إساءة استعمال النفوذ كعيب من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي

دراسة مقارنة بالقانون العراقي

الدكتور يونس صلاح الدين علي
مدرس القانون الخاص
كلية القانون والعلاقات الدولية
جامعة جيهان الخاصة

الملخص

يعد النفوذ غير المشروع عيباً من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، وهو تأثير مهيمن يتمتع به الطرف القوي صاحب النفوذ، يمكنه من ممارسة ضغط غير مشروع على الطرف الضعيف المتأثر بالنفوذ، لغرض حثه، وإذا تطلب الأمر إجباره على إبرام عقد والدخول في صفقة خلافا لإرادته، وهو من المبادئ الإنصافية التي يرجع أصلها إلى قواعد العدالة والإنصاف، والتي استنبطتها وطبقتها محاكم الإنصاف الإنكليزية، والتي بمقتضاها كانت تبطل الصفقات المنافية لقواعد الضمير، التي كان يتمتع فيها أحد الطرفين بمركز يمكنه من استغلال ضعف الطرف الآخر، ثم أدخل هذا المبدأ لاحقا إلى قانون الأحكام العام (Common Law) ، في حين نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الشوكة أو النفوذ الأدبي.

Abstract

Undue influence is considered as a vitiating factor or defect in English law. It is a dominating influence, with which the ascending party enjoys, and which enables him to exert an illegitimate pressure on the unduly influenced weaker party, in order to induce, or force him, to conclude a contract and enter into a transaction, against his will. It is also worth-bearing in mind that the doctrine of undue influence is an equitable one, originating from the rules of equity, applied by English courts of equity, and by which these courts set aside unconscionable bargains, in which one party is in a position to exploit the weakness of the other. It is also worth-mentioning that this doctrine has been included in the English common law. Whereas the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 has enacted and organized the ascendency or the moral influence.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: يعد النفوذ غير المشروع عيباً من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، وهو تأثير مهيمن يتمتع به الطرف القوي صاحب النفوذ، يمكنه من ممارسة ضغط غير مشروع على الطرف الضعيف المتأثر بالنفوذ، لغرض حثه، وإذا تطلب الأمر، إجباره على إبرام عقد والدخول في صفقة خلافا لإرادته. وهو من المبادئ الإنصافية التي يرجع أصلها إلى قواعد العدالة والإنصاف، والتي استنبطتها وطبقتها محاكم الإنصاف الإنكليزية، بسبب ضيق نطاق عيب الإكراه . وبالمقابل فقد نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الشوكة أو النفوذ الأدبي، وعد إساءة استعماله إكراها، وقصره على العلاقة الزوجية. على الرغم من إمكانية توظيفه في أنواع أخرى من العلاقات.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو ما يثيره النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي من صعوبات كبيرة ، لكونه من المواضيع المعقدة ، والتي يجد الباحث القانوني صعوبة التعامل مع جزئياتها. وحتى المحاكم الإنكليزية نفسها تواجه صعوبات كبيرة في الفصل في قضايا النفوذ غير المشروع، لصعوبة التمييز بين الضغط غير المشروع الذي يشكل قوام النفوذ غير المشروع وبين الإكراه.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في دراسة موضوع آثار جدلاً فقهياً كبيرا في القانون الإنكليزي، لأن المحاكم الإنكليزية اضطرت إلى استنباط مبدأ النفوذ غير المشروع من قواعد العدالة والإنصاف، وذلك لتكملة النقص الذي شاب نظامين قانونيين بارزين، وهما نظام الإكراه (duress) ونظام التصوير غير الحقيقي أو التدليس (misrepresentation).

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في عدم معالجة القانون المدني العراقي لموضوع الشوكة أو النفوذ الأدبي بما يستحقه من المعالجة، إذ لم يضع نظاماً قانونياً متكاملاً لهذا الموضوع الحيوي الذي تمتد آثاره إلى أنواع مختلفة من العلاقات القانونية، وعد إساءة إستعماله تطبيقاً من تطبيقات الإكراه، وحصر استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في العلاقة بين الأزواج.

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي من حيث ماهيته وأنواعه وإثباته والجزاء المترتب على إساءة استعماله، فضلاً عن البحث في موضوع الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون المدني العراقي.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوعي النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي، والشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون المدني العراقي، ومقارنتهما مع بعضهما البعض .

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم النفوذ غير المشروع في القانونين الإنكليزي والعراقي.

المبحث الثاني: إثبات النفوذ غير المشروع والجزاء المترتب عليه في القانونين الإنكليزي والعراقي.

المبحث الأول

ماهية النفوذ غير المشروع في القانونين الإنكليزي والعراقي

إن دراسة موضوع النفوذ غير المشروع في القانونين الإنكليزي والعراقي تستوجب البحث في ماهيته ، وقد كرسنا هذا البحث لدراسة النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي، كأساس لهذه الدراسة، ثم بيان موقف القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ . لذا فسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في الأول ماهية النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي، وفي الثاني ماهية الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون المدني العراقي وفي الثالث مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون العراقي وكما يأتي :

المطلب الأول

مفهوم النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي

لغرض التعرف على ماهية النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي، فإنه ينبغي تعريفه وبيان أساسه القانوني ثم مقارنته بنظام قانوني آخر يشتبه به هو نظام الإكراه في ظل قانون الأحكام العام الإنكليزي ، ثم دراسة أنواعه ، وذلك في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول

تعريف النفوذ غير المشروع

يعد النفوذ غير المشروع عيباً من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، وهو أحد المبادئ الإنصافية التي تتسم بالمرونة(

١) ، والتي يرجع أصلها إلى قواعد العدالة والإنصاف(٢) ويعرف جانب من الفقه الإنكليزي(٣) النفوذ غير المشروع بأنه (تأثير طاغ أو مهيمن يتمتع به المدعى عليه، ويمكنه من ممارسة ضغط غير مشروع على المدعي، لإجباره على إبرام عقد، والدخول في علاقة تعاقدية، خلافاً لإرادته، وما كان ليوافق على إبرامه لولا ذلك التأثير، والذي يعد سلوكاً غير مقبول للحصول على رضاء المدعي). وعرفه جانب آخر من الفقه الإنكليزي(٤) بأنه (تأثير يحث بمقتضاه أحد الطرفين الطرف الآخر على إبرام العقد أو الدخول في الصفقة (transaction)، عن طريق ضغط غير مشروع، تأباه قواعد العدالة والإنصاف، يمارسه الأول على إرادة الثاني، ودون أن يبلغ منزلة الإكراه، لعدم وجود عنصره المادي المتمثل بالعنف البدني، والمعنوي المتمثل بالتهديد). وعرفه ثالث(٥) بأنه (استغلال أحد الطرفين للآخر لغرض إبرام عقد، والحصول على منافع غير منصفة من ذلك العقد، وذلك عن طريق الإساءة إلى الثقة (abuse of confidence) التي أولاها الثاني للأول، أو عن طريق هيمنته أو سطوته عليه). يتبين من هذه التعاريف بأن

النفوذ غير المشروع هو تأثير يقوم على أساس السطوة أو الهيمنة التي يفرضها شخص على آخر، بحيث تسمح للأول أن يمارس ضغطاً غير مشروع على إرادة الثاني، لإبرام عقد يصب في مصلحة الأول(٦) ، ويعرف الطرف الأول، وهو المدعى عليه، بصاحب النفوذ أو الطرف المهيمن. أما الطرف الثاني في العلاقة العقدية، وهو المدعي، فيعرف بالطرف المتأثر بالنفوذ، أو الطرف الضعيف. ويتصرف الطرف الأول على نحو مناف لقواعد الضمير، وتتجسد منافاة قواعد الضمير (unconscionability) باستغلال ضعف الطرف الثاني، لإبرام عقود بشروط مناسبة للطرف الأول، يحقق من ورائها منافع غير منصفة تجافي العدالة(٧) ، وتعرف بالصفقات المنافية لقواعد الضمير (unconscionable bargains)(٨). وتبين لنا من التعاريف السابقة بأن نقطة الضعف التي يعاني منها الطرف الثاني (المدعي)، مردها إلى أمرين، الأول مباشر والثاني غير مباشر، فنقطة الضعف المباشرة تتمثل بوجود علاقة يكون فيها لأحد الطرفين هيمنة أو سطوة مباشرة على الطرف الآخر، تمكنه من تحقيق منفعة غير منصفة، أو غير مشروعة، عن طريق إساءة استعمال النفوذ (abuse of influence)، فينشأ عنها نفوذ غير مشروع وهو ما يعرف بالنفوذ غير المشروع الحقيقي (actual undue influence). أما نقطة الضعف غير المباشرة فتتمثل بالثقة أو الائتمان الذي يوليه المدعي للمدعى عليه، فيستغل الأخير ذلك الائتمان أو تلك الثقة لإبرام عقود تصب في مصلحته، وبشروط مربحة بالنسبة إليه(٩). وهو ما يعرف بالنفوذ غير المشروع المفترض (presumed undue influence). كما يقوم النفوذ غير المشروع على فكرة الاستغلال ، عند قيام أحد الطرفين المتعاقدين باستغلال الآخر لتحقيق منفعة غير مشروعة .

الفرع الثاني

الأساس القانوني للنفوذ غير المشروع

اختلف الفقه الإنكليزي بشأن الأساس القانوني للنفوذ غير المشروع، وقد انقسم هذا الفقه إلى اتجاهين بخصوص هذه المسألة، فذهب الاتجاه الأول(١٠) إلى أن الأساس القانوني للنفوذ غير المشروع هو مبدأ عدم المساواة في القوة التفاوضية (principle of inequality of bargaining power) بين الطرفين في العلاقة التعاقدية، والذي يؤدي بدوره وبسهولة إلى تبني مبدأ منافاة قواعد الضمير في التعاقد (unconscionability)، وبحسب هذا الرأي الفقهي، فإن هذا المبدأ الأخير يمكن أن يظهر إلى الوجود في الحالات التي يكون فيها أحد الطرفين المتعاقدين

قوياً بسبب هيمنته أو سطوته على الطرف الآخر، فيتعاقد معه على نحو مناف لقواعد الضمير ، عن طريق استغلال ما يعاني منه من ضعف ، وذلك للحصول على أقصى ما يمكن من منافع. إلا أن الرأي الذي تمسك به هذا الاتجاه تعرض إلى الانتقاد من لدن القاضي اللورد (Denning) ، والذي يرى أن من الصعوبة بمكان أن تستند المحاكم الإنكليزية على مبدأ منافاة الضمير لإبطال العقود المبرمة في مثل تلك الحالات(١١) ، وذلك لسببين: الأول: أنه ينبغي على المدعي إثبات أن الصفقة منافية لقواعد الضمير(unconscionable bargain) ، وأن المدعى عليه تصرف على هذا النحو، حتى وإن لم ينزل تصرفه منزلة الإكراه. فالمحكمة ينبغي عليها أن تقضي بمجافاة المدعي لقواعد الضمير ، في حين يشير الواقع العملي إلى أن العقد يمكن إبطاله على أساس النفوذ غير المشروع، حتى وإن كان سلوك المدعى عليه لا غبار عليه. كما في قضية(١٢) (Hammond v. Osborn 2002 All ER (D) 232) والتي تبلورت عن الحكم الصادر فيها سابقة قضائية قررت بمقتضاها المحكمة إمكانية إبطال العقد، حتى وإن كان سلوك المدعى عليه سليماً لا غبار عليه، وتتلخص وقائع هذه القضية بتلقي السيدة (Osborn) لهبة بمبلغ ٣٠٠٠٠٠ ألف جنيه من جارها وهو رجل كبير طاعن في السن، كان يعيش بمفرده بعد أن فقد كل أفراد عائلته، فتولت السيدة (Osborn) رعايته والعناية به، وقد ادعى هذا الرجل بأن تلك السيدة مارست عليه نفوذاً غير مشروع، أجبره على إجراء تصرف قانوني أفقده كل ثروته تقريباً، فنشأت لمصلحته قرينة النفوذ غير المشروع المفترض (presumption of presumed undue influence)، فصدر حكم محكمة الاستئناف لمصلحته، والقاضي بإلزام السيدة (Osborn) برد الهبة، وإبطال العقد، لأنها أخفقت في نفي قرينة النفوذ غير المشروع، وذكر القاضي السير (Martin Nourse) في الحكم الصادر عن المحكمة بأنه وعلى الرغم من أن سلوك المدعى عليها السيدة (Osborn) كان سليماً لا غبار عليه، ولم يقترن بأي ضغط غير مشروع على إرادة المدعى، ولم يكن منافياً لقواعد الضمير ، وخاليا من أي سوء نية ، إلا أن ذلك لا ينفي وجود نفوذ غير مشروع مفترض من جانب السيدة (Osborn)، والتي لم تتمكن من نفي قرينته(١٣)، لأنها أساءت إلى الثقة التي منحها لها الواهب ، على الرغم من أن سلوكها لم يكن مشوباً بأية شائبة. أما السبب الثاني فيكمن في صعوبة الاعتماد على مبدأ منافاة قواعد الضمير كأساس قانوني للنفوذ غير المشروع . وعليه فأنه ينبغي على المدعي المتمسك بالنفوذ غير المشروع أن يثبت بأن الصفقة كانت ضارة بالنسبة إليه ضرراً محضاً ، وقد استبعدت المحاكم الإنكليزية هذا الشرط من كل قضايا النفوذ

غير المشروع الحقيقي(١٤)، واستبدلته في قضايا النفوذ غير المشروع المفترض بشرط كون الصفقة مشكوك في صحتها وتستدعي التوضيح (impugned transaction that calls for explanation). أما الاتجاه الثاني(١٥)وهو الراجح في الوقت الحاضر فيرى بأن النفوذ غير المشروع هو عيب من عيوب الإرادة مستقل بحد ذاته عن عيب الإكراه. ويستند على قواعد النظام العام التي تسمح بإبطال العقد بسبب الرضاء المعيب للمدعي، والذي هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. وهو ما أكده مجلس اللوردات في حكمه في قضية (Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No.2) 2001 **All ER (D) 156**). والتي تتلخص وقائعها بقيام الزوجة برهن بيت الزوجية من أجل ضمان القرض الذي حصل عليه زوجها لدعم مشروعه التجاري. وعندما امتنع عن الوفاء بقيمة القرض، سعى المصرف المقرض إلى اتخاذ إجراءات بيع البيت لاسترداد قيمة القرض . فأقامت الزوجة الدعوى وادعت بإساءة استعمال زوجها لنفوذه تجاهها. فقضى مجلس اللوردات بأن إساءة استعمال النفوذ تعد عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة . وأن الغاية من دعوى إساءة استعمال النفوذ غير المشروع هي وسيلة للحصول على الحماية الإنصافية (Equitable protection) من الآثار السلبية للنفوذ غير المشروع المفرط الذي يمارسه شخص ما على إرادة شخص آخر. وينبغي على المحكمة وضع المصرف المانح للقرض قيد التحقيق، متى ما قامت الزوجة برهن أموالها للوفاء بديون زوجها(١٦)

الفرع الثالث

تمييز النفوذ غير المشروع عما يشتبه به

يشتبه النفوذ غير المشروع بالإكراه والذي هو عيب مستقل من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي ، والاستغلال الذي لا يعد عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة في هذا القانون. وعليه فسوف نميز بين النفوذ غير المشروع من جهة وبين كل من الإكراه والاستغلال من جهة أخرى وكما يأتي :

أولاً : التمييز بين النفوذ غير المشروع وبين الإكراه

يعد الإكراه عيباً من عيوب الإرادة ، كما هو الحال بالنسبة إلى النفوذ غير المشروع، ويعرف جانب من الفقه الإنكليزي(١٧)الإكراه بأنه (ضغط غير مشروع يسلط على إرادة شخص

ما لإجباره على إبرام عقد خلافاً لإرادته، عن طريق العنف البدني أو التهديد باللجوء إلى العنف البدني، ويجعل العقد قابلاً للإبطال) وسوف نميز بين هذين النظامين القانونيين عن طريق بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما وكما يأتي :

أ- أوجه الشبه: يتشابه النفوذ غير المشروع مع الإكراه في المسائل الآتية:

١. يعد كلاً من النفوذ غير المشروع والإكراه ضغطاً غير مشروع على إرادة أحد المتعاقدين.
٢. لا يعدم كلاهما إرادة المتعاقد ، ولكنهما يؤديان إلى التعبير عنها بصورة غير صحيحة.
٣. ويتشابهان أخيرا في أن كليهما يعد عيباً من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال.

ب- : أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر فإنه تبرز بين هذين النظامين القانونيين الاختلافات الآتية.

١. يختلف النفوذ غير المشروع عن الإكراه من حيث الوسائل، فالنفوذ غير المشروع يتم عن طريق استغلال الهيمنة وعلاقة الثقة، أما الإكراه فيتم عن طريق العنف البدني أو التهديد به.
٢. يختلف النفوذ غير المشروع عن الإكراه من حيث المصدر، فمصدر الأول هو قواعد العدالة والإنصاف . أما مصدر الثاني فهو قانون الأحكام العام(١٨).
٣. على الرغم من أن ممارسة كل من النفوذ غير المشروع والإكراه تتم عن طريق ضغط غير مشروع على إرادة المتعاقد الآخر، إلا أنهما يختلفان من حيث نطاق التطبيق، فالنفوذ غير المشروع أوسع نطاقا من الإكراه، لأن الإكراه يتحدد بعنصرين: مادي وهو العنف البدني، ومعنوي وهو التهديد بالعنف البدني(١٩) ، في حين لا يقوم النفوذ غير المشروع على هذين العنصرين. لأن مفهوم الضغط غير المشروع بحد ذاته أوسع نطاقاً من العنف والتهديد. وقد كان ضيق نطاق تطبيق عيب الإكراه (duress) هو السبب الرئيس في استنباط مبدأ النفوذ غير المشروع عن طريق قواعد العدالة والإنصاف لسد النقص في قانون الأحكام العام(٢٠) .
٤. كما يختلف النفوذ غير المشروع عن الإكراه من حيث الأنواع: إذ يصنف النفوذ غير المشروع من حيث مصدره إلى نوعين هما: النفوذ غير المشروع لأحد الطرفين المتعاقدين، والنفوذ غير

المشروع للغير الأجنبي عن العقد، ويصنف من حيث إثباته إلى نوعين هما : النفوذ غير المشروع الحقيقي، والنفوذ غير المشروع المفترض. أما الإكراه في القانون الإنكليزي فيصنف إلى ثلاثة أنواع(٢١): إكراه تجاه الأشخاص (Duress of the person) وإكراه تجاه الأمتعة (Duress of Goods) والإكراه الاقتصادي (Economic Duress).

ثانياً : التمييز بين النفوذ غير المشروع وبين الاستغلال

يقصد بالاستغلال في القانون الإنكليزي قيام أحد المتعاقدين بإنتهاز نقطة ضعف لدى المتعاقد الآخر. وسوف نميز بين هذين النظامين القانونيين عن طريق بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما وكما يأتي :

أ- يتشابه النفوذ غير المشروع مع الاستغلال في المسائل الآتية :

١- يتشابهان أخيرا في أن كليهما يقوم على مبدأ منافاة قواعد الضمير في التعاقد (unconscionability) (٢٢)
٢- ويتشابهان أيضاً في أن كليهما يقوم على مبدأ عدم المساواة في القوة التفاوضية (principle of inequality of bargaining power) بين الطرفين في العلاقة التعاقدية.
٣- ويتشابهان من حيث أن كليهما يقوم على أساس استغلال أحد المتعاقدين لضعف لدى المتعاقد الآخر.

ب-أوجه الاختلاف : يختلف النفوذ غير المشروع عن الاستغلال في المسائل الآتية

١- بعد النفوذ غير المشروع بحد ذاته عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة في القانون ألإنكليزي ، أما الاستغلال فلا يعد عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة.
٢- ويختلفان من حيث مصدر الضعف الذي يستغله أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر. ففي إساءة استعمال النفوذ فإن مصدر الضعف هو علاقة ثقة وائتمان بين الطرفين المتعاقدين، فيستغلها أحد الطرفين لتحقيق منفعة غير مشروعة(٢٣) . أما في الاستغلال فإن مصدر الضعف هو حاجة أحد المتعاقدين الناشئة عن حالة الضرورة (state of necessity)

٣- يعد الاستغلال أوسع نطاقاً من النفوذ غير المشروع ، فالنفوذ غير المشروع يقوم على فكرة الاستغلال (exploitation)، عندما يتمخض عن العلاقة بين الطرفين المتعاقدين قيام أحدهما باستغلال الآخر لتحقيق منفعة غير مشروعة أو غير منصفة، تصيب الطرف الآخر الضعيف بضرر محض، وذلك لأن الطرف القوي يكون في موقع أو وضع يسمح له بالهيمنة على الطرف الضعيف، وأن تكون له سطوة عليه، كما يظهر الاستغلال في صورة أخرى، وهي قيام أحد الطرفين بالإساءة إلى الثقة (abuse of confidence) التي منحها له الطرف الآخر(٢٤) .

الفرع الرابع

أنواع النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي

يصنف النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي إلى نوعين رئيسين(٢٥): هما النفوذ غير المشروع الحقيقي (actual undue influence) والنفوذ غير المشروع المفترض (presumed undue influence). ويصنف النفوذ غير المشروع المفترض بدوره إلى نوعين فرعيين هما النفوذ غير المشروع المفترض الذي يقوم على علاقات الائتمان والثقة المفترضة(٢٦). والنفوذ غير المشروع المفترض الذي يقوم على علاقات الائتمان والثقة الحقيقية، وهي ليست علاقات خاصة، وسوف نبحث في هذين النوعين الرئيسين وكما يأتي:

أولاً : النفوذ غير المشروع الحقيقي

في النفوذ غير المشروع الحقيقي يمارس صاحب النفوذ ضغطاً حقيقياً أو فعلياً على الطرف الضعيف لإجباره، أو على الأقل حثه على إبرام العقد، وبشروط تحقق مصالحه، وتمنحه أرجحية كبيرة على الطرف الضعيف(٢٧) ،والذي ما كان ليوافق على إبرام العقد، لولا النفوذ الطاغي الذي خضع له. فصاحب النفوذ هو المستفيد من العقد(٢٨)، وغالباً ما يظهر الضغط الحقيقي في العلاقة الزوجية، فيمارسه الزوج على زوجته، أو يمارس على شخص كبير في السن، إما من أحد أقربائه الذي يتولى رعايته، أو من الممرضة التي تعتني به(٢٩). بحيث لا

يترك له ذلك الضغط أي مجال للحصول على استشارة مستقلة. وتعد قضية (Bank of credit and commerce international SA v. Aboody 1990 -4 All ER 955) مثالاً واضحاً على ممارسة النفوذ غير المشروع الحقيقي ضمن نطاق العلاقة الزوجية، وتتلخص وقائعها بامتلاك زوج وزوجته حصصاً في شركة عائلية. وقد طلب المصرف الذي تتعامل معه الشركة من الزوج تقديم تأمين لضمان ديونه في الشركة. فمارس نفوذاً غير مشروع حقيقي على زوجته لحثها على رهن المنزل الذي تمتلكه لضمان مبلغ القرض الذي اقترضه الزوج من المصرف للوفاء بديونه. وعندما حان موعد استحقاق القرض، لم يتمكن الزوج من الوفاء بالدين، فسعى المصرف إلى تنفيذ الرهن، فأقامت الزوجة الدعوى أمام المحكمة وطالبت ببطلان الرهن، على أساس تعرضها لنفوذ غير مشروع حقيقي من زوجها، تمثل بالضغط عليها وعلى نحو غير مشروع لإبرام عقد الرهن، وعلى الرغم من أنه ثبت للمحكمة ممارسة الزوج لنفوذ غير مشروع حقيقي على زوجته، إلا أنها لم تبطل الرهن لسبب بسيط، وهو أن الصفقة لم تكن ضارة بالزوجة ضرراً محضاً ، لأنها كانت تمتلك أيضا حصة في تلك الشركة، وهو دليل على أن الرهن يعود عليها بالمنفعة، فقضت المحكمة بتنفيذ الرهن لمصلحة المصرف وردت دعوى الزوجة .

ثانياً : النفوذ غير المشروع المفترض

يقوم النفوذ غير المشروع المفترض على أساس وجود علاقة بين الطرفين المتعاقدين، تنشأ عنها قرينة تعرف بقرينة النفوذ غير المشروع (presumption of undue influence)(٣٠) . وتعرف هذه العلاقة بعلاقة الثقة (fiduciary relationship) ، وهي من المفاهيم أرستها محاكم الإنصاف للتأكيد على مفاهيم الضمير وحسن النية، وطورت مبدأً عاماً ومرناً ينطبق على قانون العقد ، مؤداه أن الشخص ينبغي عليه عدم الإساءة إلى الثقة التي وضعها فيه شخص آخر، وأن علاقة الائتمان والثقة بين المدعي والمدعى عليه تسمح بافتراض قرينة مؤداها إقدام المدعي عليه على ارتكاب إساءة إلى الثقة التي أولاها إياه المدعي، من أجل حثه على الدخول في صفقة مشكوك في صحتها (impugned transaction)، وليس من الضروري أن يثبت الطرف الضعيف بأن تلك الصفقة نجمت عن نفوذ غير مشروع. وتصنف علاقات الائتمان والثقة إلى نوعين: الأول هو

علاقات الائتمان والثقة المفترضة، والثاني علاقات الائتمان والثقة الحقيقية . وسوف نقوم بدراسة هذين النوعين من العلاقات وكما يأتي:

١- علاقات الائتمان والثقة المفترضة :

تعد علاقات الائتمان والثقة المفترضة (relationships of presumed trust and confidence) بمثابة علاقات خاصة تقوم على أساس الثقة، تنشأ عنها وبحكم القانون قرينة تعرف بقرينة النفوذ فقط (presumption of influence). وليس النفوذ غير المشروع، إذ يفترض القانون وعلى نحو غير قابل لإثبات العكس أن أحد الطرفين له نفوذ على الطرف الآخر، فتتمخض عن تلك العلاقة الخاصة قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس (irrebuttable conclusive presumption)، أي أن الحقيقة التي مؤداها أن المدعى عليه الطرف القوي هو صاحب نفوذ على الطرف الضعيف لا يمكن إثبات عكسها(٣١). ومن أبرز العلاقات التي تدخل ضمن نطاق هذا النوع، علاقة الوالد والولد، والطبيب والمريض(٣٢)، والوصي والقاصر، والمحامي والموكل، والوصي والمنتفع من مال تحت الوصاية (trustee and cestuique trust) والمرشد الديني وتابعه، ولا يدخل ضمن هذا النوع علاقة الزوج والزوجة وعلاقة العامل وصاحب العمل، والعلاقات التي مبناها ذلك النوع من الثقة التي ينشأ عنها واجب كتمان الأسرار (duty of disclosure)، كالعلاقة بين الوكيل والأصيل ، كما تستمر قرينة النفوذ حتى بعد انتهاء العلاقة، إذا كان التأثير ما يزال قائماً، كالعلاقة بين المحامي والموكل السابق، والعلاقة بين الوالد والولد لفترة قصيرة بعد بلوغ الأخير سن الرشد، وتعد قضية Allcard v. Skinner 1887 (36 Ch D 145.) من أبرز القضايا التي قضت فيها المحاكم الإنكليزية بنشوء النفوذ غير المشروع على أساس علاقة الثقة المفترضة، والتي تجسدت بعلاقة المرشد الديني وتابعه، على الرغم من أن النفوذ غير المشروع لم يرتب أهم آثر من آثاره في هذه القضية، وهو إبطال العقد لمصلحة الطرف الضعيف الخاضع للنفوذ، وذلك بسبب تأخره في إقامة دعوى إبطال العقد، فسرت عليه قواعد مرور الزمان المانع من الرجوع عن الهبة(٣٣). وتتلخص وقائع هذه القضية بلجوء الآنسة (Allcard)، وهي امرأة غير متزوجة تبلغ من العمر سبعة وعشرين عاماً، إلى مرشد ديني لإرشادها إلى حياة العفة والطاعة، فعرفها

بدوره على الآنسة (skinner) وهي مديرة جمعية دينية للراهبات (religious sisterhood) كان ذلك المرشد الديني رئيسها الأعلى، وتعرف بجمعية أخوات الفقراء البروتستانتيات، وذلك عام ١٨٦٧، فالتحقت بالجمعية عام ١٨٦٨، ونالت العضوية الكاملة عام ١٨٧١، فنذرت نفسها لحياة الفقر والعفة والطاعة. وتبرعت بكل أموالها للآنسة (skinner) لإنفاقها على الجمعية، وقد قامت بإجراء هذه التصرفات القانونية دون اللجوء إلى أية استشارة قانونية مستقلة (independent legal advice) من شخص مستقل لديه مؤهلات في القانون بخصوص طبيعة وآثار الصفقة، لأن قواعد العضوية داخل الجمعية كانت تمنع الأعضاء من الحصول على استشارة قانونية مستقلة من خارج الجمعية، ولم تكن هناك أية أدلة توحي بتعرضها للضغط، فقد بدا بأن الباعث وراء تصرفاتها هو الحماسة والإيمان بمبادئ الجمعية، إلا أنها تركت الجمعية عام ١٨٧٩، وأقامت الدعوى عام ١٨٨٤ أمام القضاء الإنكليزي وطالبت باسترداد ١٦٧١ جنيه من المبلغ الإجمالي الذي تبرعت به والبالغ ٧٠٠٠ جنيه، لأن المديرة كانت قد أنفقت الباقي على الجمعية، واستندت في دعواها على أساس النفوذ غير المشروع المبني على علاقة ثقة خاصة، تمثلت بعلاقة رئيس ديني مع أحد أتباعه، فقضت محكمة الاستئناف في حكمها بتعرض المدعية إلى نفوذ غير مشروع من جانب مديرة الجمعية وجاء في حكمها بأنه وعلى الرغم من إمكانية إبطال تبرعات المدعية على أساس النفوذ غير المشروع الذي تعرضت له أثناء فترة التدريب على حياة الرهبنة، إلا أنها فقدت حقها في استرداد الجزء المتبقي من أموالها، بسبب تأخرها في المطالبة بالجزء المتبقي من المبلغ لمدة طويلة بلغت خمس سنوات، مما سمح للمحكمة أن تفترض نشوء قرينة مؤداها أن المدعية ثابتة على موقفها ولا ترغب في الرجوع عن تبرعاتها(٣٤). وما يهمنا من هذه القضية هو الجدل الذي دار في محكمة الاستئناف حول مدى تحقق النفوذ غير المشروع من جانب مديرة الجمعية وممارسته على المدعية. فذهب بعض أعضاء محكمة الاستئناف إلى عدم تحقق النفوذ غير المشروع لعدم ثبوت ممارسة ضغط شخصي من جانب مديرة الجمعية، لأنها لم تحقق أي منفعة شخصية من التبرعات التي قامت بها المدعية، فقد تلقت هذه الهبات نيابة عن الجمعية، وأنفقت المبالغ لمصلحة الجمعية، فضلاً عن وجود حقيقة أخرى تحول دون نشوء قرينة النفوذ غير المشروع، وهي أنه

وبمقتضى قواعد الجمعية، فإن نذر النفس للفقر يتطلب من الناذر لنفسه أن يتخلى عن جميع أمواله لمصلحة الجمعية، وهو بطبيعته التزام صارم تتلاشى معه إمكانية ممارسة النفوذ غير المشروع، وبالمقابل فقد كان لبقية أعضاء محكمة الاستئناف رأي آخر، وهو الراجح، واستند على ثلاث حجج: الأولى أن كل هبات المدعية تمت تحت وطأة ضغط غير مشروع لم تصمد أمامه المدعية، والدليل على ذلك هو أنه، وعلى الرغم من إنفاق مبالغ تلك الهبات لمصلحة الجمعية، إلا أنها أنفقت دون موافقة المدعية، والثانية عدم قدرة المدعية على إقامة الدعوى للمطالبة بالمبلغ المتبقي، إلا بعد تركها العمل في الجمعية، وهو دليل على تحررها من ذلك الضغط، والثالثة أن قواعد جمعية الراهبات تقضي بعدم السماح مطلقاً لأية راهبة بالحصول على استشارة قانونية مستقلة من خارج الجمعية، إلا بموافقة مديرة الجمعية، وهو دليل قاطع على تحقق النفوذ غير المشروع المفترض.

٢- علاقات الائتمان والثقة الحقيقية :

يقصد بعلاقات الائتمان والثقة الحقيقية (relationships of actual trust and confidence) وضع أحد الطرفين وهو الطرف الضعيف ثقته في الطرف الآخر، وينبغي على الطرف الضعيف أو ضحية النفوذ غير المشروع أن يثبت وجود علاقة ثقة حقيقية بينه وبين صاحب النفوذ، وهي ليست علاقة خاصة. ولكن علاقة ثقة وائتمان(٣٥)، لا تنشأ عنها قرينة النفوذ ، وهي من النوع الذي يقوم فيه الطرف الضعيف بوضع ثقته في صاحب النفوذ، وينبغي عليه أن يثبت ذلك فحسب، أي إثبات علاقة الثقة الحقيقية، وأنه وضع ثقته في المدعى عليه ودون أن يتعين عليه إثبات قيام صاحب النفوذ بممارسة النفوذ غير المشروع، أو الإساءة إلى الثقة الممنوحة له، فإذا ما أثبت وجود علاقة ائتمان وثقة بينه وبين صاحب النفوذ، تنشأ قرينة النفوذ غير المشروع. وتختلف علاقة الثقة الحقيقية عن علاقات الثقة المفترضة من حيث أن قرينة النفوذ غير المشروع في علاقات الثقة الحقيقية لا تنشأ، إلا إذا أثبت الطرف الضعيف بأن الثقة التي وضعها في الطرف القوي أو صاحب النفوذ أعطت الأخير نفوذاً ، وصار في وضع أعطاه أرجحية واضحة على الطرف الضعيف، ومنحه فرصة لتعزيز مركزه

القانوني(٣٦). خلافاً لعلاقات الثقة المفترضة، إذ تنشأ قرينة ممارسة النفوذ غير المشروع، إذا أثبت الطرف الضعيف بأن الصفقة المطعون فيها هي صفقة مشكوك في صحتها وتستدعي الإيضاح(The impugned transaction calls for explanation) وتدخل ضمن نطاق علاقات الائتمان والثقة الحقيقية جميع العلاقات الأخرى التي لم تدخل ضمن علاقات الثقة الحقيقية، ومن أبرز علاقات الائتمان والثقة الحقيقية العلاقة بين الزوج والزوجة، والتي تعد المجال التطبيقي لهذا النوع من العلاقات، وكذلك العلاقة بين مدير المصرف والزبون(٣٧) في بعض الحالات الاستثنائية، ولاسيما إذا وضع الزبون ثقته بالكامل في المصرف(٣٨)، وهو ما تجسد بوضوح في قضية (Lioyds Banks Ltd v. Bundy 1975 .3 All ER 757) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعي السيد (James Bundy)، وهو مزارع كبير في السن وزبون لدى مصرف (Lioyds) بتقديم تأمين لضمان دين الشركة التي يمتلكها ابنه، والتي تعرضت لأزمات مالية حادة، واضطرت للاقتراض من المصرف، وتمثل التأمين برهن المنزل الذي يمتلكه السيد (Bundy)، إلا أن شركة الابن تعرضت فيما بعد لمزيد من الأزمات المالية، وتفاقم وضعها المالي سوءاً ، فاتصل مساعد مدير المصرف بالسيد (Bundy) وأبلغه بقرار المصرف القاضي بضرورة قيام السيد (Bundy) بتقديم تأمين إضافي لضمان دين الشركة، فاضطر لرهن ما تبقى لديه من أموال، والمتمثلة بالمزرعة التي ورثها عن أجداده، لغرض زيادة مقدار التأمين، وبذلك يكون قد رهن كل ما يملك، ودون الحصول على استشارة مالية مستقلة من شخص مناسب. وأخيراً تعرضت شركة الابن للإفلاس، وتم تعيين حارس قضائي عليها، تمهيدا لتصفيتها، فأراد المصرف تنفيذ الرهن على المنزل والمزرعة، فأقام السيد (Bundy) الدعوى أمام المحكمة على أساس تعرضه لنفوذ غير مشروع، لأنه وضع ثقته بالكامل في المصرف الذي تربطه به علاقة طويلة الأجل، وكان ينتظر من المصرف أن يقدم له استشارة مالية مخلصة. إلا أنه وبسبب تعارض المصالح بين المصرف وبين السيد (Bundy)، فلم يقدم المصرف تلك المشورة أو النصح، كما أنه لم ينبه زبونه المدعي بضرورة الحصول على استشارة مالية مستقلة، في الوقت الذي كان ينبغي فيه على المصرف القيام بذلك. فلو استشار المدعي محاميه، أو أي رجل أعمال اعتيادي، لكان قد نصحه بعدم الدخول في تلك الصفقة والمجازفة برهن كل ما يملك،

لأن وضع الشركة في خطر. لذا لم يتمكن المصرف من نفي قرينة النفوذ غير المشروع. وقضت المحكمة بوجود علاقة ائتمان وثقة بين المدعي والمصرف، نشأت عنها قرينة النفوذ غير المشروع، لأن المدعي وضع ثقته بالكامل في المصرف، وهذا ما أعطى المصرف نفوذاً عليه(٣٩)، ولم يحافظ على تلك الثقة، وتم إبطال عقد الرهن. وجدير بالذكر فإن الأصل العام(٤٠) هو عدم إمكانية نشوء قرينة النفوذ غير المشروع عن العلاقة بين المصرف والزبون، وهو ما أكده حكم مجلس اللوردات في قضية(٤١) (National Westminster Bank Ltd v. Morgan 1985 AC 686 House of Lords. 1 All ER 821). كما لاتنشأ قرينة النفوذ غير المشروع حتى ضمن إطار العلاقة بين الزوج والزوجة، إذا ثبت أن الزوجة كانت تتمتع بحرية الإرادة واستقلالية القرار، وكان بإمكانها الحصول على استشارة مستقلة، وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية(٤٢) (Barclays Bank v. O'Brien 1994 . 4 All ER 417)

المطلب الثاني

مفهوم النفوذ غير المشروع في القانون العراقي

لم يتضمن القانون المدني العراقي قاعدة عامة تنظم موضوع الشوكة أو النفوذ الأدبي المجرد، الذي لا يعد إكراهاً ، إذا كانت غايته مشروعة . ولكنه تضمن تطبيقاً لفكرة الإكراه عن طريق إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي ، للوصول إلى غاية غير مشروعة، إذ نصت المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أن (الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا اكرهها بالضرب مثلاً او منعها عن اهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر). لذا سنبحث في مفهوم الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون المدني العراقي بتعريفه وبيان أساسه القانوني وكما يأتي :

الفرع الأول

تعريف الشوكة أو النفوذ الأدبي

عرف جانب من فقه القانون المدني العراقي(٤٣) الشوكة بأنها (سلطان الزوج على زوجته بماله عليها من حق الطاعة والتأديب). أما النفوذ الأدبي فيعرف بأنه (السلطة التي يفرضها شخص على آخر بحكم النسب أو الزوجية أو المصاهرة أو الاعتبارات الدينية كسلطة الأب على ولده أو سلطان الرئيس على مرؤوسيه أو سيطرة رجل دين على أتباعه أو تأثير ونفوذ الزوج على زوجته)(٤٤). كما عرف جانب آخر من فقه القانون المدني العراقي(٤٥)الشوكة أو النفوذ الأدبي بأنه (وسيلة التأثير على إرادة الشخص وحمله على التعاقد) وتبين لنا من هذه التعاريف المسائل الثلاثة الآتية : الأولى أن الشوكة أو النفوذ الأدبي هو سلطة أو سلطان أو سيطرة يفرضها شخص على آخر أو تأثير يمارسه تجاه آخر وقد ورد مصطلح الشوكة في القرآن الكريم بمعنى القوة، إذ قال الله تعالى (وإذ يعدكم الله إحدى الطائفتين أنها لكم وتودون أن غير ذات الشوكة تكون لكم ويريد الله أن يحق الحق بكلماته ويقطع دابر الكافرين)(٤٦)، والثانية: أنه وعلى الرغم من أن المشرع العراقي حصر استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في العلاقة بين الأزواج ، إلا أن ذلك لا يعني حصر المعاملة التي يظهر فيها النفوذ الأدبي في هذا النوع من العلاقات فحسب. ففضلاً عن شوكة النفوذ التي يتمتع بها الزوج في علاقته بزوجته، فإن ذلك النفوذ يمكن أن يظهر في أنواع أخرى من العلاقات كالنفوذ الأدبي الذي يتمتع به الوالد في علاقته مع ولده ، ورجل الدين في علاقته بتابعه، والرئيس بمرؤوسه ، والمعلم بتلميذه(٤٧) .والثالثة: أن المشرع العراقي استمد أحكام الشوكة والنفوذ الأدبي من الفقه الإسلامي ، فقد جاء في شرح المادة (١٠٠٣) من مجلة الأحكام العدلية(٤٨) بأنه (يشترط أن يكون المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده فإذا خوف الزوج زوجته بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب، وذلك لأن الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الإكراه لو منع زوجته المريضة عن المسير إلى أبويها، إلا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة لأنها كالمكرهة) .

الفرع الثاني

الأساس القانوني للشوكة أو النفوذ الأدبي

حتى نتعرف على الأساس القانوني للشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون المدني العراقي ، فإنه ينبغي علينا أن نميز بين حالتين: الحالة الأولى هي النفوذ الأدبي المجرد، ويقصد به الناحية الأخلاقية أو الاعتبارية للنفوذ الأدبي(٤٩). وهو النفوذ الذي لا يساء استعماله للوصول إلى أغراض أو غايات غير مشروعة . فاستعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي يعد أمراً مشروعاً ، إذا أستغل لأغراض مشروعة ، وكانت الغاية التي يرمي إليها غاية مشروعة . ويثبت لطوائف معينة من الأشخاص على غيرهم . ويقوم لدى كل طائفة معينة على أساس أخلاقي أو اعتباري معين، فيقوم النفوذ الأدبي في العلاقة بين الوالد وولده على أساس احترام الولد للوالد وخفض جناح الذل من الرحمة له(٥٠) . وفي العلاقة بين رجل الدين وتابعه على أساس الاحترام والهيبة والوقار، بسبب الأثر العميق الذي يتركه الدين في النفس، وفي العلاقة بين الرئيس والمرؤوس على أساس الخوف المشروع للمرؤوس من رئيسه في العمل ، والذي يقصد منه احترام أنظمة ولوائح العمل وعدم مخالفتها، لأن الرئيس يمتلك سلطة إبقاء المرؤوس أو فصله وإنهاء علاقته بالعمل، أو فرض أية عقوبة أخرى يحددها القانون ، وفي العلاقة بين الأستاذ والتلميذ على أساس الاحترام والوقار أيضاً. ومن التطبيقات البارزة في هذا المجال حق الطاعة والتأديب الذي يتمتع به الزوج على زوجته(٥١) ، والذي اقتصرت عليه المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي . فالزوج ذو شوكة على زوجته، ويتمتع بنفوذ أدبي مجرد عليها، والأساس الشرعي لهذه الشوكة أو السلطان هو حق القوامة الذي منحه الله سبحانه وتعالى للرجل على المرأة(٥٢). فالإكراه لا يتحقق في جميع العلاقات السابقة، إذا كانت الغاية من الشوكة أو النفوذ الأدبي غاية مشروعة ، وأراد ذو الشوكة أو صاحب النفوذ تحقيقها بوسيلة مشروعة، لأن الهيبة والوقار والخوف المشروع والإحترام الذي يتمتع به صاحب النفوذ ، والذي عن طريقه يمارس شوكة نفوذه على الغير، لا يمثل بحد ذاته قوة معنوية مكرهة ، إذا أستعمله لتحقيق غايات مشروعة وبوسائل مشروعة تمثل نفوذه الأدبي المجرد للوصول إلى غايات وأغراض مشروعة(٥٣) ، فالأصل هو أن النفوذ الأدبي المجرد يعد سلطة يقصد بها الوصول إلى غايات مشروعة. فكل هذه الجوانب الأخلاقية أو الاعتبارية للشوكة أو النفوذ الأدبي تجعله من الأمور المشروعة والمرغوب فيها.

والحالة الثانية: هي الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي يساء استعماله للوصول إلى أغراض أو غايات غير مشروعة ، سواء أكانت الوسيلة مشروعة أم غير مشروعة. وقد أخضع القانون المدني العراقي إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي للقاعدة العامة في الإكراه بمقتضى المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي(٥٤)، وذلك إذا كان القصد من إساءة إستعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي الوصول إلى غاية غير مشروعة(٥٥) . وفي هذه الحالة يظهر وقع الجانب النفسي للنفوذ الأدبي في إجبار المتعاقد الآخر على إبرام عقد خلافا لإرادته أو رضاه. إذ تتولد خشية من النفوذ الأدبي بدلاً عن الاحترام والوقار والطاعة ، سببها إساءة استعمال ذلك النفوذ لتحقيق غايات غير مشروعة ، ويتحقق الإكراه في حالة العلاقة بين الزواج(٥٦) ، وفقاً للمادة(١١٦) من القانون المدني العراقي ، لأن الزوج أساء استعمال نفوذه وسلطانه على زوجته، والتي ما كانت لتبرم التصرف القانوني مع زوجها، لولا وقوعها تحت تأثير الإكراه. فالمادة (١١٦) السالفة الذكر تعد مجرد تطبيق من تطبيقات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي ، لأن استعمال الوسائل المادية كضرب الزوجة أو منعها عن أهلها أو ما شابه ذلك لا يعد تعبيراً عن الشوكة أو النفوذ الأدبي، بل هو مجرد إكراه مادي(٥٧) . وعلى الرغم من أن المشرع العراقي حصر استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في العلاقة بين الأزواج ، إلا أن ذلك لا يعني حصر المعاملة التي يظهر فيها النفوذ الأدبي في هذا النوع من العلاقات فحسب. بل يمكن توظيف فكرة إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في معاملات أبعد من ذلك في القانون العراقي، كأنواع العلاقات التي أشرنا إليها سابقاً، وذلك ، وبحسب رأينا، عن طريق القياس ولاسيما القياس الأولوي الذي تكون فيه علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه(٥٨) ، بحيث يكون الفرع أولى بالحكم من الأصل، وحكم الأصل ثابت في الفرع من باب أولى، فعلة الحكم في معظم العلاقات السالفة الذكر أقوى مما هي عليه في العلاقة الزوجية.

المطلب الثالث

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون المدني العراقي

لا تبدو الجدوى من وراء الدراسات المقارنة واضحة دون القيام بعقد مقارنة فعلية بين القوانين المقارنة موضوع الدراسة لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها(٥٩). لذا سنقوم بمقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون العراقي من حيث ماهية النفوذ أو الشوكة الأدبية وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه القانون الإنكليزي مع القانون المدني العراقي في المسائل الآتية:

١- إن الأصل في هذين القانونين أن النفوذ المجرد يعد أمراً مشروعاً، طالما أريد به الوصول إلى غاية مشروعة. أما إساءة استعمال النفوذ فتعد أمرا غير مشروع في فيهما ، لأنه يراد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة، لذا فهي عيب من عيوب الإرادة.

٢- من حيث الجهة التي يصدر عنها النفوذ: يصدر النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي عن أحد الطرفين المتعاقدين أو عن الغير الأجنبي عن العقد(٦٠) . ويصح الأمر نفسه في القانون المدني العراقي ، فيجوز أن يكون ذو الشوكة أو صاحب النفوذ الذي أساء استعمال شوكته أو نفوذه أحد الطرفين المتعاقدين(٦١)، أو قد يكون من الغير.

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة، وبين موقف القانون العراقي من جهة أخرى:

١- يعد النفوذ غير المشروع عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، أما في القانون العراقي فيعد النفوذ الأدبي إكراهاً، إذا جرت إساءة استعماله للوصول إلى غرض غير مشروع(٦٢).

٢- من حيث المصدر: إن مصدر النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي هو قواعد العدالة والإنصاف، ثم أدخلته المحاكم الإنكليزية عن طريق السوابق القضائية إلى قانون الأحكام العام العرفي وغير مكتوب(٦٣)، أما في القانون العراقي فتستند الشوكة أو النفوذ

الأدبي على بعض الاعتبارات الأدبية والأخلاقية التي يرجع مصدرها إلى الشريعة الإسلامية، فضلاً عن اعتبارات قانونية نظمتها القوانين الوضعية .

٣- يمتزج النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي بالاستغلال، أما في القانون المدني العراقي فيعد الاستغلال عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة.

٤- يختلط النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي بفكرة الغبن، لأن القانون الإنكليزي لم ينظم فكرة الغبن ضمن نطاق عيوب الإرادة، وعلى هذا الأساس فإن القانون الإنكليزي يقوم بإبطال العقود أو الصفقات المنافية لقواعد الضمير (unconscionable bargains)، على أساس مبدأ النفوذ غير المشروع، لأنها تحمل في طياتها غبناً فاحشاً. أما القانون المدني العراقي فقد أخذ بفكرة الغبن، ولم يخلط بينها وبين النفوذ الأدبي.

المبحث الثاني

إثبات النفوذ غير المشروع والجزاء المترتب عليه في القانونين الإنكليزي والعراقي

تبرز أهمية إثبات النفوذ غير المشروع القانون الإنكليزي، لكونه ضغط غير مشروع يفرضه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية على الطرف الضعيف، ويثير إثباته بعض الصعوبات، ولاسيما فيما يتعلق بالنفوذ غير المشروع المفترض، كما يرتب النفوذ غير المشروع، بعده عيبا من عيوب الإرادة، جزاءً معينا يتمثل بإبطال العقد. كما تظهر أهمية إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي، لأن استعمال النفوذ الأدبي لا يشكل ضغطاً غير مشروع على إرادة الطرف الآخر، ولا يعد إكراهاً ، طالما كانت الغاية منه مشروعة. أما إذا تمت إساءة استعماله لإغراض غير مشروعة، فسوف يفقد حينئذٍ أهم سمة من السمات المميزة له ، وهي السمة الأخلاقية أو الاعتبارية القائمة على الاحترام وغيره من المفاهيم. وعليه سوف يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب خصص الأول لإثبات النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي والجزاء المترتب عليه. والثاني لإثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي والجزاء المترتب عليه في القانون المدني العراقي الذي حصر استعماله في العلاقة بين الأزواج ، والتي هي إحدى

حالات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي للتأثير على إرادة الشخص وحمله على قبول التعاقد مكرهاً(٦٤) ، والثالث خصص لمقارنة موقف القانونين من هاتين المسألتين وكما يأتي :

المطلب الأول

إثبات النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي والجزاء المترتب عليه

إذا ثبت للمحكمة ممارسة أحد الطرفين لنفوذ غير مشروع على الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، نتيجة إساءة استعمال النفوذ الذي يتمتع به، فإن النفوذ غير المشروع يترتب عليه الجزاء الخاص به وسوف نقوم بدراسة هاتين المسألتين وكما يأتي:

الفرع الأول

إثبات النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي

يختلف إثبات النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي باختلاف نوعيه الرئيسين وهما: النفوذ غير المشروع الحقيقي والنفوذ غير المشروع المفترض. ويتم إثبات كل نوع منهما بطرق إثبات مختلفة عن النوع الآخر، ووفقا لنوع النفوذ الذي يمارسه صاحبه على الطرف الآخر.

أولاً: إثبات النفوذ غير المشروع الحقيقي.

يجد الطرف الضعيف نفسه في هذا النوع من أنواع النفوذ غير المشروع مضطراً للدخول في الصفقة نتيجة ضغط غير مشروع حقيقي يمارسه عليه صاحب النفوذ، وهذا النوع من أنواع النفوذ غير المشروع يكون واجب الإثبات، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعي، والذي ينبغي عليه إثبات مسألتين وهما: وجود النفوذ فعلاً وممارسته على نحو غير مشروع، أي أن صاحب النفوذ لم يترك له أي مجال للتعبير عن إرادة حرة، واتخاذ قرار مستقل. وأن العقد المبرم كان نتيجة ذلك النفوذ غير المشروع، ولا تطلب المحاكم الإنكليزية من المدعي إثبات أمور أخرى في دعاوى النفوذ غير المشروع الحقيقي، كإثبات أن الصفقة ضارة ضرراً محضاً بالمدعي(٦٥) ، أو أنها صفقة مشكوك في صحتها ، خلافاً لدعاوى النفوذ غير المشروع المفترض.

ثانياً: إثبات النفوذ غير المشروع المفترض.

يكتسب إثبات النفوذ غير المشروع المفترض خصوصية في القانون الإنكليزي، لأنه يتم إثباته عن طريق القرائن. والقرينة في القانون الإنكليزي هي قاعدة قانونية يتم عن طريقها إثبات واقعة مجهولة تعرف بالواقعة المفترضة (presumed fact) عن طريق ثبوت واقعة معلومة تعرف بالواقعة الأساسية (basic fact)(٦٦). وتصنف القرائن في القانون الإنكليزي إلى قرائن قاطعة غير غير قابلة لإثبات العكس(irrebuttable conclusive presumptions) وقرائن قابلة لإثبات العكس (rebuttable presumptions). وتعد القرائن القاطعة قواعد قانونية موضوعية ، فإذا ما ثبتت الواقعة المجهولة أو المفترضة عن طريق ثبوت واقعة أساسية أو معلومة، فإن القاضي يستنتج وجود الواقعة المفترضة على نحو غير قابل لإثبات العكس وهذا يعني بأن ثبوت الواقعة الأساسية تترتب عليه الآثار القانونية المترتبة على إثبات الواقعة المفترضة، حتى وإن ثبت لاحقا عدم وجود الواقعة الأخيرة (أي المفترضة)(٦٧). أما القرائن القابلة لإثبات العكس فهي قواعد إثبات، يتم عن طريقها إثبات الواقعة المفترضة عند ثبوت الواقعة الأساسية، ما لم يتم نفيها بالدليل العكسي، وبعد هذا التعريف الموجز بالقرائن في القانون الإنكليزي، فإننا سوف نبحث في آلية عمل هذه القرائن وكيفية إثباتها للنفوذ غير المشروع المفترض، والذي يقوم على أساس نوعين من العلاقات، وهي علاقات الائتمان والثقة المفترضة والحقيقية، والتي يتم إثباتها عن طريق القرائن:

١- النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الائتمان والثقة المفترضة.

ينطوي هذا النوع من أنواع النفوذ غير المشروع على وجود علاقة خاصة تنشأ عنها وبحكم القانون قرينة تعرف بقرينة النفوذ (presumption of influence) فقط ، وليس النفوذ غير المشروع، وذلك بسبب طبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين(٦٨) ، إذ يفترض القانون، وعلى نحو غير قابل لإثبات العكس، أن أحد الطرفين له نفوذ على الطرف الآخر، أي أن العلاقة الخاصة تتمخض عنها قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وهذه هي الخطوة الأولى، أما إذا أثبت الطرف الضعيف بأن الصفقة المطعون فيها هي صفقة مشكوك في صحتها وتحتاج إلى توضيح(٦٩)، ففي هذه الحالة تنشأ قرينة الإثبات الثانية، وهي قرينة ممارسة النفوذ غير المشروع (presumption of undue influence) ، وتكون قابلة لإثبات العكس، وتفترض أن

الصفقة أبرمت عن طريق النفوذ غير المشروع. هنا ينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، وهو المستفيد من العقد، والذي ينبغي عليه إثبات خلاف ذلك، أي أن الصفقة لم تبرم في ظل نفوذ غير مشروع، ويمكنه أن ينفي قرينة النفوذ غير المشروع بإثبات قيام المضرور بالتعبير عن إرادة حرة تصلح أن تكون أساساً لرضاء حر ومستنير (free and informed consent)(٧٠) . والوسيلة الاعتيادية لإثبات ذلك أن يثبت حصول المضرور على استشارة مستقلة(٧١)، من شخص مناسب ذو خبرة وكفاءة قبل إبرام الصفقة(٧٢).

٢- النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الائتمان والثقة الحقيقية.

في هذا النوع من أنواع النفوذ غير المشروع المفترض لا توجد علاقة خاصة بين الطرفين، يفترض أن تؤدي إلى وجود نفوذ لأحدهما على الآخر، وأن يساء استعمال ذلك النفوذ في تصرف قانوني معين، ولكن توجد علاقة ثقة حقيقية، تنشأ نتيجة قيام أحد الطرفين بوضع ثقته بالكامل في الطرف الآخر. ولا تنشأ قرينة النفوذ عن هذه العلاقة، خلافا للعلاقات الخاصة، بل ينبغي على المدعي أن يثبت أنه وضع ثقته في المدعى عليه (أي إثبات علاقة الائتمان والثقة) . ولا يتعين على المدعي أن يثبت أن صاحب النفوذ مارس نفوذا غير مشروع وأساء إلى الثقة الممنوحة له. ويتوقف نشوء النفوذ غير المشروع عن علاقات الثقة الحقيقية على شرطين ينبغي على المدعي إثباتهما(٧٣): الأول: وجود علاقة ائتمان وثقة بينه وبين الطرف الآخر، وأنه وضع ثقته في المدعى عليه صاحب النفوذ، وأن هذه الثقة أعطت المدعى عليه مزيدا من الهيمنة والسطوة، بحيث تمتع بقدر كبير من النفوذ والتأثير عليه. وأنه أساء إلى الثقة ومارس نفوذا غير مشروع. والثاني: أن الصفقة التي يسعى المدعي إلى إبطالها عن طريق القضاء هي صفقة مشكوك في صحتها وتتطلب التوضيح (impugned transaction which calls for explanation)(٧٤). فإذا أثبت ذلك تنشأ قرينة النفوذ غير المشروع، إذ يتم إثبات الواقعة المفترضة ، والتي يستنتج منها أن الصفقة لم يكن بالإمكان إبرامها، إلا عن طريق النفوذ غير المشروع، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، والذي يقع على عاتقه إثبات عدم إساءته لاستعمال نفوذه، أو استعماله على نحو غير مشروع، وذلك بإثبات قيام الطرف الضعيف بالتعبير عن إرادة حرة ومستقلة، والوسيلة المعتادة لإثبات ذلك، أن يثبت حصول المدعي على استشارة مستقلة من شخص مناسب. وجدير بالذكر فقد تمخضت عن الحكم الصادر في

قضية(٧٥) ((Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No.2) 2001 **All ER (D) 156**)) سابقة قضائية تبلورت عنها قاعدة قانونية وضعت أسلوباً جديداً لكيفية الحصول على الاستشارة المستقلة في علاقات الائتمان والثقة الحقيقية، ولاسيما إذا كان أحد الطرفين هو المصرف المانح للقرض ، والطرف الآخر هو الكفيل العيني المتمثل بالزوجة الضامنة لديون زوجها، فقد اشترطت هذه السابقة القضائية أن تصدر الاستشارة المستقلة عن محام (solicitor)، وأنه ينبغي على المصرف اتخاذ كل الخطوات والإجراءات اللازمة لضمان حصول الزوجة على الاستشارة المستقلة من المحامي حصراً ، وحددت الواجبات التي ينبغي على المحامي القيام بها لضمان حصول على الزوجة على الاستشارة المستقلة، وهذه الواجبات هي(٧٦): ١- ضرورة قيام المحامي بتوضيح طبيعة الوثائق التي سوف توقع عليها الزوجة. ٢-توضيح المخاطر الناجمة عن التأمين المقدم من الزوجة، واحتمالات فقدانها لمنزلها، إذا ما تعرض مشروع الزوج للإفلاس، ولاسيما إذا كان المال المرهون هو كل ما تملك. ٣- ينبغي على المحامي أن يؤكد للمصرف المانح للقرض صدور خيار مستنير (informed choice) عن الزوجة قبل التوقيع على الرهن، وأن إرادتها غير مشوبة بعيب النفوذ غير المشروع.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على النفوذ غير المشروع

بعد أن استقر رأي المحاكم الإنكليزية على عد النفوذ غير المشروع عيباً من عيوب الإرادة، فإن الجزاء المترتب عليه هو إبطال العقد الذي أبرم نتيجة إساءة صاحب النفوذ استعمال نفوذه(٧٧). ففي النفوذ غير المشروع الحقيقي، إذا أثبت الطرف الضعيف وجود النفوذ وممارسته على نحو غير مشروع من صاحب النفوذ. فإن المحكمة سوف تقوم بإبطال العقد على أساس النفوذ غير المشروع. أما في النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الائتمان والثقة المفترضة. إذا أثبت الطرف الضعيف بأن الصفقة المطعون فيها هي صفقة مشكوك في صحتها وتحتاج إلى توضيح، ولم يتمكن الطرف المستفيد من العقد أن ينفي قرينة النفوذ غير المشروع، فإن المحكمة سوف تقضي بإبطال العقد أيضا على أساس النفوذ غير المشروع(٧٨). وفي النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الائتمان والثقة الحقيقية، إذا أثبت الطرف الضعيف وجود علاقات ائتمان وثقة بينه وبين صاحب النفوذ، وأن الصفقة مشكوك في صحتها

وتستدعي التوضيح، ولم يتمكن الطرف المستفيد أن ينفي قرينة النفوذ غير المشروع، ففي هذه الحالة أيضا فإن الجزاء هو إبطال العقد، فالإساءة إلى الثقة التي وضعها أحد الطرفين في الطرف الآخر ضمن نطاق علاقات الائتمان والثقة الحقيقية تكون كافية لإبطال العقد، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في قضية (O'sullivan v. Management Agency & music Ltd CA, 1985 .3 **All ER 351**) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعي بإبرام عقود نشر وتسجيل مع عدد من شركات الإنتاج الفني والموسيقي فضلاً عن عقد وكالة وعقد خدمات إدارية عندما كان مطرباً وملحناً مغموراً ، وبعد أن اكتسب المدعي الشهرة لاحقا تبين له أن تلك العقود كانت غير منصفة ، فأقام الدعوى وطلب إبطالها، فدفع المدعى عليهم امام المحكمة بعدم إمكانية إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (restitutio in integrum) بسبب تنفيذ جميع تلك العقود، وتغير المركز القانوني لأطرافها، وأن حق المدعي يقتصر على التعويض(٧٩)، إلا أن محكمة الاستئناف استجابت لطلب المدعي وأبطلت العقود، وجاء في حكمها بأنه يمكن إبطال العقد الذي أبرمه أي طرف أخل بعلاقة الثقة، وأساء إلى الثقة التي وضعها فيه الطرف الآخر، وذلك على أساس العدالة والإنصاف، حتى وإن كان من المستحيل إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد(٨٠). وجدير بالذكر فقد وضع مجلس اللوردات قاعدة تستند عليها المحاكم، عند قيامها بإبطال العقود، نتيجة النفوذ غير المشروع الذي يمارسه الزوج على زوجته لإرغامها على تقديم تأمين عيني لضمان القرض الذي يحصل عليه زوجها من مصرف معين لدعم مشروعه التجاري، أو للوفاء بديونه، كما في عقود الرهن، وذلك في حكمه الصادر في القضية المعروفة بـ(Royal Bank of Scotland Plc v. Etridge1998 All ER (D) 408)إذ ميز بين حالتين(٨١): الأولى: إذا كان الدائن المرتهن (المصرف) لديه علم يقيني بأن توقيع الزوجة على عقد الرهن كان نتيجة نفوذ غير مشروع مارسه زوجها ، ففي هذه الحالة تقوم المحكمة بإبطال العقد دون الحاجة إلى تحقيق. والثانية: إذا كان المصرف لديه علم حكمي بالنفوذ غير المشروع الذي مارسه الزوج على زوجته، أي أنه كان ينبغي أن يعلم بوجود النفوذ وممارسته على نحو غير مشروع(٨٢)، ففي هذه الحالة، فإنه ينبغي على المصرف اتخاذ الخطوات المعقولة للحيلولة دون ممارسة ذلك النفوذ. ومن أبرز نلك الخطوات أن يضمن المصرف حصول الكفيل العيني (الزوجة) على مشورة قانونية مستقلة من محام يمتلك المعرفة بالصفقة والمخاطر التي قد تنجم عنها. فإذا لم يتخذ المصرف تلك الخطوات، فإن المحكمة سوف تقضي

بعلمه الحكمي او الافتراضي بوجود النفوذ غير المشروع، وتقوم بإبطال عقد الرهن، ولكي تتأكد المحكمة من قيام المصرف باتخاذ الخطوات المعقولة للحيلولة دون ممارسة النفوذ غير المشروع من الغير الأجنبي عن العقد (أي الزوج) ، فقد فرض عليها الحكم الصادر في قضية (Etridge 1998) واجباً يتمثل بوضع الدائن المرتهن (المصرف) قيد التحري (the bank is put on inquiry) (وفقا للتعبير القانوني الذي تمت عن طريقه صياغة الحكم) وذلك للتحقق من علمه الحكمي بالنفوذ غير المشروع الصادر عن الغير الأجنبي عن العقد(٨٣)، ولاسيما إذا كانت العلاقة بين الكفيل العيني والمدين الأصلي موضع شك، بحيث تثير الشكوك حول صحة الصفقة المبرمة بين الكفيل العيني والدائن المرتهن (أي عقد الرهن المبرم بين المصرف المانح للقرض وبين الزوجة).

المطلب الثاني

إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي والجزاء المترتب عليه

على الرغم من أن المشرع العراقي حصر إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في العلاقة بين الأزواج ، بمقتضى المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي، إلا أنه يمكن تعميم الآثار المترتبة على استغلال النفوذ الأدبي على طيف أوسع من العلاقات ، للتأثير على إرادة شخص آخر وحمله على قبول التعاقد. وسوف نبحث في إثبات إساءة استعمال النفوذ الأدبي في العلاقات التي ينشأ في فيها هذا النفوذ ، وعلى وجه العموم ، وفي العلاقة بين الأزواج على وجه الخصوص، والجزاء المترتب على ذلك في القانون العراقي وكما يأتي:

الفرع الأول

إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي

يمكن إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي بإثبات مسالتين مهمتين : الأولى أن العلاقة القائمة بين الطرفين هي من النوع الذي يتمتع فيه أحد الطرفين بشوكة أو بنفوذ أدبي على الطرف الآخر، بحيث يمكن لصاحب النفوذ أو لذي الشوكة أن يسيء استعمال شوكة نفوذه على الطرف الآخر الضعيف في تلك العلاقة . والثانية إساءة استعمال

الشوكة أو النفوذ الأدبي للوصول إلى أغراض أو غايات غير مشروعة ، سواء أكانت الوسيلة التي يلجأ إليها صاحب النفوذ مشروعة أم غير مشروعة . ولا يكفي مجرد إثبات أن العلاقة تقوم على أساس النفوذ الأدبي المجرد ، والذي يعد بحد ذاته أمراً مشروعاً، ما لم يقترن بوسائل للضغط على الإرادة(٨٤) . فإذا أثبت الطرف الضعيف قيام الطرف القوي صاحب النفوذ باستعمال شوكة نفوذه للوصول إلى أغراض أو غايات غير مشروعة ، فحينئذٍ يتحقق الإكراه(٨٥) . وهذه هي القاعدة العامة التي يمكن أن تنطبق على العلاقات القائمة بين طوائف معينة من الأشخاص كعلاقة الوالد بالولد ، والرئيس بالمرؤوس وغيرها. وينطبق الأمر نفسه على إثبات إساءة استعمال الزوج لشوكته أو لنفوذه الأدبي بمقتضى المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي، فالزوج ذو شوكة على زوجته، ويتمتع بنفوذ أدبي مجرد عليها، وهذا النفوذ الأدبي هو قوة معنوية يتمتع بها الزوج ، إلا أنه لا يكفي وحده كوسيلة للإكراه ، إلا إذا تجاوز صاحب هذا النفوذ في استعماله الحد المألوف، فحينئذٍ لا يكون مصدر هذا النفوذ هو الشعور بالاحترام نحو صاحبه ،ولكن الخوف والرهبة منه(٨٦) ، فيستعمل صاحب النفوذ الرهبة المتولدة عن إساءة استعمال شوكة نفوذه لتحقيق غرض غير مشروع(٨٧) . وينبغي على الزوجة إثبات الغاية غير المشروعة التي سعى الزوج إلى الوصول إليها عن طريق إساءة استعمال شوكة نفوذه ، سواء أكانت الوسيلة المستعملة مشروعة أم غير مشروعة، إلا أن إثبات تلك الغاية يكون أسهل ، إذا كانت الوسيلة المستعملة غير مشروعة . وهو ما يمكن أن يتحقق بمقتضى المادة السالفة الذكر، والتي قرنت إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي ببعض الوقائع المادية، كضرب الزوجة أو ومنعها من زيارة أهلها، للوصول إلى غايات غير مشروعة، كتنازل الزوجة عن مهرها أو حق آخر لها، أو التبرع به للزوج تحت تأثير الشوكة التي يتمتع بها الزوج أو نفوذه الأدبي. ويجوز إثبات هذه الوقائع المادية بكل طرق الإثبات. ولأن استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي لا يعد بحد ذاته واقعة مادية، فإن لجوء الزوج إلى بعض الوسائل المادية غير المشروعة كضرب الزوجة أو منعها عن أهلها أو ما شابه ذلك لا يعد تعبيراً عن الشوكة أو النفوذ الأدبي، بل هو مجرد إكراه مادي للوصول إلى غايات غير مشروعة. إلا أن تلك الوسائل يمكن أن تسهل من إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي ، والتي هي ضغط غير مشروع يمارسه صاحب النفوذ على الطرف الآخر الواقع تحت نفوذه . ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي(٨٨) بأنه يمكن التوسع في الوسائل التي يلجأ إليها الزوج لإساءة استعمال شوكته أو نفوذه الأدبي على زوجته، وعدم قصرها على

الوسيلتين اللتين نصت عليهما المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي وهما ضرب الزوجة ومنعها عن الأهل، لأن صياغة المادة المذكورة جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، فبالإمكان إضافة وسائل أخرى لإساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي، كالتهديد بطلاق الزوج أو هجرها أو التزوج من امرأة أخرى، إذا لم تنفذ طلب الزوج . وقد عد المشرع العراقي إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي، عن طريق اللجوء إلى تلك الوسائل غير المشروعة للوصول إلى غايات مشروعة إكراها يجعل تصرف الزوجة غير نافذ، وهذه الوسائل التي ذكرها المشرع هي وقائع مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات(٨٩). إلا أن الأصل في الوقائع المادية كضرب الزوجة أو منعها عن الأهل ، أن يكون إثباتها بالشهادة والقرائن القضائية . وإذا كان هدف الزوج من هاتين الوسيلتين الوصول إلى غاية غير مشروعة، كتنازل الزوجة عن حق لها أو تبرعها بأموالها للزوج تحت تأثير النفوذ الذي يتمتع به الزوج عليها، فإنه يمكن إثبات هذه التصرفات القانونية بالشهادة لوجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وذلك استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على أنه (يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي) . وقد عدت محكمة تمييز العراق العلاقة الزوجية مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، وأجازت إثبات التصرف القانوني الناشئ بمناسبتها بالبينة الشخصية (الشهادة)، وجاء في أحد أحكامها(٩٠) بأنه (إذا ادعى الزوج أنه أودع لدى زوجته أمانة مبلغ ثلاثة آلاف دينار وأنكرت الزوجة ذلك، فيجوز إثبات الادعاء بالبينة الشخصية استنادا إلى المادة (١٨/ثانيا) من قانون الإثبات لوجود المانع الأدبي). كما يجوز إثبات التصرفات القانونية بالقرائن القضائية استثناءً، إذا وجد مانع أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني(٩١)، وكانت الزوجة قد أبرمت ذلك التصرف تحت تأثير إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي يتمتع به الزوج عليها. ويمكن للمحكمة أن تعزز الشهادة أو القرينة القضائية باليمين المتممة، إذا كان في الدعوى مبدأ ثبوت قانوني، وذلك إذا لم يطمئن القاضي إلى الشهادة أو القرينة القضائية، وعدها أدلة ناقصة تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، ولكنها لا ترقى إلى مستوى اقتناعه فيمكنه تعزيزها باليمين المتممة لتصير دليلاً كاملاً على صحة ادعاء المدعي(٩٢). لذا يعد البت في تحقق الإكراه لدى الزوجة مسألة وقائع يستقل قاضي الموضوع في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه في ذلك(٩٣).

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي

عد المشرع العراقي إساءة استعمال شوكة الزوج أو نفوذه الأدبي على زوجته إكراها يجعل العقد غير نافذ بحق الزوجة، وذلك بمقتضى المادة (١١٦) من القانون المدني العراقي. إذا سعى الزوج إلى تحقيق غايات غير مشروعة عن طريق بعض الوسائل غير المشروعة، التي تعد من مظاهر إساءة استعمال الزوج لشوكته أو نفوذه الأدبي، كضرب الزوجة أو منعها من زيارة أهلها، ويكون العقد المشوب بالإكراه موقوفاً، وقد أعطت الفقرة الأولى من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي حق التمسك بخيار إجازة العقد الموقوف أو نقضه للعاقد المكره، أي الذي شاب رضاءه عيب الإكراه(٩٤)، بعد ارتفاع الإكراه، إذا كان العقد موقوفاً لهذا العيب، وينبغي عليه استعمال هذا الخيار خلال مدة ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على رغبته في نقض العقد عد نافذاً، ولم تشترط الفقرة الأولى من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي لصحة الإجازة إلا قيام من يملكها وقت صدور العقد فحسب، كما لم تشترط الشروط التي يتطلبها الفقه الحنفي(٩٥) من قيام العاقدين والمالك الأصلي والمعقود عليه وقت صدور الإجازة، إذ نصت على أن (اجازة العقد الموقوف تكون صراحةً أو دلالةً وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة).

المطلب الثالث

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون العراقي

يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانون العراقي من حيث إثبات النفوذ غير المشروع وإساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي، وكذلك الجزاء المترتب عليهما في بعض الجوانب ، ويختلف عنهما في جوانب أخرى ، وكما يأتي :

أولاً : أوجه الشبه: يتشابه القانون الإنكليزي مع القانون العراقي في الجوانب الآتية:

١-يتشابه القانونان من حيث وسيلة تصحيح العقد المشوب بعيب النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي ، والإكراه لإساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي، وهي إجازة العقد من الطرف الضعيف في القانون الإنكليزي(٩٦)، ومن الطرف الذي شاب إرادته عيب الإكراه في القانون العراقي.

٢-ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانون العراقي من حيث إمكانية إثبات النفوذ غير المشروع وإساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي بالقرائن.

ثانياً : أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة، وموقف القانون العراقي من جهة أخرى:

١- من حيث الجزاء: جزاء النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي هو إبطال العقد بعد جعله قابلاً للإبطال (voidable contract)(٩٧)، أما جزاء إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في القانون العراقي هو نقض العقد بعد جعله موقوفاً على إجازة العاقد المكره أو ورثته من بعده(٩٨).

٢- يتم إثبات النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الائتمان والثقة المفترضة في القانون الإنكليزي بنوعين من القرائن، الأولى قرينة غير قابلة لإثبات العكس تعرف بقرينة النفوذ والثانية قرينة قابلة لإثبات العكس تعرف بقرينة النفوذ غير المشروع(٩٩). أما في القانون العراقي فيمكن إثبات إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي بالقرائن القضائية، وتكون قابلة لإثبات العكس.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة، فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلا عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولا: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- إن النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي هو ضغط غير مشروع يفرضه أحد الطرفين المتعاقدين على الآخر، نتيجة التأثير المهيمن الذي يتمتع به صاحب النفوذ.

٢- يعد النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي عيباً من عيوب الإرادة وهو عيب مستقل عن عيب الإكراه.

٣- يختلف إثبات النفوذ غير المشروع في القانون الإنكليزي باختلاف أنواعه: فالنفوذ غير المشروع الحقيقي يكون واجب الإثبات، ويقع عبء إثباته على المدعي، أما النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الثقة المفترضة، فيتم إثباته بقرينتين: الأولى غير قابلة لإثبات العكس وهي قرينة النفوذ، والثانية قابلة لإثبات العكس وهي قرينة النفوذ غير المشروع، في حين يتم إثبات النفوذ غير المشروع المفترض على أساس علاقات الثقة الحقيقية بقرينة قابلة لإثبات العكس.

٤- لم ينص القانون المدني العراقي على قاعدة عامة تنظم موضوع الشوكة أو النفوذ الأدبي المجرد، إذا كانت غايته مشروعة. ولكنه تضمن تطبيقاً لفكرة الإكراه عن طريق إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي، للوصول إلى غاية غير مشروعة.

٥- على الرغم من أن المشرع العراقي حصر استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في العلاقة بين الأزواج ، إلا أن ذلك لا يعني حصر المعاملة التي يقع بشأنها النفوذ الأدبي في هذا النوع من العلاقات فحسب. بل يمكن توظيف فكرة إساءة استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي في معاملات أبعد من ذلك في القانون العراقي، لتغطي طيفاً أوسع من العلاقات، بحيث تنطبق على العلاقات القائمة بين طوائف معينة من الأشخاص.

٦- ويمكننا القول أخيرا، إن من أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة هي أن موضوع النفوذ غير المشروع قد تمت معالجته في القانون الإنكليزي بطريقة تفصيلية ودقيقة، على الرغم من عدم وجود تشريع إنكليزي يعالج هذه المسألة، لأن أصلها يرجع

إلى قواعد العدالة والإنصاف، ثم تبناها لاحقاً قانون الأحكام العام الإنكليزي. فكانت المحصلة نظاماً قانونياً متكاملاً ، في حين لم يعالج القانون المدني العراقي المسألة بنفس الشمولية، ولم يضع قاعدة عامة تعالج هذا الموضوع.

ثانيا: التوصيات: بعد عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فإننا نقترح التوصيات الآتية:

١- نقترح على المشرع العراقي وضع قاعدة عامة تنظم الشوكة أو النفوذ الأدبي في مختلف أنواع العلاقات، فضلا عن إساءة استعماله، وعدم قصر تطبيقات الشوكة أو النفوذ الأدبي على العلاقة الزوجية، وتوسيع نطاق تطبيقه ليشمل أنواعاً أخرى من العلاقات القانونية ، وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (يكون العقد موقوفاً إذا أساء ذو الشوكة استعمال شوكته على شخص آخر في العلاقة القائمة بينهما، بحيث ترتب على ذلك إبرام تصرف قانوني يعود بنفع غير مشروع على ذي الشوكة وبضرر على الطرف الآخر).

٢- كما نوصي المشرع العراقي بإضافة فقرة أخرى إلى المادة المقترحة أعلاه تحدد تطبيقات الشوكة وإساءة استعمالها ضمن نطاق علاقات الثقة القائمة بين الطرفين وقصرها على هذا النوع من العلاقات ، لصعوبة ممارسة الشوكة على نحو مباشر دون وجود علاقة ثقة بين الطرفين، على الرغم من تبني القانون الإنكليزي للنفوذ غير المشروع الحقيقي، وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (ويكون ذو الشوكة قد استعمل شوكته استعمالاً غير مشروع، إذا أخل بعلاقة الثقة التي تربطه بالطرف الآخر، وأساء إلى الثقة الممنوحة له، لإبرام تصرف قانوني يعود عليه بنفع غير مشروع، في مقابل ضرر يلحق بالطرف الآخر).

الهوامش

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, Anson's Law of Contract, Thirtieth edition, Oxford University Press, 2016. P.338.

(2) Ewan mckendrick, Contract Law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.363.

(3) Atiyah .P.S. And Stephen A. Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.284.

(4) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The Law of Contract. Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson, Reuters, 2010, P.447.

(5) Paul Richards, law Of Contract, Fourth Edition, Pitman Publishing, 1999, P.211.

(6) Robert Duxbury. Nutshells Contract Law, Fifth Edition, Sweet and Maxwell, 2001, P.74.

(7) Atiyah .P.S. And Stephen A. Smith, op. cit, P.289.

(8) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.463.

(9) Robert A. Hillman, Principles of Contract Law, (Concise Hornbook), Thomson West, 2004, P.191.

(10) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.289.

(١١) لمزيد من التفصيل حول رأي القاضي اللورد (Denning) ينظر

Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, ibid, P.290.

(١٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الالكتروني

http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/885.html والتقرير القضائي (All ER) أو (All England Law Report) في المجلد (D) وفي الصفحة ٢٣٢ منه.

(١٣) لمزيد من التفصيل حول رأي القاضي اللورد (Martin Nourse) ينظر:-

Paula Giliker , Re-examining Contract And Unjust Enrichment , Anglo-Canadian Perspectives , Boston , Martinus , Nijhoff ,Publishers ,2007, P.250

(14)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.290.

(15) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.460.

(١٦) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الالكتروني :- swarb.co.uk/royal-bank-of-scotland-v-etridge-no-2-barclays-bank-plc-v-harris-midland-bank-plc-v-wallace-etc-hl-11-oct-2001/

(17) Paul Richards, ibid, P.207 see also Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.441.

(18) Andrew Burrows. The Law Of Restitution, Third Edition, Oxford University Press, 2011, P.283.

(١٨) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.441

(20) Robert Duxbury. Op, cit ,P.74.

(٢١)يقصد بالإكراه تجاه الأشخاص استعمال العنف البدني ضد المتعاقد الآخر أو تهديده بإيقاع العنف البدني. أما الإكراه تجاه الأمتعة فيقصد به استعمال التهديد بإتلاف أمتعة المتعاقد المكرَه (ضحية الإكراه) بدلاً عن التهديد بالعنف البدني. أو الحبس غير المشروع لأمتعة المتعاقد الآخر والتهديد بعدم إطلاقها، إلا بدفع مبالغ نقدية، في حين يتحقق الإكراه الاقتصادي بقيام أحد الطرفين المتعاقدين باستعمال مركزه الاقتصادي القوي بطريقة غير مشروعة لإجبار المتعاقد الآخر على القبول بشروط أو بنود تعسفية في العقد، والتهديد بفسخ العقد ما لم يقبل بذلك. لمزيد من التفصيل ينظر:

Ewan Mckendrick, Contract Law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.357.

(22)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.289.

(23)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.289.

(24) Paul Richards, ibid, P.212.

(25) Mindy-Chen-Wishart. Contract Law. Fourth Edition . Oxford University Press, 2012, P.334.

(٢٦)د. مصطفى سلمان الحبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص١٨١.

(27) John Cartwright , contract Law : An Introduction To The English Law Of Contract For The Civil Lawyer , Second Edition , Oxford , Hart Publishing Ltd , 2013 ,P.186

(28) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Seventh Edition , Longman, 2009, P.256.

(29)Peter Macdonald Eggers, Vitiation Of Contractual Consent. First Edition, In Forma Law From Rutledge, 2017, P.322.

(30) Neil Andrew, Contract Law, First Edition , Cambridge University Press, 2011. P.326.

(31) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.450.

(32) Richard Hyland, Gifts, A Study In Comparative Law, Oxford University Press, 2009, P.301.

(٣٣) د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، منشورات جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص١٠٠.

(34) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law Of Contract, Fifteenth Edition. Oxford University press, 2007, P.395.

(35) Neil Andrew, op. cit . P.328.

(36) Paul Richards, op. cit , P.213.

(37)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.286.

(38) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.453.

(39) Hugh Collins, The Law of Contract, Fourth Edition, Butterworth's , 2003, P.146.

(٤٠)لا تعد العلاقة بين المصرف والزبون علاقة ائتمان وثقة، إلا في حالة استثنائية واحدة وهي وضع الزبون ثقته بالكامل في المصرف، وما عدا ذلك فإن الزبون عادة ما يتمتع بحرية الإرادة وسلطة تقدير واسعة في التصرف في أمواله. لمزيد من التفصيل ينظر Edwin Peel, op. cit , P.452-53.

(٤١) للتعرف على تفاصيل القضية ينظر الموقع الالكتروني

https://en.wikipedia.org/wiki/National_Westminster_Bank_plc_v_Morgan

(٤٢) للتعرف على تفاصيل القضية ينظر الموقع الالكتروني
https://en.wikipedia.org/wiki/Barclays_Bank_plc_v_O%27Brien

(٤٣)د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٨٣.

(٤٤)د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦، ص١٣٩، ينظر أيضا وبنفس المعنى د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص١٨٦.

(٤٥)د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٢٤٢.

(٤٦) سورة الأنفال، الآية ٧.

(٤٧) د. رمضان أبو السعود . مصادر الالتزام . دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية .٢٠٠٥ . ص ١٢٩ ينظر أيضاً د. أنور سلطان . الموجز في مصادر الالتزام . منشأة المعارف بالإسكندرية .١٩٩٦. ص ١١٠

(٤٨)سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المجلد الأول، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة طبع، ص٥٥٨

(٤٩) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، دون مكان نشر، ٢٠٠٠، ص٢٣١.

(٥٠)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٨٤.

(٥١) د. درع حماد ، النظرية العامة للالتزامات ، القسم الأول، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦ ، ص. ١٣٢

(٥٢)د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الثانية، منشورات آراس، أربيل، ٢٠١٠، ص٧٢. ينظر أيضاً د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٢٦٢. و د. احمد محمد علي داؤد، الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص٢٢٥ ينظر أيضا: ود. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، ط ٢ ، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠٠٦، ص١٢٠.

(٥٣)د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، ٢٠١٥، ص٣٠٧.

(٥٤)نصت المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي على أن (من أكره إكراهاً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده)

(٥٥) د. درع حماد ، مصدر سابق، ص. ١٣٣

(٥٦)د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مصدر سابق، ص٣٠٧.

(٥٣) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١٣٢

(٥٤) د.مصطفى إبراهيم الزلمي . أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد. الطبعة الخامسة . شركة الخنساء للطباعة المحدودة . بغداد . ١٩٩٩. ص١٠٦

(٥٩)د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٦٩.

(60) Jack Beatson, Andrew Burrows and john Cartwright, op. cit , P.397.

(٦١)د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٢٤٢.

(٦٢)د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشر، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، ١٩٨٠، ص٧٧.

(٦٣)د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص٧.

(٦٤)د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق ، ص١٢٢.

(65)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.287.

(66) Graham Lilly, Principles Of Evidence. Fourth Edition, Concise Hornbooks. Thomson West. 2006, P.394.

(٦٧)مثال ذلك أنه يمكن للقاضي أن يفترض وعلى نحو قاطع بأن الولد دون سن السابعة لا يمكنه ارتكاب جناية (felony) فالواقعة الأساسية تتمثل بكون الولد (دون سن السابعة من العمر). أما الواقعة المفترضة فهي (عدم قدرته على ارتكاب جناية) وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس، فإذا تصادف مثلا أن قام ولد دون سن السابعة بإطلاق نار على شخص وأرداه قتيلا فهذا يعني بأن هذه القرينة تقدم لنا قاعدة موضوعية مؤداها أن المسؤولية الجنائية لا تفرض على الولد دون سن السابعة، لتوافر الركن المادي للجريمة دون ركنها المعنوي. لمزيد من التفصيل ينظر Graham Lilly, op. cit , P.394-5.

(68) Neil Andrews, op. cit , P.337.

(69)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.282.

(70) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.457.

(71) Janet O'sullivan & Jonathan Hilliard, The Law Of Contract. Fifth Edition, Oxford University press, 2012, P.277.

(72) Jill Poole, Casebook On Contract Law, Thirteenth Edition, Oxford University Press, 2016, P.698.

(73)Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.287 see also Edwin Peel, op. cit , P.459.

(74) Ewan mckendrick, op. cit , P.367.

(٧١) للتعرف على تفاصيل القضية ينظر الموقع الالكتروني

https://en.wikipedia.org/wiki/Royal_Bank_of_Scotland_plc_v_Etridge_%28No_2%29

(76) Michael Furmston, op. cit , P.402.

(77) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.458.

(78) Richard Stone. The Modern Law Of Contract. Tenth Edition, Rutledge, 2013, P.371.

(79) Peter Macdonald Eggers, op. cit , P.367.

(80) John wilman, op. cit, P.164.

([81])Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.292.

([82]) Andrew Burrows, op. cit , P.290.

([83]) Andrew Burrows, ibid, P.290.

(٨٠) د. منذر الفضل . مصدر سابق . ص ١٣٩

(٨١) د.نبيل إبراهيم سعد . مصدر سابق . ص ١٨٦

(٨٢) د. أنور سلطان . مصدر سابق . ص ١١١

(٨٣) د. رمضان أبو السعود . مصدر سابق . ص ١٢٩

([٨٨])د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٢٤٢.

([٨٩])د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٢٤٩. ينظر أيضاً د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص٢٩٩.

([٩٠])حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٥٣٤/مدنية ثانية/٨٣ في ١٩٨٣/١١/٢٦ منشور في مجموعة الأحكام العدلية، الأعداد (١-٤)، ١٩٨٣، ص٧٥.

([٩١])د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص٣٥٣.

([٩٢])د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٣١٤.

(٨٩) د. عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣. ص ١٢٢

([٩٤])د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.

([٩٥])د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٠٢.

([96]) Robert Duxbury, op. cit , P.77.

([97]) Peter Macdonald Eggers, op. cit , P.365.

([٩٨])د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٥٢٤ .

([٩٩])د. مصطفى سلمان الحبيب، مصدر سابق، ص١٨٢.