



مكتبة البحوث
تتم الدورات

حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

غير مصرح بأعارة من المكتبة

العدد الأول

١٤٠١ هـ - ١٩٨٠ م

مبدأ استقلال الإرادة

في الشريعة والقانون

الدكتور
أحمد محمد

هناك تعبيرات انفرد بها القانون وإن كان لم ينفرد بالنظم أو النظريات القانونية التي تدل عليها هذه التعبيرات :

ولأن هذا التعبير أجني النشأة (L'autonomie de la volonté) فقد اختلف ترجمته بعض الشيء ، فقد ترجم مرة بحرية الإرادة ، ومرة أخرى بسلطان الإدارة ؛ وقد فضلنا ترجمته إلى : استقلال الإرادة .

ويدل هذا التعبير على أن العاقد ينشي بإرادته المستقلة أي نوع من أنواع التصرفات القانونية ، دون أن يتدخل شيء آخر غير إرادة العاقد في إنشائه ، وترتب الآثار القانونية على هذا الإنشاء .

احتفال القانون بهذا المبدأ :

ولأن القانون لم يصل إلى هذا المبدأ إلا بعد أطوار مختلفة ، حيث اجتاز مراحل تنقطع فيها الأنفاس في سبيل الوصول إليه ، فقد احتل هذا المبدأ مكانه المرموق في عقلية القانونيين ، وفي الارتكاز عليه في مجال العقود ، ولاسيما في هذا العصر الذي يركز كثيراً على احترام

الفرد وإرادته ، ويدفع التطور المطرد فيه إلى تبسيط إجراءات التعاقد دون عوائق أو صعوبات .
لمحة تاريخية :

وتتضح أهمية المبدأ إذا ما استعرضنا المراحل التي مرّ بها وهو جنين ، في ضمير القانونيين ، إلى أن صار حقيقة تسفر عن نفسها في نصوص القوانين والتشريعات ، ولذلك نرى أنه ينبغي تزويد القاريء بعجالة تاريخية نبين فيها مراحل تطوره :

ماذا كان يدور في عقول القانونيين ؟

الذي كان يسود بين القانونيين في « روما » هو أن إرادة المتعاقدين من الضعف بحيث لا تستطيع مستقلة أن تنقل شيئاً من ملكية شخص إلى آخر ، فقد كان من الضروري أن تصاحب هذه الإرادة أعمال شكلية أو مادية ، وهذه الأعمال الشكلية أو المادية تتمثل في ثلاثة وسائل ، تكون تحت تصرف المتعاقدين ، وهي *La tradition L'in jure cessio La mancipation*

والوسيلة الأولى : تتطلب استعمال ميزان ، وقطعة من المعدن للوزن ، وحضور خمسة أفراد ذكور بالغين ، وحضور الشيء المتعاقد عليه .

والوسيلة الثانية : تتطلب مراسم شكلية قريية من الأولى .

أما الوسيلة الثالثة : فقد تحررت بعض الشيء من هذه الشكليات حتى صارت هي الوسيلة العامة في عهد الامبراطورية الرومانية السفلى ، وفي عهد « جوستينيان » في القرن السادس الميلادي .

وقد كان البائع يحتفظ بملكية الشيء المبيع ، حتى تم هذه المراسم أو الطقوس الشكلية ، وظل هذا معمولاً به - وإن كان قد خفت حدة الشكلية شيئاً ما في عهد جستينيان - إلى أن جاء القانون المدني الفرنسي فاتبع الاتجاه السائد في القانون القديم ، حول تبسيط الإجراءات في التعاقد ونقل الملكية .

ففي القرنين السابع عشر والثامن عشر قد التقت نظرة الفلاسفة والقانونيين بصفة عامة ، على أن إرادة المتعاقدين المعبر عنها في اتفاق ما لها أثرها في نقل الملكية وإن ظلت (*latradition*) إحدى الوسائل الشكلية غالبية في أسلوب التعامل .

وفي أواخر القرن الثامن عشر توج التقنين الفرنسي هذه الجهود بوضع مادة تتضمن مبدأ استقلال الإرادة ، وهي أن : الالتزام بتسليم شيء يعتبر تاماً بمجرد اتساق المتعاقدين ، وهذا الالتزام يجعل الدائن مالكاً ويضع الشيء تحت تصرفه وقت الالتزام بتسليمه ، وإن لم يجر أي أسلوب شكلي « مادة (١١٣٨) (١) .

العوامل التي ساعدت على التطور

حاول القانونيون أن يبحثوا عن العوامل التي ساعدت على هذا التطور ، ويبدو هذا جلياً في عقد الوصية ، حيث تتجلى إرادة العاقد في التعبير عنها ، ولاسيما أنه تصرف ناشيء عن إرادة منفردة .

١ - في روما قديماً :

لم يواجه قدماء الرومان (٢) الموت كحادث يسبب العدم تماماً ، بل واجهوه كمجرد تغيير يطرأ على حياة المرء ، فإنهم يعتقدون أن الأموات يستمرون تحت الثرى أحياء ، ولكنها حياة ثانية ، ومن معتقدتهم هذا نشأت ضرورة دفن الميت لتنعيم روحه بالراحة ، وإلا ظلت ضالة هائمة ، فالدفن يمنع الروح من أن تضل وتهم وتصبح مزعجة ومؤرقة للأحياء ، وينبغي مع الدفن القيام ببعض الشعائر ، ولاسيما إعداد بعض الطعام والشراب في بعض أيام العام ، ومثل هذا كان له تأثيره على التعامل فيما بينهم .

وكالرومانيين القدماء كان اليونانيون ، فقد كانوا يعتبرون أن الأموات قديسون ، أو آلهة تستحق التقديس ، والميت الذي لا يحتفل الناس بمظاهر التقديس عند موته يعتبر

(١) مونييه ، مختصر نافع في القانون الروماني ص ٤٠٥ - ٤١٢ Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. 1, pp. 405 — 412

(٢) مازال القانون الروماني له أهميته في أذهان المشتغلين بالقانون في أوروبا بل وفي غيرها من بلدان العالم ولذلك ركزنا عليه دراستنا في هذا الموضوع ، وقمنا بترجمة أمينة لكتاباتهم في هذا الموضوع ، على الرغم من الحيرة والبلبلة والتخمين التي تبدو واضحة فيها والتي يشعر بها القاريء عند استعراضه لها .

كائناً شريراً ، أما الميت الذي يقدسونه عند الدفن فهو إله الخير ، إنه يجب الذين يحضرون له الغداء ، ويظل مدافعاً عنهم مشاركاً في شئونهم قائماً بدوره دون تقصير .

ومع تقديس الأموات على هذه الصورة كان تقديس النار عندهم في بيوتهم على صور مختلفة من الشعائر تختص كل أسرة بصورة منها ، وهذه الشعائر — وهذا التقديس — كان ينقلها الأبناء عن الآباء ، كما كانت الرابطة بين أفراد الأسرة قديماً ، وكان رب الأسرة يمارس سلطة مطلقة على هؤلاء الأفراد ، تشبه سلطة الكاهن والحاكم معاً ، وقد كان من ألزم الضرورات على رب الأسرة أن يحافظ على شعائرها التي مارسها الآباء والأجداد ، ولهذا فقد كان عليه — إذا لم ينجب وارثاً من الذكور — أن يتبنى شخصاً قادراً على استمرار هذه الشعائر بعد موته .

ثم ظهر في الحال التصرف بالوصية ، لتحقيق هذا الهدف ، وبدأ المشرع يلتزم بإجراء مراسم الوصية ، حيث يجب على الموصي أن يعلن شفويّاً عن تصرفاته ، في حضور مجموعة الكهنة برئاسة كاهنهم الأكبر ، ثم سمح لرب الأسرة أن يتخذ له وارثاً أجنبياً حتى لو كان له أبناء ذكور ، ولذلك فقدت الوصية شيئاً فشيئاً الهدف الذي من أجله نشأت ، ولكنها تحولت في الحال إلى تصرف متميز ، يحقق أهدافاً عدة كالعتق والتبني ، والتبرع ببعض الممتلكات ، أو بمقدار من المال . . . الخ ، فالموصي أصبح يتصرف لأغراض مقدسة وأغراض غير مقدسة ، إلا أن إرادته في هذا التصرف لها احترامها ، نظراً لأنه يمثل عقيدة دينية ، ويتعهد بنقلها عن الآباء إلى الأبناء ، ومن هنا بدأ المشرع في وضع الأساس الأول لاحترام الإرادة (١) .

ب — القانون الفرنسي القديم :

وعندما نعود إلى القرن السادس الميلادي نجد أن الوصية — كتصرف إرادي من جانب واحد تم آثاره بعد موت الموصي ، وأن له الحق في تعديلها كما يشاء إلى حين موته — معروفة ومستعملة بين « الجالورمانيين » من مبدأ هذا القرن ، كما أن نظامها مستوحى من القانون الروماني .

Greiff, Les origines du testament, p. 79.

(١) جريف ، أسس الوصية ص ٧٩ .

ولكن الدين المسيحي الذي أخذ يزدهر في هذا الوقت عند الرومانيين ، والحالورومانيين قد بدا أثره في نطاق القانون بفضل حث الكنيسة أتباعها على تقديم التبرعات ، وإقامة المؤسسات الدينية ، حتى تطمئن الأرواح في مثواها ، وقد كانت التبرعات على سبيل الوصية هي المفضلة عند رؤساء الكنيسة ، ولم ينس الأتباع عند دنو الأجل وقربهم من المثل بين يدي الله أن يبادروا إلى الوصية إلى الكنيسة ، ولذلك غمرتها تبرعات الموصين كما غمرت الأديرة والمستشفيات ، بقصد الحصول على العفو السماوي والنعيم الأبدي ، والنجاة من عذاب الآخرة ، وهكذا فقد كانت الوصية تحقق أهدافاً دينية .

وإذا أردنا أن نكون فكرة واضحة عن التصرفات الوصائية ، التي كانت تحدث من عهد الرومان قديماً إلى أواخر القرن السادس الميلادي ، فلا نشعر بالدهشة إذا ما قلنا إن مبدأ « احترام إرادة الموصي » كان من وراء هذه التصرفات ، وعلى الرغم من أن القانون لم يتدخل بعد ، لمراعاة تنفيذ التصرفات الوصائية كاملاً ، لكنه من المعتقد أنه في غياب الإلحاح القضائي يمكن أن يحل بصورة ما الشعور الديني ، الذي يستولي على نفوس المؤمنين ليحث الوراثة تلقائياً على تنفيذ رغبات فقيدهم (١) .

ومع هذا لم تكن الغالبية العظمى من الناس قد تشبعت بعد بالروح المسيحية ، فإن تقاليد الكفر مازالت سائدة ، وكم من مسيحي بالعقيدة قد ظل ممارساً لأخلاق الكفر وعاداته (٢) ، ولهذا فإن بعض الوراثة لم يشاءوا أن ينفذوا بمحض إرادتهم ما كلفوا به من التصرفات الوصائية ، بل بلغ الحال في بعض عهود الفوضى أن موت الشخص يعطي لغيره فرصة سانحة إذا أحسوا في أنفسهم القوة للانقضاض على أمواله كلها ، ولم يكن يهتم برغبات الميت ، ولا تحترم إرادته ، ولا سيما من بعض الملوك أو كبار الملاك ، إذ يضيفون بالقوة تركته إلى أموالهم (٣) .

(١) رونو دوبريني ، دراسة مقارنة على سلطة التصرفات الوصائية ص ٢٠ Renaud de Bottiné, Etude Comparative Sur l'autorité des dispositions testamentaires, p. 20.

(٢) تروبلنج ، تأثير المسيحية على القانون المدني الروماني ص ٧٢ Troplong, De l'influence du Christianism Sur le droit civil des romains, p. 72

(٣) أفروي ، تطور الوصية ، ص ٢٩٠ - ٢٩١ . Auffroy, Evolution du testament, pp. 290, 291.

ونتيجة لذلك : نقرر أن التصرفات الوصائية ، وإن كان لها في هذا العهد استقلال إلى حد ما ، فإن مبدأ « احترام الإرادة » مازال في حاجة إلى أساس قوي يرتكز عليه بمختلف الوسائل ، ولعل تعدد الضمانات التي اتخذت بعد ذلك لتحقيق « احترام الإرادة » تبين إلى أي حد بلغت مخاطر الاعتداء في هذا السبيل .

وهذه الضمانات كانت أولاً : أن يُضمّن الموصي وصيته اللعنات الماحقة ، على من لا يهتمون بتنفيذ وصاياه ، إنه يضمنها تهديدهم بالعذاب الأبدي وتعرضهم للغضب الإلهي الشديد ، وفي الوقت نفسه يدعو السلطات الكنسية إلى معاقبة جريمة الإساءة في التصرفات الوصائية ، وكانت تُذَيَّل كل وصية تقريباً بهذه العبارات « فلتحق عليه اللعنة ، وليطرد من رحمة الكنيسة الكاثوليكية ، وليحرم من رعايتها كل من يزيّف هذه الوصية (١) .

ولم تقف الكنيسة من جانبها مكتوفة اليدين ، فقد أعلن قساوستها أن الورثة الذين لا ينفذون وصية مورثهم مهددون بالحرمان من رعاية الكنيسة ، كالكفار وسافكي دماء الفقراء سواء بسواء ، ومن المحتمل أن التهديد يمثل هذه العقوبات الروحانية كان له أثر من الناحية الخلقية ، في نفوس الورثة الذين أجزموا في حق مورثهم .

وكان من الضمانات ثانياً : أن الموصي كان يذهب إلى السلطة المدنية ليطلب منها عوناً مادياً ، فيبرم عقداً يثبت فيه أنه تلقى وعداً موقعاً بيد الملك بأن يشرف على تنفيذ رغباته في وصيته (٢) ، ومعنى ذلك أن الملك يتدخل ودياً لا قانونياً ، فإنه يقدم عونه بوساطة قوته المادية وعمال مملكته ، ليضمن الموصي تنفيذ وصاياه ، وكل من يحاول الاعتداء على هذه الوصايا فقد نال من سلطة الملك وتعرض للانتقامه ، وكل من لا يحترم إرادة الموصي عليه أن يغرّم تعويضاً نسبياً . وهذا هو جانب السلطة المدنية في هذا الموضوع .

وكان من الضمانات ثالثاً : أن الموصي كان له الحق أن يعهد إلى من يثق فيه ولا يعتمد على ورثته في تنفيذ وصاياه ، لشعوره بحشعهم وطمعهم في تركته . وغالباً ما يكون هذا الشخص من رجال الكنيسة ليستطيع بوظيفته الدينية أن يدفع الورثة لتنفيذ الوصية ، التي

(١) أفروي ، تطور الوصية ، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

أخذت إجراءً أولاً في حياة الموصي ، وهو أن تأخذ شكل الهدية ، ثم تنفذ بعد موته كوصية ، كما كان هذا الشخص الذي عهد إليه بتنفيذ الوصية واحترام إرادة الموصي يعتبر بوظيفته الدينية تحت سلطان ومراقبة الكنيسة (١) .

ونستطيع أن نقول : إن « استقلال الإرادة » في عقود الوصية كان حتى القرن السادس الميلادي غير ثابت الأساس قانوناً في مجال الإيصاء ، ولم يكن إلا الشعور الديني هو الذي ينبغي أن يدفع الورثة من تلقاء أنفسهم لينفذوا وصايا مورثهم ، حتى يوفروا الطمأنينة لروحه . وعند فقدان هذا الشعور الذي لم يكن قد أخذ مداه بعدُ بين أفراد المجتمع في ذلك العهد ، كان الموصي يتحول أحياناً إلى السلطة المدنية ، ليضع تحت حمايتها وصيته ، وفي الأغلب تحت حماية الكنيسة ، التي لا تردد في أن تمارس سلطتها المخيفة من طرد وتكفير ، واستمرت هذه الحال حتى القرن الثاني عشر الميلادي .

والخلاصة : أن « مبدأ الاحترام لإرادة الموصي » لم يوجد في القانون حتى القرن الثاني عشر الميلادي ، وإن كان قد وجد كأمر معمول به لا أكثر .

ومنذ القرن الثاني عشر الميلادي كان الوضع قد اختلف وبدت فكرة أنه من الممكن فعالية إرادة الموصي في نقل الملكية بنفسه دون المراسم التي كانت مفروضة ، فقد شملت قواعد القانون وجزاءاته شيئاً فشيئاً نظرية العقد الوصائي « وحددت نظامه وملاحمه ، وبفضل استقرار العلاقات القانونية الذي تضاعف حينئذ استقر تبعاً لذلك وضع الموصي له وتركزت سلطة التصرفات الوصائية ، لا في واقع الناس فحسب ، بل في مجال القانون كذلك .

ومع هذا ، فقبل البحث عن الأساس المعقول الذي سيرتكز عليه من الآن « مبدأ الاحترام لإرادة الموصي ، يجب أن نبحث كيف ظهرت الوصية العرفية ، وما الذي كانت تتضمنه ، فإنه من المعلوم أن هناك صلة مباشرة بين القوانين والمعتقدات ، أو الأفكار التي أنشأتها ، ففي أوائل القرون الوسطى كانت هناك وسيلة معينة (la tradition) لإعطاء الموصي له الحق على الموصي به ، لا عن طريق الموصي بل عن طريق من يجري مراسم هذه

(١) كالير ، أسس وتطور التنفيذ الوصائي ص ٥٣ - ٦٥ .

الطريقة السابق ذكرها ، ومنذ هذا القرن اعتادت النفوس شيئاً فشيئاً على ألا تلتفت إلا للنتائج العملية في هذا المجال ، فقد لوحظ هكذا أن شخصاً يستطيع في واقع الأمر أن ينقل أمواله بعد موته بهذه الوسيلة ، وأن إرادة إنسان خرج من الحياة تحقق النتيجة القانونية المطلوبة .

ومن ناحية أخرى فإن فكرة نقل الملكية من الموصي إلى الموصي إليه مباشرة قد اتسع نطاقها في التعامل ، منذ القرن الحادي عشر الميلادي ، باتخاذ الهبة وسيلة لذلك ، مع الاحتفاظ بمنفعة الشيء الموهوب إلى وفاة الموصي . . فقد كان هذا تقدماً حقيقياً في هذا النطاق . . إلا أنه وإن كانت السلطة المدنية بدأت تعالج جانباً من التصرفات الوصائية فإن العنصر الديني ظل مسيطراً إلى القرن الخامس عشر الميلادي في مجال الوصية ؛ فإن المحاكم الكنسية في هذا العهد كانت هي المختصة في القضايا الوصائية ، وإن أصبحت من الموضوعات المدنية التي ينظمها القانون العرفي .

ولا ريب أن المعتقدات والمشاعر الدينية قد فرضت على المجتمع مبدأ الاحترام لإرادة الموصي . . وضمنت الأثر الفعال للتصرفات الوصائية ، فقد غمرت هذه المشاعر في هذا العهد ضمائر الناس . . وكان لها من قوة الأثر بحيث تجعل هذا المبدأ قاعدة من قواعد النظام العام ، ومادة من مواد القانون .

وبعد أن صارت الوصية من أنظمة السلطة المدنية تضافر عاملان قويان على تركيز مبدأ « الاحترام لإرادة الموصي » ؛ فلم يعد هذا الاحترام ناشئاً فحسب من التزام شعائر الدين لضمان الطمأنينة لروح الموصي . . بل يضاف إلى ذلك أن كل شخص له ملكية خاصة تستمر سلطته على أمواله إلى ما بعد الحياة ، ليتصرف فيها بإرادته ، في حدود القانون .

وهذا العامل الجديد كان له كبير الأثر في تقوية التزام المجتمع باحترام « إرادة الموصي » الذي هو مفتاح البناء المحكم لمبدأ سلطة التصرفات الوصائية ؛ وهكذا لم تعد هذه السلطة محل مناقشة في نهاية عهد القانون القديم وبداية عهد القانون الفرنسي الحديث .



في التقنين الفرنسي الحديث (١) :

عندما نستعرض مواد القانون المدني الفرنسي لا نجد « مبدأ الاحترام لإرادة الموصي » ولا سلطة التصرفات الوصائية مصرحاً بهما في ثناياه . . بل يمكن أن يؤخذ ذلك من بعض الأحكام العامة ، التي تعطي لكل فرد الحق في أن يوصي ، ويترتب على هذا ضمناً أن القانون يضمن له بالضرورة تنفيذ وصيته طبقاً للشروط المطلوبة :

فالمادة (٨٩٣) من هذا التقنين تقرر : أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في أمواله على سبيل التبرع إلا بالهبة أو الوصية ، طبقاً للإجراءات المقررة .

والمادة (٨٦٩) تتضمن الإجراءات التي يمكن أن تتخذ بعمل الوصية .

والمادة (٩٠٢) تقرر : أن كل شخص يستطيع أن يتصرف في أمواله بالهبة أو الوصية ، ويستقبل من غيره كذلك ، ما عدا الأشخاص المحجور عليهم .

ولما كان التصرف الوصائي فيما سبق يعتبر عملاً دينياً ، يستمد قوته الملزمة من الشعور الديني عند الورثة ؛ فقد سارت الأمور في القرن الثامن عشر الميلادي - ولاسيما بعد الثورة الفرنسية - على العكس من ذلك ، إذ اضمحلت العقيدة الدينية ، وقويت العلمانية في القانون ، واضطر واضعو القانون المدني أمام ذلك ألا يعيروا اهتماماً للمشاعر الدينية ، أو على كل حال ألا يعبروا عنها ، ويتضح هذا في قول « جورج ريبير » أحد الفقهاء الفرنسيين - : « إن القانون لا يكون حقاً علمانياً إلا إذا كانت قواعده قد صُنِّيت من كل اعتبار ديني ، فالدين يجب ألا يكون له دخل في القانون ، هذه هي حقيقة العلمانية » (٢) .

ومع هذا كان من المستحيل عملياً أن تصفى كل قواعد القانون المدني من الأخلاق الدينية ، التي عملت الكنيسة الكاثوليكية في العهود السابقة على تركيزها ، فإن الكثيرين في الواقع ظلوا مؤمنين ، ومازال عدد كبير منهم يستجيبون لقواعد هذه الأخلاق ، ومازالوا

(١) ركزنا على القانون المدني الفرنسي في هذه الدراسة ، لأنه في مقدمة القوانين المكتوبة ، ولأنه امتداد في روحه واسلوبه للقانون الروماني .

G. Ripert, Le

(٢) جورج ريبير ، النظام الديمقراطي والقانون المدني الحديث ص ٧٢

régime démocratique et le droit civil moderne, p. 72.

أوفياء لتعاليم الكنيسة ، ولا يوجد في حقيقة الأمر قوانين علمانية في حياة الأسرة على الأقل ؛ لأن القواعد التي تتبعها الأسر هي القواعد التقليدية ، التي وجدها المشرع المدني في العبادات والأخلاق المسيحية (١) ، والقانون لا يستطيع — وقد انفصل عن أصله — أن يبقى معتمداً على مجرد قوته في التنظيم ، بل إنه لا يستطيع أن يتطور إلا بدوافع مستمرة من الخلق القويم .

وليس من المستطاع أن يحدث توافق بين الأخلاق الدينية والمبدأ العلماني ، فإن هذا معناه إغفال المركز الهام الذي احتلته العلمانية في ظل الثورة الفرنسية تحت شعار الأخلاق العلمانية ؛ نعم . إن علمانية القوانين لا تمثل بنفسها عقبة في طريق الأخلاق ؛ لكن هدفها بالتأكيد أن ينظر إلى الأخلاق الدينية على أنها شيء أجنبي عن المجال القانوني .

ومن الممكن أن يلاحظ المرء أن نظرية « الالتزام الطبيعي » هي مبدأ اخترعه القانون ؛ ويتضح من هذا : أن الأخلاق لم تحتل إلا مكاناً ضيقاً جداً في مواد التقنين (٢) .

ولقد رأى بعض القانونيين الذين يدينون بالعلمانية : أن مبدأ احترام إرادة الموصي ينبع من حقه الشخصي في أمواله ، أي أن أساسه هو فكرة حق الملكية ، على حين يرى البعض الآخر : أن هذا ليس هو الأساس ، بل أساسه — عند النظر الصحيح — يكمن في فكرة الحرية ؛ فإن القانون قد رفع يد الموصي عن جزء معين من ماله (طبقاً للمواد ٩١٣ — ٩١٩) وأطلق له الحرية فيما عداه ، وفي حالة ما إذا لم يكن ورثة ، له الحرية في أن يوصي بكل أمواله ، وفكرة الحرية هذه هي التي أكملت مفهوم الملكية ، وأضفت عليه من أبعاد معناها ، وكانت من وراء الترويج لمذهب « الفردية » الذي تشربته في عمق مواد التقنين ، فإن العديد من أحكامه يحمل طابع الحرية والفردية ، اللذين سادا عند وضعه .

وقد بدأ الترويج لمذهب الفردية في القرن السادس عشر الميلادي ، ثم اتسع نطاقه في القرنين السابع عشر ، والثامن عشر ، ليصل في القرن التاسع عشر إلى إحراز الانتصار لمذهب « الحق الشخصي » في القانون ، ومع هذا لا نستطيع أن نقول : إن مذهب الفردية — على الرغم من أساليبه الفنية في التعبير — يعطينا الأساس الصحيح لمبدأ الاحترام لإرادة الموصي (٣) .

(١ ، ٢) المرجع نفسه .

G—Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 72.

(٣) ولن ، مذهب الفردية والقانون ص ٢٠ — ٢٧ .

Walín, l'individualisme et le droit, pp. 20—27.

ويمكن القول : إن أعظم مبدأ أساسي يكمن في (أيدولوجية) مذهب الفردية ، هو مبدأ الحرية الشخصية ، فإن الحرية هي الغاية التي يسعى كل إنسان للوصول إليها ، وهي الهدف الذي يجب عليه أن يناله ، وكل مهمة القانون أن يقدس حرية كل فرد ، وليس هناك من حدود يستطيع القانون أن يفرضها على هذه الحرية أكثر من الحدود التي تهدف إلى منع اعتداء أحد على حرية الآخر (١) .

وإن كان يخشى من طغيان مذهب الفردية بالنسبة للجماعة ، فإن قبول هذه المقدمة المنطقية : وهي أن الفرد جزء من الجماعة - يستدعي قبول المقدمة المنطقية الأخرى وهي : أن إرادة الفرد تتبع من إرادة الجماعة . ومعنى ذلك : أن مدرسة « المذهب الفردي » تنظر إلى إرادة الفرد ، كما تنظر إلى إرادة الجماعة على أن كلاهما مصدر للقانون ، وهكذا فإن إرادة الفرد تنشيء الحقوق القانونية ، بل هي وحدها هي العامل الأساسي لإنشاء العقود القانونية ، فمنذ القرن التاسع عشر أصبح أي عقد أو اتفاق تنشئه الإرادة يعتبر ملزماً من الناحية القانونية (٢) .

ولقد احتفى « دوجي » بتقرير هذه الحقيقة عندما عبر عنها قائلاً : « إن ما يتغلغل في الأعماق ، وما يعتبر جوهر القانون إنما هو السلطة الخاصة ، هو الاستقلال الشخصي للإنسان ، إنه الحق الخاص : سلطة الإرادة الفردية التي تمتد إلى ما وراء الحياة (٣) » .

وهذه العبارات في قليل من الكلمات تضمنت المحورين الأساسيين لمذهب « الحق الشخصي » في القانون ، وهما : حرية الفرد ؛ وقدرته على التصرف بإرادته ، والعبارة

Gounot, l'Autonomie de la volonté

(١) جونو ، استقلال الإرادة ص ٢٨ .

Thèse 1912 éd. 1912, p. 28.

(٢) ومع هذا التقدم الفكري من الناحية النظرية فقد ظل القانون مقيداً بالشروط الشكلية التي يفرضها واقع التعامل ، فإن العقود تتطلب لصحتها قانوناً بعض الشروط الشكلية التي لا بد من اجرائها ، فمثلاً عقد الوصية مازال يتطلب المراسم الشكلية القديمة ، بل إننا نلاحظ أنه على الرغم من أن مذهب الفردية قد ساعد على انتصار مذهب الرضائية ، فإن بعض القانونيين مازالوا يتساءلون عن تطوير المراسم الشكلية (فلور ، بعض الملاحظات على تطور شكلية العقود ، القانون المدني الفرنسي في القرن العشرين ص ٩٣ .

Flour, Quelques remarques Sur

l'évolution du Pormalisme en droit privé Français au milieu du XXe siècle, p. 93).

(٣) دوجي ، تطور القانون العام ، ج ١ ، ١ Duguit, les transformations du droit publique I. I

ذات الأسلوب القانوني التي تضمنت كل هذه العبارات وهذه الأفكار هي « استقلال الإرادة » الذي تقرر في القانون المدني بنص المادة (١١٣٤) وترجمته : « العقود الصحيحة تعتبر شريعة لمن أبرموها » .

فهذه العبارة قد أدرجت في القانون الوضعي مذهب « الحق الشخصي » الذي يُفسَّر بأن إرادة الفرد مستقلة ، ولها دور خلاق ، ويبدو واضحاً بعد هذا : أن أية قضية تتعلق بالوصية أمام القضاء يرعاها القانون بمبدأ استقلال الإرادة ، ويستطيع القانونيون الغربيون في القرن العشرين أن يقرروا : أن أساس الاحترام لإرادة الموصي يكمن في مبدأ استقلال الإرادة ؛ فهدف التدخل القانوني الآن هو احترام رغبات الموصي إذأ ، بمعنى : أنه حر التصرف ، استقلالاً في أمواله لما بعد الموت ، كما أن محكمة النقض - وهي تمارس مراقبتها على أحكام القضاء بالنسبة للوصية - تبطل كل حكم يمس إرادة الموصي ، ويناقض مباشرة نتيجة لذلك (نص المادة : ١١٣٤) فمن قرارات محكمة النقض في هذا الصدد . . هذا القرار في ٨ مارس سنة ١٩٢١ :

« نظراً للمادة ١١٣٤ ؛ ونظراً لما تضمنته من أن العقود المبرمة تعتبر شريعة لمن أبرموها فإنه إذا كان على قاضي الواقعة أن يفسد الاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين ، فلا يحق له بحجة التفسير أن يناقضها عندما تكون شروطها واضحة ومحددة » .

خلاصة ما تقدم :

إذا ما حاولنا الآن أن نلقى نظرة شاملة على أسس هذا المبدأ ، منذ القانون الروماني القديم حتى التقنين المدني الفرنسي الحديث ، نجد التآرجح بين الأفكار الدينية والمدنية ، حول مختلف الغايات التي تهدف العقود لتحقيقها ؛ فمبدأ « الاحترام لإرادة الموصي » يرجع إلى الاتجاهات ، أو الأفكار المتأصلة بين الرومان الوثنيين ، واستمرت هذه الاتجاهات ، أو هذه الأفكار حتى القرون الوسطى بين المجتمعات المسيحية ، وقد كانت المعتقدات الدينية على رأي كثير من فقهاء القانون لها سلطتها على سلوك البشر ، فقادت المجتمعات الناشئة ردهاً طويلاً من الزمن ودفعتها إلى احترام إرادة الموتي ، واعتبار ذلك واجباً من واجبات الضمير الإنساني .

وعندما ضعفت قوة المعتقدات الدينية أخذت السلطة المدنية تفرض سلطانها ، وتطور الأمر بعد ذلك ، فظهرت المبادئ التي تهتم بالفرد والحقوق الشخصية له ، ووجدت مجالها المناسب على الصعيد الاجتماعي والسياسي بين الرومان وبين الفرنسيين ، حتى آخر عهد القانون القديم ، عندما تغلبت الدولة على الكنيسة .

وقد تبلورت الأسس التي اعتمد عليها « احترام إرادة الموصي » قبل القرن التاسع عشر في أساسين ، كان أحدهما بديلاً عن الآخر في هذه المجتمعات ، وهذان الأساسان هما : المعتقدات الدينية ، والنظريات الفلسفية ، وهذه الأخيرة قد رفعت من قيمة الفرد ، وسلطة إرادته .

ثم جاء التقنين الحديث في أوائل القرن التاسع عشر ، ليضع الأساس القانوني ، الذي أصبح يعتمد عليه احترام « إرادة الموصي » دون البحث في المعتقدات الدينية أو النظريات الفلسفية ، وكان هذا الأساس هو مبدأ « استقلال الإرادة » .

نكسة لهذا الأساس القانوني :

وقد شعر فقهاء القانون بشيء من الفخر في هذا المجال ، عندما وجدوا ضالتهم في هذا المبدأ ، بعد هذا الكفاح الفكري والقرون المتطاولة ، وكان لهم كالضوء الذي انبثق فاستقطب حوله الأفكار اللاهثة ، كالملاحين الذين كانوا يتفرون في الظلام المطبق ، وعندما لمحووا من بعيد فناراً حلت بهم سعادة غامرة ، لأن هذا الفئار يمثل بالنسبة لهم المرشد الأمين ، الذي يوضح موضعهم ، ويصحح وجهتهم .

ولم تستمر هذه السعادة طويلاً ، فقد ضرب هذا المبدأ في الصميم ، إذ ظهرت فلسفات أخرى تناقض المذهب الفردي ، والحق الشخصي ، وأراد بعض فقهاء القانون المؤمنون بهذه الفلسفات أن يبطلوا استقلال الإرادة في إنشاء العقود ، فإن الفلسفة الديمقراطية تلغي كل تميز للفرد ، لأن تميزه إنما هو اعتداء على حقوق غيره ، بل إن هذا التميز يعتبر ضد المساواة التي تنادي بها الديمقراطية ، ويحارب الضعفاء الذين تحميمهم .

وقد كان أحد المهاجمين - في حدة - لهذا المبدأ هو « جونو » في أوائل القرن العشرين ،

فقد هاجم هذا المبدأ قائلاً : « إذا قال الفرد : إن تصرفه ملزم قانوناً ، فمعنى ذلك : أن الدولة يجب أن تضمن ما تمليه إرادته من تصرفات ، كأن إرادته كإرادة الجماعة تماماً ! ولنتصور بعد ذلك أن المجتمع كله قد وضع في حالة استنفار لتحقيق إرادته ، وكأنه ينعم بإظهار سلطته في تصرفاته ، ويفخر بأنه سيد مطاع » (١) .

وقد أصبح المشرع يتدخل فعلاً في إرادة المتعاقدين ، لإبطال تصرفها أو على الأقل لتقييد حرية التعاقد ، بل يضع نماذج للعقود ، لا بد من التقيد بها ، وظهرت « عقود الازدعان » التي تناقض الرضائية ، وتلاشت الحرية في هذا المجال نتيجة لذلك .

ومن ناحية أخرى تضاعف تدخل المشرع عند تنفيذ العقود ، مما سبب عدم استقرار التعاقد شيئاً فشيئاً ، فمرة يحدث التدخل للإلغاء ، ومرة على العكس للتصحيح ، ومرة ثالثة للمراجعة والتعديل ، فمثلاً تشريع ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٦ حول إيجارات المحلات التجارية ، وتشريع ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٥ و ١٧ يوليو سنة ١٩٣٧ حول تخفيض ثمن شراء العقارات ، وتشريع ١٣ أبريل سنة ١٩٤٦ حول الوضع القانوني للمزارع ، وتشريع ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٧ حول مراجعة وإخضاع بعض العقود المبرمة بالهيئات الاجتماعية والمؤسسات العامة للسلطة .

كل هذه التدخلات من المشرع وأمثالها تبين بوضوح النكسة أو الأزمة الحقيقية التي يعانيها « استقلال الإرادة » في التعاقد (٢) .

ولا ريب أنه بتطور فكرة الديمقراطية وانتشار « أيديولوجيتها » ستظل هذه النكسة قائمة ، وإن كان هناك مقاومة من ناحية القانون للتخفيف من خطورة هذه النكسة ، إلا أنها مقاومة ضعيفة ، أمام التيار القومي لفكرة الديمقراطية ، التي تحمل في جعبتها « إلغاء القانون » من أساسه ، كما تحمل « إلغاء الدولة » لأن كلاً منهما مكمل للآخر ، ولأن كلاً منهما دعامة للبرجوازية ، التي تعمل الديمقراطية على اجتثاث جذورها من الأساس .

(١) جونو ، مبدأ استقلال الإرادة في القانون المدني ص ٣٤٥ رسالة دكتوراه من جامعة ديجون بفرنسا ١٩١٢ .

Gounot de principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse, Dijon, 1912 — p. 345.

Morin, la loi et le contract et

la décadence de leur souveraineté.

(٢) مورا ، التشريع والعقود وزوال سلطانها .

الشكلية واستقلال الإرادة :

ومع إكبارنا لهذا الجهد الفكري ، الذي وصل بفقهاء القانون إلى تقرير مبدأ استقلال الإرادة كأساس لاحترام التصرفات الوصائية ، فإن النكسة أو الأزمة التي يمر بها هذا المبدأ يضاعف منها أن القانون مازال يحتمي احتفاء تاماً بالشكلية ، التي يتحتم مصاحبته لهذه التصرفات ، حتى تأخذ اعتبارها القانوني ، فإن المواد من (٩٦٧) إلى (١٠٠١) في القانون المدني الفرنسي قد فصلت القول في كيفية تنفيذ هذه المراسم الشكلية ، حتى إن نوعاً من الوصية يطلق عليها القانون « الوصية السرية » - أي التي لم تتبع فيها المراسم الشكلية العامة - لا يصير معترفاً بها قانوناً إلا إذا اتخذ فيها الموصي لوناً خاصاً من ألوان الشكلية ، لا بد من إجرائه ، ومعنى ذلك : أن إرادته لا تستقل وحدها بإيجاد الوصية ، ولا تحترم هذه الإرادة إلا في ظل إجراءات شكلية ، لا بد من مراعاتها بدقة حتى تقبل وصيته من الناحية القانونية .

ومادامنا قد عرفنا المسار الفكري الذي انتهجه فقهاء القانون حتى وصلوا في القرن التاسع عشر إلى تقرير « مبدأ استقلال الإرادة » نظرياً ، على الرغم من أن هذا المبدأ مازالت تحيط به مخاطر تعصف به ، أو على الأقل تجعله عقيماً .

فهل حدثت مثل هذه الرحلة الطويلة المضنية ، وهذه النكسة العلية الماحقة لمبدأ استقلال الإرادة في الشريعة ؟ .

الشريعة ومبدأ استقلال الإدارة

لم يحدث في الشريعة مثل ما حدث في القانون ، فقد كان مبدأ « استقلال الإرادة » من أول الأمر مستقراً في أفئدة الجميع ، ولا يناقش أحد في احترام إرادة العاقد ، لا من الناحية القانونية ، ولا من الناحية الدينية ، حيث إن الشريعة هي النظام القانوني الذي يحافظ على صحة العقيدة وسلامة الدين (١) .

(١) لقد كان التهديد شديداً ، والوعيد رهيباً لمن تحدته نفسه بعدم الاهتمام بالمعقود ، أو عدم الوفاء بها ، أو التديس فيها ، وقد أحس المجتمع المسلم بذلك من أول الأمر إحساس اليقين في كثير من الآيات والأحاديث ، منها : (وأوفوا بعهدهم الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً ، إن الله يعلم ما تفعلون) . ولا تكونوا كآتي نقضت غزها بعد قوة أنكاثا ، تتخذون أيمانكم دخلاً بينكم ، أن تكون =

ومادامت العقود تبرم في إطار النظام العام للشريعة ، حيث لا تروج محرمات ، ولا تنتهك حرمت ، وحيث لا ضرر ولا ضرار ، فإنها تكون لازمة الوفاء والاستيفاء ، ويقوم جهاز القضاء في تقرير هذا الوفاء والاستيفاء ، دون نظر إلى شكلية أو مراسم ، عانت منها العقود ، ومازالت تعاني في القانون .

إعجاز تشريعي :

ولاشك أن « الشريعة الإسلامية » التي شرف بها الوجود منذ أربعة عشر قرناً من الزمان قد حررت إرادة المرء وجعلتها مستقلة ، لا تتقيد بأي قيد من قيود الشكلية ، التي كانت تعوق مسيرة التطور الحضاري في مجال التجارة .

فالعقود المتبادلة ، كاليبوع والإيجارات ، وما يدور حولها ، لا تتطلب أكثر من التقاء الإرادتين الصحيحتين ؛ وعندئذ يتم العقد ، وتترتب عليه آثاره قضاء .

والعقود ذات الإرادة المنفردة أفسحت المجال الحقيقي للإرادة من أول الأمر ، لتأخذ حريتها التامة ، واستقلالها الكامل ، دون أي تدخل من الشريعة ما عدا الالتزام بعدم الإضرار كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

لم يكن القانون يعرف سابقاً هذه العقود ذات الإرادة المنفردة كعقود النذر ، والوقف ، والرجعة ، وإسقاط حق الشفعة ، وإسقاط حق الارتفاق ، والإبراء ، والعفو عن الدية ، وإجازة العقد الموقوف ، والحعالة ، والعارية والتدبير في العتق ، والكفالة الخ . . وكل ما كان يعرفه من هذا النوع قديماً هو الوصية (١) . ولذلك طال نظره فيها وتحليله لها ،

= أمة هي أربي من أمة ، إنما يبلوكم الله به ، وليبين لكم يوم القيامة ما كنتم فيه تختلفون * ولا تتخذوا أيمانكم دخلاً بينكم ، فتزل قدم بعد ثبوتها ، وتذوقوا السوء بما صددتم عن سبيل الله ، ولكم عذاب عظيم) .
وروى عبد الله بن عمر ، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا أوثمن خان ، وإذا خاصم فجر ، وإذا عاهد غدر » .

(١) لقد كان يلبي عقد الوصية أيام الرومان حاجة اجتماعية ، من حيث استمرار تماسك الأسرة ، كما كان يلبي حاجة دينية من حيث الحفاظ على الشعار الديني الذي اختارته لها ، وتحرص على تقديسه ، ومن هنا نشأ وجوده ، وازدادت العناية به .

وأجهدت عقول الفلاسفة وفقهاء القانون نفسها لتجد أساساً سليماً ، أو لتبين الأساس السليم الذي يمكن أن يستند إليه احترام مثل هذا العقد ، أو استساغة الناس له وقبولهم إياه ، وقد عرضنا التاريخ القانوني لهذا العقد ، وبيننا كيف كانت عقول الفلاسفة والقانونيين تتعثر في الوصول إلى أساس سليم لتبريره ، ومع ذلك لم يسلم لهم الأمر إلى الآن .

ونستطيع أن نقول : إن الاعتداد بالإرادة المنفردة ، وما ينشأ عنها من تصرفات ملزمة ، لم يعرفه ولم يقره الفقه الغربي إلا في عصوره المتأخرة ، ولم يكن إقراره إلا في مجال محدود ، ولم يكن التطور الذي مرَّ به إلى أن وصل إلى هذا الإقرار جماعياً بين علمائه ، كما حدث في الفقه الإسلامي منذ البداية ، ولذلك كان مجاله في الفقه الغربي مجالاً ضيقاً محدوداً ، مع اختلاف في آراء رجال التشريع الغربي حول إقراره .

وعلى الحملة ، فقد انتهت أكثر القوانين اليوم إلى أن جعلت «الإرادة المنفردة» مصدراً للالتزام في حالات خاصة محدودة ، وهي حالات الإيجاب الملزم ، والوعد بجائزة ، وإصدار سند لحامله ، والوصية ، والإجازة ، أو الإقرار ، وإنهاء الالتزامات التعاقدية غير محدودة المدة ، كعقد العمل ، وعقد الوكالة (١) .

ومن المعتقد أن الذي دفع القوانين الغربية إلى هذا التطور — وإن كانت تشعر بالإرغام على التطور في هذا المجال لأنها تسير بخطى وثيدة — ما بلغه العالم في القرنين التاسع عشر والعشرين من تطور عريض ، في المجال الاقتصادي والاجتماعي والسياسي .

ولو استفتى الناس اليوم أي منهج تشريعي يختارونه ، لأنه يتفق مع تطور العلاقات الاجتماعية ، والمعاملات الاقتصادية ، والاتصالات السياسية لاختار التشريع الذي يفسح المجال للإرادة ، لتتحرك مستقلة ، تشعر بحريتها وسلطانها ، دون قيود معوقة ، أو حدود مصطنعة ، في عالم يريد الآن أن يتخطى حواجز القيود والحدود .

آراء قد جانبت الصواب :

وعلى الرغم من وضوح هذه الحقيقة في الفقه الإسلامي ، فقد تصدى بعض فقهاء القانون — وقد هاله تفوق الشريعة في مجال تحرير الإرادة — ليتهايم الفقه الإسلامي بالتخلف

(١) الأستاذ على الحنيف ، التصرف الإرادي والإرادة المنفردة ص ١١١ ، ١١٢ .

عن القانون الفرنسي ؛ بل يرى فقيه آخر : أنه متخلف حتى عن القانون الروماني ، فقد جاء في محاضرة ألقاها الدكتور « اميريان » في معهد القانون المقارن : « إن الحق في عدم احترام الإرادة الخاصة هو أوفي خطأ في الفقه الإسلامي ، منه في القانون الفرنسي (١) » .

كما جاء في النظرية العامة للالتزامات للدكتور « شفيق شحاته » قوله — بعد أن عدد المواطن التي سبق فيها الفقه الإسلامي القانون الروماني — : « إن الفقه الإسلامي قد تأخر عن التشريع الروماني في ضعف القوة الإلزامية للارتباط العقدي » (٢) .

وقد احتجوا بالخيارات التي منحها الشارع للعاقد ، كأدلة تثبت هذا الاتهام ، متذرعين بأن هذه الخيارات تضعف القوة الملزمة للعقد ، وتوهن من إرادة العاقد .

رد الاتهام :

ليس من المنطق أن نتخيل العافية مرضاً ، ثم نحكم على الصحيح بأنه مريض ، وعلى القوي بأنه ضعيف ، وإذا كان من كمال العافية أن يقي السليم نفسه دائماً من كل أنواع الجرائم ، حتى يظل سليماً معافياً ، فإن هذا رأس الحكمة وسداد المنطق .

ولم تصنع الشريعة في هذا المجال أكثر من ذلك ، فإن من رأس الحكمة وسداد المنطق أن تأخذ « إرادة العاقد » طريقها في الإلزام والالتزام ، سليمة من أي عيب ، بعيدة عن أي مؤثر من المؤثرات ، يضعف من قوتها وسلطانها ، ولذلك منحتها عوامل السلامة والقوة التي تقيها ضعف التردد ، أو مرض الجهل ، أو خطر الإكراه والتدليس ، فكانت هذه الخيارات التي حفل بها الفقه الإسلامي ، من « خيار المجلس » و« خيار العيب » و« خيار الوصف » و« خيار الرؤية » و« خيار الغبن » و« خيار الشرط » و« خيار النقد » و« خيار التعيين » و« خيار تفريق الصفقة » . . . الخ .

ولا ريب أن استقرار التعامل لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كانت إرادة العاقد بعيدة عن المؤثرات ، مبرأة من العيوب ، ووسائل الإرادة في ذلك هو هذه الخيارات . وكيف يضمن استقرار التعامل مع إرادات يمكن أن تخدع ، أو تكره ، أو يدلس عليها ؟ .

(١) الدكتور وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة ص ٥٩٨ .

(٢) الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ف ٢٨٥ ص ٢٠١ .

الحقيقة غلاية :

ومهما كان من أمر الاتهامات ، سواء أكانت عن حسن نية ، أم عن سوء نية ، وسواء أكانت عن خطأ في الفهم ، أم عن قصد للتشويه ، فإننا لا نريد أن نتناول أحداً بالشهير أو التجريح ، ولا بد أن نذكر هنا - مع هذا الذي سقناه عن الدكتور شفيق شحاته- : أنه كان يبرز بعض محاسن الشريعة ، وتفوقها في بعض المجالات ، لأن الحقيقة كانت واضحة أمامه ، تتجلى أمام عينيه ، ولم يكن يقصر في الإشارة إليها والتركيز عليها .

ونذكر هنا كذلك ما ساقه الدكتور « لويس ميوه » في مؤلفه « مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية » بين فضل الشريعة على القوانين الغربية في مجال العقود ، تحت عنوان « عقود الإحسان » : « فكرة الإحسان هي في الشريعة أوسع منها في القوانين الغربية ، لأنها تشمل كل الأعمال الصالحة ، فعقود الإحسان في الشريعة تبدو ذات أهداف مختلفة باختلاف تكوينها واختلاف إرادة عاقدتها ، ولكنها رغم اختلاف أهدافها تكون مجموعة عقود ذات صبغة واحدة » (١) .

ولا شك أن الشريعة بتحريرها الإرادة قد أطلقتها في مجال التعامل الرحب ؛ فتحررت في ميادين الإحسان المختلفة لتأخذ بيد البشرية إلى صفوف شتى من الإحسان ، إذ بغير الإرادة المستقلة لا يمكن أن يتحقق ما سعدت ، وتسعد به البشرية من مؤسسات ضخمة للخدمات الإنسانية .

ولقد أخذت الإرادة المنفردة طريقها في الشريعة الإسلامية من أول الأمر كما سبق أن أشرنا إلى ذلك ، نتيجة منهج الشريعة في تحرير الإرادة ، وكان على يدها هذه الأعمال الصالحة التي تتجلى هنا وهناك ، فبغير الإرادة المنفردة لا نستطيع أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه نذراً ، أو وصية أو وقفاً . . الخ . . بأن يقدم خدمة للمجتمع ، أو لمؤسسة خيرية ، أو لمعبد من المعابد الدينية ، وذلك مالا تستغنى عنه المجتمعات ، وفي منعه حرج ، ولا يدفعه إلا القول بالإرادة المنفردة (٢) .

Louis milliot, Introduction à l'étude du droit musulman, p. 669.

(١) انظر :

(٢) الأستاذ على الحقيف ، التصرف الإرادي والإرادة المنفردة ص ٦٠ .

جعلية أو عليية آثار العقود

وننتقل الآن إلى شيء هام يتصل بهذا الموضوع أفاض فيه الفقهاء ، وهو هل العقد الذي هو تصرف الإرادة يعتبر علة للآثار المترتبة عليه ؛ فالعلاقة بينه وبينها هي العلية كعلاقة العلة بالمعلول ؟ أو أن العلاقة بين العقد وآثاره هي علاقة الجعلية ؛ أي أن الآثار ترتب على العقد بجعل من الشارع ، وأن دور الإرادة مقصور على تكوين العقد ؟ .

ونحن نرى : أن الجعلية تعطي معنى التكريم للإرادة والاحتفاء بما ينشأ عنها من تصرفات ، وهل هناك أعظم في التكريم والاحتفاء من أن الشارع هو الذي رتب الآثار على تصرفات الإرادة ؟ والشارع لا يرتب إلا أجل الآثار وأشرفها وأعظمها نفعاً للبشرية ؟ .

على أن الجعلية لا تنفي العلية ، فإن الله قد جعل الإحراق أثراً للنار ؛ إن كان الإحراق قد يتخلف بأمر الله عن النار ، ومن المعلوم أن العلاقة بين النار والإحراق هي علاقة العلية .
أدلة الجعلية :

أتى الإمام « الشاطبي » بأدلة على الجعلية ، من الكتاب والسنة حيث يقول : « الكتاب والسنة دالان عليه ، فمما يدل على ذلك ما يقتضي ضمان الرزق ، كقوله تعالى :
(وَأَمْرٌ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا ، لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ) .
وقوله تعالى : (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا) .
وقوله تعالى : (وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ) .
وقوله تعالى : (وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ) .
وفي الحديث : « لو توكلتم على الله حق توكله لرزقكم كما يرزق الطير » ومنه :
« اعقلها وتوكل » .

ومما بينه قوله تعالى :

(أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ ؟ أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ ؟) ،
(أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ؟) ، (أَفَرَأَيْتُمُ الْمَاءَ الَّذِي تَشْرَبُونَ ؟) ، (أَفَرَأَيْتُمُ
النَّارَ الَّتِي تُورُونَ ؟) ، (وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ) ، (اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ) .

فكما أن البذرة لا تنبت إلا إذا شاء الله لها الإنبات ، وكما أن النار لا تحرق إلا إذا شاء الله لها الإحراق ، فكذلك العقود لا ترتب عليها آثارها إلا إذا شاء الله تعالى ذلك .

والدليل على أن الرابط بين المسبب والسبب هو الله - عز شأنه - هو انتفاء السبب رغم تحقق السبب ، عندما تشاء القدرة الإلهية ذلك .

إجماع الفقهاء على أن ترتب الآثار بمجمل الشارع :

عنت كتب أصول الفقه بتقرير هذا المبدأ : وهو أن آثار العقود ترتب عليها يجعل الشارع ، ومن خلال هذه الكتب نرى إجماع الفقهاء في المذاهب الأربعة على القول بمبدأ الحلعية .

ففي أصول الأحناف : « إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها ، فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام ، بخلاف العلل العقلية ، فإنها موجبة بأنفسها ، وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الإيجاب ، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل ، ولكن إيجابه لما كان غنياً عن العباد ، وهم عاجزون عن دركها ، شرع العلل - التي يمكن لهم الوقوف عليها - موجبات للأحكام في حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلل موجبة في الظاهر ، يجعل الله تعالى إياها كذلك ، أي موجبة لا بأنفسها » (١) .

وجاء في أصول الشافعية : « إن لخل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباباً ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره ، وإن نصب هذه الأسباب أسباباً للأحكام إنما هو بحكم الشرع ، فهي لا توجب الحكم بذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، فهو الذي شرع ورتب عليها أحكامها » (٢) .

وجاء في أصول المالكية : « إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك السبب أولاً ، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات ، عدُّ كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد لهذه القاعدة مجاري العادات ، إذا أجرى فيه نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشبج إلى الطعام ، والإرواء إلى الماء ، والإحراق إلى النار ، وسائر المسببات إلى أسبابها ، فكذلك الأفعال التي

(١) انظر كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام . البزدوي - ٤ - ص ١٧١ .

(٢) انظر المستصفى لحجة الإسلام الغزالي - ١ - ص ٩٣ ، ٩٤ .

تسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا ، وإذا كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية - أي العقود - مع مسبباتها - أي الآثار - على هذا الوزن (١) .

وكذلك : « إن متعاطي السبب - أي العقد - إذا أتى به بكمال شروطه ، وانتفاء موانعه ، ثم قصد ألا يقع مسببه - أي الآثار - فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما ليس له منعه ، فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها ، فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشرع باطل ، فهذا القصد باطل (٢) . »

وجاء في أصول الحنابلة : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا - كالمالك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح - نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، فلم نثبتته ابتداءً ، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة » (٣) .

تأكيد العلية بالحللية :

كما سبق أن أشرنا إلى أن مبدأ الحللية لا ينفي العلية ، بل هو تكريم من الشارع للإرادة ، بتقرير ما تهدف إليه من آثار مرتبة على تصرفاتها .

نضيف هنا أن الأصوليين بإجماعهم على مبدأ « الحللية » إنما يؤكدون مبدأ « العلية » بين الأسباب والمسببات ، أو بين التصرفات والآثار ، ويبدو هذا واضحاً في طريقة تناولهم لهذا الموضوع مع اختلاف أساليبهم في عرضه ، فتبدو علاقة العلية واضحة بين التصرفات والآثار في أسلوب الإمام « الشاطبي » عندما يقول : « إن متعاطي السبب - أي العقد - إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ، ثم قصد ألا يقع مسببه - أي الآثار - فقد قصد محالاً » وليس معنى هذا إلا أن الإرادة إذا أنشأت التصرف فقد ترتبت على هذا الإنشاء آثاره مباشرة ، دون إبطاء أو انتظار ، فإن المتصرف إذا قصد عدم ترتب الآثار على التصرف فقد قصد محالاً ، وذلك كما يريد مجرى العلة ألا يحدث المعلول سواء بسواء .

فهل بعد هذا نرى لأنفسنا حقاً أن نتهم هؤلاء الأصوليين أنهم بتقريرهم مبدأ « الحللية »

(١) انظر الموافقات للشاطبي - ١ ص ٢١١ .

(٢) انظر الموافقات للإمام الشاطبي - ١ ص ٢١٤ .

(٣) انظر الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية - ٣ ص ٢١٤ .

وأن آثار العقد ترتب عليه يجعل الشارع ، قلقوا من شأن الإرادة فلم يبق لها من أثر في هذا الشأن إلا أن نثير السبب - أي التصرف - المحرك لهذه الآثار ، ثم نقف منه موقف التأمل المنتظر !؟ (١) .

العلية في الفقه الغربي :

على أن الفقه الغربي الحديث لم يصل مع تطوره اليوم في فهمه للعلاقة بين التصرف وآثاره إلى عمق الفكرة التي يتميز بها فقهاء الشريعة ، فما زال يفرق بين القوانين التي من صنع الطبيعة والقوانين التي من صنع البشر ، فقوانين الطبيعة قائمة على علاقة العلية ، أما قوانين البشر فأساسها تدخل البشر في نسبة الآثار إلى التصرفات .

إلا أن الفقه الغربي لشدة حيرته ، أو عداوته المفتعلة للدين يرى أن هذه التفرقة بين القوانين الطبيعية والقوانين البشرية تختفي في نطاق الدين ، إذ أن اتصال السبب بالآثر من صنع الله ، وعمل إرادته ؛ على حين أنه على العكس من ذلك في مجال الفلسفة العلمية ، إذ تبقى التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، وعلى صورة أكثر تميزاً ووضوحاً (٢) .

فكر ينقصه الثبات :

الفكر الغربي من طبيعته أنه ينقصه الثبات ، فليس له أسس ثابتة يرتكز عليها ، ولقد أخذ القانون الفرنسي شهرة طبقت الآفاق منذ وضع في أوائل القرن التاسع عشر أيام نابليون ، وحذت حذوه ، واقتبست منه دول كثيرة في الشرق والغرب ، وما كاد ينقضي قرن واحد - أي في أوائل القرن العشرين - حتى اهتز القانون نفسه من الأساس ، فقد صور المذهب الشيعي القانون والدولة للناس - ولا يريد بالقانون ، ولا بالدولة إلا ما عرفه الغربيون وعاشوا فيه من أنظمة فاسدة ، وقوانين جائرة - على أنها أسلحة فتاكة في يد « البرجوازية » تشهرها في وجه الطبقة العاملة ، لتستنفد كل قواها مقابل النذر اليسير من فئات موائدها .

أما في نطاق العقود والتصرفات الإرادية ، فقد تحول الأمر فيها تحولاً خطيراً انتهى بها

(١) من استعملوا هذه التعبيرات في هذا الصدد الدكتور صلاح الناهي ، الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣١٦ .

(٢) هانز كلسن - نظرة مجردة في القانون ص ١٠٥ وما بعدها .

إلى القضاء على إرادة الفرد ، فالعقد الجماعي في المذهب الشيوعي هو الذي يسير كل إرادة ، ويوجه كل عقد برم ، أي أن الخطة التي تضعها الإدارة في الحزب الشيوعي هي التي تحكم بالفساد ، أو الصلاحية ، على كل عقد برم ، وأي تصرف يتم (١) ، فحرية الإرادة أو استقلالها أو احترامها ، التي كان يتطلع إليها الغرب ، ويلهث في الوصول إليها على مدى قرون متطاولة ، قد آل بها الأمر في كثير من البلاد الشيوعية إلى الزوال أو الاختفاء ، وماذا ك إلا لأن النظام القانوني في الغرب لم يكن له من الأصالة والثبات ما يجنبه الأزمات ، التي تهز كيانه ، وتقوض سلطانه ، وتقضي على احترام الناس له واقتباسهم منه .

عوامل الأصالة والثبات لاستقلال الإرادة :

عوامل الأصالة والثبات لاستقلال الإرادة ترجع إلى أربعة :

- ١ - تخليصها من كل شكلية تضع حولها العوائق ، فتضعف تحركها وانطلاقها .
- ٢ - إبعادها عن مجالات الضرر والإضرار ، حتى لا تثير مخاوف الناس من تصرفاتها .
- ٣ - تعميق إحساسها بما تقدم عليه من تصرف ، حتى لا تقع في غش ، أو تدليس ، أو غبن ، أو جهالة .
- ٤ - تقديس الآثار التي تترتب على تصرفاتها ، حتى تشعر بمدى تكريمها واحترامها وسلطانها .

وكل تشريع يرعى هذه العوامل في استقلال الإرادة فهو جدير بأن يظل المنارة التي تبعث أمل النجاة في قلوب الذين ضلوا السبيل ، فوقعوا في متاهة الظلام ، وعبث الأمواج ، وعصف الرياح : (وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ) .



(١) رينيه ، أشهر النظم القانونية المعاصرة ص ٣٠٥ - ٣١٢ .

René David, Les grands Systèmes de droit contemporains, pp. 305—312.