التراضي كمكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية

د/ محمد بن السايح - جامعة الاغواط – الجزائر

تمهيد:

يُعد العقد من التصرفات الشرعية والقانونية، والذي يلزم لانعقاده تطبيق إرادتين أو أكثر، والأصل في العقود هو الرضائية لأنه المبدأ العام لانعقاد العقد، والقانون قد يستوجب شكلا معينا يتم من خلاله الرضا، وهذا هو اتجاه التشريعات المدنية الحديثة، حيث تسعى إلى التخلص من فكرة العقود العينية واعتبارها عقودا رضائية.

فالتراضي ركن مهم في إنشاء التصرف الشرعي والقانوني الواقع بإرادتين، ويتحدد محل الالتزام العقدي بالإيجاب والقبول، والركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة، أي تراضي المتعاقدين.

لذا سأتناول –بعون الله– تعالى توضيح ما ذكرته ضمن العناوين التالية:

1–وجود التراضي

أ–التعبير عن الارادة

ب–الصيغة التي ينشأ بها العقد

ج–الارادة الظاهرة والباطنة وإنشاء العقد

د–توافق الارادتين

أولا الايجاب

ثانيا: القبول

خاتمة

التراضي

الأصل في العقود تطابق الإرادتين (الإيجاب مع القبول)، ووجود التراضي لازم لصحة التعاقد، لذا كان لابد أن يكون تراضي المتعاقدين صحيحا وخاليا من العيوب، وللوقوف على هذا الركن لابد من بحث التالي:

1-وجود التراضي (صيغة العقد)

يوجد التراضي بتطابق إرادتين (الإيجاب والقبول)، وذلك تعبيرا عن إرادتي طرفي العقد.

وعلى هذا الأساس تكون إرادة الطرفين جادة وعن وعي وإدراك في إحداث أثر شرعي وقانوني، لأن التعبير عن الإرادة يعكس الرضا لدى المتعاقدين، ولا فرق في هذا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ويعتقد الفقهاء في صيغة العقد باللفظ باعتباره المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة[1]، ويكشف الفقه الإسلامي عن وجود التراضي بين طرفي العقد من خلال (الصيغة اللفظية) وتطابق الإرادتين في مجلس العقد.

وقد نص القانون المدني المصري[2] على ما يلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

---

[1]- مصادر الحق للسنهوري جـ 74/1 دار إحياء التراث العربي.

[2]- وذلك في المادة 89 منه.

ويبدو من خلال هذا التعريف تمسك المشرع المصري بمذهب (الإرادة الظاهرة) لأنه لم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين فقط، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين.

وقد نص القانون المدني الجزائري[3] على ما يلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)

فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

ولوجود الرضا لابد من وجود إرادتين، وأن تتطابق إحداهما مع الأخرى متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني[4]، وغالبا ما تتعاقب هاتان الإرادتان فتصدر الإرادة من أحد الطرفين أو لا عارضا على الطرف الآخر أن يتعاقد معه، وهذا هو الإيجاب، ثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها، وهذا هو القبول.

وعلى ضوء هذا الكلام يتحدد البحث في وجود التراضي بدراسة القواعد العامة التالية وهي:

1- وجود الإرادة والتعبير عنها.

2- تطابق الإرادتين.

3- النيابة في التعاقد وتعاقد الشخص مع نفسه.

---

[3]- في المادة 59 منه.

[4]- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية 1987/11/11، ملف رقم: 51440 المجلة القضائية 1992.

2- التعبير عن الإرادة:

لقد اعتنى الفقه الإسلامي بالتعبير عن الإرادة ضمن عنايته بصياغة العقود صياغة حسنة بعيدة عن الشك والريب، لذا نلاحظ أن من القواعد العامة المعروفة في الفقه الإسلامي عدم الشكلية سواء في إنشاء التصرفات القانونية أو في التعبير عن الإرادة.

إلا أن التعبير عن الإرادة لإنشاء أو وصف أو نقل أو إنهاء التصرف القانوني يختلف من حيث الأهمية عند الفقهاء المسلمين.

فقد كثرت عناية فقهاء الإسلام ببيان صيغة العقد، التي تظهر في الإعلان عن إرادة المتعاقد أو لا بلفظه قبل الكتابة أو الإشارة وقبل الفعل (كالبيع بالمعاطاة)، واللفظ أول أداة يعول عليها في الصيغة، حتى أنهم أوجبوا التعبير عن الإرادتين بشكل واصح في الصيغة ووضعوا لها شروطا.[5]

وأفضل الصيغة اللفظ في التعبير عن الإرادة تكون بالفعل الماضي (بعت واشتريت) لأن هذه الصيغة أوضح مظهر التعبير عن إرادة الشخص الحاسمة وهذا لا يمنع قيام الصيغ الأخرى –بعد الرجوع إلى الظروف والملابسات– لانعقاد العقد وهي الصيغ الدالة على الحالة.[6]

[5]– المدخل الفقهي العام: 319/1 –دمشق 1968، ونظرية العقد لأبي زهرة، ص 213.

[6]– المدخل الفقهي العام جـ 324/1 مطبعة ألف باء الديب– دمشق 1968.

وبناء على ذلك فالإشارة بالرأس من غير الأخرس لا تكفي لأن ينعقد العقد مادام يمكن للشخص أن يعلن عن إرادته باللفظ، كما أن الكتابة وحدها لا تكفي لانعقاد العقد إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ لظروف خاصة كبعد المسافة مثلا.[7]

ومن هنا يمكن أن نلخص طرق التعبير عن الإرادة في إنشاء التصرف الشرعي عند فقهاء الإسلام بما يلي:[8]

1- بالأقوال، ولا ينعقد العقد بالأفعال أو الإشارة إلا للعاجز عن التطبيق كالأخرس، وهو ظاهر مذهب الشافعي[9] والظاهرية والذين شددوا على الصيغة اللفظية.

2- بالأفعال الدالة على المقصود كمن يدفع ثوبا لخياط لخياطته تسهيلا على الناس خاصة إذا وجدت قرائن تدل على الرضا وتعلن الإرادة وهذا هو رأي بعض الحنابلة والحنفية.[10]

3- إن التصرف الشرعي ينعقد بكل ما يدل على مقصوده من قول أو فعل أو إشارة، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به، فاللفظ والفعل والإشارة والكتابة تعد طرقا للتعبير عن الإرادة في إنشاء التصرف الشرعي والقانوني، وهو القول الغالب على أصول الإمام مالك وظاهر مذهب الإمام أحمد بن حنبل.[11]

---

[7]- النظرية العامة في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة ص131.

[8]- الشيخ محمود أبو زهرة -الملكية ونظرية العقد ص213-215.

[9]-المجموع: جـ 100/8.

[10]- فتاوى ابن تيمية: جـ 268/3، وشرح فتح القدير: جـ 175/3 لمحمد بن عبد الواحد السيواسي ط/2 دار الفكر بيروت.

[11]- انظر فتاوى ابن تيمية: جـ 267/3-268-271

أما التعبير عن الإرادة في القوانين المدنية فقد نصت المادة (90) من القانون المدني المصري على ما يلي:

1- التعبير عن الإرادة باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

2- ويجوز التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

هذا وقد تناول القانون المدني الجزائري الموضوع بنفس الصياغة اللفظية في المادة (60) من القانون المدني.

ومن هنا نلاحظ الاختلاف في موضوع التعبير عن الإرادة بين الفقه الإسلامي الذي يعتد بالأقوال للقادر عليها وبين القانون المدني الذي يرى أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا لا لبس فيه وقد يكون ضمنيا يقوم على الاستنتاج من خلال الملابسات التي تجعل دلالته واضحة.

ولا شك فإن التعبير الصريح أقوى في التعبير من دلالة الضمني.[12]

أما القانون المدني العراقي والأردني[13] فقد تأثرا بالشريعة الإسلامية في ميدان التعبير عن الإرادة فقد تأثرا بالفقه الحنفي تحديدا، وأوجبا أن تكون هذه الصيغة بالماضي أولا، لأنها تمثل التعبير الصحيح القاطع الدال على حقيقة مقصود الإرادة.

---

[12]- نظرية الالتزام للدكتور أحمد أبي ستيت ص 57.

[13]- انظر المادة (77) من القانون المدني العراقي والمادة (91) من القانون الأردني.

أما صيغة المضارع والأمر فلا ينعقد إلا إذا أريد بهما الحال.

والتعبير الصريح عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل الدال على التراضي أو بطريقة لا تحتمل دلالته على غير المقصود.[14]

3- الصيغة التي ينشأ بها العقد والسكوت المجرد:

الصيغة التي بها ينشأ العقد لها ثلاثة أحوال:

أ- عقد منجز: كالبيع الذي تفيد صيغته في الحال.

ب- عقد مضاف إلى المستقبل: وهو ما كانت صيغته دالة على وجوده في الحال إلا أن أحكامه تتأخر للمستقبل كعقد الإجارة مثلا والتي تبدأ بعد شهر.

جـ- عقد معلق: وهو ما كانت صيغته تفيد تعليق وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل.[15]

إن الفقه الإسلامي يتسم بالنزعة الموضوعية، وأول مظاهر هذه النزعة هو اللفظ أولا قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر تستخلص منه الإرادة.

فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معا في صيغة العقد وللفظ دوره في إثبات التصرفات.[16]

---

[14]- التلفون والتلكس يمكن أن يكونوا أداة دالة على التراضي.

[15]- محمد أبو زهرة -الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص256.

[16]- مصادر الحق للدكتور السنهوري جـ 1/84-85.

وفي الفقه الإسلامي نلاحظ أن صيغة الماضي للفظ هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، لأن إرادة العاقد تكون قد تخطت مرحلة التفكير والتردد والمفاوضات والمساومة إلى مرحلة الجزم والحزم والبت سواء أكان هذا التعبير حصل من الموجب وهو الفعل الأول أو من الثاني وهو القبول.[17]

فالعقد في الفقه الإسلامي ينعقد إذا توافرت أركانه، وقد اعتنى فقهاؤنا بالألفاظ المستخدمة في إنشاء العقد عناية كبيرة، حتى أن عقد الزواج مثلا لا ينعقد إلا بلفظين مشتقين من الزواج إن كان العاقدان يفهمان اللغة العربية (كزوجتك وأنكحتك)، وذلك لقدسيته في القرآن الكريم ولإفهام العاقد على الحقيقة المقصودة من العقد.

والسؤال المطروح هنا: على السكوت المجرد يصلح كصيغة العقد؟ وهل يمكنه التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي؟

إن السكوت المجرد (وهو اليسير الخالي من الملابسات)، لا يمكن أن يعد صيغة للعقد دالا على وجود التراضي بين الطرفين لا في الإيجاب ولا في القبول من حيث المبدأ العام.

فالقابل عندما يسكت، لا نقرأ في سكوته شيئا، ولا يمكن أن ننسب لمن هو ساكت ما لم يقله أو يفعله، وإلا شق على الناس معاملاتهم، وقد قال الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى– (لا ينسب لساكت قول)[18]

---

[17] – الدكتور محمد يوسف موسى –الفقه الإسلامي ص 329–331. ومحمد أبو زهرة –الملكية ونظرية العقد ص 234–235، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ 5/283–284.

[18] – انظر: الأشياء والنظائر في الفروع للسيوطي ص97–98 مطبعة مصطفى 1936.

وهذا المبدأ –وهو منع تفسير السكوت عند القابل بوجود مبدأ الرضا– هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية.[19]

هذا وللقاعدة استثناء مفاده: أن السكوت المجرد يصلح في صيغة القبول للدلالة على وجود التراضي، ويمكن أن يقترن بالإيجاب ويطابقه فيكون صحيحا متى صاحبته ظروف ملابسة تخرج حالة السكوت المجرد عن تجرده إلى حالة يطلق عليها (السكوت الملابس) حينما يلزم في التكلم إقرار وبيان، لذا جاء الشطر الثاني من القاعدة وهو(... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

وللأمثلة على ذلك نقول: لو قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي عليه حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه فإنه يعتبر إجازة له بالقبض، ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع استعادة المبيع ورده وحبسه.[20]

وكذلك إذا أراد شخص شراء مال، وأثناء تسلمه من صاحبه أخبره رجل بأن في المال عيبا فسكت، فسكوته يعد رضا منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس له رده بخيار العيب.[21]

وعلى هذا فإن سكوت المقر له يعد تعبيرا عن الإرادة بوجود الرضا فالسكوت يكون صيغة للقبول من المقر له حين يقر شخص بمال لآخر ويسكت المقر له، وهذا السكوت هو تصديق وقبول بالإقرار.وإذا عرض القاضي اليمين على من توجهت عليه

---

[19] – لامادة (67) وشرحها –انظر شرح المجلة ط 3 ص 47 لسليم رستم باز البيروت 1923، والدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين جـ 4ص 8-9-12، والأشباه والنظائر للسيوطي قاعدة رقم 18.

[20] – انظر المادة (27) من المجلة.

[21] – درر الأحكام شرح مجلة الأحكام –لعلي حيدر ص 59 الكتاب الثاني البيوع وسليم رستم باوذز– شرح المجلة ص 47-48.

في الدعوى بالمعاملات ونكل عنها صراحة كأن يقول: لا أحلف، أو دلالة كسكوته بلا عذر فإن في مثل هذه الحالة يحكم القاضي بنكوله طبقا للمادة (175) من المجلة.

إما إذا كان سكوته كالخرس أو الطرش مثلا، فلا يحكم عليه، ولا يعد سكوته صيغة للقبول.[22]

وهناك أمثلة كثيرة تدل على دلالة السكوت على الرضا واعتباره قبولا ومن هذه الأمثلة:

1- إذا باع شخص مال زوجته أو أحد أقاربه من آخر بحضورها أو بحضوره على أنه له، وسكتت الزوجة أو القريب بعد هذا عن الإدعاء بملكية ذلك المال، فليس للزوجة أو القريب بعد ذلك الادعاء بملكية ذلك المال، لأن السكوت في مثل هذه الحال ليس مجردا وإنما ملابسا، وعدم الاعتراض على البيع إقرار بعدم ملكيتها ذلك المال.[23]

2- إذا ترك شخص مالا عند آخر قائلا له: إن هذا المال وديعة وسكت المستودع، فإن الوديعة تنعقد لأنه لم يرد عمل ذلك صراحة، ويفسر سكوته صيغة للقبول.[24]

3- إذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون الدائن قد أجاز البيع وأصبح الرهن باطلا.[25]

---

[22]- علي حيدر -درر الحكام ص60، وسليم رستم -شرح المجلة ص 1106، والأم للشافعي جـ 6/257-259

[23]- علي حيدر -شرح المجلة- ص 60، وسليم رستم باز -شرح المجلة ص 1106.

[24]- المرجع السابق لعلي حيدر ص 60، وسليم رستم باز ص47.

[25]- المرجع السابق وموضعه، الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ص 97-98 قاعدة 18.

أما القانون المدني

فإن السكوت المجرد هو وضع سلبي، فلا يفيد سكوت الشخص تعبيرا عن وجود الرضا لإنشاء التصرف القانوني أو إنهائه، وهذا ما اتجه إليه الفقه والتشريع والقضاء في دول كثيرة،[26] وعليه فلا يلتزم الساكت بشيء.

وإذا نظرنا إلى المادة (81) من القانون المدني العراقي والمادة (95) من القانون الأردني نجد أن القابل بعد راضيا بما وجه إليه من إيجاب بمجرد سكوته إذا وجدت ظروف ملابسة تحيط بالسكوت المجرد، فيفسر هذا الوضع على أنه قبول بالإيجاب الموجه فينعقد العقد طبقا للنظرية التي أخذ بها كثير من القوانين المدنية العربية، وهي نظرية علم الموجب بقبول القابل، وأن المطابقة التامة للإيجاب شرط لصحة القبول.

وعلى هذا نلاحظ أن نص المادة السابقة في كل من القانون المدني العراقي والأردني هو المادة (76) من مجلة الأحكام العدلية والقاعدة (18) من الأشباه والنظائر للسيوطي، وبالتالي فإن أصل نص المادتين يعود للفقه الإسلامي.

أما في القانون المدني الجزائري،[27] فينص على الإيجاب إذا كان في مصلحة من وجه إليه، كسكوت الموهوب له الذي يعتبر قبولا، فهذا يدل على أن السكوت الملابس يكفي أن يكون قبولا، وهذا تمشيا مع الفقه الإسلامي والقانوني المدني العراقي والأردني.

---

[26] – الوسيط للسنهوري جـ 1 مصادر الالتزام ص 51. د/سليمان مرقس – شرح القانون المدني جـ 2، الالتزامات ص 51، عبد الحي حجازي –النظرية العامة للالتزام جـ 3 ص954-172– مطبعة نهضة مصر.

[27] – انظر المادة: (602) من قانون الإجراءات الجزائية، وقد نصت المادة: (68) من القانون المدني الجزائري على أمثلة للسكوت الملابس الذي يعد قبول.

وفي رأيي المتواضع: أن المادة (68)من القانون المدني الجزائري حين اعتبرت السكوت قبولا جاءت نماذج من الأمثلة كانت غامضة، وطرحت عدة مشاكل بالتفسير وتخضع للسلطة التقديرية الواسعة المخولة للقاضي المدني، ولعل ذلك مرجعه أن المشرع الجزائري لم يوضح ما هي المعاملات أو الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول.

فالسكوت المجرد، هو الموقف السلبي حيث لا ينبئ عن أية دلالة معينة للإرادة، وهذا هو الأصل في قاعدة المعاملات المالية بين الناس، وهذا ما يدعم القاعدة القائلة (لا ينسب لساكت قول)[28]. إلا أن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا، وهذه تكملة أو استثناءات للقاعدة السابقة. وهذا الاستثناء يكون مع ظروف وملابسات يفسر معها السكوت على أنه قبول ويمكن انعقاد العقد به وهو (السكوت الملابس).

واعتقد أن الأفضل ترك الأمر للقاضي لهذا النوع من السكوت، بما له من سلطة تقديرية للوقوف على حقيقة السكوت، وما إذا كان تعبيرا عن الإرادة في القبول أم لا.

وقد يختلف السكوت الموصوف (السكوت الذي يعرض حين يفرض القانون التزاما بالكلام معتبرا أن السكوت رضاء فيتعهد القانون ببيان أحكامه)[29].

وزيادة على ذلك يمكن القول بأن السكوت يمكن أن يكون بمنزلة القبول في إلغاء العقد،[30] أو الإقالة[31] كما ذهب القضاء المصري،[32] وليس فقط في إتمام العقد وإنشائه.

---

[28] – مجلة الأحكام العدلية: جـ 24/1، والتمهيد لعبد الرحيم بن الحسن الآسنوي جـ 451/1ط /الأولى 1400 هـ تحقيق د/ محمد حسن هيتو.

[29] – يرى بعض القانونيين المصريين أن السكوت هو السكوت الموصوف ولا فرق بينهما، ومن أنصار هذا الاتجاه أنظر: الدكتور سليمان مرقص: شرح القانون المدني جـ2– الالتزامات ص 51. والدكتور: رمضان أبو السعود: مبادئ الالتزام ص 54.

4- الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ودورهما في إنشاء العقد

إن صيغة اللفظ عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي التي تكشف عن إرادة المتعاقدين، ومن هنا تميزت بالنزعة الموضوعية لوقوفها عند هذه الإرادة الظاهرة، لأنها المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة.

لكن إذا كان اللفظ يحتمل صيغة الحال والاستقبال فإنه يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة.[33]

إذا نتيجة لاهتمام الفقه الإسلامي بالألفاظ نجده يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة الكامنة في النفس.

وهناك حالات يجب أن تتغلب فيها الإرادة الظاهرة حتما على الإرادة الباطنة وهي: الزواج والطلاق والعتاق،[34] وذلك عملا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)[35].

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام أنه قد يحصل أحيانا عدم التعبير الصحيح عن الإرادة، حيث تتجه إرادة المتعاقد إلى شيء ويعبر لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا لشيء آخر، فتختلف الإرادة الخفية والإرادة الظاهرة، فكيف نعمل؟

---

[30]- إلغاء العقد لحسين عامر ص3-4 ط1 القاهرة.

[31]- الإقالة في حق العاقدين تعتبر فسخا كما نصت المادة (183) من القانون المدني العراقي.

[32]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ 58/2.

[33]- مصادر الحق- للسنهوري جـ 1 ص 84-88-89.

[34]- الوسيط -للسنهوري جـ 1، مصادر الالتزام ص 181، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص 215 دار الفكر العربي 1977، وقد ذكر إجماع العلماء أن عقد الزواج لا يكون إلا بالألفاظ.

[35]- سنن الترمذي محمد بن عيسى الترمذي: 490/3 رقم: 1184 -دار إحياء التراث العربي بيروت- تحقيق أحمد شاكر.

لم تتفق آراء شراح وفقهاء القانون المدني على موقف واحد، فبينما يميل البعض إلى تغليب الإرادة الباطنة، نجد البعض الآخر يذهب إلى تغليب الإرادة الظاهرة، ويمكن القول أن القوانين المدنية تأخذ الإرادة الظاهرة عند إنشاء العقد، وبالإرادة الباطنة عند تفسيره.[36]

إن نظرية الإرادة الباطنة هي السائدة في القوانين اللاتينية، وهي التي أخذ بها القانون اللاتينية، وهي التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي[37]، وإذا كان المقصود بها هو القوة الكامنة في نفس المتعاقد والتي انطوت عليها نفسه لإحداث الأثر القانوني، فإن المراد من هذا هو تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل قوة العقد الملزمة تستند إلى إرادة الشخص ذاته وإلى اعتبارات خلفية وليس إلى اعتبارات خارجية وأما التعبير عنها فهو مجرد دليل قابل لإثبات العكس.[38]

أما الإرادة الظاهرة فإنه يعتد بها استقرارا للمعاملات ولو خالف هذا مبدأ سلطان الإرادة، فالمدرسة الألمانية والتي ظهرت في القرن التاسع عشر تبين أن القانون يعنى بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية حفاظا على سلامة واستقرار المعاملات، ولا يتطلب أصحاب هذه المدرسة أن يأخذ الإعلان ومتى تم الإعلان وصادفه إعلان مطابق انعقد العقد، ولا يقبل بعد ذلك إثبات مخالفة الإعلان لحقيقة الإرادة.[39]

ومن الناحية العلمية فإن الفرق بين النظريتين يظل قليلا، لأي أي تشريع لم ينحز انحيازا كليا لإحدى النظريتين رغم اختلاف النظريتين اختلافا كاملا من حيث الأساس

---

[36]- الدكتور عبد المجيد الحكيم -مصادر الالتزام ص 62.

[37]- الوجيز في نظرية الالتزام -ص26-27 للدكتور محمد حسنين، والوسيط للسنهوري جـ 191/1.

[38]- نظرية الالتزام -للدكتور حشمت أبي ستيت ص 86.

[39]- د/ جمال تركي -النظرية العامة للالتزامات- ص 71-72-73، والوسيط للسنهوري 223-224.

النظري والفلسفي، ويتعين إذا أخذ بإحدى النظريتين عدم إهمال ما تقتضيه النظرية الأخرى، ولو في حدود معينة، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في التقنين المدني الذي أخذ بالإرادة الباطنة مع التخفيف من نتائجها وذلك في المادة (199) من القانون المدني الجزائري. كما أنه في كثير من الحالات اعتد بالإرادة الظاهرة، كما سنرى في إبرام العقد وفي تحديد شرائط صحته (م60-61-62-98-198-334) من القانون المدني فنجد المادة (1/111/ تنص على ما يلي: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين) وهذه العبارة من النص المدني الجزائري تدل على مدى العمل بالإرادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات وتحقيقها للضمانة القانونية والطمأنينة في النفوس.[40]

كما أن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ذهبا في إكمال نظرية الإرادة الباطنة بالإرادة الظاهرة.[41]

أما القانون المدني العراقي فنجد أنه قد أخذ بالإرادتين معا متبعا في ذلك الفقه الإسلامي، ولم يغلب إرادة أخرى على أخرى وهذا واضح من خلال تعريفه للعقد في المادة (83)[42].

5- توافق الإرادتين:

المقصود بتوافق الإرادتين: هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، وعليه يجب علينا التعرف على هاتين الإرادتين وهما: الإيجاب والقبول، لأن باقترانهما يتكون العقد، ولابد

---

[40]- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ 64/1 للدكتور بلحاج العربي.

[41]- الوسيط للسنهوري جـ1. مصادر الالتزام ص 182، والوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمد حسنين ص 27.

[42]- الدكتور حسن الذنوب –النظرية العامة للالتزامات ص 47.

لانعقاد العقد من تطابق الإرادتين تطابقا تاما على محل العقد، وألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول،[43] جاء في البدائع: (وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق)[44]

أولا :الإيجاب

الإيجاب في اللغة: الإثبات[45] وعند جمهور الفقهاء[46] وهو ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً.

أما القبول: فهو ممن يصير له الملك وإن صدر أولا.

وجاء في المجلة [47] أن الإيجاب (هو أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت)، والإيجاب عند الحنفية هو ما وقع أولا من أحد المتعاقدين سواء أكان البائع أو المشتري.

وأما القبول[48] فهو: (ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف به ويتم العقد).

---

[43]- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور السنهوري، جـ 41/2، دار إحياء التراث العربي.

[44]- بدائع الصنائع جـ 5 ص 136 للكاساني.

[45]- التعاريف لمحمد المناوي جـ 554/1 دار الفكر بيروت 1910 ط/الأولى تحقيق الدكتور محمد رضوان الدابة.

[46]- الشرح الكبير للدردير حاشية السوقي: 23/3، وكشاف القناع: 3/2، وشرح المنهج للأنصاري: 180/2 وما بعدها.

[47]- المادة: 101 من مجلة الأحكام العدلية.

[48]- المادة: 102 من مجلة الأحكام العدلية.

أما في القانون المدني فالإيجاب: هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد كما نصت على ذلك المادة (54، و59) من القانون المدني الجزائري، وفي القانون المدني العراقي نجد أن الإيجاب هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين أما اللفظ الثاني فهو القبول وذلك من المادة (1/77) من القانون المدني العراقي، أما القانون المدني الأردني فإننا نجده قد تأثر بالمشرع العراقي في نظره للإيجاب. وذلك على ما تشير إليه المادة (1/91) منه.

ويشترط في الإيجاب أن يكون باتا إذا توافرت شروطه، وإلا اعتبر مرحلة سابقة عليه إذ قد يمر الإيجاب بمراحل كالعرض والمفاوضات وقد يكون باتا فإذا لم يتضمن الإيجاب كامل الشروط والعناصر الأساسية صار الغرض هو (دعوة إلى عمل الإيجاب كما تبين المادة (2/94) من القانون المدني الأردني.

فقد يحصل قبل الاستقرار على الإيجاب البات التفاوض على السعر النهائي حتى يتم الرضا من الطرفين وبعدها ينعقد، ويكون الرضاء النهائي بعد المفاوضات الأولى عليه. وفي مرحلة المفاوضات لا تنهض المسئولية العقدية لعدم وجود العقد أصلا.

ونخلص من هذا إلى أن الإيجاب يكون باتا عند ما تتضمن إرادة الطرف الأول (الموجب) إحداث الأثر القانوني. أما قبل ذلك –أي حينما يكون الإيجاب عبارة عن الدعوة للتعاقد فلا ينعقد العقد إلا بعد وجود النية الجازمة في إحداث الأثر بالإيجاب البات والذي يلتقي مع قبول متطابق ليتجها معا إلى إحداث الأثر القانوني والشرعي بانعقاد العقد.

إذا يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإذا خالفه فإنه لا يعد قبولا، وبالتالي لا ينعقد العقد.[49]

والإيجاب قد يكون دعوة موجهة إلى شخص أو إلى جمهور -أي كافة الناس- كالإعلان عن البضائع عن طريق الصحف والإعلانات التلفزيونية أو واجهات المحلات التجارية، وكإعلان عن البضائع عن طريق الصحف والإعلانات التلفزيونية أو واجهات المحلات التجارية، وكإعلان الشركات والمؤسسات والإدارات المختلفة عن حاجتها إلى موظفين أو أعمال، وكالإعلان في الصحف عن بيع عقارات.

وقد تؤدي هذه الدعوة إلى الدخول في مفاوضات تنتهي إلى مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أية مسئولية عقدية، كما أنه يمكن أن تنتهي المفاوضات إلى إيجاب يطابقه قبول فينعقد العقد.

وعلى هذا فقد وضع القانون المدني الجزائري[50] شروطا للإيجاب بحيث إذا استوفاها كان عرضا كاملا وهذه الشروط هي:

1- أن يكون جازما: أي منطويا على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، وعلى هذا الأساس يفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، وعليه فالإعلان من مزايدة أو مناقصة لا يعتبر إيجابا بل مجرد دعوة، إلى التعاقد، لأن هذا الإعلان لا يتضمن كل العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بينما إذا عرض صاحب محل سلعة

[49]- المدخل الفقهي العام جـ321/1 للأستاذ المرحوم الزرقا ط7-1967، دمشق.

[50]- انظر: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ 71/1-72، د/بلحاج العربي.

مقرونة ببيان أثمانها اعتبر ذلك إيجابا للجمهور، واعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الناس قبولا ينعقد به العقد.

2- أن يكون كاملا: أي يجب أن تتوافر فيه العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حتى ينعقد العقد بمجرد اقترانه به. ففي البيع مثلا لا يعتبر العرض إيجابيا إلا إذا عين فيه الشيء المبيع والثمن كاملا.

والسؤال الذي يطرح الآن هو: هل يمكن للإيجاب الذي استوفى شروطه أن يسقط أم لا؟

وللإجابة على هذا السؤال أقول: إنه يمكن سقوط الإيجاب، واعتباره كأن لم يكن، وهو أمر لا يحدث إلا إذا كان الإيجاب قد اتصل بعلم من وجه إليه، بمعنى أن السقوط لا يرد إلا على إيجاب قد أنتج أثره، أما الإيجاب الذي لم ينتج أثره فيرد عليه الرجوع وليس السقوط.

وعلى هذا يمكن للإيجاب أن يسقط إذا توافرت أحد السباب التالية:

1- رفض صادر ممن وجه إليه الإيجاب.

2- إذا كان معلقا على شرط، وتخلف هذا الشرط.

3- بانقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه دون أن يقترن به قبول.

4- كما يمكن أن يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا انقضى وانفض مجلس العقد[51] ولم يكن الموجب قد عدل عنه، فإذا سقط الإيجاب لأي سبب

[51] - والمراد بمجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين، والملحوظ فيه هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل، وليس المقصود هو المعنى المادي للمكان، انظر الوسيط للدكتور السنهوري -جـ 114/1- مصادر الالتزام.

من هذه الأسباب الأربعة السباقة ثم جاء قبول بعد ذلك، فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا فإذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد،[52] وقد نصت المادة (96) من القانون المدني المصري والمادة (83) من القانون المدني العراقي والمادة (97) من القانون المدني الأردني على أن الإيجاب يسقط إذا صدر القبول معدلا له ويكون القبول إيجابا جديدا

ثانيا :القبول

القبول هو ثاني كلام يصدر عن أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد،[53] وهو التعبير البات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه إذا تطابق مع افيجاب أن ينعقد العقد.

وهو الشق الثاني من العقد الذي يعبر عنه تعبيرا صريحا لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا، أو عن طريق السكوت الملابس كما مر، وقد يعبر عنه بالقبول الضمني وذلك كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه.

ويجب أن تتوفر الشروط التي رأيناها في الإيجاب فيما يتعلق بوجود افرادة واتجاهها إلى

---

[52]- انظر ذلك المادة (66) من القانون المدني الجزائري.

[53]- مجلة الأحكام العدلية: جـ 29/1 جمعية المجلة كارخانة تجارت كتب تحقيق نجيب هواويني.

إحداث أثر قانوني والتعبير عنها.[54] كما يشترط بعض رجال القانون شروطا أخرى كأن يكون القابل حرا، وأن يحصل في وقت مناسب وأن يكون بالشكل الذي اتفق عليه كالكتابة.[55]

هذا وقد يحدد القانون وسيلة واحدة (كالتعبير الصريح بالكتابة) ويتضح هذا في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية وهنا تبرز الشكلية القانونية الكتابية لتبصير المتعاقد بمخاطر هذا التصرف وإلى هذا اتجهت المادة (3/أ/4) من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان في المملكة الأردنية،[56]وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية في المادة 2/أ[57] من القانون العراقي.

وأشير هنا إلى الحرية في القبول والتي نعني بها أن القابل يستطيع أن يقبل الإيجاب أو يرفضه لأن الأصل هو حرية الرفض ولا يجوز البحث عن بواعثه، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، إنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه إذ لا يجوز له في مثل هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع[58].

---

[54] – انظر الدكتور أحمد أبوستيت– نظرية الالتزام في لاقانون المدني ص 100 وما بعدها والدكتور عبد الحي حجازي– النظرية العامة للالتزام جـ 2– مصادر الالتزام ص 166 وما بعدها.

[55] – الدكتور عبد الحي حجازي المصدر السابق ص 168 وما بعدها –ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ 50/2.

[56] – الصادر عام 1977 رقم 23.

[57] – رقم 75 لعام 1967م.

[58] – المجلة الفصلية للقانون المدني الجزائري –لعام 1974 ص 46 وما بعدها.

لذا فإنه في حالة رفض القبول الذي استوفى شروطه بغير بواعث مشروعة فإن الرفض والحالة هذه يعتبر عملا تعسفيا يستوجب تعويض الضرر الذي ينتج عنه.[59]

شروط القبول:

يشترط للقبول الذي ينعقد به العقد شرطان هما:

1- أن يكون القبول مطابقا للإيجاب 2- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب.

الشرط الأول: مطابقة القبول للإيجاب:

وهي أن يصدر القبول موافقا على ما تضمنه الإيجاب من مسائل رئيسة أو ثانوية، ويجب أن يكون القبول جوابا (بنعم) عن الإيجاب، وعلى هذا فلو اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا، وقد نصت المادة (66) من القانون المدني الجزائري على ذلك وإلى هذا ذهب القضاء المصري،[60] كما نصت المادة (85) من القانون المادني العراقي على ما يلي: (إذا أوجب أحد العاقدين يلزم العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب).

ونصت المادة (65) من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط تأثيرها على العقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

---

[59] تعليق بلانيول ص 781، 1976. D.P - نقض مدني فرنسي 9- مارس 1915

[60] - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ 2/96-97، والوسيط للسنهوري -مصادر الإلتزام ص 245.

خاتمة:

نخلص مما سبق إلى ما يلي :

1-أن الرضا عنصر أساسي مكون للعقد

2-أن التعبير عن الارادة لازم في الفقه الاسلامي والقانون المدني للإفصاح عن الارادة

3-أن الارادة الظاهرة والباطنة مكونات مهمة نلجأ إليها حال النزاع للتحقق من العقد.

4-وُجوب توافق الارادتين لإنتاج عقد سليم

5-أن العقد الصحيح مساهم في تفعيل عملية التنمية والعمران.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد

أهم المراجع:

1- مصادر الحق لعبد الرزاف السنهوري دار إحياء التراث العربي –بيروت 1954م

2- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية 1987/11/11، ملف رقم: 51440 المجلة القضائية 1992

3- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا مطبعة ألف باء الديب- دمشق 1968.

4- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة مطبعة الاعتماد بمصر

5- الشيخ محمود أبو زهرة –الملكية ونظرية العقد. دار الفكر العربي.

6- فتاوى ابن تيمية: ، وشرح فتح القدير: لمحمد بن عبد الواحد السيواسي ط/2 دار الفكر بيروت.

7- نظرية الالتزام للدكتور أحمد أبي ستيت

8-القانون المدني الجزائري 1975 والأردني 1971

9-الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم

10- الأشياء والنظائر في الفروع للسيوطي مطبعة مصطفى 1936.

11- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام –لعلي حيدر الكتاب الثاني البيوع وسليم رستم باوذز- شرح المجلة ص 47-48.

12- علي حيدر –درر الحكام وسليم رستم-شرح المجلة ص1106 والأم للشافعي،دار المعرفة بيروت

13- علي حيدر –شرح المجلة- وسليم رستم باز –شرح المجلة.

14- والتمهيد لعبد الرحيم بن الحسن الآسنوي /الأولى 1400 هـ تحقيق د/ محمد حسن هيتو.

15- إلغاء العقد لحسين عامر ط1 القاهرة.
16- سنن الترمذي محمد بن عيسى الترمذي: -دار إحياء التراث العربي بيروت- تحقيق أحمد شاكر.
17- الدكتور عبد المجيد الحكيم -مصادر الالتزام. بغداد1967م
18- الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمد حسنين،
19- نظرية الالتزام -للدكتور حشمت أبي ستيت ص.
20- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: د/ بلحاج العربي. ديوان المطبوعات الجزائرية.
21- الدكتور حسن الذنوب -النظرية العامة للالتزامات. بغداد 1976م.
22- بدائع الصنائع للكاساني. دار الكتاب العربي بيروت 1982م ط/.2
23- التعاريف لمحمد المناوي دار الفكر بيروت 1910 ط/الأولى تحقيق الدكتور محمد رضوان الدابة.
24- الشرح الكبير للدردير حاشية السوقي، وكشاف القناع: ، وشرح المنهج للأنصاري:.