

مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية

- التصرف القانوني نموذجاً -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

من إعداد الطالب:

بن خدة حمزة

جيلالي

لجنة المناقشة

- أ : كحلولة محمد: أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان.....رئيساً.
- أ : تشوار جيلالي: أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان.....مقرراً.
- أ : مامون عبد الكريم: أستاذ محاضر، جامعة تلمسان.....مناقشاً.
- أ : تشوار حميدو زكية: أستاذة محاضرة، جامعة تلمسان.....مناقشاً.

الموسم الجامعي

2008-2007

شكر و عرفان

من هذا المنبر أقف وقفة إجلال ثم انحنى لأشكر:

... الأستاذ تشوار جيلالي ، الذي رعى هذا البحث من أوله إلى آخره.

عرفانا بجهوده المتواصلة.

نصحا وتوجيها، وتصحيحا وتعقيبا.

حيث غمرني بعلمه وتواضعه، ولم يدخر جهدا في الأخذ بيدي، رغم كثرة أشغاله، ووفرة أعماله.

فجزاه الله خير الجزاء، وأمد في عمره، ونفع به طلاب العلم والمعرفة.

وله مني جزيل الشكر وخالص الدعاء.

...الأستاذ كحلولة محمد على قبوله ترأس اللجنة المناقشة، والشكر الموصول كذلك لكل من الأستاذ مامون عبد

الكريم والأستاذة تشوار حميدو زكية على قبولهما مناقشة ما جاء في هذه المذكرة.

كل من علمني حرفا من أول يوم في المرحلة الابتدائية

إلى لحظة إلقاء هذه المذكرة.

قائمة المختصرات

م	: المادة.
ق أ ج	: قانون الأسرة الجزائري.
ق م أ	: القانون المدني الألماني.
ق م ج	: القانون المدني الجزائري.
ق م ف	: القانون المدني الفرنسي.
ق م م	: القانون المدني المصري.
ص.	: الصفحة.
ج	: الجزء.
د س ط	: دون سنة الطبع.
د د ط	: دون دار الطبع.
ع	: العدد
غ م	: الغرفة المدنية للمحكمة العليا.
غ ع	: الغرفة العقارية للمحكمة العليا.
غ أ ش	: غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.
م ق	: المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر.

Bull.civ : Bulletin civil, Paris.

Cf. : conférer.

P. : page.

من نافلة الحديث القول أن الشريعة الإسلامية كانت مصدرا للتشريع الجزائري مند أن وطئت أقدام الفاتحين هذه الأرض الطيبة، وكانت أحكامها هي المعمول بها في جميع المجالات وفي مختلف فروع القانون من مدني، وجنائي، وعلاقات دولية، وغيرها¹.

وفي أوائل القرن التاسع عشر، تسلطت عليها قوات الاحتلال، لتحل محل تلك الشريعة الغراء، مجموعة من القوانين، هي من وحي هذا الأخير وحده، إلا فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية. وهكذا ظلت الشريعة الإسلامية طيلة امتداد الحكم الاستعماري معزولة عن تنظيم شؤون المجتمعات، لا بالنسبة للجزائر فحسب، بل للعالم الإسلامي والعربي جله².

وغداة الاستقلال، أصدر المشرع الجزائري أحكاما جديدة كرد فعل وطني للاستقلال عن عجلة القوانين الفرنسية، كان من بينها القانون المدني³، حيث جاء كخطوة أصيلة، متأثرا حينها، بعوامل التطور وظروف البلاد.

وإذا كان القانون المدني الجزائري ما يزال متأثرا بالأنظمة القانونية اللاتينية، فإنه أورد أحكاما جديدة من الفقه الإسلامي، والقوانين العربية، وغيرها من التقنيات الحديثة، حيث لا يخفى هنا، دور التشريع الإسلامي كنظام أصيل ومستقل في تطوير الحركة التشريعية وخلق النهضة القانونية الشاملة في الجزائر.

وبالإضافة إلى هذا، نصت المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية على: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف». ويتبين من ذلك، أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للقانون المدني الجزائري، فهي وإن أتت بعد النصوص التشريعية، فإنها سبقت العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁴.

ولا شك في أن ذلك يزيد من أهمية الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها ضرورية لا من الناحية النظرية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية. فكل من القاضي والفقيه، أصبح مطالبا باستكمال أحكام القانون المدني فيما لم يرد فيه النص، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المدني الجزائري.

¹ - أنظر، إسماعيل احمد ياغي، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1998، ص. 237-240.

² - أنظر، مناع القطان، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبه، الطبعة الأولى، القاهرة، 1991، ص. 13-15؛ محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق القاهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص. 23 وما يليها.

³ - المصادر في 26 سبتمبر 1975 بالأمر رقم 58-75 والمؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية: العدد 78.

⁴ - أنظر، محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص. 66-72.

[1]. فلم يبقى في الدين انطلاقا من هذه الآية، قاعدة يحتاج إليها في الضروريات والحاجيات والتكميليات إلا وبينت غاية البيان، أما الذي بقي فهو تنزيل الجزئيات على الكليات².

ولقد ذهب بعض المستشرقين إلى القول بنظرية جمود الفقه الإسلامي، وعدم قابليته للتطور، لاسيما أن تطوره كان حبيسا على أيامه الأولى، ثم ضعفت هذه الحركة بعد انتشار التقليد وغلقت باب الاجتهاد³.

ولقد تزعم هذه النظرية فقهاء المدرسة الاستعمارية في كلية ' القانون الإسلامي ' في جامعة الجزائر في العهد الاستعماري⁴، حيث حاولوا أن يجعلوا من الفقه مجرد قانون جامد يعتمد على الفلكلور والأعراف والأفكار الدينية. ومن هنا عمدوا إلى محاولة إدخاله في النظام القانوني الفرنسي، وجعله يدور في دائرة فلسفة قانون نابليون، خدمة للأفكار الاستعمارية وتضييق مجال تطبيق الشريعة الإسلامية⁵.

وقبل الرد على هذه الشبهة، تجدر الإشارة أولا إلى أن الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني معا، حيث جاء الإسلام بنظام قانوني مدني يتضمن تشريعا شاملا لجميع المبادئ القانونية، المنظمة لعلاقة الناس ببعضهم البعض، وعلاقتهم بالسلطة الحاكمة، والأمن العام، وصيانة الحريات والحقوق العامة بفرعها الداخلي (الدستوري والإداري)، والخارجي (الدولي)⁶.

ثم إن تطبيق الأسس القانونية كالمصالح المرسله، والعرف، وسد الذرائع، والقياس، وغيرها من المصادر الاجتهادية الخصبه، تجعل الفقه الإسلامي في حالة من النمو المستمر، والتطور الدائم، والصلاحية للبقاء ومواجهة تطورات المجتمع المعاصر في إطار الملائمة لروح النص التشريعي، والمقاصد الشرعية⁷.

ويكفي هنا أن نذكر أن قرارات مؤتمر لاهاي للقانون المقارن المنعقد عام 1937، جاءت معترفة بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطور، واستقلالها عن غيرها من التشريعات، وصلاحيتها لأن تكون مصدرا من مصادر التشريع عامة، وكذلك قرارات مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي عام 1948، حيث اعترفت هي الأخرى بما للتشريع

¹ - سورة المائدة، الآية 3.

² - أنظر، جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 92-93.

³ - أنظر، صلاح الصاوي، تحكيم الشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994، ص. 49 وما يليها؛ محمد عمارة، المرجع السابق، 2003، ص. 59 وما يليها.

⁴ - ومنهم (موران Morand، بوسكي Bousquet، لارشال Larcher)، أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، سلسلة المعرفة، أبحاث ومدكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص. 540.

⁵ - أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 540، 541.

⁶ - أنظر، عباس حسني محمد، المرجع السابق، ص 172-209؛ سمير عالية، المرجع السابق، ص. 217.

⁷ - أنظر، يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د س ط، ص. 11 وما يليها.

الإسلامي من مرونة وأهمية، موصية اتحاد المحامين الدولي بأن يتبنى الدراسة المقارنة لهذا القانون والتشجيع عليها¹.

وتتحلى أخيراً قيمة الفقه الإسلامي في مؤتمر القانون المقارن الذي انعقد في بروكسل (بلجيكا) سنة 1958، حيث قرر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه العديدة يستطيع الاستجابة لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها. بالإضافة إلى حصوله على اعتراف جمهور رجال التشريع في العالم بكل روح علمية على أنه أوسع وأعظم فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشرائع، حيث يقول المستشرق المجري المنصف (فمبيري): "إن فقهم الإسلامي واسع جدا إلى درجة أي أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"². وبالإضافة إلى ذلك، أعلن الفقيه الفرنسي الكبير 'لامبير Lambert' في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي 1923، تقديره الكبير للفقه الإسلامي³.

ويعتبر الاجتهاد من مصادر القوة والمرونة في الفقه الإسلامي، فحتى وإن كانت القاعدة الشرعية تقضي بـ: 'لا اجتهاد مع نص'، إلا أنه من الممكن تفهم النص الشرعي في إطار مقاصده المعينة والمصالح الجماعية للناس، فكان من حق المجتهد أن يفسر هذه النصوص الثابتة وفقا لقواعد التفسير المقررة، مراعيًا في ذلك ظروف العصر، وتطوراته، ومشاكله، لإخراج أحكام جديدة تلائم الوقائع الجديدة⁴. وقد فهم الخلفاء الراشدين النصوص الشرعية في إطار غاياتها، فأوقف عمر بن الخطاب π قطع يد السارق لعدم تحقق القصد الجنائي عنده، ورفض إعطاء المؤلفة قلوبهم من أموال الزكاة لعدم حاجة ذلك الوقت إليها⁵.

" ويرى علماء أصول الفقه أن الأحكام التي تناولها القرآن جاءت في شكل قواعد كلية ومبادئ عامة في أغلب الأحيان، وهذا كي تتسع أحكام الشريعة لجميع حاجات الناس في مختلف العصور والبقاع بإعمال المجتهدين لعقولهم واستنباطهم الأحكام الجديدة التي تسائر كل زمان ومكان، حسب مصالحهم وفي حدود أسس القرآن من غير اصددام بحكم جزائي فيه"⁶.

ولقد اهتم المجتهدون بتخريج الكثير من المسائل الجديدة وفقا لقواعد الفقه الإسلامي وأصوله كما فعل السابقون، وخير نموذج لذلك في العصر الحديث، ما تعلق مثلا: بالإجهاض، نقل الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي... الخ⁷.

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

² - أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 542.

³ - أنظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. ب.

⁴ - أنظر، يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 74-85؛ عباس حسني محمد، المرجع السابق، ص. 47-49.

⁵ - أنظر، يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 97-103.

⁶ - أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 543.

⁷ - أنظر، جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 167 وما يليها.

2- استقلالية الفقه الإسلامي: فالبرغم من استقلال الفقه الإسلامي بمصادره وأحكامه وفروعه، إلا أن البعض من المستشرقين ذهبوا إلى القول بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، على اختلاف في مدى هذا التأثير¹.

حيث "ذهب كل من: جولدزبهر (المجري)، وشاخنت وفون كيرمر (الألمانيين)، وسانتالا وكاروزي (الإيطاليين)، إلى أن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني باستمداد بعض أصوله وقواعده منه"²، بل أن المستشرق الإنجليزي (شيلدون أموس) ذهب إلى أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني (جستنيان) في لباس عربي معدلا وفق الأحوال السياسية في المملكات العربية³.

أما حجة القائلين بالتأثر، هي أن القانون الروماني سبق الفقه الإسلامي في الوجود، حيث تم بناءه قبل أن يوجد الفقه الإسلامي بأكثر من خمسين عاما، ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق. تم أن التاريخ ينقل أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارهم إلى الشام، وهي آنذاك تحت الحكم الروماني، وتدرس فيها القوانين الرومانية، ودليل ذلك ما نراه من تشابه بين الفقهاء واتحادهما في بعض الأحكام والقواعد العامة، كالبيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، وقاعدة المصالح المرسله التي تمثل بعينها مبدأ النفعية في القانون الروماني، كما أن قاعدة إقليمية الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، هي بذاتها موجودة في الفقه الروماني، وإلى غير ذلك مما هو موجود في الفقه الإسلامي بالمعنى نفسه في القانون الروماني⁴.

ولابد من التسليم أولا قبل الرد على هذا الزعم، أن مجرد السبق في الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني، فمن الثابت تاريخيا أن الشرع الإسلامي مصدره الأساسي هو نص الكتاب والسنة. وهذا كان يغني الفقهاء من الاستعانة بأي تشريع أجنبي، ثم لم يثبت أن أيا من الكتب القانونية الرومانية قد ترجمت إلى اللغة العربية في مرحلة نمو أو نشأة الفقه الإسلامي. ولم يثبت أيضا أن العرب في صدر الإسلام كانوا على معرفة باللغة السريانية، فحتى حركة الترجمة التي نشطت بعد القرون الهجرية الثلاثة الأولى، لم تكن في مجال التشريع، بل انصبت في الكتب الفلسفية والأدبية، كما أن مدونة 'جستنيان' لم تنتقل إلى العربية إلا في السنوات القليلة الفارطة من طرف المرحوم عبد العزيز فهمي⁵.

ثم أن التشابه لا يفيد التأثير دائما، ذلك أن التشابه في الأحكام القانونية أو غيرها من نواحي الفكر الإنساني، أمر طبيعي بين الأمم جميعا مهما اختلف الزمان والمكان، فكثيرا من الأسس والقواعد التي تنظم قانون العقوبات والمواريث والأحوال الشخصية حسب المصطلح الحديث كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريق وغيرهم من الأمم السابقة

¹ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 73؛ محمد سراج، المرجع السابق، ص. 204 وما يليها.

² - أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 533.

³ - أنظر، شيلدون أموس، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 73-74.

⁴ - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 39.

⁵ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 78-79؛ بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 534-535.

للرومان، ومع ذلك لم يقل أحد أن الإسلام قد تأثر بها¹.

وبالإضافة إلى ذلك، يلاحظ أن القانون الروماني اتجه إلى تحقيق غايات نفعية محضة، أساسها النظر إلى مصلحة الفرد، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة، وتقدم المصالح الخاصة على العامة. ولذلك نجد الشخص لا يحاسب فيه على إساءة استعمال حقه، إذ يتضمن التسليم بالحق في هذا القانون جواز إساءة استعماله، ولا يعترف هذا القانون مثلاً بنظرية الضرورة، أو نظرية تعادل الالتزامات، ولا يسعى إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد، ثم كان يعطي للدائن حق التسلط على المدين في نفسه إلى حد استرقاقه وبيعه في الدين إذا عجز عن الوفاء به. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى المتعلقة بالزواج، والطلاق، والميراث...، حيث تميز القانون الروماني بقواعده الخاصة².

أما الشريعة الإسلامية، فاحتوت على نظم قانونية راقية الصياغة، ومبادئ فقهية خطيرة، لم يصل إليها القانون الروماني حتى في أواخر عصور تطوره، منها: التعسف في استعمال الحق، حوالة الدين، الشفعة، الحوادث غير المتوقعة، تبعة الهلاك، الوقف، مبدأ استقلالية المرأة، الخ³.

وعلى ذلك أقرت الحقيقة التاريخية والعلمية باستقلالية الفقه الإسلامي، ويكفي الإشارة إلى أن الفقيه الفرنسي (Zeys) قال بكل إنصاف وعدل: "إنني اشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني"⁴.

ويقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري وهو يقارن بين النظامين، أن القانون الروماني بدأ على شكل عادات ونما وازدهر عن طريق الدعوى والإجراءات الشكلية، أما الشريعة الإسلامية، فبدأت كتاباً منزلاً من عند الله، وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية والاستنباط المنهجي والاجتهاد والرأي⁵.

وبذلك فشلت محاولات التشكيك في استقلالية الفقه الإسلامي، بل أن بعض الكتاب المعاصرين، يذهبون إلى أن القانون الروماني هو الذي استمد من الفقه الإسلامي عن طريق الترجمة في أسبانيا من اللغة العربية إلى اللاتينية⁶.

ففي أوائل القرن الحادي عشر، كان في مدارس الأندلس الفقهية الكثير من الفرنسيين والألمان، وكان من أبرز أعمالهم بعد عودتهم إلى بلدانهم أن ساهموا في تغيير وتطوير قوانينهم الضالمة والرديفة بما نقلوه من قواعد وأحكام من الفقه الإسلامي، دون الإشارة إلى ذلك الأصل، كي لا يثور المسيحيون المتعصبين كما قرر ذلك المؤرخ الألماني 'موسهيم' في

¹ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 84-87؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 40.

² - أنظر، محمد سراج، المرجع السابق، ص. 204.

³ - أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 535.

⁴ - أنظر، Zeys، مقتبس عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 88.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، أصول القانون، مقتبس عن بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 535.

⁶ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 89.

كتابه تاريخ الكنيسة. كما أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة الأوربية، أدخلوا في مؤلفاتهم بعض النظم القانونية من الفقه الإسلامي التي وصلت عن طريق الأندلس، ولعل هذا ما يفسر ما يظهر من توافق كبير بين الكثير من قواعد القانون المدني الفرنسي وقواعد الفقه الإسلامي، وخاصة المالكية منه¹.

والقول بتأثر القانون المدني الفرنسي بفقه الإمام مالك، مقولة يمكن أن تستفز علماء القانون الوضعي، وعلماء الفقه الإسلامي على السواء، فرجل القانون الوضعي خاصة اللاتيني منه، نشأ على احترام قانون نابليون واعتبار أحكامه بمثابة الكتاب المقدس، وبالتالي فإن مجرد التفكير في البحث عن جذوره في ثنايا الفقه الإسلامي يعد بحد ذاته من المحظورات، فضلا على أن القول به ضربا من ضروب الخفة العلمية وقلة النضوج القانوني. أما علماء الفقه الإسلامي، فيرون أن قواعد الفقه الإسلامي بعيدة كل البعد عن قواعد القانون الفرنسي، لأن مصدرها وحي إلهي، في حين أن مصدر القانون الفرنسي هو البشر. ومن هنا كان لا بد من دراسة علمية مستندة إلى الوثائق والمراجع، بغية الوصول إلى الحقيقة، حول نسبة جذور التقنين المدني الفرنسي إلى الفقه الإسلامي، وأول هذه الدراسة ينبغي أن تكون في البحث التاريخي لفترات نشوء الفقه الإسلامي في أوروبا (الأندلس)، ثم نشوء قانون نابليون في فرنسا، للبحث بعده في كيفية انتشار الفقه الإسلامي في فرنسا².

وقد ظهرت بعض المحاولات لاستقصاء هذا الموضوع، منها نموذج الشيخ سيد حسن، حيث كان أول شيخ أزهرى يتقرر إرساله للحصول على شهادة الحقوق الفرنسية، وبعد عودته إلى مصر بدأ مشروعه 'المقارنات التشريعية' واستمر فيه لمدة 8 سنوات، لتصدر طبعته الأولى عام 1947. وكتاب المقارنات التشريعية لسيد حسن، من أهم ما كتب في هذا الموضوع، حيث خرج المؤلف فيه لا ليؤكد مجرد التشابه بين القانون المدني الفرنسي والفقه الإسلامي في تسعة أعشار نصوصه فحسب، وإنما ليبرهن على تأثر مفاهيم القانون الفرنسي في هذه النسبة بمبادئ الفقه المالكية³.

وعلى ذلك، فإن البحث في تأثير الفقه المالكية على قانون نابليون، إنما هو بمثابة أفكار تحتاج إلى عمل جماعي جبار، شأنها في ذلك، شأن الدراسات المقارنة قاطبة.

ثم لما كان موضوع المذكرة مرتبط أيضا بنظرية الالتزام، كذلك كان لزاما أن نقف عند هذا الالتزام، إذ يتوقف تعريفه وتحديد طبيعته على المذهب الذي يؤخذ به في هذا الشأن. ذلك أن نظرية الالتزام في الفقه الغربي يتنازعها مذهبين، أحدهما شخصي وآخر مادي.

حيث يرى المذهب الشخصي الأمر الجوهري في الالتزام، أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، وهي نظرية

¹ - أنظر، وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 356، 357؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 42-43.

² - أنظر، فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72.

³ - أنظر، فوزي أدهم، المرجع السابق، ص. 72-82.

القانون الروماني، وأخذتها عنه القوانين اللاتينية التي يترأسها القانون المدني الفرنسي¹، وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يؤسس الالتزام على فكرة الرابطة الشخصية، إذ عرفه على أنه علاقة قانونية فيما بين شخصيين، بمقتضاها يكون لأحدهما، وهو الدائن، الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين².

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من الفقهاء الألمان: سافيني (Savigny)، الذي يرى أن الالتزام "سلطة شخصية للدائن على المدين"³، وهي صورة مصغرة من الرق، بحيث تمتد إلى جزء من نشاط المدين، فيترتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية وخاص بعمل معين من أعمال المدين، وهذا ما يسمى بالالتزام⁴.

أما المذهب المادي، فأقامه الفقهاء الألمان وعلى رأسهم جيريك (Gierke)، حيث أبى الألمان أن تستقر النظرية الشخصية في فقهم، بعدم عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية، وتغليب النظريات الجرمانية الأصل. وقد بين جيريك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي، ليصبح الالتزام بذلك عنصرا ماليا أكثر من كونه علاقة شخصية، فينفصل بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية⁵.

ولم تقتصر هذه النظرية على ألمانيا فقط، إذ تولى نشرها في فرنسا نقلا عن مدرسة الألمان الفقيه الفرنسي سالي (salielles)، الذي يعتبر زعيم للمذهب المادي في فرنسا، حتى ولو لم يسد في فقها⁶.

وباعتبار أن المذهب المادي خصب من الناحية العملية، ينبني على الأخذ به نتائج مهمة، نذكر منها:

1- من السهل أن نتصور تغيير أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب، بل أيضا من مدين إلى مدين، إذ يوجد إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين المعترف بما من القوانين المشبعة بالمذهب المادي، كالتقنين الألماني، والسويسري..، حيث لحق هذا المذهب بالشريعة الإسلامية وهي تعترف بحوالة الدين، أما التقنين الفرنسي فلا يعترف إلا بحوالة الحق.

2- من الممكن تصور وجود التزام دون دائن وقت نشوءه، حيث يستند الالتزام إلى المدين وحده، إذ يكفي أن يوجد الدائن وقت التنفيذ. ولا شك أن تحليل الالتزام وفقا لهذا الوجه الأخير يفسر الكثير من المسائل التي لا يمكن تفسيرها عند التقيد بالمذهب الشخصي منها: أ- التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن. ب- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير. ج- السند لحامله⁷.

¹ - أنظر، علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 10.

² - أنظر، بلانيول، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998، ص. 14.

³ - أنظر، Savigny، مقتبس عن علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 10.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 15.

⁵ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 10-11.

⁶ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 16.

⁷ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 17-20.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، نجد أنها اعتدلت في موقفها بين المذهبين. فحتى وإن كان الالتزام في نظر هذه الأخيرة في ذاته مصبوغاً بصبغة مادية بحتة، إلا بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، إلا أن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأيداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف لماله أو امتناعه عن عمله. ولذلك شرع الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، إلا أن هذه السلطة لم يمنحها الشرع للدائن كما هو الحال في القانون الروماني، بل يمنحها للحاكم ويجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن. ثم أن الإيجاب بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله القدرة على الوفاء بالتزامه، أما المعسر العاجز، فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته¹، مصداقاً لقوله عز وجل: [﴿ ٥٠ ﴾ ﴿ ٤٩ ﴾ ﴿ ٤٨ ﴾ ﴿ ٤٧ ﴾ ﴿ ٤٦ ﴾ ﴿ ٤٥ ﴾ ﴿ ٤٤ ﴾ ﴿ ٤٣ ﴾ ﴿ ٤٢ ﴾ ﴿ ٤١ ﴾ ﴿ ٤٠ ﴾ ﴿ ٣٩ ﴾ ﴿ ٣٨ ﴾ ﴿ ٣٧ ﴾ ﴿ ٣٦ ﴾ ﴿ ٣٥ ﴾ ﴿ ٣٤ ﴾ ﴿ ٣٣ ﴾ ﴿ ٣٢ ﴾ ﴿ ٣١ ﴾ ﴿ ٣٠ ﴾ ﴿ ٢٩ ﴾ ﴿ ٢٨ ﴾ ﴿ ٢٧ ﴾ ﴿ ٢٦ ﴾ ﴿ ٢٥ ﴾ ﴿ ٢٤ ﴾ ﴿ ٢٣ ﴾ ﴿ ٢٢ ﴾ ﴿ ٢١ ﴾ ﴿ ٢٠ ﴾ ﴿ ١٩ ﴾ ﴿ ١٨ ﴾ ﴿ ١٧ ﴾ ﴿ ١٦ ﴾ ﴿ ١٥ ﴾ ﴿ ١٤ ﴾ ﴿ ١٣ ﴾ ﴿ ١٢ ﴾ ﴿ ١١ ﴾ ﴿ ١٠ ﴾ ﴿ ٩ ﴾ ﴿ ٨ ﴾ ﴿ ٧ ﴾ ﴿ ٦ ﴾ ﴿ ٥ ﴾ ﴿ ٤ ﴾ ﴿ ٣ ﴾ ﴿ ٢ ﴾ ﴿ ١ ﴾] مصداقاً لقوله عز وجل: [﴿ ٥٠ ﴾ ﴿ ٤٩ ﴾ ﴿ ٤٨ ﴾ ﴿ ٤٧ ﴾ ﴿ ٤٦ ﴾ ﴿ ٤٥ ﴾ ﴿ ٤٤ ﴾ ﴿ ٤٣ ﴾ ﴿ ٤٢ ﴾ ﴿ ٤١ ﴾ ﴿ ٤٠ ﴾ ﴿ ٣٩ ﴾ ﴿ ٣٨ ﴾ ﴿ ٣٧ ﴾ ﴿ ٣٦ ﴾ ﴿ ٣٥ ﴾ ﴿ ٣٤ ﴾ ﴿ ٣٣ ﴾ ﴿ ٣٢ ﴾ ﴿ ٣١ ﴾ ﴿ ٣٠ ﴾ ﴿ ٢٩ ﴾ ﴿ ٢٨ ﴾ ﴿ ٢٧ ﴾ ﴿ ٢٦ ﴾ ﴿ ٢٥ ﴾ ﴿ ٢٤ ﴾ ﴿ ٢٣ ﴾ ﴿ ٢٢ ﴾ ﴿ ٢١ ﴾ ﴿ ٢٠ ﴾ ﴿ ١٩ ﴾ ﴿ ١٨ ﴾ ﴿ ١٧ ﴾ ﴿ ١٦ ﴾ ﴿ ١٥ ﴾ ﴿ ١٤ ﴾ ﴿ ١٣ ﴾ ﴿ ١٢ ﴾ ﴿ ١١ ﴾ ﴿ ١٠ ﴾ ﴿ ٩ ﴾ ﴿ ٨ ﴾ ﴿ ٧ ﴾ ﴿ ٦ ﴾ ﴿ ٥ ﴾ ﴿ ٤ ﴾ ﴿ ٣ ﴾ ﴿ ٢ ﴾ ﴿ ١ ﴾]².

وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للحاكم، وضعت الأمور في نصابها فلم تسمح الشريعة الإسلامية للمدين أن يتعنت، ولم تسمح للدائن أن يبالغ في طغيانه لمدينه، إلا أن هذا التدبير الذي اقتضته الضرورة، لا يجرد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي أو ما يصطلح عليه بالنزعة الموضوعية³، وإنما هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد المدين الميسور الميسور المماطل⁴.

على أن الشرع الإسلامي قد سبق بنزعه الموضوعية (الصبغة المادية)، القائلين بالنظرية المادية بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث⁵. ويبرز ذلك في مواطن كثيرة، سنحاول التعرض إليها في هذا البحث، حين الوقوف عند ما استمدده المشرع الجزائري من الفقه الإسلامي في كل من العقد والإرادة المنفردة.

ولما كان موضوع هذه الدراسة مقتصرًا على بعض مصادر الالتزام وليس كلها، كان لابد من الرجوع إلى هذه المصادر، ذلك أن مصدر الالتزام هو سبب نشوئه، أو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوؤه، كونه أمر عرضي في حياة الأشخاص لا بد من سبب ينشئه. فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره البيع، والتزام المتسبب في ضرر بتعويض هذا الضرر مصدره الفعل الضار، والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره القانون⁶.

¹ - أنظر، مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1999، ص. 66.

² - سورة البقرة، الآية 280.

³ - التعبير الأدق للنظريتين، هو النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية، ذلك أن كلمة مادية إلى جانب عدم دقة ترجمتها، يقابلها أما لفظ معنوي أو روحي.

⁴ - أنظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 5.

⁵ - أنظر، مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص. 68.

⁶ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، الطبعة الثالثة، ص. 37.

فالبرجوع إلى الفقه الفرنسي القديم، نجد الفقيه بوتيه - POTHIER -، قسم مصادر الالتزام إلى خمسة متأثراً في ذلك بالقانون الروماني، وهذه المصادر هي: العقد وشبه العقد، والجريمة أو الجنحة، وشبه الجريمة، والقانون. ولقد نال هذا التقسيم نجاحاً كبيراً خاصة في النصف الأول من القرن التاسع عشر¹، وأخذ به التقنين المدني الفرنسي².

على أن هذا التقسيم واجه انتقادات حادة بعد ذلك، خاصة من طرف الأستاذ 'بلانيول'، كاعتباره ناقص لعدم ذكره للإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، ثم أن اصطلاح شبه العقد، تعبير مظلّل، لأنه يوحي بأنه عمل إرادي مشروع، والحقيقة عكس ذلك تماماً³. ليستقر الأمر في الفقه وفي التشريعات الحديثة إلى حصر مصادر الالتزام في خمسة أنواع هي، العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الغير مشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون⁴.

ويمكن رد المصادر الخمسة السابقة إلى طائفتين اثنتين: مصادر إرادية للالتزام، وتضم العقد والإرادة المنفردة. ومصادر غير إرادية وتضم العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون. ويطلق الفقه الحديث على الطائفة الأولى، اصطلاح التصرف القانوني، كما يطلق على الطائفة الثانية إسم الواقعة القانونية⁵.

فالتصرف القانوني هو كل إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، فإذا اقترنت هذه الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقداً، وإذا لم تقترن بإرادة أخرى، سمي المصدر إرادة منفردة. أما الواقعة القانونية، فهي أمر أو حدث يرتب عليه القانون أثراً، فالواقعة إما تكون خالية من أي مضمون إرادي كالوفاة، وإما تكون اختيارية إلى حد ما كالأضرار الناتجة عن قيادة السيارة بسرعة، مما يستوجب منه التعويض، ويندرج تحت الواقعة القانونية، العمل غير المشروع، وشبه العقود، وتضم هذه الأخيرة كل من الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة⁶.

أما الفقه الإسلامي، فللحق مصدران⁷، أحدهما: الالتزام أو العقد بمعناه العام، وذلك كالبيع والهبة والوقف والإباحة... وغيرها، وثانيهما: إحداث واقعة وصفات قائمة جعلها الشارع أسباب الحقوق تترتب عليها وذلك كالأستيلاء، والولادة، والوفاة، والحوار، والبلوغ... وغيرها.

وقد جاء في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بعد استعراضه لكل مصادر

¹ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, pp 7.

² - حيث عرف العقد في المادة 1101 م ف، كما عرفت المادة 1371 شبه العقد، أما الجريمة وشبه الجريمة، فقد عرفتهما المادتان 1382، 1383 على التوالي، لتأتي المادة 1370 وتتكلم عن الالتزامات التي تنشأ بالقانون وحده.

³ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 7-8.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 134.

⁵ - Cf. CARBONNIER Jean, , Droit civil, , Tome 4, Les obligations, 22^e édition refondue, Presses Universitaires de France, 2000, p. 38.

⁶ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 39.

⁷ - أنظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 31.

الحقوق في الفقه الإسلامي " والذي ينتهي إليه من كل ما تقدم، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين: التصرف القانوني والواقعة القانونية¹. ثم ما يجعل التمييز بين الطائفتين مقبولاً في الفقه الإسلامي أيضاً، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية)، والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية)، كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية)، وضمن الفعل (وهذه المسؤولية غير العقدية)².

فانطلاقاً مما سبق، "يجمع الفقهاء المسلمون مصادر الالتزام تحت عنوان واحد هو التصرفات الشرعية، والتصرف الشرعي هو كل عمل ينتج أثراً شرعياً، حيث يشمل هذا الأخير بلغة القانون، إنشاء الالتزام، ونقله، وتعديله، وانقضاءه. والتصرفات الشرعية نوعان، قولية، وفعلية.

فالقولية تشمل الإنشاءات والإسقاطات، والإنشاءات إما أن تتم من جانب واحد وتسمى عندئذ بالابقتات كالوقف والنذر والجعالة، ويقابلها في القوانين المدنية العمل القانوني الصادر من جانب واحد. وإما تتم من جانبين وعندئذ تسمى بالعقود. وتؤدي الإسقاطات إلى إنهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين. أما التصرفات الفعلية، فهي التي تكون سبباً للضمان كغصب مال الغير، أو إتلافه، حيث ينشأ الغضب التزاماً على عاتق الغاصب برد ما غصب عينا، أو قيمته إذا تعذر الرد عينا"³.

والمراد من مصادر الالتزام في كل من الفقهاء في هذا المجال " إنما هو السبب المباشر لا المصدر الأمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو إلى القانون، لأنه هو الأمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة"⁴. على أن البعض من شراح نظريات الالتزامات الأجنبية، يذهبون إلى أن جميع الالتزامات مصدرها التشريع، إذ إليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام أو غير مولد، و يشبه هذا القول رأي من يقول من الفقهاء المسلمين، بأن مصادر الفقه الإسلامي من كتاب وسنة وإجماع وقياس...، يجب ردها إلى مصدر واحد هو القرآن الكريم باعتباره الأمر لها⁵.

فمما لا شك فيه أن القانون (أو الشرع في الفقه الإسلامي)، مصدراً لنشوء الالتزامات، إلا أن الملاحظ من هذه الزاوية، أن قواعد القانون لا تتدخل مباشرة لإنشاء الالتزامات، وإنما ترتب إنشاء هذه الالتزامات على توفر حدث آخر في جانب المدين على وجه التخصيص. ولذلك يعتبر هذا الحدث الذي يرتب قواعد القانون عليه نشوء الالتزام هو الآخر مصدراً منشأً للالتزامات. وعلى ذلك يمكن أن يقال أن القانون هو المصدر المرتب للالتزامات، بينما أحداث العالم

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 1، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 69.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 1، حاشية الصفحة 69.

³ - أنظر، أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين الشريعة والقانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص. 37، 38.

⁴ - أنظر، مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص. 99.

⁵ - أنظر، مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص. 99 مع الحاشية.

المختلفة (التصرفات القانونية، والوقائع القانونية)، فهي مصادر مسببة لها¹.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن اختيار البحث في هذا الموضوع، ليس من غاياته الحط من القيمة القانونية للقانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير، "يبقى من الأعمال التاريخية المجيدة. ويقول عنه تيير THIERS بأنه قانون العالم المتحدث. ومن الطبيعي أن يمتد أثره إلى خارج فرنسا، وكما يقول العميد JOSSERAND، لقد تألق تقنيننا المدني بقوة خارج حدودنا"²، ثم "من الملفت حقاً أن يكون نابليون وهو العسكري الفذ وراء هذا العمل القانوني الرائع، وليس غريباً بعد هذا أن يقول نابليون من منفاه في سانت هيلين Sainte Hélène، إن مجدي الحقيقي ليس في أي رحمت أربعين معركة، فواترلوا ستمحي ذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمحي، وما سيبقى خالداً، فهو تقنيني المدني"³، ومن العدل والإنصاف القول بأن نابليون كان على حق"⁴.

ثم أن الواقف على تقنين نابليون، يلحظ بدقة، كيف أن ثبات النصوص لا يعني بأي حال، ثبات الحلول والجمود، ويكفي الإشارة في هذا المجال، إلى أن التعديلات التي مست القانون المدين الفرنسي على مدار مائتي عام (-2004 1804)، لم تتجاوز في مجملها عشرة تعديلات⁵، ويمكن أن يرجع الثبات والاستقرار الذي اتسم بهما التقنين المدني الفرنسي في مجال نظرية الالتزامات إلى عدة أسباب منها:

- تميز هذه النظرية بالعمومية والتجريد بلغ حداً لم يبلغه أي فرع من فروع القانون.
- أنه اقتصر على العام من المبادئ والكليات، دون الخوض في التفصيلات والجزئيات، لذلك تعتبر نصوصه في يد القضاة أداة طيعة ومرنة، يسهل ملاءمتها وتكييفها مع مستجدات الحياة العملية، رغم بعد عهد وضعها⁶.

أما عن المزج بين القوانين العربية المستمدة من التقنين الفرنسي والشريعة الإسلامية، فليس عائد فقط إلى انتشار الثقافة الفرنسي في بلداننا، بل إلى جوازية تقارب الثقافتين في بعض النقاط، وخير مثال ذلك، أن السنهوري وضع الكثير من القواعد الفقهية الإسلامية في القانون المدني المصري الصادر في 1948، ثم أن المستشرق سانتيلانا وضع الكثير من قواعد الفقه المالكي في مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي صدرت في ظل الوجود الفرنسي الذي بدأ مند سنة 1883. فأكبر دليل على جوازية التعايش إذن، هو اقتباس مصر للقوانين الفرنسية، ووضع فرنسا في تونس قانوناً اقتبس الكثير من

¹ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاً للقضايا، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص. 41.

² - أنظر، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، المرجع السابق، ص. 13.

³ - Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoire. Ce qui rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil.

⁴ - أنظر، وليد غمرة، المرجع السابق، ص. 14.

⁵ - أنظر في هذه التعديلات، نبيل ابراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ص. 91-92.

⁶ - أنظر، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 93.

أحكامه من قواعد الفقه الإسلامي¹.

لكن ما يجب التسليم به هنا، أن كل من القوانين الفرنسية والشريعة الإسلامية ليستا وليدتي حضارة واحدة، مما يجعلهما يتقاربا تارة، مع الإقرار بتباعدهما تارة أخرى على مستوى التشريع والقضاء معا². وانطلاقا من كل ما سبق، سنحاول في بحثنا هذا، أن نبحث عن مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية في التصرف القانوني كأ نموذج لهذا التأثير، ذلك أن الإرادة تعتبر المحرك الأساسي للتصرفات القانونية أو التصرفات القولية وفقا لتعبير الفقه الإسلامي.

حيث ينصرف الإشكال الجوهري لهذه الدراسة، إلى البحث عن دور الشريعة الإسلامية في القانون المدني الجزائري، ومن ثم طرح التساؤلات التالية: هل يمكن القول بتأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي عند إصداره للقانون المدني؟ ثم إذا كان التأثير قد وقع فعلا، فما هي مظاهره انطلاقا من نصوص هذا القانون؟ ومن جهة أخرى، ألا يعتبر القانون المدني الجزائري في حقيقته إلا نسخة معربة للقانون الفرنسي؟

أما بشأن المنهجية المتبعة في ذلك، فهي الطريقة الاستنباطية المقارنة، فهي استنباطية لأنها تعتمد على الوقوف عند النصوص القانونية لكل من القانون المدني الفرنسي والتقنين المدني الجزائري، فعن طريق النصوص بالذات، نستخلص ما وجد من اختلاف بين مواد القانونين، لنبحث بعد ذلك عن مدى تأثر المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي في هذا الاختلاف.

ثم هي طريقة مقارنة، كونها لا تقتصر على المقارنة بين كل من التقنين الفرنسي والتقنين الجزائري، بل تمتد حتى إلى التقنينات الحديثة التي يمكن أن تكون قد أثرت على موقف المشرع الجزائري في المسائل المتعلقة بهذا الموضوع، وخير مثالها، القانون المدني المصري، والقانون المدني الألماني.

ومن جهة أخرى ستمتد هذه الطريقة الأخيرة، حتى إلى الفقه الإسلامي، حيث لن تنحصر الدراسة على ذكر مذهب واحد من مذاهبه، بل سنحاول إبراز جميع المذاهب في الحالات التي استمدها المشرع الجزائري من هذا الأخير، مع التركيز في ذلك على المذهب الأقرب إلى روح الموقف المتبنى من المشرع الجزائري.

وتأسيسا على ما سبق، اقتضت المادة المجموعة تقسيم هذا البحث إلى فصلين، سنخص الأول بمظاهر تأثر العقد

¹ - انظر، عبده جميل غصوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية، تقارب وتباعد، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، المرجع السابق، ص. 21-23.

² - انظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 24-48.

بالشرعية الإسلامية وفقا للقانون المدني الجزائري، لنتقل بعدها في الفصل الثاني، لتناول مظاهر تأثر الإرادة المنفردة بهذه
الشرعية.

يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، وتأكيدا لهذه الأهمية نجد القانون الفرنسي والقوانين العربية التي حدت حدوده تعتبره أول وأهم مصدر من مصادر الالتزام، حيث خصه القانون المدني المصري بـ 73 مادة، أما القانون المدني الجزائري، فقد أفردته بـ 70 مادة.

ولقد تعرض المشرع الجزائري للعقد من المادة 54 إلى المادة 125 من ق م ، منتهجا في ذلك نهج المشرع الفرنسي في أغلب أحكامه. فنجد تعريف العقد مثلا عند المشرع الجزائري ترجمة حرفية لنص التعريف الفرنسي بالرغم من انتقاد الفقه الفرنسي نفسه لذلك التعريف¹، حيث عرف المشرع الفرنسي العقد بـ: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما». أما المشرع الجزائري فلقد أضاف بالقانون رقم 10-205 الجزء الذي كان قد سقط من النص العربي للمادة 54 من ق م حيث نص على أن «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما».

وكذلك قسم المشرع المدني العقود من المادة 55 إلى المادة 58³، مقلدا في ذلك القانون المدني الفرنسي من المادة 1102 إلى المادة 1106⁴.

والواقع أن الاتجاه التشريعي السليم يميل إلى عدم الإكثار من إيراد التعريفات والتقسيمات إلا إذا دعت المصلحة التشريعية لذلك، حيث أن مثل هذه الأمور أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى المشرع، ولذلك تجنبت التشريعات الحديثة كالتقنين الألماني الخوض في مثل هذه المسائل، وحدث بعض القوانين العربية - كالقانون المصري - حدودها فلم تتعرض إلى تعريف العقد أو أقسامه⁵.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص.60.

² - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن للقانون المدني.

³ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، الطبعة السادسة، ص 12-18.

⁴ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 34-44; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, Armand Colin, 8^e édition.1998, pp. 52-56.

⁵ - أنظر، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص.41.

أما ما سنحاول دراسته في إطار البحث عن دور الشريعة الإسلامية في العقد، فهو ما استمد من الشريعة الإسلامية فقط، حيث سنبدأ بتكوين العقد في مبحث أول ثم نتقل إلى آثار العقد وانحلاله في مبحث ثاني.

المبحث الأول أثر الشريعة الإسلامية في تكوين العقد

الملاحظ أن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي التراضي، وتحليل فكرة التراضي يؤدي إلى ضرورة توافر عنصرين أساسيين فيه، وهما المحل والسبب، فللرضا موضوع يرد إليه كما أن له سببا أو غاية يراد تحقيقها¹، ويضاف إلى هذه الأركان الثلاثة ركن الشكل في العقود الشكلية.

ولقد سار المشرع الجزائري في تنظيمه لمعظم هذه الأركان على نهج المشرع الفرنسي، خاصة فيما تعلق بركني المحل والسبب².

أما التراضي، فباعباره ركن كما تقدم، وجب توفره في العقد ليقوم صحيحا، ولتوفره، يجب توفر وجوده عند المتعاقدين من جهة، وسلامة هذا الوجود من جهة أخرى. وطبقا لنص المادة 59 ق م ج، يتم التراضي بإيجاب وقبول متطابقان يتجهان لإحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما.

ولوجود هذا التطابق لا بد من وجود إرادة يراد التعبير عنها. أما عن هذا التعبير، فقد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا وفقا للمادة 60 ق م ج. أما السكوت فالأصل فيه العدم، حيث أنه ووفقا للفقهاء الإسلامي "لا ينسب لساكت قول". غير أن هناك أحوال استثنائية يعتبر فيها السكوت قبولا وذلك حين اقتترانه بملايسات تفيد التعبير عن الإرادة. ولذلك قيل في الفقه الإسلامي تكملة

¹ - بالرغم من أن المحل والسبب ركنان مستقلان عن بعضهما، كان المشرع الجزائري قد دمج بينهما تحت عنوان واحد يسمى المحل، إلا أنه استدرك هذا الخطأ في التعديل الأخير للقانون المدني، حيث فصل بينهما بعنوان المنظمة للسبب بعنوان مستقل سماه السبب، وعلى ذلك نظم المشرع المحل والسبب من المادة 92 إلى المادة 98، فتناول المحل من م 92 إلى م 96 أما السبب فتعرض إليه في المادتين 97 و98.

² - في المحل والسبب، أنظر، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص 209-241؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 138-170.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.164-194 ; BUFFLAN-LANORE Yavaine, Droit civil, Deuxième année, Armand Colin, 6^e édition, 1998, pp. 46-59 ; CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22^e édition refondue, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 116-132.

للعبارة الأولى "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"¹. ولقد أورد المشرع أمثلة على السكوت الملابس ونص عليها في المادة 68 من ق م ج .

وعلى ذلك سنحاول البحث عن أثر الشريعة الإسلامية في هذه المراحل مبتدئين بوجود التراضي، لنتقل بعدها إلى صحة التراضي والبطالان.

المطلب الأول وجود التراضي

يتطلب الخوض في هذا المطلب، البحث عن دور الشريعة الإسلامية في كل من وجود الإرادة والتعبير عنها من جهة، وفي تطابق الإراديين من جهة ثانية، وذلك دون التعرض لصور التراضي الخاصة، والتي لا تمثل في أغلبها إلا نقلا حرفيا لما سلكه المشرع الفرنسي في هذا المسلك. والمقصود بالصور الخاصة للتراضي هي تلك التطبيقات الخاصة على تطابق الإراديين وهي: النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، التعاقد بطريق المزايدة، التعاقد بالعربون، عقود الإذعان، وأخيرا العقود الموجهة أو المفروضة².

وعلى ضوء ما تقدم سنبحث عن الشريعة الإسلامية في وجود التراضي في فرعين، نخص الأول بوجود الإرادة والتعبير عنها، لنتقل في الثاني إلى تطابق الإيجاب بالقبول.

الفرع الأول وجود الإرادة والتعبير عنها

وفيه نقطتان أساسيتان، تتعلق الأولى بموقف المشرع الجزائري من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ثم موقفه من أثر الموت وفقدان الأهلية على التعبير عن الإرادة.

¹ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.94-95.

² - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 128-155؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 83-95.

أولاً: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة¹:

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

وللإجابة على هذا التساؤل والكشف عن موقف المشرع الجزائري فيه، لابد من الرجوع إلى النظريتين التي تتنازعانه؟ لكن تجدر الإشارة قبل ذلك إلى أن هذا الموضوع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبحث في أساس القوة الملزمة للعقد، فهل يستمد هذه القوة من سلطان الإرادة أو من القانون؟ وعلى ذلك سنحاول معالجة هذا الموضوع وفقاً للتالي:

1 - نظرية الإرادة الباطنة و نظرية الإرادة الظاهرة:

أمام تعارض النظريتين في الإرادة التي يُعتد بها إذا اختلف التعبير الباطن عن الظاهر، سنحاول التعرض للنظريتين بالوقوف عند كل نظرية على حده.

أ - نظرية الإرادة الباطنة:

تتزعّم الأخذ بهذه النظرية المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي². وفي الواقع تعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في

¹ - أنظر في تفصيل النظريتين، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص.167-182؛ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، 2000، الطبعة الأولى، ص. 386-390 و ص.507؛

MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, pp. 108-111; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.108-111; CARBONNIER Jean, op.cit., p. 90,91.

² - أنظر، الصفحتين 8 و9 من هذه الدراسة.

الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها. أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقا من هذا، على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون بالإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبرونها دليلا على الإرادة الباطنة¹.

ويترتب على الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة نتائج تؤثر على نظرية العقد بأكملها، ففي الصورية مثلا تكون العبرة بالإرادة الحقيقية، وأيضا عند تفسير العقد فإن البحث إنما يكون عن النية الحقيقية للمتعاقدين حتى لو خالفت الإرادة الظاهرة².

ومن مظاهر مسايرة المشرع الفرنسي لما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما جاء به في نص المادة 1156 ق م ف حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ³.

ب- نظرية الإرادة الظاهرة:

فالبرغم مما كان للألمان من جهد في تدعيم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، إلا أنه وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بحث فقهاءهم في هذه النظرية بحث المدقق المنتقد، وخرجوا من ذلك بأن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحاسب عليه الإنسان أو يُحاسب، والإرادة التي تنتج أثرا قانونيا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، فالعبرة بهذا الإفصاح إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به، فالقانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية، ويصطلح الفقه على هذه النظرية عادة بنظرية الإفصاح عن الإرادة⁴.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 168-169;

CARBONNIER Jean, op.cit., p.81-83, et p. 90,91.

² - أنظر، أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لحكمتي النقص والتميز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، 2006، ص.55.

³ - Cf. MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., p.109; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 110.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 169-180 .

والاعتداد بالإرادة الظاهرة ما هو إلا مظهر من مظاهر المذهب المادي الذي تقوم عليه المدرسة الألمانية¹. وكما أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون بالإرادة الظاهرة على نحو مطلق، فإن أنصار مذهب الإرادة الظاهرة لا يهتمون بالإرادة الباطنة، حيث يشترطون أن يكون وراء هذا المظهر إرادة كامنة، إلا أنها مقصورة على إرادة التعبير لا إرادة إحداث الأثر القانوني².

2- موقف الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري :

حيث يثور التساؤل عن موقف الشريعة الإسلامية من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة؟ لنحاول بعدها الوقوف عند مسلك المشرع الجزائري، ونتساءل من ثم عن مصدر هذا الموقف؟

أ- موقف الشريعة الإسلامية:

بالرجوع إلى الكلام في صيغة العقد في الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء اهتموا كثيرا بصناعة الألفاظ في إنشاء التصرفات القانونية، ذلك أن الفقه الإسلامي نزعتة موضوعية كما تقدم، وأول أثر لهذه النزعة الوقوف عند الإرادة الظاهرة³.

وعلى هذا النحو نجد المظهر الذي يعتد به الفقه الإسلامي في الأصل هو اللفظ أولا قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر آخر طالما كانت الإرادة واضحة وظاهرة، حيث لا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. إلا أنه وبالرغم من هذا، لم يغفل الإرادة الباطنة، إذ العبرة في العقود فيه للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة فتكون العبرة إذن بما قصده المتعاقدين حقيقة⁴.

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا الصيغ تتمثل في:

¹ - أنظر، الصفحة 9 من هذه الدراسة.

² - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 128-155.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص. 84.

⁴ - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 56.

صيغ الماضي : ومثالها، بعت واشترت، وهي صيغة يؤثرها الفقه الإسلامي لما فيها من وضوح. وصيغة الماضي وإن كانت للماضي وصفاً، لكنها جعلت للحال في عرف أهل اللغة والشرع¹. ولقد تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم الإسلام عليها لدلالاتها على الإرادة الحاسمة، وحدوث الشيء قطعاً من غير احتمال معنى آخر. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظ يتمخض للحال فينقصد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا².

صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام : ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبمعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن تتمخض للحال دون الاستقبال³.

وباستقراء ما قاله الفقهاء في صيغ العقد اللفظية، يستخلص قواعد ثلاثة، هي⁴ :

القاعدة الأولى : كل لفظ يتمخض صيغته للحال، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينقصد به العقد حيث أنها أوضح.

القاعدة الثانية : كل لفظ يتمخض صيغته للحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة، فتعين الأخذ بالنية وهي الإرادة الباطنة.

القاعدة الثالثة : كل لفظ يتمخض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ولا ينقصد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا أوضح.

وما يمكن قوله أخيراً، هو أن عناية الفقهاء المسلمون باللفظ، لا تعتبر استمساكاً به، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة كما تقدم. إلا أنه وبالرغم من كل ما سبق، في الفقه الإسلامي ثلاث أمور تتغلب فيهم الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة على الإرادة الباطنة، ألا وهي الزواج

¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، ص.133.

² - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة معدلة، دمشق، سورية، 1997، ص. 2935.

⁴ - أنظر، صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء 3، 2، 1، دار العلم للملايين، 1983، الطبعة الثالثة، ص. 300-303؛ وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 2935-2937؛ عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 92-94.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، ص. 90.

والطلاق والرجعة¹، مصداقا لما رواه أبوهريرة عن النبي ﷺ أنه قال: " ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"²

ب - موقف المشرع الجزائري:

اختلف الفقه بصدد البحث عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فمنهم من يعتقد أنه أخذ مبدئيا بالإرادة الباطنة³، ومنهم من يرى العكس⁴.

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم⁵ واستقراء نصوص القانون المدني الجزائري، يستنتج أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، وإنما اعتمد تصورا جديدا مفاده تبني اتجاهها وسط مؤسس على النزعة الموضوعية المذكورة سابقا، حيث استمد هذا الموقف من الشريعة الإسلامية⁶.

فمن الأمثلة التي أخذ فيها المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة، المادة 1/111 من ق م والتي جاء فيها «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين»⁷.

أما عن أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة فخير مثاله يتجلى في الفقرة الثانية من المادة 111 التي جاء فيها «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر

¹ - أنظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 109.

² - أنظر، المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدرامي، وصحيح بن خزيمة، حققه ورتبه وضبط نصه، بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمد النوري، أحمد عبد الرزاق عبيد، أيمن إبراهيم الزامل، محمود محمد خليل، ج17، دار الجيل ببيروت، والشركة المتحدة بالكويت، الطبعة الأولى، 1993، ص. 222-223.

³ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 78.

⁵ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 76-81.

⁶ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 133.

⁷ - أنظر أيضا في أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة المواد، 60، 61، 62، 68، 198، 334، من القانون المدني، وأنظر في قرارات المحكمة العليا، غ م، 1983/03/16، ملف رقم 30914، م ق، 1989، ع 2، ص. 39؛ 1985/04/03، ملف رقم، 33528، م ق، 1989، ع 4، ص. 48.

من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات¹، بالإضافة إلى أن المشرع لا يعتد في تكوين العقد، إلا بالإرادة الحرة السليمة من العيوب، حيث جعل الغلط والإكراه والتدليس، والاستغلال، عيوباً تمكن من طلب إبطال العقد².

"وقد صار الفقه الحديث في جملته يسلم بأن سلطان القانون- لا سلطان الإرادة - هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة، وأن القانون يستند في ذلك إلى أسباب معينة، منها الإرادة ذاتها ومنها الاستقرار الواجب للمعاملات، لذلك فالقوانين الوضعية لا تركز لا إلى الإرادة الباطنة وحدها ولا إلى الإرادة الظاهرة وحدها، وإنما تجمع بينهما في حدود تختلف من قانون لآخر"³.

وما يمكن ملاحظته أخيراً، هو أن النزعة الموضوعية التي أخذ بها المشرع الجزائري في هذا الشأن، سادت أيضاً في مسؤولية عدم التمييز عن أعماله الضارة إذا لم يوجد من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض الضرر من المسؤول عنه، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل حيث نصت المادة 2/125 من ق م على « غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم ».

أما المشرع الفرنسي فلم يعرف هذا الحكم الذي استمده المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية، ولم يتقرر في التقنين الفرنسي حق التعويض إلا في التشريع الذي جاء به في سنة 1968⁴.

ومما سبق تبرز فلسفة القانون المدني الجزائري في محاولة منه لضمان استقرار المعاملات بدلا من حماية الإرادة الحرة. ومصدر هذه الفلسفة هو الفقه الإسلامي الذي أخذ طريقا وسطا قوامه الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كما تقدم وهذا قبل ظهور كل من النظرية اللاتينية والنظرية الألمانية⁵.

¹ - وفي نفس الصدد، يلاحظ أن المشرع الجزائري وفقا للمادة 59 ق م، لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة، إلا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه، حيث يستلزم النص التطابق بين الإرادتين وليس مجرد التعبير عنهما، وأنظر في قرارات المحكمة العليا، غ م، 1983/04/13، ملف رقم 31315، م ق، 1990، ع 1، ص.19.

² - أنظر، المواد 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

³ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص. 73.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 133.

⁵ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 64.

إلا أن السؤال الذي يطرح هنا، هو مدى الأخذ بهذه الفلسفة في الحالات التي قد يتأثر فيها من أصدر التعبير بعامل من العوامل، كما لو مات أو فقد أهليته؟

ثانيا: أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة:

حتى وإن كان موت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة محل خلاف في القضاء الفرنسي¹، إلا أن " المبدأ المقرر في النظرية التقليدية الفرنسية أن موت أي من الطرفين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد، يحول دون انعقاده، وذلك على أساس ضرورة تحقيق توافق الإرادتين وقت تمام العقد، وإرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته ولا يعتد بها القانون إذا فقد أهليته وفي هذه النظرية تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها وتزول بفقد أهليته، وذلك بعكس المذهب الألماني الذي يجعل للتعبير وجودا ذاتيا لا يتأثر بموت موجهه أو الموجه إليه ولا يفقد أهلية أحدهما"².

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 62 من ق م على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ».

حيث يتضح هنا أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة، إذ فرق بين وجود التعبير وإنتاجه لأثاره. وعلى ذلك، متى صدر التعبير عن الإرادة من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجودا قانونيا وترتب عليه آثارا قانونية. فلو أن المشرع أخذ في هذه الحالة بالإرادة الباطنة، لقرر أن التعبير عن الإرادة سيسقط بموت من صدر عنه التعبير أو يفقده لأهليته. وعليه طبقا لنص المادة 62 من ق م ، يجب التمييز بين صدور التعبير عن الإرادة من الموجب وصدوره من القابل، ثم موت أحدهما أو فقده لأهليته قبل وصول التعبير عن الإرادة للآخر.

ومثال ذلك، أن جزائري يرسل إلى فرنسي ويطلب منه شراء سيارته بثمن معين، وأن الفرنسي قبل وأرسل إلى الجزائري رسالة بقبوله، وبعد إرسال الرسالة مات الفرنسي أو فقد أهليته، ووصل القبول إلى الجزائري دون أن يعلم بموت الفرنسي أو يفقده لأهليته، فإن قبول الفرنسي يلزم ورثته إذا

¹ - Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.127-128 ; J FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 95-96 ؛

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 313-317.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 65.

كان قد مات، ويلزم من عين عليه قيما إذا كان قد فقد أهليته، ذلك أن العقد يعتبر تاما بمجرد وصول رسالة القبول إلى الجزائري تطبيقا لنص المادة 61 من ق م والتي تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يصل إلى علم من وجه إليه.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة صادرا من الموجب، ثم مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى القابل، وأعلن القابل قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو فقد أهليته فإن العقد لا يتم، إذ يشترط لتمامه أن يصل العلم بالقبول إلى الموجب الذي كان قد مات أو فقد أهليته قبل وصول العلم بالقبول إليه وذلك تطبيقا لنص المادة 61 ق م ج¹.

على أن بعض الفقه يرى أن موت الموجب أو فقد أهليته لا يسقط الإيجاب، سواء أكان الموت أو فقد الأهلية قد وقع قبل اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه أو بعده. إذ أنه في الحالتين يكون قد أنتج أثره، وصالحا ليقترن به القبول².

وأساس الحكم الوارد في المادة 62 ق م ج، هو النظرة الحديثة التي ترى أن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه. وهي فكرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي انطلاقا من نزعته الموضوعية. ولقد قلدت التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني³ الشريعة الإسلامية في هذه النزعة التي لم يعرفها القانون الفرنسي⁴.

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد المالكية يذهبون فيه إلى أن الإيجاب يكون ملزما لا يجوز الرجوع عنه، إذا عين فيه ميعاد صريح أو ضمني للقبول، وإصدار إيجاب على هذا النحو، معناه انفصاله عن صاحبه واستقراره في ذمته طوال مدة لزومه، وعلى ذلك، فهو لا يتأثر بموت صاحبه أو فقد أهليته، وينتقل إلى ذمة الورثة بالصفة نفسها التي كانت له في ذمة المورث⁵.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، الطبعة السادسة، ص. 37،36.

² - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 104-105.

³ - قضت المادة 130 فقرة 2 من القانون المدني الألماني بـ " إذا مات من صدرت منه إرادة بعد صدورها أو فقد أهليته، فلا يؤثر ذلك في صحة الإرادة " وقضت أيضا المادة 153 من نفس القانون " أن موت الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول، لا يمنع من تكوين العقد، إلا إذا كان هناك محل للتسليم بأن إرادة الموجب غير ذلك ".

³ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 133؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 66.

⁵ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 113،114.

ولقد نص المشرع الجزائري على تطبيقات أخرى لهذا المبدأ، كما هو الحال بعدم انتهاء الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر (المادة 1/510 ق م ج)، على أن يكون لورثته الحق في إنهاءه (المادة 2/510 ق م ج)، وهو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية ولا يعرفه القانون الفرنسي، في حين أخذ به التشريع الألماني في المادة 596 ق م أ¹. وهو ما حكمت به المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الذي استقر على أن الإيجار لا ينتهي بأي حال من الأحوال بموت المؤجر أو بموت المستأجر².

وما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أن المشرع الجزائري حتى وإن نظم المادة 62 وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي، إلا أن موقفه هذا ما هو إلا نقلاً حرفياً للمادة 92 من القانون المدني المصري³.

الفرع الثاني تطابق الإيجاب بالقبول

سبقت الإشارة إلى أن العقد يتم بتبادل الطرفين لإرادتين متطابقتين⁴، حيث يلزم لقيام العقد وفقاً لنص المادة 59 ق م ج أن يصدر تعبير عن إرادة شخص متضمن لعرض وهو الإيجاب، وأن يصدر تعبيراً يقابله من شخص آخر وهو القبول المطابق لذلك الإيجاب.

وبهذا الصدد فرق القانون المدني بين فرضين، وهما أن يكون المتعاقدان حاضراً سواء كان حضورهما مادياً أو حكماً، وهذا ما سماه المشرع الجزائري بمجلس العقد. والفرض الثاني أن يكون المتعاقدان بعيدين عن بعضهما ويتعاقدان بالمراسلة وهذا ما يسمى بالتعاقد بين غائبين.

وباعتبار المشرع الجزائري قد نظم أغلب هذه الأحكام وفقاً لما جاء به التقنين المدني الفرنسي¹، سنكتفي بدراسة الأحكام التي المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذه الأحكام هي أحكام التعاقد بين حاضرين أو ما يسمى عند فقهاء الشريعة بمجلس العقد.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 134؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 66.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1988/06/20 ملف رقم 47824، م ق، 1990، ع 3، ص. 147؛ 1988/12/07، ملف رقم 46711، م ق، 1990، ع 2، ص. 23.

³ - نصت المادة 92 من القانون المدني المصري على « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ».

⁴ - أنظر، الصفحة 17 من هذه الدراسة.

أولاً : مجلس العقد في الفقه الإسلامي :

سنحاول التعرض لهذا المجلس بالوقوف عند النظرية المنظمة له في الفقه الإسلامي، لنستعرض بعد ذلك النتائج المترتبة عن القول بها.

1 - الغرض من نظرية مجلس العقد وحدودها :

حيث نقف في هذا العنصر عند الغرض من وضع الفقه الإسلامي لهذه النظرية، لننتقل بعدها للحديث عن حدود مجلس العقد إن كان لهذا الأخير حدود؟

أ- الغرض من نظرية مجلس العقد :

يعرف الفقهاء مجلس العقد على أنه الاجتماع الواقع لأجل التعاقد²، حيث يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهو ما يسمى بمجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب، وهذا حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، فلو اشترط أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبير³.

ولم تعالج هذه المسألة علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي خاصة الحنفي⁴ منه، فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان حداً كبيراً لولا إغراقها في المادية. ولا يطلب من المتعاقد الآخر في هذه النظرية القبول فوراً، بل له أن يتدبر بعض الوقت. ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلماً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب التوسط بين الأمرين ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد⁵.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 33؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 79؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 117.

² - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 296.

³ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 290.

⁴ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ص. 137؛ مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبمامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية، الجزء الثالث، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ب س ط، ص. 7-8.

⁵ - أنظر، عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2، ص. 6.

ب - حدود مجلس العقد :

دُكر سابقا أن مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ من صدور الإيجاب ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبد إعراض من أي منهما، إلا أنه يوجد في ذلك تفصيل وفقا للتالي¹:

- إن بدا إعراض من أحدهما، يكون انفض مجلس العقد.
 - إن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب، يكون مجلس العقد قد انفض كذلك.
 - إن رد المتعاقد الآخر على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، يكون مجلس العقد قد استنفذ أغراضه.
 - إذا انفض مجلس العقد دون قبول سقط الإيجاب، ولا يجوز بعد ذلك للمتعاقد الآخر أن يقبل، فإن فعل، غدا قبوله إيجاباً جديداً لا بد فيه من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ.
- وحتى وإن كانت نظرية مجلس العقد من الأمور المتفق عليها في غالب الفقه الإسلامي، إلا أن فيها بعض الاختلاف، ويرد هذا الاختلاف إلى مسألة حق المتعاقدين بالرجوع عن العقد بعد القبول وقبل انفضاض المجلس².

ويعود اختلاف الفقهاء إلى تفسير قوله ع "المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا"³. فهذا الحديث حتى وإن كان وارداً في البيع، إلا أن حكمه ثابت في غيره من عقود المعاوضة المحضة. حيث تمسك الشافعية⁴ والحنابلة⁵ بالمعنى الحرفي للحديث، وفسروا كلمة التفرق الواردة فيه بمعنى التفرق بالأبدان، وأجازوا لكل من المتعاقدان أن يرجعا عن العقد بعد القبول ما دام لا يزالان في المجلس. غير أن هذا

¹ - أنظر، عبد الرزق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 6-7.

² - أنظر في تفصيل الاختلاف، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1997، ص 10 وما يليها؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء الثامن، إدارة الطباعة المنيرية بمصر، ص 351 وما يليها؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، دار المنار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 142-161؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 58-62.

³ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج 10، ص 437.

⁴ - أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص 4-6؛ محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 179-180.

⁵ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، ص 26-31.

الرأي لم يقبل به البعض وعلى رأسهم أبو حنيفة¹ ومالك²، وقد اعتبروا أن المقصود بالتفرق هو التفرق بالأقوال، وبذلك منعوا الرجوع عن العقد في المجلس بعد القبول أو بعبارة أخرى ينقطع عنهم خيار المجلس بارتباط الإيجاب بالقبول.

وما يمكن ملاحظته هنا أن " الرأي الثاني عملي ومنطقي، وأقرب إلى النظريات العصرية وأوفق لحاجات الناس في معاملاتهم " ³.

2- النتائج المترتبة على نظرية مجلس العقد:

يترتب على نظرية مجلس العقد نتائج ثلاثة⁴، نرتبها كالتالي:

- (أ) - أن يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد فالقبول غير محتتم، حيث أن هذه النظرية صيغت لتحديد المعيار الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه.
- (ب) - أن يكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه حتى صدور القبول أو انفضاض المجلس.
- (ج) - أن يكون لكل من المتعاقدان خيار المجلس الذي يعطي للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انفضاض المجلس. ولقد انقسمت المذاهب في هذا الخيار انقساماً شديداً، حيث أن الحنفية⁵ والمالكية⁶ ينكرونه، وعندهم أن العقد متى تم مجلسه بصدور القبول، امتنع على أي من المتعاقدان بعد بعد ذلك أن يرجع، وذلك حفاظاً على الإلزام في العقد. أما الشافعية⁷ والحنابلة⁸ فيقولون بخيار

¹ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.134؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص. 7؛ محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.180-183.

² - أنظر، مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994. ص. 222-223؛ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة، 1982، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص.181، 180.

³ - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 298.

⁴ - أنظر، عبد الرزق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص. 14-23.

⁵ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.137؛ محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.181-183.

⁶ - أنظر، مالك بن انس، المرجع السابق، ص. 222.

⁷ - أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.4-6؛ محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.179-180.

⁸ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ص. 26-27.

المجلس، وعندهم أن أيا من المتعاقدين يكون له خيار المجلس مادام المجلس قائما لم ينفض، فإذا انفض المجلس بطل الخيار.

ثانيا: مجلس العقد في القانون المدني الجزائري :

نصت المادة 64 ق م ج بقولها « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ».

وعلى ذلك إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكما كما في التعاقد بالهاتف، الأصل أن يصدر القبول بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول، فإذا لم يصدر القبول فورا فإن للموجب أن يرجع في إيجابه أو ما يسمى بالتحلل عن الإيجاب، ولكن كاستثناء من هذا الأصل أجازت الفقرة 2 من المادة 64 ق م ج أن يتراخى القبول مادام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد ومنشغلين بالتعاقد، ومادام الموجب باقيا على إيجابه¹. وهذا الحكم مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية²، إذ ينطوي على تحليل معقول لنية الموجب في بقاءه على إيجابه ما دام لم يعدل عنه قبل أن ينفض مجلس العقد، بحيث يتم العقد إذا صدر القبول قبل أن ينفض المجلس³.

وحتى وإن استمد المشرع الجزائري هذا الحكم من الشريعة الإسلامية وفقا لما تقدم، تجدر الإشارة هنا إلى موقف القانون المصري في هذا الشأن، حيث نص على نظرية مجلس العقد في المادة 94 من ق م ج التي جاء فيها « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 33-34.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 79.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1987/12/07، الملف رقم 45658، م ق، 1990، ع 4، ص. 61.

ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد».

وختاماً لما سبق، يمكن القول بأن ما وصل إليه المشرع الجزائري، هو نقل حربي عن القانون المصري والذي نقله بدوره من الفقه الحنفي، حيث بلغ هذا الأخير في صياغته لهذه النظرية حداً كبيراً من الإتقان لولا إغراقها في المادية كما تقدم.

ثم إذا كان حال المشرع الجزائري في تأثره بأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لوجود التراضي على النحو السابق، فهل تأثر هذا الأخير بها أيضاً في تنظيمه لصحة ذلك التراضي وبطلانه؟

المطلب الثاني صحة التراضي والبطلان

إذا توافر في العقد أركانه المتقدمة انعقد صحيحاً، أما إذا تخلف ركن من تلك الأركان أو شرط من شروطها، كان العقد باطلاً. والعقد عمل قانوني قوامه التراضي كما تقدم، والتراضي قد يكون غير موجود مما يؤدي إلى عدم وجود العقد أو بطلانه، وقد يكون موجود ولكنه معيب بعب من عيوبه وعندها يقوم العقد لكنه يكون قابلاً للإبطال. وعلى ذلك، سنحاول البحث عن دور الشريعة الإسلامية في صحة التراضي أولاً لنتنقل بعدها إلى البطلان ثانياً.

الفرع الأول صحة التراضي

وجود الرضا ركن في العقد إذا تخلف انهار العقد، ويشترط لصحة الرضاء أن يكون صادراً من ذي أهلية، وأن يكون بريئاً من عيوب الإرادة وهي الغلط، والتدليس والإكراه، والاستغلال. وتعتبر نظرية عيوب الإرادة صدى لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قوام القانون المدني الفرنسي، فمادامت الإرادة تعتبر ركن التصرف القانوني، فهي من ينشأ ويحدد آثاره، وجب أن تكون هذه الإرادة سليمة من كل عيب يشوبها وذلك حتى يتوفر لها سلطانها الكامل في هذا الصدد¹.

¹ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.62; LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3^e édition, 1996, p. 102.

وباعتبار أن المشرع الجزائري سار على نهج المشرع الفرنسي في تنظيمه لأغلب أحكام عيوب التراضي¹، سنكتفي بدراسة ما استمده المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في هذا المجال، ألا وهو أحكام نقص الأهلية، وموقفه من معيار الغبن.

أولا: نقص الأهلية:

يسري على الأهلية في البلاد الإسلامية قانون الأحوال الشخصية، ولما كان هذا القانون في الكثرة الغالبة من أحكامه هو نفسه الفقه الإسلامي، سنعالج هذا الموضوع دون إبراز لموقف القانون الفرنسي فيه، إذ لا محل لإبرازه في هذه المسائل²، وبذلك سنتعرض لمسائل الأهلية الخاصة بصحة التراضي في كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري وذلك في كل عنصر من عناصرها.

1- أحكام عامة في الأهلية :

تعرف الأهلية بكونها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيتها لاستعمالها، ويميز الأصوليون والفقهاء عادة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، أما أهلية الأداء فهي صلاحيته لاستعمالها³. والمقصود في نطاق دراسة صحة التراضي هو أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، ذلك أن أهلية الأداء تقوم على أهلية الوجوب وتفترض وجودها، فلا يكون الشخص أهلا لصلاحية استعمال حقوقه إلا إذا كان صالحا لامتلاكها.

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 96-137؛ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 48-69؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 165-208.

² - أنظر، عبد الرزق أحمد السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2، ص. 97.

³ - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 1987، ص. 310-311؛ عبد السلام التنوخي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، الجزء الثالث، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، الطبعة الثانية، 1997، ص. 18-19.

وتذهب الكثير من القوانين المدنية إلى النص على مبدأ جوهرى ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كاملا للأهلية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. ولقد تأكد هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري بالمادة 78 المعدلة بالقانون 10-05 حيث جاء بها «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون». وبالإضافة إلى ذلك، تعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، بحيث لا يجوز لأحد التنازل عنها أو تغيير أحكامها إلا بمقتضى نص في القانون (م 45 ق م ج) ¹.

2- أحكام الأهلية بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري :

إن الأهلية التي تهمنا هنا هي أهلية الأداء كما تقدم، ومناطق هذه الأهلية الإدراك أو التمييز أو الإرادة، ففاقد التمييز فاقد للإرادة لأنه فاقد للإدراك، وناقص التمييز ناقص الإدراك وناقص الأهلية، وكامل التمييز كامل الأهلية لأنه كامل الإدراك. ولما كان التمييز يكتمل عند الإنسان تدريجيا بحسب السن فإن الأهلية تتدرج تبعاً لذلك ²، وعلى ذلك سنتعرض لهذه الأدوار المتدرجة أولاً ثم لعوارض لأهلية ثانياً.

أ- تدرج الأهلية مع السن:

الدور الأول : قبل الولادة أو الجنين:

فالشخص وهو جنين في بطن أمه معدوم لأهلية الأداء، وناقص لأهلية الوجوب، إذ ليس له من أهلية الوجوب إلا ذمة صالحة للوجوب له في بعض الحقوق تؤهله ليكون دائماً لا مديناً. والسبب في نقص أهلية هذا الأخير أمران، فهو من جهة يعد جزءاً من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنساناً مستقلاً منتهياً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق النافعة له وهي التي لا تحتاج إلى قبول، كالحق في ثبوت نسبه من أبيه، وفي الميراث من مورثه، وفي الوصية من الموصي، إلا أن الحقوق

¹ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 157-158.

² - أنظر، مندر الفضل، المرجع السابق، ص. 153-152.

المالية الأخيرة ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حيا، أما إذا ولد ميتا فيعتبر كأنه لم يوجد من الأصل¹.

ولقد أبقى المشرع الجزائري على هذا الأصل المقتبس من الشريعة الإسلامية حيث أثبت للجنين بعض الحقوق هي:

- حقه في ثبوت نسبه من أبويه طبقا لنصوص ق أ (المواد 40 وما يليها).
- حقه في الميراث (المواد 128 و 173 ق أ).
- حقه في أن يوصى له (م 127 ق أ).

ولقد أخذ الأستاذ علي علي سليمان على المشرع الجزائري مأخذ في تنظيمه لأهلية الجنين في القانون المدني نذكرها كالتالي²:

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 2/25 المعدلة بالقانون رقم 10-05 على «على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا»، ويؤخذ على النص مأخذين هما :

- أن النص متعلق بأهلية الوجوب الناقصة للجنين قبل أن يولد، وهذه الأهلية تثبت له وهو مازال جنينا، سواء ولد حيا أو ولد ميتا، وليس لنا أن نبحث عن أهليته بعد ولادته، لأنه متى ولد حيا أصبحت له شخصية وجوب كاملة.

- أن النص يقضي بتمتع الجنين بالحقوق المدنية، بالرغم أنه ليس للجنين أن يتمتع بكل الحقوق المدنية، وقد كان ينبغي أن يقال، تثبت له بعض الحقوق المدنية وهي التي سبق ذكرها³.

الدور الثاني: من الولادة إلى سن التمييز أو الصبي غير المميز:

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد سن التمييز فيها هو السابعة¹، وعلى ذلك سارت جل التقنينات المدنية العربية²، والصبي غير المميز كذلك ليست له أهلية أداء حيث تبقى معدومة، والذي

¹ - أنظر، مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. 203-204؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 356؛ عبد السلام التبوخي، المرجع السابق، ص. 38-40؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 314.

² - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 53-54، ولنفس المؤلف، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 80-81.

³ - لقد صحح المشرع الجزائري هذا الخطأ حيث عدل المادة 2/25 بالقانون 10-05 وأصبحت تنص "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"

يباشر أهلية الأداء له هو وليه أو وصيه، وإذا فرض وباشر الصبي غير المميز أي عمل من الأعمال القانونية، فإن تصرفه يقع باطلا مهما كان نوعه³.

أما المشرع الجزائري فقد شد عن الشريعة الإسلامية والتقنيات العربية السابقة فيما يتعلق بسن التمييز، حيث كان يعتبر الشخص الذي لم يبلغ 16 سنة فاقدا للتمييز، إذ كانت المادة 2/24 ق م ج تنص على « يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر». ولقد عدل المشرع الجزائري هذه المادة بالقانون 10-05 حيث أصبح ينص في المادة 2/24 على أنه « يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة». وبذلك يكون المشرع قد خفض سن التمييز بثلاث سنوات، ولعل سبب هذا التعديل يكمن في أنه كان لا يفصل بين سن التمييز القديم (16 سنة) وسن الرشد (19 سنة وفقا للمادة 40 ق م ج) إلا ثلاثة سنوات⁴.

ولقد تولت الفقرة 1 من المادة 42 النص على حكم تصرفات الصبي غير المميز فقالت « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون». فطبقا لهذا النص تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ 13 سنة باطلة بطلانا مطلقا، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو غير نافعة، وينوب عنه وليه أو وصيه في هذه التصرفات وفقا لنص المادة 81 من ق أ ج⁵.

الدور الثالث: من سن التمييز إلى سن البلوغ - الصبي المميز -

في الشريعة الإسلامية يكون للقاصر في هذا الدور أهلية أداء ناقصة، ذلك كون إدراكه ناقصا فله أن يباشر ما كان نافعا له نفعاً محضاً، كقبول الهبة وقبول الإبراء من الدين، وليس له أن يباشر ما كان ضاراً به ضراً محضاً، كأن يهب ماله، أو يقرضه، أو أن يبرئ مدينه. أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة وليه أو وصيه. فوليه مخير بين إعطاء الإجازة من عدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا، ومثال هذه التصرفات البيع والشراء والاستئجار وغيرها.

¹ - أنظر، وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 2968؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 315.

² - (المصري م 45، الأردني م 3/3118، السوري م 47، العراقي م 97، الليبي م 45)، وحدد القانون المدني الألماني هو الآخر سن التمييز بالسابعة في مادته 104.

³ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 159.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام، المرجع السابق، ص. 49.

⁵ - نصت المادة 81 من ق أ ج على « من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ».

والقول بأن هذا النوع من العقود موقوفة على إجازة الولي هو قول أبو حنيفة¹ ومالك²، على أنه متى بلغ القاصر ثماني عشرة سنة، جاز له أن يستلم أمواله ليديرها بنفسه وهذا ما تسميه الشريعة الإسلامية بالصغير المميز المأذون³.

أما في القانون الجزائري، فالصبي المميز هو كل من بلغ 13 سنة من عمره ولم يبلغ 19 سنة وفقا للتعديل الجديد كما تقدم. ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض لحكم الصبي المميز حيث اقتضت المادة 43 منه على اعتباره ناقص أهلية، وبهذا الاعتبار تجري على تصرفاته أحكام المادة 101 مدني، والتي لحقته بمن وقع في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه.

أما طبقا لقانون الأسرة فإن مثل هذه التصرفات حيث منصوص عليها في المادة 83 التي نصت على « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»، حيث يتبين من خلال هذا النص أن قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية، والذي لا ينتج آثاره إلا إذا أقره وليه أو وصيه على قول أبو حنيفة ومالك كما تقدم.

وما يلاحظ هنا هو التناقض الموجود بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة في هذا المجال، فطبقا للقانون المدني تصرفات الصبي المميز (بين 13 و 19 سنة) تكون صحيحة ومنتجة لكل آثارها متى كانت دائرة بين النفع والضرر حتى يتقرر إبطالها، تطبيقا لأحكام العقد القابل للإبطال في ق م ج، وللصبي المميز إذا بلغ سن الرشد الحق في إجازتها أو في طلب إبطالها وفقا للمادة 101 ق م ج، ويزول حق إبطالها إذا لم يتمسك به صاحبها خلال خمس سنوات وفقا لنفس المادة، وبذلك فإن القانون المدني لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف، فانطلاقا مما سبق يحسن بالمشروع الجزائري أن يوفق بين القوانين، فإما أن يأخذ القانون المدني بفكرة العقد الموقوف فلا يكون هناك محل لطلب الإبطال ولا

¹ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.149-150؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص.7-8.
² - أنظر، عبد السند حسن بمامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التمهيد والاستدكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البر، القيس لأبي بكر محمد عبد الله ابن العربي المالكي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء السابع عشر، مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص 91؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص282.
³ - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 361-364؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص.50-56؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 315-316.

لسقوط الحق فيه، وإما أن يأخذ قانون الأسرة بأحكام القانون المدني التي تعتبر مثل هذا العقد صحيحا حتى يتقرر إبطاله بحكم من القضاء¹.

و "الأخذ بفكرة العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي أدق وأولى بالإتباع، وأكثر اتفقا مع المنطق القانوني من فكرة العقد الصحيح القابل للإبطال، وذلك لأن هذا العقد يظل مهددا بالإبطال ممن شرع الإبطال لصالحه مدة عشر سنين من بلوغ القاصر سن الرشد، وقد يكون القاصر قد أبرمه عند بلوغه سن التمييز فيظل مهددا بالإبطال لمدة ثلاث عشر سنة، أي أن الطرف الآخر يظل معرضا طوال هذه المدة لانتهيار العقد بأثر رجعي، وفي هذا ما فيه من عدم استقرار المعاملات بين الناس.

أما العقد الموقوف فلا يترتب عليه أي أثر ، ولن يترتب عليه أي ضرر للطرف الآخر، ما دام يعلم أنه موقوف، فيا حبذا لو أخذ المشرع الجزائري عند إعادة النظر في القانون المدني بنظرية العقد الموقوف، وحينئذ ينبغي أن تصحح كلمة الإجازة - الواردة في نص المادة 83 ق أ ج- إلى كلمة إقرار، وأن يضاف إلى النص الوارد في قانون الأسرة أن للقاصر إذا بلغ سن الرشد أن يجيز العقد الموقوف إذا لم يكون الولي أو الوصي قد أقره من قبل، وهذا ما تأخذ به الشريعة الإسلامية، وإذا أخذ بنظرية العقد الموقوف، فينبغي أن يعاد النظر في نص المادة 101 من القانون المدني بحيث تحذف منها عبارة (في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب)².

لكن ما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن المشرع الجزائري بالرغم من تعديله للقانون المدني ولقانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، إلا أنه أبقى على هذا التعارض.

هذا ويلاحظ أيضا أن القانون المدني الجزائري قد أشار لنظام الترشيح في المادة 2/38 والتي تطابق المادة 42 من ق م م ،دون أن يكون هناك نصوص تبين ما هي هذه التصرفات التي يكون المرشد أهلا لمباشرتها ببلوغه بثماني عشرة سنة، ثم أن ق م م يحدد سن التمييز بسبع سنين وسن الرشد بواحدة وعشرين سنة، ولا يسمح للمرشد إلا بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف، وقد حداه في ذلك جل القوانين العربية ، أما المشرع الجزائري فبعد المادة 2/38 ق م ج، جاء في المادة 84 من

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للترشيح، المرجع السابق، ص.49-50.

² - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 272-273.

وفي معني الرشد خلاف عند الفقهاء بين الصلاح في الدين والمال معا، أم في المال فقط، إلا أن الفقه الغالب مال إلى الرأي الثاني¹.

" والبلوغ والرشد غير محددين دائما بسن معينة وما في هذا ما فيه من الصعوبة للناس في معاملاتهم مع الصغار، وما فيه من مجال للنزاع بين هؤلاء وأوصيائهم، وفوق ذلك أصبحت الحياة الاقتصادية اليوم معقدة أكثر مما كانت عليه في القديم، وصار لا بد من خبرة وتجارب لا تكون في الغالب موجودة في سن البلوغ الطبيعي"².

أما في القانون الجزائري، فمتى بلغ الصبي المميز سن الرشد وهي 19 سنة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، فإنه يصبح كامل الأهلية وأهلا للقيام بكل التصرفات القانونية (المادة 40 ق م ج).

ب- عوارض الأهلية:

قد تتأثر أهلية الشخص بعوامل أخرى غير السن، إذ قد يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض يؤثر على أهليته وبالتالي على تصرفاته القانونية حيث يجد منها أو ينقصها أو يعدمها، وعوارض الأهلية هي الجنون والعتة والسفه والغفلة :

- فالجنون هو من اختل عقله على نحو يمنع جريان أفعاله وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي³، وتتوفر عند الجنون أهلية وجوب كاملة، أما أهلية الأداء فمعدومة حالها حال الصبي غير المميز، وتقع أعماله باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة عنده، وتحجر عليه المحكمة وتعين له قيما⁴.

¹ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص. 607-609؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج7، ص171؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 366-367؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، حاشية ص. 286-288؛ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص. 285 وما يليها؛ وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 2969-2971؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 90-96.

² - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 368.

³ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 317.

⁴ - أنظر، عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 90-96.

- والمعتوه هو من كان مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون. فالعته وإن ذهب بالعقل والتمييز فإنه نوع من الجنون الساكن. ويأخذ المعتوه غير المميز حكم المجنون والصبي غير المميز، فيكون فاقدا للأهلية، أما إذا لم يذهب العته بالتمييز فيكون المعتوه مميزا ناقصا للأهلية كالصبي المميز لا يختلف عنه في شيء¹.

- والسفيه هو من ييدر المال على غير مقتضى من العقل والشرع ولو في سبيل الخير. أما ذو الغفلة فهو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف التصرف الربح من الخاسر، فيخدع بسهولة في المفاوضات ويغبن، ويشترك السفيه والمعتوه بوجه عام في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس، وللسفيه وذو الغفلة أهلية أداء ناقصة بحيث يحجر عليهم ويعين عليهم قيما².

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 42 من القانون المدني على أن العته أو الجنون يعدمان الأهلية، ونص في المادة 43 على أن من كان سفيها أو ذا الغفلة يكون ناقصا للأهلية، إلا أن قانون الأسرة نص في المادة 85 منه على أنه « تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه » ثم أضاف في المادة 101 « من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ».

ومن مجموع هذه النصوص يستخلص أن عوارض الأهلية هي الجنون، والعته، والسفه والغفلة³، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري في هذا الشأن عيوب نذكرها كالتالي:

- أنه بينما يعتبر القانون المدني الجنون والعته معدمين للأهلية بحيث تعتبر تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر عليهم، نجد قانون الأسرة يخالف ذلك حيث يقضي ببطلانها إذا صدرت منهما بعد الحجر، أما قبل الحكم بالحجر فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة أو فاشية. وبما أن قانون الأسرة لاحق للقانون المدني، فإنه الواجب اعتماد حكمه⁴، مع

¹ - أنظر، عبد السلام التبوخي، المرجع السابق، ص. 109-115؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 318-319.

² - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 327-339؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 370-381.

³ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 161-162.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام، المرجع السابق، ص. 54-55.

ملاحظة أن الشريعة الإسلامية تفرق بين المعتوه غير مميز وتلحقه بالمجنون والمعتوه المميز وتلحقه بالسفيه كما تقدم .

- أنه طبقا للمادة 43 ق م ج، يعتبر السفيه وذو الغفلة ناقص أهلية فقط، وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات الصبي المميز، أما قانون الأسرة فقد ألحقت مادته 107 السفيه بالمجنون والمعتوه مع أن المادة 43 من ق م ج ذكرت السفيه وذو الغفلة، ثم أن الشريعة الإسلامية غالبا ما تقرن بينهما¹ من جهة أخرى، وبذلك كان على قانون الأسرة أن يضيف ذو الغفلة، لكن بالرغم من تعديل المشرع الجزائري لقانون الأسرة في 2005 إلا أنه أبقى على هذا الخطأ ؟
ثم طبقا لنص المادة 107 من ق أ ج يلحق السفيه ويقاس عليه ذو الغفلة بالمجنون والمعتوه، فتكون تصرفاتهم بعد الحكم بالحجر عليهما باطلة، وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون والسفه والغفلة ظاهرة وفاشية كما تقدم².

وما يجدر الإشارة إليه أخيرا، أنه بالإضافة إلى هذه العوارض الموجودة في الشريعة الإسلامية، يوجد في هذه الأخيرة عارض آخر قد يمنع الأهلية واقتبس المشرع الجزائري أحكامه منها هو الآخر، ألا وهو الفقد والغياب³، حيث تعرض له قانون الأسرة بالتنظيم من المادة 106 إلى المادة 115 منه، فالمفقود وفقا للمادة 109 هو « المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ». أما الغائب فقد عرفته المادة 110 : « الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ».

ثانيا : معيار الغبن :

يعرف الغبن في الشريعة الإسلامية على أنه النقص في الثمن في البيع والشراء، والنقص في البديل في باقي عقود المعاوضة⁴ .

¹ - أنظر فيهما، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 297-298 ؛ وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 2972 - 2974.

² - أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 55-56.

³ - أنظر ، سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص. 452-453.

⁴ - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 433، 432.

أما الفقه المدني فيعرف الغبن على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، فهو يكون مغبوناً إذا أعطى أكثر مما أخذ، وقد يكون غابناً إذا أخذ أكثر مما أعطى¹.

أما الاستغلال " فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرها مادياً له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدان لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف ومن هنا فهو يختلف عن الغبن في أساسين، ذلك أنه يقع في جميع التصرفات، في حين أن الغبن لا يكون إلا في المعاوضات ولا يكون في التبرعات، كما أن المعيار فيه معيار شخصي وليس مادي " ².

1 / النظرية المادية والنظرية الشخصية في الغبن:

فتحديد الأحوال التي يكون فيها الغبن من عدمه، وكيف يكون الجزاء في حالة وقوع الغبن ليس من المسائل البسيطة، ذلك أن الفقه أقام لها تصورين من شأنهما معالجتهما، ويتمثل ذلك في نظريتين، إحداهما مادية والأخرى شخصية.

أ/ النظرية المادية:

وهي تنظر للقيمة المادية لما أعطاه المتعاقد وما أخذه، فإذا اختل التعادل بين القيمتين إلى درجة محدودة كان هناك غبن. ومفاد ذلك أن عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه يكون كافياً لإبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية³، وبذلك هناك أمران ينظر إليهما نظراً مادياً هما⁴:

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج 1، ص. 446.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 127.

³ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 147.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج 1، ص. 449-450.

- قيمة الشيء: فينظر إليه نظرة مادية لا نظرة شخصية، حيث أن العبرة بقيمة الشيء في حد ذاته وتحدد هذه القيمة وفقا للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب. ويترتب على هذه النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة تحقق الغبن، حتى ولو لم يختل التعادل بالنظر للقيمة الشخصية للشيء. فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكنه يشتري الشيء بثمن أكبر من هذه القيمة. ففي مثل هذه الحالة يعتبر هذا المتعاقد مغبونا طبقا لهذه النظرية مادام التعادل قد اختل بالنسبة للقيمة المادية، مع أنه كان عالما بعبء القيمة، فلم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه. فالغبن في هذه النظرية عيب مستقل قائم بذاته حيث أنه يقع في العقد لا في الرضاء.

- درجة الاختلال في التعادل: وينظر إليها هي الأخرى نظرة مادية، فهي درجة محدودة بل هي رقم مرصود، كالخمس أو الربع، أو النصف، فقد يكون الغبن فاحشا من الناحية الشخصية لظروف المتعاقد، ولكنه لم يبلغ القدر المحدود من الناحية المادية ففي هذه الحالة لا يعتد به. ومما سبق يظهر أنه بالرغم مما لهذه النظرية من مزايا تتمثل في التحديد وفي ضمان استقرار المعاملات حيث يمكن للوهلة الأولى وبعد الإطلاع على العقد أن نعرف هل في العقد غبن من عدمه، إذ لا يقتضي ذلك أكثر من عملية حسابية، إلا أن عيب هذه النظرية يكمن في عدم مرونتها فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلا عادلا لمسائل اجتماعية يغلب فيها العنصر النفسي، والأولى تطبيق معيار مرن يتسع لحل كل مسألة حلا عادلا.

ب/ النظرية الشخصية:

ومفادها أن التفاوت الذي يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها هو ناتج عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى¹. وتقوم هذه النظرية على أساسين تختلف فيهما عن النظرية المادية وهما²:

¹ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 148.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 451.

- قيمة الشيء: فهي لا تنظر لقيمة الشيء في حد ذاته، بل في اعتبار الشخص الذي يريد الحصول عليه فقد يكون غاويا يبدل قدرا كبيرا من المال في سبيل الحصول على تحفة لا تصل قيمتها إلى هذا القدر إلا في نظره هو، فهو يبدد هذا المال طائعا محتارا وهو على بينة من الأمر فلا يقال أنه قد غبن. وعلى ذلك لا يكون هناك غبن طبقا لهذه النظرية إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمنها هو أكبر من قيمة الشيء الشخصية، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهما في قيمته أو مخدوعا فيها أو مضطرا إلى التعاقد. ولا يكون ذلك إلا نتيجة لطيش أو رعونة أو عدم تجربة أو إكراه، ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق إلا إذا وقع المتعاقد في غلط أو تدليس أو إكراه، وعليه لا يكون الغبن في هذه النظرية عيبا مستقلا بذاته، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء الثلاثة.

- درجة الاختلال في التعادل: حيث تتخذ هذه النظرية في تحديد درجة الغبن معيارا مرنا أيضا، فهي لا تحدد رقما يجب أن يصل الغبن إليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة، فيكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهض.

ج/ موقف القانون المقارن من النظريتين :

اعتنقت جل القوانين الحديثة النظرية الشخصية وجعلت من الغبن نظرية تنطبق على جميع العقود¹، ومثال ذلك القانون المدني الألماني، حيث نصت مادته 138 على: « يكون باطلا التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء»².

أما القانون الفرنسي فلم يكن ليهتم بتعادل التزامات المتعاقدين، والسبب في ذلك هو اعتماده على منطق 'مبدأ سلطان الإرادة'، فالعقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمائها بين أفراد المجتمع، فهم متساوون في الحقوق والواجبات ويتمتعون بحرية كاملة بحيث يستحيل أن يرم أحدهم عقدا مضرا بمصالحه.

¹ - أنظر، مندر الفضل، المرجع السابق، ص 194-195؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 148.

² - أنظر أيضا في القوانين التي تبنت هذا الموقف، المادة 21 من القانون المدني السويسري، والمادة 214 من القانون المدني اللبناني.

لكن بالرجوع إلى ق م ف، نجد نص على مبدأ مقيد مفاده أن الغبن ليس سبب من أسباب إبطال العقود، حيث نصت المادة 1118 من هذا القانون على أن « الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض العقود أو اتجاه بعض الأشخاص »¹.

وعلى ذلك يظهر أن الاعتبارات السابقة، لم تمنع المشرع الفرنسي وقت وضعه للتقنين الفرنسي سنة 1804 من استثناء حالتين هما²:

- حماية بعض العقود من الغبن: وتتمثل هذه العقود في عقدين لا تقبل دعوى الغبن إلا فيهما وهما عقدي البيع والقسمة، فلقد احتفظت المواد 1674 إلى 1985 من القانون المدني بالدعوى لبائع العقار وحده، ويتطلب ذلك غبنا يفوق 12/7، أما الإبطال للغبن في القسمة فهو مقبول وفقا لنص المادة 2/887 من ذات القانون، حيث يكفي فيها وجود غبن يفوق الربع.

- حماية بعض الأشخاص من الغبن: فالأشخاص المقصودين في المادة 1118 من ق م ف هم القاصرين، والقاصر يحمى هنا باعتبار أن غبنا لحق به، وليس باعتباره قاصرا. ويكون العقد في هاتين الحالتين معييا إذا بلغ التفاوت بين التزامات المتعاقدين الحد إلى عينه المشرع. وأساس هذا التفاوت هو التصور المادي للغبن لا الحالة النفسية للمتعاقدين، وبذلك يكون هذا الغبن قائما في العقد لا في الرضاء كما تقدم³.

وعلى ذلك نجد القانون الفرنسي يميز الغبن بأمرين، أولهما أن الغبن لا يؤثر إلا في صحة بعض العقود ذكرت على سبيل الحصر، والثاني أنه حتى في الحالة التي يأخذ بها المشرع بالغبن نجده يأخذ فيه بالنظرية المادية دون النظرية الشخصية، فيكفي أن يكون هناك غبن مادي، سواء وجد وراءه عيب في رضاء المتعاقدين من غلط أو تدليس أو إكراه أم لم يكن هناك عيب ما. كما حدد هذا القانون قدرا معيناً في الغبن يتطلب أن يصل إليه الغبن في كل الأحوال، غير تارك الأمر لظروف كل حالة على حدا⁴.

¹ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p169-170 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.206 -207.

² - أنظر، جاك غستان، المرجع السابق، ص. 861-863 ;

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 254-255 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp. 104,105.

³ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 146.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 453-454.

2 - الغبن في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري:

أ/ الغبن في الشريعة الإسلامية:

الأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا عبرة بالغبن في العقود ولا تأثير له على صحتها. وهذا ملائم لروح التجارة التي يجب أن تكون مبنية على حرية التعاقد. فالتجارة بوجه خاص والمعاملات بوجه عام تقصد إلى الكسب، وأن كل عاقد فيها يسعى إلى تحصيل الربح والمنفعة ما وجد إلى ذلك سبيل، إلا أنه وفي أحوال استثنائية تُلابس هذا التبادل الحر ظروف تجعله يضطرب، حيث يختل معه التوازن الاقتصادي فيقع الظلم على أحد العاقدين دون الآخر ويكون في ذلك سببا لتدخل الشرع لأجل رفع الظلم ومنع الغبن الناتج عنه¹.

وانطلاقاً من هنا نجد الشريعة الإسلامية تحارب الغبن بكل شدة في أحد مظاهره الأكثر شيوعاً وهو الربا، فتحرم العقود الربوية في أي شكل من أشكالها المختلفة²، أما في غير ذلك فلا تحرم الغبن إلا إذا كان نتيجة للتغريب³، حيث تتبع في هذا النظرية الشخصية⁴.

ولقد اعتبرت الشريعة الربا الفاحش سبباً من أسباب فسخ العقود بخيار الغبن حيث فرق الفقهاء فيها بين الغبن اليسير والآخر فاحش. وللتمييز بين النوعين، يوجد في الفقه الإسلامي نظريتان تأخذ كلتاهما بالمعيار المادي⁵، بحيث ترصد الأولى نسبة معينة إذا جاوزها الغبن كان فاحشاً وإذا لم يبلغها كان يسيراً ومثالها الغبن الذي يزيد عن الخمس في بيع العقار، والعشر في بيع الحيوان⁶.

¹ - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 433.

² - أنظر، محمد أبوزهرة، تحريم الربا تنظيم اقتصادي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1985؛ ولنفس المؤلف، محمد أبوزهرة، بحوث في الربا، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ط؛ محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981. ص. 40-67؛ بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الإسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، د.د.ط، 1994، ص. 94-54.

³ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 359.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 452.

⁵ - أنظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 191.

⁶ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج 6، ص. 20.

وتذهب الثانية إلى أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة بالأشياء وأسعار السوق بحيث لا يؤثر في صحة العقود ولا يمكن تجنبه في المعاملات، فلو اشترى شخص شيئاً بألف وعرضه على أهل الخبرة فقومه بعضهم بتسعمائة وخمسين وقومه البعض الآخر بألف، كان غبنا يسيراً لدخول قيمته تحت تقويم المقومين. أما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كمن يشتري شيئاً بألف فيقدره أهل الخبرة بسبعمائة ويقدره آخرون بستمائة فإن هذا يعد غبنا فاحشاً لأن الألف لم تدخل تحت تقويم أحد¹.

ب / الغبن في القانون المدني الجزائري:

لقد سلك المشرع الجزائري مسلكاً وسطاً مفاده الأخذ بفكرة الاستغلال - الغبن الذاتي - التي سارت عليها القوانين الحديثة، مع الإبقاء على بعض حالات الغبن المادية المستمدة من الشريعة الإسلامية بمقتضى نصوص متفرقة²، وفي هذا السياق نصت المادة 90 منه على أنه « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ».

ولقد أسقط النص العربي لهذه المادة، وصف الطيش بالبين والهوى بالجامح، وهذان الوصفان قد وردا في النص الفرنسي لنفس المادة. ذلك أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان خالياً من هذين الوصفين، مما أدى إلى إفساح المجال للطعن في العقود وترتب عليه زعزعة استقرار المعاملات، لذا رأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تقيّد الطيش بأن يكون بينا والهوى بأن

¹ - أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 208-209؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 355-356.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 127؛ علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 133.

يكون جامحا، رغبة منها في عدم التوسع وتضييق الطعن بالاستغلال،¹ فصدر القانون المدني متضمنا للوصفين².

وانطلاقا من موقع هذا النص في التقنين المدني، يظهر أن المشرع الجزائري ألحق هذه المسألة بعيوب الرضاء، أما المادة 91 من ق م ج فنصت على أنه « يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ».

وقد أورد المشرع الجزائري هذه التطبيقات على سبيل الحصر في نصوص متفرقة، حيث لا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها. وما يلاحظ في هذا المجال، أن عبء الإثبات في هذه الحالات أسهل منها في حالات الاستغلال، حيث يثبت الغبن بإقامة الدليل على عدم التعادل المادي، في حين أن إثبات الاستغلال يقتضي إثبات عدم التعادل طبق للمعيار الشخصي³، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20/06/2001 بـ " أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن، فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش، بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والتمن، عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي، وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون"⁴.

أما فيما يتعلق بتطبيقات الغبن عند المشرع الجزائري، فسنتكفي بذكر ما تعلق منها بموضوعنا دون ذكرها كلها.

- معيار الغبن في بيع العقار:

¹ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 203.
² - حيث نصت المادة 129 من ق م ج على أنه: (1) - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. (2) - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. (3) - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الأبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. وعلى هذا سارت القوانين العربية.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 133.

⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، قرار رقم 249694، شبكة الانترنت، الموقع الإلكتروني: <http://www.coursupreme.dz>.

فقد حدده المشرع الجزائري بخمس ثمن المثل وفقا لنص المادة 358 من القانون المدني¹ وهو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية². أما القانون الفرنسي، فيرفع المعيار إلى 12/7 أي سبعة أجزاء من اثنا عشر من قيمة العقار وقت البيع. والسبب في ارتفاع درجة الغبن في ق م ف هو أن هذا القانون يفرق بين الغبن للقاصر والغبن للبالغ كما تقدم والحالة الموضحة بالمادة 1674 من ق م ف فهي خاصة بالبالغ، حيث أوجبت هذه المادة أن يكون الغبن على درجة كبيرة من الجسامه حتى يؤثر في صحة البيع الصادر من شخص بلغ سن الرشد.

وما تجدر الإشارة إليه بشأن موقف المشرع الجزائري في هذا المجال، أنه بموجب الاجتهاد القضائي، يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وليس بقيمة هذا الأخير بعد تاريخ البيع³.

- معيار الغبن في القسمة:

يخول المشرع الجزائري لكل من لحقه من القسمة غبنا يزيد عن الخمس إقامة دعوى غبن وفقا للمادة 1/732 من القانون المدني، ولقد استمد المشرع الجزائري هذا الحكم من الشريعة الإسلامية⁴، أما المشرع الفرنسي فقد حدد معيارها بالربع بمقتضى المادة 2/887 من ق م ف، حيث نصت على « أنه يكون هناك أيضا محل للبطلان إذا أثبت أحد الورثة أن غبنا يزيد عن الربع قد لحق به ».

وبعد الوقوف على ما استمده المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في مجال صحة التراضي، كان لزاما أن نسأل عن مظاهر تأثر المشرع بهذه الشريعة عند تنظيمه لما يعرف بالنظرية العامة للبطلان؟

الفرع الثاني البطلان

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركانه أو وجد نص في القانون يقضي ببطلانه.

¹ - بمقتضى أحكام المادة 415 من ق م ج تطبق هذه الأحكام على عقد المقايضة.

² - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 135؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 128.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 2000/09/12، قرار رقم 245195، شبكة الانترنت، الموقع الإلكتروني: <http://www.coursupreme.dz>.

² - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 135؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام، ص. 128.

أما العقد الموجود بكل أركانه لكنه معيب بعيب من عيوب الرضاء المتقدم ذكرها، فإنه قابل للإبطال أو كما يصطلح عليه بالبطلان النسبي¹.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام البطلان من المادة 99 إلى المادة 105 من ق م ج، وعبر على البطلان المطلق بالبطلان، أما القابلية للإبطال فوصفها بالبطلان النسبي. ولقد سار المشرع في تنظيم نظرية البطلان على نهج المشرع الفرنسي إلا في أحكام قليلة منه².

وانطلاقاً مما سبق سنقتصر في هذا المجال على دراسة ما اقتبسه المشرع الجزائري من الفقه الإسلامي، وذلك بالتعرض إلى مراتب العقد من حيث الصحة والبطلان، ثم إلى نظرية إنقاص العقد.

أولاً: مراتب العقد من حيث الصحة والبطلان:

يستوجب البحث عن مظاهر تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية في مجال مراتب البطلان، أن نتعرض بداية لمراتب هذا الأخير في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي، لننتقل بعده إلى موقف المشرع الجزائري ومدى ارتباط موقفه بأحد الفقهاء في هذا المجال.

1- مراتب البطلان بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي:

حيث سنحاول الوقوف عند تنظيم الفقه الغربي لمراتب البطلان، لننتقل بعدها إلى مراتب البطلان في الفقه الإسلامي، محاولين في الوقت ذاته، الوصول إلى خلاصة قصيرة نعقد فيها مقارنة سريعة بين الفقهاء.

أ/ مراتب البطلان في الفقه الغربي:

بالرجوع إلى القوانين القديمة كانت أو الحديثة، نجد أنها قسمت العقد إلى مراتب متعددة، وتجعل هذه المراتب متدرجة وفقاً لما ينتجه العقد الباطل من آثار. فقد كان القانون الروماني لا يعرف إلا نوعاً واحداً من البطلان، ألا وهو البطلان المطلق، حيث إذا لم يستوفي العقد الشكل المرسوم أو نقض ركن من أركانه تكوينه، كان باطلاً بحكم القانون. ثم ظهر من بعد ذلك إلى جانب البطلان

¹ - أنظر، صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 242-243.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 172.

المطلق وسيلة يحمي بها القانون الروماني القاصر الذي لم يبلغ 25 سنة مما يصيبه من ضرر من جراء العقود التي برمها عن طيش. ولكن هذه الدعوى كانت لا تعطي للقاصر إلا إذا أصابه غبن من جراء العقد الذي يطعن فيه ويطالب بذلك في مدة قصيرة، ومن هنا وجد الفرق بين العقد الباطل بحكم القانون، وبين العقد الذي يجوز إبطاله بدعوى ترفع إلى القاضي¹.

واستمر هذا التمييز باقيا في القانون الفرنسي القديم، عند (Domat)² وعند (Pothier)³، ومن ذلك أخذ الفقه بصوغ نظرية البطلان، معتمدا على التمييز المشتق من القانون الروماني، وأضاف إلى البطلان بنوعيه، انعدام العقد لاسيما في عقود الزواج⁴.

وعلى ذلك خلص الفقه في تقسيم البطلان إلى ثلاثة أنواع هي، الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. فيكون العقد منعدما إذا تخلف ركن من أركانه، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا استوفى كل أركانه، لكن أحد هذه الأركان لم يستوفي شروطه اللازمة كعدم مشروعية المحل أو السبب، ليأتي بعد ذلك البطلان النسبي، وهو الذي يكون فيه رضاء أحد المتعاقدان مشوبا بعيب من عيوبه⁵. ولقد انتقد الفقه هذا التقسيم الثلاثي للبطلان من نواحي متعددة، أهمها الانتقاد الذي يرمي إلى هدم التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق وجعل الاثنين في مرتبة واحدة ماداما يخلصان إلى نتيجة واحدة هي الانعدام. وعلى هذا سار معظم الفقه ليقسم البطلان إلى بطلان مطلق وآخر نسبي وهذا ما يصطلح عليه بالتقسيم الثنائي⁶.

ويلاحظ على القانون الفرنسي ميوله إلى التقسيم الثنائي للبطلان وأساس ذلك انتقال التمييز بين البطلان إلى مطلق ونسبي من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم كما تقدم، تم انتقاله إلى تقنين نابليون، وما يمكن أن يقال هنا أن المشرع الفرنسي لم يتوخى الدقة في التعبير عن النوعين

¹ - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج2، ص. 603-602.

² - أنظر، دوما، القوانين المدنية، الكتاب الأول، الباب الأول، الفصلين الخامس والسادس، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج2، ص. 603.

³ - أنظر، بوتيه، الالتزامات، ج2، فقرة 17، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج2، ص. 603.

⁴ - Cf. CARBONNIER Jean, op.cit., pp. 210-212 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 361-365.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج2، ص. 603-604؛

CARBONNIER Jean, op.cit., p.203.

⁶ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص. 605 - 608؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 365-367; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 514-516.

من البطلان، فهو تارة يستعمل كلمة البطلان ويقصد بها البطلان المطلق كما في المادة 1601 من القانون المدني، أو البطلان النسبي كما في المادة 1599 من نفس القانون، وتارة أخرى يستعمل البطلان الأصلي أو البطلان بحكم القانون (م 502 و 1117 ق م ج) ويقصد بذلك البطلان المطلق¹.

ب/ مراتب البطلان في الفقه الإسلامي :

ما يلاحظ على نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أنها أوسع نطاقا من نظيرتها في الفقه الغربي، حيث فيها أمور كثيرة منها إلغاء العقد، وعدم سريانه في حق الغير، وفسخه وانفساخه، والشرط الفاسخ والشرط الواقف وما إلى ذلك.

والعقد في الفقه الإسلامي خاصة الحنفي منه²، أكثر تدرجا من حيث البطلان والصحة. فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف ثم من الوقف إلى النفاذ ثم من النفاذ إلى اللزوم، وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد غير صحيح. وكل من العقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح³.

ذلك أن العقود تقسم مبدئيا بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع لها بناء على مقدار استيفائها لأركانها وشروطها وترتيب آثارها عليها إلى عقد صحيح، وآخر غير صحيح، ولا خلاف حول ذلك في الفقه الإسلامي⁴، أما ما وقع الخلاف في تقسيمه بين الفقهاء، فهو العقد غير الصحيح، كونه درجة واحدة أم تتفاوت درجاته على النحو الذي سنحاول التعرض إليه لاحقا.

1- العقد غير الصحيح:

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص. 202-203؛

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 232-237; LARROUMET Christian, op.cit., pp.508.509.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص. 233 وما يليها؛ الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، المرجع السابق، ج3، ص.3.

³ - أنظر، محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994، ص.398.

⁴ - أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 194.

يعرفه جمهور الفقهاء على أنه ما اختل أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه¹، ويمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى ثلاث جهات هي:

1/- صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة: ويتم ذلك بتطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وينطوي هذا الركن على عنصرين هما:

أ) تطابق الإيجاب بالقبول وهذا هو التراضي.
ب) اتحاد مجلس العقد.

2/- العاقدان: ويستخلص من هذه الجهة عنصرين آخرين للعقد هما :

أ) التعدد أي العاقدان.
ب) العقل أو التمييز.

3/- المعقود عليه أو محل العقد: ويشترط فيه:

أ) أن يكون موجودا أو ممكنا أو مقدور التسليم.
ب) أن يكون معينا أو قابلا للتعين.
ت) أن يكون صالحا للتعامل فيه.

وانطلاقا من ذلك، إذا توافر للعقد هذه العناصر السبعة، يكون قد اجتمع له ركنه-أي الإيجاب والقبول وعاقداه ومحلّه- مستوفيا لشرائطه. أما إذا تخلف عنصر منها كان العقد باطلا لا وجود له².

ويشمل العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية نوعا واحدا هو الباطل أو الفاسد، حيث يأخذ حكما واحدا هو البطلان³، أما الحنفية، فيقولون أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى نوعين حسب تنوع موضع الخلل فيه، فإن كان الخلل في أصله أو ركنه سمي باطلا، وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسدا⁴.

¹ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص.3087؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص.185.

² - أنظر، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص.130-142؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص.2-3؛ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص.398؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.170-172؛ عبد السند حسن بمامة، المرجع السابق، ج6، ص.90 وما يليها؛

عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص.125-126.

³ - أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، 194؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.367.

⁴ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.299-300.

وأساس الخلاف بين الجمهور والحنفية راجع لقضية أصولية، وهي فهم أثر النهي الصادر من الشارع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، أو عن بيعتين في بيعة، أو كتحریم بيع الخمر والميتة والخنزير وغيرها، فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه بعدم اعتباره والوقوع في الإثم معا، أو أنه يقتصر على إثم صاحبه مع اعتباره أحيانا؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم¹.

حيث قال جمهور الفقهاء²، أن نهي الشارع عن عقد ما، يعني عدم اعتباره أصلا، مع إثم من يقدم عليه، ثم لا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد، أو النهي عن وصف عارض في للعقد ملازم له أو مجاور. وعلى ذلك إذا وقع عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر، لأن نهي الشارع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود³.

أما الحنفية⁴، فيذهبون إلى أن نهي الشارع عن عقد ما، قد يعني إثم من يرتكبه فقط لا بإطاله، ثم يوجد فرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي الخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل)، مما يقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعا وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسدا فقط.

فبيع عديم الأهلية مثلا أو بيع الميتة أو الخمر أو الخنزير أو السمك في الماء، بيع باطل لوجود الخلل في أصل العقد. أما البيع المشتمل على جهالة في الثمن، أو المؤدي إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة، بيع فاسد لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن ذاته و أركانه.

أما إذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير لازم له وليس شرطا فيه كان حكمه كراهة الإقدام عليه في هذه الحال، كالبيع في وقت النداء لصلاة الجمعة⁵.

¹ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص.3087؛ علي بن عباس الحكمي، المرجع السابق، ص.7 وما يليها.

² - أنظر، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.193-194؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.48 وما يليها.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص.147-148؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص.3088.

⁴ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.299-300.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص.148-150؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص.3088-3089.

وعلى ذلك، فإن العقد غير الصحيح عند الأحناف نوعان، باطل وفساد.

- العقد الباطل: فهو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، أي ما كان في ركنه أو محله خلل، كأن يكون الإيجاب أو القبول صادر ممن ليس أهلا للعقد كالمجنون والصبي غير المميز، أو أن يكون المحل غير قابل لحكم العقد، كبيع الخمر والخنزير والميتة والسّمك في الماء، الخ، وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم، أو من امرأة متزوجة بزواج آخر، الخ¹.

وحكم العقد الباطل أنه لا ينعقد أصلا، ولا وجود له شرعا، فهو في حكم العدم ولا يترتب عليه شيء من الأحكام أصلا²، هذا ما لم يكن زواج باطل تم الدخول فيه، حيث ترتب عليه الضرورة بعض الآثار³.

- العقد الفاسد: يعرفه الأحناف على أنه " ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي هو العقد الذي سلمت أركانه من الخلل ولكن لحقه الفساد بسبب وصف من أوصافه اللازمة له الخارجية عن حقيقته"⁴، أو أنه " كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة"⁵.

ذلك أن الأحناف يعتبرون العناصر الجوهرية المتقدم ذكرها⁶ في انعقاد العقد، لا تكفي لصحته، بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة وجودها ضروري لصحة العقد⁷، فإذا تخلف وصفا منها، انعقد العقد لاشتماله على الركن وشرائطه، ولكن ينعقد فاسدا للخلل في وصفه.

وبالرجوع إلى هذا المذهب، نجد أن تطابق الإيجاب واتحاد مجلس العقد والتعدد عناصر ليست في حاجة إلى وصف يكملها، فهي كاملة بذاتها. أما عنصر التمييز فيجب أن يكمله وصف لازم لصحة العقد هو خلو الرضاء من الإكراه، أما العناصر الثلاثة التي ترجع إلى محل العقد فكلها تحتاج إلى أوصاف تكملها هي على الترتيب:

¹ - أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 197؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 3089؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، هامش الصفحتين 185-186؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 366.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص. 305.

³ - أنظر، محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، 1957، ص. 148-153.

⁴ - أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 198.

⁵ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص. 299.

⁶ - أنظر الصفحة 54 من هذه الدراسة.

⁷ - أنظر، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص. 3.

- خلو وجود المحل أو قدرته على التسليم من الغرر والضرر.
 - انتفاء الغرر أيضا من تعيين المحل أو قابليته للتعيين.
 - خلو صلاحية المحل للتعامل فيه من الشرط الفاسد أو الربا.
- وعلى ذلك يتضح أن أسباب فساد العقد عند الأحناف هي: - الإكراه، - الغرر، - الضرر الذي يصحب التسليم، - الشرط الفاسد، - الربا¹، وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلا في المذاهب الأخرى².

ويختلف أثر العقد الفاسد قبل القبض عنه بعد القبض. فلكونه عقد منهي عنه كما تقدم، فإنه يستوي مع العقد الباطل قبل القبض، ذلك أن الأصل فيه ألا ينتج أثره حتى وإن كان منعقدا. ويظل الوجود الشرعي لهذا العقد مهدد بالزوال في كل وقت، إذ يجب فسخه إما من أحد المتعاقدين أو من القاضي إذا علم به، ولا يجوز لأي من المتعاقدين النزول عن حق الفسخ، لأن العقد الفاسد لا تلحقه إجازة. أما إذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمنا، فإنه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد، ولا يعتد لا بإسقاط حقه في الفسخ ولا بإجازته للعقد، ذلك أن وجوب الفسخ دفعا للفساد حق من حقوق الله، وما ثبت حق الله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه³.

أما بعد القبض، فيبقى العقد الفاسد قابلا للفسخ أيضا، إلا أنه خلافا لما كان عليه الأمر قبل القبض، يجب التمييز بين حالتين:

- 1- أن يكون الفساد راجعا إلى البطل كبيع الخمر والخنزير، فيكون فساد في صلب العقد، وبذلك يحق للعاقدين فسخه كما كان لهما ذلك قبل القبض⁴.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص. 126-127.

² - أنظر، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 125 وما يليها؛ عبد السند حسن بمامة، المرجع السابق، ج16، ص. 103-121؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص. 185 وما يليها وص. 253 وما يليها؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص. 30 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص. 22-26.

³ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج5، ص. 300-301.

⁴ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج5، ص. 300.

2- أن يكون الفساد راجعا إلى شرط فاسد كالبيع إلى أجل مجهول، حيث اختلف الأحناف في شأنه، فذهب أبو حنيفة ويوسف إلى أن كلا من المتعاقدين يملك حق الفسخ كما في الحالة الأولى، أما محمد فذهب إلى أن صاحب المنفعة في الشرط هو وحده الذي يملك الفسخ بأن يسقط الشرط الفاسد ويتمسك بالجزء الصحيح من العقد ويطالب الآخر بتنفيذه، دون أن يستطيع هذا الطرف الآخر أن يتمسك بفسخ العقد بعد أن انتقص¹.

على أن العقد الفاسد يثبت الملك بالقبض، ولكنه ملك من نوع خاص. فمثلا ينتج البيع الفاسد أثره فتنقل الملكية للمشتري ويتحمل تبعه الهلاك، ولكن الملكية التي تنتقل هنا ملكية من نوع خاص تسمى بالملكية الخبيثة، وهي تعطي صاحبها إمكان التصرف دون التمكّن من الانتفاع، حيث يعتبر التصرف صحيحا لا يسترد البائع فيه المبيع من المشتري الثاني، بل تكون لهذا الأخير ملكية تامة.

وبهذا يتضح أن الشخص يعطي من الحقوق أكثر مما يملك بالرغم من أن القاعدة تقول أن الشخص لا يستطيع أن يعطي أكثر مما يملك. ويلعب هذا النوع من الملكية دورا بالغ الأهمية والخطورة، على الأخص في مجال حماية الغير الذين يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة، حيث تجعلهم نظرية الفساد في مأمن من نتائج فساد العقد كأن تسترد العين من يدهم، لا سيما عندما لا تكون هناك وسائل للشهر تنبه الغير الذي يعامل المشتري بعقد فاسد إلى فساد عقده، مع إمكان وجود الفساد لكثرة أسبابه وتنوعها.

ومن هنا تأتي نظرية فساد العقد في الفقه الحنفي لتوفر تلك الحماية للغير، بل أنها تفرط في حماية هذا الغير، حيث لا تفرق هذه النظرية بين الغير حسن النية والآخر سيء النية الذي يعلم بفساد عقد مملكهم.

وعلى ذلك، يلاحظ أن الفقه الحنفي ذهب منذ أكثر من اثني عشر قرنا من الزمان إلى غاية بالغة السمو، ألا وهي حماية الغير استقرارا للمعاملات بين الناس، حتى وإن كان في حيز محدود مقصور على من يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد. ثم أيا ما كان الأمر، فإن إنزال الفقه الإسلامي مرتبته هنا، لا تكون إلا بالوقوف عند الفقه الأوربي، الذي لم يعمد إلى حماية الغير

¹ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص300؛ الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، المرجع السابق، ج3، ص133 وما يليها.

المتعامل مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء، إلا في وقت متأخر جدا يبعد بأكثر من اثني عشر قرنا، وذلك بمقتضى ما يسمى عندهم بـ : المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو كما يعبر عنه بـ : الغلط الشائع يولد حقا¹.

2- العقد الصحيح:

"هو الذي استكمل عناصره الأساسية وشرائطه الشرعية. فيصبح صالحا لترتيب حكمه وآثاره عليه. ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه"². وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية³ والمالكية⁴ إلى موقوف وناقد.

العقد الموقوف:

حيث تقدم أن للعقد عناصر، كما أن له أوصاف تلحق بهذه العناصر، إلا أنه وبالإضافة إلى ذلك، لابد من وجود ربط بين العاقد من جهة ومحل العقد وصيغته من جهة أخرى، وحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد:

أ/ الولاية على محل العقد

ب/ الولاية على نوع التصرف.

أما إذا تخلف أحد هاذين العنصرين انعقد العقد صحيحا، ولكنه لا ينفذ، بحيث يكون موقوفا. والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل، أو النيابة عن المالك، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونا، وعلى ذلك لا ينفذ عقد الفضولي مثلا إلا بإجازة المالك، أما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره⁵.

¹ - أنظر، محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص. 399-401.

² - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 3086.

³ - أنظر، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص. 3.

⁴ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 3093.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 4، ص. 128.

ولا تترتب على العقد الموقوف آثاره عند الأحناف¹ والمالكية² إلا إذا أجازته من يملك إصداره، فإن لم يجز بطل العقد، أما الشافعية³ والحنابلة⁴ فيعتبرونه عقد باطل.

العقد النافذ: هو ما صدر عن شخص يتمتع بأهلية أداء وله ولاية إصداره، سواء كانت هذه الولاية أصلية مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله، أم ولاية نيابية كالولي أو الوصي للقاصر، أو الموكل لوكيله، الخ، وحكمه أنه يترتب عليه جميع آثاره فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد⁵، وينقسم العقد النافذ بدوره إلى نافذ غير لازم، ونافذ لازم.

– العقد النافذ غير اللازم:

فإذا اجتمعت للعقد عناصر الانعقاد، والصحة، والنفاد، انعقد العقد صحيحا نافذا، وأنتج الآثار التي تترتب عليه. والأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحا نافذا لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرجع عنه بإرادته المنفردة، ولكن هناك عقود تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد المتعاقدين دون توقف عن إرادة الآخر⁶، كالوديعة والعارية، والوكالة⁷، ثم إن هناك خيارات، إذا تبث خيار منها لأحد المتعاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد، وهي خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب⁸.

¹ – أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص.149-150؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص.152 وما يليها.
² – أنظر، عبد السند حسن بمامة، المرجع السابق، ج16، ص.91؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.282؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، حاشية ص. 295-296.
³ – أنظر، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، حاشية ص. 296.
⁴ – أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص.3093.
⁵ – أنظر، عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 195؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.368.
⁶ – أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.369.
⁷ – أنظر فيها، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.301 و310 وما يليها؛ المغني، المرجع السابق، ج7، ص.196 وما يليها و340 وما يليها؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.181 وما يليها و340 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.136 وما يليها.
⁸ – أنظر في هذه الخيارات، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص.39 وما يليها؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص.206 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.209 وما يليها؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج5، ص.20 وما يليها؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص.6 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.26 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج6، ص.10. وما يليها؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.58 وما يليها.

فإذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد المتعاقدين دون توقف عن إرادة الآخر، لتوفر سبب من الأسباب المتقدمة، كان العقد نافذاً غير لازم، فهو نافذاً لانعقاده صحيحاً ومنتجاً لكل آثاره، وهو غير لازم لأن أحد المتعاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه وبذلك يكون غير لازم له¹.

- العقد النافذ اللازم:

فإذا استوفى العقد كل عناصر الانعقاد، والصحة والنفذ وشرائط اللزوم، وانعقد العقد صحيحاً نافذاً لازماً فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه، ويلزم كل من المتعاقدين، بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على ذلك، وتعتبر هذه المرتبة ذروة الصحة والقوة في العقود².

وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد صدور العقد من العاقدين، أما الشافعية والحنابلة، فلا يلزم العقد إلا بتفريق العاقدين بأبداً، أو إذا تخيراً فاختاراً لزومه عملاً بأحكام خيار المجلس المتقدم التعرض إليها³.

وما يستخلص بالمقارنة السريعة بين مراتب البطلان في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي، أن كل من الفقهاء يبدأ بتحديد أركان العقد وشروطه، ليميز بذلك بين العقد الباطل والعقد غير الباطل. فالعقد الذي جمع كل الأركان والشروط هو عقد صحيح غير باطل، أما العقد الذي نقص فيه ركن أو احتل فيه شرط، اعتبر باطلاً في الفقه الإسلامي، وهو نفسه البطلان المطلق في الفقه الغربي.

أما فساد العقد، فهو مرتبة بين البطلان والصحة لا يعرفه إلا الفقه الحنفي، وليس له نظير في الفقه الغربي، حيث اتضح أن الأحناف يعرفون إلى جانب أركان العقد وشروطه أوصاف العقد، فإن سلمت للعقد أركانه وشروطه لكن احتل وصف من أوصافه، انعقد العقد مع اعتباره فاسداً غير صحيح.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 4 ص. 130-131.

² - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 368-389؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص. 3094-3095.

³ - أنظر، الصفحة 30 من هذه الدراسة.

ليأتي بعد ذلك العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، إذ لا نظير له في الفقه الغربي، حتى وإن كان هذا الأخير يعرف ما يقاربه شيئا في بعض الأحيان، ألا وهو البطلان النسبي أو القابلية للبطلان كما هو الحال في نقص الأهلية مثلا.

ثم يأتي العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي، ليقابله في نظيره الغربي العقد القابل للإبطال في أحيان أخرى، ومثلها خيار الغبن وخيار العيب في الفقه الإسلامي، حيث تدخل في حالات عيوب الرضا في الفقه الغربي.

2- مراتب البطلان في القانون المدني الجزائري:

يتضح من خلال الأحكام الواردة من المادة 99 إلى المادة 105 من ق م أن المشرع الجزائري اعتمد التقسيم الثنائي للبطلان، حيث ميز بين البطلان النسبي أو القابلية للإبطال وبين البطلان المطلق¹. أما البحث عن مراتب العقد من حيث الصحة والبطلان عند مشرعنا، فلا بد فيه من الرجوع إلى كل من أحكام القانون المدني، وأحكام قانون الأسرة في هذا المجال .

العقد الباطل:

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يضع قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا ومتى يكون قابلا للإبطال، حيث اكتفى بتأسيس نوعي البطلان على معيار التمييز بين ما هو ركن في العقد وما هو شرط في صحته، وعلى ذلك يكون العقد باطلا (بطلانا مطلقا) إذا تخلف أو اختل ركن من أركانه، ويكون قابلا للإبطال (بطلان نسبي) إذا تخلف شرط من شروط صحة الرضاء².

وتمثيلا لذلك يكون العقد باطلا:

- إذا انعدم فيه ركن التراضي كما لو وجد في العقد إكراه مادي، أو تخلف فيه ركن المحل أو السبب أو لا تتوافر فيه شروط المحل أو السبب المبينة في المواد 92-98 من القانون المدني.

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 173؛ وعلي فيلاي، المرجع السابق، ص. 255؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 248.

² - أنظر، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص. 74-76.

- إذا تخلف الشكل المطلوب لانعقاد الشكلي (ومثاله المادتين، 418، 883 ق م)، أو تخلف التسليم المطلوب لانعقاد العقد العيني (ومثاله المادة 206 ق أ) .
- إذا حكم القانون ببطان العقد في صور معينة كبطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه (المادة 2/92 ق م).
أما العقد القابل للإبطال فمثاله:
- تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر (م 43 ق م).
- وجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط، أو التدليس أو الإكراه، أو الاستغلال (المواد 81 إلى 91 ق م).
- وجود نص في القانون يقضي بكون العقد قابلا للإبطال كما هو الأمر بالنسبة إلى بيع ملك الغير (من المادة 397 إلى 399 ق م).

أما في قانون الأسرة فيقصد بالبطلان، بطلان الزواج بعدم إستفائه للأركان والشروط كلا أو بعضاً¹، ذلك أن عقد الزواج مبدئياً يكون إما صحيحاً أو غير صحيح. فالزواج الصحيح هو ما استوفى ركنه المتمثل في التراضي (المادة 9 ق أ)، وشروطه المذكورة في المادة (9 مكرر ق أ)، واستكمل العاقدين فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 7 ق أ (أهلية الزواج) والمادة 7 مكرر ق أ (الوثيقة الطبية)، وكان كل من الزوجين خالياً من الموانع المؤبدة والمؤقتة (م 23 ق أ)، وتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً (م 18 ق أ)².

أما الزواج غير الصحيح فيتضح من خلال المواد 32-35 من ق أ، أن المشرع الجزائري قد تأثر فيه بأحكام الفقه الإسلامي خاصة الحنفي³ منه حينما فرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد.

¹ - Cf. TCHOUAR djilali, la nullité en droit algérien, Mem, D.E.A , Rennes, 1982,

مقتبس عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، الطبعة الثالثة، ص.147.

² - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.147-148. أنظر كذلك التعديل الأخير لقانون الأسرة بالأمر رقم 02-05 .

³ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج2، ص. 229 وما يليها وص. 335 وما يليها؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص.330 وما يليها.

- الزواج الباطل: هو كل عقد فقد ركنه الأساسي المتمثل في الرضا (المادة 1/33 ق أ)، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته (المادة 32 ق أ).

- الزواج الفاسد: هو كل عقد وجد فيه ركنه المتمثل في التراضي، ولكنه فقد شرط من شروط صحته الواردة في المادة 9 مكرر ق أ، كأن يتم بغير شاهدين، أو بدون صداق، أو بدون ولي في حالة وجوبه. ولقد تعرض المشرع الجزائري للزواج الفاسد في المادتين 33 و34 من قانون الأسرة أما عن أسباب الفساد الموضحة في هاتين المادتين، فستعرض لها وفقا للتالي:

- إذا تم الزواج بدون شاهدين وقبل الدخول.
- إذا تم الزواج بدون صداق وقبل الدخول.
- إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، ومن خلال استقراء المواد المتعلقة بالولاية على الزواج، يستنتج أن الحالة التي يجب فيها الولي هي حالة زواج القاصرة.
- الزواج بإحدى المحرمات قبل الدخول أو بعده.

وما يجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن المشرع الجزائري بالرغم مما استحدثه من تنقيحات في التعديل الأخير لقانون الأسرة، إلا أن موضوع الزواج الفاسد شأنه شأن جل مواضيع هذا القانون مازال يؤخذ عليه مأخذ كثيرة، ومثالها في هذا الشأن أن المادة 2/33 لم تكتف بعدم التفرقة بين الحالة التي يغيب فيها عن الزواج شرط واحد والحالة التي يغيب فيها عدة شروط أو حتى كلها، بل زادت عن هذا بأن أفرغت عقد الزواج من كل شروطه، ذلك أن المادة 2/33 أمكنت من احتمال قيام زواج فيه تراضي، لكنه بدون شاهدين، وبدون صداق، وحتى بدون ولي في حالة وجوبه كون الزوجة قاصرة، أما الشرط الوحيد والضروري لقيام هذا العقد، هو الدخول بهذه القاصرة؟!

العقد الموقوف:

يختلف البطلان مطلقا كان أو نسبيا عن حالة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي والمشار إليه سابقا¹، حيث يعتبر هذا الأخير عقدا صحيحا في ذاته، لكنه لا يرتب أثر بين طرفيه ولا يسري في مواجهة الغير، فيقال أن العقد موقوف. وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازته من له الحق في ذلك، فيصبح بعدئذ نافذا وتسري عليه أحكام العقد النافذ. أما إذا لم تصدر إجازته من

¹ - أنظر، الصفحة 60 من هذه الدراسة.

صاحب الشأن فيه، فإنه يبطل وعندئذ تسري عليه أحكام العقد الباطل. فالعقد الموقوف كما يتضح من تسميته عقد غير مستقر، قد يؤول إلى أن يكون عقدا باطلا.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بفكرة العقد الموقوف، بالرغم من أن قانون الأسرة قد أخذ بها، ومثاله عند هذا الأخير، المادة 83 التي سبق التعرض إليها في أحكام الأهلية، والتي تتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر حيث اعتبرت هذه المادة موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، ولقد سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني يعتبر مثل هذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا بحيث تكون صحيحة منتجة لكل آثارها حتى يتقرر إبطالها بعد بلوغه سن الرشد، وبذلك يكون هناك تناقض كبير في هذا المجال بين قانون الأسرة والقانون المدني¹

العقد غير النافذ:

يقصد بعدم النفاذ في الفقه المدني عدم جواز الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير مع بقاء العقد منتجا لآثاره فيما بين طرفيه، ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية عدم السريان وأطلق عليها تسمية عدم النفاذ، حيث نص عليها في مواطن متعددة من التقنين المدني، فمنها ما يتعلق بالعقد الصحيح ومنها ما يتعلق بالعقد القابل للإبطال².

وحتى وإن اقترب هذا النوع من العقود من فكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي والمذكورة أعلاه، إلا أنه يختلف عنها باعتبار أن العقد الموقوف لا يرتب أثرا لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير³.

ومن أمثلة عدم سريان العقد عند المشرع، العقد الذي يرمه المدين المعسر للإضرار بدائنيه، فحتى وإن اعتبر عقد صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المدين ومن تعاقد معه، إلا أنه غير نافذ في مواجهة الدائنين، حيث يملكون الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولصية) وفقا لما جاء في المادتين 191 و192 ق م ج.

¹ - أنظر، الصفحة 65 من هذه الدراسة.

² - أنظر، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.40.

³ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 51.

ومثاله أيضا العقد الصوري الذي يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين ولكنه غير نافذ في حق الغير (المادتين 198 و199 ق م ج) وأيضا بيع المريض مرض الموت لوارث، فهو صحيح فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يسري في حق الورثة إلا إذا صدر منهم إقرار بذلك (408 ق م ج). أما عدم سريان العقد القابل للإبطال فخير مثاله المادتين 397 و 398 من القانون المدني اللتين يتكلمان على عدم نفاذ بيع ملك الغير على المالك الحقيقي إلا إذا أقره¹.

وبالإضافة إلى ما سبق، يلاحق أن عدم السريان يتحقق في فروض أخرى، تجتمع حول تخلف الشهر، ومن أمثلة ذلك في القانون المدني الجزائري، وجوب قيد التصرفات الناشئة لحق عيني أصلي، أو التي من شأنها أن تنقله أو تغيره أو تزيله بالسجل العيني حتى ترتب أثرها بين ذوي الشأن وبالنسبة إلى الغير. وانطلاقا من ذلك، فإن عقد بيع العقار غير المقيّد في السجل العيني لا يرتب أثره في مواجهة الغير (المادة 793 ق م). وينتفي عدم النفاذ عن طريق إقرار الغير للعقد كإقرار بيع ملك الغير بمعرفة المالك الحقيقي (المادة 1/398 ق م)².

وبالوقوف عند أسباب عدم السريان، يمكن ملاحظة أن القاسم المشترك بينها، يكمن في قصد المشرع حماية الغير ذو الحق الذي قد يتضرر من جراء هذا العقد، ويقصد بالغير هنا كل من لم يشترك في العقد ولكن يتعلق حقه بالتصرف موضوع العقد³.

ثانيا: نظرية انتقاص العقد:

يتطلب الخوض في هذا الموضوع الرجوع إلى نظرية انتقاص العقد في كل من القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، لتعرض بعدها إلى موقف المشرع الجزائري والكشف عن مدى تأثره بالفقه الغربي أو الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

1- نظرية انتقاص العقد بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية:

حيث سنحاول التعرض إلى هذه النظرية في الفقه الغربي، لننتقل بعدها إلى موقف الفقه الإسلامي وتنظيمه لهذه الأخيرة.

¹ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 244.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 174-175.

³ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 41.

أ/ نظرية انتقاص العقد في القوانين الغربية:

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أغفل هذه النظرية، حيث لم يرد فيه نص يقضي بجواز قصر العقود الباطلة في شق منها على بعضها الآخر. أما التقنينات الحديثة فقد نصت بعضها على هذه النظرية، ومثالها القانون المدني الألماني في مادته 139 وقانون الالتزامات السويسري في مادته 20، حيث قضت المادة 139 من ق م أ بأنه « إذا كان أحد أجزاء التصرف القانوني باطلا، بطل التصرف كله، إلا إذا تبث أن التصرف ما كان سيبرم دون الجزء الباطل منه»¹.

ب/ نظرية انتقاص العقد في الشريعة الإسلامية:

ما يلاحظ على القوانين الحديثة التي أخذت بنظرية انتقاص العقد، هو التحاقها بأحكام الفقه الإسلامي في تقريره البطلان للبند غير المشروع والإبقاء على صحة العقد، حيث أن الفقه الإسلامي عالج فكرة انتقاص العقود والتصرفات القانونية قبل القوانين الحديثة، وأسس ذلك على التمييز بين الشروط غير الصحيحة ومدى أثرها على العقد، وبين الشروط الباطلة وهي التي تحقق معها منفعة لأحد وبالتالي يقتصر البطلان عليها وحدها دون تأثيرها على العقد الذي تقترن به ويظل صحيحا وهذا هو الإنقاص².

ولقد عرف الفقه الإسلامي فكرة الانتقاص في حالة بطلانه في مذاهبه الأربعة³، فجاء في رواية للمذهب الحنبلي مثلا، أنه إذا اشتملت الصفقة الواحدة على بيع ما يجوز وما لا يجوز، كبيع خل وخمر أو دار له ولغيره وما إلى ذلك، تفرق الصفقة، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن، ويبطل فيما لا يجوز، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد، فإذا اجتمعتا بقيا على حكمهما⁴.

2/ - نظرية انتقاص العقد في القانون المدني الجزائري:

¹ - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 452-453؛ منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 246.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 190-191.

³ - أنظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 54؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 3، ص. 131-133؛ عبد الرزاق

السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص. 140-146.

⁴ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج 2، ص. 20.

نص المشرع في المادة 104 ق م ج على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ».

وعلى ذلك إذا كان العقد قابلا للإبطال في جزء منه وصحيح في الجزء الثاني، وكان قابلا للانقسام فإنه ينتقص باستبعاد الجزء الباطل واستبقاء الباقي من العقد الذي يظل صحيحا، وهذا ما يسمى بنظرية انتقاص العقد، أو البطلان الجزئي.

ومثال ما سبق أن يهب شخصا لطليقتة ويشترط عليها ألا تتزوج وليس لها ولد منه، ثم يتبين أن الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها، فيكون الشرط باطلا والهبة صحيحة. أما إذا كان لهذا الزوج ولدا منها، ويتبين أنها الواهب منح الهبة لطليقتة شرط ألا تتزوج وترعى أولاده منها، فإن الشرط يكون هو الدافع، وبذلك تبطل الهبة إذا تزوجت.

ومثال ذلك في عقد البيع، أن يشتري شخص عدة أشياء وكان البيع باطلا في جزء منها، فإنه يكون صحيحا في الجزء الباقي إلا إذا تبين أن المشتري كان يريد الصفقة كلها¹.

ويتبين من خلال دراسة المادة 104 السابقة أن المشرع اشترط لانقاص العقد تحقق ثلاثة شروط هي²:

1- أن يكون العقد باطلا في شق منه: فإذا كان العقد صحيحا كله أو باطلا بأكمله فلا حاجة لانقاصه، بحيث لا يفيد الانتقاص إلا إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو جزء منه فقط، ويحدث هذا الوضع عادة إذا تضمن العقد شرط أو بعض الشروط المخالفة للقانون ومثالها في ق م ج المواد (622، 556، 384).

2- أن يكون العقد قابلا للانقسام: فيكون العقد قابلا للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، بحيث لا يغير من طبيعته القانونية، ومثال العقود التي لا تقبل الانقسام المادة 236 ق م ج التي جاء بها « لا يقبل الالتزام الانقسام: - إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 79.

² - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 282-283.

- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك»، وكذلك الحال بالنسبة للصلح حيث نصت المادة 2/466 على « الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله ».

3/- أن يكون الشق الباطل غير مؤثر: بحيث لا يكون هذا الشق هو الدافع للتعاقد. فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي دفع المتعاقد على إبرام العقد، فلا يجوز إنقاص العقد. ويرجع تقدير مدى تأثير الشق الباطل إلى سلوك الرجل العادي. ذلك أن غرض نظرية انتقاص العقد هو ضمان استقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين. وفي ذلك يقضي المشرع الجزائري في بعض الأحيان بإنقاص العقد بقوة القانون دون مراعاة الشروط السالفة الذكر، حيث قضت المادة 110 من ق م ج بأنه « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

"ويخلص مما سبق أن الإنقاص هو تفسير لإرادة المتعاقدين، فإذا تبين أن إرادتهما قد قصدت إما أن يصح العقد كله أو يبطل كله، فيمتنع الإنقاص إلا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد (وهو العقد الأصلي) لو علما بالبطلان"¹.

وما يجدر الإشارة إليه أخيرا أن القانون المدني المصري، نص في المادة 143 منه على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي يقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله ».

ولما ظهر أن المشرع الجزائري قد اقتبس بعض الأحكام من الشريعة الإسلامية حين تنظيمه لتكوين العقد وفقا لما سبق، كان لزاما أن نسأل عن أخذ المشرع من أحكام تلك الشريعة، عند تنظيمه لأثار العقد ثم انحلاله.

¹ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.277.

المبحث الثاني دور الشريعة الإسلامية في آثار العقد وانحلاله

يقتضي البحث عن دور الشريعة الإسلامية في هذا المبحث تقسيمه إلى عنصرين، يُخص الأول منهما بآثار العقد (المطلب الأول)، أما الثاني فيُخصص لانحلال العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول آثار العقد

إذا قام العقد صحيحا واستوفى جميع أركانه وشروطه على الوجه المتقدم ذكره، توفرت له قوته الملزمة، فيصبح مضمونه واجب التنفيذ م 106 ق م ج، وبحسن نية م 1/107 ق م ج، ومصدر ذلك القانون المدني الفرنسي خاصة مادته 1134.

ومن هنا، لا يتقيد بهذه القوة الملزمة للعقد إلا المتعاقدان ومن يمثلانه في التعاقد، فهؤلاء دون غيرهم هم الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد. وعلى ذلك تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام يسمى بمبدأ نسبية أثر العقد. ومفاده أن أثر العقد يقتصر على طرفيه وهو ما نصت عليه المادة 113 ق م ج بقولها « لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا». ولقد استمد المشرع الجزائري هذا المبدأ من القانون المدني الفرنسي خاصة المادة 1165 منه والتي نصت على أنه « ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضر الغير على الإطلاق ولا تفيده إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121 ».

وعلى ذلك، المتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد كقاعدة عامة، حيث أن العقد لا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكتسبه حقا، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات أبرزها الاشتراط لمصلحة الغير الوارد تنظيمه في المواد 116، 117 و 118 من ق م ج، حيث استنبطه مشرعنا من المادة 1121 ق م ف المحال إليها بالمادة 1165 من ق م ف المبينة أعلاه¹.

ويجب التوسع في كلمة المتعاقدين، فليس المقصود بها المتعاقدين فحسب، بل هما ومن يمثلانها في التعاقد، فالمتعاقدين إذا تعاقدوا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى خلفهما العام كما قد ينصرف إلى الخلف الخاص، وكذلك إلى الدائنين².

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري تناول آثار العقد من المادة 106 إلى المادة 118 من التقنين المدني الجزائري، متأثرا في ذلك بالتقنين الفرنسي إلا في حالات قليلة.

وتأسيسا على ذلك، تتحدد دراسة آثار العقد، بالحديث عما استمده المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية من هذه الآثار، وذلك بالتطرق إلى أثر العقد بالنسبة للخلف العام ثم إلى تعديل العقد لظروف طرأت عليه بعد إبرامه.

الفرع الأول آثار العقد بالنسبة للخلف العام

يعرف الخلف العام على أنه كل من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، فيحلف الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية، والخلافة العامة تكون بعد الموت، وتتحقق من طريق الميراث أو الوصية³.

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 203-205؛ وجاك غستان، بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك ييو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، 2000، ص. 421-422؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 416-419 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 280-281; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 585-593, et CARBONNIER Jean, op.cit., pp. 223-226.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 596.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 206؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 323.

ولقد نصت المادة 108 من ق م ج في هذا الصدد على أنه « ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث»¹.

ويتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري حتى وإن كان قد اعتمد القاعدة المقررة في القانون الفرنسي من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام المادة 1122 ق م ف²، إلا أنه قيد هذه القاعدة بالأحكام المتعلقة بالميراث، وفي ذلك إحالة للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذه القواعد في الجزائر.

أولا : لا تركة إلا بعد سداد ديوان:

بجدر الإشارة قبل الخوض في هذه النقطة إلى اتفاق الشريعة الإسلامية مع القانون الفرنسي في أن الحقوق التي يولدها العقد تنتقل إلى الوارث³. أما فيما يتعلق بالالتزامات ففيها اختلاف بينهما. ففي القانون الفرنسي يعتبر الوارث مكملا لشخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات، فتنصرف إليه جميع آثار العقود التي أبرمها مورثه حقوقا كانت أو التزامات، مهما بلغت هذه أو تلك. فإذا زادت التزامات المورث على قيمة جميع حقوقه، فإن الوارث يلتزم بها في ماله الخاص، كما لو كانت ديونا خاصة نشأت مباشرة في ذمته، ذلك أن المورث يعتبر أنه لم يتعاقد لحساب نفسه فحسب بل كان في ذلك ممثلا لمورثه أيضا، فمن الطبيعي أن يلتزم ورثته من بعده بكل ما تعهد به دون حد أو قيد، إلا إذا تحفظوا في قبول ميراثه بأن قبلوه بشرط الجرد، فلا يكون الوارث في هذه الحالة مسؤولا عن ديون مورثه إلا في حدود ما تلقى عنه من حقوق، وهذا ما جاءت به المادة 774 من ق م ف⁴.

¹ - يقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية، م 145 مصري، م 146 سوري، م 145 ليبي، م 1/142 عراقي، م 206 أردني، 222 لبناني، 1/131 سوداني.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 419-420, et LARROUMET Christian, op.cit., pp. 882, 883, et BUFFLAN-LANORE Yavaine, op.cit., p. 85,86;

جاك غستان، في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 441-442.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 731.

⁴ - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 572-573;

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 320-321.

أما في الشريعة الإسلامية، ومن ثم في القانون الجزائري، يوجد مبدأ خاص يقيد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يقضي بألا تركة إلا بعد سداد ديون 180 ق أ ج. فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته بل تتعلق بتركته، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد سداد ديونها. ومعنى ذلك أن الوارث بعيدا على أن يكمل شخصية المورث وعلى أن يكون ممثلا في شخصه عند تعاقدته، وإنما تحوله فقط الحق فيما تبقى من تركته المورث من حقوق بعد سداد الديون¹، وتؤخذ ديون المورث من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن وقبل تنفيذ الوصية وفقا للمادة 180 ق أ ج والتي نصت على أنه « يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي

1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى 3- الوصية ».

وعلى ذلك، إذا أبرم المورث عقدا رتب في ذمته ديناً، ومات قبل الوفاء، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة، وتصبح التركة مسؤولة عنه إلا أن يسدد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي قد اختلف في ذمة من يكون الدين ما دام لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت المدين، حيث ذهب جمهور الحنفية والبعض من الشافعية إلى أنه يبقى في ذمة المدين حتى بعد وفاته بشرط أن تتقوى هذه الذمة بتركة أو بكفيل. فان لم يترك المدين تركة أو كفيلا بالمدين خرجت الذمة وسقط الدين². وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت كونها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة لا بذمه الميت. فإذا مات المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله³. أما الحنابلة فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية ومنهم من ذهب مذهب المالكية⁴.

وأيا كان الاختلاف في هذه المسألة، اتفق الفقهاء المسلمون على أن الدين مهما كان محله، يتعلق بما يتركه المدين من أموال فتصبح تركة الميت هي المسؤولة عن سداد ديونه، حيث يتعلق الدين

¹ - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 87؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 340.

² - أنظر، منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، ص. 141.

³ - أنظر، منصور حاتم محسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 140.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص. 78-79.

بمالية التركة لا بذوات أعيانها، ذلك أن حق الدائن هو استفتاء دينه من مالية التركة لا من عين بالذات¹.

ثم إذا كان المشرع الجزائري قد قال بالألا تركة إلا بعد سداد ديون، نتيجة لمراعاة القواعد المتعلقة بالميراث، فهل هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي تقيد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام؟

ثانيا: التصرفات المبرمة في مرض الموت:

أما الحالة الثانية التي تستفاد من خلال عبارة « مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث » الواردة في المادة 108 من ق أ ج، فهي حالة يتعطل فيها أيضا المبدأ المتقدم بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام، حيث أعطى القانون الورثة الحق في الطعن في تصرفات مورثهم إذا أبرمها وهو مريض مرض الموت، فلا تسري في حقهم هذه التصرفات إذا أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت، بل تعتبر في حكم الوصية². ولقد نصت المادة 408 من ق م ج على هذا المعنى بقولها « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال». وبالإضافة إلى ذلك يعتبر كل تصرف يصدر منه على سبيل التبرع في حكم الوصية 776 ق م ج³.

وعلى ذلك إذا باع السلف وهو في مرض الموت عينا تزيد قيمتها عن ثلث التركة لأحد الورثة أو لأجنبي عنه، فإن الورثة يعتبرون غيرا بالنسبة لهذا البيع، و من ثم لا يكون نافذا في مواجهتهم فيما يزيد عن ثلث التركة إلا إذا أجازوه⁴. ويعتبر البيع هاهنا وصية وتسري عليه أحكامها م 1/776 ق م ج، وعلى ورثة المنتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق 2/776 م ج⁵. وإذا اثبت الورثة أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض

¹ - أنظر، منصور حاتم محسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 141 وما يليها.

² - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 86.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ ع، 2002/04/24، قرار رقم 229397؛ غ أ ش، 2001/02/21، ملف رقم 256869، شبكة الانترنت، الموقع الإلكتروني: www.coursupreme.dz.

⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 2001/03/14، قرار رقم 241885، شبكة الانترنت، الموقع الإلكتروني: www.coursupreme.dz.

⁵ - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/10/22، ملف رقم، 31833، م ق، 1989، 3، ص. 65.

الموت اعتبر قد صدر على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك م 3/776 م
ج 1 .

والحكمة من هذا الحكم هو أن القانون يعطي المورث حق التصرف في جميع أمواله حال حياته بعقود معاوضة أو بعقود تبرع حتى لو أدى ذلك إلى ضرر يلحق بالورثة، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار. أما تصرفه في ماله بعد الموت بطريق الوصية، وهو تصرف لا يكلفه شيء في حياته فإنه يتحكم في حظوظ ورثته تحكما يبابه النظام العام. وعلى ذلك نجد القانون - ويقصد هنا بالقانون الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في الجزائر في أغلب الأحوال فيما يتعلق بهذه المسائل - يتقدم لحماية الوارث، ويقيد وصية المورث بحد الثلث لغير وارث، أما الوصية لو ارث فلا تجوز إلا إذا أجازها بقية الورثة، وكذلك حال الوصية لغير وارث فيما تجاوز الثلث. ويلحق بالوصية تصرفات ثلاثة إذا أصدرت في مرض الموت وهي البيع، والهبة، والوقف. وهذه القيود وضعها القانون مباشرة لحماية الوارث من تصرفات مورثه، وليست حق تلقاه بطريق الميراث عن هذا المورث، لذلك يعتبر الوارث من الغير في هذه التصرفات².

وما يجب ذكره هنا، أن المشرع الجزائري استنبط هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية كما تقدم، خاصة أن القوانين الغربية ومنها القانون الفرنسي لا تعرف مثلها³، إلا أنه وبالرغم من ذلك، يأخذ على المشرع الجزائري مأخذ كثيرة في تنظيمه لهذا النوع من التصرفات نذكر منها :

- طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 408، لا يكون بيع المريض مرض الموت لأحد الورثة نافدا، إلا إذا أقره باقي الورثة، وفي هذا الحكم اختلف القانون المدني الجزائري مع القوانين العربية الأخرى ومن ثم الشريعة الإسلامية التي أجازت للمريض مرض الموت وللصحيح أن يوصي للوارث في حدود الثلث، وتنفذ الوصية بدون إقرار الورثة⁴، وقد أستند في هذه الأخيرة إلى قوله تعالى: (﴿ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠ ﴾)

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1984/07/09، ملف رقم 33719، م ق، 1989، ع 3، ص.51؛ 1990/07/09، ملف رقم 62156، م ق، 1991، ع 4، ص.68.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 736.

³ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 134.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 273-274.

لم يشترطوا مثل هذا الشرط، حيث قيدوا تصرفات المريض مرض الموت من بدء المرض حتى نهايته ولو لم يشتد، لا سيما أن هناك حالات ألحقت بمرض الموت ليس فيها مطلقا مرض، مثل المحكوم عليه بالإعدام¹.

وتجدر الإشارة أخيرا أن المادة 108 من ق أ ج، أوردت استثناءات أخرى لمبدأ انتقال أثر العقد إلى الخلف العام، وهي اتفاق المتعاقدين في العقد على عدم انصراف آثاره إلى الخلف العام، أو طبيعة المعاملة تتنافى مع انتقاله إليهم (كما هو الحال في شركات الأشخاص)، أو وجود نص في القانون يقضي بذلك (كانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع م 852 ق م ج) وكلها حالات مستوحاة من المادة 1122 من ق م ف².

وبناء على ما تقدم يظهر جليا تأثر المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية نتيجة لمراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. لكن إذا كان هذا هو الحال بالنسبة لموضوع انصراف آثار العقد بالنسبة للخلف العام، فهل نهج المشرع النهج نفسه بالنسبة لمسألة تنفيذ العقد، بحيث استنبط بعض أحكامه من الشريعة الإسلامية، أم أنه اكتفى بتنظيم أحكامه وفقا لما جاء به القانون المدني الفرنسي؟

الفرع الثاني نظرية الظروف الطارئة

تقضي المادة 106 من ق م ج أن « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون »³.

ومعنى ذلك أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون، وبذلك فإن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه⁴.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 220.

² - Cf. LARROUMET Christian, op.cit., p. 883,884; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 419-420.

³ - أنظر في قضاء المحكمة العليا المدعم لهذا المبدأ، 1985/04/03، ملف رقم 33528، م ق. 1989، ع 4، ص. 48؛ 1987/06/17، ملف رقم 49174، م ق، 1990، ع 3، ص. 27-29؛ 1990/06/13، ملف رقم 61489، م ق، 1991، ع 4، ص. 65؛ 1998/12/08، ملف رقم 182863، م ق، 1998، ع 2، ص. 126-128.

⁴ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 280,281.

وطبقا لهذا المبدأ العام، يجب على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقا لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية م 1/107 ق م ج.

ويظهر من خلال نص المادة 106 من ق م ج، أن أحد المتعاقدين أو حتى القاضي لا يملك أن ينقض العقد أو يعدل منه، ذلك أن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين، غير أنه قد يجيز القانون في بعض العقود لأبي من المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد كما في الوديعة م 594 ق م ج، والوكالة م 588 ق م ج. وفي عقود أخرى يجيز القانون لواحد من المتعاقدين فقط أن يستقل بنقض العقد كما في الهبة م 2/202 ق م ج.

كما أن هناك حالات استثنائية يجيز القانون أن يعدل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة. ومن أمثلة النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد، المادة 110 من ق م ج التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان والإعفاء منه، والمادة 2/184 من ذات القانون التي تحول للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، وغير ذلك من النصوص¹.

أما ما يهم في هذا الموضوع، فهو ما استمدته المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية، ألا وهو مراجعة العقد لحوادث استثنائية طرأت عليه بعد إبرامه، أو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة، والتي سنحاول أن نتعرض إليها بشيء من التفصيل.

أولا: التعريف بنظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي:

1- التعريف بالنظرية:

إن تسمية هذه النظرية بهذا الاسم، فيه الدلالة الكافية على معناها، حيث تفترض هذه النظرية أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجل كعقد التوريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظورا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كاستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فما مصير هذا العقد وما ينبغي أن يكون موقف المشرع أو القاضي من هذا المدين

¹ - أنظر، بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 259-250؛ أجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 171.

الذي ابرم العقد وهو عازم على تنفيذه بأمانة وحسن نية، إلا أن ظروف باعته لم تكن في الحسبان طرأت به، أعاقته عن تنفيذ التزامه وهددته بخسارة فادحة¹.

تقول نظرية الظروف الطارئة بأن الالتزام لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، بحيث يطبقه بمشقة ولكن في غير إرهاب، وهذا بالرغم من تشبث الدائن بالقوة الملزمة للعقد وتمسكه بمطالبة المدين بوفاء التزاماته كاملة، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يلحق بالمدين من خسارة لو أكره على التنفيذ².

2- التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة:

ليس لنظرية الظروف الطارئة تاريخ مستقل، وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه وتأثير مبدأ العدالة فيه على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولما كان هذا المبدأ من الأسس الرئيسية في الدين، فإن ظهوره غير مستغرب في القوانين المشبعة بالدين، فقد ظهر في العصور الوسطى في القانون الكنسي حيث عرف هذا الأخير بعض التطبيقات الفرعية لهذه النظرية استمدها من المبادئ المسيحية الداعية إلى التراحم والتآخي، ذلك أن الكنيسة لم تضع نظرية مستقلة للحوادث الطارئة، إنما وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد³.

أما القانون الروماني فكان يخلو من مبدأ عام يصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة لأسباب عدة، من أهمها تمسكه بالشكليات المفروضة وعدم جواز تعديل العقد، ثم أن هذه النظرية تمثل ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، حيث يستطيع تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدان دون رضا الآخر⁴.

¹ - أنظر، عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، 1971، ص. 1-2.

² - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 513-519.

³ - أنظر، عبد السلام الترماني، نفس المرجع، ص. 7-11.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع لسابق، ج6، ص. 21؛ عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 8.

وعلى هذا الحال بقي القانون الفرنسي¹، خاصة بعد ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، فاعتبر العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز تعديله أو نقضه مهما كانت الظروف التي أريم فيها ومهما طرأ عليه من ظروف لم تكن في الحسبان ومهما أثرت هذه الظروف على كيانه الاقتصادي. وبذلك غابت هذه النظرية عن الأنظار في دائرة القانون الخاص².

ولقد دعم الاجتهاد المدني الفرنسي لمحكمة النقض الوصول إلى هذا الاندثار، حيث أرسلت اجتهادات هذه الأخيرة رفض النظرية كلما عرضت عليها، وذلك منذ صدور القانون الفرنسي، ونذكر هنا على سبيل المثال ثلاث قضايا هي³:

- قضية البديل الشخصي في الخدمة العسكرية *Contrat de remplacement militaire* بتاريخ 9 يناير 1856.

- قضية قنال كاربون *Canal de Carpon* بتاريخ 9 مارس 1879.

- قضية إجازة الماشية *Cheptel* بتاريخ 6 يونيو 1921.

على أن نظرية الظروف الطارئة بالرغم من اندثارها في القانون الخاص، ازدهرت في القانون العام، حيث بدأت في القانون الدولي العام كشرط ضمينا مفروضا في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف، ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري، وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي الأخذ بها في قضية الغاز المعروفة، ذلك أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر عند نشوب الحرب من 28 فرنك للطن في سنة 1913 إلى 73 فرنك في سنة 1915، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد مما يتناسب مع السعر الجديد في القرار الصادر بتاريخ 30 مايو 1916، حيث كان أول قرار صدر بهذا الشأن، ثم أعقب هذا الحكم أحكاما أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى⁴.

¹ - تعتبر فرنسا أشد البلدان معارضة لنظرية الظروف الطارئة وأكثرها حرصا على التمسك بالحرية التعاقدية، ولهذا أثارت هذه النظرية فيها جدلا كبيرا في الفقه والاجتهاد مازال قائما حتى الآن، ذلك أن بعض الفقه الفرنسي مثلا، انقسم فيها إلى فريقين، فريق يخاصمها ويرفض الأخذ بها، وهم أصحاب المذهب التقليدي أو الحر، وفريق يناصرها ويدعو إلى قبولها وهم أصحاب المذهب الاجتماعي.

² - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 513-519؛ جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 363-372؛ CARBONNIER Jean, op.cit., pp.285-290 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 526-528.

³ - أنظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 15-18.

⁴ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.297, 298 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 531-533.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 381-382.

وقد أخذ القضاء الإداري دون القضاء المدني بنظرية الحوادث الطارئة لسببين:

- أولهما أن القضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام فهي تتعلق بالمرافق العامة. ولذلك يحرص القضاء الإداري على التوفيق بين التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة. فإذا رفعت أمامها قضية وجب أن تحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور، أما القضاء المدني فأكثر أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة.

- ثانيهما أن القضاء الإداري غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقنين المدني فهو يتمتع بكثير من الحرية التي تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع، مما ييسر له أن يتماشى مع تطور الظروف¹.

"والواقع أن مجلس الدولة لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ العدالة الذي يبني مؤيدو النظرية من فقهاء القانون المدني قواعدها عليه، وإنما بناها على أساس (قانون استمرار الخدمة العامة La loi de continuité des services publics)، الذي يقضي باستمرار هذه الخدمات في أداء مهمتها بانتظام، فإذا طرأت ظروف طارئة من شأنها أن تخل باستمرارها وتعيقها عن أداء مهمتها، فالإدارة ملزمة بأن تسعى إلى معونة المتعاقد معها وإسعافه"².

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن تبدل الأوضاع الاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة، ومسيرة القضاء الفرنسي لهذا التبدل من جهة أخرى، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين لحالات خاصة أوجد فيها حلول صريحة تقوم على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة أن مثل هذه الحالات ما تزال في ازدياد ليس في فرنسا فحسب، بل في جميع الدول التي أخذت تتدخل فيها الدول لتنظيم الاقتصاد وتوجيهه. وعلى ذلك أصدر المشرع الفرنسي بعض القوانين في نص فيها صراحة على فسخ العقود أو تعديله بسبب تبدل الظروف الاقتصادية، نذكر منها³:

- القانون المسمى بقانون فايو Loi Faillot الصادر في أعقاب الحرب العالمية الأولى بتاريخ 1918/1/21، حيث أجاز للقاضي أن يحكم بفسخ عقود التوريد وجميع العقود التجارية الأخرى

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 715-716.

² - أنظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 20.

³ - أنظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 26-29.

المعقودة قبل 1914/8/1، إذا أدى تنفيذها إلى إرهاب أحد المتعاقدين أو تحميله خسارة فادحة، ولقد أخذ المشرع في هذا القانون بمبدأ الفسخ ولم يأخذ بمبدأ التعديل.

- القوانين المتعلقة بالإيجار، حيث نص منها على تمديد مدة العقد (كالقانون الصادر بتاريخ 1925/7/6 والقانون الصادر بتاريخ 1927/6/9)... الخ.

- اضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل من جديد إثر إعلان الحرب العالمية الثانية، فأصدر بتاريخ 23/4/1949، قانونا يشبه قانون فايو السابق، وطبقه على جميع العقود المعقودة قبل 1949/9/2 إذا تضمنت التزامات متعاقبة أو مؤجلة التنفيذ.

ثم إذا كان القانون المدني في فرنسا لا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كنظرية عامة، فإن كثيرا من التشريعات أخذت بها، وبذلك أصبحت تظهر أخيرا في دائرة القانون الخاص، خاصة في التقنيات المدنية الحديثة. فظهرت في تقنين الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الظروف الطارئة فنص في المادة 269 منه على أنه « إذا وجدت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلك المحصول هلاكاً كلياً، أو غير ذلك من النوازل الطبيعية فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد ». ثم تلى تقنين الالتزامات البولوني التقنين المدني الإيطالي فنص عليها في المادة 1467 منه¹.

أما ألمانيا وسويسرا، فالبرغم من أن تشريعاتها لم تأخذ بهذه النظرية، إلا أنها قبلت تطبيقها عن طريق الاجتهاد القضائي حيث كانت هذه النظرية معروفة في القوانين الجرمانية منذ القرون الوسطى، وكانت تطبق وفقاً لمبدأ العدالة المؤسس على قاعدة تغير الظروف².

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري:

1- نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية:

¹ - أنظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 281؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 518-519.

² - أنظر، عبد السلام الترماني، نفس المرجع، ص. 29-31.

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من صميم الفقه الإسلامي ، فهي تقوم على أساس الضرورة، والعدل ،والإحسان لقوله تعالى [﴿لَا يَجْرِمُونَكَ مَا جَاءَكَ مِنَ الظُّلُمَاتِ أَنْ يَحْسَبُوا بِالْعَدْلِ﴾¹ ، وقوله تعالى [﴿لَا يَجْرِمُونَكَ مَا جَاءَكَ مِنَ الظُّلُمَاتِ أَنْ يَحْسَبُوا بِالْعَدْلِ﴾² . وقوله سبحانه [﴿لَا يَجْرِمُونَكَ مَا جَاءَكَ مِنَ الظُّلُمَاتِ أَنْ يَحْسَبُوا بِالْعَدْلِ﴾³ .

فانطلاقاً من ذلك تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومخافة هذا الوضع لقواعد العدالة، فاسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظرية العذر، ونظرية الحوائج، ونظرية الضرورة⁴ ، وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال.

ولقد جاء في كتب الفقه الإسلامي الكثير من القواعد الكلية والمبادئ الفقهية التي تقوم على أساس نظرية الضرورة، ويتفرع عن هذه النظرية جملة من القواعد تدخل ضمنها 'لا ضرر ولا ضرار'، 'المشقة تجلب التيسير'، 'الضرر يزال'، 'الضرورات تبيح المحظورات'، 'الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف'، 'الضرر الخاص لدفع الضرر العام'، 'ذرة المفاسد أولى من جلب المصالح'، 'الضرورات تقدر بقدرها'، وغيرها من القواعد الكلية التي تجيز تغير العقود وتعديلها⁵ .

وبالرغم من معرفة الفقه الإسلامي لتطبيقات متنوعة لهذه النظرية، إلا أنه يصعب القول بأن الفقه الإسلامي أشاد نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة، حيث حال دون ذلك سببين:

1- أن الفقه الإسلامي لا يبيّن نظرية الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات أليف وضع النظريات العامة المتماسكة. ذلك أن الفقه الإسلامي يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلول عملية عادلة يناسب فيها تياراً خفياً من المنطق القانوني المتسق. وعلى الباحث أن يكشف على هذا

¹ - سورة البقرة، الآية 185.

² - سورة النحل، الآية 90.

³ - سورة الحج، الآية 78.

⁴ - أنظر، عبد السلام التمراني، المرجع السابق، ص. 40-46.

⁵ - أنظر، عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 28 وما يليها؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 98-101.

التيار وان يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان.

2- أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى إيجاد وسائل تخفف منها نزولا عند مقتضيات العدالة، فكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفيف تحت تأثير مذهب التضامن الاجتماعي. أما الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائما عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء داعيا لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليه عادة في هذا التبرير¹.

وبالرجوع إلى تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، نجد لها مختلفة ومتنوعة نذكر منها، الأعدار في الإيجار، والجوائح في بيع الثمار².

أ/- الأعدار في عقد الإيجار:

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسخ الإيجار بالعدر، فمنها من توسع في ذلك توسعا كبيرا، وهذا هو المذهب الحنفي³، ومنها من ضيق مع تفاوت في هذا التضييق، وهذه هي المذاهب الفقهية الثلاثة الأخرى⁴.

والمراد بالعدر في هذا المذهب الحنفي هو العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق به، أي بعقد الإجارة، والمقصود بالمستحق بالعقد ما يكون ناشئا مما يوجبه التزام

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 5، ص. 90.

² - يشير الأستاذ محي الدين إسماعيل علم الدين، في المرجع السابق، ص. 461 وما يليها، إلى أن أغلب النظريات التي يقال عليها في الفقه الإسلامي أنها تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة- كفسخ الإيجار بالعدر، والجوائح في بيع الثمار- ليست صحيحة في أغلبها، إذ أن الحكم في أغلبها يرتد إلى أساس آخر غير ذلك الذي تقوم عليه تلك النظرية، فضلا عن الاختلاف الجذري في شروط إعماله.

³ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج4، ص. 222-224؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 4، ص. 458.

⁴ - أنظر، شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، المرجع السابق، ج5، ص. 531 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص. 177 وما يليها؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص. 187 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص. 3173-3174.

الطرفين، فكل ضرر يحصل لأحد المتعاقدين من بقاء العقد على اللزوم، وينشئ من سبب خارج عن نطاق الالتزام، فهو عذر¹.

ويفسخ الإيجار عنده لعذر يقوم في جانب المستأجر، أو لعذر يقوم في جانب المؤجر، أو لعذر يقوم بالنسبة للعين المؤجرة².

- العذر في جانب المستأجر: كأن يفلس المستأجر فيخرج من السوق، ويكون هذا عذر لفسخ الإجارة، وكذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة.

- العذر في جانب المؤجر: نحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن بيع العين المؤجرة، ذلك أن بيع العين لا ينفذ إلا بإجازة المستأجر، فيكون هذا عذرا لفسخ الإجارة.

- العذر بالنسبة لعين المؤجرة: ومثاله لو أجر أب صبي له ثم بلغ الولد أثناء الإجارة وأنف من خدمة الناس، كان ذلك عذرا لفسخها، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرا للصبي.

ب- الأعدار في عقد البيع:

كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار، كذلك يلاحظ على المالكية³ توسعهم في نظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار الخضار، ويتفق الحنابلة مع المالكية في نظرية الجوائح، أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية⁴.

والجائحة هي كل آفة لا صنع لآدمي فيها و لا يستطيع الدفع لها والاحتراز منها، ولقد قال مالك بأن الجوائح من ضمان البائع وأن للمشتري أن يرجع عليه بما أحدثته من التلف، واشترط أن يبلغ المجاح الثلث فأكثر، ووقتها عنده هو ما يتطلبه بقاء الثمر على الشجر دون قطف حتى يستوفي طيبه⁵، وقد استند مالك في مذهبه إلى ما روي عن النبي ﷺ أنه قال " إن بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بما تأخذ من مال أخيك بغير حق"⁶.

¹ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 48.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج4، ص. 197-199؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 4، ص. 458-464.

³ - أنظر، مالك بن انس الأصمعي، المرجع السابق، ج3، ص. 581 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج، ص. 186-194؛ عبد السند حسن بمامة، المرجع السابق، ج16، ص. 282 وما يليها.

⁴ - أنظر، عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001، ص. 26 وما يليها.

⁵ - أنظر، صبيح محمصاني، المرجع السابق، ص. 499، 498.

⁶ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج4، ص. 132.

ذلك أن طبيعة الثمار تقتضي بيعها قبل جنيها، سواء ما ظهر منها أو لم يظهر، أن تصاب بآفات تقلل من قيمتها أو كميتها، وقد تكون الخسارة كبيرة خارجة عن النطاق الذي يدخله المتعاقد في حسابه¹، فهل يحتمل المشتري هذه الخسارة ويلتزم بالضرر وهذا هو المذهب الحنفي² والشافعي³، أو أن يرجع بها على البائع وهذا هو المذهب المالكي⁴ - كما تقدم - والحنبلي⁵ في حدود معينة.

ثم أن أساس الاختلاف بين الفئتين يعود في الأصل إلى بيع ما لم يظهر من المحصول تبعا لما ظهر منه⁶، فعند مالك مثلا أن بدو الصلاح في الصنف الواحد هو وجود الإزهار في بعضه لا في كله كله إذا كان الإزهار متتابع⁷.

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن ابن القيم الجوزية وهو من فقهاء الحنابلة المتأخرين، لم يقل بجواز هذا البيع فحسب، بل هاجم بعنف الرأي القائل بعدم جوازه، وذكر أن النهي الذي ورد بالسنة - حديث عبد الله بن عمر أن "رسول الله ﷺ نهي عن بيع الثمار، حتى يبدو صلاحها"⁸ - هو النهي عن بيع الضرر، وهو ما يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أو معدوما⁹.

ومن ذلك يظهر بوضوح كيف أن الضرورة قضت بالخروج على مبدأ عدم جواز المعدوم، وإقرار بيع ما هو غير موجود تبعا للموجود، لاعتبارات الحاجة والتعامل¹⁰.

وختاما لتنظيم الشريعة الإسلامية لنظرية الظروف الطارئة، تجدر الإشارة إلى أن الفقيه الكبير الأستاذ ' إدوارد لامبير ' أكد في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بلاهاي سنة 1932 بأن "

1- أنظر، عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص. 348-352.

2- أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص. 239.

3- أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج3، ص. 57.

4- أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج5، ص. 187.

5- أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 44 ما يليها.

6- أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج6، ص. 148 وما يليها؛ عبد السلام الترميني، المرجع السابق، ص. 60-

67؛ عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص. 291 وما يليها.

7- أنظر، عبد السند حسن يمامة، المرجع لسابقين ج16، ص. 203-224.

8- أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج10، ص. 448.

9- أنظر، ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 3، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 2003، ص. 212 وما يليها.

10- أنظر، عبد السلام الترميني، المرجع السابق، ص. 65.

نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة " 1

كما أن الأستاذ السنهوري قد أخذ بهذا الرأي، فأشار إليه في المقال الذي نشره عام 1936 بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري) حيث قال " إن نظرية الظروف الطارئة عادلة، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"²، ولما قبل مشروع تنقيح القانون المدني المدني المصري نظرية الحوادث الطارئة، بينت مذكرته الإيضاحية، أن الأخذ بهذه النظرية كان استنادا إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي"³.

2: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري:

تقضي المادة 3/107 من ق م على: « غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

وعليه يجوز تعديل العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقة على المدين. وهذه نظرية الظروف الطارئة التي استمدتها المشرع الجزائري من الشريعة

¹ - أنظر، إدوارد لامبير، مقتبس عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 252-253.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مجلة القانون والاقتصاد، ص. 6، مقتبس عن عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 106.

³ - أنظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 36.

الإسلامية ولم يأخذ بها القانون الفرنسي، حيث عمل الفقه الإسلامي بهذه النظرية من قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرناً¹.

أ- شروط تطبيق النظرية²:

يتضح من خلال المادة 3/107 من ق م ق أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقداً متراجحاً: وذلك سواء أن العقد من أصل طبيعته من عقود المدة (كعقد الإيجار)، أو العقود المستمرة، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه النظرية، بل يؤخذ فيها بنظرية الاستغلال، ولا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد إلى كسب كبير أو لخسارة جسيمة.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ: أي خارج عن المألوف بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو وباء أو جراد يزحف سرايا، ويجب ألا تكون هذه الحوادث خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس.

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً: ومن هنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل التنفيذ مرهقاً أما الثانية فتجعله مستحيلاً، ومن ثم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين الدين والدائن.

ب- حكم الظروف الطارئة¹:

¹ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص. 133، ولفس المؤلف، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 98.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 255-258؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 321-325؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 299-303.

متى توفرت الشروط الثلاثة المتقدمة كان للقاضي تبعا للظروف وبعد المقارنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وله أن يعدل العقد في حدود مهمته العادية وهي التفسير، كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل إذ المهم أن يعيد التوازن، وعليه تتمثل سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية في :

- أن يأمر بتنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقتا يرجى زواله (م 2/281)².

- أن ينقص التزام المدين المرهق .

- أن يؤخذ من التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين.

- أن يجمع بين إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل أي أن يوزع الزيادة على عاتق طرفي

العقد.

ويلاحظ في هذا المجال أنه ليس للقاضي أن يفسخ العقد. وهنا يختلف القانون الجزائري عن الشريعة الإسلامية التي تجيز فسخ العقد للضرر. ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام، يقع كل اتفاق على مخالفتها باطلا.

ج- بعض التطبيقات التشريعية لنظرية الظروف الطارئة:

لم يكتف المشرع المدني الجزائري بتقرير المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة في المادة 3/107، وتحديد شروطها ومدى سلطة القاضي في تعديل أحكام العقد بناءا عليها، بل ذهب إلى تطبيقها في حالات تشريعية كثيرة بنصوص خاصة ترخص فيها في بعض شروط النظرية العامة أو أقر بنفسه ما رتبته من أثر على بعض الحوادث التي تطرأ بعد العقد وتخل بتوازنه.

فترخص في شرط العموم الذي يجب توافره في الحادث الطارئ الاستثنائي، فاعتبر بعض الحوادث الطارئة الاستثنائية ولو كانت خاصة بأحد المتعاقدين ولم تتوافر لها صفة العموم، مبررا لتعديل أحكام

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 285-260؛ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.

101؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 325-326؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 303-306.

² - أنظر، المحكمة العليا، 2000/01/12، غ م، قرار رقم 212782، شبكة الانترنت، الموقع الإلكتروني: <http://www.coursupreme.dz>.

العقد. فمن هذا القبيل ما نص عليه مثلا في عقد الإيجار بالمادتين 510 و 513 من القانون المدني، حيث اكتفى المشرع بوقوع حادث فردي خاص بالمدين بدلا من شرط العموم وأنه حدد الأثر الذي يترتب على وقوع هذا الحادث فلم يتركه لتقدير القاضي. ومن الحالات الخاصة أيضا ما ورد في القانون المدني في حق الارتفاق في المادة 881 وعقد المقاولة في المادتين 561 و562، وهي حالات تخضع للحالات الواردة في شأنها، وكثيرا ما تختلف عن المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 3/107 من ذات القانون¹.

أما ما يمكن أن نختم به هذا الموضوع، هو الإشارة إلى إن هذه النظرية، نظرية حديثة أخذت بها جل القوانين العربية مستمدة إياها من الشريعة الإسلامية، وخالفت بذلك ما استقر عليه القضاء المدني الفرنسي والقوانين الغربية مند عهد طويل، فالعقد عندهم شريعة للمتعاقدين لا يجوز تعديله إلا باتفاق المتعاقدين، وعلى ذلك فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناءا يرد على المبدأ، ولذا أوردها القانون المصري كاستثناء في فقرة ثانية على كون العقد شريعة للمتعاقدين (147 ق م م)²، وعلى خطى هذا الأخير سارت جل القوانين المدنية العربية³.

أما القانون المدني الجزائري، فحتى وإن نقل الفقرة الثانية من المادة 107 نقلا حرفيا من المشرع المصري، إلا أنه بفعله هذا يكون قد شد على الاتجاه السابق، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة التي تقتضي تعديل العقد قضاء، جاءت استثناءا لعدم جواز تعديله، وليس استثناءا لوجوب تنفيذه بحسن نية، حيث لا ينظر في تحقق هذه النظرية لحسن نية المدين أو سوءها، إذ أن المدين لا دخل له في حدوث هذه النظرية التي قد تحدث وهو حسن النية، فهي نظرية تقاس بمعيار مجرد لا بمعيار ذاتي، وعلى ذلك يجب تصحيح هذا الخطأ بنقل الفقرة الثالثة للمادة 107 إلى فقرة ثانية للمادة 106 التي تنص على أن العقد شريعة للمتعاقدين، الخ⁴.

¹ - أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 537-538؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 261-260.

² - نص المشرع المصري في مادته 147 على « 1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظرف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويتم باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

³ - أنظر مثلا، المادة : 2/147 ق م لبيسي، 2/148 ق م سوري، 2/146 ق م عراقي.

³ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 89-90.

وبالإضافة أيضا لهذا الخطأ، يلاحظ أن المشرع ج نص في المادة 106 على «...جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...» بينما يستعمل النص الفرنسي لهذه الفقرة كلمة Reduire بدلا من يرد، وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يستعمل فعل ينقص، فقامت مناقشة حادة حول ما إذا كانت سلطة القاضي تقتصر على الحكم بإنقاص التزام المدين فقط، أو تمتد إلى الحكم بزيادة التزام الدائن، بحيث يتعادل مع التزام المدين؟ وانتهى الرأي إلى أنه يجوز للقاضي الحكم بأحد الأمرين ، وثم إبدال فعل ينقص بفعل يرد حتى يطبق على الإنقاص وعلى الزيادة على السواء، وعلى ذلك يظهر أن النص العربي لفعل يرد موفق ، بينما فعل Reduire قد وقع في نفس الخطأ الذي وقعت فيه الترجمة الفرنسية ل المادة 2/147 م م¹ .

وبعد البحث عن دور الشريعة الإسلامية في آثار العقد بالنسبة للقانون المدني الجزائري، تقتضي الدراسة البحث عن مظاهر تأثر انحلال العقد بالشريعة الإسلامية في هذا القانون، وذلك بالوقوف عند هذه المظاهر إن كانت موجودة ؟

المطلب الثاني انحلال العقد

بالرجوع إلى القسم الخاص بانحلال العقد في التقنين المدني الجزائري المواد من 119 إلى المادة 123، نجد المشرع تناول حالتي الفسخ والانفساخ لكونهما جزاء عدم تنفيذ العقد، وهذا ما جعله يتناول في نفس القسم الدفع بعدم التنفيذ². وعلى ذلك ينحل العقد بالفسخ والانفساخ، والفسخ إما اتفاقيا أو قضائيا أي بحكم من القاضي. أما الانفساخ فهو انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ووفقا للمادة 121 ق م ج يترتب على هذا النوع من الانقضاء، انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون.

أما ما سنحاول دراسته في كل ما سبق، فهو الفسخ لما يثيره من اختلاف بين القانون المدني الفرنسي ونظيره الجزائري، وتعلق هذا الاختلاف بهذا البحث، لكن يجدر التعرض قبل ذلك إلى ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ وذلك لمشابته للفسخ من جهة، ولتعلق أحكامه بهذه الدراسة من جهة أخرى.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 203-204.

² - وبذلك أيضا عالج القانون المدني المصري أحكام الفسخ والانفساخ والدفع بعدم التنفيذ تحت طائلة " انحلال العقد من المادة 157 إلى 161".

الفرع الأول الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام، وهو بذلك يمهّد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ¹.

ويعرف أيضا على أنه وقف تنفيذ العقد من جانب أحد طرفي العقد حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فهو وسيلة يضغط بها المتعاقد على الطرف الآخر في التعاقد كي يحمله على أداء التزامه².

أولا: الدفع بعدم التنفيذ بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية:

1- الدفع بعدم التنفيذ بين الفقه الغربي:

لم يكن هذا المبدأ معروفا في القانون الروماني، حيث كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين، دفعا بالغش، ولم يكن لهذا الدفع قواما ذاتيا بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية³.

ولم يورد القانون الفرنسي نصا عاما يقرر فيه القاعدة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ، وإنما اقتصر على نصوص متفرقة على أساس القواعد العامة في نظرية السبب. أما القوانين الحديثة كالقانون المدني الألماني في مادته 320 والقانون المدني السويسري في مادته 82 فقد صاغت هذا المبدأ في قاعدة عامة⁴.

2- الدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية:

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا الدفع بعدم التنفيذ وجعلوا له نطاقا أوسع من الفسخ، حيث يمكن أن تستخلص من تطبيقاته نظرية عامة أكثر شمولا من نظرية الفسخ.

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 294-295.

² - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 220.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، المجلد الثاني، ص. 726-727.

⁴ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 391.

أ- / تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية:

ونستعرض بعض تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي في بعض العقود وفقا للتالي:

-/ عقد البيع : فإذا كان البيع، يبيع سلعة بنقد، فإنه يجب عند الحنفية والمالكية على المشتري أن ينقد الثمن أولا، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً أو مقسطاً على المشتري، أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بثمنها) أو صرفاً، وجب تسليم المبيع والثمن معا في وقت واحد. فإذا كان الثمن حالاً، سواء في البيع أو المقايضة أو الصرف، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن. وبالإضافة إلى ذلك، يحق للمشتري أيضاً حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ومثاله إذا كان البيع مقايضة، فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد¹.

-/ عقد الزواج : وقد جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في غير عقود المعارضات المالية، ففي عقد الزواج وهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، احتاط الفقه لحفظ حق الزوجة في مهرها، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر. فللزوجة قبل دخول زوجها بها، أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر². ويثبت لها أيضاً هذا الحق عند أبي حنيفة، حتى بعد الدخول بها أو الخلوة بها أو انتقالها إلى بيت زوجها، وحقته أن أحكام الزواج من جانبها ألا تستوفي دفعة واحدة، بل هي مستمرة الاستيفاء مادام العقد قائماً ثابت الأحكام، فرضاها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر، هو إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي، ولكن لا يعد إسقاط لحقها في المستقبل، ثم أن رضاها بالعشرة من غير تقديم المهر، قد يكون لرجاء أن يعجل بالدفع، فإن ضاع رجاؤها، يكون لها الحق في منع نفسها³ ثم لها أيضاً وفقاً لهذا الرأي، أن تمنعه من جميع ما يستوفي منافع البضع، كأن تمنعه أن يخرجها من بلدها⁴.

¹ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص 249؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 4، ص. 15؛ ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج5، ص. 434 ومايلها؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص. 409؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 3210-3211.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج2، ص. 287؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985، ص280-283؛ محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 208.

³ - أنظر، محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 208-209.

⁴ - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج7، ص. 281.

ب- / استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية:

بالوقوف عند تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي خاصة في عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الوكالة وعقد الزواج ، يمكن استخلاص نظرية عامة مبنية عناصرها على:

1 / شروط الدفع بعدم التنفيذ:

ويمكن القول بوجود شرطين هما:

- يجب أن يكون هناك عقد ملزم لجانبيين أي عقد معاوضة.

- أن يكون الالتزام المحبوس أو الذي يقف المدين تنفيذه حتى يستوفي الالتزام المقابل التزاما يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل. ففي عقد البيع مثلا يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة، فالذي يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع، فيحبسه حتى يستوفي الثمن وليس العكس، وللمؤجر حسب المأجور إلى استيفاء الأجرة، إذا كانت الأجرة معجلة¹.

2 / الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ:

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتبادلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي، حيث انبنى على هذا الارتباط أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المتقابل. ويجب أن يفهم هذا الارتباط هنا في ضوء فكرة عامة في الفقه الإسلامي، تتعلق بعقود المعاوضة. وهذه الفكرة هي أن المساواة في هذه العقود في مقصود المتعاقدين، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يتم بتنفيذ الالتزام المقابل وإلا كان في ذلك إخلال بالمساواة المقصودة².

3 / الأثر الذي يترتب على الدفع بعدم التنفيذ:

ويترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد أن يوقف تنفيذه دون أن يفسخ أو ينحل، فالعقد لا يزال قائما واجب النفاذ، وإنما أبيض لأحد المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه لا أن يتحلل منه حتى يستوفي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص. 240-242؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص 3213-3214.

² - أنظر ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج4، ص201، والجزء 5، ص. 237؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ج6، ص. 242-243.

حقه في ذمة العاقد الآخر. ويجدر بالإشارة هنا إلى أن الدفع يسقط لأمر عدة، خاصة تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، أو إحالة المشتري البائع على مدين للمشتري وما إلى ذلك¹.

ثانيا: الدفع بعد التنفيذ في القانون المدني الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 123 من ق م على أنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ». فمن خلال هذا النص يقتضي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ تحقق شروط هي²:

1/ أن يكون العقد ملزم لجانبين : وعليه لا يتمسك المتعاقد بالدفع في العقود التبادلية الناقصة كعقد الوديعة مثلا، ولا في العلاقات غير التعاقدية كالعلاقة بين الوصي والقاصر ولو نشأت منها التزامات مرتبطة.

2/ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء: أي أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا. فليس للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ إذا كان التزامه قد حل أجله في حين أن الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر لم يجل أجله بعد، كأن يكون المتعاقدان قد اتفقا على أن تنفيذ الالتزامات لا يتم في وقت واحد كما هو الحال بالنسبة للثمن المؤجل في المبيع.

3/ إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه: ولا تشترط المادة 123 من ذات القانون أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، ومن ثم يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو أخل المتعاقد الآخر جزئياً فقط بالتزامه. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المتعاقد المتمسك بالدفع يجب أن يكون حسن النية فلا يدفع به مثلا إذا كان الالتزام المقابل كاد يكمل نفاذه وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلاً.

أما أساس الدفع بعدم التنفيذ وفقا لهذه المادة فهو ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، حيث إذا استحق التنفيذ أو الوفاء بهذه الالتزامات، فلا يجوز استنادا على العقد ذاته أن

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 242.

² - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 336-362؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 296-298؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 391-392.

يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. والواقع أن الدفع بعدم التنفيذ حتى وان كان مبدأ عاما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، فإنه يعتبر هو ذاته تطبيقا خاصا لمبدأ أعم منه وهو الحق في الحبس، حيث نظم المشرع الجزائري هذا الأخير وفقا للمواد 201، 200 و 202 من القانون المدني¹.

وباعتبار الدفع وسيلة دفاعية، فإن أثره يتجسد في الاقتصار على موقف سلبي يتخذه المتعاقد إلى حين قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وبذلك يقف تنفيذ الالتزام، فلا يزول الالتزام كما في الفسخ. وإذا أدخل أحد المتعاقدين بالتزامه وتمسك المتعاقد الآخر في المقابل بعدم التنفيذ، وبقي كل متعاقد متمسكا بموقفه، فإن العقد يبقى قائما لا يتأثر بهذا الوضع، باستثناء العقود الزمنية التي قد تتأثر من حيث مقدار الالتزامات التي يستعملها كل متعاقد ومثالها عقود التوريد. وقد لا يترتب على الدفع قيام المتعاقد الآخر بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يجوز للمتمسك بالدفع أن يعدل عن موقفه السلبي ويطلب فسخ العقد.

وحق الدفع بعدم التنفيذ معرض للانقضاء مثله مثل الحقوق الأخرى، ويتحقق ذلك في حالات معينة، منها تخلي صاحبه عنه، وتقديم المدين للدائن تأمينا كافيا يضمن الوفاء بالتزامه².

فانطلاقا مما سبق، يظهر جليا مدى توافق القانون المدني الجزائري مع الشريعة الإسلامية في هذا المجال، لكن تجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 161 من ق م م نصت على « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

ثم إذا كان حال المشرع الجزائري حين تنظيمه للدفع بعدم التنفيذ على هذه الشاكلة، فهل تأثر أيضا بالشريعة الإسلامية في الحالة التي يلجأ المتمسك بالدفع إلى المطالبة بالفسخ بسبب إصرار المتعاقد الآخر على عدم التنفيذ؟

الفرع الثاني الفسخ

¹ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 362؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 390.

² - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 363-365؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 393.

يعرف الفسخ على أنه جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما رتبته العقد في ذمته¹. وهناك أيضا جزاء آخر هو المسؤولية العقدية، وبمقتضاها يجبر المتعاقد على أن ينفذ التزامه أو يدفع تعويضا في الحالات التي يجوز فيها ذلك².
 ويعرف كذلك هو حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ³.

أولا: الفسخ بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية :

1- الفسخ في الفقه الغربي:

كان القانون الروماني يأبي التسليم بنظرية الفسخ، حيث كان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض دون أن يكون بينهما ارتباط أو تقابل. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ، ولا يستطيع التحلل من هذا الالتزام بطريق الفسخ. ولكن الرومان بعد شيء من التطور، أعطوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقا في عقد البيع بعدما أصبح هذا العقد رضائيا فادخلوا شرط صريحا يجعل الحق للبايع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن⁴.

غير أن فقهاء القانون الكنسي هم الذين ساعدوا على رواج نظرية الفسخ على أساس فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين. ولكن هذا الأخير هو الآخر لا يسلم بإيقاعه إلا بطلبه من القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه. وعلى ذلك سار فقهاء

¹ - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 371.

² - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 327-337؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 264-294.

³ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 349.

⁴ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج2، ص. 670.

القانون الفرنسي القديم وقالوا بجواز الفسخ حتى ولو لم يجد شرط صريح، على أن الفسخ هنا كان رضائياً لا يتم إلا بحكم قضائي¹.

ولكن التقنين المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ، نقلها متأثراً بالصياغة الرومانية، فذكر في المادة 1184 منه أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام².

وليس صحيحاً أن نظرية الفسخ تقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمني، حيث لو صح هذا لترتب على عدم قيام المدين بالتزامه تحقق الشرط الفاسخ مباشرة، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق صريح. ومن جهة أخرى، إذا كان فسخ العقد يرجع إلى تحقق الشرط الفاسخ الضمني لكان من الجائز إذن أن يتفقا المتعاقدان صراحة على التنازل عن هذا الشرط، فلا يجوز لأحدهما طلب الفسخ إذا لم يتم الآخر بالتزامه، وهذا ليس صحيحاً كذلك³.

2- الفسخ في الفقه الإسلامي:

"لقد عرف الفقه الإسلامي نظام الفسخ قبل القانون الكنسي وقبل القانون الروماني، ونص عليه خاصة في عقد البيع والإيجار، ولقد عرفه ابن نجيم الحنفي صاحب الأشباه والنظائر بأنه حل ارتباط العقد، كما أن الفقهاء اتفقوا بأنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ، وهذا على أساس فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة في العقد الملزم للجانبين وهو نفس الوضع الذي انتقل إلى القوانين الحديثة"⁴.

ولقد تقدم أن الفقه الإسلامي لم تؤصل فيه النظريات العامة، وعلى الباحث أن يستخلصها من الحلول الموضوعية للمسائل المختلفة.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 193.

² - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 171;

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 570-571; CARBONNIER Jean, op.cit., p. 339,340.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 784.

⁴ - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 304-305.

وباستعراض العقود المسماة في الفقه الإسلامي للبحث فيه عما يصلح لبناء نظرية الفسخ، نجد طائفتين من العقود يجب أن تستبعد، الأولى تتمثل في العقود التي فيها خيار، حيث يكون مثل هذه العقود قابلاً للفسخ لقيام الخيار ذاته وليس على أساس نظرية الفسخ العامة. أما الطائفة الثانية فهي العقود غير اللازمة بطبيعتها، فهذه يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما بحسب العقد أن يستقل بفسخها، فالعارية مثلاً عقد غير لازم وكذلك القرض وتستبعد أيضاً الكفالة باعتبارها عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل. وعلى ذلك، يبقى من العقود المسماة البيع والإيجار بأنواعه المختلفة والرهن والصلح¹.

وبالوقوف عند الحالات التي يجوز فيها فسخ هذه العقود²، يمكن استخلاص قواعد عامة تنظم ما تشتمت من هذه التفصيلات يمكن تلخيصها كالتالي.

الأصل في الفقه الإسلامي، أن العقد لا يفسخ إذا اخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يبقى العقد قائماً وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال التي يكون عليها العقد. على أن هناك أحوال استثنائية يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وهذه الأحوال مردها إلى أمرين:

1- انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة، بأن هلك كلياً أو جزئياً أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة، فيصبح العقد قابلاً للفسخ بناء على طلب من تتأثر مصلحته من المتعاقدين بهذا الخلل.

2- عقد الإيجار خاصة، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال - كما تقدم³ -، فبالإضافة إلى فسخ الإيجار عند اختلال المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أي مانع يحول

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 216.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج 4، ص. 222-224 ولنفس المؤلف، ج 5، المرجع السابق، ص. 238 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج 2، ص. 58 وما يليها و ص. 177 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 2، ص. 229 وما يليها؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص. 187 وما يليها؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق ج 5، ص. 531 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص. 3171-3174.

³ - أنظر، الصفحة 85 من الدراسة.

دون استيفاء المنفعة المقصودة، يمكن أيضا تصور فسخ الإيجار عندما لا يفي المستأجر باجرة العين أو بأجر العامل¹.

ثانيا: الفسخ في القانون المدني الجزائري:

نص المشرع المدني الجزائري في المادة 119 على أنه « في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات»².

فوفقا لهذه المادة، يجب لقيام الحق في الفسخ توافر ثلاثة شروط هي³ :

1/- أن يكون العقد ملزم للجانبين: وهذا الشرط بديهي، إذ لا فائدة في فسخ العقد الملزم لجانب واحد، بل على العكس تقتضي مصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه أما مصلحة الدائن في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد طالما أن المتعاقد الآخر لا يريد تنفيذ ما التزم به.

2/- عدم وفاء المتعاقد بالتزامه: حيث لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أحل المتعاقد بالتزامه، وأن يكون هذا الأخير هو المتسبب في الإخلال⁴.

3/- وفاء طال بالفسخ بالتزامه : فحتى ولو لم يرد هذا الشرط صراحة في نص هذه المادة غير أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات، وهذا يقضي أن يكون قد وفى بما تعهد به، أو أن يكون على الأقل مستعد للوفاء به، وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30 أكتوبر 1985⁵.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 230-232.

² - نصت المادة 157 من القانون المدني المصري على « (1) في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. (2) ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة».

³ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 349-352؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 373-375.

⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1983/3/16، ملف رقم 30914، م ق، 1989، 2، ص. 39.

⁵ - أنظر، المحكمة العليا، غ م، ملف رقم، 34951، م ق، 1990، 2، ص. 44.

والشروط السابقة لا تؤدي تلقائيا إلى فسخ العقد، بل للقاضي بموجب أحكام المادة 2/119 ق م، سلطة تقديرية في تقرير الفسخ. وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي، ويجب على الدائن في هذه الحالة حتى يطلب الفسخ أن يعذر المدين مطالبا إياه بالتنفيذ (م 1/119 ق م)، ويجب على الدائن بعد الاعذار ليطالب الفسخ أن يرفع طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى. وحكم القاضي بعد ذلك يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا عنه. ووفقا للمادة 2/119 ق م، للقاضي وفقا لسلطته التقديرية أن يقضي بالفسخ أو يرفضه، أو يمنح المدين أجلا للتنفيذ حسب الظروف¹.

أما النوع الآخر من الفسخ، فهو الاتفاق الذي نصت عليه المادة 120 من القانون المدني بقولها « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعني من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين»، ومن هنا يتبين أن المادة 119 المتقدم ذكرها ليست من النظام العام، حيث يجوز اتفاق الأفراد على الفسخ عن عدم الوفاء بالالتزام، ويكون حكم القاضي في هذا النوع من الفسخ كاشف عنه لا منشئ عنه، وهذا بخلاف النوع الأول².

ويترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أم تفاقيا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض م 122 ق م ج. وهذا هو الأثر الرجعي للفسخ، وهو زوال العقد زوالا يترد أثره إلى وقت إبرامه، فتندم جميع الآثار التي تولدت عنه، بحيث يعتبر العقد كأنه لم يكن أصلا ولا يقتصر هذا الأثر على المتعاقدين بل يمتد إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين³.

ومما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري لم يبين نظرية الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، وإنما أسسها على فكرة الالتزام المترابطة في العقد الملزم للجانبين، شأنه في ذلك شأن الشريعة الإسلامية، حيث أقرها فقهاء هذه الأخيرة منذ القدم مراعاة

¹ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 352-353.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع السابق، ص. 310-314؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 352-374؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 384-386.

³ - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 355-375؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 381-383 و ص. 386.

منهم لاعتبارات عادلة، إذ ليس من العدل ألا يقوم أحد المتعاقدان بالتزامه ومع ذلك يطالب المتعاقد الآخر بأن ينفذ ما في ذمته من التزام .

وما يمكن أن يقال بعد كل ما سبق، أن القانون المدني الجزائري أخذ بالكثير من أحكام الشريعة الإسلامية حين تنظيمه للعقد، ليسهل بذلك القول باختلافه عن القانون المدني الفرنسي في هذا المجال، لكن السؤال الذي يطرح هنا، هو مدى تبني هذه الفلسفة حين تنظيمه للإرادة المنفردة باعتبارها الوجه الثاني للتصرف القانوني؟

قبل التعرض إلى التصرف بالإرادة المنفردة، تجدر الإشارة إلى الفرق بينه وبين العقد الملزم لجانب واحد، ذلك أن هذا الأخير لا ينشأ إلا بتطابق إرادتي شخصين، وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة أحدهما فقط (المادة 56 ق م ج)¹.

ويعتبر هذا النوع من العقود ملزم لجانب واحد، كونه ثنائي من حيث انعقاده وآحادي من حيث آثاره، أما التصرف بالإرادة المنفردة فهو آحادي من حيث نشوئه، لدى يمكن تعريف هذا الأخير على أنه عمل قانونيا صادر من جانب واحد².

ومما لا خلاف حوله أن الإرادة المنفردة لشخص، لا يمكن أن تكون مصدر التزام يقع على عاتق شخص آخر، حيث لا يمكن لشخص بإرادته أن يلزم شخصا آخر رغما عن إرادته.

ثم مما لا شك فيه أيضا، أن الإرادة المنفردة تلعب دورا كبيرا في إنتاج آثارا قانونية مختلفة، حيث لا يختلف الفقهاء على قدرتها على ذلك، حتى لو لم ترتبط هذه الإرادة بإرادة أخرى.

- فالوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة يترتب عليه انتقال الحق الموصى به أو الحصة الموصى بها من الموصي إلى الموصى له، ويصبح بمقتضى هذا الانتقال الموصى له خلفا للموصي خلافة عامة أو خاصة.

- والإبراء تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يترتب عليه سقوط الالتزام الذي أبرأ الدائن منه، وشأن الإبراء في ذلك شأن سواه من صور النزول عن الحق بالإرادة المنفردة، كالتخلي عن حق عيني كحق الانتفاع أو حق الرهن تخلصا من الالتزامات العينية المرتبطة به.

- والإقرار تصرف بإرادة منفردة يترتب عليه أن تنصرف إلى المقر حقوق والتزامات لم تكن تنصرف إليه لولا إقراره.

- والإجازة تصرف بإرادة منفردة يترتب عليه سقوط حق المجيز في المطالبة بإبطال العقد بحيث يصبح

¹ - تنص المادة 56 ق م ج على أنه « يكون العقد ملزما لشخص، أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين » ، وخير مثاله في التشريع الجزائري الهبة المنصوص عليها بالمادة 202 ق أ ج وما يليها .

² - أنظر، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص292؛ وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 48-49.

عقدا صحيحا بعد أن كان قابلا للإبطال.

- وإنهاء أحد المتعاقدين للعقد في الحالات التي يجوز فيها ذلك، تصرف قانوني بإرادة منفردة يترتب عليه إنهاء الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، كما هو الحال في إنهاء المستأجر لعقد الإيجار غير المحدد المدة، وحالة عزل الوكيل للموكل.
- ورجوع الموجب عن إيجابه أو القابل عن قبوله قبل اتصال أيهما بعلم الآخر تصرف قانوني بإرادة منفردة يترتب عليه سقوط الإيجاب أو القبول¹.

ويتضح مما سبق، أن الإرادة المنفردة بعيدة المدى باعتبارها تنتج آثارا قانونية، فهي تكسب الحق العيني وتسقطه، وتثبت الحق الشخصي، وتنهى الرابطة التعاقدية التي أنشأت الحق الشخصي وكل ذلك لا خلاف فيه².

أما الذي وقع الخلاف حوله، يتجلى في معرفة ما هي قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات من جهة، واعتبارها بذلك مصدرا من مصادر الالتزام مثلها مثل أي مصدر من جهة أخرى؟

وباعتبار أن المشرع الجزائري قد تعرض للتصرف بالإرادة المنفردة، سنحاول البحث عن مظاهر تأثره بالشريعة الإسلامية في تنظيمه لهذه الأخيرة. وليتسنى معرفة ذلك، كان لزاما أن نتعرض أولا إلى موقف كل من الفقه الغربي والفقه الإسلامي من اعتبار الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام (المبحث الأول)، ثم التعرض للإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا منشأ للالتزام في القانون المدني الجزائري، محاولين في الوقت ذاته إبراز مدى تأثر المشرع الجزائري بالفقهين السابقين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية

¹ - أنظر، جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 288-289.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص.184؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 292.

ظل العقد لوقت طويل هو المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، فكان هذا الالتزام لا ينشأ إلا باتفاق إرادتين على إنشاءه، ثم ظهرت فيما بعد اتجاهات علمية حديثة، تنادي بنظرية جديدة للالتزام، تقول أن للإرادة المنفردة القدرة على ترتيب آثار قانونية، كان إنتاجها إلى وقت قريب، مقصور على ضرورة توافق الإرادتين¹.

ونتيجة لظهور هذه الاتجاهات الجديدة التي تخالف الرأي القائل بوحداية العقد في كل تصرف إرادي، اختلفت الآراء في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، حيث انقسم الفقه الغربي في هذا المجال إلى قسمين، قسم لا يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام، وذلك هو الفقه الفرنسي، وقسم آخر يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر من تلك المصادر في أحوال معينة، وهذا هو الفقه الألماني.

أما الفقه الإسلامي، فيرى أصحابه أن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء التصرفات القانونية، بل ذهب البعض منهم إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبروا هذه الأخيرة مصدرا عاما للالتزام، شأنها في ذلك شأن العقد، وعلى ذلك، لم يختلف هذا الأخير على صلاحية التصرف الانفرادي لإنشاء الالتزام، حتى وإن اختلف في مدى هذه الصلاحية.

وبناء على ما سبق، سنحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتعرض في أولها لموقف الفقه الغربي من الإرادة المنفردة، لنتقل في الثاني منها إلى موقف الفقه الإسلامي من هذه الأخيرة.

المطلب الأول التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الغربي

¹ - أنظر، محمد تقيّة، محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشريعة الإسلامية، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، 1999، بيروت، لبنان، ص. 57.

لما ثار التساؤل في الفقه الغربي حول قدرة إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام على النحو المتقدم، اقتضى الحال أن نقف عند هذا الخلاف مبتدئين بالتعرض إلى الاتجاهين في فرع أول، لننتقل إلى تقدير آرائهما في فرع ثاني.

الفرع الأول الفقه الفرنسي والفقه الألماني

حيث نحاول معالجة الفقهاء في عنصرين، نتعرض في أولها لموقف الفقه الفرنسي من الإرادة المنفردة، لننتقل في الثاني إلى موقف الفقه الغربي منها.

أولاً: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الفرنسي:

يتطلب التعرض للتصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الفرنسي عرض ما استقر عليه الفقه الفرنسي في هذا الشأن، لننتقل بعدها إلى الحجج التي بنى عليها هذا الأخير موقفه.

1 - عرض النظرية الفرنسية:

تذهب هذه النظرية إلى أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشأ التزاماً وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عمل قانوني لا يكون مصدره إلا اتفاق إرادتين وهو العقد¹.

ولقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم²، حيث كانت القاعدة في القانون الروماني أن الإرادة المنفردة لا تنشئ التزاماً، على أن هذا الأخير، جعل استثنائين للقاعدة المذكورة، يتعلق الأول بالنذر للآلهة، أما الثاني فهو التعهد لصالح مدينة من المدن. أما النذر فيلزم بمجرد الإيجاب وللكهنة أن يستوفوا المنذور. وكذلك التعهد لصالح مدينة فهو مجرد إيجاب يصدر من متعهد يأخذ على نفسه بموجبه عهداً أن يقدم خدمة أو يعطي شيئاً لهذه المدينة وهو إيجاب ملزم، ولمن يمثل المدينة أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه. وقد ورث

¹ -Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 362.

² -Cf, PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 9.

القانون الفرنسي القديم¹ هذه التقاليد، وأصبح من القواعد المقررة فيه أن مجرد الإرادة المنفردة لا تنشأ التزاما وأصبح ذلك من القواعد المسلم بها فقها وقضاء في فرنسا².

2 - حجج أنصار النظرية الفرنسية:

فالبرجوع إلى هذه النظرية نجد أنصارها يبررون آراءهم بالحجج التالية:

أ- يعترض الأستاذ بلانيول (PLANIOL) باعتباره على رأس خصوم نظرية الإرادة المنفردة، بأن هذه النظرية غير قائمة على أساس صحيح، ذلك أنه حتى وإن أمكن فهم التزام المدين بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن نفهم كيف يصبح الدائن دائما دون إرادته. ثم إذا قيل أن المدين يلتزم لغير دائن، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته؟ أما إذا قيل أنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائنا، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد³.

ب- ويتسع اعتراض الأستاذ بلانيول عند الانتقال إلى موقفه مع الأستاذين ريبير (RIPERT) واسمان (ESMEIN)، ذلك أن الأساتذة الثلاثة لا يسلمون بإمكان إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام، حيث لا يوجد في القانون مثل هذا. فالهبة مثلا وهي مظنة التزام الشخص بإرادته المنفردة، نص في شأنها القانون المدني الفرنسي صراحة على أنها لا تتم إلا بقبول صريح من الموهوب له م 932 ق م ف. تم إذا قيل أن للإرادة المنفردة سلطانا يمكنها من أن تولد التزاما، فكيف لا يقال أن هذه الإرادة تستطيع أيضا أن تقضي هذا الالتزام، فما تستطيع الإرادة أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله، وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته فيكون التزاما باطلا⁴.

ج- أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة بافتراضها دائما أن أحد المتعاقدين قد وزن الأمر قبل التعاقد وبث فيه بقرار نهائي، ثم لم يكن أمام الطرف الآخر إلا القبول أو الرفض مع

¹ - ويقول الفقيه الفرنسي القلم بوتيه Pothier ' في هذا الصدد " كما أنني لا أستطيع بمجرد إرادتي أن أنقل إلى شخص حقا على أموالي إذا لم تتحد إرادته مع إرادتي لكسب هذا الحق، كذلك لا أستطيع بمجرد إيجابتي أن أعطي على نفسي حقا لآخر، حتى تتحد إرادته مع إرادتي لكسبه، ويكون ذلك بقبوله "، أنظر، بوتيه، الالتزامات، فقرة 413، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص 184.

² - أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص.59.

³ - أنظر، بلانيول، مقتبس عن، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص. 188-189.

⁴ - Cf, PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 11-14.

أن الأمر غير ذلك. فالذي يقع في العمل عادة أن المتعاقدان يتفاوضان وما يزالان في أحد ورد ولا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر، وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعديل من اتجاهها حتى تتوافق الإرادتين، وعند ذلك يتم العقد. ومن هذا يستخلص أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول، بل كثيرا ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلها إرادة متحدة في العقد، فكلا من الإرادتين اشترك في تكوين الالتزام ولم تستقل أحدهما¹.

د- إن اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، تعثره صعوبات عملية تكمن في دقة تحديد متى تعتبر الإرادة المنفردة نهائية ومتى تعتبر مجرد رغبة يجوز العدول عنها، بحيث لا بد عندئذ من اشتراط صدورها في شكل معين مما يعود بنا وراعا إلى الشكلية التي تحررت التشريعات منها، هذا فضلا على أن مصدر الالتزام عندئذ لن يكون الإرادة المنفردة وحدها، بل لا بد أن تجتمع مع الشكل².

ولعل ما يلاحظ بالوقوف عند الاعتبارات التي جعلت النظرية الفرنسية على هذه الشاكلة، أن هذا الموقف نتيجة حتمية للأخذ بالنظرية الشخصية في الالتزام. فما دام الالتزام رابطة بين شخصين، من ثمة لا يمكن أن ينشأ دون أن يكون له دائن، أو دون إرادة هذا الدائن، وهذا ما يؤدي إليه اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام³.

وما يمكن ملاحظته في هذا المجال أيضا، أن القانون الفرنسي عند تنظيمه للعقد الملزم لجانب واحد (المادة 1103 ق م ف)، نص على كثير من التطبيقات التي تندرج ضمن هذا النوع من العقود مثالها: (الهبة، الوصية، إنشاء بعض المؤسسات، التحلي عن حق كحق ارث والتنازل عن حق عيني، إجازة عقد قابل للإبطال... الخ)، حيث يمكن أن يقال عنها أنها التزامات محضة بإرادة منفردة؟ وهذا قول غير صحيح.

ذلك أن العقد الملزم لجانب واحد في القانون المدني الفرنسي حتى وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة طرف واحد هو المدين، إلا أن هذا الأخير لا يمكنه أن ينشأه إلا بتوافق إرادته مع إرادة

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 62؛

J FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp 370-371.

² - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 294.

³ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 291.

الطرف الآخر (الدائن)، وعلى ذلك فهو ثنائي من حيث انعقاده، آحادي من حيث آثاره. مما يعني أن هذه التطبيقات لا يمكن أن تنشأ في كل الأحوال إلا عن طريق الاتفاق.

ثم أن القانون الفرنسي لم يعتبر العقد الملزم لجانب واحد قادرا على أن يكون التزاما عاما، حيث لا يمكنه أن ينشأ آثار قانونية تحمل على عاتق من أنشأه إلا في أحوال معينة فقط، ذلك أن هذا النوع من العقود حتى وان نص عليه القانون كنوع من أنواع العقد بصفة عامة، إلا أنه كان ومازال محل نقاش كبير في الفقه الفرنسي¹.

فبالرجوع مثلا إلى الشروط الواجب توفرها في العقد الأحادي الجانب في القانون الفرنسي، يلاحظ على قواعده القانونية المنظمة لتطبيقاته، تميزها بكونها نسبية (جزئية) من جهة، وناقصة من جهة أخرى. فهي نسبية باعتبارها لا تتكرر في كل هذه التطبيقات، ذلك أن كل تطبيق مستقل بشروطه، ثم هي ناقصة حيث لا يهتم كل طرف من طرفي التعاقد فيها إلا بالشروط التي يعنى بها. وتأسيسا على هذا السبب المزدوج، لم يوجد القانون الفرنسي نظرية عامة للعقد الأحادي الجانب تميزه بحد ذاته، كما هو الحال بالنسبة لوجود نظرية عامة للعقد².

ثانيا: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الألماني:

حيث سنحاول الوقوف عند مذهب الفقهاء الألمان بشأن الإرادة المنفردة، لننتقل بعده لعرض الحجج المدعمة لما ذهب إليه هذا الأخير في هذا المجال.

1 - عرض النظرية الألمانية:

تذهب هذه النظرية على عكس الأولى إلى استطاعة الإرادة المنفردة أن تنشأ التزام، وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان الفقيه (سيغل SIEGEL)، فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام. فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة

¹ - Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp 362-364 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp 50-51.

² - Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p 364.

المنفردة الصادرة منه، لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه¹.

ولقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرون، وسائرهم بعض الفقهاء الفرنسيون كسالي الذي تولى نشر النظريات الألمانية في الفقه الفرنسي².

وكما تعتبر النظرية الفرنسية نتيجة حتمية للأخذ بالنظرية الشخصية في الالتزام، تعتبر النظرية الألمانية نتيجة منطقية للأخذ بالنظرية المادية، حيث اتضح أن الألمان يقفون عند الإرادة الظاهرة في العقد، ويرون في الالتزام قيمته المالية، وهاهم يرتبون إحدى النتائج المادية للالتزام، فيقولون بالالتزام المدين بإرادته المنفردة ولو لم يوجد دائن يقبل هذا الالتزام، لأن الالتزام يترتب على المال أكثر مما يكون صلة بين شخص وآخر³.

2- حجج أنصار النظرية الألمانية:

وقد دعم أنصار هذه النظرية هم الآخريين آرائهم حجة نظرية وأخرى عملية نستعرضهما كالتالي:

أ- الحجة النظرية : وتتمثل في أن حرية الإرادة تقتضي أن تكون للشخص الحرية في أن يلزم نفسه بإرادته المنفردة، وليس في المنطق القانوني ما يمنع من ذلك أو من أن ينشا الالتزام قبل أن يتحدد الدائن مادام قابلا للتحديد.

وفي الواقع يعتبر تقييد الإنسان لنفسه مظهر من مظاهر الحرية، بل أن سلطان الإرادة هنا أكبر نفوذ منه في نظرية توافق الإرادتين أو العقد، حيث أن الإرادة المنفردة قادرة وحدها على إيجاد الالتزام وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها. أما القول بوجود توافق الإرادتين ففيه بقية من بقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة، ذلك أن الإرادة ارتقت الآن لتصبح قادرة على إيجاد الأثر القانوني التي تتجه إليه. فالواجب أن نصل بهذا التطور إلى غايته المنطقية، وأن نجعل للإرادة سلطانا

¹ - أنظر، سالي، الالتزامات في القانون الألماني، فقرة 141، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص.185.

² - Cf, CARBONNIER Jean, op.cit., pp 50,51;

محمد تقي، المرجع السابق، ص. 58.

³ - أنظر، الصفحة 9 من هذه الدراسة.

حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى. وإذا لم يكن من العدل أن يصبح الشخص دائما بمحض إرادته لأن في ذلك افتقار لشخص آخر دون رضاه، فأبي ظلم في أن يصبح الشخص مدينا بمحض إرادته إذا لم يكن في هذا إلا اغتناء سواه؟ على أنه بالرغم من ذلك، يتطلب رضا الدائن حتى لا يكتسب حقا رغما عنه، إلا أن هذا الرضا لا يوجد الالتزام، بل أن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين¹.

"وهنا تمتاز النظرية الألمانية بالدقة في التحليل والتعمق فيه إلى حد الغموض، فإن أنصار هذه النظرية يقررون أنه إذا أعلن شخص إرادته المنفردة في أن يلتزم فهو يوجد بإرادته المنفردة شيعين: (أولا) التزاما في ذمته أخذه على نفسه بألا يعدل عن إيجابه (ثانيا) حقا أوجده للطرف الآخر، هو أن ينفذ له ما تعهد به"².

أما إذا قيل بعد كل هذا أن "الشخص لا يستطيع أن يلزم نفسه بإرادته فيكون من باب أولى أن نقول كذلك، أن الشخص لا يستطيع أن يلتزم بإرادة غيره وعلى ذلك يكون المبدأ، بأنه إذا لم تكن إرادة الشخص المنفردة هي مصدر التزامه، لا يمكن القول بأن الارتباط بين هذه الإرادة وإرادة شخص آخر هو مصدر الالتزام"³.

ب- الحجة العملية: فهي أن الالتزام بالإرادة المنفردة سيسد احتياجات عملية لا يسدها العقد، كما هو الشأن فيما تقتضيه مصلحة الجمهور الذي يوجه إليه إيجاب بالتعاقد أو وعد بجائزة في أن يكون ملزم لمن صدر عنه. وهذا الالتزام لا يمكن أن يكون مصدره إلا إرادة المدين، لأن الدائن به يكون غير معين وإن كان قابلا للتعيين، مما يحول دون أن يكون مصدر الالتزام عقدا انعقد بينه وبين الموجب أو الواعد⁴.

فالقول بضرورة توافق إرادتين لوجود التزام، يسد الباب دون هذا النوع من التعاملات التي يجب أن يتسع لها صدر القانون. فهل يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف التزم ذلك الشخص الذي

¹ - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 293-295؛ وجمال العدوي، المرجع السابق، ص. 290؛ محمد تقي، المرجع السابق، ص. 61.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص. 187.

³ - أنظر، خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص. 186.

⁴ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 290، 291.

قدم عرض للجمهور أي لغير شخص معين؟ فهناك لا يمكن أن تتوافق الإرادتين، حيث أن الدائن وقت وجود الالتزام غير معروف وقد يكون كذلك غير موجود في الحال، لكنه سيوجد في المستقبل، كما لا يمكن الالتزام نحو شخص موجود ولكن حال بينه وبين القبول حائلا بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته.

ففي كل هذه الفروض، وهي فروضا كثيرا ما تقع من الناحية العملية، لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج¹.

وبالإضافة إلى ذلك يلاحظ على القول بأن العقد ينبنى على توافق الإرادتين أنه ليس أقل بعدا في الحقيقة من القول بوجود الآخذ بالإرادة الباطنة. فكما أن الإرادة الباطنة يصعب التعرف عليها وهي كامنة في الضمير. كذلك يصعب توافق إرادتين توافقا تاما يترتب عليه أن يوجد العقد، فإنه لا يمكن التثبت من توافق الإرادتين إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة، بل هو أيضا مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدين في مجلس واحد، ذلك أن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول. فالإيجاب والقبول يتعاقبان، فإذا أريد التأكد من تعاصرهما وتوافقهما، لا بد من افتراض أن من صدر منه الإيجاب قد تبث على إيجابه حتى اقترن الإيجاب بالقبول، وهذا محض فرض يؤخذ به كما يؤخذ بإرادة مفروضة يزعم أنها هي الإرادة الباطنة، والأولى اجتناب الفروض ومواجهة الحقيقة كما هي، حيث أن الملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع الدائن، فهو يوجد حقا في ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته. ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام متطلب لكي لا يكسب الدائن حقا دون إرادته. ثم قد لا تتوافق الإرادتين ومع ذلك يوجد العقد، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول².

الفرع الثاني تقدير الفقهاء

¹ - أنظر، محمد تقية، المرجع السابق، ص.60؛ جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 290-291؛ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. 186-187.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 187.

مما لاشك فيه بداية، هو أن نظرية الإرادة المنفردة نظرية بعيدة المدى، ذلك أنها لا تقتصر على اعتبار الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالتزام فحسب، بل تذهب إلى أبعد من ذلك، ذلك أن كل الالتزامات التي تنشأ من العقد، إنما تنشأ في الواقع من الإرادة المنفردة. وعلى ذلك فإن القول بصحة هذه النظرية على إطلاقها، يؤدي بالقضاء مبدئياً على العقد كمصدر من مصادر الالتزام، لتحل محله الإرادة المنفردة مصدراً لكل التزام إرادي¹.

وتأسيساً على ما سبق لا بد من إلقاء نظرة موضوعية للتطرق من خلالها مدى الأخذ بالنظريتين، وإلى أي حد ينبغي الانتهاء إليه عند الأخذ من كل منهما، ليستخلص من هذا التقدير مبلغ ما في هذه النظرية من صحة.

أولاً: تقدير ملاحظات خصوم نظرية الإرادة المنفردة

1/- بالرجوع إلى هذه الملاحظات، نجد أن أول اعتراض يقدم لمواجهة هذه النظرية، يتلخص في أن الدين لا يمكن من أن يوجد دون دائن. ولقد تمت الإشارة سابقاً إلى أن النظرية المادية للالتزام وهي النظرية الألمانية تنظر لهذا الأخير باعتباره قيمة مالية أكثر من كونه رابطة شخصية، ويترتب على هذا التصوير، إمكانية تصور دين من دون دائن مادام المدين موجوداً وقت نشوء الدين، ومادام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد من قبل ذلك².

" والواقع أنه لا يوجد سبباً قوياً يقف كحجر عثرة أمام الإقرار بقدرته الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات الإرادية، فقد ذهب إلى تعريف الالتزام على أنه (حالة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين)، وهذا يعني أن للالتزام طابع مادي مع الاحتفاظ بما للالتزام من طابع شخصي، ولكن دون أن يتغلب الطابع الشخصي على الطابع المادي للالتزام، وقد تُؤصل من خلال ذلك، إلى تفسير بعض الظواهر التي لا يمكن تفسيرها عن طريق

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 190.

² - أنظر الصفحة 9 من هذه الدراسة.

تغليب الطابع الشخصي للالتزام، وذلك باعتباره رابطة شخصية تربط بين شخصين، ومثل هذه الظواهر: حوالة الحق، حوالة الدين، الوعد بجائزة " 1.

2- أما القول بأنه إذا صح أن الإرادة المنفردة تستطيع أن تنشأ التزاما فهي تستطيع أيضا أن تقضيه فهو اعتراض صحيح، إلا أن الإشكال هنا هو الخلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية. فالإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها تكون بذلك قد خرجت من نطاقها النفسي الداخلي إلى مظهرها الاجتماعي الخارجي، وبذلك تولد ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها، فلا يجوز عندئذ العدول عنها إذ يترتب عليه الإخلال بهذه الثقة. وعلى ذلك، إذا عقدت الإرادة المنفردة التزاما وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله، وهنا يظهر استقامة منطق الفقهاء الألمان أيضا، حيث يقولون بالإرادة الظاهرة ويقفون عندها كما تقدم. فمن المنطق إذن أن يقولوا بعدم جواز العدول عن الإرادة الظاهرة للعلة نفسها، ألا وهي استقرار المعاملات بين الناس 2.

3- ليبقى الاعتراض الثالث، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتين وتؤثر إحداها على الأخرى، وهذا لا شك فيه، لكن هذا من الناحية النفسية أيضا. أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن تمييز مرحلة تنتهي فيها مدة المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجابا باتا صار منسوبا لإرادة من صدر منه، مادام قد ارتضاه في النهاية، وعند ذلك تتحقق النظرية الألمانية ويكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها 3.

ثم أن الاعتراف بالحرية التعاقدية يقتضي الوقوف عند اختيار المتعاقد للترابط أو التعاقد من عدمه، وليس الاختيار بين فك أو عدم فك هذا الترابط. وعلى ذلك فالقول بفكرة الإرادة المنفردة ليس قول متناقض مع نفسه، حيث أن الشخص إذا كان حرا في الاتجاه نحو الارتباط بالتعاقد فهو في اللحظة نفسها التي يتخذ فيها هذا القرار، يكون فقد الحرية في فك التعاقد 4.

1- أنظر، خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. 187.

2- أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص. 63.

3- أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 191؛ محمد تقي، المرجع السابق، ص. 63.

4 - Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, , op.cit., pp 370-371.

" لذلك لا يُرى مما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها، فمادام الفقهاء الألمان يمشون في منطقتهم إلى غايته، فينظرون إلى الالتزام نظرة مادية، ويأخذون بالإرادة الظاهرة حتى تستقر المعاملات وحتى لا يقع إخلال بالثقة المشروعة، حق لهم أن يقولوا أن الإرادة المنفردة هي التي تولد الالتزام، ولا يخشون في ذلك أن يعترض عليهم باستحالة وجود دين دون دائن، مادام الدين شيئاً مادياً، أو بأن الالتزام المبني على الإرادة المنفردة معلق على إرادة المدين، مادام المدين لا يستطيع الرجوع في إرادته بعد أن أظهرها وولدت عند الناس ثقة مشروعة"¹.

وما يمكن أن يقال في الأخير، أن النقاش الفعلي في هذا المجال، ما كان ينبغي أن يكون حول التسليم بقدرة من عدم قدرة إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام، إنما كان يجب أن يدور حول المجال الذي يجب أن تتحرك فيه هذه القدرة².

ثانياً: التقريب بين النظريتين:

بعد الاستعراض الموجز للنظريتين وللأسس التي بنيت عليها كل نظرية، وإيراد حجج وتبريرات أنصار كلتا النظريتين، يخلص إلى أن الفرق ليس كبير بينهما من الناحية العملية، حيث أن تتبع منطق النظرية الألمانية يوصل إلى نتيجة تقترب من النتيجة التي يتوصل إليها من طريق النظرية الفرنسية. فالأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها مادام يلتزم في دائرة القانون، ولا حاجة لأن تقترب إرادته، بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام. وهذا ليس صحيحاً من الناحية المنطقية فحسب، بل حتى من الناحية القانونية، ذلك أن القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية، فلماذا يقف سلطان هذه الإرادة دون إنشاء الالتزامات؟ فطبقاً لهذا المبدأ يمكن فهم التزام المدين بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تتولد منها ثقة مشروعة، أما إذا تولدت هذه الثقة، فإن هذا النوع من الالتزام لا يجوز الإخلال به.

وقد يخيل هنا أن الفرق بين النظرية الألمانية والنظرية الفرنسية فرق كبير، ولكن هذا الفرق لا يعتبر إلا فرقا نظرياً أكثر منه عملياً، ففي الحالة التي يقولون فيها الفقهاء الألمان أن الإرادة ولدت ثقة مشروعة بحيث لا يجوز للمدين أن يرجع في التزامه بعد أن التزم بإرادته المنفردة، استطاع الفرنسيون أن

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 191.

² - Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Lu, op.cit., p 371.

يقولوا أيضا بالتزام المدين ولكن من طريق آخر، ذلك أنه التزم التزاما لا رجوع فيه ولكن لا بإرادته المنفردة، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن. وعلى هذا سواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هو إرادته المنفردة أو العقد، فإن النتيجة واحدة، إذ المدين ملتزم التزاما لا رجعة فيه في كلا الحالتين.

غير أنه وبالرغم من كل محاولات التقريب بين النظريتين، يبقى الاختلاف قائما في الأساس الذي يبنى عليه كل منهما نظريته. وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج مهمة، يكفي الإشارة فيها إلى أنه في الفرض المذكور أعلاه، يؤدي التسليم مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة، إلى اعتبار التزامه موجودا منذ صدور هذه الإرادة، أما إذا رجح قول الفرنسيين، فإن الالتزام لم يوجد إلا عند توافق الإرادتين¹.

" أما ما تؤدي إليه النظرية الألمانية من القضاء على العقد كمصدر من مصادر الالتزام وإحلال الإرادة المنفردة محله، فهذا ما لا يمكن التسليم به بأي حال من الأحوال، فالواجب إذن أن يبقى كل من العقد والإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، العقد باعتباره المصدر الأول، والإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على الحالات التي يكون فيه ثمة فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها " ².

وعلى هذا الاتجاه الأخير سارت التشريعات الحديثة³ حيث لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى بل جمعت بينهما، فاعتبرت العقد هو الأصل في إنشاء الالتزام ثم بينت بعد ذلك إلى أي حد يمكن الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ولكن ليس مصدرا أصليا وإنما مصدرا ثانويا.

وخير مثال على ذلك، القانون الألماني نفسه، فهو لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام بل أخذ بها استثناء في حالات على سبيل الحصر، وبمقتضى نصوص قانونية خاصة، حيث نصت المادة 350 من القانون المدني الألماني على أنه لإنشاء الالتزام لابد من عقد بين ذوي الشأن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولقد فسرت هذه المادة على أنها تضمنت مبدأ عام، كما تضمنت قيد عليه. فالمبدأ العام هو أن العقد يعتبر المصدر العام للالتزام الإرادي، أما القيد فينحصر في النصوص

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 193، 192.

² - أنظر، محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 64.

³ - أنظر مثلا: التشريع الألماني، التشريع الإيطالي الجديد (المواد، 1983، 1987، 1989 ق م)، التشريع العراقي (المواد، 184، 185 ق م).

القانونية التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدر للالتزام الإرادي وهي المادة 80 ق م أ الخاصة بالمؤسسات، والمادة 657 ق م أ الخاصة بالوعد بجائزة، والمادة 793 ق م أ الخاصة بالسند لحامله¹.

وعن هذا الموقف يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي " إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا عاما لإنشاء الالتزامات، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني.

صحيح أنه طلب، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني)، حذف هذا النص لترك المسألة لتقدير الفقهاء. وقد كان هذا قد سمح للقضاء مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة، ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي، ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعتد بها القانون، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة 305، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة"².

ويضيف الأستاذ السنهوري أن المشرع الألماني قد احتاط في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام لاعتبارات عملية، ويستند في هذا لما يقوله الفقيه سالي: " إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبدتها برنتز (Brinz)، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للإرادة، إذ يصعب، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة، أن نتبين هل هناك التزام بات جدي، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافا دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به"³.

أما ما تجدر الإشارة إليه أخيرا، فيتعلق بشأن القانون الفرنسي، ذلك أن موقفه من الإرادة المنفردة حتى وإن كان على الشاكلة المتقدمة، إلا أن القضاء المدني الفرنسي لم يتجاهل هذه المفاهيم بالجملة، حيث جرى القضاء الفرنسي⁴ على أن الموجب الذي يوجهه إيجابه إلى شخص وبقيدته بالرد

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 64-65.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ج1، حاشية الصفحة 1451.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ج1، حاشية الصفحة 1451.

⁴ - أنظر، نقض مدني فرنسي، 10 ماي 1968، Bull. Civ، رقم 209؛ 19 جانفي 1977، دالوز 1977، 593؛ محكمة باريس، 12 فبراير 1980، دالوز 1980، 261.

في مدة معينة، هو ملزم بالبقاء على إيجابه طيلة الوقت المحدد بدون أن يكون في حاجة إلى تعبير إرادي من الطرف الموجه إليه¹.

المطلب الثاني

التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية

بالرجوع إلى تطبيقات الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية، نجد أن هذه الشريعة كانت سباقة في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، ذلك أن فقهاء أقروا بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء التصرفات القانونية، بل أن بعضهم ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر هذه الأخيرة مصدرا عاما للالتزام، شأنها في ذلك شأن العقد، كما تقدم الإشارة إليه سابقا.

وعلى ذلك، سنحاول التعرض للتصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخص الأول بموقف الشريعة الإسلامية من التصرف بالإرادة المنفردة بصفة عامة، لنتقل في الثاني للتطرق لحالات التصرف بالإرادة المنفردة في هذه الشريعة.

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من الإرادة المنفردة

إن اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام، ظاهرة ليست بالجديدة كما تقدم، والجدير بالإشارة هاهنا، إلى أن هذه الظاهرة " وجدت في أول ظهورها في الفقه الإسلامي، فهو صاحب الفضل الأكبر في إظهار دور الإرادة الحقيقي، وليس القانون الألماني كما يقول البعض"². وانطلاقا من ذلك نجد " الفقه الإسلامي سبق الفقه الغربي والقوانين الوضعية في اتخاذ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وجعلها صالحة لأن تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني على خلاف بين الفقهاء في مدى هذه الصلاحية "³.

"ولقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام بجانب العقد، فكما تستطيع الإرادة المنفردة أن ترتب الآثار القانونية، فهي قادرة كذلك على إنشاء الالتزامات، وما

¹ - Cf, FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp 371-372.

² - أنظر، خليل قداد، المرجع السابق، ص.185.

³ - أنظر، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.334.

الوعد بجائزة- يسمى في الفقه الإسلامي بالجعل - إلا تطبيقا من تطبيقات اعتبارا الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية"¹.

وبالإضافة إلى ذلك، يلاحظ أن المذهب المالكي ذهب إلى أبعد الحدود في هذا الشأن، بأن جعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام الإرادي².

وكان ذلك قبل انعقاد المؤتمر العالمي في منتصف القرن التاسع عشر - بالضبط في 1854- في مدينة قيسن (Giessen) الذي اعتبر الالتزام بالإرادة المنفردة هو الأساس الوحيد للالتزام الواعد بجائزة، وكذلك قبل أن يتوصل إليها العالم سيجل (SIEGEL)، وقبل أن يعرفها الفقيه الفرنسي سالي (SALEILLES)³.

ويرجع الالتزام بالإرادة المنفردة إلى الطابع المادي لطبيعة الالتزام في الشريعة الإسلامية كما تبين سابقا، وكان من آثاره كذلك، حوالة الدين، حيث استمد المشرع الجزائري كغيره من القوانين العربية أحكام هذه الأخيرة في المادة 251 من القانون المدني وما يليها. بينما لم تأخذ بها الشرائع الغربية المتأثرة بالقانون الروماني، حيث يعتبر الدين فيها ملتصقا بشخص المدين لا ينفك عنه بل يجوز أن يسترق فيه ويقتل، في حين أن الشريعة الإسلامية تعتبر الدين جزءا من ذمة المدين المالية، وهي الفكرة التي انتهى إليها أيضا الفقه الجرمني⁴.

واصطلاح الإرادة المنفردة وتسميته بهذا الاسم غير معروف عند الفقهاء المسلمون القدامى، حيث استعاره الفقه الإسلامي الحديث من الفقه الغربي، إلا أن مسامها كان معروف في الفقه الإسلامي مند القدم، فقد يعبر عنها مثلا بالإيجاب غير مقترن بالقبول، وذلك مثل قولهم في الكفالة أنها تتم بإيجاب الكفيل وحده، ويكون بأن يصدر منه ما يدل عن إرادته من قول أو ما يقوم مقامه⁵.

¹ - أنظر، خليل قداد، المرجع السابق، ص.185.

² - أنظر في هذا الموضوع، محمد شتا أبو سعد، معالم الالتزام الإرادي في الفقه المالكي، دراسة في أصول الالتزام عند الخطاب، بحوث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.147-177.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.334.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 135؛ خليل قداد، المرجع السابق، ص.185.

⁵ - أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص. 72.

ولقد ذكر الأستاذ الجليل عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي أن للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثارا قانونية متنوعة، " فهناك أولا تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة. وهناك ثانيا تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي. وهناك أخيرا آثارا قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي. فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل في الفقه الإسلامي عنه في الفقه الغربي، بل هي في الفقه الإسلامي تزيد، حيث يوجد تصرفات تتم في الفقه الإسلامي بالإرادة المنفردة، لا تتم في القوانين الغربية إلا بتوافق الإرادتين"¹.

ولقد تعرض الدكتور السنهوري في نفس المؤلف إلى الأحوال الثلاثة السابقة، أما ما يهم منها لتعلقه بهذا البحث، فهو كل من النوع الأول والنوع الثاني².

أولا: تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة:

ذلك أن المتأمل في الفقه الإسلامي كما يقول الدكتور السنهوري، يستطيع أن يميز بين طوائف ثلاثة من العقود والتصرفات³:

الطائفة الأولى: وهي ما تعتبر معاوضات ابتداء وانتهاء، ويدخل فيها البيع والإيجار، حيث أن الركن في كليهما هو الإيجاب والقبول ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منه المتعاقدين وهذا أمر لا خلاف فيه.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 41-42.

² - ذلك أن النوع الثالث يضم آثار أخرى غير إنشاء الالتزام، هي موحودة في الفقه الغربي كما في الفقه الغربي الذي يأخذ بالإرادة المنفردة، فتارة تكون الإرادة المنفردة سببا لكسب الملكية كما هو الحال في الوصية، وتارة تكون إسقاطا كالإبراء والوقف، وإلى جانب ذلك يوجد إجازة العقد، وإقراره من الغير، واستعمال خيار من الخيارات المعروفة، وعزل الوكيل، وإجازة الوصية، الخ.

³ - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 42-44.

الطائفة الثانية: وتعتبر تبرعات ابتداءا ومعاوضات انتهاءا، ويدخل فيها الكفالة¹ والقرض²، وهما أمران يبدأ فيهما الشك مع أن التصرف بالنسبة لكليهما تبرع في بدايته، فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول.

الطائفة الثالثة: وهي تبرعات ابتداءا وانتهاءا، ويدخل فيها الهبة³ والعارية⁴، وفيهما يتغلغل الشك أكثر من الطائفة الثانية، إلا أن الراجح أن ركنها هو الإيجاب فقط. فالهبة ركنها الإيجاب من الواهب، أما القبول فليس بركن استحسانا، ووجه الاستحسان، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، ثم لأن المقصود من الهبة غالبا ما يكون اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، فإن هذا يحصل بدون القبول، أما العارية فنفس ما قيل في الهبة يقال في شأنها.

" ويستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما في جانب كل من الطرفين ولو انتهاءا، أما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملزم وحده، فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة الملزم وحدها، وكأن العقد نفسه وهو إيجاب وقبول، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر، فإذا صح هذا النظر، أمكن القول في الفقه الإسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد"⁵.

¹ - أنظر، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.295 وما يليها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج6، ص.2 وما يليها؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3، ص.252 وما يليها؛ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص.110 وما يليها.

² - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج7، ص.396 وما يليها.

³ - أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القرابي، المرجع السابق، ج6، ص.223 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص.239 وما يليها؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.511 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.327 وما يليها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج6، ص.115 وما يليها؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج4، ص.374 وما يليها.

⁴ - أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القرابي، المرجع السابق، ج6، ص.197 وما يليها؛ موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج7، ص.340 وما يليها؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.340 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.313 وما يليها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج6، ص.214 وما يليها؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج4، ص.362 وما يليها.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، ص.44.

ثانيا: تصرفات تتم بإرادة منفردة

وهذه التصرفات هي: الالتزام، والوعد، والنذر¹.

الالتزام: يطلق الالتزام في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة. فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، ومثاله أن يلتزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر ولم يصدر من الآخر قبول أي لم يتم عقد بينهما²، مع اختلاف الفقهاء في مدى التقيد بهذا النوع من الالتزام، على النحو الذي سنراه لاحقا.

أما الوعد والنذر: سنحاول التعرض إليهم عند الوقوف أمام حالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثانيحالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية

بالوقوف عند حالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية، يلاحظ أن هذه الحالات أو هذه التطبيقات ترد إلى طائفتين وفقا لتوفر عنصر الإلزام فيها، ذلك أن الفقه الإسلامي حتى وان اتفق في أغلبه على اعتبار هذه الحالات مصدرا منشأ للالتزام على أساس الإرادة المنفردة، إلا أنه اختلف في كون هذا النوع من الالتزام، التزام قضائي أم التزام ديني. حيث تجمع الطائفة الأولى تطبيقات للالتزام بالإرادة المنفردة يعتبر الالتزام فيها قضائي بالإضافة إلى كونه ديني، أما الطائفة الثانية فحتى وإن غلب على الإلزام فيها الصبغة الدينية، إلا أن بعض الفقه أمكن توفر الصفة القضائية فيها. وعلى ذلك سنحاول التعرض لحالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية بردها لطائفتين.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، ص. 45.

² - أنظر، محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 148-149.

أولاً: الطائفة الأولى:

ويجتمع فيها كل من الجعالة والإيجاب الملزم، والوقف:

1- الجعالة:

حيث سنحاول التعرض إلى تعريف الجعالة وأدلة مشروعيتها في عنصر أول، لنتقل بعده إلى شروط الجعالة وأحكامها في عنصر ثاني.

أ- تعريف الجعالة وأدلة مشروعيتها:1- تعريف الجعالة

عرفها المالكية بأنها "الإجارة على منفعة مظنون حصولها"¹. وتعرف أيضا بأنها "التزام شخص بأجرة أو مكافأة لآخر نظير ما يقوم بعمل من غير تحديد وقت القيام به"²، مثل قول القائل من رد سيارتي المسروقة أو متاعي الضائع، فله كذا، ومنها يخصص من المكافئات لأوائل الناجحين أو المتسابقين فيما يحل فيه السباق، أو كبيع سلة كثيرة³.

والجعل هو ما يعطى مقابل عمل معين، أو مقابل منفعة يظن حصولها، كمن يلتزم بأن يجعل جعل لمن يرد عليه متاعه الضائع، أو دابته الشاردة، أو يحفر له بئر حتى يصل إلى الماء، أو يحفظ ابنه القرآن، أو يفوز في مسابقة معينة، الخ⁴.

2- مشروعيتها الجعالة :

للجعالة أساس في القرآن وفي السنة:

¹ - أنظر، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 235.

² - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 214.

³ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 92.

⁴ - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص. 292.

ففي القرآن قوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِي فِي الْوُدَّانِ الْمَاءُ وَلَا يَرِيانِ﴾]¹

أما السنة، فمنها قول رسول الله ﷺ في غزوة حنين: " من قتل قتيلا فله السلب "². ثم أن النبي ﷺ أجاز الجعالة على الرقية بالقرآن، في الحديث الذي رواه البخاري عن ابن العباس رضي الله عنهما أن نفرا من أصحاب رسول الله ﷺ، مروا بماء فيه لديغ أو سليم - تعرض للذغة عقرب - فعرض لهم رجل من أهل الماء، فقال هل فيكم راق فإن في الماء رجلا لذيغا أو سليما، فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء - أي أن يأخذ مقابل الرقية شياها - فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا: أخذت على كتاب الله أجرا، حتى إذا قدموا المدينة فقالوا: يا رسول الله، أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله ﷺ: " إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله "³.

ب - شروط الجعالة وأحكامها:

1- شروط الجعالة⁴:

لجواز الجعالة يجب توفر شروط لا بد من تحققها نذكر منها:

- 1/- أن يكون الجاهل أهلا للتصرف بأن يكون بالغاً، عاقلاً، ورشيداً.
- 2/- أن يكون الثمن معلوماً مقدوراً على تسليمه، وعند المالكية⁵، كل ما جاز فيه الجعل كحفر الآبار، جازت فيه الإجارة لا العكس .

¹ - سورة يوسف، الآية 72.

² - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج7، ص. 209.

³ - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص. 202، 203؛ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص. 187.

⁴ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص187؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 235؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القراني، المرجع السابق، ج6، ص. 6 وما يليها.

⁵ - أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القراني، المرجع السابق، ج6، ص. 11.

- استحقاق الأجرة: لا شيء للمجوعول له إلا بعد إتمام العمل الذي جعلت الجعالة من أجله، فلا يعذر مثلا بالتعطل في الطريق بسبب العطب، كتعطل الدابة - أو السيارة¹. وقد يستحق العامل نصف الأجرة في حالات معينة، ومثال ذلك أن يقول الجاعل، من رد إلي بغيري الشاردين فله دينار، ورد العامل واحد منهما فقط، فله نصف الدينار لقيامه بنصف العمل. وإن قام بالعمل جماعة في وقت واحد، اشتركوا في الأجرة بالسوية².

وبالإضافة إلى ذلك، يشترط لاستحقاق الأجرة ألا يكون الفعل مما يجهل المجعول له عمله، فلو قال لآخر إن جئتني بغيري الشارد أو بمتاعي الضائع لك عندي كذا، وكان هذا البعير أو المتاع عند الشخص المخاطب بالجعل، أو كان يعلم مكانه فإنه يجب عليه رده إلى صاحبه دون أن يطالبه بالوفاء بالتزامه³، وانطلاقا من ذلك يظهر أيضا الفرق بين الجعل والإجارة، حيث أن المنفعة لا تحصل في الأولى إلا بتمام العمل، أما في الإجارة فتحصل للمستأجر بمقدار ما عمل الأجير⁴.

- جواز الفسخ: بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد اختلاف في مدى إلزامية الجعل، حيث انقسم في ذلك إلى قسمين، فمنهم من قال أنه لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر إن جئتني بكذا وكذا فلك ألف دينار أو ما قيمته ذلك، أو هتف وأشهد على نفسه، لم يقض عليه بشيء ويستحب له أن يوفي بوعدته⁵، أما القسم الثاني فأوجب الجعل⁶ واحتجوا على ذلك بأدلة بأدلة⁷، منها قوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِي بِالْحَالِ وَالْأَجْرُ بِالْمَعْرُوفِ﴾]⁸.

¹ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.187؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرابي، المرجع السابق، ج6، ص.11؛ ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج3، ص.167؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.235.

² - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.187.

³ - أنظر، محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص.166.

⁴ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص.215؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.93.

⁵ - أنظر، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص.204 ومايليها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج6، ص.203-205.

⁶ - موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.187-188؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص.235-236.

⁷ - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص.292، 293.

⁸ - سورة المائدة، الآية 1.

ولقد مال أغلب الفقه إلى الرأي الثاني¹، وخلصوا إلى أنه يجوز للجاعل فسخ الجعالة قبل شروع الجعول له العمل، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل فلا شيء له، حيث ذكر سابقا أن الجعالة تستحق بعد إتمام العمل، أما الجاعل فليس له الخيار في أن يفسخه إذا شرع الجعول له في العمل إلا إذا رضي هذا الأخير إسقاط حقه².

وما تجدر الإشارة إليه أخيرا، أن الفقه الإسلامي حتى وإن أسس الجعالة على أساس الالتزام بالإرادة المنفردة كما سبق الإشارة إليه، إلا أن الأستاذ الجليل السنهوري لم يذكر الجعل عندما تكلم عن التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة في تقسيمه السابق، ولعل السبب في ذلك، أنه نقل عن بعض الفقهاء قولهم أن الجعالة لا تقوم على أساس الإرادة المنفردة، حيث يقول الأستاذ "فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط، وعند الشافعي لا يجب إلا بشرط أي بالعقد لا بالإرادة المنفردة، ثم أن الجعل مقدر شرعا لا باتفاق، وهو عند الحنفية أقرب إلى أن يكون قائما على قاعدة الإثراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة"³.

2- الإيجاب الملزم:

اتضح آنفا أن الفقه الإسلامي سبق الفقه الغربي والقوانين الغربية في اتخاذ الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، ومن تطبيقات التصرف الانفرادي في الفقه الإسلامي، الإيجاب الملزم⁴.

ولقد اعتبر الفقهاء الإيجاب غير ملزم لصاحبه مادام لم يتصل به قبول في المجلس، ذلك أن من حق الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى في مجلس العقد قبل قبول الطرف الآخر. ولقد سبقت الإشارة إلى هذا عند الكلام عن مجلس العقد في الفقه الإسلامي، حيث أن الأخذ بنظرية مجلس العقد ترتب

¹ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.93.

² - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص.187-188؛ شهاب الدين أحمد

بن إدريس القراني، المرجع السابق، ج6، ص.18.

³ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، حاشية الصفحتين 41-42.

⁴ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 334.

عليه نتائج ثلاثة في الفقه، منها ثبوت خيار الرجوع للموجب عن إيجابه، ما لم يصدر القبول أو ينفض مجلس العقد¹.

وعلى هذا فالإيجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزما في الفقه الإسلامي. إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، ألا وهو مسألة تملك الزوج لزوجته أمر نفسها بأن يجعل لها أن تطلق نفسها، فإن الزوج ليس له بعد ذلك أن يرجع في إيجابه في المجلس إذ يعتبر طلاقا من جهته معلق على قبولها، فرجوعه بمثابة إسقاط معلق، والإسقاطات إن كانت معلقة فليس للمسقط حق الرجوع فيها. ويلاحظ أن هذه حالة ممكن أن يقال عنها أنها تشبه حالة الإيجاب الملزم الذي حدد فيها الموجب ميعادا لإيجاب في القانون المدني².

وبالإضافة إلى هذه الحالة " انتهى المالكية إلى أن الإيجاب ملزم بعد صدوره فلا يمكن للموجب أن يرجع فيه، ولو تراجع عنه ثم صدر القبول تم العقد"³، ولقد سبقت الإشارة كذلك إلى أن المالكية يذهبون إلى أن الإيجاب يكون ملزما لا يجوز الرجوع فيه إذا عين فيه ميعاد صريح أو ضمني للقبول، بحيث ينفصل عن صاحبه ويستقر في ذمته طوال مدة لزمه⁴، فما دام الموجب لا يستطيع الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، يكون من باب أولى ملتزما بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاد للقبول، ومثالها أن يقول: أنا على إيجابي مدة يوم، حيث يلزمه هذا التقييد حتى لو انتهى المجلس⁵، وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة الإسلامية وهو: المسلمون على شروطهم⁶، خاصة أن مثل هذا الشرط لا يتنافى يتنافى مع مقتضيات العقد.

¹ - أنظر، حدود مجلس العقد والنتائج المترتبة عليه، ص. 29-31 من هذه الدراسة.

² - أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص. 216.

³ - أنظر، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 298.

⁴ - أنظر، الصفحة 27 من هذه الدراسة.

⁵ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 2967؛ مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص. 222-223؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 170.

⁶ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج17، ص. 616.

فإذا أضيف للحالة السابقة ما ذهب إليه المالكية في هذا الشأن، أمكن القول بوجود الإيجاب الملزم في الشريعة الإسلامية، وهكذا يصح القول أن أساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه في الشريعة الإسلامية وفي نطاق محدود هو الإرادة المنفردة وحدها¹.

3- الوقف²:

حيث سنتعرض إلى تعريف الوقف وأدلة مشروعيته، لننتقل بعد ذلك إلى انعقاده ومدى لزومه.

أ- تعريف الوقف وأدلة مشروعيته:

1- تعريف الوقف

الوقف في اللغة هو الحبس، وفي الشرع هو حبس الأصل وتسبيل الثمرة³، أي حبس المال وصرف منافعه في سبيل الله.

ولقد عرفه أيضا جمهور الفقهاء على أنه "حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى والتصرف بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو في المال"⁴.

ويكون الوقف أحيانا للأحفاد أو الأقارب ومن بعدهم إلى الفقراء ويسمى عندئذ بالوقف الأهلي أو الذري، ويكون أحيانا على أبواب الخير ابتداءً ويسمى بالوقف الخيري⁵.

2- مشروعية الوقف⁶:

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 216.

² - أنظر في هذا الموضوع، عبد الرحمان معاشي، البعد المقاصدي للوقف في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير مقدمة في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الموسم الجامعي 2005-2006.

³ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص. 184.

⁴ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 218.

⁵ - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص 378؛ عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص. 42.

⁶ - أنظر، عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص. 27-41.

" لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الوقف، وأنه من القرب- القربة هي ما جعل له الشارع ثوابا- المندوب إليها. بل أن أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بسنية الوقف وأنه من أحسن ما تُتقرب به إلى الله"¹.

ولم يكن معروفا في الجاهلية، وإنما استنبطه الرسول عليه الصلاة والسلام ودعا إليه وحبب فيه برا بالفقراء وعطفا على المحتاجين²، وبالإضافة إلى النصوص القرآنية التي تحث على الإنفاق والوقف من الأعمال الخيرية³، ورد في استحباب الوقف أحاديث دينية كثيرة منها:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له⁴. وما أخرجه ابن ماجة أن رسول الله ﷺ قال: إنما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته: علما نشره أو ولدا صالحا تركه أو مصحفا ورثه، أو مسجدا بناه أو بيت لابن السبيل بناه، أو نفرا أجره، أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته تلحقه بعد موته⁵.

ولقد وقف رسول الله ﷺ وأصحابه المساجد والأراضي والآبار والحدائق والخيل⁶.

ب - انعقاد الوقف ولزومه:

1- انعقاد الوقف

يصح الوقف وينعقد بأحد الأمرين:

1- الفعل الدال عليه: كبناء مسجد.

¹ - أنظر، عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص.27.

² - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص.378.

³ - أنظر مثلا، سورة: البقرة الآيتين 261 و262، آل عمران الآية 92، يس الآية 12، النعابن الآيتين 16 و15.

⁴ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج18، ص.339-340.

⁵ - سيد سابق، المرجع السابق، ص.378-379.

⁶ - أنظر، عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص.32-34.

2- القول: وهو ينقسم إلى صريح وكناية، فالصريح مثل قول الواقف، وقفت ، وحبست، وسبلت، وأبدت، أما الكناية فمثالها أن يقول تصدقت ناويا به الوقف. ويجوز الوقف المعلق بالموت مثل أن يقول: داري أو فرسي وقف بعد موتي، ذلك أن التعليق لما بعد الموت جائز عند احمد كونه وصية¹.

2- لزوم الوقف:

متى فعل الفاعل ما يدل على الوقف، أو نطق بصيغته لزم الوقف. أما الشرط في ذلك فهو أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه بان يكون كامل أهلية، من العقل والبلوغ والاختيار².

وفي معنى لزوم الوقف اختلاف بين الفقهاء³، حيث ذهب المالكية⁴، والشافعية⁵، والحنابلة⁶ إلى أن الوقف يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى على وجه تعود فيه المنفعة إلى العباد، فلا يسوغ للواقف أن يتصرف في العين الموقوفة بأي طريق من طرق التصرف سواء بالهبة أو بالبيع أو بالرهن ولا تورث عنه إذا مات.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة كثيرة منها أن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر بخير أرضا فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضا لم اصب مالا قط هو أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق عمر: أنه لا يباع أصلها ولا تهب، ولا يوهب، ولا يورث، على أن يعود ربعها للفقراء، وفي القربي، وفي الرقاب، وفي السبيل، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منهل بالمعروف ويطعم غير متمول - أي غير متخذ منها ملكا لنفسه⁷.

¹ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص.189-191؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 2، ص.492 وما يليها؛ سيد سابق، المرجع السابق، ص. 381؛ عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص.44.

² - أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج6، ص.301؛ موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص.186-189؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.458 وما يليها

³ - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.69-79؛ عبد الرحمان معاشي، المرجع السابق، ص.109-116.

⁴ - أنظر، مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج4، ص.419 وما يليها؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج6، ص.322 وما يليها.

⁵ - أنظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص.502 وما يليها.

⁶ - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص.188.

⁷ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج 10، ص.485.

أما القول الثاني في لزوم الوقف، فهو قول أبو حنيفة¹، بأن الوقف لا يلزم بمجرد، فهو بمنزلة العارية، وللواقف الرجوع فيه مع الكراهة، ويورث عنه ولا يلزم إلا بأحد الأمرين: إما إن يحكم به القاضي، أو أن يخرج الواقف مخرج الوصية بأن يقولك إذا مت فقد جعلت أرضي وقفا على كذا، وفيما عدا الحالتين فإن الوقف لا يكون لازما وللواقف بيع الموقوف وهبته، وإذا مات يصير ميراثا لورثته.

ولما كان الوقف من الإسقاطات كان إيجاب الواقف كافيا لانعقاده، أما قبول الموقوف عليه سواء كان معيناً أو غير معين فليس شرطاً لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه²، إلا أن مالك علق تمامه بالحيازة، ذلك أن الوقف عمل من أعمال المعروف، والمعروف لازم عنده وعند أصحابه ما لم يوجد مانع قبل الحيازة³، والموانع أربع هي: الدين المحيط بمال الواقف أو المتبرع؛ موت المتبرع، إذ بموته ينتقل إلى غيره وهو الوارث؛ خروج المتبرع عن الأهلية أو مرضه مرض يتصل به الموت، فإذا وجد مانع من هذه الموانع قبل تحقق الحيازة فإنه يمنعها ويبطل الوقف⁴.

ويستخلص مما تقدم أن "أن الوقف ينشأ بإرادة منفردة على جميع المذاهب بلا خلاف، كما يكون الرجوع فيه بإرادة منفردة، ويمكن التغيير في مصارفه من إخراج وإدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة. هذا ويلاحظ أن شرعة الوقف شرعة إسلامية، فلم يكن له وجود في شريعة قبل الإسلام وما وجد قبله لم تكن له أحكامه ولا وضعه وإن كان يشبهه في بعض صفاته"⁵.

ثانياً: الطائفة الثانية:

أما هذه الطائفة فيجتمع فيها كل من الوعد من جاب واحد والنذر.

¹ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، المرجع السابق، ج6، ص.218.

² - أنظر، موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص.187-188.

³ - أنظر، محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص.153-154.

⁴ - أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص. 218، 219.

⁵ - أنظر، علي الخفيف، محاضرات في التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، ص. 151، مقتبس عن محمد تقي، المرجع السابق، ص. 219.

1- / الوعد من جانب واحد:

تتفق الشريعة الإسلامية والقانون المدني عامة على كون العقد ارتباطاً بين إيجاب صادر من احد المتعاقدين بقبول صادر من متعاقد آخر.

أما الوعد فهو "ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلزام في الحال، كأن يعد شخص شخصاً آخر ببيعه أرضاً مثلاً"¹.

وعلى ذلك يتضح أن بين العقد والوعد فروقاً واضحة من حيث المعنى والصيغة، ذلك أن الوعد لا يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، إنما هو مجرد إخبار عن إنشاء التزام في المستقبل، لذلك تكون صيغته بلفظ المستقبل كأن يقول شخص لآخر سأعطيك مبلغاً من المال إذا نجحت في الامتحان. أما من جهة الحكم، فإن جميع الفقهاء اتفقوا على كون العقد واجب الوفاء من المتعاقد، ويجبره القاضي على تنفيذه في حالة الامتناع، أما الوعد فيستحب الوفاء به ديانة فقط، كونه من مكارم الأخلاق² ولا خلاف بين الفقهاء فيما تقدم.

أما الخلاف بينهم، فكان بخصوص لزوم الوفاء بالوعد قضاء من عدمه. ففي الحالة التي يعد فيها شخص آخر بتصرف، فهل على القاضي إجبار الواعد بالوفاء كما يجبر العاقد بالوفاء بعقده؟.

ويرى جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين³، أن لا سبيل للقاضي لمثل هذا الإجبار، ذلك أن الموعد له لا يملك إلا حقا دينيا فقط، أو ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالالتزام الطبيعي الذي لا جبر في تنفيذه، وليس التزاماً مدنياً، وأساس ذلك بالإضافة إلى التفرقة السابقة بين العقد والوعد، أن الالتزام ينشأ في العقد بالفعل، أما في الوعد، الواعد لا ينشأ الالتزام إنما يعد بإنشائه، فإذا لم يتم بإنشائه فلا يكون هناك مجال لإجباره على تنفيذه.

¹ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.508.

² - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 347-348.

³ - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.348-349؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص.28؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.508؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 78.

أما عند الإمام مالك وأصحابه¹، فهناك أربعة آراء في المسألة:

الأول: أن الوعد يقضى به مطلقا، وإلى هذا ذهب بعض أصحاب مالك كابن شبرمة²، حيث قالوا أن الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر عليه، وأسسوا لهذا الموقف بآيات قرآنية وأحاديث نبوية منها، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا وَعَدْتُمْ بِشَيْءٍ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ لِيُذَكَّرَ أَنتُمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الرَّاغِبُونَ﴾³، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا وَعَدْتُمْ بِشَيْءٍ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ لِيُذَكَّرَ أَنتُمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الرَّاغِبُونَ﴾⁴. ومما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن الرسول ﷺ قال: "أربع من كن في كان منافقا خالص، ومن كانت فيه خصلة منهن، كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها"⁵، ثم ذكر منها "إذا وعد أخلف"، فالله تعالى في الآية الأولى مثلا قد أمر بالوفاء بالوعد، والأمر يفيد الوجوب عند عدم وجود قرينة على خلاف ذلك، مما يجعل الوفاء بالوعد واجبا يقضى به.

الثاني: لا يقضى به مطلق لأنه تفضل وإحسان أن أمر بالوفاء به ديانة⁶ وهذا مؤيد لرأي الجمهور وحجتهم في هذا نصوص منها ما رواه أبو داود عن أبي وقاص، عن زيد بن أرقم، قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا وعد الرجل وينوي أن يفني به ولم يف فلا جناح عليه"⁷.

الثالث: يجب الوفاء بالوعد إن كان على سبب وإلا فلا، ويستوي في ذلك إن كان الواعد قد أدخل الموعد له في السبب أو لا⁸.

¹ - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 349-351؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 78-79؛ مصطفى محمد الجمال،

المرجع السابق، ص. 509؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص. 28-30

² - أنظر، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص. 28-30؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 349.

³ - الإسراء، الآية 24.

⁴ - سورة الصف، الآية 3.

⁵ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج 11، ص. 18.

⁶ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 509؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 78.

⁷ - أنظر، المسند الجامع، المرجع السابق، ج 5، ص. 492.

⁸ - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 349؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 79.

التزامه الإرادة المنفردة"¹.

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في التشريع الجزائري وحالاتها التطبيقية

يتطلب البحث عن موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة وفقا للقانون المدني التفرقة بين موقفين للمشرع في هذا المجال، ذلك أن هذا الأخير عند إصداره للقانون المدني بالأمر 58-75، لم يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام إلا في حالات محدودة، وليس باعتبارها مصدرا عاما، حيث اكتفى بالنص عليها بنصوص قانونية في أحوال استثنائية. إلا أن المشرع عدل عن موقفه هذا في تعديله الأخير للقانون المدني بالقانون رقم 10-05، حيث تبني موقفا آخر مغايرا تماما لموقفه الأول.

وعلى ذلك سنحاول أن نتعرض لكل من الموقفين في مطلب أول، لنتنقل في الثاني لإبراز أهم الحالات التطبيقية للتصرف بالإرادة المنفردة في التشريع الجزائري.

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

تأسيسا على ما ذكر أعلاه، سنحاول أن نتعرض لموقف المشرع الجزائري من التصرف بالإرادة المنفردة في القانون المدني الصادر بالأمر 58-75 في فرع أول، لنتنقل في الفرع الثاني لموقفه من ذلك في تعديله للقانون المدني بالقانون رقم 10-05، وذلك بمحاولة الإجابة على مدى تأثير كل من الموقفين بالاختلاف الفقهي الغربي من جهة، أو بالفقه الإسلامي من جهة أخرى .

الفرع الأول

الأمر رقم 58-75 المتضمن للقانون المدني

بالرجوع إلى الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن للقانون المدني الجزائري، نجد المشرع قد خصص لمصادر الالتزام الباب الأول من الكتاب الثاني، ولقد وزع هذا الباب بدوره إلى أربعة فصول رتبها كالتالي:

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 220.

حيث نص في الفصل الأول على القانون باعتباره مصدرا للالتزام، وخص الفصل الثاني بالعقد، ليجعل الفصل الثالث للعمل المستحق للتعويض، أما الفصل الرابع فجعله لشبه العقد والذي وزعه بدوره إلى ثلاث أقسام وهي الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق ثم الفضالة.

وانطلاقاً من ذلك، يمكن القول مبدئياً أن المشرع لم يخصص للإرادة المنفردة فصلاً مستقلاً بها، باعتبارها مصدراً أساسياً من جملة مصادر الالتزام التي أوردتها بالتفصيل المذكور سابقاً. أما ما فعله المشرع، فهو الاكتفاء بإفراد تطبيقات متناثرة في القانون المدني هنا وهناك، ما تمثل في أغلبها إلا حالات استثنائية تعتبر فيها الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، مما يتبين معه أن المشرع لم يضع الإرادة المنفردة في مرتبة واحدة مع العقد ولم يساوها به، بل جعلها في مرتبة ثانوية يرجع إليها حينما تدعو ضرورة المعاملات إلى ذلك. وهكذا جعلها المشرع مصدراً للالتزام في حالات محدودة وليس باعتبارها مصدراً عاماً، فهي لا تستطيع أن تنشئ التزاماً إلا حيث أجاز لها بنصوص خاصة، ولا تلزم صاحبه إلا في أحوال خاصة¹.

وقبل الرجوع إلى النصوص الخاصة بالتصرف الانفرادي في القانون المدني الجزائري تجدر الإشارة إلى موقف المشرع المصري في هذا المجال، حيث كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد² يتضمن نصاً يجعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام وهو المادة 228 من هذا المشروع التي نصت على « 1- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم في الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه. 2- وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام. 3- يبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به، ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه للجمهور».

¹ - أنظر، محمد تقي، المرجع السابق، ص. 68، 69؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 331-332.

² - صدر في 16 يوليو 1948، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 29 من شهر يوليو سنة 1948 على أن يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949.

وعلى ذلك كان بمقتضى هذه المادة أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام مثالها في ذلك مثال العقد، وكان يشترط حينها، أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة، وان تحدد لها مدة معينة إذا رفضت في خلالها سقطت أما إذا لم ترفض فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذي تصل فيه إلى علم من وجهت إليه، شأنها في ذلك شأن كل تعبير إرادي.

إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة، وكان حذفه دليلا على عدم وضع قاعدة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، والاكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما¹.

ولهذا صدر التقنين المدني المصري غير متضمن لنص عام يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما، وان كان يتضمن نصوصا خاصة تقيم من الإرادة المنفردة سببا للالتزام في حالات خاصة، أهمها الوعد بجائزة في المادة 162 من هذا القانون.

وبينما يرى جمهور شراح القانون المدني المصري أن الإرادة المنفردة تعد مصدرا للالتزام في تلك الحالات الخاصة ولو أنها ليست مصدرا عاما بل مصدرا استثنائيا، فإن إمام الفقه المدني الأستاذ السنهوري يخالف كل من قال بذلك، حيث يرى أن الالتزامات التي تنشأ في حالات خاصة عن الإرادة المنفردة هي التزامات قانونية مصدرها القانون مباشرة². وذلك بالرغم من أن الأستاذ السنهوري، يسلم بأن الاعتراضات الموجهة إلى الاتجاه المؤيد للإرادة المنفردة لا تصلح لهدمه وإن كان الفرق بينه وبين الاتجاه المعارض له ليس كبير من الناحية العملية كما سبقت الإشارة إليه³.

وعلى الرغم أيضا من أن موقف لجنة المراجعة كان عدول على أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام كما كان الحال في المشروع التمهيدي، إلى أن تكون مصدرا للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة.

ويستند الأستاذ السنهوري فيما ذهب إليه إلى أن لجنة المراجعة بعدما نزلت بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدرا للالتزام في حالات استثنائية، وبمقتضى نص خاص، لم تعد الإرادة المنفردة مصدرا عاما

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، المجلد الثاني، ص. 1452-1453.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، المجلد الثاني، ص. 1454.

³ - أنظر، الصفحة 116 من هذه الدراسة.

للاللتزام، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات.

ولو كانت الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام كالعقد، لوجب أن كل إرادة منفردة تتجه إلى إنشاء التزام، تنشئه، ولكن الأمر غير ذلك، حيث لا يكفي أن توجد الإرادة المنفردة حتى يترتب عليها التزام، بل يجب أن يوجد إلى جانب هذه الإرادة نص قانوني هو الذي يترتب الالتزام على الإرادة، فيكون النص هو المصدر المباشر للالتزام.

ومن ثم، كان الواجب اعتبار أي التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاما مصدره القانون، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة كمصدر مباشر للالتزام، وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من هيئات أن تفعله.

وعلى ذلك لم يرد الأستاذ السنهوري أن يساير ما فات لجنة المراجعة في هذا الغلط في التبويب، فلم يجعل للإرادة المنفردة في مؤلفاته باب خاصا يأتي بعد الباب المخصص للعقد، كما فعل القانون المدني المصري الجديد، بل تكلم فيها وهو في سبيل الكلام عن الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر، وأدخل في هذا النطاق الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة. واعتبر أن القاعدة في التقنين المدني الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نص قانوني، ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذي يبين أركانه ويبين أحكامه¹.

" والمعنى الواضح من هذا الرأي أن القانون المصري لا يعرف الإرادة المنفردة بين مصادر الالتزام وأن مصادر الالتزام أربعة وليست خمسة، فهي العقد، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون. أما ما ورد في الفصل الثاني تحت عنوان الإرادة المنفردة فيجب أن يندرج تحت الفصل الخامس المخصص للقانون²."

ولقد خالف جمهور شراح القانون المدني الأستاذ السنهوري فيما ذهب إليه، ولم يجد قوله قبولا من غالبية الفقهاء المصري³، حيث قال عبد الحي حجازي " ولكن نخالف أستاذنا (السنهوري) في ما ذهب إليه، فلا نسلم بإمكان اعتبار الالتزام الذي مصدره الإرادة المنفردة التزاما قانونيا مصدره المباشر

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، المجلد الثاني، ص. 1454.

² - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 400.

³ - انظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 295؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 400.

هو القانون، ذلك لأن الالتزام القانوني هو التزام ينشئه القانون دون أن يكون سندا في ذلك من قريب أو من بعيد إلى إرادة الملتزم، حقيقة أن القانون قد يترك الكثير من الوقائع الإرادية دون جزاء ولكن متى قرر أن واقعة إرادية معينة تنشئ التزاما، فإنه يقر بوجود التزام إرادي ولا ينشأ التزام قانونيا¹.

ثم يقول الأستاذ حجازي " أن القانون عندما يقول أن العقد شريعة للمتعاقدين، فهو بذلك يقر إلزامية العقد للمتعاقدين ولم ينشأ التزاما قانونيا، فكذلك بالنسبة للإرادة المنفردة، إذ لم ينشئ القانون التزاما وإنما أقر بقدرة الإرادة المنفردة على أن تلزم صاحبها " ويضيف قائلا " لا نرى أن القانون المدني إذ عقد للإرادة المنفردة بابا خاص بها يأتي بعد الباب المخصص للعقد قد أخطأ في التبويب. فالالتزام الناشئ من الإرادة المنفردة هو التزام إرادي وليس التزاما قانونيا والإرادة المنفردة في الحدود التي رخص لها فيها بإنشاء الالتزام هي المصدر المباشر للالتزام الذي يترتب عليها، وليس القانون، ولذلك فإننا نقر التبويب الذي ورد في القانون المدني الجديد، ولذلك أيضا عاجلنا الإرادة المنفردة في باب خاص بها أتى بعد الباب المخصص للعقد... " ².

وتأسيسا على كل ما سبق، يتضح جليا أن كل ما قيل في شأن القانون المصري في هذا الشأن، يمكن أن يسقط على القانون المدني الجزائري، ذلك أن ما أثير من تساؤلات وردود عليها في القانون المدني المصري، يثار أيضا عند الحديث عن موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة واعتبارها مصدرا من مصدرا الالتزام.

إلا أن ما يزيد الأمر حيرة في موقف المشرع الجزائري، أن القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 أقر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في أحوال استثنائية كما تقدم ذكره، ولعل أهم تطبيق من تطبيقاتها في هذا القانون هو الوعد بجائزة الذي نظمته المشرع الجزائري بالمادة 115. لكن ما يلاحظ هنا، أن هذه المادة جاءت تتوسط المادة 114 من ق م والمادة 116 ق م، حيث أن المادة 114 تنظم التعهد عن الغير الذي يعتبر تطبيق لمبدأ نسبية العقد كما تقدم، ذلك أن العقد لا يفيد الغير ولا يضره إلا برضائه، أما المادة 116 ق م فتنظم الاشتراط لمصلحة الغير، والذي يعتبر استثناء عن مبدأ نسبية آثار العقد كما تقدم أيضا، ذلك أن القانون يجيز أن يكتسب الغير حقا شخصيا مباشرا من عقد لم

¹ - أنظر، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، ب د ط، مصر، 1954، ص.385-386.

² - أنظر، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص.384-385.

يكن طرفا فيه متى كانت للمشتراط مصلحة شخصية في ذلك. وموضع هذا النص هو القسم الخاص بآثار العقد إذ جعل بين المادتين 114 و116، والوعد بجائزة لا يعتبر أثرا مترتبا عن عقد ما، وإذا كان كذلك، فأين هذا العقد الذي ترتب عنه هذا الوعد؟

إضافة إلى هذا أن المشرع الجزائري لم يورد الإرادة المنفردة ضمن مصادر الالتزام التي سبق تعدادها، وكذلك عدم وجود مذكرة إيضاحية أو مشروع تمهيدي كما هو الحال في القانون المدني المصري، بحيث يمكن أن نستشف منها ما قصده المشرع الجزائري من وراء ذلك¹.

أما ما يمكن قوله خلاصة لما سبق، أنه لا يوجد ما يحول قانونا أو عدالة دون أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام إلى جانب العقد، وذلك في الحالات التي تدعوا الحاجة فيها إلى ذلك. ومن تم كان من الأفضل للمشرع الجزائري وهو يعطي للالتزام طابعه المادي، ويقر مبدأ سلطان الإرادة، أن يقر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات، خاصة أنه نظم الوعد بالجائزة تنظيما مستفيضا، أن يورد الإرادة المنفردة ضمن تعداد مصادر الالتزام، دون حشرها بدون مبرر معقول في قسم لا تمت له بأي بصلة. وعلى ذلك يسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد من أحكام إلا ما تعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام، ذلك أن القواعد التي وردت في القانون المدني المتعلقة بتنظيم العقد، ما تعتبر في الحقيقة إلا مبادئ عامة لنظرية التصرف القانوني بصفة عامة، فتطبق تبعا لهذا على التصرف الذي يصدر بإرادة منفردة في الحالات التي تكون فيها مصدرا للالتزام، عدا تلك القواعد المتعلقة بوجود إرادتين متطابقتين التي لا علاقة لها بداهة بالعقد².

الفرع الثاني

القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني

خلص سابقا إلا أن المشرع الجزائري أقر قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في أحوال استثنائية تقررها بعض النصوص، وقد تعرض لهذه الأحوال في القانون المدني الصادر 1975 بالأمر 58-75، ثم خالصنا إلى أن موقف المشرع الجزائري أخذ عليه بعض المآخذ من جهة، ثم أنه لم ينزل الإرادة المنفردة منزلتها التي تستحقها باعتبارها مصدرا للالتزام من جهة أخرى.

¹ - أنظر، خليل قداد، المرجع السابق، ص. 189.

² - أنظر، خليل قداد، المرجع السابق، ص. 189؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 332.

أما الجديد في هذا المجال فهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني بالقانون رقم 05-10، حيث تدارك المشرع اغلب المآخذ التي كانت تؤاخذ عليه، وسائر ما آلت إليه التشريعات الحديثة التي اعترفت بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات.

فالرجوع إلى القانون رقم 05-10، نجده نص في مادته 33 على أنه « يتتم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بفصل جديد يتضمن المادتين 123 مكرر و123 مكرر 1 ويحرر كما يأتي:

الفصل الثاني مكرر

الالتزام بالإرادة المنفردة

المادة 123 مكرر: « يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء أحكام القبول. »
المادة 123 مكرر 1: « من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل (6) ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.»

وعلى ذلك يظهر أثر الاعتراضات التي وجهها البعض من الشراح إلى موقف القانون الجزائري في حالته الأصلية بشأن الإرادة المنفردة في المادة 123 مكرر، حيث اعتبرت هذه الأخيرة الإرادة المنفردة سببا عاما للالتزام الإرادي صراحة. وبهذا الموقف يعاد ترتيب مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ليصير كالتالي:

الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود.

الباب الأول: مصادر الالتزام.

الفصل الأول: القانون .

الفصل الثاني: العقد .

الفصل الثاني مكرر: الإرادة المنفردة.

الفصل الثالث: العمل المستحق للتعويض.

الفصل الرابع: شبه العقد.

وانطلاقاً مما سبق، سنحاول أن نبحت عن مصدر هذا الموقف الجديد في فرع أول ، لننتقل في الفرع الثاني للبحث عن الأحكام العامة للتصرف بالإرادة المنفردة انطلاقاً من القانون 10-05.

أولاً : مصدر موقف المشرع الجزائري:

إن اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام، ظاهرة وجدت في أول ظهورها في الفقه الإسلامي، حيث أن هذا الأخير سبق الفقه الغربي وخاصة الألماني منه في اتخاذ الإرادة المنفردة مصدر للالتزام كما اتضح سابقاً¹.

ثم أن القانون المدني الجزائري سواء أخذ بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، أو جعل لها صلاحية إنشاء الالتزام في أحوال خاصة، فإن مصدر موقفه هذا هو الشريعة الإسلامية².

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا بخصوص موقف المشرع الجزائري المنصوص عليه في القانون رقم 10-05، فهو المصدر الشكلي للمادة 123 مكرر، خاصة أن التشريعات الحديثة حتى وان أخذت بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، إلا أنها اختلفت بشأن تبنيها لهذا المصدر.

وتأسيساً على ذلك، سنحاول أن نبحت عن المصدر الشكلي للمادة 123 مكرر من ق م ج في أهم التشريعات الحديثة التي أخذت بالإرادة المنفردة .

1/ القانون الألماني:

¹ - أنظر، الصفحة 119-121 من هذه الدراسة.

² - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، المرجع السابق، ص.134؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص.334؛ وتحليل قدادة، المرجع السابق، ص.185.

حتى وإن اعترف القانون المدني الألماني بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، إلا أنه لم يضعها في مرتبة واحدة مع العقد، بل يعتد بها كمصدر استثنائي محصور في نصوص خاصة، تمنع هذه الأخيرة من أن تكون مصدراً عاماً للالتزام الإرادي على النحو المتقدم ذكره¹.

2/ القانون المصري:

بالرجوع إلى القانون المصري الجديد، نجد أن الاعتراضات التي وجهت إلى نظرية الإرادة المنفردة كان لها بالغ الأثر على موقف هذا الأخير حيث اجتنب المشرع المصري الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام كما هو الحال بالنسبة للعقد، خاصة أن لجنة المراجعة حذفت المادة 228 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على النحو المتقدم ذكره، ولذلك تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً للالتزام يؤخذ به في الحالات التي نص عليها القانون، من أهمها الوعد بجائزة المنصوص عليه بالمادة 162 ق م م².

3/ القانون الإماراتي:

وضع المشرع الإماراتي نظرية عامة للتصرف الانفرادي من الفقه الإسلامي، أتبعها بتنظيم خاص للوعد بجائزة الموجهة للجمهور، حيث نصت المادة 276 ق م إماراتي على أنه « يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكن فيه إلزام للغير بشيء طبقاً لما يقضي به القانون، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه » ثم نص في المادة 277 على « تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد ما لم ينص القانون على غير ذلك »³.

4/ القانون الأردني⁴:

¹ - أنظر، الصفحتين 117 و118 من هذه الدراسة.

² - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 297.

³ - أنظر، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 511-514.

⁴ - صدر القانون المدني الأردني سنة (1976)، ويعتبر في رأي البعض، النموذج الذي يمكن أن يحتذى به في وضع قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث قال واضعوه عنه أنه يعتمد على تراثنا ومصدر أجدادنا من الفقه الإسلامي، وأنه لأول مرة في تاريخ العرب الحديث يعد الأردن قانوناً

تنص المادة 250 من القانون المدني الأردني على أنه « يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبق لما يقضي به القانون ». أما المادة 251 منه فنصت على أنه « 1- يسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد، وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك.

2- ويبقى الإيجاب في العقود خاضعا للأحكام الخاصة به »

فمن خلال نص المادة 250 يتضح أن المشرع الأردني اعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام بالإرادة المنفردة¹.

أما ما يهمننا من هذا الاتجاه، فهو ما قاله الأستاذ أمجد منصور " يتبين من النص - أي نص المادة 250- أن المشرع الأردني يعتد بالإرادة المنفردة كمصدر للحق الشخصي 'الالتزام' وهو قد تأثر في ذلك بلا شك بموقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد"².

فانطلاقاً من التشريعات السابقة³، يظهر جلياً أن مصدر المادة 123 مكرر ق م ج هو القانون المدني الأردني والذي بدورها استقاها من الفقه الإسلامي. وعلى ذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكتف بالنص على حالات استثنائية للالتزام بالإرادة المنفردة والتي استنبطها من الفقه الإسلامي، بل ذهب أبعد من ذلك باعتباره الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، ليأخذ بذلك بالموقف الموسع للفقه الإسلامي في هذا الشأن، والمستند إلى الآيات الكريمة والأحاديث النبوية السابقة⁴.

مستمداً من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة . أنظر، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، ص. 16، مقتبس عن، حمزة أحمد حداد، الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون المعاملات المدنية، تجربة الأردن، مقال على شبكة الانترنت: www.lac.com.jo/resear38.htm.

¹ - أنظر، منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 330.

² - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 229.

³ - لقد أخذت تشريعات أخرى بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، إلا أن كلها اتفق على لا تعدو من كونها مصدر استثنائي منصوص عليه بنصوص خاصة، شأنها في ذلك شأن القانون الألماني في الفقه الغربي والمصري في الفقه العربي، أما هذه التشريعات فهي: التشريع الإيطالي الجديد، التشريع اللبناني، التشريع العراقي (أنظر، هامش الصفحة 117 من هذه الدراسة).

⁴ - أنظر، الصفحة 119-139 من هذه الدراسة.

ثانيا : الأحكام العامة للتصرف بالإرادة المنفردة في القانون 05-10:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر ق م على أنه « ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء أحكام القبول. »

فباعتبار أن الإرادة المنفردة تماثل إرادة أي من المتعاقدين في العقد إذا ما أخذت وحدها ودون نظر إلى إرادة الطرف الآخر وتطابقها وتلاقيها معها، كان لزاما أن يشترط فيها المشرع ما يشترط في وجود الإرادة والتعبير عنها واتجاهها إلى إنشاء الالتزام. كما يشترط فيها ما يشترط في الإرادة من صدورها عن شخص متمتع بالأهلية وسلامتها مما يشوب الرضاء من عيوب، وقيامها على محل معين ويمكن ومشروع واتجاهها إلى تحقيق غرض قائم ومشروع .

أما الأحكام الأخرى والتي تمثل أمورا وثيقة الصلة بالعقد باعتباره قائم على توافق إرادتين هما إرادة الموجب والقابل وما يتعلق بهما من ظروف، فلا تكون بداهة مطلوبة في التصرف بإرادة منفردة، حيث يقوم على إرادة واحدة فقط، وهي إرادة الموجب.

أما الفقرة الأولى من المادة 123 من القانون المدني، فأجازت التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف بشرط واحد ألا وهو عدم إلزام الغير، ذلك أن الشخص وان كانت له الحرية المطلقة في إلزام نفسه، إلا أنه لا يستطيع أن يلزم غيره.

وعلى ذلك إذا توافرت للمتصرف بإرادته المنفردة الأهلية اللازمة، وخلت إرادته من العيوب المتمثلة في الغلط، والتدليس والإكراه، والاستغلال، وكان لالتزامه محل وسبب مستوفي كل منهما لشروطه القانونية، ولم يكن من وراء التصرف إلزاما للغير، فإن المتصرف لا يجوز أن يرجع عن تصرفه، باعتبار أن هذا التصرف أصبح ملزما لصاحبه، شأنه في ذلك شأن الإيجاب الملزم المنصوص عليه في المادة 63 مدني المحال عليها ضمنا بالفقرة الثانية من المادة 123 مكرر مدني.

وما تجدر الإشارة إليه أخيرا، أن المشرع الجزائري حتى وان وضع نظرية عامة للتصرف الانفرادي في الفقرة الأولى من المادة 123 مدني، وشروط تطبيق هذه النظرية في المادة الثانية من نفس النظرية، واستمد هذا التنظيم من الفقه الإسلامي على النحو المتقدم ذكره، إلا أنه فاتته في تنظيمه لهذه النظرية

أن يتكلم عن أثر التصرف بالإرادة المنفردة، خاصة أن كل من القانون الأردني والقانون الإماراتي، بعدما نصا على المبدأ العام لهذا النوع من التصرف ولشروطه ، نصا عن لزوم ونفاذ التصرف الانفرادي.

- حيث نص المشرع الأردني في المادة 201 السابق ذكرها، على انعقاد هذا التصرف، بتكلمه في فقرتين على المبدأ العام وشروطه، ليأتي بعدها في المادة 202 و 203 مدني ويتكلم على نفاذه ولزومه، حيث قالت المادة 202 منه على أنه « إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك»، أما المادة 203 منه فنصت على أنه»
- 1- إذا كان التصرف الانفرادي تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله .
 - 2- وإذا كان إسقاطاً فيه معنى التملك، أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس.
 - 3- وإذا كان إسقاطاً محضاً فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولا يرتد بالرد.
 - 4- كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه»¹.

أما القانون المدني الإماراتي فنص على المبدأ في المادة 276 مدني، وعلى شروط تطبيقه في المادة 277 مدني، ليأتي بعده في المادة 278 مدني وينص على - نقل حرفياً لنفس ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 202 السابقة - ، ثم اقتضى المشرع الإماراتي أثر الفقه الإسلامي كذلك في هذا الصدد عندما جاء بالمادة 289 - نقل حرفياً لنفس ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 203 السابقة-².

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية للالتزام بالإرادة المنفردة عند المشرع الجزائري

خلصنا سابقاً إلى أن المشرع الجزائري بعدما أقر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في أحوال استثنائية تقررها نصوص خاصة انطلاقاً من القانون المدني الصادر بالأمر 58-75، انتقل في

¹ - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 213-230.

² - أنظر، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 514-515.

التعديل الصادر في القانون رقم 10-05 إلى تبني موقف أكثر اتساعا حيث اعتبرت الإرادة المنفردة سببا عاما للالتزام الإرادي وفقا للمادة 123 مكرر.

وتأسيسا على ذلك، سنحاول أن نقف عند التطبيقات التشريعية للالتزام بالإرادة المنفردة عند هذا الأخير، وذلك بإلقاء نظرة عامة وموجزة على أغلب هذه التطبيقات، لنتقل بعدها إلى الوقوف عند أهم حالات التصرف بالإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري كنموذج لتلك التطبيقات.

الفرع الأول

حالات التصرف بالإرادة المنفردة عند المشرع الجزائري.

بالرجوع إلى المادة 123 مكرر ق م ج، يتضح للوهلة الأولى أن التصرف الانفرادي يتسع لكافة أنواع التصرفات المنشئة منها للالتزامات وغير المنشئة على السواء، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 123 مكرر قالت: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير".

وانطلاقا من هذا المبدأ العام، نص المشرع الجزائري على عدة حالات تطبيقية يكون فيها التصرف بالإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

فإجازة العقد القابل للإبطال، عمل قانوني صادر من جانب واحد (بإرادة منفردة) يرفع به المتعاقد الذي تقرر لمصلحته حق قابلية الإبطال، العيب الذي لحق العقد، فهي تهدف إلى إزالة الزعزعة عن العقد القابل للإبطال وتأييد استمرار صحته لما لهذا الأخير من وجود قانوني، إذ يرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الحق عن إبطاله وإجازته. وجاءت المادة 100 ق م ج بهذا المعنى حيث نصت على أنه « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إحلال بحقوق الغير »¹.

والإقرار يتم بإرادة منفردة حيث نص المشرع عليه في مواد عدة منها:

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 179-182.

- الإقرار بوجه عام، الذي يعرف على كونه اعتراف شخص بحق عليه للآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده، وقد نص عليه المشرع ج بالمادة 341 ق م ج حيث نصت على أن: «الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة»¹.

- قبول الغير للتعهد أو إقراره للعقد، حيث نصت المادة 114 ق م ج على أنه: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فان رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به»، حيث يستخلص من النص أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه، فهو لا يتقيد بما التزم به المتعهد فله أن يقره أو يرفضه².

- إقرار المالك ببيع ملك الغير المشار إليه بالفقرة الأولى من المادة 398 مدني حيث نصت على أنه: «إذا أقر المالك البيع سرى مفعولة عليه وصار ناجزا في حق المشتري». فالمالك الحقيقي مخير بين أن يقر ببيع ملك الغير فلا يسري في حقه سواء أجازته المشتري أو لم يجزه، أو يقره فينتج عن ذلك نقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ويسري العقد في حقه بالرغم من أنه أجنبي عنه. وبذلك يتبين أن تصرفه هذا تصرف نابع عن إرادته المنفردة إذ هو تصرف من جانب واحد إلا أنه يصدر من أجنبي عن العقد يضيف به أثر العقد إلى نفسه بعد أن كان لا يعتدي إليه وهذا صريح من المادة السابقة³.

والوعد من جانب واحد بالبيع أو بالشراء قبل إعلان الطرف الآخر رغبته المنصوص عليه بالمادة 71 ق م ج، يتم باردة منفردة، ذلك أن الوعد يعتبر التزام أحد الطرفين لآخر بأن يعقد معه عقدا معينا بشروط محددة إذا قبل الطرف الآخر إبرام هذا العقد خلال مدة محددة. وكما يصح أن يكون الوعد من جانب البائع وحده فإنه يصح أن يكون من جانب المشتري وحده، حيث أن الوعد في كلا

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 110-114.

² - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 105-107.

³ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 107-110.

الحالتين بإرادة واحدة باعتباره لا يلزم إلا الواعد فقط¹. وباعتبار أن الوعد في حقيقته القانونية عقد ملزم للواعد، يؤخذ على المشرع في الفقرة الأولى من المادة 71 أنه أشار إلى جواز أن يكون الوعد ملزماً للجانبين، ذلك أن الوعد بالتعاقد عامة، هو بالضرورة ملزم لجانب واحد فقط².

والاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه بالمادة 116 ق م ج، تصرف قانوني يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المتعهد في مواجهة شخص آخر يسمى المشتراط بأداء مصلحة شخص ثالث يسمى المستفيد. وحتى وان اختلف الفقه المدني في الأساس القانوني لهذا النوع من التصرفات، إلا أن الراجح أنه يتكون من عملية مركبة تنشأ بلا شك من عقد مبرم بين المشتراط والمتعهد وهذه هي المرحلة الأولى. ولكن هناك مرحلة ثانية تتكون من التزام المتعهد في مواجهة المستفيد، هذا الالتزام هو تصرف من جانب واحد متصل بالعقد الذي يعتبر ذلك التصرف مكملًا له. ومقتضى هذا التصرف الذي يتم بإرادة واحدة هي إرادة المتعهد ملتزماً مباشرة في مواجهة المستفيد³.

وتطهير العقار المرهون هو إحدى الحالات التي تنشئ فيها الإرادة المنفردة التزاماً على عاتق صاحبها بنص القانون م 915 ق م ج، حيث يكون عبارة عن رخصة يمنحها القانون لحائز العقار المثقل برهن نافذ في مواجهته في أن يتحاشى أو يوقف التتبع من قبل صاحب هذا الرهن عن طريق عرض مبلغ يمثل قيمة العقار، ومصدر التزام الحائز هنا هو إرادته المنفردة، ذلك أن القانون خول له وسيلة التطهير ليقدر ما إذا كان من المناسب أن يلجأ إليها. أما الدائنين فطالما لا يتوقعون الحصول من بيع العقار بالمزاد العلني على أكثر من القيمة التي يعرضها الحائز، فإن من مصلحتهم قبول عرض الحائز وتجنب الإجراءات والنفقات⁴.

والإبراء الوارد في المادة 305 ق م ج تصرف بإرادة منفردة تبرأ به ذمة المدين من الدين، ذلك أن الإبراء لا يتم في القانون الفرنسي إلا بإرادتي الدائن والمدين معاً. وأحكام الإبراء في الشريعة الإسلامية هي نفسها في القانون المدني الجزائري، حيث جاء في نصوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 196-198.

² - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 87.

³ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 199-205.

⁴ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 205-210.

الإمام أحمد بن حنبل " أن الإبراء من الدين يصح بلفظه وما يؤدي معناه فلو قال أسقطته أو تركته أو تصدقت به أو أنت في حل منه صح وبرئ المدين منه ". ويشترط لصحته عند فقهاء الشريعة الإسلامية، توفر أهلية التبرع باعتباره تبرع، وهو في الفقه الإسلامي نوعان، إبراء استيفاء، وهو إقرار الدائن باستيفاء دينه، وإبراء إسقاط، وهو إبراء الغريم لمدينه من الدين، ويترتب على الإبراء إسقاط الدين متى كان صحيحاً¹.

وإنهاء أحد المتعاقدين للعقد في الحالات التي يجوز فيها ذلك، تصرف قانوني بإرادة منفردة يترتب عليه إنهاء الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد. كما هو بالنسبة إلى إنهاء عقد الوكالة بالعزل (587 ق م ج) أو بالتنازل (588 ق م ج)، وإنهاء المعير للعارية يتم بإرادته المنفردة (583 ق م ج وما يليها)، أو إنهاء المستأجر لعقد الإيجار غير المحدد المدة (474 ق م ج)².

وصاحب السند يلتزم تجاه حامله بإرادته المنفردة، حيث يلاحظ أمام الوقوف عند الطبيعة القانونية لهذا النوع من الالتزام أنه كان ولا زال محل نقاش وخلاف حاد بين الفقهاء، نتج عنه عدة نظريات، رجح منها النظريات المرتكزة على كون موقع السند يلتزم بإرادته المنفردة لدائن غير معروف هو حامل السند³.

ثم بالإضافة إلى كل هذه الحالات وغيرها الواردة في القانون المدني ومما لا يتسع المقام لذكرها، نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة انطلاقاً من أحكام الشريعة الإسلامية على حالات تكون الإرادة المنفردة المصدر الأساسي لقيامها، منها:

- الوصية التي عرفتها المادة 184 ق أ ج على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁴.

¹ - أنظر، طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ص. 410 وما يليها.

² - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 129 وما يليها.

³ - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 204-206.

⁴ - أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 43-70؛ وأنظر كذلك المواد 192 إلى 201 من قانون الأسرة الجزائري.

- والوقف المعرف بالمادة 213 ق أ ج على أنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد و التصديق¹.

وعلى ذلك يتضح أن المشرع الجزائري جعل للإرادة المنفردة ميدانا فسيحا تستطيع القيام فيه بالكثير من التصرفات القانونية.

الفرع الثاني

أهم الحالات التطبيقية للالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المدني.

يقتضي البحث عن أهم هذه التطبيقات، الوقوف عند كل من الإيجاب الملزم، والوعد بجائزة، ذلك أنهما يمثلان التطبيق النموذجي للالتزام الذي مصدره الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري.

أولا: الإيجاب الملزم

نص المشرع الجزائري في المادة 63 من القانون المدني على أنه « إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة ». وعليه، نستعرض هذا الفرع تحت نقطتين أساسيتين.

1- الداللتان المستخلصتان من هذا النص:

يستخلص من النص السابق داللتين هما:

الدلالة الأولى: هي أن الموجب يلتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة للطرف الآخر ليقبل خلالها أو يرفض، حيث يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه حتى نهاية المدة التي

¹ - أنظر، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص. 71-103؛ وأنظر كذلك المواد 213 إلى 220 من قانون الأسرة الجزائري.

حددها. فإذا عدل عن إيجابه ثم صدر القبول خلال المدة المحددة، لا عبرة بعدوله ويتم العقد ويكون كل منه المتعاقدين ملزما بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد على عاتقه. ثم أن تعيين ميعاد القبول، يعبر عن اتجاه إرادة الموجب الصريحة أو الضمنية إلى الالتزام بإيجابه خلال الميعاد الصريح أو الضمني للقبول، ومن ثمة فإن مصدر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه يكون إرادته المنفردة¹.

الدلالة الثانية: فهي أن إرادة الموجب المنفردة لا ينشأ عنها التزام بعدم رجوعه عن إيجابه إلا إذا كان هذا الإيجاب مقترن بتعيين ميعاد صريح أو ضمني للقبول. أما إذا اقتصر الموجب على أن يعد بعدم الرجوع عن إيجابه دون أن يعين ميعادا لذلك، فإن إرادته تكون قد اتجهت ضمنا إلى أن يتحدد ميعاد القبول بالمدة التي تتطلبها ظروف الحال أو طبيعة المعاملة للقبول أو الرفض².

واستخلاص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، فالأجل الصريح لا يدع مجالاً للشك. أما الأجل الضمني، فيترك الأمر فيه لتقدير القاضي عند النزاع في تحديد ميعاده. ومن أمثلة تحديد ميعاد للقبول تحديدا ضمنيا، شرط التجربة في البيع سواء نص على هذا الشرط صراحة أو قضت به طبيعة المعاملة، ذلك أن البيع بشرط التجربة يُفترض فيه ارتباط البائع بإيجابه طوال المدة اللازمة لتجربة البيع. وفي المعاملات العقارية، تقتضي ظروف الحال ترك مدة معقولة لمن وجه إليه الإيجاب ليحضر إذا شاء عن قبوله، وكذلك تقديم عطاء في مناقصة، لأن الإيجاب في هذه الحالة يعتبر مصحوبا بأجل ضمني هو الميعاد المحدد لإرساء المزاد³.

وبالإضافة لما سبق، لا يعد ميعادا للقبول الحالة التي يعد فيها الموجب بالبقاء على إيجابه حتى يرفضه من وجه إليه، ومن ثمة لا نكون بصدد إيجاب ملزم، ذلك أن من وجه إليه مثل هذا الإيجاب قد يتوانى عن إعلان رفضه لانتفاء مصلحته، مما يؤدي إلى أن يظل الموجب ملزما إلى ما لا نهاية⁴.

¹ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 279؛ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 195-196.

² - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 297، 298.

³ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 196؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 72.

⁴ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 298.

ولقد استجاب المشرع الجزائري في المادة 63 ق م للحاجات العملية، ذلك انه لو أتيح للموجب في كل الأحوال أن يرجع عن إيجابه طالما لم يقتن به قبول، فلن يستطيع أحد أن يعتمد على إيجاب يوجه إليه، إذ هو لا يعلم ما إذا كان الموجب سيقبى على إيجابه أم يرجع عنه قبل أن يستطيع هو تدبر أمره، وفي ذلك إهدار للاستقرار الواجب في التعامل. وتبدو الحاجة إلى القوة الإلزامية للإيجاب بوجه خاص، في المعاملات التجارية. فالتاجر الذي يتلقى إيجابا بالتعاقد مع آخر يكون في حاجة ماسة للاطمئنان إلى شأن هذا الإيجاب فترة معقولة يستطيع من خلالها أن يتدبر الأمر، أي ما يمكن أن يعقده من صفقات على أساس العقد المعروض عليه فيما لو قبله¹.

2- أساس الإيجاب الملزم:

بالرجوع إلى نص المادة 63 ق م ج ، يتضح جليا أن أساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه هو الإرادة المنفردة، حيث أن عبارة النص حتى وان كانت لا تفصح عن ذلك صراحة، إلا أن فحوى النص يدل على هذا².

ولقد حاول البعض تأصيل التزام الموجب بالبقاء على إيجابه لا على الأساس السابق ذكره، وإنما على أسس أخرى هي:

أ- نظرية العقد التمهيدي أو العقد التبعي:

وتقوم على اعتبار الموجب الذي يريد أن يترك فرصة للطرف الآخر للتروي، حيث يبقى على إيجابه طول المدة الكافية لهذا التروي، ولأن الإيجاب يتجه لمصلحة من وجه إليه، يمكن اعتبار الموجب إليه قابلا لهذا الإيجاب فينقصد عقد ابتدائي أو عقد تبعي يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه. وعلى ذلك ينقصد هذا العقد بإيجاب ضمني من الموجب بالبقاء على إيجابه، وقبول ضمني ممن وجه إليه الإيجاب، يستخلص من اطمئنانه لإرادة الموجب ونزوله على مقتضاها في تصرفه. إلا أن هذه المحاولة لا تستقيم مع ربط المشرع الجزائري، بين التزام الموجب بإيجابه وتعيين ميعاد للقبول. فمن ناحية تؤدي هذه

¹ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 72.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ج1، ص 223-224؛ جلال العدوي، المرجع السابق، ص 197؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72-73.

المحاولة إلى أن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه لا يقوم إلا عندما يتبين أن من وجه إليه الإيجاب قد تصرف على مقتضاه، ومن ثمة يكون رجوع الموجب عن إيجابه قبل ذلك جائزا رغم تعيين ميعاد للقبول. ومن ناحية أخرى تؤدي تلك المحاولة إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه إذا تبين أن من وجه إليه قد اطمأن إلى إرادة الموجب وتصرف على مقتضاها ولو لم يعين ميعاد للقبول¹.

ب - نظرية المسؤولية التقصيرية:

وهي تعتبر الموجب الذي يعدل عن إيجابه يخل بالثقة المشروعة التي تولدت لدى المتعاقد الآخر في أن يأخذ فرصته الكافية لدراسة الإيجاب وإبداء قبوله أو رفضه، وعلى ذلك فهو يستحق تعويضا عما يتسبب له من ضرر، كما يمكن أن يطلب تعويض عينا بأن يعتبر العقد منعقدا ويلزم به الموجب رغم عدوله².

وما يلاحظ أخيرا أن المشرع الجزائري حتى وان استمد الأخذ بالإرادة المنفردة وتطبيقاتها من الفقه الإسلامي وفقا لما تقدم، إلا أن تنظيمه للإيجاب الملزم في المادة 63 مدني باعتباره تطبيقا من تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة المستنبطة من الفقه الإسلامي، يكاد يكون نقلا حرفيا كعادته في أغلب الأحيان من القانون المدني المصري في هذا المجال، ذلك أن هذا الأخير نص في المادة 93 على أنه:

« 1 - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.»

ثانيا: الوعد بجائزة

كان للانتقادات السابقة الموجهة للمشرع الجزائري بخصوص تنظيمه للإرادة المنفردة بالغ الأثر، خاصة ما تعلق منها بتنظيمه للوعد بجائزة، باعتباره التطبيق النموذجي لهذا النوع من الالتزام في الأمر 58-75 المتضمن لقانون المدني. ومن ثم عمد المشرع الجزائري في التعديل الصادر بالقانون 10-05 إلى

¹ - أنظر، محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 146؛ جلال العدوي، المرجع السابق، ص 298.

² - أنظر، محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 146.

اجتناب تلك الأخطاء، ولعل أهمها يكمن في إلغاءه للمادة 115 السابقة وإدراج أحكامها في المادة 123 مكرر تحت عنوان الفصل المنظم للالتزام بالإرادة المنفردة.

وبذلك نص المشرع الجزائري في المادة 123 مكرر 1 على أنه « من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل (6) ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.»

فيستفاد من هذا النص أن الوعد بجائزة هو تصرف انفرادي بالإرادة المنفردة مفاده تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ العمل الذي حدده الواعد.

ومن هذا التعريف يتبين أن الدائن بالوعد بجائزة يكون غير معين وقت الالتزام أي دون حاجة لوجود قبول صريح أو ضمني ممن يفيد منه، ذلك أن المدين يلتزم بمحض إرادته المنفردة بحيث يقدم عرضا للجمهور من دون أن ينتظر أي قبول منه، ومن ثم يختلف عن الإيجاب ولو كان ملزما.

وبالرجوع إلى الحياة العملية، نجد للوعد بجائزة تطبيقات كثيرة، مثالها أن يعد شخص بجائزة لمن يعثر على أشياء مفقودة أو لمن يدلي بمعلومات عن مجرم معين أو يكشف عن غوامض جريمة معينة، أو لمن يقوم باختراع علمي أو تجاري أو فني، أو لمن يفوز بمسابقة معينة، أو لمن يعثر على شئ ضائع، الخ¹.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالوعد بجائزة كتطبيق من تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة من الفقه الإسلامي² أو ما يسمى عند فقهاء هذا الأخير بالجعالة التي سبق شرحها³.

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 181؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 335-336.

² - أنظر، علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، طبقا للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 134.

³ - أنظر، الصفحة 124-128 من هذه الدراسة.

وما يلاحظ هنا، أن المشرع الجزائري حتى وإن استمد الأخذ بالوعد بجائزة باعتباره تطبيقاً من تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة المستنبطة من الفقه الإسلامي، إلا أن تنظيمه لهذا الأخير في المادة 123 مكرر 1، يكاد يكون نقلاً حرفياً كعادته أيضاً، من القانون المدني المصري في هذا المجال، ذلك أن هذا الأخير نص في المادة 162 على: « 1- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

2- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور »

وبالرغم من أن المادة 162 من القانون المدني المصري، هي مصدر الوعد بجائزة للقانون المدني الجزائري وأغلب التقنيات العربية، إلا أن الفرق بين التشريعين السابقين في هذا المجال فرق جوهري، حيث اتضح سابقاً أن المشرع المصري لم يقرر قاعدة تفيد أن الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، بل اكتفى بجعلها مصدراً للالتزام في حالات استثنائية، وبنصوص خاصة، مما جعل الفقه المصري يختلف في مصدر هذه الحالات على النحو المتقدم.

أما المشرع المدني الجزائري ، فبعدما اعتبر الإرادة المنفردة سبباً عاماً للالتزام الإرادي صراحة كقاعدة مقررة في المادة 123، نص على الوعد بجائزة في المادة 123 مكرر 1 باعتباره تطبيقاً من تطبيقات هذه القاعدة.

أما دراسة الوعد بجائزة عند المشرع الجزائري فيقتضي البدء بالطبيعة القانونية لهذا الوعد وشروطه أولاً، ثم التعرض لأحكامه ثانياً.

1- الطبيعة القانونية للوعد بجائزة وشروطه:

أ - الطبيعة القانونية للوعد بجائزة:

بالبحث في الطبيعة القانونية للوعد بجائزة، نجد أن الفقه اختلف بشأنها إلى اتجاهين متعارضين، حيث يضيف الاتجاه الأول على الوعد بجائزة الصبغة التعاقدية، أما القسم الثاني فيرى أن الوعد بجائزة هو تصرف بإرادة منفردة.

الاتجاه الأول: وحاول أنصاره أن يضيفوا على الوعد بجائزة الصبغة التعاقدية، وأسسوا موقفهم على ثلاث نظريات، نحاول الوقوف عندها وفقا للتالي¹:

النظرية الأولى: وهي نظرية العقد مع شخص غير معين، أي أن الوعد بجائزة يعتبر تعاقد مع شخص غير معين. إلا أن هذه النظرية سرعان ما هجرت، ذلك أن فكرة العقد لا تتفق مع عدم تعيين أحد طرفيه.

النظرية الثانية: نظرية الإيجاب الموجه لشخص غير معين. ولقد أخذ على هذه النظرية مآخذ عدة هي الأخرى، منها أن في الحالة التي يقبل فيها هذا الإيجاب، ويتعين بهذا القبول الدائن الذي سيكون أحد طرفي العقد. فإن دلالة القبول لن تكون مقصورة على أن إرادة ذلك الدائن قد ساهمت في تكوين الالتزام، بل يدل أيضا على نشوء التزام على عاتق الدائن محله تنفيذ الأداء الذي عينه المدين. فإذا اعتبرنا الوعد بجائزة عقدا، فسيكون عقدا تبادليا ملزم للجانبين، وهذا لا يتفق مع الوعد بجائزة، حيث أن المستفيد من الوعد لا يتحمل أي التزام لا قبل قيامه بالعمل ولا بعد ذلك. ثم أن تحديد الطبيعة القانونية للوعد بجائزة يجب أن يدخل في حسابه دائما تلك الحقيقة التي تفرد بها، وهو أنه لا يلزم المستفيد بأي نوع من الالتزام.

النظرية الثالثة: وهي نظرية العقد المشروط بشرط واقف، ومفادها أن الوعد بجائزة يعتبر عقدا يكون فيه استحقاق الجائزة معلق على شرط واقف وهو القيام بعمل معين. إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية، أن القيام بعمل معين هو سبب التزام الواعد، ومعلوم أن السبب ركن في أصل الالتزام، أما الشرط فهو عنصر عرضي خارج عن تكوين الالتزام. وما تجدر الإشارة بعد هذه النظريات الثلاث، أن اعتبار الوعد بجائزة عقد يلزم اعتبار إعلان الوعد إيجابا، وأن الإيجاب يجب أن يتصل به قبول. ثم أن هذا القبول قد يكون صريحا إذا دل مباشرة

¹ - أنظر بشأن هذه النظريات، عبد الحمي حجازي، مصادر الالتزام، ج2، ص.402-403.

على إرادة صريحة وواضحة في القبول، كما قد يكون ضمنيا إذا لم يكن من الممكن الاستدلال عليه إلا بالاستنتاج. وعلى ذلك انقسم أنصار الاتجاه الأول الذي يضيف على الوعد بجائزة الصبغة التعاقدية إلى قسمين، قسم يرى أن القبول يكون صريحا، وآخر يرى أن يكون ضمنيا¹.

القسم الأول: النظريات التي أخذت بالقبول الصريح²:

أ/ فقد ذهب البعض إلى القول بأن القبول يجب أن يحصل قبل تنفيذ العمل المطلوب، حيث أن مجرد التعبير بالقبول الصادر من الغير يكفي لإنشاء علاقة ملزمة بين الواعد والغير. إلا أن هذا لا يصح في حال الوعد بجائزة، حتى وإن صح في أي إيجاب تعاقدية يكون فيه مجرد التعبير هو الطريقة العادية لانعقاد العقد، ذلك أن العلاقة الملزمة في الوعد لا تنشأ إلا من وقت القيام بالعمل لا قبل ذلك. فالواعد لم يقصد إعطاء الجائزة على وعد القيام بعمل وإنما قصد به إعطاء الجائزة بسبب القيام فعلا بذلك العمل. ومن ثم لا تفلح نظرية القبول الصريح التي يترتب عليها نشوء رابطة ملزمة بمجرد صدور التعبير بالقبول أي قبل التنفيذ الفعلي للعمل.

ب/ وعلى ذلك ذهبت نظرية أخرى إلى القول بأن القبول الصريح اللازم لنشوء العقد يجب أن يكون مقترنا بالتنفيذ الفعلي للعمل المطلوب. بمعنى أن القبول الصادر قبل ذلك الوقت لا يترتب عليه نشوء العقد مهما كان القبول صريحا.

أما ما يعاب على هذه النظرية هي الأخرى، أنها تشترط لاستحقاق الجائزة عنصرا زائدا لم يجري به العمل، ثم أن القول بها يؤدي إلى تأخير الوقت الذي يصبح فيه الوعد نهائيا لا يجوز الرجوع فيه. فبدلا من أن تكون نهائية الوعد متوقفة على مجرد القيام بالعمل، تصبح وفقا لهذه النظرية متوقفة على أمرين هما، القيام بالعمل، زائد التعبير بقبول الإيجاب الصادر من الواعد. وقد يترتب على ذلك تعريض حق الغير للضياع إذا انتهى الأجل الذي حدد للعمل، وقبل صدور التعبير، ومن هنا فشلت هذه النظرية.

القسم الثاني: النظريات التي أخذت بالقبول الضمني¹:

¹ - أنظر، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 404.

² - أنظر بشأنها، عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ج2، ص. 404-405.

أ/ ذهب البعض إلى القول بأن ثمة قبولا ضمنيا ينشأ بمجرد البدء في تنفيذ العمل المطلوب الذي عينه الواعد في إيجابه. إلا أن ما يأخذ على هذه النظرية، أنها بنيت على فكرة غير دقيقة، ذلك أن التساؤل يمكن أن يطرح دائما عن ما هو الوقت الذي يقال فيه بالبدء في تنفيذ العمل؟ ثم هل سينتهي العمل يوما ما؟

ب/ وعلى ذلك ذهب البعض الآخر إلى القول بأن القبول الضمني الذي ينشأ عند العقد لا يتحقق إلا بتمام العمل، ولكن هذه النظرية لا تصلح عندما يكون الغير عالما بالوعد بجائزة فيتصرف وفقا للشروط التي يعينها الواعد مدفوعا بفكرة واحدة هي الحصول على جائزة، ولكن دون أن يكون لديه نية التعاقد وهو مع ذلك يستحق الجائزة.

وهي لا تصلح كذلك حتى إذا كان الغير عالما بالوعد بجائزة، ويتحقق هذا عندما يكون العمل المطلوب قد تم قبل صدور الوعد ثم يصدر الوعد فإذا بالغير يستحق الجائزة. ومن هنا فشلت هذه النظرية هي الأخرى، إلا أنه وبالرغم من ذلك، لم يتوقف أنصار النظرية التعاقدية عن مواصلة محاولاتهم.

الاتجاه الثاني: فحاول أنصاره تأصيل الوعد بجائزة على أساس الإرادة المنفردة، حيث حاول الكثير منهم هدم التصور الذي يؤسس هذا الوعد على أساس تعاقدية. ولعل أهم عقبة صادفت أنصار هذا القسم، هو النظرة التقليدية للالتزام المؤسسة على رابطة قانونية توجب وجود طرف ايجابي هو الدائن وطرف سلمي هو المدين، فكيف يمكن القول عندئذ بوجود رابطة قانونية لا يوجد فيها الطرف الايجابي الممثل في الدائن؟²

والواقع أن هذا التساؤل، يعود أصلا إلى التنازع في الالتزام، بين المذهب الشخصي والمذهب المادي، حيث تقدم القول بأن الأخذ بالمذهب المادي في الالتزام يترتب عليه العديد من النتائج التي

¹ - أنظر بشأهما، عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ج2، ص. 405-406.

² - أنظر، عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ج2، ص. 407-408.

تفسر الكثير من المسائل القانونية التي تقع في الحياة العملية، والتي كان لا يمكن أن تفسر في حالة التقيد بالمذهب الشخصي¹.

ولعل ما يهم من هذه المسائل في هذا المجال، هو التزام المدين بإرادته المنفردة، حيث تنخر الحياة العملية فيها بالحالات التي يلتزم فيها الشخص بإرادته المنفردة دون أن تقتن هذه الإرادة بإرادة أخرى. أهم أمثلتها الوعد بجائزة الذي يلزم فيه شخص بأن يعرض جائزة على جمهور الناس إذا قام أحد بعمل معين كالعثور على شيء ضائع. فالمدين هنا قد التزم بإرادته المنفردة، وقد وجد الالتزام دون دائن، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام. فمثل هذا التحليل لا يتفق إلا مع المذهب المادي للالتزام، بحيث يستعصي على المذهب الشخصي الذي يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام².

ثم أن الالتزام في كثير من الحالات لا ينشأ كله مرة واحدة بل قد يمر في تكوينه بعدة مراحل، ومن أهم هذه المراحل، الحالة التي يكون فيها ناقصا بسبب عدم تعيين الدائن، فالالتزام الواعد بإرادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين، ما هو إلا التزام يتكون ويتكامل بالتدرج ويمر تكوينه بعدة مراحل هي³:

المرحلة الأولى: الفترة اللاحقة لصدور الوعد، والسابقة على تمام العمل، ففي هذه المرحلة يكون الالتزام ناقصا بسبب عدم تعيين الدائن، ونقصانه هنا لا يؤدي إلى القول بعدم وجود الالتزام، حيث تكون الإرادة مقيدة هنا وهو ما يسمى بالوجه السلبي للالتزام، ذلك أن الدين في هذه المرحلة لا يقابله حق، أو بالمعنى الأصح أن الموجود في هذه المرحلة، هو عنصر المديونية لا عنصر المسؤولية.

المرحلة الثانية: حيث يكون الغير قد قام بالعمل، وتوجه إلى الواعد وأثبت له أن الشروط المنصوص عليها في الوعد قد توافرت في العمل الذي قام به، فعندئذ تنشأ المسؤولية إلى جوار المديونية ويكتمل الالتزام ويبلغ الدرجة القصوى.

¹ - أنظر الصفحة 9 من هذه الدراسة.

² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 18-19.

³ - أنظر، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 409.

وحاصل القول أن الوعد بجائزة لا يقوم على الاتفاق بين الواعد والمستفيد وإنما يقوم على أساس التزام الواعد بإرادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين وقت صدور الوعد¹.

وهذا ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية كما اتضح سابقاً²، ثم سارت عليه اغلب التشريعات الحديثة التي نظمت أحكام الوعد بجائزة³، وخير مثالها المادة 162 من القانون المدني المصري التي نقل منها المشروع الجزائري المادة 115 الملغاة، أو المادة 123 مكرر الحالية كما اتضح سابقاً. ثم أن المشروع الجزائري عنون الفصل الثاني مكرر من الكتاب الأول بعنوان الإرادة المنفردة، ليتكلم بعده في المادة 123 مكرر 1 عن الوعد بجائزة باعتباره أحد تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الإرادي.

أما القانون الفرنسي، فباعتباره لا يسلم بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على النحو المتقدم، فإن الفقهاء في فرنسا يجرون أحكام العقد على الوعد بالجائزة، فلا يلتزم الواعد عندهم إلا إذا اقترن إيجابه بقبول من شخص غير معين.

أما مجرد الوعد فهو إيجاب لا يلزم، بحيث يجوز العدول عنه في أي وقت، حتى لو أتم شخص العمل المطلوب دون أن يعلم بالجائزة. وفي هذه الحالة يرجع هذا الشخص على الواعد لا بمقتضى العقد الذي لم يتم، بل بناء على قاعدة الإثراء بلا سبب.

أما إذا علم الجمهور بالإيجاب، وتحدد له مدة واطمأن الناس إلى قيامه انطلاقاً من ذلك، فليس للواعد أن يرجع في وعده إذا أثبت شخص أنه علم بهذا الوعد وقبله، إذ يصبح الواعد ملتزماً، لا بناء على إرادته المنفردة، بل على أساس عقد تم بينه وبين الواعد، وقيام الشخص بالعمل المطلوب يعتبر قبولا. وعلى ذلك لا يستطيع الواعد الرجوع في وعده إذا كان هناك شخص قبل الوعد، لأن في هذه الحالة يصبح مقيدا بعقد لا يجوز الرجوع فيه، سواء علم بهذا القبول أو لم يعلم، ذلك أن إصداره للإيجاب، يجعل كل شخص يقوم بالعمل المطلوب، مستحق للجائزة.

¹ - أنظر، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 409.

² - أنظر الصفحة 120، والصفحة 127.

³ - أنظر الصفحة 117 والصفحة 149 من هذه الدراسة.

فإذا أراد الواعد أن يرجع في وعده قبل أن يتم عقد بينه وبين أحد من الناس، وجب عليه أن يعلن عدوله بالطريقة نفسها التي أعلن بها الوعد. فإذا لم يكن أحد من الجمهور علم بالوعد وقبله قبل إعلان العدول، فإن إيجاب الواعد يسقط بالعدول، ولا يجوز صدور قبول من أحد بعد ذلك¹.

ب) شروط الوعد بجائزة:

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر، والمادة 123 مكرر 1 من القانون المدني، يتضح أن المشرع اشترط في الوعد بجائزة شروط خاصة (أ) وأخرى عامة (ب):

أ - الشروط الخاصة:

سنحاول توضيحها كالتالي:

1/- وجود إرادة جديّة وباتّة:

فلقيام الوعد بجائزة يجب أن تصدر من الواعد إرادة جديّة وباتّة تفيد معنى الالتزام النهائي وليس مجرد الدعوى إلى التفاوض، ذلك أن مصدر الالتزام هنا هو الإرادة المنفردة، والإرادة الباتّة هي الإرادة المنفردة التي ينشأ عنها الالتزام².

وتثور هنا مسألة الوعد السلبي، وهو الوعد الذي يعلن به شخص إعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين وهو يأمل ألا يتحقق هذا العمل. وأكثر ما يحصل هذا النوع من الوعد في أحوال الدعاية والإشهار، ومثاله أن يعد التاجر بإعطاء جائزة لمن يثبت وجود عيب في بضاعته وأن يعد شخص بإعطاء مبلغ معين لمن يثبت عدم مفعولة دواء معين³. ولقد مال الفقه إلى اعتبار الوعد السلبي لا ينشئ التزاما على عاتق الواعد، ذلك أن إرادة هذا الأخير يفتقد إلى الجديّة⁴.

¹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 259-260.

² - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 298؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 337.

³ - أنظر، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 393؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 403.

⁴ - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 235.

2- أن يوجه الوعد إلى الجمهور:

وهذا الشرط هو ما تصدرت به المادة 123 مكررا 1 مدني بقولها "من وعد الجمهور بجائزة"، و على هذا يجب أن تتوجه إرادة الواعد لجمهور الناس دون تحديد لشخص بعينه، ذلك أنها لو وجهت إلى شخص أو أشخاص معينين، لا تكون وعدا بالمفهوم القانوني المقصود في هذا المقام، وإنما تصبح إجبايا لا بد أن يقترن بقبول. وفي هذه الحالة نخرج من مجال التصرف بالإرادة المنفردة إلى مجال العقد¹.

ولا يعني مما سبق أن يكون الوعد موجها للكافة، وإنما يكفي أن يكون موجها لطائفة من الأشخاص غير المعينين بدواتهم وإنما يعرفون بصفاتهم، ويبني بعض الفقه المدني على هذا الشرط ضرورة أن يتم التوجه إلى الجمهور بوسيلة علنية من شأنها أن تعلم الناس بالوعد وبمضمونه، كأن يلجأ الواعد لدور النشر، كالصحف أو الراديو أو الملصقات أو التلفزيون وغيرها².

إلا إن البعض الآخر من الفقه لا يرى ضرورة هذا، ذلك أن الوعد عندهم يمكن أن يوجه للجمهور دون أن ينشر بطريق من طرق النشر. ومثالها أن يكتب شخص لممثل جماعة عن تقديمه جائزة لجمهورها عن عمل معين، ففي مثل هذه الحالة يكون الوعد موجها لجمهور هذه الجماعة وملزما للواعد حتى قبل أن يقوم ممثل تلك الجماعة بنشره على أفرادها، فإذا كان أحد أفراد الجماعة قد أتم العمل المطلوب قبل ذلك، لم يجز للواعد أن يرجع عن الجائزة لأنها تستحق حتى إذا كان العمل قد تم دون نظر إليها أو علم بها³.

3- أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة:

وهذا يعني ضرورة وجود جائزة تمنح لمن يقوم بالعمل المطلوب، ويمكن أن تكون الجائزة مادية ك مبلغ من النقود، أو شيء له قيمة مالية كأسهم أو سيارة، إلخ. كما يمكن أن تكون ذات قيمة معنوية أو أدبية، كرمز للتفوق (وسام أو ميدالية، أو كأس)، أو أي علامة من علامات التقدير⁴.

¹ - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 298؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 338-339.

² - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 299؛ خليل قداد، المرجع السابق، ص. 193.

³ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 303-304.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 405؛ خليل قداد، المرجع السابق، ص. 193.

حيث يجب أن ترد إرادة الواعد على محل مستوف لشروطه المنصوص عليها قانونا ، وهي ما تعلق بالإمكان والتعيين والمشروعية.

وبالإضافة إلى المحل، يجب أن يتوافر لإرادة الواعد سبب مشروع، ويقصد بالسبب هنا العمل المقدمة عنه الجائزة أو المخصص من أجله، ألا وهو قيام مستحق الجائزة بعمل معين، ذلك أن انعدام السبب يؤدي إلى بطلان التزام الواعد بإرادته المنفردة. وهو ما قد يحصل لو صدر الوعد بجائزة لمن سيوجد في مركز معين كمن سيولد في يوم معين دون تطلب مستحق الجائزة بأداء معين وهذا الحكم ظاهر من نص المادة 123 مكرر مدني التي تقرر أن من وعد الجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين¹.

"على أن بطلان التزام الواعد بإرادته المنفردة لتخلف السبب، لا يمنع من قيامه إذا توفر أركان مصدر آخر له هو الهبة²."

2- أحكام الوعد بجائزة:

لتحديد أحكام الوعد بجائزة، يتعين وفقا لأحكام المادة 123 مكرر1 مدني التفرقة بين حالتين، فالأولى هي حالة ما إذا كان الوعد قد صدر مقيدا بمدة يجب إتمام العمل في خلالها، أما الثانية فهي الحالة التي يصدر فيها الوعد مطلقا بدون تقييده بمدة.

أ - الحالة الأولى: تقييد الوعد بمدة:

إذا حدد الواعد أجلا للقيام بالعمل، كان ملتزما بالبقاء على وعده خلال المدة التي حددها، ذلك أن التزام الواعد التزاما نهائيا بإرادته المنفردة، بحيث لا يجوز الرجوع في وعده قبل فوات هذه المدة، كما أن الواعد بالإضافة إلى ذلك، يلتزم قبل مستحق الجائزة إذا أتم هذا الأخير العمل المطلوب قبل انقضاء هذه المدة³.

¹ - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 337؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 298.

² - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 298-299.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 340؛ خليل قداد، المرجع السابق، ص. 194؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 407.

والتزام الواعد - كما تشير المادة 123 مكرر 1- يقوم تجاه من قام بالعمل، سواء قام به بعد الإعلان عن الجائزة لأجل الحصول عليها، أو حتى ولو كان قد قام به قبل ذلك الإعلان ولا علم له بالجائزة ولم تتوجه نيته للحصول عليها، طالما أن الواعد لم يكن قد اشترط إتمام العمل اعتباراً من وقت الوعد¹.

أما إذا انقضى الأجل الذي حدده الواعد لالتزامه، ولم ينجز أحد العمل المطلوب، انقضى بذلك التزام الواعد، وإذا قام شخص بعد ذلك بهذا العمل، فلا يلتزم الواعد إلا على أساس الإثراء بلا سبب².

وتجدر الإشارة هنا إلى الحالة التي يقوم بها أكثر من شخص بالعمل، إما على انفراد، أو من جماعة متعاونة، حيث تذهب الجائزة للأسبق في الحالة الأولى، إلا إذا قاموا بالعمل في وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم وفقاً لعدد الرؤوس. أما الحالة الثانية التي يتعاون فيها عدة أشخاص في القيام بالعمل، فإن الجائزة تقسم عليهم على أساس تقدير عادل قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في إتمام العمل المذكور³.

ب - الحالة الثانية: عدم تقييد الوعد بمدة:

ففي هذه الحالة يلتزم الواعد كذلك بالوعد الصادر منه، حيث يلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب، إلا أن ما يميز هذه الحالة، أن الواعد غير ملزم بالبقاء على وعده لمدة محددة كما في الحالة الأولى، ولذا فهو يستطيع أن يرجع في وعده وعندئذ ينقضي التزامه. غير أن الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر 1 مدني، تلزم الواعد في هذه الحالة بأن يكون رجوعه بإعلان موجه للكافة، سواء كان ذلك بالوسيلة التي أعلن بها عن الوعد بالجائزة أم بوسيلة أخرى تحقق العلنية⁴.

¹ - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 237.

² - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 300.

³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 341؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 408.

⁴ - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 238.

ويتفق هذا النص مع طبيعة تكوين الالتزام بالإرادة المنفردة، إذ يقوم هذا الالتزام على إرادة واحدة، فهو يستمد منها وجوده، ومن ثم لا يبقى هذا الوعد إلا ما بقيت تلك الإرادة¹.

وعلى ذلك لا يعتد بأثر الرجوع إلا من وقت إعلانه للكافة. أما فيما يتعلق بالأثر المترتب على الرجوع فإن الأمر يقتضي أن يراعي حماية مصالح الغير والحفاظ عليها، وهنا لا يخلو الأمر من أحد الفرضين التاليين:

1- إذا لم يكن أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب، تحلل نهائياً من التزامه الانفرادي وتبرأ ذمته. غير أنه قد يوجد شخص قد بدأ فعلاً في العمل لكنه لم يستطع إكماله إلا بعد رجوع الواعد، فإن البعض يري أنه لمن بدأ في العمل أن يرجع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية دون أن يتجاوز قيمة التعويض مقدار الجائزة².

" إلا أنه لما كان مجرد رجوع الواعد عن وعده لا يعد خطأ في ذاته وإنما يعد استعمالاً لحقه في الرجوع، فإنه لا يمكن أن يكون ملزماً بالتعويض إلا إذا ثبت تعسفه في استعماله لحقه، فإذا لم يثبت ذلك، لا يكون لمن بدأ بالعمل قبل الرجوع وأتمه بعده إلا أن يرجع على الواعد طبق لقواعد الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه"³.

2- إذا تم شخص العمل المطلوب قبل إعلان الواعد العدول عن وعده، كان له مطالبة الواعد بالجائزة على أساس التزامه بالإرادة المنفردة ولو كان جاهلاً وقت العمل، هذا الوعد⁴.

إلا أن البعض يتجه إلى اشتراط " أن يكون إتمام العمل خلال المدة المعقولة التي يجري فيها القيام بالعمل، لأن الواعد لا يجب أن يبقى قائماً أبداً، والمدة المعقولة التي يجري القيام بالعمل فيها إنما تستفاد من طبيعة هذا العمل أو من ظروف الوعد، ومن ثمة نكون أمام حالة حدد فيها أجل ضمني للقيام بالعمل لا بصدد حالة لم يحدد فيها أجل للقيام به⁵.

¹ - أنظر، محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 191.

² - أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 238؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 301؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 410.

³ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 308.

⁴ - أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 300؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 410.

⁵ - أنظر، جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 308.

هذا ويتعين على من قام بالعمل أن يطالب الواعد بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الواعد عن رجوعه للجمهور (المادة 123 مكرر 1فقرة 3 مدني)، ثم قد تنشأ للشخص دعاوى أخرى غير دعوى استحقاق الجائزة اتجاه الواعد، منها دعوى التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بجزء من العمل وان لم يكن قد أكمله إلا بعد رجوع الواعد على النحو المتقدم ذكره.

والظاهر أن المشرع الجزائري أو المشرع المصري إن صح التعبير، أراد أن يقطع السبيل أمام كل محاولة مصطنعة يراد منها استغلال الواعد بعد إعلانه عن عدوله للجمهور. ومثال ذلك أن يأتي أناس بعد فترة طويلة عن إعلان الواعد عدوله، ويدعون قيام العمل المعلن عنه، في وقت يكون الإثبات قد بات أمرا شاقا وعسيرا.

ومدة 6 أشهر هي مدة سقوط لحق المطالبة وليست مدة تقادم هذا الحق. ففي غير حالة العدول من الواعد، فإن حق من قام بالعمل لا يتقادم عند المشرع الجزائري إلا بخمس عشرة سنة، ذلك أنه حق ناشئ عن التزام إرادي لم تحدد مدة خاصة لتقادمه، بحيث يسري عليه القاعدة العامة في التقادم الواردة في المادة 308 ق م ج¹.

¹ - أنظر، أجد محمد منصور، المرجع السابق، ص.239؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.343؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.410.

وبعد، فهذا الذي حاولت إيضاحه في صفحات هذا البحث، وقد خلصت فيه إلى نتائج يجدر إنهاء البحث بإبراز أهمها، وفقا للتالي:

وعليه، ظهر جليا أن القانون المدني الجزائري استمد الكثير من أحكام الفقه الإسلامي في مجال موضوع البحث (التصرف القانوني). كما أنه في كثير من المسائل يحيل صراحة على أحكام الفقه الإسلامي، ليسهل بذلك، تنفيذ المزاعم الخاطئة، التي جعلت من هذا القانون نسخة معربة عن القانون المدني الفرنسي.

وبالرغم من أن القانون المدني تضمن الكثير من الأحكام المستبطنة من الفقه الإسلامي، إلا أن تغليب الموضوعية، يفرض أن نقر أن القانون الجزائري عامة، حتى وان كان يصدر باسم الشعب الجزائري، إلا أن الأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي ما تمثل في سوادها الأعظم إلا نقلا حرفيا لمواد القانون المدني المصري في هذا الشأن، ليتضح بذلك أن فضل استنباطها من الشريعة الإسلامية لا يعود للمشرع الجزائري، إنما يعود للمشرع المصري .

وأن المشرع الجزائري مهما اقتبس من الشريعة الإسلامية عند إصداره للقانون المدني في 1975، إلا أن هذا القانون لا يزال يحتفظ بأصوله الفرنسية من جهة، ثم لا بد من الاعتراف من جهة أخرى بأن الكثير من هذه الأصول تتباعد مع أحكام الشريعة الإسلامية تباعدا مطلقا، ذلك أن هذه الأخيرة حتى وان كانت تعتبر دنيا ودين عند الشعب الجزائري المسلم، فإنها تعتبر عند غير المسلم أو المشرع الفرنسي، مجرد قانون فقط.

أنه يوجد توافق كبير بين القوانين الجرمانية والفقه الإسلامي، ولعل ما يفسر ذلك بغض النظر عن كون الشريعة الإسلامية كانت السبابة في تقريرها للأحكام المتشابهة، هو اشتراكهما في التخفيف من النظرية الشخصية للالتزام من جهة، ثم اشتراكهما من ثم في منهج واحد لاستنباط الأحكام من جهة أخرى. حيث اتضح ما يغلب على الفقه الإسلامي من نزعة موضوعية في الالتزام، وهو ما يسمى عند الألمان بالقيمة المالية. أما اشتراكهما في نفس طريقة الاستنباط، فيتمثل في عدم اهتمامهما بوضع النظريات المتناسكة، ذلك أن الفقه الإسلامي ومن ورائه الفقه الجرمني، يعالج

المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلول عملية عادلة يناسب فيها تيارا خفيا من المنطق القانوني المتسق، وما على الباحث بعدها إلا أن يكشف على هذا التيار وأن يشيد نظرية متماسكة، يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة للمسائل المختلفة.

وبالرغم من كل محاولات التشكيك في الفقه الإسلامي من حيث رقيه و جوهره وقيمه القانونية، إلا أن هذا الأخير سبق القوانين اللاتينية وقبلها التشريع الروماني، في تقرير بعض النظم الراقية والمبادئ العظيمة، لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها، وفي العصور الأخيرة فقط.

وأما ما ينبغي أن يدعى إليه، فهو القضاء الفعلي على التبعية القانونية وظواهر الاقتباس والتقليد، التي تربط مصيرنا القانوني بعجلة القوانين الدخيلة، مما يقتضي عدم الوقوف عند الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي، أو إدخال بعض الأحكام الفقهية في قوانيننا الداخلية. وفي هذا أيضا لجأنا إلى المشرع المصري بطريقة غير مباشرة، بل ضرورة تجاوز ذلك يجعل الفقه الإسلامي هو الأساس لقانوننا المدني خاصة، وفروع القانون الجزائري عامة، وذلك لن يتم إلا بإحياء دور الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة في هذا المجال، إلى دور العلامة الأستاذ ' عبد الرزاق أحمد السنهوري'، حيث أكد على أهمية المنهاج المقارن بين الشريعة الإسلامية والمنظومات القانونية الأخرى، كعامل أساسي من عوامل بعث هذه الشريعة، وفتح باب الاجتهاد فيها..

فالهدف ليس استدعاء الشريعة لتوضع في "متحف" المفاخر والنعم التي نعمت بها هذه الأمة، وإنما استدعاؤها لتكون المرجعية الحاكمة للقوانين الجزائرية، والبديل لهذه القوانين الوافدة من الغرب الاستعماري، دون أن ننسى ما نحتاجه من هذه الأخيرة من فن الصياغة والتقنين.

ولذلك لا بد من الدراسات المقارنة، التي تثبت لكل المنظومات القانونية، أن هذه الشريعة هي الأرقى، وهي الأنفع والأوفى، إذا ما قورنت بالمنظومات القانونية الأخرى، وذلك فضلا عن أنها هي تاريخ أمتنا، ومظهر عظمتها، وتجسيد عبقيتها وعزتها.

تلك الشريعة التي يقول عنا السنهوري " لو وطئت أكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهننا وفي قضائنا وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع بهذا النور الجديد، فنضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون"¹.

وخير ما يجتم به هذا البحث، هو عبارة قالها الأستاذ السنهوري قبل صدور القانون المدني المصري الجديد- أي قبل 1948-، فحتى وان كان المقصود من وراءها القانون المدني المصري آنذاك، إلا أنها تنطبق كل الانطباق على واقع القانون المدني الجزائري الآن، حيث قال في هذا الشأن: " علينا أولا أن نمصر الفقه، فنجعله مصريا خالصا، نرى فيه طابع قوميتنا، ونحس أثر عقليتنا، ففقهننا حتى اليوم لا يزال، هو أيضا، يحتله الأجنبي، والاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأحف وطأة ولا بأقل عنتا، من أي احتلال آخر، لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد، لا يكاد يتزحج عن أفقه، أو ينحرف عن مسراه، فهو ظلل اللاصق وتابعه الأمين. فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهننا، وان نفرغه في جو مصري، يشب فيه على قدم مصرية، وينمو بمقومات ذاتية، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية، ونؤدي قسطا مما تفرضه علينا الضريبة الإنسانية، ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن"².

لنتساءل بذلك: إذا كانت الجزائر قد استقلت بثورتها عن قوى الهيمنة والاستعمار، فمتى ستستقل حقيقة بتشريعاتها، وبقضائها، وبفقهها؟

ثم نختتم بحثنا بسؤال آخر مفاده: هل يوجد أصلا " قانون مدني جزائري "، لنقول بتأثره، أو عدم تأثره بالفقه الإسلامي؟

1- أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، الكلمة الافتتاحية، الصفحة، و .

2- أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، الكلمة الافتتاحية، الصفحة، د - ه .

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

أ- باللغة العربية:

- 1- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 2003.
- 2- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة، 1982، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 3- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية بمصر.
- 4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.
- 5- إسماعيل احمد ياغي، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبه العبيكان، الطبعة الثانية، 1998.
- 6- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 7- بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمد النوري، احمد عبد الرزاق عيد، أيمن إبراهيم الزاملي، محمود محمد خليل المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدرامي، وصحيح بن خزيمة، دار الجيل ببيروت، والشركة المتحدة بالكويت، الطبعة الأولى، 1993.
- 8- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 9- جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- 10- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، 2000.

- 11- جاك غستان، بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيّو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، 2000 .
- 12- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 .
- 13- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، طبعة 1994.
- 14- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه، مصادر، قواعده، نظرياته، الطبعة الثانية، 1982.
- 15- سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1996.
- 16- سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981.
- 17- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا، يحيى بن شرف النووي الشافعي، اعتنى بع محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
- 18- شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994.
- 19- صبحي الصالح، معالم الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1975.
- 20- صلاح الصاوي، تحكيم ا لشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994.
- 21- عباس حسني محمد، الفقه الإسلامي، آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، العدد العاشر، الطبعة الثالثة، 1994.
- 22- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، د د ط، مصر، 1954.
- 23- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط.
- 24- عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، 1999 .

- 25- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، المجلد الأول، والمجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 1,2,3,4,5,6 الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 27- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، 1971.
- 28- عبد السلام التبوخي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، الجزء الثالث، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، الطبعة الثانية، 1997.
- 29- عبد السند حسن يمامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التمهيد والاستدكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البر، القبس لأبي بكر محمد عبد الله ابن العربي المالكي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005.
- 30- عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 31- عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 32- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1989.
- 33- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986.
- 34- علي بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الإسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، 1994.
- 35- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- 36- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992.
- 37- مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
- 38- مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، د س ط.
- 39- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د س ط.
- 40- محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- 41- محمد أبوزهرة، بحوث في الربا، دار الفكر العربي، د س ط.
- 42- محمد أبوزهرة، تحريم الربا تنظيم اقتصادي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1985.
- 43- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2002 .
- 44- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من منتقى الأخبار، دار المدار الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
- 45- محمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 46- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998.
- 47- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981.
- 48- محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.
- 49- مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1999.
- 50- مناع القطان، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، مكتبه وهبه، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991.

- 51- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، عمان، 1996.
- 52- منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعيين والإسلاميين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.
- 53- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
- 54- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة مصححة ومنقحة، 1997.
- 55- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة معدلة، دمشق، سورية، 1997.
- 56- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985.
- 57- يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د س ط.

ب- باللغة الفرنسية:

- 1- BUFFLAN-LANORE Yavaine, Droit civil, Deuxième année, Armand Colin ,6^e édition, 1998.
- 2- CARBONNIER Jean, Droit civil, , Tome 4, Les obligations, 22^e édition, Presses Universitaires de France, 2000.
- 3- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin ,8^e édition, 1998.
- 4- LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3^e édition, 1996.
- 5- MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000.
- 6- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.

ثانيا: المراجع الخاصة:

أ- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

- 1- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001.
- 2- عبد الرحمان معاشي، البعد المقاصدي للوقف في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير مقدمة في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الموسم الجامعي 2005-2006 .

ب- المؤلفات:

- 1- أحمد تقيه، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت لبنان، 1999.
- 2- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996.
- 3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 .
- 4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 5- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، د س ط.
- 6- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء 1,2,3 ، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، 1983 .
- 7- طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د س ط.
- 8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء 1 و 2، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998 .

- 9- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 10- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- 11- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994.
- 12- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996.

ثالثا: المقالات:

- 1- حمزة أحمد حداد، الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون المعاملات المدنية، تجربة الأردن، مقال على شبكة الانترنت: www.lac.com.jo/resear38.htm.
- 2- علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، 1984.
- 3- عبده جميل غصوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية، تقارب وتباعد أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.
- 4- محمد شتا أبو سعد، معالم الالتزام الإرادي في الفقه المالكي، دراسة في أصول الالتزام عند الخطاب، بحوث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 5- فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.
- 6- وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

7- نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

V

الموضوع الصفحة
1 مقدمة:
..... الفصل الأول: مظاهر تأثر العقد بالشريعة الإسلامية في القانون المدني:
15
16 تمهيد:
17 المبحث الأول: أثر الشريعة الإسلامية في تكوين العقد:
18 المطلب الأول: وجود التراضي:
18 الفرع الأول: وجود الإرادة والتعبير عنها:
19 أولا: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:
25 ثانيا: أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة:
27 الفرع الثاني: تطابق الإيجاب بالقبول:
28 أولا: مجلس العقد في الفقه الإسلامي:
31 ثانيا: مجلس العقد في القانون المدني الجزائري:
32 المطلب الثاني: صحة التراضي والبطالان:
33 الفرع الأول: صحة التراضي:
33 أولا: نقص الأهلية:
43 ثانيا: معيار الغبن:
51 الفرع الثاني: البطلان:
51 أولا: مراتب العقد من حيث الصحة والبطالان:
67 ثانيا: نظرية انتقاص العقد:
..... المبحث الثاني: دور الشريعة الإسلامية في آثار العقد وانحلاله:
71
71 المطلب الأول: آثار العقد:
72 الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للخلف العام:
73 أولا: لا تركة إلا بعد سداد ديوان:

74	ثانيا:التصرفات المبرمة في مرض الموت:
78	الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة:
79	أولا: التعريف بنظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي:
83	ثانيا: نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري:
91	المطلب الثاني:انحلال العقد:
92	الفرع الأول:الدفع بعدم التنفيذ:
92	أولا: الدفع بعدم التنفيذ بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية:
95	ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري:
97	الفرع الثاني: الفسخ:
98	أولا:الفسخ بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية :
100	ثانيا:الفسخ في القانون المدني الجزائري:
	الفصل الثاني: مظاهر تأثر الإرادة المنفردة بالشريعة الإسلامية في القانون المدني:
	103
104	تمهيد:
106	المبحث الأول:الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين الفقه الغربي والشريعة الإسلامية:
107	المطلب الأول: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الغربي:
107	الفرع الأول : الفقه الفرنسي والفقه الألماني:
107	أولا: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الفرنسي:
110	ثانيا: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الألماني:
114	الفرع الثاني: تقدير الفقهاء:
114	أولا: تقدير ملاحظات خصوم نظرية الإرادة المنفردة:
116	ثانيا: التقريب بين النظريتين:
119	المطلب الثاني: التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية :
119	الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الإرادة المنفردة:
122	أولا: تصرفات هي عقود في الفقه الإسلامي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة:
123	ثانيا: تصرفات تتم بإرادة منفردة:
124	الفرع الثاني: حالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية:
124	أولا: الطائفة الأولى:

134	ثانيا: الطائفة الثانية:
	المبحث الثاني: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في التشريع الجزائري وحالاتها التطبيقية:
139	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام:
139	الفرع الأول: في الأمر رقم 58-75 المتضمن للقانون المدني:
145	الفرع الثاني: في القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني:
146	أولا: مصدر موقف المشرع الجزائري:
149	ثانيا: الأحكام العامة للتصرف بالإرادة المنفردة في القانون 05-10 :
151	المطلب الثاني: التطبيقات التشريعية للالتزام بالإرادة المنفردة عند المشرع الجزائري:
151	الفرع الأول: حالات التصرف بالإرادة المنفردة عند المشرع الجزائري:
156	الفرع الثاني: أهم الحالات التطبيقية للالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المدني:
156	أولا: الإيجاب الملزم:
159	ثانيا: الوعد بجائزة:
174	خاتمة:
177	قائمة المراجع:
184	الفهرس:

الملخصات

1 - باللغة العربية :

طوال العشريتين التابعتين للاستقلال، عمد المشرع الجزائري إلى إصدار قوانين جديدة للقضاء على التبعية للقوانين الفرنسية، والتخلص من مظاهر تقليدها والاقتراب منها. وعلى هذا الأساس، صدر القانون المدني الجزائري كخطوة أصيلة، متضمنا أحكاما جديدة كرد فعل وطني للتخلص من آثار الاستعمار ورواسبه، ذلك أن هذا الأخير حتى وإن كان ما يزال متأثرا بالقانون المدني الفرنسي في الكثير من أحكامه، إلا أنه أورد أحكاما جديدة تدعيما للاستقلال عن عجلة القوانين الدخيلة عن مجتمعا. ومن بين أهم الأحكام المميزة للقانون المدني الجزائري، تلك الأحكام المستنبطة من الشريعة الإسلامية، حيث احتوى هذا القانون على الكثير من الأحكام المستقاة منها، يلمس أثرها في كل من العقد والإرادة المنفردة أو ما يسمى بالتصرف القانوني، باعتباره أبرز مظاهر ذلك التأثير.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني، الشريعة الإسلامية، التأثير، العقد، الإرادة المنفردة.

2 - باللغة الفرنسية:

Durant les deux premières décennies suivant l'indépendance, le législateur algérien a mis en place un arsenal de texte législatif afin d'écarter purement et simplement la législation coloniale. Ainsi, dans le cadre de cette prolifération des lois, le législateur a adopté le code civil, lequel s'est caractérisé à première vue par son influence du code civil napoléonien.

Mais, malgré cette influence française, législateur algérien a adopté dans cette matière certaines dispositions découlant principalement du droit musulman, à savoir la Charia. Ce qui illustre parfaitement la diversité des sources du code civil algérien.

Parmi les dispositions les plus importantes issues du droit musulman, on peut citer à cet égard, les textes régissant le contrat, la volonté unilatérale, etc.

les mots clés : code civil, droit musulman, Influence, contrat, volonté unilatérale.

3 - باللغة الإنجليزية:

The shortly after independence the Algerian legislator set up an arsenal of legislative text to escape the dependence from the French legislation and his traditional effects.

For this purpose, the Algerian civil code made its appearance like first step towards the national appearances which includes new national legislative provisions and put an end to the heritage of colonialism in field.

In spite of the influence of the French civil code in the majority of these provisions, Algerian legislator implemented of the new text to reinforce the independence of Algerian legislation.

Among the most important provisions of the Algerian civil code, those rising from the CHARIAA - Islamic law - and which finds in the impact of the contract and the unilateral will or what is called the judicial act.

The Key words : The Algerian civil code, Islamic law, The French civil code, Influence, The contract, The unilateral will.