



مجلة جامعة طبرق للعلوم الاجتماعية والإنسانية

"Tobruk University Journal of Social and Human Sciences"

تصدر نصف سنوية (يناير □ يوليو) عن جامعة طبرق

<https://jshs.tu.edu.ly/>

واتس: 0910162364

رقم الإيداع القانوني 2021 / 57

الرقم الدولي الموحد: ISSN: 2789-5068

أثر اختلاف التعبير عن القصد الحقيقي للتعاقد (دراسة في فقه المعاملات والقانون المدني الليبي)

"The Impact of Differing Expression of the Actual Intention to Contract
(A Study in the Jurisprudence of Transactions and Libyan Civil Law)"

د. المهدي مراجع اسما عيل

استاذ 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 الأنجلوسكسونية (أيضاً 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 الإسلامية والقانون المدني الليبي

العدد الخامس عشر / يوليو 2024 م



عالم المعرفة للمحتوى الرقمي Knowledge World Co. For Digital Content

قاعدة البيانات العربية الرقمية Arab Online Database

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 الآخر الموجهة إليه . ولكن لما كانت النية أو الارادة أمراً باطنياً لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها ؛ وذلك بما يصدر من مظهرٍ لها ، لم يكن في الإمكان الاعتماد عليها شرعاً 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 مستكنة لم تظهر، بل الحكم يبني 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 إظهاراً لعقده ونيته في إنشاء العقد ، ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار. وإذا 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 الأخذ 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 الظاهرة (التعبير أو الصيغة) أم الإرادة الباطنة(النية) ؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون من هذه المسألة ؟ وما هي أهم تطبيقات هذه المسألة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ؟

منهج البحث وتقسيم الدراسة :

اتبعنا في هذا البحث المنهج العلمي التحليلي المقارن القائم على استقراء القواعد الفقهية الواردة في الفقه الإسلامي ونصوص القانون المدني الليبي , وعليه تركز هذه الدراسة على مطلبين هما :- المطلب الاول : موقف الفقه من اختلاف التعبير عن الباعث الحقيقي للتعاقد . أما المطلب الثاني: فقد خصصته لبحث تطبيقات اختلاف التعبير عن الإرادة الباطنة في المعاملات المالية . وكما أنني حرصت على ألا تخرج هذه الدراسة عن نطاق المعاملات المدنية فقهاً وتشريعاً وذلك وفق التقسيم الآتي :-
المطلب الاول :- 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 الاول

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 تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً 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 علماً , 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).

إن 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 (الأمر 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 حفاظاً 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 نقلاً 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 (الأمر بمقاصدها) وقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، حيث أنها بمثابة تقنين للفقه حسبما ارتآه المذهب الحنفي. وإن 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 الذي يدعو إلى التعاقد لابد أن يكون مشروعاً فإن لم يكن مشروعاً لم يصح العقد، قال بتقديم الإرادة الباطنة، ومن رأى أن السبب لا تأثير له على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد قال بتقديم الإرادة الظاهرة.

الثاني: اختلاهم في الأساس الذي 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.

ثالثاً: 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 والإرادة 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 تثار 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 الإرادة 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 الألماني عن الفقه الفرنسي في نظريتهما العامة للعلاقات القانونية وخاصة فيما يتعلق بتكوين العقد⁽⁶⁾. وعليه سنقوم بعرض نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في الفقه القانوني على النحو التالي :-

أولاً. نظرية الإرادة الباطنة :-

لا يمكن للإنسان بمقتضى نظرية سلطان الإرادة، وباعتباره حراً في جوهره، أن يلزم نفسه إلا بإرادته الخاصة⁽⁷⁾ ومادامت الإرادة هي التي تخلق الالتزام، وتحدد مدها، 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 الإرادة النفسية، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل اثبات العكس⁽⁹⁾. وقد سادت نظرية الإرادة الباطنة بوجه خاص في الفقه الفرنسي وهي ترى أن الإرادة هي لب التصرف وقوامه. أما التعبير فهو لا يخرج عن كونه الرداء الذي يتدثر به جوهر التصرف، وهو الإرادة الحقيقية التي يرجع إليها 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 لا تكون له قيمة، ولا يجوز أن يترتب عليه أثر إلا بالقدر الذي يطابق به الإرادة الباطنة. بحيث لو ثبت 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 بالبواغث أي حركة الإرادة، مهما كانت بعيدة وغير مباشرة. وأساس هذه النظرية هو مبدأ 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 لا يصح أن يحاسب عليه الإنسان. والإرادة التي تنتج أثراً قانونياً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير، ولا تأخذ الإرادة مظهر اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به، ويرتب أحكامه، دون حاجة إلى البحث في هواجس النفس، فالقانون ظاهرة اجتماعية 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 إليها الناس في تعاملهم، فهذه الإرادة وحدها هي التي يستطيع القانون احتضانها وترتيب ما قصده من آثار. أما الإرادة الباطنة التي لم تطف من عالم النفس إلى عالم الناس، فلا شأن للقانون بها ما لم تنقلب من ظاهرة نفسية إلى 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، ولا عبرة 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 ولا تعتبرها مجرد دليل. بل هو الجسم الذي تتكون منه الإرادة. وأياً كانت أهمية هذا التفريق من الناحية النظرية فلا شك 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 الإرادة 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⁾ أنه (يجب التوفيق بين العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية للعقد. والمصلحة العامة يمكن أن تتطلب رقابة الدوافع التي حتمت الإرادة الداخلية، ولا سيما أن العقد لا يقوم بدوره كاملاً 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 إلى تغليب الإعلان أي إظهار الإرادة وعلى هذا الإعلان تبنى ثقة الفريق الآخر. ويجب أيضاً أن 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).

رابعاً :- 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 يقتضيه استقرار التعامل⁽¹⁸⁾.

ففي تكوين العقد لا يعتد إلا بإرادة حرة مختارة سليمة من العيوب فجعل الغلط والتدليس والاستغلال عيوباً للإرادة كونها تؤدي الى الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فيها تجيز طلب إبطال العقد. ثم إنه أعتد بالبائع الدافع على التعاقد كسبب للإلزام الإرادي. وفي تفسير العقد أخذ بالإرادة الباطنة عندما تكون عبارة العقد غير واضحة فأوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁹⁾. وكذلك أيضاً 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 غلب المذهب اللاتيني الإرادة الظاهرة في بعض الحالات رعاية لجانب استقرار التعامل، فالقاعدة في الاثبات أنه لا يجوز 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 مظهراً خارجياً في كتابة أخرى⁽²¹⁾. كما أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه لا من وقت صدوره، ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل لكن القبول وصل إلى الموجب قبل وصول العدول، فإن 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 تعرباً على إرادة المتعاقدين. ومن جانب آخر فإن الأصل في القوانين الجرمانية والانجليزية هو تغليب الإرادة الظاهرة على الباطنة وقد تغلغت 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 تحفظ في سره بألا يريد ما أعلن، على أن التعبير يكون باطلاً إذا توجه لشخص وعلم هذا الشخص بهذا التحفظ الذهني في التعبير عن الإرادة. 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 وتغيرت بذلك إرادته الحقيقية عن إرادته الظاهرة.

إذا كان هذا هو الأصل فإن القانون الألماني لم يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة، ففي تفسير العقد نصت المادة (33) من القانون المدني الألماني على أن (لتفسير التعبير عن الإرادة يجب البحث وراء الإرادة الحقيقية لا للوقوف عند المعنى الحرفي للتعبير...). كما تقضي المادة (17) من القانون المدني الألماني بأنه (إذا كان التعبير عن الإرادة التي تتوجه للغير لم يصدر إلا في الظاهر بالاتفاق مع هذا الغير، يكون هذا التعبير باطلاً...). فالمقصود بهذه المادة إذا كانت الإرادة 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 أولاً قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة. فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتازان 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 الألفاظ 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 مطلقاً، وقد يتلفظ بها فاهماً لمعناها ولكنه أتى بها لأغراض أخرى من غير تحقيق معناها، وقد ينطق بها متظاهراً أنه ينشئ ما تدل 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 آراء الفقهاء على النحو التالي:-

أولاً :- 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 لا يقصد استعمالها 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 أنها لاغية مطلقاً⁽²⁸⁾ ومنهم من فرق بين السكر بمحرم والسكر المباح، فتعتبر عبارته وتترتب عليها أثارها إذا كان السكر محظوراً ولا تعتبر إذا كان بسبب 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 ألغاهما وما يترتب عليها. يقول الله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ) ⁽³⁰⁾ وقال الرسول صلى الله عليه وسلم (

وضع عن أمي 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 إلى ذلك الحنفية (32). ويقول الأحناف في هذا أن الإرادة امر باطني لانعرفها إلا بما يصدر من صاحبها من قول يدل عليها، فإن قبلنا دعوى الخطأ في التعبير ممن يدعيه، فربما كان هذا عوناً ظالماً منا على إضاعة حق من يثبت له الإلزام 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 لا يفهم لها معنى كما لو لقن عربي شخصاً لا يعرف العربية جملة بعت لك سيارتي بألف دينار ونطق بها، ثم قبل العربي من فوره (34). فهذا لا يترتب 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 لا يقصد استعمالها في معناها، بل مجرد القراءة أو تعلمها من الغير أو حكايتها عن نفسه أو غيره فلا خلاف بين الفقهاء في أن عبارته لا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر (36).

ثانياً : عبارة الهازل :-

الهزل هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له، ولا ما صلح له اللفظ استعارة (37). فهو كلام العابث الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه آثار وأحكام شرعية (38). فالهازل يقول القول على وجه اللهو واللعب مع علمه بمدلول القول إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يترتب عليه أثر (39). وقد اتفق جمهور الفقهاء (40) على أن التصرفات التي يستوي فيها الجد والهزل من الزواج والطلاق والرجعة يؤخذ 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).

أما في المعاوزات المالية وما في حكمها فإن الحكم محلاً لاختلاف النظر (42)، فمن العلماء من جعلها لاغية فلم يترتب عليها التزاماً ولم ينشئ بها عقداً بناء على أنه صاحبها من القرائن ما دل على أنه ليس وراءها إرادة في إنشاء التزام، وأن هذه الإرادة 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 ما تدل عليه من التزام. ولم يعبئوا بما أراده صاحبها من تجريدها من معناها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في أحد قوليهما. وفريق يرى مع صلاحها أنه ينقصها الرضا، فترتب عليها أثرها إذا ما تحقق الرضا به. وذلك بإجازتها بعد وقتها وهؤلاء هم الحنفية (44).

ثالثاً :- عبارة المكره :-

الإكراه لغة ⁽⁴⁵⁾ المشقة يقال قام على كره أي على مشقة وأقامة فلان على كره أي على مشقة، ويقال أكرهه على شيء حملة عليه كرهأ، والكلمة في اللغة إذن معناها الحمل على الأمر قهراً وهو ضد الطوعية قال جل شأنه (قُلْ أَتَفْقَهُوا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا لَنْ يُتَقَبَلَ مِنْكُمْ) ⁽⁴⁶⁾. والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه ⁽⁴⁷⁾. وعرفه الفقهاء المحدثون بقولهم اجبار شخص على أمر لا يرضاه ولا يلزمه شرعاً ⁽⁴⁸⁾. وهنا نجد أن المكره متى صدر عنه ما أكره عليه، يكون ذلك لخوفه أن يحل به ما توعده به المكره، ولولا هذا مافعل الذي أكره عليه. إذ أنه لا يرغب 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 لا يخشى منه على فوات النفس أو على سلامة الأعضاء كأن يكون الوعيد بما لا يؤدي إلى إتلاف البدن.

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

ماذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة إذا كان المصدّر للعبارة قد أكره على التلفظ بها، فتلفظ بها دفعاً لأذى الغير الذي يهدده بما لا يحتمله، مع قدرة المهدد على تنفيذ ما توعده به، وكان المكره لا يرغب فيما يترتب على عبارته فإن المكره لا يلزم بعبارته ولا يترتب عليها حكم شرعي، فهي لاغية نظراً لإنتفاء الاختيار والقصد ولا فرق 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 عقداً ولا يترتب عليه أثر لانعدام الرضا ⁽⁵²⁾.

رابعاً :- 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⁾ وكل ما فيه إغانة 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 العينة :- 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 ببيعا صورياً. وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً يشتري العين مالها

المقترض، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشتراه له فيكون الفرق رباً له (58). هذا هو بيع العينة ببيع 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 ببس ما شريت وببس ما اشتريت ، أبلغني 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 خمراً وكما في بيع السلاح للكفار أو للبغاة أو لقطاع الطريق أو لأهل الفتنة وكما في إجارة الدار لمن يعلم أنه يتخذها مصنعاً للخمر أو متجرّاً 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). وأما المالكية فقد وقفوا موقفاً وسطاً بين الرأيين فلم يروا بطلان هذه العقود كما رأى الحنابلة، ورأوا ان يجعلوها عقوداً صحيحة، ولكن لايجيزون أن تبقى آثارها بل يُجبر المشتري مثلاً على بيع ما اشتراه 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 بالبائع الدافع للتعاقد كسبب للإلزام 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 بالمتعاقدين الآخر أي كان عالمًا 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 إليه إيجاب فقبله ثم عدل، لكن القبول وصل إلى 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 ما يلي :

أولاً:- أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :-

تنص المادة (92) مدني ليبي (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل). وطبقاً لهذا النص فإن اللحظة التي انعقد فيها العقد كانت الإرادة الباطنة معدومة، فموت الشخص أو فقد أهليته يعدم الإرادة ، وبالتالي انعقد العقد بارتباط تعبيرين وليس بتوافق إرادتين. والقول بأن التعبير قد صدر عن إرادة سليمة في نظري قول لا يستقيم ، فالعلة من التعاقد هو أن ينتج التراضي أثره على المعقود عليه (المحل) وبالتالي فإن التعبير عندما تكتمل دورته في هذه الحالة قد لا يجد محلاً للعقد بل ميراثاً قد تقاسمه الورثة . كما أن هذا النص يقودنا إلى القول بضرورة استقلال الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فالقول بأن الإرادة واحدة لم يعد يستقيم مع ما ذهب إليه المشرع الليبي في هذا النص . فالعقد انعقد على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه وتبقى بعد موته أو فقد أهليته ، أما الإرادة الباطنة الكامنة في النفس فقد زالت بموت صاحبها وزوال أهليته.

ثانياً:- من حيث السبب :-

تنص المادة (136) مدني ليبي على أنه (إذا ألزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً) فإذا كانت الإرادة الباطنة مدفوعة بسبب غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإن العقد يكون باطلاً. لكن يجب إثبات 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 . والعيوب لا يجيز طلب إبطال العقد إلا إذا اتصل بالمتعاقدين الآخر ، أي كان عالمًا به أو بإمكانه أن يعلم. فإذا لم يتصل عيب الإرادة بالمتعاقدين الآخر فإن 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، والإستهداء 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، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره 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 أن يتفق العقد الجديد مع الإرادة الحقيقية للأطراف.

سادساً:- العقد الصوري:-

تنص المادة (1/247) من القانون المدني الليبي على أنه (1_ إذا أبرم عقد صوري فلدائي 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 أنه (إذا ستر المتعاقدان عقداً 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 جزئيات وفروع فقهية مختلفة. والبين من شروحاتهم وتحليلاتهم أن جانب منهم رجح التعبير على الإرادة الباطنة وهم الأحناف، فقد انحازوا إلى جانب الإرادة الظاهرة في حالة انفصال 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 الإرادتين فتارة يميلون إلى رأي الأحناف في الأخذ بالظاهر وتارة أخرى يرجحون الإرادة الباطنة ويؤسسون على البواعث. والحال في القانون الوضعي لا يبعد كثيراً إذ يمكن القول بوجه عام أن القوانين اللاتينية تأخذ بالإرادة الباطنة، أما القوانين الجرمانية والانجليزية فتأخذ بالإرادة الظاهرة. على أن هذا خلاف لا يوجد 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 إطلاقاً بل تفسح مجالاً واسعاً للإرادة الظاهرة، كما أن القوانين الجرمانية والانجليزية تعدد بالإرادة الباطنة فلا تهملها تماماً. ومن أهم ماتوصلنا إليه من نتائج مايلي :-

1. إن الأحكام الشرعية إنما تبني على الظاهر إذا كان هذا الظاهر مطابقاً للباطن، أما إذا قام دليل لفظي أو غير لفظي على أن هذا الظاهر غير مراد، تعين طرحه والرجوع إلى النية، فالتعبير ليس إلا مجرد دليل على وجود الإرادة الباطنة، وهذا ما تذهب إليه أيضاً 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 اشترط إظهار الإرادة دون تحديد شكلاً معيناً ، فليس معنى ذلك أنه نظام شكلي ، ذلك أن الشكلية لإظهار الإرادة . والقانون عندما يشترط الإظهار لا يشترط شكلاً معيناً ، 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 أحتتمل 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 مقامه) 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 والبيع الآجلة . وذلك بإخضاع إرادة المتعاقدين لأحكام الشرع الحنيف ، وأيضاً 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.

الهوامش و المراجع :

(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 مذهباً وسطاً 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) استدلو في ذلك بقوله تعالى : " وَلَا أَقُولُ لَكُمْ عِنْدِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلَا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلَا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْرًا اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ " إِنِّي إِذَا لَمَنْ الظَّالِمِينَ " . وجه الدلالة : قد رتب الله تعالى الحكم في الآية على ظاهر إيمانهم ، وردَّ 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 أبي هريرة -رضي 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 في اللعان وقول النبي صلى الله عليه وسلم في المرأة: (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن). وجه الدلالة: لو شاء الله لأطلع الله صلى الله عليه وسلم- على باطن أمر الخصمين، فحكم ببقين 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، ص 94 ؛ 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 وأ.د على جمعة محمد ، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، ج 2، ص 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 ، ج 1، ص 54 ؛ ابن تيمية، القواعد النورانية ، حققه : د أحمد بن محمد الخليل ، دار ابن الجوزي ، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ ، 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 ص 166. الرملي، نهاية المحتاج، الناشر: دار الفكر، بيروت ، طبعة 1984 ، مج 4، ص 85 ؛ النووي ، المجموع شرح المذهب، 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 وسلم- يقول : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه). وجه الدلالة: هذا حديث عظيم الشأن، عليه مدار الأعمال الظاهرة والباطنة، فيدل على أنَّ أَوَّلَ واجبات المُكَلَّفِ القَصْدُ إلى النَّظَرِ المُوصِلِ؛ لِمَعْرِفَةِ الله تعالى، فالقَصْدُ سابقٌ دائماً. وهذا يعني أن الإسلام يأخذ بالإرادة الباطنة لا الظاهرة.

5. التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة والفقه الاسلامي لا يعلق الأهمية التي يعلقها الفقه القانوني على التمييز بين العقد والارادة المنفردة وبالتالي كل ما يقال في العقد ينطبق على الارادة المنفردة إلا ما 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 آثار 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 للالتزام. دار الجامعة الجديدة. 2009م. ص 30. بينما ليس في تعريف العقد في الفقه الإسلامي ما يشير الى انه توافق إرادتين بل فيه ما يشير 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 أيضا محمد قدرى باشا. مرشد الحيران إلى معرفة احوال الإنسان. المطبعة الكبرى

الاميرية. الطبعة الثانية 1991م. ص 42. وانظر ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. الجزء السادس. ص 7. وفي نظري أن تعريف الفقه الإسلامي للعقد هو الأكثر دقة بأعتبار أن الإرادة لا يعتد 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 . ص 281 .

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 . ص 282 .

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 القوي . 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 مغايراً 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 . ص 13.

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. ص 160. والنسيان بكسر النون وسكون السين ضد التذكر والحفظ ورجل نسيان كثير النسيان للشئ، وقد نسي الشئ نسيانا وأنساه الله الشئ، ونساه تنسيه بمعنى. و(تنساه) أرى من نفسه انه نسيه و(النسيان) ايضاً الترك قال تعالى "نسوا الله فنسيهم" وقال "ولا تنسوا الفضل بينكم". أنظر .د عبدالحليم عبد اللطيف القوي . حسن النية واثرة في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني. دار المطبوعات الجامعية . 2004م . ص 205 هامش رقم (2).

(27) السكران لغة هو زائل العقل بالشراب واصطلاحاً سرور يزيل العقل، فلا يفرق به بين السماء والارض وقيل السكران هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً. وقال صاحبان :- 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 القوي . 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. ص 407. وقال ابن قدامة :-والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد، فلا يصح 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. ص 348. وأنظر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي. دار الكتب العلمية بيروت لبنان. الطبعة الثانية. 1992م. الجزء الاول. ص 471.
- 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 علاء الدين البخاري. دار الكتاب العربي بيروت. 2008م. الجزء الرابع. ص 354. وايضا انظر د. القوي. مرجع سابق. ص 209. وانظر ايضا د. أحمد أدريس عبده. فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع مقارنة بالمذاهب الاخرى. دار مليلة الجزائر. الهدى عين. 2000م. ص 62.
- 30 . سورة الاحزاب . الآية (5) .
- 31 . أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس . أنظر كشف الخفاء ومزيل اللباس عما أشتهر من الأحاديث بين الناس . للمحدث إسماعيل بن محمد العجلوني. مكتبة المقدسي . بدون ذكر تاريخ او طبعة. الجزء الثاني. ص 433.
- 32 . (د. د. احمد فراج حسين. مرجع سابق . ص 161.
- 33 . د. محمد يوسف موسى. الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي. دار الفكر العربي. 1996م . ص 264.
- 34 . د. احمد فراج حسين. مرجع سابق. ص 161. وانظرا أيضاً. الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي. 2005م . ص 216.
- 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 تمثيلاً على المسرح ففي هذه الحالة وامثالها نكون امام تعبيرات حكائية يحكي فيها الممثل دور شخص من اشخاص الدور المسرحي وهذه التعبيرات كالسابقة لا يعتد بها شرعاً. 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. ص 376.
- 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 . ص 164.
- 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. ص 203.
- 42 . الشيخ علي الخفيف . مرجع سابق . ص 217.
- 43 . (ومن هؤلاء أحمد بن حنبل ومالك والشافعي في أحد قولين له. راجع الشيخ علي الخفيف. المرجع السابق. ص 217.
- 44 . . وقياساً على بيع الهازل ذهب جمهور الفقهاء الى أن بيع التلجئة أو ما يطلق عليه اصطلاحاً البيع الصوري، بيع باطل بكل الأحوال، وهو أن يتواطأ المتعاقدان على أن يظهرأ ببيعاً لم يريدها باطلاً ، بل ايهاً لغيرهما، وذلك لمأرب لهما أو لأحدهما ، وقد تكون التلجئة في اصل العقد بأن يتم العقد صوريا دون تنفيذه أو في مقدار البذل 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 آراء الفقهاء أنظر الشيخ علي الخفيف. مرجع سابق. ص218. وأيضاً د. أحمد فراج حسين. مرجع سابق. ص170. وأيضاً د. بدران أبو 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. التغير وأثره على العقود. دار الفكر العربي. الطبعة الأولى. 2007م. ص10. وانظر أيضاً د. عبدالحليم القوني. مرجع سابق. ص214. وأيضاً د. عبدالرزاق السنهوري. مصادر الحق. مرجع سابق. ص186.
- 48 .د. كفاح عبدالقادر الصوري. مرجع سابق. ص10.
- 49 .د. محمد يوسف موسى. مرجع سابق. ص269.
- 50 .(د). محمد أحمد سراج. نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي. 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 ليحلقها 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. ص106.
- 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. ص275.
- 59 .د. أحمد فراج حسين. مرجع سابق. ص173.
- 60 .(انظر في هذه الآراء د. محمد يوسف موسى. مرجع سابق. ص173. وأيضاً د. عبد الحليم القوني. مرجع سابق. ص585.
- 61 .أخرجه أحمد في مسنده وأخرجه الدار قطني والبيهقي في سننهما. أنظر جمال الدين عبدالله بن يوسف الزبيلي. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية. دار الحديث. الطبعة الأولى. 1995م. الجزء الرابع. ص466.
- 62 .(محمد بن إدريس الشافعي). الأم. دار المعرفة. 1990م. الجزء الثالث. ص79. وانظر أيضاً المغني. مرجع سابق. الجزء السادس. ص319.
- 63 . الشيخ علي الخفيف. مرجع سابق. ص220. وأيضاً. أحمد فراج حسين. مرجع سابق. ص174.
- 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 للتزام. الجزء الأول. منشورات الجامعة المفتوحة. الطبعة الثانية. 1993م. ص50.