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

فهرس البحث

المقدمة..... ١

الفصل التمهيدي: مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ٦

المبحث الأول مصادر الالتزام في القانون الوضعي..... ٧

المطلب الأول التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام ٧

الفرع الأول القانون الروماني..... ٧

الفرع الثاني القانون الفرنسي القديم..... ٨

الفرع الثالث القانون الفرنسي الجديد (قانون نابليون) ٩

المطلب الثاني التقسيمات الحديثة لمصادر الالتزام..... ١٠

الفرع الأول الانتقادات الموجهة للتقسيم التقليدي ١٠

الفرع الثاني التقسيمات الحديثة لمصادر الالتزام ١١

الفرع الثالث الأصل الذي ترد إليه مصادر الالتزام..... ١٣

المبحث الثاني مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي..... ١٥

المطلب الأول مفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي..... ١٦

الفرع الأول العقد..... ١٦

الفرع الثاني التصرف..... ١٨

الفرع الثالث الالتزام..... ١٩

المطلب الثاني مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي..... ٢٢

الباب الأول: نظرية الإرادة المنفردة ودورها كمصدر للالتزام..... ٢٦

تمهيد: ٢٦

الفصل الأول: مفهوم الإرادة المنفردة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة وبيان أهم وظائفها في القانون الوضعي والفقه الإسلامي..... ٢٨

المبحث الأول مفهوم الإرادة المنفردة وبيان عناصرها وتمييزها عن الأنظمة المشابهة.....٢٩
المطلب الأول مفهوم الإرادة المنفردة وبيان عناصرها ٢٩
الفرع الأول مفهوم الإرادة المنفردة ٢٩
الفرع الثاني عناصر الإرادة المنفردة ٣٤
المطلب الثاني التمييز بين الإرادة المنفردة والأنظمة المشابهة.....٣٧
الفرع الأول الإرادة المنفردة والعقد.....٣٧
الفرع الثاني الإرادة المنفردة والاشتراط لمصلحة الغير ٣٩
المبحث الثاني وظائف الإرادة المنفردة.....٤٤
المطلب الأول وظائف الإرادة المنفردة في مجال العلاقات التعاقدية.....٤٥
الفرع الأول إقامة العقد بإرادة منفردة.....٤٥
الفرع الثاني تأكيد العقد أو تثبيته بالإرادة المنفردة.....٤٧
الفرع الثالث إلغاء العقد بالإرادة المنفردة.....٥٢
المطلب الثاني وظائف الإرادة المنفردة في مجال الحقوق.....٥٩
الفرع الأول اكتساب الحقوق بالإرادة المنفردة ٥٩
الفرع الثاني إسقاط الحقوق بالإرادة المنفردة.....٦١
المطلب الثالث وظائف الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ٦٨
الفرع الأول الوظائف المالية.....٦٩
الفرع الثاني الوظائف غير المالية ٧٧
الفصل الثاني: فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة بين المعارضة والتأييد في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.....٨٩
المبحث الأول موقف الفقه الوضعي والفقه الإسلامي من فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة.....٩٠
المطلب الأول الإتجاه المؤيد لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي ٩١

الفرع الأول بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي ٩١
منطوق الرأي : ٩١
أدلة هذا الرأي :.....٩٨
الفرع الثاني بيان رأي وأدلة المؤيدين لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي..... ١٠٠
منطوق الرأي : ١٠٠
أدلة هذا الرأي :..... ١٠٣
المطلب الثاني الإتجاه المعارض لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي
..... ١٠٩
الفرع الأول بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الوضعي ١٠٩
منطوق الرأي : ١٠٩
أدلة هذا الرأي :..... ١١٣
الفرع الثاني بيان رأي وأدلة المعارضين لفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ... ١١٩
منطوق الرأي: ١١٩
أدلة هذا الرأي:..... ١٢٠
المطلب الثالث المناقشة والترجيح..... ١٢٢
الفرع الأول مناقشة الأدلة..... ١٢٣
الفرع الثاني الترجيح..... ١٣٣
المبحث الثاني موقع الإرادة المنفردة بين مصادر الالتزام في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي ١٤٢
المطلب الأول الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام..... ١٤٢
الفرع الأول الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام في الفقه الوضعي..... ١٤٢
الفرع الثاني الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام في الفقه الإسلامي..... ١٤٩
المطلب الثاني الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام..... ١٤٩

الفرع الأول الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام في الفقه الوضعي ١٥٠
الفرع الثاني الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام في الفقه الإسلامي ١٦١
المطلب الثالث الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية ١٦٢
الفرع الأول الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية في الفقه الوضعي ١٦٢
الفرع الثاني الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية في الفقه الإسلامي ١٦٩
الباب الثاني تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ١٧٩
الفصل الأول: تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي وموقف الفقه الإسلامي منها .. ١٨٠
المبحث الأول الإيجاب الملزم ١٨١
المطلب الأول بيان ماهية الايجاب وخصائصة ومدى لزومه ١٨١
الفرع الأول ماهية الايجاب وما يميزه من خصائص ١٨١
الفرع الثاني القوة الملزمة للإيجاب ١٨٨
المطلب الثاني الطبيعة القانونية للإيجاب الملزم ٢٠٩
الفرع الأول نظرية العقد التمهيدي ٢١٠
الفرع الثاني نظرية المسئولية التقصيرية ٢١٢
الفرع الثالث نظرية الالتزام القانوني ٢١٥
الفرع الرابع نظرية الإرادة المنفردة ٢١٧
المطلب الثالث الإيجاب الملزم في الفقه الإسلامي ٢٢٠
الفرع الأول مدى لزوم الايجاب المطلق ٢٢١
الفرع الثاني مدى لزوم الإيجاب المقترن بأجل للقبول ٢٢٩
المبحث الثاني الوعد بجائزة ٢٣١
المطلب الأول ماهية الوعد بجائزة وبيان أركانه وأحكامه ٢٣٣
الفرع الأول ماهية الوعد بجائزة وبيان أركانه ٢٣٣

الفرع الثاني أحكام الوعد بجائزة..... ٢٤٣
المطلب الثاني الطبيعة القانونية للوعد بجائزة..... ٢٥٤
الفرع الأول النظرية التعاقدية..... ٢٥٤
الفرع الثاني نظرية الالتزام القانوني ٢٦٢
الفرع الثالث نظرية الإرادة المنفردة..... ٢٦٢
المطلب الثالث الوعد بجائزة في الفقه الإسلامي (الجعالة)..... ٢٦٦
الفرع الأول ماهية الجعالة وأدلة مشروعيتها ٢٦٦
الفرع الثاني أركان الجعالة ٢٧٤
الفرع الثالث طبيعة الجعالة من حيث لزومها بالنسبة للعامل أو الجاعل ٢٧٩
الفصل الثاني: تطبيقات الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ٢٨٢
المبحث الأول التطبيقات المالية للارادة المنفردة ٢٨٣
المطلب الأول الكفالة..... ٢٨٣
الفرع الأول ماهية الكفالة وبيان مشروعيتها..... ٢٨٣
الفرع الثاني بيان ركن الكفالة والأثر المترتب عليها ٢٨٧
المطلب الثاني الوقف..... ٣٠١
الفرع الأول بيان ماهية الوقف ومدى مشروعيته ٣٠١
الفرع الثاني ركن الوقف والأثر المترتب عليه..... ٣٠٧
المبحث الثاني التطبيقات غير المالية للإرادة المنفردة..... ٣١٨
المطلب الأول الإيلاء ٣١٨
الفرع الاول ماهية الايلاء وصيغته ٣١٩
الفرع الثاني الأحكام المترتبة على الايلاء ٣٢٢
المطلب الثاني الظهار..... ٣٣٠

الفرع الأول ماهية الظهار وركنه..... ٣٣١
الفرع الثاني الأحكام المترتبة على الظهار..... ٣٣٧
الفرع الثالث كفارة الظهار..... ٣٤٣
الخاتمة..... ٣٥٧
قائمة المراجع..... ٣٦٣
فهرس البحث..... ٣٨١

ملخص

دور الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام

(دراسة مقارنة)

اعداد الباحث /عليّ عبد الرزاق الرقم

تناول البحث دور الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في فصل تمهيدي وبابين متتاليين.

تناول الفصل التمهيدي الحديث عن مصادر الالتزام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ومراحل تطور تقسيم تلك المصادر وانتهى البحث إلى أن مصادر الالتزام اجمالاً تنحصر في مصدرين هما التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وتفصيلا في خمسة مصادر وهي العقد والارادة المنفردة والاثراء بلا سبب والمسؤولية التقصيرية والقانون.

وقد تناول الباب الأول بيان ماهية الإرادة المنفردة وتمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة وبيان أهم وظائفها غير إقامة الالتزام في الفصل الأول ، وخصص الفصل الثاني للخلاف الفقهي الوضعي والإسلامي حول فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة وانتهى إلى قدرة الارادة المنفردة على إقامة الالتزام واعتبارها مصدراً من مصادره ، كما تناول البحث الخلاف حول موقع الارادة المنفردة بين مصادر الالتزام الأخرى ، وانتهى البحث إلى أن الارادة المنفردة هي المصدر الوحيد لكافة الالتزامات الارادية حتى في إطار العلاقات التعاقدية ، باعتبار العقد وسيلة لربط الالتزامات المتولدة عن الارادة المنفردة للمتعاقدين ، ومع ذلك فقد انتهى البحث إلى أهمية العقد في الحياة العملية ، ولكن ليس باعتباره مصدراً للالتزام على النحو المعهود ، بل باعتباره سبباً أو أداة للزوم الالتزامات المتولدة عن الإرادة المنفردة لأطرافه ،

كما انتهى البحث إلى أن المعيار المناسب للوقوف على مدى حاجة الارادة المنفردة للدخول في ارتباط تعاقدي من عدمه ، هو التفرقة بين المعاوضات والتبرعات فكلما قصد المتصرف الزام المتصرف إليه بشئ كان لابد من الدخول في علاقة عقدية يترتب عليها لزوم التزامات الطرفين ، أما إذا لم يقصد المتصرف الزام المخاطب بشيء قام التزامه لازما بذاته دون حاجة لإجراء آخر.

وقد تناول الباب الثاني بيان أهم تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون الوضعي وموقف الفقه الإسلامي منها في الفصل الأول حيث تناول المبحث الأول الايجاب باعتباره التطبيق الرئيس للارادة المنفردة في القانون الوضعي مع بيان موقف الفقه الإسلامي منه ، وخصص المبحث الثاني للوعد بجائزة لما أولاه المشرعون والفقهاء من اهتمام وكذلك الجعالة وهي الصورة المقابلة للوعد بجائزة في الفقه الإسلامي مع بيان ما بينهما من اختلاف ، وقد تم تخصيص الفصل الثاني لبيان أهم تطبيقات الارادة المنفردة في الفقه الإسلامي التي لا نظير لها في الفقه الوضعي بعضها ذا طبيعة مالية وهي الوقف والكفالة وبعضها تطبيقات غير مالية وذلك في حالتي الإيلاء والظهار.