جامعـــة القاهـــرة
كليـــة الحقـــــوق
الدراســـات العليـــا
قسم القانـون المدنـــي

دور الإرادة المنفـردة كمصـــدر للالتزام
(دراســـة مقارنـــة)

رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق

مقدمة من الباحث

عليّ عبد الرزاق إبراهيم الرَقُم

لجنة الحكم والمناقشة

الأستاذ الدكتور/جابر محجوب علـيّ (مشرفاً ورئيساً)
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/أشرف جابر سيد (عضواً)
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة حلوان

الأستاذ الدكتور/محمد سامي عبد الصادق (عضواً)
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة

١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَٰلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ)

(آية ٥٨ سورة يونس)

تمت مناقشة الرسالة بتاريخ ١٥ أغسطس ٢٠١٨ الموافق ٤ ذو الحجة عام ١٤٣٩ وقررت اللجنة منح الباحث درجة الدكتوراة في الحقوق بتقدير جيد جداً

إهداء

- **إلى أبي – رحمه الله – الذي لا زلت أسير في ظله.**
- **إلى أمي على مجهود السنين رعاية وتربية ودعماً راجية من الله أن تراني حاملاً أعلى الشهادات شاغلاً أعلى الرتب ، أسأل الله أن يرزقني برها ويرضيها عني وأن يمتعها بالصحة والعافية.**
- **إلى زوجتي التي صبرت وساعدت وما قصرت جزاها الله خيراً.**
- **إلى أولادي وإخوتي وأهلي وأصدقائي.**
- **إلى وطني الكويت أدام الله عزها.**

(شكر و تقدير)

ربِّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين .

فالشكر والحمد لله في الأولى والآخرة على ما منّ به عليّ من إنجاز هذا العمل.

ولا يسعني إلا أن أتقدم بأصدق عبارات الشكر والثناء و العرفان بالجميل لكل من قدم لي يد المساعدة بغية تحقيق هذا الجهد النبيل من أساتذتي الأفاضل في مختلف الأطوار منذ طفولتي وحتى إتمام هذه الدراسة، وأخص بالذكر أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور جابر محجوب علي، وذلك لما أفادني به من خبرته الواسعة وثقافته العالية، إذ لم يبخل عليّ بنصائحه القيّمة وتوجيهاته السّديدة، ولم أجد منه إلا الأدب الجم والخلق الرفيع والصدر الرحب.

كما أتقدم بالشكر للسادة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا عليّ بجزء من وقتهم الثمين لقراءة البحث والتعليق عليه بالتوجيهات والنصائح ، وتقويم ما اعتوره من زلل واتمام ما أصابه من نقص كونه عمل بشري لا يخلو من الآفتين.

المقدمة

الحمد لله الذي يستفتح بإسمه كل باب ويصدّر بذكره كل خطاب ، والصلاة والسلام على النبي محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد

فقد اتفقت كلمة الفقهاء على اختلاف شرائعهم ومذاهبهم ونحلهم على أن للإرادة سلطانا وقدرة على تكوين الالتزام وعلى هذا قامت كل الشرائع والقوانين غير أن سلطان الإرادة ليس مطلقا في جميع المجالات إنما تحده قيود وضوابط كثيرة تقتضيها مصلحة الناس ومصلحة المجتمع التي تتمثل في تحقيق إستقرار المعاملات في النظام الإجتماعي والإقتصادي.

فالالتزامات القانونية الناشئة عن الإرادة قد تكون التزامات ناشئة عن تلاقي إرادتين لتكون مانسميه اصطلاحا بالعقد وقد تكون هذه الالتزامات ناشئة عن إرادة واحدة مستقلة ودون أن تكون مرتبطة بإرادة مقابلة وهذه الصورة التي يطلق عليها في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي الإرادة المنفردة وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بالعهد أو الإيجاب غير المقترن بالقبول.

وإذا كانت فكرة العقد قد لاقت إتفاق الفقهاء من حيث كونه مصدراً للالتزام فإن فكرة الإرادة المنفردة رغم جذورها التاريخية الممتدة من خلال تطبيقاتها المختلفة كما في حالة النذر للالهة وحالة الوعد بجائزة ، إلا أن الخلاف بشأنها مازال مطروحا منذ أن بدأ الاهتمام بها كمصدر للالتزام فقد شهدت الإرادة المنفردة ثورة قانونية كبيرة في القرن التاسع عشر ، بدأت في ألمانيا ، لتضع الإرادة المنفردة مصدرًا بجوار مصادر الالتزام الأخرى.

ولقد اختلفت المدارس الفقهية حول قدرة الإرادة المنفردة على تكوين الالتزام و كان لهذا الخلاف أثرة على المشرعين الا اننا في المجمل العام نلحظ انحسار هذا الخلاف شيئا فشيئا حتي باتت مصدرية الإرادة المنفردة للالتزام من الأمور المسلمة حتي بالنسبة لأشد المدارس الفقهية معارضة لها.

ولقد نظم المشرعون على المستوى المحلي والإقليمي والدولي موضوع الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، بالرغم من اختلاف المدى الذي يمكن أن تصل إليه مصدرية تلك الإرادة فمنهم من جعلها مصدرا استثنائيا للالتزام ومنهم من جعلها مصدرا عاما الى جانب العقد سواء بسواء .

ولعل هذا الاختلاف ناتج عن الخلاف الفقهي حول تلك المسألة ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى إعتبارها مصدراً عاماً من مصادر الالتزام بجانب العقد ومنهم من اعتبرها مصدرا استثنائيا حيث لا

يصلح العقد والمصادر الأخرى ، في حين إتجه جانب آخر لم يلق بعد رواجاً تشريعيا إلى اعتبارها المصدر الإرادي الوحيد والفاعل في تكوين الالتزام حتى في اطار العلاقات التعاقدية.

وفي جانب الفقه الإسلامي فالوضع يأتي على نحو مختلف إذ أن الإرادة المنفردة لها أثر كبير في انشاء الالتزام وغير ذلك من الآثار التي لا تقل أهمية عنه وقد ادعى بعض الباحثين المعاصرين وجود خلاف بين فقهائه حول فكرة الإرادة المنفردة كما هو الوضع لدي فقهاء القانون الوضعي على حول ما سنرى .

وعليه كان لزاماً أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة التحليلية المقارنة بين المنهجين الإسلامي والوضعي

أهمية الموضوع

نظرية الارادة المنفردة بالرغم كونها أداة فاعلة في تكوين أو تعديل أو إنهاء الالتزام الذي يمثل العمود الفقري للقانون المدني ، مع أهمية تطبيقاتها في الواقع العملي في القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، تبقى من الموضوعات التي لم يتطرق لها بشكل كافي ، حيث تلاحظ أن موضوع الإرادة المنفردة لم يلق الحظ الوفير من اهتمام الباحثين المعنيين بالدراسات القانونية والشرعية في الجامعات العربية ، الذين قصروا إهتمامهم بالمقابل على العقد، منزلين الإرادة المنفردة بجانبه منزل الضيف ، الذي يمر عليه القاريء مرور الكرام دون أن ينتبه إلى مدلولها أو يستنتج ما لها من أهمية ، ودليلنا على ذلك عدم وجود رسالة دكتوراة أو ماجستير واحدة بشأنها.

وربما يرجع ذلك في رأي الباحث إلى أن العقد هو الصورة الشائعة في التعامل الإجتماعي والإقتصادي اليومي ، ولعل التحول نحو فكرة الإرادة المنفردة أصبح يأخذ شكلاً متسعاً في الحياة اليومية في الآونة الأخيرة من خلال بعض تطبيقاتها كما في الوعد بجائزة عن طريق وسائل الإعلام والإتصالات الحديثة ، وكذلك الايجاب الموجه للجمهور بالوسائل التقليدية أو المستحدثة.

فكان من المناسب جمع مفردات نظرية الارادة المنفردة من الناحية النظرية والتطبيقية في بحث واحد يسهّل تناولها ويبرز معالمها واضحة ، مع تسليط الضوء على دورها كمصدر للالتزام من خلال بحث يمتزج فيه الفقه الوضعي بالفقه الإسلامي حتى تحصل الفائدة من مقارنة كل جزئية من جزئيات تلك الفكرة في القانون الوضعي مع نظيرتها بالفقه الإسلامي.

الصعوبات التى واجهت الباحث :

رغم أن موضوع الإرادة المنفردة قديم من ناحية التطبيقات ، حديث من الناحية النظرية إلا أن الكتابات المتخصصة فيه قليلة ، حيث لا توجد رسالة دكتوراة بالجامعات العربية بشأن الموضوع حتى الآن ، وأما عن الأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع فهى قليلة جدًا ، رغم أهمية الموضوع من الناحيتين العلمية والعملية– على ما سيأتى لاحقًا في ثنايا البحث– ، على أن الاهتمام قد توجه بصورةٍ ملفتةٍ للنظر الى الوعد بجائزة مع تهميش النظرية ذاتها ودراستها على هامش الوعد بجائز على العكس مما يفترض ، كما أن الكتب الفقهية في مجملها تورد الإرادة المنفردة في كتب مصادر الالتزام في نبذة صغيرة في نهايتها فيما لا يجاوز في كثير منها بضع صفحات ، أضف إلى ذلك ندرة الأحكام القضائية الخاصة بالنظرية وتطبيقاتها .

منهج البحث

١–اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج المقارن–كما أننى لم أقتصر عليه ، وإنما استعنت بالمنهج الوصفي والتحليلى –بين القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي والمقارن ، والفقه الإسلامي ، مع عقد مقارنة بين الجانب القانونى والجانب الشرعى ، لإبراز أوجه الاتفاق ، وأوجه الخلاف ، مع إظهار ما يتميز به فقه على آخر ، أو قانون بلد على بلد آخر[١]، ويقوم منهج البحث على إدراج النصوص القانونية في حالة وجودها ، وتحليلها ، وكذلك أحكام القضاء إن وجدت ، مع ذكر آراء الفقهاء ، ومحاولة ترجيح أحد الآراء ، والأفضلية للرأى الذى تكون أدلته هي الأقوى ، دون التعصب لقانون على قانون آخر ، أو لمذهب على مذهب بعينه.

٢–بالنسبة للشريعة الإسلامية اقتصر البحث على ذكر أقوال المذاهب المشهورة لأهل السنة والجماعة ، مع الإشارة الى رأي غيرهم في بعض المواضع على سبيل الاستئناس ، مقدما في ذلك الأقدم على الأحدث ، فأولها الفقه الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي وانتهاء بالمذهب الحنبلي ، مراعيا توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه مع استقصاء الأدلة وبيان وجه الدلالة ، وذكر ما يرد عليها من مناقشات ، وما يجاب به عنها ، والترجيح في المسائل المختلف فيها مع بيان سببه.

---

١ تم التطرق أثناء البحث الى العديد من قوانين الدول الغربية على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي مع تعديلاته التي أجريت سنة ٢٠١٦ والقانون المدني الألماني في نسخته الصادرة عام ٢٠٠٢ مع آخر التعديلات حتى سنة ٢٠١٣ ، والإيطالي وكذلك بعض قوانين الدول العربية على سبيل المثال القانون المدني الاردني والقانون المدني اليمني والقانون المغربي والتونسي ، وكذلك بعض مشروعات القوانين كمشروع القانون الفرنسي الإيطالي وكذلك مشروع القانون العربي الموحد.

٣-وقد قسمت البحث تقسيما راعيت فيه ما يحقق الغرض منه وهو بيان دور الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام متدرجا في ذلك فجعلت التمهيد عن مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ثم انتقلت الى الباب الأول متناولاً الإرادة المنفردة ببيان ماهيتها وعناصرها وأهم وظائفها وبيان دورها كمصدر للالتزام بصفة خاصة ذاكرا خلاف فقهاء القانون الوضعي والفقه الإسلامي حول مصدرية الإرادة المنفردة للالتزام والدور الذي تحتله بين المصادر الأخرى ، ثم الباب الثاني متناولاً أهم تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

يأتي تفصيل خطة البحث على النحو التالي:

فصل تمهيدي: مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المبحث الأول: مصادر الالتزام في القانون الوضعي.

المطلب الأول: التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام

المطلب الثاني: التقسيم الحديث لمصادر الالتزام.

المبحث الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

الباب الأول: نظرية الإرادة المنفردة ودورها كمصدر للالتزام.

الفصل الأول: ماهية الإرادة المنفردة وتمييزها عن الانظمة المشابهة وبيان أهم وظائفها.

المبحث الأول: ماهية الإرادة المنفردة وبيان عناصرها وتمييزها عن الانظمة المشابهة.

المطلب الأول: تعريف الإرادة المنفردة وبيان عناصرها.

المطلب الثاني: تمييز الإرادة المنفردة عما يشتبه بها من أنظمة قانونية.

المبحث الثاني: وظائف الاردة المنفردة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: وظائف الإرادة المنفردة في مجال العلاقات التعاقدية.

المطلب الثاني: وظائف الإرادة المنفردة في مجال الحقوق.

المطلب الثالث: ما اختصت به الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي من وظائف.

الفصل الثاني: فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة بين المعارضة والتأييد.

المبحث الأول: موقف الفقه الوضعي والفقه الإسلامي من فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة.

المطلب الأول:- الإتجاه المؤيد لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني:- الإتجاه المعارض لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.

المبحث الثاني- موقع الإرادة المنفردة بين مصادر الالتزام في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام

المطلب الثاني: الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام

المطلب الثالث: الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية

الباب الثاني: تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

الفصل الأول: تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي وموقف الفقه الإسلامي منها

المبحث الأول: الايجاب الملزم

المطلب الاول: بيان ماهية الايجاب الملزم وأحكامة والتفرقة بينه وبين الوعد بالعقد.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للايجاب الملزم .

المطلب الثالث: الايجاب الملزم في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني الوعد بجائزة

المطلب الأول : تعريف الوعد بجائزة وبيان أركانه وأحكامه .

المطلب الثاني : بيان الطبيعة القانونية للوعد بجائزة .

المطلب الثالث: الوعد بجائزة في الفقه الإسلامي (الجعالة).

الفصل الثاني: تطبيقات الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: التطبيقات المالية.

المطلب الأول: الكفالة.

المطلب الثاني: الوقف.

المبحث الثاني: التطبيقات غير المالية .

المطلب الأول: الإيلاء.

المطلب الثاني: الظهار.

الخاتمة:

قائمة المراجع:

الفصل التمهيدي

مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

حيث أن موضوع الدراسة يتحدد في دور الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، فإنه من ثم يتعين وكمدخل للدراسة ، بيان مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، وهذا ما سنوضحه في هذا الفصل من خلال مبحثين :

المبحث الأول: مصادر الالتزام في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مصادر الالتزام في القانون الوضعي

يراد بمصادر الالتزام الوقائع القانونية التي يترتب على وجودها نشوء الالتزام[1] ، فعقد البيع هو مصدر التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بالتسليم والعمل غير المشروع هو مصدر التزام فاعله بالتعويض عما أحدث من ضرر.

وقد مرت مصادر الالتزام في القانون الوضعي بعدة مراحل من التطور بدءا من القانون الروماني وحتى العصر الحديث ، ولكل مرحلة كان لمصادر الالتزام شكل وتقسيم خاص يميزها ، ويمكن رد تلك المراحل إجمالا إلى مرحلتين الأولى التقسيم التقليدي والثانية التقسيم الحديث وسنتولى دراسة كل مرحلة منهما في مطلب مستقل.

المطلب الأول

التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام

بدأ تطور هذا التقسيم من القانون الروماني حتى وصل إلى القانون الفرنسي الجديد مروراً بالقانون الفرنسي القديم وسنتناول تلك المراحل الثلاث في فروع متتالية .

الفرع الأول

القانون الروماني

كان للالتزام في القانون الروماني ثلاثة مصادر أولها الجريمة وهذه لم تكن تصدق إلا على جرائم محددة على سبيل الحصر ، إذ كان ينص على أنه يجب على الشخص دفع مبلغ كذا إذا ارتكب جريمة كذا، والمصدر الثاني هو العقد ، وهو يشمل أيضا عقودا معينة محددة على سبيل الحصر ، منها الشكلي ومنها العيني وبعضها رضائي إضافة إلى الاتفاقات البريتورية والشرعية[2] ، وثالث هذه المصادر عرف بـ (الأسباب الأخرى) وكانت تتضمن الالتزامات التي لا يمكن ردها إلى المصدرين الأولين[3] .

---

١ د/جابر محجوب علي ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادرالالتزام، المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة ، دراسة في القانون القطري مقارنة بالقانون المصري ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥م ، ص١٨.

٢ د/عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦م ، ص٢٣

٣ في هذا المعنى:

– د/أحمد حشمت أبو ستيت ،نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة١٩٥٤م ، ص٢٧.

– د/عبد المنعم فرج الصده ،السابق ، ص٣٤.

وقد أضيف هذا المصدر الأخير إلى القانون الروماني بعد أن كانت مصادر الالتزام مقصورة على الجريمة والعقد ، نتيجة لتطور المجتمع وعدم إمكان رد كافة الالتزامات المستحدثة إلى هذين المصدرين[١] .

وقد حاول أحد فقهاء القانون الروماني (جاييس) أن يرتب مفردات هذا المصدر الحديث بعد أن لاحظ أن بعضها يمثل أعمالاً مشروعة وبعضها يمثل أعمالاً غير مشروعة ، فذهب إلى وضع الالتزامات الناشئة عن أفعال مشروعه إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقود وليس من ضمنها لكونهما متفقان من حيث الحكم والأثر، وعبر عن ذلك بقوله إن الملتزم يلتزم كما لو كان قد تعاقد Quasi Ex Contractu Tenetur[٢] ، كما وضع الالتزامات الناشئة عن عمل غير مشروع إلى جانب الالتزامات الناشئة عن الجرائم ، وليس من ضمنها ، لكونهما متفقان من حيث الحكم والأثر كذلك ، وعبر عن ذلك بقوله: إن الملتزم يلتزم كما لو كان الفعل المنسوب إليه جريمة Quasi Ex Delicto Tenetur

على أن الفقيه المذكور في واقع الأمر لم يكن يقصد برأيه هذا أن يجعل التشابه ملحوظا من حيث المصدر وإنما من حيث الحكم والأثر[٣].

وقد أخذ جستنيان تقسيم جاييس ولكنه حور في الألفاظ تحويرا ولو أنه لا يغير المعنى إلا أنه في الواقع كان مصدر الخطأ الذي أدى إلى التقسيم التقليدي فتكلم عن التزامات تنشأ كما لو كانت قد نشأت عن عقد أو عن جريمة وعلى كل فإن أي من هذين الفقيهين لم يستعمل تعبير (شبه العقد) ولا (شبه الجريمة)[٤] .

الفرع الثاني

القانون الفرنسي القديم

تطورت في ظل القانون الفرنسي القديم الفكرة المذكورة التي وضعها الفقيه جاييس Cauis والتي بلورها من بعده واضعو مجموعة (جستنيان ولعل هذا التطور كان نتيجة تعديل في التعبير الروماني على أيدي جماعة من المفسرين أدى إلى تبديل في المعني[٥] ، "فبدلاً من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة Quasi Ex Delicto قيل إن هناك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة Ex Quasi Delicto وبدلا من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن

---

١ في هذا المعنى د/أحمد حشمت أبو ستيت ،السابق ، ص٢٧

٢ في هذا المعنى:

– د/أحمد حشمت أبو ستيت ،السابق ، ص٢٧ .

– د/محمود المظفر نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية دراسة مقارنة في ضوء التقنينات العربية وفقه الشريعة الإسلامية ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، جده ، ٢٠٠٢ ، ص٢٠.

٣ د/محمود المظفر ، السابق ، ص ٢٠ .

٤ د/عبد المنعم فرج الصده ، السابق ، ص٣٤.

٥ د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص ٣٤.

العقد Quasi Ex Contractu قيل بأن هناك التزامات تنشأ عن شبه العقد ex Quasi Contractu ، الأمر الذي أدى إلى ظهور مصطلحين جديدين جديرين بالاعتبار لمصادر الالتزام هما شبه الجريمة وشبه العقد وذلك بسبب تقديم كلمة (ex)على كلمة (quasi)"[1].

وبهذا انتقل التشابه في الحكم والأثر إلى المصدر نفسه ، وعليه أصبحت مصادر الالتزام في ظل هذا القانون أربعة مصادر ، العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة إضافة إلى مصدر خامس وهو ما سمي بالمصادر أو الأسباب الأخرى أو القانون كما أطلق عليه البعض ، وكان يندرج تحته كافة الالتزامات التي لا يمكن ردها إلى المصادر الأخرى ، مثل الالتزامات التي لا تنشأ من فعل الإنسان كالالتزام بالنفقة[2].

الفرع الثالث

القانون الفرنسي الجديد (قانون نابليون)

اعتمد بوتييه الترتيب الذي وصل إليه مفسرو القانون الروماني ، وجعل مصادر الالتزام خمسة ، العقد وشبه العقد والجريمة وشبه والجريمة والقانون ، وعن بوتييه نقل المشرع الفرنسي في القانون المدني الصادر سنة ١٨٠٤م[3].

وقد نقل هذا التقسيم كذلك قوانين أخرى تأثرا بالقانون الفرنسي وإن اختلفت التعبيرات في تسمية تلك المصادر ، مثل قانون الالتزامات والعقود التونسية الصادرة سنة ١٩٠٦[4] ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي المطابق للمجلة المذكورة[5] وكذلك قانون العقود والموجبات اللبناني الصادر سنة ١٩٣٤م[6].

---

١ د عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد ص٢٧ ، أشار إليه د/محمود المظفر السابق ص٢١.

٢ في هذا المعنى:

- د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص٢٨.
- د/عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني مصادر الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤م ، ص٤ ، وذكر سيادته أن المصادر في القانون الفرنسي القديم كانت أربعة فقط ، العقد والجريمة (و كانت تشمل شبه الجريمة) شبه العقد والقانون .

٣ في هذا المعنى د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص ٢٨ ، د/عبد المنعم فرج الصده ، السابق ، ص ٣٤، د/محمود المظفر ، السابق ، ص ٢٢.

٤ حيث نصت مجلة العقود والالتزامات التونسية في الفصل الأول من العنوان الأول في أسباب تعمير الذمة ، من الكتاب الأول فيما تعمر به الذمة مطلقا ، على أن(تعمير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها).

٥ حيث نص قانون العقود والالتزامات المغربي في الفصل ١ من القسم الأول مصادر الالتزام من الكتاب الأول الالتزامات بوجه عام على (تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وأشباه الجرائم).

٦ حيث نص قانون الموجبات اللبناني في المادة ١١٩ على أن (تنشأ الموجبات:
١) عن القانون.

المطلب الثاني

التقسيمات الحديثة لمصادر الالتزام

ظهرت التقسيمات الحديثة لمصادر الالتزام على إثر ما وجه للتقسيم التقليدي من انتقادات على نحو ما سنذكر في الفرع الأول ، مما أدى لمحاولات البحث عن بديل لهذا التقسيم أكثر دقة، نذكرها بالفرع الثاني، وسنخصص الفرع الثالث لذكر الأصل الذي يمكن أن يرد اليه التقسيم الحديث لمصادر الالتزام.

الفرع الأول

الانتقادات الموجهة للتقسيم التقليدي

ظل الترتيب التقليدي بعيدا عن سهام النقد لفترة طويلة لما "يتسم به من مظهر منطقي فهو يقوم على فكرتين: الاختيارية والمشروعية ، فشبه العقد يشتبه بالعقد لتوافر هاتين الخصيصتين فيه والجريمة وشبه الجريمة يقابلان العقد وشبه العقد لعدم توافر المشروعية فيهما والجريمة تقابل شبه الجريمة في توافر العمد(الاختيارية) في الأولي دون الثانية"[1].

وقد بدأت حملة الفقه على الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام منذ القرن التاسع عشر على يد الفقيه توليه وإن ظل نقده عديم الأثر حتى جاء الأستاذ بلانيول وحمل لواءها وهاجم الترتيب التقليدي بقوة لم يستطع معها أن يقف على قدميه فانهدم بعد أن عمر طويلا[2].

وقد ارتأى بلانيول أنه بإمعان النظر في مصطلحي شبه العقد وشبه الجريمة يتبين ضعف ذلك التقسيم وعدم دقته ، فالمصدر المسمي بشبه العقد لا يشتبه بالعقد بأي وجه فبينما يقوم العقد على الإرادة فإن ما أُدرج تحت شبه العقد لا تظهر فيه الإرادة باعتبارها منشأ الالتزام ، فالتزام رب العمل برد ما أنفقه الفضولي ليس عملا إراديا بالنسبة للمدين حيث أن مصدر الالتزام يبحث عنه في إرادة المدين لا إرادة الدائن ، وإنما يقوم هذا الالتزام على الإثراء بلا سبب ، كما أن شبه الجريمة لا يختلف عن الجريمة في الأثر المترتب على كل منهما وهو لزوم تعويض المضرور ومن ثم فلا داعي للفصل بينهما واعتبار كل منهما مصدراً مستقلاً[3].

---

٢) عن الأعمال غير المباحة (كالجرم أو شبه الجرم).
٣) عن الكسب غير المشروع.
٤) عن الأعمال القانونية.)

١ د/ إسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ١٩٦٨ ، ص٢٢.

٢ د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص ٣٠ .

٣ في هذا المعنى د/ إسماعيل غانم ، السابق ، ص٤٣ ، نقلا عن بلانيول المجلة الانتقادية ١٩٠٤ ص ٢٢٤-٢٣٧ ، وانظر في نقد هذا التقسيم د/عبد الحي حجازي ، السابق ، ص٥ ،٦ ، وأيضا د/أحمد حشمت أبو ستيت ،السابق ، ص٢٩ ، ٣٠ ،د/عبد المنعم فرج الصده ،السابق ص ٣٤ ،٣٥.

كما أدى التطور الحديث في فكرة الالتزام ، إلى إضافة نعي آخر على هذا التقسيم إذ أنه ناقص لأنه لا يذكر الإرادة المنفردة من بين مصادر الالتزام[١].

وقد دفعت تلك الانتقادات الفقهاء ومن ورائهم المشرعون إلى البحث عن تقسيمات بديله عن التقسيم التقليدي تكون أكثر منطقية على نحو ما سنرى.

الفرع الثاني

التقسيمات الحديثة لمصادر الالتزام

كان نتيجة الانتقادات التي وجهت للتقسيم التقليدي لمصادر الالتزام ، السابق الاشارة إليها، أن أهمل هذا التقسيم وقد بذلت الجهود لإيجاد تقسيم آخر وقد انتهت تلك المحاولات في رأي "الكثرة الغالبة من الشراح" [٢] إلى أن مصادر الالتزام خمسه وهي العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، ونص القانون.

وإذا كان هذا ما وصل إليه الفقه من تقسيم لمصادر الالتزام ، إلا أنه يلاحظ أن معظم التشريعات الحديثة ، وإن سارت على هذا التقسيم ، إلا أنها لم تعد تورد نصاً خاصاً تقر فيه أي تقسيم لمصادر الالتزام ، وانما باتت تكتفي بإيراد مصادر الالتزام في فصول متعاقبة[٣]، وإلى هذا أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي حيث قالت (والواقع أن أحدث التقنيات ، ولاسيما ما كان منها جرماني النزعة ، لا يورد في النصوص تقسيماً للمصادر ، بل إن المشروع الفرنسي الإيطالي ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية انتهي إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونعى على التقسيم الذي اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانبته للمعقول ، وقد برر واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إعراضهم عن التقسيم ونبذهم للأحكام الواردة في المادة ١٣٧٠ في التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذي اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية) .

واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا (والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجري على التقسيم التقليدي أو أن يحل محله تقسيما أكثر اتفاقا مع المعقول والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه في الإبداء والتصوير)[٤] وقد جاء

---

١ في هذا المعنى د/عبد الحي حجازي ، السابق ، ص٦.

٢ د/أحمد حشمت أبو ستيت ، السابق ، ص ٣١ .

٣ من التشريعات التي خالفت ذلك وأوردت تقسيم المصادر بنص خاص ، مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، القانون الالتزامات والعقود المغربي السابق الإشارة إليهما ، وكذلك القانون المدني اليمني.

٤ القانون المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ، الالتزامات ، مصادر الالتزام ، مطبعة دار الكتاب العربي ، دون تاريخ ، ص٤ بالهامش.