كلية الحقوق
قسم القانون المدني

اختلاف التعبير مع القصد و أثره على تكوين وتنفيذ العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحثة

بدور يوسف محمد عبد المغيث

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ فيصل ذكي عبد الواحد (مشرفاً ورئيساً)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني سابقاً – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ عاطف عبد الحميد حسن (عضوا)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني ووكيل كلية الحقوق الاسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ عطا عبد العاطي السنباطي (عضواً)

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن– كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر

١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

صفحة العنوان

اسم الباحثة : بدوريوسف محمد عبد المغيث

اسم الرسالة : اختلاف التعبير مع القصد و أثره على تكوين وتنفيذ العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

الدرجة العلمية : الدكتوراه.

القسم التابع له : القانون المدني

الكلية : الحقوق.

الجامعة : جامعة عين شمس.

سنة التخرج :

سنة المنح : ٢٠١٨

كلية الحقوق

قسم القانون المدني

رسالة دكتوراه

اسم الباحثة : بدوريوسف محمد عبد المغيث

اسم الرسالة : اختلاف التعبير مع القصد و أثره على تكوين وتنفيذ العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

الدرجة العلمية : الدكتوراه.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ فيصل ذكي عبد الواحد (مشرفاً ورئيساً)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني سابقاً – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ عاطف عبد الحميد حسن (عضوا)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني ووكيل كلية الحقوق الاسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ عطا عبد العاطي السنباطي (عضواً)

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن– كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أُجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية
بتاريخ / /

موافقة مجلس الجامعة
بتاريخ / /

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ

أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ

صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ

فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النمل – الآية ١٩)

إهداء

الي روح ابي الحبيب .....في غيابك لم يكد جرحي يطيب

وروحك بجواري هي لي الطبيب .....وصورتك امامي تخفف فراقك الغريب

فعجبا للقدر امره معي عجيب..... فكنت انت الحبيب والطبيب

وحلم بدا بولادتي .....وأمنية تمنيتها بكل الاماني

تمنيتها ابي وتركتني ووحدتي .....اعاني الالام والأحزان

فتذكرت مايفرحك بإكمال دراستي..... وسبقت الايام والأزمان

وسهرت الليالي وماجفت دمعتي .....فحققت حلمي وحلمك باسمي المعاني

فشكرا لروحك ابي

وموصول الشكر لك امي اكملت الرسالة كما ينبغي شفاك الله وفداك بدمي

وشكرا زوجي الوفي فقد تقاسمت معي متاعب الحياة جزاك الله خير الجزاء

وشكرا لكم اخوتي فقد كنتم المدد والعون في كل الايام والأزمان.

الباحثة

شكر وتقدير

إلى/

- **أولاً وأخيراً إلى الله عز وجل، فله الحمد والشكر حتى يرضى.**
- أما وقد أنهيت كتابة هذه الرسالة، كان حقاً عليَ أن اتقدم بخالص الشكر والتقدير وأسمى عبارات الامتنان لأستاذي الفاضل العالم الجليل القيمة والقامة صاحب الأخلاق الرفيعة **الأستاذ الدكتور/ فيصل زكي عبد الواحد،** أستاذ ورئيس قسم القانون المدني سابقاً – كلية الحقوق – جامعة عين شمس، بقبولي تلميذاً عنده والإشراف على الرسالة وترأسه لجنة الحكم عليها وتقويمها حيث ارتبط اسمي باسم فقيه كبير وعلم من أعلام القانون المدني فمنحني بذلك شرفاً عظيما ووساماً رفيعاً، ويسر لي السبيل وتكرم علي بجهده ووقته، فواكبها منذ بدايتها كفكرة في الذهن إلى أن ظهرت بهذه الصورة التي بين أيديكم والذي وجدته عظيماً في تواضعه كبيراً في ترفعه، عالماً في فكره. ولمست منه اسداء المعروف وسماحة الخلق وطيب المعدن وسخاء النفس. ولا يسعني في هذا المقام، أمام عجزي عن وفائه، إلا أن أدعوا الله عز وجل ان يحفظه ويبقيه للعلم ذخراً ولطلبة العلم عوناً، أسأل الله تعالى أن يجزيك عني خير الجزاء وأن يرفع قدرك وأن يجعل مجهوداتك في ميزان حسناتك، إنه ولي ذلك والقادر عليه.
- كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل القيمة والقامة صاحب الأخلاق الرفيعة معالي **الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني** أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق– جامعة عين شمس، الذي أدين له بالفضل والعرفان، على شموله لى بالرعاية والتوجيه وعلى ما بذله من جهد في القراءة وإبداء الملاحظات السديدة والنصائح القيمة والغالية طوال فترة الرسالة والتي كان لها أعظم الأثر في إتمام هذه الرسالة، فكان نعم المُعلم، فجزاه الله خيرا وبارك له في صحته وعلمه. وأن يجعل مجهودك في ميزان حسناتك، إنه ولي ذلك والقادر عليه.
- كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل المستشار **.د/ عاطف عبد الحميد حسن،** أستاذ القانون المدني– وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة عين شمس، لتفضله بقبول عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة مما سيمنحها تميزا وجودة حيث ستلقى ملحوظاته طريقها السريع إلى هذا العمل فجزاه الله خير الجزاء
- كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل **أ.د عطا عبد العاطي السنباطي** أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن– كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر، لتفضله بقبول عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة مما سيمنحها تميزا وجودة حيث ستلقى ملحوظاته طريقها السريع إلى هذا العمل فجزاه الله خير الجزاء .

الباحثة

المقدمة

١- موضوع الدراسة وأهميته:

الحمد لله الحميد المجيد المبدئ المعيد الفعال لما يريد، أحمده على ما أكرمني به من علم فهو أنفس الأعلاق وأجلّ مكتسب في الآفاق.

وبعدُ؛ قال تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[١] إن العقد من الأمور الهامة التي يعتمد عليها الإنسان في حياته سواء قديما أو حديثا، وهو يتطلب لانعقاده إرادة لدى طرفيه. ومن المتعارف عليه أن إرادة المتعاقد تتكون من عنصرين، أحدهما مادي: وهو التعبير عن الإرادة، والآخر معنوي: وهو القصد. والعنصر المادي لا يمكن للمتعاقد أن يعلم به إلا إذا تكاتف معه العنصر المعنوي، أي لابد أن يعبر المتعاقد صاحب القصد عن هذا الأخير، لأنه لا يمكن إدراكه إلا من خلال التعبير عنه، بحيث يظهر إلى العالم الخارجي. وبناءً عليه يكون الطرف الآخر مطلق الحرية في أن يقبل التعاقد أو يرفضه، أي لديه حرية التعاقد المنبثقة من مبدأ سلطان الإرادة الذي تمتد جذوره إلى القانون الروماني.

فهذا الإفصاح هو ما يمكّن الغير من التعرف على محتوى قصد صاحبه، سواء كان الإفصاح عنه صريحا أو ضمنيا وبأي وسيلة كانت ومن هذا المنطلق،[٢] لابد وأن يكون هذا التعبير أمينًا وصادقًا، أي أن يكون مرآة حقيقية لقصد صاحبه، وبذلك لابد وأن يكون هذا التعبير مشتملاً على معطيات واضحة ومعبرة تمامًا عن قصد صاحبه، وأن يصل هذا التعبير إلى من وجه إليه دون إضافة أو حذف أو تغيير، فعلي المتعاقد إذًا بذل العناية الواجبة في الإعلان عن محتوى قصده، وأن يأخذ في الاعتبار ظروف وملابسات التعاقد مع من يبغي التعامل معه.

---

(١) سورة المائدة: الآية: (١).

(٢) د/فيصل زكي عبد الواحد، ضوابط المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي، مارس ١٩٩٦، ص١٠.

فإذا أراد شخص تكوين علاقة تعاقدية معينة يجب عليه أن يبذل العناية الواجبة في الإعلان عن قصده، من خلال استخدام المادة المعدة لذلك

إلا أنه قد يحدث أن يصدر هذا التعبير على نحو مخالف لقصد صاحبه. لذا آثرت أن أضع يدي على هذه الثغرة. والتي لها. مواقف وصور متعددة وحالات مختلفة.

منهج البحث:

وقداتبعت في دراستي ثلاثة مناهج للبحث:

المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل العلاقة التعاقدية وتحليل القواعد العامة للوصول إلى مفاهيم خاصة تتناسب مع الواقع، والمنهج التأصيلي لتأصيل العلاقة في التشريعات المختلفة، والمنهج المقارن للمقارنة بين التشريعات المختلفة، ومقارنته بموقف فقهاء الشريعة الإسلامية.

إشكالية البحث:

لما كانت الإرادة أمرا باطنيا يدور في النفس، فهي تمر بأربع مراحل:

مرحلة الإدراك ومرحلة التدبر ومرحلة التصميم ومرحلة التعبير، فقد يحدث كما تقدم أن يختلف هذا التدبر والتعبير معا، وقد يكون السبب في هذا الاختلاف هو صاحب التعبير، حيث إنه على سبيل المثال لم يُظهر صفته الحقيقية في التعاقد، وقد يكون السبب هو ناقل الرسالة أو الموجه إليه التعبير، أو إهمال ظروف وملابسات التعاقد، أو أن المادة الخام التي استعملها الشخص لم تكن كافية في توضيح محتوى قصده، كما لو استخدم لغة أجنبية في التعبير عن محتوى قصده[١]، فكل هذه الصور يظهر فيها التعبير مخالفاً

---

(١) د. فيصل عبد الواحد، ضوابط المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي، مارس ١٩٩٦، ص١٥.

لمحتوى القصد، حيث إن التعبير قد صدر من صاحبه على نحو مخالف لما اتجهت إليه نيته أو ما كان يريده من التعاقد[١].

فقد يصدر التعبير على نحو لا يتوافق مع قصد صاحبه [٢].

كما لو كان على سبيل الاستهزاء أو الهزل، كما قد يكون مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض ولم يقصد بالتعبير الإيجاب البات.

كما قد يكون هذا الاختلاف في طبيعة أو مضمون السبب أو صفة المتعاقد، فما موقف الفقه والقضاء من هذه الأمور؟

هل ينفذ العقد وفقا لحقيقة قصد صاحب التعبير، أم وفقا لما فهمه الطرف الآخر من معطيات صاحب التعبير، أم أن العقد سيقع باطلا؟ أم يمكن أن تقدم ضمانات لتتحاشي الإبطال. وتفصيل هذه الصور بطريقة واضحة وصالحة للبيئة القانونية في نظريات قد تناولت هذا الصدد، وأيضًا النظم القانونية اللاتينية والجرمانية، وما قابل كل نظرية من عقبات وانتقادات ومبادئ كانت لها علاقة بأي منهما، كمبدأ حسن النية، واستقرار المعاملات، والثقة في التعامل والائتمان، وتطبيقهم أيضًا أنواع الوكالة، وما قد تسببه في هذا المجال من اختلاف، واستعراض رأي الفقه والقضاء في ذلك، ومقارنة كل نقاط البحث بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ما أمكن ذلك، حتى يمكن اقتراح نتائج دراسية تساعد في وضع حل لكل هذه الإشكاليات.

خطة البحث:

سوف اقوم بتقسيم البحث إلى خمسة فصول بعد الفصل التمهيدي:

حيث تناولت في **الفصل التمهيدي** طرق التعبير عن الإرادة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

---

(١) وتنتشر هذه الظاهره أكثر ما يكون في العقود التي تتم عن طريق المراسلة.

(٢) د. فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص١٤.

وفي الفصل الأول سوف أتناول اختلاف التعبير مع القصد، من خلال مفهوم هذا الاختلاف، وحكم اختلاف معطيات هذا التعبير الصريح بالمعنى المستفاد من ظروف التعاقد، ومفهوم القصد.

وفي الفصل الثاني أتناول حكم اختلاف التعبير مع القصد طبقا لنظرية الإرادة الباطنة وما يترتب عليها من نتائج، وما يقابلها من عقبات والتعرض للمبادئ التي خدمت هذه النظرية من خلال مبحثين.

وفي الفصل الثالث أبين حكم اختلاف التعبير مع القصد طبقا لنظرية الإرادة الظاهرة من خلال أربعة مباحث تتناول مفهوم هذه النظرية وحجج الأخذ بها وتقييم نظريتي الإرادة الباطنة والظاهرة، ومدى تعارض نظرية الإرادة الباطنة مع مبدأ استقرار المعاملات في الشريعة الإسلامية.

وفي الفصل الرابع سوف أوضح مدى تعارض الإرادة الباطنة مع مبدأ استقرار المعاملات وتوضيح موقف الفقه من النظريتين وأيضا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية منهما.

وفي الفصل الخامس

سوف أتناول مظاهر اختلاف التعبير مع القصد والتي تظهر بشكل واضح في المباحث الآتية: المبحث الأول: الدعوة للتعاقد، المبحث الثاني: شخص المتعاقد، محل العقد، المبحث الثالث: اختلاف نوعية الوكالة، المبحث الرابع حكم عبارة المكره والهازل، المبحث الخامس: الطبيعة القانونية لمعيار الاختلاف بين التعبير والقصد. **كما سوف أبين موقف التشريعات المختلفة من أعمال الوكيل المسخر وما انفرد به المشرع الكويتي (حق الخيرة) لمن وجه إليه التعبير المخالف عن قصده.**

وفي النهاية أعرض في خاتمة البحث ما توصلت إليه من نتائج في هذا الصدد، ثم أعرض مقترحات تساعد في حل المشكلة المطروحة للبحث من خلال القواعد القانونية بالاستفادة من مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفصل التمهيدي
طرق التعبير عن الإرادة
في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

الفصل التمهيدي

طرق التعبير عن الإرادة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم:

إن العقد أهم مصدر إرادي للالتزام، فالعقدle contrat عبارة (عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين) [١]. أي لابد من توافق إرادتين أو أكثر وهو ما يعرف بالرضا[٢]، إذًا لو كنا بصدد إرادة واحدة فإنها تكفي لإنشاء التزام كما في حالة الوعد بجائزة وليس عقدا بالمعني القانوني[٣].

ويفرق جانب من الفقه بين العقد والاتفاق[٤]، إذ إن الأول (نوع)، والثاني (جنس)، فالاتفاقconvention له معنى أكثر اتساعًا من العقد، (فهو تلاقي إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه)، إلا أن هذه التفرقة لم تلق قبولاً من الجانب الأغلب من الفقه السائد، إذ يميل الفقه الأغلب والقضاء إلى عدم جدوى التفرقة بين العقد والاتفاق[٥]، وعلى ذلك

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص٥٠ ومابعدها.

(٢) د. محمد لبيب شنب، د. محمد المرسي زهرة، مصادر الإرادية للالتزام، ٢٠١٠، ص٦٥.

(٣) المادة (١٦٢) مدني؛ د. ثروت فتحي إسماعيل، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، ص٣٢.

(٤) د. محمد حسن عبد الرحمن، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، دار النهضة العربية، ص ٣١.

(٥) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، مصادر الالتزام، الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام، (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص١٠. وبذلك ليس بعقد تطابق إرادتين أو أكثر بغير قصد ترتيب أثر قانوني، فدعوة زميل لتناول الطعام قد يلزمه قانونا إذا انصرفت إرادتهما إلى ترتيب هذا الأثر القانوني، وقد لا تلزمهما إذا كانت على سبيل المجاملة، والتعبير عن الظروف والملابسات التي عاصرت تطابق الإرادتين الإنسانية. (السنهوري رقم ٣٨ ص ١١٨).

فإن الفقه يتجه إلى استخدام مصطلحي العقد والاتفاق كمترادفين في مجال المعاملات المالية، شريطة اتجاه إرادتين على الأقل إلى إبرامه بغرض ترتيب أثر قانوني معين[١].

وبناءً على التعريف السابق للعقد، وهو (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين) فإنه يتكون من عنصرين الأول: معنوي وهو (القصد)، والآخر: حسي وهو (التعبير) عن هذا القصد.

فالإرادة، وهي شيء داخلي غير محسوس، لابد من معبر عنها؛ لكي تخرج إلى العالم الظاهري، إذ إنها من الأمور النفسية التي لا يمكن إدراكها، إلا إذا خرجت للعالم الخارجي، وذلك لأن القصد الكامن في النفس لا يرتب آثارا قانونية، إلا إذا تم الإفصاح عنه صراحة أو ضمنا، لأن هذا الإفصاح هو الذي يمكن الغير من التعرف على محتوى القصد، وبناء عليه يكون للغير مطلق الحرية في قبول التعاقد أو رفضه[٢].

إذ إنها هي المعبر الحقيقي عن الرضا الذي هو أهم أركان العقد[٣]، والرضا هو (تطابق إرادتين على أمر معين)، إذ لا يكفي لقيام الرابطة العقدية وجود إرادتين متطابقتين، بل يلزم إلى جانب ذلك أن تكونا صحيحتين، إذ إن الإرادة هي أمر يتخذه الإنسان بمطلق حريته، لكي يرتب أثراً قانونياً معيناً[٤]. وقد نصت المادة (٨٩) من القانون المدني على أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما

---

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر – الأحكام – الإثبات، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص١٥.

(٢) د. فيصل عبد الواحد، ضوابط المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي، مارس ١٩٩٦، ص٣.

(٣) أركان العقد الرضا والمحل والسبب.

(٤) د. محمد إبراهيم الدسوقي، القانون المدني الالتزامات، ٢٠٠٠/٢٠٠١ مكتبة الكتب العربية، ص٣١.

يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة[١]. إذن يتحقق الرضا بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، أي يعبر جميع أطراف العقد المزمع إبرامه عن إرادته ثم تتطابق هاتان الإرادتان[٢]. لذا سوف أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني.

المبحث الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في الشريعة الإسلامية.

---

(١) د. حمدي عبد الرحمن أحمد، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة، ١٩٩٩، ص١٠٠ وما بعدها.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سبق ذكره، ص٧٣. ففي البيع يتكون العقد من إيجاب وقبول.