

التطور التاريخي لفكرة  
المقابل في القانون  
الأنكلوسكسوني  
دراسة تحليلية للقانون الإنكليزي  
مع الإشارة الموجزة الى مبادئ نظرية  
السبب اللاتينية

أ.م.د. أكرم فاضل سعيد قصير  
كلية الحقوق / جامعة النهرين

ملخص البحث

ليس المقابل الا فكرة نشأت في مرحلة من مراحل الزمن في كنف القانون الانكليزي. وما زالت هذه الفكرة قائمة لغاية يومنا هذا وهي فكرة سلطان الدائن على أجراء مدينه والتي مفادها ما يأتي: باي سلطان يقاضي الدائن (الموعود عليه) مدينه (الواعد)؟ فنحن في القانون الانكليزي لا نسأل المدين لماذا اصبحت مديناً. ولكننا نسأل الدائن لماذا اصبحت دائناً. كما نسأله ايضاً عن (السلطان) الذي به صار دائناً؟ ولكي نتعرف على تاريخ إعطاء هذا السلطان والقانون الحاكم له والذي بموجبه يجبر الدائن (أو الموعود له) مدينه (الواعد) على تنفيذ وعده (أو التزامه) افردنا هذا البحث كله، لغرض الاجابة عن هذا السؤال الجوهرى. وهذا ما قمنا به باذن الله سبحانه تعالى.

**Abstract:**

The consideration is just an idea arose in a period of the time under the English Law. This idea is still existing till now; which is the idea of sovereignty of the creditor over the debtor. The idea includes the question: By which sovereignty can the creditor judge the debtor? (the person whom being promised judges the promising person).

In English Law, we do not ask the debtor the reason of being debtor; but we ask the creditor why he became a creditor, also we ask him about the sovereignty that makes him a creditor.

In order to know the history of the sovereignty and the superior rule which enable the creditor (the person whom being promised) to force the debtor (the promising person) to implement his promise (or commitment), we presented this research to answer this substantial question; and that what we have done God willing.

## مقدمة البحث

يعاني الباحث العراقي طالما كان متأثراً بالنظام القانوني اللاتيني - من صعوبة شديدة من دراسة نظام قانوني مختلف عن نظامه القانوني الذي تربي عليه وترعرع في احضانه. فالمفاهيم القانونية بين الشريعتين اللاتينية (ذات المصدر الروماني) والإنكليزية (ذات المصدر القضائي) مختلفة جذرياً. ومع ذلك، فالفقه العراقي وهو يخوض في غمار الشريعة اللاتينية، لم يقطع كل صلة له بالشريعة الأنكلوسكسونية. فظهر في العراق رائدان في هذه الشريعة، وهما: المغفور له الدكتور عبد المجيد الحكيم، وأستاذنا الفاضل الدكتور مجيد حميد العنبيكي .

ونرى من الضروري قبل ان نخوض في مضمار هذا البحث أن نوضح بأن القانون الأنكلوسكسوني هو ذلك القانون الذي يحكم ويسود على معظم الدول الناطقة باللغة الإنكليزية؛ وذلك مثل: بريطانيا العظمى، والولايات المتحدة الأمريكية (باستثناء ولاية لويزيانا)، وكندا (باستثناء مقاطعة كيبيك)، وأستراليا، ونيوزلندا. ومن الضروري الإشارة ايضاً الى أن القانون الإنكليزي حكم السودان ايضاً، وهو ذلك القطر العربي الشقيق، مدة لا تقل عن نصف قرن بأضعف الأحوال، فكان النصف الأول من القرن العشرين - ذي الوجود الماضي - هو العصر الذهبي للقانون الإنكليزي في السودان<sup>1</sup>.

**مدلول عنوان البحث على المصطلحات الواردة فيه: تأثير النظام القانوني الأنكلوسكسوني على تأسيس فكرة المقابل اللازمة لفاذ العقد حيال الواعد ؟**

من الواضح جداً أن عنوان البحث يدل على مضمونه، وهو: أن النظام القانوني الأنكلوسكسوني هو الذي أوجد فكرة المقابل اللازمة لفاذ العقد تجاه المدين. كما يدل العنوان ايضاً على أن لفكرة المقابل، في عملية نفاذ العقد دوراً مهماً يقوم هذا المقابل بلعبه خلال مدة نشاط العقد أو نفاذه . وهو أن يجعله نافذاً بحق المدين. فالمقابل هو الثمن الذي اشترى به الدائن وعد المدين. كما أنه الغرض الذي ينصب عليه وعد المدين، أي هو المثلث (المبيع) او (المنفعة) او (العمل) او (الامتناع عن عمل) او (نقل الملكية). فالمشتري دائن بالمبيع، والبائع مدين بتسليمه. والبائع لا يُجبر على تسليم المبيع الى المشتري إلا إذا تسلّم

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد: نجد أن الأستاذ زكي مصطفى عبد المجيد كتب في مؤلفه (القانون المدني السوداني - تاريخه وخصائصه)، مجموعة محاضرات ألقاها في معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٨، ص ١١٠، ما يأتي: ((العصر الذهبي للقانون الإنكليزي: تمتد هذه الفترة {الاصح لغة: المدة} في تاريخنا بين سنوات ١٩٢٥، ١٩٥٦ وأهم خصائصها أن محاكمنا اتجهت فيها الى تطبيق القانون الإنكليزي تطبيقاً يكاد يكون حرفياً واستبعدت كل ما عداه)).

الثن، وهذا هو (المقابل) بعينه. فالمقابل هو خسارة محققة أكيدة لحقت بالدائن ليُجعل الالتزام أو الوعد نافذاً بحق المدين. ولكن (المقابل) يدقُ تحديدهُ في عقود القيام بعملٍ. ففي قضية توماس ضد توماس Thomas V. Thomas لسنة ١٨٤٢ التي سنشير إليها في هذا البحث لاحقاً نجد أن زوج الموعود لها قد أجاز لزوجته الموعود لها في السكن في عقاره بعد وفاته مقابل أن تدفع باونداً واحداً في السنة لتركته بعد وفاته.

وفي هذه الدعوى نجد أن الزوج قدّم عرضاً (إيجاباً) لزوجته بأن تسكن في منزله بعد وفاته. والسكن في معناه المتبادر هو ألا تتزوج من بعد وفاته بغيره من الرجال. وحتى يصح طلب الوعد المذكور منها (ألا تتزوج بعد وفاة زوجها)، فعلى الزوج أن يشتري وعدها وذلك بأن يُمكنها في مسكنه بعد وفاته. وحتى يصحّ إنفراد الزوجة بأن تسكن دار زوجها - بعد وفاته - فعليها أن تشتري ذلك الحق منه، طالما كان الوعد متخذاً في صورة عقد، وبالفعل لقد عرض عليها الزوج أن تشتري حق السكن في داره بعد وفاته، بمبلغ باوند واحد سنوياً، وهو مبلغ ضئيل جداً يصل إلى حدّ النفاهة، إلا أنه يعتبر مقابلاً جيداً لتشتري الزوجة من زوجها حق السكن في داره بعد وفاته<sup>١</sup>.

كما نجد في بحثنا هذا مصطلحات لا تتطابق مع المصطلحات التي سبق لنا أن تعودنا عليها في النظام القانوني اللاتيني كالوعد، والواعد والموعود له. فالوعد بالتعاقد، في النظام القانوني اللاتيني يُنشئ على الواعد التزاماً مستقبلاً غير حالٍ أجله عند التعاقد. بينما يُنشئ (الوعد) في القانون الأنكلوسكسوني التزاماً فورياً مستحق الأداء ما لم يتفق الطرفان على تأجيله. ويتم ذلك بمجرد أن يقدم الدائن المقابل لمدينه. وفي حالة الاتفاق على تأجيل ذلك الالتزام فيجب على الدائن بالتأجيل، وهو نفسه المدين أو الواعد في الوعد الأصلي، أن يقدم مقابلاً آخرًا لدائنه عسى أن يرضى به ذلك الدائن ويؤجل عليه الوعد الحال المستحق الأداء الذي كان ثابتاً عليه.

وببساطة، فإن (الواعد) هو الطرف المدين بتقديم الالتزام حالاً في النظام القانوني الأنكلوسكسوني، بينما هو الطرف المدين بتنفيذ الالتزام أو الامتناع عنه مستقبلاً في النظام القانوني اللاتيني. وأن (الموعود له) هو الطرف الدائن بالالتزام حالاً في النظام القانوني الأنكلوسكسوني، بينما هو الطرف الدائن بالالتزام مستقبلاً في النظام القانوني اللاتيني. وأن (المقابل) هو الثمن الذي يقدمه الدائن (الموعود له) لشراء وعد مدينه (الواعد) ولا مقابل

<sup>١</sup> ينظر: أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، كلية الحقوق - جامعة النهريين، ٢٠٠١، ص ٢٨-٢٩.

لهذه المصطلحات مباشرةً في النظام القانوني اللاتيني، إلا أنه يوجد ما يقابلها من المصطلحات المقابلة لها بصورة غير مباشرة في النظام القانوني اللاتيني من محلٍ وسببٍ؛ وذلك على النحو الذي سنوضحه في هذا البحث.

واستكمالاً لهذا الموضوع وأظهاراً لأهمية فكرة المقابل في نفاذ العقد ولزومه، نرى ضرورة عرض الخصائص القانونية لهذه الفكرة في القانون الانكليزي؛ وذلك قبل دراسة تطوره التاريخي باعتبار أن هذه الخصائص قد تكونت ببطء عبر مراحل تطور القانون الانكليزي.

ويمكننا تحديد عشر خصائص قانونية تنفرد بها فكرة المقابل دون غيرها من الانظمة القانونية الشبيهة بها كالعربون او التعويض الاتفاقي. وهذه الخصائص ندرجها كما يأتي:

١. **لابد لكل وعد او التزام من مقابل يضاف اليه:** واداء الوعد في القانون الانكليزي يؤدي الى اشغال ذمة المدين بدين حتى يتم الوفاء به من قبله نفسه. لذا (فالوعد) في القانون الانكليزي هو نفسه (الالتزام) في القانون اللاتيني، وهو نفسه (الموجب) في القانون اللبناني. والمصطلحات الثلاثة (الوعد) و (الالتزام) و (الموجب) انما هي مصطلحات متعددة لفكرة واحدة، وهي فكرة اشغال ذمة المدين بدين ما حتى يقوم بالوفاء به.

وعلى اي حال فلا بد ان يكون لكل وعد (او الالتزام) من (مقابل يضاف اليه). وبدون اداء هذا المقابل لا يمكن اجبار المدين او الواعد على تنفيذ التزامه جبراً.

٢. **لابد ان يكون مصدر المقابل اتفاقياً:** فالمصادر المتوقعة لاي نظام قانوني لا تخلو من ان تكون الاً اتفاقية او قانونية او قضائية. وقد استبعد المشرع الانكليزي، وهو مشرع قضائي، المصدران القانوني والقضائي للمقابل. لذا لم يعد هناك مصدر للمقابل إلا المصدر الاتفاقي.

٣. **ليس للقاضي اي سلطة في تقدير جنس المقابل او قيمته اذا لم يكن محدد مقداره جنساً وقيمةً اتفاقاً:** فالقاضي ليس له اي سلطة في فرض تقدير جنس المقابل او قيمته على اطراف العقد. وهذه نتيجة طبيعية فطالما كان القاضي غير مخول بفرض المقابل عند عدم الاتفاق عليه لذا فهو، ومن باب اولي، ليس متخصصاً بتحديد جنس المقابل او قيمته في حالة عدم مقدرة الاطراف المتعاقدة على تحديد جنسه او قيمته.

٤. **ليس للقاضي سلطان على تحديد اسس المقابل العادل بين المتعاقدين:** فلا يحق للقاضي تخفيض قيمة المقابل اذا وجد قيمته مغالى فيها. كما لا يحق له زيادة قيمته اذا

وجد تلك القيمة تافهة أو غير متناسبة مع جهد المدين (الواعد بالوعد). فالقاضي غير متخصص بالرقابة على عدالة تقدير قيمة المقابل. كما أنه غير متخصص في تحديد أسس احتسابه العادلة. وكذلك أيضاً هو غير متخصص بفحص تناسب قيمة المقابل مع جهد المدين (الواعد) بتنفيذ هذا الوعد.

٥. لا يمكن التراخي بين وقت تنفيذ اداء دفع المقابل عن وقت الاتفاق عليه: فلا يجوز للدائن او الموعود له ان يتراخى او يتباطأ في دفع المقابل المتفق عليه الى الواعد بعد الاتفاق عليه.

٦. لا تغني كتابة الاتفاق من دفع المقابل الى المدين: فلا يستطيع الدائن (او الموعود له) اجبار مدينه على تنفيذ التزامه جبراً لمجرد انه ابرم معه عقداً مكتوباً. وانما يجبر الدائن مدينه على تنفيذ التزامه اذا ادى له مقابلاً مهما كان جنسه وقيمته ونوعه.

ولكن يغني عقد التبرع المختوم عن تقديم المقابل. لذا يلجأ المتبرع الى ختم عقده الذي ابرمه مع المتبرع اليه بالشمع الاحمر او بالختم المعتبر. فالختم او الشمع هو الذي يجعل عقد التبرع نافذاً قَبْلَ المتبرع اذا كان حياً او قَبْلَ ورثته اذا كان ميتاً.

٧. المدين بالمقابل هو الطرف الدائن بالوعد: والمدين في وعد متعلق بعقد بسيط (والعقد البسيط هو عقد قائم على اساس المعاوضة او الائتزام التبادلي) هو الدائن بالوعد. والدائن بالوعد يطلق عليه مصطلح (الموعود له). والموعود له لا سلطان له على اجبار مدينه الواعد على تنفيذ التزامه الا اذا قدم له الدائن مقابلاً له اعتبار في نظر القانون.

٨. الدائن بالمقابل هو الطرف المدين بالوعد: والدائن في العقد البسيط هو الطرف المدين بأداء الوعد. والمدين بالوعد يطلق عليه مصطلح (الواعد). ولا يجبر الواعد على تنفيذ التزامه ما لم يكن قد قبض المقابل الذي اتفق بشأنه مع الطرف الدائن او الموعود له بتنفيذ الوعد.

٩. ليس المقابل الا ضرر تحمل الدائن عبء ادائه: فلا يمكن اجبار المدين على تنفيذ التزامه ما لم يخسر الدائن القيمة او الحق او الشيء الذي وعد به.

١٠. لا يكون العقد البسيط نافذاً بين المتعاقدين الا اذا ادى الدائن للمدين مقابلاً: لا يكون العقد البسيط نافذاً قَبْلَ الواعد الا اذا ادى الموعود له المقابل المتفق عليه الى الواعد.

## جوهر فكرة البحث:

سبق أن أشرنا الى أن فكرة (المقابل) الأنكلوسكسونية تجد معناها في النظام القانوني اللاتيني، بصورة ضمنية غير مباشرة من خلال معالجة الاحكام المتعلقة بمحل الالتزام أو سببه. ففكرة المقابل اللازمة لنفاذ العقد في القانون الانكليزي إنما تقابل ركني المحل و السبب التقليدي للعقد في القانون اللاتيني مع اختلاف في الجزاء القانوني المترتب على اختلال العناصر المكونة لهما. إلا أن تحديد هذه المُشترَكَات بينهما يتطلب اجراء دراسة موازنة بين القانونين. وهذا ما سنهتم بدراسته في حدود هذا البحث.

الآن جوهر البحث لا يقتصر على مجرد المقارنة بين كلا النظريتين (نظرية السبب اللاتينية) و (نظرية المقابل الأنكلوسكسونية)، فالمقارنة بينهما، كما ذكرنا في عنوان البحث إنما هي إشارة عابرة ليس إلا. ولذلك سنركز جهدنا على (دراسة المقابل) بحد ذاته باعتباره ركناً في الحق الشخصي. فكل دائنٍ تحمّل خسارة اداء المقابل فاز بالالتزام المدين. وفي لغة الاصطلاح الإنكليزي الاخرى المطابقة لها، فإن أيّ خسارة يتحملها الموعود له لتقديم (المقابل) الواجب تقديمه للواعد يؤدي ذلك الى اشغال ذمة ذلك الواعد بوعده (أو التزام) (كما نسميه في لغة الفقه اللاتيني) قبل الدائن او الموعود له.

## إشكاليات البحث:

نعالج في هذا البحث ثلاث إشكاليات، وهي:

- (الإشكالية الأولى): دور المقابل في طبيعة العقد سواء أكان عقداً بسيطاً أم مختوماً.
- (الإشكالية الثانية): الموازنة بين فكرة المقابل الأنكلوسكسونية ونظرية السبب اللاتينية.
- (الإشكالية الثالثة): دور المقابل في القوانين العربية (القانون السوداني لسنة ١٩٧٤ الملغى انموذجاً).

وعلى الرغم من أننا سنفرّد هذا البحث لبحث إشكالياته، إلا أننا نرى من المناسب أن نتوقف عندها.

ففي الإشكالية الأولى (إشكالية العقد البسيط او المختوم)، لم ينظر القانون الإنكليزي الى الدليل الكتابي (او الكتابة) كدليل إثباتي مجرد على وجود العقد فحسب، وإنما اعتبره إحدى الصور التي تعبر عن وجود التزام (أو وعد) يجب على المتعاقد أن يوفي به. إذ لا إيجاباً على المتعاقد (الواعد) على تنفيذ ما تعاقد به (الوعد) (أو الإلزام)، إلا إذا وعد وعداً

ملزماً؛ ولذلك ظهر الختم أولاً فكان العقد المختوم. ثم ظهر (المقابل) ثانياً في العقد غير المختوم، فكان العقد بسيطاً طالما لم يكن مختوماً.

فالختم في العقد المختوم، والمقابل في العقد غير المختوم (أي العقد البسيط) إنما هما دالتان على نفاذ العقد قِبَل المدين وعلى التزامه بالوعد<sup>1</sup>. والشكليّة القانونية في القانون الإنكليزي ليست للإثبات فحسب، كما أنّها ليست موجودة للتذكير بوجود عقد تمّ إبرامه (وعدّ لازم)، وإنما هي سببٌ كلما تحقق وجوده، أصبح لأيّ متعاقدٍ حق إجبار من تعاقد معه على ضرورة تنفيذ التزامه (أو وعده) الذي وعد به الطرف الآخر<sup>2</sup>. فإذا لم يكن العقد من عقود التبرع التي يشترط لصحة العقود النازمة لها أن تكون مختومةً طبعاً فلا يكون لأي من المتعاقدين أيّ سلطان قانوني على إجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه إلا إذا قدّم له ثمناً لشراء التزامه (أو وعده)، وهذا هو المقابل بعينه اللازم وجوده في أيّ عقدٍ بسيطٍ.

فاللفظ المجرد لا يكفي لإجبار المتعاقد على تنفيذ وعده (أو التزامه)، وإنما لا بد من الانتقال من منطقة الارتباط غير الملزم قانوناً وقضاءٍ الى منطقة الارتباط الملزم قانوناً وقضاءً. وهذا يتطلب مرور اللفظ في منطقة (العهد)، وهذه هي المرحلة الوسطى، بلا شك، بين المنطقتين: (الملزمة وغير الملزمة). وحتى يصبح الوعد ملزماً لا بد أن يبرّر الواعد بوعده من خلال الختم في عقود التبرع، وهذا ما يجعل العقد مختوماً، فإن لم يكن الوعد من قبيل عقود التبرع، فلا بد أن يظهر الوعد أثره إذا دُفِعَ المقابل ثمناً له (أي ثمناً لالتزامه أو اجباره)، وهذا ما يجعل العقد بسيطاً. فيكون لكل من الختم والمقابل دوراً في نفاذ العقد بحيث يجعله ملزماً بالمرور من خلال آليات ذلك النظام. وهذه هي المنطقة الوسطى (العهد) التي سبق لنا الإشارة لها آنفاً.

والإشكاليّة الثانية لهذا البحث تكمن في الإجابة عن السؤال الآتي: كيف نوازن بين فكرة المقابل الأنكلوسكسونيّة ونظرية السبب اللاتينيّة؟ ونرى من المناسب أن نجيب عن هذا السؤال بشيءٍ من الإيجاز هنا، فنقول: إنّ الوعد ما كان ملزماً على واعده إلا إذا كان مختوماً في عقود التبرع، أو إذا كان مدفوعاً له الثمن في عقود المعاوضة. والثمن المدفوع لشراء التزام المدين (أو وعده) (بلغة الفقه الإنكليزي) إنّما هو المقابل بحدّ ذاته. فالمقابل

<sup>1</sup> الوعد، في القانون الإنكليزي هو: الالتزام الحال المستحق الأداء غير المعلق بشرطٍ أو المضاف الى أجلٍ إلا إذا دلت القرينة المصاحبة له وقت إنشائه أو وقت تعديله على خلاف ذلك.

<sup>2</sup> Look at: John P. Dawson, WM, Burnett Harvey, Cases and Materials on Contract Remedies, Brooklyn: The Foundation Press (INC.), 1959, P. 525.

بحقيقته في القانون الانكليزيّ إنّما هو ركنٌ في الحق الشخصي، أما السبب في القانون اللاتينيّ فهو ركنٌ في الإلتزام. وهذا هو أهم فرق بين المصطلحين.

والإشكاليّة الثالثة في بحثنا هذا، هي: هل يوجد لفكرة المقابل صدقاً في التشريعات العربية المعاصرة؟ وجواباً عن هذا السؤال، نقول: ((نعم)). فقانون العقود السودانيّ لسنة ١٩٧٤، وإن كان اليوم ملغياً إلاّ أنّه كان وما يزال بحقٍ صرخةً لآخر مراحل تطور نظرية المقابل الأنكلوسكسونيّة في العالم. فالمادة (٢٥) منه تُعرّف المقابل بأنه: ((هو الثمن الذي يقدمه أحد طرفي العقد لوعده الطرف الآخر)). والمادة (٢٦) منه تحدد أنواع المقابل، فتقول: ((يجوز أن يكون المقابل: (أ) وعداً. (ب) عملاً. (ج) امتناعاً عن عملٍ. (د) أيّ شيءٍ آخر ذا قيمة)).

ومن المفيد أن نشير الى دعوى صالح صبحي ضد ساسون التي عرضت بالعدد (٣٦) أمام محكمة الاستئناف السودانية عام ١٩٣٦، والتي قد تعرضت الى الإفاضة في فلسفة القانون السودانيّ. كما تعرضت ايضاً الى مدى تأثير القانون السودانيّ بالقانون الإنكليزيّ. وقد عبّر أحد أشهر كتّاب القانون السودانيّ عن حقيقة هذه العلاقة بين القانونين من خلال ما نقتبسه منه، ، مما ورد في الحكم الصادر في الدعوى المذكورة آنفاً، بقول ذلك الكاتب ما يأتي: ((تقوم محاكم السودان بموجب السلطة الممنوحة لها في المادة التاسعة من قانون القضاء المدني ١٩٢٩ بين حينٍ وآخر بالرجوع الى السوابق الإنكليزية بغية الاسترشاد بالمبادئ التي تقرها، وتقوم في حالاتٍ معينة بالرجوع الى التشريعات التي تصدر من وقتٍ لآخر لوضع القواعد المستتبطة من السوابق في قالبٍ يجعلها أكثر مناسبة لاحتياجات العصر. فمثلاً، قامت محاكمنا بتطبيق قانون (اللورد كامبل) الى جانب تشريعات إنجليزية أخرى.....)).

ولكن منذ منتصف عقد السبعينيات من القرن الماضي أبتعد القانون السودانيّ عن القانون الإنكليزيّ رويداً رويداً الى أن أنقل الى أحضان القانون اللاتينيّ تدريجياً، وهو قانون روماني الأصل كما نعلم؛ ولاسيّما بعد مرحلة الانقلابات العسكرية المتتابعة التي شهدها القطر العربي السودانيّ منذ منتصف خمسينيات القرن الماضي ولغاية يومنا الحاضر. وأخيراً، فنحن لا نستطيع أن نتجنب الإشارة الى أحكام القانون السودانيّ، حتى لو كانت أحكامه الإنكليزية المصدر، أصبحت اليوم منسوخة أو مهجورة. فمهما كتّنا عن

<sup>١</sup> ينظر: الأستاذ زكي مصطفى عبد المجيد، القانون المدني السودانيّ، المرجع السابق، ص ١١٩.

قانون القضاء الإنكليزي فلا نخرج عن النطاق الجغرافي لمنطقتنا التي نحيا فيها، ونحس بشعور الانتماء إليها. وهذا هو واجبنا وإخلاصنا نحو وطننا العراق الغالي على قلوبنا.

### منهجية البحث:

يهدف هذا البحث بشكلٍ خاص إلى العُور في عمق نظام قانوني أجنبي لاتطبيق له في بلادنا. فلا يخفى علينا القول أنّ (المقابل) كنظرية في القانون الأنكلوسكسوني، مازالت نظرية مجهولة بنشأتها وتطورها وآثارها إلا أنّها ليست نظرية بعيدة كل البعد عن الشريعة الإسلامية. وإذا كان موضوع البحث وإشكالاته لا يهدف إلى البحث عن مدى تأثر القانون الإنكليزي بالشريعة الإسلامية، إلا أنّ الحقيقة التي يجب أن نُقال، أنّ بينهما كثرة من نقاط الالتقاء التي تكاد تكون حرفيّة في بعض الأحيان؛ وذلك من مثل تعبير (الوعد الملزم) الذي يعدُّ بمثابة القلب إلى الإنسان بالنسبة لموضوع البحث عن (المقابل).

وتقوم منهجية البحث على الموازنة بين نظرية المقابل الأنكلوسكسونية ونظرية السبب اللاتينية ذات المصدر الروماني، ولكننا في هذه الموازنة لا نتعمق فيها غوصاً كبيراً بالدرجة الأساس؛ وذلك لأن اهتمامنا لا ينصب على المقارنة أو الموازنة بالدرجة الأساس قدر اهتمامنا بكشف حقيقة المقابل في أعين الفقه والقضاء الإنكليزيين التي نشأت هذه النظرية في أحضانها. فإذا تلمسنا هذه الحقيقة، فلا مانع بعد ذلك - لا قبله - من الموازنة بين المقابل والسبب في القانونين الإنكليزي والفرنسي، وهذا ما سنقوم ببحثه إن شاء الله تعالى.

### خطة البحث:

لما كان موضوع هذا البحث ينصبُّ على المقابل بحدّ ذاته، لذا حاولنا دراسته - كما هو - بكلّ مصطلحاته وإشكالاته. وأفردنا لهذه المهمة أربعة مباحث، كان أولها: متخصصاً ببحث تعريف المقابل وبكلّ ما يختلط به من النظم القانونية الأخرى المشابهة له. وكان ثانيها: متخصصاً ببحث الأساس القانوني لفكرة (المقابل) في القانون الإنكليزي. وكان ثالثها: متخصصاً لدور القضاء الإنكليزي في صناعة فكرة المقابل في العقود البسيطة. وأمّا رابعها وآخرها فكان: متخصصاً ببحث شروط المقابل وأحكامه.

وسنبحث في هذه المباحث الأربعة أحكاماً متعددة تهدف كلها للإجابة عن التساؤلات التي أُثيرت من قبلنا في إشكاليات البحث والتي تدور في محور جوهره. فإذا أكملناها أتممنا البحث بخاتمة. وهذا ما سنقوم به إن شاء الله تعالى.

## المبحث الاول تعريف المقابل وما يختلط به من النظم القانونية الاخرى المشابهة له

### تقسيم:

نبحث هذا الموضوع في مطلبين، بحيث نخصص اولهما: لتعريف المقابل، ونفردُ ثانيهما: لنميز ما يختلط به (المقابل) مع غيره من النظم القانونية المشابهة له.

### المطلب الاول تعريف المقابل

#### التعريف الفقهي للمقابل:

كثيرةٌ هي تعريفات (المقابل) أو (الاعتبار) (Consideration)، ولكن تلك التعريفات على الرغم من كثرتها فهي ما تزال غامضة. وبهذا الغموض تعذر سبر قانون العقد في النظام الانكلوسكسوني. ومع ذلك فقد بذل اساتذتنا الاجلاء دوراً رائداً في ازالة الغموض عن تعريف (المقابل). ورغم ذلك فما زال الغموض سائداً في تعريفه لسبب بسيط مفاده اتصال نظرية المقابل مع كل من ركني (المحل) و (السبب) في القانون اللاتيني. ونحن اذ نستعرض هذه التعاريف يجب الا نَسْتَأْ منها، اذا كانت غامضة<sup>(1)</sup>.

(1) وفي هذا المعنى كتب د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي (مع مقدمة عامة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة)، بغداد: دون ذكر الناشر، ١٩٩١، ص ١٨٨، بقوله: ((قلنا عند الكلام عن التطور التاريخي لنظرية الاعتبار أن الفقهاء اختلفوا في الاصل الذي تقوم عليه هذه النظرية. وقد انعكست هذه الحقيقة على تعريفهم للاعتبار (أو المقابل). فلا يجد الباحث امامه تعريفاً متفقاً عليه في الفقه والقضاء يمكنه أن يسير على ضوئه مطمئناً اليه في بحثه. وقد عرف المعهد الامريكي للقانون The American Law Institute الاعتبار بأنه ما يراد الحصول عليه في مقابل تعهد

Something which is bargained for and given for a promise

ولكنه (المعهد) يخصص مباشرة بعد هذا التعريف عشر فقرات أو مواد Sections لبيان الامور أو العوامل الاخرى Factors التي تجعل التعهد لازماً)). كما كتب أيضاً في ص ص (١٨٨-١٨٩)، ما يأتي: ((.....ذلك أن القواعد والنظريات والتعريفات التي وضعها كبار القضاة وفضاحل الفقهاء لا تتفق فيما بينها. فلا يمكن لأحد (احصاء) هذه التعريفات بمفرده (أو) أن يوفق بين هذا العدد الكبير من الاحكام القضائية. كما أن من المشكوك فيه الى حد بعيد أن يستطيع إنسان بمفرده، ولو كرس حياته لذلك in a single life time القيام بمثل هذه الدراسة للوقائع في هذا العدد الكبير من القضايا، بحيث يكون قادراً على تقرير ما اذا كان احد هذه التعريفات أو احدث هذه النظريات يمكن أن يقال عنه أنه أو أنها حجة في الموضوع in accord with weight authority. ولن يكون بإمكان باحث بمفرده أن يستعرض آلاف القضايا التي عالجت الاحكام فيها بعض جوانب الاعتبار (أو المقابل) الذي يقوم عليه التعهد some phase of consideration for a promise فلذلك سيكون سبباً كبيراً لاحتمال الغلط)).

فقد عرّفه استاذنا الدكتور جاسم العبودي، بأنه: (( هو حق معين أو مصلحة أو منفعة مكتسبة من قبل طرفٍ معين أو هو امتناع أو أذى أو خسارة أو التزام محتمل من قبل طرفٍ آخر))<sup>(١)</sup>. كما عرّف استاذنا الدكتور مجيد حميد العنبي، المقابل، بأنه: (( هو القيمة التي يحصل عليها كلا الطرفين في دخولهما في العقد، وهو الصفقة))<sup>(٢)</sup>. في حين هناك تعريفٌ آخر للمقابل تبناه استاذنا في تعريف السير فرد بولدك Sir Fred Pollock الذي جاء فيه، بأنه: (( Act or forbearance of one party, or the promise of the other ))<sup>(٣)</sup>. ((there of, is the price which the promise of the other is bought))<sup>(٤)</sup>.

وعلى أيّ حال يذهب استاذنا الدكتور مجيد حميد العنبي إلى اعتبار تعريف المقابل بأنه الثمن الذي يقدمه المدعي للحصول على التزام المدعي عليه هو افضل من الاصطلاح القانوني الذي ساد في القرن التاسع عشر فيما يخص الفائدة والضرر (benefits & losses or detriment)؛ وذلك لأنّه يسير الفهم لملائمته التعبير عن التبادل الطبيعي للالتزامات ، فضلاً عن تأكيد لملاءمته الصيغة التجارية للعقد في القانون الانكليزي<sup>(٤)</sup>. أما العلامة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، فنراه يعرف المقابل الذي اسماه بـ(الاعتبار) Consideration، بأنه: ((الثمن الذي اشترى به احد المتعاقدين التزام الآخر))<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: استاذنا د. جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، بغداد، مطبعة غرناطة، ١٩٩٧، ص ٥١. مع ملاحظة أنّ الضرر المالي أو الاذى لا بدّ أن يصيب مقدم هذا المقابل ، وهو هنا الدائن الموعود له بتنفيذ الالتزام الذي قدم له هذا الدائن في سبيل الحصول على التزام المدين هذا المقابل له (أيّ للواعد بتنفيذ التزامه) لكي يلزمه جبرياً بتنفيذ ما وعد به.

(٢) ينظر: د. مجيد حميد العنبي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، بغداد: وزارة العدل (منشورات الدائرة القانونية)، ١٤١١هـ، ١٩٩٠م، ص ٢١١.

(٣) ينظر: د. مجيد حميد العنبي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد: جامعة النهرين، ٢٠٠١م، ص ٢٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) (نظرية العقد)، بيروت: المجمع العلمي العربي الاسلامي، بدون سنة طبع، بند (٥٦١)، ص ٥٩٠. وسيشار الى هذا المرجع فيما بعد بـ(نظرية العقد).

وكتب السنهوري (رحمه الله) ايضاً في المرجع المذكور، بند (٥٦١)، ص ٥٩٠، هامش (٣)، ما يأتي: ((ولا يشترط في (الاعتبار) ان يكون معادلاً للالتزام، فقد يكون ضئيلاً، ومع ذلك يصح (اعتبار) {أيّ/مقابل}. ويقول الانجليز في هذا أن (الاعتبار) قد يكون حبةً من الفلفل (Pepper – corn)، فهو أقرب الى ان يكون ضرباً من الشكلية من أن يكون شرطاً موضوعياً. وقد نشأت نظرية (الاعتبار) في القرن السادس عشر عندما أريد التخلص من الشكلية العتيقة. فجعل (الاعتبار)، وهو شكلية مهذبة، محلّ الشكلية المعتدية

وفي الفقه الانكليزيّ، نجد أنّ الاستاذ هيربرت جاكوبس Herbert Jacobs يُعرّف ((المقابل)، بأنه: "Some right, interest, or benefit accruing to one party, or some for bearance, detriment, lose, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other))<sup>(١)</sup>.

### تحديد وجه الغموض في تعريف (المقابل) أو (الاعتبار)

تتنوع المفردات المستخدمة في تعريف المقابل، بأنها: (الثلث) أو (القيمة) أو (المنفعة) أو (الخسارة) أو (الاذى والكسب) أو (الضرر والفائدة) ما يجعل تعريفه امراً شاقاً؛ وذلك لأنّ التعريف يزيد من صعوبة المُعرّف عند استخدام تلك المصطلحات الغامضة في تعريف المقابل. ولا يمكن تقديم وصفة علاجية محددة تمكن الباحث من فكّ صعوبة تلك الالفاظ. الا أنّه من الممكن ازالة الغموض عند تعريفه بعد فحص نظامه القانوني الحاكم له. فالمقابل في القانون الانكليزيّ لم يتم تعريفه صفقةً واحدة وانّما عُرِّفت انواعه أولاً فهناك

---

القديمة، وأصبح علامة مادية على تمام العقد، تحلّ محلّ الشكل القديم، ويقف عندها القاضي، دون حاجة الى الغوص في سرائر المتعاقدين، وهذا يتفق مع النظرة المادية التي تنبسط على القانون الانكليزيّ)).<sup>(١)</sup> والاستاذ هيربرت جاكوبس، هو محامٍ مترافع امام الهيكل الاعلى للقضاء. ينظر له:

Herbert Jacobs, Steven Elements of Mercantile Law, Seven Edition, London: Printed in Great Britain (Butterworth & Co), 1925, P.17.

وهو يميز بين نوعين من المقابل: (١) تنفيذي Exeuted (٢) وقابل للتنفيذ Executory، بقوله:

((Executed consideration exists in (e.g.) the following case: When A. agrees to sell a horse to B., and immediately takes the money and gives he horse, but B.' s consideration is executor if he is to pay the money at future time. In either case there is a present consideration.))

(( تنفيذ المقابل موجود على سبيل المثال في الحالة الاتية: عندما يوافق A. على بيع حصان من B. ، يأخذ المال على الفور ويسلم الحصان له، ولكن المقابل الذي اعطاه B. جعله هو المنفذ إذا دفع المال في المستقبل. وفي كلتا الحالتين هناك اعتبار أو مقابل حاضر)).  
وبنفس المعنى (بخصوص انواع المقابل) كتب المحامي المترافع في الهيكل الاعلى في انكلترا الاستاذ فيليبس جيمس Philips James الذي يعمل استاذاً (بروفسوراً) في القانون في جامعة ليدز University of Leeds، ينظر له:

Philip S. James, Introduction to English Law, London: Butterworth & CO. (Publishers) LTD, 1995, P. 244.

المقابل التنفيذي Executed consideration وهناك المقابل للتنفيذ Executory consideration أيضاً.

وفي قضية كري ضد ميسا (1875) Currie V. Misa قام القاضي (لش) Lush بتعريف المقابل، بأن: ((له قيمة في مفهوم القانون، ويمكن أن يتألف اما من حق أو مصلحة أو ربح أو فائدة تحصل لاحد الطرفين أو امتناع أو ضرر أو خسارة، أو مسؤولية تحملها أو تعهد بها الطرف الآخر)).

((A Valuable consideration in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party or some for bearance detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken)).

وهذا التعريف ينطبقُ على المقابل التنفيذي Executed consideration وهو المقابل (المادي) المقدم على فعلٍ تمَّ تنفيذه، وخير مثال له هو الوعد بإعطاء جائزة لدى القيام بعمل معين<sup>(١)</sup>.

أما النوع الآخر من المقابل، وهو المقابل القابل للتنفيذ أو المقابل المستقبلي Executory consideration فلم يَمِّمَّ القاضي **لش** Lush بتعريفه. وخير مثال له هو ذلك النوع من البيع بشرط التسليم أو المقابل واجب النفاذ مستقبلاً ومثاله تأجيل دفع الثمن. ولكن السير فرد بولدك Sir Fred Pollock قام بتعريف المقابل بكلا نوعيه، بأنه: ((عمل أو امتناع عن عمل، أو وعد بعمل أو بامتناع عن عمل، يصدر عن احد الطرفين، والذي يعتبر ثمناً لشراء وعد الطرف الآخر)).

وحاولت كاتبة اخرى، في القانون الانكليزي، فكَّ الغموض الوارد في تعريف (المقابل)؛ ولذلك قامت بتقسيمه على نوعين: مقابل حسن Good consideration ومقابل جيد Valuable cause، ولذلك تُعرَّف المقابل، بأنه: ((كلُّ ما يطلبه ويتلقاه الواعد كثمنٍ لوعده)).

((In simplest terms consideration is what a promissory demands and receives as the price of his promise))<sup>(2)</sup>.

<sup>(١)</sup> ينظر: د. مجيد حميد العنبي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، المرجع السابق، ص ٢٤.  
<sup>(٢)</sup> ينظر: حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط ١، لبنان، بيروت: دار الحدائث، ١٩٨٦، ص ١٣٢.

ولذلك فهي ترى أن المقابل أو (الاعتبار) يمكن تحديد منطقة عمله في قسمين، وهما:

١- المقابل الحسن، واساسه الغالب رابطة الدم، وهو مقابلٌ ادبي مبني على العاطفة ولكنه ليس كافياً لثبوت الالتزام به؛ ولذلك يجب لانعقاد الهبة أن تتم في عقدٍ مختوم؛ وذلك لأن الالتزامات التي يكون المقابل المقدم فيها من النوع الحسن يجب ان يكون في عقدٍ مختوم.

٢- المقابل المنقوم، وهو الذي يشترط وجوده في العقود البسيطة أو العقود العادية وبدونه لا يكون العقد صحيحاً.

ورغم تعدادنا لعدد من تعريفات المقابل ومحاولتنا لفك الغموض الوارد فيه الا أن الغموض ما يزال مسيطراً على تعريفه؛ وذلك بسبب اعتمادنا على العقلية الرومانية اللاتينية في فهم منطق المقابل او في تحليله أوالتدقيق المتبع في تفسير ظاهرة (المقابل) الانكلوسكسونية. فلا مجال لمعرفة المقابل في القانون الانكلوسكسوني الا بترك نظريات القانون الروماني جانباً او منحها اجازة الى أجل غير مسمى. فمن خلال استعراضنا لتعريف المقابل، نجد أن مكن الصعوبة في تعريفه بوصفه عنصراً من عناصر الحق الشخصي وليس عنصراً من عناصر الالتزام.

فنحن في القانون الانكليزي نتساءل لماذا يطالب الدائن مدينه بالوفاء بما التزم به؟ ويجب الفقهاء الانكليز عن ذلك السؤال لانه قدم مقابلاً أو (اعتباراً) معتبراً في القانون لمدينه. وهذا بخلاف النظرية اللاتينية التي لا تسأل الدائن لماذا أصبح دائناً لمدينه، وانما تسأل المدين لماذا صار ملتزماً بالدين حيال دائنه؟ فتجيب؛ لأنه قد التزم قبلاً بأداء عمل معين او بالامتناع عن عمل معين، وهذه هي نظرية السبب في الفقه اللاتيني بأبسط معانيها. ففي قضية كيرهارد ضد بيتس عام ١٨٣٥ *Gevhard V. Bates* قضت المحكمة بينهما بما يأتي بيانه: ((أنَّ الضرر الذي تحمله الدائن بناءً على طلبٍ من المدين يمكن ان يكون مقابلاً او اعتباراً (كافياً) اما المنفعة من جراء هذا الضرر فقد حصل عليها المدين من الدائن سواء بسواء. ولكن يشترط في هذا الضرر (الذي اصاب الدائن) أن يكون ناشئاً من ابرام العقد (نفسه) لا عن عدم تنفيذه)).

((A prejudice to the promise incurred at the request of the promisor may be a consideration as well as a benefit to the promisor

proceeding from the promise: but this must be a prejudice on entering into the contract, not a prejudice from the breach of it))<sup>(1)</sup>.

فما هو (الضرر) وما هي (المنفعة) المقصودة في ذلك التعريف؟ وسنجيب عن هذا السؤال في هذا البحث أن شاء الله تعالى .

ويقدم لنا المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم مثلاً آخر في اعتبار المقابل ركناً في الحق لا ركناً في الالتزام. ومن ذلك أيضاً ما جاء في قضية كاري ضد ميزا عام ١٨٧٥ Curry V. Misa والتي جاء فيها: ((أنّ الاعتبار أو المقابل الذي له قيمة في نظر القانون يمكن أن يقوم إما في حق أو مصلحة أو منفعة حصل عليها أحد الطرفين، أو في تركه الطرف الآخر أو ضرر أصابه أو خسارة المت به أو مسؤولية تحملها)).

((A Valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, loss or responsibility given, suffered or under taken by the other))<sup>(2)</sup>.

وعوداً على بدء فإن مكن الصعوبة في تعريف مصطلح (المقابل)، لأننا نسأل الدائن ابتداءً على أيّ أساس أنت تغنم؟ في حين أنّ النظرية اللاتينية المشتقة من النظرية الرومانية تسأل المدين عن سرّ التزامه بالدين أو عن سبب ارتباطه بدائنه؟، وهذا ما يعرف فيها بنظرية السبب المعروفة في القانون اللاتيني. أما في (المقابل) فالسؤال أو البحث يرد على الدائن الملتزم له<sup>(3)</sup> . ولا يرد السؤال عن المدين الملتزم بالوفاء بالدين، وهنا يلاقي

<sup>(1)</sup> ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

<sup>(2)</sup> المرجع السابق.

<sup>(3)</sup> وتأسيساً على ذلك نرى أنّ د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو امريكي، بدون ذكر مكان النشر: دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ص (١٨-١٩)، يقول: ((اذ الواعد ملتزم تعاقداً باتجاه الثاني لا لمجرد أنه اصدر وعداً ولكن بسبب أنه تلقى مقابلاً، وفي الواقع فإن هذه العلاقة تشكل بمضمونها فكرة الصفقة مبنى العقد البسيط في القانون الانجلوامريكي. اما عن تصور هذا العقد في دعوى الضمان فأنتي اعتقد وبعد التحليل المتقدم أن الامر قد بات يسيراً. فقد ذكرت من قبل أنّ هذه الدعوى هي دعوى الاخلال بالوعد. وقيمها المضرور من هذا الاخلال أياً كانت الصورة التي اتخذها الاخلال المذكور. أي سواء تمثلت في تنفيذ معيب او في امتناع كلي على التنفيذ. ويمكننا القول بأن هذه الدعوى تعد على غرار سابقتها – وسيلة لحماية علاقة تعاقدية بين الواعد والموعود له تجد مصدرها في تقديم المقابل وليس في اتفاق أو تراضي الطرفين فقط. وتفسير ذلك أنه كان يشترط لإقامة هذه الدعوى، إضافة الى {الاصح لغةً: فضلاً عن} اخلال المدعى عليه بالوعد، وهذا بدهي، أن يكون المدعي قد قدم شيئاً له قيمة مادية (و) هو المقابل. وبعبارة اخرى فإنه كان يتعين على المدعي (الموعود له) أن يثبت أن المدعي عليه (الواعد) طرفٌ معه في صفقة. إذ المقابل لقاء الوعد. وبالتالي تتجسد فكرة الصفقة جوهر العقد

الباحث المتعمق في منطق القانون الرومانيِّ صعوبة في تفسير مفهوم المقابل في القانون الانكليزيِّ.

ولكننا لماذا نسأل الدائن في القانون الانكليزيِّ عن سرِّ مطالبته بالدين من ذمَّة مدينه. وكذلك نتساءل لماذا نسأل المدين في القانون اللاتيني عن سرِّ التزامه بوفاء الدين لدائنه. أفليس رُدُّ الدين الى الدائن في ذمَّة المدين التزامٌ يشغل ذمته به وكفى! ، وهذا هو ذاته الوعد بحسب تعبير الشريعة الانكليزية؟

أنَّ ظاهرة ابرام عقد بين طرفين، كانت من الامور الصعبة التصور، منذ العهود القديمة اذ لا نجد في *اسفار البنتاتوكس* (١)، وهي من أسفار الكتاب المقدس الاولى أو كما تُعرفُ باسفار موسى الخمسة التي تشكل (التوراة) لدى اليهود العبرانيين، أيُّ احكامٍ خاصة بالتعاقد؛ وذلك لصعوبة تصور وجود عقد بين طرفين مبني على فكرة تساوي مراكزهما القانونية. وهذا على عكس فكرة *التعاهد* عند رجال العصور اليهودية القديمة؛ وسبب الصعوبة في اللجوء الى ابرام العقد تكمن في شرط التكافؤ الذي يشترط لإبرامه بين طرفين ان يكونا متكافئين بالحقوق والالتزامات. ولا تكافؤ بين أطراف العقد في العهود اليهودية القديمة طالما كان أحدهما أقوى من الآخر عدةً أو عدداً. فالحاجة للطرف الآخر كالحاجة للتعاقد معه مثلاً هي، بحدِّ ذاتها، علامة الضعف. هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنَّ العهد لا قيمة له ، ما لم تقدم ذبائح حيوانية لتأكيدِه أو للوفاء بكلِّ الالتزامات الناشئة بسببه . وبغير اراقة دماء تلك الذبائح لا يكون العهد ملزماً. وبناءً على هذه النتيجة فإنه كان يحق لكلا طرفي العهد ، غير المصحوب أنعقاده بدماء الحيوانات الطاهرة، عدم الالتزام به؛ وذلك لأنَّه لا توجد سلطة قانونية عليا تفرض عليهم الامتثال التزاماً لما تعاهدوا به. كما لا يوجد قانون يبيكُ أو يوبِّخ الطرف القوي على عدم امتثاله للالتزامات التي يرتبها هذا العهد على عاتقه. اذاً في العهود القديمة كان هناك (العهد)، والعهد يتميز، في بدايات مراحل التطور التي عرفها البشر، عن العقد بقوة أحد أطرافه عن الآخر، فطالما كان الخالق أقوى من المخلوق، فإنَّ العلاقة بينهما، في ضوء هذه النظرية، تكون علاقة عهدية . لذلك نجد هناك مثلاً عهوداً متعددة بين ربِّ إسرائيل وشعبه المختار حينذاك (شعب إسرائيل)، وهذا ما تشهد

---

البيسط في القانون الانكلوامريكي، وهذا الأمر الذي حدا بالبعض الى القول بأن دعوى جديدة لتنفيذ العقد البيسط قد حلَّت محلَّ دعوى الدين، وهي دعوى الضمان)).

(٢) وتسمى ايضاً بأسفار البنتاتوخ Pentateuch الذي يعني الكتاب ذا المجلدات الخمسة. للتفاصيل ينظر التعليق على اسفار الكتاب المقدس الدراسي (مقالات وموضوعات ومدخل دراسية مع النصوص الكتابية الكاملة) (كتاب الحياة)، القاهرة: شركة ماستر ميديا، ٢٠١١، ص ٢.

له اسفار موسى الخمسة كلها والمعروفة **بأسفار البناتوكس** او باناتيكوس (اي الكتاب ذو الاسفار الخمسة)<sup>(١)</sup> ابتداءً من سفر التكوين<sup>(٢)</sup> وانتهاءً بسفر تثنية الاشرع

(١) ففي هذا الصدد نقرأ ما كتبه أحد الاساتذة المسيحيين ، كما نقرأ ايضاً ما كتبه أحد الاساتذة المسلمين عن اسفار البانتتيكوس. فقد كتب الاب سهيل قاشا في كتابه: مقتبسات شريعة موسى من شريعة حمورابي، ط ١، بيروت، لبنان: بيسان للنشر والتوزيع والاعلام، ٢٠٠٣، ص ص (٢٠-٢١)، ما يأتي: ((اما الشريعة الموسوية فتتألف من الاسفار الخمسة الاولى من الكتاب المقدس (العهد القديم) التي تكوّن مجموعة موحدة كان اليهود يسمونها (الشريعة) او (التوراة). وقد اتخذت باليونانية اسم (باناتيكوس)، أي الكتاب ذو {الاصح لغةً: ذا} الاسفار الخمسة. وقد انتقلت هذه اللفظة الى اللاتينية، والى معظم اللغات العصرية. وقد جرت العادة منذ ايام الترجمة اليونانية المعروفة بالسبعينية، أن يُسمى كلُّ سفر حسب محتواه. فسمي الاول (سفر التكوين)؛ لأنه يصف بدء العالم والانسانية والشعب العبراني بنوع خاص. ودعي الثاني (سفر الخروج)؛ لأنه يتحدث عن خروج العبرانيين من مصر. والثالث (سفر الاحبار) او اللاويين؛ لأنه يحتوي على طفوس الكهنة ابناء لاوي. واطلق على الرابع اسم (سفر العدد) بسبب احصاءات شعب اليهود المنصوص عنها فيه. وتنتهي المجموعة بسفر (تثنية الاشرع) الذي يبدو كتكرار او تنمة لشريعة موسى. وتربط هذه الاسفار بحيث يمكن الوقوف على اللحمة التي تربط سياق الحوادث منذ خلق العالم حتى موت موسى النبي. وهكذا تدخل كل الشرائع ضمن اطار تاريخي. وابرز ميزات {والاصح لغةً: وأهم مميزات} هذه المجموعة الخماسية هو مزج القصص بالشرائع، مما يحو المطالع على انتباه مستمر)). وكتب ايضاً الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة بشأن اسفار العهد القديم من الكتاب المقدس في كتابه: محاضرات في النصرانية (تبحث الادوار التي مرت بها عقائد النصارى وفي كتبهم وفي مجامعهم المقدسة)، ط ٣، القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٨٥هـ، ١٩٦٦ م، بند ٢٤، ص ٤٢، ما يأتي: ((الكتاب المقدس لدى النصارى يشمل التوراة والاناجيل ورسائل الرسل، وتسمى التوراة اسفارها الموسوية وغيرها) كتب العهد القديم. وتسمى الاناجيل ورسائل الرسل كتب العهد الجديد. فمن العهد القديم يعرفون اخبار العالم في عصوره الاولى واجياله القديمة، وشرائع اليهود الاجتماعية والدينية، وتاريخ نشأتهم، وحكوماتهم وحوادثهم، والنبوءات السابقة منذ هبوط الانسان على هذه الارض والبيارات بالنبیین اللاحقين وبالمسيح. وفيها يجدون ادعية متوارثة تعين على اداء العبادات، والقيام بالطقوس الدينية كمزامير داود.....)). ونلاحظ ان الشيخ محمد ابو زهرة في كتاباته المتنوعة لم يعرف ما هو المقصود بأسفار موسى وماهي اعدادها وطبيعتها. ولماذا يطلق عليها اسفار البناتوكس؟ وهذه اسئلة تركها (الشيخ محمد ابو زهرة) بغير اجابة.

(٢) فقد جاء في توراة موسى، العهد القديم في الكتاب المقدس في سفر التكوين الاصحاح الخامس عشر والاعداد من (٦) الى (١١)، ما يأتي: ((فأمن [ابراهيم] بالربِّ فحسبه له برّاً. وقال له أنا الربُّ الذي اخرجك من أور الكلدانيين ليعطيك هذه الارض لترثها. فقال له السيد الربُّ بماذا اعلم أنني أرثها، فقال خذ لي عجلة ثلثية وعزرة ثلثية وكبشاً ثلثية وبمامة وحمامة. فأخذ هذه كلها وشقها من الوسط وجعل شق كلِّ واحد مقابل صاحبه. واما الطير فلم يشقه فنزلت الجوارح على الجثث وكان ابرام [أي نبي الله ابراهيم عليه السلام] يزرها في (الكتاب المقدس/ التوراة/ اسفار موسى الخمسة/ سفر التكوين/ الاصحاح الخامس عشر/ الاعداد من ٩ الى ١١). وجاء في السفر والاصحاح نفسيهما والاعداد من (١٨) الى (١٩)، ما يأتي: (( في ذلك اليوم قطع الربُّ مع ابرام ميثاقاً {أو عهداً} قائلاً لنسلك اعطي هذه الارض من نهر مصر الى النهر الكبير نهر الفرات. القينيين والقنزيين والقدمونيين والحثيين والفرزيين والرفائيين والاموريين والكنعانيين والجرجاشيين واليبوسيين)) (سفر التكوين ١٥: ١٨-٢١). وجاء في سفر التكوين نفسه الاصحاح السابع عشر والاعداد من (٩) الى (١٤)، ما يأتي: ((وقال الله لإبراهيم واما انت فتحفظ **عهدي** وانت ونسلك من بعدك في اجيالهم. هذا هو عهدي الذي تحفظونه بيني وبينكم وبين نسلك من بعدك. يختن منكم كل ذكر. فتحثنتون في لحم غرلتكم. فيكون علامة عهد بيني وبينكم. ابن ثمانية ايام يختن منكم كلُّ ذكر في اجيالكم. وليد البيت والمبتاع بفضة من كلِّ ابن غريب ليس من نسلك. يختن ختاناً وليد بيتك والمبتاع بفضتك. فيكون **عهدي** في لحمك عهداً ابدياً. واما الذكر الاغلف الذي لا يختن فيكم غرلته فقطع تلك النفس في شعبها، (لأنه) لأنه قد نكت **عهدي**)). (التوراة/ سفر التكوين: ١٧: ٩-١٤). وجاء في الاصحاح نفسه، أي الاصحاح السابع عشر من سفر التكوين والاعداد من (٢٠) ولغاية (٢٢)، ما يأتي:

ومروراً بالأسفار الوسطى بينهما: (الخروج واللاويين والعدد)<sup>(١)</sup>، وهناك بالطبع عهود أخرى ومن أنواع مختلفة شتى كانت تبرم عادةً بين سائر افراد الناس. والعهد، هو: التزام تعاقدي أو (وعد) بحسب الاصطلاح الانكليزي. والعهد طبعاً لا يعلوه أيُّ التزام آخر حتى ولو كان أحد المتعاهدين طرفاً فيه. وجزاء الاخلال به هو الموت. فمن تعاهد مع غيره ضمن له الآ يتعاهد مع غيره لا في الماضي ولا في الحاضر أو المستقبل بخلاف ما تعاهد به معه. والا فإنه يرضى بأن يراق دمه جزاءً نكالاً لاخلاقه بما تعاهد به، كما أريقت حقيقةً دماء الحيوانات الطاهرة، وقت الابرام، علامةً على انعقاد هذا العهد بينهما. وهكذا يكون: أن دم المتعاهد الناكل عن الوفاء بالتزامات العقد يُراق جزاءً لما نكّل به من التزام. ولايحق لهذا المتعاهد أن يفتدي دمه بأي مال او عمل أو شخص آخر.<sup>(٢)</sup>

((واما اسماعيل فقد سمعت لك فيه. ها انا اباركه واثمره واكثره كثيراً جداً. أثني عشر رئيساً يلد واجعله امة كبيرة. ولكن **عهدي** أقيمه مع اسحاق الذي تلده لك سارة في هذا الوقت في السنة الاتية. فلما فرغ من الكلام معه صعد الله عن ابراهيم)) (سفر التكوين ١٧: ٢٠-٢٢).

اما في مجال القانون الخاص فنجد ان لفظ **(العهد)** نادر الاستعمال، ففي سفر اشعيا النبي نجد في الاصحاح الثالث والثلاثون والعدد (٨)، ما يأتي: ((خلت السكك. بآء عابر السبيل. نكت **العهد**. وذل المدن. لم يعتد بإنسان)) (سفر اشعيا ١٣: ٨).

<sup>(١)</sup> فقد جاء استخدام **(العهد)** كثيراً في بقية اسفار البنتاتوكس (غير سفر التكوين). ففي سفر الخروج مثلاً نقرأ في الاصحاح الثالث والعشرين منه الاعداد من (٣١) ولغاية (٣٣) ما يأتي: ((واجعل تخومك من بحر سوف الى بحر فلسطين ومن البرية الى النهر. فأني ادفع الى ايديكم سكان الارض فتطردهم من امامك. لا تقطع معهم ولا مع آلهتهم **عهداً**. [و] لا يسكنوا في ارضك لئلا يجعلوك تخطراً لي. اذا عبدت آلهتهم فإنه يكون فحاً)) (التوراة/ سفر الخروج ٢٣: ٣١-٣٣) وفي سفر الاحبار اللاويين، نقرأ في الاصحاح الثاني والعدد (١٣)، ما يأتي: ((وكل قريبان من تقادمك بالملح تملحه ولا تخل تقدمتك من ملح **عهد** الهك، على جميع قرايبك تقرب ملحاً)) (سفر الاحبار اللاويين ٢: ١٣). وفي السفر نفسه، نقرأ، ما يأتي: ((أجلب عليكم سيفاً ينتقم نعمة **الميثاق** **(أو العهد)** فتجتمعون الى مدنكم وارسل في وسطكم الويا فتدفعون بيد العدو)) (سفر اللاويين ٢٦: ٢٥). وفي سفر العدد، وهو السفر الرابع من اسفار البنتاتوكس، نقرأ في الاصحاح الخامس والعشرون والاعداد من (١٠) ولغاية (١٣)، نقرأ، ما يأتي: ((فكلم الرب موسى قائلاً: فينجاس بن العازار بن هرون الكاهن قد رد سخطي عن نبي إسرائيل لانه غار غيرتي في وسطهم حتى لم أفن بني إسرائيل بغيرتي. لذلك قل هانذا اعطيتك **ميثاقاً** **(أو عهدي)** **ميثاق** السلام **(أو عهد** السلام). فيكون له ولنسله من بعده **ميثاق** **(أو عهد)** كهنوت ابدى لأجل أنه غار الله وكفر عن بني إسرائيل)). (سفر العدد ٢٥: ١٠-١٣). واخيراً ورد في سفر تثنية الاشرع، وهو آخر اسفار البنتاتوكس، نقرأ في الاصحاح الرابع والعدد (١٣)، ما يأتي: ((واخبركم **بعهده** الذي امركم أن تعلموا به الكلمات العشر وكتبه على لوح حجر)) (سفر تثنية الاشرع ٤: ١٣). كما جاء في الاصحاح نفسه (أي الاصحاح الرابع) والعددان (٢٣) و (٢٤)، منه ما يأتي: ((احترزوا أن تنسوا **عهد الرب الهكم** الذي قطعه معكم وتصنعوا لأنفسكم تمثالاً منحوتاً صورة كل ما هناك عنه الرب الهكم. لأن الرب الهك هو نار آكلة الهه (غيور)). وجاء في الاصحاح السابع في سفر تثنية الاشرع والعدد (٩) منه، ما يأتي: ((فاعلم أن الرب الهك هو الله الامين الحافظ **العهد** والاحسان للذين يحبونه ويحفظون وصاياه الى الف جيل)) (تثنية ٧: ٩).

(١) وجاء في سفر ارميا النبي من العهد القديم، الاصحاح الرابع والثلاثون، من الكتاب المقدس، ما يأتي: ((وهكذا قال الرب اله إسرائيل، انا قطعت عهداً مع ابائكم يوم اخرجتهم من ارض مصر من بيت العبيد قائلاً: في نهاية سبع سنين تطلقون كل واحد اخاه العبراني الذي بيع لك وخدمك ست سنين. فتطلقه حراً من

والقول: ((قطع عهداً))، تعبير تأكيدى وصل الى مرحلة تطوره الاخيرة عندما أصبح لازماً لإبرام أيّ عهد أو عقد دون تفرقة بينهما في قوة أحد اطرافه ، وأن كان مصدره غير واضح. لذا أصبح التميّز بينهما أي بين العقد والعهد منتقياً غير موثر في عصرنا الراهن فالعهد كالعقد والعقد كالعهد، حتى أنّ المشرّع العراقيّ، وهو مشرّع متأثر بالقانون اللاتينيّ، عرّفَ عقد المفاوضة في المادة (٨٦٤) بأنها: ((عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)) فيكون قد ساوى بين العهد والعقد في عقد المفاوضة، على أقلّ تقدير. ولكن الشبّه بينهما كان موجوداً منذ القدم خاصةً في مسألة تقديم الذبائح الحيوانية. ويرجع تاريخ ذلك التشابه الى العصور اليهودية القديمة خاصةً منذُ الالف الثالث قبل الميلاد. وربما كان في الاصل راجعاً الى حقيقة تقديم الذبائح الحيوانية عند الاتفاق على أيّ مسألة يتفق بشأنها ثم تقسم الذبائح بينهما على قسمين ثم توضع تلك الاقسام مقام بعضها ، وبين هذه الاقسام المتقابلة يمرُّ طرفا الاتفاق (او العقد) أو العهد. وكان المتعاهدان يستمطران اللعنات على بعضهما ، أن هم أخلّوا بشروط هذا العهد، فكانوا يقولون: ((هكذا يحلُّ بنا، ما حلَّ بهذه الذبائح وثُرأقُ دماؤنا، كما اريقت دماؤها، أن لم نفِ بما تعهدنا به))<sup>(١)</sup>. وهذا هو الحكم نفسه نجده حتى في المعاهدات التجارية الدولية القديمة. فعندما أتفق نبي الله سليمان (عليه السلام) مع حيرام ملك صور سنة ٩٧٠ ق.م، بحسب ماجاء في الكتاب المقدس، على بناء هيكله لعبادة الله في أرض الموريا على جبل صهيون،

عندك. ولكن لم يسمع اباؤكم لي ولا امالوا أذنهم.....لذلك هكذا قال الربُّ : انتم لم تسمعوا لي لتنادوا بالعنق كل واحد الى اخيه، وكل واحد الى صاحبه. هانذا انادي لم بالعنق..... وادفع الناس الذين تعدوا، الذين لم يقيموا كلام العهد الذي قطعوه امامي. العجل الذي قطعوه الى اثنين، وجازوا بين قطعتيه. رؤساء يهوذا ورؤساء اورشليم، الخصيان والكهنة، وكل شعب الارض الذي جازوا بين قطعتي العجل، ادفعهم ليد اعدائهم وليد طالبي نفوسهم فتكون جنتهم اكلا لطيور السماء ووحوش الارض. وادفع صدقياً ملك يهوذا ورؤسائه ليد اعدائهم، وليد طالبي نفوسهم، وليد جيش ملك بابل.....)). وجاء في تفسير هذه الايات عند المفسر جون ماك ارثر، تفسير الكتاب (نسخة فاندايك - البستاني الجديدة)، القاهرة: دار منهل للحياة، ص ١٢١٥ (الشاهد ارميا: ١٨: ٣٤ و ٢١)، ما يأتي: ((سوف يسلم الله المذنب الى الموت امام المحتمل؛ ذلك لانهم انكرو الميثاق المختوم بالدم (ع ٢١)). ففي هذا العرف، كما جاء في (تكوين ١٥ : ٨ - ١٧)، يقوم الفريقان بوضع قطعتي الذبيحة، كل قطعة على جانب، ومن ثم يجوزان بين القطعتين. بهذا الاجراء الرمزي يتعهد كل فريق باتمام وعده، مقرأً في اثر ذلك، بما يلي: ((فلتسكب نفسي (المتملة بالدم) ان اخلفت بعهدي)).

<sup>(١)</sup> ينظر: ج.أ. طومسون، التفسير الحديث للكتاب المقدس (العهد القديم) (سفر التثنية)، تعريب القس جاد المنفلوطي، ط ٢، القاهرة، دار الثقافة، ١٩٩٤، ص ١٤٥. كما ينظر ايضاً: ملء الحياة (دراسة الكتاب المقدس)، الترجمة العربية المشتركة، بيروت، لبنان: جمعية الكتاب المقدس، بلا سنة طبع، ص ١١١٨، الشاهد الكتابي (إرميا ١٨: ٣٤)، وجاء فيه ما يأتي: ((كان على الذين يقطعون العهد أن يمروا بين قطعتي عجل مذبوح ، وقد يعني هذا أن الذين قطعوا العهد ثم نقضوه، يستحقون القطع ارباً (تكوين ١٥: ١٠)).

فوجد أنّ الملكان قد قطعا بينهما عهداً، وهذا معناه أنّهما قدما عدة ذبائح لتأكيد هذا العهد (أو الاتفاق) بينهما. فنقرأ في سفر الملوك الاول من الكتاب المقدس الاصحاح الخامس ومن العدد (١٠) ولغاية العدد (١٢)، ما يأتي: ((فكان حيرام يعطي سليمان خشب أرز وخشب سرّو حسب كلّ مسرته. وأعطى سليمان حيرام عشرين ألف كُرّ حنطة **الكُرّ: مكيال للسوائل والحبوب حجمه ٢٢٩ لتر تقريباً** طعاماً لبيته وعشرين كُرّ زيت رض. هكذا كان سليمان يعطي حيرام سنةً فسنة. والربُّ أعطى سليمان حكمةً كما كلمه. وكان صلح بين حيرام وسليمان وقطعا كلاهما عهداً)). وما يهمنا البحث فيه أنّما هو الشق الاخير من ذلك الاقتباس، وهو العهد بين الملك سليمان والملك حيرام، إذ لالعهد بينهما الا باراقة دماء الحيوانات الطاهرة، طالما كان الاكل منها مباحاً. ويبدو أنّ القانون الانكليزيّ قد خفف من دور الشكلية اللازمة لابرام العقد فأسبقي العقد المختوم شرطاً لابد منه لابرام عقود التبرع، كما أستبقى المقابل في العقود البسيطة شرطاً لنفاذ عقود المعاوضات بين أطرافها لغاية هذا اليوم، كما سنشير الى ذلك تباعاً.

وبعد تطورٍ لاحق اصبح ابرام العقود في القانون الانكليزيّ امراً متصوراً من الناحية الشكلية. وهذا معناه أنّ العقد لا يتمُّ الا عبرَ شكليات معينة سنبحثها في المبحث الثالث الذي خصصناه لتاريخ المقابل ومفهومه، ومن ثمّ تلطفت هذه الشكليات على يد الفقهاء الانكليز، كما سنثبت ذلك، الى أنّ وصل القانون الانكليزيّ الى مرحلة تكوين العقد البسيط أو العادي بمجرد اداء المقابل. وسنخصص المبحث الثالث لدراسة مراحل التطور التاريخية لفكرة المقابل، إنّ شاء الله تعالى ذلك!

### المطلب الثاني

تميّز ما يختلط به المقابل مع غيره من النظم القانونية المشابهة له

#### تقسيم

يختلطُ المقابل بين نظم قانونية عديدة، منها: العقد المختوم والسبب والمصلحة والضرر والشرط والاعتبار الشخصي في التعاقد. وسنبحث في اوجه التميز بين المقابل وبين تلك النظم القانونية الاخرى.

#### أولاً- التميز بين المقابل والعقد المختوم

مفهوم المقابل Consideration، كما رأيناه في المطلب السابق، يتردد ويدور بين وجهين اقتصاديين: ضرر يصيبُ احد المتعاقدين، ومنفعة يحصل عليها المتعاقد الآخر.

وأكد على ذلك الاستاذ فيليب جيمس من جامعة ليدز في لندن ذلك، بقوله: ((لأجل النجاح في دعوى الدين، على المدعي ان يظهر انه قد منح فائدة للمدعى عليه. ولأجل النجاح في دعوى الضمان، عليه ان يظهر انه قد عانى الضرر او الخسارة التي المت به)).

"In order to succeed in an action of debt the plaintiff had to show that he had conferred a benefit upon the defendant: in order to succeed in assumpsit he had to show that he had suffered a ((deteriment)) or loss"<sup>(1)</sup>.

اما العقد المختوم، فهو: كُلُّ عقد مكتوب وموقع بخاتم شمعي. ويبدو لأول وهلة التباعد الهائل بين المقابل والعقد المختوم؛ وذلك لأن للمقابل مفهوماً اقتصادياً مسبوغاً (أو مضى عليه) بهالة قانونية تبرر تصرف الدائن في ما غنمه، بينما العقد المختوم، فهو نوع من انواع العقود غير أن الكتابة والامضاء والتوثيق بالخاتم الشمعي أمرٌ لا مناص فيه حتى يقال عنه عقدٌ مختوم، فصحته مجردة عن المقابل. ولكن القاضي مانسفيلد ( Lord Mansfield ) يهاجم فكرة المقابل من جهتين<sup>(2)</sup>، احدهما: هي أن المقابل لا دور له إلا لأثبات العقد. وثانيهما: الاثر الملزم للعقد المختوم.

((In the first place, he asserted that consideration was only evidentiary))<sup>(3)</sup>.

وتوضح دعوى بيلانس ضد فان ميروب Pillans V. Van Mierop دور المقابل لأثبات الالتزام، والتي جاء فيها ما يأتي: ((المدعي يقاضي المدعى عليه على وعد مكتوب

<sup>(1)</sup> Philip S. James, Introduction to English Law, OP. cit, P.243.

<sup>(2)</sup> وفي هذا الصدد كتب الاستاذ كوست الذي يعمل بروفيسوراً للقانون الانكليزي في جامعة لندن، عن اللورد مانسفيلد تصوره عن المقابل، ما يهمنه منه هي الناحية الاولى التي يعتقد بها اللورد مانسفيلد. اذ كتب الاستاذ كوست عنها، ما يأتي:

(( على الرغم من ذلك، في عام ١٧٥٦، أصبح اللورد مانسفيلد قاضي قضاة منصة الملك. وقد هاجم مذهب المقابل من ناحيتين اساسيتين؛ الأولى: أكد أن المقابل هو التزام أخلاقي كاف لدعم ما يراد التعبير عنه، ولكن لا مبرر له، وهذا وعد.....)).

((In 1756, however, Lord Mansfield became Chief Justice of king's Bench, and the doctrine of consideration was attacked by him in two fundamental respects. In the first place, he asserted that previous moral obligation was sufficient to support an express, but gratuitous, promise.....)).

<sup>(3)</sup> ينظر:

A.G. Guest, A NSON'S Law of contract, Twenty – sixth edition, London: clarendon Press, 1984, P.80.

بقبول ورقة تجارية. وان اللورد مانسفيلد قد اعتبر المقابل هو احد ادلة الاثبات لأستخلاص نية الواعد بالزام نفسه. وانه اذا تم انقاص مدة العقد المكتوب بواسطة العرف التجاري، او عند الخضوع الى المتطلبات التشريعية، فإن مثل هذا الدليل يعطى كما لو كان هو المقابل [نفسه].))

"The plaintiff sued the defendant on a written promise to accept a bill of exchange. Lord Mansfield had that consideration was only one of several modes of supplying evidence of the promisor's intention to bind himself, and that if the terms of contract were reduce to writing by reason of commercial custom, or in obedience to statutory requirement, such evidence dispensed with the need for consideration"<sup>(1)</sup>.

ويرفع المدعى دعوى قضائية ضد المدعى عليه بكتابة تعهد خطي بقبول الكمبيالة. وكان اللورد مانسفيلد الذي كان له وجهة نظر واحدة فقط من عدة طرق لتقديم الأدلة على نية الواعد بالعهد الذي اقامه على نفسه، و إذا كانت بنود العقد تشترط تقليل الكتابة بحكم العرف التجاري، أو استجابة للمتطلبات القانونية، فإن مثل هذه الأدلة يمكن الاستغناء عنها عند الحاجة للمقابل.

أنّ الذي يجمع بين المقابل والعقد المختوم هو الاثر الملزم الذي يضيفه (أو يسبغه) كلاهما على الالتزام فمجرد الختم على احدى عقود التبرع يجعله ملزماً حتى دون مقابل Consideration. والمقابل يسبغ (أو يضيف) على التعهد شكله الملزم. والنتيجة أنّه لا التزام في القانون الانكليزيّ إلاّ بأحد وسيلتين: عقدٌ مختوم أو عقد بسيط بمقابل<sup>(2)</sup>. فالتمييز بينهما لا يقوم على اساس اختلاط صورهما أو تداخل مفاهيمهما. ولكن التميّز بينهما يقوم

(1) نقلاً عن:

A.G. Guest, Anson's Law of contract, op.cit, P.81.

(2) ينظر: الان فاز نسويرث، ، المدخل الى النظام القضائي في الولايات المتحدة، ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة للكتاب، بدون سنة طبع، ص ص (١٦١-١٦٢)، بقوله: ((وبصرف النظر عن اشتراط الكتابة، فإنّ التعهد لا يعتبر ملزماً في الولايات المتحدة إلاّ اذا كان مقترناً بوجود مقابل Consideration، وقد كان في الامكان قديماً ن يلتزم الشخص بتعهده الكتابي، ولو لم يكن له (مقابل) اذا وَقَعَ بخاتمه الشمعي على الكتابة. ولكن الخاتم الشمعي قد استبدل بعد ذلك بالأختام المطبوعة وأصبح الخاتم بعد ذلك شكلية لا قيمة لها. وقد أدى هذا الى زوالها أو على الاقل الى التقليل من قيمتها)).

على اساس (الكيف) (الفلسفي)<sup>(١)</sup> الذي هو: هيئة قارة لا تقبل القسمة ولا النسبة لذاته<sup>(٢)</sup>. فدعوة صديق لتناول العشاء لا التزام فيه لانتهاء وجود المقابل. وكذلك التبرع بعقد غير مكتوب لا قيمة له؛ وذلك لأن عقد التبرع الشفهي (غير المكتوب) يعجز عن تفسير التبرعات بحد ذاتها، فلا بد لصحتها استنادها على عقدٍ مختوم.

## التمييز بين المقابل والسبب

وفي رأينا الشخصي نرى أن نظرية السبب اللاتينية أنما هي قيد اجتماعي مفروض على العاقدين وبمقتضاها لا يقوم العاقدان بإبرام عقد يتناقض أو يتعارض مع عقيدة المجتمع القانونية أو الدينية أو الفلسفية في ذلك الزمان أو المكان. والمدين هو الشخص المخاطب بالدرجة الاساس بأحكام نظرية السبب اللاتينية. وعليه، فالمدين، إذاً هو المكلف بتوضيح التزامه تجاه الدائن، في القانون اللاتيني سواء اخذنا بالنظرية التقليدية لنظرية لسبب (نظرية السبب القسدي) أم اخذنا بنظرية الباعث الدافع (أو نظرية السبب الباعث)، وهي

(١) الكيف (في الفلسفة) هو هيئة قارة في الشيء لا يقتضي قسمة ولا نسبة لذاته لأن عرض تابع لجوهر يكون تقسيمه بتقسيم هذا الجوهر ونسبته بنسبته. فالقوة الملزمة في العقد، في القانون الانكليزي، تنهض اما من المقابل في العقود البسيطة أو من الختم في عقود التبرع، فالقوة الملزمة للعقد، هي جنس تشترك فيه كل المقولات الفلسفية الاخرى (كالأين) أو (المتى). وتستخدم مقولة (الكيف) في تفسير الكثير من الصفات القانونية منها تقسيم العقود وتقويم فكرة فساد العقد عند الاحناف. كما تستخدم أيضاً في تقسيم المسؤولية القانونية الى مسؤولية جنائية واخرى مدنية. للتفاصيل تنظر محاضرات استاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي التي قام بإلقائها على طلبة الدكتوراه، القسم الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهريين، للعام الدراسي ٢٠٠٥/٢٠٠٦.

(٢) يقصد بتعريف (الكيف) (الفلسفي)، بأنه: هيئة قارة لا تقبل القسمة ولا النسبة لذاته لان القوة الملزمة للعقد (هيئة) لا تجد لها سبيلاً في أي افتراض لا يعتد به القانون، وهذا مأخوذ من عبارات (قارة، لا تقبل القسمة، ولا النسبة لذاته) فهذه القيود انما هي (فصول) في علم المنطق والتي تقابل (الاركان) (في القانون) (تقريباً)، وبذلك فقولنا (قارة في الشيء) تؤدي الى اخراج الهيئة غير القارة كالحركة والزمان والفعل والانفعال. واذا عكسنا هذه الفصول على موضوع دراستنا (القوة الملزمة للعقد) نجد أن عبارة (قارة في الشيء) تستبعد نظرية (السبب) اللاتينية في تفسير القوة الملزمة للعقد وفق احكام القانون الانكليزي. لذلك فقولنا: الكيف (اي القوة الملزمة للعقد في القانون الانكليزي ههنا) انما هو هيئة قارة لا تقبل القسمة ولا النسبة لذاته، معناها أن القوة الملزمة للعقد تجد نفسها محصورة في احد امرين: أما الختم وأما الاعتبار أو المقابل، وهذه هي شروط أو اركان القوة الملزمة للعقد والتي تماثل (الفصول) في علم المنطق. وعبرة (لا تقبل القسمة ولا النسبة لذاته) انما تستبعد كل الافكار القانونية المؤدية الى اخفاء أي قوة ملزمة على العقد، فهذه الافكار كلها مستبعدة وغير مأخوذ بها. ولتوضيح ذلك المثال نضرب المثال الذي قدمه استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي في محاضراته عن المنطق القانوني التي القاها على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة النهريين للعام الدراسي ٢٠٠٥/٢٠٠٦. فالجريمة محظور معاقب عليها. وهي محكومة بقاعدة الكيف (الفلسفية). والكيف كما نعلم انما هو: هيئة قارة لا تقبل القسمة ولا النسبة لذاته. فلفظ هيئة انما هو جنس تشترك فيه جميع المقولات الفلسفية التسعة (الكم والكيف والايين والاضافة والتمتد والرفع والملك والفعل والانفعال). وبقية القيود (قارة، لا تقبل القسمة، ولا النسبة لذاته) انما هي فصول تميز الكيف من غيرها من سائر المقولات المذكورة آنفاً. وبقية القيود (قارة، لا تقبل القسمة ولا النسبة) تستبعد الافعال التي يقوم بها البشر طالما كانت غير مجرمة أو غير معاقب عليها جنائياً، بعقوبات تضعها الهيئة الاجتماعية لذلك البلد.

النظرية الحديثة للسبب . ففي كلتا هاتين النظريتين نحن بحاجة الى المدين ليوضح لماذا التزم بالتزامه تجاه الدائن؟ أما بخصوص نظرية المقابل الانكليزية فنراها تتصل بمنطقة وسطى بين محل العقد وسببه حسب اصطلاحات المفهوم اللاتيني لاركان العقد. ولذلك فالمقابل في القانون الانكلوسكسوني اما أن يتألف من منفعة، يحصل عليها المتعهد أو الواعد - أي المدين - (وذلك بحسب ما يشاع عن طبيعة المقابل) (مع تحفظنا على ذلك كما سنوضح ذلك الامر لاحقاً في المبحث الثالث من هذه الدراسة) أو أن يتألف من خسارة ما تلحق بدمّة المتعهد له أو الموعود له - أي الدائن - وبمعنى آخر فالمقابل غنم (كما يشاع عنه) من جهة المدين - وهذا قريب من فكرة محل الالتزام في القانون اللاتيني، وغرم من جهة الدائن - وهذا قريب من محل الالتزام أيضاً؛ وذلك باعتبار المحل هو ما التزم المدين بأدائه من ماله المملوك له<sup>(1)</sup>.

ووجه اتصال نظرية المقابل بـ(محل العقد) (في القانون اللاتيني)، يتجسد بكل ما يقدمه الدائن (الموعود له) بتنفيذ الالتزام لمدينه (الواعد) (الملتزم بتنفيذ الالتزام لدائنه) حتى يصير الاخير (أي المدين) ملتزماً بالدين نحوه. ولذلك فنظرية المقابل تفسر لنا الحق نفسه ولا تقترب من الالتزام أو الوعد بحد ذاته. والحق غالباً ما يكون معقوداً عليه، ثم بعد انعقاد الوعد نرى المقابل أصبح متجسداً في موضوع الوعد أو العقد. والدليل على ذلك هو تعريف الاستاذ العلامة الكبير السنهوري - رحمه الله - للمقابل، بأنه: ((**الثمن الذي اشترى به احد العاقدين التزام الاخر**)). وهذا الثمن غالباً ما يكون منفعة قدمها الموعود له - الدائن - للواعد - المدين - قبل انعقاد الوعد. وهذه المنفعة أنما هي خسارة لحقت بالموعود له - الدائن - وهذه الخسارة هي اعتباراً أو مقابل جيد. اما لو حصل الدائن على (منفعة) قدمت

(1) وهذا يتفق مع تعريف استاذنا د. جاسم العبودي (رحمه الله) للمقابل، بقوله: ((وقوام الاعتبار {أي المقابل} في المفهوم القانوني، هو حق معين، أو مصلحة أو منفعة مكتسبة من قبل طرف معين، أو هو امتناع، أو اذى، أو خسارة، أو التزام محتمل من قبل طرف آخر. ويتضح من هذا التعريف أن الاعتبار أما أن يتألف من منفعة ما، وهذه هي الحال بالنسبة للمتعهد - المدين - أو يتألف من خسارة ما، وهذه هي الحال بالنسبة الى المتعهد له - الدائن - أو بمعنى آخر أنه غنم من جهة المدين أو غرم من جهة الدائن. ولهذا فقد عرفه الاستاذ السنهوري بأنه الثمن الذي اشترى به احد المتعاقدين التزام الآخر. ولكن هناك تعرض لموس في الاهمية النسبية لهذين العاملين؛ ذلك لأن الخسارة من جهة المتعهد له هي اعتبار {مقابل} جيد ما دام الغرم - على حد تعبير كبار الكتاب هو الثمن الذي يبيع به تعهد المتعهد، هذا من جانب، أما من الجانب الآخر فإن قرارات حديثة كثيرة قد عدت المنفعة من جهة المتعهد هي مجرد واقعة، أو حادث مصادفة، ولاسيما من وجهة نظر القاعدة المستقرة القاضية بوجوب تقديم الاعتبار من قبل المتعهد له. غير أنه ليس بالإمكان حتى الان اهمال عنصر المنفعة اهمالاً تاماً ما دامت هنالك حالات تقرر فيها ان التعهد لا يكون تبرعاً؛ وذلك بناءً على ما يؤمن التعهد للمتعهد من منفعة، ولو من غير أية خسارة حقيقية للمتعهد له، ومن هنا ففي عقود التبرع لا تعد نية التبرع كافية وحدها فمثل هذه العقود لا يبد أن تكون شكلية أي أن يحتويها سندٌ مختوم)).

له من جانب المدين - الواعد - فهذه المنفعة تكون مجرد واقعة أو حادث وقع مصادفة<sup>(١)</sup>، وسنرى ذلك في موضعه من البحث أن شاء الله تعالى. ولكن بعد انعقاد الوعد يصبح المقابل متجسداً بموضوع العقد، وموضوع العقد شيء مختلف عن محله في القانون الانكليزي.

وعلى أي حال تتميز نظرية المقابل أو (الاعتبار) عن نظرية السبب اللاتينية، بما يأتي:

١- المقابل هو ركن في الحق الشخصي. اما السبب فهو ركن في الالتزام. فالفكرة في نظرية المقابل، كما يصفها العلامة السنهوري، هي ليست المغنم الذي حصل عليه الملتزم (أي المدين) من وراء التزامه، كما هو الامر في نظرية السبب التقليدية الفرنسية، بل هو المغرم الذي تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين<sup>(٢)</sup>.

٢- المقابل لا يفسر التبرع بحد ذاته او لا يحدد أي معنى لنية المتبرع؛ وذلك لأنه عاجز عن تحديد قوتها الملزمة، خاصة لمن قالوا: أن الاعتبار هو قسيم العقد المختوم لتفسير قوته الملزمة، ولهذا حتى يصح التبرع بمال في القانون الانكليزي أن يتم ذلك بعقد مختوم. أما المعاوزات فتتم دائماً بالمقابل. وينبسط هذا على الانكليز والاجانب المتوطنين في انكلترا على حد سواء، طالما أن بريطانيا تأخذ بضابط الموطن لا الجنسية في تحديد المسائل الخاضعة لقانونها اذ لا بد ان يتم البيع أو الايجار أو القرض أو الشركة بمقابل. ولا بد أن يرد التبرع في عقد مختوم. أما في نظرية السبب اللاتينية فنراها قادرة على تفسير انواع العقود المختلفة دون حاجة الى شكلية الختم لإثبات صحة التبرعات. فالسبب يفسر لنا عقود التبرع - بغير ختم - كما يفسر لنا عقود المعاوضة والعقود العينية. والقوة الملزمة في العقود تجد نفسها في التعبير المستخدم لانعقادها (الايجاب والقبول) طالما وردت على محل يجوز التعامل فيه ولم تتعارض مع أحكام المجتمع واعرافه وتقاليده، وهذا ما يعرف بركن السبب في العقد لاتينياً الذي به أخذ مشرعنا العراقي احكام السبب منه في المادة (١٣٢) من التقنين المدني العراقي.

٣- المقابل كركن من اركان العقد في القانون الانكليزي لا يرد إلا على العقود البسيطة - والتي سنتوقف عندها لاحقاً - أما السبب في النظرية اللاتينية فقد وصل الى آخر مراحل المتطورة الى الباعث الدافع للتعاقد، وهذا ما يعرف بالنظرية الحديثة للسبب في القانون.

(١) د. جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، المرجع السابق، ص ٥١.  
(٢) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، بند (٥٦١)، ص ص (٥٩٠-٥٩١).

ويترتب على تخلفها تخلف الالتزام، وهذا موداه بطلان العقد في القانون اللاتيني، وهذا اقسى جزء يفرضه المشرع على حالات انتهاك المشروعية.

## التمييز بين المقابل والمصلحة

المصلحة لغةً هو ما يتعاطاه الانسان من الاعمال الباعثة على نفعه أو نفع قومه<sup>(١)</sup>. وهو بخلاف الفساد، فيقال: ((وهو من اهل المفاصد لا المصالح))، أي هو من اصحاب الاعمال التي تبعث على الفساد لا على الصلاح<sup>(٢)</sup>. والصلاح بالكسر مصدر (المصالحة)<sup>(٣)</sup>. والمصلحة (لغة) لا تخرج عن أن تكون إما واحدة من ثلاث معانٍ: أولهما: ما يبعثُ على الصلاح. وثانيها: ما يتعاطاه الانسان من الاعمال الباعثة على النفع. وثالثهما: المنفعة، أي من يعمل لحساب مصلحته الشخصية<sup>(٤)</sup>. واخذ استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي بالمعنى اللغوي الاول للمصلحة، فهي عنده ما يحقق خيراً للفرد أو المجتمع، ومنه المصلحة الخاصة والعامة<sup>(٥)</sup>.

أما المقصود بلفظ (المصلحة) اصطلاحاً: فهي (المصلحة الشرعية)<sup>(٦)</sup> وهي عبارة عن منفعة مادية أو معنوية دنيوية أو ضرورية، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب او مندوب او مباح، ودرء مفسدة مستدفة وذلك بالامتناع عن العمل بما هو مُحَرَّم أو مكروه. أما المقابل فهو الثمن الذي أشتري به احد العاقدين التزام الآخر. وهذا الثمن قد يكون منفعة يجنيها الملتزم مقابل التزامه.

وهنا نتساءل: كيف نميّز بين (المقابل) و (المصلحة)؟ وللجواب عن هذا السؤال، لا بد أن نركز على الفروق بينهما، وهذه الفروق مرتبة كما يأتي:

١- المقابل، هو الثمن الذي اشتري به احد العاقدين التزام الآخر، أما المصلحة فهي المنفعة المادية أو المعنوية التي يجنيها احد الطرفين كثمرة لسلوكه أو تصرفه الانساني في المجتمع وتعامله القانوني مع الاغيار عنه. وهذا يعني ان المقابل ليس مصلحة يقدمها الدائن

(١) ينظر: المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٠، بيروت: دار المشرق (توزيع المكتبة العصرية)، ١٩٨٨، ص٤٣٢، مادة (صلح).

(٢) ينظر: مختار الصحاح لمحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، الكويت: دار الرسالة، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م، ص٣٦٧، مادة (صلح).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر: رائد الطلاب لجبران مسعود، ط٦، بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٩٩، ص ص (٧٤٢-٧٤٣)، مادة (مصلحة).

(٥) ينظر: استاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون سنة طبع، ص ١٤٠.

(٦) المرجع السابق.

بالالتزام (الموعد له) الى مدينه (الواعد)، وأنما تحتل أن تكون مصلحةً وربما مضرّةً، وهذا أمرٌ متوقع وأن كان نادر الحدوث.

٢- يشترط لصحة العقد البسيط - أي العقد غير المختوم - أن يكون بمقابل، وهذا المقابل هو الذي يفسر للدائن سبب التزام مدينه وان كانت الرابطة بينه وبين ذلك المدين مبنيةً على عقدٍ باطل، أما المصلحة سواء أكانت مادية أم معنوية فهي لا تفسر صحة او بطلان العقد في القانون الانكليزي الا اذا كان محلُّ العقد منصباً عليها فحينئذٍ يصيب البطلان منها مقتلاً فيبطل العقد انتقاصاً او كلية حسب الاحوال والاوضاع.

٣- المقابل كنظرية قانونية انكليزية معروفة، وان كانت تكفي لتبرير تصرف الكفيل في كفالته للأصيل حتى يحصل من الدائن على ما يريده، إلا أنها لا تستطيع تكييف تصرف الكفيل التبرعي بمفردها، إلا مستعينةً بالمصلحة. أما المصلحة فهي فكرة قادرة على تفسير كفالة الكفيل للمدين: وذلك لأن مصلحة المدين إن تحققت انعكست على مصلحة الكفيل لوجود روابط اجتماعية شتى كأن تكون عاطفية مثل الزواج، أو عائلية كالأبوة والبنوة أو مادية كالتضامن بين التجار. بينما في نظرية المقابل (أو الاعتبار) لاحظنا رغم اتساع النظرية لتفسير عقد الكفالة غير أنها لا تكفي لتفسير التبرع، لذا كانت نظرية المقابل محتاجة لفكرة المصلحة تبريراً للكفالة. لا بد أن المصلحة لا تكفي لتفسير تبرع شخصٍ ما لغيره! وهذا يعني أن عقود التبرع كالكفالة والتضامن والرهن لا تستطيع نظرية المقابل بمفردها ان تكون أساساً قانونياً لمثل تلك التصرفات من غير استنادها على المصلحة والنية مع الرغبة في التبرع.

### التمييز بين المقابل والضرر

المقابل حتى يكون الثمن الذي بموجبه اشترى احد المتعاقدين التزام الآخر فلا بد لهذا المقابل أن يكون مضرّةً لحقت بالموعد له (الدائن)؛ وذلك لكي يحصل على التزام مدينه (الواعد). وعلى أساس ذلك يمكننا أن نميّز بين المقابل والضرر في نواحٍ شتى، وهي:

١- المقابل يمكن أن يردّ على احدى الصورتين الاتيتين:

أ- عمل قام به الموعد له (المدعي) أو عملٌ قام بتركه، أو ضرر تحمله بنفسه أو خسارة المت به، وهذا ما يعرف بالمقابل المنجز Executed consideration.

ب- تعهد بالقيام بعمل أو بعدم القيام بعمل أو بتحمل ضرر، وهذا هو المقابل المستقبل Executory consideration.

أما الضرر فمن المفروض أن يلحق الدائن (الموعد له)، وهو مقابل جيد؛ وذلك لأن به يشترى التزام مدينه (الواعد)، وهذا الضرر يتصور بزيادة التزامات الموعد له أو انقاص حقوقه. ولدى المقابلة والموازنة بين المقابل والضرر يمكن أن يلحق (المقابل) لقاء الحصول على تعهد المدين ضرراً مادياً أو أدبياً لحق بالمدعي الموعد له أو المتعهد له. كما يمكن أن يكون ضرراً اقتصادياً مجرداً أو أي نوع آخر من انواع الضرر التي تصلح لأن تكون مقابلاً جيداً للحصول على تعهد المدين. أما الضرر فهو ضد الانتفاع. ولا يمكن أن يفسر كأنه ركن من اركان العقد في القانون الاتكليزي، وهذا خلاف المقابل كما رأينا.

٢- مفهوم المقابل ربما يكون أوسع من مفهوم الضرر. فقد يكون المقابل منفعةً أيضاً يحصل عليها المدعي عليه (الواعد)، أما الضرر في التعاقد فهو شيء مختلف تماماً كالغبن والتدليس، وهذه عيوبٌ من عيوب الإرادة التي اندفعت الى التعاقد دون أن تلاحظ وجودها. ويوضح الدكتور عبد المجيد الحكيم<sup>(١)</sup> (رحمه الله)، مثلاً على هذه الحالة في واقعة تعهد شخص نحو ابن اخيه بمبلغ خمسة آلاف دولار امريكي إذا هو ترك العادات السيئة مثل شرب الخمر والتدخين ولعب البليارد والمقامرة بلعب الورق وحلف اليمين اثباتاً لصحة كلامه؛ وذلك حتى يبلغ الحادية والعشرين من عمره. وعندئذ يدفع له المبلغ المذكور. وكتب العم وصية بذلك. وفعلاً نفذ ابن الأخ ما طلبه منه عمه، ولكنه لم يطالب بالمبلغ حتى وفاة عمه، وعقب وفاة عمه طالب ابن الأخ وكيل تركة عمه بالوفاء له بالمبلغ المذكور، فرفض الوكيل دفع مبلغ الوصية اليه بحجة أفتقاده للمقابل. فأقام ابن الأخ الدعوى ضد منفذ تركة عمه. دفع وكيل تركة العم امام المحكمة بأن تعهد العم بالوصية لم يكن له مقابل معتبر يقوم عليه ومن ثم كان باطلاً. فالموصى له لم يصبه أي ضرر بل بالعكس فقد أنتفع من ارشادات عمه، وقد عللَّ وكيل التركة ذلك، بقوله: ((وأنَّ تَرَكَ أبْنِ الأَخِ التَّدْخِينِ وَشَرْبِ الخَمْرِ لَمْ يَسْبَبْ لَهُ ضَرْراً، بَلْ عَلَى العَكْسِ مِنْ ذَلِكَ، كَانَ مَفِيداً لَهُ بِصَرْفِ النِّظَرِ عَنِ تَعْهَدِ عَمِّهِ نَحْوَهُ)). وجاءت الدعوى الى محكمة استئناف نيويورك سنة ١٨٩١ فأعادت تعريف (المقابل) الذي جاء في قضية كاري ضد ميزا ١٨٧٥ من أنه يمكن ان يكون حقاً او فائدة او منفعة حصل عليها احد الطرفين أو في أمر تركه الطرف الاخر او ضرر اصابه أو خسارة ألمت به أو مسؤولية تحملها، وبعد ذلك قالت المحكمة: ((أنَّ المتعهد له (ابن الأخ) كان يدخن ويشرب الخمر، وكان من حقه أن يفعل ذلك. فهو قد ترك استعمال هذا الحق لعدة سنوات على اساس من تعهد الموصى له (عمه) Upon the strength of the

(١) ينظر له: الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، المرجع السابق، ص ص (٢٢٩-٢٣٠).

promise of the testator بأن يدفع له خمسة آلاف دولار في مقابل هذا الترك. ولسنا بحاجة الى التفكير في الجهد الذي يمكن ان يكون قد احتاج اليه لترك استعمال هذه المنبهات to give up the use of these stimulants. وبكفي أن يكون قد قيد حريته في التصرف الى حد ما استناداً الى الاتفاق الذي تمّ مع عمه upon the faith of his uncle's agreement. وبما أنه قد نفذ الشروط التي اشترطها عمه فلم يبق محلّ للتساؤل فيما اذا كان مثل هذا التنفيذ يدلّ في الحقيقة على منفعة للمتعهد It is of no moment whether such performance actually proved a benefit to the promisor.

وليس من واجب المحكمة أن تنتظر في ذلك حتى وان كان ذلك محلّ نظر من قبل المحكمة، فليس هناك ما يسمح لنا بأن نقرر بأن العم لم يكن قد حصل على منفعة بالمعنى الذي يقصده القانون ((In a legal sense))<sup>(١)</sup>.

فيتضح من ذلك، نتيجتين:

(النتيجة الاولى) - أن المقابل الذي قدمه ابن الأخ كان كافياً ليصبح متعهداً له بالالتزام بدفع المبلغ المذكور.

(النتيجة الثانية) - أن الافتقار الذي أصاب العم، بمقتضى وصيته، هو افتقار مشروع لا يرقى الى التدليس او الغبن الذي يجعل العقد مشوباً بالصحة في احد اركانه.

### التمييز بين المقابل والشرط

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله سبحانه وتعالى: ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)) (محمد ٤٧ / ١٨)<sup>(٢)</sup>. أما في الاصطلاح

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، المرجع السابق، ص ص (٢٢٩-٢٣٠).

(٢) فقد جاء في القرآن الكريم وفي سورة محمد (أو سورة القتال)، وهي السورة السابعة والأربعون من سور القرآن الكريم والآية رقم (١٨) منها، قوله تعالى: ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)). ووجه الدلالة فيها، هو ان الشرط بمثابة علامة فقد جاء في تفسير الجليلين، ص ٦٧٢، الآية رقم (١٧)، ما يأتي: ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ)) ما ينظرون أي كفار مكة (إلا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ) بدل اشتمال من الساعة اي ليس الامر إلا أن تأتيهم (بغتة) فجأة (فقد جاء اشراطها) علاماتها منها بعثة النبي صلى الله عليه وسلم وانشقاق القمر والدخان (فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ) الساعة (ذِكْرَاهُمْ) تذكرهم أي لا ينفعهم)). ينظر القرآن الكريم بالرسم العثماني وبهامشه تفسير الامامين الجليلين العلامة جلال الدين محمد بن احمد المحلي والحبر جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي (مذيل بكتاب لباب النقول في اسباب النزول للسيوطي)، بيروت: دار احياء التراث العربي ومكتبة المثني، بلا سنة طبع، ص ٦٧٣، شرح الآية رقم (١٧)، مع ملاحظة أن الآية، موضوع الاقتباس، مأخوذة من سورة محمد ٤٧ / ١٨.

وجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية، الجزء الرابع، ص ٢٦٢٥، ما يأتي: ((وقوله تعالى: ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً)) أي: وهم غافلون عنها، ((فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا)) أي: امارات اقتربها، كقوله تبارك وتعالى: ((هَذَا نَذِيرٌ مِّنَ النَّذْرِ الْأُولَى {٥٦} أَرَفَتِ الْأَرْفَةَ)) (النجم: ٥٦-٥٧)، وكقوله جلّت عظمته: ((اقتربت

فهو امر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف الالتزام عليه<sup>(١)</sup>. وأنَّ التميّز بين المقابل والشرط يكمن في المسائل الآتية:

- ١- الشرط أمرٌ خارجي إذا زال من الرابطة التعاقدية عاد الالتزام بسيطاً، اما المقابل فهو شرط وجودي بدونه يصبح العقد البسيط باطلاً.
- ٢- يترتب على تحقيق أو تخلف الشرط تحقق الالتزام أو زواله حسب طبيعة هذا الشرط. أما المقابل فتحققه أو تخلفه متعلق بانعقاد العقد وليس بآثاره.
- ٣- يترتب على صحة وجود الشرط صحة العقد غير أنّ تخلف الشرط أو بطلانه لا تؤثر على تكوين العقد في جوهره متى امكن استبعاد البطلان منه كأن يكون الشرط الفاسخ باطلاً فإن الشرط نفسه يعدُّ لغواً غير معتبر. أما بطلان المقابل أو وجوده أو تحقيقه فيؤدي الى جعل العقد باطلاً وكان ليس له وجود ابتداءً.

### التمييز بين المقابل والاعتبار الشخصي في انعقاد العقد

لأجل التميّز بين المقابل والاعتبار الشخصي في انعقاد العقد، نجد أنّ المقابل يشكلُ ركناً مستقلاً في الحق الشخصي للمتعاقد بينما فكرة الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد انما تتصل بنظرية الغلط كعيب من عيوب الارادة، وهذا ما تتبناه القوانين اللاتينية المتطورة من القانون الروماني، غير ان خلط مشرعنا المدني العراقي في المادة (١١٨ / ٢) من التقنين المدني التي نصت على أنه: ((اذا وقع غلطٌ في ذات المتعاقد أو في صفةٍ من صفاته وكانت تلك بالذات أو

---

السَّاعَةُ وَانْشَقَّ الْقَمَرُ)) (القمر: ١)، وقوله سبحانه وتعالى: ((أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ)) (النحل: ١)، وقوله جلّ وعلا: ((اقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مَّعْرُضُونَ)) (الانبيا: ١)، فبعثة رسول الله صلى الله عليه وسلم من اشراط الساعة، لأنه خاتم الرسل الذي أكمل الله تعالى به الدين، وأقام به الحجة على العالمين. وقد اخبر صلى الله عليه وسلم بأمران الساعة واشراطها وابان عن ذلك واضحة بما لم يؤته نبي قبله، كما هو مبسوط في موضعه. وقال الحسن البصري: بعثة محمد صلى الله عليه وسلم وآله وسلم من اشراط الساعة، وهو كما قال ولهذا جاء في اسمائه صلى الله عليه وسلم أنه نبي التوبة ونبي الملحمة، والحاشر الذي تحشر على قدميه، والعاقب الذي ليس بعده نبي. وقال البخاري: حدثنا احمد بن المقدم، حدثنا فضيل بن سليمان، حدثنا ابو حازم، حدثنا سهل بن سعد رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بأصبعه هكذا بالوسطى والتي تليها: ((بعثت انا والساعة كهاتين)). ثم قال تعالى: ((فَأَنى لَهُمْ إِذَا جَاءَهُمْ ذِكْرَاهُمْ))، أي: فكيف للكافرين بالتذكير اذا جاءتهم القيامة حيث لا ينفعهم ذلك؟ كقوله تعالى: ((يَوْمَئِذٍ يَتَذَكَّرُ الْإِنسَانُ وَأَنى لَهُ الذِّكْرَى)) (الفجر: ٢٣). ((وَقَالُوا آمَنَّا بِهِ وَأَنى لَهُمُ التَّنَاقُشُ مِنْ مَكَانٍ بَعِيدٍ)) (سبأ: ٥٢). ويفسر الشيخ حسين محمد مخلوف في كتابه: كلمات القرآن (تفسير وبيان)، دون ذكر مكان النشر ودار الطبع وسنة الاصدار، ص ٣٢١، رقم الكلمة (١٨) من سورة القتال (أو سورة محمد) كلمة (اشراطها)، ب(علاماتها)(ومنها بعثته صلى الله عليه وسلم)(ص ٣٢١ منه).

<sup>(١)</sup> عرف المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم الشرط بأنه: ((امر مستقبل غير محقق الوقوع)). وعرض شروطه أو مقوماته، وهي: ١- امر مستقبل، ٢- غير محقق الوقوع. للتفاصيل ينظر مؤلفه: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني في احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، ط ٢، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، (ساعدت جامعة بغداد على طبعه، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٧م، ص ١٤٠).

هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيس في التعاقد)). ومنشأ الخلط في هذا النص هو، افتقاده الى الدقة العلمية لأنه يربط بين الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وبين السبب في التعاقد، أي أنه يقحم فكرة السبب في الغلط من دون مبرر يذكر. ولذلك إقترح احد كبار شراح التقنين المدني في العراق، وبحق، اعادة صياغة جزء من احكام المادة (١١٨) من التقنين المدني العراقي لتصبح هكذا: (( لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينفذ العقد:

١- اذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة من الاعتبارات الجوهرية في التعاقد)). ونحن نؤيد هذه الصياغة القانونية المقترحة<sup>(١)</sup>.

ويمكننا ان نحدد مناطق الاختلاف بين المقابل والاعتبار الشخصي في ابرام العقد، على النحو الآتي بيانه:

١- تشكل فكرة المقابل ركناً مستقلاً في الحق الشخصي، أما دور الاعتبار الشخصي في التعاقد فتنبسب على ركن الرضاء في تكوين العقد. لذلك تبرز دور شخص المتعاقد مع الطرف الآخر المتعاقد معه، ولاسيما في مرحلة ابرام العقد .

٢- جزء تخلف ركن المقابل في العقد هو البطلان، أما جزء تخلف الاعتبار الشخصي فهو البطلان النسبي نتيجة الغلط، في الفقه اللاتيني الغربي أو التوقف على اجازة العاقد الآخر في الفقه الاسلامي والتقنين المدني العراقي.

٣- يشترط لبحث اهمية تخلف المقابل أو تحققه هو أن يبيح عن الثمن الذي دفعه الموعود له أو المتعهد له للواعد أو للمتعهد، وهذا الثمن لا يتصور احد اهميته إلا في العقود البسيطة<sup>(٢)</sup>. أما العقود المختومة فينهض التزام المدين بها بقوة الختم الموضوع على ذلك العقد بينما تقوم فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد على اساس مطابقة شخص الطرف المتعاقد معه مع الشخص الآخر المصطفى للتعاقد معه، وهذا الشخص يندر الخطأ فيه في العقد المختوم؛ وذلك لأن الختم يجعل التعاقد أكثر حرصاً على تحديد الطرف الذي اختاره للتعاقد معه.

(١) للتفاصيل ينظر: د. جليل حسن بشات الساعدي، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثالث عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

(٢) وحتى في العقود البسيطة التي يتطلب لانعقادها وجود مقابل معتبر يقومه الطرف الموعود له الى الطرف الواعد المدين بتنفيذ الالتزام لا تبدو شخصية الطرف الآخر المتعاقد معه دائماً بأنها غير مهمة فتحويل الطرف الآخر المتعاقد معه يكون محل اعتبار اذا تعلق العقد بحق عائلي كالزواج أو الوصية مثلاً. وأياً كان العقد سواء أكان متعلقاً بشخص محل اعتبار في التعاقد معه كالطبيب في عقد العلاج الطبي أو الخاطب في مرحلة الخطبة بين العروسين، فإن هذه الشخصية مع اعتبارها لا يمكن ان تخل بمبدأين اساسيين في القانون الانكليزي، أولهما: هو أن تقتصر اثار العقد على اطرافه فلا يستطيع أن يطالب بتنفيذه إلا من كان طرفاً فيه. وثانيهما: هو ان الشخص الذي قدم المقابل هو وحده الذي يستطيع أن يطالب بتنفيذ عقد بسيط. للتفاصيل ينظر: استاذنا د. مجيد حميد العنكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، المرجع السابق، ص ٣٦س.

## المبحث الثاني

الأساس القانوني لفكرة (المقابل) في

القانون الانكليزي

لم تدرك المجتمعات القديمة حرية الإنسان في إبرام العقود أو في فرض الشروط الملائمة لاحتياجاته الخاصة والمعروف عندنا بمبدأ سلطان الإرادة، فهذه الأفكار لم تكن معروفة في المجتمعات القديمة. إلا أن تلك المجتمعات حاولت البحث في الأساس القانوني الذي يرضيه طرفا العقد للامتثال لما اتفقوا عليه وتحديد الجزاء القانوني بحق كل من يمتنع عن تنفيذه. ووجدوا تلك الضالة في السلطة التي تتمتع بها (الآلهة) التي ينتسب إليها المتعاقدان.

والمجتمعات الأوربية لم تختلف في تفكيرها عن بقية المجتمعات الأخرى فكل النظم القانونية، انطلقت - تقريباً - من نقطة شروع واحدة. وهذه النقطة كانت رضاء الآلهة على الطرفين المتعاقدين وتأكدها من جدية تنفيذهما للمحل المعقود عليه. وهذا الرضاء لا يعبر عنه إلا بشكل طقوس دينية تطورت بمرور الزمن وأصبحت تعرف فيما بعد بـ (الشكلية في إبرام العقد) أو (الشكلية) (اختصاراً)<sup>(١)</sup>. ولو تصفحنا مراحل تطور القانون الانكليزي فلن نراه مختلفاً في تطوره بشيء عن المراحل التي مرّت فيها بقية المجتمعات الأوربية.

فكيف نشأت نظرية المقابل. وكيف تطورت. وما هو أساسها؟ أسئلة سنجيب عنها في حدود هذا المبحث في مطلبين. بحيث خصصنا أولهما: للتطور التاريخي لفكرة المقابل واستقرار العمل به في العقود البسيطة. ونكرس ثانيهما: لبحث الدعاوى التي أثرت هذه الفكرة في النظام القانوني الانكليزي، وهذا ما سنقوم ببحثه.

### المطلب الأول

التطور التاريخي لفكرة المقابل واستقرار العمل به في العقود البسيطة

### تقسيم

نبحث هذا الموضوع في فرعين. بحيث نخصص أولهما: لدراسة التطور التاريخي لفكرة المقابل خارج النظام القانوني للعقد البسيط. ونكرس ثانيهما: لدراسة التطور التاريخي لفكرة المقابل في إطار العقد البسيط.

### الفرع الأول

(١) ينظر: د. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج ٢، (في الدعاوى والأموال والالتزامات)، ط ٤، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٠هـ، ١٩٦١م، ص ص (٧٦-٧٧).

## دراسة التطور القانوني لفكرة المقابل خارج النظام القانوني للعقد البسيط

إنَّ إلقاء نظرة فاحصة على التاريخ القانوني للمجتمعات الأوربية سواء المجتمع الروماني أم المجتمع الانكليزيّ تبين لنا أن الواضح فيهما هو انطلاقيهما من نقطة انطلاق واحدة، وهي نقطة مراعاة الشكلية في إبرام التصرفات القانونية؛ وذلك لأن العقود في القانون الروماني، كلما مرت بمراحل التطور فهي لا تتفصل عن قواعدما الشكلية العتيقة المغرقة في القدم كالعقد المبرم بالوزن الصوري (nexum) والعقد الكتابي (Litteris) والعقد اللفظي (Verbis)<sup>(١)</sup> فالالتزام في القانون الروماني - وبوجه أكثر دقة في التصرفات القانونية - تراها تبرم بموجب قواعد موعلة في القدم ومتنوعة في الوسائل، ولو تصفحنا القانون الانكليزيّ فلن نراه مختلفاً في هذا المضمون بشيء يُذكر، بل على العكس نراه متوافقاً مع القانون الروماني. وابتدأت الشكلية في القانون الانكليزيّ بختم العقد، وكان ختم العقد كافياً لتحقيق الشكلية المطلوبة. ومما بيناه نستنتج أنّ الشكلية ذاتها هي أساس كلِّ التزام في العقود سواء في القانون الروماني أم في القانون الانكليزيّ، غير أن مظاهر البساطة والتعقيد في التعبير عن مكنون هذه الشكلية نجدتها مختلفة بين القانونين.

فالشكلية في القانون الانكليزيّ يكفي لتحقيقها أو استيفائها ختم العقد بخاتم أو تسميعه بشمعٍ أحمر استيفاءً لمتطلبات الشكلية أو لغرض تحقيق الهدف المرجو منها. أما في القانون الروماني فنجد أنّ الشكلية عبارة عن مجموعة من الأفعال والحركات المصحوبة بالأقوال والأشعار مع الإشهار والإشهاد والإعلان. فالشكلية اذن، واحدة ومطلوبة في كلا القانونين: الروماني والانكليزيّ، غير أن مظهرها نراه بسيطاً في القانون الانكليزيّ. فيكفي لتحقيق الشكلية الختم بمفرده على العقد أو مجرد تسميعه بالشمع الأحمر بينما نجد الشكلية في القانون الروماني أكثر تعقيداً، فهي عبارة عن طقوس وعبارات وأقوال.

(١) وفي هذا الصدد كتب المرحوم د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام) (مصادر الالتزام)، ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤، بند (٣٤٨)، ص٤٥٥، ما يأتي: ((.... فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة، ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه. وكانت العقود الشكلية ثلاثة، عقد يتم بوزن صوري (nexum)، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (Litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص. والعقد اللفظي (Verbis)، ويتم بألفاظ معينة. ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات، بل كانت قوالب تصدّب فيها العقود. فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها)). وينظر أيضاً: الأستاذ محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، القانون الروماني (الأموال والالتزام)، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص١٤٢، حيث نرى أنّ المؤلفين يقولان: ((وكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنّه استوفى الإجراءات الموسومة، وهي عبارة عن ألفاظ Vebra أو كتابة litterae أو عمل يقوم به الدائن، وهو تسليم العين Res محل الاتفاق)).

وما يهمننا بحثه ليست الشكلية، بحد ذاتها. وإنما المقابل، كيف نشأ. وكيف تطور؟ والسؤال الأكثر جدارةً وأهمية هو: كيف نشأ المقابل كركن في الحق الشخصي في القانون الاتكليزي؟ ونحن بدورنا لم نجد جواباً محدداً عن هذين السؤالين. ولكننا نرى أن أهم سببين يمكن أن نعزو إليهما فكرة المقابل Consideration، إحدى الظاهرتين التاليتين: **(الظاهرة الأولى):** كما يصفها الأساتذة شيشر وفيفوت وفريمستون<sup>(١)</sup>، نراها ترجع للحكم الصادر في دعوى ستون ضد وايترو سنة ١٥٨٨ Stone V. Wythirpo، فقد ناقش القاضي كوك ما جاء في هذه الدعوى، بقوله: ((أنَّ كُلَّ سبب يلزم فعلاً المدعي عليه في دعوى شخصية يجب أن يكون لمنفعة المدعي عليه أو تكليفاً على المدعي، ولا يجوز رفع دعوى خارج دائرة هذه القاعدة)).

والمهم في هذا الحكم القضائي هو المعنى القانوني المستخلص من لفظ (تكليف) (Charge) الذي ورد فيه. وهذا المعنى إنما هو مستخلص من قول ينسب للقديس جرمان في رواية (الطبيب والطالب) لعام ١٥٣٠، الذي ناقش مؤلفها فكرة (الاعتماد) أو (المقابل) الذي يعتد به Induced Reliance كبديل لنظرية السبب القائمة على فكرة المسؤولية التبادلية (النظرية التقليدية للسبب)<sup>(٢)</sup>. والتكليف هو ما تتشغل به ذمة الموعد له لمصلحة الواعد.

فإذا أغرى الموعد له (الدائن) الواعد (المدين) على قبول الالتزام وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالمدين (الواعد) فإنه لا يلزمه الوفاء بالدين إلا بعد إقامة الدعوى ضد المدين وبإمكان المدعي عليه أن يتمسك بضرورة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته العقدية أيضاً. وأهم انتقاد يمكن أن نوجهه لهذه الظاهرة، هو أنها تبني فكرة (المقابل) اعتماداً على رواية أدبية لا ندري ما هي وما مدى صدق كاتبها؟ وما هو دور القديس جرمان فيها؟ فهل يمكن تأسيس نظرية المقابل، وهي نظرية في غاية التعقد، على مجرد رواية؟! كما يمكننا توجيه انتقاد آخر لهذه الظاهرة (ظاهرة تفسير المقابل) إنها أغفلت وجود عقود شكلية إلى جانب العقود البسيطة التي تحتاج للمقابل كركن من أركان العقد الأنكلو سكسوني. كما أغفلت الدور القانوني للعقود التي يجب لصحة إبرامها أن تكون مكتوبة. فمن الواضح أن

(١) ينظر: ج.س. شيشير و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي (ظواهر الاتفاق وقواعد الإيجاب والقبول)، ترجمة هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، ص ٣٤.

(٢) المرجع السابق، ص ص (٣٤-٣٥).

البرلمان الانتكيزيِّ أقرَّ منذ سنة ١٦٧٧ طائفة من العقود ، أطلقت عليها مصطلح (نظام الاحتيال) (Statute of Frauds)<sup>(١)</sup>، وتعلقت هذه العقود بالأنشطة الآتية:

١- الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنين

Lease for periods of longer than three years.

٢- عقود بيع الأراضى أو العقود الواردة على منافعها كحق الرهن مثلاً.

Contract for the sale of land، or for an interest in land—such as mortgages.

٣- الوعد المتقابل بسداد الدين المترتب على أيٍّ منهما تجاه الطرف الآخر. وهذه التقنية يطلق عليها تقنية (الضامن)، وهي تشير إلى التوقيع المتبادل.

A collateral promise by one person to pay the debt of another.

This is technically called a guarantee، but is usually referred to as co-signing.

٤- العقود التي لا يكتمل تنفيذها خلال مدة سنة واحدة من تاريخ توقيعها.

A contract that does not have to be completed within one year of being signed.

٥- عقود بيع البضائع التي تتجاوز قيمتها خمسين دولاراً إذا لم يتم تحويل ثمنها خلال إبرام تلك العقود (قانون بيع البضائع).

A contract for the sale of goods over a certain sum، usually 50.00\$، if there is no exchange of payment for goods at the time the contract is made (sale of goods Act).

وأخيراً فإن آخر انتقاد يمكن أن نوجهه لهذه الظاهرة التي تولت تفسير المقابل أنها أعمدت في تأصيلها على رواية حديثة العهد. (رواية الطبيب والطالب) لسنة ١٥٣٠ قياساً بعهد تاريخ المقابل الذي هو أقدم تاريخاً منها، إذ نجد أن الدكتور طلبة وهاب خطاب، يقول: ((إنَّ تطور فكرة العقد بصفة عامة إنما ترجع في نطاق القانون الأنجلو أمريكي<sup>(٢)</sup>، إلى بداية القرنين الثاني والثالث عشر إذ هي الفترة التي تعدُّ منطلقاً لبداية القانون العام

<sup>(١)</sup> ينظر بخصوص هذا الموضوع:

Jan D. Weir & Shane A. Ellis, Critical Concepts of Canadian Business Law, Canada: Addison – Wesley Publishers Limited, without year of printing, P.P (57-58).

<sup>(٢)</sup> د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٢.

Common law في إنجلترا)). وما من أدنى شك، عندنا إنَّ المقابل مرهون بالعقد البسيط وبالقانون العام في وجوده وتطوره واستمراره لغاية يومنا هذا<sup>(١)</sup>.

**(الظاهرة الثانية):** لتفسير المقابل، فهي ظاهرة الفقه الإسلامي والتي يبدو فيها تشابه الأفكار بين الفقهاء: الإسلامي، والانتكليزي من حيث أنَّهما لا يتعمدان إحداث مثل ذلك التشابه في أحكامهما الخاصة بهما.

فيورد الدكتور عبد المجيد الحكيم<sup>(٢)</sup> بشأنها تطبيقاً مهماً من تطبيقات الفقهاء المسلمين، إذ نجده يستعرض ما جاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلبي، حيث يقول العلامة المذكور: (( لو حَلَّ الأجل فأجَّلَ البائع المشتري مدةً أو زادَ في الأجلِ قبل حلول الأجلِ المضروب أو لا فهو وعدٌ غير لازم لعدم وجود المقتضى له، إذ الوعد غير موجب))<sup>(٣)</sup> فيصفُ المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم، كلام العلامة الحلبي، بقوله: **((وعدٌ غير لازم))** لأنه يقابل حرفياً **(Nudum pactum)** الذي يقول به الفقه الأنكلو-أمريكي. ولو تعمقنا في النص الإسلامي المذكور لتبين لنا أن مدَّ الدائن أجل المدين غير لازم بالنسبة للمدين لعدم وجود المقتضى، الذي تفسيره (المقابل) في الفقه الأنكلو سكسوني. وكذلك فإن الرأي الراجح في المذهب الحنفي أنه لا يصحُّ للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه الى أجلٍ لاحق مُحددًا كان أم لم يكن، بل يفسد العقد؛ وذلك لأنَّ هذا الشرط فاسد (خلوه من المقتضى الذي تفسيره المقابل). وهذا ما نصَّت عليه المادة (٤٧٧) من مدونة مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان التي أعدها المرحوم محمد قذري باشا، بقولها: ((يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقده الثمن للبائع ولو شرط البائع في عقد البيع تأجيل المبيع المعين وتسليمه للمشتري في وقت كذا يفسد البيع.....)).

وهناك تطبيقات أخرى للمقابل في الفقه الإسلامي يوردها الفقيه المحدث الاستاذ المتمرس الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي، إذ نجده، يقول: ((إذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة أو تصرفاً من التصرفات الفاسدة بدافع من دوافع ضروريات الحياة كانتفاع البائع بداره بدون مقابل بعد البيع بأن يشترط على المشتري حين البيع أن يبقى فيها مدة

<sup>(١)</sup> وفي هذا الصدد كتَبَ د. حسَّان عبد الغني الخطيب، القانون العام (Common Law) (قضايا دستورية - قضايا إدارية، قضايا جنائية، قضايا مدنية)، ط١، بيروت، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص ١٧١، ما يأتي: ((القانون العام Common Law مصدر أساسي للعقود، العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أشخاص آخريين أما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل)).

<sup>(٢)</sup> د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي، المرجع السابق، ص ٣٦٥.  
<sup>(٣)</sup> جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلبي، كتاب البيع، ج٧، القسم الثاني، مطبعة النجف، ١٣٧٥هـ، ص ١٧٣.

سنة أو أقل أو أكثر بدون أجر وبدون أن يكون ذلك مقابل جزء من الثمن فيضطر المشتري إلى قبول هذا الشرط المفسد<sup>(١)</sup>، وكالتعامل بالعربون تحت ضغط العرف السائد، وكان انتفاع الدائن المرتهن بالعين المرهونة، وكبيع الوفاء وكاضطرار أهل الميت إلى تقديم الطعام للناس تحت ضغط العادات الفاسدة، ومثل ما يسمى (سرقفلية) إلى غير ذلك من آلاف الأعراف والعادات الفاسدة<sup>(٢)</sup>. ولو استوردنا الأمثلة المذكورة آنفاً لوجدنا أن هناك غنماً دائماً يصيب طرفاً معيناً كبائع العقار وأهل المتوفى والمستأجر في حصوله على السرقفلية كشرط لتخلية المأجور. كما نجد أن هناك غمماً دائماً يصيب مشتري العقار ومؤجر الدار وأهل المتوفى. ولو تساءلنا عن (الثمن) الذي اشترى به بائع العقار وجوده في العقار بعد بيع عقاره والخدمة التي قدمها المستأجر للمؤجر حتى حصل منه على السرقفلية والمعزى لميت حتى حصلوا على طعام من أهله لوجدناه مُنتفٍ غير موجود؛ وذلك لأن لا لزوم لوجوده أصلاً. وهذا يجعل الالتزام على المشتري بمنح البائع للعقار مدةً لإشغاله بعد البيع وعن مؤجر العقار بدفع سرقفلية للمستأجر حتى يخلي المأجور بعد انتهاء الإجارة وعلى أهل المتوفى بتقديم الطعام حتى يقدم لهم المعزون تعازيهم لوفاء قريبهم التزاماً باطلاً؛ لافتقاده إلى المقابل المشروع.

## الفرع الثاني

### دراسة التطور القانوني لفكرة المقابل في إطار العقد البسيط

إذا أردنا أن نستسلم أمام فكرة في القانون الاتكليزي فسند أن السائد في ذلك القانون هو أن مجرد التراضي في العقود البسيطة لا يكفي وحده لتكوين عقد صحيح منشئ للالتزامات بين طرفيه؛ ذلك أن التراضي المجرد عن الشكل لا يكون ملزماً إلا إذا وجد المقابل<sup>(٣)</sup>. وهنا نتساءل عن قيمة التزام مجرد من الشكل، ما هي قيمته القانونية؟ وهل يتم

(١) ويعلق د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦ (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء) (الإيجار والعارية)، المجلد الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٣، بند ٥، ص ٨، بقوله: ((ولو باع شخص داراً على أن يبقى ساكناً فيها مدة سنة بعد البيع، فلا بد أن يكون سكنى البائع الدار سنة قد روعي في تقدير الثمن، فأنقص منه بمقدار ما يقابل السكن. فلا يكون شرط بقاء البائع ساكناً الدار عقد عارية، بل هو عقد إيجار، فتقع على المشتري نفقات الصيانة، ويلتزم البائع بأن يبذل في المحافظة عناية الرجل المعتاد، ولو كان العقد عارية، لوقعت على البائع نفقات الصيانة، والالتزم في المحافظة على الدار بالعناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد)).

(٢) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون سنة طبع، ص ٨٥.

(٣) Jan D. Weir & Shane A. Ellis, Critical Concepts of Canadian Business Law, op, cit, pp. (55-56).

إهداره أم العمل بمقتضاه؟ ووجد القضاء الاتكليزيّ جوابه عن هذين السؤالين في دعويين: دعوى الدين، ودعوى الضمان التي سنعالجها في المطلب الثاني. وطالما أنّ القضاء الاتكليزيّ هو قضاء الجزئيات والحلول المستتبطة من المشاكل الجزئية القائمة فقد واجه على ما يبدو معضلة إفراغ إرادة أطراف العقد بشكلية معينة من جهة. كما واجه من جهة أخرى واقعية القضاء الاتكليزيّ، وهي واقعية عملية. فما أراد ذلك القضاء إهدار الحق لمجرد خلو العقد الحاكم له من شكلية خاصة لانعقاده، وإنما أراد الحفاظ على واقعيته المتمثلة بانتصار إرادة الإنسان الحرّ عندما لا يكون مسياً أو خاضعاً لمصالح معينة.

وببساطة فقد وجد القضاء الاتكليزيّ (المقابل) هو نقطة الارتكاز في تحديد مدى صحة العقود، وهو مقدم دائماً من الموعود له إلى الواعد المدين بالالتزام. ولذلك يقال:

"The consideration must be given by the promise to the person who makes the promise (the promisor)".

وممكن الصعوبة في نظرية المقابل أنّها تفسر غم الدائن (الموعود له) أو (المتعهد له) أولاً ثمّ توضح غم المدين (الواعد) أو (المتعهد) أخيراً، وهذا من نقيض فكرة نظرية السبب اللاتينية المأخوذة من القانون الروماني التي تدور نظريتها حول محور واحد، هو لماذا التزم بالوفاء بدينه؟ ما الذي دفعه لذلك!؟

### تاريخ نشوء العقد البسيط

لقد تبنى المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم رأي الأستاذ كورين الذي قال بأن أصل هذا الشرط (أي المقابل) إنما هو لغزٌ من الألغاز.

"The origin of this requirement has been said to be a mystery"<sup>(1)</sup>.

بل ويذهب الدكتور الحكيم (رحمه الله) برأيه إلى أنّ نظرية المقابل لم يكن لها حدود محددة منذ الأيام الأولى التي بدأت فيها في تاريخ القانون الاتكليزيّ وحتى الوقت الحاضر. كما أنّ اصطلاح المقابل [الاعتبار] نفسه لم يكن له استعمال منتظم وثابت أو تعريف واضح بشأنه. فالمحاكم الاتكليزيّة لم تقدم مقدمة لبداية تطور نظرية المقابل في دعاوى الدين والعقد<sup>(2)</sup>.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في القانون الأنكلو أمريكي، ص ١٦٣.

(2) المرجع السابق، ص ٢٢.

وهناك رأي آخر يذهب إلى أن تاريخ تكون فكرة المقابل تعود إلى القرنين الثاني عشر والثالث عشر بوصفها المدة التي تعدُّ منطلقاً لبداية القانون العام Common law في إنكلترا<sup>(١)</sup>.

ثمَّ يذهب الدكتور عبد المجيد الحكيم إلى أنَّ أبعَدَ تاريخ وصل إليه الباحثون في تاريخ القانون الانكليزيّ يرجع إلى القرن الخامس عشر وعلى وجه التحديد إلى عام ١٤٦١م، إذ عُنِّرَ على وثيقة مؤرخة بهذا التاريخ تتضمن تصفية وتسوية حسابات بين شخصين. وقد استعملت كلمة (المقابل) في هذه الوثيقة بمعنى السبب الذي من أجله يبرم عقد ما من العقود<sup>(٢)</sup>.

### نشوء المقابل في العقود البسيطة

نشأت فكرة المقابل مصاحبةً للعقود البسيطة فالعقود في القانون الانكليزيّ أما مختومة، وهي عقودٌ شكلية لا يتطلب لانعقادها أو لصحة انعقادها وجود المقابل. وأما عقود بسيطة تخلو من أيّ شكلية، ومن ثمَّ يشترط لانعقادها وجود المقابل.

وفي الأساس القانوني لفكرة المقابل نجد أنَّ أستاذنا الدكتور مجيد حميد العنبيكي، يذهب إلى أنَّ فكرة المقابل جاءت مُنسجمة مع الفلسفة العامة التي تسود إنكلترا. وهذه الفلسفة كانت (الفلسفة النفعية) التي أسسها الفيلسوف الانكليزيّ (جيرمن بنتام) معتمداً في فلسفته على نظرة (ابيقور) اليونانيّ في اللذة والألم. ثمَّ قَامَ بعد ذلك الفيلسوف الانكليزيّ (جون ستيوارت مل) بتوسيع وتطوير فلسفة (جيرمن بنتام) لتأخذ شكلها الحديث. ويتطبيق الفلسفة النفعية في مجال العقد البسيط يكون أساس الالتزام بالعقد هو الفائدة أو المصلحة التي حصل عليها أو سيحصل عليها الملتزم به أي المدين أو الواعد بتنفيذ الالتزام<sup>(٣)</sup>.

ولكن الفلسفة النفعية إن كانت تصلح لإضفاء القوة الملزمة على العقد البسيط فهي لا تصلح لإضفاء القوة النفعية على العقد الشكلي. وهذا ما يجعلنا نتساءل عن قيمة إلزام العقد الشكلي رغم تجرده من فكرة المنفعة، فهل الشكل وحده أسمى وأعلى من سمو النظرية النفعية نفسها؟ يبدو كذلك!

### المطلب الثاني

## الدعاوى التي أثرت فكرة المقابل في القانون الانكليزيّ

(١) ينظر: د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٣) أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزيّ، المرجع السابق، ص ٢٦.

تعتبر دعوى الدين ودعوى الضمان من أهم الدعاوى التي أثرت فكرة المقابل في القانون الانكليزي. وسنبحث هذه الدعاوى في فرعين بحيث نخصص أولهما: لدعوى الدين. ونكرس ثانيهما: لدعوى الضمان أو (دعوى العقد).

## الفرع الأول

### دعوى الدين Action of debt-retinue

تفترض دعوى الدين أن ذمة المدعى عليه مشغولة للمدين أما بنقود أو بأشياء منقولة أخرى أما لأن المدعى عليه كان قد تسلمها من المدعى أو قد تسلمها من يد شخص ثالث بناءً على طلب من المدعى عليه. وقد يكون هذا الشيء نقوداً أو بضائع أو خدمات أو ما يساويها<sup>(١)</sup>. وواقع هذه الدعوى مرتبطاً أما بحماية حق الدائن في المطالبة بمبلغ نقدي، وأما لحماية حق الملكية في المنقول.

وعليه يمكننا تحديد نطاق الدعوى بالمطالبة بالدين أو المنقول من حيث الأصل. وعلى وجه الخصوص فهذه الدعوى تعدُّ من الدعاوى العينية (دعاوى المطالبة بالمنقول)<sup>(٢)</sup>. كما يتحدد نطاق هذه الدعوى أيضاً بالمطالبة بما يترتب في ذمة المدين من الدين. وعليه فإن هذه الدعوى أصبحت مقتصرة على المطالبة بالدين والاسترداد معاً. ونظراً لأن القانون الانكليزي هو قانون للسوابق القضائية فقد جزأت هذه الدعوى إلى دعويين:

- الدعوى الأولى: دعوى الدين Action of debt.

- الدعوى الثانية: دعوى الاسترداد Action of detune.

ودعوى الدين إنما هي دعوى تنشأ من العقد العيني<sup>(٣)</sup>، ويرى المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم أن بعض فقهاء القانون الانكليزي يميلون إلى اعتبارها دعوى عينية<sup>(٤)</sup>. ولكنه لم يحدد المعنى المقصود بالعقد العيني، وهو واضح من خلال الأمثلة التي استشهد بها.

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين، الأعداد: الأول/الثاني/الثالث/الرابع. السنة ٣٦، ١٩٨١، ص ٢٩٣. ويضيف الدكتور طلبية وهبة خطاب باقي وصف نطاق هذه الدعوى، بقوله: ((أما في الحالات الأخرى لاستخدامها فقد كانت وسيلة لحماية الدائن بمبلغ نقدي حيث تمكنه من الحصول على حقه. وذلك بغض النظر عما إذا كانت الطبيعة النقدية تمثل الوصف الأصلي للدين كما إذا كان قرضاً، أو لم تكن كذلك حيث يستحق الدائن المبلغ النقدي أما باعتباره ثمناً لبضاعة باعها أو لمنقول فقد ملكيته)). ينظر له مؤلفه: مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٩٣، هامش رقم (٦١)، وهو يشير إلى:

Real action, Plucknette, A concise history of the common law, 2<sup>nd</sup> ed., P. 324.

Mait land, Equity and forms of actions, P. 332.

فالعقد العيني لا ينعقد بين المتعاقدين بمجرد رضاء أطرافه. ولكن هذه الدعوى ما كانت لتتسع لمعالجة تقصير المدعى عليه فيما أخطأ به، أي أنها لم تكن دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطأ المتعاقد في تنفيذ العقد الذي ارتبط به وأسهم بتكوينه، والدعوى المتخصصة بمعالجة الإخلال بالالتزام كان المفروض على المدعى عليه القيام به صراحة أو كان ملتزماً بتنفيذه طبقاً لأحكام القانون، هي دعوى العقد. وفي البداية كانت دعوى العقد شيء ودعوى الدين شيء مختلف عنها تماماً. وهنا يلاحظ أن دعوى العقد ما كانت تُقام لاسترداد شيء يعودُ إلى المدعي أو للتعويض عن قيمته. ولكنها كانت تُقام للتعويض عن الإخلال بالتزام كان المدعي قد تعهد صراحة بالقيام به نحو المدعي أو كان مرتبطاً أساساً بممارسة مهنته بحكم القانون. (Attached by the law to the exercise of his calling) بينما دعوى الدين كانت تُقام للمطالبة بدين أو باسترداد منقول فقد كان يباشرها المالك لمنقول معين ضد الغير لاسترداد ملكيته منه بعد اغتصابه لذلك المنقول<sup>(١)</sup>.

إلا أنّ النقطة المشتركة بين الدعويين (دعوى العقد) و (دعوى الدين) هي (المقابل) (Consideration)<sup>(٢)</sup> فلو لم يكن الموعود له قدم مقابلاً للواعد فما كان الأخير يتعرض

(١) ينظر: د. طلبة وهاب خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٣. وفي هذا الصدد كتب المرحوم د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي، المرجع السابق، ص (١٧٥-١٧٦)، ما يأتي: ((وما كانت هذه الدعوى تقبل إلا إذا كان المدعي قد أعطى شيئاً في مقابل التعهد. والاصطلاحات التي كانت تستعمل لبيان استيفاء المدعي لهذا الشرط كانت في بادئ الأمر كلمات عامة كـ(سبب) و (باعث)، حيث كانت المنفعة المطلوبة على العموم هي الباعث أو الدافع للقيام بنقل الملكية. ومع ذلك فقد استعمل في القرن الخامس عشر تعبير أكثر تحديداً هو العوض أو المقابل quid pro quo، وخصص هذا التعبير للشروط التي يجب توفرها لقبول دعوى الدين. وهكذا بدأ هذا التعبير يكتسب معنى فنياً خاصاً ولكن لما كان تعبير quid pro quo قد اكتسب معنى فنياً خاصاً فقد ظهرت الحاجة إلى كلمة أعم للتعبير عن العمل أو الأمور التي أدت إلى صفة معينة، أو كانت الباعث أو الدافع إلى إبرامها. ويتضح من أصوليات الأحكام Year Books في القرن الخامس عشر وأوائل القرن السادس عشر أن كلمة (اعتبار) كانت تستعمل لهذا الغرض. والطريقة التي كانت تستعمل بها هذه الكلمة تظهر لنا أنها (الكلمة) لم تكتسب معنى فنياً. ولكن عندما بدأت دعوى العقد تنتشر وتقام للتعويض عن الإخلال بالعقود والاتفاقات التي تحمل المدعي على أساسها بعض الأعباء، فقد ظهرت الحاجة ماسة جداً إلى كلمة واحدة للتعبير عن تحمل هذا العبء الذي جعل العقد مضموناً بدعوى لتنفيذه. وتعتبر quid pro quo كأن قد أصبح بالياً وقاصراً على دعوى الدين. هذا من جهة، ومن جهة أخرى أصبح تعبير (اعتبار) مناسباً لأنه كان أعم في معناه، ولأنه من جهة أخرى لم يكن قد أصبح اصطلاحاً فنياً في نطاق القانون العام Common law ولأجل توسيع دعوى العقد لجعلها تشمل العقود العادية أو البسيطة صار رجال القانون يقيسون على دعوى الدين. ويلاحظ أيمس (Ames) وجود فكرة لنوع من القيمة المالية المقبوضة في كل من الدعويين كشرط أو ركن من أركان مسؤولية المدعى عليه. ويلاحظ هذا الفقيه أيضاً أنّ هذا العنصر في كل من الدعويين في العمل بهما مؤخراً هو الـ quid pro quo في دعوى الدين شيء واحد ولكنه يختلف عنه في دعوى العقد في الأصل الذي كانت تقوم فيه على تعهد فعلي (actual promise)).

للخسارة وما كان هناك دعوى دين ولا دعوى عقد، ومن ثمَّ فلا يكون هناك خطأ ولا أساس تقام عليه الدعوى، وهذا يعني أنَّ الفاظ (المقابل) و (الالتزام) و (الإخلال) هي المصطلحات المستخدمة في دعوى العقد. والمقابل هنا هو ما تعهد به الدائن. والالتزام هنا هو ما تكلف به المدين للوفاء بدين مُقدم المقابل الموعود له. والإخلال بالعقد ينجم أما من الدائن الموعود له الذي يقصر بتقديم المقابل أو قد ينجم عن المدين الذي يقصر في تنفيذ التزامه تنفيذاً صحيحاً.

وعلى أيِّ حال، فقد مضى وقت طويل قبل أن تصبح هذه الدعوى دعوى معترفاً بها رسمياً كدعوى للإجبار عن تنفيذ العقود (To enforce Contracts)؛ وذلك لأن المدعى عليه ما كان ليقرَّ بالتزامه نحو الدائن المدعي. كما كان في الوقت نفسه ينكر أنه قد تعهد بالوفاء به للدائن (الموعود له) أي للمدعي<sup>(١)</sup>.

ويذهب الفقهاء الأمريكيان باترسون وكوبل وجونز<sup>(٢)</sup> إلى أنَّ دعوى العقد قد حَلَّت محلَّ دعوى الدين في العقود البسيطة. وأصبح بإمكان الدائن، في مطالبته لمدينه، أن يستفيد من البيانات التي يقدمها للمحكمة في دعوى المطالبة بتنفيذ التعهد (General assumpsit) والتي تذكر عادةً في صحيفة الدعوى (Declaration of Action) في كلِّ منها، بعبارات عامة، وقائع تكفي لإنشاء دين، وأن المدعى عليه قد تعهد بالوفاء بديونه.

ومن ثمَّ استغرقت دعوى العقد دعوى الدين، ولاسيما اشتراكهما بوجود نوع من القيمة المالية المقبوضة في كلِّ من الدعويين كركن من أركان مسؤولية المدعى عليه an element in the defendants liability<sup>(٣)</sup>. ويلاحظ أنَّ الفرق بين القيمة المالية في كلِّ من دعوى العقد ودعوى الدين هي أنها مقابل عن تعهد فعلي أو حقيقي سبق للدائن الموعود له أن قدمه للمدين (الواعد)<sup>(٤)</sup>. بينما المقابل في دعوى الدين قد يكون مقابل تعهد فعلي أو حقيقي سبق للدائن الموعود له أن قدمه للمدين (الواعد)، وهنا يتشابه مع المقابل في دعوى العقد أو يكون المقابل وعداً مستقبلاً Executory Promises، مثل أن يقول الدائن

(١) د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(٢) Patterson, Gobel and Jones, Contracts, Cases and Materials, P. 237 نقلاً عن د. عبد

المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

لمدينه: "إنني أعفك من التزامك الأصلي في مقابل وعدك أن تدفع لي مبلغ (٥٠) جنيهاً وأن تعطي ورقة بذلك"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

دعوى العقد أو دعوى الضمان Action of assumpsit

مرّت هذه الدعوى بمرحلتين متميزتين من مراحل تطورها المتعددة:

**المرحلة الأولى:** عُرفت هذه الدعوى باسم (Action of tress pass) أو دعوى الضرر. وكان الهدف من وراء رفعها هو حصول المدعي على حكم قضائي لصالحه يقضي له بتعويض الضرر الذي حصل عن نفس المدعي أو ماله. ولا يجوز إقامة هذه الدعوى إذا أذن الشخص المتضرر للمسؤول بالتعدي عليه، كأن يحصل ذلك في جراحة طبية أو تجربة علاجية (متوافقة مع القانون) أو رياضة بدنية. و **المرحلة الثانية:** حملت هذه الدعوى اسم ( action of the case) أو دعوى السبب، وهي الدعوى المستخدمة لجبر الضرر الناتج عن فعل شخص اعتدى على منقول في حيازة المدعي<sup>(٢)</sup>.

وفي مجال تعويض الضرر، مرّت هذه الدعوى بمرحلتين أيضاً: **أولهما:** تعويض أضرار أصابت المدعي في شخصه أو في ماله ؛ وذلك بسبب تنفيذ معيب للعقد قام به المدين. من ذلك أنها أقيمت على صاحب عبّارة أو زورق ferryman تعهد بأن يحمل حصاناً الى الجانب الآخر من النهر، ولكنه حمل العبّارة فوق طاقتها، ما أدى إلى غرق الحصان<sup>(٣)</sup>. وفي دعوى أخرى رُفعت هذه الدعوى على طبيب بيطري تعهد بأن يعالج حيوانات ولكنه سبب أضراراً لهذه الحيوانات لعدم إلمامه بالعلاج الطبي<sup>(٤)</sup> Unskillful Medical treatment. وفي قضية أخرى أقيمت هذه الدعوى على حلاق تعهد بأن يخلق بموسٍ نظيفة ولكنه أحدث، بسبب إهماله، أضراراً في وجه الزبون<sup>(٥)</sup>. وفي قضية أخرى أقيمت فيها الدعوى ضد نجّار تعهد بأن يصنع بيتاً جيداً ولكنه صنعه

(١) ينظر: ج.س. شيشير، س.هـ. فيفوت، م.ب. فيرمستون، أسباب انقضاء العقد (الوفاء، الإقالة، الاستحالة،

الإخلال)، ترجمة هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، ١٩٨١، ص ٦٥.

(٢) وفي هذا الصدد كتب بشأنها: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي،

المرجع السابق، ص ١٧١، ما يأتي: ((ويذهب هولز وورث إلى أنّ هذه الدعوى [ Action of

Assumpsit] تقوم في جذورها على أساس من تقصير أو تعد، أو على أساس من خطأ موجب للمسؤولية

التقصيرية tort ولكنها أصبحت فيما بعد دعوى عقد Contractual remedy، أي الطريق الذي يجب

سلوكه لتقرير المسؤولية التعاقدية والحصول على التعويض)).

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي، المرجع السابق، ص

ص (١٧٣-١٧٤)، وللمؤلف نفسه ينظر: نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو-سكسونية، المرجع السابق،

ص (٢٩١-٢٩٢).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

بصورة غير متقنة إلى درجة كبيرة so unskillfully<sup>(١)</sup>. وفي جميع هذه القضايا حكمت المحكمة المتخصصة على المدعى عليه بالتعويض على أساس من دعوى العقد أو دعوى الضمان liable in assumpsit<sup>(٢)</sup>.

**وثانيهما:** أصبحت دعوى العقد أو الضمان Action of assumpsit الدعوى الرئيسية لضمان تنفيذ العقد في القانون العام the chief contractual action of the common law وذلك منذ القرن السادس عشر. ولكن المتقاضين بدعوا، منذ أواخر ذلك القرن يستعملون كلمة (مقابل) لبيان الوقائع التي يستندون إليها لجعل التعهد مضموناً بدعوى العقد enforceable by assumpist وعندئذ اكتسبت لفظة (المقابل) المعنى الفني الخاص بالوقائع أو الأمور التي يجب إثباتها لجعل التعهد مضموناً بهذه الدعوى<sup>(٣)</sup>، وقد وسعت المحاكم هذه الدعوى لتشمل حالات الإخلال بتنفيذ العقود الضمنية أو أشباه العقود Implied contracts<sup>(٤)</sup>.

فقد كانت هذه الدعوى تستخدم في تغطية الضرر الناتج من تقصير المدعى عليه حتى ولو قام به بصورة جزئية. ولكن لم تكن هذه الدعوى تستخدم لتغطية الضرر الناتج من جراء امتناعه عن القيام بما وعد به. ولكن وفي أواخر القرن الخامس عشر أصبحت هذه الدعوى تستخدم لتعويض كل الأضرار الناشئة بسبب التنفيذ المعيب للعقد أو الناشئة بسبب امتناع المتعاقد عن تنفيذه بصورة كلية<sup>(٥)</sup>.

وخلاصة الموضوع، أنه ومع زوال التفرقة السابقة بين التنفيذ المعيب والامتناع الكلي عن تنفيذ العقد<sup>(٦)</sup>، أصبحت دعوى العقد أو دعوى الضمان Action of assumpsit أساساً لفكرة المقابل، طالما أن هذه الدعوى لا تقبل بدون مقابل قانوني صحيح يقدمه الدائن إلى مدينه.

## المبحث الثالث دور القضاء الانكليزي في صناعة فكرة المقابل في العقود البسيطة

### مقدمة

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٤) المرجع السابق.

(٥) د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٧.

(٦) المرجع السابق.

لا يمكن للباحث المنصف أن يغفل دور القضاء الانكليزي في رسم فكرة المقابل ودوره في إبرام العقود البسيطة. ولاسيما أن العقود في القانون الانكليزي أما أن تكون عقوداً مختومة لا تتطلب مقابلاً، وهي صحيحة بذاتها. وأما أن تكون بسيطة غير منعقدة بإجراءات شكلية.

لم ينبذ الإنكليز العقد لمجرد أنه عقد بسيط لم يتم إبرامه وفق طقوس شكلية، وسبب ذلك يرجع إلى الطابع العملي والموضوعي للفقهاء الانكليزيين وتعلق اهتماماتهم بتقديم الحلول للمشاكل الجزئية أكثر من اهتمامهم بالشكليات التي كان من المفروض أن يبرم العقد من خلالها.

فكيف أسهم القضاء الانكليزي في إنضاج فكرة العقد البسيط وتبعاً له في إنضاج فكرة المقابل. وما هو دوره في صياغة مفهوم المقابل؟ فنقول هذا ما سنقوم ببحثه في مطلبين، خصصنا أولهما: لبحث تطور المقابل تاريخياً في النظام القضائي الانكليزي. وكرسنا ثانيهما: لبحث الأفكار الجديدة في المقابل على هدى صناعة القضاء الانكليزي لها.

### المطلب الأول

## تطوير القضاء الانكليزي لفكرة المقابل

### تقسيم

يعود تطوير المقابل في القانون الانكليزي الى صراع طويل بين الشكلية والرضائية، حاول القضاء الانكليزي الموازنة بينهما، فجعلوا في العقود الشكلية عقوداً صحيحة لمجرد ختمها. كما جعلوا من العقود البسيطة الخالية من الختم عقوداً صحيحة طالما كانت مستتدة الى مقابل جيد.

لذا وجدنا من الضروري دراسة هذا المطلب في فرعين بحيث نعالج في أولهما: تطوير القضاء الانكليزي لفكرة المقابل قبل نشوء محاكم العدالة وبعد نشوئها. وكرسنا ثانيهما: لبحث فكرة المقابل أمام القضاء ابتداءً منذ القرن السادس عشر ولغاية يومنا الحاضر.

### الفرع الأول

## اسهامات قضاء العدالة في إغناء فكرة المقابل

تولت المحاكم الملكية الفصل في كل النزاعات الناشئة ولأي سبب كان. وطبقت تلك المحاكم القانون العادي وتقيدت كثيراً بالنقيد العرفي لأحكامه حتى وإن لم يؤد ذلك إلى تحقيق العدالة<sup>(١)</sup>.

وقد أصاب تلك المحاكم الشكلية الجمود في عملها. وكانت معتمدة على سوابقها، التي أصبحت بمرور الوقت، لا تتلاءم مع متطلبات التجارة والصناعة في بريطانيا وتحولها من دولة زراعية إلى دولة صناعية وتجارية.

ولمّا كان الملك في بريطانيا فوق السلطات جميعاً بما في ذلك السلطة القضائية فقد بدأ الناس يرفعون دعواهم إلى الملك مباشرة. وكان الملك يفصل فيها بنفسه ثم أصبح في مرحلة تالية يحيلها إلى مجلسه الاستشاري الذي كان يرأسه مستشار الملك الذي يتولى الملك اختياره في أول أمر من كبار رجال الدين المسيحي في بريطانيا. وكانت قرارات المجلس المذكور إدارية أكثر مما هي قضائية. ومع ذلك كان يصدر الأحكام القضائية المتوافقة مع نهج القانون العام إن وجد أنها تحقق العدالة وإلا فإنه كان يقضي بما يقتضيه العقل والضمير مستنداً في ذلك إلى حق الملك الذي يستند المجلس المشروعية منه في إقامة العدل بين الناس<sup>(٢)</sup>. ومن ثم تطورت الأوضاع في بريطانيا وأصبح لمستشار الملك محكمة خاصة به سميت بمحكمة المستشار Court of chancellor أو محكمة المستشارية Court of chancellor. وقد بررت هذه المحكمة تدخلها في أحكام القانون العام Common law بالاستناد إلى قواعد العدالة والإنصاف Equity التي تستمدّها من ضمير الملك.

فكيف طوّرت محاكم العدالة مفهوم المقابل؟ وجواباً عنى هذا السؤال نقول: لقد واجهت محاكم العدالة متمثلة بمحكمة المستشار Court of chancery مشكلتين: أولهما: اختصاصها في مجال العقود ومنازعة المحاكم الملكية في ذلك. وثانيهما: اختصاصها في مجال منافع العقارات.

وجدت محاكم العدالة نفسها، وهي تقتحم منطقة العقد، أمام مشكلة التمييز بين العقد اللازم والعقد غير اللازم en faceable and unenforceable contract. كما وجدت تلك المحاكم نفسها ملزمة بأن تميز بين الشخص الذي يحق له الحصول على منافع العقار

(١) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، صص (٧٦-٧٧).

(٢) المرجع السابق.

وعائذاته ولو لم يكن مالكا له وبين الشخص الذي لا يحق له الحصول على منافع العقار ولو كان مالكا له!

وكانت محاكم العدالة تصطدم بتحقيقها للعدالة وتقديمها للإنصاف الذي تنشده، بالقواعد الشكلية اللازمة لإبرام العقود وبالسوابق القضائية الجامدة التي لا تحقق العدالة بموجبها. فكانت أغلبية العقود المبرمة في داخل الإمبراطورية هي من قبيل العقود البسيطة التي كانت تبرم باتفاق شفهي أو باتفاق تحريري دون أن تختم بختم شمعي. وهذه العقود تنتظر من محاكم العدالة مصيرها: أما البطلان لعدم استيفائها للشكلية أو إيجاد حيلة لإنقاذ حقوق المتعاقدين المشروعة فيها. فوجدت هذه المحاكم غايتها المنشودة بتحقيق العدالة والإنصاف Equity الذي تنشده من خلال استعادتها لنظرية السبب الكنسية من الكنيسة الانكليزية المنشقة عن الكنيسة الكاثوليكية في روما.

وقبل أن نسترسل في هذا الموضوع نجد من الضروري أن نوضح بأنه لم تكن في القانون الانكليزي عقود تبرم بألفاظ محددة تخرج من الفم أو بسلوك معقد يقوم به المتعاقد. كما لا يوجد إيداع بشأن ذلك. ولكن إبرام العقود بالطرق الشكلية كان يتم عبر وثائق مكتوبة وموقعة من قبل الطرفين ومختومة بالشمع الأحمر (أحيانا)<sup>(1)</sup>.

وعلى أي حال فقد وجدت محاكم العدالة أن نظرية السبب الكنسية ثرية في أسلوبها (للمجتمع سلطان على عملية أبرام العقد من اجل اجتناب الخطيئة الاجتماعية منه) فجعلت تلك النظرية الوفاء بالوعد إلزاماً بحد ذاته، حتى ولو كان إفراغ ذلك الوعد بالعقد قد تم بصورة رضائية غير شكلية. كما أن نظرية السبب الكنسية تقول: ((أن الإخلال بالوعد رضائياً كان مظهر التعبير عنه أم شكلياً، هو خطيئة تستوجب المؤاخظة)). ومن جانب آخر تذهب نظرية السبب الكنسية إلى أن التنفيذ الصحيح للعقد غير المشروع، هو خطيئة، حتى لو استوفى ذلك العقد كل متطلبات انعقاده القانونية.

وفي نقل الملكية، عند الكنسيين الشرقيين، نجد أن السبب الصحيح في عقود نقل الملكية لا يتعلقان بنقل الملكية فحسب وإنما بشرعيتها. ولم توضح الكنيسة الكاثوليكية في الشرق الأوسط (العراق وسائر الدول العربية) الجزاء القانوني المترتب على تخلف مثل هذا

(1) للتفاصيل ينظر:

الشرط. ولكننا نذهب إلى صحة القول بأنَّ العقد يعدُّ باطلاً عند الكنسيين في مثل هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

وجدت محاكم العدالة أنَّ فكرة السبب عند الكنسيين نظرية ثمينة لإثراء فكرة العدالة في أحكامها، إلا أنَّ محاكم العدالة فشلت في تبني هذه الفكرة؛ وذلك لأنَّ محاكم العدالة أرادت أن تقيم عدالة الملك على أساس مختلف عن الأساس الكنسي للعدالة. كما أنَّ محاكم القانون العام (المحاكم الملكية) بسطت نفوذها على العقد واستحدثت فكرة المقابل في العقود البسيطة التي حلَّت محلَّ نظرية السبب ذات الأصل الرومانيَّ أو ذات الأصل الكنسيَّ.

إذاً كيف استقرت فكرة المقابل في القانون الانكليزيَّ؟ وجواباً عن هذا السؤال نقول: طوَّرت محاكم العدالة مصطلح المقابل وأوجدت رابطاً بينه وبين المنفعة. واستخدمت مصطلحات محددة، وذلك مثل: (مقابل ذو قيمة مالية) (valuable consideration) و (مقابل جيد) (good consideration) وأصبح استخدام هذين المصطلحين شائعاً في نقل الملكية العقارية (conveyancing)<sup>(٢)</sup>. ثمَّ أصبحت الصكوك التي تنقلُ فيها الملكية (Deeds) صحيحة حتى لو تمَّ الاتفاق عليها بدون مقابل<sup>(٣)</sup>.

لقد أسهم القضاء الانكليزيَّ بإثراء فكرة المقابل كركن من أركان العقد، في القانون الانكليزيَّ، عندما شارك بحماية العائدين بدعوى الدين، وهي الدعوى التي كان يقيمها بائع المنقول للمطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع نتيجة امتناع المشتري عن وفاء الثمن إليه، أو

(١) للتفاصيل ينظر: شروحات مجموعة قوانين الكنائس الشرقية، بيروت: منشورات المكتبة البوليسية، ٢٠٠٥، ص ١٠٩٩.

(٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣) والصك Deed، هو:

"A deed is a document in which a person undertakes to do some act".

للتفاصيل ينظر:

Butter worths commercial law in New Zealand, Fourth Edition, New Zealand: Butter worths, 2000, P.42

ثم أن مؤلفي ذلك الكتاب يذهبون إلى أنَّ قوة الصك "Deed" تستمد فاعليتها من ذلك الصك ولو كان غير مستند إلى مقابل قانوني. (( [السند] هو اداة واجبة النفاذ حتى في ظل انعدام المقابل في الدعوى المرفوعة بشأنه والمتطلبات الشكلية لهذا الصك يتم تعيينها بناءً على ما ورد في القسم 4 و 5 من قانون الملكية لعام ١٩٥٢)).

"[Deed] it is enforceable even in the absence of consideration of the act to be undertaken. The formal requirement for a deed are set out in ss4 and 5 of the property law act 1952".

المرجع السابق، ص ٤٢.

هي دعوى البائع ضد المشتري والتي يطلب البائع فيها من المشتري الوفاء له بثمن المبيع الذي هو في ذمته.

أما دعوى الضمان Action of assumpsit فأعطت الحق للمدعي، ولو كان العقد الذي يستند إليه عقداً بسيطاً، ألحق في إقامتها للمطالبة بالتعويض من جراء امتناع المدعى عليه من تنفيذ التزامه كاملاً في آخر مراحل تطورها، أو قيامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً معيباً في أول الأمر.

### الفرع الثاني

دور القضاء الانكليزي في تطوير فكرة المقابل منذ

القرن السادس عشر ولغاية يومنا هذا

### المقابل منذ القرن السادس عشر

من البديهي القول أنه: ((وجدنا أن دعوى العقد حلت محل دعوى الدين))؛ وذلك إذا كان مصدر الدين، أي سببه المنشئ هو (العقد). وفي نهاية القرن المذكور أصبحت الدعوى الرئيسية لضمان تنفيذ العقود في القانون الانكليزي هي دعوى العقد<sup>(١)</sup>.

ثم قام القضاء الانكليزي بتطوير المعنى الفني للاعتبار وتحديدًا منذ إصداره للحكم في قضية مانوود وبيريستون Manwood & Bruston's case؛ وذلك بقيامه بالتميز بين ثلاثة أنواع من المقابل، وهي:

١- دين سابق؛ ومن الواضح أن هذا النوع من المقابل يجد أساسه في توسيع نطاق العقد Action of Assumpsit لتشمل أيضاً تنفيذ تعهد بدفع دين قائم Indebitatus assumpsit.

٢- إذا أصاب الموعود له (الدائن) ضرر نتيجة لقيامه بعمل أو بذله جهداً بناءً على طلب المتعهد، حتى لو يحصل الواعد على فائدة أو منفعة؛ وكذلك فمن الواضح أن هذا النوع يجد أساسه في توسيع نطاق العقد لتشمل بعض الحالات التي يكون فيها عدم القيام بعمل مخالفاً لتعهد.

Non-feasance in breach of an undertaking أي تشمل دعوى العقد (Action of Assumpsit) أعمال الامتناع عن القيام بعمل في الحالات التي ينص العقد على ضرورة القيام بها.

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

٣- أو إذا كان هناك مقابل حاضر Present consideration؛ وهذا النوع يبرر تنفيذ تعهد أعطي في مقابل ما

(١) To enforce a promise which is given in return for a promise.

إذا تلقفت محاكم القانون العام الصناعة الجديدة لفكرة (المقابل) بثوبه الجديد التي عملت محاكم العدالة على إخراجها وتطويرها. لذلك فقد تمّ قبول دعوى الضمان (أي المطالبة بالتعويض عن الامتناع الكلي في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي المعيب من قبل المدين) من المدعي بمجرد إثباته أنه قد تعاقد مع المدعي عليه بعقد بسيط. كما تأثرت دعوى الضمان بقواعد المرافعات الانكليزية، ولذلك أصبح (للمقابل)، الخصائص الآتية:

- ١- محلّه مستقل عن محل العقد: فالمقابل يمكن أن يقوم في صيغة تعهدات متبادلة mutal promise أو دين سابق precedent debt أو ربما ضرر أصاب الموعد له (الدائن) أو ربما كان قياماً بعمل أو تركاً له detriment to the promisee يقوم به الدائن.
- ٢- لشخصية مقدم المقابل اعتبار خاص في التعاقد: ليس للطرف الآخر في المقابل (الواعد) (المدعي عليه) شخصية لها اعتبار بينما شخصية مقدم المقابل دائماً معتبرة عند التعاقد.
- ٣- لا يمكن أن يكون المقابل وعداً سابقاً على العقد المراد إبرامه: لا يمكن أن يكون الوعد الذي يتقدم به الموعد له إلى الواعد أمراً سابقاً على العقد المراد إبرامه وإنما يجب أن يكون معاصراً أو مستقبلاً له.
- ٤- لا يشترط أن يكون (المقابل) معادلاً للالتزام المطلوب شراؤه: لا يشترط في المقابل أن يكون متناسباً مع قيمة الالتزام adequate. ولكن يشترط فيه أن يكون موجوداً ومؤكداً طالما كان العقد بسيطاً.

### فكرة (المقابل) في القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر

تركز الاهتمام على الأفكار الأخرى التي أدخلت إلى فكرة المقابل من مصادر أخرى. فقد حاول اللورد مانسفيلد أن يجعل من المقابل والالتزام الطبيعي شيئاً واحداً، كما حاول أن يقصر فكرة المقابل على إثبات وجود العقد فحسب. ولكن محاولاته هذه لم يكتب لها النجاح المنشود<sup>(٢)</sup>. وفي هذا الصدد نقراً في المؤلف ذائع الشهرة والصيت Anson's

(١) المرجع السابق، ص ٢٩٩-٣٠٠.

(٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي (كتاب)، المرجع السابق، ص ١٨٣، وللمؤلف نفسه: نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلوسكسونية (بحث)، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

law of contracts ما يأتي: ((في عام ١٧٥٦، أصبح اللورد مانسفيلد كبير قضاة محكمة عدالة منصة الملك. فهاجم المقابل من ناحيتين اساسيتين؛ الأولى: أكد أن وجهة النظر في الناحية الاولى استدلالية فقط. وفي الناحية الثانية يكفي وجود الاسبقية للالتزام الاخلاقي في التعبير عنه، وهذا وعداً)).

"In 1756, however, Lord Mansfield became chief justice of king's Bench, and the doctrine of consideration was attacked by him in two fundamental respects. In the first place, he asserted that consideration was only evidentiary, secondly, that the existence of a pervious moral obligation was sufficient to support an express, but gratuitous. promise"<sup>(1)</sup>.

#### أولاً- محاولة اللورد مانسفيلد إدخال فكرة الالتزام الأدبي

قال اللورد مانسفيلد في قضية ترومان ضد فينتون Trueman V. Fenton، سنة ١٧٧٧، ما يأتي: ((أنَّ ديون المفلس تلزمه من جهة ضميره، حتى وأن ردَّ عليه اعتباره وحصل على الصلح مع دائنيه. وليس هناك رجل شريف لا يوفي بهذه الديون إذا أصبح ذلك ممكناً له فيما بعد. فالطرق القانونية وإن كانت قد سُدَّتْ في وجه الدائنين إلاَّ أنَّ الديون لم تنقض أمام ضمير المفلس)).

"The debts of a bankrupt are due in conscience, not withstanding he was obtained his certificate; and other is no honest man who does not discharge them, if he afterwards has it in his power to do so. Though all legal remedy may be gone the debts are clearly not extinguished in conscience"<sup>(2)</sup>.

وبوجه عام، وبعبداً عن المقابل، نرى أنَّ مسألة الضمير هي مسألة داخلية لا يمكن للقانون أن يتحكم فيها إلاَّ إذا نتج من الضمير تصرفات ضارة أو غير لائقة وتخل بحقوق الآخرين وعند ذلك يتدخل القانون. وعلى أيِّ حال يجب أن نفسر رأي اللورد مانسفيلد بأن ضمير المفلس يستصرخه حتى يوفي آخر فلس بذمته، فأن لم يفعل ذلك فهو مفلس مقصر!

(١) ينظر: A.G. Guest, Anson's law of contract, op. cit, P. 80.  
(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي، المرجع السابق، ص ١٨٣.

وعندئذ يتدخل القانون. فهل يصلح الالتزام الادبي أن يكون مقابلاً معتبراً في القانون الانتكليزي؟

كان هناك تيار معارض لرأي اللورد مانسفيلد بشأن اعتبار الالتزام الادبي مقابلاً معتبراً حتى في أيام حياته؛ وذلك ما صرح به اللورد تندرند Tenterden في دعوى لتنفيد ضد شي Littlfield V. Shee سنة ١٨٣١، بقوله: ((أنّ الرأي القائل بأن الالتزام الأدبي يكفي كمقابل لتعهد لاحق هو من الآراء التي يجب أن نتلقاها بشيء من التحفظ))<sup>(١)</sup>.

وكذلك انتقدت نظرية اللورد مانسفيلد في دعوى ايستوود ضد كينيون Eastuood V. Keynon. وقد لخصَ المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم وقائع هذه الدعوى، بما يأتي: ((كان ايستوود وصياً على كينيون قبل بلوغها سن الرشد وكان نائباً عنها في إدارة أموالها. وعندما كانت هذه السيدة صغيرة أنفق ايستوود أموالاً لتعمير ملكها وتحسينه، وقد قام بذلك التعمير من تلقاء نفسه، واضطر لأجل القيام بذلك، إلى اقتراض المال وأعطى بسببه كمبيالة. وعندما بلغت القاصرة (كينيون) أقرت التصرف المذكور وأجازته، وبعد زواجها تعهد زوجها بدفع مبلغ الكمبيالة، ولكن الزوج وقت الاستحقاق رفض الدعوى<sup>(٢)</sup>.

لذلك أقام ايستوود Eastuood الدعوى ضد زوج كينيون على أساس من التعهد الصادر منه، وهو تعهد يلزم التعهد فيه مبني على فكرة الالتزام الأدبي. ولكن المحكمة رفضت نظرية الالتزام الأدبي كأساس للمقابل وشجبتها))<sup>(٣)</sup>. وقد جاء في حكم المحكمة على لسان رئيسها اللورد دينمن: ((أنّ مجرد الالتزام الأدبي، مهما كان مقدساً لا يصلح أساساً لتعهد لازم، وأن ذلك النوع من الاعتبارات [جمع المقابل] الناشئة عن الالتزام الأدبي لا يشمل إلا الحالات التي كان فيها حق قانوني ولكنه فقد حماية القانون.... وأن مثل هذا المبدأ إنما هو بدعة innobation جاء به اللورد مانسفيلد. ويجب، لاستئصال هذه البدعة، إحياء النظرية الأصلية والخالية من الشوائب التي جاء بها القانون العام أو العادي))<sup>(٤)</sup>.

وعلى أيّ حال فقد انتكست نظرية اللورد مانسفيلد. وأخيراً فقد تخلى عنها الفقه والقضاء في النهاية، وإن لم يأت هذا التخلي دفعة واحدة.

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الأنكلو سكسونية، القسم الثاني، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، السنة السابعة والثلاثون، الأعداد الأولى والثاني والثالث والرابع، ١٩٨٢، ص ٤١.

(٢) نقلاً عن المرجع السابق بتصريف، ص ٤٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

ثانياً - محاولة اللورد مانسفيلد لتفسير المقابل على أنه دليل من أدلة الإثبات في قضية بيلانز ضد فان ميروب Pillance V. Van Mireap سنة ١٧٦٥، ذهب اللورد مانسفيلد إلى وحدة القانون في بريطانيا فاعتبر القانون التجاري وقانون الاراضي شيئاً واحداً The law of merchants and the law of the land is the same وأن الوعد المجرد nudum pactum عن المقابل لا وجود له في القانون الانكليزي. ولكي يوفق اللورد مانسفيلد بين نظريته وبين وجود هذه القاعدة فقد ذهب إلى أن المقابل لا قيمة له في العقد إلا من ناحية الإثبات فقط only of evidentiary value وعليه فالعقد إذا كان مكتوباً، وإن لم يكن مختوماً، أو كان العقد مجرداً من المقابل فهو غير ضروري لتكوينه.

وهذا يعني بأنه أقام نوعاً ثالثاً من العقود في القانون الانكليزي، وهو العقد المكتوب غير المختوم<sup>(١)</sup> Non-seal written contract. ولاهمية هذا الموضوع وحساسيته نعيد طرح رأي اللورد مانسفيلد من جديد؛ وذلك على النحو الآتي: ((في دعوى بيلانس ضد فان ميروب (١٧٦٥) توضح لنا التأكيدات ابتداءً، وهي ان المدعي يقاضي المدعى عليه على وعد مكتوب بقبول ورقة تجارية. وان اللورد مانسفيلد قد اعتبر المقابل هو احد ادلة الاثبات لأستخلاص نية الواعد بالزام نفسه. وانه اذا تم انقاص مدة العقد المكتوب بواسطة العرف التجاري، او عند الخضوع الى المتطلبات التشريعية، فأن مثل هذا الدليل يعطى كما لو كان هو المقابل [نفسه].))

"The case of Pillans V. Van Mierop (1765) illustrate the first of these assertions. The plaintiff used the defendant on a written promise to accept a bill of exchange. Lord Mansfield held that consideration was only one of several modes of supplying evidence of the promisor's intention to bind himself; and that if the terms of or ,contract were reduced to writing by reason of commercial custom such evidence dispensed with ،in obedience to statutory requirement the need for consideration. The question arose again in 1778 in

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو- أمريكي، المرجع السابق، ص ١٨٣. كما ينظر بشأنها:

A.G. Guest, Anson's law of contract, op. cit, P. 81.

، administrate of an estate،Rann V. Hughes (1778): Mrs. Huges money which was ، out of her own pocket،promised in writing to pay due from the estate to the plaintiff. There was no consideration for and it was contended that the observance of the form ،the promise then required by the Statute of Frauds (a written note or memorandum) made consideration unnecessary"<sup>(1)</sup>.

ظهرت هذه المسألة مرة أخرى في ١٧٧٨ في دعوى ران ضد هيوز (1778) : السيدة هيوز تدير عقارات، ووعدت كتابة على الدفع، واخرجت من جيبها الخاص المال الذي كان من المفروض أن يكون من العقارات إلى المدعي. ولم يكن هناك أي اعتبار للوعد، وادعت إنها تقيدت باطار عمل الموضوع ومن ثم ما يتطلبه النظام الخاص بالاحتيايل (ملاحظة مكتوبة أو مذكرة ) لا لزوم لها.

وقد ورد هذا الرأي أيضاً ولكن لم يتم الأخذ به في قضية ران ضد هيوز لسنة ١٧٧٨ Rann V. Hughes وبناءً على استشارة مجلس اللوردات وضع القضاة المبدأ الآتي: ((مما لاشك فيه أن كل إنسان ملزم بمقتضى قانون الطبيعة بتنفيذ التزاماته. ومما لاشك فيه أيضاً أن قانون هذا البلد (انكلترا) لا يمنح دعوى للإجبار على تنفيذ عقد أبرم بدون مقابل كافٍ. وأن مثل هذا العقد عبارة عن اتفاق مجرد ليست له دعوى تحميه nudum pactum ex quo non coritur action. وأياً كان المعنى الذي يمكن إعطاؤه لهذا المثل في القوانين المدنية. فهو لا يمكن أن يفهم في قانوننا إلا بالمعنى الأخير. وعليه فكل العقود في قوانين انكلترا تنقسم إلى عقود شكلية by specialty وعقود عادية by parol. وليس هناك قسم ثالث كالعقود المكتوبة In writing فإذا كانت مكتوبة فقط ولم تكن مختومة فهي عقود شفوية ولا بد من إثبات المقابل فيها)).

"It is undoubtedly true that every man is by the law of nature bound to fulfill his engagements. It is equally true that the law of this country [England] supplies no means nor affords and remedy، to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration; such an agreements 'nudum pactum ex quo non oritur

<sup>(1)</sup> A.G. Guest, Anson's law of contract, op. cit, P. 80.

action'; and whatsoever may be the sense of this maxim in the civil law, it is in the last-mentioned sense only that it is to be understood in our law ... All contracts are by the law of England divided into agreements by specialty and agreements by Parol; nor is there any such third class as some of the counsel have endeavored to maintain as contracts in writing. If they merely written and not specialties, they are Parol, and a consideration must be proved".

وأخيراً فإن (( اللورد مانسفيلد نجح بالتوفيق ما بين القانون الانكليزي والقانون الاسكوتلندي؛ وذلك باعتبار المقابل ليس متطلباً ضرورياً {لابرام العقد} ولكنه يعتبر مجرد وسيلة لاثبات واقعة ما ذات صلة بالالتزام)).

"Had Lord Mansfield succeeded, the English law might well have been assimilated to that of Scotland were consideration is not necessary requirement, but is relevant only to the way an obligation may be proved".

### المطلب الثاني

#### نظريات الأساس الفلسفي للمقابل

نرى من الضروري أن نُوضِّحَ قبل أن نخوض في النظريات التي قبلت بشأن أساس المقابل The base of consideration مسألتين: (المسألة الأولى) - وهي تعدد وتشعب مصادر أساس المقابل. و (المسألة الثانية) - وهي صعوبة الاطمئنان على أيّ نظرية من النظريات التي قبلت في تفسير أساس المقابل الذي يُعد وجوده شرطاً من شروط تكوين العقد في القانون الانكليزي. وسنستعرض هذه النظريات تباعاً.

#### أولاً - نظرية العوض Qid pro Quo في دعوى الدين كأساس للمقابل:

كان الدائن في البداية يلجأ الى استرداد ماله المنقول او دينه الى دعوى الدين. وحقيقة الأمر فإن الدعوى كانت تسمى في البداية debt - detinue، وهي تسمية عامة واحدة لاستخدامين مختلفين، هما الاسترداد ويخص المنقول، والمطالبة بالدين ويخص المبلغ النقدي<sup>1</sup>، وحتى يقيم الدائن (المدعي) الدعوى ضد مدينه فلا بُدَّ له أن يكون قد قدم

<sup>1</sup> ينظر:

للمدين عوضاً أو مقابلاً Quid pro Quo حتى يجبره على تنفيذ التزامه (أو وعده) من خلال هذه الدعوى. فهل العوض هو الأساس الذي تبنى عليه دعوى الدين أم هو الأساس الذي يبنى عليه المقابل؟ فإذا كان العوض (Quid pro Quo) هو الأساس الذي تبنى عليه دعوى الدين فمن غير الصحيح القول إطلاقاً بأن العوض في مثل تلك الحالة هو الأساس الذي تبنى عليه نظرية المقابل أيضاً. ولذلك كتب الاستاذان (موريس وفلكس كوهين) عن هذه الحالة، ما يأتي:

"The notion that legal obligations should be reciprocal or based on quid pro quo is innate, and finds expression in the development of our law of consideration"<sup>1</sup>.

فدعوى الدين هي وسيلة للحصول على حكم قضائي لحماية الدائن (الموعد له)، وحتى يقيم الدائن دعواه فلا بُدَّ أن يكون حقه قابلاً للحماية. وهذا يفترض وجود مقابل قدمه للمدين؛ ولذلك لا يصحَّ أن يكون المقابل أساساً لدعوى الدين، وهي في الوقت نفسه شرط لا غنى عنه في (المقابل) الذي لأجله يُحمى حق الدائن بهذه الدعوى.

وهناك انتقاد آخر وجيه تنتقد بها دعوى العوض Quid pro Quo فمن قال أنَّ الدائن يقدم عوضاً عن وعد المدين أو التزامه، أيُّ أن يقدم الدائن لمدينه عوضاً نافعاً له دائماً. فكم من مشتري قدم عوضاً مصحوباً بدفع عوض لمالك شيء ما حتى يدفعه إلى تقديم وعد ببيعه له فيقدم المدين (الواعد) أو (الملتزم) وعده ببيع الشيء موضوع الوعد ثم يتفاجأ ذلك الواعد بأنَّ سعره في السوق كان أكثر ممَّا وعد به الدائن (المشتري) فيخسر البائع أو الموعد له الفرق الحسابي بين الثمنين: الثمن المسمى والثمن الفعلي. فليس من الصحيح اذن القول بأن الأساس الذي يُبنى عليه (المقابل) هو العوض Quid pro Quo وإنما العكس. فهو قد يكون خسارة أو ضرر لحق بالدائن أو الموعد له إذا ما اعتبرنا أنَّ كلَّ ما يخرج من ذمته من مالٍ وعد بدفعه هو خسارة أو ضرراً تلحق بدمته فعلاً وحتماً. وفي هذا المعنى نجد أنَّ الدكتور طلبة وهيب خطاب، كتب بشأنها، ما يأتي: ((إنَّ هذه النظرية بقولها

---

- شيشير، فيفوت، فيرمستون، احكام العقد في القانون الانجليزي (ظواهر الاتفاق وقواعد الايجاب والقبول)، المرجع السابق، ص ٢٤.  
- طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلوامريكي، المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>1</sup> ينظر:

Morris R. Cohen & Felix S. Cohn, Readings in Jurisprudence and legal philosophy, New York: Prentice Hall, INC., 1951, P:160.

أنَّ العوضَ هو اساس المقابل تكون قد حصرت المقابل في معنى ضيق وغير صحيح. اذ لما كان العوض هو ذلك الذي يحصل عليه المدعي عليه من المدين،..... اذ(والاصحُ لغَةً: فمعنى ذلك أن) المقابل يشمل الى جانب ذلك ما يصيب المدعي من ضرر. هذا الضرر الذي يتمثل فيما تخلى عنه وفقده (المدعي او الموعود له) باعتباره مقابلاً<sup>١</sup>.

### ثانياً - ضرر الموعود له (دعوى الضمان):

تعدُّ دعوى الضمان هي الدعوى التي تحمي الدائن (الموعود له) والتي يستطيع بواسطتها الزام مدينه على تعويض الضرر الذي لحق به، اذ يستطيع الموعود له أن يقاضي الاخير بوعده عن الضرر الذي لحق به من جراء عدم امتثاله بتنفيذ التزامه. والشرط الجوهري لإقامة هذه الدعوى هو أن يكون المدعي (الموعود له) قد لحقه ضرر من جراء التنفيذ المعيب لمدينه او من جراء امتناعه عن التنفيذ بصورة جزئية او بصورة كلية (في تطور لاحق)<sup>٢</sup>.

والضرر المعتبر في هذه الحالة يكون قائماً او متحققاً اذا قدم الدائن الى مدينه (الواعد بتنفيذ التزامه) شيئاً او حقاً مالياً او وعداً بتقديم مثل ذلك. وهكذا وجد الانكليز أن أساس المقابل يكمن في دعوى الضمان التي يشترط لإقامتها شرطان، وهما:

١- ان يكون المدعي قد قدم مقابلاً.

٢- ان يكون المدعي قد لحق به ضرر من جراء تقديمه لذلك المقابل.

ولئن كان الواعد يحصل على فائدة من جراء حصوله على المقابل من الموعود له، فإن ذلك يقدم الدليل الساطع - كما يقول الدكتور طلبية وهبة خطاب - على أن الموعود له

<sup>١</sup> د. طلبية وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد.....، المرجع السابق، ص ٢٦.

<sup>٢</sup> توصل القضاء الانكليزي، في مرحلة تاريخية ماضية من مراحل تطوره القديمة، الى نتيجة في غاية الغرابة، وهي أن دعوى الضمان او التعهد Assumpsit تقتصر على الاداء الايجابي الضار Misfeasance. اما بالنسبة للأداء السلبي الضار كالامتناع عن اداء العمل Nonfeasance فلا تحمي بهذه الدعوى. الا أن القضاء الانكليزي قد هجر هذه التفرقة منذ اوائل القرن السادس عشر وذلك ابتداءً من دعوى Pickering V. Thoroughood سنة ١٥٣٣. للتفاصيل ينظر: ج.س. شيشير، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، احكام العقد في القانون الانكليزي (ظواهر الاتفاق وقواعد الايجاب والقبول)، المرجع السابق، ص ٢٩ وما يليها. وينظر أيضاً:

قد أصابه الضرر نتيجة تقديمه المقابل. ويتمثل هذا الضرر بما فسره الدائن (الموعد له) بسبب تقديمه لذلك المقابل للواعد<sup>1</sup>.

### ثالثاً - تحوير فكرة السبب في القانون الروماني كأساس للمقابل:

نشأت محاكم العدالة في انكلترا في مرحلة ماضية من مراحل تطور القضاء الانكليزي، وكان هدفها تحقيق العدالة او الانصاف (Equity) ومع مرور الزمن أصبح لهذه المحاكم سوابق قضائية<sup>2</sup>. وفي سبيل تحقيق العدالة أعادت النظر في نظرية السبب اللاتينية بما يتوافق مع منطق القانون الانكليزي؛ وذلك من حيث أن تقسيمات القانون الروماني القديم مازالت تترك بصماتها عند فقهاء القارة الاوربية، وهي ليست قاصرة عليها، وإنما تمتد الى منطقة الاقليم البريطاني أيضاً، ولاسيماً أنها جزيرة منفصلة عن القارة الاوربية. ولكن توسيع نطاق هذه النظرية كان بإجماع الآراء الفقهية غامضاً.

"As the drive for expansion continued there emerged to the level of consciousness that kind of vague feeling and haunting thought that professor Cohen expressed in the passage above: not every promise should be enforced or, We have to stop somewhere"<sup>3</sup>.

وهناك اتجاه يعارض هذه الفكرة وبل يطرح ما يناقضها، فيرى أن فكرة السبب الرومانية (او اللاتينية) من غير المتصور أن تكون أساساً لنظرية (المقابل) الانكليزية، ومنهم الفقيهان الانكليزيان بولوك (Pollock)، و مايتلاند (Maitland) اللذان ينظران الى أن القانون الروماني وأن كان يعمل الى جنب القانون الانكليزي ولكنهما لا يصلان الى التوافق على مبادئ العقد الاساسية. ((كما قال بولوك وميتلاند، فإن القانون الخاص للإمبراطورية الرومانية عمل على هذا الاتجاه. ولكنه لم يصل الى مفهوم عام للعقد. ولذلك عرف القانون الروماني التقليدي أنواعاً متميزة من العقود، مثل عقود البيع وقروض للاستخدام، و الاستهلاك، والوكالة والشركة والاشتراط بنوعيه (التبادل الرسمي والأسئلة الشفهية والأجوبة، مثل: ((هل وعدت .... أنا وعدت))، وهلم جرا. وهذه التعاملات تمّ

<sup>1</sup> د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلوامريكي، المرجع السابق، ص ص (٢٧-٢٨).

<sup>2</sup> ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، المرجع السابق، ص١٦٤.

<sup>3</sup> Cases and Materialals on Contrats and contracts and contract Remedies, Ibied, P.P (522-523).

تنفيذها خارج نطاق التنظيمات التقليدية والتي اقحمت جزئياً أو كلياً وبشكل مطلق في المبادئ العامة. ثم جرى في العصور الوسطى وأوائل العصور الحديثة تطوير متكرر لعمل القانون الروماني. فأستطاع تقديم معان جديدة جاءت لتقود دفعة التنظيم بقوة: لذا ينبغي - التمسك بالاتفاق - باعتباره شريعة المتعاقدين)).

"As Pollock and Maitland said, the private law of the Roman Empire worked to ward but did not attain a generalized conception of contract. In classical Roman law there was a long string of distinct types of contracts, such as sale, loan for use, loan for consumption, agency, partnership, stipulation (a formalized exchange of oral question and answer: "Do you promise?"....."I promise"), and so on. Those transactions that fell outside the recognized classes were enforced very partially or not at all. Then in medieval and early modern times, as Roman law was worked over and over and made to yield new meanings, there came a strong drive to generalize: agreements should be upheld, *pacta sunt servant*"<sup>1</sup>.

#### رابعاً - تصور العقد العيني كأساس للعقد البسيط (المقابل):

العقد العيني، كما نعلم هو ذلك العقد الذي لا يتم انعقاده أو تكونه إلا بالتسليم، ولم تنبأ له تطبيقات كثيرة في القانون العراقي سوى في عقد القرض والرهن الحيازي والاعارة والقبض<sup>٢</sup>.

<sup>1</sup> Ibid, P:522.

<sup>٢</sup> فقد نصت المادة (٦٨٦) في التقنين المدني العراقي على أنه: ((١- يملك المستقرض العين المقرضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها، ٢- فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المقرض)). ونصت المادة (٦٠٣) منها على أنه: ((١- لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحةً او دلالةً. ٢- واذا اذن الواهب صراحةً صحَّ القبض في مجلس الهبة او بعده، واما اذنه بالقبض دلالةً فمقيد بمجلس الهبة. وعقد الهبة اذن بالقبض دلالةً)). وفي الاعارة نصت المادة (٨٤٧) من التقنين المدني العراقي، على أنه: ((الاعارة عقد به يُسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال، ولا تتم الاعارة إلا بالقبض)). وفي الوديعة، نجد أن المادة (٩٥١) من القانون المذكور نصت على أن: ((الايذاع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه بحفظ ماله الى آخر، ولا يتم الا بالقبض)). وفي الرهن الحيازي نصت المادة (١٣٢٢) منه على أنه: ((ويشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن، أن يقبض المرتهن المرهون)). وفي التقنين التجاري نجد أن د. فائق محمود الشماخ في بحثه الموسوم (حول المفهوم القانوني لوديعة النقود)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثالث عشر، العددان الاول والثاني لسنة ١٩٩٨، ص٨، يقول عن وديعة

وقيل في تفسير (المقابل) الذي يشترط وجوده لصحة العقد البسيط أن يكون العقد عينياً؛ وذلك لأن ما يدفعه الدائن (الموعد له) الى المدين (الواعد) حتى يفي الآخر بوعده هو (العين) او (النقد) او (المنفعة) التي هي بمثابة النقود التي دفعها الدائن الى المستقرض (المدين) في عقد القرض بموجب القانون اللاتيني او بمثابة الشيء المعار الذي يقدمه المعير الى المستعير خدمةً لأغراض الاخير او احتياجاته في عقد الاعارة في القانون الروماني.

ومن الواضح عندنا، أن الدائن في القانون الانكليزي حتى يلزم مدينه بالوفاء بوعده فلا بد أن يقدم له مقابلاً لوعده او التزامه الذي الزم نفسه به. فهذا الوعد انما هو غنم للمدين بما وعد (اي منفعة للواعد)، وهي في الوقت نفسه غرم للدائن (أي خسارة تكبدها الموعد له). وهنا نتساءل: هل غنم الواعد يستوجب غرم الوعود له؟ وهل غرم الموعد له يستوجب غنم الواعد؟ وبصراحة فقد سبق لنا الاشارة صراحةً ودلالةً الى موقفنا من هذا السؤال في مواضع عدة من بحثنا هذا، ومع ذلك نكرر إجابتنا بشأن السؤال المطروح فنقول: لا بد أن يَلْحَقَ بالدائن اي الموعد له غرم او خسارة من جراء المقابل الذي يقوم به لمدينه الواعد. ولكن ليس من الضروري أن يكون هذا المقابل غنماً يغني الواعد به دائماً. فقد كتب الدكتور طلبه وهبة خطاب، عن فلسفة الضرر الذي اصاب الدائن او المدعي او المضرور او الموعد له (وقد ذكرنا كل صفاته لقطع اللبس او الغموض في هذه الفكرة)، ما يأتي: ((اذ يستطيع الموعد له المضرور من خلال الواعد بوعده، أن يقاضي الاخير بالتعويض عن ذلك الضرر. والشرط الجوهرى لإقامة هذه الدعوى يَنحصرُ في ان يكون المدعي بها قد قدَّمَ مقابلاً او بعبارة اخرى يكون قد اصابه ضرر.....ومن هنا فأَنَّ متبني هذه النظرية يتمثل في النظر الى الطرف المضرور من الاخلال بالوعد))<sup>1</sup>.

## خامساً - تطور قواعد التقاضي للمطالبة بتنفيذ العقود امام المحاكم الانكليزية كأساس لتطور المقابل:

---

النقود والواردة في المادة (٢٣٩) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، ما يأتي: ((تجدر الاشارة الى أن الصفة العينية لعقد ودبعة النقود في القانون العراقي فالمادة (٢٣٩) من قانون التجارة عرّفت هذه العملية المصرفية بأنها: ((عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك تلك النقود المودعة فيه)). وهذا يعني بوضوح بأن وجود النقود المودعة يسبق انعقاد العقد.

<sup>1</sup> ينظر: د. طلبه وهبة خطاب، المقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلوامريكي، المرجع السابق، ص ٢٦.

مرت فكرة (المقابل) بثلاث مراحل من التطور في القضاء الانكليزي:  
(أولهما): إنَّ القضاء الانكليزي كان لا يعترف قبل القرن الخامس عشر إلاَّ بالعقود الملكية المختومة تحت حراسة مستشاري الملك فكانت عقود البيوع والملكية الخاصة لا تعقد إلاَّ بعقود مختومة حتى القرون الوسطى<sup>١</sup>. و(ثانيهما): أقتصر حماية القضاء الانكليزي على العقود المقترنة بشروط جزائية. فقد كانت العقود المهمة تصاغ على وجه اتفاقيات يوقع الطرفان على التعهد بدفع مبلغ جزائي من المال، ما لم يقيم أي منهما بتنفيذ ما وعد به من جانبه<sup>٢</sup>. وتعتبر الاشتراطات الفورية القائمة على الاتفاقيات المتبادلة ( mutually concurrent ) في عقود شراء البضائع بالنقد بمثابة شروط ضمنية ( implied conditions )، مالم تكن هذه الاشتراطات صورية غير حقيقية ( Simultaneous performance )<sup>٣</sup>.

و(ثالثهما): إعترف القضاء الانكليزي منذ القرنين الخامس عشر والسادس عشر بحماية دائني العقود البسيطة (غير المختومة) بدعوى الاخلال بالعقد؛ وذلك عندما يخلُّ الواعد بتنفيذ ما وعد به On breach of informal promise. وهذا يعني أنَّ القضاء الانكليزي قد ميَّز بين (الاخلال بتنفيذ الالتزام)، وبين حالة (الامتناع عن تنفيذ الالتزام)، فمنح للدائن بالدعوى الاولى المعروفة بدعوى الاخلال بالالتزام حق الحصول على حكم ضد مدينه طالما كان تنفيذه للالتزام مُخلًا او معيباً. أما القضاء الانكليزي فلم يكن في اول الامر يمنح للدائن الحق في مقاضاة مدينه بدعوى الامتناع عن البدء في تنفيذ الالتزام، والتي نقصد بها الدعوى الثانية وهي دعوى الاخلال بتنفيذ الالتزام أذ لم يمنحه حق الحصول على حكم قضائي. وهذه المسائل سبق لنا دراستها في مقدمة البحث فنتجنب التوسع فيها خشيةً من التكرار.

ولكن في اوائل القرن السادس عشر، حصل تطور لاحق على دعوى العقد الشخصية (The Original of Assumpsit Action)، ولاسيما منذ دعوى بريكرنك ضد ثوروكود سنة ١٥٣٣ Pickering V. Thoroughood ففي هذه المرحلة حصل تطور

<sup>1</sup> Cases and Materials on Contracts and contract Remedies, Op.cit, P:526.

<sup>٢</sup> ينظر: ج.س. شيسشير، س.هـ. فيفوت، م.ب. فيرمستون، احكام العقد في القانون الانكليزي (ظواهر الاتفاق وقواعد الايجاب والقبول)، المرجع السابق، ص ٢٢.

<sup>٣</sup> ينظر:

George L. Clark, Summary of American law, New York: The Lawyers cooperative publishing company, 1947, P.P(110-111).

مهم، كما يعبر عنه الاستاذ A.G. Gust في مؤلفه الشهير Anson's Law of contract ، بقوله:

((لذا نرى في بدايات القرن السادس عشر، بدأ السماح باعتماد ما يعرف بـ (دعوى العقد) لأعتبرات فكرة ((الامتناع عن العمل)) التي اصبحت انذاك بمثابة مجرد وعد. وللوهلة الاولى، فقد كانت هذه الدعوى يسمح بها في قضايا الامتناع عن العمل حصراً، شريطة أن يقوم المدعي بدفع المال المترتب بذمته طبقاً للعقد. ولكن قبل ذلك التاريخ، كان كافياً بالنسبة للمدعي {للاجبار من تعاقد معه على تنفيذ التزامه} اذا لحقه بعض الضرر حتى لو لم يتم دفع المال. وهذه الطريقة كانت واضحة لابرار أي عقد بوجه عام يوسس على الاتفاق وحده دون الحاجة الى أي إجراء شكلي)).

"So we find that, at the beginning of the sixteenth century, they began to allow Assumpsit to be brought for the nonfeasance (الامتناع عن عمل) of a mere promise. At first, it seems that Assumpsit (دعوى العقد) was only allowed in these cases of nonfeasance where the plaintiff have paid money under the agreement, but before long it was enough if he had suffered some detriment under it other than payment of money. The way was now clear for the formulation of a general contractual remedy based on agreement and with no requirement of form"<sup>1</sup>.

وتعتبر قواعد الترافع والنقاضي المذكورة آنفاً، هي أكثر الآراء المعقولة والمقبولة عندنا والتي تصلح أن تكون أساساً لدعوى العقد البسيط. ولاسيماً أن هذه الدعوى تستند الى عقد غير مختوم. فأحلت (المقابل) محل (الشكل) أو (الختم). كما أن القضاء الانتكليزي لعب دوراً أساسياً في صناعة (المقابل) خاصة عندما أجازت محكمة منصة الملك للمدعي خيار رفع دعوى المسؤولية او الدين.

"allow a plaintiff to choose between Debt and Assumpsit"<sup>2</sup>.

## المبحث الرابع شروط المقابل واحكامه

### تقسيم

<sup>1</sup> A.G. Guest, Anson's Law of contract, Op.cit, P.P(12-13).

<sup>2</sup> Ibid, P:13.

يشترط لفاعلية كلِّ عقد، غير شكلي اقترانه بالمقابل الذي يقدم عادة، كما نعلم ذلك مسبقاً، من الموعود له، ولا يشترط لأن يكون المقابل لاحقاً على التعاقد وانما يمكن ان يكون معاصراً لابرامه. ففي دعوى توماس ضد توماس<sup>(١)</sup> (1842) Thomas V. Thomas عبرَ زوج المدعية صراحةً عن رغبته في أنَّه اذا بقيت المدعية على قيد الحياة بعد وفاته، فيكون لها الحق في الانتفاع بمنزله بمفردها<sup>(٢)</sup>. وحدث أنَّ الزوج توفى وارادت المدعية البقاء في دار المتوفى فسمح لها منفذ وصية الزوج على ان تدفع باونداً واحداً سنوياً. فذهبت المحكمة الى أنَّه ليس في مقدور المدعية السكن في عقار المتوفى استناداً الى الباعث المجرد وذلك لانه ليس مقابل، ولكن المحكمة قضت بأن وعد المدعية اللاحق بدفع مبلغ باوند واحد سنوياً يشكل مقابلاً لوعدها<sup>(٣)</sup>.

فيتضح لنا أنَّ (المقابل) يجعل للعقد فاعلية، وهذه الفاعلية سنبحثها في مطلبين. خصصنا اولهما: لشروط المقابل. وكرسنا ثانيهما: لتقويمه.

### المطلب الأول شروط المقابل

A.G, Guest Anson's Law, op.cit, P.89: "A widow sued her hasbnd's exrcutor for<sup>(١)</sup> breach of promise to allow her to occupy a house (which had been the property of her hasband) given in return for her promise to keep the house in repair and to pay a small ground rent of £1 per annum.

The executor, in making the agreement, stated that it was entered into in consideration of due expressed desire of the deceased that his wife showld have the use of the house during her life time. It was held that the desire to carry out the whishes of the deceased did not amount to consideration: Motive is not the same thing with consideration. Consideration means some thing which is of some value in the eye of the law, moving from the plaintiff.

The court therefore rejected an argument advanced by the executor that the widow's declaration referred only to her promise to repair and pay rent and omitted to state part of the consideration, viz. The desire of her deceased. In one sense, however, motive is relevant in that the consideration must be given in return for the promise, but the motive of the promisor must be to abtion a legally recognizable return for the obligation incurred, and not something which is of no value in the eye of the law".

<sup>(٢)</sup> ينظر: د. مجيد حميد العنبيكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد العاشر، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص ٢٤٥.

<sup>(٣)</sup> المرجع السابق.

## تقسيم

نرى من الضروري قبل أن نقسم هذا المطلب الى فروع تنضوي تحته أن نؤكد ما سبق لنا أن أشرنا إليه مراراً كثيرة، وهو: أن (المقابل) لا يشترط أن يكون معادلاً للوعد، كما لا يشترط ان يكون مساوياً له. وفي ضوء ذلك التأكيد وكذلك في ضوء ما سبق لنا دراسته، نبحت هذا المطلب في فرعين. نخصص اولهما: لبحث شروط المقابل في النظام التعاقدي الانكليزي. ونكرس ثانيهما: لبحث منهج المقابل الحديث في القانون الانكليزي والقانون السوداني (الملغى) المتأثر به.

### الفرع الأول شروط المقابل في النظام التعاقدي الانكليزي

يشترط في المقابل ان يكون:

١. كافياً. و ٢. ليس ماضياً. و ٣. صادراً من الموعد له. و ٤. مشروعاً.

### الشرط الأول - المقابل يجب أن يكون كافياً

Consideration must be sufficient real and certain

يكون المقابل (كافياً) إذا كانت له قيمة اقتصادية ولم يكن محله غامضاً او مستحيلاً. فالمقابل يجب أن تكون له قيمة اقتصادية. فالعاطفة لا تكفي لالتزام الشخص الطبيعي او المعنوي، كما رأينا ذلك في دعوى توماس ضد توماس. كما يشترط ألا يكون محلّ المقابل غامضاً او مستحيلاً. فالمقابل الغامض او المستحيل التحقق لا يعد مقابلاً. ففي قضية <sup>(١)</sup> White V. Bluett (1853) نجد أن الابن سحب على نفسه كمبيالة ثمّ وعده أبوه أن يفي عنه قيمة هذه الكمبيالة إذا كفّ عن التذمر من أنه لايعامل مثل

(1) A.G, Guest Anson's Law of contract, op.cit, P.90: "A son gave a promissory not to his father's executors sued him on the not, and he alleged that his father had promised to discharge him from liability in consideration of a promise on his part that he would cease from complaining, as he had been used to do, that he had not enjoyed as many advantages as his brothers. It was said that the son's promise was more than promis "not to bore his father", and was too vague to form consideration for the father's promis to waive his rights on the note. Other instance of uncertainty have already been given in connection with incomplete agreements".

معاملة إخوته. وعند إقامة الابن الدعوى ضد أبيه لتنفيذ ما التزم به، حُكم بأن المقابل غامض جداً، خاصة أنه لا يقدر بنقود<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نتصور أن يكون المقابل كافياً حتى إذا كان مقدماً عن وعد بالامتناع عن رفع الدعوى أو وعد بتسوية نزاع قضائي أو غير قضائي. فيمكن أن يكون المقابل وعداً عن الامتناع عن رفع دعوى أو عن تسوية نزاع قضائي. ويتحقق المقابل في كلا الحالتين بالصلح، سواء تصالح الخصمان على اساس إقرار الخصم بأداء خصمه الآخر ام على اساس إنكاره الدعوى.

ويمكن أن يكون المقابل وعداً بتسوية نزاع غير قضائي. فاذا قام دائن بمنح مدينه اجلاً إضافياً للوفاء بدين مترتب على ذمته فإن ذلك يعتبر مقابلاً كافياً لدفع فائدة للدائن بسعر أعلى أو تقديم ضمان إضافي لهذا الدائن.

وقد أخذ القانون السوداني (قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤) (الملغى) بهذا الاتجاه أيضاً. فقد نصّت المادة (٢٩/ج) منه على، ما يأتي: ((يكون المقابل المطلوب متوافراً في العقد إذا: ج- تنازل احد الأطراف عن المطالبة بحق يعتقد بحسن نية بصحته حتى إن ثبت فيما بعد عدم صحته)).

فإذا أراد الدائن التنازل عن حقه بالمطالبة القضائية، فإن تنازله يُعدُّ صحيحاً حتى ولو خلا من (المقابل) (مقابل تنازله) عن ذلك الحق<sup>(٢)</sup>؛ وذلك نعزوه الى أنَّ المُشرِّع السوداني (فيما مضى) اعتبر المقابل متوافراً في التنازل عن المطالبة بأيِّ حق يعتقد المتنازل له بحسن نية بصحة إبرائه من ذلك الدين.

اما اذا كان المقابل عملاً فيكون الواعد ملتزماً بالقيام به. وهنا ينبغي الإشارة الى أنَّ المقابل اذا كان عملاً منجزاً من الموعد له فيجب أن لا يكون ماضياً.

### الشرط الثاني - المقابل يجب ألا يكون ماضياً Consideration must not be past

يشترط لصحة تقديم (المقابل) في القانون الانكليزي أن يقوم وقت إبرام العقد او بعده. اما المقابل الماضي فلا عبرة له إطلاقاً إلا اذا أستثنى بنص قانوني صريح وذلك مثل

<sup>(١)</sup>Ibid, p.90

<sup>(٢)</sup> ينظر: محمد صالح علي، التعليق على قانون العقود السوداني، الجزء الأول (عناصر تكوين العقد وشروط صحته)، دون الإشارة الى مكان النشر وجهته وعنوان الناشر واسمه التجاري وسنة النشر، ص (٨٩-٩٠).

ما نصت عليه المادة (٢٧/١/٢) من قانون الحوالات الانكليزي لسنة ١٨٨٢ التي نصت على أنه: ((يجوز أن يكون المقابل ذا القيمة في الحوالة التجارية من: ١- أيُّ مقابل يكفي لانشاء عقد بسيط.

٢- أيُّ دين او التزام سابق. وهذا الدين او الالتزام يعتبر مقابلاً ذا قيمة سواء كانت الحوالة التجارية مستحقة الأداء حين الطلب او {الاصح لغةً: أم} في المستقبل)).

ويعد المقابل ماضياً اذا كان تقديمه سابقاً على الوعد. وهذا معناه ان المقابل اذا تم تقديمه بمناسبة سابقة على الوعد (اي على ابرام العقد) فلا يكون نافذاً بحق المدين.

فاذا تمَّ الاتفاق بين طرفين على أداء عمل لقاء أجره، فإنَّ المقابل الذي يقدمه الموعود له إما أن يكون حاضراً او منفذاً Executed.

أما إذا كان الوعد الثاني لاحقاً للوعد الذي سبق أن تمَّ تنفيذه في الماضي فلا يعتبر مقابلاً كافياً. فلو صبغ شخص دار آخر ثم تعهد مالك الدار بأن يقوم بمساعدة الصباغ على توكيل محام يتولى المالك دفع أتعابه فهذا الاتفاق غير صحيح لاحتوائه على مقابل سابق.

فقد جاء في دعوى آر ضد بيرنهارد (1938) R V. Benhard بأنه: ((إذا تعهد رجل بأن يدفع لإمرأة مبلغاً من المال تعويضاً لها عن معاشرة سابقة معها، فليس هناك مقابل يمكن أن يوصف بعدم المشروعية، ذلك أن المقابل السابق ليس بمقابل)).

"If..... a man promises to pay money to a woman as a recompense for past cohabition, there is no consideration to which that taint of unlaw fullness can attach, for..... A past consideration is no consideration"<sup>(1)</sup>.

وكذلك حكم في دعوى Roscorla V. Thomas (1842) بعدم وجود عقد اصلاً؛ وذلك لأن المقابل كان سابقاً على الوعد. وتتخلص وقائع هذه الدعوى في أنَّ المدعي إشتري منزلاً من المدعي عليه، وبعد البيع وقبض الثمن بثلاثة أيام قام المدعي عليه بإعطاء المدعي ضماناً Warranty بأن المنزل خالٍ من العيوب، فذكرت المحكمة ان الضمان غير ملزم لتوماس ( بصفته المدعي عليه)؛ وذلك بسبب انعدام البذل. اما البيع فهو عقد سابق مقترن بالضمان. اما الضمان فهو عقد لاحق لايجوز إقترانه بمقابل سابق<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد.....، المرجع السابق، ص ٣٤٤.  
(٢) ينظر: محمد صالح علي، التعليق على قانون العقود السوداني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٨٦.

أما في القانون السوداني (قانون العقود لسنة ١٩٧٤) (الملغى) فلم يأخذ بهذا المبدأ. فقد نصت المادة (٢٨) من قانون العقود السوداني (الملغى) على أنه: ((يجوز أن يكون المقابل سابقاً للوعد الذي دُفع ثمناً له)).

### الشرط الثالث - المقابل يجب أن يصدر من الموعد له

Consideratoin must move from the promise

مما لا شك فيه أن الواعد يُجبر على قبول المقابل المقدم إليه من قبل الموعد له وإلا ما كان له أن يعده بشيء أو يعمل بالامتناع عنه.

فالواعد حرٌّ في إصدار وعده، وهو مرغم بعد الوعد على قبول المقابل المقدم إليه من الطرف الموعد له. وهذا يعني أن الرابطة التعاقدية في القانون الانكليزي تتضبط بين طرفين (واعد يقبل تسلم المقابل، وموعد له يؤدي ذلك المقابل)، وهذا معناه أن المقابل لا يؤدي إلا من الواعد حصراً. وهذا هو دين القضاء الانكليزي في هذه المسألة.

إلا أن هذا المبدأ نبذه المشرع السوداني في قانون العقود لسنة ١٩٧٤ (الملغى) فلم يعد تقديم الوعد من الموعد له شرطاً لصحة تقديم المقابل، وإنما أصبح تقديم الوعد من الموعد له أو سواه كالقريب أو الصديق جائزاً. وهذا ما تضمنته المادة (٢٧) من القانون المذكور آنفاً والتي تصدرت بحرف (لا) والتي جاء فيها، ما يأتي: ((لا يشترط أن يكون الموعد له هو الذي قدم المقابل)). وفي هذا النص يخالف القانون السوداني ما هو منصوص عليه في القانون الانكليزي. فأصبح جائزاً دفع المقابل من صديق أو قريب من المتعاقد أو حتى من مجرد فضولي عن احد العاقدين.

على أنه يجب عدم الخلط بين هذا الوضع وبين أن يشترط احد المتعاقدين على أن يقوم المتعاقد الآخر بعملٍ معين لصالح طرفٍ ثالث. فإذا تعاقد (أ) مع (ب) ليقوم الأخير بحرث أرض (د) في مقابل مبلغ معين، فإن هذا العقد يكون ملزماً للطرفين على الرغم من أن التعاقد كان مُصنّباً لمصلحة طرفٍ ثالث<sup>(١)</sup>، وهذا ما يجري عليه الحال في القانون الانكليزي<sup>(٢)</sup>.

### الشرط الرابع - يجب أن يكون المقابل مشروعاً

(١) ينظر: محمد صالح علي، الجزء الاول، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) Sutton and Shannon on contracts, op.cit, P 73.

لا يمكننا فهم مضمون هذا الشرط في دولة مثل العراق، بمعزلٍ عن بيئتنا الثقافية والاجتماعية والقانونية التي تشكل مقدمات إدراكنا للوقائع المادية او للمسائل القانونية. فالاتفاقيات المخالفة للقانون والآداب محظورة<sup>(١)</sup>، وهي لهذا السبب تعد باطلة، ليس بسبب إختلال ركن المحل فيها وإنما بسبب إختلال ركن السبب فيها<sup>(٢)</sup>. وهذا هو ديدن الفقه اللاتيني بنظريته الجديدة التي نقلت افكارها وفلسفتها في بلادنا.

ولكن إذا إنتقلنا الى القانون الانكليزي، وهو قانون قضائي، فسنجد أنه أبطل الاتفاقيات التي يكون الغرض او القصد منها تعطيل المرافق العامة او إنشاء علاقات غير مشروعة مع امرأة كاتفاقيات الدعارة او سائر الاتفاقيات الأخرى المخالفة للآداب العامة وليس الفرق بين نظرية القانون الانكليزي (المقابل) وبين نظرية القانون الروماني (السبب) هو نتيجة هذا التصرف؛ وذلك لأن النتيجة واحدة في كلا القانونين وهي البطلان المطلق. ولكن الفرق الجوهرى بينهما اساس هذا البطلان. فبطلان هذه الصفقات في القانون الفرنسي قائم على أساس إختلال ركن السبب. وإذا إختل هذا الركن كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. ولكن الأساس في بطلان هذا العقد في ضوء احكام القانون الانكليزي قائم على اساس إختلال موضوع العقد لا سببه.

ويتجلى هذا الجزاء في دعوى باوري ضد بينيت (Bowary V. Benett (1808) حيث أقيمت دعوى ضد بغيّ بشأن ملابس كانت قد إشترتها لممارسة مهنة البغاء. فدفعت البغيّ بأنّ البائع (المدعي) كان يعلم بمهنتها وأنّهُ كان قد باعها الملابس لمساعدتها في ممارسة هذه المهنة. إلا أنّ المحكمة شددت في هذه الدعوى فرأت أنّ الحكم ببطلان هذا البيع لايعتمد على علم المدعي بمهنة البغيّ. فلو كان يعلم مهنتها او لا يعلم ليس سبباً كافياً لبطلان بيع الملابس. وإنما يبطل العقد لسببٍ آخر، هو أنّ تدفع له البغيّ ثمن هذه الملابس من دخل ممارستها لمهنتها في البغاء، وعندئذٍ يكون العقد بينهما فاسداً وغير مشروع<sup>(٣)</sup>.

وفي دعوى اخرى وهي دعوى لانكتون ضد هيوز (Langhton V. Hughes (1812) نجد أنّ وقائعها تتلخص في أنّ أصحاب معمل للبيرة إشتروا عقاقير او مخدرات

(١) وقد أشارت الباحثة حليلة آيت حمودي الى نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الى عدة احكام اصدرها القضاء الفرنسي بشأن إعداد منزل للدعارة وقضاء محكمة النقض الفرنسية ببطلان عقود استخدام في منزلٍ للدعارة. ينظر لها: المشار اليه أعلاه، ص ص (١١٦-١١٧).

(٢) ينظر: حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص ص (١٣٤-١٣٥).

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

drugs لخلطها بالبيرة، وكان البائع يعلم بذلك. ولما لم يدفع المشتري الثمن لبائع المخدرات، لذا أقام الأخير دعوى المطالبة بالثمن، فردتها المحكمة معللة ذلك بأنَّ البائع لما كان يعلم بقصد المشتري فإنه يكون أعانهم على مخالفة القانون<sup>(١)</sup>.

وان النتيجة المحددة التي نريد أن نتوصل إليها هي أن كلاً القانونين الفرنسي والانكليزي لا يجيز مثل هذه العقود. فالقانون الفرنسي يُبطل هذه العقود بسبب قواعد السبب، بينما يُبطلها القضاء الانكليزي بسبب قواعد المقابل. وهذا معناه أن للمقابل دوراً إذا صحَّ تشبيهه فهو إنما يعمل في منطقة وسطى بين (المحل) (محل العقد) من جهة وبين (سببه) من جهة أخرى.

وقد يبدو من الأمثلة التي ضربناها على الإتفاقيات الواردة على القيام بعملٍ او بتقديم أداءٍ مخالفٍ للقانون والنظام العام في بريطانيا أنَّ قانون الدولة الأخيرة لا يجيز الإتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة. ومثل هذا القول يجب عدم تصديقه او التوسع فيه على غرار أعراف وتقاليد مجتمعا العراقي. فالعلاقة الجنسية غير المشروعة بين رجلٍ وامرأة محظورة شرعاً وعرفاً في مجتمعا العراقي، إلا أنها مباحة قانوناً وعرفاً في المجتمع الانكليزي<sup>(٢)</sup>. فالعلاقة الجنسية في القانون الانكليزي - حتى لو كانت خارج إطار الزواج - لاتصلح أن تكون مقابلاً جيداً وذلك بسبب أنها غير قابلة للتقدير المالي وليس بسبب صعوبة تحديد قيمتها او تقدير قيمة الجهد المبذول فيها.

وعلى أيِّ حالٍ، فلا نجد مانعاً من التوسع في هذا الموضوع قليلاً. ففي قضية عُرضت امام القضاء السوداني<sup>(٣)</sup>، وكانت المدعية امام القضاء السوداني فتاة هونغارية الجنسية وتعرفت في السودان على المدعى عليه، وهو أبْنٌ لتاجرٍ أرمني شهير، من تجار مدينة الخرطوم، وكان قد وعدها بالزواج، ومن ثمَّ نكَلَّ وعده وأعلن خطوبته على غيرها من الأنسات. ثمَّ نشر الخبر في جريدة (السودان ستار). فأقامت المدعية دعواها وإدعت بأنَّ المدعى عليه كان مستمراً بالزواج منها، وبالإتصال على فراشها حتى آخر مساءٍ غادرت فيه السودان الى أوربا. فحكمت المحكمة العليا بالخرطوم<sup>(٤)</sup> بتعويض المدعية مبلغ (١١٨٨)

(١) المرجع السابق، ص ص (٣٤٠-٣٤١).

(٢) ينظر: المرجع السابق، ص ٣٤٤.

(٣) ينظر: السيد هنري رياض، احكام متفرقة بين القديم والحديث صادرة من المحاكم العليا بالخرطوم في النقض والتفسير والدستور، ط١، بيروت: دار الجيل، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ص ٧٢ و ص ٨٠.

(٤) تنظر: دعوى زالاكو ضد ازمرليان، حكم منشور قام القاضي هنري رياض بنشره في مؤلفه المشار إليه آنفاً، المرجع السابق، ص ٧٢ وما يليها ولغاية ص ٨٠.

جنيتهاً مع تحميل المدعى عليه الرسوم والأتعاب. ورفضت المحكمة كلّ دفع المدعى عليه بخصوص سبق تعويضه لهذه الفتاة في مقابل الخدمات الجنسية التي أدتها لمصلحته. وهنا لا بد ان نميز بين العقد الباطل بحد ذاته وبين التعويض المترتب على أحد أطرافه بإعتبار أنّ المقابل المقدم فيها كان غير كافٍ. فالوعد بين رجلٍ وامرأة على الزواج لا يعدُّ وعداً مبرراً وكافياً للإتصال الجنسي بينهما. فإذا حدث الإتصال الجنسي بينهما فيجوز للمرأة أن تطلب تعويضاً عمّا لحقها من ضررٍ من جراء ذلك الإتصال، ولا يمكن للمدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بقوله: أنّه وعدها بالزواج منها !.

## المطلب الثاني الأحكام المترتبة على تخلف وجود المقابل

### تقسيم

نبحث هذا الموضوع في فرعين، خصصنا اولهما: لدراسة الأحكام المترتبة على وجود المقابل. وكرسنا ثانيهما: للموازنة بين فكرة المقابل في القانونين الانكليزيّ والسودانيّ، (قانون العقود لسنة ١٩٧٤) (الملغى).

### الفرع الأول

## الأحكام المترتبة على تخلف وجود المقابل عرض موجز لأحكام تخلف المقابل والجزاء المترتب عليه

يترتب على تخلف المقابل، عدم نفاذه بحق المدين. وهذه هي ببساطة أحكام تخلف الإعتبار<sup>(١)</sup>. فهي حكمٌ واحدٌ تتفرع منه بقية الأحكام، وهي:

١. تخلف جزء من المقابل، غير القابل للإتقسام entire يؤدي قسماً الى تخلف المقابل كله failure of the whole consideration إلاّ إذا قبل الدائن التنفيذ الجزئيّ لإلتزام المدين<sup>(٢)</sup>.

٢. وإذا كان المقابل غير قابل للإتقسام بطبيعته وانتفع المتعاقد بأي جزء دفع عنه الثمن، فلا يعود بإمكانه أن يفسخ العقد.

(1) Sutton and Shannon on contracts, op.cit, P.67 "When a person by a greement not under seal and without consideration makes a promise or under takes to do any thing for another, he is not liable in an action for breach of contract if he fails to do it. But he may be prevented by equity from going back on the promise (s); and he may liable in tort for loss caused by his negligence in fulfilling the under taking.

(٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكيّ، المرجع السابق، ص ٣٥١.

He is no longer at liberty to repudiate the contract<sup>(١)</sup>.

وسنشرح هذه الأحكام على وفق الترتيب الآتي:

### أولاً - عدم نفاذ الالتزام بحق المدين عند تخلف المقابل:

يتخلف المقابل في حالتين: إنعدام وجوده، أو بزواله بعد وجوده. وإنعدام المقابل lack or want of consideration معناه عدم تقديم الدائن (الموعد له) للمقابل لمدينه (الواعد) ابتداءً. أي أن المقابل لم يكن مقدماً منذ البداية. أما زوال المقابل فمعناه أن المقابل قد وُجد ثم إنعدم وجوده إنتهاءً. وأياً كان سبب تخلف المقابل فالحكم واحد في كلا الحالتين، وهو عدم إمكان إجبار المدين (الواعد) (المتعهد) على تنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup>.

ومن أشهر التطبيقات القضائية على زوال المقابل بعد وجوده، الحكم الصادر في دعوى رونالد ضد ديفول (Rownald V. Divall (1932) الذي أشار إليه القاضي جارلس ورث (Charles Worth)<sup>(٣)</sup> والتي تتلخص وقائعه<sup>(٤)</sup> في أن شخصاً إشتري سيارة واستعملها لمدة عدة اشهر ثم تبين أن البائع لم يكن مالكا للسيارة، ثم قام المالك الحقيقي لهذه السيارة بالتعرض له واستحقها من يده وأخذ السيارة منه. فأقام المشتري الدعوى ضد البائع برد الثمن على أساس من زوال المقابل زوالاً كلياً total failure of consideration فدفع البائع دعوى المشتري أنه قد إنتفع بالسيارة، وهذا هو المقابل الذي لم يزل. نقضت المحكمة بثبوت زوال المقابل عندها وبحق المشتري كمدین بالمطالبة بكل الثمن الذي دفعه للبائع.

(١) المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٣) ينظر بشأن دعوى:

Rownald V. Divall (1932), Judge Charles Worth, The principles of Mercantile law, Eightn edition, London: Stevens of sons limited, 1955, P.127:

((اشترى آر سيارة من دي و استخدمها لمدة اربعة اشهر. ولمالم يكن دي هو المالك لهذه السيارة ونتيجة لذلك ارجع آر السيارة الى مالکها الحقيقي. ثم قام آر بالمطالبة بثمن الشراء الذي دفعه الى دي. دفع دي الدعوى بان آر قد استخدم السيارة لمدة اربعة اشهر)).

"R bought a motor-car from D and used it for four months. D had no title to the car, and consequently R had to surrender it to the true owner. R sued to recover the total purchase-money he had paid to D. Held, he was entitled to recover it in full, not with standing that he had the use of the car for four months".

(٤) والأمانة العلمية تدفعنا للقول بأن صياغة الجمل الأساسية في هذه الدعوى أخذت من د. عبد المجيد الحكيم، الإعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو أمريكي، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

فالمقابل هنا عندما زالَ باستحقاق السيارة ما عاد عقد البيع لازماً على المدين بالثمن، وهو هنا المشتري. وبناءً على ذلك الأساس طالب المشتري بكلّ الثمن الذي دفعه الى البائع.

ومن الدعاوى الأخرى التي طبق فيها القضاء الانكليزي فكرة زوال المقابل، دعوى شاندر ضد ويستز (1902) Chandler V. Webster والتي تتلخص وقائعها في أنّ شخصاً ما إستأجر غرفة في مبنى بول مول Pall Mall لغرض مشاهدة حفل التتويج (Covonation) في عام ١٩٠٢ مقابل أجرة مقدارها (١٤١) جنيهاً إسترلينياً و (١٥) شلناً، تدفع فوراً. وقام شخص آخر بدفع (١٠٠) مئة جنيه إسترليني وبقيّ في ذمته باقي الأجرة<sup>(١)</sup>. ونتيجة لمرض الملك، ألغت الحكومة احتفالات التتويج. فأقام المستأجر الدعوى ضد المؤجر على أساس زوال المقابل في هذه الإجارة، وهو مشاهدة موكب التتويج<sup>(٢)</sup> Covonatio Procession فذهبت المحكمة الى أنّه ليس للمدعي الحق في إسترداد ما قام بدفعه بدعوى أنه مدفوع بناءً على شبه العقد - الإثراء بلا سبب. فقد دفع وكيل المدعي بأنّ لموكله المدعي الحق في ألاّ يعتد بالعقد وأنّ يطالب المؤجر، بناءً على دعوى الإثراء بلا سبب، برد المبلغ المدفوع إليه والبالغ مائة جنية إسترليني<sup>(٣)</sup>، إلاّ أنّ المحكمة التي نظرت أصل هذه الدعوى قضت برد دعوى المدعي؛ وذلك بسبب إستبعادها لفكرة زوال المقابل وتغليبها لفكرة إستحالة تنفيذ المدعي لألتزامه.

لقد رفضت المحكمة هنا دعوى المدعي بسبب الفائدة التي حصل عليها (المستأجر) - ولو كانت جزئية - من إيجار المكان الذي استأجره لمشاهدة حفل التتويج الملكي لعام ١٩٠٢.

إلاّ أنّ القضاء الانكليزي عدل عن فكرة إنعدام المقابل أمام فكرة استحالة تنفيذ العقد. ولكن جرى هذا التحول ههنا بصورة عكسية. ففي دعوى فايبروزا المعروفة بدعوى Fibrosa Spolka Akcy Jina V. Fairbairn Lawson Comb Barbour LTD (1943) نجد أنّ الشركة المستأنف ضدها، وهي شركة بريطانية، إتفقت أنّ تباع وتسلم ماكينات صناعية معينة لشركة بولندية في مدينة Gdynia وذلك بثمن مقداره أربعة آلاف وثمان مئة

(١) ينظر: ج.س. شيشير، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، اسباب انقضاء العقد (الوفاء - الإقالة - الاستحالة - الإخلال)، ترجمة: هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، بدون سنة طبع، ص ١٠٨.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(٣) شيشير، فيفوت، فيرمستون، اسباب إنقضاء العقد، المرجع السابق، ص ١٠٨.

جنيه إسترليني على أن يدفع منه ألف وست مئة جنيه إسترليني مقدماً. إلا أن الإحتلال الألماني النازي لتلك المدينة وإعلان بريطانيا الحرب ضد ألمانيا في ٣/أيلول (سبتمبر) لعام ١٩٣٩ حال دون مقدرة الشركة الإنكليزية على تنفيذ التزامها.

حاولت الشركة البولندية المستأنفة أن تكسب إستئنافها بدعوى أن الشركة الإنكليزية قد إستفادت من هذا العقد بقبضها المبلغ دون أن تقوم بتنفيذ الإلتزام المترتب عليها إلا أن المحكمة المتخصصة قَضَتْ برفض طلب إرجاع مبلغ الألف جنيه إسترليني الى الشركة البولندية؛ وذلك لوجود عمل أدته الشركة الإنكليزية لمصلحة الشركة البولندية ومفاده تصنيع الماكينات المتفق عليها. وهذا معناه أن الخسارة تقع على المدين (الشركة البولندية) مادام الحادث المفاجيء المسبب لاستحالة التنفيذ لم يقع بخطأ من الدائن.

إلا أن مجلس اللوردات قضى بأنه من الممكن للشركة البولندية أن تسترد المبلغ الذي دفعته للشركة الإنكليزية بمقتضى قواعد شبه العقد Quasi-Contract<sup>(١)</sup>.

وعلى أي حال فإنَّ النقطة الأساسية المشتركة بين كلا الدعويين هو طالما كان المبلغ مستحق الأداء - قبل وقوع الحادث المفاجيء - المسبب لاستحالة التنفيذ فإن الخسارة يتحملها المدين. وهذا ما حصل فعلاً في دعوى شاندر ضد ويستر Chandler V. Webster.

إلا أن هذه السابقة تمَّ العدول عنها في دعوى فايبروزا فقد كان المبلغ الذي دفعته الشركة البولندية مستحقاً بذمتها حتى إحتلال ألمانيا لبولندا وإعلان بريطانيا الحرب ضد ألمانيا في ٣/أيلول/١٩٣٩. وبموجب سابقة شاندر ضد ويستر فإن ما دفعته الشركة البولندية يعتبر خسارة تتحملة هي بنفسها دون أن يكون لها حق الرجوع على الشركة الإنكليزية الدائنة (المدعى بها) إلا أن مجلس اللوردات البريطاني أتاح للشركة البولندية المطالبة بما دفعته على أساس شبه العقد. وهذا ما تمَّ فعلاً وحقيقةً.

**ثانياً: يؤدي تخلف جزء من المقابل الى تخلف المقابل كله:**

فكما نعلم من قبل، أنَّ المقابل بعد تنفيذ العقد يتجسد في موضوع الإلتزام المتفق عليه، فإذا إشتري شخصٌ دَقيقاً فإنَّ المقابل لثمنه هو الدَقيق، وهو نفسه المحل الذي يجب أن ينصب عليه الأداء. فإذا تخلف جزء من المقابل فإنَّ المقابل كله يتخلف. ففي دعوى هامور ضد كروفز Hamor V. Groves (1855) نجد أنَّ شخصاً إشتري خمسة عشر

(١) ينظر: شيشر، فيفوت، فيرمستون، اسباب إنقضاء العقد، المرجع السابق، ص ١١٠.

كيساً من الدقيق وتسلمها، إستعمل نصف كيسٍ منها ثمَّ كيسين، ثمَّ باع كيساً، ثمَّ أقام الدعوى لاسترداد الثمن على أساس زوال المقابل؛ وذلك لأن نوعية الدقيق كانت أدنى مما إتفق عليه، وهذا معناه أنَّ المقابل قد زال وجوده. ألا أنَّ المحكمة ردت الدعوى وقالت في حكمها أنَّ المشتري ليس له ذلك ولو أنَّه كان قد أقام الدعوى عند إكتشافه الدقيق عند استعماله للمرة الأولى لكان له ذلك<sup>(١)</sup>.

ان المقابل في هذه الدعوى نراه قد اصبح متجسداً في موضوع الالتزام (موضوع الوعد). فأذا فسد بعضه فلا بد أن يفسد المقابل كله. وإذا تخلف جزء منه فلا بد أن يتخلف المقابل كله. وهذا ما قضت به المحكمة في دعوى هامور ضد كروفز المذكورة آنفاً.

**ثالثاً: وإذا كان المقابل غير قابل للإنقسام بطبيعته وانتفع المتعاقد بأي جزءٍ منه فلا يعود له أن يطالب بفسخ العقد:**

ففي دعوى تايلر ضد هير (Taylor V. Hare (1805) إشتري شخصٌ من آخر حق إستعمال براءة إختراع واستعملها لعدة سنوات. ثمَّ تبين أنَّ البائع لم يكن هو المخترع وأنَّ البراءة لاقيمة لها. لهذا السبب أقام الدعوى على البائع مطالباً برد الثمن على أساس من زوال المقابل بعد وجوده. فقضى الحكم الصادر في هذه الدعوى بردها<sup>(٢)</sup>. وقد عللت المحكمة حكمها بأنَّ المدعي ما دام قد إنتفع بالمقابل المقدم اليه (وهو البراءة) فلا يعود بإمكانه أن يقيم الدعوى لأسترداد الثمن على أساس من زوال الإعتبار<sup>(٣)</sup>.

وفي دعوى أخرى، وهي دعوى جانتر ضد ليز (Chanter V. Leese (1838)، إشتري شخص حق استعمال ست براءات إختراع لمدة سنة واحدة<sup>(٤)</sup>، خمسة منها كانت براءات إختراع صحيحة والسادسة كانت غير صحيحة بمبلغ إجمالي مقداره (٤٠٠) باون سنوياً. أقام البائع لحق استعمال (المُرخص) دعوى ضد المشتري لحق الترخيص (المُرخص له) يطالبه فيها بأداء البدل كله؛ وذلك بدعوى وجود خمس براءات إختراع صحيحة من أصل ست براءات إختراع وهذا معناه أنَّ العقد يكون قد نفذ في جزءٍ منه (Partly per

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤٣) يعد هذا العقد (عقد شراء حق استعمال براءات الاختراع) من عقود الترخيص الرضائية لاستغلال براءات الاختراع. والتكييف القانوني الاقرب له هو اعتباره من عقود الايجار لا البيع. وفي ضوء هذا التكييف عالجت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس) (احدى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية) هذه التراخيص في القسم الثامن وفي المادة (٤٠) منها التي ناقشت الجوانب القانونية المتعلقة بالرقابة على الممارسات غير التنافسية في التراخيص العقدية.

(formed)، وعندئذٍ لا يمكن فسخه كلياً. فقضت المحكمة برد هذه الدعوى على أساس من زوال وجود المقابل (entire failure of consideration)؛ وذلك لأنَّ المبلغ الذي كان يجب دفعه لم يقسم في العقد على اجزاء المقابل المختلفة<sup>(١)</sup>. كما لم يظهر من المرافعات أنَّ مشتري حق الترخيص قد إنتفع البراءات إنتفاعاً جزئياً منها، لذلك لا يصح مطالبته بالبدل كله على أساس من قاعدة أنَّ الزوال الجزئي للمقابل لا بد أن يؤدي الى زوال كلي للمقابل

Failing partially fails entirely<sup>(٢)</sup>

ان المبلغ المخصص لشراء حق استعمال براءات الاختراع الست يعتبر مقابلاً جيداً لها. وكل مقابل هو غير قابل للتجزئة. فإذا كانت احدى براءات الاختراع - موضوع الشراء - غير صحيحة فإن المقابل المدفوع لها ثمناً لشراء حق استعمالها السنوي (وهذا ما يطلق عليه اليوم بعقد الترخيص) (وهو من عقود الايجار لا البيع) لا يجوز المطالبة به؛ وذلك بسبب ان الثمن المذكور يعامل معاملة المقابل، والمقابل لا يتجزأ. فإذا تجزأ شق من موضوع العقد، كما رأينا ذلك في احدى براءات الاختراع غير الصحيحة، فإن المقابل لا يكون مستحق الاداء. ولذلك لا يجبر المدين به بدفعه للدائن طالما اخل بوعده بتقديم ست براءات اختراع صحيحة وهو موضوع ينصب عليه الالتزام ولا يقبل الانقسام بأي حال من الاحوال.

## الفرع الثاني

الموازنة بين فكرة المقابل في القانونين  
الانكليزي والسوداني

نرى من الضروري الإشارة الى أنَّ القانون الانكليزي أستبعد حالتين من حكم توافر المقابل كشرط لنفاذ العقد بمواجهة المدين. وقد آثرنا استعراض هاتين الحالتين قبل دراسة أوجه الموازنة بين القانونين الانكليزي والسوداني بشأن المقابل ودوره في إبرام العقد. وذلك على النحو الآتي:

حالتان لا يصلح وجود او توافر المقابل فيها في القانون الانكليزي

(١) المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٢) المرجع السابق.

سبق أن أشرنا الى أن توفر المقابل وتحقق وجوده في العقد يؤدي الى نفاذه قبلَ المدين، إلا ان تلك الإشارة تتعطل في مسألتين:

### اولاهما - صفقات اعتماد الدين الباهظة

#### Extortional Credit Bargains Consumer Credit

فإذا وجدت المحكمة غبنًا لحقَّ بأحد طرفي العقد، وكان ذلك العقد محكومًا بقانون ائتمان المستهلك لسنة ١٩٧٤ (Consumer Credit Act 1974) فإن المحكمة تتدخل لرفع الغبن فيه الى الحدود التي يحق لها التدخل فيها<sup>(١)</sup>. وهذا معناه إبقاء العلاقة العقدية بين طرفيها قائمة، حتى ولو كانت تلك العلاقة مقترنة بعقدٍ بسيطٍ وتمَّ الالتزام به بمقتضى (مقابل) قدَّمه الدائن (الموعد له) الى مدينه (الواعد).

والمبدأ القانوني لهذه الفكرة يمكن ان نلخصه بما يأتي:

١. يحق للمحكمة أن تتدخل في الصفقات المعقودة بين أطرافها متى كانت إحدى هذه الصفقات تُلزم أحد طرفيها التزاما باهظاً الى حدِّ الإفراط (المادة ١٣٧ وما يليها من قانون Consumer Credit).

٢. لا يحق للدائن أن يتمسك - بدهاءة - بالمقابل الذي قدَّمه لمدينه لإرغام المحكمة على عدم التدخل في هذه الصفقة التي أبرمها مع مدينه.

٣. وإذا خلت الصفقة من مقابل، وهذا أمرٌ متوقع، فإنَّ المدين يحق له طلب الحماية من المحكمة لتخفيض ما ألتم به تجاه الدائن؛ وذلك على الرغم من أنه غير ملزم بهذا الالتزام طالما لم يكن هناك أيُّ مقابلٍ مقدم إليه. وهذا معناه لو وجد المدين أنَّ له مصلحة في تنفيذ عقدٍ أراد الالتزام به كمدين دون أن يدفع له الدائن أيَّ مقابل فيحق له الطلب من المحكمة بتخفيض قيمة الصفقة المفروضة عليه.

٤. وكذلك إذا خلت الصفقة من مقابل، وهذا أيضاً فرضٌ متوقع، وأراد الدائن إجبار مدينه على تنفيذ التزام ما محكومٌ بتشريع (Consumer Credit) دون أن يقدم له أيُّ مقابلٍ جاز له إجباره على تنفيذ التزامه - حتى مع انعدام المقابل - بمقتضى أحكام هذا القانون. وهذا معناه أنَّه يحق للمحكمة أن تتدخل لإعادة تحقيق العدالة بين الدائن والمدين إذا وجدت أنَّ

(١) نظمت المادة (٤/١٣٩) من قانون (Consumer Credit) حدود الغبن في الصفقات التي تبرم في إنكلترا وويلز برقمٍ محدد كماً ومقداراً بينما نظمت حدود أخرى للغبن في الصفقات التي تبرم في إيرلندا الشمالية. ومن الواضح أنَّ هذا التنظيم القانوني قد راعى مسألة توزيع الدخل في تلك الأقاليم البريطانية ومستوى الحالة الاقتصادية فيها. ونرى ان الإشارة اليها تجعلنا نخرج عن موضوع البحث لذا نتجنب الاسهاب فيها.

قيمة تلك الصفقة كانت باهظة على المدين بمقتضى أحكام المادة (١٣٧) من القانون المذكور<sup>(١)</sup>.

### ثانيهما: المصلحة العامة والنظام العام

فإذا زوّر شخصٌ ما توقيع شخصٍ غيره لعرض (مقابل) لشراء التزامه فإنّ المزوّر يُسأل عن تزويره جنائياً والعقد ينفذ بين طرفيه (المزور ومن تعاقد معه ذلك المزور) كما لو تمّ تقديم المقابل حقيقةً لِنفاذه على ذمّة المدين. ففي دعوى ويلمز ضد بيرلي (Williams V. Bayrle (1866)، قام احد الأبناء بتزوير توقيع أبيه على كمبيالة وأطلقها للتعامل. ولما أكتشف الحامل ذلك أقام الدعوى ضد الأب فدفَع الأخير دعواه بالتزوير وحاول المزوّر (الأبن) إقناع أبيه بتقديم ضمانات للحامل حتى لا يُحاكم هو بتهمة التزوير، فرفض الأب طلب ابنه فقررت المحكمة عدم الحكم بإلزام الأب بأي إلزام. وتوصلت المحكمة في هذه الدعوى بأنّ الإتفاقات او الصفقات المتعارضة مع المصلحة العامة تصحّ حتى لو خلت من المقابل<sup>(٢)</sup>.

(١) ويعلق أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة)، المرجع السابق، ص ٢٦٤، بقوله: ((والواقع أنّ هذا التشريع {تشريع إعتداد دين المستهلكين لسنة ١٩٧٤} يعتبر إعطافاً كبيراً في القانون الانكليزيّ الذي كان لا يعترف بفكرة الغبن إستناداً إلى شرط المقابل القاضي بعدم ضرورة تعادل الأداءات)).

(٢) للتفاصيل ينظر:

WW. Bigg & R.D Penfold, Ranking, Spicer of Pegler's (Mercantile law), op.cit, P.45. وينظر بشأنه أيضاً: أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة)، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

الأصل في صحة العقود: أنَّ الصفقات والعقود يجب أن تبرم بمقابل أو بتوافر (المقابل)

العقد البسيط يشترط لنفاذه ان يكون متضمناً لمقابل جيد good consideration وإلا سيكون عرضةً لعدم نفاذه، حتى لو توافرت بقية شروط العقد فيه<sup>(١)</sup>. وسنوجل دراسة احكام المقابل ومدى تأثيرها على العقد في حدود هذا المطلب وسنعقب بحثها في المطلب الذي يليه إن شاء الله تعالى. والأصل في كلِّ عقدٍ بسيطٍ، هو ، أنَّه يجب أن يكون مشتملاً على مقابل، ولا جديد في هذه المسألة البتة. ولكن الجديد في هذا الموضوع هو ما أشارت إليه أحكام المادة (٣٠) من قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤ والتي نصت على ما يأتي: ((لايلزم توافر المقابل بالنسبة للوعد الصادر من أيِّ من الطرفين إذا: (أ) كان الوعد مضمناً في وثيقة موقع عليها من قبل الواعد. (ب) تمَّ الوعد شفاهةً وكان الواعد يعلم او يجب أن يعلم أنَّ الموعد له سيعتمد عليه وثبت أنَّ الموعد له إعتد على الدعوى بما عاد عليه بالضرر)).

ونرى من الضروري قبل الإشارة الى أحكام اللذين جاءت بهما المادة (٣٠) من قانون العقود السوداني آنف الذكر، أن نشير لرأي البروفيسور آلان د. كوليسون بقوله: ((ولعلَّ أهم ما إستحدثه القانون الجديد، هو أنَّ الوعد الخيري المجرد يمكن تنفيذه متى كان الوعد مضمناً Purely Gratuitous Promise في وثيقة موقع عليها من قبل الواعد (المادة ٣/أ). وهذا هو المقابل الحديث للوعد الموثق Promise under seal الذي كان نافذاً في عهد باركر لتطور القانون العام)).

الإستثناءين اللذين جاء بهما القانون السوداني على ضرورة توفر المقابل، هما:

١. العقد المكتوب؛ وهو ليس العقد المختوم: والعقد المكتوب تكفي الكتابة فيه، ومن ثمَّ توقيعها لينتج آثاره القانونية كاملةً حتى وإن لم يكن مختوماً. وهذا معناه أنَّ القانون السوداني قد عرَّف ثلاثة أنواع من العقود، وهي: (١) العقود الشكلية أي الختم او الشمع فيها يغني عن توفر المقابل؛ وكذلك (٢) العقود المكتوبة، والكتابة والتوقيع بشانها يغني ايضاً عن توفر المقابل؛ وكذلك (٣) العقود البسيطة التي يشترط لصحتها ان يكون متوفراً فيها (المقابل)،

(١) وفي هذا الصدد كتب البروفيسور آلان د. كوليسون، اضواء على احكام الجزاء (في قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤)، ترجمة: هنري رياض، بيروت، دار الجيل، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ص (٢٩-٣٠)، يقول : ((من ثمَّ فيما أن يتوافر المقابل او لم يتوافر فليس هناك ما يعرف ببعض المقابل او المقابل الضئيل جداً. فعندما يتوافر المقابل – بإقتراض توافر الأركان الأخرى للتعاقد – يكون هناك عقد، ويعتبر الوعد نافذاً ويكون الواعد مسؤولاً عن التعويض المتوقع متى أخلَّ بالتعاقد. وإن لم يتوافر المقابل فلا ينعقد عقد بين الطرفين ويكون الوعد غير نافذ قانوناً ومن ثمَّ يكون الواعد معنياً عن المسألة لو أخلَّ بالوعد)).

وذلك مع مراعاة الإستثناء الذي جاءت به المادة (٣٠/ب) من قانون العقود السوداني (الملغى) (أنف الذكر)<sup>(١)</sup>.

٢. العقد الشفهي غير المدون: ولا يلزم الواعد نفسه بأيّ وعد إلا إذا قدم له الموعد له<sup>(٢)</sup> مقابلاً يرضيه. وهذا معناه أنّ الموعد له قد تضرر بأيّ صورة من الصور وذلك لامتناع الواعد من تنفيذ إلتزامه. ولكن الإستثناء هو أنّ الضرر الذي يصاب به الدائن او الموعد له إنما يكون معتبراً سواء علم به الواعد المدين أم لم يعلم طالما كان ينبغي عليه العلم به.

### الأصل في القانون السوداني أنّ يكون المقابل متوفراً فحسب

علمنا من خلال دراستنا السابقة، أنّ المقابل حتى يكون متوفراً يجب أنّ يكون دفعه معاصراً او لاحقاً للوعد. وأما إذا كان تقديمه سابقاً للوعد فما كان المقابل متوفراً وليس بالحقيقة موجوداً. أما القانون السوداني (قانون العقود لسنة ١٩٧٤) (الملغى) وفي المادة (٢٨) منه نص على أنّه: ((يجوز أنّ يكون المقابل سابقاً للوعد الذي دفع ثمناً له)). وهذا يعني أنّ كلّ الأموال او الحقوق او كلّ القيم المالية، أيّاً كانت صورتها، التي قدمها الموعد له او الغير بمقتضى احكام المادة (٢٧) من قانون العقود السوداني الى الواعد تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية في تكوين العقد. وهذا تطور تشريعي محمود يؤدي الى إثراء نظرية المقابل وإغنائها. ولكن الشارع الانكليزي البروفيسور آلان د. كوليسون يخالفنا فيما نراه، إذ نراه يصرح خلافاً لما ذكرناه آنفاً، بقوله: ((فكيف يستساغ إذن القول بأن تكون هبتك مقابلاً لوعدى اللاحق لدفع شيء عنها. فمن الجليّ أنّك لاتعطي كما أنني لا استلم الصحيح لغةً:

(١) وهذا بخلاف القانون الانكليزي الذي إقتصر تنظيمه على نوعين من العقود، وهما: (١) العقود المختومة. (٢) والعقود البسيطة. وهذه العقود إما أنّ تكون مكتوبة - غير مختومة - وإما أنّ تكون شفوية. وهذا ما عبّر عنه الكاتبان الإنكليزيان R.D Penfold & WW.Bigg بقوليتهما في مؤلف مشترك بينهما، ما يأتي: ((ليس هناك فرق، في القانون العام، بين الاتفاق الشفهي وبين الاتفاق المكتوب غير المختوم)).

"There was no difference at common law between an agreement by word of mouth and an agreement by writing not under seal".

Look at: WW.Bigg and R.D Penfold, Ranking, Spicer of pegler's (Mercantil law), London: H.F.L (Publishers) LTD, 1957, P.4.

ينظر ايضاً:

Charles Worth, The Principles of Mercantile law, Eighth edition, London: Stevens & sons limited, 1955, P.P(16-17).

(٢) وهنا نلاحظ أنّ القانون السوداني يميز عن القانون الانكليزيّ في أنه يجيز تقديم (المقابل) من غير الدائن (الموعد له). وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٧) من قانون العقود السوداني (الملغى) لسنة ١٩٧٤، بقولها: ((لا يشترط أنّ يكون الموعد له هو الذي قدم المقابل)).

أُتسلم { الموهوب له كئمن لوعدي بالدفع)). وهذا مايدفع البروفيسور كوليسون للقول بوجود تعارض بين المادتين (٢٥) و (٢٨) من قانون العقود السودانيّ. ولاندري ماهي الصلة بين (الهبّة) و (المقابل). فالهبّة كعقدٍ لاينعقد إبتداءً إلاّ بعقدٍ مختومٍ، ثمّ حتى لو إلترزم الموهوب له قِبَلِ الواهب بسداد دينٍ يتعلّق بشخص الواهب او الموهوب فيه فإنّ الواهب إشتري إلترزام الموهوب له (المدين) (الواعد) بمقابل هو (الموهوب فيه) (المادة ٢٩/أ من قانون العقود السودانيّ).

### أوجه الموازنة بين القانون الانكليزي والقانون السودانيّ بشأن المقابل

يمكننا حصر أوجه الموازنة بين القانونين الانكليزيّ والسودانيّ في المسائل الآتية:

#### أولاً: الشخص المكلف بتقديم المقابل:

يشترط القانون الانكليزيّ ان يكون الموعود له هو الشخص الذي يحق له تقديم المقابل او عرض تقديمه الى الواعد حصراً. بينما لايشترط القانون السودانيّ أن يُقدم المقابل من قبل الموعود له بل أجاز تقديمه من غيره. وهذا ما قضت به المادة (٢٧) من قانون العقود السودانيّ لسنة ١٩٧٤، بقولها: ((لايشترط أن يكون الموعود له هو الذي قدم المقابل)).

#### ثانياً: التعاقد بين تقديم المقابل وإنعقاد العقد:

يشترط القانون الانكليزيّ أن يكون تقديم المقابل متزامناً مع إبرام العقد ونشوء الإلتزامات المتولدة بشأنه بذمة طرفيه. وهذا معناه أنه يرفض أن يكون المقابل، وهو الثمن الذي قدّمه الدائن الموعود له للمدين الواعد، ماضياً او سابقاً عن إلترزام المدين او الواعد بتنفيذ إلترزامه. أما المُشرّع السودانيّ فقد إتجه إتجاهاً معاكساً في المادة (٢٨) من قانون العقود السودانيّ لسنة ١٩٧٤ التي أجازت أن يكون تقديم المقابل سابقاً على إبرام العقد او الإلتزام به. وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٨) من قانون العقود السودانيّ، بقولها: ((يجوز أن يكون المقابل سابقاً للوعد الذي دفع ثمناً له)).

#### ثالثاً: إفتراض وجود المقابل او كفايته عند الإبراء من الدين:

يشترط القانون الانكليزيّ أن تتم الهبة بعقدٍ مختومٍ لانها عمل من أعمال التبرع. وكذلك فهو يشترط لصحة الإلتفاق على الإبراء من الدين أن يكون مختوماً ايضاً؛ وذلك بسبب إنتفاء المعارضة في كلا الإلتفاقيين. أما القانون السودانيّ فقد ذهب الى مدى بعيد، فأفتراض توافر المقابل في إلتفاقات الإبراء من الدين. وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٩/ج) من قانون العقود السودانيّ لسنة ١٩٧٤، بقولها: ((يكون المقابل المطلوب متوافراً في العقد إذا:

أ).....(ب).....

ج) تنازل احد الأطراف عن المطالبة بحقٍ يعتقد بحسن نيةٍ بصحته حتى إن ثبت فيما بعد عدم صحته)).

#### رابعاً: أثر فكرة تقديم المقابل في العقد المكتوب:

يشترط القانون الانكليزي ضرورة تقديم المقابل في كلِّ عقدٍ بسيطٍ دون إستثناء. والعقد البسيط هو كلُّ عقدٍ غير مختومٍ بالشمع او الختم الدال على طبيعته المميزة والفريدة. أما محاولات اللورد مانسفيلد في إستحداث نوعٍ ثالثٍ من العقود، وهو العقد المكتوب، الذي يقوم مقام العقد المختوم الذي يعفي الدائن من إثبات تقديمه للمقابل إنقاذاً للتجارة المزدهرة في بريطانيا، فنجدها قد فشلت، إذ بقي الوضع على حاله. فالعقود في القانون الانكليزي إما مختومة او بسيطة ولاتالث لهما.

أما القانون السوداني فقد ذهب الى مدى متطور بعيد. فهو أعفى الدائن من إستراط تقديمه للمقابل في حالتين: اولهما: حالة العقد المكتوب. وثانيهما: حالة العقد الشفهي. فقد نصت المادة (٣٠) من قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤ على أنه: ((لايلزم توافر المقابل بالنسبة للوعد الصادر من أيٍّ من الطرفين، إذا:

أ- كان الوعد متضمناً في وثيقة موقع عليها من قبل الواعد.

ب- تمَّ الوعد شفاهةً، وكان الواعد يعلم او يجب أن يعلم أن الموعد له سيعتمد عليه وثبت ان الموعد له اعتمد على الوعد بما عاد عليه بالضرر)).

والنص السالف الذكر دالٌّ على أنَّ المشرع السوداني قد أستحدث نوعاً ثالثاً من العقود، وهي العقود المكتوبة. وهذه العقود، هي عقود وسط بين العقود المختومة والعقود الشفهية. والنقطة الجديدة بالبحث، هي أنَّ المشرع السوداني أستبعد وجود المقابل او كفايته في نوعين من العقود، وهي:

١. العقود المكتوبة، إذ جعل الوعد المندرج ضمن عقدٍ مكتوبٍ ملزم لطرفيه الواعد والموعد له حتى دون وجود لأيٍّ نوعٍ من المقابل<sup>(١)</sup>.

٢. العقود الشفهية، إذ جعل الوعد الشفهي المبرم بين الواعد والموعد له أي بين المدين والدائن يكون صحيحاً في حالة واحدة بعينها، وهي إذا كان الواعد عالماً او كان يوجد ما ينبغي أن يجعله عالماً بأنَّ الدائن الموعد له سيعتمد على وعد ذلك الواعد

(١) ينظر: الأستاذ محمد صالح علي، التعليق على قانون العقود السوداني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص

## خاتمة البحث

أقتصر نطاق هذا البحث، كما رأينا، على دراسة المقابل بحد ذاته في القانون الأنكلو أمريكي، وأول ما بحثناه هو تعريفه. فالمقابل إنما هو الثمن الذي يشتري به أحد المتعاقدين التزام الطرف الآخر.

وإذا أردنا مقارنة فكرة السبب اللاتينية مع فكرة المقابل الإنكليزية نجد أن نظرية السبب اللاتينية تفسر ظاهرة انعقاد العقود جميعاً سواء أكانت ملزمةً لجانبٍ واحدٍ، أم كلا الجانبين. كما أنها تفسر عقود المعاوضة والتبرع كافة على حدٍ سواء وردت على دليلٍ كتابيٍّ مختومٍ، أم غير مختومٍ، أو حتى إذا لم تدون في أيِّ دليلٍ كتابيٍّ يذكر. بينما تقتصر نظرية المقابل الأنكلوسكسونية في تفسير ظاهرة نفاذ بعض العقود تجاه المدين الملتزم بها بصفته واعدًا. فهي نظرية مقتصرة على العقود البسيطة. والعقود البسيطة هي العقود غير التبرعية التي لا تنفذ بحق أيِّ مدينٍ إلا إذا قدّم الدائن له ثمنًا (أي مقابل) لشراء وعده. ولا يهم إن كانت تلك العقود مكتوبة أم غير مكتوبة طالما كانت مقترنةً بعوضٍ، ونيةً التبرع منتقية فيها.

وعلى أيِّ حالٍ، إذا قارنًا بين فكرة المقابل في القانون الأنكلوأمريكي وفكرة السبب في القانون اللاتيني فسند أن فكرة المقابل متصلة بركني المحل والسبب في القانون اللاتيني، وذلك على النحو الآتي: أولاً: إنَّ المقابل في القانون الإنكليزي يماثل الموضوع أو المحل في القانون اللاتيني، ولكن مع ضرورة تمييز (المحل) عن (الموضوع). فالمحل في القانون الإنكليزي إنما هو التزام بذمة المدين تجاه دائنه. لذلك فإنَّ (المحل) في القانون الإنكليزي يماثل (المحل) في الفقه الإسلامي بأنه هو ما يلتزم المدين بأدائه. أما (الموضوع) في القانون اللاتيني فهو نفسه المحل فيه، فهما إسمان لشيءٍ واحدٍ. أما في الفقه الأنكلوسكسوني فهو الاداء الذي يقدمه (الواعد) لدائنه، ويكاد أن يكون هو الموضوع نفسه في الفقه الإسلامي. فالموضوع هو ما أنصب عليه الأداء، وهو نفسه الأداء الذي تعهد الواعد بتقديمه لدائنه كما مرَّ معنا في القانون الأنكلوسكسوني.

وعلى أيِّ حالٍ، فإنَّ المقابل في الفقه القانوني الأنكلوسكسوني يتصل بالأداء. فيعد أن يصبح العقد نافذاً في حق المدين (الواعد)، فيجب على هذا الأخير الوفاء بما تعهد به. والوفاء لا يكون صحيحاً منه إلا إذا قدّم للدائن (الموعد له) ما وعده به. وهنا نجد أن الدائن (الموعد له) قدّم للمدين (مقابلاً) وعلى أثر ذلك المقابل قدّم المدين (الواعد) لدائنه المثلث (أو الأداء المتفق عليه)، وهذا هو الشق الثاني للمقابل. فالمقابل إنما هو الثمن الذي يشتري به الدائن التزام المدين (الواعد). ثمَّ أنَّ التزام المدين (الواعد) يتجسد في الأداء الذي يقوم به للدائن وفاءً لما يلتزم به حياله.

لذلك فنحن أمام (المقابل) نجد أنفسنا بين:

١. ثمن، وهذا هو الشقّ الأول من تعريف المقابل ((التمن الذي إشتري به الدائن وعد المدين)).
  ٢. وعد المدين، وهذا هو الشقّ الثاني من تعريف المقابل، وهو يقابل المثلن الذي تحمل الدائن (الموعد له) الخسارة بسببه.
- ثانياً: إنّ المقابل في القانون الإنكليزيّ يماثل بوظيفته دور نظرية السبب التقليدية في القانون اللاتينيّ. فسبب كلّ عقد في الفقه اللاتينيّ إنّما يقتصر دوره على بيان فكرة السبب القصي المباشر. فسبب عقد البيع يقوم على تحليله، على أساس السبب القصي لالتزام البائع بتسليم المبيع إنّما كان بسبب التزام المشتري بدفع الثمن له. بينما تقتصر نظرية المقابل الأنكلوسكسونيّة على تفسير ظاهرة العقد ونفاذه على المدين (الموعد له) على أساس ما قدم له من (تمن) (مقابل) وليس على أساس إلتزام الطرف الآخر حياله.
- ومع ذلك، فقد وجدنا أنّ نظرية المقابل الإنكليزيّة تتميز من نظرية السبب اللاتينيّة في النواحي الآتية:
١. نطاق نظرية السبب اللاتينيّة أوسع نطاقاً من نطاق نظرية المقابل الإنكليزيّة. فنظرية السبب تشتمل على العقود كافة، فهي تفسر لنا سبب إلتزام المدين بها سواء أكان العقد عقد معاوضة أم عقد تبرع، وسواء أكان عقداً ملزماً لجانبٍ واحدٍ أم كلا الجانبين. بينما نطاق نظرية المقابل الإنكليزيّة يقتصر على عقود المعاوضة ويتجنب عقود التبرع منها.
  ٢. لكلّ عقد في النظرية اللاتينيّة سبب سواء كان العقد مبرماً كتابةً أم شفاهاً. بينما لا يمكن القول في القانون الأنكلوأمركيّ بأنّ المقابل، متوافر أو مفترض فيه. فالسبب في العقد يعد متوفراً بمجرد انعقاد العقد، بينما لا يُعد المقابل متوفراً بمجرد انعقاد العقد، ولاسيّما أنّ المقابل هو الثمن الذي أشتري به أحد المتعاقدين وعد الآخر.
  ٣. جزاء تخلف السبب في العقد في القانون اللاتينيّ هو البطلان المطلق. أما جزاء تخلف المقابل في العقد في القانون الأنكلوسكسونيّ فهو عدم نفاذه على المدين.
- وبعد أنّ فرغنا من التوقف على الخطوط العريضة التي تُميّز بين نظرية (السبب) اللاتينيّة، ونظرية (المقابل) الأنكلوسكسونيّة، درسنا النظام القانوني للمقابل من حيث نشأته ومساهمة القضاء الإنكليزيّ في إثرائه وشروطه والجزاء المترتب عليه. وهذه المسائل نرى أنّ تكرار عرضها مرةً أخرى في هذه الخاتمة يكون من باب الإعادة بلا فائدة، وهذا ما نخشاه. لذا نتجنب ذكرها مرةً أخرى، مكتفين بما كتبناه عنها في المباحث السابقة.

والله من وراء القصد...

ثبت مراجع البحث

أولاً: - الكتب القانونية

- ١- د. آدم وهيب النداوي، د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
- ٢- آلان فاز نسويرث، المدخل الى النظام القضائي في الولايات المتحدة، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة للكتاب، بدون سنة طبع.
- ٣- البروفسور آلان د. كوليسون، اضواء على احكام الجزاء في قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤، ترجمة هنري رياض، بيروت: دار الجيل، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- ٤- د. جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، بغداد: مطبعة غرناطة، ١٤٥١٧هـ، ١٩٩٧م.
- ٥- د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام (Common Law) (قضايا دستورية - قضايا ادارية - قضايا جنائية - قضايا مدنية)، ط١، بيروت، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٢.
- ٦- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط١، لبنان، بيروت: دار الحداثة، ١٩٨٦.
- ٧- الاستاذ زكي مصطفى عبد المجيد، القانون المدني السوداني (تاريخه وخصائصه)، مجموعة محاضرات القاها في معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، جامعة الدول العربية، ١٩٦٨.
- ٨- ج.س. شيشر، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، احكام العقد في القانون الانكليزي (ظواهر الاتفاق وقواعد الايجاب والقبول)، ترجمة القاضي هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، ١٤١١هـ، ١٩٨١م.
- ٩- ج.س. شيشر، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، اسباب انقضاء العقد (الوفاء، الاقالة، الاستحالة، الاخلال)، ترجمة القاضي هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، ١٩٨١.
- ١٠- ج.س. شيشر، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، احكام الغلط ونسبية العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، (بيروت: دار الجيل)، (الخرطوم: مكتبة خليفة عطية)، ١٩٨١.
- ١١- د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو امريكي، بدون ذكر مكان الطبع والنشر: دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
- ١٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، بيروت، لبنان: المجمع العلمي العربي الاسلامي، بدون ذكر سنة الطبع أو النشر.
- ١٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ (نظرية الالتزام بوجه عام) (مصادر الالتزام)، ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤.

- ١٤- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦ (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء) (الايجار والعارية)، المجلد الاول، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٣.
- ١٥- د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي، بدون ذكر مكان الطبع أو النشر، ودون ذكر الناشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩١م.
- ١٦- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢ (في احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي)، ط ٢، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية (ساعدت جامعة بغداد على طبعه)، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٧م.
- ١٧- د. مجيد حميد العنبي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، بغداد: الدائرة القانونية، وزارة العدل، ١٤١١هـ، ١٩٩٠م.
- ١٨- د. مجيد حميد العنبي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد: منشورات جامعة النهريين/ كلية الحقوق، ٢٠٠١.
- ١٩- الاستاذ محمد صالح علي، التعليق على قانون العقود السوداني، الجزء الاول (عناصر تكوين العقد وشروط صحته)، دون الاشارة الى مكان النشر وجهته وعنوان الناشر.
- ٢٠- د. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج ٢ (في الدعاوى والاموال والالتزامات)، ط ٤، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٠هـ، ١٩٦١م.
- ٢١- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ط ١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون سنة طبع.

## ثانياً: - البحوث والدراسات

- ١- د. جليل حسن بشات الساعدي، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثالث عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٨.
- ٢- د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الاعتبار في القوانين الانكلوسكسونية، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، الاعداد الاول/ الثاني/ الثالث، السنة ٣٦، ١٩٨١.
- ٣- د. مجيد حميد العنبي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد العاشر، العدد الثاني، ١٩٩٤.
- ٤- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، محاضرات في فلسفة القانون، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق، جامعة النهريين، العام الدراسي ٢٠٠٥/٢٠٠٦.

٥-د. فائق محمود الشماخ، المفهوم القانوني لوديعة النقود، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثالث عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٨.

### ثالثاً: - كتب مساعدة

١. جون ماك آرثر، تفسير الكتاب المقدس (نسخة فاندايك - البستاني الجديدة)، القاهرة: دار منهل للحياة.
٢. الكتاب المقدس الدراسي (مقالات وموضوعات ومدخل دراسية مع النصوص الكتابية الكاملة) (كتاب الحياة)، القاهرة: شركة ماستر ميديا، ٢٠١١.
٣. ج.أ. طومسون، التفسير الحديث للكتاب المقدس (العهد القديم) (سفر التثنية)، تعريب القس جاد المنفلوطي، ط٢، القاهرة، دار الثقافة، ١٩٩٤.
٤. الشيخ حسنين محمد مخلوف في كتابه: كلمات القرآن (تفسير وبيان)، دون ذكر مكان النشر ودار الطبع وسنة الاصدار.
٥. القرآن الكريم بالرسم العثماني وبهامشه تفسير الامامين الجليلين العلامة جلال الدين محمد بن احمد المحلي والحبر جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي (مذيل بكتاب لباب النقول في اسباب النزول للسيوطي)، بيروت: دار احياء التراث العربي ومكتبة المثني، بلا سنة طبع.
٦. الاب سهيل قاشا، مقتبسات شريعة موسى من شريعة حمورابي، ط١، بيروت، لبنان: بيسان للنشر والتوزيع والاعلام، ٢٠٠٣.
٧. الشيخ محمد ابو زهرة، محاضرات في النصرانية (تبحث الادوار التي مرت بها عقائد النصراني وفي كتبهم وفي مجامعهم المقدسة وفرقهم) (محاضرات القيت على طلبة معهد الدراسات الاسلامية)، ط٣، القاهرة: مطبعة المدني، ١٣٨٥هـ، ١٩٦٦ م.
٨. مختار الصحاح لمحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، الكويت: دار الرسالة، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢ م.
٩. المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٠، بيروت: دار المشرق (توزيع المكتبة العصرية)، ١٩٨٨، ص٤٣٢، مادة (صلح).

### رابعاً: - التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
- ٣- قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤.

٤- قانون الحوالات التجارية الانكليزي لسنة ١٨٨٢.

٥- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من الملكية الفكرية (اتفاقية التريس)، احدى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية لعام ١٩٩٤.

### خامساً: - المراجع باللغة الاجنبية

- 1- John P. Dawson, WM, Burntt Harrey, Cases and Materials on Contract Remedies, Broklyn: The Foundation press (INC.), 1959.
- 2- Herbert Jacobs, Steven Elements of Mercential law, Seven Edition, London: Printed in Great Britain (Butterwoth & CO), 1959.
- 3- Philip S. James, Introduction to English law, London: Buttreworth & CO. (publishers) LTD, 1955.
- 4- A.G Guest, A Nson's Law of contract, Twenty – sixth sediton, London: clarndon press, 1984.
- 5- Jan D. Weir & Shane A. Ellis, Critical concepts of Candain Business Law, Canada: Addison Wesley publishers Limited, Without year of printing.
- 6- Butter worths Commercial law in New Zealand, Fourth Edition, New Zealand: Butter worths, 2000.
- 7- Morrisr R. Cohen & Felix S. Cohn, Readings in Juris prudence and legal philosophy, New york: Printed Hall, INC., 1951.
- 8- Geogr L. Clark, Summary of American Law, Newyork: The law years co- operative publishing company, 1947.