

النبة التعاقدية كركن في العقد البسيط في القانون الإنكليزي
دراسة تحليلية مقارنة بالإرادة التعاقدية في القانون المدني
العراقي

م.د. يونس صلاح الدين علي
جامعة جيهان - أربيل

المستخلص

تعد النية التعاقدية أحد الأركان الثلاثة الأساسية لانعقاد العقود الرضائية البسيطة في القانون الإنكليزي، فضلا عن التراضي ومقابل الالتزام بالوعد والنية التعاقدية هي القصد الذي يرمي إليه الطرفان المتعاقدان لخلق علاقات قانونية وإنشاء التزامات تعاقدية وتضطلع النية التعاقدية بأهمية كبيرة أخرى في القانون الإنكليزي، فضلا عن كونها ركنا من أركان العقد البسيط، وهي التمييز بين الاتفاقات التي ليست لها قوة قانونية والعقود الملزمة قانونا، أما في القانون المدني العراقي رقم -٤٠- لسنة ١٩٥١، فإن النية التعاقدية لا تعد ركنا مستقلا من أركان العقد، بل تتمثل بالإرادة التعاقدية التي تشكل قوام العقد وجوهره الأساسي وتتضح معها.

Abstract

The contractual intention regarded as one of the three basic elements of the English simple contract, as well as the agreement (offer + acceptance) and consideration it is worth-bearing in mind that the intention to be legally bound can be defined as the intent by which the contracting parties aim at creating legal relations and establish contractual obligations.

It is also worth-bearing the intention to be legally bound plays a considerable role in distinguishing between agreements having no contractual force, if they expressly negative the intention to be legally bound and the legally binding contacts. Whereas in the Iraq civil law No. -40- of 1951, the contractual intention is not a separate element of the contract, but it is incorporated with the contractual will, which is considered the essence of the contract.

المقدمة

وتتضمن النقاط الآتية:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

ينعقد العقد الرضائي البسيط في القانون الإنكليزي بالتراضي الذي يتحقق باتفاق إرادتي الإيجاب والقبول، فضلا عن صدور مقابل الالتزام من الموعود له، ردا على الوعد الصادر عن الواعد، إلا أن المشكلة تثور بخصوص النية التعاقدية، أي النية لخلق علاقات قانونية وترتيب آثار قانونية عليها، وما إذا كانت هذه النية تعد ركنا مستقلا من أركان العقد الرضائي البسيط في القانون الإنكليزي، فضلا عن التراضي ومقابل الالتزام بالوعد، فيقوم هذا العقد على هذه الأركان الثلاثة، أم أنه يكفي توافر ركني التراضي ومقابل الالتزام بالوعد لينعقد العقد الرضائي صحيحا نافذا، وبالتالي يتم افتراض وجود النية التعاقدية ضمنا عن طريق وجود مقابل الالتزام، لذا فإن محور الدراسة سوف يتركز على أهمية توافر النية التعاقدية في انعقاد العقد الرضائي البسيط في القانون الإنكليزي، بالإضافة إلى الدور الذي تضطلع به النية التعاقدية في تصنيف الاتفاقات المبرمة في ظل القانون الإنكليزي إلى اتفاقات تخلو من النية التعاقدية واتفاقات تشتمل على النية التعاقدية، لأن قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law)، وكما هو معروف، قانون عرفي غير مكتوب، مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، لا ينطوي على قواعد عامة تميز بين الاتفاقات التي ترتب آثارا قانونية، وبين الاتفاقات الأخرى التي لا ترتب آثارا قانونية، والتي تنشئ التزامات أدبية فحسب، على العكس من القانون المدني العراقي الذي وضع قاعدة عامة تميز بين العقد الذي يتمتع بالقوة الملزمة والاتفاقات الأخرى غير الملزمة.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث.

من أهم أسباب اختيار موضوع البحث هو قلة الدراسات المقارنة التي تتناول بالدراسة النظام القانوني الإنكليزي الذي ينتمي إلى العائلة الانكلوسكسونية، خلافا للقانون المدني العراقي المتأثر بالشرعية الإسلامية والقوانين اللاتينية، فضلا عن الرغبة في إجراء دراسة مقارنة تتركز حول جزئية معينة في القانون الإنكليزي أثارت جدلا فقهيًا، ومقارنتها بالقانون المدني العراقي.

ثالثاً: أهمية البحث.

تكمن أهمية البحث في التعرف على نظام قانوني أجنبي يفترق عن القانون المدني العراقي في الكثير من أوجه الاختلاف على الرغم من وجود بعض أوجه الشبه بينهما.

رابعاً: نطاق البحث

يقتصر البحث على دراسة نظام قانوني معين في القانونين الإنكليزي والعراقي. ويتمثل بالنية التعاقدية في القانون الإنكليزي والإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي.

خامسا: منهجية البحث.

اتبعت هذه الدراسة منهج البحث التحليلي المقارن، وتركزت الدراسة على جزئية معينة في القانون الإنكليزي، بوصفها الأساس الذي يقوم عليه موضوع البحث، وذلك عن طريق التعريف بها وبيان طبيعتها القانونية، والأثر القانوني المترتب على وجودها أو انتفائها في إبرام العقود والاتفاقات الأخرى في القانون الإنكليزي، وذلك استنادا على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية وآراء الفقه الإنكليزي، ومقارنتها بموقف القانون المدني العراقي.

سادسا: هيكلية البحث (خطة البحث).

في ضوء ما تقدم فسوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالنية التعاقدية.

المبحث الثاني: انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات.

المبحث الأول

التعريف بالنية التعاقدية

يتطلب انعقاد العقد الرضائي البسيط في القانون الإنكليزي توافر ثلاثة أركان هي الرضاء ومقابل الالتزام والنية التعاقدية، ويعد الرضاء ركنا جوهريا في العقد، وهو يتحلل إلى إيجاب وقبول، كما يعد مقابل الالتزام بالوعد ركنا أساسيا أيضا طالما كان العقد رضائيا لا يتطلب الشكلية⁽¹⁾، إلا أن المشكلة تظهر فيما يتعلق بركن النية التعاقدية ومدى أهميتها في انعقاد العقد، وهل تمثل ركنا حقيقيا أم لا؟ وما هي القيمة القانونية للاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية؟ لذا ولأجل التعرف على مفهوم النية التعاقدية في القانون الإنكليزي ثم مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون المدني العراقي فسوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين وكما يأتي:

المطلب الأول: التعريف بالنية التعاقدية في القانون الإنكليزي.

المطلب الثاني: التعريف بالإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي.

المطلب الأول

التعريف بالنية التعاقدية في القانون الإنكليزي

أشرنا سابقا إلى أن أهمية النية التعاقدية في القانون الإنكليزي تظهر في العقود الرضائية البسيطة (simple contracts) والتي لا يكفي لانعقادها مجرد الرضاء، بل يتطلب توافر مقابل الالتزام بالوعد^(٢)، فضلا عن اتجاه النية التعاقدية لإنشاء التزامات تعاقدية، وعلى هذا الأساس فسوف نتناول في هذا المطلب تعريف النية التعاقدية وطبيعتها القانونية وإثباتها وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف النية التعاقدية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للنية التعاقدية في القانون الإنكليزي.

الفرع الثالث: إثبات النية التعاقدية.

الفرع الأول

تعريف النية التعاقدية

يعرف جانب من الفقه الإنكليزي^(٣) النية التعاقدية بأنها (القصد الذي يرمي إليه الطرفان المتعاقدان لخلق التزامات تعاقدية) وعرفها جانب آخر من فقه الإنكليز^(٤) بأنها (القصد الذي يرمي إليه الطرفان المتعاقدان لإبرام عقد ملزم من الناحية القانونية) وعرفها جانب ثالث^(٥) بأنها (إرادة الطرفين المتعاقدين التي تعبر عن رضائهما في خلق علاقة قانونية) ويتبين من هذه التعاريف بأن النية للدخول في علاقات قانونية ملزمة ينبغي أن تتوفر عند إبرام العقد الصحيح الرضائي (simple valid contract)، وهذا يعني بأن الاتفاق المبرم لن يكون ملزما قانونا، إلا إذا اتجهت نية الطرفين المتعاقدين إلى ترتيب هذا الأثر، وتعد النية التعاقدية، وبمقتضى الأحكام الراسخة في قانون السوابق القضائية (case law) ركنا مستقلا من أركان العقد البسيط في القانون الإنكليزي. ويؤيد غالبية الفقه الإنكليزي، الاتجاه الراجح الذي تبنته المحاكم الإنكليزية بضرورة قيام العقد البسيط، أي العقد الصحيح الرضائي على ثلاثة أركان هي التراضي أولا ثم اتجاه نية الطرفين المتعاقدين إلى إنشاء علاقات قانونية، وأن يدعم العقد بمقابل الالتزام.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للنية التعاقدية في القانون الإنكليزي

لأجل التعرف على الطبيعة القانونية للنية التعاقدية في القانون الإنكليزي، فإنه ينبغي استعراض الاتجاهات الفقهية التي ظهرت في الفقه الإنكليزي بخصوص التكييف القانوني لهذه الطبيعة، فقد ظهر في الفقه الإنكليزي اتجاهان رئيسان، إذ يذهب الاتجاه الأول^(٦) إلى إنكار وجود ركن مستقل في تكوين العقد الإنكليزي يدعى بالنية التعاقدية، فالعقد الإنكليزي، طبقاً لوجهة نظر هذا الاتجاه ينعقد صحيحاً نافذاً بمجرد وجود ركن الرضاء وركن مقابل الالتزام، ويعني ذلك بأنه يجب صدور الإيجاب من أحد الطرفين وهو الموجب (offeror) ويقبله قبول من الطرف الآخر وهو الموجب له (offeree)، فيحدث ما يسمى باتفاق الإرادات أو اتفاق الأذهان (consensus ad idem)، أو ما يعرف بركن الرضاء، إلا أن العقد الرضائي البسيط لا يعد نافذاً حتى هذه المرحلة، ويحتاج إلى توافر مقابل الالتزام بالوعد^(٧) (consideration)، والذي يقدمه الموعود له للواعد في مقابل وعد، أي يقدمه القابل للموجب، إذ أن مناط التزام الواعد تعاقدياً يتمثل في ذلك المقابل^(٨). وبعبارة أخرى فإنه يجوز لمن قدم المقابل وهو الموعود له فحسب أن يقاضي من تلقى المقابل وهو الواعد، إذا ما أحل بوعده، لأنه حصل على مقابل لهذا الوعد فيعد ملتزماً تعاقدياً، فوجود الرضاء بمفرده لا يكفي لانعقاد العقد الرضائي البسيط، ما لم يكن مدعماً بالمقابل، فالتراضي المجرد من الشكل لا يكون ملزماً إلا بوجود المقابل، لذا فإن العقد الإنكليزي يقسم إلى نوعين رئيسين: الأول هو العقد البسيط الرضائي، وبمقتضاه لا يكون التراضي منشئاً للعقد ومرتباً للالتزامات التعاقدية إلا إذا وجد مقابل الالتزام، وذلك بعيداً عن الشكلية، فإذا وجد الركنان، ركن الرضاء وركن المقابل قام العقد الرضائي البسيط (simple contract) والثاني هو العقد الشكلي (contract by deed) وبمقتضاه فإن الرضاء لا يكفي لانعقاد العقد، في ظل غياب المقابل، إلا إذا أفرغ في شكل معين^(٩)، فنفاد العقد ونشوء الالتزام يتوقفان على شكلية معينة ينبغي أن يفرغ فيها الرضاء، ولاسيما في عقود التبرع، فالوعد التبرعي أو المجاني أو المجرد (gratuitous promise) لا يكون نافذاً إلا إذا تم تصديقه لذا فإن الرضاء في عقود التبرع لا بد أن يكون مصدقاً (made under seal) لكي يكون نافذاً على الرغم من افتقاره إلى المقابل^(١٠)، وهذا يعني بأن فكرة المقابل ارتبطت منذ نشوئها بالعقد الرضائي البسيط المجرد من الشكل دون العقد الشكلي،

والذي يعني فيه الشكل عن وجود المقابل^(١١). وصفوة القول، فإن الاتجاه الأول ينكر وجود ركن مستقل من أركان العقد الإنكليزي يدعى بالنية التعاقدية، ويرى بأن وجود مقابل الالتزام يفترض ضمنيا وجود النية التعاقدية في العقد الرضائي البسيط^(١٢)، مثال ذلك إذا باع (A) سيارته إلى (B) وقدم (B) ثمنا كمقابل للالتزام، فإن هذا المقابل يفترض، وبالتأكيد، وجود النية التعاقدية لإبرام العقد صحيحا نافذا، دون الحاجة إلى القول بوجود ركن ثالث مستقل هو النية التعاقدية، لذا فإن التكييف القانوني للنية التعاقدية وفقا للاتجاه الأول أنها تعد أمرا مفترضا ضمنيا عن طريق وجود مقابل الالتزام بالوعد، وأنها تندمج معه، فإذا ما توافر مقابل الالتزام بالوعد فإن ذلك يعني اتجاه إرادة الطرفين إلى إحداث آثار قانونية وخلق التزامات تعاقدية، أما الاتجاه الثاني والذي أخذ به معظم الفقه الإنكليزي^(١٣) فيرى بأن النية التعاقدية لخلق العلاقات القانونية وترتيب الالتزامات التعاقدية تعد ركنا ثالثا مستقلا عن أركان العقد الرضائي البسيط، وأن مجرد وجود الرضاء ومقابل الالتزام بالوعد لا يغنيان عن وجود النية التعاقدية لإبرام عقود ملزمة قانونا، ويرى هؤلاء الفقهاء أن مفهوم المقابل ومفهوم النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية ليست مترابطة مع بعضها ترابطا وثيقا كما ادعى أصحاب الاتجاه الأول، ويسوق هذا الجانب من الفقه المثال الآتي لدعم حجتهم: ففي مجال المجاملات الاجتماعية كالدعوة إلى تناول عشاء، فإذا دعى (A) زميله (B) لتناول عشاء واتفقا أن يقوم (A) بدفع ثمن الطعام، على أن يقوم (B) بدفع ثمن الشراب، ففي هذه الحالة يكون من الصعب إنكار وجود مقابل الالتزام، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فمن الواضح عدم نشوء علاقات قانونية والتزامات تعاقدية بين الطرفين، وذلك لعدم وجود ركن ثالث مستقل عن الرضاء ومقابل الالتزام، وهو النية لخلق علاقات قانونية والتزامات تعاقدية، كما يورد هذا الجانب من الفقه مثلا آخر يظهر فيه عدم ارتباط مقابل الالتزام بالوعد بالنية التعاقدية، وذلك في مجالات العلاقات الأسرية القائمة بين الأزواج، فيفترض أن الزوج (A) وعد زوجته (B) بإعطائها مبلغ (٥٠ جنيه) في حال موافقتها على القيام بطباعة فصل من كتاب ألفه الزوج، فإذا ما وافقت الزوجة على ذلك يعني توافر ركني الرضاء ومقابل الالتزام بالوعد، إلا أنه لا يعني بأي حال من الأحوال التوصل إلى إبرام عقد ملزم أو نافذ قانونا (Legally enforceable contract) على الرغم من وجود رضاء مدعم بمقابل الالتزام، وذلك لافتقار هذا الاتفاق إلى النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية، لأنه يدور ضمن نطاق العلاقات الأسرية، التي لا يترتب عليها سوى التزامات أدبية أو شرفية بعيدة عن الالتزامات التعاقدية بمفهومها القانوني، إذ لم تتجه نية الطرفين (أي الزوج والزوجة) إلى خلق مثل هذه الالتزامات الأخيرة، ويعلق جانب من الفقه الإنكليزي^(١٤) على هذا المثال الأخير حول الاتفاق الحاصل بين الزوج والزوجة بقوله يمكن استنتاج عدم

وجود نية تعاقدية لدى الطرفين موضوعيا، وذلك عن طريق معيار الرجل العاقل أو المعتاد، فالرجل العاقل بإمكانه أن يستنتج عدم اتجاه نية الزوج والزوجة إلى ترتيب آثار قانونية على اتفاقهما، لأنه في حالة قيام الزوجة بطباعة الفصل المتفق عليه من الكتاب، وامتناع الزوج عن تقديم مقابل الالتزام المتمثل بالمبلغ المتفق عليه (٥٠ جنيه)، فإن ذلك لا يعني قيام الزوجة بالذهاب إلى المحكمة وإقامتها دعوى الإخلال بالالتزام العقدي على زوجها، لأن مثل هذا النوع من الاتفاقات لا ينطوي على نية الطرفين في مقاضاة بعضهما البعض في حالة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق على الرغم من وجود المقابل، وحتى في حالة قيام أحدهما بإقامة الدعوى على الطرف الآخر، فإن المحكمة سوف ترد الدعوى، لأن قانون الأحكام العام (common law) يشترط توافر ثلاثة أركان في العقد الرضائي البسيط هي الرضاء والمقابل والنية لخلق علاقات قانونية والتزامات تعاقدية، وكما سنرى لاحقا عند دراسة إثبات النية التعاقدية، لذا فإن الاتجاه الثاني هو الراجح قضاءً وفقهاً.

الفرع الثالث

إثبات النية التعاقدية

أن التقصي عن نية الطرفين المتعاقدين لم يكن بالأمر السهل، فقد واجهت المحاكم الإنكليزية صعوبات جمة في هذا الشأن، لأن المحكمة كان ينبغي عليها التحقق من اتفاق إرادات الأطراف المتعاقدة أو ما يعرف بالاتفاق الذهني بين الأطراف^(١٥) (consensus ad idem) وهي مسألة شخصية من الصعب التوصل إليها، لذا كان على المحاكم الإنكليزية أن تقوم بتطوير واستعمال بعض المعايير الموضوعية للتحقق من ذلك، ومن أهم هذه المعايير معيار الرجل العاقل أو المعتاد^(١٦)، والذي بإمكانه أن يفترض ما إذا كان الاتفاق المبرم بين الطرفين ينطوي على النية لخلق علاقات قانونية ومن ثم التزامات قانونية تترتب عليها، أم أن الاتفاق لا يتضمن هذه النية لخلق العلاقات التعاقدية ونشوء الالتزامات وبالتالي تكون خارج دائرة القانون، ففي الحالة الأولى فإن الرجل العاقل أو المعتاد سوف يقرر وبشكل منطقي بأن ذلك الاتفاق يرقى ودون أدنى شك إلى درجة العقد الملزم قانوناً (legally binding contract)، أما في الحالة الثانية فسيقرر بأن الاتفاق هو مجرد هزل أو هراء (mere puff and joke)^(١٧) لا يرتب أثراً قانونياً، ولا يمكن لأي شخص عاقل أن يحمله على محمل الجد، لذا فقد توصل جانب من الفقه الإنكليزي^(١٨) إلى استنتاج مؤداه أنه طالما كانت النية مسألة داخلية كامنة في أعماق النفس، فإن المحكمة لا تسعى إلى استظهارها، وأنها تكتفي بالتحقق من طبيعة الوعد الذي يصدر عن

الواعد، فإذا كان الوعد الصادر عن الواعد جدياً ومقصوداً، فإن المحكمة سوف تقوم عندئذ بتنفيذ الاتفاق وبصرف النظر عن مدى تصور الواعد لطبيعة الالتزامات التعاقدية التي سوف تفرض على عاتقه ويقع عبء إثبات وجود النية التعاقدية على عاتق الطرف الذي يدعي وجود عقد صحيح ملزم وإن كان عقداً ضمناً (implied contract) في حين يقع عبء إثبات نفي النية التعاقدية على عاتق الطرف الذي يدعي عدم اتجاه نية الأطراف إلى إنشاء التزامات تعاقدية وترتيب آثار قانونية، ولا يستند المعيار الموضوعي للتحقق من وجود النية التعاقدية على القناعات الشخصية أو الذاتية للأطراف، وعلى سبيل المثال فإن الاتفاق على بيع العقار إذا لم يكن معلقاً على شرط انعقاد العقد النهائي (subject to contract)، فإنه ينبغي على الطرفين الالتزام به ويرتب آثاره القانونية بالنسبة إليهما، حتى وإن كانت لدى أحدهما قناعة ذاتية أو اعتقاد شخصي بأنه سوف لن يكون ملتزماً بالاتفاق إلى حين مرحلة تبادل العقود (exchange of contracts)، إلا أن من أبرز القيود المفروضة على المعيار الموضوعي هو عدم إمكانية تطبيقه لمصلحة الطرف الذي يعرف الحقيقة، أي أنه يدرك ومنذ البدء بأن الطرف الآخر لا ينوي الالتزام، وأن هذه الحالة الذهنية (state of mind) التي تميز الطرف الآخر معروفة وواضحة لديه^(١٩)، كما لا يستفيد منه الطرف الذي لا ينوي شخصياً الالتزام، وتكون غايته من التمسك بالمعيار الموضوعي إثارة مسؤولية الطرف الآخر على أساس عقد لا ينوي هو أصلاً الالتزام به. إن السماح لهذا الطرف في التمسك بهذا المعيار في مثل هاتين الحالتين يحرم المحكمة من تحقيق الغرض الرئيس من وراء تطبيق هذا المعيار وهو حماية الطرف الذي اعتمد على المظاهر المادية أو الموضوعية للرضاء، وذلك من الأضرار التي قد تلحق به، إذا ما استطاع الطرف الآخر الإفلات من المسؤولية على أساس عدم اتجاه نيته إلى الالتزام، أو أنه لم تكن لديه النية أصلاً للقيام بذلك. كما يمنع هذا المعيار كل طرف من الأطراف من الاعتماد على قناعات ومعتقدات ذاتية وشخصية غير مشتركة لا تقوم على أساس موضوعي، وذلك فيما يتعلق بالقوة الملزمة للاتفاق (binding force of the agreement)، وقد لجأ مجلس اللوردات إلى هذا المعيار للتحقق من وجود النية التعاقدية في قضية (Esso petroleum Ltd v. commissioners of a customs and Excise 1976) والتي تتلخص وقائعها بقيام شركة (Esso) المحدودة لمنتجات الوقود بتزويد محطات تعبئة الوقود بمسكوكات تذكارية عن مسابقة كرة القدم، وأصدرت ملصقات أوضحت فيها تعليماتها بمنح مسكوكة واحدة مع كل أربع غالونات من الوقود يجري بيعها، وقد ادعى مندوبو مصلحة الضرائب بأن المسكوكات كانت جزءاً من المقابل في بيوع الوقود وهي خاضعة للضرائب، إلا أن شركة (Esso) دفعت بأن الغرض من صنعها لهذه المسكوكات هو

توزيعها مجاناً كهدايا ولم تتجه نيتها إلى إحداث آثار قانونية وإنشاء علاقات تعاقدية بخصوص تلك المسكوكات. وكانت ثمة تساؤلات مطروحة أمام مجلس اللوردات، الأول هو بخصوص ما إذا كانت تلك المسكوكات قد تم تصنيعها لغرض البيع ضمن صفقة بيع الوقود وفقاً للنسبة المشار إليها أعلاه وهي مسكوكة واحدة مع كل أربعة غالونات من الوقود، وإذا كان الأمر كذلك فهي خاضعة للضرائب وأنه ينبغي على شركة (Esso) أن تدفع مبلغ مائتي (٢٠٠٠٠٠٠) ألف جنيه إلى مصلحة الضرائب، وقد قرر مجلس اللوردات بأغلبية أربعة مقابل واحد عدم وجود أي عقد بيع فيما يتعلق بالمسكوكات وجاء في حكمه بأن المسكوكات لم يتم تبادلها بمقابل نقدي (money consideration) لذا فهي ليست لغرض البيع وبذلك تكون غير خاضعة للضريبة لأنها لم تصنع لغرض البيع. فالمادة الإعلانية دعت المتزودين بالوقود إلى شراء الوقود وعرضت منحهم وليس بيعهم مسكوكة واحدة عن كل أربعة غالونات من الوقود يتم بيعها، وهذا يعني بأن المسكوكات تخلو من أية قيمة ولا تعد مقابلاً للالتزام. أما التساؤل الثاني فهو بخصوص ما إذا كانت نية الأطراف (ويقصد بهم أصحاب محطات التعبئة والمستهلكون) قد اتجهت إلى إبرام أي عقد آخر غير عقد البيع فيما يتعلق بالمسكوكات. فكان جواب مجلس اللوردات بالإجماع هو عدم وجود أي عقد آخر، لأن المقصود في هذه الحالة هو عقد الهبة والذي لا ينعقد إلا إذا أفرغ في شكلية معينة تقوم مقام المقابل، وجاء في حكم مجلس اللوردات بأن المسألة تتعلق من هذه الناحية وعلى نحو أوثق بنية شركة (Esso) نفسها أكثر من تعلقها بنية الأطراف المتعاقدة، وقد تبين من عبارات الإعلان الذي وضعته هذه الشركة نفي النية التعاقدية عن الصفقات اللاحقة التي يمكن أن تتم بخصوص تلك المسكوكات، لأن المادة الإعلانية كانت تشير دائماً إلى توزيعها (مجاناً).

لذا فقد قسمت المحاكم الإنكليزية الاتفاقات المبرمة، إما إلى اتفاقات تتجه فيها نية أطرافها لعداها ملزمة قانوناً، وكيفتها على أنها عقود حقيقية، أو إلى اتفاقات أخرى لم يتبين من خلالها اتجاه نية أطرافها لعداها ملزمة قانوناً، أو أن أطرافها عبروا عن إرادتهم أو نيتهم صراحة بعدم اتجاه تلك النية لخلق علاقات قانونية^(٢٠)، ولم تكيفها كعقود ملزمة .

المطلب الثاني

التعريف بالإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي على أن (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع

واوصافه سالمة من الخلل) ويتبين من هذا النص بأن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ أقام العقد الرضائي على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب^(٢١) والتراضي هو اتفاق أو اتحاد إرادتين على إحداث أثر قانوني، فالعقد إذا هو إرادتان متحدتان ومرتبطتان لا إرادة واحدة^(٢٢)، وهذا يعني بأن الإرادة هي جوهر العقد وقوام التصرف القانوني على وجه العموم، فالعقد هو التراضي، وموضوع التراضي ينصب على التزام متكامل الأركان، فهو يشمل المحل والسبب فضلا عن التراضي نفسه^(٢٣)، كما أن الإرادة هي التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني، لذا فسوف نتناول الإرادة التعاقدية بالتعريف أولا ثم بيان طبيعتها القانونية والمقارنة بينها وبين النية التعاقدية في القانون الإنكليزي وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإرادة التعاقدية

الفرع الثالث: المقارنة بين الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي والنية التعاقدية في القانون الإنكليزي

الفرع الأول

تعريف الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي

أشرنا سابقا إلى أن الإرادة التعاقدية تعد جوهر العقد أو قوامه والتراضي يتكون من اتحاد إرادتين، فالإرادة هي أحد ركني التراضي^(٢٤)، وهي بالنتيجة حجر الأساس الذي يقوم عليه التراضي وبالتالي العقد الرضائي، إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، فالعقد يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر، أما الإرادة الواحدة فلا تنشئ عقدا، بل يقتصر دورها على إنشاء التزام مصدره الإرادة المنفردة لا العقد. ويعرف جانب من فقه القانون المدني العراقي^(٢٥) الإرادة التعاقدية بأنها (أمر نفسي يعتقد به العزم على أمر معين)، وتعرف أيضا بأنها (انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد)^(٢٦)، والإرادة التعاقدية في هذا المعنى ينبغي أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني، إلا أن الإرادة بحد ذاتها متمثلة بالأمر النفسي لا تكفي لحدوث التراضي وانعقاد العقد، وترتيب الأثر القانوني لذلك العقد، ما لم تظهر إلى العالم الخارجي وتتصل بعلم من وجهة إليه، وبطبيعة الحال فإنها لا تتصل بعلم من وجهة إليه، طالما بقيت كامنة في أعماق النفس ولم يتم التعبير عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، فالإرادة التعاقدية التي ترتب أثرا قانونيا هي الإرادة التي تكتسي بمظهر اجتماعي ويحفل بها العالم الخارجي، ولا تبقى حبسية النفس البشرية، فالقانون يعد بالتعبير عن الإرادة، وليس الإرادة في مظهرها النفسي، وهو ما يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة، وقد

أخذ القانون المدني العراقي بهذا الاتجاه عندما عرف العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) فبمقتضى المذهب الموضوعي في العقد، فإن العبرة بالإرادة الظاهرة التي يعبر عنها المتعاقدان بالكتابة أو باللفظ^(٢٧)، والإيجاب والقبول بموجب نص المادة (٧٣) هما تعبير عن الإرادة الباطنة أو الكامنة في أعماق النفس، إلا أن المشرع العراقي عاد وأخذ بالإرادة الباطنة في الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني)^(٢٨) وذلك دليل على أن القانون المدني العراقي جرى على عادة الفقه الإسلامي وأخذ بنظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ولم يغلب إحداها على الأخرى تغليباً كاملاً^(٢٩). ويمكننا تعريف الإرادة التعاقدية بأنها (ظاهرة نفسية ينعقد بها العزم على إبرام العقد وترتيب الآثار القانونية عليه، إذا ما اتصلت بإرادة أخرى وحصل التراضي، وتوافرت عناصرها الأخرى من محل وسبب واكتسبت مظهراً اجتماعياً يحفل به العالم الخارجي).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للإرادة التعاقدية

إن الإرادة التعاقدية في منظور القانون، هي تلك الظاهرة النفسية التي تسعى إلى تكوين العقد وترتيب آثاره القانونية، إذا ما اتحدت بإرادة أخرى وظهرت إلى العالم الخارجي، وتم التراضي بين الإرادتين، وهذا ما أشارت إليه جملة (يثبت أثره في المعقود إليه) الواردة في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي، إذ ينبغي أن تتجه إرادة الطرفين المعبر عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، عن طريق الإيجاب والقبول إلى إحداث أثر قانوني، وهو ما يعكس نية الطرفين المتعاقدين، والتي تم التعبير عنها في إظهار هذا الأثر القانوني في المعقود عليه وهو محل العقد، والإرادة التعاقدية التي يعتد بها القانون وترتب آثاراً قانونية إذا اتحدت مع الإرادة الأخرى وتم التراضي تمر بأربع مراحل هي:

١. التفكير: إذ يفكر الشخص في أبعاد التصرف القانوني المراد القيام به.
٢. التدبر: إذ يدرس الشخص النتائج المحتملة، والتي يمكن أن تترتب على التصرف المزمع القيام به ويوازن بين الآثار المختلفة التي قد تترتب على ذلك التصرف.
٣. عقد العزم: وفي هذه المرحلة يقرر الشخص القيام بالتصرف القانوني ويحسم موقفه نهائياً تجاهه، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو الإرادة نفسها^(٣٠).

٤. التنفيذ: وفيما يمضي الشخص قدما في تنفيذ ما استقر عليه ذهنه في المراحل السابقة وينقل إرادته من ظاهرة نفسية كامنة في أعماق النفس إلى العالم الخارجي ويعبر عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة لتحدث أثرا قانونيا بوصفها إرادة واحدة، كإيجاب وقبول، وإذا ما اتحدت مع الإرادة الأخرى واتجهت إلى إحداث أثر قانوني إنعقد العقد. فالإرادة الواعية المرتبة لآثارها القانونية هي الصادرة عن ذي أهلية وخالية من العيوب والتي إذا اتحدت مع إرادة أخرى يكون كلاهما مدرك للمحل الذي أنصب عليه العقد وللسبب المشروع للبائع الدافع إلى التعاقد^(٣١).

الفرع الثالث

المقارنة بين الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي والنية التعاقدية في القانون

الإنكليزي

يتبين لنا من دراسة الطبيعة القانونية للنية التعاقدية في القانون الإنكليزي والإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي، بأنهما يتشابهان مع بعضهما البعض في أن كليهما يرمي إلى إحداث آثار قانونية، إلا أنهما يختلفان في ما يأتي:

أولا: تعد النية التعاقدية ركنا مستقلا من أركان العقد الرضائي البسيط في القانون الإنكليزي وذلك وفقا للرأي الراجح في الفقه الإنكليزي والذي سبق لنا استعراضه. لذا، فإن العقد الرضائي البسيط لا ينعقد صحيحا نافذا، ما لم تتوافر له أركانها الثلاثة وهي: التراضي ومقابل الالتزام بالوعد والنية التعاقدية لخلق علاقات قانونية^(٣٢)، ولا يكفي مجرد توافر التراضي ومقابل الالتزام لانعقاد العقد الصحيح النافذ، أما الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي فلا تعد ركنا مستقلا من أركان العقد قائما بذاته، بل هي قوام العقد وجوهره الأساسي^(٣٣)، فهي تشكل قوام التراضي الذي يعد ركن العقد الوحيد، والذي يقوم على توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني،

ثانيا: تخضع النية التعاقدية في القانون الإنكليزي لنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام، وهي نظرية شخصية تقوم على أساس الإرادة الحقيقية الكامنة في أعماق النفس، مما يصعب على المحاكم أحيانا التحقق من وجود النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية، ولا سيما إذا لم يعبر عنها في صلب العقد، فتلجأ إلى معيار الرجل العاقل أو المعتاد لافتراض وجود النية من عدمه. أما الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي فإنها تخضع كأصل عام لنظرية الإرادة الظاهرة، وهي نظرية موضوعية تقوم على أساس الإرادة التي تبرز إلى العالم الخارجي في مظهرها الاجتماعي، والتي يتم الاهتمام إليها عن طريق التعبير

عن الإرادة بإحدى وسائل أو طرق التعبير^(٣٤)، وتخضع استثناءاً لنظرية الإرادة الباطنة كما أوضحنا ذلك سابقاً. فالمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي عرفت العقد بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر ...) وما الإيجاب والقبول إلا وسيلتان للتعبير عن الإرادة الباطنة الحقيقية ومظهرها الخارجي، أما الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) منه فقد أخذت بالإرادة الباطنة الحقيقية نفسها، والتي نصت على أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني) وهي مأخوذة من المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية، والتي تقضي بأن العقود تبنى على مقاصدها وأغراضها وليس على ألفاظها أو صيغها^(٣٥)، وهي دعوى واضحة للأخذ بالإرادة الباطنة، كما أنها مستتبطة أيضاً من المادة الثانية من المجلة والقاضية بأن (الأمر بمقاصدها).

ثالثاً: تعد النية التعاقدية في القانون الإنكليزي أمراً منفصلاً عن الإرادة التعاقدية، فالإرادة تتحرك في القانون الإنكليزي عندما يحصل التراضي عن طريق اتفاق الإيجاب والقبول أو ما يعرف باتفاق الإرادات أو الاتفاق الذهني (consensus ad idem) ثم يصدر مقابل الالتزام من الموعد له رداً على وعد الواعد، فيكون الاتفاق قد نشأ في القانون الإنكليزي على أساس توافر ركني الرضاء ومقابل الالتزام، إلا أن العقد الصحيح بالمعنى القانوني لم ينشأ بعد بسبب الحاجة إلى النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية والتزامات تعاقدية^(٣٦)، فيبقى الاتفاق خارج دائرة القانون، ويرتّب مجرد التزاماً أدبياً أو شرفياً. أما في القانون المدني العراقي فإن النية التعاقدية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالإرادة التعاقدية، لأن الإرادة التي يعتد بها القانون هي الإرادة الواعية المبصرة الصادرة عن ذي أهلية والمدركة للمحل الذي انصب عليه العقد والسبب المشروع غير المخالف للقانون والنظام العام والآداب، والذي من أجله أبرم العقد، وتتجه إلى إحداث آثار قانونية.

المبحث الثاني

انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات

لقد أفرزت التطبيقات القضائية للمحاكم الإنكليزية نوعين من الاتفاقات فيما يتعلق بوجود النية التعاقدية أو انتفائها. النوع الأول: الاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية، وهي لا ترقى إلى مستوى العقد الصحيح المستجمع لأركانه ولا ترتب آثاراً قانونية. والثاني: الاتفاقات التي تشتمل على النية التعاقدية وتعد عقداً رضائياً صحيحاً مستكملاً لأركانه الثلاثة: التراضي ومقابل الالتزام والنية التعاقدية، وقد لجأت المحاكم الإنكليزية إلى المعايير الموضوعية للتحقق من وجود النية التعاقدية أو عدمه، وهذه المسألة

متروكة لتقدير المحكمة وحسب ظروف كل قضية^(٣٧)، ما لم يعبر الطرفان صراحة عن اتجاه نيتهم لخلق علاقات قانونية وإنشاء التزامات تعاقدية، أو عدم اتجاه نيتهم إلى ذلك، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يعد الاتفاق عقداً. لذا فسوف نبحث في موقف القانونين الإنكليزي والعراقي من انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات وكما يأتي:

المطلب الأول: موقف القانون الإنكليزي من انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات.

المطلب الثاني: موقف القانون المدني العراقي من انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات.

المطلب الأول

موقف القانون الإنكليزي من انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات

يتضمن قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) المبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية نوعين من الاتفاقات الأولى: اتفاقات تخلو من النية التعاقدية، والثانية: اتفاقات تشمل على النية التعاقدية، وسوف نتناول بالبحث هذين النوعين من الاتفاقات وكما يأتي:

الفرع الأول: الاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية.

الفرع الثاني: الاتفاقات التي تشتمل على النية التعاقدية.

الفرع الأول

الاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية

لقد ترتب على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية ظهور العديد من الاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية، وقد توصلت المحاكم الإنكليزية إلى تقرير انتفاء النية من هذه الاتفاقات إما عن طريق عبارة صريحة في صلب الاتفاق تنفي اتجاه نية أطرافه إلى خلق علاقات قانونية والتزامات تعاقدية أو استنتاج انتفائها عن طريق بعض المعايير الموضوعية (objective tests) كمعيار الرجل العاقل أو المعتاد، أو عن طريق إلقاء عبء إثبات انتفاء النية التعاقدية على عاتق الطرف الذي يدعي عدم اتجاه النية إلى ترتيب آثار قانونية^(٣٨). ومن أهم الاتفاقات ما يأتي:

أولاً: الاتفاقات ذات النية المنتفية صراحة.

(Intention expressly negative agreements).

إذا تضمن الاتفاق بعض العبارات التي تنفي صراحة وجود النية للالتزام القانوني، فإن ذلك يعني بأن الاتفاق لا تترتب عليه أية قيمة تعاقدية ولا يمتلك أية قوة تعاقدية ملزمة، فتقرر المحكمة انتفاء النية التعاقدية في مثل هذه الاتفاقات، وغالبا ما تكون العبارات على نوعين:

١. العبارات الشرفية: لقد استقر الرأي لدى المحاكم الإنكليزية بأن العبارات الشرفية (Honour clauses)

تنفي وجود النية التعاقدية وتحول دون عد الاتفاق عقدا ملزما من الناحية القانونية، لعدم اتجاه النية إلى

إحداث آثار قانونية^(٣٩)، ففي القضية المعروفة بـ (Rose and Frank co v. J. R. Crompton and Bros 1925. AC. 445)

اتفقت شركة إنكليزية مع شركة أخرى مقرها في نيويورك على بيعها

مواد كاربونية، وقد أعطت الصفقة، التي تم تحريرها كتابة في وثيقة، المدعين حق تسويق وبيع المنتجات

بشرط الحصر، أو على وجه الحصر في الولايات المتحدة وكندا لمدة ثلاث سنوات، وقد تضمنت الوثيقة

عبارة كيفتها المحكمة بأنها شرط تعهد شرفي (Honourabel pledge clause) وكانت تنص على أن

(هذا الترتيب لم يتم التوصل إليه ليتخذ صيغة اتفاق قانوني أو رسمي، وهو غير خاضع بأي شكل من

الأشكال لولاية المحاكم أو اختصاصها القضائي أو خارج طائلة القانون سواء في الولايات المتحدة أم

بريطانيا). وقد تبين لمحكمة الاستئناف بوضوح عدم اتجاه نية الطرفين إلى ترتيب آثار قانونية على تلك

الوثيقة، وبالنتيجة فإنه لم تنشأ أية التزامات تعاقدية عن هذه الوثيقة، وذلك بسبب تلك العبارة الصريحة

التي أشارت إلى عدم نشوء أي عقد ملزم^(٤٠)، ولم يتمخض عن هذه الوثيقة سوى بعض الالتزامات الأدبية

أو الشرفية^(٤١). وجدير بالذكر فإن الاتفاقات الأدبية أو الشرفية (gentlemens' agreement) تعد من

أبرز أنواع الاتفاقات ذات النية المنتفية صراحة، والتي تنفي فيها النية لإنشاء الالتزامات التعاقدية،

فالعبارات الشرفية (Honour clauses) التي تتضمنها هذه الاتفاقات تنفي وجود نية لدى الأطراف

لإنشاء التزامات تعاقدية وعلاقات قانونية، وغالبا ما يتضمن هذا النوع من الاتفاقات عبارات شرفية تنفي

عنه النية التعاقدية مثل (أن هذا الاتفاق يعد ملزما من الناحية الأدبية أو من حيث الشرف فحسب... this

agreement is binding in honour only) أو (أن هذا الاتفاق يقوم أو يستند على شرف الأطراف

(this agreement is based on the honour of the parties). ففي قضية (Jones v.)

1938 (vernon's pools Ltd) تبين للمحكمة بأن القسيمة الفائزة في مسابقة يانصيب لعبة كرة القدم

(football pools coupon) تضمنت العبارتين المذكورتين أعلاه، فقضت بأنها غير ملزمة ولا تترتب

آثارا قانونية وردت دعوى المدعي وتتلخص وقائع هذه القضية بفوز المدعي بمسابقة يانصيب لعبة كرة

القدم، بعد أن قام بشراء قسيمة المسابقة، وظهر فيما بعد أنها القسيمة الفائزة، فأرسل القسيمة إلى الشركة

المنظمة لمسابقة يانصيب كرة القدم وطالب بحقه في الجائزة الأولى، فرفضت الشركة إعطائه الجائزة، فأقام عليها الدعوى مطالبا بحقه في الجائزة، فدفعت الشركة المدعى عليها أمام القاضي بأن القسيمة التي يستند عليها المدعي للمطالبة بالجائزة تتضمن عبارتين صريحتين هما (أن هذا الاتفاق يعد ملزما من الناحية الأدبية أو من حيث الشرف فحسب)، و(أن هذا الاتفاق يقوم أو يستند على شرف الأطراف) وأن المدعي كان على علم بهاتين العبارتين واللتين يؤدي إدراجهما في أي اتفاق إلى عدم إحداث آثار أو إنشاء علاقات قانونية، فقضت المحكمة في حكمها بأن المدعي ليس له الحق في الحصول على الجائزة، لأن العبارات الصريحة التي وردت في القسيمة، والتي هي بمثابة اتفاق بين المدعي وبين الشركة المدعى عليها، جعلت ذلك الاتفاق غير ملزم من الناحية القانونية، لأنه يستند على شرف الأطراف فحسب، ولا تترتب عليه سوى التزامات أدبية أو شرفية، وكيفت المحكمة القسيمة بأنها مجرد اتفاق أدبي أو شرفي بسبب العبارات الشرفية التي احتوت عليها.

٢. الاتفاقات المعلقة على شرط انعقاد العقد النهائي: وقد توصلت المحاكم الإنكليزية إلى صيغة أخرى استنتجت من خلالها ضمنا انتفاء نية المتعاقدين لخلق علاقات قانونية وترتيب الآثار عليها، فالاتفاقات المعلقة على شرط انعقاد العقد النهائي (agreement subject to contract) تتضمن عبارة (بشرط انعقاد العقد النهائي) (subject to contract) فهذه العبارة تنفي النية التعاقدية عن الاتفاق الذي لا يعد الطرفان ملتزمين التزاما تعاقديا بمقتضاه إلى حين إبرام العقد النهائي^(٤٢). وقد شاع استعمال هذا النوع من الاتفاقات في بيوع وإيجار العقارات في بريطانيا. وعندما يتضمن الاتفاق عبارة (معلق على شرط انعقاد العقد النهائي) أو (بشرط انعقاد العقد النهائي) فإن هذه العبارة تعد قرينة قوية تستنتج منها المحكمة عدم وجود عقد ملزم (binding contract) بين الطرفين، وأن كل واحد منهما يتمتع بحرية واسعة في الرجوع عن هذا الاتفاق إلى حين إبرام العقد الشكلي النهائي (Formal contract) وتصديقه بإضفاء الصفة الرسمية عليه^(٤٣) ومن ثم تبادل العقد (exchange of contracts) والتي هي من قبيل المتطلبات الشكلية التي يجب استيفاؤها في عقود بيع العقارات بموجب القانون الإنكليزي، كما تقتضي المتطلبات الشكلية قيام كل من الطرفين المتعاقدين بالتوقيع على وثيقة تحتوي على كل البنود المتفق عليها صراحة في العقد. ثم يأتي دور تبادل الوثائق وهو إجراء تقليدي الغاية منه إعلام الطرفين المتعاقدين علما يقينيا بالالتزامات المترتبة على عاتق كل منهما، وإذا تم إرسال وتبادل الوثائق بالبريد العادي، فإن العقد النهائي لا يعد منعقدا، إلا في لحظة تسلم الوثيقة الثانية من حيث التاريخ، إذ غالبا ما لا يتعاصر التسلم في آن واحد. وهذا يعني عدم وجود عقد ملزم وعدم اتجاه نية الطرفين إلى تحمل التزامات تعاقدية قبل إتمام

عملية تبادل العقود^(٤٤) (exchange of contracts). إلا أنه وبعد شيوع استعمال وسائل الاتصال الفورية الإلكترونية كالبريد الإلكتروني. فقد صارت آلية عمل تبادل العقود تنفذ على نحو أفضل، وقد اعتاد سماسرة ووكلاء العقارات (estate agents) في بريطانيا على تقديم النصح إلى البائع والمشتري بتضمين اتفاقهم الأولي عبارة (معلق على شرط انعقاد العقد النهائي) للدلالة على عدم اتجاه نيتهما إلى إبرام عقد ملزم إلى حين انعقاد العقد النهائي الشكلي، مما يعني عدم نشوء أية التزامات تعاقدية عن ذلك الاتفاق الأولي^(٤٥). كما يعني هذا الشرط أيضا بأن الطرفين لا يزالا في مرحلة المفاوضات بانتظار إبرام العقد النهائي الشكلي، لأن القانون الإنكليزي لا يعترف باتفاق التفاوض ولا يضيف عليه أية صفة ملزمة، ففي قضية (winn v. Bull 1877) اتفق المدعى عليه مع المدعي على استئجار منزله وكان الاتفاق معلقا على تحضير العقد النهائي الشكلي (subject to the preparation and approval of a formal contract) فقررت المحكمة أن هذا الشرط حال دون تكييف الاتفاق المبرم بين الطرفين كعقد نهائي يترتب آثاره القانونية، وأن الطرفين لا يزالا في مرحلة التفاوض بانتظار إبرام العقد النهائي.

ثانيا: الاتفاقات أو الترتيبات الداخلية والاجتماعية.

(Social and domestic arrangements).

إذ لا تعد الاتفاقات الاجتماعية عقودا ملزمة، بسبب عدم اتجاه نية أطرافها لترتيب آثار قانونية، ومن ذلك دعوة صديق إلى وليمة، أو إلى نزهة، فمثل هذه الاتفاقات لا تمنح الصديق حق إقامة الدعوى، إذا لم ينفذ صديقه التعهد بإقامة الوليمة أو بإجراء النزهة، لأن نية الطرفين لم تتجه أصلا لخلق علاقات قانونية وترتيب آثار قانونية عليها^(٤٦)، أما الاتفاقات أو الترتيبات الداخلية (Domestic arrangements) فيقصد بها الاتفاقات أو الترتيبات العائلية (Family arrangements) وتعد هذه الاتفاقات إما بين الزوج وزوجته أو بين الآباء والأبناء. فغالبا ما تبرم اتفاقات ضمن نطاق الحياة الأسرية بين الأزواج، لا تتجه نية الزوجين فيها إلى ترتيب أية آثار قانونية عليها، وعدم إمكانية جعلها موضوعا للمنازعة أمام المحاكم عن طريق إقامة الدعوى^(٤٧)، مثال ذلك اتفاق الزوجين على قيام الزوج بترتيب نفقة شهرية لزوجته، فمثل هذا الترتيب لا تنشأ عنه أية علاقة قانونية، إلا أن المحاكم الإنكليزية رتبت على بعض هذه الاتفاقات المبرمة بين الأزواج آثارا قانونية. وقد وضعت المحاكم الإنكليزية معيارا للتمييز بين الاتفاقات العائلية التي ترتب آثارا قانونية والاتفاقات التي لا ترتب مثل تلك الآثار. ويقوم هذا المعيار على أساس قرينة تعرف بقرينة الود والوثام. فإذا أبرم الاتفاق في ظل حياة زوجية مفعمة بالود والوثام وكان الزوجان يعيشان حياة زوجية اعتيادية، فبإمكان المحكمة أن تستنتج قرينة مؤداها عدم اتجاه نية

الزوجين إلى خلق علاقات قانونية ملزمة وترتيب التزامات تعاقدية^(٤٨) ففي قضية (Balfour v. Balfour CA. 1919) تم تعيين الزوج موظفاً في جزيرة سريلانكا، فاضطر إلى إعادة زوجته إلى إنكلترا بسبب مرضها، وبقيت هناك لغرض العلاج، فيما عاد الزوج إلى سري لانكا، وعند عودته اتفق معها على منحها نفقة شهرية تبلغ (٣٠ جنيه) أثناء غيابه، إلا أنه رفض إعطاء هذا المبلغ لاحقاً، وقاضته زوجته، ولكن المحكمة ردت دعواها مستندة في ذلك على حجتين: الأولى: أن الزوجة لم تقدم أي مقابل (consideration) لوعده الزوج بدفع ذلك المبلغ. والثانية: أنه لم تتجه نية الطرفين لإبرام اتفاق ملزم من الناحية القانونية. كما أشارت المحكمة في حكمها إلى أنه عندما يكون طرفا الدعوى زوجين، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، وهي الزوجة في هذه القضية، والتي يقع على عاتقها عبء نفي قرينة عدم وجود نية لخلق علاقات قانونية وإنشاء عقد ملزم، ويتبين لنا من هذه القضية بأن الزوجين كان يعيشان في ود ووثام ولم تكتنف حياتهما أية منغصات، لذا استخلصت المحكمة قرينة انتفاء النية التعاقدية. وافتقار الاتفاق لأية قوة عقدية ملزمة، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٤٩) بأن الحكمة من وراء عدم ترتيب المحاكم الإنكليزية لأية آثار قانونية على مثل هذه الاتفاقات وعدم افتراض اتجاه نية الطرفين إلى خلق علاقات قانونية هو الرغبة في عدم إقحام قانون العقد (law of contract) ضمن نطاق العلاقات الأسرية، مما سيترتب عليه إغراق المحاكم في منازعات عائلية لا نهاية لها. أما إذا أبرم مثل هذا النوع من الاتفاقات في ظل حياة زوجية مشوبة بالجفاء والقطيعة والنزاع، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تستنتج قرينة تؤكد وجود النية التعاقدية لإبرام عقد تترتب عليه آثارها القانونية، ففي قضية (Merritt v. Merritt 1970. 1WLR 1121) غادر الزوج بيت الزوجية ليعيش مع زوجة أخرى، واتفق مع زوجته الأولى على أن يدفع لها مبلغاً قدره (٤٠ جنيه) كنفقة شهرية، وقد تم إفراغ هذا الاتفاق في مستند مكتوب، كما اتفقا على أن تقوم الزوجة بتسديد قيمة الرهن المترتب على المنزل، وعندما تسدد كامل قيمة الرهن يقوم الزوج بنقل ملكية المنزل إلى الزوجة، وبعد أن سددت الزوجة مبلغ الرهن، رفض الزوج نقل ملكية المنزل إلى زوجته، فقاضته الزوجة على أساس إخلاله بالتزام تعاقدي، وقد قررت محكمة الاستئناف وجود نية تعاقدية لخلق علاقات قانونية وألزمت الزوج ببينود الاتفاق، وقد أقامت محكمة الاستئناف حكمها على أساس قرينة النزاع والشقاق وتفكك أو تصدع الرابطة الزوجية وقت إبرام الاتفاق، مما يؤكد وجود نية تعاقدية لخلق علاقات قانونية^(٥٠)، كما تشمل الترتيبات العائلية الاتفاقات المبرمة بين الآباء والأبناء^(٥١). وكما هو الحال بالنسبة إلى الاتفاقات المبرمة بين الأزواج، فقد استخلصت المحاكم الإنكليزية قرينة انتفاء النية التعاقدية عن الاتفاقات المبرمة بين الآباء والأبناء، ومؤدها عدم نشوء

التزامات قانونية عن مثل هذه الاتفاقات^(٥٢). ففي قضية (Jones v. Padavatton 1969) (1WLR328) اتفقت الأم مع ابنتها على منحها نفقة شهرية تبلغ (٢٠٠) دولار، إذا وافقت البنت على ترك عملها في الولايات المتحدة الأمريكية، والبدء بدراسة القانون في إنكلترا، وقد وافقت البنت على ذلك وعادت إلى إنكلترا وبدأت بدراسة القانون في شهر تشرين الثاني من عام ١٩٦٢. وفي عام ١٩٦٤، قامت الأم بشراء منزل بثمن (٦٠٠٠) آلاف جنيه، مما أدى إلى عدم تنفيذ بنود الاتفاق المبرم بين الأموابنتها، بسبب تعديل بنود هذا الاتفاق فبدلاً من أن تحصل البنت على النفقة المقررة بموجب الاتفاق، فإنها سوف تسكن في جزء من المنزل، وتقوم بإيجار الجزء المتبقي، وتستفيد من ريع الإيجار لتسديد نفقات الدراسة والحصول على نفقتها، إلا أن الخلاف دب بين الطرفين عام ١٩٦٧، فأقامت الأم دعوى على ابنتها تطلب فيها استرداد حيازة المنزل، واستندت في دعواها على حجة مؤداها أن الاتفاق المبرم بينها وبين ابنتها لم يتم بنية خلق علاقات قانونية، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذه الحجة وقررت عدم وجود نية تعاقدية لخلق علاقات قانونية بين الأم وابنتها، وأعطت الأم الحق في استرداد حيازة المنزل.

ثالثاً: الاتفاقات التي تعطي صلاحية واسعة لأحد الطرفين

(Agreements giving wide discretion to one party)

غالبا ما تنفي النية التعاقدية في مثل هذا النوع من الاتفاقات، لأن البنود التي ينطوي عليها الوعد الصادر عن أحد الطرفين وهو الواعد تضع مسألة تنفيذ الوعد تحت تصرفه أو تحت رحمته بشكل كامل^(٥٣)، مما لا يمكن عده مقابلاً كافياً لوعده الطرف الآخر^(٥٤)، ففي القضية المعروفة بـ (Taylor v. Brewer 1813. 1M&S.290) وافق المدعي على القيام بإنجاز العمل لمصلحة اللجنة التي قررت بأنه (ينبغي عليه استلام المدفوعات النقدية وفقاً للأسلوب الذي يعد صحيحاً) وقد طلب المدعي مدفوعات معقولة (reasonable remuneration) لقاء قيامه بالعمل المتفق عليه، إلا أن المحكمة ردت دعواه، وذكرت في حكمها بأن الوعد الصادر بدفع المبلغ ليس سوى تعهد شرفي (engagement of honour) لأنه علق مسألة الدفع على مشيئة أحد الطرفين وأعطاه سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

رابعاً: خطابات النوايا أو المساندة (Letters of intent or Letters of comfort).

وهي رسائل أو مذكرات مكتوبة تصدرها شركة قابضة لطمأنة المقرض بخصوص الملاءة المالية لأحد فروعها (أو شركاتها الوليدة)، وهذه الرسائل لا تعد كفالات، لأن الشركة القابضة لا ترغب في إبرام عقد أو الدخول في تعهد مالي ملزم قانوناً^(٥٥)، لذا فإن النية التعاقدية تنتفي أيضاً في هذا النوع من

الوثائق^(٥٦)، وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية على اتباع هذا التكييف، ففي قضية (Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining corporation Bhd 1989) وافق المدعي وهو مصرف على منح قرض لأحد فروع شركة (MMC) التي كانت تمارس تجارة معدن القصدير في بورصة لندن للمعادن (London metal exchange) ولم يكن المصرف راغبا في منح القرض لأسباب تتعلق بملاءة الفرع المالية، وبعد مفاوضات مطولة وافقت شركة (MMC) على إصدار خطاب مساندة ذكرت فيه (أن سياستنا تقتضي أن نضمن قيام فرعنا (MMC metals Ltd) بالوفاء بالتزاماته وبوضعه في موضع يمكنه من القيام بذلك...) إلا أن انهيارا حدث في سوق القصدير العالمي تسبب في إفلاس الفرع، فأقام المصرف الدعوى على المدعى عليها الشركة الأم، مطالبا إياها بالوفاء بقيمة القرض، وقد قررت محكمة الدرجة الأولى وجود نية تعاقدية لخلق علاقات قانونية ملزمة واستندت في تكييفها على أساس وجود عقد تجاري رتب التزاماً على عاتق المدعى عليها (الشركة الأم). وذكر قاضي الدرجة الأولى في تكييفه أنه ينبغي افتراض وجود النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية ضمن إطار المعاملات التجارية، وأن عبء دحض هذه القرينة يقع على عاتق من يدعي ذلك، إلا أن محكمة الاستئناف نقضت الحكم الابتدائي وعدت الوثيقة مجرد خطاب مساندة، لإنتفاء النية التعاقدية لدى الشركة المصدرة للخطاب، وفسرت عبارات الخطاب بأنها مجرد بيان عبرت فيه الشركة عن سياستها الحالية، لأن نية الطرفين لم تتجه إلى عد الخطاب كوثيقة تعاقدية. وجاء في حكمها أيضا بأن الخطاب لم تترتب عليه أية التزامات تعاقدية (contractual obligations) وترتبت عليه التزامات أدبية فحسب (moral obligations).

خامسا: الاتفاقات الجماعية (Collective agreements).

وهي اتفاقات تبرم بين نقابة عمال (Trade union) وأحد أصحاب العمل، بمقتضاها يتم تنظيم شروط وظروف العمل وتحديد مستوى الأجور^(٥٧)، وإذا ما تم إدراج بنود هذا الاتفاق في عقد العمل الفردي الذي يبرمه صاحب العمل مع العامل، فإنها سوف تلزم الطرفين المتعاقدين، وترتب آثارها القانونية، أما بالنسبة إلى الاتفاق الجماعي نفسه، فإن الاتجاه الراجح في قانون الأحكام العام (common law) المبني على السوابق القضائية يذهب إلى نفي النية التعاقدية عنها لخلق علاقات قانونية ملزمة بين النقابة وبين صاحب العمل^(٥٨)، ففي القضية المعروفة بـ (Ford Motor co Ltd v. Amalgamated union of Engineering and Foundry workers 1969) ابرم اتفاق جماعي عام ١٩٥٥ بين شركة (Ford Motor Co) من جانب وبين تسع عشرة نقابة عمال من جانب آخر، وتم تحرير هذا الاتفاق كتابة وصياغته صياغة دقيقة، وتضمن الاتفاق بندا ينص على أنه (يجب بذل كل

المحاولات المطلوبة لحل القضايا والمنازعات الناشئة في أية مرحلة من مراحل الإجراءات المنصوص عليها في الاتفاق، وأنه لا يسمح بإيقاف العمل أو اتخاذ أي موقف غير دستوري إلى حين الانتهاء من تنفيذ تلك الإجراءات)، وعلى الرغم من تضمن الاتفاق لهذا النص، فقد أصدرت بعض نقابات العمال التي كانت طرفا في الاتفاق بيانا يدعو إلى الإضراب، مما حدا بشركة (Ford Motor co) إلى إقامة الدعوى للمطالبة باستصدار أمر قضائي تمهيدي (interlocutory injunction) يحظر الدعوة إلى الإضراب، إلا أن المحكمة ردت الدعوى وقررت عدم تضمن الاتفاق للنية التعاقدية لخلق علاقات قانونية، على الرغم من وجود التراخي ومقابل الالتزام، إلا أن الاتفاق يفتقر إلى الركن الثالث الجوهرى في العقد وهو النية التعاقدية، وفي معرض تعليقه على هذه القضية فقد ذكر القاضي (Geoffrey lane) بأن السبب وراء عدم خلق مثل هذه الاتفاقات لعلاقات تعاقدية ملزمة، هو أنها تعد مجرد تعبير عن التفاوض والطموحات أكثر من كونها تعبير عن النية التعاقدية، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٥٩) بأنه يمكن تصنيف هذا النوع من الاتفاقات ضمن نطاق التعهدات الملزمة أدبيا أو شرفيا. وقد تعزز موقف قانون الأحكام العام المذكور بقريئة تشريعية بسيطة قابلة لإثبات العكس نصت عليها المادة (١٧٩) من تشريع نقابات العمل وتعزيز علاقات العمل لعام ١٩٩٢ (Trade union and Labour Relations consolidation Act 1992) التي نصت على أنه (يفترض عدم اتجاه نية أطراف الاتفاق الجماعي إلى إنشاء عقد ملزم قانونا، ما لم يتم تحرير الاتفاق كتابة ويرد فيه نص يقضي بخلاف ذلك).

سادسا: الاتفاق التي يشوبها عدم اليقين.

تعد الاتفاقات التي يشوبها عدم اليقين (uncertainty) من الاتفاقات التي تنتفي عنها النية التعاقدية ولا تتجه فيها نية الأطراف إلى الالتزام بالتزامات تعاقدية إلى حين إبرام العقد النهائي. وغالبا ما يرجع سبب عدم اليقين إما إلى الغموض الذي يشوب الاتفاق أو إلى النقص الذي يعتري الاتفاق، وعلى هذا الأساس فسوف نقسم هذا النوع من الاتفاقات إلى نوعين الأول الاتفاقات التي يشوبها الغموض والثاني الاتفاقات التي يعتريها النقص وكما يأتي:

١ - الاتفاقات التي يشوبها الغموض.

إذ تنتفي النية التعاقدية بسبب غموض بنود الاتفاق (intention negative by Vagueness) ففي القضية المعروفة بـ(Vaughan v. Vaughan 1953) وعد الزوج زوجته التي هجرها بعدم إخراجها من بيت الزوجية، وعندما أراد إخراجها قاضته تلك الزوجة وطالبت بتنفيذ الوعد، إلا أن المحكمة قررت بأن ذلك الاتفاق لا يترتب آثارا قانونية وليست له قوة تعاقدية، لأنه جاء غامضا ولم

يحدد طول المدة التي يمكن فيها للزوجة البقاء في ذلك البيت وكذلك الشروط التي تحدد هذا الاتفاق، والتي بمقتضاها يمكن للزوجة البقاء أو السكن في البيت. مما يتبين معه عدم اتجاه نية الطرفين إلى إقامة ذلك الاتفاق على أسس تعاقدية وترتيب آثار قانونية عليه. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٦٠) بأن تعمد الطرفين في استعمال عبارات غامضة في صياغة الاتفاق يعد قرينة على انتفاء النية التعاقدية لديهم.

٢- الاتفاقات التي يعترها النقص.

يعتري النقص (incompleteness) بعض الاتفاقات في القانون الإنكليزي. إما بسبب اتفاق الأطراف على المسائل الجوهرية وتركهم مسائل أخرى مهمة دون اتفاق. كما في الاتفاق المبدئي أو ما يعرف باتفاق المبادئ، أو لأن الاتفاق الذي تم التوصل إليه هو اتفاق غير مكتمل لأنه مجرد اتفاق على التفاوض، والذي يكون بحاجة إلى إبرام اتفاقات أخرى من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، وسوف نسلط الضوء على هذين النوعين من الاتفاقات.

أ- الاتفاق المبدئي أو اتفاق المبادئ (Agreement in principle only).

وبمقتضى هذا الاتفاق يتفق الطرفان من حيث المبدأ على المسائل الجوهرية (essential matters of principle) للعقد النهائي المزمع إبرامه، إلا أنهما يتركا مسائل أخرى مهمة دون التوصل إلى اتفاق بشأنها. مما يجعل الاتفاق المبدئي المبرم بينهما مشوبا بالنقص^(٦١). والذي هو نوع من أنواع عدم اليقين الذي تنتفي معه النية التعاقدية للطرفين ولا تتجه إلى تحمل التزامات تعاقدية ففي قضية (Bushwall properties Ltd v. vortex properties Ltd 1976) والتي تتلخص وقائعها بقيام الطرفين بإبرام اتفاق على بيع العقار بالتقسيط (agreement for the sale of land by instalments) اتفق الطرفان بمقتضاه على أن يتم نقل جزء من ملكية العقار بما يتناسب مع كل قسط يقوم المشتري بدفعه، إلا أن الاتفاق لم يبين بالتحديد الجزء الذي سوف تنتقل ملكيته عند دفع القسط، فقد قام البائع المدعى عليه ببيع واحد وخمسين فدان ونصف من الأرض إلى المدعي بمبلغ خمسمائة (٥٠٠٠٠٠) ألف جنيه، على أن يتم دفع الثمن بثلاثة أقساط، يبلغ الأول منها مائتان وخمسون (٢٥٠٠٠٠) ألف جنيه، والثاني مائة وخمسة وعشرون (١٢٥٠٠٠) ألف جنيه ويستحق بعد سنة وكذلك الحال بالنسبة إلى القسط الثالث. ونص الاتفاق على أنه (عند دفع كل قسط ينتقل جزء من ملكية العقار إلى المشتري)، وهو المدعي في هذه القضية، إلا أن الطرفان لم يبيئا الآلية التي يتم بمقتضاها تحديد

ذلك الجزء من العفار الذي تنتقل ملكيته وبما يتناسب مع القسط المدفوع، فقضت محكمة الاستئناف ببطلان الاتفاق على أساس عدم اليقين (uncertainty).

ب- اتفاق التفاوض (Agreement to negotiate).

وهو من الاتفاقات غير المكتملة (incomplete agreement) التي يعثرها النقص ولا يتمتع بقوة قانونية ملزمة بسبب ما يشوبه من عدم اليقين (uncertainty) ويعرف أيضا بالاتفاق لأجل التوصل إلى اتفاق (agreement to agree) والاتفاق على التفاوض لا يعد عقدا بالمعنى الصحيح في القانون الإنكليزي ولا تترتب عليه التزامات تعاقدية. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٦٢) بأن سمة عدم اليقين التي تشوب اتفاقات التفاوض لا يمكن معالجتها عن طريق إدراج بند في هذا النوع من الاتفاقات يلزم الطرفين المتفاوضين بالتفاوض بحسن نية، كما يحول عدم يقينية اتفاق التفاوض دون إمكانية ترتيبه لأية التزامات تعاقدية، لأن الوضع القانوني لكل متفاوض يسمح له وبكل حرية في السعي إلى تحقيق مصالحه الخاصة وتقديمها على مصالح المتفاوض الآخر، ودون الالتزام بالتفاوض بحسن نية. لذا لا تترتب على اتفاق التفاوض أية آثار قانونية وإذا أخل أحد الطرفين المتفاوضين بهذا الاتفاق لا تنهض مسؤوليته التعاقدية، وعلى العكس من الاتفاق على قصر التفاوض أو ما يعرف بالاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة (lock-out agreement) والذي يعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية قرينة على وجود النية التعاقدية فيه استثناء من الأصل، فإن الالتزام بالتفاوض بحسن نية في عقد التفاوض، على وجه العموم، لا تترتب عليه التزامات تعاقدية، كما لا يترتب عليه أي التزام بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي^(٦٣). ففي قضية (Courtney and Fairbairn Ltd v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd 1975) قررت المحكمة بأن اتفاق التفاوض لا يعد ملزما قانونا، لأن طبيعة التفاوض تقوم على عدم اليقين المتمثل بإمكانية عدم توصل الطرفين المتفاوضين إلى إبرام العقد النهائي، وتتخلص وقائع القضية بقيام السيد (Courtney) بتقديم عرض إلى السيد (Tolaini) للبحث عن مقاول يساعد الأخير في بناء الفندق الذي يرغب ببناؤه، فأبرم الطرفان اتفاقا ذكرا فيه بأنه (إذا ما وافق المشرف المسؤول عن ضمان الجودة النوعية في شركة السيد (Tolaini) على السعر الذي يكون بإمكان السيد (Courtney) التعاقد به مع المقاول، فإنه يحق للأخير أن يتقاضى مبلغا قدره (٥ %) من ذلك السعر، وقد استطاع السيد (Courtney) من العثور على مقاول، إلا أن المشرف على ضمان الجودة النوعية لم يوافق على السعر، فاضطر السيد

(Tolaini) إلى البحث عن مقاول آخر والعثور عليه لبناء المشروع دون مساعدة السيد (Courtney) ففاضه الأخير على أساس الإخلال بالعقد ونجح في دعواه في المحكمة الابتدائية، فاستأنف السيد (Tolaini) الحكم، فقررت محكمة الاستئناف عدم وجود عقد ملزم بين الطرفين، وذكر القاضي اللورد (Denning) في الحكم الصادر في هذه القضية بأن الاتفاق يتضمن بندا صريحا يوجب على المشرف على ضمان الجودة النوعية في شركة السيد (Tolaini) الدخول في مفاوضات على السعر مع المقاول الذي سيختاره السيد (Courtney) قبل إبرام العقد النهائي. وأنه يصعب القول بوجود عقد نافذ قبل التوصل إلى اتفاق على السعر، لذا فإن الاتفاق من أجل إبرام عقد آخر، أي الاتفاق على التفاوض لا يكون ملزما.

الفرع الثاني

الاتفاقات التي تشتمل على النية التعاقدية

لقد استقر الرأي لدى قضاة قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) على إرساء بعض الاتفاقات التي انطوت على النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية ملزمة وترتيب التزامات تعاقدية، وذلك عن طريق السوابق القضائية التي فصلوا فيها، وهذه الاتفاقات يمكن أن ترقى إلى مستوى العقد الصحيح النافذ^(٦٤). ومن أهم هذه الاتفاقات، الاتفاقات التجارية والاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة، هي مدة المفاوضات الجارية مع المتفاوض الآخر، وسوف نتناول بالبحث هذين النوعين من الاتفاقات وكما يأتي:

أولاً: الاتفاقات التجارية (Commercial agreements).

إذ غالبا ما يستخلص القضاة الإنكليز قرائن قضائية قوية على اتجاه نية أطراف هذا النوع من الاتفاقات على خلق علاقات قانونية ملزمة^(٦٥)، وهي قرائن لا يمكن دحضها إلا بأدلة إثبات أقوى منها، وتكون في الأغلب أدلة كتابية، كما يشترط القضاء أيضا أن تتضمن تلك الأدلة الكتابية عبارات صريحة تنفي النية التعاقدية، ويقع على عاتق الطرف المنكر لوجود تلك النية عبء إثبات انتفائها ومن الأمثلة على العبارات الصريحة النافية للنية التعاقدية ما ورد في شرط التعهد الشرفي في ضوء قضية (Rose and Frank v. Crompton Bros Ltd HL 1925) الوارد ذكرها سابقا، إلا أن الأصل هو أن الاتفاقات التجارية تبقى مبنية على قرائن قضائية قوية مؤداها اتجاه نية أطرافها إلى إنشاء عقود ملزمة قانونا، وحتى وإن تضمنت هذه الاتفاقات ما يعرف بشرط إسداء الفضل (Ex Gratia clause) فإن هذا

الشرط لا ينفي عنها النية التعاقدية، لأن عبء نفي هذه النية يعد عبئاً شاقاً^(٦٦) ففي القضية المعروفة بـ (Edwards v. skyways Ltd 1964) عمل المدعي طياراً مدنياً لدى المدعى عليهم، الذين أبرموا معه اتفاق تفضل (redundancy agreement) وأبلغوه بأنهم سيتفضلون عليه، وبمقتضى ذلك العقد فقد صار المدعي عضواً في صندوق تمويل وتوزيع المرتبات والإعانات العائد للمدعى عليهم، وحصل بموجب هذه العضوية على حق الاختيار بين أمرين عند ترك الخدمة. الأول: الحصول على إعانات من الصندوق، والثاني: الحصول على مرتب تقاعدي يسري عند بلوغه الخمسين من العمر، وقد تفاوضت النقابة التي ينتمي إليها المدعي نيابة عنه مع المدعين، واتفقت معهم على أنه في حال تفضيل المدعي للخيار الأول، فإن المدعى عليهم سوف يلتزمون بدفع مبالغ مالية كتفضل منهم أو بشرط إسداء الفضل (Ex Gratia payment) على أن تساوي قيمة هذه المبالغ مقدار الإعانات المدفوعة من الصندوق وقد وافق المدعي على ذلك وسحبت عضويته من صندوق تمويل الإعانات، إلا أن المدعى عليهم قاموا لاحقاً بدفع المبلغ الإجمالي للإعانات ورفضوا دفع المبالغ المتفضل بها، وأقام المدعي الدعوى على أساس الإخلال بالتزام عقدي وريح الدعوى وقد أشار القاضي في معرض حكمه إلى أن عبارة (إسداء الفضل) (Ex Gratia) الواردة في الاتفاق، لا تنتفي عنه النية التعاقدية وقد أخفق المدعى عليهم في نفي قرينة وجود النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية ملزمة ترتبت على هذا الاتفاق، وألزموا بدفع مبلغ التفضل وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأن أي اتفاق يتعلق بمسائل تجارية أو مهنية فإنه يبنى على قرينة قوية تفترض أنه اتفاق ملزم، وكما أشرنا سابقاً فإن قرينة احتواء الاتفاقات التجارية على النية التعاقدية تعد من القرائن القوية التي لا يمكن دحضها بسهولة، وأن عبء نفيها يعد عبئاً ثقيلاً يقع عاتق الطرف المنكر لوجود تلك النية^(٦٧) ففي القضية المعروفة بـ (Esso petroleum Ltd v. commissioners of customs and Excise 1976, 1WLR1) قامت شركة (Esso) بتجهيز مرائب السيارات ومحطات التعبئة بقطع عملات تذكارية معدنية توثق ذكرى بطولة كأس العالم لعام ١٩٧٠، وأصدرت تعليماتها إلى تلك المرائب والمحطات بإعطاء كل مستهلك قطعة عملة واحدة في مقابل كل عشرين لتراً من الوقود يتم شراؤها، وقد سعت الشركة إلى إخضاع تلك العملات التذكارية لضريبة المشتريات على أساس شمولها بعقد البيع، وقررت المحكمة أن هذه العملات التذكارية لم يتم تجهيزها بمقتضى عقد البيع، إلا أن مجلس اللوردات انقسم إلى قسمين بخصوص ما إذا كانت هناك نية لخلق علاقات قانونية أم لا، وقد استقر الرأي بوجود نية تعاقدية لدى غالبية أعضاء مجلس اللوردات يتزعمهم القضاة، اللورد (Simon) واللورد (Wilberforce) واللورد (Fraser)، وقد ذهب هذا الجانب إلى استنتاج وجود النية التعاقدية من قرينة

الاتفاقات التجارية التي غالبا ما تتضمن نية تعاقدية لخلق علاقات قانونية، وقد نجح هذا الفريق في النهوض بعبء الإثبات الملقى على عاتقه^(٦٨)، وقد أثبت بأن شركة ESO تصرفت بوصفها شركة راعية لصفقة كبيرة، تم فيها إبرام عقد إطاري، أبرمت في ضوءه عقود أخرى بين أصحاب المرائب والمحطات وبين المستهلكين، في مقابل رأي الأقلية، والتي تزعمها القاضيان اللورد (Russell)، والفيكونت (Dilhorne) والذين أنكروا وجود نية تعاقدية في تلك الاتفاقات، مستنديين في رأيهم على أساس العبارات الواردة في الملصقات الإعلانية التي أشارت بأن تلك القطع التذكارية سوف توزع مجانا أو تباع بأدنى قيمة أو سعر ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٦٩) بأن الأقلية من أصحاب الرأي الثاني استندوا في رأيهم أيضا على أساس وجود شرط في الاتفاق يعرف بشرط التنازل عن النية التعاقدية (Disclaimer of contractual intent clause) أسوة بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تحديدها (exemption or exclusion clause). ويتبين من هذه السابقة القضائية مدى صعوبة دحض قرينة احتواء الاتفاقات التجارية على النية التعاقدية.

ثانيا: اتفاق قصر التفاوض أو الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة (Lock-out agreement).

يعد الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة أحد الاتفاقات المنبثقة عن عقد التفاوض، وعلى الرغم من أن قانون الأحكام العام (common law) لا يقر بصحة اتفاق التفاوض بسبب افتقاره إلى عنصر اليقين (certainty) ولا يترتب عليه أي قوة ملزمة أو آثارا قانونية^(٧٠)، إلا أنه خرج على هذه القاعدة فيما يتعلق بالاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة، لأن مثل هذا الاتفاق تترتب عليه قوة ملزمة لثلاثة أسباب. الأول: أن هذا الاتفاق غالبا ما يدعم بمقابل. والثاني: أنه يتضمن عنصر اليقين لأنه يتضمن بندا يحدد مدة الاتفاق. والثالث: أنه ينطوي على النية التعاقدية. ففي القضية المعروفة بـ (Walford v. Miles. HL. 1992) كان المدعى عليهما زوجين يمتلكان مختبرا لمعالجة الصور الفوتوغرافية، ويرغبان في بيعه، وفي عام ١٩٨٥ وصلت المفاوضات التي كانت جارية بينهما وبين إحدى الشركات إلى طريق مسدود، وفي عام ١٩٨٦ سمع المدعيان، وهما أخوان، أحدهما يعمل محاميا والثاني محاسبا برغبة المدعى عليهما ببيع ذلك المحل التجاري بمبلغ مليوني جنيه، وقد تولدت لديهما الرغبة في شرائه بهذا السعر، وفي عام ١٩٨٧، وافق المدعيان على شرائه بشرط انعقاد العقد النهائي (subject to contract). وفي تلك السنة أيضا أبرم اتفاق شفوي (oral agreement) بين أحد المدعين وبين السيد (Miles) تم بمقتضاه وضع شرط أو بند مؤداه أنه في حالة حصول المدعين على

خطاب مساندة (comfort letters) من المصرف يؤكد استعداداه على تقديم مبلغ المليونني جنيه، فإن المدعى عليهما سوف ينهيان المفاوضات الجارية مع أي طرف ثالث، وبالفعل فقد قام المصرف بمنح الخطاب، إلا أن محامي المدعى عليهما وجه رسالة إلى المدعين ذكر في فحواها أن المدعى عليهما قررا بيع المحل التجاري لشركة معينة، فقاضاهما المدعيان، وادعيا في دعواهما بأنه على الرغم من عدم التوصل إلى عقد نهائي ملزم بشأن بيع المحل، إلا أن هناك عقدا تمهيديا ملزما (binding preliminary contract)، وقد استندت المحكمة في حكمها على أساس وجود مقابل الالتزام، مما يجعل الاتفاق نافذا ويرتب له قوته الملزمة، إذ أنه في مقابل تقديم خطاب المساندة، فقد ألزم المدعى عليهما نفسيهما بالاتفاق على عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة، كما أكد مجلس اللوردات على صحة هذا الحكم وأشار إلى أنه يمكن من حيث المبدأ الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاق حظر التفاوض مع الغير، شريطة أن تتم تحديد مدته إما تحديدا صريحا أو ضمنيا، وبذلك يكون قد أقر بوجود النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية ملزمة (intention to be legally bound)، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٧١) بأنه يمكن استخلاص قرينة وجود النية التعاقدية في مثل هذا النوع من الاتفاقات عن طريق الالتزام بالتفاوض بحسن نية والذي ينشأ عن هذا الاتفاق، على الرغم من أن هذا الاتفاق لا يعني بالضرورة وجوب التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني العراقي من انتفاء النية التعاقدية أو وجودها في الاتفاقات

يختلف موقف القانون المدني العراقي عن موقف قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) من حيث تصنيف الاتفاقات طبقا لانتفاء النية التعاقدية عنها أو وجودها فيها، فالقانون المدني العراقي وضع قاعدة عامة عرفت العقد وميزته عن الاتفاقات الأخرى غير الملزمة، وذلك بمقتضى المادة (٧٣) منه والتي نصت على أن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)، فجملة (يثبت اثره في المعقود عليه) كانت بمثابة الفيصل بين العقد وبين الاتفاقات الأخرى غير الملزمة، إذ تتجه إرادة طرفي العقد إلى إحداث أثر قانوني يثبت على محل العقد وهو المعقود عليه، مع ملاحظة أن تعريف المشرع العراقي المتأثر بالفقه الإسلامي جعل اكتساب العقد للقوة الملزمة وبالتالي ترتيب آثاره القانونية، متوقفا على ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، وذلك لأن تعريف القانون المدني العراقي للعقد يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، على

العكس من تعريف فقهاء القانون المدني الذي يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، ويجعل قوام العقد اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني^(٧٢)، إلا أن كليهما يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي إحداث آثار قانونية تثبت على المعقود عليه، وذلك خلافاً لقانون الأحكام العام الإنكليزي الذي لم يورد قاعدة عامة تميز بين الاتفاقات التي تتجه فيها نية أطرافها إلى إحداث آثار قانونية عن الاتفاقات الأخرى التي تنتفي فيها النية التعاقدية، لكونه قانوناً عرفياً غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، لذا فإننا لسنا بحاجة إلى تقسيم هذا المطلب إلى اتفاقات تخلو من النية التعاقدية واتفاقات أخرى تشمل عليها كما فعلنا في المطلب السابق، عندما تناولنا بالبحث موقف القانون الإنكليزي، وذلك لأن القانون المدني العراقي، وكما أشرنا سابقاً، أورد قاعدة عامة في المادة (٧٣) منه توجب اتجاه إرادتي الإيجاب والقبول إلى إحداث آثار قانونية على وجه يثبت في المعقود عليه، والتي بموجبها يمكن تمييز العقد الذي خلصت له قوته الملزمة، وفقاً للمعنى الصحيح للكلمة عن الاتفاقات الأخرى غير الملزمة، لذا فإن المشكلة في القانون المدني العراقي لا تكمن في العقود المرتبة لآثارها القانونية، والتي تحكمها القاعدة السالفة الذكر، ولكن المشكلة في الاتفاقات الأخرى غير الملزمة، والتي جاءت مبعثرة بين نصوص القانون المدني العراقي، فضلاً عن اتفاقات أخرى أشار إليها فقه القانون المدني العراقي، ودون وجود قاعدة عامة تحكمها، وسوف نستعرض فيما يأتي نوعين من الاتفاقات التي يخلو أحدها من اتجاه نية أو إرادة أطرافها إلى إحداث أثر قانوني فيما ينتم الآخر باتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية:

أولاً: الاتفاق المرحلي المعلق على شرط الاتفاق على المسائل التفصيلية.

إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية أو جزئيات ثانوية ليتم الاتفاق عليها لاحقاً، بعد إرجاء مناقشتها إلى وقت لاحق، إلا أنهما اشترطا في اتفاقهما المرحلي على المسائل الجوهرية أن العقد لا ينعقد إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية المؤجلة، فإن ذلك يعني عدم اتجاه نيتهما إلى إحداث آثار قانونية، إلا بعد الاتفاق اللاحق على المسائل التفصيلية المؤجلة ويمكن استخلاص هذه النتيجة من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة) يتبين من هذا النص أنه يكفي اتفاق الطرفين المتعاقدين على المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، دون الاتفاق على المسائل

التفصيلية، التي يحتفظان بها لمناقشتها لاحقاً، فإن العقد النهائي يكون قد انعقد، ما دام الطرفان لم يشترطاً تعليق انعقاده على المسائل التفصيلية^(٧٣)، وهذا يعني بأن الاتفاق المرحلي المبرم بينهما على المسائل الجوهرية يرتب آثاره بوصفه عقداً نهائياً، شريطة الاتفاق على المسائل التفصيلية لاحقاً، لذا يتبين من مفهوم المخالفة بأن الطرفين إذا اشترطاً تعليق انعقاد العقد النهائي على اتمام الاتفاق اللاحق على المسائل التفصيلية، فإن الاتفاق المرحلي المبرم بينهما على المسائل الجوهرية فحسب سوف لن يرتب آثاراً قانونية، بانتظار الاتفاق على المسائل التفصيلية التي صارت جوهرية بسبب تعليق انعقاد العقد النهائي عليها، بمعنى أن نية الطرفين لم تتجه إلى إحداث آثار قانونية أو ترتيب علاقات تعاقدية ملزمة على هذا الاتفاق المرحلي المعلق على شرط الاتفاق على المسائل التفصيلية، والذي لم تترتب عليه قوته الملزمة، ويشترط لإبرام هذا النوع من الاتفاقات ذات النية التعاقدية المنفية توافر ثلاثة شروط:

١. أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد: فإذا لم يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، فإن هذا الاتفاق المرحلي لا ينشأ أساساً، ويقصد بالمسائل الجوهرية أركان العقد الثلاثة من تراضي ومحل وسبب.

٢. احتفاظ طرفي الاتفاق بالمسائل التفصيلية: أما إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية فحسب، ولم يأخذوا بنظر الاعتبار المسائل التفصيلية أصلاً، وأغفلاً ذكرها، ودون الاهتمام بها أساساً، فإن العقد النهائي يكون قد انعقد مباشرة ودون الحاجة إلى المرور باتفاق مرحلي.

٣. الاتفاق على تعليق انعقاد العقد النهائي بصورة كاملة على شرط الاتفاق على المسائل التفصيلية: وهذا الشرط الثالث هو الأهم، ومنه يمكن استخلاص مفهوم المخالفة للفقرة الثانية من المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي، وهو يعني عدم اتجاه نية الطرفين إلى إحداث أية آثار قانونية تترتب على الاتفاق المرحلي، لأن تعليق انعقاد العقد النهائي بصورة كاملة على الاتفاق على المسائل التفصيلية، وعدم الاكتفاء بالاتفاق على المسائل الجوهرية، يعني بأن المسائل التفصيلية صارت جوهرية، لا ينعقد العقد النهائي إلا بالاتفاق عليها.

ثانياً: المفاوضات العقدية.

انقسم فقه القانون المدني العراقي إلى اتجاهين بخصوص المفاوضات العقدية. وهذان الاتجاهان هما اتجاه قديم واتجاه حديث. فالإتجاه القديم^(٧٤) يرى بأنها مجرد أعمال مادية تقوم على أساس الواجب القانوني العام بعدم الانحراف غير المسلك المعتاد أو المألوف على نحو لا يلحق ضرراً بالغير، ولا تنشأ عنها أية رابطة عقدية بين الأطراف المتفاوضة، فهي مجرد عمل مادي لا يبلغ مبلغ التصرف القانوني،

والمفاوضات بحسب هذا الاتجاه لا تكون ملزمة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وهي ليست عقدا ولا تترتب عليها التزامات تعاقدية، ووفقا لهذا الاتجاه فإنه يمكن للمتفاوضين العدول عن المفاوضات بمطلق الحرية، وأن العدول بحد ذاته لا يصلح أن يكون سببا لنهوض مسؤولية الطرف العادل، إلا إذا اقترن العدول بخطأ ألحق ضررا بالمفاوض الآخر وفي مثل هذه الحالة فإنه ينبغي على الطرف الذي عدل عن المفاوضات أن يعرض المتفاوض الآخر عن الضرر الذي لحق به بسبب العدول الخاطئ وذلك على أساس الفعل الضار لا على أساس العقد فتكون المسؤولية في مثل هذه الحالة مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية، أما الاتجاه الحديث^(٧٥) فيؤيد الطبيعة العقدية للمفاوضات والتي يتمخض عنها عقد يعرف بعقد التفاوض وهو عقد تمهيدي مستقل عن العقد النهائي، ولا يلزم المتفاوضين بإبرام العقد النهائي، وأن مجرد دخول المتفاوضين في مفاوضات، فإن إرادتهم تتجه إلى إبرام اتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف التفاوض^(٧٦)، فالغاية من إضفاء الصفة العقدية على المفاوضات ووضعها في إطار تعاقدية هي تمكين المتفاوضين من إبرام عقد ينظم حقوقهما والتزاماتهما أثناء سير المفاوضات وحال فشلها^(٧٧)، ويكون مصدر الالتزامات الناشئة أثناء المفاوضات والتي تتمثل بشكل رئيس بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، ونحن نرى بأن الرأي الراجح هو إضفاء الصفة العقدية على المفاوضات ولاسيما في العقود المهمة، وذلك بسبب تزايد أهمية المفاوضات العقدية في الوقت الحاضر، مما يتوجب معها وجود عقد ينظم عملية التفاوض ووضعها ضمن إطار تعاقدية ابتداء من الدخول في المفاوضات والسير فيها بحسن نية وتحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين المتفاوضين.

الخاتمة

وتتضمن النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج.

وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١. تعد النية التعاقدية ركنا مستقلا وأساسيا من أركان العقد في القانون الإنكليزي، فضلا عن الرضاء ومقابل الالتزام بالوعد، وهي الأركان الثلاثة التي يقوم عليها العقد الرضائي البسيط، والنية التعاقدية هي القصد الذي يرمي إليه الطرفان المتعاقدان في خلق علاقات قانونية وإنشاء التزامات تعاقدية.
٢. انقسم فقه القانون الإنكليزي إلى قسمين بخصوص التكييف القانوني للنية التعاقدية، فذهب الاتجاه الأول إلى إنكار وجود ركن مستقل في تكوين العقد الإنكليزي يدعى بالنية التعاقدية، وأن وجود ركن

مقابل الالتزام بالوعد في العقود البسيطة الرضائية يكفي لوجود النية التعاقدية، أو يفترض ضمناً وجودها في العقد، وبعبارة أخرى فإن النية التعاقدية تندمج في مقابل الالتزام وترتبط به ارتباطاً وثيقاً فتقديم الموعد له لمقابل الالتزام بوعد الواعد يفترض ضمناً وجود النية التعاقدية لديه لإبرام عقد ملزم قانوناً، مع وجود تلك النية لدى الواعد أيضاً، لأنه لولا علمه بقيام الموعد بتقديم مقابل الالتزام لاحقاً، لما صدر عنه الوعد أصلاً، ولكننا إزاء وعد مجرد أو تبرعي غير ملزم يحتاج إلى الشكلية لنفاذه، أما الاتجاه الفقهي الثاني وهو الراجح فقد عد النية التعاقدية ركناً مستقلاً من أركان العقد الرضائي البسيط، والذي لا ينعقد صحيحاً ملزماً بمجرد توافر ركني الرضاء ومقابل الالتزام بالوعد.

٣. بالنسبة إلى التكييف القانوني للنية التعاقدية في القانون المدني العراقي فيمكن القول بأنها لا تشكل ركناً مستقلاً من أركان العقد، بل تندمج مع الإرادة التعاقدية والتي تعد ظاهرة نفسية ينعقد بها العزم على إبرام العقد وترتيب الآثار القانونية عليه إذا ما ارتبطت بإرادة أخرى وحصل التضاضي بينهما وتوافرت عناصرها الأخرى من محل وسبب واكتسبت مظهرها اجتماعياً يحفل به العالم الخارجي.

٤. بما أن قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) هو قانون عرفي غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ولا يتضمن قواعد عامة أسوة بالقانون المدني العراقي، فقد استقر هذا القانون، عن طريق التطبيقات القضائية للمحاكم الإنكليزية، على عدة أنواع من الاتفاقات التي تخلو من النية التعاقدية كالاتفاقات الاجتماعية والعائلية والجماعية، وغيرها مما سبق تناوله بالتفصيل في متن البحث، وبالمقابل فقد استقر الرأي لدى القضاة الإنكليز على وجود اتفاقات أخرى تشمل على النية التعاقدية، والتي يمكن إثباتها إما مباشرة عن طريق الدليل الكتابي أو ضمناً أو بطريقة غير مباشرة عن طريق القرائن القضائية، وإذا ما تم استخلاص النية التعاقدية عن طريق القرائن القضائية، فإن هذه القرائن غالباً ما تكون قرائن قوية لا يمكن دحضها إلا بأدلة أقوى منها، وهي الأدلة الكتابية.

٥. أما القانون المدني العراقي فلم يقسم الاتفاقات، وفقاً لانتفاء النية التعاقدية عنها أو وجودها فيها، لأنه يحتوي على قواعد عامة، خلافاً للقوانين الانكلوسكسونية، وقد أورد قاعدة عامة في المادة (٧٣) منه عرفت العقد، واستلزمت اتجاه إرادتي الإيجاب والقبول إلى إحداث آثار قانونية على وجه يثبت في المعقود عليه، والتي يمكن بموجبها تمييز العقد الذي خلصت له قوته الملزمة، عن الاتفاقات الأخرى غير الملزمة.

٦. وأخيرا فقد تبين لنا من هذه الدراسة، أن التفرقة بين العقد وبين الاتفاق لا تخلو من الأهمية، خلافا لرأي غالبية فقه القانون المدني العراقي، والتي ترى بعدم جدوى هذه التفرقة فالاتفاق يبقى أوسع نطاقا من العقد، لأنه قد يترتب على الاتفاق التزام أدبي أو شرفي، كالاتفاقات العائلية واتفاقات المجاملة الاجتماعية، فضلا عن الآثار القانونية الأخرى المتمثلة بإنشاء الالتزامات التعاقدية أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها، وبذلك يكون الاتفاق أوسع من العقد، لأن العقد يترتب آثارا قانونية فحسب، ولا تترتب عليه آثار أدبية أو شرفية.

ثانيا: التوصيات.

بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة فإننا نقترح التوصيات الآتية:

١. بما أننا توصلنا إلى استنتاج مؤداه أن الاتفاق هو أوسع نطاقا من العقد لأنه يشتمل أيضا على الاتفاقات الأخرى التي لا تتجه فيها النية إلى إحداث أثر قانوني، ولكن تقتصر على إحداث أثر أدبي وترتب التزاما أدبيا أو شرفيا، لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثانية إلى المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي تشير إلى الاتفاقات ذات القيمة الأدبية غير الملزمة قانونا بدلا عن استخلاصها من مفهوم المخالفة للفقرة الأولى من هذه المادة فيكون النص كالاتي: (إذا تبين أن ارتباط الإيجاب بالقبول لم يحدث أثره في المعقود عليه، فإنه يترتب على ذلك اتفاق يحدث آثارا أدبية).

٢. نقترح على المشرع العراقي إيراد نص يحدد القيمة القانونية للاتفاق العائلي المبرم بين أحد الوالدين والولد في حالة اتجاه النية إلى إحداث أثر قانوني أو عدم اتجاهها إلى ذلك، ويكون النص المقترح كالاتي: (إذا ارتبط الإيجاب الصادر عن أحد الوالدين بالقبول الصادر عن ولده على إبرام اتفاق عائلي، فإن هذا الاتفاق لا يثبت أثره في المعقود عليه، ما لم يتبين من طبيعة المعاملة اتجاه نية الطرفين إلى إحداث أثر قانوني)، أما إذا كان الاتفاق العائلي مبرما بين الزوجين، فإنه يمكن إيراد نفس النص وكالاتي: (إذا ارتبط الإيجاب الصادر عن أحد الزوجين بالقبول الصادر عن زوجه على إبرام اتفاق عائلي، فإن هذا الاتفاق لا يثبت أثره في المعقود عليه، ما لم يتبين من طبيعة المعاملة اتجاه نية الطرفين إلى إحداث أثر قانوني).

المصادر

أولا: المصادر باللغة العربية.

أ- الكتب.

١. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
 ٢. د. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.
 ٣. د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
 ٤. د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
 ٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
 ٦. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
 ٧. د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوأمريكي، مع مقدمة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة، بغداد، ١٩٩١.
 ٨. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي، ١٩٨٠.
 ٩. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ط١، ٢٠١١.
 ١٠. د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهدين، ٢٠٠١.
 ١١. د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢.
 ١٢. د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، ١٩٨٧.
 ١٣. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات آراس، ٢٠٠٥.
 ١٤. مصطفى سلمان الحبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
- ب. القوانين.**

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢. قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law).

ج. الرسائل والأطاريح.

سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٩٩٨.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

1. Allan Farnsworth, contracts, Fourth edition, Aspen publishers, 2004.
2. Brian Blum, contracts, Fifth edition, consideration case analysis of contract obligation, Wolters Kluwer, 2011.
3. Ewan mckendrick, contract law, 6th ed, Palgrave Macmillan, 2005.
4. Hugh Beale, BenedicteFauVARQue–cosson , jacobienRuTGers, Denis Tallon and Stefan VoGenauer, case and materials and Text on contract law, Second edition, Hart Publishing, 2010.
5. joseph perillo, calamari and perillo on contract, Fifth edition, Thomson west, 2004.
6. Martin HOGG, Promises and Contract Law, comparative perspectives, Cambridge, 2011.
7. Marvin chirelstein, concepts and case analysis in the law of contracts, sixth ed. Foundation press, 2010.
8. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, 15th ed. oxford university press, 2007.
9. Mindy–chenWishart, contract law, Fourth ed. Oxford University Press, 2012.
10. Pamela Tepper, the law of contract and the uniform commercial code,DELMAR, Cengag learning, 2012.
11. Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing, 1999.
12. Robert Duxbury. Nutshell, Contract Law, sweet and Maxwell, 2001.

13. Robert Hillman, Principles of contract law, concise hornbook, second ed. west, 2009.
14. Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract. Sixth edition, Clarendon press, oxford, 2005.
15. Treitel, The law of contract, Sweet and Maxwell, 2010.
16. Williston, Williston on contracts, Third edition, Mount Kisco, New York, 1957.

الهوامش

- (1) Robert Duxbury.Nutshell, Contract Law, sweet and Maxwell, 2001, P.17.
- (2) Mindy-chenWishart, contract law, Fourth ed. Oxford University Press, 2012, P.103, see also Pamela Tepper, the law of contract and the uniform commercial code,DELMAR, Cengag learning, 2012, P.12
- (3) Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract. Sixth edition, Clarendon press, oxford, 2005, P.99.
- (4) Robert Duxbury, ibid, P.14.
- (5) Paul Richards, law of contract, fourth ed, financial times, pitman publishing, 1999, P.70.
- (6) Williston, Williston on contracts, Third edition, Mount Kisco, New York, 1957, P.39.
- (٧) اختلفت المصطلحات التي أطلقها الفقه في العراق لترجمة مصطلح (consideration) فقد ترجمه الفقيه الكبير الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم رحمه الله بمصطلح (الاعتبار) وعرفه بأنه (ضرر يصيب أحد المتعاقدين ومنفعة يحصل عليها المتعاقد الآخر، كما سماه أيضا بالمقابل أو العوض (quid pro quo) لأنه يحمل معنى المقابلة بين المنفعة والضرر. ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوأمريكي، مع مقدمة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة، بغداد، ١٩٩١، ص ١٦٩ و ١٨٩ وترجمه آخرون بـ(المقابل) ينظر د. مجيد حميد العنكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهدين، ٢٠٠١، ص ٢٣
- (٨) د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١٠.
- (٩) يكفي لانعقاد العقد الشكلي توافر ركنين هما الرضاء والشكل، على الرغم من عدم توافر المقابل، مثال ذلك عقود التبرع كالهبة التي لا تتعد في القانون الإنكليزي كعقد رضائي بسيط وتسمى بالعقد العاري (nudumpactum) الذي يخلو من المقابل، ولا تتعد إلا إذا أفرغت في شكلية معينة تقوم مقام المقابل، وتسمى حينئذ بالعقد المعرف contract under seal or (contract by deed) لمزيد من التفصيل ينظر Paul Richards, ibid, P.46.
- (10) Paul Richards, ibid, P.64.
- (11) Williston, ibid, P.21.

- (12) Brian Blum, contracts, Fifth edition, consideration case analysis of contract obligation, Wolters Kluwer, 2011, P.153, see also Marvin chirelstein, concepts and case analysis in the law of contracts, sixth ed. Foundation press, 2010, P.12.
- (13) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, 15th ed. oxford university press, 2007, P.143, see also Paul Richards, ibid, P.70 also Treitel, The law of contract, Sweet and Maxwell, 2010, P.176, Robert Duxbury, ibid, P.14 also Allan Farnsworth, contracts, Fourth edition, Aspen publishers, 2004, P.45.
- (14) Ewan mckendrick, contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.130.
- (15) Robert Duxbury, ibid, P.3.
- (16) Robert Hillman, Principles of contract law, second edition . west, 2009, P.39.
- (١٧) يرى جانب من الفقه الإنكليزي بأن الاتفاق يكون مجرد هزل أو هراء عندما لا تتجه نية أطرافه إلى إنشاء التزامات تعاقدية وترتيب آثار قانونية على الاتفاق كما في الاتفاقات التي يشوبها الغموض والتي سوف نتطرق إليها لاحقاً لمزيد من التفصيل ينظر Treitel. The law of contract.Sweet and Maxwell, 2010, P.176.
- (18) Stephen Smith, ibid, P.99.
- (19) treitel, ibid, P.188.
- (20) Hugh Beale, BenedicteFauVARQue-cossonjacobienRuTGers Denis Tallon and Stefan VoGenauer, case and materials and Text on contract law, Second ed, Hart Publishing, 2010, P.64.
- (٢١) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١١٣.
- (٢٢) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢١ و ٣٤.
- (٢٣) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٤.
- (٢٤) د.محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دارالكتب القانونية، ٢٠١٢، ص ١٣٣.
- (٢٥) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٢٤.
- (٢٦) د. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ١٣٣.
- (٢٧) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات آراس، ٢٠٠٥، ص ٨٩.
- (٢٨) يرى جانب من فقه القانون المدني العراقي بأن ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي والمستنبطة من القاعدة الفقهية الواردة في المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية، لا يعني بأن المشرع العراقي أخذ هنا بالإرادة الباطنة، بل أن المقصود هو جواز وقوف القاضي عند حرفية النص عند قيامه بتفسير العقد، ولكن يجب عليه البحث عن النية المشتركة للطرفين، ينظر د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٤٢.
- (٢٩) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٣٢.
- (٣٠) د. محمد صديق محمد عبد الله، مصدر سابق، ص ١١٩.
- (٣١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٨٤.
- (32) Michael Furmston, ibid, P.142.

- (٣٣) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ٣١.
- (٣٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٥٩.
- (٣٥) د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٦.
- (36) Paul Richards, *ibid*, P.70 see also Joseph Perillo, Calamari and Perillo on Contract, Fifth edition, Thomson West, 2004, P.26.
- (٣٧) د. مجيد حميد العنبي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهريين، ٢٠٠١، ص ٤٧.
- (38) Treitel, *ibid*, P.187.
- (39) Stephen Smith, *ibid*, P.99.
- (٤٠) الالتزامات الأدبية أو الشرفية هي الالتزامات تخرج خارج نطاق دائرة القانون ولا تترتب عليها أية آثار قانونية وتستمد قوتها من ضمير الأطراف وشرفهم وأمانتهم ونزاهتهم ولا تترتب عليها الآثار القانونية الملزمة التي تترتب على الالتزامات على وجه العموم سواء أكانت عقدية أم قانونية لمزيد من التفصيل ينظر Treitel, *ibid*, P.178.
- (41) Treitel, *ibid*, P.178.
- (42) Treitel, *ibid*, P.178.
- (43) Robert Duxbury, *ibid*, P.7.
- (44) Treitel, *ibid*, P.56.
- (45) Stephen A. Smith, *ibid*, P.102.
- (46) Paul Richards, *ibid*, P.70.
- (47) Michael Furmston, *ibid*, P.144.
- (48) Robert Duxbury, *ibid*, P.15.
- (49) Ewan mckendrick, contract law, *ibid*, P.130.
- (50) Paul Richards, *ibid*, P.71.
- (51) Michael Furmston, *ibid*, P.146.
- (52) Ewan mckendrick, *ibid*, P.132.
- (53) Treitel, *ibid*, P.181.
- (٥٤) مصطفى سلمان الحبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٨٨.
- (55) Paul Richards, *ibid*, P.74.
- (56) Treitel, *ibid*, P.182 see also Martin HOGG, Promises and Contract Law, comparative perspectives, Cambridge, 2011, P.235.
- (57) Robert Duxbury, *ibid*, P.16.
- (58) Ewan mckendrick, *ibid*, P.135.
- (59) Michael Furmston, *ibid*, P.154.
- (60) Treitel, *ibid*, P.185.
- (61) Treitel, *ibid*, P.54.

-
- (62) Treitel, *ibid*, P.64.
(63) Michael Furmston, *ibid*. P.87.
(64) Ewan mckendrick, *ibid*, P.131.
(65) Paul Richards, *ibid*, P.72.
(66) Robert Duxbury, *ibid*, P.16.
(67) Ewan mckendrick, *ibid*, P.132 and 134 .
(68) Treitel, *ibid*, P.188.
(69) Stephen Smith, *ibid*, P.100.
(70) Robert Duxbury, *ibid*, P.33.
(71) Michael Furmston, *ibid*, P.87.

(٧٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٧٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أبريل، ط١، ٢٠١١، ص ١٣٨.

(٧٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٢٥ ود. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٧٥) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٧٦) د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٠٤.

(٧٧) سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٩٩٨، ص ٨٤.