أثر اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي للتعاقد

(دراسة في فقه المعاملات و القانون المدني الليبي)

إعداد

د/ المهدي مراجع إسماعيل

أستاذ القانون الخاص – كلية القانون – جامعة عمر المختار

Elmahdi2081@gmail.com

الملخص:

تناولت في هذا البحث اثر اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية للتعاقد في المعاملات المالية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي . فمن المتفق عليه أن الإرادة لها دور مهم في تكوين العقود , وإنشائها وإبرامها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي على حد سواء , وتنقسم الإرادة الى قسمين إرادة حقيقية وهي الإرادة الباطنة التي لا يُطلع عليها , وإرادة ظاهرة وهي التي تُبرر بالتعبير أو ما يقوم مقامه . فقد قسمت الدراسة الى قسمين , القسم الاول تناولت فيه موقف فقهاء الشريعة الاسلامية وبيان آراءهم في ترجيح إحدى الإرادتين على الاخرى , وكذلك كما تناولها الفقه القانوني في إطار النظرية وبالتطرق إلى الأنظمة القانونية المشهورة كالنظام اللاتيني والنظام الانجلوسكسوني (أيضًا موقف التشريعات الوضعية) من النظريتين وصولاً إلى موقف القانون المدني الليبي . أما في القسم الثاني من البحث فتناولت فيه تطبيقات اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي من وراء التصرف في المعاملات المالية وذلك في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الليبي

Abstract :

In this research, I dealt with the apparent will over the hidden will in civil transactions, a comparative study between positive law and Islamic jurisprudence. It is agreed that the will has an important role in the formation of contracts, their

creation and their conclusion in Islamic law and positive law alike, and the will is divided into two parts, a real will, which is the inner will that is not seen, and an apparent will, which is justified by expression or what takes its place. The study was divided into two parts, the first part dealt with the position of the jurists of Islamic law and the statement of their opinions in favoring one of the two wills over the other, as well as dealt with legal jurisprudence in the framework of the theory and by addressing the famous legal systems such as the Latin system and the Anglo-Saxon system (also the position of man-made legislation) from the two theories down to the The position of the Libyan civil law. In the second section of the research, I dealt with the applications of the difference between the apparent will and the hidden will in financial transactions in Islamic law and the Libyan civil law.

مقدمة:

ما من تصرف قانوني يقوم به الانسان لإشباع حاجة من حاجاته الانسانية إلا ويقوم على إرادة عُبر عنها تارة بالإيجاب وتارة أخرى بالقبول, سواء انعقد هذا التصرف بإرادة واحدة أو بإرادتين كما هو الحال في غالبية التعاملات المالية . فالإرادة التي يقوم عليها أي تصرف قانوني , تدخل ضمن إطار الأمور الباطنية الأخرى في الإنسان , والتي لا يستدل عليها إلا من خلال الوسيلة التي استعملت في إظهارها وبيانها , وجعلها ملموسة للطرف الأخر الموجهة إليه . ولكن لما كانت النية أو الارادة أمراً باطنيا لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها ؛ وذلك بما يصدر من مظهرٍ لها , لم يكن في الإمكان الاعتماد عليها شرعًا في إنشاء العقود , والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع عليها , ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة من لفظ أو غيره مما يصدره صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها , لأنه أعرف بما في نفسه من غيره , فكان ما يظهره دليلاً على ما يبطنه . فالنية الحقيقية هي أمر باطن في نفس الانسان , فلا يمكن أن يدور الحكم عليها في إنشاء الالتزامات والعقود مادامت مستكينه لم تظهر, بل الحكم يبنى على مظهر هذه النية من قول أو فعل يدل عليها . ومن هنا تنوعت الإرادة الى نوعين : إرادة باطنة وهي الحقيقية ومناطها ما يختلج النفس من قصد الفعل والرغبة في إنشائه مع الرضا بما يترتب عليه من آثار ومحلها القلب , وإرادة ظاهرة ومناطها الألفاظ أو ما يقوم مقامه من الفعل , وهي ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل إظهارا لعقده ونيته في إنشاء العقد , ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار. واذا اختلفت الإرادتان ولم تتفقا بأن كان التعبير عنها لا يتطابق مع ما بنفس العاقد , ففي هذه الحالة نحن أمام خيارين : الأول هو احترام الإرادة الحقيقية , والآخر هو الاخذ بالإرادة الظاهرة , وكل من هذين الاعتبارين يتعارض مع الاعتبار الآخر فاحترام الإرادة الحقيقية قد ينتهي بالتضحية باستقرار التعامل واستقرار التعامل قد يتنافى مع احترام الإرادة الحقيقية.

مشكلة البحث :

تدور مشكلة البحث حول الاجابة عن عدة تساؤلات منها : في حالة اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي لأحد المتعاقدين أو لكليهما , ما هي الإرادة التي يعتد بها في هذه الحالة ؟ هل هي الإرادة

الظـاهرة (التعبيـر أو الصـيغة) أم الإرادة الباطنة(النيـة) ؟ ومـا هـو موقـف الفقـه الإسـلامي والقـانون من هذه المسألة ؟ وما هي أهم تطبيقات هذه المسألة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ؟

منهج البحث وتقسيم الدراسة :

اتبعنـا فـي هـذا البحـث المـنهج العلمـي التحليلـي المقـارن القـائم علـى اسـتقراء القواعـد الفقهيـة الـواردة فـي الفقـه الإسـلامي ونصـوص القـانون المـدني الليبـي، وعليـه ترتكـز هـذه الدراسـة علـى مطلبـين همـا:- المطلـب الاول : موقـف الفقـه مـن اخـتلاف التعبيـر عـن الباعـث الحقيقـي للتعاقـد . أمـا المطلـب الثـاني: فقـد خصصـته لبحـث تطبيقـات اخـتلاف التعبيـر عـن الإرادة الباطنـة فـي المعـاملات الماليـة. وكمـا أننـي حرصـت علـى ألاَ تخـرج هـذه الدراسـة عـن نطـاق المعـاملات المدنيـة فقهـاً وتشـريعاً وذلـك وفـق التقسـيم الآتي: -

المطلب الأول:- موقف الفقه من اختلاف التعبير عن الباعث الحقيقي للتعاقد .

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي من انحراف التعبير عن القصد الحقيقي .

الفرع الثاني : نظريتي الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة في القانون الوضعي .

المطلب الثاني : تطبيقات اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي في المعاملات المالية .

الفرع الأول : نماذج من تطبيقات التعارض بين التعبير والارادة الباطنة في الفقه الاسلامي .

الفرع الثاني : نماذج من تطبيقات تعارض الإرادتين في القانون المدني الليبي .

المطلب الأول

موقف الفقه من اختلاف التعبير عن الباعث الحقيقي للتعاقد .

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي من انحراف التعبير عن القصد الحقيقي .

"إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفًا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه , ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحيط بها علما , فإذا اجتمع القصد، والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم . هذه قاعدة الشريعة ، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته ، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا

تدخل تحت الاختبار، فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك"[1].

إنَّ مصطلح الإرادة الظاهرة والباطنة لم يذكر في كتب الفقه الاسلامي, ولكن من مناقشة المسائل ذات الخلاف بين التعبير أو النص والإرادة , ثم ورود قاعدتي (العبرة في العقود ..) و (الأمور بمقاصدها) اللتين كانتا مثار جدل عند تفسير التصرف في الفقه الإسلامي , كان من اللازم بيان آراء الفقهاء فيها, والذين كانوا على اتجاهين[2] ، فالبعض يغلب النظرة الموضوعية، والبعض الآخر يغلب النوايا والبواعث الذاتية .

الاتجاه الأول: تقديم وتغليب العبارات الظاهرة على الإرادة الباطنة في العقود حفاظًا على مبدأ استقرار المعاملات؛ لأن الإرادة الباطنة عنصر ذاتي داخلي يهدد المعاملات، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل، وهو ما ذهب إليه الشافعية والظاهرية[3].

فهؤلاء الناظرون للعبارة ويعملون بمقتضاها, لا ينظرون لما يخالفها على أغلب الأحوال , فقد وضح الشافعي أن أصل كل عقد صحيح هو الظاهر, فلا يبطله لا بتهمة ولا بعادة المتبايعين, ويكره النية لهما إذ بظهورها فسد العقد . فبيع الوفاء رهن وليس نقلا للملكية حقيقة بالإرادة الظاهرة المؤيدة بالعرف, ومن وهب بمقابل انتقل العقد للبيع بالإرادة الظاهرة , آية ذلك خروج الملكية بمقابل , فهذه القرائن والتي هي مع وجودها يظهر لنا أن هناك إرادة باطنة, فتظهرها القرائن, إلا أن هذا الفريق لم يعتد بذلك, بل قال هذه ليست قرائن مظهرة للإرادة, بل هي إرادة ظاهرة بذاتها أو بمتعلقها.

الاتجاه الثاني : تغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة عند تعارضهما ، متى كان الطرف الآخر عالمًا بالسبب غير المشروع ، أو كان بإمكانه العلم به ، من خلال الظروف والقرائن المحيطة بالعقد، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، والاحناف والشيعة[4]. مستدلين ببعض القواعد كقاعدة(الأمور بمقاصدها) وقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) , حيث أنها بمثابة تقنين للفقه حسبما ارتآه المذهب الحنفي . وإنْ اختلف الفقهاء في ترجيح المعنى أو اللفظ عند التعارض, إلا أنهم على الأغلب رجحوا المعنى إلا إذا تعلق بالظاهر حق الغير, أو استحال الوصول للحقيقة, فحينئذ يضطر العمل بالظاهر وذلك على سبيل الاستثناء.

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في ترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى إلى ثلاثة أمور :الأول : اختلاهم في الأخذ بنظرية السبب أو الباعث من عدمه ، فمن رأى أن السبب الذى يدعو إلى التعاقد لابد أن يكون مشروعًا فإن لم يكن مشروعًا لم يصح العقد، قال بتقديم الإرادة الباطنة، ومن رأى أن السبب لا تأثير له على العقد إلا إذا كان مصرحا به في صيغة التعاقد قال بتقديم الإرادة الظاهرة .

الثاني: اختلاهم في الأساس الذى يقوم عليه الإظهار، فالذين يأخذون بالإرادة الباطنة يرون أن الإظهار ليس سوى وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة فقالوا بتقديمها، أما الذين قالوا بالإرادة الظاهرة فهم يرون أن إظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم مقامها هو عنصر مقوم وجزء جوهري ذو قيمة خاصة لابد من اعتباره ، وبناء عليه قالوا بتقديم الإرادة الظاهرة .

ثالثًا : اختلافهم في معنى الرضا، والاختيار، وهل هما متغايران ، أم متلازمان، وبمعنى آخر هل الرضا والاختيار بمعنى واحد أم مختلفان؟، فمن رأى أنهما متمايزان قال بتقديم الإرادة الباطنة ، ومن رأى أنهما بمعنى واحد قال بتقديم الإرادة الظاهرة .

الفرع الثاني : نظريتي الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة في القانون الوضعي .

يتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في ضرورة وجود الإرادة في التصرفات القانونية([5])حتى تكون معتبرة . كما يتفق معه في ضرورة إظهار النية حتى ترتب أثارها وانه يأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت مطابقة للنية الحقيقية.ولكن إذا جاءت مخالفة لها فهنا تثور الصعوبة ويقوم التساؤل الآتي :- على أي من الإرادتين يتم التعويل ولأيهما تكون الغلبة ؟

القاعدة المعروفة في فرنسا وقوانين الدول التي استقت منها تشريعاتها العبرة بالمعاني لا بالإلفاظ,وأن الارادة الكامنة لا بمظهرها المادي هي التي يؤخذ بها.ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها تأخذ بالمظهر دون الإرادة الكامنة, ومن هنا اختلف الفقه الالماني عن الفقه الفرنسي في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية وخاصة فيما يتعلق بتكوين العقد.([6]) .وعليه سنقوم بعرض نظريتي الإرادة الباطنة والارادة الظاهرة في الفقه القانوني على النحو التالي :-

أولاً. نظرية الإرادة الباطنة :-

لايمكن للإنسان بمقتضى نظرية سلطان الإرادة,وبأعتباره حراً في جوهره,أن يلزم نفسه الا بإرادته الخاصة[7] ومادامت الإرادة هي التي تخلق الالتزام,وتحدد مداه, فيجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر.هذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها[8].فمذهب الإرادة الباطنة وهو المذهب اللاتيني يقف عند الارادة النفسية,أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل اثبات العكس [9]. وقد سادت نظرية الارادة الباطنة بوجه خاص في الفقه الفرنسي وهي ترى أن الإرادة هي لب التصرف وقوامه.أما التعبير فهو لايخرج عن كونه الرداء الذي يتدثر به جوهر التصرف,وهو الارادة الحقيقية التي يرجع اليها تحريك الآثار القانونية,وكما ان العبرة ليست بالرداء بل بشخص من يرتديه,فكذلك يجب ان يكون التعويل لا على التعبير في ذاته بل على الإرادة التي قصد منها التعبير عنها,أي أن التعبير لاتكون له قيمة,ولا يجوز أن يترتب عليه أثر إلابالقدر الذي يطابق به الارادة الباطنة.بحيث لوثبت اختلافه عنها لم يجز التعويل,وتعين طرح التعبير والأخذ بالإرادة([10]).فحاصل هذه النظرية إذن أن العقد يتكون بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبيرين إلا إذا كانا متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين وهي تستلزم الاعتداد بالبواعث أي حركة الإرادة,مهما كانت بعيدة وغير مباشرة.وأساس هذه النظرية هو مبدا سلطان الإرادة ومقتضاه ان الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبقدر ما يريد أن يلتزم ([11]).

فالمدرسة اللاتينية تعتد بالإرادة الباطنة أي بالإرادة كظاهرة نفسية وتعتبر الإعلان قرينة على هذه الإرادة.غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس بمعنى أنه إذا اثبت أن الإعلان عن الإرادة لا يتفق وحقيقتها,وجب الأخذ بحقيقة الإرادة لا بالإعلان عنها وإن أدى هذا الى عدم انعقاد العقد,وإن كان

يخفف من هذه النتيجة الضارة بمن أطمأن إلى الإرادة الظاهرة,أن له الحق في الرجوع بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية على من أعلن إرادة مخالفة لإرادته الباطنة([12]).

ثانياً . نظرية الإرادة الظاهرة :-

تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى نقد عنيف على يد اتباع المدرسة الألمانية.وكان نقد هؤلاء يهدف بالدرجة الأولى الى إبراز مدى إغفال نظرية الإرادة الباطنة للصفة الاجتماعية للعلاقات القانونية([13]).ويرى أنصار المدرسة الجديدة أن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيء كامن في النفس لايصح أن يحاسب عليه الإنسان.والإرادة التي تنتج أثراً قانونياً هي الإرادة في مظهرها الإجتماعي,لا في مكمنها وهي تختلج في الضمير,ولاتأخذ الإرادة مظهر اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها,اذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به,ويرتب أحكامه, دون حاجة إلى البحث في هواجس النفس,فالقانون ظاهرة إجتماعية لا ظاهرة نفسية([14]).

كما يرى أنصار المدرسة الألمانية أن ما تطالب به الثقة وما يدعو إليه الائتمان هو التعويل على الإرادة الظاهرة التي أطمأن اليها الناس في تعاملهم,فهذه الإرادة وحدها هي التي يستطيع القانون احتضانها وترتيب ما قصدته من آثار.أما الإرادة الباطنة التي لم تطف من عالم النفس إلى عالم الناس,فلا شأن للقانون بها مالم تنقلب من ظاهرة نفسية الى ظاهرة اجتماعية,بل ويذهب أنصار المدرسة الألمانية إلى أن التعبير هو جسم الإرادة وهو الذي يولد الأثر,فهو ليس دليلاً على وجود الإرادة فحسب, بل هو الإرادة نفسها ويترتب على ذلك أن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة لا يورث العقد بطلاناً , لأن العقد قام بقيام ركنيه وهما التعبيران المتطابقان,ولاعبرة بعد ذلك لما توارى وراءهما من إرادتين متغايرتين.ذلك أن هاتين الإرادتين النفسيتين الخفيتين لا يستطيع القانون أن يمسك بهما فهو معذور إذا تجاهلهما([15]).

ثالثاً . التقريب بين النظريتين :-

تقوم نظرية الإرادة الباطنة على أساس أن هذه الإرادة النفسية هي التي تنتج الأثر القانوني,وليس مظهرها الخارجي إلا مجرد دليل عليها.أما نظرية الإرادة الظاهرة فتقف عند هذا المظهر الخارجي ولاتعتبرها مجرد دليل.بل هو الجسم الذي تتكون منه الإرادة.وأياً كانت أهمية هذا التفريق من الناحية النظرية فلاشك في أنه محدود الأهمية من الناحية العملية.ففي الحالتين نقف عند المظهر الخارجي باعتباره دليلاً أو أصلاً,ولا تظهر أهمية عملية التفريق بين هذين الاعتبارين إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الارادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة.وقلما يستطيع شخص إثبات ذلك. ففي أكثر الأحوال تتعادل النظريتان من حيث النتيجة العملية وإن اختلفت في الأساس النظري([16]).

ويقول جاك غستان[17]أ نه (يجب التوفيق بين العدالة العقدية والمنفعة الإجتماعية للعقد.والمصلحة العامة يمكن أن تتطلب رقابة الدوافع التي حتمت الإرادة الداخلية,ولاسيما أن العقد لا يقوم بدوره كاملا إلا أن يطابق مبادئ حرية الفريقين ومسئوليتهم والأمن القانوني.ومبدأ الحرية ينزع إلى تغليب الإرادة الداخلية ومبدأ المسؤولية غير قابل للفصل عنه و يشدد على الواجبات المرتبطة

باستعمال الكلام.والوعد الواجب احترامه هو واقعة خارجية.وينزع الأمن القانوني كذلك الى تغليب الإعلان أي إظهار الإرادة وعلى هذا الإعلان تبنى ثقة الفريق الأخر.ويجب ايضاً ان تكون هذه الثقة مشروعة.إن هذا التوفيق الضروري بين المبادئ الموجهة يمنع أي اختيار بين الإرادة الباطنة والتعبير عنها,وهو يقود في القانون الوضعي إلى حلول متباينة هي قريبة جداً من القانون الفرنسي والقانون الألماني).

رابعًا :- موقف التقنينات من النظريتين :-

بوجه عام يمكن القول بأن القوانين اللاتينية تعتد بالإرادة الباطنة,أما القوانين الجرمانية والانجليزية فتعتد بالإرادة الظاهرة.إلا أن هذا الخلاف لا يوجد إلا من ناحية اعتناق المذاهب العلمية.أما في العمل فالفرق محدود فيما بين هذه القوانين المختلفة.فالقوانين اللاتينية كالتشريع الفرنسي والتشريعات المأخوذة عنه كالقانون المصري والقانون الليبي والقانون الإيطالي والقانون الإسباني وقانون رومانيا وقوانين أمريكا الجنوبية,لم تتبنى الإرادة الباطنة بصفة مطلقة بل تفسح مجالاً واسعاً للإرادة الظاهرة فالأصل في المذهب اللاتيني هو الأخذ بالإرادة الباطنة,ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة الى الحد الذي يقتضية استقرار التعامل([18]).

ففي تكوين العقد لايعتد إلا بإرادة حرة مختارة سليمة من العيوب فجعل الغلط والتدليس والاستغلال عيوباً للإراة لكونها تؤدي الى الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فيها تجيز طلب إبطال العقد.ثم إنه أعتد بالباعث الدافع على التعاقد كسبب للإلتزام الإرادي.وفي تفسير العقد أخذ بالإرادة الباطنة عندما تكون عبارة العقد غير واضحة فأوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ([19]). وكذلك إيضاً يجب تفسير الشروط على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها,أي الإرادة الباطنة للمتعاقدين([20]).

ومن ناحية أخرى غلَب المذهب اللاتيني الارادة الظاهرة في بعض الحالات رعاية لجانب استقرارالتعامل,فالقاعدة في الاثبات أنه لايجوز إثبات عكس الكتابة إلا بكتابة مثلها ومعنى هذا أن الإرادة الظاهرة إذا أخذت الكتابة مظهراً يعمل بها ولا يعتد بالإرادة الحقيقية إذا خالفت الإرادة الظاهرة مالم تأخذ هذه الإرادة مظهرا خارجياً في كتابة اخرى[21].كما أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه لا من وقت صدوره,ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل لكن القبول وصل إلى الموجب قبل وصول العدول,فأن العقد ينعقد رغم تغير إرادته الباطنة في ذلك الوقت.كذلك ما نصت عليه المادة(92) مدني ليبي بأنه (إذا مات من صدر عنه التعبير أوفقد اهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه...).وفي إطار تفسير العقد يمكن القول أن القانون الليبي قد أخذ بالإرادة الظاهرة,حين حرم على القاضي أن ينحرف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها تعرفاً على إرادة المتعاقدين.ومن جانب أخر فإن الأصل في القوانين الجرمانية والانجليزية هو تغليب الإرادة الظاهرة على الباطنة وقد تغلغلت نظرية الإرادة الظاهرة في القانون الألماني فنصت المادة (116) من هذا القانون على أن (التعبير عن الإرادة لا يكون باطلاً لمجرد أن من صدر منه هذا التعبير تحفَظ في سره بألا يريد ما أعلن,على أن التعبير يكون باطلاً إذا توجه لشخص وعلم هذا الشخص بهذا التحفظ الذهني في التعبير عن الارادة.فالتعبير عن الإرادة هو

الذي يجب الأخذ به حتى ولو كانت الإرادة الباطنة مخالفة لهذا التعبير) وهذا ما يسميه المشرع الألماني بالتحفظ الذهني([22]).كذلك طبق القانون الألماني نظرية الإرادة الظاهرة في المادة (145) إذ قضى أن الإيجاب وحده ملزم للموجب المدة المعقولة حتى لو عدل عنه الموجب وتغايرت بذلك ارادته الحقيقية عن إرادته الظاهرة.

إذا كان هذا هو الأصل فإن القانون الإلماني لم يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة, ففي تفسير العقد نصت المادة (33) من القانون المدني الألماني على أن(لتفسير التعبير عن الارادة يجب البحث وراء الارادة الحقيقية لا للوقوف عند المعنى الحرفي للتعبير. . .).كما تقضي المادة (17) من القانون المدني الالماني بأنه (إذا كان التعبير عن الإرادة التي تتوجه للغير لم يصدر إلا في الظاهر بالأتفاق مع هذا الغير , يكون هذا التعبير باطلاً. . .) فالمقصود بهذه المادة إذا كانت الارادة الظاهرة موجهة إلى شخص وكان هذا الشخص يعلم بالإرادة الباطنة,فلا عبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة.لأنه لا يمكن أن يقال أن من توجهت إليه أنخدع بها وأطمأن إليها مادام يعلم حقيقة ما أنطوت عليه سريرة من يتعاقد معه([23]).

المطلب الثاني

تطبيقات اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي في المعاملات المالية .

الفرع الأول : نماذج من تطبيقات التعارض بين التعبير والقصد الحقيقي في الفقه الاسلامي.

إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالألفاظ باعتبارها أهم وسيلة لإظهار الرغبة في التعاقد وإظهار الصيغة([24]), فاللفظ اولاً قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة هو الذي يعبر عن الارادة الباطنة.فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معاً في صيغة العقد ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة,وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر,فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو الإرادة الباطنة([25]).

غير أنه قد ترد الالفاظ المخصصة عادة للتصرفات القانونية دون أن تنصرف نية صاحبها إلى إحداث أثر قانوني, كما لو صدرت العبارة من غير قصد أو بقصد التلفظ بها ولكن من غير فهم لما تدل عليه مطلقا,وقد يتلفظ بها فاهماً لمعناها ولكنه أتى بها لأغراض أخرى من غير تحقيق معناها,وقد ينطق بها متظاهراً انه ينشئ ماتدل عليه من عقد ولكن من غير أن يريد إنشاءه,وقد يصدر اللفظ مع القصد إليه ولكن لغرض التمثيل أو بقصد الهزل أو التلفظ به تحت تأثير الإكراه.فإن الحكم بترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى يختلف باختلاف أراء الفقهاء على النحو التالي:-

اولاً :- التلفظ بالعبارة من غير قصد لمعناها :-

تتناول هذه الحالة ما يصدر عن النائم والناسي والمخطئ والسكران والصبي غير المميز,وتتناول كذلك من صدرت منه العبارة غير عالم بمعناها أو إنه عالم بمعناها لكنه لايقصد إستعمالها فيما وضعت له بمجرد التلفظ.

والمخطئ([26])هو الذي يسبق لسانه بحكم العادة أو غيرها إلى العبارة,كأن يقصد مشورة شخص في بيع سيارته,وبدل أن يقول له أريد رأيك في بيع سيارتي يقول خطأ بعت لك سيارتي.والناسي هو من غاب عن باله الشيء ولم يتذكره.والسكران هو زائل العقل بالشراب ([27])وفيما يتعلق بعبارة النائم والناسي والمخطئ والسكران والصبي غير المميز اختلف الفقهاء إلى قولين,القول الأول :- ذهب جمهور الفقهاء إلى إنها لاغية لا يترتب عليها شيء ولم يختلف جمهور الفقهاء في ذلك إلا في عبارة السكران فمنهم من يرى انها لاغية مطلقاً([28])ومنهم من فرق بين السكر بمحرم والسكر المباح,فتعتبر عبارته وتترتب عليها أثارها اذاكان السكر محظور ولا تعتبر إذاكان بسب مباح ([29])

وعلى هذا القول إذا ثبت بالدليل أو القرينة أن العبارة صدرت خطأ أو نسياناً فلا يعقد بها العقد ذلك لأن أساس العقد هو النية وهو الرضا والشارع لم يعتد بعبارته بل ألغاها وما يترتب عليها.يقول الله تعالى(وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)([30]) وقال الرسول صلى الله عليه وسلم (وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)([31]) ظاهر هذا القول أنه يرجح الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة.

القول الثاني :- أن عبارة المخطئ والناسي صحيحة,ينعقد بها العقد ويترتب عليها أثره قضاء,ذهب الى ذلك الحنفية([32]).ويقول الأحناف في هذا أن الإرادة امر باطني لانعرفها إلابما يصدر من صاحبها من قول يدل عليها,فأن قبلنا دعوى الخطأ في التعبير ممن يدعيه,فربما كان هذا عونا ظالما منا على إضاعة حق من يثبت له الإلتزام بما صدر عن الطرف الآخر من تعبيره.([33]) والصورة الأخرى في هذا السياق أن تصدر العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لما تدل عليه,كما لو لقن شخص آخر عبارة لايفهم لها معنى كما لو لقن عربي شخصاً لايعرف العربية جملة بعت لك سيارتي بألف دينار ونطق بها,ثم قبل العربي من فوره([34]).فهذا لايترتب عليه شيء في جميع العقود لأن عدم الفهم ينفي القصد والقصد أساس الرضا وهذا قول جميع الفقهاء ماعدا الحنفية الذين قالوا أن من صدرت منه العبارة من غير فهم لما تدل عليه ملزم بأثر عبارته في التصرفات التي يتساوى فيها الجد والهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة وزعموا بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد,فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها([35]).

وإذا أخذ شخص عبارة تتضمن إنشاء عقد من العقود وكان يعلم معناها ويفهم مدلولها لكنه لايقصد إستعمالها في معناها,بل مجرد القراءة أوتعلمها من الغير أو حكايتها عن نفسه أو غيره فلا خلاف بين الفقهاء في أن عبارته لاينعقد بها عقد ولايترتب عليها أثر([36]).

ثانيًا : عبارة الهازل :-

الهزل هو أن يراد بالشيء مالم يوضع له,ولا ما صلح له اللفظ استعارة([37]).فهو كلام العابث الذي لايقصد أن تترتب على كلامه آثار وأحكام شرعية([38]).فالهازل يقول القول على وجه

اللهو واللعب مع علمه بمدلول القول.إلاّ أنه لا يعنيه ولايريد أن يرتب عليه اثر(39). وقد اتفق جمهور الفقهاء(40)على أن التصرفات التي يستوي فيها الجد والهزل من الزواج والطلاق والرجعة يؤاخذ فيها الهازل بأقواله كالجاد ولا يقبل من الهازل فيها دعوى أنه كان هازلاً أو لاعباً لقوله صلى الله عليه وسلم (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الزواج والطلاق والرجعة)(41).

اما في المعاوضات المالية وما في حكمها فإن الحكم محلاً لاختلاف النظر (42), فمن العلماء من جعلها لاغية فلم يرتب عليها التزاماً ولم ينشئ بها عقداً بناء على أنه صاحبها من القرائن مادل على أنه ليس وراءها إرادة في إنشاء إلتزام,وأن هذه الارادة هي أساس العقود وقوامها (43). ومنهم من اعتبرها صحيحة صالحة لأن تكون محققة لمعناها الذي تستعمل للدلالة عليه عادة,بناء على أن صاحبها قد قصد إلى إصدارها مع كمال أهليته واختياره,وهؤلاء فريقان فريق رتبوا عليها ما تستعمل فيه.وأنشأوا بها ماتدل عليه من التزام . ولم يعبئوا بما أراده صاحبها من تجريدها من معناها , وهذا ماذهب إليه الشافعية في أحد قوليهم.وفريق يرى مع صلاحها أنه ينقصها الرضا,فرتب عليها أثرها إذا ما تحقق الرضا به.وذلك بإجازتها بعد وقتها وهؤلاء هم الحنفية (44).

ثالثًا :- عبارة المكره :-

الإكراه لغة (45)المشقة يقال قام على كره أي على مشقة وأقامة فلان على كره أي على مشقة,ويقال أكرهه على شيء حمله عليه كرهاً,فالكلمة في اللغة إذن معناها الحمل على الأمر قهراً وهو ضد الطواعية قال جل شأنه (قُلْ أَنْفِقُوا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا لَنْ يُتَقَبَّل مِنْكُمْ)(46). والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لايرضاه (47).وعرفه الفقهاء المحدثون بقولهم اجبار شخص على أمر لايرضاه ولايلزمه شرعاً (48).وهنا نجد أن المكره متى صدر عنه ما أكره عليه , يكون ذلك لخوفه أن يحل به ما توعد به المكره , ولولا هذا مافعل الذي أكره عليه.إذ أنه لايرغب في فعل ما أقدم عليه مضطراً مكرهاً,فهو غير مختار له اختياراً صحيحاً(49)

وينقسم الإكراه الى قسمين :-(50)

اولهما :- الاكراه الملجئ أو التام الذي يخشى منه تلف البدن, كأن يقول إن لم تفعل كذا سأقتلك أو أقطع يدك.

الثاني :-الإكراه الناقص أو غير الملجئ :- الذي لايخشى منه على فوات النفس أو على سلامة الأعضاء كأن يكون الوعيد بما لايؤدي إلى إتلاف البدن.

وقد اختلف الفقهاء(26) في أثر الإكراه على التصرفات القولية على النحو التالي :-

ماذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة إذا كان المصّدر للعبارة قد أكره على التلفظ بها,فتلفظ بها دفعاً لأذى الغير الذي يهدده بما لايحتمله,مع قدرة المهدد على تنفيذ ما توعد به,وكان المكره لايرغب فيما يترتب على عبارته فإن المكره لا يلزم بعبارته ولا يترتب عليها حكم شرعي ,فهي لاغية نظراً لإنتفاء الاختيار والقصد ولافرق في ذلك بين عقد وآخر.ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "(51)وذهب الحنفية إلى أن المكره مؤاخذ بأقواله كالمختار في الطلاق والنكاح

والرجعة وما في معناها.أما غير ذلك من عقود المعاوضات وسائر التصرفات فلا ينعقد بعبارته عقدا ولايترتب عليه أثر لانعدام الرضا([52]).

رابعًا:- التلفظ بالعبارة لغرض آخر غير مشروع :-

قد يتخذ أحد المتعاقدين من العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً يكون الدافع له سبباً غير مشروع وذلك كما في بيع العينة وبيع العصير لمن يتخذه خمراً ونحوه[53] و كل ما فيه إعانة على المعصية أو تحقيق غرض لم يقصده الشارع ([54]).فهل ينعقد العقد بوجود أركانه من الإيجاب والقبول أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع ؟ فيما يلي نتناول كل واحد من هذه العقود :-

1. بيع العِينة :-العينة أول حيلة للقرض بالربا وأكثرها رواجاً([55])وهي كما عرفها الفيومي في المصباح [56] بقوله العينة بالكسر السلف,واعتان الرجل اشترى الشيء بالشيء نسيئة.وقد سميت بهذه التسمية لاستعانة البائع بالمشتري على تحليل مقصده وطلبه ([57]).ويكون ذلك مثلاً بأن يشتري شخص من آخر بعض ما يملك بثمن كذا مؤجلاً إلى أجل معلوم, ثم يبيعه المشتري - قبل وبعد تسلمه- بثمن أقل على أنه حال لا مؤجل,وفي نهاية الأجل الذي ضرب في العقد الاول يدفع الثمن الاول كله, فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذي بيع بيعا صورياً. وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً يشتري العين مالكها المقترض,ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشتراه له فيكون الفرق رباً له ([58]).هذا هو بيع العينة بيع كما هو ظاهر لم يقصد به حقيقة البيع أو الغرض الذي شرع من أجله, بل التحايل على أكل أموال الناس بالباطل([59]).

واختلف الفقهاء([60])في صحة بيع العينة وعدم صحته على النحو التالي :-

فقد ذهب بعض الفقهاء ومنهم الإمام الشافعي والظاهرية الى جواز العينة مالم تكن مشروطة في عقد البيع, فالعقد جائز لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ولا عبرة بالنية . وقصد التحايل وعدم قصده أمر خفي لم يذكر في العقد ومن ثم فلا يكون له اعتبار أو تأثير على العقد بالبطلان .

ويرى ابن حنبل ومثله الإمام مالك أن هذا العقد يقع باطلاً واستدلوا على ذلك بما روته العالية بنت أيفع شراحيل قالت (دخلت أنا وأم ولد بنت زيد بن ارقم وامراته على عائشة رضي الله عنها, فقالت آمة زيد بن ارقم اني بعت غلاما بثمانمائة درهم نسيئة , الى العطاء ,ثم اشتريته منه بستمائة درهم (حاله) فقالت بئس ما شريت وبئس ما اشتريت , أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب)([61])

أما في مذهب الأحناف فقد أجاز أبو يوسف هذا بلا كراهة وأجازه محمد مع الكراهة حتى أثر عنه أنه قال (هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا) وعن الإمام نفسه هو عقد فاسد إن خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض.

2. بيع العصير لمن يعلم أنه يتخذه خمراً

وقد يتخذ أحد المتعاقدين العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً , كما في بيع العصير لمن يعلم أنه يتخذه خمرا وكما في بيع السلاح للكفار أو للبغاة أو لقطاع الطريق او لأهل الفتنة وكما في إجارة الدار لمن يعلم أنه يتخذها مصنعا للخمر أو متجراً لها أو انه يتخذها نادياً للقمار ونحو ذلك من كل عقد فيه إعانة على المعصية,([62])كل ذلك يعتبر عقوداً صحيحة عند أبي حنيفة والشافعي ومن يرى رأيهم . لأن المدار على العبارة الظاهرة وهي سليمة , أما النيات والمقاصد فمتروك أمرها الى الله وتستوجب إثم صاحبها فقط ولا تقتضي إبطال عقده ([63]).وذهب الحنابلة الى ابطال كل هذه العقود وكذلك كل عقد يُعين على معصية إذا ظهر القصد وإن جاز أن يزول ذلك القصد ويتبدل ([64]).واما المالكية فقد وقفوا موقفاً وسطاً بين الرأيين فلم يروا بطلان هذه العقود كما رأى الحنابلة,ورأوا ان يجعلوها عقوداً صحيحة,ولكن لايُجيزون أن تبقى أثارها بل يُجبر المشتري مثلاً على بيع ما أشتراه أو أخراجه من ملكه حتى لا يتخذه وسيلة إلى معصية.

الفرع الثاني : نماذج من تطبيقات تعارض الإرادتين في القانون المدني الليبي .

يعتبر القانون المدني المصري هو المصدر التاريخي للقانون المدني الليبي,وكما رأينا فإن القانون المصري من قوانين المدرسة اللاتينية.فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل . وعليه فإن القانون الليبي إنحاز للمذهب اللاتيني كأصل عام , ففيما يتعلق بتكوين العقد لايعتد إلا بالإرادة الحرة المختارة السليمة من العيوب . فجعل الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال عيوباً يجوز فيها طلب إبطال العقد , ثم إنه اعتد بالباعث الدافع للتعاقد كسبب للإلتزام الإرادي.وقرر بطلان العقد إذا كان سببه غير موجود أو مخالفا للنظام العام والآداب ,وفي تفسير العقد اخذ بالإرادة الباطنة , عندما تكون العبارة غير واضحة فأوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .إلا أنه بالمقابل حرص على استقرار التعامل والثقة لهذا تأثر بالنزعة الجرمانية مثل ما تأثرت التشريعات اللاتينية نفسها .ففيما يتعلق بعيوب الإرادة فإن الغلط لا يجيز طلب إبطال العقد إلا إذا اتصل بالمتعاقد الآخر أي كان عالماً به أو بإمكانه أن يعلم به ([65]).كذلك ما تنص عليه المادة (91) مدني ليبي على أنه(ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه...) لا من وقت صدوره,ويترتب على ذلك إن من وجه اليه إيجاب فقبله ثم عدل,لكن القبول وصل الى الموجب قبل وصول العدول,يرتبط بهذا العقد على أساس الإرادة الظاهرة رغم تغير إرادته الباطنة في ذلك الوقت. ومن أهم تطبيقات اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة في القانون الليبي مايلي :

أولاً:- أثر الموت أوفقد الاهلية في التعبير عن الإرادة :-

تنص المادة (92) مدني ليبي (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد اهليته قبل أن ينتج التعبير أثره,فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من و جه اليه,هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل).وطبقاً لهذا النص فإن اللحظة التي أنعقد فيها العقد كانت الإرادة الباطنة معدومة, فموت الشخص أو فقده لأهليته يعدم الإرادة , وبالتالي انعقد العقد بارتباط تعبيرين وليس بتوافق إرادتين .والقول بأن التعبير قد صدر عن إرادة سليمة في نظري قول لايستقيم , فالعلة من التعاقد هو ان ينتج التراضي أثره على المعقود عليه(المحل) وبالتالي فأن التعبير عندما تكتمل دورته في هذه الحالة قد لايجد محلا للعقد بل ميراثاً قد تقاسمه الورثة . كما أن هذا النص يقودنا الى القول بضرورة استقلال الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فالقول بأن الإرادة واحدة لم يعد يستقيم مع ماذهب اليه المشرع الليبي في هذا النص .

فالعقد انعقد على أساس الإرادة الظاهرة التي أنفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه وتبقى بعد موته أو فقده لأهليته , أما الإرادة الباطنة الكامنة في النفس فقد زالت بموت صاحبها وزوال أهليته.

ثانياً:-من حيث السبب:-

تنص المادة(136)مدني ليبي على أنه (إذا ألتزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً) فإذا كانت الإرادة الباطنة مدفوعة بسبب غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة,فأن العقد يكون باطلا.لكن يجب اثبات عدم مشروعية السبب الدافع فالأصل هو مشروعية السبب في الالتزام.

ثالثاً:- من حيث الإعتداد بعيوب الإرادة :-

عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال , والإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينه من أمره . والعيب لايجيز طلب إبطال العقد إلا إذا أتصل بالمتعاقد الآخر , أي كان عالماً به أو بإمكانه أن يعلم. فإذا لم يتصل عيب الإرادة بالمتعاقد الآخر فأن العقد يكون صحيحاً,وذلك على أساس الإرادة الظاهرة للمتعاقد الذي تعيبت إرادته لأن إرادته الحقيقية كانت معيبة.

رابعاً:- من حيث تفسير العقد :-

أن تفسير العقد يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة , فالمشرع أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين, و الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجاري المادة(1/152)مدني ليبي , وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هي المصدر الذي تستخلص منه الإرادة الباطنة.

خامساً:- تحول العقد :-

تنص المادة (144) من القانون المدني الليبي على أنه (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر, فأن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه ,إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد).يتضح مجدداً دور الإرادة الباطنة والإعتداد بها في العقد الذي تم إبطاله وبشرط ان يتفق العقد الجديد مع الإرادة الحقيقية للأطراف.

سادساً:- العقد الصوري:-

تنص المادة(1/247)من القانون الدني اليبي على أنه(1_إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية,أن يتمسكوا بالعقد الصوري,كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. . .).كما تنص المادة (248)من ذات القانون على انه (إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقياً بعقد ظاهر , فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي) فالعبرة في نفاذ العقد هو العقد المستتر لا الظاهر بين المتعاقدين والخلف العام . فلا نتوقف عند الظاهر بل يجب التحقق من العقد الحقيقي ومن النية الحقيقية للمتعاقدين , فالمشرع الليبي أخذ بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهي الإرادة الباطنة في حالة الصورية بين المتعاقدين والخلف العام .

الخاتمة

بعد عرضنا لموقف الفقه الاسلامي والقانون الوضعي من اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي للتعاقد الإرادة , رأينا أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا إلى هذا الموضوع في إطار النظرية ؛ بل نجدهم تناولوها في جزيئات وفروع فقهية مختلفة. والبين من شروحهم وتحليلاتهم أن جانب منهم رجح التعبير على الإرادة الباطنة وهم الأحناف , فقد انحازوا الى جانب الإرادة الظاهرة في حالة انفصام التعبير عن الإرادة. بينما نجد اتجاه آخر قد رجح الإرادة الباطنة عند تباينها مع التعبير , وهؤلاء هم المالكية والحنابلة والظاهرية . أما الشافعية فليس لهم موقف محدد في ترجيح إحدى الارادتين فتارة يميلون الى رأي الأحناف في الأخذ بالظاهر وتارة أخرى يرجحون الارادة الباطنة ويؤسسون على البواعث . والحال في القانون الوضعي لا يبعد كثيراً اذ يمكن القول بوجه عام أن القوانين اللاتينية تأخذ بالإرادة الباطنة , أما القوانين الجرمانية والانجليزية فتأخذ بالإرادة الظاهرة . على ان هذا خلاف لايوجد إلا من ناحية اعتناق المذاهب العلمية , أما في العمل فالفرق محدود فيما بين هذه القوانين المختلفة , كما هو محدود فيما بين النظريتين . فالقوانين اللاتينية لا تأخذ بالإرادة الباطنة اطلاقاً بل تفسح مجالاً واسعاً للإرادة الظاهرة , كما أن القوانين الجرمانية والإنجليزية تعتد بالإرادة الباطنة فلا تهملها تماماً . ومن أهم ماتوصلنا اليه من نتائج مايلي :-

1. إن الأحكام الشرعية إنما تبنى على الظاهر إذا كان هذا الظاهر مطابقاً للباطن, أما إذا قام دليل لفظي أو غير لفظي على أن هذا الظاهر غير مراد , تعَين طرحه والرجوع إلى النية , فالتعبير ليس إلا مجرد دليل على وجود الإرادة الباطنة , وهذا ما تذهب اليه أيضًا النظم القانونية .
2. إن لفظ الإرادة الظاهرة والباطنة لفظان مستحدثان في الفقه الاسلامي ، ذلك أن الفقهاء القدامى كانوا يعبرون عن الإرادة الباطنة بالنية، وعن الإرادة الظاهرة بالصيغة .
3. إن نظام القانون الوضعي إذا أشترط إظهار الإرادة دون تحديد شكلا معينًا , فليس معنى ذلك أنه نظام شكلي , ذلك أن الشكلية لإظهار الإرادة . والقانون عندما يشترط الإظهار لا يشترط شكلاً معينًا , بل أن أي طريق من طرق التعبير يصلح للإفصاح عن الرضا , على أنه لا مفر من وجود طريق لهذا الإفصاح , وهو أدنى حد يمكن أنه نتصوره لما يمكن أن يسمى شكلاً .
4. إن القانون هو الذي يرتب الأثر على الإرادة , فالأثر القانوني ليس مسألة نفسية بل هو مسألة موضوعية . والقاضي هو صاحب السلطان في تحديد هذا الأثر , وهو في سبيل هذا التحديد لا يبحث عن الإرادة الباطنة , بل عن المعنى الذي يتجلى من التعبير عنها وإذا أحتمل التعبير أكثر من معنى , فللقاضي أن يبحث عن الإرادة الباطنة , فإذا تجلت له عناصر الحكم وامكنه استجلاؤها كان بها وإلا فهو يرتب على التعبير الأثر القانوني الذي تقضي به العدالة والمصلحة الاجتماعية . وهذا الاتجاه القانوني يقابله في الفقه الاسلامي قاعدة اعمال الكلام اولى من اهماله , فالأصل في الكلام الحقيقة فاذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز.

التوصيات:-

1. أقترح على المشرع الليبي إيراد نص عام يقر فيه بتبني إحدى النظريتين كقاعدة عامة , نظرية الإرادة الظاهرة أو نظرية الإرادة الباطنة . وذلك كما في نص المادة (68)من مجلة الأحكام العدلية والذي

جاء فيه(دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامة) فالمقصود هو أنه يحكم بالظاهر ما يتعسر الاطلاع على حقيقته.

2. على المشرع أن يتدخل في تكوين بعض العقود المتعلقة بخدمة الاقتصاد ومنفعة الناس, كعقد القرض والمرابحة والبيوع الآجلة . وذلك بإخضاع إرادة المتعاقدين لأحكام الشرع الحنيف , وأيضًا التشديد على المتعاقد الذي ينفرد بوضع بنود هذه العقود بالإفصاح عن إرادته الحقيقية لكي يتسنى للطرف الآخر الإحاطة الكاملة لما هو مُقدماً عليه , فالعلاقة المشروعة قانوناً قد تتضمن ما يخالف أحكام الشرع الحنيف.

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع :

اولا . كتب الفقه الاسلامي :

1. ابن تيمية، القواعد النورانية , , حققه : د أحمد بن محمد الخليل , دار ابن الجوزي , الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ .
2. ابن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد , تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان , دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية , الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ .
3. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، البحر الرائق ، تحقيق: زكريا عميرات , دار الكتب العلمية , سنة النشر: 1418 – 1997.
4. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية , إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط/ دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى .
5. أبوعمر يوسف بن عبد البر القرطبي.الكافي في فقه أهل المدينة المالكي .دار الكتب العلمية بيروت.الطبعة الثانية .1992م.
6. أحمد إدريس عبده . فقه المعاملات على مذهب الامام مالك مع مقارنة بالمذاهب الأخرى . دار مليلة الجزائر الهدى عين.2000م.
7. أحمد بن محمد بن علي الفيومي .المصباح المنير .مكتبة لبنان .1987م.
8. أحمد فراج حسين . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية . دار المطبوعات الجامعية .1999م
9. إسماعيل بن محمد العجلوني . كشف الخفاء ومزيل الالباس عما أشتهر من الأحاديث بين الناس. مكتبة المقدسي . بدون ذكر تاريخ أو طبعة .
10. بدران أبو العينين بدران . الشريعة الإسلامية , تاريخها ونظرية الملكية والعقود .مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع .بدون ذكر طبعة او تاريخ.
11. تقي الدين ابن تيمية .الفتاوى الكبرى . دار الكتب العلمية بيروت .الطبعة الاولى .1987م.
12. جلال الدين عبدالرحمن السيوطي .الاشباه والنظائر في فروع وقواعد الشافعية . حققه وعلق عليه .محمد محمد تامر , حافظ عاشور حافظ .دار السلام للطباعة والنشر .الطبعة الثانية .2004م
13. جمال الدين عبدالله بن يوسف الزبعلي . نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية. دار الحديث. الطبعة الاولى .1995م.
14. الرملي، نهاية المحتاج، الناشر: دار الفكر، بيروت , طبعة -1984 .
15. الزركشي، المنثور، حققه: د تيسير فائق أحمد محمود , راجعه: د عبد الستار أبو غدة , وزارة الأوقاف الكويتية (طباعة شركة الكويت للصحافة), الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ .
16. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت ، سنة النشر: 1409 – 1989.
17. الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان , دار ابن عفان , الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - 1997 .
18. عبد الحميد محمود البعلي .ضوابط العقود . دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه .مكتبة وهبة . الطبعة الاولى .

19. عبدالمجيد عبدالحميد الديباني .محاضرات في فقه المعاملات .منشورات جامعة بنغازي .الطبعة الثانية .1998م.
20. عزالدين محمد خوجة .نظرية العقد في الفقه الإسلامي .مجموعة دلة البركة إدارة التطوير والبحوث . الطبعة الاولى .1993م.
21. علاء الدين البخاري .كشق الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزودي .دار الكتاب العربي بيروت 2008م.
22. علي الخفيف , أحكام المعاملات الشرعية , دار الفكر العربي .2005م.
23. القرافي، الفروق، دراسة وتحقيق أ.د محمد احمد سراج و أ.د على جمعة محمد , دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة , 2007 .

24. محمد احمد سراج . نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي .دار المطبوعات الجامعية . 1998م.
25. محمد بن ابراهيم .الحيل الفقهية في المعاملات المالية .دار السلام .الطبعة الاولى .2009م.
26. محمد بن إدريس الشافعي .الأم دار المعرفة .1990م .
27. محمد قدري باشا .مرشد الحيران الى معرفة أصول الإنسان .المطبعة الكبرى الاميرية . الطبعة الثانية .1991م.
28. محمد وحيد الدين سوار . التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي .مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الثانية .1998م.

29. محمد يوسف موسى . الاموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي . دار الفكر العربي .1996م.
30. مصطفى شلبي.المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه .مطبعة دار التأليف .1962م .
31. موفق الدين بن قدامة. المغني . تحقيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبدالفتاح محمد الحلو .دار عالم الكتاب الرياض . بدون ذكر طبعة أو تاريخ .
32. النووي ، المجموع شرح المهذب، المحقق: رائد بن صبري بن أبي علفة , بيت الأفكار الدولية , 2005 .

ثانيًا . الكتب القانونية :

1. أنور سلطان . الموجز في النظرية العامة للالتزام . دار المطبوعات الجامعية .1998 .
2. جاك غستان . المطول في القانون المدني . ترجمة منصور القاضي . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . الطبعة الثانية , 2009م .

3. عبدالحكم فوده . تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن . منشأة المعارف بالإسكندرية . 2002م
4. عبدالحليم عبد اللطيف القوني .حسن النية وأثرة في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني . دار المطبوعات الجامعية .2004م
5. عبدالرازق حسن فرج .عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني و الفقه الاسلامي .دار الفكر العربي . الطبعة الاولى .2003م
6. عبدالرزاق السنهوري ,مصادر الحق في الفقه الإسلامي .دار احياء التراث العربي .الطبعة الاولى .
7. عبدالرزاق السنهوري .الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول .تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي . منشأة المعارف بالإسكندرية .2004م
8. عبدالرزاق السنهوري .نظرية العقد . منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الثانية .1998.
9. كفاح عبدالقادر الصوري .التغرير وأثره على العقود .دار الفكر العربي . الطبعة الأولى .2007م.
10. محمد علي البدوي . النظرية العامة للألتزام . الجزء الأول . منشورات الجامعة المفتوحة . الطبعة الثانية . 1993م.

11. محمد نجيب عوضين المغربي.أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة. دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني . دار النهضة العربية 2006 م.
12. نبيل إبراهيم سعد .النظرية العامة للإلتزام .دار الجامعة بالإسكندرية .2004م.

هوامش البحث:

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، ط/ دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الأولى , ص ٥٣٤/٤.

(2) جنح بعض الفقهاء إلى التوفيق والجمع بين الاتجاهين ، وذهبوا مذهبا وسطًا بين المذهبين حيث يرى البعض أن الفقه الإسلامي يغلب جانب الإرادة الظاهرة ما لم تكن هناك قرينة أو دلالة حال تدل على خلاف ذلك، ويغلب جانب الإرادة الباطنة متى وجدت القرينة التي تدل على تلك الإرادة الباطنة، وهو ما تدل عليه بعض الفروع الفقهية لدى الأحناف .

(3) استدلوا في ذلك بقوله تعالى : **" وَلَا أَقُولُ لَكُمْ عِندِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلَا أَعْلَمُ الْغَيبَ وَلَا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَن يؤْتِيهُمُ اللَّهُ خَيرًا ۖ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنفُسِهِمْ ۖ إِنِّي إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ "** . وجه الدلالة : قد رتب الله تعالى الحكم في الآية على ظاهر إيمانهم ، ورَدَّ علم ما في أنفسهم إلى العالم بالسرائر تعالى المنفرد بعلم ذات الصدور وعلم ما في النفوس من علم الغيب، فدل على تغليب الإرادة الظاهرة إذ لا وصول إلى الباطنة.

عن أبى هريرة -رضى الله عنه - قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم) -أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله). وجه الدلالة: قوله : وحسابه على الله أي: فيما يسرون به من الكفر والمعاصي، والمعنى: إنا نحكم عليهم بالإيمان، ونؤاخذهم بحقوق الإسلام، بحسب ما يقتضيه ظاهر حالهم ، والله سبحانه يتولى حسابهم ، فيثيب المخلص، ويعاقب المنافق، ويجازي المسر بفسقه أو يعفو عنه . حديث ابن عباس فى اللعان وقول النبي صلى الله عليه وسلم في المرأة: (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن). وجه الدلالة: لو شاء الله لأطلعه صلى الله عليه وسلم- على باطن أمر الخصمين، فحكم بيقين نفسه ، من غير حاجة إلى شهادة ويمين، ولكن لما أمر الله تعالى أمته باتباعه ، والاقتداء بأقواله وأفعاله وأحكامه ، أجرى له- صلى الله عليه وسلم - حكمهم في عدم الاطلاع على باطن الأمور؛ ليكون حكم الأمة في ذلك حكمه ، فأجرى الله تعالى أحكامه على الظاهر الذي يستوي هو وغيره فيه ؛ ليصح الاقتداء به ، وتطيب نفوس العباد للانقياد للأحكام الظاهرة من غير نظر إلى الباطن.

(4) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت ، سنة النشر: 1409 – 1989, ج 7، ص 164 , ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، البحر الرائق ، تحقيق: زكريا عميرات , دار الكتب العلمية , سنة النشر: 1418 – 1997, ج 3، ص94 ؛ الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان , دار ابن عفان , الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م , ج 2، ص 323. القرافي، الفروق، دراسة وتحقيق أ.د محمد احمد سراج و أ.د على جمعة محمد , دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة , ج 2، ص2 ؛ ابن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد , تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان , دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية , الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ , ج 1، ص 54 ، ؛ ابن تيمية، القواعد النورانية , , حققه : د أحمد بن محمد الخليل , دار ابن الجوزي , الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ , ص ٥٦ ؛ الزركشي، المنثور، حققه: د تيسير فائق أحمد محمود , راجعه: د عبد الستار أبو غدة , وزارة الأوقاف الكويتية (طباعة شركة الكويت للصحافة), الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م , ج ٢، ص ٣٧٤ .ج ٢، ص ٣٧٤ ؛ الاشباه والنظائر في قاعدة الأمور بمقاصدها للسيوطي , تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ , دار السلام .الطبعة الثانية .2004م ص166 .الرملي، نهاية المحتاج، الناشر: دار الفكر، بيروت , طبعة -1984 , مج 4، ص 85 ؛ النووي ، المجموع شرح المهذب، المحقق: رائد بن صبري بن أبي علفة , بيت الأفكار الدولية ,2005 , ج 9، ص 248.

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت -رسول الله صلى الله عليه و سلم- يقول : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه). وجه الدلالة: هذا حديث عظيمُ الشأن، عليه مدار الأعمال الظاهرة والباطنة، فيدل على أنَّ أوَّل واجباتِ المُكلَّف القَصْد إلى النَّظَر المُوصِل؛ لمَعرفة الله تعالى، فالقَصْد سابقٌ دائمًا. وهذا يعني أن الإسلام يأخذ بالإرادة الباطنة لا الظاهرة.

5()التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة والفقه الاسلامي لايعلق الأهمية التي يعلقها الفقه القانوني على التمييز ما بين العقد والارادة المنفردة وبالتالي كل ما يقال في العقد ينطبق على الارادة المنفردة إلاما تقتضيه طبيعة الارادة المنفردة من انها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان . أنظر د.عبدالرزاق السنهوري .الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول .تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي.منشأة المعارف بالإسكندرية .2004م.ص 56.

6() يعرف غالبية الفقه القانوني العقد بأنه(توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثار قانونية. . .) فدور الإرادة بإعتبارها مصدراً من مصادر الإلتزام يظهر بوضوح فيما يتعلق بإبرام العقد .أنظر د.عبدالرزاق السنهوري مرجع سابق , ص 117.أنظر د.نبيل أبراهيم سعد.النظرية العامة للألتزام.دار الجامعة الجديدة.2009م.ص30.بينما ليس في تعريف العقد في الفقه الإسلامي مايشير الى انه توافق إرادتين بل فيه مايشير الى انه إرتباط بين تعبيرين.فقد عرف جمهور الفقهاء العقد بأنه (إرتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المحل).أنظر تقي الدين أبن تيمية.الفتاوى الكبرى.دار الكتب العلمية بيروت.الطبعة الاولى 1987م.المجلد الرابع.ص 5.وأنظر إيضا محمد قدري باشا.مرشد الحيران إلى معرفة احوال الإنسان.المطبعة الكبرى الاميرية.الطبعة الثانية1991م.ص42.وانظر إبن قدامة.المغني.مرجع سابق.الجزء السادس.ص7.وفي نظري أن تعريف الفقه الإسلامي للعقد هو الأكثر دقه بأعتبار أن الإرادة لايعتد بها شرعاً إلا إذا عبر عنها صراحة أو ضمناً.وسنرى فيما بعد أن المشرع الليبي في نص المادة (92)من القانون المدني الليبي رتب أثراً قانونياً للتعبير في اللحظة التي كانت فيها الإرادة معدومة.

7() جاك غستان . المطول في القانون المدني . ترجمة منصور القاضي.المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . الطبعة الثانية , 2009م . ص 45.

8()د. عبدالرزاق السنهوري .نظرية العقد. منشورات الحلبي الحقوقية.الطبعة الثانية .1998. ص 168

9()د. عبدالرزاق السنهوري .الوسيط. مرجع سابق ذكره .ص 74 .

10()د. محمد وحيد الدين سوار. مرجع سابق . ص281 .

11() المرجع السابق .ص 282.

12()د. انور سلطان . الموجز في النظرية العامة للالتزام. دار المطبوعات الجامعية .1998 . ص 59 .

13()د. محمد وحيد الدين سوار. مرجع سابق . ص282 .

14()د. عبدالرزاق السنهوري. نظرية العقد . مرجع سابق. ص 169. وايضاً للمؤلف نفسه. الوسيط . مرجع سابق. ص 150.

15() د محمد وحيد الدين سوار. مرجع سابق .ص 288 .

16()د عبدالرزاق السنهوري . نظرية العقد. مرجع سابق. ص 173.

17() . جاك غستان . مرجع سابق. ص 388 .

18()د. عبدالرزاق السنهوري . نظرية العقد. مرجع سابق .ص 178.

19()د. عبدالحليم القوني . مرجع سابق . 224.

20() د. عبد الرزاق السنهوري . نظرية العقد . مرجع سابق .178 .

21() المادة (1341) مدني فرنسي. أنظر جاك غستان. مرجع سابق . ص 389.

22() التحفظ الذهني هو أن لا يريد الشخص ما أعلن أنه يريد أو أن يظهر العاقد بخلاف ما يظهر. وذلك بأن يريد من تعبيره معنى مغايرًا للمعنى الموضوع له . انظر .د. محمد وحيد الدين سوار. مرجع سابق . ص 383. وانظر أيضاً .د. عبد الحكم فوده . تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن . منشأة المعارف بالإسكندرية.2002م. ص 30.

23()د. عبدالرزاق السنهوري. نظرية العقد . مرجع سابق. ص 180 .وأيضاً. جاك غستان. مرجع سابق .ص 387.

24(). د. محمد نجيب عوضين المغربي.أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة. دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني.دار النهضة العربية 2006 . ص13.

25()د. عبد الرزاق السنهوري.مصادر الحق في الفقه الاسلامي . دار إحياء التراث العربي . الطبعة الاولى.ص 66.

26() د. احمد فراج حسين.الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية.دار المطبوعات الجامعية .1999م.ص160. والنسيان بكسر النون وسكون السين ضد التذكر والحفظ ورجل نسيان كثير النسيان للشئ,وقد نسي الشيء نسيانا وأنساه الله الشيء,ونساه تنسيه بمعنى. و(تنساه)أري من نفسه انه نسيه و(النسيان)ايضا الترك قال تعالى "نسوا الله فنسيهم " وقال "ولا تنسوا الفضل بينكم ". أنظر .د عبدالحليم عبد اللطيف القوني .حسن النية واثرة في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني.دار المطبوعات الجامعية .2004م .ص205 هامش رقم (2).

(27)السكران لغة هو زائل العقل بالشراب واصطلاحا سرور يزيل العقل, فلا يفرق به بين السماء والارض وقيل السكران هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا. وقال الصاحبان :- السكران هو الذي يهذي ويخلط في كلامه . وقال الشافعي :- السكران هو من أختل كلامه المنطوق وأنكشف سره المكتوم , وقيل هو الذي يفصح بما يحتشم. انظر. د. عبدالحليم القوني .مرجع سابق .ص 208 هامش رقم (3).

28() .ذهب إلى هذا الرأي الإمام أحمد وبعض فقهاء المالكية وبعض الحنفية كالكرخي ومحمد بن مسلم.أنظر د.مصطفى شلبي.المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه.مطبعة دار التأليف.1962م.ص407.وقال أبن قدامة :- والحكم في عتقه ونذره وبيعة وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد,فلايصح من أمر السكران شي.أنظر المغني لأبن قدامة.تحقيق د.عبدالله بن عبد المحسن التركي و د.عبدالفتاح محمد

الحلو.الجزء السادس.دار عالم الكتب الرياض بدون طبعة أو تاريخ.الجزء العاشر.ص348.وأنظر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي.أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي.دار الكتب العلمية بيروت لبنان.الطبعة الثانية.1992م.الجزء الاول.ص471.

29().وهو للشافعية في الراجح والحنابلة في رواية والحنفية فيما عدا الردة والإقرار بما يحتمل الرجوع والمالكية فيما عدا الإقرار والعقود.أنظر.كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزودي.الإمام علاءالدين البخاري.دار الكتاب العربي بيروت.2008م.الجزء الرابع.ص354.وايضا انظر د.القوني.مرجع سابق.ص209.وانظر ايضا د.أحمد أدريس عبده.فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع مقارنة بالمذاهب الاخرى.دار مليلة الجزائر.الهدى عين.2000مص62.

30(). سورة الاحزاب . الآية (5) .

31().أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس.أنظر كشف الخفاء ومزيل الالباس عما أشتهر من الأحاديث بين الناس.للمحدث إسماعيل بن محمد العجلوني.مكتبة المقدسي.بدون ذكر تاريخ او طبعة.الجزء الثاني.ص433.

32(). د. احمد فراج حسين. مرجع سابق . ص 161.

33().د.محمد يوسف موسى.الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي. دار الفكر العربي.1996م .ص264.

34(). د.احمد فراج حسين. مرجع سابق. ص 161.وانظرا أيضاً.الشيخ علي الخفيف,أحكام المعاملات الشرعية,دار الفكر العربي.2005م .ص216.

35().د. أحمد ادريس عبده . مرجع سابق. ص 62.

36().د. أحمد فراج حسين .مرجع سابق .ص.163. ومن صور هذه الالفاظ عبارات الممثلين كأن يعقد احد الممثلين صفقة تجارية تمثيلا على المسرح ففي هذه الحالة وامثالها نكون امام تعبيرات حكائيه يحكي فيها الممثل دور شخص من اشخاص الدور المسرحي وهذه التعبيرات كالسابقة لا يعتد بها شرعا. لان ارادة صاحبها لم تتجه لإحداث الاثر .انظر .د. محمد وحيد الدين سوار.التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي .مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.الطبعة الثانية.1998م. ص376.

37().د.بدران ابو العينين بدران.الشريعة الاسلامية , تاريخها ونظرية الملكية والعقود .مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع .بدون ذكر طبعة او تاريخ . ص. 398.

38().د. عبد الحميد محمود البعلي .ضوابط العقود.دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه .مكتبة وهبة . الطبعة الاولى. ص. 243.

39().د. أحمد فراج حسين. مرجع سابق .ص 164. وايضا انظر .د. محمد يوسف. مرجع سابق ص. 264.

40().د. أحمد فراج حسين. مرجع سابق ,ص164.

41(). وفي رواية (العتاق) بدل الرجعة وفي رواية أخرى (اليمين) بدل الرجعة.أخرجه أبو داود في سننه والترمذي في سننه وأبن ماجه في سننه والدار قطني في سننه عن أبي هريرة.أنظر محمد المعروف بعبد الروؤف المناوي.التيسير بشرح الجامع الصغير.تحقيق د.مصطفى محمد الذهبي.دار الحديث القاهرة.الجزء الثالث.ص203.

42(). الشيخ علي الخفيف .مرجع سابق . ص217.

43()ومن هؤلاء أحمد بن حنبل ومالك والشافعي في أحد قولين له. راجع الشيخ علي الخفيف.المرجع السابق. ص217.

44(). وقياسا على بيع الهازل ذهب جمهور الفقهاء الى أن بيع التلجئة أو ما يطلق عليه إصطلاحاً البيع الصوري, بيع باطل بكل الأحوال, وهو أن يتواطأ المتعاقدان على أن يظهرا بيعاً لم يريداه باطناً , بل ايهاماً لغيرهما, وذلك لمأرب لهما أو لأحدهما , وقد تكون التلجئة في اصل العقد بأن يتم العقد صوريا دون تنفيذه أو في مقدار البدل بالزيادة او النقصان الصوري للثمن او في الشخص بالوكالة السرية . اما الشافعي فذهب الى انه بيع منعقد وصحيح وتترتب آثاره. انظر في تعريف هذا البيع د. عزالدين محمد خوجة .نظرية العقد في الفقه الإسلامي .مجموعة دلة البركة إدارة التطوير والبحوث. الطبعة الأولى.1993م. ص53.وفي اراء الفقهاء أنظر الشيخ علي الخفيف. مرجع سابق .ص218. وأيضاً د. احمد فراج حسين .مرجع سابق .ص170. وايضا د. بدران ابو العينين . مرجع سابق. ص401.

45() . أحمد بن محمد بن علي الفيومي .المصباح المنير .مكتبة لبنان .1987م .ص203.

46() .سورة التوبة. الآية (9).

47().د. كفاح عبدالقادر الصوري . التغرير وأثره على العقود .دار الفكر العربي . الطبعة الأولى.2007م. ص10. وانظر أيضاً د. عبدالحليم القوني. مرجع سابق. ص 214.وأيضا د. عبدالرزاق السنهوري . مصادر الحق. مرجع سابق .ص 186.

48()د. كفاح عبدالقادر الصوري. مرجع سابق. ص10.

49()د. محمد يوسف موسى. مرجع سابق. ص 269.

50()د. محمد أحمد سراج. نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه إلاسلامي .دار المطبوعات الجامعية . 1998م ص106.

51().حديث سبق تخريجه.

52()في تفصيل ما أستدل به الأحناف على قولهم بالكتاب والسنة والقياس انظر. د. كفاح عبدالقادر الصوري .مرجع سابق .ص14 وما بعدها.

(53)ومن هذه العقود زواج المحلل وهو ان يتزوج شخص مطلقة غيره ثلاث ليحلها له , فأنها بالطلقة الثالثة كانت قد حرمت على مطلقها لا يجوز له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره ودخل بها ثم فارقها, فإذا ما اقدم ذلك الشخص على زواجها لا لتدوم العشرة بينهما ولكن ليطلقها بعد دخوله بها حتى تعود الى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها ,فإذا ما قصد ذلك الشخص هذا فقد قصد خلاف ما شرع له الزواج, ولم يكن في الواقع متزوجاً
وإنما كان كالتيس المستعار كما يقولون.انظر الشيخ علي الخفيف. مرجع سابق. ص221 هامش رقم (3).
54() انظر الاشباه والنظائر في قاعدة الأمور بمقاصدها للسيوطي تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ , دار السلام .الطبعة الثانية .2004م ص65.
55().د. محمد بن إبراهيم.الحيل الفقهية في المعاملات المالية .دار السلام .الطبعة الأولى.2009م. ص 106.
56() المصباح المنير .مرجع سابق .ص167.
57().د. عبدالمجيد عبدالحميد الديباني .محاضرات في فقه المعاملات .منشورات جامعة بنغازي.الطبعة الثانية .1998م.ص114.
58()د. محمد يوسف موسى .مرجع سابق .ص 275.
59()د. أحمد فراج حسين .مرجع سابق .ص 173.
60() انظر في هذه الآراء د. محمد يوسف موسى. مرجع سابق .ص173. وأيضا د.عبد الحليم القوني. مرجع سابق . ص585.
61().أخرجه أحمد في مسنده وأخرجه الدار قطني والبيهقي في سننيهما.أنظر جمال الدين عبدالله بن يوسف الزبعلي.نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية.دار الحديث.الطبعة الاولى.1995م.الجزء الرابع.ص466.
62().محمد بن إدريس الشافعي. الام. دار المعرفة.1990م.الجزء الثالث.ص79.وانظر ايضا المغني .مرجع سابق.الجزء السادس.ص319.
63()الشيخ علي الخفيف. مرجع سابق .ص 220. وأيضا. أحمد فراج حسين. مرجع سابق .ص 174.
64()في أنواع البيوع في الفقه الحنبلي أنظر د.عبدالرازق حسن فرج.عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني و الفقه الإسلامي .دار الفكر العربي. الطبعة الأولى.2003م ص285.
65()د. محمد علي البدوي. النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول . منشورات الجامعة المفتوحة . الطبعة الثانية . 1993م . ص 50.