

العنصر النفسي في العقد-دراسة في القانونين العراقي والانكليزي

• • •
-

ملخص باللغة العربية:

تعدّ نظرية العقد في القانونين العراقي والإنكليزي، اللبنة الأولى التي شيّد
علبة العامة للالتزام، فالعقد هو المصدر الأول للالتزام في هذين
القانونين، ويتنازع العقد فيهما، عنصر مادي يسمى بالإرادة الظاهرة أو التعبير،
وعنصر نفسي، يسمى بالإرادة الباطنة، وقد بحثنا هذا العنصر الأخير في أربعة
مباحث، تناولنا في الأول علاقته بماهية العقد، وأفردنا الثاني لصلة العنصر المذكور
بأركان العقد، أما المبحث الثالث، فخصصناه، لأثر العنصر النفسي في عيوب
الإرادة، وكان المبحث الرابع لمدى حضور العنصر المشار إليه في تفسير العقد.

Abstract:

This research addresses the topic of the psychological element in the contract – a study in the Iraqi and the English Laws.

We divided into four sections, the first section was on the psychological element in the essence of the contract, the second section was about the psychological element in the contract formation, the third section addressed the psychological element in the will defects and the fourth section dealt with the psychological element in the contract interpretation.

توطئة:

يوصف القانون الإنكليزي بأنه قانون عرفي (Customary Law) وغير مكتوب (Unwritten Law) ومصدره القضاء (Judge-Made Law) إذ أنه يعتمد على السوابق القضائية (Judicial Precedents) التي تشكل القانون العام (Common Law) الذي يمثل عائلة قانونية تقابل في القانون العراقي القانون المدني (Civil Law).

وعلى الرغم من أن التشريع أضحى مصدراً مهماً للقانون الإنكليزي، فإن هذا الأمر لا يصدق على قانون العقد الذي لازالت تحكمه السوابق القضائية.

ويتضمن القانون العام في القانون الإنكليزي، القواعد القانونية التي تنظم الروابط المالية بين أشخاص القانون الخاص، كقواعد العقد، والخطأ المدني، والملكية، وما إلى ذلك من القواعد القانونية الأخرى، وهو بهذا المعنى لا يختلف كثيراً عن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) فهذا الأخير ينظم هو الآخر الروابط المذكورة، بيد أن هذا لا ينفى أن القانون الإنكليزي يمثل مدرسة قانونية، مختلفة تماماً عن القانون المدني العراقي، فلقد جاء هذا الأخير مزاجاً متألفاً، يجمع بين قواعد نقلت من الفقه الإسلامي، وأخرى نقلت من القانونين المصري والفرنسي، وهذا بعكس القانون الإنكليزي الذي نشأ نفسه وعلى ظروفه التاريخية التي مر بها.

ويختلف القانون الإنكليزي عن القانون المدني العراقي، في سلم مصادر القاعدة القانونية، من تشريع وعرف وفقه وقضاء، بل أن النظرة إلى هذه المصادر في القانون المذكور، تختلف عنها في القانون المدني العراقي، وقد انعكس هذا

الاختلاف بأثره على أساليب البحث القانوني.

كما إن القانونين المذكورين يختلفان في البنية القانونية (Structure of the Law) الخاصة بكل منهما، وهو أمر يعود إلى الظروف والتطور التاريخي الذي مر به كل من القانونين، حيث أن هذه البنية تكاد تكون مختلفة تماماً فيهما.

ولهذا فإن الفقه العراقي يشعر بصعوبة كبيرة عندما يبحث في أية نظرية في القانون الإنكليزي، إذ أن التكوين الفقهي والثقافة القانونية يختلفان عما عليه الحال في القانون الإنكليزي، فالمفاهيم القانونية والتحليل القانوني وطرق البحث القانونية تختلف عما اعتاد عليه في القانون العرا .

مشكلة البحث: إذا كانت النظرية العامة للالتزام، هي العمود الفقري للقانون المدني، بل هي عصب القانون بكل فروعها، فإن نظرية العقد هي اللبنة الأولى التي شيد عليها بناء النظرية العامة للالتزام، فالعقد هو المصدر الأول للالتزام في القانونين العراقي والإنكليزي، ويتنازع العقد في هذين القانونين عنصران:

أولاهما: مادي، يسمى بالإرادة الظاهرة، أو التعبير، ونقطة البداية فيه، هي أن الإرادة مسألة نفسية، يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي عبر التعبير، حيث يسمح لها بترتيب

الأثر القانوني.

وثانيهما: نفسي، يسمى بالإرادة الباطنة، أو الإرادة الحقيقية، ونقطة البداية فيه، هي أن الإرادة وإن كانت مسألة نفسية، فإنه يجب أن تؤخذ على طبيعتها، وما التعبير إلا ثوبها الخارجي الذي تنتشر به الواقعة الحقيقية التي ترتب الأثر القانوني للعقد، وهي

الإرادة.

ويأبه العنصر المادي، بالمعيار الموضوعي الذي يقف عند العرف، وما ألفه الأشخاص في الروابط العقدية، فإن العنصر النفسي، يعول على النية المستترة، فهذه الأخيرة هي جوهر العقد وحقيقته، فهو لا يكون إلا بوجودها، ذلك لأن العقد ليس إلا توافق إرادتين باطنيتين، فإن انعدم هذا التوافق النفسى للعقد، كما إن تحديد مضمون العقد لا يكون إلا بالرجوع إلى العنصر النفسي، ولا يجوز للقاضي أن يعدل هذا المضمون إلا في ضوء ما يترجم عن نية العاقدين، ولا يخرج مبدأ تحديد أطراف العقد عن هذه القاعدة، فلا يمكن لشخص أن يستفيد أو يلزم بعقد لم تتجه نيته إليه.

ولا يستقل أحد هذين العنصرين -المادي والنفسي- في النظرية العامة للعقد في القانونين العراقي والإنكليزي، فهذين القانونين لا يأخذان بأي منهما بصورة مطلقة، بل يأخذان من كل منهما بقدر معين، فتذبذب العقد بين العنصرين المذكورين، لا يتخذ في ني والإنكليزي، تلك الصورة الحادة، فلا مبدأ الرضائية يعمل العنصر النفسي على نحو مطلق، ولا مبدأ إعلان الإرادة يغفله كل الإغفال، فكل عقد يتطلب في القانونين المشار إليهما، أولاً وقبل كل شيء تلاقى إرادتين، والإرادة عنصر نفسي يفصح عنه عبر التعبير، وهذا الأخير عنصر مادي، فثمة فصل ضروري بين عنصري العقد، المادي والنفسي، فالأول يمثل جوهر العقد، والثاني به جسمه. وإذا كان العنصر النفسي هو روح العقد، فلا حياة لهذا العقد بغير تلك الروح، فإن الملفت للنظر أن هذا الموضوع لم يحظ باهتمام كافٍ من الفقه العراقي، الذي انصب اهتمامه على دراسة العنصر المادي في العقد، وقد كان هذا هو السبب الرئيس في اختيارنا لبحث هذا الموضوع، الذي سنقارنه بالقانون الإنكليزي على النحو الآتي:

المبحث الأول: العنصر النفسي في ماهية العقد.

المبحث الثاني: العنصر النفسي في أركان العقد.

المبحث الثالث: العنصر النفسي في عيوب الإرادة.

المبحث الرابع: العنصر النفسي في تفسير العقد.

المبحث الأول

العنصر النفسي في ماهية العقد

نبحث هذا العنصر في تعريف العقد (المطلب الأول) ثم كيفية ودرجة الإفصاح عنه في العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

العنصر النفسي في تعريف العقد

أولاً- في تعريف القانون المدني العراقي:

عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي، العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

ويستدل الفقه العراقي من هذا التعريف، ان العنصر النفسي لا سلطان له في

جوهره، إذ لا قيمة له إلا في إعلانه الخارجي المتمثل بالتعبير عنه، فلم يأبه هذا

القانون في تعريفه للعقد بالتوافق النفسي للعاقدين، بل يقف عند المظهر المادي للتوافق

المذكور، وهو اقتران الإيجاب بالقبول، فهو يصرح في تعريفه بارتباط الإيجاب

بالقبول^(١)، ومما يؤيد ذلك عندهم الحجج الآتية:

أولاً: إن المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي، تتطلب تقدم الإيجاب على القبول،

فاعتبار هذا القانون اللفظ الذي يصدر أولاً إيجاباً والثاني قبولا، جاء لاستبعاد ربط

الإيجاب بكلام من بيده التملك، ولو صدر كلامه ثانياً، الذي يقول به بعض الفقه

(١) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة نديم، الطبعة

الخامسة، بغداد، ص ٢٨؛ د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة

المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٨٩؛ د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مطابع الجامعة

المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٧؛ د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني

العراقي، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، ص .

الإسلامي، فوصف الإيجاب بالأولية يقتضي عدم تحقق ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا صدر الإيجاب والقبول معاً، وبالتالي عدم انعقاد العقد^(١).

ولاشك أن عدم انعقاد العقد في هذه الحالة، يتعارض مع منطق العنصر النفسي، حيث أن صدور الإيجاب والقبول معاً، يعني حصول التوافق بين الإرادتين قبل التعبير عنهما، ولما كان التعبير كاشف عن الإرادة، فإن هذا لا يمنع من انعقاد العقد، إلا إن اشترط أولوية الإيجاب، يعني أنه إذا صدر الإيجاب والقبول معاً، فإنهما يعتبران إيجاباً يحتاج إلى قبول لاحق، وهذا عمل بالعنصر المادي.

ثانياً: إن القانون المدني العراقي اهتم بصيغ التعبير عن الإرادة، وذلك جرياً على التقليد السائد في الفقه الإسلامي، فالفقرة الثن المادة (٧٧) منه تنص على أنه (يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر، إذا أريد بما الحال) والمادة (٧٨) منه تنص على أنه (صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد، ينعقد بها العقد، وعبداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين).

والظاهر من هذين النصين ان القانون المدني العراقي، اتخذ من صيغ التعبير معياراً للوقوف على نية العاقدين، فهذه النية تكون باثمة في انعقاد العقد، إذا عبر العاقدان عنها بصيغة الماضي، وهي لا تكون كذلك إذا عبر العاقدان عنها بصيغة المضارع، أو الأمر لاحتماها إلى جانب الحال، للاستقبال والمساومة، فهاتين الصيغتين تحتاجان إلى قرينة، تؤكد انصرفهما إلى الحال وتستبعد احتمالهما للاستقبال والمساومة^(٢). فالعقود إنشائية بطبيعتها، ولهذا فإنها تحتاج إلى صيغة الحال التي تناسب الإنشاء، ولما كانت صيغة الماضي هي للإخبار وضماً، فإنها

(١) أنظر: منير القاضي، ملتنقى البحرين، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد، ص .

(٢) أنظر: منير القاضي، المصدر السابق، ص .

أصبحت تنفيذ الإنشاء في الحال شرعا وعرفا، إلى جانب أنها تنفيذ الإخبار عما تم العزم عليه في النية، ولهذا ينشأ بها التصرف دون الحاجة إلى النية.

ثالثا: إن القانون المدني العراقي ركز في تعريفه للعقد على طريقة انعقاده، أو كيفية هذا الانعقاد، أكثر من تركيزه على ماهية العقد، فالعقد عنده ارتباط الإيجاب بالقبول، أكثر من كونه اتفاقا بين شخصين أو أكثر، وهو بهذا التصوير القانوني، يبرز المظهر المادي أو الموضوعي للرابطة العقدية، دون مظهرها النفسي، فالإيجاب والقبول ما هما إلا تعبيران عن إرادة العاقدين، وبذلك يكون القانون المدني العراقي قد تخطى العنصر النفسي إلى العنصر المادي، ورتب على هذا الأخير أثر العقد، ويبلغ هذا المنهج الموضوعي إلى أق عندنا نجد أن أثر العقد ينقح معه مباشرة، في صورة انتقال المعقود عليه من حالة إلى أخرى، دون أن نلاحظ الالتزام كأثر مباشر لانعقاد العقد، فهو يتخطى في هذه الناحية نشوء الالتزام إلى أثره مباشرة، وهو تبذل الحال بالنسبة لمحل الالتزام العقدي^(١).

ثانيا- في تعريف القانون الإنكليزي:

يعرّف العقد في القانون الإنكليزي بأنه، وعد ملزم بمقتضى القانون، أو اتفاق ينفذ بالقانون، أو اتفاق بين عاقدين أو أكثر، ملزم قانونا، يكتسب به طرف أو أكثر حقوقا، تتمثل في قيام طرف آخر أو أكثر، بعمل أو بامتناع عن عمل^(٢).

(١) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٣، الهامش رقم ().

(٢) أنظر:

Guest and Others, The law of contracts, London, 2005, P.1; Corbin on Contracts, V, I, 2003, P.4; Treitel, The law of contracts, London, 2004, P.1.

وانظر كذلك: أستاذنا الدكتور مجيد العنبي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهريين،

كلية الحقوق، بغداد، ٢٠٠١، ص ١؛ والمدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي، منشورات

الدائرة القانونية، وزارة العدل، بغداد، ، ص .

أهم أن القانون الإنكليزي يعدّ العقد إرادتين متحدثتين، فالعقد يقوم فيه على التلاقي بين الإرادتين المذكورتين، اللتين يجب أن تتجهان إلى إحداث أثر قانوني

معين.

وفيه أيضا تتحلل الإرادتان المتلاقيتان إلى إيجاب (offer) وقبول (acceptance) وتتوافقهما ينعقد العقد، وهو مايسمى فيه القانون إنكليزي بالوصول

إلى اتفاق.

ويلاحظ على تعريف العقد في القانون الإنكليزي ما يأتي:

أولاً- إن تعريف القانون الإنكليزي للعقد، يعتد بالتوافق النفسي للعاقدين، فهو لا يقف عند المظهر الخارجي للتوافق المذكور، وهو ارتباط (Communication) الإيجاب بالقبول، فالقانون الإنكليزي لا يصرح بذلك في تعريفه للعقد، ومن ثم فإنه يحتفل في هذا الموضوع بالعنصر النفسي للعقد، أكثر منه بالعنصر المادي.

حقا ان ارتباط الإيجاب بالقبول في القانون الإنكليزي، هو أمر لازم، فالعقد في

هذا القانون لا ينعقد بمجرد العزم عليه، أي أنه لا ينعقد إذا ظل العنصر النفس

حالة داخلية محضة، فلا بدّ من ارتباط الإيجاب بالقبول (the general rule is that

an acceptance must be communicated to the offeror)⁽¹⁾، بيد أن هذا

الارتباط ما هو إلا دليل إثبات العنصر النفسي، وهو ليس سوى وسيلة للكشف عنه،

ومن ثم فإن الارتباط بين الإيجاب والقبول (العنصر المادي) يحظى بأثر متواضع،

فهو ليس بعلة للأثر القانوني الذي يتمخض عن العقد، أما التوافق النفسي فهو الذي

يحل رئيس، بدليل ان القانون الإنكليزي يشترط في العقد نية التعاقد

فالأصل في هذا القانون، أنه لا عقد بغير نية لخلوطة قانونية بين العاقدين

(1) أنظر:

Guest, Op.Cit, P.32; Treitel, Op.Cit, P.17; Anson, The law of contracts, 2004, P.33.

(An agreement, even though it is supported by consideration, is not binding as a contract if it was made without any intention of creating legal relations) ⁽¹⁾.

فالنّية لخلق الرابطة القانونيّة، تُعدّ عنصراً تكوينياً في إنشاء العقد في القانون

الإنكليزي، فعلى القاضي في هذا القانون أن يتأكد من أن كلا العاقدين كانا قد قصدا

بانفاقهما ترتيب آثار قانونية معينة.

ومثال ذلك الحالة التي يصعد فيها الشخص إلى حافلة، فإن نيته تكون قد

اتجهت إلى الدخول في عقد نقل أشخاص، أما إذا تبين أنه صعد إلى الحافلة ليسلم

شيئاً إلى صديق له في الحافلة، فإن نيته في هذه الحالة لم تتجه لإنشاء عقد نقل

أشخاص، فإذا أصيب هذا الشخص خلال عملية النزول والصعود إلى الحافلة بضرر،

فإن الآثار القانونية التي ترتب على ذلك تختلف باختلاف الفرضين السابقين ⁽²⁾.

ثانياً- إن الاتفاق في القانون الإنكليزي لا يكون عقداً ملزماً، حتى وإن اتجهت إرادة

العاقدين إلى إنشاء العقد، ما لم يكن مضمّوماً أو مصدقاً (under seal) وهو عبارة

عن عقد شكلي يستمد قوته الملزمة من الشكل الذي وضع فيه، أو كان يقوم على

المقابل، وهو عبارة عن عقد بسيط يشترط لقيامه مقابل ذو قيمة ماليّة (Valuable

consideration) فالإرادتان المتحدتان في هذا القانون ليس في وسعهما إنشاء عقد

Guest, Op.Cit, P.56.

(1) أنظر:

⁽²⁾ أنظر: استاذنا الدكتور مجيد العنكي، المدخل إلى دراسة النفاقونني الإنكليزي، المصدر

السابق، ص ٢١١، ومع ذلك فإن القانون الإنكليزي، لا يتطلب إثبات هذه النية في المعاملات

التجارية، فلا يعدّ أمراً لازماً في هذه المعاملات إثبات النية المذكورة، إذ أنه يفترض توافر نية

التعاقد في مثل هذه هذا الافتراض لا يعدّ أن يكون افتراضاً قانونياً بسيطاً قابلاً

لإثبات العكس.

(in the case of ordinary commercial transactions, it is not normally necessary to prove that the parties in fact intended to create legal relations).

Guest, Op.Cit, P.56.

أنظر:

ملزم، فهذا الأخير لا يقوم إلا إذا تم في شكل معين، أو كان هناك مقابل للالتزام

الناشئ عن العقد.

(in English law, an agreement-even it made with the requisite contractual intention- is not a contract unless it is either made under seal or supported by some consideration)⁽¹⁾.

ثالثاً- إن تعريف العقد في القانون الإنكليزي بوصفه اتفاقاً ينفذ بالقانون، لا من حيث

أنه يثبت أثره في المعقود عليه، أي إنه يغير محل الالتزام العمن حالة إلى

أخرى، بل من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية بين العاقدين، فهذا القانون يأخذ كما

يبدو لنا بالنزعة الذاتية في تعريف العقد، فتعريفه يؤكد ذاتية العقد بوصفه صفقة

(bargain) كما يؤكد على الالتزامات الناشئة عن العقد، فينظر إليه على أنه منشئ

للالتزام، وتبرز هنا النزعة الذاتية، ويحرص على تأكيد عنصر الإلزام القانوني في

تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا عدّ الاتفاق عقداً في القانون الإنكليزي، فإن

ذلك يلقي على عاتق القاضي واجبا في التدخل لإلزام العاقدين باتفاقهما.

رأي خاص

رى أن القانون المدني العراقي كان موفقا في تعريفه للعقد في المادة ()

وأنه كان الأجدر به، أن يبنى العنصر النفسي لا العنصر المادي في التعريف المشار

إليه، فجوهر العقد هو ليس مجرد وجود الإرادتين، بل توافقهما، أي أنه تنشأ منهما،

إرادة واحدة مشتركة للعاقدين، وعلى ذلك فإن لكون بتعبيرين عن إرادتين تم

التوافق بينهما من قبل، وهذا التوافق هو الركن الوحيد للعقد وهو دستوره، فالمعول

عليه ليس التعبير (العنصر المادي) في ذاته، بل الإرادة (العنصر المعنوي) التي قصد

التعبير عنها، فالتعبير عن الإرادة لا تكون له قيمة قانونية، ولا يجوز أن يرتب عليه

أثرا قانونيا، إلا بالقدر الذي يطابق العنصر النفسي، بحيث لو ثبت اختلافه عنه، فلا

يجوز التعويل عليه وتعين طرحه، فالعقد كما نرى يتكون بتطابق إرادتين، لا بتطابق

تعبيرين إلا إذا كان هذين الأخيرين متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين.

لما انه حتى يتم الإعلان عن العنصر النفسي، فإن صاحبه يستطيع العدول

عنه، بيد أن هذا لا يعني أن العنصر المذكور هو إرادة قانونية، وهو الذي يوجد الأثر

القانوني للعقد، فلا عقد ولا أثر في القانون المدني العراقي بغير العنصر النفسي،

بدليل المادة ٩٦ منه والتي تنص على أن (تصرفات الصغير غير المميز باطلة، وإن

أذن له وليه) فبطلان عقود الصغير غير المميز مرده، إنعدام العنصر النفسي لديه،

أي إنعدام النية، ومن ثم فإنه لا بد من التأكيد على التوافق النفسي في تعريف العقد،

فالقانون المدني لا يحمي العقد إلا لأن توافقاً نفسياً قد اتجه إليه.

ولا يقال أن التوافق النفسي في العقد، يعدّ عنصراً مغلقاً يتعذر على القاضي

النفذ إليه، إذ يتسنى له أن يتعرف عليه عبر الإفصاح عنه بتعبير خارجي، ومن أجل

ذلك يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقرير وجود هذه النية، واستخلاصها من عناصر

الواقع المختلفة، ر النفسي في العقد، ليس قاصراً على الإرادة الحقيقية

الصريحة للعاقدين، بل تشمل أيضاً إرادتهما الضمنية أو تلك المحتملة، ومن هذا مثلاً

نظرية انتقاص العقد الباطل التي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة ()

بقوله (إذا كان العقد في شق منه باطلاً، فهذا الشق وحده هو الذبطل، أما الباقي

من العقد فيظل صحيحاً، باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير

الشق الذي وقع باطلاً)، ونظرية تحول العقد الباطل التي نص عليها في المادة ()

بقوله (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً

باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين، كانت نيتهم تتصرف إلى

إبرام هذا العقد). ولئن صح رأي الفقه بأن المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي،

تغلب العنصر المادي في العقد على العنصر النفسي، فإنه في وسعنا التأكيد أن

القاضي سيجد نفسه مضطراً في أمهات مسائل العقد الرجوع إلى العنصر النفسي،

كما إن ما سمته المادة (٧٣) بارتباط الإيجاب بالقبول، إنما هو شرط لإنتاج العنصر

النفسي لأثر العقد، وفي وسعنا التأكيد أن ثمة إشكالية المادة (٧٣) تفيد بعدم تخلي القانون المدني العراقي عن العنصر النفسي للعقد، إذ أسند التعريف ذكور، ترتيب أثر العقد بعبارة (على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) إلى العنصر النفسي، فهذا الأثر في القانون العراقي، إنما هو أثر إرادي.

ولعل مايجزم أن التوافق النفسي يمكن أن يكون في القانون العراقي إرادة صفة نافذة، أن العقد المستتر في الصورية، يمكن أن يثبت حقا بين العاقدين وخلفهما العام والخاص ودائنيهما، بأية وسيلة من وسائل الإثبات، على الرغم من أن العقد الظاهر قد حرر بالكتابة، فالإرادة الحقيقية هي التي يعول عليها في هذه الحالة، وهو ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادتين () و ().

وعلى ذلك فإن الإرادة هي وحدها التي تنشئ العقد، وهي وحدها التي ترتب آثاره، وإن جوهر العقد وحقيقته يتمثل في عنصره المعنوي، فالعقد لا يكون ولا يوجد إلا بوجوده، ولا يوجد شرط آخر زيادة على ذلك، وكل مظهر مادي ليس له من إظهار العنصر المذكور، ومما يؤكد ذلك في القانون المدني العراقي أن العقد يكون فيه باطلا، إذا انعدمت فيه الإرادة، فحينئذ تنعدم هذه الأخيرة لانعدام التمييز مثلا، فإن العقد يكون باطلا.

وفي هذا دليل على أن القانون المدني العراقي، يعتبر الإرادة، العنصر الأساس في العقد، بل هي العنصر الوحيد، ولا يقال إن في هذا الرأي بعض الغلو، إذ إن القانون المدني العراقي، يأبه بجوار ذلك باعتبار اجتماعي، وهو الاستقرار الواجب في الروابط العقدية، ولذلك فإنه يأبه بالعنصر النفسي الذي لا يتعارض مع الاستقرار الذي يجب أن يسود في الروابط المذكورة، وإن اشترط المادة () ارتباط الإيجاب بالقبول، لا يتم عن أخذها بالعنصر المادي، بل إنها تطلبت لتبادل التعبير، إرادتين متطابقتين، مما يكشف عن جوهرية العنصر النفسي في العقد، وإن العنصر المادي ليس له من قيمة قانونية، سوى تبادل الإرادة بين العاقدين .

وفي ضوء ماتقدم: نعرف العقد بأنه: توافق إرادي يحدث أثرا معينا .

والأمر المهم في تعريفنا للعقد، هو اتجاه الإرادة صانعة العقد إلى إحداث الأثر الذي يرتب على وجوده، كما تستقر تحت عبارات تعريفنا للعقد ظاهران نفسيان، فالعنصر النفسي في العقد يتجلى في التوافق الإفحيني يتم هذا التوافق نكون

إزاء عقد تام .

المطلب الثاني

كيفية ودرجة الإفصاح عن العنصر النفسي

نبحث في هذا المطلب الكيفية التي يفصح بها عن العنصر نفسي (الفرع الأول) ثم درجة الإفصاح عن العنصر المذكور (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية الإفصاح عن العنصر النفسي

أولاً في القانون المدني العراقي :

لم يحصر القانون المدني العراقي، الإفصاح عن العنصر النفسي بكيفية معينة، بل ترك ذلك للعقدين، فالمادة (٧٩) من هذا القانون تنص على أنه (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة، يكون بالمكاتبه وبالإشارات الشائعة الاستعمال، ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وبتخاذ أي مسلك آخر لاتدع ظروف الحال، شكا في دلالاته على التراضي).

وعجز هذه المادة لتمثل بعبارة (وبتخاذ أي مسلك آخر) يجزم بحرية العقادين في الإفصاح عن العنصر النفسي، وهذا هو أصل الرضائية في العقد، فالعقد يفصح عن إراداته بالكيفية التي تروق له .

كما لايلزم أن يكون الإفصاح المذكور صريحاً، باستثناء الحالات التي يشترط القانون فيها ذلك، كنص لفقرة (أ) من المادة (٧٧٨) من القانون المدني العراقي، من أنه في حالة التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، ذمة المستأجر الأول نحو المؤجر سواء فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأول من التزامات في حالة

الإيجار الثاني، أو فيما يتعلق بضمانه للمتنازل إليه في حالة التنازل عن إيجار (إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالإيجار الثاني، أو بالتنازل عن الإيجار، دون أن يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول) .

كما ان القانون المدني العراقي اشترط شكلية خاصة لانعقاد بعض العقود، فلا بد من مراعاة هذه الشكلية بوصفها كيفية وحيدة للإفصاح عن العنصر النفسي^(١). وفي هذا الفرض، فإن الإفصاح عن العنصر النفسي لا يتصور إلا أن يكون صريحاً، ويؤخذ بالحكم ذاته في كل حالة يشترط فيها العاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحاً وفي شكل خاص، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل .

والإفصاح الصريح عن العنصر النفسي، هو الذي يتم بطريقة مباشرة، أي بطريقة تكشف عن العنصر المذكور بحسب المألوف بين الأشخاص^(٢)، وهذا الإفصاح كما يكون باللفظ والإشارة شائعة الاستعمال والكتابة والمبادلة الفعلية، فإنه يكون باتخاذ أي موقف آخر لا تحتمل دلالاته أي شك، وقد طبق القانون المدني العراقي هذا الفرض الأخير في الفقرة الأولى، المادة (٨٠) بقوله (يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً) .

أما الإفصاح الضمني عن العنصر النفسي، فهو الإفصاح عنه بطريقة غير مباشرة، أي بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الأشخاص، ومن هذا القبيل أن بقاء المستأجر في العين المؤجرة، وذلك بعد انتهاء عقد الإيجار يعد دليلاً على أنه يريد تجديد عقد الإيجار^(٣) .

وظاهر ان الإفصاح الضمني يكشف عن مضمون معين يرتب على أثر سابق لم يرد في الإفصاح، فينطوي اتجاه الإرادة إلى المضمون الأول، على قبول لهذا

(١) يستخلص هذا الحكم من المواد (- - - - -) (١٣٢٤- من هذا القانون.

(٢) أنظر: منير القاضي، المصدر السابق، ص ١٤٥؛ د.حسن الذنون، المصدر السابق، ص .

(٣) أنظر: المادة (١/٧٨٠) من القانون المدني العراقي.

المضمون الأخير، ومن ثم فإن الإفصاح عن العنصر النفسي يكون في هذه الحالة صريحا بالنسبة للمضمون الأول، وضمنيا بالنسبة للمضمون الثاني .

وهذا الازدواج في الدلالة، هو معيار الإفصاح الضمني، ولا أهمية في القانون المدني العراقي للتمييز بين الإفصاح الصريح والإفصاح الضمني عن الإرادة، فباستثناء الحالات التي اشترط فيها القانون أن يكون الإفصاح صريحا، فإن القانون المدني العراقي لم يرتب أي اختلاف في الأثر القانوني للتمييز المشار إليه .

وكان الأجدر به كما نرى أن يستلزم في الإفصاح الضمني العلم الحقيقي، فلا يخضعه للقاعدة العامة التي يخضع لها الإفصاح الصريح، وذلك وفقاً لأحكام المادة (٧٣) في التعاقد بين حاضرين، وأحكام المادة (٨٧) في التعاقد بين غائبين، وهي نظرية العلم الافتراضي، وليس ثمة تعارض بين ما نقترحه بضرورة العلم الحقيقي في الإفصاح الضمني عن العنصر النفسي، والعلم الصريح في الإفصاح الصريح عن العنصر المذكور، وذلك لأن ما نقترحه في باب الإفصاح الضمني يعدّ حكماً خاصاً ليس من شأن التعارض أن يقوم بينه وبين الحكم العام المنصوص عليه في المادتين (٧٣) و(٨٧) من القانون المدني العراقي .

فالذي يستفاد من هذين النصين الأخيرين، أن الإفصاح عن الإرادة، ينتج أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجّه إليه، ويتفرع عن هذا الأمر، أن الموجب إليه إذا قبل الإيجاب ثم عدل عن قبوله، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل وصول العدول، انعقد العقد وصار ملزماً^(١) .

ثانياً في القانون الإنكليزي:

لا تختلف الأحكام التي سبق ذكرها في القانون العراقي، عمّا هو مقرر في القانون الإنكليزي، فهذا الأخير لم هو الآخر الإفصاح عن العنصر النفسي في

(١) أنظر: منير القاضي، المصدر السابق، ص .

عقد بكيفية معينة، بل ترك ذلك للعاقدين. ففي هذا القانون فإن الإيجاب الذي هو (بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد وفقا للشروط المنصوص عليها فيه) .

(An offer is a statement that the person making it, is willing to contract on the terms stated)⁽¹⁾.

قد يفصح عنه شفهيًا، أو كتابيًا، أو حتى سلوكيًا، كما في حالة توقف الحافلة في المكان المخصص لها مفتوحة الأبواب^(٢) .

وفي هذا القانون فإن الإيجاب قد يوجه إلى شخص معين، أو إلى مجموعة معينة من الأشخاص، فيسمى بالإيجاب الخاص (Special offer)، وقد يوجه إلى الجميع، فيسمى إيجابًا عامًا أو جماعيًا، أو كما يعبر عن ذلك في القانون الإنكليزي بأن الإيجاب في هذه الحالة يوجه إلى (World at Large)^(٣) .

أما القبول، فإنه يتمثل في القانون الإنكليزي بالإفصاح عن العنصر النفسي لمن يه الإيجاب، والذي يتضمن موافقته على شروط الموجب، فهو العنصر النفسي الثاني في العقد^(٤) .

والأصل في القانون الإنكليزي - كما في العراقي - أن السكوت (Silence) لا يعدّ إفصاحًا عن العنصر النفسي في العقد، فهو لا يعدّ إيجابًا ولا قبولًا، بل إن القانون الإنكليزي لا يلزم الموجب بشيء حتى تضمن الإيجاب أنه يمكن قبوله بالسكوت^(٥)، ومع ذلك فإنه يعدّ السكوت إفصاحًا عن العنصر النفسي للموجب إليه في حالات استثنائية هي :

١. إذا اشترط في الإيجاب بأن السكوت يعدّ قبولًا .

(١) أنظر: Treitel, Op.Cit, P.7; Guest, Op.Cit, P.22.

(٢) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنبيكي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص .

(٣) أنظر: Guest, Op.Cit, P.22.

(٤) أنظر: Guest, Op.Cit, P.35; Treitel, Op.Cit, P.12; Anson, Op.Cit, P.36.

(٥) أنظر: Guest, Op.Cit, P.39; Anson, Op.Cit, P.42.

٢. إذا عمل الإيجاب بصيغة كان قد وضعها من وجهٍ إليه بنفسه، فإن سكوت هذا الأخير يعدّ قبولاً. (١)
٣. إذا وجد تعامل سابق بين العاقدين، وكان الإيجاب مرتبطاً بهذا التعامل .
٤. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجهٍ إليه. (٢)

الفرع الثاني

درجة الإفصاح عن العنصر النفسي

أولاً - في القانون المدني العراقي :

يوجب القانون المدني العراقي الإفصاح عن العنصر النفسي في العقد عبر التعبير، فهذا الأخير هو المظهر المادي والخارجي للعنصر المذكور، ويلزم عدم الخلط بين الوجود المادي للعنصر النفسي، وبين وجوده القانوني، فهذا الوجود الأخير هو الذي يرتب الأثر القانوني، فإن كان الإفصاح عن العنصر النفسي إجباراً، فإن أثره هو صلاحيته لأن يقترن القبول به، وإن كان قبولاً فإن أثره هو اقترانه بالإيجاب، أي انعقاد العقد. (٣)

من ناحية أخرى يلزم الفصل بين وجود العنصر النفسي، ودرجة الإفصاح عنه، فالأول هو العنصر الجوهري لقيام العقد، وتخلفه يعني انعدام هذا الأخير، أما يتعلق بالدرجة التي حددها القانون للإفصاح عن العنصر النفسي، وتخلفه لايعني انعدام الإرادة، وإنما يعني فقط ان الإرادة لم يفصح عنها بالدرجة المعتمدة قانوناً .

Guest, Op.Cit, P.40.

(١) أنظر:

Guest, Op.Cit, P.40; Treitel, Op.Cit, P.16.

(٢) أنظر:

(٣) أنظر: د.السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص -

حقا ان القانون المدني العراقي يشترط الإفصاح عن العنصر النفسي عبر التعبير، فهذا العنصر واقعة داخلية خفية تحتاج إلى علائقية تدل عليها، ولكن

هذا الإفصاح ينبغي النظر إليه من خلال ناحيتين :

الناحية الأولى: إن الإفصاح المذكور يجب أن يكون متفقا مع النية .

الناحية الثانية: إن الإفصاح المتفق مع النية هو دليل وجود هذه الأخيرة، فلا يراد به

سوى التعرف عليها فحسب .

وفي ضوء ما تقدم فإنه يوجد في كل عقد في القانون المدني العراقي ثلاثة أمور :

الأمر الأول: الإرادة الباطنة المؤكدة التي لا يوجد بين العاقدين تنازع على مضمونها،

ويتمثل الحد الأدنى لهذه الإرادة في توافق العاقدين على صحة العقد .

الأمر الثاني: التعبير الذي حدده العاقدان من أجل الإفصاح عن نيتهما، وهو ما

أشارت إليه المادة (٧٩) من هذا القانون .

الأمر الثالث: الظروف الخارجية المصاحبة لانعقاد العقد، كالوقائع المادية والمراسلات

وعلاقات التعامل بين العاقدين، والعادات المتعارف عليها، ويبدو ان المادة (٧) تفيد

ذلك، فصاح عن النية لا يقتصر على التعبير الرئيس، بل يجب أن يضم إليه

الظروف الخارجية .

ولعل تساؤلا يبرز هنا عن الفرق بين العنصرين النفسي والمادي في العقد،

مادامت النية أمرا مطلوباً في الإرادة والتعبير، ومادام القاضي لن يستند في الحالتين

إلا على علامات خارجية يستخلص منها النية المذكورة؟

الحق أن العنصر المادي هو الذي يكون سائدا إذا ما اكتفى القاضي بالتعبير،

وعلى العكس من ذلك فإنه ليس بوسع أن يستخلص الإرادة الباطنة كاملة إلا إذا التجأ

إلى ظروف التعاقد، فأعمال هذه الظروف هو دليل الإرادة الباطنة وعلامة سيادتها،

ومن ثم يجب ضم هذه الظروف إلى التعبير، وذلك من أجل أن يستخلص القاضي نية

العاقدين، إذ يمكن أن يكون لهذه الظروف مدلولاً أصيلاً لا مدلولاً عرضياً، ولئن

كانت النية أمراً مطلوباً حتى في التعبير، فإن أثر النية في هذا الفرض الأخير

لايتعدى اتجاهها إلى التعبير تكون نيّة صاحب التعبير قد اتجهت إلى إيجاد العقد، وعندئذٍ ينتهي أثرها، بغض النظر عن الحقيقة، وهذا بعكس العنصر المعنوي الذي يشترط أن يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجي وأراد أن يصدر عنه، أن تكون نيته قد انصرفت إلى إحداث الأثر القانوني المرتب على العقد والذي من شأن هذا المظهر أن يحدثه .

من ناحية أخرى فإن القانون قد لا يكتفي بمجرد الإفصاح عن العنصر النفسي، بل يوجب زيادة على ذلك أن يتخذ هذا الإفصاح وجهة معينة، كتوجيهه إلى شخص معين وإعلامه به، وعندئذٍ يكون علم هذا الأخير بالإفصاح جزءاً منه، لا يتم وجوده القانوني إلا به، ومن هذا القبيل في القانون المدني العراقي، أن الوكيل لا يعدّ معزولاً عن عقد الوكالة ما لم يتم علمه بعزل الموكل، وقبل ذلك تعدّ الوكالة قائمة وتصرفات الوكيل نافذة في حق الموكل^(١) .

وإذا كان القانون هو الذي يعين عادة درجة الإفصاح عن العنصر النفسي، لكي توجد الإرادة وتنتج أثرها، فإنه هو أيضاً الذي يحدد اللحظة التي تعدّ عندها الإرادة جدية، أي أنه يحدد متى تعد في حق من صدرت منه بآلة لا يمكن الرجوع فيها، ومتى يعد إظهارها كافياً لسريان آثارها قبل الغير .

ومهما يكن من أمر فإن مرحلتين يمر بهما الإفصاح عن العنصر النفسي، يجدر البحث فيهما، هما مرحلة الصدور ومرحلة العلم :
أولاً مرحلة الصدور: يرتبط الإفصاح عن العنصر النفسي بمن صدر منه، وهنا نكون إزاء الوجود الفعلي للإفصاح، وفي هذه المرحلة لا يكون الإفصاح لازماً كأصل عام، فالإفصاح هنا عمل ينفرد به صاحبه دون سواه يتم من ناحيته إذا لم يعد وصول مضمونه إلى علم ممن وجه إليه متوقفاً على عمل إرادي آخر من صاحبه .

(١) أنظر: المادة () .

وإذا كان الإفصاح ينفصل بعد صدوره ممن صدر منه، فإن ذلك كان بناءً على إرادته، فانفصال الإفصاح هو عمل إرادي، ومن هنا فإنه إذا كان من صدر ساح منه متمتعاً بأهلية التعاقد في هذه اللحظة، فإنه لا يؤثر على نفاذ الإفصاح، موت صاحبه أو فقدانه الأهلية بعد الصدور، بيد أن القانون المدني العراقي جاء خلواً من نص صريح يحكم هذه المسألة، ولهذا يرى البعض أنه إذا مات الموجب أو القابل بعد الإفصاح عن إرادتهما، وقبل أن يتصل هذا الإفصاح من وجّه إليه، سقط الإيجاب أو القبول بحسب الحالات، وكذلك إذا أوجب الموجب وقبل القابل، ثم مات بعد ذلك الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد^(١).

ويميز البعض الآخر في هذا الموضوع بين حالة التعاقد بين حاضرين، فيرى سقوط الإيجاب في هذه الحالة، وبين حالة التعاقد بين غائبين، حيث يكون الإيجاب في الأعم الأغلب ملزماً، فيرى ضرورة اعتبار الإيجاب قائماً على الرغم من موت الموجب أو فقدانه لأهليته وحلول الورثة أو القيم مقامه، وذلك لإتمام العقد إذا تم قبول الإيجاب، وكذلك النسبة لموت القابل أو فقدانه لأهليته بعد صدور قبوله وقبل علم الموجب بذلك^(٢).

ونحن نرى أن ثمة تناقضاً بين منهج القانون المدني العراقي في هذه المسألة، وبين منهجه في المادة (٨٧) والتي اعتبر فيها التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يوجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، وافترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما .

(١) أنظر: د.محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص ١٠٠ الهامش رقم ().

(٢) أنظر: د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص - .

ولاشك أن القانون العراقي قد غلب هذه المادة الأخيرة، العنصر المادي في العقد على عنصره المعنوي، فالنص المشار إليه إلى الإرادة الظاهرة لا إلى الإرادة الباطنة، ومن نتائج هذا المنهج أن الإفصاح عن العنصر النفسي لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى وجه إليه، فمن مظاهر الأخذ بالعنصر المادي في العقد انحياز القانون المدني العراقي، إلى نظرية العلم بالقبول ونما يتعلق بالتعاقد بين

ن (١).

فقد لا يحدث التوافق الحقيقي بين إرادتي العاقدين، وعلى الرغم من ذلك فإن العقد يتم، ويحدث ذلك في حالة العدول عن القبول قبل وصوله إلى علم الموجب قبل عدوله، وفي هذا الفرض فإن العقد ينعقد وذلك عملاً بالعنصر المادي في العقد، أي

عملاً بالإرادة الظاهرة (٢).

ثانياً - مرحلة العلم: يرتبط العلم بالإفصاح عن العنصر النفسي بمن أفصح إليه، وهنا نكون إزاء الوجود القانوني للتعبير، وفيه يكون هذا الإفصاح لازماً، فلئن كان الصدور يجعل للإفصاح عن العنصر النفسي وجوداً فعلياً مستقلاً، فإن العلم هو وحده الذي يجعل لهذا الإفصاح وجوداً قانونياً، إذ يصير في هذا الوقت الرجوع فيه غير ممكن.

ولئن كان العلم بالإفصاح عن العنصر النفسي يرتبط بمن أفصح إليه، عمل يقوم به من أفصح عنه، وذلك من أجل أن يصل مضمونه إلى علم الطرف الآخر، وهكذا العلم هو الذي يحدد تمام الإفصاح، فإن كان الإفصاح إيجاباً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، فمنذ هذه اللحظة، يصبح الإفصاح

(١) وفي التعاقد بين حاضرين فإن القانون المدني العراقي يأخذ بنظرية العلم المستفاد من الوصول على سبيل الافتراض السيد هذا الحكم من المادة (٧٣) فظاهر هذه المادة يدل على أن التعاقد بين حاضرين إنما يتم بمجرد أن يتبادل العاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين، واشترط

هذا التبادلي يعني أخذه بنظرية العلم.

(٢) أنظر: د. محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص .

صالحا للقبول، وإن كان قبولا، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجّه إليه، وعندئذٍ يقترن الإيجاب بالقبول وينعقد العقد^(١)، وهو ما عناه القانون المدني العراقي في المادة (٨٧) فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين^(٢).

وعلم الموجب بالقبول أن الموجب لا يستطيع أن يدرك أنه على اتفاق مع الموجب إليه، إلا إذا علم بإرادة هذا الأخير المتجهة إلى القبول، وحيث أن هذه الإرادة باطنية، فكان لابد من اشتراط إظهارها والعلم بها، فبالعلم المذكور يفقد الموجب حقه في الرجوع عن إيجابه.

كما يفقد القابل حقه في سحب قبوله ولو لم يصل إلى علم الموجب، وعلة ذلك أن العقد يكون قد تم بمجرد القبول.

والجدير بالملاحظة أن الصدور والعلم بالإفصاح عن العنصر النفسي، يكونان ن المادي للإفصاح المذكور، وهما وحدة واحدة، ومن ثم فإنه لا ينفصم أحد شرطيهما عن الشرط الآخر، فإذا تم هذا الانفصام، فلا تكون إزاء إفصاح.

ثانيا- في القانون الإنكليزي: يوجب القانون الإنكليزي-كنظيره العراقي- الإفصاح

عن العنصر النفسي في العقد عبر التعبير، ويلزم هذا القانون في الإفصاح ثار إليه

توافر الأمرين الآتيين:

١- أن يكون الإفصاح عن العنصر النفسي مكتملا، أي أن يتضمن العناصر الجوهرية للتعاقد.

٢- أن يكون هذا الإفصاح حاسما، أي أن يكون باتا ونهائيا، وبهذا يختلف الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد (invitation to treat) فكل ما يدخل في هذا الوصف الأخير، لا يكون إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول يؤدي إلى انعقاد العقد.

(١) أنظر: د. السنهوري، المصدر السابق، ص - .

(٢) وحين يكون العاقدان حاضرين في المكان ذاته، فإنه لا فرق بين القبول والعلم به، ففي الوقت

ذاته يفصح عن العنصر النفسي، ويعلم به العاقد الآخر.

عرض البضاعة:

إن عرض البضاعة في واجهة المحل مع بيان ثمنها، لا يعد في القانون الإنكليزي، إفصاحاً مكتملاً وحاسماً عن العنصر النفسي للعقد، ومن ثم فإنه لا يعدّ إيجاباً، بل مجرد دعوة إلى التعاقد.

(As a general rule, display of goods at a fixed price in a shop window or on a shelf in a self-service store is an invitation to treat and not an offer)⁽¹⁾.

ولكن الإيجاب في هذه الحالة يمكن أن يعمله المشتري المأمول، وان (Shopkeeper) قد يقبل هذا الإيجاب وقد يرفضه.

(an offer may be made by a prospective buyer and this the shopkeeper may accept or reject)⁽²⁾.

الإعلان عن البضاعة:

يميز القانون الإنكليزي في هذه المسألة بين نوعين من العقود:

١- العقود الملزمة لجانب واحد (Unilateral Contracts) فإن الإعلان عن البضاعة مع بيان الثمن يعدّ إفصاحاً مكتملاً باسم العنصر النفسي، ومن ثمّ يعدّ إيجاباً لا مجرد دعوة إلى التعاقد^(١).

٢- العقود الملزمة لجانبين (Bilateral Contracts) فإن الإعلان عن البضاعة مع بيان الثمن في الصحف والنشرات الخاصة التي توزعها مجالات التجارية، أو تبثها وسائل الإعلام، لا يعدّ إفصاحاً مكتملاً وحاسماً عن العنصر النفسي، ومن ثمّ فإنه لا يكون إيجاباً، بل مجرد دعوة إلى التعاقد، ويعلل ذلك بأمرين:

الأمر الأول: إن هذه الإعلانات غالباً ما يراد بها الوصول إلى أعلى صفة ممكنة.

Guest, Op.Cit, P.24; Treitel, Op.Cit, P.10.

(١) أنظر:

Guest, Op.Cit, P.24; Treitel, Op.Cit, P.10.

(٢) أنظر:

Guest, Op.Cit, P.25.

(٣) أنظر:

الأمر الثاني: إن المعلن يرغب قبل أن يلتزم بإيجابه، أن يضمن لنفسه قدرة الطرف الآخر على الوفاء بالتزامه^(١).

أثر الموت في الإفصاح عن العنصر النفسي في العقد:

إذا تم الإفصاح عن العنصر النفسي في العقد، ومات بعد ذلك المفسح، سقط الإفصاح عن هذا العنصر في القانون الإنكليزي^٢ كان الإفصاح المذكور إيجاباً، فإن هذا الأخير يسقط بموت صاحبه، بيد أنه إذا ما حدث الموت بعد قبول الإيجاب، فإنه لا يكون للموت من أثر على انعقاد العقد من حيث الأصل العام^(٣).

Guest, Op.Cit, P.24.

(١) أنظر:

(٢) أنظر: Cheshire and Others, Law of contract, London, 2008, P.50-51.

المبحث الثاني

العنصر النفسي في أركان العقد

نبحث صلة هذا العنصر بالسبب والمحل (المطلب الأول) وبالشكلية في التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

العنصر النفسي وصلته بالسبب والمحل في العقد

أولاً- في القانون المدني العراقي: ليس هناك مضمون للعنصر النفسي في العقد، يحدده القانون مسبقاً، بل إن الإرادة هي صاحبة السلطان في هالناحية، فهي وحدها التي ترسم مضمونه، فكل ما وضعته في هذا المضمون يجب اعماله واحترامه، ما لم يكن مخالفاً للنصوص الأمرة في القانون أو النظام العام أو الآداب العامة^(١).

وما دامت الإرادة هي التي تحدد مضمون العنصر النفسي في العقد، فإنه يجب أن يتساوى السبب والمحل، ويعاملاناملة واحدة، وعلى ذلك فإنه يجب إفتاء هذين العنصرين في مضمون الإرادة، فلا يوجد في العقد سوى العناصر الإرادية، أي تلك العناصر التي تحددها الإرادة ذاتها.

والإرادة لا بد أن تضع في هذا المضمون غرضها، وعندئذٍ يجب احترام وضعته، ومن ثم فإن السبب يجب فهمه في المدني العراقي، على إنه الباعث الدافع إلى التعاقد، وعليه فإنه يجب البحث عنه في الإرادة ذاتها، فهو ليس ركناً مستقلاً قائماً بذاته في العقد، بل هو عنصر داخلي في الإرادة^(٢)، فلا وظيفة قانونية له في انعقاد العقد، إذ كيف يكون لظرف شخصي متغير، وظيفة قانونية في

(١) أنظر: المادة (١/١٣٠) والمادة (٢-١/١٣٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) قارن عكس ذلك: العلامة السنهوري، المصدر السابق، ص ٢١٣، حيث يرى سيادته أن السبب والإرادة عنصران متميزان، فالسبب هو ليس الإرادة ذاتها، ولكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة، فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها، بل هو عنصر متميز عن الإرادة.

هذا الانعقاد، فالسبب يعقبي الإرادة، وهذا الوصف هو الذي يعطي تفسيراً لتلازمه معها، فهما عنصران متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر، فحيث وجدت الإرادة وجد السبب، والقانون المدني العراقي يشترط في الإرادة، أن تتجه إلى تحقيق غاية مشروعة، وهنا يتصل السبب اتصالاً وثيقاً بالإرادة، وذلك لأن هذه الإرادة لا تتحرك إلا لتحقيق غرض معين، ولا يتصور أن يلتزم شخص بإرادته التزاماً معتبراً في هذا القانون بغير سبب، أي بغير غرضي إلى تحقيقه، ففكرة الغرض لازمة للعقد، فإرادة القانون المدني العراقي ليست آلة تدور بلا نتيجة، بل من أجل الوصول إلى تحقيق غرض معين تقصده، ويعبر عنه في العقد، وتحليل الإرادة هو وحده الذي يكشف عن الغرض، فهذا الأخير يعدّ عنصراً في كل التزام مصدره الإرادة، يلتزم الشخص بإرادته، فإنما يلتزم من أجل تحقيق غرض يدفعه لإنشاء هذا الالتزام، فإذا وجدت الإرادة بغير سبب، كإرادة عديم التمييز، فإن هذه الإرادة لا يابيه بها القانون المدني العراقي^(١).

وقد نصت المادة (١٣٢) منه على انه (١) - يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب ممنوع قانوناً، أو مخالف للنظام العام أو للأداب.

٢- يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

٣- أما إذا ذكر سبب في العقد، فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك). والظاهر من هذا النص انه نسب السبب إلى الالتزام، لا إلى العقد، وهو أمر يتفق مع النظرية التقليدية في السبب والتي تصوره بوصفه عنصراً موضوعياً يتم البحث عنه داخل العقد، وذلك على عكس النظرية الحديثة في السبب، والتي تصوره بوصفه عنصراً ذاتياً يتعلّق بالإرادة الباطنة للعاقدين يتم البحث عنه في خارج العقد.

(١) دليل نص المادة () .

كما افترض القانون المدني العراقي أن لكل التزام سببا موجودا ومشروعا، بحيث يمكن القول بأن السبب الحقيقي المشروع موجود دائما، إذ تتضمنه عناصر العقد، وهو أمر ينبئ عن احترام القانون المدني العراقي للإرادة الباطنة للعاقدين، وذلك من خلال احترامه للغرض الذي تهدف إليه من الالتزام العقدي.

من ناحية أخرى فإن النص المذكور قد تبنى على استحياء النظرية الحديثة في السبب، ذلك لأن شرط مشروعية السبب الوارد في النص المذكور، يراد به مشروعية الباعث، فالسبب في النظرية التقليدية، لا يتصور فيه عدم المشروع ولا شك أن كل خطوة خطاها الأعرافي في الطريق المؤدي إلى الباعث الدافع إلى التعاقد، تحقق اقترابا من الإرادة الباطنة، أي من العنصر النفسي في العقد، إذ لا يمكن تفسير منهجه حيال هذه المسألة إلا باهتمامه بالبواعث الذاتية في كل عقد، وإعطاء القاضي سلطة البحث عنها، لإمكان تنفيذ العقد.

ويبدو لنا أن شرطية مشروعية السبب الوارد في نص المادة (١٢) يفيد الأمرين الآتيين:

١- إن ثمة وجودا مستقلا للسبب عز المادي في العقد، أي عن التعبير عن الإرادة، فليس ثمة ما يحول دون الاعتداد بالبواعث الداخلية، ولو لم يثبت وجودها في التعبير المذكور، وبك أنه يجوز للقاضي أن يتلمس السبب خارج التعبير.

٢- انه ليس ثمة وجود للسبب مستقل صر النفسي في العقد، بل هو جزء من هذا الأخير، وتبعية السبب على هذا النحو، هي أثر من آثار العنصر النفسي في العقد.

والمحل هو الآخر بعد ظرفا شخصيا وأقريا متغيرا، تحدده إرادة العاقدين ذاتها، فهو كالسبب لا ينسب إليه وظيفة قانونية في تكوين العقد، وعلى ذلك فإنه عنصر قانونيا يتضمنه التعبير عن الإرادة، ومن ثم لانوافق القانون المدني العراقي فيما ذهب إليه في المادة (١٢٦) بقوله (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه...) ووجه عدم الموافقة ان الالتزام العقدي، لا يستلزم محلا مستقلا عن مصدره ومختلفا عنه، فيجب التسوية بين المحل والسبب،

من حيث أنه يجب البحث عنهما في العنصر النفسي، دون تحديد قانوني سابق يفرض عليها. وعلى ذلك فإنه يجب القول بأن الركن اللعقد، هو الإرادة الصحيحة التي ترد على محل وتنتج لتحقيق غاية معينة، فالإرادة هي وحدها قانون قد، وان النصوص القانونية التي وردت في القانون المدني العراقي التي تجعل من المحل والسفي تكوين العقد، أما أن تهمل لأنها وضعت خطأ، أو أن تدمج مع شروط صحة الإرادة، ومما يعزز ذلك ان هذا القانون لم يخص المحل والسبب بجزء مستقل عن الإرادة، أفلا يدل هذا على أنه يجب البحث عنهما في العنصر النفسي في العقد؟

ثانياً - في القانون الإنكليزي: يوجب القانون الإنكليزي في العقد ثلاثة عناصر هي الرضا، والتعاقد، والأصل في هذا القانون ان الرضا لوحده لا يكفي لقيام عقد منشئ للالتزام، فالرضا المجرد عن الشكل لا يكون ملزماً إلا إذا وجد المقابل، أي إن هذا القانون رهن نشوء الالتزام العقدي بالشكل أو بالمقابل، ومن هنا تقسم العقود في القانون المذكور من حيث كيفية الانعقاد إلى عقود شكلية (Contracts by deed) وأخرى بسيطة (Simple contracts).^(١) وعلى ذلك فإن المقابل يعدّ ركناً في العقد البسيط سواء أكان هذا العقد البسيط ملزماً لجانب واحد أم لجانبين، فالمقابل هنا هو الذي يضيف على الرضا - الذي لا يكفي بذاته لانعقاد العقد البسيط - إلزاماً مما يمكن معه انعقاد هذا العقد^(٢)، ففكرة المقابل قد ارتبطت في نشوئها بفكرة العقد البسيط المجرد عن الشكل^(٣).

Anson, Op.Cit, P.10.

(١) أنظر:

Anson, Op.Cit, P.10.

(٢) أنظر:

(٣) أنظر: د.طلبة هبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي، القاهرة،

فمصدر الإلزام في الرابطة العقدية في القانون الإنكليزي، بين الواعد والموعد له، لا يكمن في الرضا أو الاتفاق المجرد، وعلة ذلك أن الرضا وحده لا يكفي لإنشاء عقد، ومن ثم لا تتولد منه علاقة عقدية ملزمة، إذ لا بدّ أن يضاف إليه المقابل، فالوعد، العنصر الأول للرضا، لا يكون ملزماً لصاحبه إلا إذا قدم الطرف الآخر، الذي قبل الوعد ويتوعدنصر الثاني للرضا، الموعد له مقابل لقاء الوعد، وليس من شك في أن هذا التحليل القانوني يجسد فكرة الصفقة جوهر العقد البسيط في القانون الإنكليزي.

والفرض في فكرة المقابل أن ثمة وعدا (Promise) من شخص لآخر، ومضمون الوعد أن يقول الواعد (Promisor) بعمل أو بامتناع عن عمل، وهو لا يترتب قبل الموعد له (Promisee) إلا إذا كان هذا الأخير قدّم مقابلاً لما وعد^(١).

وحيث أن ثمة تلازماً بين فكرتي المقابل والعقد البسيط، فقد حرص الفقه الإنكليزي على ذكر المقابل عند تعريفه للعقد، إذ يقصد به في هذا الفقه، وعد أو عمل يتم لقاء وعد آخر^(٢). وهذا يقتضي وعدا من شخص لآخر، ولكي يكون الواعد ملزماً قبل الموعد له، فإنه يتعين على هذا الأخير أن يقدم للأول مقابلاً لوعد.

وفي ضوء ماتقدم يعرف المقابل بـ ثمن الوعد^(٣)، وقد يتمثل هذا المقابل في مبلغ نقدي يقدمه الموعد له للواعد لقاء الوعد، وقد يتمثل بعمل أو بامتناع عن عمل أو وعدا بأيهما، وقد يتملدة أو ضرر لكل من الواعد أو الموعد له.

ويشترط القانون الإنكليزي في المقابل بوصفه عنصراً جوهرياً في تكوين العقد البسيط توافر الشروط الآتية:

Corbin, Op.Cit, P.487.

(١) أنظر:

(٢) أنظر: د.طلبة وهبة خطاب، المصدر السابق، ص .

Corbin, Op.Cit, P.487.

(٣) أنظر:

١- أن تكون له قيمة مالية، أي أن يكون قابلاً للتقدير المالي، وليس لازماً أن يتعادل المقابل مع الوعد من حيث القيمة، كما إن الالتزام الأدبي لا يعدّ مقابلاً ينعقد به العقد البسيط^(١).

٢- المعاصرة، ومؤدى ذلك أن يتحقق التعاصر بين الوعد والمقابل، بغض النظر عن وقت تقديمه، على أن لا يكون المقابل سابقاً في وجوده على الوعد^(٢).

٣- أن يقدمه الموعد له، أي أن يقوم الموعد له بتقديم المقابل للواعد، وأن يقوم دون سواه بتقديم هذا المقابل، بيد أنه ليس ثمة ما يمنع أن يتلقاه شخص غير الواعد^(٣).

٤ المقابل في القانون الإنكليزي مع السبب في القانون المدني العراقي:

لا وجه للمقارنة بين المقابل بو. ركناً للعقد البسيط في القانون الإنكليزي والنظرية الحديثة للسبب التي يأخذ بها القانون المدني العراقي في حدود المادة (١٣٢) والتي تصور السبب على انه الباعث الدافع إلى التعاقد، فلما كان المقابل في القانون الإنكليزي هو ثمن الالتزام بالوعد، أي حيث الفكرة المادية في تصويره، إذ يجب أن يكون قيمة مالية، فإنه يختلف عن السبب في النظرية الحديثة، الذي هو أمر نفسي يتسم بطابع شخصي، مما يبعده عن المادية التي هي طابع المقابل.

كما إن السبب في النظرية الحديثة هو سبب العقد، وليس سبب الالتزام، أما اللبب الالتزام بالوعد، وليس مقابل العقد، وبعكس ماتقدم فإن المقابل بوصفه ركناً للعقد القانون الإنكليزي، يقترب من السبب في النظرية التقليدية القانون المدني العراقي في حدود معينة في المادة ()

Anson, Op.Cit, P.91.

(١) أنظر:

(٢) أنظر: د.طلبة وهبة خطاب، المصدر السابق، ص - .

(٣) أنظر: د.عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكليز وأمريكي، الطبعة

الأولى، بغداد، ، ص ٣١ وما بعدها.

وبيان ذلك أن تصوير السبب في النظرية التقليدية إنما يرتبط بطبيعة الالتزام، إذ هو السبب المادي، فالسبب بهذا التصوير المادي في القانون المدني العراقي، إنما يلتقي مع المقابل في القانون الإنكليزي الذي يجب أن يكون شيئاً له قيمة مادية، كما إن السبب في القانون المدني العراقي، والمقابل في الإنكليزي يجب البحث عنهما داخل العلى ذلك فإنه في نطاق العقود الملزمة لجانبين في القانون الإنكليزي، فإن المقابل بالنسبة لكل التزام يتمثل في الالتزام المقابل، وهو ينص عليه أيضاً القانون المدني لهذا النوع من العقود. إلا أن هذا التقارب لا يفي الاختلاف بينهما، فالسبب في النظرية التقليدية التي يأخذ بها القانون المدني العراقي، هو الغرض المباشر الذي يرمي المدين الوصول إليه من التزامه، أما المقابل في القانون الإنكليزي، فهو شيء له قيمة مالية، يقدمه الموعود له للواعد، ليجعله ملتزماً بما وعد سلفاً، كما إن المقابل له علاقة بأحد عناصر الرضا، وهو الإيجاب⁽¹⁾ فهذا الإيجاب لا يكون من حيث الأصل ملزماً للموجب ما لم يقترن بميعاد، أو كان نظير مقابل، أما السبب فلا علاقة له بشيء من ذلك.

وأخيراً، فإن المقابل لا يدخل عنصراً في عقود التبرع، إذ لا وجود له في نطاق هذا النوع من العقود، التي تخضع لبعضها البعض والمقابل، لإجراءات شكلية، إذ لا يمكن أن تكون لإعقوداً شكلية، أما السبب المدني العراقي فإنه يعدّ ركناً برع، أي أنه حيث يتجسد الاختلاف بين السبب والمقابل، فإن الأول يتمثل في نية التبرع، بعكس الثاني الذي لا يمكن أن يكون كذلك، فنية التبرع تصلح سبباً القانون المدني العراقي، بعكس المقابل في القانون الإنكليزي، فوجوده وطبيعته يتعارضان مع نية التبرع.

(1) بل إن المقابل في القانون الإنكليزي قد يختلط أحياناً بالقبول.

المطلب الثاني

العنصر النفسي وصلته بالشكلية في التعاقد

أولاً- في القانون المدني العراقي:

نصت المادة (٩٠) من هذا القانون على انه (١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً

للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢- ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل).

وظاهر من هذا النص أن للعنصر الشكلي حقيقتان، أولاهما داخلية، وثانيهما

خارجية، ويبرز في الحقيقة الثانية العنصر المادي في العقد، فمؤدى الشكلية في العقد

هو تحديد القانون كيفية الإفصاح عن العنصر النفسي^(١)، فالقانون لا يعتد بأية إرادة

يفصح عنها بكيفية أخرى، ومع ذلك تبدو الحقيقة الداخلية أكثر مصداقية من الحقيقة

الخارجية، إذ ليس هناك مقانوني للحقيقة الداخلية يحدده القانون مسبقاً، بل هي

وحدها التي تشكل مضمونها، وكل ما وضعته في هذا المضمون يجب إعماله، كما إن

الحقيقة الخارجية للعقد الشكلي لا يمكن أن تكون عقبة تمنع من الطعن في العقد

الشكلي، بعيوب الإرادة، أو حتى بالصورية، ولهذا لانوافق القانون المدني العراقي

فيما ذهب إليه في المادة (١٤٩) بالقول (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات

الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دوائر تسجيل العقاري) بل ليس ثمة ما يمنع

القاضي من تفسير الحقيقة الخارجية للعقد الشكلي، بمعنى مختلف عما يبدو عليه انه

لها بحسب الظاهر، فالشكلية لاتخرج العقد عن كونه عقداً قابلاً للتفسير، فالتعبير

الشكلي لا يحترم إلا إذا تضمن إرادة موجودة وصحيحة، يعبر عنها في انطباق تام مع

مضمونها.

(١) فالقانون المدني العراقي يشترط شكلية خاصة لإبرام بعض العقود، كالرسمية في إبرام عقد

الرهن التأميني (المادة ١/١٢٨٦) والرسمية في إفراغ حق التصرف (المادة).

من ناحية أخرى فإن الظاهر من نص المادة (٩٠) ان جزاء العقد الذي لم يستوف الشكلية المطلوبة للانعقاد، هو عدمعقاد، أي بطلان العقد، ويبدو لنا ان منهجه هذا قد جانب الصواب، فبطلان العقد المنصوص عليه في المادة () يتعارض مع اعتبار العنصر النفسي قوام العقد، فليس ثمة شك في تعارض هذا الجزاء مع مبدأة، الذي يعني ان للأشخاص السلطة في أن تتجه إرادتهم إلى آثار قانونية معينة، ويعني أيضاً أن لهم السلطة في أن تتجه إرادتهم بالكيفية التي يريدونها، وبالأسلوب الذي يرتأونه.

وقد كان ا بالقانون المدني العراقي ألا يبطل العقد الذي لم يستوف الشكلية، بل يحرر صحة الإفصاح عن العنصر النفسي من كل شكلية، ولايستثنى من ذلك سوى الحالة التي يتطلب فيها اتفاق العاقدين صراحةً مراعاةً شكلية معينة، كما إن منهج القانون المدني العراقي في اادة (٩٠) يكاد تختفي فيه الإرادة في تكوين العقد، فهو يوحي بأن وجوبه الإلزامية، لايستندان إلى العنصر النفسي، بل ولا حتى إلى الإفصاح عن هذا العنصر في الشكل الذي فرضه القانون، وإنما إلى هذا الشكل فحسب، ولاشك أن منهجه في هذه الناحية يتعارض حتى مع تعريفه للعقد في المادة (٧٣) والذي يستفاد منه ان العقد يدين في وجوده، وفي كيانه إلى العنصر النفسي، أو على الأقل يمكن القول أن النامذكور أعطى للإفصاح المشترك عن العنصر النفسي بما أسماه بارتباط (الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر) قوة ذاتية في إنشاء العقد، مكفياً في ذلك بتحقيق الارتباط بين الإيجاب والقبول، كتعبيرين عن العنصر النفسي للعاقدين، وإن لم يشترط صراحةً التوافق النفسي، وعلى ذلك فإن بطلان العقد يجب ألا يتقرر في القانون المدني العراقي، إلا في الحالة التي ينعدم فيها العنصر النفسي في العقد، دون الإفصاح عن العنصر المذكور بغير الكيفية التي نص عليها القانون، ففي هذا الفرض الأخير فإن الإرادة موجودة، وفي الفرض الأول فإنها منعدمة.

ثانياً- في القانون الإنكليزي: الأصل في هذا القانون، أن الرضائية لاتكفي وحدها لإنشاء عقد ملزم، فالعقد لا يكون ملزماً فيه، إلا إذا تم في شكل معين، أو كان هناك مقابل للالتزام الناشئ عنه، ليكون العقد تبعاً لذلك عقداً شكلياً أو عقداً بسيطاً^(١)، بعبارة أخرى ان الرضائية تعني إيجاباً يتخذ صورة وعد من شخص يتعين - استكمالاً للرضا- قبوله من الموعود له، ولكن يجب ألا يغيب عن الذهن أن الرضائية لاتكفي وحدها، مما يعني بأن ثمة وسيلتين يتعين توافرها- إضافة للرضا-

العقد إذ يلزم، وهذه هي الوسيلة الأولى، أن يتوافر شكل معين يفرغ فيه الرضا، وينشأ عن ذلك عقد شكلي يستموته الملزمة من الشكل الذي وضع فيه، فإذا لم تتبع الشكلية فإن من المتعين، وسيلة الثانية، أن يوجد مقابل للوعد، أو بعبارة أدق مقابل للالتزام الناشئ عن الوعد، وإذا كان الوعد يمثل الإيجاب، فإن تقديم المقابل لقاءه، وهو يقع على عاتق الموعود له، يعدّ قبولاً، والأمر يتعلق بعقد بسيط، وهذا الأخير يمكن أن يحرر كتابة، ولكنه لا يصدق كالعقد السابق، كما يمكن أن يكون شفهيّاً (in parol)^(٢) وينبني على ذلك النتائج القانونية الآتية:

١- إن هذا القانون لا يعرف عقود التبرع الرضائية.
٢- كما إنه لا يعرف التفرقة في نطاق العقود الرضائية، بين عقود المعاوضة وعقود التبرع.

٣- إن عقود المعاوضة فيه وحدها التي تعد عقوداً ملزمة، حيث يوجد المقابل بالإضافة إلى الرضائية، إذ أن هذه الأخيرة لم تكن كافية وحدها للقول بوجود عقد ملزم، بل يجب أن يكملها الشكل أو المقابل.

٤- ومع ذلك فإن القانون الإنكليزي لا يجهل تماماً عقود التبرع، فعدم معرفته لها، يلازم ما يمكن أن يسمى بالعقود الرهالمجردة من الشكل، وعلى ذلك فليس ثمة ما

Guest, Op.Cit, P.109; Treitel, Op.Cit, P.105.

(١) أنظر:

Anson, Op.Cit, P.52.

(٢) أنظر:

يحول دون توضيح الأمر بالنسبة لعقود التبرع الشكلية، فهذه العقود تستمد
تها الملزمة في القانون الإنكليزي من شكل أوجب هذا القانون أن تستوفيه.

من ناحية أخرى فإن الشكلية التي يتطلبها القانون الإنكليزي في العقود، قد
تتخذ أحيانا صورة الرسمية، أي أن العقد يجب أن يكون مصدقا من جهة رسمية،
كعقود التبرع الخالية من المقابل، وعقود إيجار الأراضي لأكثر من ثلاث سنوات،
وفي أحيان أخرى، فإنه يكفي بالكتابة. ولو لم تكن هذه الكتابة رسمية، كعقد
التأمين البحري، وعقد القرض، وعقد البيع الإيجاري^(١).

كما إن هذا القانون يفرض أحيانا متطلبات شكلية (Formal requirements)
في بعض العقود، ويريد بها حماية الطرف الضعيف (Weaker party)
المستأجر (Tenant) والعامل (Employee) وكغلاء ديون المستهلك (Sureties
(under consumer credit agreements)^(٢) وهذا الأمر هو الذي حدا به لأن
يتطلب الكتابة في إثبات بعض هذه العقود، كعقود الإيجار والعمل والكفالة.

والجدير بالملاحظة غياب الشكلية التي يتطلبها القانون الإنكليزي في بعض
العقود، يؤدي إلى قيام عقد غير قابل للتنفيذ (Unenforceable) وهو عقد صحيح
في نشأته وآثاره، ولكن القاضي لا يستطيع أن يتنفيذه، أما بسبب غياب الشكل
الذي يتطلبه القانون، أو بسبب مضي المدة المقررة لتنفيذ العقود المنصوص عليها في
قانون التقادم لسنة ()^(٣).

(١) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنبي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص .

Guest, Op.Cit, P.109.

(٢) أنظر:

(٣) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنبي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص .

المبحث الثالث

العنصر النفسي في عيوب الإرادة

نبحث هذا لموضوع في مطلبين، نفرّد أُولاهما للقانون المدني العراقي، ونخص ثانيهما للقانون الإنكليزي.

المطلب الأول

في القانون المدني العراقي

ب الإرادة في هذا القانون هي الإكراه، والغلط، والغبن مع التخدير، والاستغلال، وسنبحثها من ناحية العنصر النفسي فيها.

أولاً- الإكراه: لقد دعت النزعة الموضوعية المشرع العراقي إلى إحلال عيب الإكراه، المكانة الأولى من اهتمامه بعيوب الإرادة، فأفرد له خمسة نصوص قانونية⁽¹⁾، يستشف منها أن هذا العيب في القانون المدني العراقي هو أقرب عيوب الإرادة إلى العنصري في العقد، وأبعدها عن العنصر النفسي، وذلك بسبب

يتصل به من وسائل الإكراه، التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية وليست وسائل

معنوية.

ومنهج في هذا الموضوع يعدّ منها منتقداً، لأن الذي يفسد الإرادة في

الإكراه، ليست هي الوسائل المادية، بل هي الرهبة التي تحمل الشخص على التعاقد

وتدفعه إليه، ومن ثم فإن النصوص الخمسة التي أوردتها، يمكن الاستغناء عنها بنص

واحد يقضي بأن الإكراه ضغط غير مشروع على الإرادة يرهّب الشخص ويحمّله

على التعاقدان هذا العقد لا ينفذ إلا بالإجازة الصريحة أو الضمنية بعد زوال

الإكراه.

(1) هي المواد (-) .

ثانياً- الغلط: تعد نظرية الغلط مثالا واضحا على تبني القانون المدني العراقي للعنصر النفسي في العقد، فالغلط في هذا القانون فكرة نفسية تغمض فيها فكرة الحقيقة، وتخفي وراءها فكرة خاطئة، ولهذا فإن تقدير الغلط يتم دائما بالنظر إلى نفس من يمسه العقد دون الاعتداد بالمنفعة التي تكون لشخص آخر، مهما تكن قيمتها، فمعيار الغلط ذاتي يقتضي أن نبحث عن نية العاقد الذي وقع في الغلط لمعرفة الأهمية التي يعلقها على الأمر الذي انصب عليه الغلط.

يُذمِّز القانون المدني العراقي بين نوعين من الغلط:

أ- الغلط المانع وهو الغلط الذي يعدم الإرادة ولا يعيبها، كالغلط في ماهية العقد أو في سائبة المعقود عليه، وهذا النوع من الغلط يدخل في تكوين العقد، فيمنعه من أن ينعقد، لعدم التوافق النفسي^(١).

ب- الغلط الذي يعيب الإادة ولا يعدمها، وهو يبقي مصدر الرابطة العقدية ولا يمس سوى آثارها، وجزاؤه في القانون المدني العراقي وقف العقد^(٢).

ولا يسعنا تأييد هذا المنهج، فالغلط في الحاليتين كما نرى يعني انعدام التوافق لئنة والإرادة الظاهرة، وحيث أن العقد يستمد قيمته من الإرادة الباطنة فإن الانعدام في التوافق، يعني عدم وجود الإرادة المذكورة، فهو يؤدي إلى بطلان العقد لا إلى وقفه.

وقد اشترط القانون المدني العراقي في الغلط وصفا معيناً يتحول فيه الوهم

النفسي إلى غلط قانوني، وذلك بأن يكون جوهرياً ومثلاً لهذا الغلط بحالات ثلاث:

١- الغلط في صفة جوهرية للشيء.

٢- الغلط في ذات العاقد أو في صفة من صفاته.

٣- الغلط في العناصر الضرورية للتعاقد.^(٣)

(١) المادة (/) .

(٢) المادة (/) .

(٣) المادة () .

وبستثداً أن القانون المدني العراقي أقام نظرية الغلط على أساسين، هما التوهم الخاطيء، وتأثير هذا التوهم على نية العاقد^(١)، وهذين الأساسين يؤكدان مرة أخرى كما نرى استقرار الرضائية بوصفها أصلاً من أصول النظرية العامة للعقد في هذا القانون، كما يعطيان للإرادة سلطانها في العقد.

والجدير بالملاحظة أن القاندي العراقي لم يعول في نظرية الغلط على موضوعه، بل على تأثيره الدافع على إرادة العاقد، وهذا الإيغال في إبراز العنصر النفسي يمنح العاقد الذي يدعي الغلط حماية واسعة، ويضمن سلامة وصحة إرادته. ومع ذلك فإن القانون وضع قيوداً مأخوذة من موضوع الغلط، فإن موضوع صفة في الشيء، فإن الصفة المذكورة يجب أن تكون قد توافقت عليها العاقدان معاً، وقد لا يكون في العقد ما يكشف عن نية العاقدين، فيلجأ القاضي عندئذ إلى الظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، وهو ما عناه القانون المذكور في المادة (/).

ويبلغ العنصر النفسي ذروته عندما يكون موضوع الغلط ذات العاقد أو صفة من صفاته، فطبيعة هذا الموضوع، توجب على القاضي عدم بحث الصفة الجوهرية إلا لدى العاقد الذي يتمسك بالغلط دون سواه.

من ناحية أخرى فإن المادة (١١٩) أوجبت لإمكان التمسك بالغلط أن يكون مشتركاً بين العاقدين، أو يكون العاقد الذي لم يقع في الغلط على علم به، أو كان في وسعه أن يعلم به، وإلا كان العقد صحيحاً، وتتساءل هنا عن الأساس القانوني الذي استند إليه مشرعنا في تصلعه في المادة (١١٩) وذلك على الرغم مما شابهه من عيب الغلط؟

لايخلو الأمر من أساسين قانونيين يمكن الركون لأحدهما في هذا الموضوع:

(١) أنظر: منير القاضي، المصدر السابق، ص .

الأول: أن نص المادة (١١٩) لا صلة له بالعنصر المادي ولا بالعنصر النفسي في العقد، ذلك لأن العاقد الذي وقع في الغلط، لا يرتب على غلظه أن يكون هناك فرق بين إرادته وتعبيره، حيث إن الإرادة التي وقع صاحبها في الغلط تكون معيبة في تكوينها، وهذه الإرادة المعيبة هي التي حصل التعبير جاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة.

الثاني: إن العنصر المادي في العقد والمتمثل بالتعبير هو الأساس القانوني لهذا التصحيح، فالعقد هنا يكون صحيحاً لاساً للعنصر النفسي أي الإرادة الباطنة للعاقد الأول، فهذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها معيبة، ولكن على أساس الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها العاقد الآخر، واعتمد عليها في ترتيب شؤونه.

ثالثاً- الغبن مع التغيرير: إن مجرد الغبن الفاحش لا يمنع في القانون المدني العراقي من نفاذ العقد^(١)، فليس مهماً في هذا القانون عدم التعاد الموضوعي بين العطاءين، مادالغبن الفاحش لم يقترن بالتغيرير، وهذا الأخير في القانون المذكور لا يعدو أن يكون وهما في ذهن الشخص، ولكن تصاحبه طرق احتيالية، وهذا الأمر يجعله يتدرج على نحو معين من العنصر النفسي إلى العنصر المادي في العقد، ومع ذلك فإن العنصر الأول هو الذي يولى العنصر الثاني، فلا تغيرير في القانون المدني العراقي بغير نية التضليل، من أجل الوصول إلى تحقيق غرض غير مشروع، وهو ما يميز التغيرير عن الغلط، فهذا الأخير أما أن يكون تلقائياً، وأما أن يكون مستتراً، وفي هذا الفرض الثاني يسمى تدليسا، ولهذا كان للتعويض فيه مكان ملحوظ، لكونه عملاً غير مشروع في ذاته.

وقد صحح القانون المدني العراقي في المادة (١٢٢) العقد المشوب بعيب الغبن مع التغيرير في ظرف معينت هذه المادة على انه (إذا صدر التغيرير من

(١) المادة (١/١٢٤) منه. ما لم يكن المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً.

غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقدين المغبون، أن العاقد الآخر، كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغير وقت إبرام العقد) وتتساءل عن الأساس القانوني الذي استند إليه هذا القانون في تصحيحه للعقد على الرغم مما شابهه من

عيب؟

لايخلو الأمر من أساسين قانونيين يمكن الركون لأحدهما في هذا الموضوع:

الأول: أنه لا صلة للمادة (١٢٢) بمسألة العنصر المادي ولا بالعنصر النفسي في

العقد، ذلك لأن التدليس يقتصر أثره على عيب في الإرادة في تكوينها، وهي ذاتها

التي حصل التعبير عنها، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة، ومن ثم فإن كل ما

تدل عليه هذه المادة، هي أن القانون المدني العراقي لاجباري منطبقاً مبدأ سلطان

الإرادة إلى النهاية، بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب في الروابط العقدية.

الثاني: أن العقد يكون صحيحاً ولكن لا على أساس الإرادة الباطنة للعاقدين الأول التي

أفسدها التغير، وإنما على أساس الإرادة الظاهرة التي اعتمدها عليها العاقد الآخر.

من ناحية أخرى فإنه إذا كانت نظرية الغبن في القانون المدني العراقي، هي

نظرية مجملها، فإن العنصر النفسي لا يغيب عنها، فالغبن يعني أن رضا

العاقد غير تام، لأنه لم يرد إعطاء العوض في العقد إلا تحت تأثير اعتقاد خاطئ، في

أن ما يحصل عليه يساوي المقابل الذي قدمه، بحيث أنه لو أدرك أن ما يأخذه أقل من

ذلك لامتنع عن الرضا بالإعطاء.

ولا يقال أن منهج هذا القانون في نظرية الغبن ينسجم مع مبدأ سلطان الإرادة،

فالغبن يفترض قبل كل شيء وجود الإرادة الحقيقية للعاقدين، أي خلو الإرادة من

العيوب، فهذين العاقدين وقد صدر رضائهما، فلا معقب على ما عقدها، فالعوض

في العقد لا تقدر عليه في ذاته، بل بالرجوع إلى الإرادة التي ارتضته،

وبالرإرادة المذكورة يتكافأ العوضان بمجرد انعقاد العقد. إذ يمكن التساؤل

لماذا قبل العاقد المغبون بالعوض الضئيل؟ ويبدو أن هذا القبول قد نشأ بسبب أمر،

لا يندرج تحت العيوب التقليدية للإرادة، حاجة، أو طيش، أو هوى، أو عدم خبرة، أو ضعف إدراك، فيكتسب الغبن طبيعة جديدة تميزه عما سواه، هي الاستغلال.

رابعاً- الاستغلال: نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على انه (إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فالحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال من وقت العقد أن يطلب رفع الغب عنه إلى الحد المعقول) وللاستغلال المنصوص عليه في هذه المادة عنصران، أولهما **مادي:** وهو تفاوت التعادل بين العوضين تفاوتاً يؤدي إلى الغن الفاحش، فالتفاوت يتكون من عنصر مادي صرف، يقدر بمعيار موضوعي دون النظر إلى التقديرات المؤسسة على الإرادة، فلم يعول القانون المدني العراقي في تقديره لقيمة المعقود عليه، على معيار نفسي، إذ ليس مهماً تلك القيمة في نظر العاقد، بل بقيمته الموضوعية، أي قيمة المعقود عليه الواردة في العقد بالنسبة إلى قيمته الحقيقية، أي أنه عول على معيار مادي في هذا الموضوع.

أما **العنصر الثاني:** فهو نفسي وهو استغلال ضعف في نفس العاقد الآخر، فلم يطرح هذا القانون العنصر للاستغلال، حيث أوجب أن ينتهز أحد العاقدين حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فيتعاقد معه تعاقداً يلحق به غبناً فاحشاً، فتكون إرادة المغبون غير كافية، لأنه قد تحكّم فيها الهوى أو ضلّلتها الطيش أو أفسدها ضعف الإدراك وفقدان الخبرة، حتى تعاقد مع من استغل فيه هذه الإرادة المعيبة^(١).

والذي نراه أن الإرادة المعول عليها، وعلى العكس من عيوب الإرادة الأخرى، هي ليست إرادة ضحية الاستغلال، بل إرادة من صدر عنه الاستغلال، فهي إرادة غير مشرلاً ينطوي الأمر على عيب في الإرادة، بل ينطوي على عمل غير مشروع، وما مثله القانون المدني العراقي في مادة (١٢٥) إلا مناسبات يؤولي

(١) أنظر: د.محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص .

بها الاستغلال نتيجته، ولهذا لانتفق مع الجزاء الذي قرره هذا القانون في هذه المسألة وذلك برفع الغبن الفاحش إلى الحد المعقول، أو نقض العقد، وذلك بحسب ما إذا كان العقد معاوضة أم عقد تبرع، وكان الأجدر به أن ينص، أن جزاء الاستغلال، هو بطلان العقد، بغض النظر عن عقود المعاوضة وعقود التبرع، وهو جزاء موجه ضد العمل غير المشروع.

من ناحية أخرى فإن عبارة (فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً، جاز له في هذه المدة أن ينقضه) الواردة في عجز المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي تثير تساؤلاً عن كيفية وقوع الغبن في التبرعات؟ فالغبن للوهلة الأولى لا يظهر إلا في عقود المعاوضة، أما في عقود التبرع فإن المتبرع لا يأخذ مقابلًا لما يعطي، وتفسر نية التبرع لديه هذا الافتقار، ومع ذلك فقد أحسن هذا القانون بإيراده الحكم المنصوص عليه في عجز المادة المشار إليها، تبرع يمكن أن يكون واقعا تحت تأثير الاستغلال، ومن هنا فإن فكرة الاستغلال يمكن أن تتضمن بذاتها سريانها على جميع العقود، كانت هذه العقود أم تبرعاً، ذلك لأن الغبن قد تغيرت طبيعته، فأصبح استغلالاً، وهو فكرة نفسية يمكن أن ينتج عنها إبرام عقد تبرع من غير أن يتوقف على ضرورة وجود العوضين^(١)، ومع ذلك يبدو لنا أنه عندما ينقض عقد التبرع لوجود الاستغلال، فإن هذا النقص لا يكون بناءً لعب الاستغلال، بل لانعدام نية التبرع، والتي هي سبب الالتزام العقدي.

(١) قارن منير القاضي، المصدر السابق، ص ٢٠٤، الذي يرى أن القانون المدني العراقي أقر في عجز المادة (١٢٥) حكماً في أمور ليست من باب الغبن الفاحش قد يقع فيها من تستغل حاجته أو طيشه أو هواه أو ضعف إدراكه، ولكنها أشد ضرراً به من الغبن الفاحش.

المطلب الثاني في القانون الإنكليزي

تتمثل عيوب الإرادة في هذا القانون بما :

أولاً- الإكراه (duress): وهو ضغط غير مشروع يفسد إرادة المتعاقد ويحمله على إبرام عقد، ما كان ليبرمه لو كإرادته صحيحة^(١). وهكذا يبدو هذا العيب في القانون الإنكليزي وقد اصطبغ بصبغة نفسية، فالذي يفسد العاقد في الإكراه، هو لرهبة التي تحمل الشخص على التعاقد وتدفعه إليه. والإكراه في هذا القانون قد يكون دياً، وهذا يعني العنف (Violence) وقد يكون معنوياً وهذا يعني التهديد (Threat) بالعنف^(٢).

ولم يشترط القانون الإنكليزي صراحة في الإكراه أن يكون المكره قادراً على اع تهديده، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به، بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به، إن لم يفعل الأمر المكره عليه، كما ان هذا القانون يعذ الشوكة أو النفوذ الأدبي، أو ما يعبر عنه بالتأثير غير المشروع (Undue influence) بحكم الإكراه، من حيث أن العقد يكون بمقتضاه قابلاً لل، حيث يقدم الشخص على التعاقد وهو لا يتمتع بالإرادة المبصرة ولا بالحرية التامة^(٣).

ثانياً- الغلط (Mistake): يتمثل مفهوم الغلط في القانون الإنكليزي بوهم يقوم في ذهن المتعاقد، يدفعه إلى إبرام عقد ما كان ليبرمه، لو كان مدركاً لصحة الوقائع التي دفعته إلى التعاقد^(٤).

Guest, Op.Cit, P.110.

(١) أنظر:

Guest, Op.Cit, P.112.

(٢) أنظر:

Anson, Op.Cit, P.89; Treitel, Op.Cit, P.171.

(٣) أنظر:

Cheshire, Op.Cit, P.202.

(٤) أنظر:

ويشترط هذا القانون في الغلط أن يكون في الوقائع لا في القانون
(the mistake must be one of fact and not of law)⁽¹⁾.
ومع ذلك يبدو هذا الأصل أقل صراحة في قواعد العدالة، فالتفرقة بين الغلط
في القانون، تتسم بالدقة والتعقيد وإن كانت القاعدة الأصولية،
لاتزال هي أن الغلط في القانون ليس سببا لإبطال العقد⁽²⁾.
كما يشترط القانون الإنكليزي في الغلط أن يكون مؤثرا (Operative) ومن
ثم فإن الغلط غير المؤثر لا يبطل العقد، ولأبكون الغلط مؤثرا في هذا القانون ما لم
يؤد إلى اختلاف كامل في جوهر ما تعاقد عليه (the sense of the promise)
الذي وقع في الغلط وما ينبغي أن يرمي إليه في الواقع إذا تم تنفيذ العقد، كالحالة التي
يقصد فيها المشتري شراء مجوهرات حقيقية، بينما يقصد فيها البائع بيع مجوهرات
صناعية زائفة، فالغلط الوحيد في القانون الإنكليزي الذي يجعل الإيجاب غير مطابق
للقبول، هو الغلط المؤثر الذي يمنع من وقع فيه من تقدير جوهر الإيجاب أو القبول،
ولما كان العقد يعتمد في انعقاده على الإيجاب والقبول، فإن صدر الإيجاب في
معنى، وانصراف القبول إلى معنى آخر، فلا يتحقق الرضا، أي لن يكون ثمة اتفاق
صحيح بين المتعاقدين، ويستطيع من وقع في الغلط أن يدفع بالقول بأنه لم يقصد إبرام
العقد الذي يتم في الظاهر⁽³⁾.

وفي هذا القانون فإنه لا أهمية للغلط في الباعث (Mistake motive
immaterial) فإذا قبل المتعاقد بجاوب المعين الموجه إليه، فإنه لا يستطيع إنكار
الاتفاق الناشئ من ذلك، لمجرد الادعاء أن قبوله كان مشوباً بالغلط، وقد يظهر الدليل
مثلاً على أن المشتري ي عقد بيع الأرض قصد شراءها من البائع بالثمن المتفق
عليه، ولكن الباعث كان فكرة مغلوطة، وهي وجود معادن في تلك الأرض،

Guest, Op.Cit, P.127.

() أنظر:

Treitel, Op.Cit, P.168.

() أنظر:

Cheshire, Op.Cit, P.202.

() أنظر:

وجود لغلط مؤثر، لأن المشتري كان مدركاً لحقيقة وطبيعة الإيجاب وقد قصد أن يقبل الشروط التي أوجبها البائع، ومن ثم يتعذر عليه إنكار وجود نية مشتركة للعاقدين^(١).

من ناحية أخرى فإن قانون الإنكليزي يعرف أنواعاً للغلط تعدم الإرادة، كالغلط في ذاتية (Identity) المتعاقد^(٢)، والغلط في نوعية المعقود عليه (mistake as to the identity of the subject-matter).

وتتحقق هذه الصورة الأخيرة من الغلط في أن الإنكليزي عندما يتعاقد الشخص، قاصداً شيئاً معيناً، ويتعاقد الآخر معه في العقد قاصداً شيئاً آخر، فلا يكون هناك عقد.

كما يعرف هذا القانون الغلط في وجود المعقود عليه (mistake as to the existence of the subject-matter).

وهو يتحقق عندما يعتقد أطراف العلاقة العقدية، بأن المعقود عليه، كان موجوداً عند إبرام العقد، إلا أن الأمر ليس كذلك في واقع الحال، كما لو كان المعقود عليه قد هلك قبل التعاقد، سواء أكان هلاكاً مادياً، فالعقد في هذه الحالة يكون باطلاً، وقد طبق القضاء الإنكليزي هذه القاعدة في كثير من القضايا التي يطلق عليها انعدام المحل^(٣).

Cheshire, Op.Cit, P.203.

(١) أنظر:

^(١) يميز بعض الفقه والقضاء الإنكليزي، بين الغلط في ذاتية المتعاقد، والغلط في صفاته (Attributes) وتختلف صفات الشخصية طبقاً لظروف كل قضية من شخص لآخر، فهي تتمثل في ملءة الشخص المراد التعاقد معه، أو سمو مركزه الاجتماعي، وقد تتمثل في إحدى المهين، ومع ذلك فإن ثمة من يرفض هذا التمييز، وعنده أن شخصية المتعاقد لا تتعارض مع صفات الشخصية، بل إن الصفات المذكورة تعمل على إبراز الشخصية، فهذه الأخيرة لا تعدو أن تكون مزيجاً متألفاً من صفاته المتعددة.

Cheshire, Op.Cit, P.221.

Cheshire, Op.Cit, P.221.

(١) أنظر:

ولا يبدو لنا منهج القانون الإنكليزي في هذه المسألة وجيهاً، فالسبب الذي أدى إلى عدم الاعتراف بالعقد، له صلة بالمعقود عليه الهالك هلاكاً قانونياً أو مادياً، هو ليس بالضبط واقعة الغلط بقدر ما هو انعدام المعقود عليه، وإن الاتفاق في هذه الحالة سوى وهم، لأنه لا يوجد شيء يمكن أن يكون محلاً للتعاقد، وإذا أمكن أن ينقضي العقد لاستحالة تنفيذه بعد انعقاده، فإنه ومن باب أولى يتمتع العقد ابتداءً عند توافر الاستحالة وقت التفاوض.

والجدير بالملاحظة أن الغلط في هذا القانون، أما أن يكون منفرداً (Unilateral mistake) والذي يتحقق إذا وقع به أحد العاقدين دون الآخر، وهذا الآخر إما أن يكون عالماً به أو يفترض علمه به، أو أن يكون مشتركاً (Common mistake) وذلك إذا وقع المتعاقدان في الغلط نفسه، فكل منهما يعلم نية العاقد الآخر، ويقبلها، ولكن كل منهما واقع في الغلط ذاته، كعدم علمهما بأن محل العقيبق وأن هلك، وأخيراً فإن هناك ما يسمى بالغلط المتبادل (Mutual mistake) وبه يقع أحد المتعاقدين في غلط، ويقع الآخر في غلط آخر، يختلف عن الغلط الأول^(١)، كأن يعرض (أ) بيع عربية قوة (٨) حصان، ويعتقد (ب) بأن العرض يتعلق بعربة قوة () حصان.

ويطبق القضاء الإنكليزي في حالة الغلط المنفرد معياراً شخصياً، إذ يسمح للمتعاقد حسن النية أن يثبت الرهبة التي تولدت في نفسه من أجل أن يتجنب الآثار القانونية التي ترتبت على تصرفه، أما في حالة الغلط المشترك فإنه يطبق معياراً موضوعياً، إذ في ضوء البيانات التي يقدمها الشخص العادي، يقرر القاضي ما إذا كان قد تم عقد بين العاقدين^(٢).

Guest, Op.Cit, P.127; Cheshire, Op.Cit, P.222.

(١) أنظر:

Cheshire, Op.Cit, P.223.

(٢) أنظر:

ثالثاً- التدليس (Misrepresentation): ويتمثل مفهومه بالبيانات غير الصحيحة

التي تصدر من أحد العاقدين بحسن نية، أو بإهمال، أو بسوء نية، مما يوهم العاقد الآخر على نحو يدفعه إلى التعاقد، ومن ثم فإن التدليس أما أن يكون بريئاً

(Innocent misrepresentation) أو بإهمال (Negligent misrepresentation)

أو بسوء نية (Fraudulent misrepresentation).^(١)

ولا يعد شرطاً لقيام التدليس في هذا القانون أن يقترن بالغبن الفاحش، فالقانون

الإنكليزي لا يرتب أثراً قاتلياً للتفاوت في القيمة بين الأداءات المتقابلة، وذلك

لأن هذا القانون لا يعرف أصلاً نظرية الغبن في المعاملات العقدية، فهو يجهل نظراً

الغبن يف في القانون المدني العراقي. كما إن أثر التدليس في القانون

الإنكليزي بعد صدور تشريع التدليس لسنة (١٩٦٧) فإنه يجوز للقاضي في التدليس

البريء أن يقضي بفسخ الرابطة العقدية إذا كان ذلك منسجماً مع الإنصاف، ولا يختلف

الحكم كثيراً في حالة التدليس بإهمال، إذ يجوز للمدلس عليه أن يطلب التعويض أو

فسخ العقد، وفي هذا الفرض الأخير فإن القاضي قد يمنح تعويضاً بدلاً من الفسخ،

ويعلن استمرار الرابطة العقدية، أما في التدليس بسوء نية فإن للمدلس عليه الخيارات

الآتية:

١- أن يقاضي على أساس الخطأ المدني للحصول على التعويض وذلك بالاستناد

على التضليل.

٢- أن يطلب من القضاء فسخ العقد.

٣- أن ينقض العقد ويرفض تنفيذ الالتزامات العقد، إذا لم يبدأ بتنفيذها.

٤- أن يقيم الدعوى الجنائية على المدلس وفقاً لتشريفة، بوصفها جريمة الحصول

على الأموال أو الفوائد بالخدعة.

٥- أن يجيز العقد ويتجاهل التدليس^(١).

المبحث الرابع

العنصر النفسي في تفسير العقد

نبحث صلة هذا العنصر في تفسير العقد في القانون المدبر اراقى (المطلب الأول) ثم في القانون الإنكليزي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

في القانون المدني العراقي

إذا صح العقد ظهرت مسألة غموضه، فالنتيجة التي يقصدها القاضي في تفسيره هي الوصول إلى الحقيقة المتمثلة في الإرادة المشتركة للعاقدين، فمشكلة تفسير العقد تبرز عند انعدام التباؤة الباطنة والتعبير عنها، أي عند انعدام التباؤع عنصرين النفسي والمادي في العقد، ولايهم بعدئذٍ من أين جاء انعدام هذا التباؤع، فقد يكون راجعاً إلى الألفاظ في ذاتها، أو في اتصالها بالإرادة الباطنة. وتوحي بعض نصوص الفق المدني العراقي، أن على القاضي أن يباحث عن نيّة العاقدين في تفسيره للعقد، فالنيّة لا التعبير هي أساس التفسير، وهذا هو ظاهر نص المادة (١/١٥٥) التي جاء فيها (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني) وقد قال البعض في تعليقه على القاعدة الكلية المنصوص عليها في المادة المشار إليها، أن إمعان النظر في القاعدة المذكورة، يدعى القول بأن مؤداها هو أن العبرة في تفسير العقد يكون للإرادة الظاهرة، لا للتفسير لرفي، فالمقصود بالمعنى الوارد في القاعدة المذكورة، هو الإرادة الظاهرة، والمقصود بالمبني، هو

المعنى الحرفي^(٢).

(١) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنبيكي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) أنظر: د.وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية،

ونحن لانوافق هذا الرأي، ونرى أن القاعدة المشار إليها لاتحتمله، وانه رأي أريد به إثب منهج تبناه صاحبه للتدليل على أن الفقه الإسلامي موضوعي النزعة، يأخذ باللفظ على معناه الواضح، ولاينحرف عنه بحجة تفسير نيّة العاقدين، وهو في هذا يقف عند الإرادة الظاهرة، دون الإرادة الباطنة.

وعندنا ان ما عنته القاعدة المنصوص عليها في المادة (١٥٥) بالمقاصد والمعاني، هي تلك الإرادة الباطنة التي التقى عندها العاقدان، وليست الإرادة الظاهرة، إذا اختلفت مع الإرادة الباطنة.

ومع ذلك فإن تفسير العقد ينصب في بادئ الأمر على الإرادة الظاهرة للعاقدين، ليستقي القاضي منها الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل لديه على أنها لاتعبر عنها بأمانة، وفي هذاض الأخير فإن القاضي يترك الإرادة الظاهرة ليعود إلى الأصل، وهو الإرادة الحقيقية للعاقدين، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قضاء لها، فهي تقول في تفسير عبارات، أن يؤخذ بالمعنى الحقيقي، ولايجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على أن العاقدين، أساء استعمال هذا التعبدا معنى آخر، فيجب حينئذ البحث عن النيّة المشتركة للعاقدين^(١).

وفي ضوء ماتقدم فإن نص المادة (١/١٥٥) ينتصر للإرادة الباطنة ويحسم الأمر لصالحها، وذلك في كل فرض يحصل فيه تنازع بينها وبين التعبير، المعول عليها في العقد، ويجب على القاضي أن يبحث عنها، ويأخذ العاقدين بحكمها ولو أدى الأمر إلى ترك التعبير، ويبدو لنا أنه يستفاد من نص المادة (/) الأمور الآتية:

١- يجوز للقاء إلى التحليل النفسي للوقوف على المقاصد والمعاني في العقد.

(١) أنظر: القرار رقم (١٠) حقوقية () ي (١٩٦٨/١٠/٣) قضاء محكمة التمييز، ص٢٤٩، والقرار رقم (٧٦٨) في (١٩٧٢/١٠/٨)، النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الرابع،

٢- على القاضي ألا يفسر التعبير تفسيراً حرفياً متمسكاً بالشكلية ومغرقاً بالمادية، أخذاً

بالألفاظ في ذاتها.

٣- إن ما عنته المادة المذكورة بالمقاصد والمعاني، هو الإرادة الباطنة، التي يمكن

للقاضي أن يتعرف عليها، والتي يمكن لمن وجهت إليه عبر التعبير، أن يدركها أو

كان بوسعه أن يدركها.

٤- إن منهج القانون ني العراقي في المادة (١/١٥٥) يتناقض مع منهجه في المادة

(٧٣) إذ يجمع الفقه العراقي أو يكى هذه المادة الأخيرة تفيد أن التعبير لا

النية هي جوهر العقد، بل إن التعبير وفقاً للمادة (٧٣) ليس أمراً لازماً فحسب، بل

أمراً كافياً لقيام العقد، فالقانون المدني العراقي أعطى في المادة (٧٣) للتعبير

المشترك قوة ذاتية في إنشاء العقد، مكتفياً في ذلك بتحقيق الإيجاب بالقبول،

كـتعبيرين عن إرادة العاقدين، دون أن يشترط صراحة التوافق النفسي.

٥- إن التوصل إلى الإرادة البتنة يقتضي إعمال الظروف الخارجية المصاحبة للعقد،

فكأن المادة (١/١٥٥) تجيز للقاضي أن يستمد الإرادة الباطنة من جميع الظروف

المحيطة بالعقد، لكي يتاح له ضم أجزاء التعبير المتناثرة، واستخلاص إرادة واحدة،

تعزى إلى التعبير في مجموعة ويدخل في هذه الظروف المنفعة الاجتماعية والعدالة

والثقة الواجبة في الروابط العقدية.

ومع ذلك فإن القانون المدني العراقي عاد في الفقرة الثانية من المادة ()

وفي المادتين (١٥٧) و(١٥٨) ليتبنى منهجاً مغايراً للأصل العام الذي أقره في الفقرة

الأولى من المادة (١٥٥) فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) (على أن الأصل

في الكلام الحقيقة، أما إذا تعذر فيصير إلى المجاز) وجاء في المادة

() (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) ونصت المادة (١٥٨) (إعمال الكلام

أولى من إهماله ولذا إذا تعذر إعمال الكلام يهمل) فهذه النصوص توحى أن مجال

الظروف الخارجية المصاحبة للعقد ينكمش في حدود التعبير الرئيس ذاته، فكأن

النصوص المشار إليها تعدّ التعبير لا الإرادة جوهر العقد، فعلى التعبير وحده يجب
القاضي، وهذا الأخير عندما يأبه بالمنفعة الاجتماعية والعدالة والثقة
ابط العقدية أبان استخلاصه للإرادة الباطنة، فإنه يتبنى معياراً مادياً
يعدّ من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، كما توحى المادة () .

ويحق لنا أن نتساءل عن أثر المادة (١/١٥٥) هل هو أثر مطلق أم انه أثر
نسبي؟ فهل أراد المذني العراقي بوضعه المادة المشار إليها، أن يجعل الإرادة
الباطنة هي الأساس الوحيد لتجديد آثار العقد، وأنه ليس للقاضي أن يلجأ إلى ما
سواها، أم أن ثمة عناصر أخرى، يمكن الالتجاء إليها لتفسير العقد؟ لقد نص هذا
القانون على (١٢) مادة تساعد القاضي في الوصول إلى الهدف الذي يرمي إليه^(١)
ويبدو من هذه النطن القانون المذني العراقي لم يكرس الإرادة ويقنصر على
العنصر النفسي، ويسد الطريق أمام العنصر المادي، فهذا الأخير يأخذ القاضي بعين
الاعتبار في تفسيره للعقد.

ومع ذلك تبقى المادة (١/١٥٥) هي صاحبة السيادة في تفسير العقد، فهي
القاعدة بها القانون المذني العراقي النية كأصل عام في تفسير العقد
وغلبيتها على التعبير، وإن حاول على استحياء فيما من نصوص مجارة التعبير.
نساءل عما إذا كانت المادة (١/١٥٥) هي من القواعد الأمرة التي يمنع
القاضي من مخالفتها، أم أنها مجرد قاعدة كلية يسترشد بها ليس إلا؟
يبدو أن بعض الفقه العراقي يميل إلى الوصف الثاني، وعنده ان القاضي
يسترشد بما ورد في المواد (-)^(٢).

ويبدو لنا أن هذا الوصف الأخير إن كان ينطبق على القواعد الكلية في تفسير
العقد المنصوص عليها في المواد (١٦٦-٢/١٥٥) فإنه لايجوز تجريد القاعدة الكلية

(١) هي المواد من () () .

(٢) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المذني، المصدر السابق، ص

د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص .

الأم في تفسير العقد في القانون المدني العراقي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من الصفة الأمرة، فإذا فسر القاضي العقد واستخلص منه باقتناع عاقلين اتجهت اتجاهها معيناً، فإنه يكون عليه أن يقضي بهذا المضمون حتى لو تعارض مع ال الحرفي للألفاظ، وإذا هو رفض أعمال هذه النية بحجة تعارضها معه، فإن حكمه لا يكون موافقاً للقانون، إذ أنه انتهى في حكمه إلى النية الباطنة الحقيقية للعاقلين ولم يعمل بها.

المطلب الثاني

في القانون الإنكليزي

يتمثل تفسير العقد في القانون الإنكليزي، ببحث القاضي عن النية المشتركة للعاقلين، فالتفسير في هذا القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنية المذكورة، فلا يجوز للقاضي تفسيره للعقد أن يكشف عما ارتضته نية أحد العاقلين وحدها، بل يجب عليه الكشف عن النية المشتركة لهما، أي أنه ينفذ إلى نقطة تلاقي الإرادتين التي هي جوهر العقد كله، مهتدياً في ذلك بالقواعد العامة في تفسير العقد، وعلى أن يستخلص النية المذكورة من العقد ذاته كقاعدة عامة، فلا يجوز له الاعتماد على ما هو خارج العقد لإثبات ما يخالف بنود العقد^(١).

وثمة قواعد في هذا القانون على القاضي أن يسترشد بها في تفسيره للعقد، نورد منها على سبيل المثال ما يأتي:

القاعدة الأولى: مر ألفاظ العقد وفقاً لمعناها الحقيقي العام الشائع، وليس وفقاً لمعناها اللفظي فقط^(٢).

ومعنى هذه القاعدة هو أن أحكام العقد، إنما ترتب على ما قصد العاقدان إيجاده من العقد، لا على مطلق المعاني التي تفيدها الألفاظ استعمالها في العقد.

(١) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنبيكي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص .

(٢) أنظر: المصدر ذاته، الإشارة أعلاه.

القاعدة الثانية: تفسر ألفاظ العقد التي تحتل أكثر من معنى على نحو يجعل العقد صحيحاً لا باطلاً، أي على نحو يجعل للعقد أثراً قانونياً^(١).

ومفاد هذه مدة أنه يجب حمل ألفاظ العقد على معنى، كلما كان ذلك ممكناً، حقيقياً أكان هذا المعنى أم مجازياً، ولكن إذا تعذر حمل ألفاظ العقد على معنى، فإنها تهمل، فإذا تعذر حملها على معناها الحقيقي، ولا على معناها المجازي، فلا يكون لها من أثر قانوني.

القاعدة الثالثة: تفسر ألفاظ العقد بصورة كلية لا بصورة جزئية، فبنود العقد يكمل بعضها الآخر. ومعنى هذه القاعدة أن العقد يجب أن ينظر إليه بوصفه كلاً لا يتجزأ، فلا يجوز عزل عبارة من عباراته عن باقي العبارات الأخرى، والتمسك بها لترتيب الأحكام عليها^(٢).

(١) أنظر: المصدر ذاته.

(٢) أنظر: أستاذنا الدكتور مجيد العنكي، مبادئ العقد، المصدر السابق، ص

الخاتمة

الخاتمة نقول ان القانون الإنكليزي يختلف عن نظيره العراقي في تصويره القانوني للعنصر البنّ العقد، ويرجع الاختلاف بينهما إلى المبادئ والمنهجية والمنطق القانوني، بل وحتى إلى المصطلحات القانونية الموجودة في القانون الإنكليزي والتي قد يصعب ترجمتها حرفياً، وعلى الرغم من ذلك فإن ثمة حاجة علمية لموضوع في القانون الإنكليزي ومقارنته مع القانون المدني

العراق .

كما إن القانون الإنكليزي وما يتضمنه من فكر قانوني متحر، أشد ما نكون اليوم بحاجة إلى دراسته على نحوٍ مقارن بالقانون المدني العراقي، فقد تكيف هذا القانون بصورة متزايدة، ولاسيما في نطاق النظرية العامة للعقد، وحصلت فيه تطورات مهمة، ولهذا فهو يمكن ان يقدم لنا مثالا يحتذى به في إصلاح قانوننا المدني، فضلاً عن أنه قد يساعدنا في فهمه بصورة أفضل، إذ أنه يتيح لنا الاطلاع على طريقة جديدة في التفكير القانوني، لا عهد لنا بها، وليس من شك أن ذلك الأمر يستحق أن نقف عنده.

ونقترح على مشرعنا المدني في هذا الموضوع ما يأتي :

- ١- نقترح تعديل المادة (٧٣) ليصبح النص كما يأتي (العقد هو توافق إرادي يحدث أثراً معيناً).
- ٢- نقترح أن يورد النص الآتي (يتم العقد بقبول موافق للإيجاب).
- ٣- نقترح ان يورد النص الآتي (١- إذا اختلف التعبير مع قصد الإرادة كانت العبرة بالقصد.
- ٢- ومع ذلك يجوز لمن وجّه إليه التعبير عن الإرادة ان يعتدّ به، على الرغم من مخالفته لحقيقة قصد الإرادة، إذا أثبت أنه عول عليه معتقداً مطابقتة لحقيقة مصدر الإرادة من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة).

٤- نقترح أن يورد النص الآتي (يشترط في التعبير الضمني عن الإرادة العلم الحقيقي، فلا يحدث هذا النوع من التعبير أثره القانوني، إلا إذا علم به من وجّه إليه علماً حقيقياً).

٥- نقترح أن يورد النص الآتي (١- يسقط الإيجاب إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول).

٢- إلا أن موت القابل أو فقدانه لية بعد صدور القبول، لا يمنع من انعقاد العقد، عند اتصال القبول بعلم الموجب، ما لم يثبت من القبول أو من طبيعة العقد خلاف ذلك).

٦- نقترح إلغاء المواد (١١٢-١١٦) من القانون المدني العراقي، وأن يحل محلها النص الآتي: (١- الإكراه ضغط غير مشروع على إرادة شخص يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد).

٢- من أكره على إبرام عقد فلا ينفذ عقده، ولكنه لو أجاز به بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة فإنه ينفذ بأثر رجعي).

٧- نقترح تعديل المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي كما يأتي: (إذا كان أحد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقدته غبن فاحش، فإنه يجوز له في خلال سنة من وقت العقد أن ينقض العقد).

٨- نقترح تعديل المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي ليصبح النص كما يأتي (١- يبطل العقد إذا كان سببه غير مشروع.

٢- ولا يجوز للعاقدين أن يتمسك بهذا لئلا إذا كان العاقد الآخر على علم بعدم مشروعية السبب أو كان من السهل عليه أن يعلم بذلك).

٩- نقترح تعديل المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي كما يأتي: (١- إذا فرض الاتفاق شكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل.

٢- ويجب استيفاء هذا الشكل فيما يدخل على العقد من تعديل).

مصادر البحث

أولاً- باللغة العربية:

- ١- د.حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مطابع الجامعة المستنصرية، بغداد،
- ٢- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ طبع.
- ٣- د.طلبة وبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي، القاهرة،
- ٤- د.عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلوأمريكي، الطبعة الأولى، بغداد،
- ٥- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة نديم، الطبعة الخامسة، بغداد، بلا تاريخ طبع.
- ٦- د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد،
- ٧- د.مجيد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهريين، كلية الحقوق، بغداد،
- ٨- د.مجيد العنبيكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي، منشورات الدائرة القانونية، وزارة العدل، بغداد،
- ٩- د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد،
- ١٠- د.وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة،
- ١١- منير القاضي، لتقى البحرين، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد،

ثانياً - باللغة الإنكليزية:

- 1- A.G. Guest and Others, The law of contracts, London, 2005.
- 2- Anson, The law of contracts, 2004.
- 3- Corbin on Contracts, V, I, 2003.
- 4- G. C. Cheshire and Others, The law of contract, London, 2008.
- 5- G.H. Treitel, The law of contracts, London, 2004.