مبدأ سلطان الإرادة في العقود
بين الشريعة والقانون

د/ عبد الرؤوف دبابش
أ/ حملاوي دغيش
جامعة بسكرة

الملخص :

مبدأ سلطان الإرادة يدخل في نطاق فلسفة القانون ويُعد من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار إبرام العقود وترتيب آثارها، وهو يقوم عل أساسين، هما الحرية والمساواة، فالحرية هي أساس النشاط الذي يظهر في الإرادة التي تنشئ العقد وتحدد آثاره وتختار ما تشاء من المصالح التي تلا ئمها، ويأتي القانون بعد ذلك مكملا.

أما المساواة القانونية فهي التي تحقق المصلحة العامة التي هي مجموع مصالح الأفراد بإتاحة الفرص للجميع دون تفريق.

وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هذا ليس على إطلاقه بل هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية.

Abstract :

The power of will principle will fall within the scope and philosophy of law is one of the most important legal principles that gave contractors the freedom to choose to enter into contracts and arrange their effects, is based on two grounds of freedom and equality

Freedom is the basis of the activity that appears in the will, which establishes the contract and determine its effects, and choose what you want from the interests of their own pace, the law comesafter that as complement, but legal equality investigates the public interest, which is the sum of the interests of individuals by providing opportunities for all without distinction.

If the freedom of contract is the strength of the contracts, which decides the rules of the contract and its assets and its provisions, but this is not on the launch, but there are considerations that will restrict this freedom .

مقدمــة:

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه،وهو من أهم الالتزامات الإرادية التي عرفها الإنسان في تاريخه الطويل وقد ازدادت أهميته اثر ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر، هذا المذهب الذي كان ينادي بمبدأ سلطان الإرادة ويقدس الحرية الفردية ، ويعتبرها الأساس في التعامل الاقتصادي، وينظر للإنسان من زاويتين، الأولى أنه غاية في ذاته فلا يجوز اعتباره وسيلة ويترتب على ذلك عدم التزامه بإرادة غيره، والثانية أنه كائن ذو إرادة حرة، ويترتب على ذلك انه يلتزم بإرادته وحدها باعتبارها قانونه الخاص وفي المقابل يتحمل نتائجها.

لكن بتوسع دائرة تدخل الدولة في الأنشطة التي يقوم بها الأفراد، تقلص مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط وتقهقر إلى الوراء، بسب القيود المختلفة التي فرضتها الدولة، في مجالات متعددة.

لكن بالرغم من ذلك فمازال هذا المبدأ يُعد من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار إبرام العقود وترتيب آثارها، وجعلت العقد شريعة المتعاقدين، وقد غالى فيه فريق وأنكره فريق آخر، وتجلية للحقيقة سنخصص هذا البحث للكلام عن هذا المبدأ، وسنقسمه إلى مطلبين الأول نخصصه لبيان مفهومه، والثاني لتحديد ضوابطه ومقوماته.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة:

نقسم الكلام في هذا المطلب إلى فروعين،الأول نخصصه لتعريف مبدأ سلطان الإرادة والثاني لنشأته وتطوره.

الفرع الأول: تعريف سلطان الإرادة:

عرف سلطان الإرادة بعدة تعريفات نذكر منها:أنه:" قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد"(1).

كما عرف بأنه: " قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه"(2).

من هذين التعريفين نستطيع أن نستخلص أنه يترتب على مبدأ سلطان الإرادة النتائج التالية:

1- الإرادة وحدها تكفي لانعقاد العقد، بمعنى أن الشخص حر من البداية في الإقدام على إبرام العقود مع غيره أو تركها.

2- الرضا هو العنصر الجوهري اللازم لإنشاء العقد، وتحديد الالتزامات المترتبة عليه فلا ينبغي أن يتقيد بأي قيد يقلل من حرية العاقد، ففي عقد الإيجار مثلا لإرادة العاقدين الحرية المطلقة في تحديد مدته والأجرة المطلوب دفعها من المستأجر، وهذا يعني أن الإكراه مرفوض بأي صورة من الصور، لأنه يقيد من هذه الحرية أو يعدمها.

3- للإرادة الحق في تحديد أثار العقود المسماة وتعديل نتائجها، واشتراط ما تشاء من شروط دون قيد، أو حتى إنهاء العقد بالكلية، كما كان لها حق إبرامه(3).

الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة و تطوره:

سنتكلم في هذا الفرع عن نشأته في الشريعة الإسلامية ثم عن نشأته في القانون.

أولا: في الشريعة الإسلامية:

في الشريعة الإسلامية، مبدأ سلطان الإرادة بدأ مع بداية الإسلام ونزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم،وقد وصل مداه ،إلى أن جعله الله أساس الدين كله قال تعالى: **{ لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }**(4). وقال أيضا: **{ وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ ۖ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ}**(5). وقال أيضا: **{ وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا ۚ أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ}**(6).

وواضح من هذه النصوص أن حرية الإنسان هي أساس صحة الإيمان بالله عز وجل، وبقية التصرفات من باب أولى لأنها أقل شأنا من الاعتقاد ذاته.

أما النصوص الخاصة بحرية التعاقد في مجال المعاملات فمنها:

1- قوله تعالى: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً }**(7).

فهذه الآية الكريمة تدل على حكمين أساسيين هما:

الأول: تحريم أكل المال بالباطل،وليس الأمر مقصورا على الأكل وإنما يشمل جميع التصرفات ولكن عبر بالأكل لأنه معظم المنافع التي يسعى إليها الإنسان في هذه الحياة، يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله تعالى: " الأكل مجاز في الانتفاع بالشيء

انتفاعا تاما لا يعود معه إلى الغير، فأكل الأموال هو الاستيلاء عليها بنية عدم إرجاعها لأربابها..." (8).

والمراد بالباطل هو كل ما يخالف الشرع كالربا،والقمار، والبخس، والظلم، والرشوة ، والغش والسرقة، والغصب... (9).

الثاني: جواز كل تجارة بشرط أن تكون عن تراض بين المتعاقدين، ولا باطل فيها، فهذه الآية واضح أنها دليل قوي على جواز جميع العقود مادام الرضا بين المتعاقدين محققا وطبعا ما لم تكن وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل(10).

2 – قوله تعالى:**{ وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً }**(11).

فهذه الآية تدل كما يقول الشيخ الزرقا، على أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه، إما على سبيل التجارة والتبادل، وإما على سبيل المنحة والتنازل عن طيب نفس واختيار(12)، أي أن الأساس هو إرادة صاحب المال، الذي أعطاه الشرع هذا الحق، وله كامل الحرية للتصرف فيه، سواء عن طريق عقود المعاوضات من بيع وشراء وإجارة ومضاربة...أو تبرعات كالهبة والوصية...

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى تعليقا على الآيتين السابقتين:" ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي،لأن كلا من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به، بخلاف المتبرع فإنه لم يبذل له شيء يرضى به،ولكن قد تسمح نفسه بالبذل وهو طيب النفس"(13)، ويقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى تعليقا على هذه الآية "الله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي فكان ذلك إذنا عاما بجعل الرضا أساسا في العقود والالتزامات"(14).

3– قوله صلى الله عليه وسلم« **المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا أحل حراما**»(15) وفي رواية« **والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله**».

ومعنى الحديث أن المسلمون مطالبون بالوفاء بشروطهم التي اشترطوها بإرادتهم ، باستثناء الشروط المخالفة للنصوص الشرعية.

ثانيا في القانـون:

أما في التشريعات الوضعية، فالرومان الذين يعتبر قانونهم أصل القوانين الغربية الحديثة قد كان يقوم على أوضاع مادية، وشكليات معقدة اقتضيها معتقداتهم الدينية،وهذا أدى إلى أن تأثرت معاملاتهم وعقودهم لشكليات معقدة، وأوضاع معينة، من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة(16).

وهذا ما جعل العقود لا تنعقد بمجرد توافق الإرادتين عندهم ، وإنما عملية استيفاء الأشكال والمراسيم الخارجية هي التي تنشئ الالتزام ، فكان ركن العقد هو الشكلية حتى ولو لم يتحقق سبب الالتزام أو كان غير مشروع، فكان المدين مثلا يلزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المطلوبة عندهم ويكون التزامه صحيحا حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد، أو لم يتحقق، أو كان غير مشروع، أو كان مخالفا للآداب، فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا، صحته تستمد من شكله لا من موضوعه، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الشكلية(17).

لكن أمام تعقد الحياة وكثرة الحاجة إلى وجوب السرعة في المعاملات، تغير الأمر فظهر إلى الوجود التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطا من الأثر، وكما يقول السنهوري" ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين والشكل ليس إلا سببا قانونيا للالتزام قد توجد أسباب أخرى"(18).

فاعترف القانون الروماني في هذه المرحلة ببعض العقود، التي لا غنى عنها في الحياة اليومية مما استدعى الأمر تحررها من القيود الشكلية، كواقعة التسليم والاكتفاء بمجرد التراضي، ثم اعترف في مرحلة أخيرة بأربعة عقود رضائية هي البيع والإيجار والشركة والوكالة ولم يعرف غيرها(19)، وهكذا ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية، وبعض العقود الرضائية واستقر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية(20).

لكن القانون الروماني كما يقول السنهوري لم يقرر في أيه مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام.

وفي ظل الديانة المسيحية، عرف في التشريع الكنسي احترام العهود، إذ كان الحنث بالعهد يعتبر وزرا وإخلالا بواجب ديني، وبعد أن استقرت الشريعة الكنسية، انتقل العمل من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني، ومن ثم اعتبر العهد المقطوع ملزم لقاطعه وأنه يتعين عليه الوفاء بما تعهد به، لا من الناحية الدينية فحسب بل من ناحية المعاملات الدنيوية(21)

وأصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام محاكم الكنيسة.

وانتهى فقهاء القرن الثامن عشر إلى اعتبار أن إرادة الطرفين هي الواجبة الاحترام وهي التي تلزم صاحبها وتحدد مدى الالتزام، وأن القانون لا يملك التدخل في حرية الإرادة في إنشاء هذا الالتزام أو في تحديد آثاره(22)،وهكذا تقرر على مر الأيام أن ما تتجه إليه إرادة الطرفين في العقد ملزم لهما، ويتعين الوفاء به قانونا،بقيد واحد هو عدم المساس بالنظام العام وبحسن الآداب،وبذلك دخل مبدأ سلطان الإرادة في الشرائع الأوروبية في القرن الثامن عشر بتأثير الفلاسفة الذين أخذوا بالمذهب الفردي،ومن أوائل القوانين التي تبنت هذا المبدأ القانون الفرنسي حيث صاغه المشرع في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بالقول" الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعا قيدها".

أما التشريعات العربية فبحكم تأثرها بالقوانين الغربية عموما والقانون الفرنسي على وجه الخصوص فقد تبنت هذا المبدأ وإن جاء هذا متأخرا بحكم عوامل كثيرة منها الاستعمار،ومن بين الأمثلة على هذه التشريعات القانون المصري الذي عبر عن هذا المبدأ في المادة147 الفقرة الأولى من القانون المدني بقوله" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

أما القانون الجزائري فهو بدوره أيضا نص على هذا المبدأ في المادة 106 من القانون المدني بقوله" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

والمقصود من الإرادة في هذه المادة هي الإرادة السليمة الصادرة من ذي الأهلية لان الأهلية هي صاحبة السلطان في التصرف القانوني، وتحديد آثاره دون استلزام شكل معين للتعبير عنها.

لكن السؤال المطروح هنا هو: هل هذه القاعدة مطلقة؟ أم لها استثناءات وشروط معينة؟ وما هي هذه الشروط إن وجدت؟ جواب هذه الأسئلة هو ما سنعرفه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة:

أمام مبالغة أنصار الحرية الفردية في إطلاق مبدأ سلطان الإرادة إلى أوسع الحدود، جاء أنصار الاشتراكية وكرد فعل نقدوا مبدأ سلطان الإرادة، وبالغوا في نقدهم حتى نفوا اعتباره أصلا وأمام مبالغة هذا الفريق وتشدد ذلك، ظهر فريق ثالث معتدل يسعى لوضع الأمور في مسارها الصحيح، المسار الذي يقبله العقل ولا تنفيه مصلحة الفرد والجماعة، وذلك

بتحديد مجال العمل بمبدأ سلطان الإرادة، وهذا يقتضي منا لتوضيح هذه الفكرة أكثر تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، الأول نخصصه لضوابط مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، والثاني لضوابطه في القانون والثالث للمقارنة بين موقف الشريعة والقانون من مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية:

وسنتكلم عن ضوابط الإرادة في الشريعة الإسلامية من خلال التحدث عن حرية التعاقد ومدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة، وحرية ترتيب آثار العقود وتعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها، وحرية اشتراط الشروط في العقود.

بالنسبة للناحية الأولى: وهي ناحية حرية التعاقد ومدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة،هنا نجد الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية المعتبرة يقررون حرية التعاقد والرضائية المطلقة، ولم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية، سواء في ذلك التشريع الروماني أو غيره، فالإسلام ألغى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود(23) واستدلوا بمجموعة من الأدلة منها النصوص التي ذكرناها سابقا ومنها أيضا قوله صلى الله عليه وسلم«**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»(24)، وقوله أيضا«**إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**»(25)،ومعنى الحديثين أن الرضا هو أساس صحة العقود والتصرفات وطبعا هذا ما لم تخالف نصا شرعيا.

ويستثنى من هذا عقد الزواج الذي يعتبر أخطر العقود على الإطلاق لأن موضوعه الحياة الإنسانية، هذا إضافة إلى أنه يقام على سبيل الدوام ، فإن هذا العقد يخضع لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم« **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** »(26)،وكونه بألفاظ مخصوصة جدا.

وفي هذا الشأن يقول الشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي في تهذيبه لفروق القرافي عن سبب التشدد في كون النكاح بألفاظ معينة ما ملخصه:

أ- النكاح لابد فيه من لفظ يشهد أنه نكاح لا سفاح.

ب- عقد النكاح أخطر العقود وأجلها، لكونه سبب بقاء النوع الإنساني على وجه الأرض ويمنع اختلاط الأنساب ويفتح باب العفاف، ويسد باب الفساد، والقاعدة أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه تعظيما لشأنه ورفعا لقدره.

ج- أن الأصل في البيع وعروض التجارة الإباحة والأصل في الفروج التحريم إلا بعقد صحيح لأن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة، أكثر مما يحتاط في الخروج من الإباحة إلى الحرمة، وذلك لأن التحريم يكون لمنع المفاسد فيحتاط له، ولا يقدم على أمر احتمال المفسدة فيه قوي إلا بيقين زوال تلك المفسدة، لذلك لم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، وجاز البيع بكل الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك لأنه خروج من الحل إلى الحرمة.

د- كثرة الحاجة إلى البيع من الشخص الواحد لتحصيل حاجياته اليومية،عكس ما هو الحال بالنسبة للزواج، والقاعدة في الشريعة الإسلامية التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر والتشديد فيما لا يعم ولا يتكرر (27).

إذن فالخلاصة من هذه الناحية أن للإرادة الحرية الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود دون أن تكره من أحد، اللهم إلا ما كان من الإكراه بحق، كأن يجبر القاضي المدين المماطل ببيع ممتلكاته أو بيعها عنه دون رضاه لإيفاء ديونه، وبيع السلع المحتكرة على محتكريها عندما يلحق الضرر بالجماعة، وافتلاك الأراضي من أصحابها للمصلحة العامة إذا دعت الضرورة لذلك مع وجوب التعويض العادل، كما حدث في توسعة المسجد الحرام في المملكة العربية السعودية(28).

يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا" فأمثال هذه العقود الجبرية هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل والغاية من قيام حكومة في دولة"(29).

ولم يخالف هنا إلا الظاهرية حيث منعوا من إبرام العقود حتى يقوم دليل على الإباحة لأنهم جعلوا الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة، والجمهور على أن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم(30)، وهو المذهب الراجح المعمول به.

بالنسبة للناحية الثانية: وهي الحرية في ترتيب آثار العقود وتعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها، فالشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة هي التي تنشأ العقد، والآثار تكون من الشارع لأن العقود أسباب جعلية شرعية، وليست أسباب طبيعية، بمعنى أن العلاقة بين العقد وآثاره ليست بسبب ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل ذلك ولأن الشارع الحكيم جعل الأحكام مترتبة على العقود، فعقد البيع مثلا وهو أشهر العقود ليس من صيغة الإيجاب والقبول ولا من إرادة العاقدين فقط كما يقول الشيخ محمد أبو زهرة، بل لأن الشارع

جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام وذلك بأمرين نلخصهما فيما يلي:

أولهما:إذن عام بجعل الرضا طريقا لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها قال تعالى:**{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ}**(31).

ثم أوجب الوفاء بالعقود وتنفيذ أحكامها فقال**{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ}**(32) وهكذا جعل الشارع للعقود آثارا والتزامات تنشأ عنها، وهي تتفق مع ما ينتجه العقل السليم.

ثانيهما:أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراءيثبت إذا توافرت أركانه وتحققت شروطه، وليس للعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده، إلا إذا تنازل الطرف الآخر عن حقه من التمسك بها وهذا رأي عامة الفقهاء من مختلف المذاهب(33).

وإذا كانت هذه القاعدة يقرها الفقهاء في عقد النكاح إلا أنهم ليسوا جميعا سواء في التشديد فيها بالنسبة للعقود المالية الخالصة،فابن تيمية مثلا يقول" الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، لأن الله قال في كتابه العزيز:**{إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ}** وقال تعالى: **{فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا }**.

فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء"(34).

يفهم من كلامه انه يوجب أن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به، في العقد وكل ما التزم به، حتى وان كان ذلك متمثلا في ترتيب آثار العقود وتعديل نتائجها الأصلية.

بالنسبة للحالة الثالثة: وهي حرية اشتراط الشروط في العقود هنا لفقهاء الشريعة الإسلامية اتجاهات مختلفة أبرزها اثنان أحدهما يرى أن الأصل في الشروط المنع حتى يقوم الدليل على الجواز، والثاني عكسه تماما، يرى أن الأصل الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة.

وبين هذين الاتجاهين أراء أخرى يميل بعضها إلى الاتجاه الأول ويميل البعض الآخر إلى الاتجاه الثاني، وسنقتصر في كلامنا هنا على ذكر هذين الاتجاهين فقط.

الاتجاه الأول: و يمثله الظاهرية، وعلى رأسهم ابن حزم الأندلسي ويرون أن الأصل في الشروط المنع، ولا يعتبر من الشروط عندهم إلا ما ورد النص بإثبات جوازه وقام الدليل على وجوب الوفاء به، يقول ابن حزم:" إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو على غيره فهو باطل لا يلزم من التزامه أصل إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام الشرط بعينه أو بإلزامه"(35)، واستدل بمجموعة من الأدلة وفند أدلة خصومه وليس محل ذكرها هنا.

الاتجاه الثاني: ويمثله شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، والشاطبي وهو مذهب الحنابلة بعد عصر ابن تيمية، وكثير من المالكية،وجمهور الفقهاء المعاصرين ومفاده أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما قام الدليل على إبطاله وإلغائه، يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى " أن أصول أحمد المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه"(36)، ومن الأدلة على هذا القول ما يلي:

1- قوله تعالى: **{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}**(37)وقوله أيضا: **{ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}**(38)،ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهدا باحترام نتائجه والالتزام بها.

2- قوله صلى الله عليه وسلم: « **والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله**»(39).

فهذه النصوص تشمل جميع العقود والشروط، وتدل على أن الأصل فيها الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه.

والخلاصة التي يمكن استنتاجها في هذا المجال، هي أن الشريعة الإسلامية لم تقيد الحرية الفردية في التعاقد إلا بقيد الشرع، فما حرم بنصوص قطعية أو قياس صحيح ليس للفرد الخيار في فعله وهذا لمصلحة الفرد والمجتمع ، ويستثنى من هذا عقد الزواج الذي يشترط فيه الشهادة، وأن يكون بألفاظ مخصوصة على خلاف بسيط بين الفقهاء فيها، وما عدا ذلك فالباب مفتوح للإرادة ما لم يدل دليل على التحريم.

الفرع الثاني: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في القانون:

استقر الحال على اعتراف جميع القوانين بمبدأ سلطان الإرادة ، وإن اختلفت في تحديد نطاقه ومداه تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية المتبعة، وأمام الانتقادات الموجهة لهذا المبدأ، من طرف الذين ينادون بنبذه مرة واحدة، وتمسك الذين يؤيدون إطلاقه إلى أوسع الحدود، وجد فريق معتدل منصف وضع الأمور في نصابها، وأعاد لهذا المبدأ اعتباره وبأسس جديدة، وعلى هذا الأساس- الإنصاف والاعتدال- نقول:

1- في دائرة القانون العام: أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام لأنه كما يقول السنهوري:" الروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد" (40)، بمعنى أن هذا المجال المرجع فيه للقانون وحده.

2- في دائرة القانون الخاص:أما القانون الخاص فهو المجال الرحب لمبدأ سلطان الإرادة، يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ملخصا لما استقر عليه العمل حول مصطلح الإرادة في

القانون" إن السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع ووفقا للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية"(41).

إذن ففي هذه الدائرة للإرادة سلطان، لكنه يختلف سعة وضيقا باختلاف مجالات القانون الخاص.

أ- في مجال الأسرة: الزواج الميثاق الغليظ تنحصر فيه إرادة العاقدين في أصل العقد أي قبول الإقدام عليه أو رفضه ، ويرتب القانون بعد ذلك آثاره والالتزامات الناشئة عنه بين الزوجين

كما يحدد له مراسيم شكلية، وهذا كله لمصلحة الأسرة والمجتمع(42).

ب- في مجال الحقوق العينية العقارية: الإرادة حرة في دائرة تحديد آثار العقد، أما تكوينه فيخضع لمراسيم شكلية معينة يحددها القانون، لارتباطها بسياسة التشريع في المجتمع بتنظيم الملكية العقارية وما يترتب عليها من ضرائب ورسوم... (43).

ج- في مجال الحقوق الشخصية والالتزامات التعاقدية: وهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة، إذ تستطيع أن تكون مصدرا لكثير من الحقوق، وأن ترتب آثارها ضمن حدود الآداب والنظام العام، والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي كالتي تمنع الاستئجار على ارتكاب جريمة،أو فعل ينافي الآداب الاجتماعية العامة التي يحميها المجتمع،يجب التقيد بها.

فباحترام هذه القيود، للإنسان الحرية في أن يبرم ما يشاء من العقود، وله تحديد آثارها كما يريد وللعاقدين أن يخالفا باتفاقهما، ما رتبه القانون من أحكام العقود المسماة لأن الأصل فيها أنها غير إلزامية، وإنما يفرضها القانون عند عدم الاتفاق على خلافها، إلا ما كان من النصوص الآمرة ففي حدود هذه الشروط يطبق المبدأ القانوني العام القائل" أن العقد قانون المتعاقدين"(44).

والخلاصة:أن القانون نظم بعض العقود تنظيما آمرا، كعقد العمل وعقد التأمين، وتدخل في عقود أخرى، عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية حسبما تقتضيه العدالة، مثل ما هو الحال في عقود الإذعان، وعقود النقل، والتأمين، وكل تصرف فيه احتكار فعلي، أو قانوني لسلعة أو خدمة ضرورية.

وهناك حدودا رسمها القانون لتعمل الإرادة في إطارها،تنحصر هذه الحدود بالقيود التالية:
الأول قيد موضوعي:إذا قمنا بتحليل مبدأ سلطان الإرادة وجدنا انه تعتريه صفتان إحداهما من ناحية الموضوع، والأخرى من ناحية الشكل.

فالتي من ناحية الموضوع، أن هذا المبدأ يتناول موضوع التعاقد،أي ما تنعقد عليه الإرادة وهو المعقود عليه، ويشترط فيه أن يكون في حدود ما لا يمس بمصالح الجماعة وذلك لأنه لا يصح عدلا ولا عقلا للأفراد العبث بمصالح الجماعة، فإن فعلوا كان تصرفهم باطلا، لأن الشارع لم يسمح للإرادة أصلا أن تتحرك في نطاق الدائرة الممنوع الاقتراب منها، وتعتبر الإرادة معدومة في هذا المجال، وينعدم كل ما أنبنى عليها، هذه الدائرة هي ما اصطلح على تسميته بالنظام العام وحسن الآداب(45)، ونجد هذا القيد فيما يلي:

1- القيود التشريعية: حيث تدخل المشرع في بعض العقود كعقد التأمين، وعقد العمل فقيد بنص القانون من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد.

2- القيود القضائية: وهي التي تتعلق بالنظام العام والآداب، حيث يكاد يكون القاضي فيها مشرعا وقد نصت على المادة 97 من القانون المدني الجزائري بقولها " إذا التزم العاقد بسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ".

ونصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية،جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

وقبل صدور القانون المدني الجزائري نصت المادة 6 من القانون المدني الفرنسي على أن " الاتفاقات الخاصة لا يجوز أن تخالف النظام العام وحسن الآداب".

فهذه النصوص وغيرها كثير، تعتبر قيودا موضوعية على مبدأ سلطان الإرادة.

الثاني: قيد شكلي: حيث نجد المشرع لم يشترط في بعض العقود أن يقع الإعراب عن الإرادة في صورة معينة، واشترط ذلك في بعض العقود الأخرى، حتى أصبح ركنا فيها لا تصح بدونه وينحصر الشكل في إفراغ العقد في شكل رسمي جبرا كما في العقود الرسمية، وهذه الشكلية مقبولة لأنها مقررة لمصلحة الجماعة، ومصلحة الجانب المتعاقد نفسه، وهذه هي المصلحة التي يحرص القانون على حمايتها كما هو الحال في الرهن الرسمي إذ يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة على يد موظف أوكل المشرع إليه تلقي هذا الإعراب وهو الموثق.

تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري بالقول:" لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

الثالث: قيد الضرورة: ونجد تطبيقات هذا القيد في نظرية الظروف الطارئة التي تتماشى مع احترام العهود والمواثيق في المعاملات، وتحد من مبدأ سلطان الإرادة، وهذا كله لما للضرورة من أحكام تدفع إلى إعادة النظر في العقد.

الفرع الثالث:المقارنة بين موقف الشريعة الإسلامية وموقف القانون من سلطان الإرادة:

من خلال العرض السابق يتبين لنا أن ما استقر عليه العمل والتشريع في القرن العشرين يتفق في جملته مع ما قرره القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة في القرن السابع الميلادي، وفي هذا الصدد يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله تعالى" ما استقر عليه مبدأ سلطان الإرادة في نهاية تطوافه في الحقوق الحديثة، هو الأسس التي قام عليها اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والقاضي شريح، وابن شبرمة، والاجتهاد الحنبلي، وما جرى من الاجتهادات في الفقه الإسلامي"(46)،هذا من حيث الجملة أما تفصيلا فنقول:

1- في الشريعة الإسلامية كل عقد ورد نص على بطلانه لا يمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين،وبمعنى آخر أن الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة العقود وهي مستنبطة من النصوص الشرعية، أو ما يعود إليها من مصادر تشريعية أخرى،إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح، ولو اتفق المتعاقدان على إبقائه ورضيا بذلك، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الاتفاق على بيع الخمر، أو على التعامل بالربا صحيحا، لأنه يشترط في المعقود عليه أن يكون مشروعا خاليا من الربا.

ومقابل هذا نجد في القانون الوضعي الأحكام التي ليست من النظام العام والآداب هي أحكام مقررة أو مفسرة لإرادة العاقدين وليست أحكاما آمرة ملزمة في كل حال،ولذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافها، ويعتبر اتفاقهما معتبرا، ومقدما على أحكام القانون ومن ثم يصبح صحيحا باتفاق العاقدين ما نص القانون على بطلانه في حالة عدم الاتفاق على خلافه، واغلب أحكام المعاملات المالية من هذا النوع(47).

2- مبدأ سلطان الإرادة الذي تقره جميع قوانين الدول في الوقت الحاضر مر بمراحل عديدة حتى استقر على ما هو عليه الآن، أما الشريعة الإسلامية فإنها من البداية اعترفت بحرية الإرادة، وحررت العقود من جميع القيود الشكلية التي كانت مفروضة عليها في الحضارات

الإنسانية وجاهلية العرب وقت نزول الوحي.

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله " العقد في الفقه الإسلامي يبنى على توافق الإرادتين دون تحفظ، فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد"(48).

الخاتمــة

من خلال العرض السابق لمبدأ سلطان الإرادة يمكن استخلاص النتائج التالية:

1- أن الشريعة الإسلامية عرفت حرية سلطان الإرادة قبل أن تعرفها القوانين التي كانت غارقة في بركة الشكلية الموروثة من القانون الروماني.

2- أن ما استقر عليه الوضع القانوني بعد الثورة الفرنسية، أن إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود دون قيد، وأن ما تتصرف إليه الإرادة وتنعقد عليه، يكون ملزما للعاقدين كالقانون.

3- صحيح من الناحية الفلسفية، أن للإرادة الحرّة للإنسان قيمة عليا، ولكنها ليست وحدها، بل كذلك فان للعدالة قيمة سامية لا يمكن الاستهانة بها، فإذا تعارضت الحرية والعدالة وهما لابد متعارضتين، كان لزاما علينا التوفيق بينهما، وهذا التوفيق ضروري لأن العدالة لا تؤمن عبر الحرية وحدها، بل هي بحاجة إلى قوانين خاصة تحميها من الحرية ذاتها،لان الحرية الكاملة تتعارض مع المنطق السليم، فضلاً عن انه لم يكتب لها وجود أصلا، والتاريخ خير شاهد على ذلك، وهذا كله يقودنا إلى اليقين بأن الحرية المطلقة مبدأ مرفوض.

4- للتوفيق بين احترام حرية الأفراد من جهة، وحماية المجتمع ومصالحه من تسلط الأفراد من جهة أخرى، يجب تدخل القانون للحد من الحرية الفردية بالقدر الذي لا يضر بالمصلحة العامة ومصلحة الطرف الضعيف، من هنا دعت الحاجة إلى وجوب وجود قوانين وشرائع تنظيم الحريات الفردية وتحمي المصلحة العامة التي تعتبر وعاء تجتمع فيه مصالح الأفراد.

5- قيد الشكلية الذي فرضه القانون في بعض التصرفات، كاشتراط الكتابة لإبرام بعض العقود لا يعني الحجر على حرية الأشخاص، وإنما هو حماية للمتعاقد نفسه بتنبيهه لخطورة التصرف المقدم عليه، وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

الهوامش:

(1) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية مجموعة دله البركة جدة المملكة العربية السعودية 1995 ص21 .

(2) انظر السيد علي عبد الحميد فودة ،مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ص14.

(3) انظر: رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص22-23-24،عبد السلام التو نجي، المرجع السابق ج1ص91-92.

(4) سورة البقرة الآية 256.

(5) سورة الكهف الآية 29.

(6) سورة يونس الآية 99.

(7) سورة النساءالآية29 .

(8) محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير الدار التونسية للنشر تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر1984 ج5 ص23-24

(9) محمد ابن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل آي القرآن الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة بيروت لبنان 2000 ج8 ص216 .

(10) محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص27 .

(11) سورة النساء الآية 4.

(12) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج1 ص541.

(13) نقلا عن الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج1 ص541.

(14) الشيخ مجمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية طبعة دار الفكر العربي مصر ص226.

(15) رواه البيهقي في السنن الكبرى ج7 ص249 ح14213، والدارقطني في سننه ج3 ص27 ح98 ، وصححه الألباني انظر إرواء الغليل ج7 ص191 ح2212.

(16) انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ج1 ص154، عبد السلام التونجي، المرجع السابق ج1 ص92-93 .

(17) انظر رضا فرج ، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د ط 1976 ص70.

(18) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ج1 ص154.

(19) انظر: عبد السلام التو نجي، المرجع السابق ج1 ص39، عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ج1 ص155.

(20) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ج1 ص155.

(21) انظر: عبد السلام التو نجي، المرجع نفسه ج1 ص 94 ، عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ج1 ص155.

(22) عبد السلام التو نجي، المرجع السابق ج1 ص94 .

(23) انظر نشوى العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، بيروت لبنان،الطبعة الأولى،2003 ص37.

(24) رواه البيهقي في السنن الكبرى ج6 ص100 ح11325 وأبو يعلى في مسنده ج3 ص140 ح1570 وصححه الألباني، انظر صحيح وضعيف الجامع الصغير ج1 ص1362 ح7662.

(25) رواه ابن ماجة في سننه ج2 ص737 ح2185،و البيهقي في السنن الكبرى ج6 ص17 ح10858، و صححه الألباني أنظر إرواء الغليل ج5 ص125 ح1283.

(26) رواه البيهقي في السنن الكبرى ج7 ص111 ح13423، والدارقطني في سننه ج3 ص221 ح11، و ضعفه الألباني انظر إرواء الغليل ج6 ص251 ح1845.

(27) محمد علي بن حسين المكي المالكي، تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية الطبعة الثانية دار الفكر بيروت لبنان 1983 ج3 ص270-271 .

(28) انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ج4 ص197-198، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج1 ص538.

(29) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه ج1 ص538.

(30) الشيخ مجمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص 233.

(31) سورة النساء الآية 29.

(32) سورة المائدة الآية 1.

(33) الشيخ مجمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق ص 230-231.

(34)ابن تيمية، الفتاوى ،ج3 ص239.

(35) أبو محمد علي ابن سعيد ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام طبعة دار الحديث مصر 1998ج5ص652.

(36) عبد الحليم ابن عبد السلام الحراني، الفتاوى الكبرى الطبعة الثانية دار المعرفة بيروت لبنان ج3 ص236.

(37) سورة المائدة الآية 1.

(38) سورة الإسراء الآية 34.

(39) رواه الترمذي وصححه الألباني انظرالسلسلة الصحيحة 6 / 992 .

(40) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ج 1 ص 160.

(41) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج1 ص585.

(41) انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ج1 ص160-161، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق ج1 ص587.

(43) مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه ج 1 ص587-588.

(44) انظر: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق ص113 ، مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج 1 ص 588.

(45) انظر عبد السلام التو نجي، المرجع السابق ج1 ص95-96.

(46) مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق ج1 ص589.

(47) انظر د. محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص42-43.

(48) السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق ص303.