا في حالات الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، أما في حالة التوافق بين الإرادتين فإنّ انصار مذهب الإرادة الباطنة يصلون مع انصار الإرادة الظاهرة إلى النتيجة ذاتها. ولو وقفنا على حالة الاختلاف لتبين لنا ان الموضوع يتعلق بالإرادة ذاتها لا بالتعبير عنها، فالإرادة تتولد في نفس الشخص على صورة عزيمة، فيحاول التعبير عنها، إلا ان ذلك التعبير لا يجيء مطابقاً لها. فالشخص على هذا الصعيد يمتلك إرادة حرة في اختيار وسيلة التعبير عنها، إلا ان هذه الوسيلة تأتي في حالة التوافق متطابقة مع مضمون الإرادة، وتأتي في حالة الاختلاف غير متطابقة مع هذا المضمون، ولكن لو بحثنا في دائرة الشكلية لألفينا الإرادة، في الاصل، غير حرة في اختيار مسلكها في الظهور إلى الواقع، أو بعبارة أخرى لرأينا القانون يلزمها بالتقيد بسلوك مسلك معين لا يكون لها أي أثر أو فاعلية في غيابه. بل ان من شأن القول بمثل هذه الشكلية أن يسوق إلى شكلية شبيهة بتلك التي اعتنتها القوانين القديمة، مادام الاساس في ترتيب الاحكام هو التعبير بقطع النظر عما انصرفت اليه الإرادة في الحقيقة، فهنا لا يبحث عن قصد من صدر منه التعبير ولا عن مدى مطابقة هذا أو مخالفته للقانون، وإنما يبحث عن ذلك في عناصر التعبير نفسه، الامر الذي يمتنع معه كل طعن بسبب عيوب الرضا أو الصورية^(١). وهذا كله لا يتناسب مع الشكلية الحديثة، فالشكل لم يعد ذلك العنصر الوحيد في التصرف القانوني الذي يبنى على

(١) انظر د. جميل الشرقاوي: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨١.

وجوده نشأة التصرف وترتب جميع آثاره، وإنّما هو اليوم عنصر يضاف إلى الإرادة من هذه الوجهة، فتكوين التصرف القانوني يستلزم توافر عنصرين هما: الإرادة والشكل. من هنا كان من القواعد الثابتة ان توافر الشكل الذي يفرضه المشرع لا يمنع الطعن بالتصرف لأسباب تتعلق بالإرادة^(١). ولكل ذلك نرى أن الاخذ بالإرادة الظاهرة لا يمثل شكلية في التصرف القانوني، بل إنّ التصرف هنا يظل في نطاق الرضائية، وإنّ الشكل بمعناه الدقيق هو صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضه المشرع في إطار فني إجرائي. وفي ضوء هذه النتيجة تلزم الإشارة إلى ما يتطابق معها من مسألة ذات أهمية كبيرة في تحديد مفهوم الشكل هي ان الشكل يتعلق بالتعبير عن الإرادة^(٢). أو بالأصح أنّ الشكل بمعناه الدقيق يرتبط بالتعبير عن الإرادة، ويعد شرطاً لوجود هذا التعبير وليس مجرد شرط لفاعليته أو أثره^(٣). وتأسيساً على هذا يكون التعبير عن الإرادة عدماً في نظر المشرع إذا جاء خالياً من الشكل المفروض على الرغم من حقيقة وجوده في الواقع، فوجود التعبير عن الإرادة يتحقق من لحظة استيفاء

(١) انظر د. جميل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، فقرة (١٠٩)، ص ٣١٢. د. محمود

وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، معهد الإدارة العامة، ١٩٨٥، ص ١٤

(٢) انظر د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت

– لبنان، بلا سنة طبع، فقرة (٤٨)، ص ١٥٢. د. عبدالحى حجازي: النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي،

المجلد الأول، الكويت، ١٩٨٢، ص ٢٦٨. جاك غستان: المرجع السابق، فقرة (٤٢٩)، ص ٤٣٨.

(٣) (Durma (Mircea): La Notification de le volonte ,Role de la notification dans formation des actes juridiques ,Paris ,Sirey ,1930 ,no 176 ,P193

الشكل المفروض. إما قبل ذلك فلا يمكن القول بتعبير عن الإرادة^(١). فلو أبرم شخصان عقد بيع عقار، إلا إنهما لم يسجلا هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري لما أمكن القول هنا بعقد بيع عقار، إذا لا وجود للتعبير عن إرادة المتعاقدين وذلك لانه لم يستوف الشكل الذي حدده المشرع. فالتعبير عن الإرادة، وأن وقع فعلاً، لا تكون له قيمة إلا إذا استوفى الشكل المقرر قانوناً. ولكن هذا التصوير للشكل وتعلقه بالتعبير عن الإرادة لم يكن واضحاً بالنسبة إلى بعض الكتاب^(٢). الذين نجد بينهم من يتكلم على شكل العقد، ليصف العقد من ثم بانه عقد شكلي ويريد به العقد الذي يفرغ فيه التراضي في الشكل المحدد قانوناً^(٣). كما نلاحظ بعضهم يقرر صراحة، أنه من الخطأ القول بأن الشكل وصف يلحق التعبير عن الإرادة، وإنما هو وصف يلحق العقد ذاته، وان التراضي يمكن الوصول إليه بأية وسيلة، وبكلمات أكثر دقة، إن وسائل التعبير في العقد الشكلي ليست شكلية. إلا أن هذا التوجه لا يمكن قبوله، فالقول بان التصرف الشكلي لا يستلزم ان تكون وسائل التعبير عنه شكلية انما هو قول لا يمت إلى المنطق بصلة وذلك لان من شأنه ان يجعل من التصرفات القانونية بوجه عام ذات طبيعة رضائية، إذ إن التراضي يتم بأي وسيلة تتخذها الإرادة. وإذا ما تم التراضي نشأ العقد. ولكن هذا العقد

(١) انظر د. ياسر الصيرفي: المرجع السابق، ص ٥٩.

(٢) ومنهم د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص - ص (٣٩-٤٠). د. محمود وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٩.

لا ينتج آثاره إلا إذا استوفى الشكل المفروض^(١). ومن ثم لا يكون الشكل شرطاً لوجود التصرف القانوني، وإنما يكون شرطاً لفاعليته، وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى إمكان وجود تصرف غير مسمى في حالة تخلف الشكل ما دام التراضي يتم قبل تحقق الشكل^(٢). ويبدو أن مثل هذا التصوير لمعنى الشكل قد وجد له صدى في الفقه والقضاء العراقي، فقد ذهب غالبية الكتاب^(٣). على اختلاف في الحجج التي استندت إليها، إلى تأسيس التعويض الذي أشارت إليه المادة (١١٢٧) مدني عراقي، في حالة الاخلال بتعهد نقل ملكية العقار، على أساس من المسؤولية العقدية. فافترض بعض الكتاب أن الاتفاق الذي يتم بين الطرفين دون أن يستوفي الشكل الذي تطلبه المشرع لانعقاد التصرفات العقارية، إنما هو عقد صحيح مستجمع لأركانه وشروطه، إلا أن أثره الأساس المتمثل في نقل الملكية لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(٤). واستند البعض الآخر^(٥). إلى نظرية تحول العقد التي نصت عليها المادة (١٤٠) من تقنيننا

(١) انظر د. ياسر الصيرفي: المرجع السابق، ص ٦٢.

(٢) انظر د. ياسر الصيرفي: المرجع السابق، ص ٦٢ حاشية رقم (٧٧).

(٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ط ٣، بغداد، ١٩٧٧، فقرة (٨٠)، ص ٤٦ - ٤٧. د. عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، ع ٤، السنة الثانية، ١٩٧٦، ص ٩١٣. د. سعدون العامري: الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، البيع والايجار، ط ٣، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٠٦. د. كمال قاسم ثروت: شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، بغداد، ١٩٧٦، فقرة (٢٢) ص ٦٠.

(٤) انظر د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، فقرة (٨٠)، ص (٤٦ - ٤٧).

(٥) انظر د. عباس الصراف: المرجع السابق، ص ٩٤٣ وما بعدها.

المدني^(١) . للقول بأن تخلف الشكل لا يعدم كل أثر للعقد، بل أنّ هناك بعض الآثار الشخصية تترتب على العقد الباطل عند غياب الشكل، وذلك باعتبار العقد الذي تحول إليه عند توفر شروط هذا التحول، ومن ثم فإنّ الاخلال بهذا العقد يؤدي إلى نشوء المسؤولية العقدية. في حين ذهب بعضهم^(٢). الآخر إلى أن العقد قبل تسجيله لا يعد بيعاً أو عقد منشأً لحق عيني آخر كعقد الرهن، وإنما هو عقد غير مسمى ينشأ ابتداءً ويترتب التعويض عند الاخلال به، ومن هنا فإنّ منشأ التعويض هو مسؤولية عقدية. ويبدو لنا من تحليل هذه الآراء إنها مبنية على أساس واحد يتمثل في كون الإرادة موجودة ومعتبرة في نظرهم، حتى وأن تخلف الشكل الذي تطلبه المشرع. وهكذا يكون الشكل شرطاً لفاعلية العقد وليس شرطاً لوجوده^(٣). فالرأي الأول يتبنى صراحة الفكرة القائلة بأن التراضي في العقود الشكلية يتم بوسائل غير شكلية، إذ يؤكد أن تخلف الشكل لا ينفي وجود تصرف صحيح، وأن توافر الشكل من شأنه أن يترتب على العقد آثاره القانونية، ومن ثم يكون الشكل شرطاً لقيام آثار العقد وليس عنصراً لازماً في وجود العقد ذاته. ينطبق هذا التحليل ذاته على من قال بأن التعهد بنقل ملكية عقار يعد عقداً غير مسمى ويوجب التعويض عند الاخلال به. فالعقد إذا لم يستكمل الشكل

(١) فقد نصت المادة (١٤٠) على أن ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف إلى إبرام هذا العقد)).

(٢) انظر د. كمال قاسم: المرجع السابق، ص ٦٠. د. سعدون العامري: المرجع السابق، ١٠٥

(٣) ويستثنى من هذا المعنى الرأي القائل بنظرية التحول، إذ أن مدلوله لا يؤدي إلى القول بأن الشكل هو شرط لفاعلية التصرف القانوني.

الذي تطلبه القانون كان عقداً غير مسمى، أما إذا توافر فيه هذا الشكل كان عقداً ناقلاً للملكية أو أي حق عيني آخر. ويستنتج من هذا المنطق أن الوجود القانوني للتراضي يتحقق قبل استكمال الشكل، وأن تحقق هذا الأخير يتوقف عليه قيام الآثار التي سماها المشرع، كانتقال الملكية في بيع العقار. ويصح هذا كذلك بالنسبة إلى من قال بنظرية التحول، فالتحول يجب أن تتوفر فيه، وكما هو منصوص عليه في المادة (١٤٠) من القانون المدني أركان عقد آخر، ولا شك أن التراضي هو أحد هذه الأركان. أما فيما يتعلق بالقضاء العراقي، فقد استند في بعض قراراته على منهج الفقه الغالب في العراق، فاعتبر التعهد بنقل ملكية عقار قبل تسجيله عقداً غير مسمى، ومن ذلك قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه^(١). ((... وان كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة الطابو (٥٠٨ مدني)، إلا ان التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع، ولكنه عقد ملزم للطرفين إذا أخل أحد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي، وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية)). ومنه قرارها الذي جاء فيه^(٢). ((... إن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل الملكية في الطابو والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن،

(١) وهو القرار الصادر برقم ٩٨٧/حقوقية/١٩٦٨ في ١٥/١٢/١٩٦٨، المنشور في: قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٢٢.

(٢) وهو القرار الصادر برقم ١١١/حقوقية ثانية/ ١٩٧٠ في ٥/٣/ ١٩٧٠ والمنشور في: النشرة القضائية العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠، ص ٤٧.

لأن العقد صحيح وأن لم تنتقل به ملكية العقار)). وكذلك قرارها الذي قضت فيه بأنه ((إذا تعهد بائع العقار خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقاره إلى المشتري وحدد في العقد مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة نكوله، فإنه يلزم بالتعويض المحدد في العقد في حالة ثبوت إخلاله بتعهدة))^(١). ولكن هذا الذي ذهب إليه الفقه والقضاء إنما يعكس تصور غير دقيق لمعنى الشكل، الشكل يعد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة، ومن هنا فإنّ المشرع لا يعتد بالإرادة ولا يعدها موجودة إلا إذا ظهرت إلى الواقع في الشكل المفروض، فإذا تخلف هذا الشكل فلا يكون ثمة وجود للتعبير، وإذا غاب التعبير تعذر الوصول إلى التراضي لعدم وجود الإرادة من وجهة نظر المشرع، الأمر الذي يفهم منه أن الشكل يؤثر في وجود التصرف الشكلي. وهكذا فإنّ عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري يكون حكمه البطلان، ولا وجود لما يسمى بالتعهد بنقل ملكية عقار، فلا معنى لوجود عقد غير مسمى إذا كان التعبير عن الإرادة ليس له وجود في نظر المشرع. وهذه النتيجة تتفق تماماً مع منطق الشكالية، وقد قال بها بعض

(١) لقرار الصادر برقم ٤٦٩/ مدنية الثالثة / ١٩٧١ في ٢٨ / ٧ / ١٩٧١ والمنشور في النشرة القضائية العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص ٢٤. كما جاء في قرار آخر لها صادر برقم ٢٢٣٧/ حقوقية / ١٩٦٥ في ٢١ / ٦ / ١٩٦٥، ومنشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة (٢١)، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٣٣، انه ((ان بيع العقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو، إلا ان التعهد السابق على العقد المبرم بين الطرفين المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع وهو ملزم للطرفين، إذا أخل به أحدهما التزم بالتعويض (الشرط الجزائي)) وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية)).

الكتاب^(١). الذين أقاموا المسؤولية في حالة عدم تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري على أساس الفعل الضار. كما أكدت محكمة التمييز هذا المعنى في بعض قراراتها، ومن ذلك انها قررت ما يأتي ((... ولا يصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (٥٠٨) مدني، ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد))^(٢). كما قررت ما يأتي ((... حيث إن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفاءه الشكل الذي فرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه. والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً بموجب الفقرة (١) من المادة (١٣٨) مدني والمادة (٥٠٨) والمادة (٢٠٣) من قانون التسجيل العقاري، لذا فلا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري، وأنما يكون حقه استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز))^(٣).

(١) د. حسن علي الذنون: شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، فقرة (١٨، ١٩)، ص (١٤ - ١٦). وكذلك الأستاذ شاكر ناصر حيدر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، حق الملكية، بغداد، ١٩٦٩، ص ١٢١ حاشية رقم (١).

(٢) القرار الصادر برقم ٥١٨ / مدنية ثالثة / ١٩٧٣ في ٢١ / ١١ / ١٩٧٣، منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول، ١٩٧٣، ص ٦٥.

(٣) قرارها الصادر برقم ٧٨٧ / مدنية أولى / ١٩٧٩ في ٣ / ٧ / ١٩٨٠ ((مجموعة الأحكام العدلية: العدد الثاني، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠ ص ٢٦)).

المطلب الأول

ارتباط الإرادة بالشخصية

تعني الإرادة ما تنطوي عليه النفس . أما مظاهر التعبير عن الإرادة فهي مجرد قرينة عليها قابلة لأثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي للإرادة لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرف عليها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقة أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة — ولكنها سواء كانت حقيقية أو مفترضة فهي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة في معدنها الحقيقي هي الحرة المختارة، دون أن تتأثر لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط . والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرها الاجتماعي إلا بالإفصاح عنها . فالعبرة إذن بالإفصاح ، حيث إنَّه الشيء المادي الملموس الذي يستطيع القانون أن يحيط به وإن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نية . فأن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطيع إدراكه. وفي هذا ضمان لاستقرار التعاملات ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا

يحتج عليه بعد ذلك بان من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية (١) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأبي مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها. إذا كانت الإرادة هي أساس التصرف القانوني، فإن العقد مصدره إرادة المتعاقدين، ولا يتم هذا التصرف إلا إذا أفصح المتعاقدان عن إرادتهما، و يكون ذلك بالتعبير عن الإرادة. فالتعبير هو إعلان عن الإرادة أو هو وسيلة أو أداة تستخدمها الإرادة، وتكون لهذه الوسيلة قيمة ودور إذا كانت صورة صادقة عن الإرادة (٢). و عليه فالإرادة لا يمكنها وحدها ترتيب آثارها، إلا بالإفصاح عنها فالتعبير ضروري . فدوره واضح في نقل الإرادة من الباطن إلى الظاهر حتى يكون لها أثر قانوني، فهو أداة لنقل الإرادة إلى علم الآخرين، فهو إعلان عنها يستمد وجوده منها، ولا تكون له قيمة قانونية إذا اختلف عنها سواء عن

(١) في حالة التعبير غير الموجه إلى شخص معين يقتصر الركن المادي على إظهار الإرادة أما إذا كان موجه إلى شخص معين فيلزم كذلك إعلام الإرادة. أنظر وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية ١٩٧٩، ص ١٢-١٣، هامش ٣ - .

(٢) أنظر عبد الرحمن عباد، المرجع السابق، ص ٣٩ .

قصد أو عن غير قصد، فالتعبير عن الإرادة مجرد دليل قابل لإثبات العكس ، وعليه فالعبرة إذا كانت في الأساس الشخص و ليس بما يرتديه، فكذلك العبرة بالإرادة لا بما يعبر عنها، فالتعبير تكون له قيمة قانونية بالقدر الذي يتطابق فيه مع الإرادة الحقيقية، وتتلاشى هذه القيمة وهذا الدور إذا ثبت اختلافه معه ^(١) . إلا أن هناك تناقض من حيث إنّ الإرادة هي السبب الوحيد في انشاء التصرف القانوني و تحديد آثاره، و أما التعبير عن الإرادة فهو مجرد وسيلة لإعلام الغير، أي مجرد واقعة مادية لا يترتب عليه القانون أثر ^(٢) . ومن جهة أخرى الإرادة الباطنة لا يترتب عليها أثر ما لم يفصح عنها، يعني أن للتعبير قيمة قانونية وعنصر في التصرف لا يمكن إهماله، وهذا لا يتناسب مع دوره الثانوي المتمثل في الكشف عن الإرادة، في حين إنّ تخلفه يؤدي إلى عدم انشاء التصرف القانوني، لذلك ذهب انصار نظرية الإرادة الباطنة إلى طرح آراء تدعم كون التعبير يبقى مجرد وسيلة لإظهار الإرادة، و أن هذه الأخيرة تبقى هي سبب انشاء التصرف وتحديد آثاره من هذه الآراء .

إنّ إظهار الإرادة لا بد منه ^(٣)، فمن الحتمي وجوب التعبير عن الإرادة حتى تتحول هذه . فالإرادة هي قوام التصرف الأخيرة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية

(١) أنظر عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة في القانون المدني المصري كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص ٢٣.

(٢) أنظر على فيلالي، المرجع السابق، ص ٤٠ .

(٣) أنظر علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة ٢٠١٠، ص ٩٦ .

يعتد بها القانون ^(١)، فهي الركن الاساسي فيه، وفي غيابها لا يحصل الرضا اللازم لقيام هذا التصرف سواء أكان منفردا كالهبة أم عقدا كالبيع، والإرادة الكامنة في النفس لا يعتد بها القانون . ولا يرتب عليها أي أثر ما لم تظهر إلى العالم الخارجي، وهذا لا يكون إلا بالتعبير عنها. وبالتالي لا يكون لها وجود إلا بالتعبير عنها، فهو مظهر نية صاحب هذه الإرادة في موقف خارجي يكشف عن هذه الإرادة للآخرين . وبدون حدوث هذا التعبير لا يتحقق أي وجود مادي أو قانوني للتصرف القانوني ^(٢). فإرادة المتعاقدين لابد أن تأخذ مظهرها خارجيا، حتى يمكن لكل منها التعرف إلى إرادة الآخر ^(٣) . ان الإرادة عمل نفسي، ينعقد به العزم على أمر معين. وفي علم النفس الإرادة يسبقها عملان تحضيريان، ويليهما عمل تنفيذي، وبالتالي أول مرحلة تسمى الإدراك . و يتم فيها اتجاه الفكر إلى أمر معين . ثم ثاني مرحلة التدبر وفيها يزن الشخص هذا الامر و يتدبره . أما المرحلة الثالثة فهي الإرادة وهي إمضاء العزيمة في هذا الامر والفصل فيه . فإذا انعقدت هذه المرحلة فلم يبق بعد ذلك إلا مرحلة التنفيذ وهي المرحلة

^(١)أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٩، ص ٦٢ .

^(٢) ((على أن الإرادة، حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، عني بها القانون ما بقيت عزمًا منعقدًا في نفس صاحبها، وانما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها، وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها))، أنظر حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزام، ص ٧٣، نقلا عن وحيد الدين سوار، المرجع السابق ، ص ٣٧- ٣٨ ، هامش ١

^(٣) أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٨، ص ٢٩ .

الرابعة، وهذه الأخيرة هي عمل خارجي. أما المراحل الثلاث الأولى فهي داخلية نفسية، الأولى والثانية ترجعان إلى التفكير، أما الثالثة هي الإرادة في حد ذاتها. فيجب التفريق بين الإرادة الكامنة في النفس ومظهر التعبير عنها البارز إلى العالم الخارجي^(١). إذا فالتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي، في ذلك تنص المادة ٥٩ من القانون المدني الجزائري على أنه: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية)) . فالنص يؤكد على أن العقد لا ينعقد إلاّ عندما يتم تبادل التعبير عن إرادتي طرفي العقد المتطابقتين، ولم يقتصر النص على أن العقد يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين^(٢). مما يعني أن الإفصاح عن الإرادة بالتعبير عنها هو الذي يمكن من تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين وبالتالي انعقاد العقد . و عليه لا يمكن التعرف على مضمون الإرادة إلاّ بإبرازها إلى العالم الخارجي وذلك بالتعبير عليها ، إذا فهو الوسيلة المادية التي توصلنا إلى الكشف عن مكنون النفس، كما يؤدي التعبير إلى إخراج الإرادة من مفهوم نفسي داخلي إلى مفهوم خارجي، وبمعنى آخر إلى مفهوم ظاهر^(٣).

(١) السنهاوري، نظرية العقد، ج ١، ص ١٤٩ .

(٢) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤، ص ٨٢ .

(٣) حليس لخضر، الإرادة بين الحرية و التقيد ، ماجستير، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٦.

المطلب الثاني

انفصال الإرادة عن الشخصية

ليس دائماً التلازم الطبيعي بين الإرادة والتعبير محققاً فمن الممكن ان ينفصلا عن بعضهما البعض، فالعبرة تكون عندها بالإرادة الظاهرة سواء كان وقت انعقاد التصرف القانوني أو وقت نفاذه .

الفرع الأول

وقت انعقاد التصرف القانوني

أولاً_ في حالة الاختلاف بين التعبير والإرادة فذلك يكون إما مقصوداً ، وأما غير مقصود .

١_ **الاختلاف المقصود** : ان الترابط الطبيعي بين التعبير والإرادة يمكن ان ينفصل بصورة إرادية أي مقصودة من أحد المتعاقدين أو كلاهما وانواع ذلك (التحفظ الذهني، الصورية) .

أ_ **التحفظ الذهني** : حالة التحفظ الذهني هي إذا أخفى أحد الأطراف أو من تصدر عنه الإرادة في نفسه أمراً لم يفصح عنه ، أو هو عدم الرغبة في ترتيب أية آثار قانونية على التعبير التعاقدي أي ان صاحب التعبير يعتمد في نفسه عدم إعطاء تعبيره أية

قيمة خداعا للموجه إليه أي أضمر أمرا و يعلن عن أمر آخر ^(١) . وبالتالي فالظاهر في التحفظ الذهني إنَّ صاحبه يهدف إلى خداع الموجه إليه التعبير، إلّا أن مذهب الإرادة يعترف بهذا التحفظ برغم علم أو عدم علم المتعاقد الآخر به، وذلك أخذا بالإرادة الباطنة دون التعبير المخالف لها، وحتى لو كان المتحفظ حسن النية أو سيئها . هذه النتيجة فيها ضرر بالمتعاقد الآخر، لذلك أوجد كل من الفقه والقضاء حلا وذلك في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بناءً على أن صاحب التحفظ مرتكب خطأ بإخفاء غير ما أظهر. وعليه كل تعبير مقترن بتحفظ ذهني باطل لعدم تطابقه مع تلك الإرادة وبالتالي كان الحل في تطبيق المسؤولية التقصيرية من خارج أحكام العقد ^(٢) . يسند الحق إلى أعمال الإرادة يجب ان يعبر عليها الإرادة الباطنة في النظرية التقليدية، وأعمال الإرادة يجب أن يعبر عليها فإذا كان التعبير يخفي إرادة مغايرة فالعبرة بهذه الإرادة الأخيرة لأنها هي الإرادة الحقيقية فصاحب التحفظ الذهني يصدر تعبيراً لا يتطابق مع إرادته الحقيقية، ومع ذلك على القاضي ان يسند آثار العقد لهذه الإرادة الحقيقية، إلّا أن ذلك دائماً لا يعني تحمل ما يسبب من أضرار للغير وفقاً للمسؤولية التقصيرية ^(٣) . لكن بعض الفقهاء يعتمدون قواعد الالتزام الارادي، وذلك بإسقاط

(١) أنظر عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ، ٢٢

(٢) أنظر عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، دكتوراه، القاهرة، بدون تاريخ ، ص ٢١ .

(٣) أنظر عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٢٢ - ٢٣

التحفظ الذهني لأن التعبير ضروري حتى يكون للإرادة أثر قانوني، وعلى ذلك فالتحفظ الذهني لا يظهر في مضمون التعبير وبالتالي لا قيمة له. وهذا الرأي غير مقبول، لأنه يفضل الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة وهذا أساس مخالف لمبدأ سلطان الإرادة، فالتعبير في منطق هذا المبدأ ليس له قيمة ذاتية حتى ينتج أثراً قانونياً وبالتالي فالتعبير الذي مضمونه يخالف النية الباطنة، يسقط وفقاً لمذهب الإرادة^(١).

ب_الصورية : توجد الصورية إذا تعمد طرفي التعاقد على إبرام تصرف قانوني ظاهر في حين يوجد تصرف قانوني آخر سري بينهما، و عليه فالتصرف الظاهر يعد صورياً لأن نية طرفي التصرف الحقيقية غير مطابق لمضمونه^(٢). إذا فالصورية هي وجود اتفاقين متزامنين ذهنياً، الأول هو التصرف الصوري أو الظاهر و فيه التعبير يختلف عن الإرادة الحقيقية، والثاني هو التصرف المستتر والنقطة الأساسية في الصورية هي قيامها باتفاق طرفي التعاقد لأجل تضليل الغير بخصوص القصد الحقيقي الذي هو من وراء التصرف الظاهر^(٣). عند الأخذ بمنطق نظرية الإرادة الباطنة فيجب الاعتراف بالعقد المستتر وهو العقد الحقيقي الذي اتجهت الإرادة الباطنة إلى تحقيقه^(٤). بالنظر

(١) أنظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ٢١-٢٢

(٢) عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٢٠

(٣) و عليه لا تقوم الصورية عند الخطأ في تكييف العقد، أو عند إبرام اتفاقات لاحقة معدلة أو مكملة أو مصححة لأخطاء اتفاق سابق، المرجع نفسه، ص ٢٠

(٤) لبنى مختار، وجود الإرادة و التأثير الغلط عليها في القانون المقارن، دبلوم دراسات عليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، ١٩٧٧، ص ١٦.

إلى القانون الألماني نجد أن قيام الصورية على أساس ذاتي بخلاف ما يتميز به التنظيم الألماني للتصرف القانوني القائم على أساس النظرية المادية للتعبير^(١). إلا أن المبدأ العام في مسألة الصورية في القانون الألماني هو إعمال الإرادة الحقيقية لطرفي التصرف أي التصرف المستتر الذي هو التصرف الحقيقي وهذه القاعدة هي نفسها ما صرح بها الأستاذ "سافيني" هو وجوب إعمال الإرادة الحقيقية لأطراف التصرف دون الوقوف عند ظاهر الكلمات، و عليه يعتبر العقد الصوري باطلا، أما ما يتعلق بمصالح الغير نحو هذا العقد الظاهر الذي أصبح باطلا، لهم في المسؤولية التقصيرية مصدر حماية لمصالحهم. وعليه فالقانون الألماني يعتبر التصرف القانوني إرادة خالصة فقد جعل جزاء البطلان للصورية في كل الاحوال دون الاهتمام بالغير، وهذا هو قانون الإرادة^(٢). لكن بالمقارنة بالقانون المصري المستمد أساسا من القانون الفرنسي بدايته تختلف عند ذلك فإن التنظيم القانوني للصورية يتم في حدود آثار التصرف دون التعرض لمصدره وفي ذلك فإن المشرع المصري يواجه مصلحتين متعارضتين، مصلحة أطراف التصرف ومصلحة الغير، بفكرة تجزئة الآثار التي تنتج عن التصرف . وذلك بأن يعمل التصرف الحقيقي بين الطرفين طبقا للمادة ٢٤٤ قانون مدني مصري

(١) وحيد الدين سوار، : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية ١٩٧٩، ص ٣٨٦، هامش ٢

(٢) وليم قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة طنطا، بدون تاريخ، ص ٢٤٠ .

((إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي)) هذا يعني ان العبرة بالإرادة الحقيقية و ليس بالإرادة الظاهرة . كما ان المشرع الجزائري يسلك مسلك المشرع المصري نفسه في الاعتراف بمذهب الإرادة في الصورية كما تنص المادة ١٩٩ مدني على ان : ((إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي))، و عليه فالعقد الظاهر و هو العقد الصوري ليس له أي أثر بالنسبة للمتعاقدين، لأن إرادتهما لم تتصرف إليه بل إلى العقد المستتر ^(١) . وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسي نجد أنه لم يضع تعريفا محددًا للصورية ، وإنما بخلاف ذلك تطرق إلى حالة من حالاتها المسماة بورقة الضد كما جاء في المادة ذلك في المادة (١٣٢١) مدني فرنسي حدث في هذا الامر نقاشا كبيرا يدور حول مفهوم الصورية، لأن مفهومها أوسع من العقد في حد ذاته، ليشمل الاعمال القانونية التي هي من جانب واحد، إذا كانت تعني شخصا بعينه، فحاول الفقهاء تعويض النقص الذي اعترى هذه المادة (١٣٢١) مدني فرنسي ليخلصوا إلى أن نظرية عقد الضد هي حالة هامة من الصورية، لكن ليست هي جوهر الصورية^(٢).

(١) وليم قلادة، المرجع السابق، ص ٢٤١ .

(٢) محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ٣٩٠-٣٩٩

٢_ **الإختلاف غير المقصود** : الاتفاق الحاصل بين التعبير والإرادة يمكن انفصاله في حالات غير مقصودة، وذلك بصدور تعبير عن الإرادة يؤدي إلى إحداث آثار قانونية ودون قصد يخالف الإرادة الحقيقية مثل الغلط في التعبير، وعيوب الرضا كالغلط والتغيير، والاكراه، والاستغلال.

أ_ **الغلط** : فالغلط بهذا التعريف هو عيب ناشئ من الإرادة نفسها. فهو يعيب الإرادة بأن يدفعها إلى التعاقد، أي يؤثر على الإرادة في اتخاذ قرارها، وبالتالي مخالفة التعبير للإرادة الحقيقية ^(١) . وبالنظر إلى نصوص القانون المدني نجد المادة ٨١ تنص: ((يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله)). يتبين من نص المادة أنه يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة وبالتالي يؤدي إلى قابلية بطلان العقد، أن يكون جوهريا. وجاءت المادة ٨٢ مدني فقرة ١ تعرف الغلط الجوهري على انه: ((يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)). من خلال هذه النصوص فإن القانون يرجع مسألة جوهريّة الغلط من عدمه إلى الشخص، أي اعتماده في ذلك على معيار ذاتي أو معيار شخصي، وبذلك يسلك المشرع الجزائري المسلك نفسه لكل من القانون الفرنسي والمصري، بأخذه بالمعيار الشخصي في تحديد الغلط الجوهري وذلك حسب ما يقوم من أوصاف معتبرة للشيء في ذهن المتعاقد فتدفعه إلى إبرام التصرف، إلا أنه لو كان

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص ٢٢ .

يدرك حقيقة هذه الاوصاف لما أقدم على هذا التصرف ^(١) . وحتى يكون الغلط سببا لإبطال العقد يجب أن يكون جسيما ومؤثرا، و تقدير الجسامة أمر نسبي يختلف من شخص إلى آخر، بحيث إذا كان جسيما عند الاول فهو هين عند الثاني ، والمشرع الجزائري أخذ بالمعيار الشخصي في تقدير جسامة الغلط بنفسية المتعاقد وما يترتب على هذا الاعتقاد الخاطئ من نتائج . ومن جهة أخرى أن يكون الغلط مؤثرا بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد فالعبرة في صحة العقد بسلامة الرضاء ^(٢) . التقنين المدني الجزائري اعتمد على الغلط الفردي حسب المادة ٨٢ ف ١ ، فمتى وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري فمن حقه طلب إبطال العقد وذلك للمبررات الآتية:

- ١_ أن نظرية عيوب الإرادة تقضي في عيب الغلط بأن يكون المتعاقد مشوب بهذا العيب دون ربطه بإرادة المتعاقد الآخر الذي قد تكون إرادته سليمة، أو قد تقع في العيب نفسه أو بآخر، فربط عيب الغلط بالمتعاقد الآخر مخالف لاعتبار الغلط عيب في الإرادة. وذلك لأن شروط هذا العيب يجب ان تكون خاصة بإرادة الغالط فقط.
- ٢_ إنَّ مبدأ سلطان الإرادة يعطي للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال هذا العقد، لأنه هو الدافع إلى التعاقد، دون النظر إلى المتعاقد الآخر واتصاله بهذا الغلط.

(١) خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩١، ص ٥١ .

(٢) نظر علي فيلالي ، المرجع السابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

٣_ حتى ولو اعتمدنا الغلط المشترك مثل ما ينص عليه التقنين المدني المادة ٨٥ (١) وذلك حماية للمتعاقد حسن النية الذي لم تكن إرادته معيبة ، فإذا استجاب هذا الأخير إلى تصحيح الوضع حسب المتعاقد الذي وقع في الغلط، وبالتالي هذا الأخير يسقط حقه في إن هذا التصحيح يجعل التعبير مطابقاً لما اتجهت إليه الإرادة، وبالتالي طلب الإبطال، فالعبرة دائماً بالإرادة و ليس بالتعبير عنها وهذا يعكس دور التعبير كوسيلة لإظهار الإرادة (٢) . وفي ذلك يقول الأستاذ علي القره داغي : ((والذي نرى ترجيحه هو هو الرأي القائل بعدم اشتراط علم المتعاقد ولا اشتراكه في الغلط ، وذلك لأن منطق نظرية عيوب الرضا يقتضي حصر شروط الرضى في الرضا المعيب نفسه دون البحث عن رضا المتعاقد الآخر)) (٣) .

ب_ **التغيير** : التغيير هو تضليل المتعاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى إبرام العقد، بحيث لو لم تكن لما قام بالتعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية بهدف إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره إلى التعاقد (٤) . فالتغيير يوقع الإرادة في غلط فتتوهم

(١) وكذلك ينص عليه القانون المدني المصري في المادة (١٢٤)) : ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية...)).

(٢) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٤ وما بعدها.

(٣) علي محي الدين علي القره داغي،، المرجع السابق، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨ . ص ٧٧٣.

(٤) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ٤١

الواقع على غير حقيقته فهو بالتالي يعيب الإرادة ، ولا فرق في ذلك إذا صدر التضليل من المتعاقد الآخر أو من الغير، تصدر الإرادة معيبة و عليه لا تكون لها القدرة على إحداث آثار قانونية، ففي نظرية الإرادة لا فرق بين الحالتين، لأنها ظهرت إرادته على غير وعي، فلا يلتزم بهذه الإرادة المعيبة ^(١). نصت المادة ٨٦ ق.م على التدليس كعيب في الإرادة بما يلي : ((يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد))، فمن خلال هذا النص، للتغيرير عناصر ثلاث هي:

_ العنصر الاول : استعمال طرق احتيالية لتضليل المتعاقد بها : للحيل صور عديدة تختلف بحسب حالة المتعاقد المغرر به ، فالمعيار ذاتي في هذا الامر، والقاضي يرجع في تقديرها إلى الظروف الخاصة والحالة النفسية للمغرر به ^(٢) .

_ العنصر الثاني: هذه الطرق الاحتيالية هي الدافع للتعاقد : حتى يكون هناك تغيرير أن يرتبط استعمال الطرق الاحتيالية بغرض أو نية التضليل بأن يدفع المغرر به إلى إبرام العقد ، اما اذا انعدمت نية الخداع انتفى التغيرير كعيب للإرادة، مثل ما يحدث من إعطاء أحسن الاوصاف وأفضلها عند التجار لسلعتهم وذلك بهدف الإشهار لا غير ^(٣).

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص ٢٤

(٢) بلحاج العربي، : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة ١٩٩٠ ، ص ١١١ .

(٣) المرجع نفسه، ص ١١١ .

ـ العنصر الثالث : ان تكون الطرق الاحتمالية مؤثرة : يعني أن الخداع الذي وقع فيه المغرر به ، يلزم أن يكون جسيما وهذا يرجع إلى المعيار الذاتي، أي إلى حالة المغرر به فهناك من يصعب خداعه وهناك من يسهل غشه وهذا التقدير يرجع فيه إلى قاضي الموضوع إذا ما كان التعبير هو الدافع إلى إبرام العقد (١) .

جـ. الإكراه : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص مما يؤدي إلى اندفاعه إلى التعاقد، وما يفسد الرضا ليست الوسائل المستعملة فيه وإنما الرهبة التي تقع في المتعاقد نفسه (٢) . فالإكراه يعيب الإرادة من حيث الحرية بين أن تتحمل الضرر أو إبرام العقد، فما صدر عن الإرادة تحت تأثير هذا الإكراه، يعتبر قرار غير صحيح، لأنه لا يعكس قصدها، وبالتالي فالتعبير الصادر من المتعاقد تحت ضغط الإكراه ليس له أي أثر قانوني، لأنه لا يعكس الإرادة الحقيقية أو الإرادة الكامنة. وإذا كانت العبرة بالإرادة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فلا فرق بين الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر أو الغير، فمنطق الإرادة في الحالتين هو عيب فيها وما صدر من تعبير عنها لا يطابق اتجاهها الحقيقي (٣) . وتعتبر الرهبة قائمة على بيئة ، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي

(١) أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ١١٢

(٢) نظر السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠، ص ٣٦٠ .

(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص ٢٤ .

يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال)) من هذا النص يتكون الإكراه من عنصرين:

١_ بعث الرهبة الدافعة للتعاقد : ان ما يعيب الإرادة ليس الإكراه في حد ذاته، وإنما ما يولده في المكره نفسه من الرهبة ودليل هذه الأخيرة الخطر الجسيم والمحدق، فمجرد التهديد الذي ليس فيه خطراً لا يعتد به إكراهاً^(١). أخذ المشرع تقدير جسامته الخطر بالمعيار الذاتي^(٢)، كما نص عليه في المادة ٨٨ ف ٣. وان تكون هذه الرهبة البينة هي السبب الدافع للتعاقد فتجعل من التعبير الصادر من المكره غير مطابق لإرادة المكره الحقيقية، وبالتالي يعد الإكراه عيب في الإرادة يستوجب طلب إبطال العقد.

٢_ الرهبة غير مشروعة : يشترط المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ مدني ان تكون الرهبة التي تحت ضغط سلطانها أبرم المتعاقد العقد، كانت دون وجه حق، يعني غير مشروعة، أما إذا كان الهدف من الإكراه مشروعاً فلا يمكن أن يؤدي إلى الإبطال مثل تهديد المدين من طرف الدائن بالتنفيذ الجبري على أمواله^(٣). وبالتالي يتحقق الإكراه المؤدي إلى البطلان اعتباراً بصفة الغرض منه وليست بصفة

(١) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة ٢٠٠٥، ص ١١٠.

(٢) علي فيلاي، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٣) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ١١٩.

الوسائل هل هي مشروعة أم غير ذلك و المعيار في ذلك دافع المكره والهدف الذي يسعى إليه (١) .

المبحث الثاني

تطبيقات استقلال التعبير عن الإرادة

الإرادة مرتبطة وجوداً وعدمياً بقدرة الشخص على اتخاذ موقف ما ، حيث يبرز الإدراك بما هو مقدم على فعله فأهلية الشخص شرط أساسي للإرادة وقد جمع القانون بين الإدراك و التمييز، ويشترط في هذه الإرادة أن لا تكون هائلة بل يجب ان تتجه إلى إحداث أثر قانوني. فالإرادة التي يعتد بها القانون ، يجب ان تصدر من شخص ذو أهلية و المقصود بها نطاق صحة التراضي هي أهلية الإداء ، وهي صلاحية الشخص لصدور الاعمال أو التصرفات على وجه يعتد به شرعا حيث تكون معدومة في حالة الصبي غير المميز والمعتوه وانعقاد العقد من هؤلاء يكون باطلا بطلانا مطلقا . وتكون الاهلية ناقصة كما في حالة الصبي غير المميز والسفيه وذي الغفلة والإرادة معيبة والتراضي غير صحيح . ومن ثم لا معنى للحديث عن التعبير عن الإرادة(٢).

فمجل القول هو التعبير عن الإرادة ينحصر فقط في الإرادة التي يعتد بها القانون ، ويكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه المدنية. من الوجوب القانوني وجود التعبير عن

(١) أنظر علي القره داغي، المرجع السابق، ص ٤٨١

(٢) <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2017/02/06/428361.html> مفهوم القانوني لمبدأ

الإرادة كي يتحول التراضي من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون ، وهذه الحقيقة تقودنا إلى البحث في تحديد قيمة التعبير في تكوين العقد خاصة عندما تختلف الإرادة الكامنة عن الإرادة المعلنة ، وقد أتجه الفقه إتجاهات مختلفة . أحياناً تنثور مشكلة تعارض الإرادة الظاهرة للمتعاقد مع إرادته الباطنة ، أو ما يعبر عنه بمشكلة تعارض العبارة مع الإرادة ^(١) .

المطلب الأول

استقلال التعبير وأثر الموت أو فقدان الأهلية على ذاتية التعبير في

التصرفات القانونية

إنّ الرأي في الفقه القانوني بالنسبة لأثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة ينقسم إلى إتجاهين يرى الإتجاه الاول موت التعبير بموت صاحبه ويرى الإتجاه الثاني استمرار حياة التعبير بالرغم من موت صاحبه. ففي النظرية التقليدية الفرنسية المبدأ المقرر أن موت أو فقد الأهلية لأي من الطرفين قبل تمام العقد يؤدي ذلك إلى عدم انعقاد العقد وهذا على أساس أن تمام العقد يكون بتوافق أرادتین وإرادة الشخص تكون غير موجودة بعد موته أو فقد أهليته، فهذه النظرية تعتمد على الإرادة الباطنة والتي تختفي وتصبح غير موجودة بوفاة صاحبها أو زوال أهليته ^(٢) وقد نصت على

^(١) https://lawsmaster.blogspot.com/2015/08/blog-post_21.html شروح السنهوري ، تاريخ

الزيارة ٢٠٢١/٧/٢ .

^(٢) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ٦٥ .

ذلك في المادة (١١١٧) من القانون المدني الفرنسي المعدلة في ٢٠١٦ حيث جاء فيها "يعد الإيجاب منعماً بعد إنقضاء الأجل الذي حدده الموجب أو بعد مدة معقولة إذا لم يحدد له أجل ويعد الإيجاب منعماً كذلك في حال انعدام أهلية الموجب أو وفاته " أي أن المبدأ المقرر في النظرية التقليدية الفرنسية أن موت اي من الطرفين او فقده اهليته قبل انعقاد العقد يحول دون انعقاد العقد وذلك لضرورة وجود توافق ارادتين وقت تمام العقد. لكنها عادت وقررت في المادة (١١٢٤) المعدلة بأنّ " الوعد من جانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه احد الاطراف الواعد أو الطرف الاخر المستفيد مكنة الخيار في ابرام عقد تحددت عناصره الجوهرية " ، وفي انشاء عقد لا ينقصه سوى رضا المستفيد ^(١). ولا يحول الرجوع عن الوعد خلال الوقت المتبقي لممارسة المستفيد مكنته دون انشاء العقد الموعود به " مما يعني إنّ موت الواعد في الوعد من جانب واحد في أن يبيع لن يؤثر في بقاء الوعد. و إنّ العقد يكون من جانب واحد عندما يفرض التزامات على طرف واحد، ولن يحتاج المستفيد أن يصدر منه رضا ولا تفرض عليه التزامات، وبالتالي يتحول العقد إلى عقد ملزم للجانبين عندما يعبر المستفيد عن رغبته بأبرام العقد. أما إذا رجع الواعد عن وعده قبل إنقضاء الموعد المحدد، فإن هذا لا يمنع المستفيد من إبرام العقد خلال المدة المحددة إذا ابدى قبوله . وهذا تناقض بين المادتين

(١) أستاذنا الدكتور ضمير حسين المعموري، تربية الإيجاب، بحث غير منشور، كلية القانون، جامعة بغداد.

أما بالنسبة للشريعة الإنكلوسكسونية فإن الإيجاب فيها ينقضي قبل أن يتم قبوله ، أي أنه عندما ينتهي الإيجاب فلا مجال للقبول. وبالعكس ، فإن الإيجاب عندما يقبل من قبل الموجب اليه، فلا مجال لإنتهائه أو إنقضائه بعد ذلك . أي انه الإيجاب وفقاً لهذه الشريعة ينتهي بعدة طرق منها الموت ،الرجوع، ورفض الإيجاب ،و أنقضاء زمنه، والإيجاب المقابل ، وأيضاً في حال عدم توافر شروط الإيجاب بالإضافة إلى موت الموجب اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد. وبخلاف هذه الحالات فإن موت الموجب لا يؤثر في استمرار حياة الإيجاب اذا كان قد وصل الى الموجب اليه بشرط ألا يكون موته وصل قبل القبول. اما القانون المدني الالمانى فقد سلك نفس المسلك وأخذ بعدم تأثير موت أو فقدان أهلية من صدرت منه الإرادة على استمرار حياة التعبير عن إرادته في المادة (١٣٠) الفقرة الثانية. كذلك القوانين العربية هي الأخرى أنقسمت بين مؤيد ومعارض للأخذ بفكرة استمرار التعبير وانفصاله عن شخص من صدر منه بعد موته أو فقدانه لأهليته فمنها ما أخذ بفكرة انفصاله ومنها ما ربطه وجوداً وعدمًا بشخص من صدر منه التعبير ومنها من سكت عن ذلك. فالقانون المدني المصري نص في المادة (٩٢) منه على ما يلي " اذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة او فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير اثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الإلتر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ،هذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعة التعامل ". وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين المدني

السابق يأخذ بأن التعبير عن الإرادة يسقط إذا مات من صدر عنه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره باعتبار أن التعبير يسقط بسقوط الإرادة لكونه مظهراً لها ولا يتصور قيامه بعد وفاة صاحب الإرادة أو فقدان أهليته لأنه من المستحيل تطابق إرادتين الذي هو شرط لتوافر ركن التراضي في العقد. ذهب القضاء في ظل التقنين المدني السابق، إلى أن التعبير عن الإرادة يسقط إذا مات من صدر عنه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، ذلك لأن التعبير باعتباره، مظهراً للإرادة يسقط بسقوطها، ولا يتصور قيامه بعد وفاة صاحب الإرادة أو فقد أهليته، ومن ثم يستحيل أن يتحقق تطابق الإرادتين الذي يشكل ركن التراضي في العقد^(١). لكن المشرع خالف هذا المذهب في المادة (١٢٩) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي حيث نصت على ما يلي: " لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه التعبير أو من وجه إليه هذا التعبير، قد مات أو فقد أهليته، ما لم يتبين من العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل " وهذا تغليب لنظرية الإرادة الظاهرة من أجل استقرار التعامل لكن هذا النص تعرض للنقد من قبل لجنة المراجعة وتم تعديله فجاءت المادة (٩٢) من القانون المدني الحالي ويجب في هذه الحالة أن نفرق بين فرضيتين الفرضية الأولى : إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب : إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم من وجه إليه،

^١ د. مصطفى عبد الجواد المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة

فإن ذلك لا يمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه. لكن أختلف الفقه حول مسألة صلاحية هذا الإيجاب لأنعدام العقد حيث ذهب البعض إلى أنه وبالرغم من بقاء الإيجاب وإنتاج أثره إلا أنه لا يؤدي إلى إتمام العقد لأن القبول موجه إلى الموجب والذي مات أو فقد أهليته فلا ينعقد العقد. في حين يرى البعض الآخر صلاحية الإيجاب لإتمام العقد حالما يصل إلى علم الموجب إليه لأن ورثته أو من يمثله يحل محله في العلم بالقبول. الفرضية الثانية : إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو القابل : إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد أن صدر منه القبول، فهذا ينتج أثره ويتم العقد حالما يصل إلى علم الموجب، إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار مثل الرسام فإن العقد لا يتم في هذه الحالة أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير المنشئ للتصرف بالإرادة المنفردة : لابد من توضيح حالة تأثير الموت أو الإرادة المنفردة على التصرفات الناشئة بالإرادة المنفردة ومن أجل ذلك نفرق بين حالتين الحالة الأولى : إذا كان التعبير عن الإرادة واجب التسلم أي أن التعبير لا يرتب آثاره إلا إذا وصل إلى علم الطرف الآخر مثل الأبراء من الدين ، ففي هذه الحالة يتم التصرف وينتج أثره ويتم الأبراء من الدين إذا مات المدين أو فقد أهليته لأن ورثته أو من يمثله يحل محله في العلم بالعلم بالتصرف في حين أنه لو مات الدائن أو فقد أهليته فإنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين الحالة الثانية : إذا كان التعبير عن الإرادة غير واجب التسلم : مثال ذلك الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، فإذا صدر هذا

الوعد وتم توجيهه للجمهور ، فإنه ينتج أثره حتى لو مات من صدر عنه الوعد أو فقد أهليته حيث يحل ورثته أو من يمثله محله في تنفيذ الوعد تجاه من قام بالعمل المطلوب وكذلك يتم التصرف حتى ولو مات الواعد أو فقد أهليته قبل أن يصل ذلك إلى علم الواعد بجائزته ، حيث يجوز لورثته أو ممثله القانوني المطالبة بالجائزة. وتقابل في القانون المدني الجزائري المادة (٦٢) وهي صياغة المادة (٩٢) مدني مصري نفسها ^(١). تبين من هذه المادة أن التعبير عن الإرادة لا يتأثر بموت من صدر منه أو بسبب فقدانه لإرادته متى اتصل بعلم من وجه إليه، ويرجع ذلك إلى أن التعبير عن الإرادة من وقت صدوره يصبح له حياة ووجوداً مستقلاً عن صدر منه، بحيث يمكن تصور وجوده بموت أو فقدان من صدر منه هذا التعبير، ويعتبر هذا من نتائج الأخذ بفكرة الإرادة الظاهرة، بعكس لو ارتبط التعبير بالإرادة الباطنة فإنه سيطرّب على ذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بمجرد موت من صدر منه أو بسبب فقدانه لأهليته، فمن خصائص نظرية الإرادة الباطنة إنها لا تجعل للتعبير عن الإرادة مظهراً ووجوداً مستقلاً عن صدر منه إنما تربط هذه النظرية بين التعبير وممن صدر منه ارتباط عدم أو وجود ^(٢).

(١) خليل قدامة مصادر الالتزام السابق فقرة ٢١ ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى أنظر عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق فقرة ٥٣ ص ١١٢ أنظر فقرة ٥٥ ص ١١٨ - أنظر السنهوري الوسيط الجزء الأول فقرة ٨٢ ص ١٨٥ وما بعدهما.

ومع ذلك فقد وضعت كل من المادة ٩٢ مدني مصري والمادة ٦٢ مدني جزائري استثناءين علي القاعدة السابقة، وهما :

١. إذا ظهر من التعبير عن الإرادة ذاته بأن العقد لا ينعقد إلاّ مع من وجه إليه نفسه لا مع ورثته .

٢. إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقضي بأن العقد لا يتم إلاّ مع من وجه إليه التعبير نفسه، ويقع ذلك في العقود التي تقوم علي الإعتبارات الشخصية كالتعاقد مع فنان أو رسام أو ممثل، الخ ^(١) .

ولفهم القاعدة التي وضعتها المادة ٩٢ مدني مصري والمادة ٦٢ مدني جزائري بعدم تأثر التعبير عن الإرادة بموت أو فقدان أهلية من صدر منه التعبير يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن المشرع المصري والمشرع الجزائري ربطا قدرة التعبير عن الإرادة على إنتاج آثاره القانونية بعلم من ووجه إليه التعبير عن الإرادة، يترتب علي ذلك النتائج الآتية:

١. إذا صدر التعبير عن الإرادة بالإيجاب، ثم مات هذا الموجب أو فقد أهليته، فإن تعبيره يبقى قائما وفقاً لأحكام المادة ٩٢ مدني مصري والمادة ٦٢ مدني جزائري، فإذا صدر القبول ممن وجه إليه التعبير بالإيجاب فإنّ العقد في هذه

(١) حيث يقتضي في هذه العقود تدخل القابل (الذي صدر منه القبول) شخصيا في تنفيذها، لأن ما يتوافر فيه لا يتوافر في ورثته أو في من يحل محلهم من صفات .

الحالة لا ينعقد رغم قيام التعبير عن الإرادة بالإيجاب، والسبب في ذلك أن

الموجب لم يعلم بالتعبير عن القبول حيث مات أو فقد أهليته^(١).

٢. لكن على خلاف هذا الحكم لو أن من صدر منه التعبير عن الإرادة بالقبول

مات أو فقدت أهليته ثم اتصل هذا القبول بعلم من وجه إليه (الموجب) فإن

العقد ينعقد حينئذ^(٢).

(١) أنظر خليل قذافة مصادر الالتزام السابق فقرة ٢١ ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي السابق فقرة ٥٣ ص ١١٩ والسنهوري الوسيط السابق هامش رقم ١ ص ١٨٨ - وقد مرت المادة ٩٢ عدة مراحل حتى استقرت علي ما هي عليه الآن - فقد ورد هذا النص في المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري علي الوجه الآتي: "لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل" ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به. وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصورا علي موت من وجه إلي التعبير أو فقدته لأهليته.. وانتهى المتناقش إلي تعديل النص علي الوجه الذي استقر في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ٩٤ في المشروع النهائي. وافق مجلس النواب علي المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤. وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ علي النص تحت رقم ٩٢، وجاء في تقريرها ما يأتي: "اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتي ينقضي العبير عن الإرادة بموت صاحبة أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في مصر وفرنسا، ولأنه قد يقضي إلي الأضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متي صدر صريحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقدته لأهليته. ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح الا الإبقاء علي المألوف، ولكن اللجنة رأت أن هذا المألوف لا يستند إلي أساس فقهي أو منطقي سليم، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي، ومثل هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح" وقد وافق مجلس الشيوخ علي المادة كما أقرتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٩ - ص ٣٥ -) وفي ظل القانون المدني المصري القديم كان القضاء المصري يجري علي أن موت صاحب الإرادة أو فقدته لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة - أنظر محكمة الاستئناف الوطنية ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ - محكمة طنطا ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ - وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون المدني القديم المصري تطبقان هذا المبدأ في عقد الهبة

جاء في المغني ما يأتي "وأن يصر البادي على ما يأتي به من الإيجاب إلى القبول . وان تبقى أهليته كذلك، فلو جن أو أغمي عليه لم يصح العقد لضعف الإيجاب وحده^(١) ، ومن مبطلات الإيجاب لدى الاستاذ محمد مصطفى شلبي وهو من الفقهاء المحدثين هو خروج الموجب عن أهليته بالموت، أو بالجنون قبل قبول الآخر، فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجابا يرتبط به ، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتباري، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد، ومثل ذلك زوال أهلية من وجه إليه الإيجاب، لأن الإيجاب لا يعمل وحده بدون القبول وبزوال

فتتصان علي ما يأتي تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له". وسنرى أن القانون المدني القديم كان يمانئ الحكم في الفقه الإسلامي، بينما ما أخذ به القانون المدني الحال يتعارض مع الحكم في الفقه الإسلامي. ولما كان القانون المدني المصري الجديد قد استحدث هذا الحكم، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أي قبل ١٥ أكتوبر سنة ٩٠) فإن قبوله يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقا للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقا للقانون الجديد، وذلك تطبيقا لنظرية الأثر الفوري (immediat effet) ، (وترجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ في المشروع التمهيدي والتي تقابل المادة ٩٢ في القانون المدني الحالي أساس هذه المادة إلي ما يلي "يقضي النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو يفقد أهليته. وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة، فالالتزام بالبقاء علي التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به، يظل قائما بعد الموت أو فقد الأهلية، شأنه في ذلك شأن أي التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول، وجه القبول بداهة إلي نائبه لا إلي شخصه". وتمضي المذكرة الإيضاحية في تأسيس المادة ٩٢ بقولها "وجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما، لا يتأثر هو أيضا بالموت أو يفقد الأهلية. وغني عن البيان أن حق العدول ينتقل إلي ورثه الشخص أو ممثله إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير"، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٣١ .

(١) أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٦ - وحاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤ - وأنظر كذلك الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠

الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الإيجاب ^(١) . وجاء في المغني ما يأتي "وأن مات أحدهما بطل خياره لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث" ^(٢)، ويذكر صاحب المغني بأنه " إذ خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الاب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب. وجاء في النيل من مذهب الإباضية ما يأتي "وان تجنن مشتر قبل قبول، علق الشافعي ^(٣) البيع، وخليفته بمقامه ان كانت وإلا أجبر أولياؤه بإستخلاف عليه إن طلب البائع في الأظهر. وأن مات فوارثة بمقامة. وجاز قبوله بإستخلاف عليه إن طلب البائع في الإظهر. وأن مات فوارثة بمقامه. وجاز قبوله ان أرتد أيام استثنائية وبعدها، أما مسلم أو ، وإذا مات لبائع أو فقد أهليته مقتول، إن لم يكن المبيع رقيقا أو مصحفاً أو آلة ضرب ^(٤) قبل قبول المشتري لم يسقط الإيجاب وكان للمشتري أن يقبل البيع بالرغم من ذلك، فقد جاء في النيل من مذهب الإباضية "ومن باع فمات أو جن أو أرتد، فبداله، علق للمشتري وخير ^(٥). واستناداً لما تقدم نستنتج الآتي :-

١. من جميع هذه النصوص التي نقلناها من مواضعها يتبين ان الرأي الغالب في الفقه الاسلامي يتجه إلى أن الموت أو فقدان الأهلية يعتبران من الأسباب

(١) أنظر محمد مصطفى شلبي المصدر السابق ص ٤٣٢

(٢) المغني والشرح الكبير ج ٤ المصدر السابق ص ٩ .

(٣) المغني والشرح الكبير ج ٤ المصدر السابق ص ٩ .

(٤) أنظر النيل من مؤلفات المذهب الاباضي جزء ٢ ص ١١

(٥) أنظر النيل من مؤلفات المذهب الاباضي جزء ٢ ص ١١ .

المسقطه للإيجاب قبل التقائه بقبول متطابق معه تمام الانطباق، فلا ينتج آثاره الشرعية التي أرادها من عبر عن إرادته بالإيجاب، وهو الحكم نفسه بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب، فإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول، يترتب على ذلك سقوط الإيجاب حيث إن خيار القبول لا يورث.

٢. ومع ذلك يوجد هناك رأي في الحنابلة والشافعية في حالة جنون أو إغماء أحد المتعاقدين فإن الولي من الأب أو الوصي أو الحاكم يقوم مقامه في استعمال حق خيار. القبول أو الرجوع، وعلى هذا فإن التعبير عن الإرادة في هذه الحالة يمكن ان ينتج آثاره الشرعية، ومن ثم فإن فقد الأهلية لا يعتبر سببا مسقطا للإيجاب أو القبول .

٣. بل هناك رأي في المذهب الإباضي لا يجعل للموت ولا لفقدان الأهلية أثر على التعبير عن الإرادة بحيث لو صدر الإيجاب وفقد صاحبه أهليته بسبب إغماء أو جنون .الخ أو حتى موت فإن الإيجاب يبقى ويحقق آثاره إذا ما لحقه القبول المطابق ممن وجه إليه الإيجاب.

٤. في الواقع ان رأي الإباضية يمكن ان نقول عنه إنه الرأي الذي يتفق والطابع المادي للالتزام وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية، والتي ترجح العمل بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة بهدف تحقيق الاستقرار في المعاملات وهو مقصد موضوعي تهدف الشريعة الاسلامية في تحقيقه. حيث يترتب علي ذلك إمكان

تصور انفصال الإرادة عن صاحبها متى أصبح لها حيزا من الوجود عن طريق التعبير عنها بأحد وسائل التعبير عن الإرادة. وعلي هذا فمبدأ الإباضية والذي لا يجعل للموت وفقدان الأهلية أثرا على التعبير عن الإرادة يتفق مع ما أخذت به القوانين الوضعية ^(١).

المطلب الثاني

استقلال النصوص التشريعية عن إرادة المشرع والنتائج المترتبة عليها

ما من تصرف قانوني يقوم به الإنسان لإشباع حاجة من حاجاته الإنسانية، إلا وينهض على إرادة عبر عنها تارة بالإيجاب وتارة أخرى بالقبول، سواء انعقد هذا التصرف بإرادة واحدة أو بإرادتين كما هو الحال في غالبية التصرفات القانونية، فالإرادة التي ينهض عليها أي تصرف قانوني تدخل ضمن إطار الأمور الباطنية الأخرى في الإنسان والتي لا يستدل عليها إلا من خلال الوسيلة التي استعملت في إظهارها وبيانها وجعلها ملموسة للطرف الآخر الموجهة إليه، فالشخص الذي يريد شراء أحد الأموال ، عقارا كان أم منقولا يجب أن يعبر عن رغبته هذه حتى يجد من يريد بيع أحد عقاراته أو أحد منقولاته له، والشخص الذي يرغب في تأجير العين التي

(١) انظر خلاف هذا الرأي محمد مصطفى شلبي السابق ص ٤٣٢ - وأنظر كذلك محمد سلام مذكور السابق فقرة ١٤٢ ص ٣٧٤ حيث يقول "إذا صدر الإيجاب صحيحا وقد فهمه الآخر وسمعه وقبل القبول أو الإعراض وخرج الموجب عن أهلية التعاقد في المجلس بأن مات أو جن، فإذا صدر القبول بعد ذلك فإنه لا يتصل بالإيجاب وأنظر موقف القوانين الوضعية فقرة ٩ من هذا البحث

يملكها للغير، يجب أن يعبر عن رغبته بذلك ، وإلاّ ظلت هذه الرغبة كامنة في النفس لا يعلم بها إلاّ صاحبها ولا يدركها الآخرون الذين يعول عليهم ملاقة هذه الإرادة بإرادة أخرى بالقبول^(١).

فالتعبير عن الإرادة ضرورة تقتضيها الرغبة في إظهارها وبيانها والتدليل على وجودها، لتصبح حقيقة ملموسة، من خلال أحد وسائل التعبير عنها كاللفظ والكتابة والإشارة والفعل، والسكوت الملابس. يدركها صاحبها ويدركها، وهذا هو الإلهام، من وجهت إليه، فترتب الاثر القانوني (الشرعي) الذي اتجهت إليه، وإلاّ تفوقعت داخل صاحبها دون ان يدركها أي شخص، ويظل الاثر القانوني(الشرعي) المراد تحقيقه يدور ويتوقع في فلك الرغبة الشخصية المحضة بالبيع أو بالايجار أو التأمين.. الخ . فإذا صدر التعبير عن الإرادة بأحد وسائل التعبير عنها في مجلس عقد يضم المتعاقدان سواء كان ذلك في مجلس عقد يضم المتعاقدان ،أو في غير مجلس عقد يضم المتعاقدان(التعاقد بين غائبين) يكون من الضروري معرفة الوقت والمكان الذي ينتج التعبير فيهما آثاره القانونية (الشرعية)، حيث يكون لهما أثرا في تحديد القانون

(١) أنظر في هذا المعنى السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، فقرة 75 ص 174 وما بعدها وعلي وجه الخصوص ص - 176 أنظر أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف ، ص 224 وما بعدها - أنظر محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، طبعة 1403 ، 1983م ، ص - 440 أنظر عبد الناصر توفيق العطار ، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني (1)عقد البيع، فقرة 28 ص 77 وما بعدها - أنظر من الفقه المالكي حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، الجزء الثالث ، ص 3 ، حيث يقول " أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا . عرفا ، سواء دل على الرضا لغة أو لا ، فالأول كبعث واشترت وغيره من الأقوال .. والثاني كالكتابة والإشارة والمعاطاة."

الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، وتحديد القانون الواجب من حيث الزمان في حالة تنازع أكثر من قانون لصدروهما عقب بعضهما البعض على ضوء معرفة الوقت والمكان الذي ينتج فيهما التعبير عن الإرادة الاثار التي أرادها صاحب التعبير .

فقد يطلب المشرع في بعض التصرفات القانونية أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، حينئذ لا يقوم التعبير الضمني مقام التعبير الصريح في الاثر المترتب عنه .

ومن أمثلة ذلك، ما يتطلبه المشرع المصري لحجية الدفاتر والاوراق المنزلية في الاثبات من وجوب أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو ان يذكر صراحة انه قصد بما دونه في هذه الاوراق أن تقوم مقام السند) المادة 398 من القانون المدني المصري الحالي)، وكذلك فيما يتطلبه المشرع لتبرئة ذمة المستأجر الاصلي نحو المؤجر إذا تنازل المستأجر عن الايجار أو إذا أجر البيت من الباطن، من أن يكون المؤجر قد صدر منه قبولا صريحا . بالتنازل عن الايجار أو بالايجار من الباطن (المادة 597 من القانون المدني المصري)، وكذلك بائع التركة عليه ان يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد كما في المادة (٤٥٧) (١).

(١) وترجع العلة من اشتراط التعبير الصريح دون التعبير الضمني عن الإرادة في هذه الحالات إلى الرغبة في تنبيه المتعاقد قبل أن يقدم علي التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه، ومن ثم ، لا يبرم التصرف إلا بعد التروي ، وبعد أن يصدر منه تعبيراً صريحاً لإرادته.

وفي بعض الاحوال قد لا يصل المشرع إلي حد ان يتطلب تعبيراً صريحاً، ولكنه يتطلب اتفاقاً خاصاً أو ينص على ان الإرادة لا تفترض أو يستوجب ان يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً (المادة 555 من القانون المدني المصري)، فالمشرع في تلك الاحوال لا يتطلب التعبير الصريح للإرادة، ولكن يجب الحيطة والتشديد من قبل القاضي في استخلاص التعبير الضمني^(١).

مبدأ سلطان الإرادة

الإرادة الحرة وحدها هي التي تملك انشاء العقد وتحديد آثاره، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته. وتمثله المادة نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ان «الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها. بشكل عام ان الإرادة لها السلطان الاكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. بشكل عام أن الإرادة لها السلطان الاكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية.

(١) أنظر في هذا هامش السنهوري رقم 1 ص 178 السابق - وقد جرى القضاء المصري علي الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح لها أنظر استئناف مصري مختلط 13 فبراير سنة 12 مارس سنة 1930م 42 ص 1896 - 352 م 8 ص 118 .

أولاً : مبدأ ذو شقين

يتعلق الشق الاول منه بالشكل، وهو مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة كافية لإنشاء التصرف وحدها خالية من أي شكلية. فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة، وهذا التعبير يكون بأي صورة، فقد يكون باللفظ أو بالكتابة أو حتى بالإشارة، ويجوز أن يكون ضمناً.

أما الشق الثاني منه فيتعلق بالموضوع، ومقتضاه أن تكون الإرادة كذلك صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف. فتستطيع الإرادة ان تنشئ عقداً لم ينظمه القانون، أو أن تتجه إلى ما مخالفة أحكام العقود التي نظمها القانون، وان تجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً أو عينياً. لا يعرفه القانون لكن دون ان يخرج من نطاق حدوده.^(١)

ثانياً : أربع حريات في مبدأ سلطان الإرادة :

١. حرية المتصرف في أصل التصرف القانوني، ويسمى المبدأ هنا حرية التعاقد.
٢. حرية المتصرف في كيفية التعبير عن إرادة التصرف القانوني، ويسمى هذا المبدأ هنا مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية، أي كفاية الرضا لإنشاء التصرف القانوني، أيأ كانت طريقة التعبير عن هذا الرضا، أي من دون تقييد المتصرف بقيود شكلية ومراسم معينة بحيث لا ينشأ التصرف القانوني إن لم تتوافر.

(١) أنظر في هذا هامش السنهوري رقم 1 ص 178 السابق .

٣. حرية المتصرف في انشاء كافة انواع التصرفات القانونية في حدود الحقوق الذاتية

من دون التقيد بالتصرفات المسماة التي نظمها القانون واقرها.

٤. حرية المتصرف في تحديد آثار التصرف القانوني من طائفة التصرفات المسماة

وتعديل نتائجها الأصلية باشتراط ما يريد من شروط بحسب إرادته. ويعبر عن هذه

الحرية والحرية التي سبقتها بمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، فلا يجوز نقضه أو

تعديله إلا باتفاق الطرفين أو كما ينص القانون ^(١).

ثالثاً : مضمون سلطان الإرادة :

1 - مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين التصرف القانوني :

يتجلى مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين العقد في ناحيتين، حرية الشخص في أصل

التصرف القانوني ، وحرية التعبير عن إرادة هذا التصرف. حيث يحق للفرد ان

يرفض العقود الاجبارية، وانشاء العقود المسماة و العقود غير المسماة. من خلال

تصرف قانوني بإرادته المنفردة أو بالعقد.

أما من ناحية كيفية التعبير عن هذه الإرادة

• العقود الرضائية: فالعقود الرضائية هي التي تتم بمجرد تراضي أطرافها على انشاءها

وعلى المسائل الجوهرية وأحكامها فيها، سواء كان التعبير عن هذا التراضي باللفظ أم

^(١) <https://www.bayt.com/ar/specialties/q/> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١٣.

بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أي موقف آخر يدل على التراضي. مثل البيع والايجار والصلح...إلخ.

- العقود الشكلية: العقود الشكلية فهي التي يلزم لانعقادها أن يأتي التراضي في شكل معين، مثل عقد الشركة، وعقود الهبة التي لا تنتقل إلا من خلال ورقة رسمية وبالتسليم، وفي بعض الاحيان تستخدم الشكلية للإثبات.
- العينية: التي يلزم لانعقادها التسليم أي تسليم المعقود عليه إلى الطرف الآخر أو من ينوب عنه^(١).

2 - مبدأ سلطان الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني ومحتواه :

للعاقدين ان يخالفا باتفاقهما ما رتبته القانون من آثار العقود المسماة، لان الاصل فيها انها غير آمرة يجوز مخالفتها بل هي من قواعد مكملة التي يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فيها، فلا تكون نافذة بالأساس إلا عندما لا يوجد اتفاق ينص على مخالفتها، إلا ما كان من النصوص الامرة التي يقوم الدليل في ألفاظها أو في المقاصد من تشريعها على عدم جواز اتفاق المتعاقدين على ما يخالف حكمها. وفي الفقه الاسلامي وردت نصوص كثيرة في السنة النبوية دلت على أمرين: الاول، ان هناك شروطاً تعد ميداناً واسعاً لإرادة المتعاقدين أطلق الشرع لإرادتهم فيها سلطانها ضمن حدود حقوقهم، فيعد العقد المسمى قائماً بين المتعاقدين على أساسها ما لم يتفقا

(١) <https://www.bayt.com/ar/specialties/q/> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١٣.

على خلافها. دل على هذه النتيجة قوله: «المسلمون على شروطهم» رواه أبو دواد في سننه.

والثاني، ان هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدین فيها لأنها تعد من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام وتسمى أحكاماً أساسية ، من ذلك قوله: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " .

٣. شأن سلطان الإرادة بعد قيام العقد :

ويقصد به أن يعادل الالتزام الناشئ من العقد في قوته الالتزام الناشئ من القانون، فيكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله، فيتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما اتفقا عليه في العقد كخضوعهما لما شرعه القانون، كما يتعين على القاضي رعاية تلك العقود وحمايتها كراعيته للنصوص القانونية، بمعنى انه إذا طُرح عليه نزاع بشأنها، فإنه يجب عليه التقيد بالأحكام الخاصة التي وضعها المتعاقدان فيما بينهما^(١).

(١) <https://www.bayt.com/ar/specialties/q/> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/٣.

المطلب الثالث

استقلال الحكم القضائي عن إرادة القاضي والنتائج المترتبة عليه

القضاء المستقل هو وحده القادر على إقامة العدل بشكل نزيه بالاستناد إلى القانون ومن ثم يحمي حقوق الإنسان والحريات الأساسية للفرد. ولكي تؤدي هذه المهمة الأساسية على نحو كفؤ يجب أن يكون للعامة ثقة تامة بقدرة السلطة القضائية على الاضطلاع بوظائفها على هذا النحو المستقل والنزيه. ومتى ما بدأت هذه الثقة في التآكل تعذر على السلطة القضائية بوصفها مؤسسة وعلى القضاة بوصفهم أفراداً أن يؤديوا على النحو التام هذه المهام المهمة أو على الأقل لن يسهل النظر إليهم على أنهم يقومون بذلك. وبالتالي فإن مبدأ استقلال القضاة لم يقرر لنفع شخصي يحققه القضاة أنفسهم وإنما وضع هذا المبدأ لحماية حقوق الإنسان من تجاوزات السلطة. ويترتب على ذلك أن هؤلاء القضاة لا يسعهم أن يتصرفوا بشكل اعتباطي في أي قضية من القضايا بالبت في الدعاوي وفقاً لأفضلياتهم الشخصية بل أن واجبهم يكمن في تطبيق القانون وسيظل هذا الواجب كذلك. وفي ميدان حماية الفرد يعني هذا أيضاً أن القضاة يتحملون مسؤولية تطبيق حقوق الإنسان المحلي والدولي متى ما كان هذا القانون ذا علاقة بالموضوع. وإذا ما واجه الناس مشاكل في تأمين العدل لأنفسهم فقد

ينساقون إلى أخذ حقوقهم بأيديهم مما يتسبب في زيادة تردّي أوضاع إقامة العدل وربما في اندلاع أعمال جديدة من العنف^(١).

السلطة القضائية قائمة في شكل رئيسي على مبدأ (استقلال القضاء) وهو من المبادئ المقررة في أكثر دساتير الدول. أن الغاية من استقلال القضاء، ليس تأمين حرية القاضي في ممارسة المهنة فحسب، بل توفير الضمانة للمواطنين في أن القضاة سيصدرون أحكامهم وفقاً لقواعد القانون بوحى من عقولهم وضمائرهم، ودون تدخلات ضاغطة على أحكامهم. وهنا ينبغي تحديد طبيعة ومفهوم استقلال القضاء... وتناول مضامين النصوص الدستورية والمواثيق الدولية والتي اكدت على ضرورة تمتع القضاء بالاستقلالية، ثم تبيان حالة الترابط بين حيده القضاة واستقلال القضاء^(٢).

استقلال القضاء هو استقلال وظيفي وعضوي في آن واحد، والاستقلال الوظيفي يفترض وحدانية السلطة القضائية، أي اعتبارها المرجع الوحيد لفض المنازعات، كما يفترض شموليتها، أي اعتبارها المرجع العام لجميع المواطنين، دون أي تمييز أو تحيز ودون وجود هيئات متعددة لتطبيق القانون. أما الاستقلال العضوي فيعني توفير الحرية الكاملة للقاضي لكي يؤدي وظيفته على أكمل وجه^(٣). ومهما يكن

(١) نظر الوثيقة الصادرة عن الأمم المتحدة ٤/٢٠٠٠/٣، تقرير المقرر الخاص التابع للجنة حقوق الإنسان المعني بحالات الإعدام بلا محاكمة ٢ أو الإعدام بإجراءات موجزة أو تعسفا، الفقرة ٨٧.

(٢) نقلاً عن فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٩٠.

(٣) الدكتور محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان لإواهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، بيروت ٢٠٠٢، ص ٣٧١-٣٧٢.

من أمر، فإن استقلال القضاء يعني عدم خضوعه لغير سلطان الحق والعدالة، بما يدل عليه من كفاءة القاضي ونزاهته واجتهاده في الحكم، مع ضمان العمل والتطبيق من دون تدخل أي سلطة في مسيرة التنفيذ. ولهذا ينبغي النظر من التحقق من استقلالية القضاء في دولة ما، إلى مدى عدم خضوع القضاء إلى سلطة أخرى في شؤونه المالية والإدارية والتأديبية. فإذا كان خاضعاً لسلطة أخرى في أي من هذه النواحي فإن هذا يمثل طعناً في استقلاليته وحياده .

إذا كانت القيمة الأولى للعدالة هي اتسامها بالاستقلالية، فإن اتصافها كذلك بالحيدة، هي حتماً القيمة الثانية لها، وبدونها لا توجد أية ضمانات للوصول إلى قضاء عادل. بيد أن مسألة استقلال القضاء عن السلطات الأخرى، تبقى، على صعيد الممارسة العملية، مسألة نسبية. كذلك فإن حيدة القاضي، تظل هي الأخرى مسألة نسبية، على صعيد الواقع. فالقاضي لا يختلف عن أي إنسان آخر في طبيعته البشرية، الأمر الذي يجعل المواقف التي يتخذها والأحكام التي يصدرها عند النظر في القضايا المعروضة أمامه، تصطبغ بشيء من الذاتية وليس بالصبغة الموضوعية. كما نرى، بأحد الكتاب أن يشبه الخلاف بين المذاهب الإسلامية المختلفة، باختلاف اجتهاد

المحاكم في تفسير بعض النصوص والقواعد، عند تطبيقها على الدعاوي المعروضة عليهم^(١).

ويذهب الدكتور منذر الشاوي في رأيه إلى أن القاضي يقوم بإحلال إرادته محل النص القانوني الذي يقوم بتفسيره فيقول أن النص الذي يضمن حرية الصناعة أو التجارة، زال بعملية التفسير وحلت محله فكرة القاضي حول الموضوع ، أي الفكرة التي يقيمها القاضي عن حرية الصناعة والتجارة... فبدل النص الدستوري محل الجدل، حلت في الحقيقة إرادة القاضي. بعبارة أخرى ان إرادة القاضي أو (تفسيره لحرية الصناعة أو التجارة) حلت محل إرادة واضع الدستور حول هذه النقطة ذاتها. فعندما يدين القاضي القانون المخالف للدستور (بالغاء أو شله) فهو يدينه لانه يخالف رأيه (إرادته) حول حرية الصناعة والتجارة مثلاً^(٢). فالقضاة يقومون، في واقع الامر، بإحلال إرادتهم ومفاهيمهم الاجتماعية والاقتصادية محل النصوص المراد تفسيرها. فعندما يدفع قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة بعدم دستورية التشريعات العمالية، لا يذكرون القواعد الدستورية التي جاءت تلك التشريعات مخالفه لها، التي لا وجود لها في الواقع، ولكن للتغطية على انحيازهم لصالح الطبقة الرأسمالية التي ينتمون إليها، يقدمون تبريرات عديدة، من قبيل أن هذه التشريعات مخالفة لروح الدستور.

(١) الدكتور صبحي محمصاني، الاوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها، دار العلم للمالين،

بيروت ١٩٥٧، ص ١٢٠

(٢) الدكتور منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٣ .

والمبادئ العامة التي يقوم عليها. إلا أنّ هذه (الروح) وهذه (المبادئ العامة) هي في الحقيقة، الأفكار والمبادئ التي يكونها القضاة أنفسهم، فهي انعكاس لمفاهيمهم الاقتصادية والاجتماعية، و وليدة واقعهم وانتماءاتهم الطبقية .وبعد ان تمادت المحكمة العليا خلال عامي ١٩٣٦ و ١٩٣٧ في تعطيل العديد من القوانين التي صوت عليها الكونغرس، والتي كانت تعكس إرادة الرئيس الامريكي روزفلت، في معالجة الازمة الاقتصادية، وتحقيق الإصلاحات الاجتماعية، اضطر الاخير وبغية إعادة الروح إلى تلك القوانين، إلى إجراء إصلاحات قضائية على عدة مستويات، من بينها، شروط تعيين القضاة، وزيادة أعدادهم في المحكمة الواحدة (زيادة عدد أعضاء المحكمة العليا من ٩ إلى ١٥ عضوا) واشترط أغلبية خاصة لإصدار الاحكام والقرارات القضائية^(١).

(١) مجلة القضاء، العدد الأول كانون الثاني- شباط- اذار - ١٩٧١.

الجمعة

الخاتمة

ان للإرادة دور كبير ومهم في حياة الانسان وهي تعمل وفق ما يملي عليها العقل والعقل موجود منذ ولادة الانسان لكن تختلف الإرادة باختلاف الوعي من شخص إلى آخر وإذا كان لابد لها من الخروج إلى العالم الخارجي لكي يعتد بها القانون لذا فان للتعبير عن الإرادة أهمية أكبر كونه يعبر عن إرادة الشخص بأي طريقة من طرق التعبير السابق ذكرها وان الاعتداد بها لا يمكن إلا اذا اتجهت لإحداث أثر قانوني ويجب استيفائها كافة الشروط التي نص عليها القانون من اجل صحة الإرادة وقد حدد القانون ايضاً سناً معينة يأخذ به بإرادة الشخص بحيث يكون فيها بدرجة كاملة من الوعي الذي يمكنه من انشاء التصرفات وإحداث الآثار القانونية المختلفة

في حين انه الأصل من وجهة نظر الباحث هو الاخذ بنظرية استقلال الإرادة وفق أسس وضوابط متوازنة ومرنة تتسع لمتطلبات المجتمع المتطور وعدم التضيق من نطاق حريتها وفي ذات الوقت وضع لها ضوابط من شأنها تقويمها في بعض الأحيان من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات في ترتيب آثارها وعدم الانتقاص من شأنها.

من ذلك نستنتج الآتي :

أن الإرادة هي في حد ذاتها عمل نفسي لا يعلم بها إلا صاحبها ولا يكون لها وجود فعلي أو قانوني إلا بالتعبير عنها وترجمتها الى أرض الواقع بأحى طرق التعبير المذكورة
أن السكوت لا يعبر بالأصل على شيء بأعتباره موقف سلبي ولكن يختلف أثره في بعض الأحيان في الايجاب عن القبول

١- أن الإرادة تقسم الى نوعين إرادة ظاهرة وإرادة باطنة وقد اختلفت القوانين الوضعية في الأخذ بأي الإرادتين ولكن موقف المشرع العراقي كان موافقاً عندما أخذ بالإرادة الظاهرة في المادة (٧٣) تارة وبالإرادة الباطنة تارة أخرى في المادة (١٥٥) في فقرتها الأولى.

٢- أيضاً انقسم الفقه الإسلامي الى اتجاهين في مجال إستقلال الإرادة وأنفصالها عن شخص من صدرت منه الإرادة فمنهم من قال بسقوط التعبير عن الإرادة عند موت صاحب الإرادة أو فقدانه لإهليته وذلك لأنهم ربطوا ما بين شخصية الفرد وبين إرادته إذ انها تدور معه وجوداً وعدماً وقال البعض الآخر بأنفصال الإرادة عن صاحبها عند صدورهما وإن مات أو فقد أهليته بعد وصولها إلى علم من وجهت إليه وهم بعض الامامية والاباضية واستندوا في ذلك إلى إبتعاد الإرادة عن الشخصية بعد خروجها من كوامن النفس.

وهكذا فإنه يمكن القول بأن وفاة الموجب له أو فقدته لأهليته لا تخرج عن حالات ثلاث :-

١. إذا مات الموجب له قبل تبليغه الإيجاب وهنا لا يكون هنالك أي أثر للإيجاب بل ينتهي بمجرد وفاة الموجب.

٢. إذا مات الموجب له قبل تبليغه الإيجاب ولكن قبل إعلان قبوله هنا أيضاً لا يكون للإيجاب أي أثر.

٣. إذا مات الموجب له بعد تبليغه قبوله للموجب وهذا بحسب رأي الباحث أنه لا بد أن يترتب أثره إذ أن الموجب قد يتصرف على ضوء قبول الموجب له وبالتالي يظل ورثه الموجب له ملزمين بما تم من اتفاق.

ونرى بأنه من الاجدر والأوفق أن يؤخذ بأستقلال الإرادة عن صدرت منه في حال موته أو فقدانه لإهليته لكن بشرط أن تكون شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار لكي يمكن من انتقال أثر إرادته إلى ورثته أو الخلف العام والخاص من بعده هذا ما يجعل المعاملات والعقود تتسم بالمرونة تتلائم والظروف المستجدة التي قد تظهر في المستقبل والتي تؤدي إلى إستغلال الطرف الضعيف لوقوعه تحت الحاجة الملحة سيما في حالة موت أو فقدان من صدر عنه التعبير والذي من شأنه ان يؤثر

على المتعاقد الآخر وعدم جعل العقد باطلاً عند الأخذ برأي القائلين بعدم استقلال الإرادة عمّن صدرت عنه لان ذلك يؤدي إلى الأضرار بالمتعاقد الآخر وأعطاء القاضي سلطة تقديرية في فسخ العقد من عدمه.

المصادر

المصادر

❖ القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة العربية

_ العلامة أبي الفضل بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مادة (ر-و-د)، ج ٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٣.

ثانياً : الكتب القانونية

١- أحمد حشمت ابوستيت ، مصادرالالتزام ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦٣.

٢- أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري، وسائل التعبير عن الإرادة

في قانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، دراسات علوم

الشريعة والقانون، المجلد ٤٣، ملحق ١، ٢٠١٦.

٣- انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة

للنشر، الاسكندرية، مصر، مطبعة ٢٠٠٥.

٤- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج ١، التصرف

القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٩.

٥- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د. فيصل كلثوم ، المطول في القانون

المدني ، تكوين العقد، ط/١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،

٢٠٠٠.

٦- جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد- دراسة في القانون المدني العراقي ، ط/١ ،

مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠١٢.

٧- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة

العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

٨- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٩- حسام الدين الاهواني، المصادر الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

١٠- حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.

١١- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج ١، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩١.

١٢- سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.

١٣- شاكراً ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، حق الملكية، بغداد، ١٩٦٩.

١٤- شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، القاهرة، مصر، ١٩٥٠.

١٥- ضمير حسين المعموري، ترتيبية الإيجاب، بحث غير منشور، كلية القانون، جامعة بغداد.

١٦- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ١٩٧٢.

١٧- عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج ٢، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠٠٨.

١٨- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام، ط ٣، بغداد، ١٩٧٧.

- ١٩- عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المجلد الأول، الكويت، ١٩٨٢.
- ٢٠- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٠.
- ٢١- عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج ١، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- ٢٢- عبدالمجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الاسلامي، ج ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٣.
- ٢٣- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، ط ١، ج ١، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٢٤- علي سليمان، النظم العامة للإلتزام، ط ٧، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤.
- ٢٥- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٨.
- ٢٦- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة ٢٠١٠.
- ٢٧- علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٨.
- ٢٨- فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٠٩.

- ٢٩- فتحي عبد الرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٧٩.
- ٣٠- محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم ، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٣١- محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الأسلامي، دار هومة، الجزائر، طبعة ٢٠٠٢.
- ٣٢- محمد صبحي محمصاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، دار العلم للمالين، بيروت، ١٩٥٧.
- ٣٣- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج ٢، العقد والإرادة المنفردة، ط ٢، دار الهدي، عين مليلة ، الجزائر، ٢٠٠٤.
- ٣٤- محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٤.
- ٣٥- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقهاء الاسلامي، طبعة ١٤٠٣، ١٩٨٣.
- ٣٦- مصطفى عبد الجواد، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.
- ٣٧- مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٢.
- ٣٨- منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج ٢، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٣٩- منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٤٠- نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٢.

٤١- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)،

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط٢، ١٩٧٩.

٤٢- وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط١، معهد الإدارة العامة، ١٩٨٥.

٤٣- وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة

التجارية، القاهرة ١٩٩٥.

ثالثاً : كتب الفقه الإسلامي

١- ابن امير الحاج، التقرير والتحبير، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

٢- ابن حزم الاندلسي، المحلي، ج١٠، دار الفكر، بيروت.

٣- أبي إسحاق الشيرازي، المذهب، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.

٤- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٤.

٥- الشيخ الانصاري، المكاسب، ج١، ط١، دار الحكمة، مصر، ١٩٩٤.

٦- علاء الدين البخاري، كشف الاسرار، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

٧- علاء الدين الكاساني، البدائع، ج١، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.

٨- محي الدين النووي، روضة الطالبين، ج٥، ط٣، المكتب الاسلامي، ١٩٩١.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح

١. أياد احمد البطانة، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية

القانون، ١٩٩٩.

٢. جميل محمد حسين، مفهوم الإرادة في فلسفة القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة

عمان، ٢٠٠٨.

٣. حليس لخضر، الإرادة بين الحرية و التقيد ، ماجستير، الجزائر، ٢٠١٠

٤. عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخامس، ٢٠١٩.
٥. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، مصر، بدون تاريخ.
٦. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، كلية القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩١.
٧. فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢.
٨. لبنى مختار، وجود الإرادة والتأثير والغلط عليها في القانون المقارن، دبلوم دراسات عليا، جامعة الجزائر، ١٩٧٧.
٩. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

رابعاً : المصادر الأجنبية

- 1-Laurent Aynes, L'accession de contrat et Les operations Juridiques a trois personnes, paris, 1984.
- 2- Azoulai, L'elimination, de l'intuitus personae dans le contrat La tendance a la stabilite du Rapport contractuel, paris, 1960.

خامساً : القوانين

١. قانون العقود الفرنسي الجديد رقم ١٨٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.
٢. القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ المعدل لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.

٣. القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ المعدل لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٤. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ سنة ١٩٧١ المعدل.

٥. القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ - ٨٥ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥.