الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة و قانون

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري الجعالة أنموذجا - دراسة مقارنة -

مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة و القانون

إعداد الطالب :

فريد بوعزيز

إشراف :

- الدكتورة : ليلى جمعي

اللجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة في اللجنة
أ. د: عبد القادر داودي	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	رئيسا
د (ة) : ليلى جمعي	أستاذة محاضرة (أ)	امعة وهران	مقررا
د : أحمد عمراني	أستاذ محاضر (أ)	امعة وهران	مافشا
د : حبيب رزاق	أستاذ محاضر (أ)	امعة وهران	مافشا

السنة الجامعيـــــة :

1435 هـ – 1436 هـ / 2014 م – 2015 م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

(نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ) سورة يوسف 76

وقال أيضا :

(وَمَنْ أَرَادَ الآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا)

سورة الإسراء 19

دعـــــــاء

"اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا "

شكر و تقدير

بادئ ذي بدء أحمد الله أن أعانني و يسر لي إتمام هذا البحث ،و اسأله سبحانه و تعالى أن يتقبل هذا العمل و يكون خالصا لوجه الكريم .

للمرء لحظات يقف فيها عاجزا عن التعبير عما يختلج قلبه من عظيم الشكر و الامتنان لمن أخذوا بيده لانجاز هذا العمل و شاركوه في بناء معارفه ،فلا يجد ما يقدمه لهم سوى كلمات شكر و احترام و تقدير ،لذا من هذا المنبر أتقدم بالشكر الخالص الى الدكتورة ليلى جمعي التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث و التي لم تبخل علي بنصائحها و توجيهاتها العلمية طيلة هذا المشوار .

كما أتوجه بالشكر الجزيل الى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم قبول مناقشة هذه المذكرة ،رغم كثرة انشغالاتهم و إثرائها بملاحظاتهم المفيدة و القيمة ،فجزاهم الله خير الجزاء .

كما لا يفوتني ان أتقدم بالشكر و التقدير العميق لأساتذتي في جميع مراحل الدراسة اعترافا بفضلهم و احتراما لعلمهم ،دون ان أنسى القائمين على الكلية من اداريين و عمال .

الى جميع من ذكرت جزيل الشكر و الامتنان

الإهـــداء

- الى منبع الحنان و العطاء ،التي يصعب حصر جميلها، **و الجنة تحت** أقدامها:أمي العزيزة الغالية
- الى صاحب الفضل الكثير ، و القلب الكبير ،الذي بصبره وحبه أحاطني : أبي العزيز
- الى رفيقة دربي زوجتي
- الى فلذة كبدي و قرة عيني ابني محمد إسلام
- الى أخي وأبنائه فخرا و شرفا :آلاء ،أحمد ضياء الدين .
- الى القلوب الطاهرة و النفوس البريئة أخواتي العزيزات .
- الى زملائي طلبة الماجستير و الأساتذة ،وأخص بالذكر ابن خالتي "المختار" الذي كان خير معين
- الى كل من يعرفني

لكم جميعا أهدي ثمرة هذا الجهد

قائمة المختصرات

م : المادة

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.م : القانون المدني المصري .

ق.م.أ : القانون المدني الأردني .

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ص : الصفحة.

ج : الجزء.

ط: الطبعة

د.د ط : دون دار الطبع

د س ط : دون سنة الطبع

د.ر.ط : دون رقم الطبعة

مقدمـــــة

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من والاه و بعد :

تتبوأ النظرية العامة للالتزام منزلة سامية في عالم القانون ،فهي بمثابة حجر الأساس لأحكام القانون المدني بشكل خاص و القانون الخاص وفروعه بشكل عام، حث آن هذه النظرية تشتمل على القواعد العامة لتنظيم نشاط الأفراد و علاقاتهم ، على اختلافها و تنوعها ، تلبية لحاجاتهم اليومية من شراء و تمليك و إجارة ...بل ان أهمية هذه النظرية تتعدى فروع القانون الأخرى، كالقانون الإداري، أو القانون الدولي العام، فنظرية التصرف القانوني ،و مبادئ المسؤولية التقصيرية، و قواعد الإثراء بلا سبب ، لست مقصورة على علاقات الأفراد فيبينهم، وإنّما يمتد إعمالها و نطاقها إلى علاقات الأفراد لسلطات العامة وإلى علاقات اول في الجماعة الدولية بحسب ما يناسب القانون العام .

وهكذا، كثيرا ما يرتبط الإنسان بالتزامات من دون أن يشعر بذلك نظرا لارتباطاتها بدوامة الحياة اليومية، ومطلبات الشخص المستمرة.

ويرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الروماني ،إذ انه أول قانون ينظم هذه النظرية من حيث الصياغة الفنية القانونية ثم جاء فقهاء القانون الفرنسي القديم فاستمدوا صياغة النظرية من القانون الروماني، و أكملوا هذه الصياغة و بلوروها طبقا لتطور الزمن، و من الفقهاء الذين كان لهم الفضل في :Domat في القرن السابع عشر ،و من بعده POTHIER

ولأن نظرية الالتزام في القانون يتنازعها مذهبان أحدهما شخصي و الآخر مادي فحري أن نميز في هذا الصدد بين المذهبين في تعريفهما للالتزام ، إذ أنّ تعريف هذا الأخير يتوقف على المذهب الذي يؤخذ به .

فالمذهب الشخصي يرى أن الالتزام ليس إلا رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ،فالدائن بناء على هذا يمنح سلطة على شخص المدين تشبه إلى حد كبير السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه ، فشخص المدين طبقا لهذا المذهب محل اعتبار واهتمام ، وطبقا لهذه النظرة الشخصية للالتزام لا يجوز إحلال مدين محل مدين (فيما يسمى بحوالة الدين) ، ذلك لان الدين ملتصق بشخص المدين ،كما انه لا يتصور التزام بدون دائن ،و أشهر من قال بهذا المذهب كل من سافييني ،و بلانيول .وهوا ما أخذت به القوانين اللاتينية في الجملة

أما المذهب المادي فقد بيّن جييرك وهو من أشهر الفقهاء الألمان أن فكرة الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية بين الدائن و المدين ، بل ينظر إلى محل الالتزام ،وهو العنصر الأساسي و الجوهري، ليصبح الالتزام بذلك عنصرا ماليا

اكثر من كونه علاقة شخصية ،فينفصل عندئذ شخص المدين من الالتزام و يختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا ، العبرة فيه بقيمته المادية و بالتالي يكون الالتزام وفقا لهذه النظرة رابطة مادية بين ذمتين ماليتين لا تقف عن شخصية الدائن او المدين

و ترتب على الأخذ بالنظرة المدية للالتزام آثار بعيدة المدى ،لا يمكن تفسيرها فيما لو تم الاعتماد على المذهب الشخصي في تحديد ماهية الالتزام ،و من ذلك انه يجوز آن يتغير شخص المدين (حوالة الحق) ،كما يجوز آن يلتزم شخص لدائن غير معين كوعد بجائزة . .. مع الإشارة هنا إلى آن هذه النظرية لم تقتصر على ألمانيا فقط، إذ تولى نشرها في فرنسا نقلا عن مدرسة الألمان الفقه الفرنسي سالي اي يعتبر زعيم المذهب المادي في فرنسا [1]

و من هذا المنظور ، وبالرجوع للفقه الإسلامي و ما حوته الكتب في هذا المجال ،نجد آن الشريعة الإسلامية حتى وإن كانت تنظر إلى هذا الالتزام انه مصبوغ بصبغة مادية .ما بمال المكلف كما في الدين، وإما بعمله كما في الأجير، لكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييدا لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف لماله أو امتناعه عن عمله .

و شرع الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، إلا آن هــذه السلطة لم يمنحها الشرع للدائن كما هو الحال في القانون الروماني، بل منحها للحاكم وجعلـــها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن على ان الإجبار بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله القــدرة على الوفـــاء بالتزامــه، آما المعسر العاجـز، فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [2] حيث يتبين مع هذا ان الشريعة الإسلامية توسطت في موقفها بين المذهبين السابقين .

والقانون المدني الجزائري [3] كغيره من التشريعات نظم الالتزامات و العقود في الكتاب الثاني من المادة 53 إلى غاية المادة 673 ،غير انه بتفحص هذه المواد نجد ان المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الالتزام بصفة مباشرة و إنما تطرق إليه بصفة عرضية في المادة 54 وهو بصدد تعريف العقد،و التي صرحت :" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص نحو شخص او عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما " وهو بهذا جمع بين تعريف العقد

1- عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ،الطبعة الثانية الجديدة ،1998م ،بيروت ،ج1 ص 15

2- سورة البقرة الآية 280.

3- الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

و الالتزام مجاريا في ذلك القانون المدني الفرنسي في مادته 1101 التي نصت :" العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو اكثر نحو شخص أو اكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل" .

وبصرف النظر عما وجه للمشرع الجزائري من انتقادات فيما تعلق بخلطه بين تعريف العقد و الالتزام...، يتبين أنه تأثر بالمذهب الشخصي في تصوره للالتزام واتخاذه ، ذ كمبدأ، حيث يظهر هذا جليا في ورود مصطلح رابطة شخصية، إلا أن المشرع الجزائري استئناسا اخذ بالمذهب الموضوعي استجابة لمقتضيات الحياة المعاصرة في كثير من التطبيقات كحوالة الحق مثلا .

و لنظر إلى مصادر هذا الالتزام نجدها تتعدد ، على أن المقصود بالمصادر في هذا المقام أسبابه القانونية التي يترتب عليها نشوؤه- فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره البيع، والتزام المقترض بالوفاء سببه عقد القرض الذي نشأ بينه وبين المقرض، وهكذا فالمقصود بمصدر الالتزام الأمر الذي يولده .

وبهذا الخصوص شهد ترتيب مصادر الالتزام في القانون تقسيمين ميّز الفقه بينهما أحدهما تقليدي إذ يجمع مصادر الالتزام في العقد وشبه العقد، والجريمة ، وشبه الجريمة ثم القانون ،وقد ظل هذا التقسيم زمانا كبيرا ممتدا في النصف الأول من القرن التاسع عشر ، و التقين المدني الفرنسي احد التشريعات التي أخذت به .

غير أن هذا التقسيم وجهت إليه انتقادات لاذعة الأمر الذي أدي فيما بعد بجلّ التشريعات الحديثة إلى تبني تقسيم أخر جديد يتمثل في حصر مصادر الالتزام في خمسة أنواع هي، العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الغير مشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون، وان كانت هذه التشريعات لم تتضمن نصا يحدد صراحة مصادر الالتزام و يقسمها،وإنما استشف و استخلص ذلك من خلال تناولها لهذه المصادر بترتيب معين و في فصول متعاقبة [1]. و يكون بذلك ما هو جديد في هذا التقسيم إضافة الإرادة المنفردة كمصدر إلى مصادر الالتزام.

ومرّد هذا التقسيم إلى شيئين هما : الوقائع القانونية و التصرفات القانونية ،وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بعد استعراضه لمصادر الحقوق في الفقه الإسلامي": و اي ننتهي إليه من كل ما تقدم، أن مصادر

[1]- عبد الفتاح عبد الباقي ،نظرية العقد و الارادة المنفردة ،دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي د ر ط، 1984، د د ط ، ص 31.

الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين : التصرف القانوني والواقعة القانونية " [1]

و الوقائع القانونية هي كلّ حدث يقع يعتدّ به القانون ويرتب عليها أثرا دون أن يكون للإرادة أي دخل في إنتاج هذا الأثر، في حين أنّ التصرفات القانونية هي تلك الأعمال التي تتجه فيها الإرادة إلى إحداث أثر قانوني كإنشاء حق شخصي أو عيني أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وهذه التصرفات إما أن تكون ثنائية كالعقد ، و الذي تسري تطبيقاته على نطاق واسع من المعاملات المدنية، أو تكون أحادية مستقلة بحيث لا تكون مرتبطة بإرادة أخرى ، وهذه الصورة هي التي يطلق عليها في الاصطلاح القانوني "بالإرادة المنفردة "المعبر عنها في الشريعة الاسلامية " بالإيجاب غير المقترن بالقبول والتي تسري تطبيقاتها هي الأخرى على نطاق غير يسير من الروابط المدنية .

وعلى هذا أصبحت مصادر الالتزام بالنظر إلى وجود الإرادة و ما ترمي إليه من آثار قانونية أو عدم إحداثها لتلك الآثار ترد إلى طائفتين :مصادر إرادة تشمل كل من العقد و الإرادة المنفردة ،و مصادر غير إرادية تتمثل في كل من العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون.

و القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75 سار التشريعات تنوعت مصادرا لالتزام عنده فذكر القانون في الفصل الأول من الباب الأول ، ثم ذكر العقد في الفصل الثاني و في الفصل الثالث ذكر الفعل المستحق للتعويض ،و في الفصل الرابع ذكر شبه العقود [2]، إلا انه لم يذكر ضمن هذا التعداد لمصادر الالتزام الإرادة المنفردة . لكه ما لبث حتى استحدث في تعديله الجديد للقانون 10/05[3] المعدل للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني فصلا ثانيا مكررا معنونا إياه بـ"الالتزام بالإرادة المنفردة "

وعلى الجملة ، فمن خلال ما توصل إليه التقسيم الحديث لمصادر الالتزام (إرادية و غير إرادية) تتجلى أهمية الإرادة، وتبرز قيمة دراستها ، إلا انه وفيما يتعلق لمصادر الإرادية حتى وان أقرّ الفقه الإسلامي و القانون ما للإرادة من سلطان ودور في المجال التعاقدي من إنشائها للعقود و إنهائها لهذه العلاقة العقدية وغيرها من الآثار التي قد تحدثها إذا ما

---

[1]- عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة لفقه الغربي ، ، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 1998 ، ج1 ، ص69 .

[2]- خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،،مصادر الالتزام ،د و ج ،بن عكنون الجزائر1994 ، ج1،ص 09.

[3]- القانون 10/05 الصادر في 20جوان 2005م المعدل للأمر 58/75المتضمن القانون المدني الجزائري

عبر عنها تعبير صحيحا ، غير أنه اختلف حول بيان مصدرها و توليدها للآثار في مجال الالتزامات من غير تلاقي و توافق إرادة أخرى، فجانب من الفقه اعتد بالإرادة المنفردة واعتبرها أساس **مصادر** الالتزامات الإرادية ، فالعقد يعتبر– **وهو** اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني –المصدر الأساسي للالتزام وهو مصدر عام ، ومن ثمّ فإنّ الإرادة المزدوجة :إرادة الموجب و إرادة القابل هي مصدر الالتزام التعاقدي سواء كان العقد ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد . **ولمقابل** أنكر **انب من الفقه هذا الاتوه** ولم يعتد بالإرادة **المنفردة** كمصدر **من مصادر** الالتزامات مقتصرا على **العقود ودها** كونها **مصدر** الالتزامات الإرادية .

2- طرح الإشكال :

هل باستطاعة الشخص أن يتصرف فينشئ التزاما على ذاته بإرادته المنفردة ،من دون حاجة إلى توافق إرادة أخرى ؟ وإذا كان كذلك فإلى أي مدى يمكننا تحقيق ذلك ؟ ،هل المقصود من كل تصرف يتم بإرادة منفردة هو إنشاء التزام على **وه مطلق ؟**

بمعنى آخر: هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما فتكون مصدرا للالتزام ؟ و هل هي في هذا قاعدة عامة(مطلقة) أو خاصة (مقيدة)؟

ما موقع الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري ؟و إلى أي **مدى يمكن** أن يتوافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري بهذا الخصوص مع ما ورد في الفقه الإسلامي ؟

3- أهمية الموضوع :

ارتبطت هذه الدراسة بموضوع الإرادة المنفردة ، حيث تظهر أهمية هذه الدراسة **فطلا عن ون** أن الإرادة أساس التصرف القانوني **و**جوهره **،** في الجانب المقارن لها، و ذلك أنها من المواضيع الحديثة في **القوانين** الوضعية كونها**مصدرا** للالتزام ،إذ إنّها لم **تعد** كذلك إلا في النصف الثاني من الفرن التاسع عشر .

و نظرا كذلك للجدال و النقاش الذي لا يزال قائما حول قدرة الإرادة المنفردة على أن تكون مصدرا للالتزام فقد ظهرت نظريتان متعارضتان بهذا الخصوص تمثل الأولى الفقه التقليدي و التي تعارض اعتبارها مصدرا أصليا للالتزام ، والثانية تنسب للفقه الحديث والتي تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا أصليا للالتزام .

و بناء على كلّ هذا كان من المفيد إفراد بحث خاص للموضوع نعطي من خلاله لمحة و لو موجزة للقارئ نبيّن فيها معالم الاتجاه الصحيح و موقف المشرع الجزائري بهذا الشأن، و بالمقابل نبرز للإرادة المنفردة أهميتها في نطاق القانون و الفقه الإسلامي من خلال عرض تطبيق نموذجي للإرادة المنفردة ممثلا لها بالجعالة (الوعد بجائزة) و ما تتميز به من مرونة و سعة التطبيق بحيث يمكن تكييف الكثير من صور المعاملات المعاصرة على أثرها ، كلّ هذا بغية التطلع إلى توسيع آفاقها.

4- أسباب اختيار الموضوع :

نجد أنفسنا دائما أثناء عملية اختيار أي موضوع أمام دوافع ذاتية وأخرى موضوعية واختياري لهذا الموضوع كان لأجل معرفة مدى التوافق الموجود بين القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي انطلاقا من دراستي للمعاملات المالية ، حيث و باستقراء عدّة نصوص و في مواضيع شتى لامست توافقا كبيرا بين القانون المدني و الفقه الإسلامي بصفة عامة والمالكي منه بصفة خاصة مما دفعني هذا دفعا إلى البحث لمعرفة إلى أي مدى يمكن أن يكون هذا التوافق .

اكان من المفيد إيراد ، تطبيق عملي تحت مجهر البحث والتقصي لهذا القانون في هذا المجال في المادة 123 مكرر بصفة عامة التي استحدثها المشرع الجزائري و المادة 123 مكرر 1 بصفة خاصة المتعلقة بالوعد بجائزة و مقارنته بما ورد في الفقه الإسلامي ما يسمى بالجعالة.

ناهيك عن اقتصار الكثير من الدراسات و الأبحاث على موضوع العقد وتطبيقاته الواسعة إغفالهم لهذا الموضوع ،بالرغم من أن الإرادة هي الأساس لكل من العقد و الإرادة المنفردة.

5- منهج البحث:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على منهج وب من الاستقرائي ، الاستدلالي ،و المنهج المقارن ذ أن الموضوع يتطلب أولا ستقراء بعض النصوص و الآراء الفقهية و القانونية و الاستدلال على ذلك حسب و ضع الحاة ،و العمل على لستاط ما اشتملت عليه من أحكام ،أما المنهج المقارن فتقتضيه الدراسة بطبيعتها لإبراز أوجه الاتفاق و خلاف بين الجانبين الجانب القانوني الذي جاء به المشرع الجزائري و ما ورد في الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة المشهورة بما يتعلق موضوع الإرادة المنفردة ،على أن المقارنة ليس المقصود منها تحميل احدهما على الآخر ، ولكن من باب الكشف التقصي، في حين يبقى التحليل نتيجة لازمة أو حتمية لعملية الاستقراء و المقارنة .

كما قام البحث في هذا الموضوع على منهجية تتمثل:

- ذكر الأقوال الواردة في المسألة والتمثيل لها في كثير من الأحيان، مع ترتيب المذاهب الفقهية ترتيبا زمنيا من الأقدم إلى المتأخر، اعتمادا على الكتب الأصلية في هذا بالإضافة إلى الكتب الحديثة.

- عزو الآيات إلى سورها، بذكر اسم السورة ورقم الآية .

- تخريج الأحاديث ، وعزوها إلى مصادرها، معتمدا على ماورد في الصحيحين بدء بالبخاري ثم مسلم ،فان لم يرد فيهما الحديث لجأت إلى ما ورد في احد كتب السنة الأربعة الأخرى المشهورة ،فأذكر الكتاب و الباب ،ثم رقم الحديث وبعدها بقية المعلومات المتعلقة بالكتاب من رقم الطبعة ،وسنة الطبع ،ودار النشر ، والبلد ،ثم الجزء و الصفحة.

- عند الإحالة إلى كتاب واستعماله لأول مرة أذكر اسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب، فاسم المحقق ان وجد ،ثم ذكر رقم الطبعة وسنتها ،ثم دار النشر أو الطبع والبلد ،ثم الجزء و الصفحة ،فان لم يوجد رقم الطبعة أو دار الطبع أو سنتها أشرت إلى ذلك برموز هي مبينة في قائمة المختصرات .

وعند تكرار الأخذ أو النقل من مصدر واحد فاكتفي بذكر اسم المؤلف ثم عنوان الكتاب وأقول " المرجع السابق " لأشير بعدها للجزء و الصفحة .

أما إذا كانت الإحالة لمقال يتعلق بمجلة او موقع من شبكة الانترنيت فاني اذكر الكاتب ان وجد ثم عنوان المقال ،وبعدها المجلة و العدد والسنة و الصفحة ثم الموقع الالكتروني المأخوذ منه وتاريخ الرجوع إليه .

- وفيما يتعلق بالفهارس التي تعد للبحث مفاتيحا و للقارئ هداية فقد جاءت مفصلة حيث كانت موزعة على الشكل الآتي :

- فهرس الآيات القرآنية تم ترتيبها حسب ورودها في السور مع الإشارة إلى مكانها من البحث .
- فهرس الأحاديث مرتبة حسب ورودها في صفحات البحث أولا بأول.
- فهرس المصادر و المراجع مرتبة أبجديا بدءا باسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب، اسم المحقق ان وجد ،ثم ذكر رقم الطبعة وسنتها ،ثم دار النشر او الطبع والبلد ،ثم الجزء.
- فهرس الموضوعات

7- خطة البحث:

إجابة على إشكالية البحث و تأسيسا على المادة العلمية المجموعة اقتضى المقام تقسيم البحث إلى فصلين فضلا عن المقدمة و الخاتمة : فحمل الفصل الأول عنوان الطبيعة القانونية للإرادة المنفردة ،حيث ارتأيت افتتاح هذا الفصل بدراسة حقيقة الإرادة المنفردة وكان ذلك في المبحث الأول ، لنعرج بعدها في المبحث الثاني للاتجاهات الفقهية حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام

أما الفصل الثاني فكان مخصصا للتصرف بالإرادة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري حيث قسم الى مبحثين ، فالأول خص لدراسة موقع هذه الإرادة في كل من الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري ، ليأتي المبحث الثاني كمحاولة تطبيقية لموضوع البحث معنونا بالجعالة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري كمصدر للالتزام بالإرادة المنفردة .

و بعد هذا نرجو أن يكون هذا البحث قد أثار جانبا معتما لأبحاث أخرى تنصّب حول هذا الموضوع ، وإني بذلت جهدي - وهو جد المقل – ولا أدعي في هذا الكمال أو مقاربته فالنقص صفة ملازمة للإنسان .

نلتمس العذر من اللجنة العلمية لموقرة، إذا ما اكتنفت البحث أخطاء سواء ما تعلق منها بالمضمون أو المنهجية، فللمجتهد المخطئ أجر وللمصيب أجران.

الفصل الأول :

الطبيعة القانونية للإرادة المنفردة

الفصل الأول : لطبيعة القانونية للإرادة المنفردة

مما هو معلوم أن الإرادة هي الأساس الذي يبنى عليه التصرف القانوني ،و ترتكز عليها اغلب الالتزامات ، ويتضح هذا جليا كون التصرف القانوني يمثل اتجاه الإرادة المحضة لى إحداث اثر قانوني معين ، وكذلك من تعريف العقد حيث انه متى توافقت إرادتان على إحداث أي أثر قانوني واقترت بغيرها تحقق للعقد وجوده، فالعقد يقوم بناء على الإرادة المشتركة ، والذي يعد بمثابة المصدر الأساسي والغالب في إنشاء الالتزامات الإرادية ،و في الجملة التصرفات القانونية لا تكون لها انعقاد إلا إذا صدرت عن إرادة سليمة ، إلاانه إذا كانت الإرادة المقترنة مع غيرها أمكنها إنشاء العقد باعتباره تصرفاً قانونياً . فهل بإمكانها إذا جاءت منفردة، أن تنشئ تصرفا قانونيا ؟ أم لا ؟

للإجابة على هذا ، يقتضي المقام الوقوف على حقيقة الإرادة المنفردة، و من ثم بيان آثارها والدور أي تقوم به في مجال إنشاء الالتزامات، والخلاف الفقهي حوله، على أن الإرادة المقصودة ههنا هي التي تنشئ التزام ما في ذمة من صدرت عنه فتكون مصدرا لالتزامه، إذ أن إرادة الشخص المنفردة لا يمكن أن تكون مصدر التزام يقع على اتق شخص آخر ، حث لا يمكن لشخص بإرادته أن يلزم شخصا آخر رغما عن إرادته.

ولتبين ما سبق ارتأينا تقسيم الفصل الأول إلى مبحثين حيث كان المبحث الأول للتعرف على حقيقة الإرادة المنفردة و المبحث الثاني للاختلاف القانوني الحاصل حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

المبحث الأول: حقيقة الإرادة المنفردة

سبق القول بان العقد هو توافق إرادتين أو اكثر على إحداث اثر قانوني حيث يتبين أن أساس هذا العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته [1] ، وتحقق للعقد آثاره ، وهذا بدل على قيمة الإرادة و أهميتها العملية ،وهذا واضح فيما عرفته من تطورات عبر الزمن، حيث كان لمقتضيات الحياة و التحولات الحاصلة بالغ الأثر في إبراز دور هذه الإرادة إلى حد ما ، لاسيما في مجال الالتزامات ،إذا كان شأن هذه لإرادة مع العقد، فإن الذي يثار على بساط البحث هنا من تساؤل هو: هل بإمكان إرادة ما أن تحدث آثارا وهي منفردة ؟ ثم ما هي طرق وصور التعبير عن هذه الإرادة ؟ للإجابة عن هذه الأسئلة تطلب المقام التعرف على المقصود بالإرادة المنفردة و من ثم التطرق

[1]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، العقد و الارادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ،د ر ط، 2012، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، ص20.

إلى الآثار القانونية المختلفة التي يمكن أن ترتبها هذه لإرادة. وعلى هذا الأساس كان المطلب الأول تحت عنوان ماهية الإرادة المنفردة، ليخصص المطلب الثاني للآثار القانونية للإرادة المنفردة.

المطلب الأول : ماهية الإرادة المنفردة

لما كانت الإرادة لبّ التصرفات القانونية و قوامها، و المحور الذي تدور حوله أعمال الإنسان سواء في علاقته مع أفراد المجتمع الذي يعيش فيه أو في أعماله الخاصة التي يريد أن تسري على الغير، كان لزاما علينا في بحثنا أن نقف عند مفهوم الإرادة المنفردة منها ، ومعرفة أي إرادة يعتد بها ، و ماذا يتطلب لوجودها ، و بناء على هذا تم توزيع هذا المطلب على ثلاثة فروع

يتعلق أول هذه الفروع بتعريف الإرادة المنفردة، وثانيها في ضرورة التعبير عنها ليكون الفرع الثالث مخصصا للاختلاف بين الإرادة و التعبير عنها.

الفرع الأول: تعريف الإرادة المنفردة

الإرادة المنفردة مركب وصفي يتكون من " لإرادة " و " المنفردة" ،لذلك سيتم التطرق في هذا الفرع الى تعريف كل كلمة على حدى ، ومن ثم تم تقسيم هذا الفرع الى ثلاث فقرات .

الفقرة 01 :المعنى اللغوي :

تم تخصيص هذه الفقرة لبيان المعنى اللغوي لكل من كلمتي "الإرادة " و " المنفردة"

أولا: التعريف اللغوي للإرادة:

الإرادة مصدر أراد ،وهي منقولة عن راد يرود، إذا سعى في طلب شيء [1] ، وأصل الألف فيها الواو ، كقولك راوده : أي أراده على أن يفعل كذا ،إلا أن الواو سكنت فنقلت حركتها الى ما قبلها ، فانقلبت في الماضي ألفا ، و في المستقبل ياء ، وسقطت في المصدر لمجاورتها لإلف الساكنة ، و عوض عنها الهاء في آخره ، و يرى علماء اللغة أن الإرادة هي المشة [2]

---

[1]- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي ، ، باب "رود" ، ط 1 ، 1412 ° دار القلم، الدار الشامية ، دمشق ، بيروت، ج1ص 371

[2]- حمّد بن محمد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفض، مرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ، ، باب " رود" ،د ر ط ، د س ط ،دار الهداية ، ج8 ص 121، 122/ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ، القاموس المحيط ،تحقيق: مكتب تحقيق التراث بإشراف محمد نعيم

والى جانب كون الإرادة يراد بها المشيئة ، ترد أيضا بمعنى المحبة ، جاء في المعجم الوسيط " أراد الشيء "بمعنى شاءه و أحبه "[1] وقيل " الإرادة تكون محبة و غير محبة " وقد وردت كذلك لإرادة بمعنى الطلب ، ففي لسان العرب " وراد الكلأ يروده رودا ، وريادا وارتاده ارتيادا ، بمعنى ، أي طلبه " كما تأتي أيضا بمعنى القصد ، قال ابن منظور: "إرادتي بهذا لك أي قصدي بهذا لك " [2] كما تأتي أيضا بمعنى الأمر" كقولك أريد منك كذا أي آمرك بكذا " نحو قوله سبحانه وتعالى (... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ ...) [3] والإرادة **عبارة عن** قوّة مركبة من شهوة وحاجة وأمل، وجعل اسما لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل، أو لا يفعل"[4]

ثانيا : تمييز الإرادة عما يشابهها:

هناك ألفاظ لها شبه ب" الإرادة " نذكرها مشيرين لوجه التشابه تارة ووجه الاختلاف بينها تارة أخرى ، على أن هذه الألفاظ وغيرها قد يستعمل بعضها مقام بعض تجوزا كما أشار الى ذلك النووي في كتابه المجموع ، وان كان في الأصل تباين بينها .

أ- الإرادة و المشيئة:

المشيئة في اللغة: الإرادة، واكثر المتكلمين من أهل اللغة لم يفرقوا بينهما ،وان كانتا في الأصل مختلفتين[5]، **ومن بين من** فرّق بينهما أبو هلال العسكري إذ جعل الفرق بينهما تارة بان الإرادة تكون لما يتراخى وقته و لما لا يتراخى ، والمشيئة لما لم يتراخ وقته فقط ،وأخرى بأن الإرادة أخص من المشيئة لان المشيئة ابتداء العزم على الفعل نسبتها الى الإرادة نسبة الضعف الى القوة ، والظن الى الجزم ،فإنك ربما شئت شيئا ولا تريده لمانع، أما الإرادة فمتى حصلت صدر الفعل لا محالة .وفرق آخر هو أن المشيئة قبل الإرادة إذ المشيئة بالنسبة إلينا هي الميل الأول بعد حصول العلم بالشيء ، والإرادة هي

العرقسوسي ط 8، 1426 ، 2005 ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ، لبنان، ج1 ، ص 284./محمد بن مكرم ابن منظور الآفريقي المصري، لسان العرب ، ، فصل الراء ، ط 3 1414 دار صادر ، بيروت، ج 3، ص 188 191.

[1]- مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط ، باب الراء د ر ط ،د س ط، دار اعوة ، ج1،ص381.

[2]- محمد بن مكرم ابن منظور الآفريقي المصري، لسان العرب ، المرجع السابق ، ج3، ص187، 188.

[3]- سورة البقرة الآية 185.

[4]- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، المرجع السابق ، ج1ص 371.

[5]- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، المرجع السابق، باب" شيأ" ، ج1 ، ص 292/ وينظر ايضا: محمد بن مكرم ابن منظور الآفريقي المصري ، لسان العرب ، المرجع السابق، فصل الشين المعجمة ،ج1 ، ص103، 104.

الميل الثاني القريب بعد أن نشطت النفس إلى فعله و صممت على إيجاده [1] كذلك المشيئة في أصل اللغة الإيجاد، و الإرادة طلب الشيء [2]

ب-الإرادة و القصد :

القصد هو التوّه وإتيان الشيء [3] ويستعمل في الذهن ويراد به طلب المعنى ، وفي الخارج يراد به طلب المكان و الشيء ، فيوافق الإرادة من هذه الجهة ، لكن فرق بينهما : بأن القصد إرادة الفعل حال إيجاده فقط فإذا تقدمت الإرادة الفعل بأوقات لم يسمّ قصدا ، فلا يقال : قصدت أن أزورك غدا ، وآخرى بأن قصد القاصد يختص بفعله دون فعل غيره بخلاف الإرادة فإنها لا تختص بأي منهما . [4]

ج-الإرادة والعزم:

العزم لغة إرادة **الفعل** تقول عزمت على كذا ، إذا أردت فعله وقطعت عليه [5] ، **فالعزم** إرادة يقطع بها المريد رؤيته في الإقدام على الفعل أو الإحجام. ففرق بينهما بأن الإرادة لا تختص بفعل المريد بخلاف العزم الذي يختص بفعل العازم **عنه** [6] وهناك من فرق بينهما فقال ، أن الإرادة مرتبة دون الهم والعزم ،اذ العزم فوقها ، حيث ذكر "ان الدواعي على مراتب : السانح ثم الخاطر ثم الفكر ثم الإرادة ثم الهم ثم العزم " [7] و الذي يظهر عند الفقهاء ان الارادة مرحلة تأتي بعد العزم .

د-الإرادة و الرضا : الرضا ضد السخط [8] وهو كمال اردة وجود الشيء [9] و يختلف الرضا عن الارادة ذلك: أن إرادة الطاعة تكون قبلها والرضا بها يكون بعدها أو معها [10] حيث ان هذا الرضا يمثل الرغبة في الفعل و الارتياح له ، وإرادة

---

[1]- أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري،معجم الفروق اللغوية،تحقيق الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، ط 1 ، 1412ه مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ج1،ص35.

[2]- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس المرجع السابق، باب" شيأ" ،ج1 ، ص 292.

[3]- محمد بن مكرم ابن منظور الآفريقي المصري، لسان العرب ، المرجع السابق ، ،ج3 ، ص 353.

[4]- أبو هلال العسكري،معجم الفروق اللغوية ، المرجع السابق ج1 ، ص429. .

[5] - ي أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، اط ح ،ج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، ب " عسم" ، ط 4 1407 1407 ، 1987 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ج5 ص 1985. .

[6] - ابو هلال العسكري معجم الفروق اللغوية ،المرجع السابق ،ج1 ، ص 356. .

[7] - ، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ،تحقيق : عدنان درويش ، محمود المصري، د ر ر ط ،د س ط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ج1،ص 960، 961.

[8]- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، ج العروس من جواهر القاموس المرجع السابق، باب رضى، ج 38 ، ص 157. / محمد بن مكرم ابن منظور الآفريقي المصري ، لسان العرب ، المرجع السابق ،ج14 ، ص 323 .

[9]- ابو البقاء الحسيني ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، المرجع نفسه ،ج1، ص478.

[10]- ابو هلال العسكري ، معجم الفروق اللغوية، المرجع السابق ج1 ، ص34.

الفعل يكون قبله ، فالرضا يكون ملازما للفعل أو يأتي عقبه . وعليه فالرضا لا يطابق لإرادة ، لان المرء يريد شيئا مع انه لا يرضاه ، بمعنى انه لا يرتاح إليه و بهذا فان الرضا غير مرادف للإرادة .

٥-الإرادة والاختيار:

الاختيار معناه الاصطفاء والانتخاب والانتقاء [1] ومنه قوله سبحانه و تعالى (وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلا لِمِيقَاتِنَا) [2] أي أرادهم دون غيرهم [3] لكن تختلف الإرادة عن الاختيار ، ذلك أن هذا الأخير إرادة الشيء بدلا من غيره ، حيث أن أن أصل الاختيار الخير ، فالمختار هو المريد لخير الشيئين في الحقيقة او خير الشيئين عند نفسه من غير إلجاء أو اضطرار ،و لو اضطر الإنسان الى إرادة شيء لم يسم مختارا له ، لان الاختيار خلاف الاضطرار ، أما الإرادة فكون لفعل لم يكن بالبال غيره [4]

٦-الإرادة والتمني:

التمني هو نشهي حصول الأمر المرغوب فيه وحديث النفس بما يكون وما لا يكون فقال تمنيت الشيء أي قدرته وأحببت أن يصير إلي من المنى وهو القدر. [5] وهنا يشتبه معنى التمني مع معنى لإرادة. غير أن هناك فرقا بيّن بين التمني و الإرادة ، حيث أن التمني يقع معناه في النفس عند فوات فعل كان للمتمني في وقوعه نفع أو في زواله ضرر ، مستقبلا كان ذلك الفعل او ماضيا ، أما الإرادة فلا تتعلق إلا بالمستقبل ، ويجوز أن يتعلق التمني بما لا يصح تعلق الإرادة به أصلا وهو أن يتمنى الإنسان أن الله لم يخلقه وأنه لم يفعل ما فعل أمس ولا يصح أن يريد ذلك. [6]

---

[1]- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين تحقيق:مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي ، د ر ط ، د س ط ، د ر ومكتبة الهلال ، ج1، ص 163./ محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب ، المرجع السابق ج1 ،ص52/.

[2]- سورة الأعراف الآية 155

[3]- ابو العباس احمد بن ادريس القرافي –الامنية في ادراك النية –تحقيق مساعد بن قاسم الفالح، ط1، 1408ه ، 1988م ،مكتبة الحرمين الرياض ، ص 122.

[4] - ابو هلال العسكري ،معجم الفروق اللغوية، المرجع السابق ص 28.

[5] - محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب ، المرجع السابق ، ج15 ، ص294. - ينظر:

[6] - ابو هلال العسكري، معجم الفروق اللغوية ، المرجع السابق ص 142.

الإرادة و النية :النية لغة القصد و العزم [1] **وبين** الإرادة و النية عموم وخصوص ، فمن جهة النية نوع من لإرادة[2] **ذ** آن النية لا تتعلق إلا **بفعل الناوي و** الإرادة تتعلق بفعله و فعل غيره كما نريد مغفرة الله سبحانه و تعالى و إحسانه **ولست** من فعلنا ، فتقول أردت من فلان كذا و لا تقول نويت من فلان كذا [3]

و من ة أخرى فالنية تتعلق بالمقدور عليه و المعجوز عنه ، ولا تتعلق لإرادة إلا بالمقدور عليه [4] والنية حقيقتها **قصد** الإنسان بقلبه ما يريده بفعله وهي من باب العزوم والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات [5]

ز-الإرادة و الشهوة:

جاء في تاج العروس أن الشهوة هي نزوع النفس إلى ما تريده [6] ، و فرق بينها و بين لإرادة ، **من** أن الإنسان قد يشتهي ما هو كاره له كالصائم يشتهي شرب الماء و يكرهه ، وقد يريد الإنسان مالا يشتهيه كشرب الدواء المر، وشهوة القبيح غير قبيحة ،وإرادة القبيح قبيحة [7]

-من خلال عرض المعنى اللغوي لمصطلح الإرادة و ما تميز به عن غيرها من المفردات التي تشابهها يتبين أنها **-الإرادة -** شيء **او** ا كامنة في نفس الإنسان تتعلق بفعل مستقبلي مقدور عليه ،إذ متى حصلت صدر الفعل لا محالة،وهذا بعد أن نشطت النفس الى فعله و صممت على إيجاده .جاء في كتاب الفوائد " مبدأ كل علم نظري وعمل اختياري هو الخواطر والأفكار فإنها توجب التصورات والتصورات تدعو إلى الإيرادات والإيرادات تقتضي وقوع الفعل" .[8] وهي بهذا تدل على المعنى الذي نبتغيه. وعليه **فما تقدم من** ألفاظ أخرى حتى و إن استعملت بعضها مكان بعض **تجوزا** إلا أنها تختلف فيما بينها ، ولعل أقرب كلمة من حيث المعنى لإرادة **يمكن** أن نستعملها هي كلمة " المشيئة" .

---

[1]- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، **اط ج** ،ج **اللغة** وصحاح العربية ،المرجع السابق ج6 ،ص2516. / وينظر ايضا اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)،المعجم الوسيط **المرجع السابق** ،ج2 ، ص965.

[2]- أحمد بن ادريس المالكي ،الامنية في ادراك النية ، المرجع السابق ، ص 116.

[3]- صالح بن غانم السدلان ، انية وأثرها في **الأحكام** الشرعية ، ط 2 ، 1414ھ ، 1993م ،دار عالم **الكتب** ،الرياض ،ص112/وينظر ايضا : احمد بن ادريس المالكي، الأمنية في إدراك النية ، المرجع السابق ص120،121/شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ط3، 1412 ، 1992م دار الفكر ، ج1، ص231.

[4]- عمر سليمان الأشقر ، مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين، ط 1 ،1401، 1981م، مكتبة الفلاح، الكويت ،ص 28.

[5]- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ط1، 1994م ، دار الغرب ، بيروت ، ج1ص 240.

[6]- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من **جواهر القاموس** ، المرجع السابق ،ج38 ، ص 402.

[7] - ابو هلال العسكري ، الفروق اللغوية، **المرجع السابق** ، ص 34.

[8]- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الفوائد، ط 2 ، 1393 هـ ،1973 م ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج1،ص173. ج1،ص173.

ثالثا :المعنى اللغوي " المنفردة " : يقال ظبية مُنْفَرِدَةٌ أي انقطعت عن القطيع . وقوله "لا يَغُلّ فأردتكما ر َ ه ثعلب فقال معناه من انْفَرد منكم مثل واحد أو اثنين فأصاب غنيمة فليردها على الجماعة و لا يَغُلها، أي لا يأخذها وحُده .وناقة فاردة و مفرادّ أي تنفرد في المرعى، وامر فارد لا غير.[1] ويقال شجرة فارد أو فاردة متنحية عن سائر الشجر وناقة فاردة منفردة في المرعى والمشرب، ويقال (انفرد بالأمر) استبد ولم يشرك معه أحدا وبنفسه خلا [2] إذ يتبين من هذا أن كلمة "منفردة" يراد بها واحدة ، مذكر واحد الذي هو وتر،من غير أن يكون هناك ثان وثالث ....

الفقرة 02: المعنى الاصطلاحي:

بعد بيان المعنى اللغوي لكلمتي " الإرادة " و المنفردة " سيتم في هذه الفقرة التطرق الى المعنى الاصطلاحي (الشرعي و القانوني) لكلمة " الإرادة ".

أولا : الإرادة شرعا : هي اعتزام الفعل و الاتجاه إليه .[3]

و الإرادة بهذا المفهوم تتطلب نشاطا ذهنيا معينا ، ويتخذ التعبير عنها مظهرين ، مظهر خارجي يعبر عنه باللفظ و مظهر داخلي هو قصد المرء و نيته . و الأصل ان الإرادة الظاهرة دليل الإرادة الباطنة [4]. ويشترط في الإرادة لإنتاج الأثر الشرعي ان تكون سليمة من الآفات العقلية و غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا ، وهي في هذا لا تختلف في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الوضعي .

فالإرادة المعتبرة والمنتجة لأثرها في الشريعة لا بد من توافر قصد الالتزام بها حيث لا يكفي مجرد النطق باللفظ من دون النية او القصد ، ذلك ان التصرف المجرد عن القصد كتصرف الهازل لا يعتد به شرعا ما دامت إرادته لم تتجه الى إحداث الأثر الشرعي على أن الهزل في التصرفات القولية يتحقق بقرائن الحال التي تدل مثلا على ان المتكلم هازل او بتصريح مقارن لعقد من الطرفين...مع الأخذ بعين الاعتبار المستثنيات الثلاث التي أعطى فيها التشريع لإسلامي التصرف القولي الظاهر نتائجه كاملة دون نظر الى الإرادة الحقيقية وهي النكاح و الطلاق و الرجعة [1] في قول الرسول صلى الله عليه وسلم:" ثَلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلاقُ وَالرَّجْعَةُ " [2]

---

[1] - ابن مظور، لسان العرب، المرجع السابق ، ج3 ، ص331.

[2] - إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار ، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 679-680.

[3] - مصطفى احمد الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، ط 1 ، 1418 ، 1998 ، دار القلم، دمشق،ج 1ص451.

[4] - عبد الرحمن الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، ط2، 1968 دار الفكر ، ص 306.

ثانيا: الإرادة في القانون:

يقتضي الأمر أولا هنا أن ننوه على انه لم يرد في القانون تعريفا للإرادة و إن تم التطرق اليها من جوانب أخرى ، ولعل السبب في ذلك كونها صفة او حالة كامنة في النفس كما و سبق أن تقرر كشف حقيقتها اللغوية، وعلى اثر ذلك ارتأينا معالجتها من منظور علماء النفس على اعتبار أنها ظاهرة نفسية أولا ، لنصل بعدها إلى حقيقتها القانونية .وعليه يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها قبل ان تخرج للوجود تمر بمراحل :

المرحلة الأولى: مرحلة التصور وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه .

المرحلة الثانية : مرحلة التدبر وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات و النتائج .

المرحلة الثالثة : مرحلة التصميم وفيها يبث الشخص في الأمر ، وهذه المرحلة هي جوهر لإرادة أو لإرادة نفسها .

المرحلة الرابعة : مرحلة التنفيذ و التي ينقل فيها الشخص ارادته من كامن نفسه الى العالم الخارجي ، فيفصح عن إرادة معينة تتجه إلى إحداث اثر قانوني معين .[3]

و الإرادة كما يظهر من هذا التحليل مسألة نفسية تستدعي نشاطا ذهنيا معينا ، وفي عالم القانون كما هو معلوم أن المشرع يشترط فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعا بنصيب معين من القوة الذهنية ، و هذه القوة لا تتوفر إلا اذا بلغ الشخص سنا معينة ، وكان سليما من سائر الآفات العقلية ، غير انه حتى مع توافر هذا الشرط قد تصادف لإرادة ظروفا تحد من حريتها و سلامتها كالإكراه و الغلط و التدليس و الاستغلال ، لذا يتطلب المشرع براءتها أو سلامتها من هذه العيوب كذلك[4]. حيث بينت المواد القانونية من ق.م.ج هذه العيوب في المادة 81 الى غاية 90.

فالمقصود اذا بالإرادة في حقل الروابط القانونية هي الإرادة المتجهة الى إحداث أثر قانوني معين ،بمعنى تلك لإرادة الجدية التي لا تدع مجالا للشك في ان من صدرت عنه يريد الارتباط به ويقصد إنشاء الالتزام .ولذلك لا يعتد بإرادة تصدر على سبيل الهزل ، ولا بإرادة من يسعى الى مجرد القيام ببعض المجاملات الاجتماعية كدعوة الى تناول الطعام أو الى نزهة

---

[1]- مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق ،ج1، ص 446،447.

[2]- ابن ماجة ، سنن ابن ماجه، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب من طلق او نكح او راجع لاعبا ،رقم 2039 د رط ،د س ط ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج 1ص 658.

[3]- أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،ط 1، 2002م، الجامعة الأردنية ،ص43

[4]- نقية محمد ، لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون و الشريعة الإسلامية ، درط ، 1984 ، د م ج،ص25

أو أي خدمة مجانية ،كما لا يعتد أيضا بالإرادة في حالة اضطراب الفكر كما في في حالة الجنون و الغيبوبة لانها تكون معدومة الوجود .[1]

الفقرة 03 :

سنبين في هذه الفقرة المعنى الاصطلاحي لمجموع كلمتي "الإرادة المنفردة "

أولا : المقصود بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي :

جمعا بين كلمتي " الإرادة " و المنفردة" أو فيما يطلق عليه البعض" التصرف الانفرادي " أو"التصرف الأحادي" او" المشيئة الواحدة" [2] يمكن القول بأنه مصطلح فقهي حديث الاستعمال لم يظهر في الفقه الإسلامي، ولم يطلقه الفقهاء المسلمون الأولون وإنما تم استعماله من قبل الفقهاء المسلمون المتأخرون ، ولعل ذلك يرجع الى شمول العقد بمعناه العام . ويراد بهذا المصطلح " القصد اي إذا صرّح به المكلف ترتّب عليه حكم شرعي دون توقف على قبول طرف آخر ومثاله: الوقف، والنذر، والوعد الملزم، وإذن الصبي المميز، وعزل الوكيل، وإسقاط حق الشفعة، والإبراء، والجعالة، وإجازة العقد الموقوف". [3] وهناك من عرفه بأنه : "القصد الذي يستطيع وحده إحداث الأثر الشرعي دون الحاجة الى ان ينضم اليه قصد آخر حقيقة أو حكما او اعتبارا ".[4]، وقد عرف التصرف الانفرادي كذلك بأنه "كل تعبير عن لإرادة يتم وينتج أثره بإرادة صاحبه وحده "[5] وأيا كانت التسميات للتصرف الانفرادي فكلها تطلق على لإرادة الواحدة التي تترتب عليها اثار شرعية دون الحاجة الى طرف آخر يصدر عنه القبول[6]

ثانيا : المقصود بالإرادة المنفردة في القانون : أما عن مفهوم هذا المصطلح في القانون فيعبر عليه بأنه عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثارا قانونية معددة.[7]

---

[1]- لبني مختار ، وجود الارادة وتاثير الغلط عليها في القانون المقارن ، د ر ط ،1984، د م ج ، بن عكنون ،الجزائر ، ص 07.08

[2] احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، درط ، 1981، مكتبة عين شمس ، ج1ص 213./ مصطفى ابراهيم الزلمي ، الكامل الزلمي في الشريعة و القانون ،الالتزامات في ضوء المنطق و الفلسفة ، ط1 ، 1435، 2014، نشر احسان ، العراق ، ص 14/.

[3] -محمد زكي عبد البرّ ، التصرفات و الوقائع الشرعية ، ط1، 1402، دار القلم ، الكويت ، ص 52.

[4]- علي محي الدين علي القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود ،دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون المدني ط 1 ، 1985، دار البشائر الإسلامية بيروت ، ، ج2 ، ص 1024.

[5]- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني،دراسة موازنة بالفقه الاسلامي و المدونات المدنية العربية ، د ر ط ،1996، دار الثقافة ، عمان ، ص 24.

[6]- علي محي الدين علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق ، ج2 ، ص 1031.

[7]- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ،المرجع السابق ، ص367.

- وسا سبق يمكن تعريف الإرادة المنفردة : بأنها تصرف انفرادي متجه الى إحداث أثر قانوني أو شرعي .

على أن الإرادة التي محل دراسة بحثنا هاهنا هي الإرادة التي تتجه الى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام ما في ذمة من صدرت عنه.اذ يتبين مع هذا التعريف الفرق بين التصرف الانفرادي وبين العقد الملزم لجانب و احد، ذ أن هذا الأخير لا ينشأ إلا بتطابق إرادة شخصين، فهو ثنائي من حث انعقاده وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة أحدهما ، أما التصرف بالإرادة المنفردة فهو أحادي من حث مشوئه ،إذ أنه عمل قانونيا صادر من انب و احد.

الفرع الثاني : ضرورة التعبير عن الإرادة :

الإرادة حتى ولو كانت في نفس صاحبها وانعقد عزمه على إمضائها فإنها تبقى مجرد واقعة نفسية تكمن في نفس صاحبها لا يعلمها إلا هو، ومن ثم لا يعتد بها ولا يترتب عليها أثر .ولهذا لا بد أن تخرج هذه الإرادة من نفس صاحبها باتخاذ مظهر ا ر يؤدي إلى التعبير عنها، فالتعبير عن الإرادة إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى نطاق الظواهر[1] وهذا الإفصاح أو التعبير عن الإرادة قد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمنياً .

والتعبير الصريح هو اي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة، أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس فقد يكون التعبير الصريح مشافهة باللسان أو بالكتابة(رسمية كانت أو عرفية ، موقعة او غير موقعة ، مكتوبة باليد أو بالآلة) أو مخاطبة بالإشارة غير المبهمة، ذلك أن الإشارة المعتبرة هي الشائعة الاستعمال ولو اءت من الآخرس او غيره إذا تواضع الناس على دلالتها، هز الرأس عموديا للقبول وهزه أفقيا لرفض او مكاتبة في شكل محرر او نشرة او اللان ،وبالاضافة الى هذه الأمور فقد اعتبر القانون من أنواع التعبير الصريح كذلك اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود كوقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك فهذا إيجاب صريح معروض على الجمهور ، فكل هذا يعتبر تعبيراً صريحا[2]

اما التعبير الضمني هو الذي لا يستدل منه على وجود لإرادة الا بطريق غير مباشر، فالإرادة فيه لم تتخذ للتعبير عنها وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عنها ، وان امكن استنباطها من موقف يتخذه الشخص فيرجح معه أن إرادته قد

---

[1] - جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، درط، 1995 م ، ، دار النهضة العربية، القاهرة الكتاب الأول ، ص 86.

[2] - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،د ر ط ، 1983م المؤسسة الوطنية للفنون ، مطبعة الرغاية ،ص 24/ انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،المرجع السابق ص 46.

انصرفت الى معنى معين كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار دليل على انه يريد تجديد لإيجار اصة اذا قام بإعمال تزيد من ترجيح هذا المعنى كمن يقوم مثلا بتركيب الهاتف في العين المؤجرة ...[1].

و الأصل أن التعبير الضمني له نفس القيمة القانونية المقررة للتعبير الصريح. مع الأخذ بعين الاعتبار أن القانون قد يوجب في بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص كما هي الحال في العقود الشكلية اذ لا يكفي التعبير الضمني لانعقادها بل ولا التعبير الصريح.[2] وهذا لتنبيه المتعاقد على خطورة التصرف القانوني الذي يقدم عليه ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري بخصوص انعقاد الرهن الرسمي في المادة 883 ق.م لكون هذا التصرف يحمل الكثير من الخطورة ، ولهذا استلزم المشرع شكلا خاصا و المتمثل فيي الورقة الرسمية لانعقاده. و عليه يمكن القول بأنه يصوغ التعبير الضمني حين انعدام النص في القانون ، او عند عدم اتفاق الطرفين على التعبير الصريح وفقا للمادة 60 من .ق.م.ج في الفقرة 2.

وفي الجملة سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا فلا بد من ضرورة التعبير عن الإرادة بوسيلة مادية تكشف عن الإرادة الجدية لصاحبها حتى يعتد بها القانون.

أما فقهاء الشريعة لإنهم يكادون يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها للحكم الشرعي ، و تقصيا لهذا ، ومن خلال ما حوته كتب الفقه الإسلامي نجد التعبير عن الإرادة ضرورة بما كان ، وعلى هذا و بدءا بما ورد في كتب الأحناف، نجد في المبسوط :" لأن ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل ...لا ينعقد أصل العقد بها "[3] وقال ابن عابدين : "ان البيع لا ينعقد بالنية "[4]

---

[1]- عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط3 الجديدة، د س ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، المجلد الاول ، ص189 / عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة لحق ، ط1 ، 1999م ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ص 153.

[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه ، المجلد الاول ، ، ص 190.

[3] - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، د ر ط ، 1414ه ، 1993م، دار المعرفة ، بيروت، ج13ص46.

[4] - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ط 2، 1412ه ،1992م ، دار الفكر، بيروت ، ج4ص 516.

وغير بعيد عن هذا ذهب المالكية اذ جاء في مواهب الجليل : " لا يلزم البيع بالنية "[1] و في الذخيرة : "لو رضي بانتقال ملكه من غير قول ولا فعل لم ينتقل الملك " [2]

و ما ورد عند الأحناف و المالكية من ضرورة إظهار الإرادة لا يختلف عما جاء به الشافعية ففي كتاب الأم : " و النية لا تصنع شيئا ...فالنية إذا لم يكن معها كلام أولى أن لا تصنع شيئا "[3] و في روضة الطالبين " و النية لا تعمل وحدها "[4] وورد في نهاية المطلب : "فالنية بمجردها لا تعمل عملاً "[5]

ومما جاء في كتب الحنابلة بهذا الشأن ما ورد في إعلام الموقعين: "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا و دلالة على ما في نفوسهم ، إذا أراد احدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده و ما في نفسه بلفظه ، ورتب على تلك لإرادات و المقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ و لم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة قول او فعل و لا على مجرد الألفاظ ، ....بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به او تتكلم به و تجاوز عما تكلمت به مخطئة او ناسية او مكرهة او غير عالمة بها ،....."[6]

وهكذا ، يستفاد من استعراض هذه النصوص لمختلف المذاهب الفقهية الى ضرورة التعبير عن الإرادة ذلك لانه جزء جوهري لا ينفصم عن مجموع الظروف التي يتألف منها التصرف القانوني ، وان اشتراط إظهار الإرادة ليس معناه ان الفقه آن الفقه الإسلامي ذو نظام شكلي ، ذلك ان الشكلية معناها فرض شكل معين ، فالفقه الإسلامي لم يشترط شكلا معينا بل أي طريق من طرق التعبير يصلح للإفصاح، على انه لا مناص من وجود طريق لهذا الإفصاح.[7]

---

[1]-شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق ،ج4 ، ص 239.

[2]-شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة ، ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 388.

[3]- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، م ، د ر ط ، 1410ه، 1990م، دار المعرفة، بيروت ، ج4 ص121.

[4]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق: زهير الشاويش، ، ط 3 ، 1412هـ / 1991 م، المكب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان،، ج8،ص58.

[5]- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجو يني، أبو المعالي ، الملقب بإمام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب ط 1، 1428ه ،2007م دار المنهاج، ج18ص337.

[6]- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ، تحقق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط 1 ، 1411ه ، 1991م ، د ار المكب العلمية ، بيروت ، ج3 ص 86.

[7]- محمد وحيد الدين سوار ، التعبيرعن الارادة في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 49.

الفرع الثالث: الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها.

الإرادة وان كانت ظاهرة نفسية إلا أنها عند إعلانها إلى العالم الخارجي تصبح ظاهرة اجتماعية، وإذا كان التعبير عن الإرادة أي الإرادة الظاهرة مطابقا للإرادة الحقيقية الكامنة في النفس أي الإرادة الباطنية فلا صعوبة في الأمر اذ الآخذ بالإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة يؤدي إلى نفس النتيجة لتطابق الإرادتين، لكن قد تختلف الإرادة كظاهرة نفسية عن الإرادة كظاهرة اجتماعية بمعنى تختلف لإرادة الكامنة عن لإرادة المعلنة بسبب من الأسباب كغموض في التعبير مثلا أو خطا فيه وفي هذه الحالة يصح التساؤل بأي لإرادتين يؤخذ ، بالإرادة الكامنة (الباطنة) ام بالإرادة المعلنة (الظاهرة) ؟.[1]

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الرجوع الى النظريتين التي تتنازعانه وفي هذا الصدد يذهب الفقه و التشريعات مذاهب متعددة ، فهناك اتجاه يميل الى تغليب لإرادة الباطنة على لإرادة الظاهرة واتجاه آخر يميل الى العكس ، أي تغليب الإرادة الظاهرة على لإرادة الباطنة. ، كما ان للفقه لإسلامي موقفه في هذا الموضوع .

الفقرة 01: نظرية الإرادة الباطنة

أخذ بهذه النظرية المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي ، اذ تعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة ، حث يرى أصحاب هذه النظرية أن الإرادة النفسية أي الكامنة في النفس، هي الأصل بل هي الروح، وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلا مجرد ثوب ترتديه لتعرف عليها.فالتعبير عن الإرادة ما هو إلا مجرد وسيلة مادية لابد منها لكشف عن الإرادة، وبالتالي لا يؤثر بأي شكل كان على مضمونها،فما دامت إرادة الشخص (المتعاقد) هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه يجب البحث عن هذه لإرادة فيما تنطوي عليه النفس ،فهذه الإرادة التي جالت في الخاطر و انعقدت في الضمير هي التي يعتد بها ، و هي لب التصرف و قوامه ، فكما أن العبرة ليست بالرداء بل بشخص من يرتديه فكذلك يجب ان يكون التعويل لا على التعبير في ذاته بل على لإرادة التي قصد التعبير عنه ، وما مظهر التعبير الا دليل عليها، و لا يعتد به الا بالقدر الذي يفصح عنه بالإرادة الباطنة بأمانة ودقة ، وانطلاقا من هذا على القاضي ان يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير . وما يلاحظ في هذا المجال ان انصار

[1]-انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص43./ لبني مختار ، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، المرجع السابق ، ص09.

هذا المذهب لا يهملون الإرادة الظاهرة كل الإهمال ،بل يعتبرونها دليلا على لإرادة الباطنة [1] و من ظاهر مسارة المشرع الفرنسي 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 للألفاظ حيث يقابل هذا قول فقهاء الشريعة : العبرة بالمعاني لا بالألفاظ و المباني [2]

الفقرة 02: نظرية الارادة الظاهرة :

لقد اخذ الألمان بنظرية الإرادة الباطنة إلا انه و في النصف الثاني من القرن 19 بحث فقهاؤهم في هذه النظرية و خرجوا من ذلك بان هذه الارادة النفسية لا يجوز ان يكون لها اثر في القانون فهي شيئ كامن داخلي في النفس لا يصح ان يحاسب عليه الإنسان ، بل العبرة في الإرادة التي تنتج أثرا قانونيا بالإفصاح ، وعلى ذلك يجب الاعتداد بالإرادة الظاهرة أي بالحقيقة الاجتماعية دون لإرادة الباطنة ، لان في هذا ما يضمن سلامة المعاملات و استقرارها ، ولا يتطلب أصحاب هذه النظرية ان يأخذ الإعلان شكلا معينا بل يكتفون بمجرد الإعلان سواء اتخذ طريقا صريحا ام طريقا ضمنيا ،فالتعبير هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون ان يحيط به.وقد اصطلح على هذه النظرية بنظرية " الإفصاح عن الإرادة ".[3] و الحقيقة أن الإرادة الظاهرة ما هي الا مظهرا من مظاهر المذهب المادي الذي تقوم عليه المدرسة الألمانية، و الجدير بالذكر هو انه كما أن أنصار مذهب لإرادة الباطنة لا يهملون الإرادة الظاهرة على نحو مطلق فان انصار مذهب رادة الظاهرة بدورهم لا يهملون الارادة الباطنة حيث يشترطون ان يكون وراء هذا المظهر ارادة كامنة الا انها مقصورة على ارادة التعبير لا ارادة احداث أثر قانوني .[4]

اما فقهاء الشريعة اختلفوا في مسألة تغليب النية على العبارة أو العكس ،اذ لهم في هذا الموضوع اتجاهان ، اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية و اتجاه يلاحظ فيه النوايا و البواعث الذاتية .

---

[1]- وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص 281، 182./ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ،نظرية العقد و الارادة المنفردة ، ط4 ،1986، مطبعة السلام ، المجلد1 ،ص144.

[2]- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق ، المجلد الاول ص191

[3]- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص 192/ علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام، ط5، 2003 ،د م ج ،ن عكنون الجزائر،ص 32/. انور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، المرجع السابق ص 44.

[4]- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق، ص 89-35./ محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي المرجع السابق ، ص 283،282.

اما الاتجاه الاول فهو مذهب الشافعية والأقرب إليهم في هذا الحنفة في بعض فروعهم الذين جنحوا الى هذا الاتجاه ، اذ يأخذون بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة ، ومن حجج هذا الاتجاه في ذلك ان الالفاظ ما هي الا ترجمة لما يجول في النفس من أغراض و نيات ، و لا اعتبار لها من هذه الناحية ، فهم حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب او الباعث ذلك ان فقههم ذو نزعة موضوعية كالفقه الجرماني ، والسبب او الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات ، ولا تأثير للسبب أو الباعث إلا إذا كان مصرحا به في صيغة التعاقد أي تضمنه الارادة الظاهرة كمن اجر داره للغناء او للخمر وغيرها من المعاصي فاذا لم يصرح به في صيغة العقد بان كانت الارادة الظاهرة لا تتضمن باعثا غير مشروع فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من ايجاب و قبول أهلية و غيرها ،ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ، لكنه مكروه حرام، بسبب النية غير لمشر وة[1]. وبناء عليه قال الحنفية والشافعية بصحة بعض العقود مع الكراهة التحريمية عند الحنفية والحرمة أو الكراهة أحيانا أخرى عند الشافعية ومثال ذلك: ما قالهَ الشافعي رحمه الله تعالى: " واكره بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصي الله به ولا أنقض البيَع "[2] وَرْدي : " وإنما كرهنا بيع العصير من التمر والزبيب والعنب على من يعصر الخمر وبيع اللصوص وقطاع الطرق وأهل البغي لما فيه من معونتهم على المعصية وإن كان البيع صحيحا لأمرين:أحدهما: أن المعصية ليست في الحال وإنما هي مظنونة في ثاني الحال فلم يمنع صحة البيع في الحال.والثاني: أنه قد يجوز أن لا يعصي الله تعالى به فيجعل العصير خلا ويجاهر بالسلاح في سبيل الله تعالى. "[3] وجاء في نهاية المطلب : " بيعُ ما يتخذ منه الخمْرُ ممن يعلم أنه سيتخذ منه الخمرَ صحيح، ولكن البائع متعرضٌ لارتكاب محرّم.... وبالجملة الإعانةُ على المعصيةِ محرَّمة.وإن لم يظهر العلمُ، وظن البائعُ ذلكَ ظنّاً، كرهنا ما جاء به.وبيعُ السلاحِ من قطّاعِ الطريق من المسلمين، وأهل العرامَة صحيحٌ، والقول في التحريم والكراهة كما ذكرناه.[4] وجاء في المجموع : " يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح فان تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا وانه يعصى بهذا السلاح ففي تحريمه وجهان...

---

[1]- وهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلتُهُ، ، ط4،د س ط ، دار الفكر ، دمشق، سورية ، ج1،ص216، 217، 219.

[2]- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، المحقق: لشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، ط 1 1419، ـ 1999، ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ج5 ص 270.

[3]- عبد الله بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب، المرجع السابق، ج 5، ص 278، 279.

فلو باعه صح على الوجهين وان كان مرتكبا للكراهة أو التحريم "[1] و عن السرخسي انه قال :" أن بيع الكرم ممن يتخذ الخمر من عينه جاز لا بأس به وكذلك بيع الارض ممن يغرس فيها كرما ليتخذ من عنبه الخمر وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس وكره ذلك أبو يوسف ومحمد(رحمهما الله) استحسانا لان بيع العصير والعنب ممن يتخذه خمرا اعانة على المعصية وتمكين منها وذلك حرام "[2].

أما الاتجاه الثاني فهو مذهب المالكية و الحنابلة ، اذ يفتشون على النيات وينظرون الى القصد أو الباعث، مع وضع معايير موضوعية للوصول إلى معرفة هذه الإرادة، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع او كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف و القرائن التي تدل على القصد الخبيث[3]، ونجد هذا واضحا في مسألة بيع العصير ممن يتخذه خمراً و مسائل أخرى ، وفي هذه الشأن يقول ابن قدامه: "إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملا مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل "[4] هذا وجاء كلام المالكية متفقا مع ما ذكره ابن قدامه ففي منح الجليل: " ويمنع بيع الدار لمن يتخذها كنيسة والخشبة لمن يتخذها صليبا والعنب لمن يعصره خمرا والنحاس لمن يتخذه ناقوسا وكل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز كبيع جارية لأهل الفساد..."[5] و جاء في النوادر و الزيادات : "وكذلك بيع الكرم إن خيف أن يشترى للعصير خمراً لم يجز بيعه منه وإن كان مسلما. وأما الرومي فلا يجوز بحال لأنه هو شأنهم. ونهى عنه ابن عمر وابن عباس وعطاء والأوزاعي ومالك وغيرهم..."[6].

---

[1] - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ،د ر ط، د س ط ، دار الفكر ، ج9،ص353.

[2] - شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط ، المرجع السابق، ج24 ، ص26.

[3] - أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني المرجع السابق ، ص 44-45/ محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الاسلامي ،تاريخه و مصادره ونظرياته العامة ، ط2 ، 1996م دار الكتاب الحديث ،ص 568.

[4] - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، د ر ط ، 1388هـ ،1968م ، مكبة القاهرة ، ج4 ،ص168.

[5] - محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، د ر ط ، 1409هـ ، 1989م ، دار الفكر ، بيروت ،ج4 ،ص 443.

[6] - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأمهات ، تحقيق محمد حجي ، ط 1 ، 1999م ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ج 14 ،ص295.

وفي الجملة فان هذا الاتجاه يأخذ بنظرية السبب أو الباعث أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني، حيث انه إذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، و ان كان غير مشروع فالعقد باطل لما فيه من إعانة على الإثم و العدوان .

و الخلاصة أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد و النيات و لو لم تذكر بالعقود، بشرط ان يكون ذلك معلوما للطرف الآخر أو كانت الظروف تحتم علمه لان النية روح العمل ولبه [1]

الفقرة 03:- مسلك المشرع الجزائري من الارادتين :

بالرجوع الى القانون المدني منه و استقراءا لنصوصه ، يستخلص أن أحكامه تأرجحت بين نظرية الإرادة الباطنة و نظرية الإرادة الظاهرة حيث انه تبنى اتجاها وسطا ،على أنه أخذ بالارادة الباطنة بصفة عامة (كأساس) ،مع عدم اهماله للارادة الظاهرة حث انه اعتد بالارادة الظاهرة الى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات [2]

أما عن اخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة فيظهر جليا في الفقرة 2 من المادة 60 وهذا نصها : "يجوز ان يكون التعبير ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا ." كما نجد في تكوين العقد ان ق.م.ج لا يعتد إلا بالإرادة الحرة المختارة السليمة من العيوب ، و لذلك يعد الغلط (م81) والتدلس (م86) و الإكراه(م88) وستغلال (م90) عيوبا تجيز طلب إبطال العقد و هذا الإجراء لا يفسر إلا على أساس الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة .

و كذا الفقرة 2 من المادة 111 من ق.م.ج، و م 318بقولها : "و يعتبر إقرارا ضمنيا ان يترك المدين تحت يد الدائن مالا مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين". ونجد م 98 الفقرة الثانية ق م.ج المتعلقة بالسبب، أنها قررت الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، والاستثناء هو الرجوع إلى الإرادة الباطنة .

و من ناحية أخرى نجد ان المشرع الجزائري في بعض أحكامه غلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ،

ومن الأمثلة التي اخذ فيها المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة المادة 60ف 1 بقولها : " التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة ، او بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه. " ، يضاف الى هذا المادة 111ف 1و التي جاء نصها كالاتي :" اذا كانت عبارة العقد و واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من

[1] -وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته ، المرجع السابق، ج1 ، ص 220 .
[2]-ليتي مختار ، وجود الارادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 18.

طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين "، ضف الى ذلك هنالك مواد اخرى كالمادة 61 ، م 62، 68 م 505... وغيرها .

هذا " و قد صار الفقه الحديث في عملية يسلم بان سلطان القانون لا سلطان الإرادة هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة ، وان القانون يستند في ذلك الى أسباب معينة منها الإرادة ذاتها ، ومنها الاستقرار الواجب للمعاملات ، لذلك فالقوانين الوضعية لا تركن لا للإرادة الباطنة وحدها ، و لا للإرادة الظاهرة وحدها ، وانما تجمع بينهما في حدود تختلف من قانون لآخر" .[1]

ومما سبق تبرز فلسفة القانون المدني الجزائري في محاولة منه لضمان استقرار المعاملات ، حيث انه و ان كان أمينا على نظرية الإرادة الباطنة الا انه خفف من الآخذ بنتائجها بصفة مطلقة حين اخذ بالإرادة الظاهرة في بعض أحكامه . ذلك ان مصدر هذه الفلسفة هو الفقه الإسلامي الذي اخذ طريقا وسطا قوامه الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة .[2]

المطلب الثاني: قدرة الإرادة المنفردة على توليد وترتيب آثار قانونية مختلفة:

لا شك انه إذا ما اقترنت إرادتين و تطابقا واتجهتا إلى إحداث اثر قانوني ، سيكون لذلك الآثر وجوده ،لا سيما اذا لم تشب تلك لإرادة بعيب من العيوب إلا آن اي اثير في هذا المجال كان حول مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء بالاعتبار أنها عمل قانوني يصدر من جانب واحد .

و للبحث في مدى مكانية هذه الإرادة على ذلك ، بدا آن يتم التعرض لصلاحية هذه لإرادة في ترتيب الآثار القانونية بدا إنشاء الالتزام ،ليتسنى بعدها الوقوف عند مدى قدرة لإرادة المنفردة لان تنشئ الالتزام .والجدير بالذكر انه لا يوجد خلاف بين الفقهاء حول قدرة لإرادة المنفردة على ترتيب آثار قانونية مختلفة بشكل عام ، فالتصرف لاردة المنفردة

[1] - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الجديد ، مصادر الالتزام ،شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقتها القضائية ، ط1، 1996، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية،ص 73 .

[2] - العربي بلماج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ، التصرف القانوني،العقد والإرادة المنفردة، ط3، 2004 ، د.م.ج، الجزائر، ج 1ص 64/ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص96.

عمل قانوني يوجد و يرتب آثاره القانونية بإرادة واحدة [1] فالاردة المنفردة قد تكون مصدرا لوجود حق عيني ، كما قد تكون سببا لانقضاء بعض الحقوق وانتهائها [2]

وجملة القول أن التصرف الناشئ عن الإرادة المنفردة التي تحدث آثارا قانونية مختلفة أنواع ، لذلك تم إيراد ماذج على سبيل المثال لا الحصر ، في هذا المطلب الذي وزع على ثلاثة فروع .

الفرع الأول: تصرفات تتم بإرادة منفردة منشئة لحق:

انطلاقا من تعريف التصرف الانفرادي إقرار الفقهاء بقدرة هذا النوع من التصرف على ترتيب اثار قانونية مختلفة ،تم تخصيص هذا الفرع للوقوف عند بعض هذه الآثار و التي تكون فيها لإرادة المنفردة منشئة للحق .

-الفقرة 01: الوصية:

لرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد انه لم يتطرق لأحكام الوصية، بل أحال أحكامها إلى قانون الأسرة،إذ اء في المادة 775 من ق.م.ج،" يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها."وتبعا لذلك والرجوع الى ق.أ.ج [3] و في المادة 184 مه نجدها قد عرفت الوصية "بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع"، وهي ما تقابل المادة الأولى من قانون الوصية المصري بقولها " الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت ،ينشأ بإرادة مفردة ، تنعقد بتحقيق وجود ما يدل عليها من تصرف او التزام معين ،يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق ،دون ان يشترط القانون في يجابه ألفاظ معينة . يصح أن يكون الإفصاح عنه بكل صيغة تؤدي الى مدلولها بغير شبهة ".اذ يتبين مع هذا انه يجوز لشخص الموصي أن يترك للموصى له عينا أو منفعة.... يترتب عليها آجلا انتقال الشيء الموصى به أو الحصة الموصى بها من الموصي إلى الموصى له .

ونظرا لهذا ، اعتبرت و كيفت الوصية بأنها تصرف انفرادي صادر من انب و اد و هو الموصي ،لا ينتج آثاره إ لا بعد وفاته . و في هذا تتميز الوصية عن الهبة التي يشترط فيها تطابق إيجاب الواهب وقبول الموهوب طبقا لنص م 206

---

[1] - محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق 367/الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ،ط2 1997م مطبعة النجاح الجديدة ، ج1 ،ص 179.

[2] - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، العقد و الارادة المنفردة، د ر ط ، 1999،2000م ،جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ص 203./ محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ط1 ، 1999م، دار الثقافة ، ص 175.

[3] - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق ل09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .

من ق.أ.ج بقولها :" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ..." وهي عقد تمليك تنتج آثارها فور صدورها.[1] و هذا بمقتضى نص م 202 من ق.ا.ج .

- فالمشرع الجزائري من خلال ما جاء به في قانون الأسرة، يدل على أن الوصية تنشأ بمجرد صدورها من الموصي فقط، وكون يكفي الإيجاب كافيا وحده لإبرام الوصية،دون حاجة للقبول، فقد جاء في نص م 197من ق.ا.ج " تكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" حيث يستفاد من هذا النص ان الوصية لا تحتاج الى قبول لانعقادها ،بل هذا القبول يحتاج اليه لنفاذ الوصية.

ووفقا للفقرة الأولى من نص المادة 60 من ق م ج التي صرحت بأن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا،كما يكون باتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالته على المقصود"يتبين أنها لم تشترط في الإيجاب شكلا معينا فقد يكون لفظا أو إشارة أو كتابة ، وكل ذلك يقع صحيحا و يرتب آثاره مما يراد به التمليك بعد الموت .

- والقول بأن الإيجاب من الموصي وحده كاف لان تنشأ الوصية ،لا يخلو من توفر جملة شروط بدءا بهذا الموصي إذ أن هذه الوصية لا تنشأ إلا به- و من هذه الشروط المنوطة به ، سلامة عقله و بلوغه سن 19 ،ولو إرادته ما قد يشوبها استنادا للمادة 186 من ق أ ج والعبرة دائما في ذلك بوقت إنشاء الوصية . وهذا فضلا عن بقية الشروط الواجب توفرها في الموصى له و الموصى به .

كما نبهت المادة 198 من ق أ ج على انه في حالة ما إذا توفي الموصى له قبل صدور القبول منه،فإن لورثته الحق في القبول أو الرد ،بقولها : "إذا مات الموصى له قبل القبول لورثته الحق في القبول أو الرد"

- أما الوصية في الفقه الإسلامي فقد تباينت تعريفاتها حسب كل مذهب وحتى في المذهب الواحد نفسه ومن ذلك: مما ورد عن الاحناف من تعريفات ما جاء عن الكاساني بأنها،"اسم لما أوجبه الموصي من مال بعد موته " وعرفها الكرخي بأنها:" ما أوجبه الموصي من مال تطوعا بعد موته أو في مرضه أي مات فيه"[1]، غير أن هذه التعريفات تم

[1]- شبورو نورية ، الميراث و التصرفات النافذة بعد الموت في اطار القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2010،2011،ص 16. / مصطفى إبراهيم الزلمي ، الكامل للزلمي في الشريعة و القانون ،الالتزامات في ضوء المنطق و الفلسفة ، ط1، 1435" ، 2014" نشر إحسان ، العراق ،ص 181. / زهدور محمد الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإ سلامة ،1991، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص25 .

انتقادها [2] أما ما يخص المالكية في هذا الصدد فقد قال فريق منهم بأنها " عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده "[3]،وقد عيب على هذا التعريف أنه يعتبر الوصية عقدا مع أنها تصرف من انب و احد.

وذهب بعض الشافعية الى أن الوصية تبرع بحق مضاف لما بعد الموت [4]،وهو شه بتعريف الحنفية، غير أنه قيل عنه بأنه لم شمل أنواع الوصية.

و عرفها الحنابلة بانها "تبرع بعد الموت" [5] غير أن هذا التعريف كذلك تم انتقاده.

- وفي الجملة ، فقد تعددت التعريفات غير أنها جميعا مقاربة في المعنى والمقصد، الا أن السؤال اي يطرح نفسه هنا و بإلحاح هو:هل الوصية تحتاج في إنشائها الى توافق إرادتين (إيجاب الموصي و قبول الموصى له) أم أنها تعتمد على إيجاب الموصي وحده أي على إرادته المنفردة ؟

وفي الحقيقة للفقهاء في هذا الشأن آراء عديدة ،غير أن المقام لا سعها كلها ،فاكتفينا بإيراد ما يتناسب مع هذا البحث ، وعليه ،الذي هو عليه جمهور الفقهاء أن القول لا كون إلا بعد وفاة الموصي ولا عبرة به في حاته ،كما أنه لا يشترط أن كون القول او الرد فور وفاة الموصي بل هو على التراخي.

ولمقابل من هذا لخلف الفقهاء في أصل اشتراط القول لمزوم الوصية، فيرى " زفر" أن الوصية تلزم لموت من غير لة إلى القول ، سدا في هذا أن م الموصى له يثبت لخلافة كما يثبت م الوارث، فالانتقال هنا مقترن لموت ,ونوع الملكة و احد وهو الخلافة، و الميراث لا يلزم فه القول، فكذ الوصية . وقد لخلف الفقهاء في مسألة الاستخلاف،في الميراث والوصية،فالاستخلاف في الأول من الشارع و ولاية الإلزام،أما الاستخلاف في الثاني فمن الموصي.وهو لا يه إلزام الموصى له، فيكون له حق الرد، و ذ دفعا لضرر المن [6].كما أن" زفر "ى أن الوصية إذا ارتدت في حاة الموصي بطلت ،لأن الرد أبطل صيغة الوصية وجعلها غير مفدة لمؤداها،فلا تثت الملكة بعد الوفاة ولا

---

[1]- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7 ، دار الكتب العلمية ، 1406ه ،1986م ، ، ط 2 ، ص 333.

[2]- حسن احمد الخطيب ، الفقه المقارن ، الهيئة المصرية العاة لكاب ، 1991، ص60،61.

[3]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي،البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج2 ، ص 511.

[4]- محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي ، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار ، ج 1، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان 1425 هـ ، 2005 م، ط1 ص 214.

[5]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي ، المغني لابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص193.

[6]- محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، ط2 ، د س ط ،مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة، ،ص 17 ، 18 ، 20

يحييها قبول جديد للموصي ، غير أن جمهور الفقهاء يرى أنه لا عبرة بالقبول أو الرد في حياة الموصي لأن الأثر الشرعي للوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي[1].

و لم يقتصر الاختلاف بين الفقهاء في هذا ،بل تعدى الى القول، فهو القول الإيجابي الذي يكون بالقول أو ما يمكن ان ينوب عنه كالتصرف في العين تصرف الم ا، أو القول السلبي وهو عدم الرد الصريح، فأبو حنيفة قال أن القول المطلوب هو عدم الرد، وفي هذه الحا إذا مات الموصى له من غير أن يصدر عنه ما يدل على القول أو الرد انتقل ا له في الوصية إلى ورثته واعتبر قابلا.

وذهب كل من الأئمة م ا والشافعي وابن حنبل أنه لا بد من القول لقول أو ما يقوم مقامه ولا يكتفي بعدم الرد[2].

يستخلص مما سبق أن الوصية تنشأ بإرادة و احدة ولا تحتاج إلى القول إلا بعد الوفاة وهو شرط لثبوت الملكة ولا يعتبر شرطا لصة الوصية [3].

الفقرة 02: إعلان ا لمشفع رغبته في الآخذ لشفعة:

جاءت أحكام الشفعة في المواد من 794 الى 807 من ق.م.ج و تناولت م 794 منه تعريف الشفعة بقولها " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية" .

يفهم من هذا التعريف أن الشفعة رخصة تتحقق في حالة ما اذا بيع عقار و قام سبب قانوني يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار بحيث تكون له أولوية عليه و على غيره ممن يريد تملك هذا العقار ،ومن هنا يقال انه اخذ العقار المبيع بالشفعة ، وسمي الآخذ بالشفعة الشفيع ، و المشتري المشفوع منه . أما العقار المراد تملكه من طرف هذا الشفيع فيطلق عليه العقار المشفوع فيه ، و العقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشيوع و المتصل بملكية الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع به . و بسبب العقار الأخير أصبح الشفيع في مركز قانوني يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة ، و هذا بعد اكتمال الأسباب الأخرى المعتد بها قانونا [4].

---

[1]- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2 ، 1406هـ ، 1986م ، دار الكتب العلمية ، ج 7،ص 331، 332..

[2] - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية،دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص19،20.

[3]- نقية محمد ،الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص101.

[4]- حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، ط 4 ،1995منشأة المعارف بالإسكندرية ، القاهرة ، ص 515.

وقد نصت المادة 799 من ق.م.ج بقولها " : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه وزاد على ذ الآجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك" فالإعلان عن الأخذ بالشفعة يجب أن يصدر في عقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان باطلا وفقا لنص المادة 801 من ق.م.ج، وأن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري، فإذا أعلنها لأحدهما دون الآخر، أو أعلنها لأحدهما في الميعاد المقرر قانونا وأعلنها للآخر خارج الميعاد كان باطلا.

فالشفيع يعتمد على إرادته المنفردة في الأخذ بالشفعة ،فله أن يأخذ بها او يتركها ،وهو تصرف انفرادي، حيث ان القانون منح رخصة تخول له الحق في ان يتملك العقار المشفوع فيه ،وذلك بان يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة ،وهذه الرغبة هي الإرادة المنفردة ،إذ بإعلانها تملك الشفيع هذا العقار المشفوع فيه ،ويتحول حقه في ان يملك هذا العقار الى حقه في ملكيته عن طريق حلوله محل المشتري [1] مع مراعاة ما ورد من أحكام في المواد 794،795،799من ق م ج.

ويلاحظ ان في الفقه الاسلامي تعريفات عدّة للشفعة ،فورد عند الحنفية في كتاب اللباب بان الشفعة هي :" تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه"[2] وعرفها المالكية بانها : اسْتِحْقَاقُ شَرِيكٍ أَخْذَ مَا عَاوَضَ بِهِ شَرِيكَهُ مِنْ عَقَارٍ بِثَمَنِهِ أَوْ قِيمَتِهِ بِصِيغَةٍ" [3] وعرفها زكريا الانصاري الشافعي بأنها :" حَقُّ تَمَلُّكٍ قَهْرِيٍّ يَثْبُتُ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ عَلَى الْحَادِثِ فِيمَا مَلَكَ بِعِوَضٍ "[4] وعرفها الحنابلة بانها :" اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ أَخْذَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مَنِ انْتَقَلَتْ عَنْهُ بِعِوَضٍ مَالِيٍّ مُسْتَقِرٍّ" [5]

و تبعا لهذه التعاريف التي أوردها الفقهاء ،قالوا بأنها- الشفعة- جائزة إلا أن آراؤهم انقسمت بين إلحاق الجوار بالشركة ، وهو مذهب الحنفية [6]، وبين حصر أسبابها في الشركة فقط وهو مذهب المالكة و الشافعية و الحنابلة.[1]

---

[1]- تقية محمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق، ص 132.

[2]- عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب،تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد،د رط ،د س ط، المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان،ج2،ص106

[3]- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،درط ، دار المعارف،د س ط، ج3ص 628، 629.

[4]- زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب،د ر ط، دار الكتاب الإسلامي،د س ط، ج2ص 363.

[5]- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج4ص 134.

[6]- عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب،المرجع السابق ،ج2، ص 106،107.

ولعل سبب اختلاف أعمدة الفقه بهذا الخصوص يرجع الى تعدد الأحاديث و من ذ : عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ، فَلاَ شُفْعَةَ"[2] وقال عليه الصلاة و السلام أيضا : "الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ"[3] اذ هناك أحاديث أخرى ،إلا أننا اكتفينا بذكر اثنين منها .

وجملة القول ان التملك بالشفعة من قبيل الإرادة المنفردة للشفيع عند الأئمة الثلاث مالك و الشافعي و احمد، مع حق الشفيع في إسقاط هذا الحق بإرادته وحده كذلك .

الفقرة 03 : الإقرار:

يعد الإقرار من طرق الإثبات التي أوردها القانون المدني الجزائري و التي يجوز الاستناد اليها أمام القضاء ، حث عرفه المادة 341 من ق.م.ج. بقولها" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذ أثناء السير في اعوى المتعلقة بها الواقعة"

فالإقرار حسب هذه المادة هو اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضده ، اذ أن شخص (المقر) يعترف بحق عليه لآخر (المقر له)، وبالتالي إعفاء المقر له من إثبات الحق الذي يدعيه ،و على هذا فالإقرار يعتبر عمل قانوني صادر من جانب واحد لكون إرادة المقر مجهة نحو إحداث أثر قانوني معين هو ثبوت الحق في ذمته وإعفاء المقر له من عبئ إثبات هذا الحق.ومتى صدر الإقرار التزم به المقر وفقا لما اء في نص م 342 بقولها :" الإقرار حجة قاطعة على المقر".

ومما يتبين مع هذا ك ذ أن الإقرار لا ينشئ مركزا قانونيا جديدا و إنما هو مجرد إخبار كشف عن وجود حق في وقت سابق، على أنه يلزم المقر متى صدر مه ،ولا يمكه العدول عنه إلا لسب من الأسباب التي قد تربط [4].

و ون الإقرار عمل قانوني وجب توفر شروط حتى كون صحيحا منتجا لآثاره وهي:

---

[1]- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المرجع السابق ج3ص 628، 329 / بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب،المرجع السابق، ج2ص 363/ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق ج4 ص 135،134.

[2]- محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ،باب "بيع الشريك من شريكه" ،رقم 2213،الطبعة: الأولى، 1422 هـ،دار طوق النجاة،ج3،ص79.

[3]- محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،المرجع السابق باب "عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع" رقم 2258،ج3 ،ص 87.

[4]- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ص265. .

-اتجاه إرادة المقر إلى إثبات حق في ذمه. ب- أن يتم التعبير عن هذه الإرادة. ج- أن يصدر عن إرادة جدية لا يشوبها عيب من عيوب الرضا.

وما يمكن التنويه عليه هنا أن الإقرار على صورتين ،قضائي وغير قضائي فالمادة 341 من ق.م.ج السالفة الذكر بقولها:"الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذ أثناء السير في اعوى المتعلقة بها الواقعة."إذ تضمنت هذه المادة الإقرار القضائي وهو الذي يصدر من المقر أمام القضاء و أثناء سير الدعوى التي صدر بشأنها الإقرار[1]. بمعنى الذي يقع أثناء الخصومة ؛أمام محكمة مختصة،بحيث لو وقع أمام غيرها من الجهات القضائية ، فلا يعتبر إقرارا قضائيا.

أما الإقرار غير القضائي فهو من حث طبيعته عمل قانوني صادر من جانب واحد شأنه شأن القضائي ، إلا أنه يختلف عنه في أنه يصدر خارج الهيئات المختصة أو يصدر أمام هذه الجهات ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه،بمعنى لا يصدر أمام الهيئات القضائية التي تنظر في القضية محل الإقرار، وأجمع الكثيرون على أن الإقرار غير القضائي من حيث حجيته ووول لسلطة القاضي التقديرية في الأخذ به من دمه حسب اقتناعه الشخصي[2].

ومن كل ما سبق مس تلص أن الإقرار بشكل عام تصرف انفرادي صادر من جانب واحد و هو المقر ،اذ يصبح هذا الآخير ملزما بإقراره، و أساس التزامه هذا هو إرادته المنفردة.[3]

الفقرة 04 : قبول الغير لتعهد أو إقراره العقد:

نص على التعهد في المادة 114 من ق.م.ج بقولها: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ... " و التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم احدهما و هو المتعهد بان يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه [4] حث ان الهدف الغالب مه هو تسهيل إبرام العقد ، ومثال ذلك ان يتعهد (احمد) ل (سمير) بان يجعل(خالد) يبيع له سيارته، حث أن هذا الآخير (خالد) حر في رفض التعهد أو قبوله من دون أن يكون للمتعهد (احمد) سلطة ما في حمله على

---

[1]- زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، 1991، ط1،ص 53.

[2]- -محمد الصغير بعلي ،المدخل للعلوم القانونية ،د ر ط ،2006م ،دار العلوم ، عنابة ،ص 211/ زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، المرجع السابق ،ص53.

[3]- فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،د ر ط ،2009، د.م.ج بن عكنون الجزائر ،ص 163 / تقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام المرجع السابق ، ص 115.

[4]-محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ،المرجع السابق، ص 331.

القول ،و في حالة رفض خالد فان احمد ملزم بتعويض سمير عما أصابه من ضرر وفقا لما قضت به المادة 114 من ق م ج بقولها :"فان رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تقاعد معه..." و(خالد) آن يقبل إقرار التعهد، و يكون بذلك المتعهد (احمد) قد وفى بالتزامه العقدي بوجب التعهد تجاه العاقد الآخر(سمير) و عندئذ ينشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد وبين الغير(بين سمير و خالد). وينتج قبول الغير أثره في العلاقة بينه و بين المتعهد له (سمير) من وقت صدور القبول فقط [1]،و بهذا فان العقد الأول الذي كان بين المتعاقد(سمير) والمتعهد (احمد) ،يختلف عن العقد الثاني الذي جمع المتعهد (احمد) والغير(خالد) من حيث تاريخ العقد فتاريخ العقد الأول يتم عند الاتفاق بين المتعهد والمتعاقد معه، آما تاريخ العقد الثاني هو صدور إقرار الغير لمتعهد، ولس لمقول ثر رجعي إلى وقت صدور التعهد، إلا إذا قصد الغير ذ صراحة آو ضمنا [2] وهذا ما بينته المادة 114 من ق.م.ج.في فقرتها الثانية بقولها "آما إذا قل الغير هذا التعهد فإن قو لا ينتج آثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين آنه قصد صراحة آو ضمنا آن يستند آثر هذا القول إلى الوقت اي صدر فه التعهد"

و مما سبق يستخلص بان الغير إذا ما اقر التعهد فقد جعل نفسه بإرادته المنفردة طرفا في عقد جديد وبالتالي آصبح متحملا للالتزامات الناشئة عن هذا العقد. حث آن مصدر هذه الالتزامات هو إرادته المنفردة و ذ بنص القانون الذي خيره في ان يقبل ما التزم به المتعهد او يرفضه . [3]

الفقرة 05 : إجازة العقد القابل للإبطال :

نصت المادة 100 من القانون المدني على آنه " نزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة آو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ اي تم فه العقد، دون إخلال بحقوق الغير" تطرقت المادة الى ما يعرف بإجازة العقد القابل للإبطال و هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة يصدر من جانب و اد - من دون حاجة الى ان يقترن بها قبول- ،لمن تقرر لمصلحته

[1]- ياسين محمد الجبوري ،الوجيز في شرح القانون المدني ،مصادر الحقوق الشخصية ،مصادر الالتزامات ،ط2 ،1432ه/2011م ،دار الثقافة ،عمان ،ج1ص 375.

[2]- أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، المرجع السابق ، ص184،185.

[3]- نقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص106.

البطلان النسبي ،و بالتالي زوال الخطر الذي كان يتهدد العقد و هو خطر البطلان [1] ، كالمالك اي يقر بيع الغير لملكه.

فالإجازة لا تلحق إلا العقد القابل للإبطال وهو من الناحية القانونية موجود ويرتب كافة آثاره ، حتى يتقرر إبطاله ،وعندها تزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت إجازة صاحب الحق في إبطاله، و في هذا يتقرر الاختلاف بينه- العقد القابل للإبطال- و بين العقد الباطل ذ آن هذا الأخير عقد معدوم من الناحية القانونية ،و العدم لا يخلق منه شيئا حتى و لو أجيز هذا العقد ،[2] و عليه لا يمكن أن يرد عليه الإجازة طبقا لنص المادة 102من القانون المدني الجزائري.

ويشترط فيمن له هذا الحق أن يكون الما بالعيب اي لحق العقد ، وكون إرادته مجهة الى التنازل عن حقه في الإبطال ،كما ينبغي أن يكون الإجازة نفسها خالية من العيوب فناقص الأهلية مثلا لا تكون إجازته صحيحة إلا بعد استكمال أهليته .[3]

و الإجازةإذا توافرت شروطها ،يترتب عليها أثرها و هو زوال خطر بطال العقد ،ووفقا لنص المادة 100 من ق م ج فان الإجازة تستند إلى التاريخ اي تم فه العقد، وهذا يعني أن الإجازة لها أثر رجعي بنص القانون يعود الى وقت انعقاد العقد فإذا وقعت فإنها تجعل العقد صحيحا من وقت إبرامه، مع اقتصار آثار هذه الإجازة على من صدرت مه دون إخلال بحقوق الغير، وهو الخلف الخاص الذي اكتسب على المال حقا عينيا او تلقى ملكية الحق ذاته قبل الاجازة [4]

وإجازة العقد القابل للإبطال في الفقه الإسلامي من حث مفهوما تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، فصبح فدا ورتب حكمه، فناقص الأهلية عندما يستكمل أهليته أو م ا الشيء في حالة بيع الفضولي له حق إجازة التصرف .و قد تم تكييفها في الفقه لإسلامي على أنها تصرف انفرادي يعتمد على ارادة واحدة تصدر من المجيز وحده دون حاجة الى رادة

[1]- خليل احمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ج1 ص 85 . / محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ،المرجع السابق ص 250

[2]- خليل احمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ج1 ص 85 ، 86.

[3]- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ،المرجع السابق ص 250، 251.

[4]- خليل احمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ج1 ص 86، 87.

المتعاقد الآخر ولا يستطيع المجيز بعد ذ آن يرجع فيها. مع اشتراط توافر الأهلية ى المجيز وسلامة إرادته ما قد يشوبها من عيوب [1].

الفرع الثاني: تصرفات تتم بارادة منفردة منهية :

وفقا لمبدأ" العقد شريعة المتعاقدين " يتقرر انه لا يجوز لأحد ا الطريق مفردا إنهاؤه فالقاعدة تجيز انحلال العقد بإرادة طرفيه و هو ما يسمى بالتقابل [2] ،إلا أن هناك عقود تقبل بطبيعتها آن يرجع فيها احد المتعاقدين دون ان تتوقف على قبول الطرف الثاني . بمعنى يوجد حالات يجوز فيها إنهاء العقد بإرادة مفردة منها:

الفقرة01: إنهاء عقد الوكالة:

لما كانت الوكالة من العقود التي تبنى على الثقة التي يضعها الموكل في وكيله ،وكذا بالنسبة لتطوع الوكيل لخدمة الموكل ،كان بديهيا آن يكون للآول ان يسحب ثقته من الوكيل في أي وقت شاء ،ذلك انه لا يمكن اجباره (الموكل) على الاستمرار فيمن وضع ثقته فيه متى تزعزعت ، ونفس الشيء بالنسبة للوكيل فله الحق في ان يعزل نفسه عن هذه الخدمة،ونظرا لخصوصية هذا العقد ميزها المشرع بإمكانية إنهائها بإرادة احد الطرفين دون اشتراط موافقة الطرف الاخر [3] فقدجاء في المادة 587من ق.م.ج على أنه " يجوز للموكل في أي وقت آن ينهي الوكالة آو يقيدها ولو وجد إتفاق يخالف ذ . فإذا كانت الوكالة بآجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر اي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب آو بغير عذر مقبول. "

يستخلص من نص المادة آن للموكل الصلاحية في إنهاء عقد الوكالة بعزل الوكيل وفي آي وقت شاء ، ولو قبل انتهاء العقد [4]. غير أنه في حالة الوكالة بآجر يكون فيها الموكل طالبا لان يرجع بالتعويض على الوكيل عن الضرر اي قد يصيبه من العزل، إذا كان هذا الآخير من دون عذر و في وقت غير مناسب. بمعنى آخر يشترط لإنهاء هذه الوكالة وجود عذر

---

[1]- ينظر تقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ،ص 102، 103.
[2]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات ،المرجع السابق ، ص 300.
[3]- عماد خضير علاوي ،دور الارادة المنفردة في انهاء العقد ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ،العدد الثالث ،جامعة بغداد ، ص 206.
[4]- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ، المجلد الآول ، ،ص 14، 15.

مقول وفي وقت ماسب و لا يشترط قالب معين لهذا العزل صريحا كان او ضمنيا ،إلا أن إنتاج أثره هذا منوط بوصو الى علم الوكيل.[1]

و لمقابل أيضا نصت المادة588 في فقرتها 01 من ق.م.ج على أنه " يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل، فإن كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل كون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر اي لحقه من جراء التنازل في وقت غير ماسب أو بعذر غير مقول "

من نص هذه المادة يتبين أن الوكيل هو الآخر حق التنازل عن الوكالة في أي وقت شاء و من دون اشتراط قول الموكل،ذلك أنه يقوم بخدمة للموكل، غير أن هذا الوكيل مطالب بإعلان موكله.

و الجدير بالذكر هنا ان ما اشترط على الموكل في العزل فيما لو كانت الوكالة باجر من عذر مقبول ووقت مناسب،اشترط في تنازل الوكيل اذا كانت الوكالة بأجر، حث لا يمكن لهذا الوكيل التنازل بغير ذر مقول أو في وقت غير ماسب ، فإذا تنازل يعتبر معسفا ويلزم بتعويض الموكل [2].

-نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري أعطى لكل من الموكل و الوكيل الحق في إنهاء عقد الوكالة و بإرادتهما المنفردة على ألا يتعسف كل واحد منهما في استعمال هذا الحق. وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادتين 1521،1522

الفقرة 02 : إنهاء العارية:

- اء تعريف العارية في نص المادة 538 من ق.م.ج بقولها " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شا غير قابل للاستهلاك ستعم بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن برده بعد الاستعمال. "

يستخلص من هذه المادة أن العارية عقد محله شيء غير قابل للاستهلاك سلمه المعير للمستعير ليستعمله دون مقابل ، ويرده عينا عند نهاية الإعارة.وهي بهذا لا تنقل الملكية .

و لان موضوعنا في هذا الجزء هو إنهاء هذه العارية بالإرادة المنفردة ،لن نتطرق الى انعقادها و آثارها .

وعليه بالرجوع للفقرة الثانية من المادة 546 من ق.م.ج التي تعرضت لحالات انتهاء العارية نجد من بين ما تطرقت اليه ا دم اتفاق الطرفين على أجل معين، ولم كن هناك إمكانية تحديد مدة العارية ، فإنها في هذه الحا تنتهي في أي

[1]- احمد شوقي عبد الرحمن ،مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة ،جامعة المنصورة ، 1981 ، ص 14 ، 44 .
[2]- نقية محمد ،الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، المرجع السابق، ص 134

وقت يختاره المعير ، بإمهال المستعير مدة معقولة لذلك ، ويجوز للمستعير إنهاء العارية من تلقاء نفسه أيضا مع مراعاته بعدم الإضرار بالمعير .

و جاء في المادة 547 من ق.م.ج. ما يلي : " يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية: -إذا عرضت له حاجة عاجلة لشيء لم يكن موقفه.

-إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.

-إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم المعير ".

يستفاد من نص هذه المادة أن للمعير انهاء العارية و بارادته المنفردة و لو كان هناك اتفاق على أجل أو غرض العارية في الحالات التالية:

- فمتى عرضت له حاجة مستعجلة ولم تكن في حسبان المعير و توقعه وقت انعقاد العارية ، جاز عندئذ إنهاء العارية قبل انقضاء أجلها واسترداد الشيء المعار، بحيث لا يمكن للمعير انتظار لغاية نهاية العارية ،وإلا فلا يجوز له إنهاءها قبل انقضاء أجلها.

- للمعير انهاء العارية و بارادته المنفردة في حالة إعسار المستعير سواء كان هذا بعد إبرام العقد ، أو بإعساره قبل إبرام العقد ودون علم المعير.

- كما يجوز للمعير انهاء العارية بارادته ،فيما لو أساء المستعير استعمال الشيئ ،او نتيجة لاهماله وعدم حرصه في المحافظة على الشيئ المعار ،وفي هذه الحالة يجوز للمعير ان يفسخ العقد ويسترد الشئ الذي اعاره و لو كان هذا قبل انتهاء مدة العارية[1] وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ان للمعير الرجوع عن الاعارة متى شاء في المادة 806.

و من خلال عرض هذه الحالات أمكن القول بان للمعير إنهاء العارية بإرادته المنفردة .

الفقرة 03 :إنهاء الشركة :

ورد في المادة 440 من ق.م.ج فقرة 1 ما يلي :" تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة ، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله إلى جميع الشركاء وان لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق. " فطبقا لهذه المادة ،انسحاب الشريك من الشركة لا يتم إلا بتوفر شروط أولها : أن يكون

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني ،المرجع السابق ص 1556،1557.

الشركة غير معينة المدة ، فإذا كانت مدتها معينة فإن القانون لا سمح للشريك بالانسحاب، ويتمثل الشرط الثاني في وجوب إعلان الشريك عن انسابه لجميع الشركاء ، ويتعلق الشرط الثالث بحسن نية الشريك ا لمس ب ودم إساءته لاستعمال هذا الحق .

أما الشرط الأخير هو أن تكون الانسحاب في وقت ماسب، لكي لا تكون هناك إضرار بمصالح الشركة، وإلا اعتبر انساب الشريك تعسفا في استعمال الحق.[1]

- يلاحظ مما تقدم ذكره أن إعلان الشريك الانسحاب من الشركة ما هو إلا تعبير صادر عن إرادته المنفردة، و من غير حاجة لقبول باقي الشركاء.

الفقرة 04 : إنهاء المرتب لمدى الحياة

جاء الحديث عن المرتب مدى الحياة في الفصل الثاني من الباب العشر في المادة 613 من ق.م.ج بقولها:"يجوز للشخص ان يلتزم بان يؤدي الى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض، و يكون هذا الالتزام بعقد او بوصية " وجاء في المادة 615من ق.م.ج ما يلي: " العقد الذي يقرر المرتب لا تكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل اص لعقود التبرع " .

من لال هذا يتبن بأن المرتب مدى الحياة عبارة عن ملغ من المال يعطى لشخص مدى حاته دور على أقساط مفرغا في قالب معين، وقد تكون هذا المرتب في شكل عقد أو وصية.

وهو بهذا يعدّ تصرفا شكليا من ة ، و من ة أخرى تصرفا احتماليا إذ انه من عقود الغرر ، فالمرتب يدفع على أقساط دورية مدى حاة الإنسان وينقضي بموته ، ومعاد الموت غير معروف و ب ذ لا يمكن تحديد مقدار المرتب مسبقا [2].إلا أن اي نبتغي الكلام عنه فيما يخص نهاء مرتب مدى الحياة ذلك الذي يتم في شكل هبة او وصية .

وليه عندما تكون مصدر الالتزام في هذا الشأن تبرعيا هبة أو وصية كأن يوصي الزوج لزوجه بمرتب لمدى الحياة أو أن يوصي شخص لآخر بخدمة لمدة طويلة بمرتب لمدى الحياة ، فإنه تسري عليه أحكام الهبة والوصية من حث الأهلية والشكل ، بنص المادة 615 ق م ج ا سا فل ذكرها.

---

[1]. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق المجلد الخامس ص 370،371..

[2]- تقية محمد الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق، ص 143 ، 144 .

و قد تقرر سلفا أن الوصية تنشأ على أساس إرادة الموصي المنفردة و هذا العقد – المرتب لمدى الحياة- نشأ على هذا ، و بناء على هذا يجوز للموصي الرجوع عن وصيته مادام حيا بكل ما يدل على ذلك من قول أو فعل ، ذ أن الوصية غير لازمة فهي تبرع لم يتم ،إذ أن تمامها يكون بموت الموصي و قبول الموصى له و التبرع التام يجوز الرجوع فيه كالهبة ، فمن باب أولى جواز الرجوع في التبرع الذي لم يتم كما في الوصية [1]. وهذا ما تقرر في المادة 192 من ق آ ج بقولها " يجوز الرجوع في الوصية صراحة او ضمنا "

ومن هذا يتبين أن للموصي أن يرجع عن وصيته وإرادته المنفردة .

الفقرة 05 : تنفذ المدين لالتزام طبيعي:

جاء في المادة 160 من ق.م.ج على أن " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفذ إذا كان الإلتزام طبيعيا. " ، يستفاد من نص هذه المادة ان الالتزام الطبيعي لا يجبر فيه المدين على تنفيذه ذ انه يفتقد لعنصر المسؤولية ،وعلى هذا فالمدين مخير بين الوفاء بالتزامه أو عدمه على عكس الالتزام المدني حث يجبر المدين على الوفاء به ، إذ أنه يحظى بحماية قانونية ، حث يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء به لتوفر عنصر المسؤولية ، أما في الالتزام الطبيعي فإن الدائن لا يملك حق مقاضاة المدين ولا إجباره على أداء دينه. ومن امثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة 320من ق.م.ج.التي نصت:"يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ،ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي "[2].

واستنادا للمادة 161 من ق.م.ج التي نصت على أنه :" يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك إلتزام طبيعي " يتبين ان المشرع لم يحصر حالات الالتزام الطبيعي ،بل تركه لسلطة القاضي لتحديد ما إذا كان التزاما طبيعيا او خلاف ذ ، مع الأخذ بعين الاعتبار نص الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر و التي اشترطت ألا يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام .

وبالرجوع الى المادتين 162 من ق .م.ج التي نصت على أنه " لا يسترد المدين ما أداه باختياره ،بقصد تنفذ التزام طبيعي " و المادة 163بقولها:" يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سا لالتزام مدني. " نستخلص من هذا أن إرادة المدين تظهر في شكلين أولهما ما تضمنته المادة 162 المتعلقة باختيار المدين أداء التزامه الطبيعي و من غير أن يكون

[1]- نقية محمد الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق،ص 148.
[2]- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 21، 22.

إرادته هذه مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ،وعلى هذا إذا أدى المدين هذا الالتزام ظنا منه أنه يوفي بالتزام مدني ، فيمكنه استرداد ماوفى به بدعوى رد ما دفع بغير حق. المهم إلا إذا أداه باختياره ،عندها لا يجوز له الرجوع فيه .

و الشكل الثاني متعلق لمادة 163 حث انه اذا صدر تعهد من المدين على الوفاء بالتزام طبيعي فانه ينشأ بذ التزام مدني في ذمه .

-ومن خلال ما تضمنته هذه المواد يتبين أن أساس أداء المدين لالتزامه الطبيعي هو إرادته المنفردة.

الفرع الثالث: تصرفات تتم بارادة منفردة مسقطة للحق

جسدت الأمثلة السابقة إمكانية الإرادة المنفردة على ترتيب آثار قانونية فهي قادرة على إنشاء الحق ،كما ان باستطاعتها إنهاء الرابطة العقدية و من دون حاجة الى توافق ارادة أخرى، وفي هذا الجزء من البحث سنتعرف على قدرتها كذلك من ناحية إسقاطها لحق.

الفقرة 01: الإبراء

جاء في نص المادة 305 من ق.م.ج ما يلي: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح طلا إذا رفضه المدين "

فالمقصود بالإبراء نزول الدائن عن حقه للمدين من دون مقابل، اذ يتم باختيار وإرادة الدائن المنفردة و تبعا لهذا تبرأ ذمة المدين و هو بهذا تصرف تبرعي ،إذ أن الدائن لم يستوف عينا و لا مقابلا .[1]

غير أن هذا الدائن لا يستطيع إجبار المدين على هذا الإبراء ، إذ انه من حق المدين ان يرفضه وعندئذ يصبح باطلا .

و قد اتجهت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1568 الى أن الإبراء لا يتوقف على القبول و لكنه يرتد بالرد .

مما يترتب على هذا أن ما ذهب إليه القانون يتفق مع ما ذهب إليه الأحناف في حكم الإبراء، من جعل الإبراء صادر عن إرادة مفردة للدائن لا يحتاج لقول ان ورتد لرد [2]

---

[1]- منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة باراء الفقه و احكام القضاء ، ط1 ،2006 م، مشورات ئاراس ،ص 574./ محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ،د ر ط ، 2006" ، د ر ا العلوم ، الحار ،عنابة ، ص 222.

[2]- محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، تاريخه و مصادره ،ونظرياته العامة ، ط2، د س ط، دار الكتاب الحديث ص 723.

الفقرة 02 :إسقاط الحق:

يراد بإسقاط الحق إنهاؤه ونزوله دون نقله من ذمة الى ذمة الآخر ، و الإسقاط لا يتعلق بالأعيان وإنما يتعلق بالحقوق ، و ان كانت هذه الأخيرة محلها الأعيان . على أن هذا الإسقاط يتم بكل ما يدل عليه واضحة كانت العبارة أو أي عبارة تدل على معنى الإسقاط ومثل ذلك : أسقطت حقي ، تنازلت عنه ،أو أبطلته وغيرها من العبارات ,وهي تصدر عن إرادة المسقط المنفردة دون حاجة لقبول شخص آخر .[1]

فالشفيع مثلا لو اسقط حقه في الأخذ بالشفعة بقوله "تركت هذا الحق او أسقطته فان حقه ينتهي ويتلاشى بقوله هذا الصادر بإرادته المنفردة وسقط بذلك حقه ، وهو بذلك يحرم نفسه من هذا الحق ، ولا يمكنه المطالبة به بعد ذلك ولا ينتقل هذا الحق لغيره وهذا ما جاء في المادة 807 ق.م.ج. فقرة 01

فالإسقاط كما سبق ذكره يتعلق بالحقوق ولو كان محلها الأعيان فمثل حق الشفعة ،حق الخيار و الإبراء من الكفالة، كما ويكون كذلك في الحقوق العينية حق الرهن والارتفاق فهذه كلها حقوق تقبل لإسقاط ويتم فيها بالارادة المنفردة .

فنزول الدائن المرتهن مثلا في الرهن الرسمي تصرف يتم بارادة منفردة صادرة من جانب واحد و هو الدائن المرتهن ، و لا يحتاج الى قبول ،و يلزم بمجرد اتصاله بعلم مالك العقار المرهون و بهذا ينتج آثاره بمجرد حصوله .[2]

وللمقابل فيما يتعلق بالنزول عن حق الارتفاق ،فشأن هذا الأخير في ذلك شأن التنازل عن الرهن ، إذ أنه يصدر بإرادة المتنازل المنفردة ، فتنازل عن حقه في ارتفاق وينهيه دون تدخل من مالك العقار المترفق به ، وينتج آثاره القانونية بمجرد صدوره. على أن هذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا، فوجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى النزول [3]

---

[1]- علي الخفيف، محاضرات في التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ، ص225، 226.

[2]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ،الرهن الرسمي و حق الاختصاص ،و الرهن الحيازي ،و حقوق الامتياز ، طبقا لاحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء ،طبعة 2010م،دار الهدى ،عين مليلة الجزائر ص 198.

[3]- نقية محمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 181.

و قد وافق القانون المدني فقهاء الشريعة الإسلامية في أن الإسقاط يتم بالإرادة المنفردة لمسقط ، ومن صور الإسقاط ، سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وإعتاق السيد لعبده ، فكون به قد أسقط حقه في ملكية رقة العبد ، دون أن ينتقل هذا الحق لغيره ، وكذلك فيما يتعلق بطلاق الزوج لزوجه دون عوض [1].

الفقرة 03: التصرف بالإباحة:

عرّف بعض الأصوليين الإباحة بأنها مجرد الإذن ،إذ من أذن لغيره بأن يأكل طعامه، أو يسكن داره، أو يركب دابته، فقد أباحه له، فدل على أن الإباحة هي الإذن[2]. فعرّفها البعض الآخر منهم على أنها خطاب الشارع بالتخيير بين الفعل والترك من غير بدل[3]

وقد عبر عنها الأستاذ علي الخفيف بأنها عند الفقهاء هذا الإذن أي يصدر من الشخص فيه الانتفاع أو التمليك [4]، و على هذا فالإباحة ليست من قبيل التعاقد، إذ أنها لا تحتاج إلى قبول وإنما توجد بمجرد وجود الإذن القولي أو العملي ، كما أنه لا يشترط فيها أن يكون المأذون له معينا معلوما للآذن وقت الإذن بشخصه و هذا بخلاف الهبة التي يتوقف أثرها على القبول .

كما لا يقتضي في الإذن الانتفاع بالشيء ملكة الآذن لعين بل يكفي أن يكون مالكا لمنفعة .فقد يكون الآذن مستأجرا فيأذن لغيره الانتفاع لعين ويقال مثل هذا في الوصية والإعارة لمنفعة أو الوقف فيكون للمستعير والموصى له لمنفعة والموقوف عليه حق انتفاع بواسطة الإذن .كما يمكن أن يكون الإذن بالاستهلاك كما في إعطاء الطعام، فالمأذون له يستهلك ملكة الآذن لا ملكه.

---

[1]- علي الخفيف ، محاضرات في التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص225. .

[2]- القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، تحقيق أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2 ، 1410 هـ - 1990 م،د د ط، ج1،ص 167.

[3]- أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي،المعتصر من شرح مختصر الأصول من علم الأصول،ط2، 1432 هـ - 2011 م، المكتبة الشاملة، مصر،ج1،ص 28.

[4]- علي الخفيف ،محاضرات في التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص232.

هذا وقد ذهب المالكية في التفريق بين ما المنفعة اي يجعل لصاحبه حق التصرف فيها بتمليكها إلى غيره ، أما ما حق انتفاع فيقتصر أثره على انتفاع مالكه فقط دون أن يكون له حق تمليكه للغير[1]،بالمقابل لم يفرق الحنفية بينهما وانما هما شيئ واحد[2].

فالتصرف بالإباحة يتم بإرادة منفردة ولا يتوقف على قبول المباح له ، بل يترتب على مجرد لإيجاب ،إذ لا يشترط أن يكون المباح له معينا وقت الإذن[3].

وبالنظر الى نصوص القانون المدني الجزائري نجد بعض هذه المواد يجسد او يدخل ضمن نطاق الإباحة نظرا للأحكام التخييرية التي اشتمل عليها و من ذلك ملا المادة 106 منه التي نصت على أن " العقد شريعة المتعاقدين "

وهذا في جملته يتفق مع معنى الإباحة إذ أن الأفراد مخيرون في تصرفاتهم دون مساس بالنظام العام أو الآداب.

- يخلص من هذا أن للإرادة المنفردة القدرة على إنتاج آثار قانونية مختلفة . إلا ان السؤال الذي يطرح هنا حول إمكانية هذه الإرادة على توليد للالتزامات .

[1]- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي،الذخيرة،تحقيق، سعيد أعراب ،ط1،1994 م ،دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج6ص 340، 341.

[2]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 234.

[3]- نقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 184، 185.

المبحث الثاني: الاتجاهات الفقهية حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام :

ظل العقد الى عهد قريب هو المصدر الوحيد للالتزام الإرادي ، فكان هذا الالتزام لا ينشأ إلا باتفاق إرادتين [1] إلى أن ظهرت بوادر حركة علمية حديثة تنادي بنظرية جديدة للالتزام مؤداها أن الإرادة المنفردة تكفي وحدها لإنشاء الالتزام ، وان كان هذا الأخير إلى وقت قريب مقصورا على ضرورة توافق إرادتين (العقد). وحمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث الأستاذ سيجل Siegel وذلك بمناسبة انعقاد مؤتمر عالمي في منتصف القرن التاسع عشرة و بالضبط سنة 1854م في مدينة Giessen ببلجيكا [2]

ونتيجة لظهور هذه الاتجاهات الجديدة و التي تخالف الرأي العام القائل بوحدانية العقد في كل تصرف إرادي طيلة عهود, اختلفت الآراء في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام بين مؤيد للفكرة وبين معارض لها، وعلى اثر هذا انقسم الفقه الغربي في هذا المجال إلى قسمين : قسم لا يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، وهذا ما ذهب اليه الفقه الفرنسي، وقسم يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام وهذا الاتجاه منسوب الى الفقه الألماني ، و اشتعلت المعركة بين مساند و معرض ، حيث استخدمت فيها جل الأفكار الأساسية في القانون .

و الكلام عن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام يقتضي التعرض لخلاف الفقه حول اعتبارها مصدرا للالتزام ، **وبناء على هذا** سيتم تقسيم **هذا المبحث** إلى **مطلبين**، حيث خصص المطلب الأول إلى موقف **القانون من** الإرادة **المنفردة**، لننتقل في **المطلب** الثاني إلى نطاق هذه الإرادة .

---

[1] - انور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،المرجع السابق ص 272./ الفضايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص 180.

[2] - احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 214.

المطلب الأول : الإرادة المنفردة في القانون :

لقد تباينت آراء الفقه و القوانين بشأن صلاحية إرادة الشخص وحدها لإنشاء الالتزام في ذمته مما تطلب و استوجب أن نقف عند هذا الخلاف، وعليه تم معالجة الفرع الأول و الثاني بالتعرض إلى اتجاهين، من خلال عرض موقف وأدلة كل اتجاه

الفرع الأول : إنكار الفقهاء للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام .

لقد سبق الإشارة أن القانون انقسم الى قسمين حول مسالة قدرة الإرادة المنفردة على الالتزام أما القسم الأول فكان للفقه الفرنسي ، وعلى هذا يقتضي الأمر الى عرض ما استقر عليه الفقه الفرنسي - ممثلا في النظرية التقليدية - بهذا الشأن و الحجج التي بني عليها موقفه .

الفقرة 01 : مفهوم النظرية التقليدية :

يرى أنصار هذه المدرسة و اغلبهم فقهاء فرنسيون و على رأسهم الفقيه بلانيول أن الإرادة المنفردة لا يمكنها ان تنشئ التزاما ، و الى ان الالتزام الذي ينشأ عن عمل قانوني لا يكون مصدره الا توافق ارادتين و هو العقد ، وهذا يعني ان الارادة المنفردة غير قادرة على انشاء الالتزام طبقا لهذه النظرية [1] ويعتبر الأستاذ "تالير " زعيم الخصوم منذ ان قال عبارته التصويرية المشهورة " ان الالتزام بالإرادة المنفردة بناء على رمال متحركة" .[2] حيث يظهر من مقولته هذه ان الالتزام بالإرادة المنفردة ليس أساس علمي و منطقي سليم يجعله يستند عليه ، حتى يتسنى ان يكون لها وجودا و اعترافا في عالم القانون .

و بهذا يكون القانون الفرنسي قد ورث هذه القاعدة من تقاليد القانون الروماني ، حيث مؤدى هذه القاعدة ومفادها ان الإرادة المنفردة لا تنشئ التزاما .

غير ان هذا الالتزام جعل له استثناءين على القاعدة العامة المذكورة ، يتعلق الامر الاول بالنذر للالهة ، اما الثاني فهو التعهد لصالح مدينة من المدن ، أما عن النذر فيلزم بمجرد الإيجاب وللكهنة أن يستوفوا المنذور ،و كذلك فيما يخص

---

[1]- عدنان ابراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ط1،1430-2009، دار الثقافة ،عمان، ص 329/ فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، 2009 ، د ر ط،د م ج ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 162.

[2]- احمد سلامة، ، مذكرات في نظرية الالتزام ،المرجع السابق ، ص 213.

التعهد لصالح مدينة فهو مجرد إيجاب يصدر من المتعهد يأخذ على نفسه بموجبه عهدا ان يقدم خدمة او يعطي شيئا لهذه المدينة وهو ايجاب ملزم ، ولمن يمثل المدينة ان يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه.

وقد ورث القانون الفرنسي هذه القاعدة من تقاليد القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم و أصبحت من القواعد المسلم بها فقها و قضاء في فرنسا و في مصر[1]

الفقرة 02 : حجج انصار النظرية التقليدية:

دفاعا عن الاتجاه القاضي بنفي إمكانية الالتزام بالإرادة المنفردة أورد أنصار هذا الاتجاه حججا و تبريرات تمثلت في :

- أن الالتزام رابطة شخصية ، ومن ثم لا يمكن ان ينشأ الالتزام دون ان يكون دائن ومدين[2].

- نظرية الارادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح لانه اذا أمكن ان نفهم التزام المدين بارادته المنفردة فلا يمكن أن نفهم كيف ان الدائن أصبح دائنا دون ارادته ، فاذا قيل ان المدن يلتزم لغير دائن ، فما معنى هذل الالتزام ؟ وما قيمته ؟ واذا قيل بضرورة ارادة الدائن لكي يصبح دائنا فهذا هو توافق الارادتين ، و منه ينشأ العقد[3]

وقد علل الفقيه بوتييه potier الذي كان من اشد المتحمسين لهذا الاتجاه بقوله المأثور:" كما انني لا استطيع بمجرد اردتي ان انقل الى شخص بمحض ارادتي حقا على اموالي ، اذا لم تتحد ارادته مع ارادتي لكسب هذا الحق ، كذلك لا استطيع بمجرد ايجابي ان اعطي على نفسي حقا لاخر ، حتى تتحد ارادته مع ارادتي لكسبه ، و يكون ذلك بقبوله "[4]

- القول بان للارادة المنفردة القدرة على انشاء الالتزام يستتبع القول أيضا بانها لها كذلك القدرة على التحلل من الالتزام الذي انفردت بإنشائه تماشيا مع فكرة سيادة الارادة سيادة تامة ، ومؤدى هذا ان الالتزام الذي تنشئه الارادة المنفردة يكون التزاما قابلا للانحلال بمجرد اتجاه ارادة الملتزم به الى ذلك . وبالتالي فان الالتزام المزعوم بالارادة المنفردة لا يكون التزاما بمعنى الكلمة لانه لا يعدو ان يكون التزاما راديا بحتا (معلق على محض ارادة) فلا تكون له قيمة [1]

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، المرجع السابق، المجلد الثاني ص 1445 .

[2]- ادريس العلوي العبدلاوي ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، ، ط1 ، 1996 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ص 116/ محمد ابو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ،د ر ط ،دار الفكر لعربي، ص214

[3]-سمير عبد السيد تناغو ،مصادر الالتزام ، الاسكندرية ،د ر ط ،2000،1999م ، ص 204،205.

[4]- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، ، الطبعة الثانية الجديدة،1998 ، بيروت ،ج1،ص 184

- اعتبار الارادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام تعترضه صعوبة عملية ، تكمن في تحديد متى تعتبر الارادة المنفردة نهائية ، ومتى تعتبر مجرد مشروع أو رغبة يجوز الرجوع عنها ، وهذا يتطلب ان ترد في شكل معين و هو ما يعيدنا الى الشكلية - والتي تحررت منه التشريعات الحديثة - وعندئذ يصبح مصدر الالتزام هنا الشكل فضلا عن رادة[2]

- ان نظرية الارادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة بافتراضها دائما ان احد المتعاقدين قد وزن الامر قبل التعاقد و بث فيه بقرار نهائي ، ثم لا يمكن امام الطرف الاخر الا القبول او الرفض ، مع ان الامر غير ذلك ، فالذي يقع في العمل عادة ان المتعاقدان يتفاوضان ، وما يزالان في اخذ و رد ، ولا يستقل احدهما بالامر دون الاخر ، وكل ارادة تؤثر في الاخرى و تعدل من اتجاهها حتى تتوافق الارادتان ، وعند ذلك يتم العقد [3]

- و من الناحية العملية قدموا حلولا قبل ظهور هذه النظرية لبعض المفاهيم القانونية التي حاول أنصار هذه النظرية ان يؤسسوها على الارادة المنفردة كالايجاب الملزم و الاشتراط لمصلحة الغير و الوعد بجائزة...[4]فقالوا بان الأوضاع القانونية المشار إليها و التي تستلزمها الحياة العملية يمكن اقرارها او تفسيرها كلها او اكثرها على الاقل دون حاجة الى الالتجاء في ذلك الى نظرية الارادة المنفردة التي لا تستقيم مع المنطق القانوني .

ففيما يتعلق بالإيجاب الملزم يمكن الأخذ به بناء على وجود عقد اولي ينعقد بمجرد صدور الإيجاب مقترنا بتحديد ميعاد وتنفيذ الموجب فيه بالبقاء على ايجابه ، اذ يفرض في الموجب له قبوله تقييد الموجب بهذا الميعاد ، فاذا سحب الموجب ايجابه قبل الميعاد كان مخلا بالتزامه الناشئ عن ذلك العقد الأولي إخلالا يوجب إلزامه بتعويض الضرر الذي ترتب عليه [5].

و الاشتراط لمصلحة الغير ، صحيح انه اختلف الفقه في فرنسا في تحديد طبيعته القانونية حيث ظهرت عدة نظريات تحاول أن تفسر هذه الطبيعة كنظرية الإيجاب و نظرية الفضالة .. الا أنهم في الجملة قالوا بان الاشتراط لمصلحة الغير لا

---

[1]- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، العقد و رادة المنفردة ،ط4 ، د س ط ، د د ط ، ج1 ، ص387./ إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزام ،نظرية العقد ،المرجع السابق ، ص 116.

[2]- جلال علي العدوي ،أصول الالتزام ، مصادر الالتزام ، د ر ط ،1997م ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص 284.

[3]- تقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 59.

[4]- فواز صالح ، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام ،دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية المجلد28 ،العدد ول ،2012م ، ص 141.

[5]- نسلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، العقد و الارادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 688 ،689.

يحتاج في تبريره او تفسيره الى الالتجاء لى نظرية الارادة المنفردة ، لان التزام المتعهد نحو المنتفع لا ينشأ الا من اتفاق بين المتعهد و المشترط ، فهو وليد عقد تام و لا يصدق عليه إسناد نشوءه للإرادة المنفردة ، واذا كان فيه خروج عن القواعد العامة فهو ليس خروجا على حكم القاعدة التي تقتضي توافق إرادتين ، بل خروجا فقط على قاعدة نسبية اثر العقود .

اما الوعد بجائزة فيرى معارضو نظرية الارادة المنفردة انه ايجاب من نوع خاص موجه الى شخص غير معين ، ومن ثم لا يجوز للواعد الرجوع عن وعده عندما يكون قد بدأ احد الأشخاص بتنفيذ العمل الموعود به ،كأن تبدأ أعمال البحث عن شيء مفقود اذا كان الوعد يتضمن مكافأة لمن يعثر عليه ، وهنا انعقد عقد بين الواعد ومن باشر أعمال البحث حيث ان هذا الأخير قبل ضمنا الوعد الذي يحقق مصلحة له ،و في حالة ما اذا قام شخص بالعمل لم يكن يعلم وقت انجازه بوجود الوعد بجائزة فان الواعد يلتزم بدفع الجائزة له على أساس الفضالة او الإثراء بلا بسبب . وفي الحقيق ان محكمة النقض الفرنسية استندت في بعض احكامها الحديثة الى الارادة المنفردة من اجل اقرار وجود الالتزام.[1]

الفرع الثاني : اعتراف الفقهاء بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام :

سبب الفقه الألماني مخالفته للاتجاه السابق -القاضي بنفي إمكانية الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام -، وتبنيه لرأي جديد، وعلى اثر هذا نتعرض الى مفهوم النظرية الحديثة التي جاء بها الألمان بهذا الشأن ،ننتقل بعدها الى سرد حججهم و تبريراتهم .

الفقرة 01: مفهوم النظرية الحديثة :

اعتنق القانون الالماني النظرية الحديثة التي تعد الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، ويذهب انصار هذه النظرية الى انه لا داعي للحجر على الارادة المنفردة فيما يتعلق بانشاء الالتزامات ، بل يجب التسليم لها بالقدرة على انتاج هذا الاثر كما هي قادرة على انتاج غيره من الاثار[2]، فهذه النظرية على عكس النظرية التقليدية ، اذ ان في استطاعة الارادة المنفردة ان تنشئ التزامات على عاتق صاحبها ، فمن يتعاقد انما يلتزم بالارادة المنفردة الصادرة منه لا بتوافق هذه الارادة مع ارادة المتعاقد الاخر ، و يترتب على ذلك أن الايجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الايجاب ان يعدل عنه [3]

---

[1] - فواز صالح ، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام ،دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص 145.

[2] -سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني،المرجع السابق ، ص 685

[3] - فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،د ر ط، 2009، د م ج ، بن عكنون ، الجزائر ص 161./عبد المجيد الحكيم الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ط2 ،1963، ج1، ص 386.

وعلى راس القائلين بهذه النظرية الفقيه سيجل siegel الذي اعتبر الالتزام بالارادة المنفردة هو الاساس الوحيد لالتزام الواعد بجائزة ، فمن يوجه وعده للعموم بمنح جائزة او مكافأة لقاء عمل معين التزم بوعده ،واساس التزامه هذا هو الارادة المنفردة . وقد لاقت فكرته ترحيبا و تأييدا لدى واضعي القانون الالماني ، ففي سنة 1900م قرروا للارادة المنفردة مكانا بجانب العقد [1] وبذلك اعتبر اول تشريع وضعي يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، الا انه لم يضعها في مرتبة واحدة مع العقد كقاعدة عامة ، بل و ضعها في مرتبة ثانية كمصدر استثنائي ، اذ نصت المادة 305 من القانون الآلماني :"لإنشاء الالتزام لا بد من عقد يبرم بين ذوي الشأن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." و قد مثلت المادة بأنها قررت المبدأ العام لإنشاء الالتزام الإرادي فهو العقد، مستبعدين في ذات الوقت أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا اما للالتزام، أما عبارة " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" ، فإن ذلك ينصرف إلى النصوص التي جعلت من الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام الإرادي، و هي المادة 657 الخاصة بالوعد بجائزة الموجه لجمهور و المادة 793 الخاصة بسند لحامله.

وللاشارة فقد صدرت بهذا الشأن عدة دراسات قانونية في ظل القانون الالماني اهمها : كتاب " الوعد كسبب للالتزام " للفقيه سيجل و الذي كان فيما يعتقد أول من بادر الى تأصيل الفكرة و ابرازها ، وكتاب " الوعد والعقد" للاستاذ جاكوبي ، وما كتبه كل من الفقيه كونتير و القيه كوين من دراسات اخرى بهذا الصدد ، ويبدو ان قوة الادلة التي ساقها هؤلاء قد أغرت بعضا من الفقهاء الفرنسيين الى الاخذ بهذه النظرية أمثال ووزفر و ديموج و جوسران [2] .. وسّا يجدر بنا ان ننوه عليه هاهنا أنه كان لهذه النظرية دويها في الفقه الايطالي ، حيث دأب اشراح للبحث عن حالات جديدة لتطبيق هذه النظرية .وقد اعتمد انصار هذا الاتجاه الى حجج وأدلة نظرية و أخرى عملية .

الفقرة 02:حجج أنصار النظرية الحديثة :

من الأدلة و التبريرات التي اعتمدها و ساقها هؤلاء :

[1] - بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزامات ، ج1، المرجع السابق ، ص 329./ احمد سلامة –مذكرات في نظرية الالتزام المرجع السابق ص 213

[2] - محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ،مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد و الادارة ،العدد2 1419ه/1998م ، ص 216، /21.

أن حرية الإرادة تقتضي أن تكون للشخص الحرية في ان يلزم نفسه بارادته ،و ليس في المنطق القانوني ما يمنع ذلك ، او من ان ينشا الالتزام قبل ان يتحدد الدائن ما دام قابلا للتحديد [1]

فالحق آن تقييد الإنسان لنفسه مظهرا من مظاهر الحرية ، بل إن سلطان ارادة هنا اشد نفاذا منه في نظرية توافق الارادتين ، اذ تصبح الارادة المنفردة قادرة وحدها على انشاء الالتزام و هو اقصى ما يصل اليه سلطانها ، اما القول بوجوب توافق إرادتين ففيه بقية من يقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الارادة و الموروثة من تقاليد القانون الروماني ذات الطابع الشكلي ، حيث كانت الارادة لا تنشئ اثرا قانونيا الا اذا اقترنت وأفرغت في قوالب شكلية معينة ، الى ان اندثرت هذه الأشكال ولم يبق منها الا القليل . ذلك ان الارادة ارتقت الان و أصبحت قادرة على إنشاء الأثر القانوني الذي تتجه اليه ، فالواجب ان نصل في هذا التطور الى غايته المنطقية وان نقول بان للارادة السلطان حتى ولو لم تقترن بارادة اخرى [2]

فاذا لم يكن بوسع و استطاعة المدين ان يلزم نفسه التزاما صحيحا بمحض ارادته ، فيكون من باب اولى أنه ليس بإمكانه ان يلتزم بواسطة ارادة المتعاقد معه ، وعلى ذلك يتقرر الأصل بانه لا يمكن القول بان الارتباط بين الإرادة وإرادة شخص آخر هو مصدر الالتزام ، فالاعتراف بارتباط ارادة شخص بإرادة آخرى كمصدر للالتزام يقتضي منطقيا التسليم والاعتراف بدور الارادة المنفردة و قدرتها على ان تنشئ التزاما على عاتق صاحبها .

و من ة اخرى من الصعب ان تتوافق ارادتان توافقا تاما ، و لا يمكن التثبيت من توافقهما الا اذا تعاصرنا في لحظة واحدة ، وهذا مستحيل حتى اذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد فان احدهما لابد ان يسبق الاخر في اظهار ارادته ، و هذا هو الايجاب ثم يتلوه الاخر فيظهر القبول ، فالايجاب و القول يتعاقبان فاذا اردنا التاكد من انهما يتعاصران فيتوافقان فلابد من ان نفترض ان من صدر منه الايجاب قد بقي على ايجابه ولم يعدل عنه حتى اقترن القبول به [3]

أما من الناحية العملية : - ان الالتزام بالارادة المنفردة يسد احتياجات اجتماعية لا يسدها العقد كما هو الشن فيما تقتضيه مصلحة الجمهور الذي يوجه البه ايجاب بالتعاقد او وعد بجائزة في ان يكونا ملزمين لمن صدرا عنه ، وهذا الالتزام لا يمكن

---

[1]-أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، المرجع السابق ، ص 274،273.

[2]- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني ،المرجع السابق ص 1447 .

[3]- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،مصادر الالتزام ،د ر ط، 1980،وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ج1، ص 189.

الا ان يكون مصدره ارادة المدين المنفردة لان الدائن به يكون غير معين ، وان كان قابلا للتعيين مما يحوا دون ان يكون مصدر الالتزام ء اذا انعقد به و بين الموجب والمولد[1]

فالقول بضرورة توافق ارادتين لوجود الالتزام يسد الباب في كثير من المعاملات فمثلا : هل يمكن بغير الارادة المنفردة أن نفسر كيف التزم ذلك الشخص الذي قدم عرضا للجمهور؟ والتزام المتعهد في الاشتراط لمصاحة الغير ، و الالتزام لبقاء على إيجاب معين مدة معينة (الإيجاب الملزم) او السند لحامله ...؟ففي هذه الحالات و غيرها لا تستطيع النظرية التقليدية اقرار الالتزام ، او تعجز عن تبريره ، ولكن المصلحة تقتضي اقراره ، ونظرية الارادة المنفردة تسمح بذلك[2] فالقول بجواز انشاء الارادة المنردة للالتزام يرفع هذا الحرج .

المطلب الثاني: اختلاف القانون في نطاق الآخذ بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام :

إذا كان من شأن تلك الأدلة و المبررات ان تعطي القناعة و الاعتقاد بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات وتكوينها، فانه مع ذلك يظل التساؤل مطروحا بين أنصار تلك الفكرة حول مدى قدرة هذه الإرادة على توليد الالتزامات[3] ومركزها ؟ وعلى اثر هذا تفرق الفقهاء الذين يتجهون إلى آن الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلى عدة فرق ، ففريق يضيق من نطاق الإرادة المنفردة ، ويذهب فريق آخر إلى التوسيع من حدودها ، في حين يذهب فريق ثالث إلى اتجاه وسط بين هذا و ذاك ، وللوقوف على هذه الاراء و التوجهات التي اخذ بها كل فريق ، تم توزيع المطلب على فرعين.

الفرع الاول : الارادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام

لما ثار التساؤل بين أنصار لإرادة المنفردة حول مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات ، اقتضى المقام الحديث عن هذا التباين و الاختلاف بدءا بمن ضيق من نطاق الارادة المنفردة ،واعتبرها مصدرا استثنائيا من مصادر الالتزام لاغير .

---

[1]- جلال علي العدوي ، أصول الالتزام ، المرجع السابق ، ص 280،281.

[2]- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 686.

[3]- محمود الظفر، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ،المرجع السابق ، ص 218.

الفقرة 01: عرض الرأي

يتجه أصحاب هذا الفريق الى الاعتراف بفكرة الالتزام بالارادة المنفردة ، ولكن على سبيل الاستثناء ،وليس على سبيل نهج القاعدة ، وحيثما قضت الضرورة الاجتماعية بذلك اذ لاشك ان هناك ضروبا من التعامل لا يمكن حصولها على اساس العقد ، وانما على سبيل ارادة الشخص المنفردة [1] فنقطة البدء عند هذا الرأي هي التمسك بالمبدأ العام القائل : ان العقد لا يزال المصدر الطبيعي والعام للالتزام الارادي ، وان التصرف الانفرادي يظل غير قادر على إنشاء هذا الالتزام ، ويستطيع صاحبه ان يرجع فيه دون ان يخشى أية مسؤولية . لكن هذا المبدأ يلقى استثناء اذ لو طبق تطبيقا صارما فسوف تتخلف حالات يصاب فيها الناس بالاضرار ، اذ قد ان يحدث ان يثق الجمهور في تصرف انفرادي و يؤدي تجريده من كل اثر قانوني الى ضياع هذه الثقة ، ومن هنا وفي مثل هذه الحالات المحددة يمكن ان يكون للتصرف الارادي اثر منشئ [2]

فالارادة المنفردة وفقا لهذا الفريق او الاتجاه مصدر استثنائي للالتزام ، لا يجوز اعماله الا في الاحوال التي نص القانون فيها على اعتبارها مصدرا .

وهذا هو المذهب الذي استقر عليه الفقه الالماني و الايطالي المعاصر ، فالقانون الآلماني أول قانون يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ،إلا أنه لم يضعها في مرتبة واحدة مع العقد، بل اعتد بها كمصدر استثنائي محصور في نصوص خاصة، وقد استند من نص المادة 305 من .ق.م.أ التي تضمنت مبدأ عاما و قيدا على هذا المبدأ، أما الحالة الأولى تم التطرق إليها أما الحالة الثانية فتتعلق بالقيد المحصور في النصوص القانونية وهي المادة 80 الخاصة لمؤسسات، و المادة 657 الخاصة بالوعد بجائزة ، و المادة 793 الخاصة بسند الحامل. فالفقهاء في المانيا التي هي مهد النظرية يعتبرون الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا مقصورا على الاحوال التي نص عليها القانون [3]

ونفس الامر مع القانون الايطالي الجديد في المادة 1372 التي نصت: " العقد شريعة المتعاقدين " فدل هذا على ان العقد هو المصدر العادي العام للالتزام الإرادي ، وجاء في نص المادة 1987 على أنه: " أما الوعد المنفرد بالقيام بأداء فلا يكون له اثر ملزم في غير الأحوال التي نص عليها القانون " يستفاد من هذا على أن الإرادة المنفردة يمكن ان تعتبر

---

[1]- نقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 70.
[2]- احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام ،المرجع السابق، ص218.
[3]- نقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام، المرجع السابق، ص 63، 70.

مصدرا للالتزام الإرادي و لكنها مصدر استثنائي .[1] حيث تم بعد ذلك ذكر الأحوال التي تكون الإرادة المنفردة فيها مصدرا استثنائيا للالتزام كحالة الاعتراف بالدين ، الوعد بالوفاء ، وحالة الوعد بجائزة.

كما ان هذا الاتجاه اجتذب جانب من الفقه الفرنسي ممثلا في كل من كولان و كابيتان وجوسران في كتبهم عن الحقوق المدنية الفرنسية ،بالاضافة الى ديموج في الالتزامات بصفة عامة ،ونظائرهممن الفقهاء الفرنسيين المهتمين بموضوع الارادة المنفردة ونحوها من الالتزامات [2]

كما تبنى كذلك هذا الاتجاه جانب واسع من الفقه العربي المعاصر كالقانون المدني العراقي في المادة 184 منه التي نصت على ان الإرادة لا تلزم صاحبها الا في الحالات التي ينص عليها فيها على ذلك ، و المادة 185 التي نصت على الوعد بجعالة كأحد التطبيقات للارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام.وعلى اثر هذا أمكن القول بان القانون العراقي حذا حذو القانون الألماني في اعتباره الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا و ليس مصدرا عاما [3].

و نص قانون العقود و الموجبات اللبناني في المادة 138 على المبدأ الأصلي المنطبق على النظرية التقليدية القائلة بعجز الارادة الواحدة عن انشاء الموجبات اي الالتزامات ما لم تقترن بارادة اخرى حتى ولو كان العمل منطويا على ابراء او تنازل وأضاف من جهة ثانية الى هذا المبدأ حكما يجيز بوجه الاستثناء تولد الموجبات بارادة واحدة في احوال عينها القانون مما يتفق هذا مع ما جاء في المادة 305 من القانون الالماني .وعلة تقييد الارادة المنفردة في انشاء الموجبات ضمن نطاق الاستثناء الذي يحدده القانون تقوم على فكرة التثبت من جدية القول الذي يصدر عن المدين اذ يمكن ان ينطق باقوال من غير قصد التقيد به ، فلا يكون لها اي اثر في هذه الحالة [4]

ومما تجدر الإشارة اليه في هذا المجال موقف المشرع المصري ، والذي اثار عددا من التساؤلات ، حيث كان التوجه في لجنة اعداد المشروع المدني المصري الى اعتبار الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام وفقا لنص المادة 228 من هذا المشروع التي نصت على :" –اذا كان الوعدالصادر من جانب واحد مكتوبا و كان لمدة معينة ، فان هذا الوعد يلزم في الوقت الذي يصل فيه الى علم من وجه اليه مادام هذا لم يرفضه

---

[1]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج2 ، المرجع السابق ، ص 383.
[2]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ، المرجع السابق ، ص 223
[3]- عبد المجيد عبد الحكيم ، عبد الباقي البكري ،محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 ، المرجع السابق ص 192.
[4]- تقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 63،64

- و تسري على هذا الوعد الاحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام

- يبقى الايجاب في العقود خاضعا للاحكام الخاصة به و يسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه لجمهور "

وعلى هذ جعل نص هذه المادة الارادة المنفردة لان تكون مصدرا عاما للالتزام ،شأنها في ذلك شأن العقد غير انه كان بشترط ان تكون الارادة المنفردة مكتوبة ، وان يتم تحديد المدة اذا رفضت ، اما اذا لم ترفض فانها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذي تصل فيه الى علم من وجهت اليه [1]

لكن لجنة مراجعة مشروع القانون المدني المصري لم تسلم بما ذهبت اليه لجنة إعداد المشروع ، وعدلت عن وضع قاعدة عامة تعتبر لإرادة مصدرا عاما للالتزام ، ومن ثم الاكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون ، فأصبحت بذ الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في حالات استثنائية و بنصوص قانونية خاصة . " و المعنى الواضح من هذا الرأي ان القانون المصري لا يعرف الارادة المنفردة بين مصادر الالتزام ، و ان هذه المصادر اربعة و ليست خمسة فهي العقد و العمل غير المشروع ، الاثراء بلا سبب و القانون .أما ما ورد في الفصل الثاني تحت عنوان " الارادة المنفردة"فيجب ان يدرج تحت الفصل الخامس المخصص ل"القانون" فالمسالة خطا في التبويب لا اكثر" [2]

هذا الموقف أثار جدلا في الفقه المصري حول مصدر الالتزام في هذه الحالات النصوص عليها ، حيث ذهب الاستاذ السنهوري لموقف مخالف لما عليه غالبية الفقه المصري ، فبينما يرى جمهور شراح القانون المدني المصري ان الارادة المنفردة تعد مصدرا للالتزام في تلك الحالات الخاصة - ولو انها ليست مصدرا عاما بل استثنائيا -، فان الاستاذ السنهوري يرى ان الالتزامات التي تنشأ في حالات خاصة عن لإرادة المنفردة هي التزامات قانونية مصدرها القانون مباشرة [3]

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق المجلد الثاني ، ص 1452، 1453.

[2]- محمد صبري السعدي ، الواضح في القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد و الارادة المنفردة ، المرجع السابق ص 371.

[3]- سفيان ابراهيم ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 11/ ينظر:عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق ، المجلد الثاني ص1452.

ويستند الاستاذ السنهوري فيما ذهب اليه الى ان لجنة المراجعة بعدما قررت لان تكون رادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام و جعلها في حالات خاصة و بمقتضى نص، لم تعد الارادة مصدرا عاما واصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى اصل عام يقرره القانون ، بل بمقتضى نصوص قانونية خاصة وبالتالي أصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات .

و من ثم كان اعتبار اي التزام ينشأ عن الارادة المنفردة التزاما مصدره القانون و حذف الفصل الخاص للارادة المنفردة وادماجه في الفصل اصص للقانون كمصدر مباشر للالتزام ، و هذا ما فات لجنة المراجعة، وعلى هذا لم يرد الاستاذ السنهوري ان يساير مافات لجنة المراجعة في هذا الغلط في التبويب و المنهجية ، اذ لم يشأ ان يجعل للارادة المنفردة في مؤلفاته بابا خاصا ياتي بعد الباب المخصص للعقد كما فعل ق. م المصري الجديد ، بل تطرق اليها هو بصدد الحديث عن الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر حيث ادخل في هذا النطاق الالتزامات التي تنشئها الارادة المنفردة [1] و هذا الرأي لم يجد قبولا و تأييدا لدى غالبية الفقه المصري بحيث اعترضوا من جهة على وجهة النظر الأولى المتعلقة بجعل القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التي تنشأ عن ارادة منفردة معللين " بان القانون لا يصح ان يعتبر مصدرا مباشرا للالتزام الا اذا استقل القانون في انشائه عن ارادة المدين فيه حيث ان الالتزام الذي ينشأ عن الارادة المنفردة يعتبر التزاما إراديا لان الإرادة هي التي تنشئه مباشرة في ذمته [2] و من ة أخرى اعترضوا على مقترح الأستاذ السنهوري الآخر الذي طلب من خلاله تغيير خطة هذا القانون المتعلقة بموضوع الإرادة المنفردة، معتقدين ان الخطة جاءت سليمة وان القانون المدني لم يخطئه التوفيق في هذا التبويب و انما على العكس كان التوفيق حليفه بموجب اقرار القانون ان الالتزام في الارادة المنفردة لم يكن ناشئا عن هذا القانون وإنما عن الإرادة ذاتها ، ولهذا وصفوا الالتزام وفقا لهذا بأنه التزام ارادي و ليس التزاما قانونيا على حسب الأستاذ السنهوري [3]

[1]- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق ،المجلد الثاني ، ص1454

[2]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة و دورها النظري ،المرجع السابق ص 224.

[3]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة و دورها النظري ،المرجع السابق ص 225./محمد صبري السعدي ، الواضح في القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات،المرجع السابق ص 369 .

ومن خلال كل ماسبق ان المشرع المصري، اعتبر الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام يؤخذ بها في الحالات التي ينص عليها القانون،ولعل اهم تطبيقاته الوعد بجائزة المنصوص عليه في المادة 162 ق م[1]

الا ان المشكلة فيما ذهب اليه هذا الاتجاه هو المعيار الذي تتحدد على أساسه الحالات الاستثنائية للارادة المنفردة .

الفقرة 02:الآساس الذي تقوم عليه لإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا استثنائيا للالتزام :

قد اجتذب الرأي القائل بان لإرادة المنفردة هي مصدر استثنائي تأييدا كثيرا من الفقهاء الا أن المشكل في هذا الرأي : هو المعيار الذي تتحدد على أساسه هذه الحالات الاستثنائية ، بمعنى : هل ثمة أساس يجري الحكم عليه بشأن ضبط الحالات الخاصة التي تصلح للانطباق على فكرة الالتزام بالارادة المنفردة على سبيل الاستثناء ؟

قيل : أن يترك هذا المعيار الى المحاكم وذلك وفق مقتضيات كل مجتمع (اي تكون السلطة التقديرية للقاضي)

وقيل : يترك امر هذا المعيار الى المشرع والذي بمقدوره إما ان يحدد و يعدد الحالات التي تصلح للانطباق على فكرة الالتزام بالارادة المنفردة حالة بحالة ، واما ان يضع لذلك ضابطا عاما[2] لا يتقيد بحالات معين.

و على الرغم ان الجدل في هذا الشأن ما يزال قائما وغير مبلور الا ان الآقل صعوبة الاعتداد بحكم القانون و ليس بحكم القضاء وتقديراته ، ذلك ان الاخذ بهذا المعيار يعطي اكثر مرونة في بيان ما يصلح و ما لا يصلح من الحالات و الوقائع للانطباق على فكرة الالتزام بالارادة المنفردة .[3]

الفرع الثاني : الإرادة المنفردة مصدر أصلي للالتزام :

لقد تأثرت بعض التشريعات الحديثة العربية و غيرها بالنظريات التي قيلت بشأن الإرادة المنفردة الى حد كبير ، وهذا باعتناقها لهذه النظرية الحديثة التي تعتبر لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ،الا ان هذه التشريعات اخذت بها كمصدر استثنائي ، في حين رأى فريق اخر من انصار هذه النظرية ان الارادة تصلح لان تكون مصدرا أصليا لا استثنائيا مستندين في ذلك الى مبررات ترجح ذلك ،غير انه حتى في هذا الفريق نميز بين اتجاهين :اتجاه يعتبرها مصدرا عاما للالتزام ،واتجاه يرى انها المصدر الوحيد للالتزام .

---

[1]-انور سلطان،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، المرجع السابق، ص297 .

[2]-احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ،المرجع السابق ، ص 218.

[3]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ، المرجع السابق ، ص 227.

الفقرة 01 : رادة المنفردة مصدر عام للالتزام

يرى اصحاب هذا الاتجاه الى ان الارادة المنفردة تعتبر مصدرا عاما للالتزام الارادي ، لكن ليس باعتبارها المصدر الوحيد و المتفرد وانما باعتبارها مصدرا فاعلا آخر شان العقد تماما فكما يمكن للعقد ان ينشئ الالتزام و يرفده يمكن للارادة المنفردة ان تنشئه بنفس القوة و المستوى من الالتزام [1]

فالتصرف الانفرادي في منظور هذا الرأي ليس عدوا للعقد يريد القضاء عليه ، وليس أيضا مجرد ظاهرة استثنائية ، ولكنه مصدر مستقل و عام وله مجاله الخاص [2] فلكل من العقد و الإرادة المنفردة مجاله الخاص به الذي يكون سيدا مطلقا فيه لا يشاركه فيه مشارك ، فالعقد يكون مصدرا للالتزام حيث يكون الدائن معينا وعلى ذلك فالالتزام الإرادي الذي يكون فيه الدائن معينا يكون مصدره العقد و لا يجوز ان ينشأ الا من عقد ، فلا يصح ان ينشأ من ارادة منفردة ، اما هذه الاخيرة فتكون مصدرا للالتزام الذي لا يكون فيه الدائن معينا ، ولا يجوز ان يكون غير الارادة المنفردة مصدرا لذلك الالتزام [3]

و الحق ان هذا القول يصطدم بصعوبات لم تحل حلا مرضيا ، و تتمثل هذه الصعوبة في وضع الحدود للنطاق الخاص الذي يعمل فيه التصرف الانفرادي المنشئ .

وقد اقترح البعض حلا لهذه الصعوبة و هو يتمثل في صفة المخاطب بالتعبير ، فحيث يكون هذا المخاطب محددا يترك الامر للعقد ، اما حيث يكون هذا المخاطب غير محدد فيترك الامر للتصرف الانفرادي، و تطبيقا لذلك حين يكون الوعد موجها لشخص محدد فانه لا يغدو ملزما الا اذا قبله هذا الشخص ، اما حيث يكون الوعد موجها لشخص غير محدد فإنه يغدو ملزما منذ صدوره .والواقع ان هذا المعيار واضح وصحيح لكنه غير كاف فمثلا " الايجاب " فمن الممكن ان يوجه للجمهور ومن الممكن ان يوجه لشخص معين ، ووفقا لهذا المعيار يكون في الحالة الأولى لزما لذاته وبقوة الارادة المنفردة ، في حين يكون مجردا عن كل اثر قانوني في الحالة الثانية ، وهو امر غير مقبول لا من الناحية النظرية ولا من الناحية العملية (فمن الناحية النظرية غرابة التعبيرعن الارادة ، غذ من جهة يرتقي التعبير الى مستوى التصرف القانوني ، ومن جهة اخرى هو و العدم سواء .

---

[1]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام،المرجع السابق ، ص 220.
[2]- احمد سلامة ،مذكرات في نظرية الالتزام، المرجع السابق ، ص 218.
[3]- بقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 69،70.

و من الناحة العملية لا تقل حاجة المخاطب المعين الى حماية عن حاجة المخاطب غير المعين ، و من ثم فان الاعتبارات العملية تتوافر على عدم المساواة في الحالين)[1]

من جهة أخرى اعتبر البعض الاخذ بهذا الاتجاه – القاضي بجعل الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام لا يشكل صعوبة و المتمثلة في وضع الحدود للنطاق الخاص الذي يعمل فيه التصرف الانفرادي طالما اعتبرت هذه الإرادة مصدرا عاما للالتزام شانها في ذلك شان المصادر الاخرى

، وعليه فليس ثمة ما يدعوا الى التخوف في مواجهة هذه الصعوبات ، لان إعطاء الإرادة المنفردة صفة المصدرية العامة و ما يترتب على هذه الصفة من صلاحية تطبيقها على أي تصرف انفرادي لا ينبغي وضعها مقدما ضمن نطاق خاص أو حالات معينة ، كما هو الأمر بالنسبة إلى مصدر عام آخر.

ولما كان هذا الاتجاه يميل الى المعقولية و الاعتدال ، فلا هو يعطي للإرادة المنفردة دور الريادة و الانفراد في تكوين أي شكل من الالتزامات الإرادية ، ولا هو بالمتسامح و المتساهل في حرمان هذه الإرادة من دورها العام في إنشاء الالتزام و تكوينه ، فقد تأثرت به بعض التقنينات الوضعية ، او على الأقل بعض مشروعاتها المقررة كمشروع القانون الفرنسي الايطالي في المادة 60 منه ، والمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في المادة 228،[2] و القانون المدني الأردني في المادة 250 حيث نصت على انه :"يجوز ان يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه الزام الغير بشيء و ذلك طبقا لما يقضي به القانون "

يتضح من خلال نص هذه المادة ان المشرع الاردني اخذ بالاتجاه القاضي ان الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام . وقد أردف القانون المدني الأردني في م 251 :" تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد ، وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك " وعلى هذا نص ق.م. الاردني على سريان الاحكام الخاصة بالعقود على التصرف الانفرادي الا ما تعلق بضرورة وجود ارادتين او نص القانون على ذ .

[1]- احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 219.
[2]- محمود المظفر، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ، المرجع السابق ، ص 222.

هذ،وقد نحا المشرع الجزائري في تعديله الجديد 05-10 في المادة 123 مكرر- ما ذهب اليه المشرع الاردني والتي سيأتي بيانها في بحثنا هذا.

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في مادته 228 قد ق ضه من قل لجنة المراجعة ، الأمر الذي يكشف ان الحذف كان عدولا عن تبني وضع قاعدة عامة تجعل من الارادة المنفردة منشئة للالتزام ، اكتفاء بحالات خاصة منصوص عليها في نطاق القانون [1]

تناول القانون المدني الأردني الإرادة المنفردة في المادة 250 مه

الفقرة 02 :رادة المنفردة مصدر وحيد للالتزام :

رد أصحاب هذا الاتجاه نشوء الالتزامات الإرادية عموما الى الإرادة المنفردة وحدها و ذلك بما أعطوه لهذه الإرادة من دور مباشر و وحيد في تكوين تلك الالتزامات بما فيها الالتزامات الناشئة عن العقد

فالعقد في نظر هؤلاء ليس إلا اجتماع إرادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن الأخرى تمام الاستقلال ، إرادة الموجب من ناحية و ارادة القابل من ناحية اخرى ، اي هناك التزامين نشآ كل منهما من ارادة منفردة الموجب و التزام القابل ، ولكل من الالتزامين محله و تاريخ نشوءه [2]

و على حدّ تصوير البعض فالالتزامان مستقلان من حيث شروط الصحة ، فشروط الصحة لا يبحث عنها الا في شخص المدين و هما (الالتزامان) مستقلان من حيث السبب ، فالموجب لا يلتزم لا لان القابل يلتزم ، والقابل لا يلتزم الا لان الموجب يلتزم ، فالتزام كل طرف سبب لالتزام الطرف الآخر ، يضاف كذلك أنهما (الالتزامان) مستقلان من ث للل وكذا من ث الشوء – الموجب اولا ثم القابل يلتزم – ل و من حث الآثار التي تنتج عن كل منهما .

و من الناحية العملية يندر ان يحصل توافق و التحام بين الارادتين في لحظة واحدة ، وذلك لضرورة وجود فاصل زمني ولو يسير بين صدور الايجاب و الاعلان عن القبول [3]

واذا كان الامر كذلك بالنسبة للتعاقد بين حاضرين ، فما بالك بالنسبة للتعاقد بين غائبين ؟

---

[1]- محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ، المرجع السابق ، ص 222.
[2]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي ،المرجع السابق، ص 56.
[3]- احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام ، المرجع السابق، ص 217.

ثم ان تكوين العقد من الناحية الفنية يتعارض مع ذلك الفصل التام و المطلق بين ارادة القابل و ارادة الموجب ، والا لما كان لفكرة العقد القائم على الترابط و التلاحم معنى [1] وغير بعيد فقد ذهب الاستاذ " لارومبير" في عبارته المشهورة القول " ان كل عقد يبدأ بعرض و ينتهي بقبول ، فاذا حذف واحد من هذين الامرين ستجد العدم فالايجاب بدون قبول يعجز عن ترتيب اي اثر قانوني ، والقبول بغير ايجاب امر مستحيل "[2] وقد صادف هذا الرأي القلة من الأنصار وذلك لإفراطه و مبالغته في اعتبار كل التصرفات القانونية تصرفات صادرة من جانب واحد و بالتالي القضاء على العقد كمصدر أساسي للالتزام .

بعد عرض للآراء و الحجج التي بنت عليها كل نظرية، لا بأس من الوقوف عند بعض النقاط التي جاءت بها كل نظرية ليتطرق من خلالها لمدى الأخذ بالنظريتين،وإلى أي حد ينبغي الانتهاء إليه عند الأخذ من كل منهما، لنستخلص من هذا كله مدى ما في كل نظرية من صحة .

وعليه، إذا ما تم النظر الى كل من النظريتين وجد أن النظرية التقليدية قد بقيت وفية للتقاليد التي ورثتها عن القانون الروماني ، والتي ترجع في أساسها إلى أن الالتزام ما هو الا رابطة بين شخصين دائن و مدين ، وعلى ذلك فهي ترفض الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام [3] ولا تقبل نظرية أخرى و بالمقابل نجد النظرية الحديثة و التي تتبنى المذهب المادي للالتزام على أساس انه رابطة بين ذمتين ،(تنظر اليه باعتباره قيمة مالية ،اكثر منه باعتباره صلة شخصية) وعلى ذلك أجازت حوالة الحق مثلا .وعموم القول بالنسبة للنظرية الحديثة يؤدي الأخذ بهذا إلى القضاء على العقد كمصدر للالتزام لتحل محله الإرادة المنفردة كمصدر لكل التزام إرادي لاسيما أن البعض غالى انتصارا للإرادة المنفردة و اعتبرها المصدر الإرادي الوحيد ، على اعتبار أن العقد ما هو إلا مجموعة من الإرادات المنفردة . غير انه قد يخيل هنا أن الفرق بين النظريتين فرق كبير، ولكن هذا الفرق لا يعدو ان يكون فرقا نظريا اكثر منه عمليا عند البعض كامثال الاستاذ السنهوري الذي صرح في كتابه "شرح القانون المدني :" و لكننا مع ذلك لا نعتقد ان الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية و الفرنسية ..."[4] ولهذا ففي الحالتين التي يقولون فيها انصار النظرية الحديثة أن الإرادة إذا أعلنت

---

[1]- بقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ، ص 69.

[2] - احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ،المرجع السابق ج1 ص217، 218

[3]- سفان إبراهيم صيام ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ،دراسة موازنة ، فلسطين، ص 07.

[4]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ، المجلد الثاني ص 1449.

وعلم بها الغير فاطمأن إليها وت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، وجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة ، و لا يجوز عندئذ العدول، إذ لا يجوز للمدين أن يرجع في التزامه بعد أن التزم بإرادته المنفردة، وبمقابل استطاع أصحاب النظرية التقليدية ومن طريق آخر أن يقولوا أيضا بالتزام المدين ، ذ أنه التزم التزاما لا رجـــوع فه ولكن لس بإرادته المنفردة، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وعلى هذا سواء كان سب التزام المدين في هذه الحا هو إرادته المنفردة أو العقد ،فإن النتيجة و احدة، إذ المدين ملتزم التزاما لا رجعة فه في القولين.

إلا انه وبالرغم من محاولات التقريب بين النظريتين، يبقى الأساس الذي بني عليه كل منهما مختلفا .وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى تباين في النتائج التي تترتب على ذلك .و كفي الإشارة فيها إلى أنه في الحالة التي تم ذكرها آنفا ، فاذا تم التسليم مع النظرية الحديثة بالتزام المدين بإرادته المنفردة، فان هذا يؤدي اعتبار التزامه موجودا مد صدور هذه الإرادة، أما إذا كان التسليم مع النظرية التقليدية، فإن الالتزام لم يوجد إلا عند توافق الإرادتين، أي عند صدور الإرادة الضمنية للدائن.[1]

وفي الحقيقة أن كلا الفريقين المتعارضين ، يريد ان يلغي كل منهما الآخر ، فانصار العقد يعتقدون ان الآخذ بالارادة المنفردة سيؤدي الى الغاء العقد ، وحلول الارادة محله ، وكذلك أنصار الإرادة المنفردة يعتقدون أن الآخذ بالنظرية التقليدية سيعود بنا الى الوراء و بالتالي لن نصبح قادرين على مواكبة التطورات الحديثة الحاصلة في نظرية الالتزام ، إلا أن الأمر لا يؤخذ بهذه الحدة و الشدة ، حيث ينبغي ان تم تحديد دور الارادة المنفردة و العقد كمصدرين للالتزام، واعطاء كل منهما موقعه الصحيح ، فنظرية الالتزام تستوعب الاثنين معا ، ذلك ان هناك التزامات لا يمكن تصور وقوعها الا بوجود شخص المدين و الدائن ، و في المقابل هناك التزامات لا يشترط لوجودها وجود الدائن في الحال و إنما أمكن وجوده لاحقا [2].

- لا شك في أن لكل من النظريتين شيئا من الصحة ، اذ لا يخلو اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام من الفائدة إذ الآخذ بها كمصدر يساعد على تفسير كثير من الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة ، الا ان ما

[1]- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق المجلد الثاني ص 1451،1450.
[2]- سفيان ابراهيم صيام ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ص 08 .

تؤدي إليه نظرة انصار المغالين للنظرية الحديثة من القضاء على العقد كمصدر من مصادر الالتزام وإحلال الإرادة المنفردة محله، فهذا ما لا يمكن التسليم به ، فالواجب إذن أن يبقي كل من العقد والإرادة المنفردة مصدرا للالتزام [1] كل في مجاله .

والذي سارت عليه التشريعات الحديثة اليوم أنها لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى بل جمعت بينهما، فاعتبرت العقد هو الأصل في إنشاء الالتزام ثم بينت بعد ذ إلى أي د يمكن الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ولكن ليس مصدرا أصليا وإنما مصدرا نو[2].ويعد القانون الألماني وهو مهد النظرية ومنبتها خير مثال على هذا ، فهو لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا اما للالتزام بل أخذ بها استثناءا في الات على سل الحصر ، بمقتضى نصوص قانونية اصة، حث نصت المادة 350من القانون المدني الألماني على أنه:" لإنشاء الالتزام لابد من عقد بين ذوي الشأن، ما لم ينص القانون على لاف ذ" ولقد فسرت هذه المادة أنها تضمنت مبدأ اما، هو أن العقد يعتبر المصدر العام للالتزام الإرادي، كما تضمنت المادة قدا ينحصر في النصوص القانونية التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدر للالتزام الإرادي كما سيرد ذكرها .

وفي هذا الموقف يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية لقانون الألماني ما يأتي :" إن الغرض من تقرر هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا اما لإنشاء الالتزامات، في الحد اي ينشا فه الالتزام من عمل قانوني. صحيح أنه طلب حتى من اللجنة الثانية(لتحضير مشروع القانون الألماني)، ذف هذا النص لترك المسألة لتقدر الفقهاء .و قد كان هذا قد سمح لقضاء مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة، ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي، ومع ذ فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعتد بها القانون، حتى تكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة مفردة تكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة 305 ، وتطبيقا لنظرية الإرادة المنفردة[3] "

ويضيف الأستاذ السنهوري أن المشرع الألماني قد لحاط في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا اما للالتزام لاعتبارات عملية، ويستند في هذا لما يقوله الفقه سالي -مع اننا لا نرى هذا الكلام منطقيا-" : إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ ام، فذ راجع دون شك للأسباب التي أبداها(Brinz) فإن من

[1]- بقية محمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ص 61.
[2]- عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في لقانون المدني العراقي ، المرجع السابق ، ص 192 .
[3]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني ،المرجع السابق 1450.

الخطر إعطاء مل هذه الحرية للإرادة، إذ يصعب، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة، أن نتبين هل هناك التزام ت دي، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقي جزافا دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به" [1]

ومما سبق يمكن القول بان لكل من النظريتين جانب من الصحة ، إلا أن الأمر لا يؤخذ بهذا التطرف و الحدة فنظرية الالتزام تستوعب الإرادة المنفردة و العقد على حد سواء و عليه ينبغي تحديد الموقع الصحيح لكل من العقد و الإرادة المنفردة كمصدرين للالتزام ، فهذا الذي ينبغي أن يكون النقاش العلمي الفعلي حوله، لا مجرد التسليم أو عدمه حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام.

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،المرجع السابق، المجلد الثاني،ص 1451.

يخلص مما سبق بان الإرادة المنفردة تصرف قانوني من جانب واحد متجهة الى إحداث اثار قانونية متعددة ، حيث يتضح مع هذا التعريف الفرق بينها وبين العقد الملزم لجانب واحد، ذلك ان هذا الاخير ثنائي من حث انعقاده وآحادي من حث اثاره ، كونه لا ينشأ إلا بتطابق إرادة شخصين، وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة أحدهما ، أما التصرف بالإرادة المنفردة فهو آحادي من حث نشوئه، اذ انه عمل قانوني صادر من انب و احد .

هذا ، حتى و لو كان تعبير" الارادة المنفردة "غير معروف في الفقه الاسلامي بهذا المصطلح الا انه يعبر عنه بالايجاب غير المقترن بقبول وهي في هذا لا تختلف عما في القانون طالما انها تعبير ينتج اثره بارادة صاحبه دونما حاجة الى ارادة ثانية من الغير .

وسواء في القانون او الفقه الاسلامي تبين قدرة الارادة المنفردة على ترتيبها لآثار قانونية مختلفة ،اذ انها كسب الحق العيني وسقطه، وتشت الحق الشخصي، وتنهي الرابطة التعاقدية التي أنشأت الحق الشخصي وكل ذ لا لاف فه حتى و لم ترتبط هذه الإرادة بإرادة أخرى.

لن اي وقع الخلاف حو، يتجلى في قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات، واعتبارها ، ذ مصدرا من مصادر الالتزام .

وبخصوص هذا الأمر اختلفت الآراء في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام بين مؤيد للفكرة وبين معارض لها، وعلى اثر هذا انقسم القانونيون في هذا المجال إلى قسمين : قسم لا يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، وهذا ما ذهب اليه الفقه الفرنسي، وقسم يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام وهذا الاتجاه منسوب الى الفقه الألماني ، و اشتعلت المعركة بين مساند و معارض ، حيث استخدمت فيها جل الأفكار الأساسية في القانون.

غير أن السؤال بقي مطروحا بين أنصار الإرادة المنفردة ، حول مدى قدرة هذه الإرادة على توليد الالتزامات ، حيث تفرق الفقهاء الذين يتجهون إلى أن الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلى عدة فرق ، ففريق يوسع من نطاق الإرادة المنفردة ، و فريق آخر يضيق من حدودها ، في حين يذهب فريق ثالث إلى اتجاه وسط بين هذا و ذاك . والجدير بالذكر ان الكثير من التشريعات العربية و غيرها قد تأثرت بما ذهب إليه القانون الألماني ، نظرا لما قدمته هذه النظرية من حلول ومواكبتها لمقتضيات العصر.

و على اثر هذا، سنحاول البحث عن موقع الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري و موقفه منها، **و مقارنته بموقف** الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

الفصل الثاني:

التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري

الفصل الثاني: التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري

مما سبق يتبين بان احدث النظريات التي توصل اليها القانون اليوم فيما يتعلق بمصادر الالتزام هي النظرية التي تعتبر الالتزام تارة ينشأ بتوافق إرادتين ،وأحيانا أخرى ينشأ بتصرف من جانب واحد ،وهي لإرادة المنفردة المنشئة للالتزام ،وهذا ليس بجديد في الفقه لإسلامي – على خلاف التسمية الجديدة فقط- ذلك ان ما يتم و يظهر أثره بالإيجاب وحده في الفقه هو ما اصطلح عليه القانون بالإرادة المنفردة .

ففقهاء الإسلام يرون أنه فيما لو كان هناك التزام مقابل التزام آخر عندها لا يتم الالتزام إلا بإرادتين ، إرادة الموجب و إرادة القابل ،حتى لا يلزم شخص بما لم يلتزم به إلا انه في غير هذه الأحوال فان نظرية التبرع تنطبق و تتحكم ،ذلك أن تصرف الإنسان في خالص حقه دون مساس بحق غيره لا يتوقف على إرادة الغير ،اذ ليس لهذا الغير ولاية على حقوقه ،وعلى ذلك يتم التبرع في هذه الحالة بإرادة المتبرع وحده أي بإرادته المنفردة [1] بين موسع في هذا الأمر و بين مضيق ، وسنبرز هذا من خلال رصد بعض الحالات في هذا الجزء المتبقي من البحث .

فالإرادة المنفردة سواء في الفقه الإسلامي او القانون أمر متفق عليه كونها صالحة لأن تكون أساسا لتصرف شرعي او قانوني تترتب عليه آثار شرعية او قانونية ،على خلاف بينهما في نطاق صلاحية هذه لإرادة .

إلا أن الذي هو محل خلاف بين الفقهين القانوني و الشرعي هو في نطاق قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات في ذمة صاحبها ، لأنه من الواضح لا تستطيع أن تنشئ التزاما في ذمة شخص آخر ، وهل تعتبر بذلك مصدرا من مصادر الالتزام ملها مل العقد .

و تبعا لهذا ، و لكي لا يكون هذا الكلام نظريا اكثر منه عمليا تم تخصيص المبحث الأول من هذا الفصل لموقوف عند موقع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي و الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري بهذا الخصوص من خلال إيراد حالات تطبيقية .

ومن جهة أخرى تم تخصيص المبحث الثاني عند أهم صورة عملية للالتزام التي أجمعت عليها التشريعات الحديثة و التي تعرف في الفقه الإسلامي بمصطلح الجعالة، المسماة في القانون الوعد بجائزة .

[1]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ص 52.

المبحث الأول: موقع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ليست بالأمر الجديد ، غير أن هذا الاصطلاح " الإرادة المنفردة " وتسميتها بهذا الاسم مستعار من الفقه الغربي ولم يطلقه الفقهاء المسلمون ، وإنما استعمله الفقهاء المسلمون المحدثون ، حيث أن مسماها معروف في الفقه الإسلامي منذ القدم فقد يعبر عنه " بالإيجاب" غير المقترن بقبول [1] فالفقه الإسلامي كان سباقا في إظهار دور الإرادة الحقيقي و ليس الفقه الألماني كما يقول البعض [2].

وقبل الحديث عن دور هذه الإرادة و ما يمكن أن تحدثه في الفقه الإسلامي من آثار، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات تعرض لإرادة المنفردة في كل من الأمر 58/75 المتضمن للقانون المدني وكذا القانون رقم 10/05 المعدل لقانون المدني.

وعلى هذا يتسنى لنا معرفة ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الشأن ومقارنته بالفقه الاسلامي ، اقتضى المقام أن يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ، حيث خصص المطلب الأول لموقع الإرادة المنفردة في الفقه لإسلامي ، ليكون المطلب الثاني مخصصا لموقف المشرع الجزائري من هذه الإرادة .

المطلب الأول: موقع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

الأخذ بالإرادة المنفردة و اعتبارها مصدرا للالتزام مبدأ أقام عليه الفقه الإسلامي منذ نشأته ، وان هذا المبدأ لم يعرفه الفقه الغربي إلا في عصوره المتأخرة [3] وعلى هذا نجد هناك من علق على هذا فقال: " الفقه الإسلامي سبق الفقه الغربي و القوانين الوضعية في اتخاذ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام و جعلها صالحة لان تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني على خلاف بين الفقهاء في مدى هذه الصلاحية " [4]

---

[1]- نقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 70،71/ و ينظر أيضا: محمد امجد منصور، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 232.

[2]- سفيان ابراهيم ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق، ص 5

[3]- عبد الحفيظ رواس قلعة جي ، الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ص03، www.dorar.net/26 2014/10

[4]- بلماج العربي، النظرية العامة للالتزامات ،ج1 ، المرجع السابق ، ص 334.

ولقد اعتبر فقهاء الشريعة الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام بجانب العقد فكما تستطيع الإرادة المنفردة ان ترتب الآثار القانونية ، فهي قادرة كذلك على إنشاء الالتزامات و ما الوعد بجائزة – المسمى في الفقه الإسلامي بالجعالة الا تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة [1]

ومجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي أوسع إذا ما تم مقارنته إلى ما انتهت إليه ل القوانين الحديثة من اعتبارها مصدرا استثنائيا ،على اختلاف بين هذه المذاهب -،فمجالها في المذهب المالكي أوسع منه عند غيرهم ،ذلك ان المالكية مثلا يجعلون لإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في أحوال التبرع كلها ،حيث أن غالبيتهم يلزمون المتبرع بما التزم في حين ان البعض الآخر من الفقهاء لا يعتدون بالإرادة المنفردة إلا في حالات. [2]

فالمذهب المالكي ذهب إلى ابعد الحدود في هذا الشأن بأن جعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام الإرادي ل قل ان فقهاء المالكية كانوا ابرز من نزع الى تلك الفكرة بحيث حسب هذا البعض ان فقهاء المالكية كانوا هم الطرف الوحيد الذي توصل اليها و أصلها و أماط اللثام عنها [3].

و على الجملة ،فان فقهاء المالكية يعتبرون لإرادة المنفردة مصدرا اما ،أما غيرهم من الفقهاء فلا يعتبرونها مصدرا للالتزام إلا فيما نص عليها الشرع،و بالتالي يكون هذا مبدئيا متفقا مع ما جرى عليه التشريع حديثا ،وان اختلفت في التفريع و التطبيق [4] كما سيتبن معنا .

من أجل هذا ،تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، وعليه كان الفرع الأ ول م وا لمدى إمكانية الإرادة المنفردة من توليدها للآثار في الفقه الإسلامي ، ليعدّ بعدها الفرع الثاني لحالات و أمثلة عن هذا التصرف.

الفرع الأول: مجال الإرادة المنفردة وقدرتها على توليد آثار مختلفة:

يتسع مجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي عما هو في القانون ،فإذا كانت في الفقهين تترتب عليها آثار قانونية مختلفة اذ تكون سببا لاكتساب الملكية كما في الوصية أو في إسقاط ؛ ض الحقوق حق الرهن ،أو انهاء بعض العقود كعقد

---

[1]- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام،.د ر ط ، 1994 د م ج ، ن عكون ، الجزائر، ج 1،ص185 .
[2]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ص 103
[3] - محمود المظفر ، الارادة المنفردة و دورها النظري في تكوين الالتزام ، المرجع السابق ، ص 228.
[4]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ص 104

الوكالة ،إذا كان هذا شأنها في الفقهين ،فإنها في الفقه الإسلامي تنشأ بها تصرفات أخرى لا تنشأ في الفقه الغربي الا بتوافق إرادتين بينما تتم في الفقه الإسلامي بالإيجاب وحده [1]

تبعا لهذا ، نجد أن الأستاذ السنهوري صرح بان للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدانا فسيحا نراها فيه تنتج آثارا قانونية متنوعة : " فهناك أولا تصرفات هي عقود في الفقه الغربي و تتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة ، وهناك ثانيا تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي و الفقه الغربي ، وهناك أخيرا آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي ، فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام و من 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 الا بتوافق ارادتين "[2]

وقد استعرض الأستاذ السنهوري الأحوال الثلاث و التي تنتج فيها الإرادة المنفردة آثارا قانونية مختلفة ، نذكرها تباعا فيما يلي:

الفقرة 01: تصرفات هي عقود في الفقه الغربي تتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة

المتأمل في الفقه الإسلامي يستطيع أن يميز بين ثلاثة انواع من العقود و التصرفات [3]

النوع الأول : وهو يشمل التصرفات التي تعد معاوضات ابتداء و انتهاء ، ويدخل في هذا النوع البيع و الإيجار، حيث ان ركن هذين التصرفين هو الإيجاب و القبول وهو أمر لا خلاف فيه ، ومن ثم فهما يدخلان في نطاق العقد ، وعليه لا يتم العقد إلا بإرادة كل من المتعاقدين بحيث يلتزم فيه كلا المتعاقدين .

النوع الثاني :يشمل تصرفات تعتبر تبرعات ابتداء و معاوضات انتهاء ، ويدخل فيها الكفالة و القرض ، وهما أمران تسرب الشك فيهما مع أن التصرف لكليهما تبرع في بدايته ، فغلب القول بان هذا القبول لازم لان التصرف معاوضة في نهايته و من ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب و القبول

---

[1]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ،ص 53.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة لفقه الغربي، الطبعة الثانية الجديدة، 1998 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، ج1 ص، 41،42.

[3]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،المرجع السابق ،ج 1،ص 42.

النوع الثالث : تصرفات تعد تبرعات ابتداء و انتهاء ويدخل فيها الهبة و العارية تغلغل الشك إذا كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة و المستعير في العارية ، مع ان التصرف بالنسبة الى كليهما تبرع في بدايته و نهايته ، فغلب القول بان هذا القبول غير لازم و من ثم كان الراجح ان الركن هو الايجاب فحسب [1]

ويترتب على ذلك بان التصرف في لفقه الإسلامي يتم " بإيجاب و قبول اذا كان من شأنه ان يرتب التزاما في جانب كل من الطرفين و لو انتهاء ، اما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب احد الطرفين دون الاخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده ، فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم وحدها، وكأن العقد نفسه – وهو إيجاب و قبول – يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر أمكن القول في الفقه الإسلامي أن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد" [2]

الفقرة 02: تصرفات تتم بإرادة منفردة محدثة اثار قانونية غير انشء الالتزام :

سبق الكلام ن الإرادة المنفردة بإمكانها ان ترتب اثارقانونية مختلفة غير إنشاء الالتزام فهي قادرة على إنشاء حق عيني كالوصية ، أو إلى زوا كالتنازل عن الرهن ، كما انها قادرة على تاكيد العقد القابل لابطال كالإجازة ،وكذا إسقاط حق شخصي كالإبراء ...وهي أحكام لاشك في لإرادة المنفردة على إحداثها كما تقرر ذلك في الفصل الأول [3].

الفقرة 03: تصرفات تتم بإرادة منفردة منشئة للالتزام :

وهذه تشمل: الالتزام – الوعد – النذر.

أولا : الالتزام :

صحيح انه لم يرد في كتب الفقه القديمة تعريف لكلمة الالتزام – على خلاف الخطاب المالكي الذي اورد تعريفا له- ، ان تناولهم لهذا المصطلح كان موجود ذلك انهم استعملوا هذه الكلمة بالمعنى اللغوي المحض لذلك لم يقتض الحال عندهم ان يعقدوا له من البحوث ما تتميز به من خلاله حقيقته [4]

---

[1]- أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،المرجع السابق، ص275/ تقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 72.

[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ، المرجع السابق ، ج1ص، 44.

[3]- الصفحة 34 و ما يليها من هذه الدراسة .

[4]- علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ص 18.

و تدل تعبيرات الفقهاء في شكلها المجمل على أن الالتزام عام في التصرفات الاختيارية، وهي تشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات والتبرعات.

وقد عرّف الخطاب الالتزام بان المقصود به لغة " لزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، وسائر العقود " أما في عرف الفقهاء فهو: إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا، أو معلقا على شيء، فهو بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذ وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم " [1] . و لمحطاب المالكي السبق في تقرير هذا الباب في أبواب الفقه لما جمعه وصنفه في هذا الشأن في كتابه الموسوم " تحرير الكلام في مسائل الالتزام "

ويتبين مع هذا ان الالتزام عند الفقهاء يطلق على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن لإرادة المنفردة. وفي هذا الصدد يقول محمد سلام مدكور : " بل من الفقهاء من خصه –أي الالتزام – عند الإطلاق بحالة إلزام ا لشخص نفسه ، وا فإنهم يطلقونه على أحوال لإرادة المنفردة "[2] و م ا :إذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون ان يصدر من الآخر قبول أي لم يتم عقد بينهما ، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه ان يعطي المال الذي التزم بإعطائه ؟ [3]

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى ان هذا من قبيل البرع ، والتبرع بالنسبة إليهم غير ملزم .أما عند الإمام م ا فيعتبر ملزما ما لم يمت الملتزم او يفلس ذلك ان الموت و الافلاس يسقطان الالتزام .[4]

ثانيا : الوعد و النذر: سيتم التطرق اليهما عند التعرض لحالات التصرف بالارادة المنفردة

---

[1]- ابو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف،د ر ط ،د س ط ،دار الغرب الإسلامي،لبنان ، ج1 ص 27.

[2]- محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الاسلامي(تاريخه ومصادره و نظرياته العامة) ، ط2 1996، دار الكتاب الحديث ، ص 519.

[3]- احمد ابراهيم بك ،واصل علاء الدين احمد ابراهيم ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ، ط1 ، 2013، المكتبة الازهرية للتراث ،الجزيرة للنشر والتوزيع ، القاهرة

[4] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ، المرجع السابق ، ج1، ص 45.

الفرع الثاني : حالات التصرف بالارادة المنفردة في الفقه الاسلامي :

من خلا ل ما سبق يخلص الى ان الفقه الاسلامي يعتد بالارادة المنفردة ويقر بقدرتها على توليد اثار قانونية مختلفة ، الا ان الذي يهم في بحثنا هذا مدى قدرتها لان تكون مصدرا للالتزام ، و المتأمل لكتب الفقه الاسلامي يجد حالات تطبيقية لهذه الاردة باعتبارها مصدرا منشأ للالتزام ،حتى و ان اختلف في نوع الالتزام ،أهو قضائي ام ديني، وعلى ذلك سنحاول الوقوف عند هذه الحالات مبرزين عنصر لإلزام فيها طبقا لما وجد في كتب الفقه .

الفقرة 01: الوعد من جانب و احد:

يميز الفقهاء بين الالتزام و ا لوعد ، فالالتزام هو ما تقدم ، أما ا لوعد فهو : " ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبل الالتزام في الحال، كأن يعد شخص شخصا آخر ببيعه أرضا ملا" [1] و هناك من عبر عليه بقوله : " هو إنباء الإنسان غيره بأنه سيفعل أمرا في المستقبل مرغوبا له " [2]

وعلى ذ يتضح أن ا لوعد لا يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، إنما هو مجرد إنباء عن إنشاء التزام في المستقبل، كأن يقول شخص لآخر سأعطيك ملفا من المال إذا نجحت في الامتـ ان .و قد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفة و المالكة و الشافعية و الحنابلة على ان الوفاء بالوعد مستحب ديانة ، وانه من مكارم الأخلاق و المروءة [3] وهذا لا خلاف فيه .

أما الوفاء به من جهة القضاء فهو اي وقع الخلاف بشأنه .ففي الحا التي يعد فيها شخص آخر بتصرف، فهل يجبر الواعد قضاء على تنفيذ وعده ؟

وفي هذه الحالة تباينت اراء الفقهاء واختلفت على كونه ملزما للواعد قضاءا ام لا على أقوال هي :

فقد ذهب قول الى انه غير ملزم له قضاء ، و هذا قول جاهير الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة [1]

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاته القضائية، ط1،، 1996 الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية ، ص508 .

[2]- زيه حماد ، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية و تطبيقاتها في المنظومات العقدية المستحدثة ، ط1 1431ه، 2010 م دار القلم ،دمشق ،ص08.

[3]- شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط ، ، المرجع السابق ،ج 21 ص 29./ ينظر أيضا: أبو عبد الله محمد الخطاب،تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق، ص 139./ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1412هـ / 1991م ، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق- عمان ، ج5ص 390./ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، د ر ط ،د س ط ، دار الكتب العلمية ج6 ص 284، 285.

و على هذا ليس للقاضي أن يجبر الواعد ، ذ أن الموعود له لا يملك إلا حقا دينيا فقط، و اي لا جبر في تنفيذه، فهو ليس التزاما مدنيا.

في حين ذهب الإمام م ا وأصحابه، فيما يتعلق بهذه المسألة الى أربعة أقوال :

الرأي الأول :ذهب بعض الفقهاء أن الوعد على أي صورة كان ، فهو لازم و يقضى به مطلقا ، وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز ،[2] حيث ان الوعد عند هؤلاء لازم يقضي به و يجبر عليه ،وقد بنى أنصار هذا الموقف رايهم على ايات و احاديث منها قوله تعالى (كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ) [3]

وما روى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أربع من كن فيه كان منافقا - أو كانت فيه خصلة من أربعة كانت فيه خصلة من النفاق - حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف..." [4]

و في حديث آخر: "آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ"[5]

الرأي الثاني : يذهب هذا الرأي الى انه خير و افضل ديانة للواعد ان يفي بوعده ، لكنه لا يجبر قضاء على ادائه، وهذا موافق لما استقر عليه راي الجمهور[6] واستدل هؤلاء بنصوص منها:قوله عليه الصلاة و السلام :"إذا وعد الرجل وينوي أن يفي به فلم يف به فلا جناح عليه "[7]

الرأي الثالث :يقضى الوعد إن كان على سبب ، ويستوي في ذ إن كان الوالد قد أدخل الموعود له في السبب أو لا.[1]

---

[1]- شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط ، المرجع السابق ،ج 21، ص 29 / / زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، اسنى المطالب في شرح روض الطالب، د ر ط ، د س ط ، دار الكتاب الإسلامي ج2 ص 487 / محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي ،الفروع ، تحقيق ،عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط 1 ، 1424 ، 2003 ، مؤسسة الرسا ،ج11ص 92.

[2]- أبو عبد الله محمد الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق ، ص 140/ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه : محمد حجي وآخرون، ط 2 1408 هـ ، 1988 م ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان ، ج15، ص 343 ،344، 345./ 1 / إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، بو إسحاق، برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع، ، ط 1 ، 1418 هـ ، 1997 م دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ،ج8 ص 138.

[3]- سورة الصف الاية 03

[4]- محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري، تحقيق :حمد زهير بن ناصر الناصر، باب " اذا خاصم فجر " ، حديث رقم 2459 ، ط 1 دار 1422ه طوق النجاة، ج 3ص 131.

[5]- محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، باب علامة المنافق ،حديث رقم 33 ، المرجع السابق ، ج 1ص 16.

[6]- احمد ابراهيم بك ،واصل علاء الدين احمد ابراهيم ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 215.

[7]- محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير -سنن الترمذي، تحقيق ، بشار عواد معروف ، باب ما جاء في علامة المنافق حديث رقم 2633، 1998 م ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، ، ج4 ص 316.

الرأي الرابع: ويذهب هذا الرأي – **وهو المشهور**- ان الوعد يلزم الواعد و يقضى به ،اذا دخل الموعود بسبب الوعد في شيء ، ومثاله أن يقول شخص لآخر أنه يريد أن يهدم داره **ولس** عنده **ما** يكه من اعادة بنائها ، **فقول** له الآخر، **اهدا** وأنا أقرضك كذا ، فيهدمها ذاك الشخص معتمدا على الوعد ، عندئذ يلزمه **الوفاء** بما **ود** اذ ان وعده ادخله فيما **فعل وهذا هو قول م ا وان** القاسم **وذهب** إليه سحنون[2] .

على أن الزام الواعد هنا ليس على اطلاقه ، فهناك امكانية عدم الوفاء بالوعد متى وجد **مانع** يحول **دون الوفاء** كإفلاس **الوالد** أو موته .

الفقرة 02: الإيجاب الملزم:

ا لم عن الإيجاب الملزم يقتضي الاشارة الى ان أن الفقهاء اختلفوا حول هذه المسألة ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ان **المراد** بالإيجاب ذلك التعبير **اي** يصدر **عن الم م سواء صدر** أولاً أم ثانيا، **والقول هو ما صدر من المتملك سواء صدر** أولاً أو ثانيا، **ففي عقد** البيع الإيجاب **هو اي** يصدر **من البائع والقول هو اي** يصدر **من** المشتري.

وذهب الحنفية الى ان الإيجاب **هو ما** يصدر **من الما دن** أولاً **سواء** أكان مالكاً أو متملكاً،والقبول **هو ما صدر** ثانيا من **العاقد خر**[3].

والذي يظهر من م جمهور **الفقهاء** أن **القوة الملزمة لعقد** والتي بموجبها **رتب** أثره **كون موع** الإيجاب **والقول، وبالتالي فلس** للإيجاب **قوة ملزمة** في **د** ذاته **وعلى ذ** يحق **لموجب** أن **رجع** عن إيجابه **طالما** لم يقترن به **قول من الطرف** الآخر ،ذلك ان **الموجب هو اي** ثبت **لمقابل** الولاية في **القول ف** أن **رفعها** كالموكل **له الحق** في **عزل** الوكيل، وأيضا **لو** لم يجز **الرجوع لزم** تعطيل حق **الموجب** بحق المتملك(القابل) **وهذا** أمر غير جائز .

غير ان الإيجاب **يكون ملزما عند** الجمهور في **بعض الحالات، ومن** ذلك مسألة تمليك **الزوج لزوجه** أمر نفسها بأن يجعل لها أن **تطلق** نفسها، فإن **الزوج لس له بعد ذ** أن **رجع** في إيجابه في **الس** إذ يعتبر **طلاقا من ته معلقا على قولها، فرجوه** بمثابة إسقاط **معلق،** والإسقاطات إن كانت **معلقة فلس لمسقط حق الرجوع** فيها[1].

---

[1]- أبو عبد الله محمد الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق ، ص140.

[2]- أبو عبد الله محمد الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق ، ص 140/ احمد ابراهيم بك ،واصل علاء الدين احمد ابراهيم ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ، المرجع السابق ، ص216 .

[3]- محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الاسلامي المرجع السابق، ص 523.

ويلاحظ أن هذه حالة سكن أن يقال عنها أنها تشبه حالة الإيجاب الملزم اي مدد فيها الموجب معادا للإيجاب في القانون المدني

وبالإضافة إلى هذه الحالة فان المالكية يرون إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وه إليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد او يظهر رأيه في الإيجاب ، وعلى هذا امكن القول الإيجاب الملزم له وجود في الشريعة الاسلامية

وهكذا يصح القول أن أساس التزام الموجب لبقاء على إيجابه في الشريعة الإسلامية وفي نطاق محدود هو الإرادة المنفردة ودها [2] وبالتالي هو صورة من صور نشوء الالتزام بالارادة المنفردة

الفقرة 03: الوقف :

وردت في الفقه الاسلامي تعريفات مختلفة للوقف تبعا لتباين حقيقته في نظرهم ، الا ان هذه التعاريف لا تخرج عن فكرة خروج المال الموقوف في ذمة الواقف وانصرافه الى ذمة الجهة الموقوفة اليه ،او بقاءه بلا مالك ومن جملة هذه التعاريف:

عرفه ابو حنيفة بانه "حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ " [3]

فيما عرف صاحباه الوقف بِأَنَّهُ "حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث".[4]

نْوَعَرَّفَهُ اِبْ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ فَقَالَ:" الْوَقْفُ مَصْ دَرًا - إعْطَاءُ مَنْفَعَةِ شَيْءٍ مُدَّةَ وَجُودِهِ لاَزِمًا بَقَاؤُهُ فِي مِلْكِ مُعْطِيهِ وَلَوْ تَقْدِيرًا، فَتَخْرُجُ عَطِيَّةُ الذَّاتِ وَالْعَارِيَّةِ وَالْعُمْرَى ... " [5].

وَعَرَّفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ "حَبْسُ مَالٍ يُمْكِنُ الاِنْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِقَطْعِ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهِ عَلَى مَصْرِفٍ مُبَاحٍ موجود " [6].

---

[1]- محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الاسلامي المرجع السابق، ص 534، 535.
[2]- نقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 225.
[3]- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، ، المرجع السابق ، ج 4ص 337
[4]- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق : طلال يوسف ، د ر ط ، دس ط ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ج 3 ص 15.
[5]- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، شرح مختصر خليل للخرشي، د ر ط ، د س ط ،دار الكر للطباعة – بيروت، ، ج7ص 78./ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط 1 ، 1416هـ ، 1994م دار الكتب العلمية،ج7 ص 626.
[6]- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، لغرر البهية في شرح البجة الوردية، د ر ط ،د س ط ، المطبعة الميمنية، ج 3ص 365./ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ، المرجع السابق ، ج3ص 522/ شمس الدين

وَعَرَّفَهُ الحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ تَحْبِيسُ مَالِكٍ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ مَالَهُ المُنْتَفَعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِقَطْعِ تَصَرُّفِهِ وَغَيْرِهِ فِي رَقَبَتِهِ يُصْرَفُ رِيعُهُ إِلَى جِهَةِ بِرٍّ تَقَرُّبًا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى "[1]

كما تم تعريفه في كثير من كتب الفقه بانه "حبس الأصل وتسبيل الثمرة أي حبس المال وصرف منافعه في سبل الله[2] و لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الوقف، وأنه من أفضل الصدقات وأجلّ وأعظم أعمال القُرب التي يتقرب بها العبد الى ربه ، ولم يكن أهل الجاهلية يعرفون الوقف وانما استنبطه الرسول صلى الله عليه وسلم ودعا إليه وحبب فيه برا بالفقراء وعطفا على المحتاجين[3]، والنصوص القرانية و النبوية التي تحث على الانفاق و الوقف كثيرة منها : قال الله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾[4]

- عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: أَصَابَ عُمَرُ بِخَيْبَرَ أَرْضًا، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: أَصَبْتُ أَرْضًا لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ مِنْهُ، فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي بِهِ؟ قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»، فَتَصَدَّقَ عُمَرُ أَنَّهُ لاَ يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلاَ يُوهَبُ وَلاَ يُورَثُ فِي الفُقَرَاءِ، وَالقُرْبَى وَالرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ، لاَ جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالمَعْرُوفِ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ[5].

- عن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلا مِنْ ثَلاثَةٍ: إِلا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ "[6].

على ان هذا الوقف قد يكون على شخص كزيد مثلاً .. أو يكون على جهة خيرية كمسجد أو مستشفى أو بئر ماء أو يكون على صنف معين كالفقراء، أو طلبة العلم ونحو ذلك.

محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الاخيرة 1404هـ ، 1984م، ، دار الفكر، بيروت ، ج5ص 358.

[1]- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط 2 : س ط ،دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ ج7 ص 03/ موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الصالحي شرف الدين، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق،عبد اللطيف محمد موسى السبكي ،د ر ط ، دس ط ، دار المعرفة بيروت ،لبنان، ج 3ص 02.

[2]- سيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ج3ص 515 .

[3]- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ، ، المرجع السابق ، ج 3 ص 384./ سيد سابق ،فقه السنة ، المرجع السابق ،، ج3 ص 515.

[4]- سورة ال عمران ، الآية 92، .

[5]- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، باب الوقف كيف يكتب ، حديث رقم2772، ، ، المرجع السابق ، ج4ص 12.

[6]- مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته ، حديث رقم1631،المرجع السابق ج 3، ص 1255.

وفي الجملة مهما تعددت او تنوعت الجهة الموقوفة عليهم فان هذا الوقف يصح وينعقد كل فعل يدل عليه بناء مسد ،كما يصح بكل قول يدل على ذلك سواء كان صريحا هذا القول مثل قول الواقف : وقفت ، وحبست، وسبلت، او كناية كأن يقول تصدقت ناويا به الوقف.

ويجوز الوقف المعلق لموت مل أن يقول :داري أو فرسي وقف بعد موتي، ذ أن التعليق لما بعد الموت لم يز عند احمد لكونه وصية و يصح وقف العقار والمنقول من الاثاث والمصاحف والكتب ...وكذلك يصح وقف كل ما يجوز بيعه ويجوز الانتفاع به مع بقاء عينه[1].

و متى نطق الواقف بالصيغة التي تدل على الوقف او فعل ما يدل عليه نشأ الوقف،بشرط أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه، بأن يكون كامل الاهلية من العقل والبلوغ والحرية والاختيار، ولا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه.

وفي معنى لزوم الوقف و نفاذه الخلاف بين الفقهاء،فذهب أبو حنيفة الى القول بأن الوقف غير لازم بمجرده، فهو بمنزلة العارية فيما عدا التسليم ، وللواقف الرجوع عنه في أي وقت شاء ،وللواقف التصرف في الموقوف بالبيع او الهبة او الرهن .وينتهي بوفاته وعندها تورث الاعيان الموقوفة لورثته من بعده ، ونتيجة لهذا الرأي فان الوقف يفيد ملك المنفعة لا ملك العين ،ولا يخرج ماهو موقوق عن ملكية صاحبه الواقف ، إلا ان الوقف عند الامام يلزم بأحد الأمرين إما إن يحكم به القاضي، أو أن يخرجه الواقف مخرج الوصيةوتوفي الواقف مصرا عليه ، ويضاف كذلك اذا كان ما كان وقفا بمسجد ذلك ان المساجد لله تعالى.

وذهب ابو يوسف الى ان الوقف يلزم بمجرد الايجاب الصادر من الواقف ،ولا يصح للواقف ان يرجع عنه ، كما لا يجوز له ان يتصرف فيه بالبيع او غيره ، ولا يورث ما وقفه بعد وفاته.ذلك انه لا يكون بعد خروجه من ملك واقفه ملكا لاحد بل لله تعالى .

في حين ذهب محمد الى انه يلزم ويتم بالتسليم . اما قبل التسليم فانه يكون غير تام وعندها للواقف ان يمضي فيه او يرجع عنه .[2]

[1]- سيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ج3 ، ص 521 ، 523.
[2]- علي الخفيف،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ، المرجع السابق، ص 132،131، 133.

وغير بعيد فيما ذهب اليه ابو يوسف كان راي الشافعي واحمد بن حنبل في ان الوقف يتم و يلزم بمجرد صدور الايجاب من الواقف .

أما الإمام مالك فيرى ان الوقف يلزم بمجرد القول لكن لا يتم الا بالحيازة ،لانه من اعمال المعروف والمعروف يلزم عنده وعند اصحابه مالم يوجد مانع قبل الحيازة ،وتتمثل الموانع في: - "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 الوقف "[1]

سا تقدم سستلص أن " أن الوقف ينشأ بإرادة مفردة على جميع المذاهب بلا لاف، كما

كون الرجوع فه بإرادة مفردة، ويمكن التغيير في مصارفه من إخراج وإدخال وحرمان وزدة ونقص

وتفضيل وتخصيص بإرادة مفردة[2].

لقد بيّن هذا العرض لحالات التصرف بالارادة المنفردة ،أن الفقه الاسلامي بالرغم من اتفاقه في الجملة على اعتبار ان هذه حالات تعد فيها الارادة المنفردة مصدرا منشئا للالتزام ، الا انه وقع تبين و اختلاف بين الفقهاء من حيث نطاق هذه الإرادة و نوع الالتزام فيها .

وبوجه عام وتلخيصا لكلامهم أمكن القول بان هناك حالات يعد فيها الالتزام قضائيا ناهيك عن كونه ديني ، ومن هذا الإيجاب الملزم و الوقف ،و بالمقابل هناك حالات أخرى حتى وان عليها الالتزام الديني لا أن البعض قال بإمكانية توفر عنصر الالتزام القضائي ومن ذلك النذر و الوعد من جانب واحد .

ويتبين من خلال توفر عنصر الإزام كونه دين او قضائي ان المالكية هم أوسع المذاهب في هذا المجال اذ يعدون في الجملة كل وعد او يجاب او وقف و نذر هو ملزم طالحه قضاء إضافة الى كونه ديني إلا لمانع ، ولا شك إن أساس التزامه هذا هو إرادته المنفردة ،أما بقة المذاهب فيعتبرونه كذلك (ملزم قضاء)في حالات .

[1]- نقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 227،228.
[2]- نقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 228.

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من الارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام

تطرق المشرع الجزائري الى لإرادة المنفردة كبقية التشريعات ، ولمعرفة موقفه إزاء هذا النوع من التصرف وجب التفرقة بين موقفين للمشرع في هذا المجال ، ذلك ان الذي تبناه المشرع الجزائري في الأمر 75-58 المتضمن للقانون المدني غير الذي جاء به في تعديله الجديد 05-10 ، ونظرا لتباين الموقفين سيتم التعرض لكليهما تباعا .

الفرع ول: مركز رادة المنفردة طبقا للامر 75-58 المتضمن للقانون المدني الجزائري.

وفقا لما جاء في الآمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن للقانون المدني الجزائري يتبين ان المشرع الجزائري أدرج مصادر الالتزام في الباب الأول من الكتاب الثاني، حيث تم توزيع هذا الباب على اربعة فصول: فخظي القانون بالفصل الأول وخص الفصل الثاني للعقد ،وكان الفصل الثالث للفعل المستحق للتعويض ، أما الفصل الرابع فخصصه لشبه العقود ، وضمّنه ، الإثراء بلا سبب ،الدفع غير المستحق و الفضالة . ومن هذا العرض لمصادر الالتزام نجد بان المشرع الجزائري لم يخصص للإرادة المنفردة فصلا مستقلا بها باعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام التي أوردها ، وإنما اكتفى بإيراد حالات تعتبر استثنائية والتي اعتد فيها المشرع بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، وبهذا جعلها مصدرا للالتزام في حالات محدودة بنصوص خاصة يسطرها القانون ، وبالتالي لم يضع المشرع الجزائري الإرادة المنفردة في مرتبة واحدة متساوية مع العقد بل جعلها ثانوية يلجأ اليها متى تطلبت ضرورة المعاملات ذلك .

إذن فلإرادة المنفردة في القانون الجزائري لا تستطيع أن تنشئ التزاما إلا حيث أجيز لها بنصوص خاصة ، وهي لا تلزم صاحبها إلا في أحوال خاصة، فالعقد هو المصدر الإرادي للالتزام، و يحتفظ إلى جانبه بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا استثنائيا أو ثانويا ، وذلك في الحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما. [1] ومن الحالات المنصوص عليها الوعد الموجه للجمهور م115

وباختياره هذا يكون المشرع الجزائري حذا حذو الكثير من التشريعات العربية و غيرها كما و سبق الإشارة الى ذلك ،و من هذا القانون الألماني ، والايطالي و العراقي ... ، غير انه يمكن القول متى دعت الحاجة و الضرورة المعاملتية لان تكون الإرادة المنفرة مصدرا للالتزام فليس هناك ما يمنع من ذلك ،خاصة و أن المشرع الجزائري اقر بقدرة هذه الارادة على انشاء الالتزام ومن ذلك تنظيمه للوعد بجائزة الموجه للجمهور ، حيث يسري عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا

[1]- بلماج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص331 .332/ تقية محمد الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق، ص 66،67

ما تعلق منها بضرورة توافق وتطابق إرادتين لإنشاء الالتزام ، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بالأهلية و عيوب الرضا ، و المحل والسبب ، فما ورد من قواعد و احكام منظمة للعقد في القانون المدني ، ماهو الا من المبادئ العامة للتصرف القانوني ،وعلى هذا تطبق احكام هذا التصرف على الذي يصدر عن الارادة المنفردة للشخص في الحالات لتي تكون فيها وفقا لنصوص القانون مصدرا للالتزام . وعلى هذا كان الأجدر بالمشرع الجزائري ان يورد الارادة المنفردة ضمن تعداد مصادر الالتزام،دون ان يحشرها في قسم لا تمت له بصلة .[1]

الفرع الثاني :مركز الإرادة المنفردة طبقا للقانون رقم 05-10 المعدل لقانون المدني:

صحيح أنّ المشرع الجزائري أقرّ بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ، إلا انه لم يجعلها متساوية مع العقد في المرتبة ،بل قصرها على حالات استثنائية و بنصوص قانونية خاصة ، غير أنّ المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني رقم 05-10 تبنى موقفا جديدا مغايرا لما كان قبل التعديل في اتخاذه للإرادة المنفردة كمصدر استثنائي ، ويتمثل هذا في اقرار المشرع الجزائري فصلا مستقلا للارادة المنفردة بين مصادر الالتزام ،في الفصل الثاني مكرر و تمت عنونته الالتزام بالارادة المنفردة، وأخرجت المادة 115 الخاصة بالوعد بجائزة الموجهة للجمهور لتضعها في المادة 123 مكرر1 من الفصل الثاني مكرر المذكور انفا ، ولم تكتف الارادة التشريعية الجزائرية عند هذا الحدّ ، بل استحدثت المادة 123 مكرر التي نصت على أنه :" يجوز ان يتم التصرف بالارادة المنفرة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول " .

و يتبين من خلال نص هذه المادة بان المشرع الجزائري اعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام[2] .

وبالرجوع الى باقي التشريعات الأخرى(الالماني ،الايطالي الجديد ،المصري ،العراقي ..) التي أخذت بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، يتبين انها اتفقت كلها على أن هذه الإرادة ما هي إلا مصدر ثانوي ، إذا ما تم استثناء ما جاء به من القانون الأردني ،حيث يظهر التشابه و التطابق الكبير بين نص المادة 123 مكرر من ق م ج و ما اءت به المادة 250 من القانون المدني الأردني بقولها : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة للمتصرف دون توقف على القول ما لم يكن فيه إلزام

---

[1]- بلحاج العربي ، لنظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ، ص 332 / خليل قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الإلتزام ، ، المرجع السابق ج 1، ص 189 .

[2]- محمد صبري السعدي ، الواضح في القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد و الارادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق ، ص370.

الغير بشيء و ذ طبقا لما يقضي به القانون." فبموجب هذه المادة اعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، وهو في منحاه هذا قد سلك طريق الفقه لإسلامي [1]، وفي هذا الشأن يقول امجد منصور :يتبين من النص– نص م250 -أن المشرع الأردني يعتد بالإرادة المنفردة كمصدر لحق الشخصي'الالتزام'وهو قد تأثر في ذ بلا شك بموقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد" [2]، كما ان المشرع الإماراتي لم يختلف عما جاء به المشرع الأردني فقد ورد في نص المادة 276 :" يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قول المتصرف إليه ما لم يكن فه إلزام للغير بشيء طبقا لما يقضي به القانون، و ذ ما لم ينص القانون على لافه ."والمشرع الجزائري هو الاخر بموقفه هذا يكون قد اخذ بالرأي الموسع للفقه الاسلامي في هذا الشأن هو الفقه المالكي .

الا انه ما يعاب على المشرع الجزائري تنظيمه لإرادة المنفردة ، فالمادة 123 مكرر كما تبين سابقا انها اعتبرت الإرادة المنفردة مصدر عاما للالتزام ، و بهذا يعاد ترتيب مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري إدراج الفصل الثاني مكرر المعنون بالارادة المنفردة عقب الفصل الثاني (العقد) من الباب الاول (مصادر الالتزام) للكتب الثاني (الالتزامات و العقود) .

الفقرة 01: الأحكام العامة المنظمة للتصرف بالإرادة المنفردة:

إن ما يميز التصرف الانفرادي هو انعقاده بارادة واحدة ،دونما حاجة الى قبول ، وبذلك يختلف عن العقد ، واذا ما تقرر للتصرف الانفرادي انعقاد فانه يخضع لاحكام العقد الا ما تعلق من تلك الاحكام بضرورة وجود و تطابق ارادتين[3] كما يقضي بذلك نص المادة 123 مكرر في فقرتها الثانية :" ويسري على التصرف بالارادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء احكام القبول ".

فيشترط في الارادة المنفردة ما يشترط في الارادة التي تسهم في تكوين العقد و انعقاده [4] و حينما يقال ذلك انما يقصد الاحكام التي تتعلق باهلية المتصرف و سلامة ارادته من العيوب ،وان يكون هناك محل مشروع للالتزام و كذلك سبب مشروع ،اما الاحكام الاخرى التي تمثل امورا وثيقة الصلة بالعقد على اعتبار انه يقوم على توافق ارادتين هما

---

[1]- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ط 2 1432° ، 2011 ° دار الثقافة ، عمان ،ج 1 ،ص 475.
[2]- امجد محمد منصور النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة ،المرجع السابق ، ص 233.
[3]- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ، المرجع السابق ج 1 ، ص 46/.
[4]- محمد شريف احمد ، مصدر الالتزام في القانون المدني ،دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ط1،د س ط دار الثقافة ، ص 179.

ارادة الموجب و القابل ، وما يتعلق بهما من ظروف ،فمن البديهي الا تكون متطلبة في التصرف الانفرادي ذلك ان هذا الاخير يقوم على ارادة واحدة فقط وليس ارادتين ،واذا انعقد التصرف الانفرادي بحيث توافرت للمتصرف الاهلية اللازمة ،وخلت ارادته من العيوب كالاكراه و الاستغلال و الغبن و الغلط،وكان للالتزامه محل وسبب مشروعين ،عندها لا يجوز للمتصرف ان يرجع عن تصرفه هذا [1]. ذلك ان هذا التصرف اصبح ملزما لصاحبه شأنه في ذلك شأن الايجاب الملزم المنصوص عليه في م63 من ق.م.ج.

الا ان ما يمكن ان ننوه عليه ان م123 مكرر من ق.م.ج في فقرتها الاولى أجازت التصرف بالاردة المنفردة شريطة عدم الزام الغير ،حيث ان الشخص و ان كانت له الحرية في ان يلزم نفسه ،فليس له سلطة في ان يلزم غيره .

ومما يلاحظ ايضا انه اذا ماتم مقارنة ما جاء به المشرع الجزائري في م123 مكرر و ما جاء به القانون الاردني و الاماراتي من اقرار الارادة المنفردة كمصدر للالتزام نجد ان المشرع الجزائري إغفاله ا لم عن نفاذ هذا التصرف و لزومه.

فالقانون المدني الاردني مثلا وبدءا لمادة 252 من القانون المدني الاردني التي نصت : " اذا استوفى التصرف القانوني ركنه و شروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك ". نجدها تنص صراحة انه اذا عبر الملتزم عن ارادته في الالتزام لمصلحة شخص معين او قابل للتعيين و توافرت في هذا الالتزام شروطه من محل و سبب ،ترتب عن هذا الالتزام اثره من تولد الحق لصاحبه و اجبار الملتزم به على ادائه عند الامتناع ،فالملتزم لا يستطيع ان يرجع في تصرفه الانفرادي الا اذا نص القانون على خلاف ذلك كما في الوصية حيث يبقى الرجوع في الوصية امرا ممكنا الى حين الوفاة [2] مروا لمادة 253 وهذا بيانها " 1- اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليها بقبو

2- و اذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء عن دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه و لكن يرتد برده في المجلس .3- اذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه للمتصرف اليه و لا يرتد بالردّ .

4- كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه "

---

[1]- سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ،المرجع السابق ، ص 230.

[2]- عدنان ابراهيم السرحان ،نوري حمد خطر ،شرح القانون المدني ،مصادر الحقوق الشخصية ،الالتزامات ، ط1 1430ه،2009م ،دار الثقافة ، عمان ، ، ص 335.

فهذه النصوص نظمت عدة امور تتعلق بالتصرف الانفرادي و مدى نفاذه و لزومه في حق كل من المتصرف بارادته المنفردة و من تلقى عنه هذا التصرف سواء كان تمليكا او اسقاطا [1] وعلى هذا كان المشرع الاماراتي حيث بعد وضعه للقاعدة العامة في المادة 276 وشروط تطبيقها في م 277 ،نقل حرفيا على التوالي مادته278 ،279 لما نص عليه المشرع الاردني في م 252،253 السالفة الذكر [2]

الفرع الثالث : حالات التصرف بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام في القانون المدني الجزائري

أقرت عديد التشريعات بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على اختلاف كل منها في النطاق الذي اخذت به ،حيث انها اوردت صور و حالات تطبيقية لإرادة المنفردة على اعتبارها مصدرا للالتزام .و من الصور و الحالات التي اخذ بها المشرع الجزائري فيها بالإرادة المنفردة كونها مصدرا للالتزام ما يلي:

الفقرة 01: الإيجاب الملزم :

إذا كانت القاعدة أن الإيجاب يقع غير ملزم ،وبالتالي للموجب الحق في العدول قبل ان يتصل هذا لإيجاب بعلم من وجه إليه أو طالما لم يقترن به قبول. فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها [3] فالإيجاب يلزم صاحبه اذا اقترن بمدة معينة محددة صراحة أو ضمنا فالموجب الذي يحدد مدة للقبول يبقى على إيجابه الى انتهاء المدة وهذا لمعرفة إرادة من وجه اليه لإيجاب لقبول أو الرفض،[4] فاذا عدل عن ايجابه ثم صدر القبول خلال المدة المحددة فلا عبرة بعدوله، اذ تنص المادة 63 من ق.م.ج على انه :" اذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل " وهذه المادة تقابل المادة 93 من ق.م.م .و م147،148 من ق .م الألماني .

و الأساس القانوني لهذه القوة الملزمة هو إرادة الموجب المنفردة [5] وعلى هذا إذا أراد الموجب ألا يلزم نفسه بإرادته المنفردة فعليه ألا يحدد مدة معينة لقبول الطرف الآخر ، وعندئذ يمكنه العدول ما لم يقترن به القبول ، و في هذه الحالة يكون إيجابه قائما إلا انه غير ملزم، وقد تستمد الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملات . على أن هذا الأجل قد

---

[1]- امجد محمد منصور النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة ،المرجع السابق ،ص 231.

[2]- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص 514، 515.

[3]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات ،المرجع السابق ، ص 105.

[4]- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين العربية و الاجنبية معززة بأراء الفقه و احكام القضاء ط1 ، 2006 م دار ئارا س لطباعة برستان،العراق ، ص 93.

[5]- عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،المرجع السابق ، ص40.

يكون ضمنيا او صريحا ، اما عن هذا الأخير لا يثير أي إشكال ، أما الأجل الضمني فعند النزاع يترك تحديده للسلطة التقديرية للقاضي .ومثال ذلك : إذا صدر الإيجاب لغائب ، كالعقود التي تتم بالمراسلة حيث يفترض ان الموجب قد قبل البقاء على إيجابه طوال الفترة المعقولة التي تسع لوصول القبول ، ويخضع تقدير هذه الفترة للقضاء [1]

الفقرة 02 : الاشتراط لمصلحة الغير :

يذهب أنصار نظرية الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام إلى القول بان الاشتراط لمصلحة الغير هو من تطبيقات نظرية الإرادة المنفردة،[2] و يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير اذا قام شخصان بابرام عقد ،واشترط احدهما على الاخر حقا لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة [3] و قد نصت المادة 116 من ق م ج على هذا بقولها: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية .و يترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه.."

و من خلال نص المادة يستفاد بان الاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني صادر عن المتعهد يلتزم بمقتضاه شخص سمى المتعهد في مواجهة شخص آخر يسمى المشترط بان يقوم بأداء مصلحة لشخص ثالث يسمى المستفيد. [4] كأن يقوم شخص بالتامين على حياته لمصلحة أولاده و زوجه الأحياء و من سيولد منهم ، حيث سيكتسب هؤلاء حقا مباشرا عن العقد الذي ابرمه الشخص من عقد التأمين [5].و بهذا يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة أشخاص كل واحد منهم يؤدي دورا يختلف عن الآخر.

و الاشتراط لمصلحة الغير عقد وجب ان تتوفر فيه شروط و اركان من رضا و محل و سبب ، و لما الإرادة من العيوب ،هي شروط ينبغي مراعاتها ،ليس الموضع مناسبا لبسطها .

و في تحديد الأسس القانوني للاشتراط لمصلحة الغير ظهرت نظريات بهذا الشأن ،منها نظرية لإرادة المنفردة حث ترى اصطحابها آن الاشتراط لمصلحة الغير عملية مركبة ، فهو من جهة ينشأ من عقد مبرم بين المشترط و المتعهد ، و

---

[1]- نقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ص 201، 204

[2]- فواز صالح ،الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص147.

[3]-عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،المرجع السابق ، ص145.

[4]- عبد الحي حجازي ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ج2، ص 262

[5]-عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري،محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،المرجع السابق ص 145.

من ة أخرى التزام المتعهد في مواجهة المستفيد او المنتفع هذا الالتزام هو تصرف من جانب واحد متصل بالعقد الذي يعتبر ذلك التصرف مكملا له .

و مقتضى هذا التصرف الذي يتم بإرادة واحدة هي رادة المتعهد ملتزما مباشرة في مواجهة المستفيد.[1]

الفقرة 03: الوعد من جانب واحد بالبيع أو الشراء.

اء في نص المادة 71 من ق.م.ج ما يلي : " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر لا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها " حث تعرضت هذه المادة الى الوعد بالتعاقد .

حيث يمكن التمييز بين الوعد بالتعاقد هنا و الإيجاب ، ذ آن ا لوعد يشل التزام احد الطرفين لآخر بان يعقد معه عقدا معينا بشروط محددة إذا قل الطرف الآخر إبرام هذا العقد وخلال مدة محددة ،و هذا العقد لا يرتب اي اثر قانوني الا ، وإنما أمكنه ترتيب هذه الآثار آجلا إذا لى الموعود بذ ف بعد . و صورته: الوعد بالبيع ، اذ يلتزم الواعد ببيع شيئا ذا اظهر الموعود رغبته في الشراء في مدة معينة . و قد يرغب المستأجر في شراء المنزل الذي يسكنه دون ان يكون له المبلغ الكافي لدفع الثمن ، فيحصل من المالك على وعد ببيع العين له في مدة معينة غالبا هي مدة لإيجار نفسه .

و يصح كذلك ان يكون الوعد من جانب المشتري ، اذا ما تعهد هذا الاخير بشراء شيء من البائع بعد الاتفاق معه وتحديده لمدة معينة . في حين أن الإيجاب هو عرض موجه لشخص اخر لا يلزم صاحبه الا اذا اقترن بقبول او كان ايجابا ملزما كما سبق ذكره.

فالوعد في هذه الأمثلة صادر من جانب واحد بإرادة منفردة ذ ان هذا ا لوعد يلزم الواعد الذي ترتب في ذمته التزام شخصي بان يفي بالوعد عند ظهور رغبة الموعود له.[2]

---

[1]- عبد الحي حجازي مصادر الالتزام، ، المرجع السابق ج2، ص 275.

[2]- نقية محمد ، لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 214/ عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، 1998 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، ج3 ص55،56

الفقرة 04: تطهير العقار المرهون :

و هو إحدى الحالات التي تنشئ فيها لإرادة المنفردة التزاما على عاتق صاحبها بنص القانون في المادة 915 من ق.م.ج . و للوقوف على **المقصود ب** " تطهير العقار المرهون" وجب النظر الى ناحيتين، ناحية موضوعية و أخرى شكلية .

من الناحية الموضوعية فالتطهير عبارة عن رخصة يمنحها القانون لحائز العقار المثقل برهن نافذ في مواجهته في ان يتحاشى أو يوقف التتبع من قبل صاحب هذا الرهن عن طريق عرض مبلغ يمثل قيمة العقار .

و من الناحية الشكلية التطهير عبارة عن إجراء يتبعه الحائز ليصل الى تخليص العقار من القيود عن طريق عرض قيمة العقار على الدائن واعدا **أما** بقبول العرض او طلب بيع العقار في المزاد العلني.[1]

واستنادا لنص المادة 915 من ق.م.ج التي نصت على انه : " يجوز للحائز اذا سجل سند ملكيته ان يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند . وللحائز ان يستعمل هذا الحق حتى قبل ان يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه الى الدائن أو الإنذار الى هذا الحائز ، و يبقى هذا الحق قائما الى يوم ايداع قائمة شروط البيع " يتضح **أن الحائز هو من** له حق تطهير العقار و لو كان هذا الحائز هو احد الدائنين المرتهنين .

و قد صرحت المادة 917 **من ق م ج** بان الحائز **كفه** أن يظهر استعداده للقيام بذلك **وهذا نصها** " يجب على الحائز ان يذكر في نفس الإعلان انه مستعد أن يوفي الديون المقيدة الى القدر الذي قوم به العقار ، و ليس عليه ان يصحب العرض بالمبلغ نقدا ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان اجل استحقاق الديون المقيدة".

فإذا **تم الحائز عرض المبلغ** أصبح ملتزما بما **عرض،** فإذا كان هناك قبول للدائنين وجب عليهم **عندئذ دفع هذا المبلغ** و بذلك يكون مصدر التزام الحائز **هنا هو** إرادته **المنفردة.**

ويعود تحديد ميعاد التطهير للإرادة المنفردة للحائز ، بمجرد اكتسابه صفة الحائز و بدون نظر الى حلول اجل الدين ، و رغم بدء الدائن في التنفيذ الى وقت إيداع قائمة شروط البيع ، فلا يكون في هذه الحالة الا ان يتقدم للمزاد و هو **حق** ، أما إذا استعمل حقه في التطهير فيعرض المبلغ على **الدائنين** المرتهنين و قيمة ديونهم و مرتبة كل منهم و كيفية

[1]- بقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص214.

انتقال العقار المرهون للحائز ، فإذا سكت الدائنون فانه يبقى ملتزما الى مدى ثلاثين او ستين يوما و فقا لما جاءت به المادة 918 من ق.م.ج .[1]

الفقرة 05: إنشاء المؤسسة :

تم الإشارة الى المؤسسات من قبل المشرع الجزائري الى جانب الجمعيات في المادة 49 من ق م ج بصدد الأشخاص الاعتبارية بوجه عام ،غير انه لم يتولى تعريفها ، على ان المؤسسات و الجمعيات نوع واحد من نفس الجنس ،و الذي يدل على هذا الترتيب المعتمد لدى المشرع الجزائري في المادة 49 ،فكلها أشخاص اعتبارية ،يمكن أن يختلف بعضها عن الآخر في الغرض، ذ أن بعضها هدفها الربح ،في حين أن البعض الآخر لا تهدف الى الربح، ويعرف الفقه المؤسسات على انها :" شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال لمدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية او دينية او علمية...دون قصد الى ربح مادي "[2] و جاء في هذا الصدد عن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في مؤلفه شرح القانون المدني بان المؤسسات بدأت في الأصل لتكون عملا دينيا ، حيث كانت الكنيسة تتلقى هبة على ان تقوم بالعمل الخيري المقصود ،و بذلك يكون التكييف القانوني للمؤسسة أنها هبة مقرونة بشرط ثم أصبحت الهبة تعطى للمجالس البلدية بدلا من الكنائس ، لكن الأمر من الناحية القانونية لم يتغير لا يزال أمر الهبة مقرون بشرط ، ثم ما لبثت ان نظرت الألمانية أن تطورت و ذهبت الى أن المؤسسة تنشأ مستقلة و ذلك بمجرد تخصيص مال لها وتكون هي ذاتها الشخص المعنوي فهي مجموعة من المال يخصصها المنشئ لعمل معين فتصبح شخصا معنويا له وجود مستقل و ادارة مستقلة و ليست هبة لشخص معنوي موجود من قبل ،و يقضي ق.م.أ (م 80،88) بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانوني صادر من جانب واحد ، حيث أن إرادة المنشئ هي التي توجد المؤسسة ،وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها ، حيث يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة ان ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لهذا الغرض ، ومن هنا نرى أن الإرادة المنفردة هنا هي التي أوجدت الشخص المعنوي ، ومن ثم أنشأت التزاما نحوه .[3]

---

[1] سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، العقد الارادة المنفردة ،العمل غير المشروع ،الاثراء ،القانون د ر ط ،1999م،2000م الإسكندرية ، ص 209 /تقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ، ص 171،178.

[2]- علي فيلالي ،نظرية الحق ،د ر ط ،2011م ،موفم للنشر ،الجزائر ،ص 301.

[3]- عبد الرزاق السنهوري ،، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المرجع السابق المجلد الثاني ص 1456.

الفقرة 06: ساحب السند اتجاه حامله :

فساحب السند يلتزم اتجاه حامله بإرادته المنفردة حيث يلاحظ أمام الوقوف عند الصيغة القانونية لهذا النوع من الالتزام انه كان و لا يزال محل نقاش و خلاف بين الفقهاء ، نتج عنه بروز عدة نظريات ، رجح منها النظريات المرتكزة على كون موقع السند يلتزم بإرادته المنفردة لدائن غير معروف هو حامل السند[1].

يتبين مع هذا مكانية الإرادة المنفردة من توليدها للالتزام سواء في القانون المدني الجزائري او باقي القوانين الآخرى ،غير أن التطبيق الذي أجمعت عليه التشريعات كلها تقريبا هو الوعد بجائزة أو الجعالة في المسمى الإسلامي .

المبحث الثاني : الجعالة في الفقه لإسلامي و القانون المدني الجزائري كمصدر للالتزام بالإرادة المنفردة :

تم سلفا التطرق لحالات التصرف بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية وكذا القانون المدني الجزائري ،لا أن ابرز حالة أقرتها التشريعات الحديثة و التي تعتبر من تطبيقات لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ما يسمى بالوعد بجائزة ، المعروف في الفقه الإسلامي بالجعالة و التي تم تأجيل دراستها او تأخيرها لهذا الجزء من البحث للتعرض لها بشيء من التفصيل نظرا لكونها أهم صورة للإرادة المنفردة عتبارها مصدرا للالتزام ، و تبعا لذلك تم تخصيص هذا المبحث للوقوف عند هذا النموذج التطبيقي ومعرفة كيف نظم المشرع الجزائري هذا النوع من التصرف وما هي الاحكام التي جاء بها بهذا الخصوص ؟ ليتسنى لنا بعدها المقارنة بين ماجاء به قانوننا المدني في هذا الشأن وما تم سرده في أبواب الفقه الإسلامي بالجعالة ، وعلى ذلك تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ،حيث تم تخصيص المطلب الاول للتطرق الى ماهية الجعالة في الفقه الإسلامي ،ومن ثم يكون المطلب الثاني للوعد بجائزة في القانون المدني الجزائري .

المطلب الأول: الجعالة في الفقه الإسلامي:

تم تقسم هذا المطلب الى فرعين ،حيث خص الفرع الأول لمفهوم الجعالة ليتم في الفرع الثاني الوقوف عند الاركان و الشروط التي تقوم عليها الجعالة .

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المرجع السابق ، المجلد الثاني ص 1457.

الفرع الأول : مفهوم الجعالة :

نبتغي في هذا الفرع التطرق لمتعريفات التي قدمها الفقهاء الجعالة. و من خلال تتبع اقوالهم على اختلاف مذاهبهم ، و لبلورة هذا تم التعرض في الفقرة الأولى من هذا الفرع للتعريف اللغوي و الاصطلاحي ، وفي الفقرة الثانية للحكم الشرعي و أقوال الفقهاء وأدلتهم في ذلك .

الفقرة 01: تعريفها : سيتم في هذه الفقرة التعرض لمفهوم الجعالة لغة و اصطلاحا فكان :

أولا: لغة: يقال "تجاعلوا الشيء" اي جَعَلوهُ بَيْنَهُمْ. وجَعَل لهُ كذَا ،و شَارَطَهُ بِهِ عَلَيْهِ ، وفي الحقيقة الجُعْل والجِعال والجَعيلة والجُعالة والجِعالة والجَعالة كل ذلك :ما جعله له على عمله .وأجْعَله جُعلاً وأجْعَله له: أعطاه إياه.[1] وجاء في المعجم الوسيط : الجعالة ما يجعل على العمل من آجر أو رشوة[2] و (الجُعْلُ) بالضمّ الآجر[3].وأعطى العامل جعله وجعالته وجعيلته أي أجره[4]

و في الجملة فان لفظ جعالة او جعل المشتق من الفعل "جعل" له معان عدة والذي يدل عليه في مقامنا و نبتغيه ههنا : ما يوعد به العامل من اجر ومال لقاء عمل يقوم به على ان دلالة هذا اللفظ في اللغة تماشى مع التعريف الاصطلاحي كما سيأتي

ثانيا: الجعالة اصطلاحا:

عند الحنفية, جاء في رد المحتار: "بأنها ما جُعل للإنسان من شيء على فعل".[5]

وعند المالكية, عرّفها "ابن عرفة": بأنها عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض" .[6]

---

[1] - محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى ، لسان العرب، ط 3 ، 1414 هـ ، دار صادر ، بيروت ، ج 11ص111.

[2] - مجمع اللغة العربية(إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار)، المعجم الوسيط ، المرجع السابق ج 01، ص 126.

[3] - أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كتاب الجيم ،د رط ،د س ط ، المكتبة العلمية، بيروت، ج1ص 102.

[4] - أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق:محمد باسل عيون السود، ط 1 ، 1419 هـ - 1998م ،دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، ج1ص 141.

[5] - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، ط 2 1412هـ ، 1992م، دار الفكر، بيروت، ج3،، ص674.

[6] - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني. مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ، ، المرجع السابق ، ج 5 ص452.

وجاء في بداية المجتهد بأنها " الإجارة على مفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق."[1]

وعرّفها "ابن رشد": "بأن يجعل الرجل للرجل جعلاً على عمل يعمله إن اكمل العمل وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عناؤه باطلاً".[2]

وعند الشافعيّة, عرّفها "الرملي": بأنها "إلتزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول".[3]

وعند الحنابلة ::جاء في الروض المربع الجعالة هي "أن يجعل جائز التصرف شيئا متمولا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما كرد عبده من محل كذا أو بناء حائط كذا أو عملا مجهولا مدة معلومة كشهر كذا أو مدة مجهولة..."[4]

-يتبين من خلال سرد هذه التعريفات ان الجعالة عند جمهور الفقهاء من المالكة و الشافعية و الحنابلة ان الجعالة عبارة عن صدور وعد من جائز التصرف بمبلغ او عوض معلوم لمن يقوم بعمل ما ،بصرف النظر عن الشخص الذي يقوم بالعمل كونه معينا او مجهولا ، حيث يلتزم الجاعل بوعده متى حقق ذلك الشخص العمل المطلوب و المحدد من هذا الجاعل وأساس التزام هذا الجاعل بوعده هو ارادته المنفردة .

الفقرة 02: حكمها و دليلها:

الجعالة مشروعة و جائزة عند جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، إلا أن المالكية يقولون: إنها جائزة بطريق الرخصة، اتفاقا، والقياس عدم جوازها بل عدم صحتها للغرر الذي يتضمنه عقدها[5] و قد دلّ على مشروعيتها ما يلي :

1_ **القران الكريم :** قال الله تعالى : (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)[6] ووجه الدلالة لما امر يوسف عليه السلام بعض فتيانه ان يضعوا السقاية _وهي: إناء من فضة في قول الاكثرين. وقيل: من ذهب- في رحل اخيه من حيث لا يشعر اخوته ، ثم نادى مناد بينهم ايتها العير انكم لسارقون ، فالتفت اخوة يوسف عليه السلام الى

---

[1]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقصد، ،د رط ، 1425هـ - 2004 م، القاهرة ج4 ص20.

[2] - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ط1 ، 1408 هـ - 1988 م، دار الغرب الإسلامي، ج2ص 175.

[3] - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق ج5، ص 465.

[4] - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، الروض المربع شرح زاد المستقنع، د ر ط ، د س ط ، دار المؤيد مؤسسة مؤسسة الرسا، ج1 ، ص 445.

[5] - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت،الموسوعة الفقهية الكويتية ط2،د س ط ،دار السلاسل الكويت، ، ج15ص 208.

[6] - سورة يوسف الآية 72.

المنادي وقالوا : ماذا تفقدون ؟ قالوا نفقد صواع الملك أي صاعه الذي يكيل به ، و لمن جاء به حمل عير ...قال بن كثير : و هذا من باب الجعالة ، [وأنا به زعيم]، هذا من باب الضمان والكفالة.[1]

اذا فقد جعلوا حمل بعير لمن جاء بصواع الملك وهذه هي صورة الجعالة ،و شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يلغى او يرد ناسخ.[2]

2_ **السنة النبوية الشريفة** : عَنْ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَفْرَةٍ سَافَرُوهَا، حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ العَرَبِ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمْ، فَلُدِغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ شَيْءٌ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلاَءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا، لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ، فَأَتَوْهُمْ، فَقَالُوا: يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِغَ، وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ، فَهَلْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: نَعَمْ، وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْقِي، وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَقَدِ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا، فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا، فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ الغَنَمِ، فَانْطَلَقَ يَتْفِلُ عَلَيْهِ، وَيَقْرَأُ: الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ فَكَأَنَّمَا نُشِطَ مِنْ عِقَالٍ، فَانْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلَبَةٌ، قَالَ: فَأَوْفَوْهُمْ جُعْلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: اقْسِمُوا، فَقَالَ الَّذِي رَقَى: لاَ تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَذْكُرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَنَنْظُرَ مَا يَأْمُرُنَا، فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرُوا لَهُ، فَقَالَ: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ»، ثُمَّ قَالَ: «قَدْ أَصَبْتُمْ، اقْسِمُوا، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا» فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[3]

فقوله (صلى الله عليه وسلم) تقرير لفعلهم, وهو دليل على مشروعية الجُعل.[4]

كذلك قوله (صلى الله عليه وسلم): "من قتل قتيلاً له عليه بيّنة فله سلبُه".[1] والسلب: هو ما وجد على المقتول من لبس وسلاح ودة حرب [2].وهذه كذلك صورة من صور الجعالة, حيث أعلن الرسول صلى الله عليه وسلم عن مكافأة من يقتل قتيلاً في المعركة.

---

[1] - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي بن محمد سلامة ، ط2 ، 1420هـ - 1999 م، دار طيبة ، ج4،ص 400، 401.

[2] - أبوعبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1994م، دار الكتبي، ج8 ص 44،45. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، مكتبة الرشد - الرض - المملكة العربية السعودية،ج1،ص 379.

[3] - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، ،باب ما يعطى في الرية على احياء العرب ، حديث رقم 2276، المرجع السابق ج3، ص 92 .

[4] - ينظر: مُصطفى الخِنْ، مُصطفى البُغا علي الشَّرْجي،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط4، 1413 هـ - 1992 م دار القلم،دمشق، ج6 ص 162.

3_ وذكر الرّمليّ أنّ الأصل في الجعالة الإجماع.[3]

وقال الامام الموفق رحمه الله :"وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك و الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا... "[4]

وفي الجملة فقد ذهب جمهور فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة الى مشروعية الجعالة [5] معتمدين في ذلك على الأدلة السالفة الذكر، الا ان المالكية قالوا انها جائزة بطريق الرخصة ، و القياس عدم جوازها بل عدم صحتها للغرر الذي تضمنته كما تم الاشارة اليه [6] .في حين ذهب جمهور الأحناف –إلا نفرا منهم – إلى عدم مشروعية الجعالة ، مؤسسين موقفهم هذا على أصلين هما : ما فيها من مخاطرة و قمار ، كما أنها تعامل مع مجهول ، (و العقد مع مجهول لا ينعقد) حيث جاء في المبسوط ما يلي : " لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوما بأعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئا. ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار، والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا"[7]

و بالرجوع إلى كتب الأحناف نجد أن صور الجعالة لا تخرج عن كونها إجارة فاسدة إذا عين الطرف الثاني وهو العامل ، أو آجارة باطلة إذا لم يعين العامل ، على أن الفساد عندهم غير البطلان ، ذلك أن الأول للعامل فيه اجر المثل ، أما الثاني فلا يرتب أي اثر وكأنه لم ينعقد،و بالتالي لا اجر له.

إلا أن ثم حالة تجب فيها الجعالة استحسانا عند الأحناف و هي الجعالة الناتجة عن رد الآبق صيانة للمال من الضياع ، و مع هذا فان الحنفية لم يوجبوا الجعالة في الحيوانات الضالة لعدم تحقق الخطورة [8] قال الكاساني : " استحقاق الجعل

---

[1]- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، باب من لم يخمس الاسلاب و من قتل قتيلا فله ،حديث رقم3142، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 92.

[2] - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري،موسوعة الفقه الإسلامي، ،المرجع السابق ج5، ص 501.

[3] - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المرجع السابق ج5،،ص465.

[4] - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ، المغني لابن قدامة ، د ر ط ، 1388هـ - 1968 م ، مكبة القاهرة، ج6 ص93.

[5] - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، ، المرجع السابق، ج 5 ص 452./ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، المرجع السابق ، ج5،ص465./ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ،المرجع السابق ج 6 ص 389،390.

[6] - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ،الموسوعة الفقهية الكويتية،المرجع السابق ج31،ص 159.

[7] - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و ادلته ، ،المرجع السابق ج 4، ص 437/شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، د ر ط ، 1414هـ-1993م، دار المعرفة ، بيروت ،ج11،ص 18.

[8] - خالد رشيد الجميلي ، الجعالة و احكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ، نظرية الوعد بالمكافاة ،د ر ط ،1431ه،2010م مكتبة دار البيان، دمشق بيروت ،.ص 18/ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ،المرجع السابق ، ص ، ج 5 513،514.

طريق صيانة الآبق عن الضياع ، وصيانة المال عن الضياع واجب، ...بخلاف الضالة، لأن الدابة إذا ضلت فإنها ترعى في المراعي المألوفة فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة..."[1]

هذا هو موقف جمهور فقهاء الحنفية ، لكن ذهب كل من محمد بن الحسن و الجصاص إلى جوازها حتى مع عدم تعيين العامل ، و انها هنا هي إجارة لازمة ، و في هذا الصدد جاء في أحكام القران للجصاص :" من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله درهم، وأن هذه إجارة جائزة وإن لم يكن يشارط على ذلك رجلا بعينه ، وكذلك قال محمد بن الحسن في (السير الكبير): إذا قال أمير الجيش: من ساق هذه الدواب إلى موضع كذا، أو قال : من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله كذا، إن هذا جائز ومن حمله استحق الآجر."[2]

و بالنظر الى الأدلة التي استند و ساقها كل فريق ، يتبين ان مذهب الجمهور هو الراجح.

- وعلى هذا أمكن القول بان جمهور الأحناف من خلال عقد الجعالة ضيقوا من نطاق لإرادة المنفردة و أخذوا بها استثناء في حالة العبد الآبق وهي حالة تقابل ما ذهبت اليه التشريعات الحديثة التي اعتدت بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام فيما يتعلق بحالة الوعد بجائزة .

في حين ن مذهب الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة قالوا بصحة الجعالة من غير اشتراط قبول العامل وهم في هذا يعتدون بالارادة المنفردة التي تبنتها النظرية الحديثة .

ضف الى ذلك ان مذهب الجمهور لم يحصر صور الجعالة في العبد الابق فقط بل تعدت الى الضوال واي شيئ له قيمة .... ،وبالتالي عدم حصر الفقهاء لصور الجعالة في العبد الابق فقط هو توسيع من نطاق الارادة المنفردة .

الفرع الثاني : مقومات الجعالة

تبعا لما قيل في الفرع الاول فيما يخص تعريف الجعالة و حكمها و ما ساقه كل فريق من ادلة، اشترط الفقهاء الذين اجازوا الجعالة اركانا و شروطا لوجودهاو انعقادها ، ورتبوا عليها أحكاما ،ولمعرفة هذه الشروط و الاحكام ،كانت الفقرة الاولى

[1] - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2،1406هـ - 1986م ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان ،ج6 ، ص 204.

[2] -أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن،تحقيق ، محمد الصادق قمحاوي، د ر ط ، 1405هـ ،دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ج4،ص 390.

من هذا الفرع مخصصة لأركان الجعالة و شروطها تحت عنوان مقومات الجعالة ، اما الفقرة الثانية فكانت لبعض الاحكام الخاصة بها .

الفقرة 01: أركان الجعالة و شروطها

من التعاريف المختلفة السالفة الذكر للجعالة نجد أنها تحتوي على أركان لوجودها ، بدءا بالجاعل على أساس انه طرف رئيس التي تكون الجعالة بإرادته المنفردة ، والمجعول له (العامل) الذي ينجز العمل ، بالإضافة إلى كل من الصيغة التي تكون بها الجعالة ،والعمل الموجب للجعل، و كذا الجعل الواجب للعامل. على انه يتم التطرق لهذه الأركان او المقومات مع التعرض لشروط كل واحد منها بشيء من التفصيل فيما يلي :

1 ـ الجاعل : و هو الذي يعبر عن التزامه بمبلغ ما لمن يقوم بعمل معين ، فهو الملتزم للجعل ، و الذي بدونه لا تظهر الجعالة و لا يتصور لها وجود .[1] و قد اشترط الفقهاء الاهلية في الجاعل فلا يصح ان يكون صبيا او مجنونا او سفيها او مكرها ،(فقد جاء في منح الجليل :" لا يصح عقد الجعل إلا من الرشيد أو من المحجور بإذن وليه "[2] وجاء في حاشية الدسوقي: "ان دافع العوض و هو الجاعل شترط فيه ان يكون متاهلا لعقد الاجارة "[3] و في نهاية المحتاج : " اما الركن الثاني و هو العاقد فيشترط في الملتزم للجعل مالكا كان او غيره ان يكون مطلق التصرف فلا يصح من صبي و مجنون و محجور بسفه"[4] اما الحنابلة فلم يفصلوا في شروط المتعاقد في الجعالة لشبهها بالاجارة ، على انه يشترط في الاجارة الاهلية لصحة الالتزام [5]،

قال المرداوي : " الجعالة نوع إجارة لوقوع العوض في مقابلة منفعة، وإنما تميز بكون الفاعل لا يلتزم الفعل، ويكون العقد قد يقع مبهما لا مع معين. ويجوز في الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل، على الصحيح من المذهب " [6].

وفي حالة ما اذا صدر الوعد بالجعل من اجنبي ، ودلت القرائن على انه جاد في هذا ، و دلت الصيغة على الزام نفسه بالعوض ، استحق العامل الجعل اذا أنجز العمل ، ذلك ان الجاعل تسبب في جهد العامل ، طبقا لقاعدة :" من تسبب

---

[1] - خالد رشيد الجميلي ، الجعالة و احكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ، نظرية الوعد بالمكافاة ، المرجع السابق.ص 52.
[2] - محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل، د ر ط 1409هـ ، 1989م دار الفكرج8،. بيروت ص 60.
[3] - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير د ر ط ،د س ط ، دار الفكر، ج4،ص 60.
[4] - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ،المرجع السابق ،ج3 ص 619.
[5] - خالد رشيد الجميلي، الجعالة و احكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ، نظرية الوعد بالمكافاة ، المرجع السابق ص 50.
[6] - علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، المرجع السابق ج6،ص 389.

لجهد النزم النقد "[1] . فكون الجال مالكا للشيء المراد إحضاره أو انجازه ليس شرطا ، حيث تجوز الجعالة من الأجنبي [2] فقد جاء عن الشربيني : "لا يشترط في الجاعل كونه مالكا، وحينئذ (لو قال أجنبي) ليس من عادته الاستهزاء والخلاعة كما بحثه الزركشي (من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبي) لأنه التزمه "[3] على انه يوجد حالة مثلا لا يستحق فيها العامل الجعل وهي ان الاجنبي ينقل عن المالك ما لم يقله هذا الاخير ، جاء في مغني المحتاج : " إن قال الأجنبي :قال زيد: من رد عبدي فله كذا وكان كاذبا لم يستحق الراد (عليه) أي الأجنبي شيئا لعدم التزامه (ولا على زيد) إن كذبه..." [4]

بالإضافة إلى ما سبق هناك مسالة ذكرها العلماء تتعلق بمدى ضرورة كون الجاعل هو صاحب المنفعة في الجعالة حيث ذهب بعضهم الى ضرورة ذلك حتى تصح ، في حين ان البعض لا يرى ضرورة ذلك ومن ذلك ان العدوي من المالكية قال : "والحاصل أن أقوى القولين اشتراط المنفعة وإلا كان من باب أكل أموال الناس بالباطل "[5] و المثال على هذا : ان ل صعدت هذا الجبل ونزلت فلك كذا ، دون ان يكون للواعد (الملتزم) أي مصلحة في صعود الجبل هذا و نزوله مه .

2- المجعول له (العامل): اتفق الفقهاء على انه يجوز تعيين العامل كما يجوز ابهامه [6]

وقد ذهب بعض المالكية الى اشتراط أهلية الاستئجار والعمل ،وان ما يشترط في الجاعل يشترط في العامل ،وذهب نفر اخر منهم الى عدم اشتراط الاهلية [7]

---

[1] - خالد رشيد الجميلي، الجعالة و احكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ، نظرية الوعد بالمكافاة ، المرجع السابق. ص53.

[2] -شوقي احمد الدنيا ، الجعالة و الاستصناع –تحليل فقهي اقتصادي ، المعهد الاسلامي للبحوث جدة ص10، http://feqhweb.com في 2014/01/03م / سليمان الجمل ،حاشية الجمل على المنهج، د ر ط، د س ط ،دار الفكر ،بيروت، ج7 ص 509.

[3]- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ،المرجع السابق ، ج3ص 618.

[4] - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، د ر ط ،1357 هـ ، 1983م ،المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ج6 ،ص368.

[5] - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله،شرح مختصر خليل للخرشي، ، ،المرجع السابق ، ج7ص 63.

[6] - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، المحقق: سعيد أعراب، ط1994،1 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ، ج6ص 36./ بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي التميري الدَّمِيرِيّ المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، ط1429،1هـ - 2008م ،مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ج2ص 801./ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،المرجع السابق ، ج5 ص 465. / أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، د ر ط، 1388هـ - 1968م ، مكتبة القاهرة ،ج5ص 400.

[7] - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ، ط1، 1416هـ،1994م، دار الكتب العلمية ، ج1 ص 595. / محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د رط ، د س ط ،دار الفكر ، ج4 ص 60.

على ان بعض الشافعية اشترطوا في العامل المعين أهلية البلوغ ، و اشترط بعض اخر ان يكون متمتعا بأهلية التميز ، أما غير المعين فلم يشترطوا فيه الأهلية [1]. قال الشربيني :" أما العامل فإن كان معينا اشترط فيه أهلية العمل.... قال الماوردي هنا لو قال من جاء بآبقي فله دينار، فمن جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد عاقل أو مجنون إذا سمع النداء أو علم به " [2]

و قد قال جمهور الفقهاء على ان العامل يستحق الجعل بتلبيته ارادة الجاعل ، على اختلاف بينهم في مقدار و نصيب الجعل اي يأخذه العامل وهذا نظرا لحالات ذكرها :

أ- **حالة تعيين العامل** :اذا قام العامل المعين بالعمل المطلوب استحق الجعل المقدر كاملا وهذا بناء على ايجاب الجاعل و لا يستحق غيره شيئا ، ولهذا العامل ان يشارك او ينيب غيره في هذا العمل ، مع الاشارة هنا الى ان صاحب الحق في الجعل هو العامل المعين وحده ،اما من شاركه في هذا العمل او ناب عنه فحقهم يثبت لهم من خلال ما اتفقوا عليه مع العامل [3]

ب - **حالة عدم تعيين العامل** : ذهب المالكية الى ان العامل المبهم اذا لم يسمع ايجاب العاقد و جاء بالشيئ المفقود وجب له أجر المثل ان كانت عادته او عمله رد الضوال ، و ان لم يكن عمله رد الضوال فليس له الا النفقة التي انفقها على المفقود [4] وقال بعض الشافعية بان العامل يستحق الجعل المقدّر و ان لم يتفق الجاعل معه بعينه ، وان العامل لا يستحق يستحق شيئا الا اذا صدر الايجاب من الجاعل [5] و ذهب بعض الحنابلة ، الى القول بانه يجوز تعيين العامل كما يجوز ابهامه ، وفي الحالة الاخيرة يستحق الجعل كل من قام بالعمل المراد انجازه ، على انه في حالة تعيين العامل لا يستحق

---

[1] - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج5،ص 466. / أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ، المرجع السابق ج6،ص366. 369.

[2] - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المرجع السابق ج3،ص 619.

[3] - مصطفى الخِنْ، مصطفى البُغا، علي الشَرْبجي ، الفقه المنجي على مذهب الإمام الشافعي ،المرجع السابق ج6 ،ص 164. / أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي،الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1414،1 هـ 1994م، دار الكتب العلمية، ج2 ص 188، 18/.

[4] - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل ، ،المرجع السابق ج7ص595/أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي،الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب ط1994،1 م ،دار الغرب الإسلامي- بيروت، ج6،ص06.

[5] - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق : الشيخ علي علي محمد معوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، ط1419،1 هـ ،1999م دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ج8،ص 31./ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي، الأم، د ر ط 1410هـ/1990م دار المعرفة ،بيروت، ج4، ص 5/.

غيره الجعل ،و من رد لقطة أو ضالة، أو عمل لغيره عملا غير رد الآبق، بغير جعل، لم يستحق عوضاوقد ذكر الحنابلة مسألة - من عمل عملا بغير جعل – كما لو كان هناك خطر محقق كانقاذ سفينة اشرفت على الغرق ، او همت وحوش بأكل ضالة وقام العامل و انقذها ، ففي هذه الحالة اختلف الحنابلة الى قولين : قول رأى بأن للعامل أجر المثل وفي هذا حث و ترغيب في انقاذ الاموال من الهلاك ، و قول رأى بأنه لا شيء للعامل[1].

ج- **حالة العامل المشترك** :معناه ان يتفق الجاعل مع اكثر من عامل لانجاز ما يبتغيه من عمل ، حيث يمكن تقسيم صور و حالات تعدد العمال كما جاء عن بعض الشافعية الى :

1- لو قال الجاعل لعاملين معينين إن رددتما ضالتي فلكما عشرون دينارا ،فردها أحدهما استحق النصف .

2 - لو قال الجاعل : من يرد لي ضالتي فله دينار ،فردها اثنان ، اقتسماه لانهما يوضعان بالاولوية في الرّد .

3-لو قال الجاعل لكل من ثلاثة : ردّه و لك دينار ، فردوه ،فان لكل منهم ثلثه توزيعا على الرؤوس .[2]

اما المالكية فقال بعضهم لو ان الضالة مثلا افلتت من يد العامل و انجز العمل غيره قسّم الجعل بينهما بنسبة عمل كل واحد وقيل لكل نصف جعله.[3] و في حالة ما اذا كان هناك ايجاب من الجاعل مع عاملين معينين و انجزا العمل ،فان اتحد جعل كل منهما كما لو وجب الجاعل لكل منهما عشرين دينارا ،وجب لكل منهما عشرة دنانير ،و ان اختلف جعلها ففيه رأيين : فالرأي الاول يذهب الى القول بان للعامل ثلثي الجعل و الذي ضاعف الجاعل جعله عن الثاني ووجب للثاني الثلث ،فقد جاء في المدونة الكبرى : "قال عبد الرحمن بن القاسم في الرجل يجعل للرجلين في عبده وقد أبق منه جعلين مختلفين لواحد: إن أتى به عشرة وللآخر إن أتى به خمسة فأتيا به جميعا؟ قال: تكون العشرة بينهما أثلاثا لصاحب العشرة سهمان ولصاحب الخمسة سهم "

---

[1] - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة، ،المرجع السابق، ج6ص95./ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،المرجع السابق ، ج6،ص292، 293/ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي،كشاف القناع عن متن الإقناع، د ر ط ، د س ط ،دار الكتب العلمية، ج4ص 206.

[2] - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ، د ر ط ،د س ط ،دار الفكر، ج15ص 122/ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي،تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ،المرجع السابق ، ج6 ص 371.

[3] - برهان بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبوالبقاء، تاج الدين السلمي الدّميريّ الدّمياطي، الشامل في فقه الإمام مالك، ،المرجع السابق ج2،ص 801.

و الرأي الثاني قال بوجوب نصف الجعل المخصص لكل منهما "يكون لصاحب العشرة نصفها؛ لأنه جاء بنصف العبد، ويكون لصاحب الخمسة نصفها؛ لأنه جاء بنصف العبد"[1].

وذهب الحنابلة الى ان الاشتراك في العمل يوجب الاشتراك في العوض بالتساوي و هذا اذا كان نوع العمل الذي حدده الجاعل يدل على مشاركة الجميع في الانجاز كما لو قال الجاعل :" من رد لقطتي فله دينار ،و ردها ثلاثة ، فلهم الدينار لا "[2]، اما لو كان العمل لا يتوقف على انجاز كل واحد منهم عندئذ كل واحد منهم يعوض لوحده ويأخذ الجعل كاملا جاء في المغني "لو قال: من دخل هذا النقب فله دينار. فدخله جماعة، استحق كل واحد منهم دينارا كاملا ...لأن كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا، كدخول المنفرد، فاستحق العوض كاملا "[3].

3- الصيغة : تعتبر أحد مقومات الجعالة و أركانها الأساسية ذلك انها لا تتحقق الا بصيغة من الجاعل . وهي كل ما دل على التزام عوض من الجاعل[4] اذ بمقتضاها يحدد العمل الذي يستحق العامل بموجبه الجعل المخصص،وقد دلت النصوص الفقهية ان الفقهاء يشترطون الوضوح و التحديد في الصيغة سواء ما تعلق بالاذن بالعمل او الجعل من حيث مقداره و صفته[5].

وقد تم الاشارة سابقا الى ان المالكية ذهبوا الى القول بان للعامل جعل في ردّ الضوال فقط دون الاعمال الاخرى و هذا اذا كان عمله ردّ الضوال ،مع امكانية التعويض عن الجهد و الكلفة اذا لم يكن عمله رد الضوال ، ورأى بعض الشافعية بعدم استحقاق العامل الجعل ما لم تصدر من الجاعل صيغة تدل على الاذن بالعمل سواء كان العامل معينا او غير معين ، وغير بعيد عن هذا الرأي ذهب الحنابلة ، الا انهم أضافوا ان العامل يستحق أجر المثل اذا عمل من

---

[1]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة، ط1 ، 1415هـ ، 1994م ،دار الكتب العلمية، ج3،ص468، 469.

[2] - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ، المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ،ج6،ص95.

[3]- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع ط1418،1 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ج5، ص114/. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ، المغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق ، ص 95.

[4]- احمد ادريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك مع المقارنة بالمذاهب الاخرى في اصول المسائل وعيونها ، د ر ط د س ط ،دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، ص 373.

[5] - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة، ،المرجع السابق ج3،ص 468/شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ،المرجع السابق ج3،ص 317/ أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حشيتا قليوبي وعميرة، د ر ط ،1415هـ-1995م، دار الفكر ،بيروت، ج3،ص 131/ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي ، المغني لابن قدامة، المرجع السابق، ج6،،ص 94، 95.

صدور صيغة من الموجب في حالة ما لو أنقذ شيئا من تلف محتوم[1] وما يمكن ان نذكره هنا ان بعض الفقهاء لم يشترط السماع المباشر من العامل للصيغة ، وبناء على هذا ذا قام العامل بالعمل دون سماع فقيل ان كانت عادته رد الابق فله جعل المثل ، والا فليس له الا نفقته[2] ففي شرح مختصر خليل : "فالمراد السامع بواسطة وبلا واسطة ولو تعددت والظاهر أن المراد بالسامع من علم بقول ربه"[3] واذ صدر من الجاعل صيغتان بان زاد في الجعل او انقص منه او غير من جنسه كما لو قال:(من رد عبدي، فله عشرة، ثم قال: من رده فله خمسة) فذهب جمع من الشافعية الى ان العبرة بالنداء الاخير طالما ان العامل علم بذلك قبل شروعه في العمل ، والا فله أجر المثل ، و ذهب اخرون من انه لو بدّل الجاعل الصيغة ،عندها يستحق العامل الجعل بناء على الصيغة الاولى(الجعل المسمى اولا) ذلك لانه مثلا لو ارتحل العامل بعيدا بغرض انجاز ذلك العمل فانه لا يعتمد على الصيغة الثانية بل على الاولى[4]

واذا كانت هناك صيغة الا انها لم تبين الجعل و تجليه فالجعالة فاسدة و ان تم انجاز العمل فذهب بعض الفقهاء الى ان للعامل جعل مثله و بعضهم قال بان له اجر مثله[5] **وما تجدر** الإشارة اليه انه لا يشترط موافقة صيغة القبول لصيغة الجاعل، ذلك ان الجعالة تكون بارادة الجاعل المنفردة .

4- العمل : هو ما يشترطه الجاعل لاستحقاق الجعل ، حيث لا تتم الجعالة أو تقوم بدونه ،سواء عيّن من يقوم بهذا العمل او كان مبهما كما وسبق الاشارة اليه .ويشترط في هذا العمل ان يكون مباحا مما يجوز فعله غير محرم[6] واشترط المالكية فيه الا ينتفع الجاعل به اذا ترك العامل العمل بعدما شرع فيه ،ومن امثلة هذه الحالة ان يجاعل الملتزم العامل على

---

[1] - الصفحة 33،84.من هذه الدراسة

[2] - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ، المرجع السابق، ج7،ص 595/ يبرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدّمِيريّ الدّمَياطي، الشامل في فقه الإمام م ا ،المرجع السابق ج2،ص 801.

[3] - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ،المرجع السابق ج7، ص 59.

[4] - زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، د ر ط د س ط ، المطبعة الميمنية، ، ج3، ص 348 / شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، المرجع السابق، ج 5ص 477./ خالد رشيد الجميلي ، الجعالة و أحكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ،المرجع السابق ص 76.

[5] - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون ط2،1408 هـ - 1988 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان ، ج8ص 427./ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، د ر ط ،د س ط ، دار الكتب العلمية، ،ج2، ص 271.

[6] - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم , محمد محمد تامر، ط1 ، 1417، دار السلام ، القاهرة ج 4،ص 207/ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة، المرجع السابق ج 6، ،ص 96/ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات، ،المرجع السابق ، ج 2،ص 181.

ان يحفر بئرا حتى يتفجر الماء منه ،وعليه فان العامل اذا حفر جزءا من البئر و تركه لم يستحق الجعل من الملتزم بناء على شرط العمل ،وفي هذا انتفاع الملتزم بعمل العامل بدون عوض وفي هذا ظلم و تضييع لجهد العامل ،على أنه تجوز الجعالة في هذه الحالة اذا اشترط اعامل ان يترك العمل متى شاء وله بقدر عمله ، وقد أشار المالكية الى ان البئر اذا كان في أرض لا يمتلكها الجاعل صحت الجعالة لعدم الانتفاع بجزء البئر في الارض التي لا يمتلكها ،[1] فيما ذهب الشافعية الى القول بان الجعالة لا تصح إذا كان العمل المطلوب أداؤه واجبا على العامل وإن كان فيه مشقّة، نحو: ردّ الغاصب العين المغصوبة لصاحبها بعد أن سمع إعلانه الجعل على ذلك لأنّ ما وجب عليه شرعا لا يمكن أن يقابل بعوض[2] وبهذا أيضا قال الحنابلة[3] إلاّ أنّهم قسموا العمل الواجب على العامل إلى قسمين: الأوّل: ما يثاب عليه ولا ينتفع به سواه كالصّلاة و الصيام ، فهذا لا تصحّ الجعالة عليه. الثّاني: ما يثاب عليه وينتفع به غيره كالأذان ،التعليم، القرآن القضاء والإفتاء، فهذا تصحّ الجعالة عليه[4] فالجعالة لا تكون في العمل الذي منفعته مقصورة على العامل وحده ،وكان هذا العمل واجا على هذا العامل كالصلاة و الصيام ، ذلك ان الجعالة شرّعت للحاجة اليها.كما ذهب فقهاء الشافعية و الحنابلة الى القول بانه لا بد ان يكون العامل قد قدم كلفة و جهدا حقيقيا ليستحق الجعل و الا فلا ، حيث قالوا ان العامل لا يستحق الجعل اذا كان المفقود بين يديه قبل ان يعد الجاعل بالجعل ، ومثلوا لهذا بمن قال : من دلني على ضالتي فله كذا ، فدله شخص كان يعرف مكان الضالة سلفا ، ففي هذه الحالة ليس له جعل ،ذلك انه لم يبذل جهدا ،الا ان العامل اذا وجد الضالة في مكان بعيد و قدم جهدا في ردها لصاحبها استحق الجعل وان كانت الضالة بيده قبل صدور ايجاب الجاعل، ولا يشترط في الكلفة ان تكون مادية بل قد تكون معنوية وفي هذا الصدد يقول صاحب نهاية المحتاج : " أفتى المصنف فيمن حبس ظلما ، فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه او غيره بانها جعالة مباحة و اخذ عوضها حلال ...و في ذلك كلفة تقابل جرة عرفا "[5] و جاء عن المالكية في المقدمات انه يجوز ان يكون العمل دفاعا عن الخصومة على احد قولي مالك[6]

---

[1] - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، المرجع السابق ، ج6 ،ص 05/ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، المرجع السابق ، ج2،ص 180.

[2] - سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل،فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، د ر ط ، د س ط ، دار الفكر، ج3 ،ص 621، 623.

[3] - أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ج 6، ص 99، 100.

[4] - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ، دارالسلاسل ،الكويت، المرجع السابق ،ج15،ص 214.

[5] - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمدن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج5 ص 472.

[6] - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ، المرجع السابق ،ج2 ص 181.

وفيما يتعلق بتعيين المكان ، رأى بعض بعضهم أنه لا مانع من اشتراط تعيين المكان و عدم تعيينه وهذا مروي عن الامام مالك حيث جاء في المدونة :" أرأيت إن قلت لرجل: إن جئتني بعبدي الآبق وهو في موضع كذا وكذا فلك عشرة دنانير؟ قال: هذا جائز عند مالك، فإن جاء به فله عشرة دنانير "[1]. وبالمقابل لم يجوز بعض اخر من المالكية الجعالة فيما لو اشترط الجاعل على العامل ان يرد المفقود من مكان معين ذلك ان صحة الجعالة في جهل المتعاقدين بمكان المفقود ،جاء في حاشية العدوي:" اعلم أن من شرط الجعل أن يكون فيما يجهلان مكانه، فإن علم أحدهما مكانه فإن ذلك لا يجوز، فإن علم الجاعل فقط وجهل العامل فله الاكثر من الجعل وأجر المثل، وإن علم المجعول له فقط فلا شيء؛ لأن الإتيان به صار واجبا عليه حيث علم مكانه وربه لا يعلم، ومن ادعى عدم العلم منهما فالقول قوله "[2].

و ذهب بعض الفقهاء من الشافعية و الحنابلة الى ان شرط المكان معتبر في الجعالة ، فاذا اشترط الجاعل على العامل ان يرد ضالته من مكان معين الزم بدفع كل الجعل الى العامل، فان رد العامل الضالة من وسط الطريق لم يلزم بدفع غير نصف الجعل للعامل ،و اذا رد العامل الضالة من مكان ابعد من المكان الذي حدد له العاقد لم يستحق غير الجعل المتفق عليه ،فما زاد هو تبرع جاء في المهذب:" من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار وهو ببغداد فرده رجل من واسط استحق نصف الدنار لأنه رده من نصف الطريق وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق اكثر من الدينار...."[3] وجاء في المغني : وإن قال: "من رد عبدي من بلد كذا فله دينار فرده إنسان من نصف طريق ذلك البلد، استحق نصف الجعل؛ لأنه عمل نصف العمل وكذلك لو قال: من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما، فله نصف الدينار؛ لأنه رد نصف العبدين، وإن رد العبد من غير البلد المسمى، فلا شيء له "[4] اما

و فيما يتعلق بتأقيت العمل ، فذهب اكثر المالكية و الشافعية الى عدم جواز اشتراط تحديد الجعالة بزمن معين مثال ذلك :"من رد ضالتي الى نهاية شهر رمضان فله دينار" وفي هذا احتمال لتضييع جهد العامل ،فقد لا يجد العامل الضالة خلال المدة المحددة وفي هذا الصدد يقول الشربيني:" ويشترط في الصيغة عدم التأقيت كالقراض، فلو قال من رد آبقي اليوم فله

---

[1]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، المرجع السابق، ج3 ص 468.

[2]- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د ر ط ،1414هـ - 1994م دار الفكر ، بيروت ، ج2، ص 193.

[3]- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي،د ر ط ، د س ط ، دار الكتب العلمية، ج2،ص 272،273.

[4]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة،د ر ط ، 1388هـ - 1968 م، مكبة القاهرة ، ج6،ص 96.

كذا لم يصح؛ لأنه ربما لا يظفر به في ذلك اليوم "[1] الا ان المالكية قالوا بصحة الجعالة المحددة بزمن اذا اشترط العامل منحه حق ترك العمل متى شاء جاء ،[2]والى هذا ذهب اكثر الحنابلة[3].

5- الجعل : هو ما يحدده الجاعل من مال لمن يقوم بعمل يريده هذا الملتزم (الجاعل). وان هذا الجعل يجب بعد انجاز العامل للعمل ، ويشترط فيه الفقهاء ان يكون معلوما واضحا مقدرا منتفعابه مقدورا على تسليمه ،وفي هذا الصدد جاء في التاج و الاكليل :" شرط الجعل ان يكون معلوما مقدرا كالإجارة ... مالا يجوز بيعه لايجوز ان يكون ثمنا لاجارة او جعل "[4] وعن الخرشي جاء: "لا يخفى أن الجعل كما يشترط فيه العلم يشترط أن يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه "[5] ويقول الرملي :" ويشترط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوما لانه عوض كالاجرة و المهر ،ولانه عقد جوز للحاجة ،ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ،ولان جهالة العوض مقصود العقد اذ لا يرغب احد في العمل مع جهالة العوض "[6] وقال الحنابلة باشتراط المعلومية في الجعل ، الا انهم قالوا بصحة الجعالة مَعَ الجهل بالعوض، إذا كَانَ الجهل لا يمنع التسليم ،ففي الهداية :" يشترط أن يكون العوض معلوما كالأجرة ....، ويحتمل أن تصح الجعالة مَعَ الجهل بالعوض، إذا كَانَ الجهل لا يمنع التسليم"[7] وبناءا على ماسبق بانه اذا كانت صيغة الجعالة توحي بالجهالة في العوض لم تصح ،[8] غير ان بعض الفقهاء أجازوا ذلك في حالات كما اوردها الرملي كما لو قال الجاعل للعامل :جع عني وأعطيك نفقتك فإنه يجوز ،او حالة ما لو جعل الإمام من يدل على قلعة للكفار جعلا كجارية منها فإنه يجوز مع جهالة العوض للحاجة[9] وجاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية :" ويجوز أن يكون الجعل فيها إذا حصل بالعمل جزءا شائعا؛ ومجهولا جهالة لا تمنع التسليم مثل

---

[1]- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ،المرجع السابق ج3ص 618.

[2]- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع السابق ج1،ص 63.

[3]- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ،ا لمرجع السابق ،ج6 ص 389. .

[4]- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، المرجع السابق ج،7،ص 595. / بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي التّميريّ الدّمْياطيّ، الشامل في فقه الإمام م ا، المرجع السابق ج2،ص 801

[5]- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي،المرجع السابق ج7، ص 60.

[6]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،المرجع السابق ج5ص 472.

[7]- محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عد اللطيف همي - ماهر ين الفل ط1425،1 هـ / 2004 م ، مؤسسة غراس، ج1، ص 301.

[8]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة ، ،المرجع السابق ج 3،ص 468، 469./ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،المرجع السابق ج5،ص 472/ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة، لمرجع السابق ، ج6،ص 94.

[9]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق ،ج5 ،ص 473.

أن يقول أمير الغزو: من دل على حصن فله ثلث ما فيه " ويقول للسرية التي يسريها: لك خمس ما تغنمين أو ربعه "[1]. و

و الجدير انه في حالة ما اذا كان الجعل جزء من المال المفقود ،وجب النظر ، فان كان محددا فللعامل ما حدد ، واذا كان غير محدد فللعامل اجر المثل. كما أجاز البعض ان يكون الجعل جزء من الانتاج كمن يقول : جذّ نخلي هذه و نصفها [2] وعلى هذا فالجعل يمكن ان يكون مبلغا نقديا ، كما يمكن ان يكون غير نقدي وفي هذه الحالة وجب وصفه وصفه والا كان للعامل اجر المثل كما سبق ذكره .

وفيما يتعلق بتعجيل استلام الجعل ذهب المالكية و الشافعية الى انه امر غير جائز وتفسير المالكية للمنع بردد العقد بين الجعالة و السلف ، وان لم يشترط هذا التعجيل جاز ففي حاشية العدوي: "ومن الشروط أن لا ينقد بشرط إذ قد لا يتم العمل فيكون تارة جعلا وتارة سلفا، ويجوز النقد بغير شرط إذ لا محذور فيه..." [3] وجاء عن الشافعية في حاشية الجمل:" وعدم استحقاق العامل الجعل إلا بعد الفراغ من العمل فلو شرط تعجيل الجعل فسد العقد واستحق أجرة المثل [4]

ولا يفوتنا ان نذكر راي الجنفية ، - إن رد له بهيمة ضالة بغير إذنه.. لم يستحق عليه العوض - كقولنا

وإن رد له عبدا آبقًا بغير إذنه.. فالقياس: أنه لا يستحق عليه جعلا، ولكن يعطى عليه جعلا استحسانًا، فإن رده من مسيرة ثلاثة أيام فما زاد، وكانت قيمة لعبد أربعين درهما فأكثر.. استحق عليه أربعين درهما، وإن رده من مسيرة دون ثلاثة أيام.. استحق عليه أجرة مثل عمله، وإن رده من مسيرة ثلاثة أيام، وقيمة العبد أربعون درهما.. استحق أربعين درهمًا إلا درهمًا، وإن كانت قيمته عشرة.. استحق عشرة دراهم إلا درهمًا) .

وقال أبو يوسف، ومحمد: يعطى أربعين درهمًا بكل حال حتى لو كانت قيمته عشرة دراهم.ال ابوحنيفة " [5]

---

[1]- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، 1416د ر ط ،هـ/1995م ،مجمع الملك فهد، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ج20ص 507.

[2] - أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1412هـ / 1991م،المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ج5ص 270/مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة ، ،المرجع السابق ، ج 3ص 468، 469.

[3]- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المرجع السابق ، ج2 ص 194

[4]- سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل ، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، المرجع السابق السابق ج3ص623.

[5]- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، ط1، 1421 هـ- 2000 م، دار المنهاج ،جدة ، ج1ص 401. ، /أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري لحنفي،المحيط البرهاني في الفقه النعماني،المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، 1424 هـ - 2004م دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج5،ص 446.

الفقرة 02: أحكام الجعالة :

تعتري الجعالة جملة احكام من ذلك :

أولا: حالة التنازع و الاختلاف :

قد يحدث و ان يكون هناك خلاف بين الجاعل و العامل ، فيكون سبب الاختلاف اما في أصل العقد ، او في نوع العمل وقدر الجعل وجنسه، وللفقهاء في هذه باع كثير . فجمهور الحنفية وان لم يذهبوا الى مشروعية الجعالة الا في الجعالة المترتبة على رد العبد الابق ، أدلوا برأيهم في خلاف الجاعل مع العامل ، فقالوا :ان العامل اذا جاء بابق دون تكليف من صاحبه و طالب بالجعل ،وانكر صاحبه كونه ابقا مثلا ،فالقول قول صاحب الابق مع اليمين اذا لم يرض بدفع الجعل [1] وقال المالكية: القول قول الجاعل اذا كان اختلاف العاقد مع العامل فيما لو كان نازعهما في السماع و عدمه وفي غير العوض،والحكم في هذه الحالة انهما لا يتحالفان و القول قول الجاعل ،وبعدها ينظر في العامل، فإن كان يمتهن مهنة رد الضوال فله جعل المثل ، وإن لم يكن من عادته ذلك، فلا شيء له سوى النفقة فقط ،ومما ورد في هذا الشأن من كتب المالكة " عِنْدَ تَنَازُعِهِمَا فِي السَّمَاعِ وَعَدَمِهِ لا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ لِرَبِّهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِي الْعَامِلِ هَلْ عَادَتُهُ طَلَبُ الإِبَاقِ فَلَهُ جُعْلُ مِثْلِهِ أَمْ لا فَلَهُ النَّفَقَةُ فَقَطْ " [2] واذا تنازعا في قدر الجعل تحالفا و وجب جعل المثل للعامل .[3]

وقال الشافعية ، اذا اختلفا الجاعل و العامل بان انكر الجاعل سبب وجوب الجعل صدقه القاضي بيمين ، قال الرملي : " وَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ الْجَاعِلُ سَوَاءٌ (الْمَالِكُ) وَغَيْرُهُ إذَا أَنْكَرَ (شَرْطَ الْجُعْلِ) كَأَنْ قَالَ مَا شَرَطْت الْجُعْلَ أَوْ شَرَطْته فِي عَبْدٍ آخَرَ (أَوْ سَعْيَهُ) أَيْ الْعَامِلِ (فِي رَدِّهِ) كَأَنْ قَالَ لَمْ تَرُدَّهُ وَإِنَّمَا رَدَّهُ غَيْرُك أَوْ رَجَعَ بِنَسِيهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرَّدِّ وَالشَّرْطِ وَبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ "[4]،وان اختلف العاقد مع العامل في بلوغ النداء من عدمه ،فالقول قول الرآد (العامل) مع يمينه ، وفي حالة

---

[1] - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ، ،المرجع السابق ج11ص11، 22.

[2] - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمرجع السابق ،ج4اص 64/. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ، ج7 المرجع السابق ص 64.

[3] - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، المرجع السابق ج7ص600.

[4] - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ،المرجع السابق ج5 ص 4/9.

ما اذا كان الاختلاف في قدر الجعل او جنسه ،او في كيفية العمل المراد انجازه كما لو قال الجاعل : طلبت منك ان ترد ضالتين .وقال العامل : بل اردت ضالة واحدة ، فالحكم هنا ان يتحالفا وللعامل اجرة المثل [1]

وذهب جمهور الحنابلة الى ان القول قول المالك مع البينة اذا اختلف العامل مع العاقد في أصل العقد واساسه كما لو قال العامل للمالك : " جعلت لي في ردّ لقطتي كذا المثل ، وانكره المالك . فالقول هنا قول المالك مع بينة لان الاصل معه ، وحتى لو اتفقا كلاهما في العوض لكن اختلفا في قدره فالقول قول المالك أيضا ،وان كان هناك من يرى بأنه في هذه الحالة يتحالفا ويوجب أجر المثل ، يضاف الى هذا حالة اذا اختلفا في المسافة ، وجملة ما قيل عن رأي الحنابلة بهذا الصدد يجمعه قول ابن قدامة في المغني: بقوله "إنْ اخْتَلَفَا فِي الجُعْلِ، فَقَالَ: جَعَلت لِي فِي رَدِّ لَقَطِتِي كَذَا. فَأَنْكَرَ المَالِكُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ مَعَه فإنْ اتَّفَقَا عَلى العِوَضِ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ، فالقَوْلُ قَوْلَ المَالِكِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الزَّائِدِ المُخْتَلَفِ فِيهِ، وَلِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ فِي أَصْلِ العِوَضِ، فَكَذَلِكَ فِي قَدْرِهِ، كَرَبِّ المَالِ فِي المُضَارَبَةِ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَحَالَفَا، كَالمُتَبَايِعِينَ إذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالأَجِيرُ وَالمُسْتَأْجِرِ إذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الأَجْرِ. فَعَلى هَذَا إنْ تَحَالَفَا فُسِخَ العَقْدُ ، وَوَجَبَ أَجْرُ المِثْلِ. وَكَذَلِكَ الحُكْمُ إنْ اخْتَلَفَا فِي المَسَافَةِ، فَقَالَ: جَعَلت لك الجُعْلَ عَلى رَدِّهَا مِنْ حَلَبَ

فَقَالَ: بَلْ عَلى رَدِّهَا مِنْ حِمْصَ. وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي عَيْنِ العَبْدِ الذِي جُعِلَ الجُعْلُ فِي رَدِّهِ، فَقَالَ: رَدَدْت العَبْدَ الذِي شَرَطْت لِي الجُعْلَ فِيهِ. قَالَ: بَلْ شَرَطْت لك الجُعْلَ فِي العَبْدِ الذِي لَمْ تَرُدَّهُ. فَالقَوْلُ قَوْلَ المَالِكِ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِشَرْطِهِ، وَلِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ شَرْطًا فِي هَذَا العَقْدِ فَأَنْكَرَهُ، وَالأَصْلُ عَدَمُ الشَّرْطِ " [2]

ثانيا : حالة الفسخ: لطرفي الجعالة الحق في الفسخ ، بمعنى بد العقد وعدم جريانه، ذلك انها من العقود الجائزة [3] وبالرجوع لاحكام الفقه الاسلامي بهذا الخصوص نجدها أجازت للعامل و الجاعل حق الفسخ على تفصيل وتباين بين كل مذهب ، واحيانا اخرى داخل المذهب الواحد نفسه ، ومن جملة ما جاء ما ذهب اليه المالكية الى ان للعامل فسخ

[1] -أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، د ر ط ، 1357 هـ - 1983م، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ج6 ،ص 380/ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ،المرجع السابق، ج5ص 479.

[2] -أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامة، ،المرجع السابق ج6 ،ص 97.

[3] -شوقي احمد دنيا ، الجعالة و الاستصناع ، تحليل فقهي و اقتصادي ،بحث رقم 09 مدة ، المرجع السابق ص 14.

الجعالة سواء شرع في العمل ام لا ، ولا يستحق شيئا ، قال ابن رشد : " " ولا يلزم المجعول له العمل وله أن يترك شرع فيه أو لم يشرع، ولا شيء له إلا بتمام العمل.." [1]

واختلف المالكية الى قولين فيما يتعلق بفسخ الجاعل :- يلزم الجعل بالعقد وبالتالي ليس للجاعل الفسخ ،وإلى هذا ذهب ابن حبيب في أحد قوليه وهو ظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في الجعل والإجارة.

ان الجاعل غير ملزم ما لم يشرع العامل في العمل حتى لا يبطل عليه عمله ، وهي رواية علي بن زياد عن مالك ورواية أشهب [2] جاء في التاج و الاكليل : لِلْجَاعِلِ أَنْ يَفْسَخَ الْجِعَالَةَ إذَا لَمْ يَشْرَعْ الْمَجْعُولَ لَهُ فِي الْعَمَلِ. وَأَمَّا بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ " [3] وقال ابن رشد :" أن المجعول له لما كان لا يلزمه الجعل، وجب ألا يلزم الجاعل إلا أن يشرع المجعول له في العمل، فيلزمه؛ لئلا يبطل عليه ما مضى من عمله " [4] والقول الثاني هو الذي مال و ذهب اليه أغلب المالكية.

غير ان الشافعية قالوا بان للعامل ان يفسخ العقد بناء على ارادته ، سواء ترك العمل قبل الشروع فيه او بعده ، ولا يلزم بشيئ ، كما انه لايستحق من العوض المسمى له شيئا ،ويمكن تصورفسخ للعامل للجعالة فيما اذا كان معينا .

واذا ما كان الفسخ من العاقد فقد ذهب الشيرازي وغيره في هذا الى أمرين :اما الامر الاول فيما لو تم الفسخ قبل شروع العامل في العمل ،وفي هذه الحال لا يترتب للعامل الجعل المسمى ،ذلك ان العوض يجب بجهد العامل و عمله ،وهنا انعدم الجهد فلا يلتزم الجاعل بشيئ .

والامر الثاني فيما لو شرع العامل في العمل وفشخ الجاعل الجعالة ،وهنا يترتب اجر المثل للعامل ،ويلزم الجاعل بالدفع ، لان العامل قدم جهدا و كلفة ،وهذا الحكم شبيه بالمضاربة في نظرهم [5] جاء في المجموع : "ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لان الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه فسقط حقه، وإن فسخ رب المال، فان كان قبل العمل لم يلزمه شئ، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل فلم يلزمه شئ، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل، وإن كان بعدما شرع في العمل لزمه

---

[1]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ،المرجع السابق ، ج2ص 179.

[2]- الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، المرجع السابق ، ج 2 ،ص 179.

[3]- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ،المرجع السابق ج7 ص 601.

[4]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ، تحقيق ، محمد حجي وآخرون ط2، 1408 هـ - 1988 م ، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان ، ج8 ص 483.

[5]- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، المرجع السابق ، ج7ص412./ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المهذب في فقة الإمام الشافعي ، المرجع السابق ،ج2ص 271.

أجرة المثل لما عمل..." [1] وقد ميز الرملي في أثر فسخ العاقد بعد شروع العامل في العمل بين حالتين : حالة فسخ الجاعل بلا موجب بعد الشروع في العمل ، وان هذا موجب للجعل المسمى .وفي هذا قال :" الْمُرَادُ بِالْفَسْخِ رَفْعُ الْعَقْدِ وَرَدُّهُ، وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ مَا بَعْدَهُ فَإِنَّهُ لا أَثَرَ لِلْفَسْخِ لِأَنَّ الْجُعْلَ قَدْ لَزِمَ وَاسْتَقَرَّ ..." [2]

والحالة الثانية حالة فسخ العامل بعد خلافه مع الجاعل ، مثل ان يزيد الجاعل على العمل شيئا ، ولم يرض العامل بهذه الزيادة ،وهنا يستحق العامل اجر المثل ويلزم الجاعل بالدفع لتسببه في فسخ العامل للجعالة [3]

وذهب الحنابلة الى ان للعامل ان يفسخ الجعالة حتى وان شرع بالعمل ، ولا يجب عليه شيئ اذ انه اسقط حقه بنفسه ، والجاعل لا يلزم بالجعل الا بعد انجاز العمل ، كما ان للجاعل حق الفسخ مالم يشرع العامل في العمل ، وفي حالة ما اذا فسخ الجاعل بعد شروع العامل في العمل ،فان هذا الجاعل ملزم بدفع أجر المثل لهذا العامل [4] ، جاء في المغني :" وَأَيِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ. لَكِنْ إنْ رَجَعَ الْجَاعِلُ قَبْلَ التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا عَمِلَ بِعِوَضٍ، فَلَمْ يُسَلَّمْ لَهُ وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ إتْمَامِ الْعَمَلِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعِوَضَ " [5]

ثالثا: موت المالك (الجاعل) :

ذهب المالكية في قول اول الى انه لو مات الجاعل قبل ان يشرع العامل في العمل او بعد شروعه فيه يعد ورثته ملزمين ببقاء العقد قال ابن رشد :" إذا مات الجاعل قبل أن يشرع المجعول له في العمل على قول ابن حبيب، وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم أو بعد شروعه في العمل على رواية علي بن زياد وأشهب عن مالك - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - يلزم ذلك ورثته، ولا يكون لهم أن يمنعوا المجعول له من العمل" [6]

اما القول الثاني فان الورثة غير ملزمين بالعقد الا اذا مات الجاعل بعد شروع العامل في العمل . جاء في البيان و التحصيل : " مثل أن يجعل له جعلا في طلب آبق، أو في حفر بئر، فمات الجاعل بعد أن حفر المجعول له بعض البئر،

---

[1]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ،المرجع السابق ج15،ص 125.
[2]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ،المرجع السابق، ج5 ص 476.
[3]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، المرجع نفسه ، ج5 ص 476،477.
[4]- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ، المرجع السابق ج5 ص 115.
[5]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي،المغني لابن قدامة، ،المرجع السابق ج6 ،ص 94.
[6]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ،المرجع السابق ، ج2ص 180.

أو خرج في طلب الآبق؛ للزم ذلك ورثته، ولم يقع في ذلك خلاف "[1] فاذا مات العامل استحق ورثته ان ينجزوا العمل بعده سواء مات العامل قبل الشروع في العمل او بعده جاء في المقدمات : " فإن مات المجعول له بعد أن شرع في العمل أو قبل أن يشرع فيه على أحد القولين، نزل ورثته منزلته؛ ولم يكن للجاعل أن يمنعهم من العمل؛ وقد روى أصبغ عن ابن القاسم خلاف هذا في المجاعلة في اقتضاء الديون، فجعل موت المجعول له كموت المقارض -إن كان قد شرع في العمل نزل ورثته منزلته إن كانوا أمناء، وإن كان لم يشرع في العمل ولا اقتضى منه شيئا، فلا حق لورثته..." [2] ويبدو انه لا يلزم الجاعل الورثة بشيئ ما لم يمت المجعول له بعد الشروع في العمل .

و يرى الشافعية الى انه في حالة ما لو مات الجاعل بعد شروع العامل في العمل ،وردّ العامل المفقود الى الورثة ،وجب للعامل جزء العوض المسمى بقدر العمل الذي انجزه قبل موت الجاعل ،ذلك ان عقد الجعالة يعد منفسخا بموت المالك .لهذا لا يستحق العامل كل العوض ،.فيما ذهب اخرون من الشافعية ان الملتزم لو مات في اثناء المدة ،تنفسخ الجعالة و يجب القسط من المسمى ،على انه ان لم يتم العامل العمل لم يستحق شيئا [3] واذا كان المتوفى هو العامل ورد المفقود الوارث استحق من المالك قسط ما عمله العامل قبل موته ، واذا كانت الجعالة موجهة لجمهورفان الوارث يستحق كل الجعل المسمى .[4]

رابعا : الجعالة والإجارة: لما كانت الإجارة تشابه مع الجعالة في كثير من الأمور ،لدرجة ان هناك حالات تصح فيها الجعالة كما تصح الإجارة على حد سواء ،فضلا عما يشترط في كل عقد منهما من أركان و شروط ، وبذل للمال، وحصول النفعة الى غير ذلك ،ارتأينا ان نقف عند بعض أهم أوجه الاختلاف بين الجعالة و الإجارة .

1- صحة الجعالة مع الجهالة التي يعسر فيها ضبط العمل وتعيينه كرد المال الضائع. ولا تصح الإجارة إلا على عمل معلوم.

2-تصح الجعالة مع معين وغير معين، في حين ان الإجارة لا تصح إلا مع شخص أو جهة معينة.

---

[1]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المرجع السابق، ج8،ص 506.

[2]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات المرجع السبق ، ج2،ص 179، 180.

[3]- خالد رشيد الجميلي ،الجعالة و احكامها ،المرجع السابق ص 122-/ زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية،د ر ط ، د س ط ، المطبعة الميمنية ج3، ص 351/ سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج، د ر ط ،1369هـ - 1950م مطبعة الحلبي ، ج3ص 242.

[4]- علي الخفيف ، التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،المرجع السابق ص 155.

3-لا يشترط في الجعالة تلفظ العامل بالقبول ، أما الإجارة فلا بد فيها من إيجاب المؤجر، وقبول المستأجر.

4 – لا يستحق العامل الجعل الا بتمام العمل ، أما الإجارة فيجوز تعجيل الأجرة وتأجيلها حسب الاتفاق.

5- الجعالة عقد جائز غير لازم، أما الإجارة فهي عقد لازم لا تفسخ إلا برضا الطرفين.

6- الجعالة أوسع من باب الإجارة فالجعالة كما تم تعريفها فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة ويجوز فسخها من الطرفين بخلاف الإجارة .[1]

ونختم هذا الجزءمن البحث بما جاء عن الغرناطي :

الجُعْلُ عَقْدٌ جائزٌ لا يَلْزَمُ ... لكن بِهِ بعدَ الشُّروعِ يُحْكَمُ

ولَيْسَ يَسْتَحِقُّ مِمَّا يُجْعَلُ ... شَيْئًا سِوَى إذَا يَتِمُّ العَمَلُ

كالحَفْرِ لِلبِئْرِ وَرَدِّ الآبِقِ ... وَلاَ يُحَدُّ بِزَمانٍ لائِقِ[2]

[1]- بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحي بن غيهب بن محمد، فقه النوازل، ط1 1416 هـ ، 1996 م مؤسسة الرسا-لة، ج1ص 207، 208./ محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري،موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ج3،ص 545./ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق ، ج15،ص 209 ،210.

[2]- محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي،تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام،تحقيق: محمد عبد السلام محمد دار الآفاق العربية، ط1، 1432 هـ - 2011 م، القاهرة ج1ص 80،81.

المطلب الثاني : الوعد بجائزة (الجعالة) في القانون المدني الجزائري :

لقد تمت الإشارة الى أن المشرع الجزائري اقر بقدرة لإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام محتذيا في ذلك بالعديد من التشريعات ،العربية منها وغير العربية .كما وسبق أن تم عرض تطبيقات خاصة ولو بصفة مجملة و سريعة بهذه النظرية .غير ان التطبيق النموذجي الذي يسلم به الجميع تقريبا للالتزام الذي مصدره الارادة المنفردة هو الوعد بجائزة- المعروف في الفقه الإسلامي بالجعالة - وهو الأمر الذي يدعوا الى الوقوف عنده .وعليه كان هذا المطلب مقسما الى فرعين ،حيث عنون الفرع الأول بالتكييف القانوني للوعد بجائزة ،وتم تسمية الفرع الثاني بشروط الوعد بجائزة و احكامه .

الفرع الأول: التكييف القانوني للوعد بجائزة

اورد المشرع الجزائري الوعد بجائزة كأحد تطبيقات الارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام ،و هو ماجعل التطرق اليه امرا لازما للبحث ،لذلك يتطلب المقام التعرض له اولا الى التعريف ،ومن ثم طبيعته او اساسه القانوني .

الفقرة 01 : تعريفه

نظم المشرع الجزائري الوعد بجائزة وأحكامه في المادة 123 مكرر1 اذ جاء نصها :" 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 ستة (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور ." وللاشارة ان هذا النص يقابل المادة 255 من القانون الاردني ، و المادة 162 من القانون المصري ، و م 185 من القانون العراقي .

يتضح من النص سالف الذكر ان الوعد بجائزة هو تصرف قانوني يتم بارادة منفردة هي ارادة الواعد يعلن فيها للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين .[1]

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص 371/ امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ط1، 2003 دار الثقافة عمان ،ص 235.

ومن خلال هذا التعريف يتبين ايضا أنّ الدائن بالوعد بجائزة يكون غير معين وقت التزام الواعد المدين بجائزة اي دون حاجة لوجود قبول ، وانما المدين يلتزم بمحض إرادته المنفردة بحيث يقدم عرضا للجمهور من دون أن ينتظر أي قبول مه.[1]

ومثال الوعد بجائزة ان يوجه شخص للجمهور وعدا بجائزة لمن يعثر على شيئ مفقود ، او يكشف عن غوامض جريمة معينة ، او لمن يكشف عن دواء لمرض معين ، او لمن يقوم باختراع علمي أو صناعي ونحو ذ.[2]

-وما يمكن ان يقال في هذا الصدد ان ما جاءت به المادة 123 مكرر وما تضمنته من تعريف للوعد بجائزة يعد حالة او قسما من الجعالة ذلك آن الجعالة في الفقه الإسلامي كما سبق التطرق اليها تكون لشخص معين او غير معين ،في حين نجد الوعد بجائزة في القانون لا يكون الا في حالة الوعد الموجه للجمهور ،بمعنى غير المعينين.

و اخذ المشرع الجزائري للوعد بجائزة ما هو الا تطبيق من تطبيقات الالتزام بالارادة المنفردة بعد ان اقراره واعتباره صراحة بالارادة المنفردة كمصدر عام للالتزام في المادة 123 مه لياتي فيما بعد بالمادة 123 مكرر كتطبيق لهذه القاعدة المستمدة من فقه الشريعة الإسلامية ذلك ان مسمى الوعد بالجائزة معروف في الفقه الإسلامي بالجعالة كما وسبق التعرض اليها ،

و لا باس هنا ان ننوه و لو باشارة سريعة الى الفرق بين الوعد بجائزة و ماقد يشابهه كالوعد المجرد او الايجاب الموجه للجمهور ، و عليه فان الوعد بجائزة يقوم على تعبير موجه الى شخص غير معين من الجمهور كما سلف ذكره ،اما الوعد المجرد فانه يقوم على وعد موجه لشخص معين ، اما الايجاب الموجه للجمهور فانه ايجاب لا ينتج اثاره القانونية ما لم يصدر قبول من وجه اليه ،و لا يتم الا بعلم المخاطب به، في حين ان الوعد بجائزة لا يحتاج لانتاجه آثار قانونية الى آي تعبير صادر من شخص آخر ،بل دون حاجة الى علم المستفيد.[3]

---

[1]- بقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ص 188

[2]- علي الخفيف التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 142

[3]- ياسين محمد الجبوري الوجيز في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ج1ص 482.

الفقرة 02: الأساس القانوني للوعد بجائزة

يتطلب تحديد طبيعة الوعد بجائزة القانونية بسط الاتجاهات المختلفة التي ظهرت بهذا الشأن ،حيث برزت نظريات تحاول كل منها تحديد الطبيعة القانونية للوعد بجائزة ، ناهيك عما قيل عنه بأنه قد يأتي -الوعد بجائزة- على سبيل المعاوضة إذا كان النشاط الذي يبذله الغير يعود غنمه وفائدته على الواعد كالإعلان عن وعد بجائزة لمن يعثر على شيء ضائع ، و قد يكون على سبيل التبرع اذا كان النشاط الذي يقوم به الغير يعود غنمه عليه وحده دون الواعد الإعلان عن وعد بجائزة لمن يكون محصوله الزراعي أوفر من غيره [1] و جملة ما كان من النظريات التي بانت بهذ الخصوص لا يخرج عن كونها مجموعتان متعارضتان تتنازعان طبيعة الوعد بجائزة ،حيث تضفي المجموعة الأولى على الوعد الصبغة التعاقدية ، بينما المجموعة الثانية ترى إن الوعد بجائزة هو تصرف بإرادة منفردة .

المجموعة الاولى : اول أنصار هذه المجموعة ان يضفوا على الوعد بجائزة الطبيعة التعاقدية حيث أسسوا موقفهم على ثلاث نظريات هي :

النظرية الاولى : و هي نظرية العقد مع شخص غير معين ، مفادها ان الوعد بجائزة يعتبر عقدا مع شخص غير معين، الا ان هذه النظرية سرعان ما هجرت، ذلك ان فكرة العقد لا تتفق مع عدم تعيين احد طرفيه .

النظرية الثانية : نظرية الإيجاب الموجه لشخص غير معين ، وهذه النظرية حلت محل النظرية السابقة ، وعلى الرغم من ذلك اخذ على هذه النظرية مآخذ عدة منها اذا قبل ذلك الايجاب و تعين بهذا القبول الدائن الذي سيكون احد طرفي العقد ،فلن تكون دلالة القبول مقصورة على ان إرادة ذلك الدائن قد ساهمت في تكوين الالتزام وعلى رضاء الدائن ان يتمسك بالحق الذي نشأ له ، بل يدل فوق ذلك على نشوء الالتزام على عاتق الدائن محله تنفيذ الأداء الذي عينه المدين، ذلك انه اذا ما تم اعتبار الوعد بجائزة عقدا فسيكون عقدا تبادليا أي ملزما للجانبين ، وهذا لا يتفق مع الوعد بجائزة ، فالمستفيد من الوعد لا يتحمل اي التزام لا قبل قيامه بالعمل ولا بعد ذلك ، وعلى ذلك لتحديد طبيعة الوعد بجائزة يجب ان يكون في الحسبان دائما تلك الحقيقة التي تفرد بها وهو انه لا يلزم المستفيد بأي نوع من الالتزام .[2]

---

[1]- ياسين محمد الجبوري الوجيز في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ج1ص 481،482.

[2]- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،المرجع السابق ج 2، 402 ،403.

النظرية الثالثة: نظرية العقد المشروط بشرط واقف، حيث ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بان الوعد بجائزة يعتبر عقدا يكون فيه استحقاق الجائزة معلقا على شرط واقف و هو القيام بعمل معين.

لكن الذي اخذ على هذا الرأي ان القيام بعمل معين هو سبب التزام الواعد و معلوم ان السبب ركن اصيل في الالتزام و ان الواقعة التي تنزل منزلة الشرط يجب ان تكون واقعة عرضية خارجة عن تكوّن الالتزام ، بمعنى ان سبب الالتزام لا يصح ان ينزل منزلة الشرط ، فالشرط عنصر عرضي و السبب عنصر اصيل .[1]

غير ان الجدير بالذكر انه اذا تم اعتبار الوعد بجائزة عقدا ، يلزم اعتبار اعلان الواعد ايجابا ، وان الايجاب يجب ان يتصل به قبول ، وهذا الآخير قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا ، حيث انه يكون صريحا اذا دلّ مباشرة على ارادة واضحة و صريحة في القبول ، و يكون ضمنيا اذا لم يكن من الممكن الاستدلال عليه إلا بالاستنتاج .

و عل اثر هذا انقسم انصار النظرية التعاقدية في الوعد بجائزة الى قسمين ، قسم يرى ان القبول يكون صريحا و قسم آخر يرى ان يكون ضمنيا .[2]

القسم الأول: النظريات التي أخذت بالقبول الصريح :

أ_ قيل ان القبول يجب ان يحصل قبل تنفيذ العمل المطلوب ، وان مجرد التعبير بالقبول الصادر من الغير يكفي لإنشاء علاقة ملزمة بين الواعد و الغير .

غير أن هذا النظر لا يصح في حال الوعد بجائزة ،ذلك ان العلاقة الملزمة في الوعد لا تنشأ الا من وقت القيام بالعمل لا قبل ذلك ، فالواعد لم يقصد إعطاء الجائزة على وعد القيام بعمل و انما قصد به إعطاء الجائزة بسبب القيام فعلا بذلك العمل ، و من ثم لا تفلح نظرية القبول الصريح التي يترتب عليها نشوء رابطة ملزمة بمجرد صدور التعبير بالقبول أي قبل التنفيذ الفعلي للعمل .[3]

ب_ و لذلك ذهبت نظرية آخرى إلى القول بان القبول الصريح اللازم لنشوء العقد يجب ان يكون مقترنا بالتنفيذ الفعلي للعمل المطلوب ، بمعنى ان القبول الصادر قبل ذلك الوقت لا يترتب عليه نشوء العقد مهما كان القبول صريحا

---

[1]-عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ج2 ص 403،

[2]- محمد تقية ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، المرجع السابق ص 191،192،

[3]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ج2ص 402

.لكن ما يعاب على هذه النظرية ، انها تشترط لاستحقاق الجائزة عنصرا زائدا لم يجري العمل به، ثم ان القول بها يؤدي الى تأخير الوقت الذي يصبح فيه الوعد نهائيا لا يجوز الرجوع فيه.

فبدلا ان تكون نهائية الوعد متوقفة على مجرد القيام بالعمل تصبح وفقا لهذه النظرية متوقفة على امريين هما : القيام بالعمل مضافا اليه التعبير بالقبول الإيجاب الصادر من الواعد. و قد يترتب على ذلك تعريض حق الغير للضياع ، اذا انتهى الآجل الذي حدده الواعد بعد تنفيذ العمل ، وقبل صدور التعبير و من هنا فشلت هذه النظرية.

القسم الثاني : النظريات التي اخذت بالقبول الضمني :

أ_ ذهب بعضهم بان ثمة قبولا ضمنيا ينشأ بمجرد البدء في تنفيذ العمل المطلوب الذي عينه الواعد في ايجابه ، لكن مايرد على هذه النظرية انها بنيت على فكرة غير دقيقة ، ذلك انه يطرح تساؤل : ما هو الوقت الذي يال فيه بان هناك بدء في تنفيذ العمل ؟ وهل سينتهي العمل في يوم ما ؟.

ب_ و على ذلك ذهب البعض الآخر الى القول بان القبول الضمني الذي ينشأ عنه العقد لا يتحقق الا بتمام العمل ، لكن يؤخذ على هذه النظرية انها لا تصلح الا اذا كان الغير عالما بالعقد و لديه نية إبر ام العقد ، فهي لا تصح عند ما يكون الغير عالما بالوعد بجائزة فيتصرف وفقا للشروط التي عينها الواعد مدفوعا بفكرة واحدة هي الحصول على جائزة ، دون ان يكون لديه نية إبرام التعاقد وهو مع ذلك يستحق الجائزة .وكذلك لا تصح هذه النظرية عندما لا يكون الغير عالما بالوعد بجائزة و يتحقق هذا الغرض عندما يكون العمل المطلوب قد تم قبل صدور الوعد ، ثم يصدر الوعد فاذا بالغير يستحق الجائزة .[1]

و من هنا هي الآخرى فشلت هذه النظرية ، ومع ذلك لم يتوقف أنصار النظرية التعاقدية عن مواصلة محاولاتهم حيث: ذهب فريق الى انه حيث لا توجد ظروف ستدل منها على قبول يجب افتراض ذلك القبول، و احتجوا لذلك بان الغير ماكان ليتردد في قبول الوعد بجائزة لو كان يعلم بوجود ذلك الوعد.

الا انه أخذ على هذا الرأي ان القبول المفترض يجب ألا يحصل اساسا لاتفاق الارادتين ، ذلك ان القبول المفترض قبول موجود .

[1]- نقية محمد، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام المرجع السابق ص 194.

ويذهب فريق اخر الى القول بانه ليس كل ايجاب يقتضي ان يلحق به قبول ، بل يكفي ان يقابله عمل مادي إرادي . و على هذا فالوعد بجائزة لا يصير قبوله الا عن طريق القيام بالعمل الذي عينه الواعد ، و في هذه الحالة لا يتطلب قبول الإيجاب علم الغير بوجود إيجاب بجائزة ، و انما يتحقق ذلك القبول بواسطة عمل مادي دون ان يلزم من علم الغير ان يعتبر قيامه بذلك العمل قبولا لإيجاب الجائزة .

واستند أصحاب هذا الرأي الى ان الوعد بجائزة لما كان نفعا محضا للغير امكن ان يتقرر له الحق في الجائزة دون استلزام قبول من جانبه .

ولكن مما يرد على هذا الرأي هو انه يقوم على مبدأ مفاده ان الحق الذي يعتبر نفعا محضا لشخص ما يثبت لذلك الشخص دون ان تتدخل ارادته في ذلك و هذا المبدا ليس له وجود في قانوننا [1]

المجموعة الثانية :ذهبت هذه المجموعة الى ان الوعد بجائزة تصرف من جانب واحد .

غير انهم اعترتهم عقبات ومن ذلك النظرة التقليدية للالتزام المبنية على الرابطة الشخصية حيث انها تقضي بوجوب وجود طرفين طرف ايجابي (هو الدائن) و طرف سلبي (المدين) ، وبناء على هذا كيف يمكن القول بوجود رابطة قانونية لا يوجد فيها الطرف الايجابي الممثل في الدائن؟ وبهذا هل يمكن ان تفصل الناحية الايجابية عن الناحية السلبية من الالتزام دون ان تتغير لذلك طبيعة الالتزام ؟ فالالتزام يفترض وجود دائن معين .

واجابة لما طرح يجب ان نستحضر حقيقة و أصل التنازع القائم بين المذهب الشخصي و المذهب المادي وما يترتب على كل واحد منهما من نتائج ، فلا يخفى ان المذهب المادي قدّم تفسيرات عديدة لمسائل قانونية ، بخلاف المذهب الشخصي و من هذا التحليل الذي يقدمه ما يتعلق بالوعد بجائزة ففي هذه الحالة يلتزم المدين بارادته المنفردة بتقديم جائزة لقاء عمل قام به شخص بعد عرضه للجمهور ، فالمدين هنا قد التزم بارادته المفردة ، و قد وجد الالتزام دون ان يوجد الدائن ، على ان يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . وهذا التفسير يتفق مع المذهب المادي للالتزام في حين انه يستعصى على المذهب الشخصي الذي يشترط ان يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام [2] و الواقع كذلك ان الالتزام في

[1]- يعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، ، المرجع السابق ، ج2،ص 405.

[2]- نقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ص 196/ عبد الرزاق احمدالسنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق ،ج2 ص 18، 19.

كثير من الحالات لا ينشأ كله مرة واحدة بل قد يمر في تكوينه بعدة مراحل ، فتارة يكون ناقصا لعدم تعيين الدائن فيه، و تارة يكون ناقصا لعدم تعيين محله ، بل قد يكون غير مؤكد الوجود كالالتزام الشرطي[1] فالالتزام قد يمر بعدة مراحل قبل ان يصل الى المرحلة القصوى ، حيث يكون فيها هذا الالتزام كامل العناصر اذ لا مانع من ان يطلق تعبير الالتزام على اي مرحلة من مراحل تكوينه و هذا من باب التجاوز ، و ما يشفع لهذا ان الالتزام الذي لم يكتمل بعد قد ينتج اثارا مماثلة لتلك التي ينتجها الالتزام الكامل مثل : اتخاذ الاجراءات التحفظية ، فالتزام الواعد بارادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين هو اذن ان الالتزام يتكون و يتكامل تدريجيا و يمر بعدة مراحل هي :

المرحلة الاولى: الفترة اللاحقة لصدور الوعد و السابقة على تمام العمل : في هذه المرحلة يكون الالتزام ناقصا بسبب عدم تعيين الدائن ، و نقصانه هنا لا يؤدي الى القول بعدم وجود الالتزام بل معناه ان الارادة تكون مقيدة و هذا هو الوجه السلبي للالتزام ، ذلك ان الدين في هذه المرحلة لا يقابله حق ، او بمعنى اخر ان الموجود في هذه المرحلة هو عنصر المديونية لا عنصر المسؤولية . بسبب عدم تعيين الدائن و عدم وجود رابطة ملزمة تبعا لذلك ، لكن المسؤولية التي تنشا بمناسبة هذا الدين لا تتصور بدون وجود رابطة قانونية و توجد المسؤولية عند تعيين الدائن ، و الذي يؤيد هذا القول ان المدين يجوز له في هذه المرحلة ان يرجع في وعده فإمكان الرجوع في هذا الوعد نتيجة منطقية لوجود المديونية دون وجود المسؤولية [2]

المرحلة الثانية : في هذه المرحلة يكون الغير قد قام بالعمل ، وتوجه الى الواعد و اثبت له ان الشروط المنصوص عليها في الوعد قد توافرت في العمل الذي قام به،عندئذ يتعين الدائن فتثبت الرابطة القانونية و تنشا المسؤولية الى جانب المديونية و يكتمل الالتزام و يبلغ الدرجة القصوى .

و حاصل القول ان الوعد بجائزة لا يقوم على الاتفاق بين الواعد و المستفيد ، و انما يقوم على اساس التزام الواعد بارادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين وقت صدور الوعد و ان هذا الالتزام يتكون بالتدريج ، فهو قل تعيين الدائن التزام ناقص توجد فيه المديونية دون المسؤولية ، حتى اذا ما تعين الدائن وجدت المسؤولية الى جوار المديونية و نشات الرابطة القانونية و امتنع عندئذ على الواعد ان يرجع في وعده .و هذا ما كانت عليه اغلب التشريعات الحديثة التي نظمت

---

[1]- عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام ،ج2،المرجع السابق ،ص 409.

[2]- نقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ص 196.

احكام الوعد بجائزة [1] و خير مثال المادة 162 من القانون المدني المصري التي نقل منها المشرع الجزائري م 115 الملغاة و المادة 123 مكرر الحالية . اذ ان المشرع الجزائري كما سبق ذكره ادرج للارادة المنفردة فصلا مستقلا ليقر بانها مصدر عاما ، ليتكلم بعدها في المادة 123 مكرر1 عن الوعد بجائزة كأحد التطبيقات للارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام . و لا يفوتنا المادة 657 من ق م الألماني التي يفهم من نصها ان الواعد يلتزم بارادته المنفردة حيث جاء نصها كالاتي : " كل من يعد بجائزة بطريق الإعلان العام للقيام بعمل او على الخصوص للحصول على نتيجة يلتزم باعطاء تلك الجائزة لمن قام بالعمل و لو كان هذا الاخير قد قام بذلك العمل دون اعتبار للوعد بجائزة " تدل هذه العبارة الاخيرة على استبعاد الأساس التعاقدي من الوعد بجائزة . و للإشارة فقد كان القانون الايطالي اكثر صراحة بهذا الصدد من القانون الالماني نفسه ، ذلك ان القانون الايطالي بعد ان نص على ان الارادة المنفردة تصلح لان تكون مصدرا للالتزام الارادي في حالات ذكرها على سبيل الحصر ، ذكر من بين هذه الحالات الوعد بجائزة [2]

الفرع الثاني: شروط الوعد بجائزة و أحكامه

لما كان الوعد بجائزة تصرفا قانونيا وبارادة منفردة وجب توفر فيه جملة من الشروط انطلاقا من نص الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر التي نصت "ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء أحكام القبول " وعلى هذا يشترط في الوعد بجائزة اضافة الى الشروط التي يختص بها ، توفر الشروط العامة للتصرف القانوني التي نص عليها المشرع بصدد العقد، وعلى هذا سنشير الى هذه الاخيرة – الشروط العامة- اجمالا و نحن بصدد ذكر الشروط الخاصة بهذا النوع من التصرف و ما يترتب عليه من احكام .

الفقرة 01 : شروطه :

أولا: وجود إرادة جدية ونافذة:

يجب ان توجد لدى الواعد ارادة باتة متجهة الى احداث اثر قانوني هو الزام الواعد نفسه بالجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب ، اما ان تبين خلاف ذلك أي ان الاعلان الموجه للجمهور لم يقصد صاحبه الزام نفسه و انما هدفه الترويج لسلعته فلن يكون هناك وعد منشئ للالتزام ومثال هذا اعلان تاجر عن جائزة لمن يكتشف في بضاعته عيبا ،او يجد

[1]-عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام ،،المرجع السابق ج2،ص 409.
[2]- بقية محمد ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،المرجع السابق ص 197.

سلعة افضل منها ،وفي مثل هذه الحالات يتبين من الظروف ان قصد التاجر هو الاعلان عن سلعته باسلوب يجعل الجمهور يقبل على الشراء[1].مع ملاحظة انه يشترط في الارادة الصادرة ان تكون سليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا كالاكراه و الغلط و التدليس و الاستغلال مع توفر الاهلية في هذا الواعد .كما يجب ان تكون هذه الارادة مستكملة لشرائط المحل من حيث الامكان و التعيين و المشروعية وان يتوافر لها سبب مشروع[2] ويقصد بالسبب هنا سبب الالتزام ، ومعنى هذا ان التزام الواعد يجب ان يكون له سبب هو قيام مستحق الجائزة بعمل معين فاذا انعدم السبب بطل التزام الواعد ، وهو ما قد يحصل لو صدر الوعد بجائزة لمن سيوجد في مركز معين كمن سيولد في يوم معين دون تطلب قيام مستحق الجائزة باي اداء[3]وهذا الحكم ظاهر من نص المادة 123 مكرر " من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين .."

ثانيا :ان يوجه الوعد إلى الجمهور لا الى شخص معين:

أي ان تتوجه ارادة الواعد الى أشخاص غير معينين ،لانها ان وجهت الى شخص معين ا والى اشخاص معينين فتعتبر عندئذ ايجابا لا بد ان يقترن به القبول ،وفي هذه الحالة نخرج من مجال التصرف بالارادة المنفردة الى مجال العقد[4] و هذا ما اءت به المادة 123 مكرر 1 مدني بقولها" من وعد الجمهور بجائزة"، وعلى هذا يجب أن تتوجه إرادة الواعد لجمهور الناس دون تحديد لشخص بعينه .ولا يعني ما سبق أن يكون الوعد موجها للكافة،وإنما يكفي أن يكون موجها الى طائفة من الأشخاص غير معينين بذواتهم وإنما يعرفون بصفاتهم، كالوعد بجائزة الموجه الى طلبة الحقوق عن افضل بحث في القانون المدني[5] و الجدير بالذكر ههنا ضرورة أن يتم التعبير عن الارادة الموجه إلى الجمهور بوسيلة علنية حتى يتسنى لعدد كبير من الناس العلم بهذه الارادة ، كأن يلجأ الواعد لوسائل النشر، كالصحف أو الراديو أو الملصقات أو التلفزة او حتى عن طريق المناداة ...[6] و ان كان البعض لا يرى ضرورة هذا، ذ أن الوعد عندهم يمكن أن يوجه لجمهور دون

---

[1]- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني – العقد و الارادة المنفردة المرجع السابق ص 372./عدنان ابراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني، المرجع السابق ،ص 342،343.

[2]- بلحاج العربي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ج1ص 337.

[3]- انور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،المرجع السابق ص 279.

[4]- بلحاج العربي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ج1ص 338/ انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني المرجع السابق ص 279.

[5]- ياسين محمد الجبوري ،الوجيز في شرح القانون المدني المرجع السابق ج1ص 483..

[6]- عدنان ابراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني المرجع السابق ص،343.

أن ينشر بطريق من طرق النشر . ومالها أن يكب شخص لممثل جماعة عن تقديمه جائزة لجمهورها عن عمل معين، ففي مل هذه الحا يكون الوعد موه لجمهور هذه الجماعة وملزما لواعد حتى قبل أن يقوم شخص ما الجماعة بنشره على أفرادها، فإذا كان أحد أفراد الجماعة قد أتم العمل المطلوب قبل ذ، لم يجز لواعد أن يرجع عن الجائزة لأنها تستحق حتى إذا كان العمل قد تم دون نظر إليها أو علم بها [1]

ثانيا : أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة:

بمعنى ان تكون هناك جائزة يلتزم بها الواعد تمنح لمن يقوم بالعمل المطلوب، سواء كانت هذه الجائزة مادية كمبلغ من النقود او نفقات رحلة او أي شيء آخر له قيمة مالية كالسيارة وغيرها ، او كانت الجائزة ذات قيمة معنوية أو أدبية، كوسام ،ميدالية ،كأس او غير ذلك من علامات التقدير [2] على انه يشترط في تلك الجائزة باعتبارها محل التزام الواعد ان تكون ممكنة و مشروعة ومعينة او قابلة للتعيين والا كان الوعد باطلا بطلانا مطلقا [3] على ان استحقاق الجائزة المعلن عنها يقتضي من الغير ان يقوم بعمل معين كالعثور على شيئ ضائع او اكتشاف دواء ...،اما لو ان استحقاق الجائزة علق على واقعة مادية كالوفاة او الفيضان او الزلزال فلا تكون امام وعد بجائزة و مثل هذا الوعد بجائزة لمن يوجد في مركز معين دون اداء أي عمل كالوعد لمن سيولد في يوم معين [4] ،وهذه الحالة سبق و ان تم الاشارة اليها .

والجدير بالذكر ان جملة هذه الشروط المتعلقة بالوعد بجائزة المتضمنة بصفة خاصة في المادة 123 مكرر 1 و بصفة عامة في المادة 123 مكرر التي نص عليها المشرع الجزائري نجدها تتوافق الى حد كبير لما يسمى في الفقه الإسلامي بالجعالة و التي تم التعرف عليها ، و من ذ اشترط وجود إرادة جدية تة تته إلى الالتزام هو نفسه التزام شخص بأن يجعل أجرة نظير القام بعمل معين.

---

[1]- جلال علي العدوي ، اصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ،د ر ط ، 1997م منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص 303،304

[2]- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام المرجع السابق ص 211/ محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 374،

[3]- جلال علي العدوي ، اصول الالتزام ،المرجع السابق ص 304

[4]- ياسين محمد الجبوري ،الوجيز في شرح القانون المدني لمرجع السابق ج1ص 484.

الفقرة 02 : أحكام الوعد بجائزة:

حينما تتوافر الشروط المتقدمة ،تكون ارادة الواعد المنفردة قد انتجت أثارها ،وبالتالي يكون الالتزام قد نشأ على عاتق الواعد ، وعلى هذا وجب التمييز في أثار الوعد بحسب ما اذا كان الواعد حدد أجلا لانجاز العمل المطلوب خلاله او لم يحدد لذلك اجلا وهذا انطلاقا من المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري .

أ - الحالة الأولى: اذا حدد للوعد أجل :

إذا كان الواعد قد حدد لوعده مدة للقيام لعمل المطلوب، كان ملتزما لبقاء على وعده لال المدة التي ددها، ذ أن التزام الواعد التزاما نهائيا بإرادته المنفردة، بحيث لا يجوز الرجوع في وعده قل فوات هذه المدة ،فلو رجع الواعد عن وعده خلال تلك المدة فلا يعتد برجوعه ،واذا ما تم العمل قبل انقضاء المدة المحددة فان من قام به يصبح داءنا للواعد بجائزة.[1] ويستوي في هذا ان يكون من قام بهذا العمل قاصدا الحصول على الجائزة او لم يكن لديه هذا القصد ، ويستوي ان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل او لا يعلم بها ،او يكون قد اتم العمل قبل الاعلان عن الجائزة او بعد الاعلان عنها ،ذلك ان مصدر التزام الواعد هو ارادته المنفردة [2]

و قد يحدث ان يقوم بالعمل اكثر من شخص ، إما على انفراد، أو جماعة متعاونين فيما بينهم ،وفي حقيقة الأمر ان المادة 123 مكرر 1 لم تنص على هذه الحالة ،الا انه تطبق عليها القواعد العامة ،وعليه ، اذا قام بالعمل اكثر من شخص على انفراد فان الجائزة في هذه الحلة تكون للأسبق ، إلا إذا قاموا لعمل في وقت و احد فكون لجائزة سوية بينهم وفقا لعدد الرؤوس أما في حالة تعاون عدة أشخاص للقيام بالعمل ،فإن لجائزة تقسم عليهم على أساس تقدر ادل قوامه ما كون لكل منهم من نصيب في اتمام العمل المذكور[3]

أما إذا انقضى الأجل اي حدده الواعد لالتزامه، ولم ينجز أحد العمل المطلوب، انقضى ب ذ التزام الواعد، وإذا قام شخص بعد ذ بهذا العمل، فلا يلتزم الواعد إلا على أساس الإثراء بلا سب .

---

[1]- محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ،ط1 ، 1999م ،دار الثقافة ص 182./ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ص 340./ محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص 375.

[2]- بلحاج العربي،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ص 341.

[3]- احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ،المرجع السابق ص 233.

والجدير بالذكر ،أن الفائز يكون داعنا للواعد من يوم تمام العمل ،اذا كان العمل بعد الوعد ،او من يوم الوعد اذا كان العمل قد تم قبل الاعلان عن الوعد. على ان التزام الواعد بدفع الجاءزة يتقادم بمضي خمسة عشرة سنة وفقا للقواعد العامة لتقادم[1] المبينة في المادة 308 من ق.م.ج .

ب - الحا الثانية :اذا لم يحدد الواعد اجلا :

في هذه الحا يلتزم الواعد بوعده الصادر منه ، و على هذا يلتزم بإعطاء الجاءزة لمن قام لعمل المطلوب، غير انه يجوز للواعد ان يرجع في وعده ما دام لم يحدد اجلا لوعده ،وعندئذ ينقضي التزامه . رجوه هذا كون بإعلان موه لكافة الناس، سواء كان ذ بالوسيلة التي أعلنها عن الوعد بالجاءزة أم بوسيلة أخرى تحقق العلنية وهذا طبقا لما قضت به المادة 123 مكرر في فقرتها الثانية ، كما نبهت المادة السالفة الذكر فيما يتعلق بالأثر المترتب على الرجوع من ان الآمر يقتضي أن يراعي فه مصالح الغير والحفاظ عليها، وهنا لا يخلو الآمر من :

1-إذا لم يكن أحد قد بدأ في تنفذ العمل المطلوب، تحلل الواعد نهائيا من التزامه نفرادي وتبرأ ذمه .

- 2إذا أتم شخص العمل المطلوب قل إعلان الواعد العدول عن وعده، كان لذلك الشخص مطالبة الواعد لجاءزة على أساس التزامه بالإرادة المنفردة .

3- في حالة ما بدأ شخص فعلا في تنفيذ العمل المطلوب ، غير انه صدر عدول من الواعد قبل اتمام ذلك العمل ، هنا يرجع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية دون أن يتجاوز هذا التعويض مقدار الجاءزة [2] غير أنه لما كان مجرد رجوع الواعد عن وعده لا يعد خطأ في ذاته وإنما يعد استعمالا لحقه في الرجوع، فإنه لا يمكن أن يكون ملزما بالتعويض إلا إذا ثبت تعسفه في استعماله لحقه، فاذا لم يثبت ذلك، فلا يكون لمن بدأ العمل قل الرجوع وأتمه بعده إلا أن يرجع على الواعد طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه[3] "

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني – العقد و رادة المنفردة ،المرجع السابق ص 375/ بلحاج العربي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري المرجع السابق ص 341.

[2]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ص 342.

[3]- جلال علي العدوي ،اصول الالتزام ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص 309.

ومايمكن قوله كذلك ان عدم تحديد الواعد بالجائزة اجلا للقيام بالعمل المطلوب لا يعني ان يبقى هذا الواعد ملتزما بوعده الى غير حد ،بل خلال مدة معقولة تقدر حسب نوعية العمل [1]

وطبقا لما تقضي به المادة 123 مكرر1 فقرة3 من ق.م.ج يتعين على من قام العمل آن يطالب الواعد بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الواعد عن رجوعه للجمهور ،على ان هذه المدة هي مدة سقوط و ليست مدة تقادم .

وبهذا يكون المشرع الجزائري قام بتدبير، القصد من وراءه قطع السبيل أمام كل محاولة مصطنعة يراد منها استغلال الواعد بعد إعلانه عن عدوله للجمهور كمن يدعي انه قام بالعمل المعلن عنه بعد مدة طويلة عن رجوع الواعد عن إعلانه . [2]

وفي غير حالة العدول من الواعد، فإن حق من قام العمل لا يتقادم عند المشرع الجزائري إلا بخمس عشرة سنة، ذ انه لم تحدد مدة خاصة لتقادمه، بحيث يسري عليه القاعدة العامة في التقادم كما و سبق الاشارة اليه في الحالة الاولى.

- من خلال ما تم عرضه في هذا المبحث سواء ما تعلق بالوعد بجائزة في القانون او الجعالة في الفقه الاسلامي من تعريف و احكام بصفة عامة والامثلة التي سردها فقهاء الشريعة بصفة خاصة يتبين ان نطاق الجعالة واسع و مرن ، يمكن تكييف الكثير من المعاملات على اساسها ، و الاجدر بالفقهاء اليوم ان يتعاملوا معها في ظل التطورات الحاصلة في هذ العصر و عدم الاقتصار على الامثلة التي وردت في كتب الفقه ، فلكل عصر مسائله و وواقعه ، و لا بأس ههنا ان نذكر على السريع وبالاشارة بعض التطبيقات التي يمكن ان تدرج ضمن نطاق الجعالة ،مع اننا نرى انها تحتاج في الحقيقة الى دراسة و بحث مستقل ، ومن ذلك :

-انه يمكن استخدام الجعالة في عمليات التسويق والسمسرة، حيث ان الفقه المالكي بوجه خاص قد فصل في هذا القول ،اذ نصت المدونة على اعمال السمسرة بالاسم ، والجدير بالذكر ان من الوقائع الجديدة في عالمنا اليوم فيما يتعلق بعمليات التسويق ما يسمى "التسويق الشبكي" او "التنظيم الهرمي" كما يحلو للبعض ان يسميه- وهو برنامج تسويق يحصل فه المسوق على عمولات آو حوافز مالية نتيجة لبيعه منتجا أوقيام بخدمة ، وإضافةالى ذلك حصو على عمولات عن كل شخص يتم اعتماده مساعداآو بعًا لمسوق وفق أنظمة وبرامج عمولات ا صة- و الذي قد اثار الكثير من التساؤلات

[1]- الفضايلي الطيب ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ، المرجع السابق ج1 ص 189.
[2]- بلحاج العربي ،النظرية العامة للاتزامات في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ص343.

حوله سواء من ناحية تكييفه و الغرر الذي تضمنه ،اذ نجد البعض من يجيزه و يكيفه على انه لا يخرج عن نطاق الجعالة او السمسرة ، بينما يرى البعض الاخر انه غير جائز لما تضمنه من غرر ، وحقيقة الخلاف بين الفقهاء تكمن في التصور و المفهوم الحقيقي لهذا التسويق ، و عليه حري بفقهاء الشريعة الفصل في هذاالموضوع وهي نقطة بحث جديرة بالبحث للبث فيه .

-الجوائز والمسابقات :حيث كثرت المسابقات في عصرنا اليوم و تعددت فمن هذه المسابقات ما يكون هاتفيا و بعضها تلفزيونيا و الاخر عبر الجرائد و الصحف .... حيث يتم تخصيص جائزة مالية,للفائز او المتفوق ،ومن جملة هذه المسابقات مايعلنه بعض تجار المحلات "كأن يقول صاحب أجهزة التبريد ، من اشترى ثلاة من كذا ، فله جهاز من نوع كذا مبيناأوصافه دون زدة في السعر الأصلي لمسلعة " و من ذلك ايضا ما نجده اليوم في علب الحليب من لعب ككرة اطفال او ما نجده في اكياس الشاي من اكواب و غيرها فهي جوائز وان لم تكن في شكل نقد الا انها جائزة في صورة مال عيني وهي معلومة يستطيع أي شخص الحصول عليها [1].

-و في مجال المنافسات العلمية و الفكرية كتحقق اكتشاف او اختراع او تصميم جديد حيث تعلن جهة من الجهات عن منحها و تخصيصها لجوائز شريطة حصول الاكتشاف أو تسجيل براءة إختراع, أو إنشاء تصميم مطابق للشروط المبيّنةمن هذه الجهة .

-عقود الصيانة: يتضمن عقد الصيانة خدمة الاصلاح المتكررة حيث يشمل هذا العقد اساسا العمل الذي يقوم به الصائن اومن ينوب عنه لاعادة الشيئ الى عهده الانتاجي كلما طرا عليه تغيير يوقف عمله او يقلل من جودته او انتاجه ،بالاضافة الى ان الصيانة تشمل ما يلزم من اعيان كقطع الغيار .و على اعتبار ان اهم الامثلة التي اوردها الفقهاء حول الجعالة كانت تتعلق بالاتيان بالعبد الابق اوالحيوان الضال او المال المفقود ...وانطلاقا من ان الجعالة تصح على عمل يعسر ضبطه و تعيينه ، ماذا عن صحة الجعالة فيمن يجعل مبلغا مقطوعا او شهريا لمن يقوم باصلاح ما تع طل من لات اذ انها حالة شبيهة بمن يكون له قطيع من الابل و يجعل مبلغا شهريا لمن يأتيه بما يضل منها ،دون ان يخصص جعلا

[1]- قاسم أحمد جاسم،أحكام الجائزة وبعض التطبيقات عنها في الفقه الإسلامي، مجلة ديالى ،العدد الثامن و الخمسون معهد اداد العمميين ا طب ا بعقوبة، 2013، ص 6/3

مستقلا كلما شرد منها بعير. او لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية ان يجعل مبلغا معينا واحدا لمن يحصد له كل زروعه كلما ان وقت حصاد واحد منها[1] .

- وما يمكن ان نقوله اخيرا ان الجعالة عقد مرن أمكن تكييف الكثير من الاعمال اليوم على أساسها و التي هي بداءة تعتمد على إرادة شخص او جهة معينة حيث يكون هذا الشخص او الجهة (الجاعل)ملزما باعطاء ما وعد به بعد قيام طرف اخر (العامل) بعمل كان قد تم الاعلان عليه من ذلك الواعد او الجاعل،و اساس التزامه هذا هو إرادته المنفردة .

[1]- منذر قحف ، ورقة مقدمةلاجتماع مجمع الفقه الاسلامي الدورة 11 البحرين ،نوفمبر 1998 ص 33.

لاصة لفصل الثاني، يمكن القول ن ما توصلت إليه النظرية الآلمانية الحديثة فيما يتعلق بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام ،لا يخرج عما ورد في الفقه الإسلامي من نظرتها المادية للالتزام و ما يترتب عليها من أحكام – على خلاف التسمية الجديدة - ذ آن ما يتم و يظهر أثره بالإيجاب وحده في الفقه هو ما اصطلح عليه القانون بالإرادة المنفردة .

حث تجلت قدرة الإرادة المنفردة من إنشائها للالتزام في الفقه الإسلامي من لال الحالات التي تم عرضها بغض الطرف عن كون هذا الالتزام قضائي آم ديني، فالوقف لا يشترط فه قول المنتفع آو المستفيد، ل كفي إرادة الواقف ،كما تظهر الإرادة المنفردة في أحكام ا لوعد و النذر ،فوفاء الواعد و الناذر بما وعد او نذر مأمور به شرعا ،وأساس التزامه هذا إرادته المنفردة ،كما تبرز الإرادة المنفردة في إنشائها للالتزام في الإيجاب الملزم ،حيث ان الموجب يبقى ملتزما بإيجابه ،وأساس التزامه هذا هو الإرادة المنفردة و الفقهاء في هذا بين موسع لنطاق هذه الإرادة و مضيق .اذ ان المالكية يجعلونها مصدرا عاما للالتزام من منطلق ان التبرع عندهم ملزم ،في حين يرى غيرهم انها – رادة المنفردة – تعد مصدرا للالتزام فيما تم النص عليه من الشارع .

و على هذا ما قام به المشرع الجزائري من اعتبار لإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام لا يخرج عما ورد في الفقه الإسلامي سواء في الآمر 58/75 حينما اخذ بها كمصدر استثنائي ، آو عندما وسع من نطاقها باعتبارها مصدرا عاما في القانون 10/05 ،وهي خطوة جديرة بالتقدير .و ما الوعد بجائزة الذي أورده المشرع في المادة 123 مكرر1 إلا كأهم تطبيق لهذه القاعدة.

و لوقوف عند آهم تطبيق لهذه النظرية المسمى في القانون الوعد بجائزة ،والفقه الإسلامي ا لجعا ،يتبين ان جمهور الآحناف يضيقون من نطاق الإرادة المنفردة ، اذ آنهم لا يجيزون ا لجعا لاشتمالها على الغرر و المخاطرة ،فيقولون بان ا لجعا إجا ة باطلة في حالة عدم تعيين المدين وانها فاسدة اذا ما تم تعيين المدين ، وهم بهذا لا يعترفون بنشوء العقد بالتصرف الانفرادي شأنهم في هذا شآن النظرية التقليدية التي تشر ط قو لد الآشخاص ،إلا آنهم اتخذوا بالجعالة استحسانا قصرا و حصرا على العبد الآبق فقط .وهي حالة شبيهة بمن اخذ بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي فيما يعرف بالوعد بجائزة .

في حين لم يشترط جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة القبول في الجعالة حيث متى قام العامل (المجعول له) بما يحقق مصلحة الجاعل كان هذا الاخير ملزما بما وعد ،و اساس التزامه هو الارادة المنفردة وهم بهذا اقروا بالتصرف نفرادي و ما يرتبه من التزام في هذا الشأن ،**ويسعوا من نطاقها** اذ أنهم لم يحصروا الجعالة في رد الآبق فقط كما هو الشأن مع **الحنفة** ،**بل تعدت** الى الضوال وغيرها مما له قيمة .

الخاتمـــــة

الخاتمـــــــة:

الإرادة هي العنصر الجوهري للتصرف القانوني و أساسه . ويظهر هذا جليا في العقد ، اذ انه متى توافقت إرادتين ترتبت التزامات سواء من جانبين او من جانب واحد و هو بذلك يعد من أهم مصادر الالتزام الإرادية ، في حين أن الإرادة المنفردة هي التي تصدر من جانب واحد .

وعليه ،بعدما قمنا بدراسة حول الإرادة المنفردة وصلاحيتها لان تكون مصدرا من مصادر الالتزام من خلال نموذج تطبيقي ممثلا في عقد الجعالة فيما تضمنته صفحات البحث هذه ،التي كانت فيها محاولة إيضاح الموضوع و بسطه وإجابة على لإشكالية المطروحة،تمت الخلاصة فيه الى نتائج أبرزها :

- الإرادة المنفردة تصرف انفرادي من جانب واحد متجه الى إحداث قانونية و شرعية ،وعليه حتى يعتّد بها لا بد أن تنفصل عن كوامن النفس لتبرز كظاهرة اجتماعية توجد في العالم الخارجي ،ووسيلة إبرازها إلى هذا العالم هو التعبير عنها ، وبهذا تتحدد ما ترمي إليه هذه الإرادة من آثار.
- للإرادة المنفردة القدرة على توليد التزامات في ذمة صاحبها في مجالات عدة - ناهيك عما ترتبه من آثار قانونية مختلفة أخرى- و على هذا وجب التمييز بين ما تنشئه من التزام و ما تحدثه من آثار قانونية أخرى .
- حتى وان كان مصطلح الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي غير معروف، لكنه موجود، فما يتم و يظهر أثره بالإيجاب وحده في الشريعة الإسلامية هو ما يتم في اصطلاح القانون بالإرادة المنفردة، و عليه كلا من الشريعة آو القانون يتفقان على أن الإرادة تعد أساس لتصرف شرعي آو قانوني يرتب آثار شرعية و قانونية مختلفة ،إلا أن الاختلاف بين الفقهين هو حول نطاق هذه الصلاحية وهذا ما تبين من عرضنا لبعض الحالات.
- تبني الكثير من التشريعات لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام نظرا لما قدمه من حلول و تفسيرات لكثير من المسائل العملية وكذا مواكبتها لمتطلبات الحياة العصرية الحديثة. إلا أنها أخذت بها كمصدر استثنائي في حالات خاصة ينظمها و مسطرها القانون، و من هذا القانون الألماني الذي يعد مهد النظرية الحديثة ومنبتها.
- اعتداد المشرع الجزائري بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام غير انه اخذ بها على سبيل الاستثناء وبنصوص قانونية خاصة وهذا يتعلق بالأمر 58/75 المتضمن للقانون المدني ،لا انه بعد التعديل في القانون 10/05 المعدل لقانون المدني تبنى موقفا مغايرا ،حيث اعتبر لإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام حينما جاء بالمادة 123 مكرر،ليقرر بعدها

في المادة 123 **مكرر1** تطبيقا من تطبيقات هذه القاعدة و هو الوعد بجائزة ،والذي اتفقت عليه و سلمت به تقريبا جميع القوانين الحديثة .

- أخذ المشرع الجزائري للارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام في الامر 58/75 بكون موافقا لما عليه بعض فقهاء الشريعة عندما أقروا بذلك فيما تم النص عليه من الشارع ،أما ما يتعلق بالقانون 10/05 **هو خر لا** يخرج عما هو عليه المذهب المالكي الذي اعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما من منطلق ان التبرع عندهم ملزم ،وهو بهذا لم يخرج في احكامه عما ورد في الفقه الاسلامي .
- **ما** جاء به المشرع الجزائري كأهم تطبيق لإرادة المنفردة فيما سماه بالوعد بجائزة ما هو لا **قسم** أو صنف بما يعرف في **الفقه** الإسلامي بالجعالة و التي ثبتت مشروعيتها عند جمهور الفقهاء – ذلك ان الجعالة في الفقه لإسلامي **كون** لشخص معين و غير معين ،في حين ان الوعد بجائزة في القانون لا يكون لا في حالة الوعد الموجه للجمهور (غير معينين) ،وهو من أهم شروط الجعالة التي تفسر عليه حسب نظرية لإرادة **المنفردة** .
- عدم مشروعية الجعالة عند جمهور الحنفية فيما عدا حالة الآبق ، هو تضييق من نطاق قدرة الإرادة المنفردة على ترتيب الآثار القانونية .في حين ان جمهور الفقهاء لم يشترطوا القبول ،ووسعوا من نطاق هذه الإرادة في الجعالة **بعدم** حصرها في الآبق فقط .
- ما تضمنه الوعد بجائزة في القانون المدني من أحكام بتوافق الى حد كبير مما يتعلق بباب الجعالة و أحكامها في الفقه الإسلامي ،وإن لم نقل إن المشرع الجزائري اقتبس "الوعد بجائزة" **و** أحكامه **من الفقه** الإسلامي،إلا في بعض النقاط التي **غفل** عنها كإثباته للحق في الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب ولو قام به دون علم بالجائزة وهذا ما لا يتفق مع ما جاء به فقهاء الشريعة.
- إقرار المشرع الجزائري الحق لمن قام بالعمل من مطالبة الواعد بالجائزة بعد عدوله **– الواعد-** وتحديد مدة 06 أشهر على أنها مدة سقوط هو تدبير وقائي ، القصد من وراءه **قطع** السبيل أمام كل محاولة **مصطنعة** **يراد** منها **ستغلال** **الواعد** **بعد** إعلانه عن عدوله **لجمهور** **وهو** اجتهاد منه .
- إذا توفر للوعد بجائزة **لعناصر** مقوماته التزم الواعد ،(الجاعل) بما التزم و أساس التزامه هذا هو إرادته **المنفردة**.

التوصيات :

- نرى إعادة ترتيب مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وإدراج الفصل الثاني مكرر المعنون بالإرادة المنفردة عقب الفصل الثاني (العقد) من الباب الأول (مصادر الالتزام) للكتاب الثاني (الالتزامات و العقود) .

- مما فات المشرع الجزائري في تنظيمه لهذا النوع من التصرف عدم تمييزه بين الإرادة المنفردة التي تنشئ الالتزام و التي ترتب آثار أخرى غير إنشاء الالتزام ، فليس كل تصرف انفرادي هو منشئ لالتزام ، و من خلال إيراد المشرع الجزائري للمادة 123 مكرر في الفصل الثاني مكرر و التي جاءت ضمن الباب الأول الذي يحمل مصادر الالتزام معنى يفسر على إن المقصود بالإرادة المنفردة عند المشرع الجزائري التي تنشئ الالتزام . وتبعا لهذا فما تضمنته المادة 123 مكرر من القانون المدني الجزائري من اعتبار الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام نجد ان المشرع الجزائري فاته أن يتكلم عن نفاذ هذا التصرف و لزومه بخلاف المشرع الأردني مثلا الذي نظم عدة أمور تتعلق بالتصرف الانفرادي و مدى نفاذه و لزومه في حق كل من المتصرف بإرادته المنفردة و من تلقى عنه هذا التصرف سواء كان تمليكا أو إسقاطا في المادة 252 من القانون المدني الأردني التي نصت : "إذا استوفى التصرف القانوني ركنه و شروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك ". وصرحت المادة 253 " - اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليها لا بقبوله .- وإذا كان إسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء عن دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه و لكن يرتد برده في المجلس .-إذا كان إسقاطا محضا فيثبت حكمه للمتصرف إليه و لا يرتد بالرد .- كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه "وعلى هذا كان حري بالمشرع الجزائري ان ينظم هذا التصرف من حيث نفاذه و لزومه و بين انشائه للالتزام ،و بقية الاثار التي يمكن ان يحدثها ، من خلال إدراج فقرات في المواد التي نظمت هذا التصرف أو استحداثه مادة مستقلة ، إذ أو إيجاد مذكرة إيضاحية أو مشروع تمهيدي كما هو الحال في بعض القوانين ، بحيث يمكن أن نستشف منها ما قصده المشرع الجزائري بهذا الخصوص أو إذا ما اعترى لبس او غموض مسألة أخرى .

- نرى تقليص مدة 06 أشهر التي اقرها المشرع الجزائري على أنها مدة سقوط إلى 03 أشهر ذلك انها مدة كافية لمطالبة من قام بالعمل بالجائزة من الواعد ،فتقليص المدة يزيد من تضييق فرص المطالبة بالجائزة أمام المحاولات المصطنعة .

- من خلال الأمثلة التي سردها الفقهاء للجعالة يتبين أنها عقد مرن يمكن تكييف الكثير من المعاملات على أساسها ، والأجدر بالفقهاء اليوم أن يتعاملوا معها في ظل التطورات الحاصلة في هذا العصر و عدم الاقتصار على الأمثلة التي وردت في كتب الفقه ، فلكل عصر واقعه و مستجداته لا سيما وان ظهرت اليوم بعض العقود وتم تكييفها بالجعالة وهي نقطة نراها جديرة بالبحث عنها ضمن نطاق التطبيقات المعاصرة لهذه المعاملة.

فهـــارس البحـــث

أولا : فهرس الآيات القرآنية

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية

ثالثا : فهرس المصادر و المراجع

رابعا : فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية الكريمة	رقم الآية	السورة	الصفحة
01	يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر	185	البقرة	19
02	فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة	280	البقرة	09
03	لَنْ تَنَالوا البِرّ حَتّى تُنْفِقُوا مِمَّا تحِبُّونَ	92	آل عمران	86
04	واختار موسى قومه سبعين رجلا لميقاتنا	155	عراف	21
05	قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعير	72	يوسف	100
06	كبر مقتا عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون	03	الصف	83

فهرس الأحاديث النبوية:

الرقم	الحديث	الصفحة
01	قال عليه الصلاة و السلام:ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...	23
02	عن جابر رضي الله عنه جَعَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلمَ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَالٍ	40
03	قال عليه الصلاة و السلام : الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ	40
04	قال عليه الصلاة و السلام: أربع من كن فيه كان منافقا....	83
05	قال عليه الصلاة و السلام :آية المنافق ثلاث....	83
06	قال عليه الصلاة و السلام إذا وعد الرجل وينوي أن يفي ...	83
07	قال عليه الصلاة و السلام :إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها...	86
08	قال عليه الصلاة و السلام : إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله	86
09	عن أبي سعيد رضي الله عنه قال: انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها....	101
10	قال عليه الصلاة و السلام:من قتل قتيلاً له عليه بيّنة فله سلبُه....	101

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

بعد القرآن الكريم

أولا: كتب التفسير وعلوم القران

1. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي بن محمد سلامة ط2، 1420هـ - 1999 م دار طيبة ، ج4
2. أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن،تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، 1405ه دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ،ج4.

ثانيا : كتب الحديث

3. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي،ج1
4. سيد سابق ،فقه السنة ، الطبعة: الثالثة 1397 هـ - 1977 م ،دار الكتاب العربي، بيروت ،لبنان،، ،ج3
5. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ،تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة: الأولى، 1422هـ دار طوق النجاة ، ،ج1،ج3،ج4،ج8.
6. محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، تحقيق ، بشار عواد معروف، 1998 م، دار الغرب الإسلامي ، بروت، ج4.
7. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم،المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ،بيروت، ، ج3.

لثا: كتب أصول الفقه

8. أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي،المعتصر من شرح مختصر الأصول من علم الأصول،ط2، 1432 هـ - 2011 م، المكتبة الشاملة، مصر،ج1،ص 28.
9. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، لطبعة: الأولى، 1414هـ - 1994م، دار الكتبي، ج8 .
10. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، مكبة الرشد - ا لرض - المملكة العربية السعودية،ج1
11. القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، تحقيق أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2 ، 1410 هـ - 1990 م،د د ط، ج1.

رابعا : كتب اللغة و المعاجم

12. أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى ، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي، الطبعة: الأولى ، 1412 دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت،- ج1،
13. أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري ، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ج1
14. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين تحقق: دي المخزومي، إبراهيم السامرائي ،دار ومكتبة الهلال ،ج7
15. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، الصحاح ،تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار الطبعة الرابعة ، 1407 هـ - 1987 م دار العلم للملايين بيروت ، ج5 ،ج6.
16. أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، معجم الفروق اللغوية،تحقيق الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة: الأولى ،1412هـ مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ،ج1
17. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية بيروت،كتاب الجيم ،ج1
18. أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ،تحقيق : عدنان درويش ، محمود المصري، ، مؤسسة الرسالة،بيروت ،ج1..
19. حمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، مرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ،دار الهداية، ج1،ج8، ج 38
20. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ،التعريفات،تحقيق جماعة من العلماء ، الطبعة: الأولى، 1403هـ -1983م دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان ،ج1.
21. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى،القاموس المحيط ،تحقيق: مكتب تحقيق التراث بإشراف محمد نعيم العرقسُوسي ،الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م مؤسسة الرسالة ، ،بيروت – لبنان،ج1 .
22. مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة،باب الراء ،ج1، ج2.-
23. محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب ، الطبعة: الثالثة 1414 هـ دار صادر - بيروت- ج1 ، ج03، ج11،ج14، ج1

خامسا : كتب الفقه :

أ - الفقه الحنفي

24. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ج5، ج8

25. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار، ط 2، 1412هـ - 1992م ، دار الفكر،بيروت ، ج3، ج4.
26. عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب،تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد،د رط ،د س ط، المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان،ج2
27. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية 1406هـ - 1986م دار الكتب العلمية -،بيروت ،لبنان ،ج6 ، ج7
28. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقق : طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت لبنان ج 3.
29. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، بدون طبعة، 1414هـ-1993م دار المعرفة - بيروت ، ج11، ج13،ج21،ج24
30. محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي ،الفروع ، تحقق ،عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة: الأولى 1424 هـ - 2003 م مؤسسة الرسالة ، ج11
31. المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي،المحيط البرهاني في الفقه النعماني،المحقق: عبد الكريم سامي الجندي،الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج5.

ب- الفقه المالكي

32. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقق : محمد عبد القادر شاهين ،ط1 ، 1418 هـ - 1998م ، دار الكتب العلمية - لبنان ، بيروت - ج1.
33. أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د ر ط ،1414هـ - 1994م، دار الفكر ،بيروت ج2
34. أبو العباس احمد بن ادريس القرافي – الامنية في ادراك النية – تحقيق مساعد بن قاسم الفالح –ط1 1408ه-1988 م مكتبة العربية الرض
35. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإِمَامِ ـــ ، درط،د س دار المعارف ، ج2،ج3
36. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي ، ط1، دار الغرب 1994م ،بيروت، ج1،ج3،
37. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، المحقق: سعيد أعراب، الطبعة: الأولى ، 1994 م دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ج6.

38. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: محمد حجي وآخرون، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ج8،ج15،
39. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 دار الغرب الإسلامي، م،ج2.
40. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة 1425هـ - 2004 م دار الحديث - القاهرة ،ج2، ج4
41. أبو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، تحقق عبد السلام محمد الشريف،دار الغرب الإسلامي،لبنان ، ج1
42. أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأمهاتِ،تحقيق محمد حجي ، ط1 ،1999م دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ج14.
43. برهان بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، الطبعة: الأولى،1429هـ - 2008م مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، ج2.
44. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م دار الفكر ، ج1.،ج4،
45. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة، الطبعة: الأولى،1415هـ - 1994م، دار الكتب العلمية، ج3.
46. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ،بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر ج 3، ج4.
47. محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل بدون طبعة ، 1409هـ - 1989م دار الفكر ،بيروت، ج4،ج8.
48. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، شرح مختصر خليل للخرشي ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت، ج7
49. محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي،تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقق: محمد عبد السلام محمد الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م ،دار الآفاق العربية، القاهرة ، ج1
50. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م دار الكتب العلمية، ، ج7.

ج - الفقه الشافعي

51. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، بدون طبعة بدون تاريخ ،دار الكتب العلمية، ،ج2.
52. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان، ج5،ج8.
53. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، الطبعة: الأولى،1421 هـ- 2000 م دار المنهاج - دة ، ج7
54. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم , محمد محمد تامر، الطبعة: الأولى، 1417، دار السلام ، القاهرة، ج 4،ص 207
55. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر ،ج9،ج15
56. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة :الثالثة، 1412هـ / 1991م المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان،،ج3،ج5، ج8.
57. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي،، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، بدون طبعة ،1357 هـ - 1983 م المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ، ج6
58. أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، بدون طبعة، 1415هـ-1995م دار الفكر ، بيروت،، ج3
59. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، بدون طبعة بدون تاريخ المطبعة الميمنية، ، ج3
60. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، اسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي ج1،ج2
61. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل،دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ،ج3، ج5.
62. سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج، 1369هـ - 1950م مطبعة الحلبي ، ج3
63. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ، الام ، دون طبعة، 1410هـ/1990م دار المعرفة - بيروت ، ،ج4
64. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة: ط أخيرة 1404هـ/1984م ،،دار الفكر، بيروت،ج5
65. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ،الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م، دار الكتب العلمية ج3، ج6

66. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجو يني، أبو المعالي ، الملقب بإمام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ،تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب ، الطبعة: الأولى 1428هـ-2007م ، دار المنهاج، دم ، ج5 ،ج18

67. محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي، ويعرف باين قاسم وبابن الغرابيلي ، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار ، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2005 م، الجفان والجابي لطباعة والنشر، دار ابن حزم ، بيروت لبنان ج1

68. مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشَّرْبجي،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي, الطبعة: الرابعة، دار القلم،1413 هـ - 1992 دمشق، م،ج6

د- الفقه الحنبلي

69. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج4

70. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي،الكافي في فقه الإمام أحمد، الطبعة: الأولى،1414 هـ 1994 م دار الكتب العلمية، ،ج2

71. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،بدون طبعة، 1388هـ - 1968 م مكبة القاهرة ، ج5

72. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، بدون طبعة 1416هـ/1995م، ،مجمع الملك فهد، المدينة النبوية، المملكة العربية السعوديةج20.

73. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بدون طبعة، 1388هـ - 1968 م مكبة القاهرة ، ، ج4 ،ج6

74. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، ج 6.

75. محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، الطبعة: الأولى، 1425 هـ /2004 ، مؤسسة غراس،ج1،ص 301.

76. محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج3

77. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الفوائد، الطبعة: الثانية، 1393 هـ - 1973 م دار الكتب العلمية – بيروت، ج1.

78. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى ، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة ، ج1.

79. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ، د رط و تاريخ دار الكتب العلمية ،ج4،ج6
80. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الصالحي شرف الدين، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق،عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة بيروت ،لبنان، ج 3

سادسا : كتب الفقه العامة :

81. بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، فقه النوازل، الطبعة : الأولى 1416 هـ ، 1996 م، مؤسسة الرسالة، ج1
82. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة: الثانية 1424 هـ 2003 م، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ج2
83. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، ، الطبعة: الحادية عشرة، 1431 هـ - 2010 م دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية ج1
84. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، ط4 ، دار الفكر ، دمشق، سورية ، ج1،ج4،ج5.

سابعا: كتب الفقه المعاصرة

85. احمد ابراهيم بك ،واصل علاء الدين احمد ابراهيم، الالتزامات في الشرع الاسلامي ، ، ط1،2013م المكتبة الازهرية للتراث ،الجزيرة للنشر و التوزيع ،القاهرة
86. رفيق يونس المصري، فقه المعاملات المالية ،ط1،1426ه،2005م دار القلم دمشق
87. رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه، مصادره، قواعده، نظرياته، الطبعة الثانية، 1982،349.
88. صالح بن غانم السدلان، النية وأثرها في الأحكام الشرعية ج ،الطبعة الثانية ، 1414هـ/1993م دار عالم الكتب ،الرياض ،.
89. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ،الجزء 1، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية،
90. علي محي الدين علين القرة داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، ج2 ط1،1985 دار البشائر الإسلامية بيروت
91. عمر سليمان الاشقر ، مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين، الطبعة 1، 1401ه-1981م مكتبة الفلاح، الكويت ،
92. محمد أبو زهرة – شرح قانون الوصية، ط2، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة،
93. محمد ابو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ،،دار الفكر العربي
94. محمد زكي عبد البرّ ، التصرفات و الوقائع الشرعية ، ط1، 1402هـ دار القلم ، الكويت ،

95. محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الاسلامي (تاريخه ومصادره و نظرياته العامة ،ط2 1996، دار الكتاب الحديث
96. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ط1998،2م مكتبة دار الثقافة، عمان ،الاردن
97. مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، اخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية ،ط1433،1ه،1999م ،دار القلم ،دمشق .
98. نزيه حماد ، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية و تطبيقاتها في المنظومات العقدية المستحدثة ،ط1431،1ه، 2010 م دار القلم ،دمشق

ما : الموسوعات

99. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م بيت الأفكار الدولية ،ج3،ج 5
100. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية ،دار السلاسل الكويت،ج15،ج31.

سعا: دراسات مقارنة

101. امجد محمد منصور النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة ،ط1 2003 دار الثقافة عمان
102. انورسلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة لفقه الإسلامي، ط1، 2002،الجامعة الأردنية
103. تقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون و الشريعة الاسلامية ، درط ، 1984 ديوان المطبوعات الجامعية ،
104. حسن احمد الخطيب، الفقه المقارن ،1991مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب،
105. خالد رشيد الجميلي ، الجعالة و احكامها في الشريعة الاسلامية و القانون ، نظرية الوعد بالمكافاة ، ط1431،1ه-2010م مكتبة دار البيان ، دمشق بيروت
106. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية 1991المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر
107. عبد الرحمن الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة ،ط2 ، 1968م دار الفكر
108. عبد الفتاح عبد الباقي ،نظرية العقد و الارادة المنفردة ،دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي 1984
109. علي الخفيف ،التصرف الانفرادي و الارادة المنفردة ،بحث مقارن ، د رط،1430ه،2009م،دار الفكر العربي

110. لبني مختار ، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن ، 1984م ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر
111. محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ط1، 1999م دار الثقافة
112. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ط1998،2م مكتبة دار الثقافة، عمان ،الاردن
113. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الكامل للزلمي في الشريعة و القانون ،الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ط1، 1435ه-2014م نشر احسان ، العراق
114. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام ، ط1 ، 1418ه-1998م دار القلم دمشق ج1
115. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين العربية و الاجنبية معززة باراء الفقه و احكام القضاء ط1 2006 م ،دار ئاراس للطباعة ،كردستان ،العراق.
116. يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر

عاشرا : كتب القانون

117. احمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دط، 1981 م مكبة عين شمس ج1
118. احمد شوقي عبدالرحمن ،مدى سلطة الموكل في انهاء عقد الوكالة بارادته المنفردة ،1981 امعة المنصورة
119. ادريس العلوي العبدلاوي ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، ط1 1996مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء
120. مر 75/ 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 10/05.
121. جلال علي العدوي ،أصول الالتزام ، مصادر الالتزام 1997م ، منشأة المعارف ، الاسكندرية
122. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام ،دط، 1995م دار النهضة العربية، القاهرة، الكتاب الأول
123. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ،ط4 1995 ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، القاهرة
124. خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ، مصادر الإلتزام، طبعة 1994ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، ج1
125. زهدو محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، ط1 1991م

126. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ،نظرية العقد و الارادة المنفردة ، ط4، 1986م ، مطبعة السلام ، المجلد1
127. سمير عبد السيد تناغو، ،أصول الالتزامات ،مصادر الالتزام – العقد و رادة المنفردة، 1999،2000م جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق
128. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د د ط، 1954مصر، ج2
129. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد 1 ،2 ،3 ،5، ط3 الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان
130. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثانية الجديدة،1998 بيروت،
131. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، ط1، 1999م مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الاردن
132. عدنان ابراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ط1 1430-2009م دار الثقافة عمان
133. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ، التصرف القانوني،العقد والإرادة المنفردة، ط3، 2004 د م ج، الجزائر، ج1
134. علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام، ط5،2003، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر
135. علي فيلالي ،نظرية الحق ،د ر ط،2011م ،موفم للنشر ،الجزائر
136. فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، 2009م ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر
137. الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ،ط2 1997 مطبعة النجاح الجديدة ج1
138. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق ل09 جوان 1984. المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم
139. محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، 2006 م د ار العلوم الحار عنابة
140. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر الالتزام في القانون المدني الجزاري ، 1983م المؤسسة الوطنية للفنون ، مطبعة الرغاية
141. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ،الرهن الرسمي و حق الاختصاص ،و الرهن الحيازي ،و حقوق الامتياز ، طبقا لاحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء ،طبعة 2010م،دار الهدى ،عين مليلة الجزائر ص 198.
142. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، العقد و الارادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، 2012 دار الهدى ، عين مليلة الجزائر.

143. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ط1، 1996م.دار الثقافة ، عمان
144. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الجديد ، مصادر الالتزام ، ط1 ،1996 الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية،
145. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ط2 1432ه2011م دار الثقافة عمان. ج1

أحد عشر: الرسائل الجامعية

146. شبورو نورية ، الميراث و التصرفات النافذة بعد الموت في ايطار القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان 2011/2010

اثنا عشر : المجلات - الدوريات

147. عماد خضير علاوي ، دور الارادة المنفردة في انهاء العقد ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،العدد الثالث ،جامعة بغداد .
148. فواز صالح ، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام ،دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية المجلد28، العدد الاول ،2012م
149. قاسم أحمد جاسم،أحكام الجائزة وبعض التطبيقات عنها في الفقه الإسلامي، مجلة ديالى ،العدد الثامن و الخمسون معهد اعداد المعلمين والمعلمات بعقوبة، 2013م
150. محمود المظفر ، الارادة المنفردة ودورها النظري في تكوين الالتزام ،مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد و الادارة ،العدد2 1419ه/1998م
151. منذر قحف ، عقود الصيانة ،ورقة مقدمة لاجتماع مجمع الفقه الاسلامي الدورة 11 البحرين ،نوفمبر 1998

ثلاثة عشر :مواقع الانترنيت

152. رواسة قلعجي ،الارادة المنفردة في الفقه الإسلامي www.dorar.net 2014/10/26م
153. شوقي احمد دنيا ، الجعالة و الاستصناع ، تحليل فقهي و اقتصادي ،بحث رقم 09 مدة. http://feqhweb.com في 2014/01/03م

فهـــــرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

كلمة شكر و تقدير

الإهداء

المقدمة..... 07

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للإرادة **المنفردة** 17

المبحث الأول : **حقيقة** الإرادة **المنفردة** 17

المطلب الأول :ماهية الإرادة **المنفردة** 18

الفرع الأول : تعريف الإرادة **المنفردة** 18

الفرع الثاني : ضرورة التعبير عن الإرادة 26

الفرع الثالث :الاختلاف بين الإرادة و التعبير عنها 29

المطلب الثاني :قدرة الإرادة المنفردة على توليد و ترتيب آثار قانونية مختلفة 34

الفرع الأول : تصرفات تتم بارادة منفردة منشئة للحق.....35

الفرع الثاني :تصرفات تتم بارادة منفردة منهية 44

الفرع الثالث :تصرفات تتم بارادة منفردة مسقطة للحق 49

المبحث الثاني : الاتجاهات الفقهية حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام 53

المطلب الأول : الإرادة المنفردة في القانون..... 54

الفرع الأول : إنكار بعض الفقهاء للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام..... 54

الفرع الثاني : اعتراف الفقهاء بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام 57

المطلب الثاني : اختلاف القانون في نطاق الاخذ بالارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام 60

الفرع الأول : الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام 60

الفرع الثاني : الإرادة المنفردة مصدر أصلي للالتزام 65

الفصل الثاني : التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري..... 76

المبحث الأول : موقع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.....77
المطلب الأول : موقع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي 77
الفرع الأول :مجال الإرادة المنفردة و قدرتها على توليد اثار مختلفة 78
الفرع الثاني: حالات التصرف بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام في الفقه لإسلامي..... 82
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام 89
الفرع الأول: مركز رادة المنفردة طبقا للامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري 89
الفرع الثاني : مركز رادة المنفردة طبقا لقانون رقم 10/05 المعدل لقانون المدني 90
الفرع الثالث : حالات التصرف بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام في القانون المدني الجزائري..... 93
المبحث الثاني : الجعالة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري كمصدر للالتزام بالإرادة المنفردة 98
المطلب الأول: الجعالة في الفقه الإسلامي 98
الفرع الأول : مفهوم الجعالة 99
الفرع الثاني : مقومات الجعالة 103
المطلب الثاني : الوعد بجائزة في القانون المدني الجزائري 120
الفرع الأول: التكييف القانوني للوعد بجائزة 120
الفرع الثاني: شروط الوعد بجائزة و أحكامه..... 127
الخاتمة..... 138
فهرس الآيات و الأحاديث 142
قائمة المصادر و المرجع..... 145
فهرس الموضوعات. 157

الملخص

الإرادة المنفردة تصرف قانوني و شرعي من جانب واحد متجه لإحداث آثار مختلفة، إذ يمكنها أن تنقل حقاً عينياً كما في الوصية، ويمكن أن تسقط حقا شخصيا كالإبراء، وتنهي الرابطة التعاقدية كما في الوكالة. و لا تتوقف آثارها عند هذا الحد ،فقد ظهرت نظرية حديثة منسوبة للفقه الألماني تنادي بقدرتها على إنشاء الالتزام والتي تبنتها جل التشريعات الحديثة ،واعتبرتها مصدرا للالتزام، وان كانت الإرادة المنفردة في القانون الروماني، غير قادرة على إنشاء الالتزام، ذلك أن الالتزام رابطة شخصية بين الدائن و المدين، وقد تبنى القانون الفرنسي هذه النظرية التقليدية الموروثة عن القانون الروماني. ويعد القانون المدني الجزائري احد التشريعات التي أخذت بهذه النظرية الحديثة، إلا انه أخذ بها استثناء في الأمر 58/75، ليأتي بعدها في التعديل الجديد و يعتبرها مصدرا عاما في القانون 10/05، في المادة 123 مكرر، ليقرر في المادة 123 مكرر1 أهم تطبيق لهذه النظرية فيما يعرف بالوعد بجائزة و الذي يعد قسما أو صنفا فيما يعرف في الفقه الإسلامي بالجعالة، و التي توافقت أحكامه(الوعد بجائزة) الى حد كبير معها (الجعالة)، والتي ثبتت مشروعيتها عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية الذين يأخذون بها استحسانا في الآبق فقط.

الكلمات المفتاحية :

الإرادة المنفردة؛ الالتزام؛ مصادر الالتزام؛ الوعد بجائزة؛ الجعالة؛ التصرف القانوني؛ الإيجاب؛ العقد؛ الإرادة الظاهرة؛ الإرادة الباطنة.

نوقشت يوم 29 جوان 2015