النظرية العامة للارادة الضمنية

دراسة مقارنة

General theory of implicit will

comparative study

أ.د. عباس العبودي
Prof. Abbas Aoboudy

وطالب الدكتوراه

كاظم حمادي يوسف

Kadhem Hamady Yosef

جامعة بغداد – كلية القانون

University of Baghdad – College of Law

ملخص

تطبيقاً لمبدأ الرضائية فإنه للمتعاقدين الحرية الكاملة في التعبير عن اراديتهما، فلا يشترط القانون ان يكون التعبير بوسيلة معينة ،أو شكل معين، فكما يجوز العبير عن الارادة صراحةً، كذا يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنياً، فالقاعدة العامة أن للاطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الارادة وتنظمها، فالارادة الضمنية أو التعبير الضمني عن الارادة تُعد مسلكاً ايجابياً للتعبير عن الارادة، ولكن لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود ، ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة ، وبمعنى اخر تُعد وسيلة أو مظهراً يتخذه الشخص ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الارادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره من دون أن يفترض وجود هذه الارادة، فالظروف التعاقدية الخاصة بين الاطراف ، لا يمكن تفسيره إلا بإعتباره تعبيراً عن الارادة ، فالتعبير الضمني عن الارادة له الاثر الواضح في كافة المراحل التي يتضمنها العقد ابتداءاً من مرحلة التفاوض وحتى انتهاء العقد .فلابد من نظرية عامة للارادة الضمنية لكي يتم تحديد تعريفها ،وبيان خصائصها ،وشروطها للتأثير في التعاقد ، وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية اخرى ، فالاثر القانوني الذي يترتب على التعبير الضمني عن الارادة لا يقل اهميةً عن الاثر الذي يترتب عل التعبير الصريح .

Abstract

In accordance with the principle of consensually, contractors have full freedom to express their will. The law does not require that the expression be by a particular means or form, as may be expressly expressed by the will, so the expression of will may be implicit. The general rule is that the parties have the freedom to freely determine the content of the contract Within the limits of the rules that regulate and regulate this will, the implied will or implied expression of will is a positive course of expression of will, but does not directly indicate the truth of the intended meaning, but the circumstances of the case allow weighting of the intended meaning to other possible meanings, In other words, a means or an appearance taken by a person is not in itself a subject to reveal the will,

but it can not be explained without assuming that this will exists. The special contractual circumstances between the parties can only be interpreted as an expression of will. The obvious effect in all stages of the contract, from the negotiation stage until the end of the contract. There is no general theory of implicit will to define its definition, its characteristics and conditions to influence the contract, and distinguish it from other legal situations. The legal effect of expression Implicit of the will is no less important than the effect of express expression.

المقدمة

Introduction

تُعد الارادة المحور الاساس الذي تدور حوله اعمال وتصرفات الافراد سواء الخاصة منها،أو في علاقاتهم العامة مع بعضهم البعض ، ولقد ارتبطت حرية الارادة التعاقدية بالمبدأ المعروف سلطان الارادة، أو استقلالها، والذي يعني أن الارادة هي التي تنشئ العقد وهي التي تحدد مضمونه ولا يحدها في ذلك إلا اعتبارات النظام العام[١] .

وإذا كان مبدأ سلطان الارادة يقضي بكفاية التراضي بين الارادتين لتكوين العقد ، فإن المشرع قد قيد في حالات معينة دور الارادة وكفايتها بوجوب أفراغها في شكل معين ، ويُعد ذلك الشكل ركناً في العقد ولا يقوم ألا به[٢] .

ومما سبق ذكره يتبين أن مبدأ سلطان الارادة لم يَعد مبدأ مطلقاً، كما كان في بداية ظهوره، وعلى الرغم من ذلك فإنه يبقى للارادة الاثر الاساس في العقد ، فعلى الرغم من القيود التي ترد على قدرة الارادة على انشاء التصرف القانوني وتحديد مضمونه وتحديد اثاره، فلا زالت الارادة هي قوام العقد ، أما التدخلات تعني الاخذ في الاعتبار التعسف في السيطرة الذي يمكن ان يمارسه احد المتعاقدين في مواجهة الاخر،الذي يظهر في العقد الطرف الضعيف اقتصادياً ومعرفياً، وتهدف من ثم الى أن يكون العقد أداة لتحقيق العدالة بين اطرافه وليس تعبيراً عن سيطرة أحد المتعاقدين على الاخر[٣] .

فلا يمكن التعرف على مضمون الارادة إلا بالتعبيرعنها، فهذا الاخير يُعد الوسيلة المادية التي تمكننا من الكشف عنها ، فالمتفق عليه أن الارادة مسألة نفسية لا يعتد بها القانون مالم تظهر الى العالم الخارجي ،فالتعبير عن الارادة ينقلها من ظاهرة نفسية الى ظاهرة اجتماعية ملموسة ،وهذا التوجه يرى فيه انصار نظرية الارادة الظاهرة أستقراراً للمعاملات والمصالح بين الاطراف المتعاقدة.

وإذا كان المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية ، فالمتعاقد له الحرية في التعبير عن الارادة بأي وسيلة كانت، سواء باللفظ،أو الكتابة،أو الاشارة،أو باتخاذ اي موقف يكون دالاً عليها. فقد يكون التعبير عن الارادة صريحاً إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير بإرادته بطريقة مباشرة كالكلام، وقد يكون التعبير ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الارادة ،ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره من دون أن نفترض وجود هذه الارادة.فلا يكون للارادة

وجودها الفعلي والقانوني إلا بالتعبير عنها صراحة،أو دلالةً(ضمنياً) ، فالتعبير هو مظهر الارادة الخارجي وعنصرها المادي المحسوس.وإذا كانت الارادة هي جوهر التصرف القانوني ، ولا يوجد ،أو ينعقد إلا بوجودها ،فإذا لم توجد الارادة ،فإن التصرف القانوني جزاؤه الانعدام،أو البطلان، والارادة هي من يحدد مضمون التصرف، والحقيقة أن الارادة يكون اثرها عند التعبير عنها، ويكون هذا الاخير مطابقاً لها.

فالمعول عليه وفقاً لنظرية الارادة الباطنة، هي الارادة الحقيقية والتي تُعد اساس وجوهر التصرف القانوني، فالشخص لا يلتزم إلا بمحض ارادته وبالقدر الذي يريد أن يلتزم به.فالارادة إذاً هي جوهر التصرف القانوني ، سواء من حيث إنشائه ،أو مضمونه،وعليه فإن مظهرها المادي الذي ينقلها من الحالة النفسية الى الحالة الاجتماعية الملموسة ، يقتصر دوره على اعلام الطرف الثاني بمضمون الارادة الحقيقة المعول عليه[٤] .

وقد تعرضت نظرية الارادة الباطنة التي تتزعمها المدرسة اللاتينية الى نقد كبير من قبل المدرسة الجرمانية التي تجعل من الارادة الظاهرة اساساً وجوهراً لتكوين العقد، ذلك لان العقد ،أو التصرف القانوني ليس بمعزل عن الواقع والمجتمع، بل إن مصلحة المجتمع مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمصالح افراده وعلاقتهم الارادية مع بعضهم البعض.فالمعول عليه وفقاً للنظرية المادية ،أو نظرية الارادة الظاهرة هو المظهر المادي للارادة والمتمثل في التعبير ، فهو جوهر التصرف القانوني من حيث تكوينه وتحديد مضمونه و اثاره بدل الاعتماد على ما يخفى في النفس[٥] .

وبالنظر الى المشرع العراقي من خلال نصوص القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، فإنه يكرس مبدأ الرضائية . وهذا من خلال حرية التعبير ، والاعتداد بالارادة الحرة السليمة من العيوب وتقرير البطلان للعقد الذي يتضمن عدم وجود الارادة أو مخالفة سبب العقد للنظام العام[٦] .

وبالنظر ايضاً لما تنص عليه المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي النافذ ، من حرية التعبير عن الارادة ، وذلك لأنه مجرد وسيلة دورها الكشف عن الارادة ، وبأي وسيلة توصل الى التراضي بين المتعاقدين، فهو لم يَعد كذلك في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية الحاصلة والتي تميل الى ارساء عوامل الاستقرار والتضامن الاجتماعي وهذا لا يكون إلا بالوقف ملياً عند التعبير في حد ذاته .

ومن وجهة نظرنا ، نجد ان الارادة الضمنية أو التعبير الضمني عن الارادة لم تحضَ بالاهتمام التشريعي الذي يحدد مضمونها وخصائصها المميزة لها والاثر المترتب عليها ، وبمعنى اخر لا توجد نظرية عامة للارادة الضمنية ،ومن هنا جاءت الحاجة والفكرة الى موضوع بحثنا لعلنا نتوصل الى وضع نظرية عامة للارادة الضمنية ، وسنحاول فيه بيان ماهية الارادة الضمنية وتحديد خصائصها وتمييزها عما يشتبه بها وشروطها .

ومن ثم ستكون دراستنا تتركز من جهة على ماهية الارادة الضمنية (المبحث الاول) ،ومن جهة اخرى شروط الارادة الضمنية وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية اخرى(المبحث الثاني) ،وذلك بإتباع المنهج الوصفي التحليلي ، وبالإستعانة بالمنهج المقارن في حدود هذا البحث .

المبحث الاول

ماهية الارادة الضمنية

تُعد الارادة جوهر التصرف القانوني ، وما العقد إلا تلاقي إرادتين جادتين قاصدتين احداث اثر قانوني، إذا ما عبر عنهما تعبيراً صريحاً،أو ضمنياً،ولا شك أن اهتمام الفقه القانوني بالإرادة كان اهتماماً بالغاً لما لها من اثر يضيق ويتسع، في المجال التعاقدي في الشرائع القديمة،أو القوانين الحديثة [٧] .

ولاجل تحديد ماهية الارادة الضمنية،فلابد من تعريفها(المطلب الاول) ،وبيان خصائصها(المطلب الثاني).

المطلب الاول

تعريف الارادة الضمنية

الارادة ظاهرة نفسية ،وحتى يكون لها قيمة قانونية يلزم أن تظهر الى العالم الخارجي، وذلك بتعبير أو الافصاح عنها ، فالتعبير وسيلة لإظهار الارادة، والذي يعُد الرداء الذي ترتديه الارادة للظهور بمظهر خارجي اجتماعي ملموس.

ولبيان تعريف الارادة الضمنية، سنعرض لتعريفها لغةً (الفرع الاول)، وتعريفها اصطلاحاً(الفرع الثاني).

الفرع الاول

التعريف اللغوي للارادة الضمنية

تُعد عبارة الارادة الضمنية من المصطلحات المركبة ، ولأجل تعريفها لابد من بيان مفهوم مفرداتها ، لكي يتم تحديد معناها اللغوي وكما يأتي :

المقصد الاول – تعريف الارادة لغةً .

إرادة لغةً هي: (اسم) ، وإرادة مصدر (أرَادَ) ، ويُقال: أرادَ يُريد ، أرِدْ ، فهو مُريد ، والمفعول مراد ، وأرادَ الله الشيءَ :شاءه[٨] ، وكما يُقال :أرادَهُ على سَفَر لا يُطاقُ ، حَمَلهُ عَلَيْهِ ، كذلك يُقال :أرادَ العاصمة : اتجَهَ الى ، وايضاً ، أردَهُ على الكَلاَمِ : ألجَأَهُ ، وأرَادَهَا لِنَفْسَهِ : أحَبّهَا ، إذا أرَادَتْ ذلك فَلَهَا ما تُريدُ [٩].

المقصد الثاني - تعريف الإرادة في اصطلاح الفقه القانوني العربي المقارن .

عرف جانب من الفقه الإرادة ، بأنها " عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين ، ولما كانت الإرادة عملاً نفسياً فلا يعلم بوجودها إلا صاحبها من دون أن يعلم بها غيره من الناس إلا إذا تم التعبير عنها "[١٠] ، وعرفها جانب اخر من الفقه ، بأنها " نشاط نفسي تتجه الى تحقيق غرض معين بإلاستعانة بوسيلة ملائمة تُعين على بلوغ هذا الغرض "[١١] .

وهناك من عرفها ، بأنها " ظاهرة إنسانية داخلية يتم تحسسها بواسطة مظاهر خارجية مادية ، ولا يمكن عزلها عن مظهرها المادي الخارجي ،لأن ذلك يؤدي الى إضاعة معالمها "[١٢] .

وتعرف ايضاً ، بأنها " انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد "[١٣] .

المقصدالثالث – تعريف الإرادة في اصطلاح الفقه القانوني الانكليزي .

القانون والفقه الانكليزي يعول على النية التعاقدية والتي يقابلها الإرادة التعاقدية في القانون والفقه العراقي ، فقد عرف جانب من الفقه الانكليزي [١٤] ،النية التعاقدية،بأنها " القصد الذي يرمي

اليه الطرفان المتعاقدان لخلق التزمات تعاقدية "، وعرفها جانب أخر من الفقه الانكليزي[١٥]، بأنها " القصد الذي يرمي اليه المتعاقدان لإبرام عقد ملزم من الناحية القانونية ".

وعرفها جانب ثالث من الفقه الانكليزي[١٦] ، بأنها " إرادة الطرفين المتعاقدين التي تعبر عن رضائهما في خلق علاقة قانونية".

وهكذا يتبين من تعريفات الفقه الانكليزي سابقة الذكر ، أن النية التعاقدية ينبغي توافرها وتكون ملزمة لأجل ابرام العقد الصحيح الرضائي (Contract Simple Valid) ، وهذا يعني بأن الاتفاق لأبرام عقد بسيط أي العقد الصحيح الرضائي ، لن يكون ملزماً قانوناً إلا إذا اتجهت النية التعاقدية للاطراف التعاقدية الى ترتيب الاثار القانونية ، لذا تُعد النية التعاقدية ،وبمقتضى الاحكام الراسخة في قانون السوابق القضائية (Case Law) ركناً مستقلاً من اركان العقد البسيط في القانون الانكليزي ، أي أن العقد الصحيح الرضائي يقوم على ثلاثة اركان هي التراضي ركناً اولاً، ومن ثم اتجاه نية الطرفين المتعاقدين الى انشاء علاقات قانونية ركناً ثانياً ، وأن يدعم العقد بمقابل الالتزام ركناً ثالثا.

المقصد الرابع – تعريف الإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي .

تُعد الإرادة التعاقدية جوهر العقد أو قوامه والتراضي يتكون من اتحاد إرادتين ، فالإرادة هي أحد ركني التراضي ، وبالنتيجة فهي حجر الأساس الذي يقوم عليه التراضي في العقود الرضائية ، إذا أتجهت الإرادة الى احداث أثر قانوني ، فالعقد يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر ، أما الارادة المنفردة فلا تنشىء عقداً ، بل يقتصر دورها على إنشاء ألتزام مصدره الإرادة المنفردة وليس العقد[١٧] .

فالإرادة التعاقدية بهذا المعنى سابق الذكر ، ينبغي أن تتجه الى احداث أثر قانوني معين ، إلا أن الإرادة بحد ذاتها متمثلة بالشيء النفسي لا تكفي لقيام التراضي وانعقاد العقد ، وترتيب الأثر القانوني للعقد ، مالم تظهر الى العالم الخارجي ، وتتصل بعلم من وجهت اليه ، وهي لا تكون كذلك طالما بقيت كامنة في النفس،ولم يتم الافصاح عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة ، فالإرادة التعاقدية التي يترتب عليها الاثر القانوني ،هي الإرادة التي تم الافصاح عنها بمظاهر اجتماعية مادية ملموسة ،وليس إرادة حبيسة النفس البشرية ، فالقانون يعول على التعبير عن الإرادة ، وليس المظهر النفسي للارادة ، وهو ما يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة ، وقد أخذ

القانون المدني العراقي بهذا الاتجاه عندما عرفَ العقد بالمادة(٧٣) منه ،بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ".

فَبمقتضى المذهب الموضوعي في نظرية العقد ، فإن العبرة بالإرادة الظاهرة[١٨] ، وقد عادَ المشرع العراقي وأخذ بالإرادة الباطنة في تفسير العقد بموجب نص (الفقرة الاولى من المادة ١٥٥) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على أنه " العبرة في العقود للمقاصد والمباني لا للالفاظ والمباني "[١٩] ، وهكذا يكون القانون المدني العراقي قد وافقَ الفقه الاسلامي ، وأخذ بنظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ولم يغلب احداهما على الاخرى بشكل مطلق[٢٠].

المقصد الخامس – تعريف الضِمْنِيّة لغةً .

كلمة ضَمْنِي منسوبه الى الضِمْنِ ، ويقال : مثالاً ضِمْنِيّاً اعترفَ بِخَطَئِهِ : عبر عنه خطئهِ بشكل غير مباشر من دون التصريح بهِ، ووافق بصورة ضِمْنِيّة على الاقتراح. والضِمْن : باطن الشيء وداخلهُ ، يقال : يُفهمُ من ضِمْن كلامهِ كذا : دلالته ومراميه ، وما أغنى عني ضِمْناً : شيئاً[٢١] .

ومفهوم ضِمْناً : معلوم ومتفق عليه ، من ضِمْنِها : من بينها ، توجد ضَمْنَ الكتاب وثائق تاريخية: في طَيّهِ ، وكان من ضِمْنِهم : من بينهم ، في عدادهم ، إذن ضِمْنِي: موافقة غير صريحة لأداء عمل ، شرط ضِمْنِي : شرط ملازم ، أو مرتبط بآخر[٢٢] .

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للارادة الضمنية

نتناول تعريف الارادة الضمنية اصطلاحاً، من خلال بيان مقصودها في الفقه القانوني، وفي الفقه الاسلامي، وكما يأتي بيانه:

المقصد الاول- المقصود بالإرادة الضمنية في اصطلاح فقه القانون.

يُعرف جانب من الفقه الإرادة الضمنية ،بانها " يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي أتخذه الشخص ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره

من دون أن يفترض وجود هذه الإرادة "، مثالاً على ذلك، أن يتصرف شخص في شيء ليس ملكاً له ، ولكن هذا الشيء عرض عليه أن يشتريه ، ودليل ذلك أنه قَبِلَ الشراء بتصرفهِ تصرف المالك [٢٣].

ويُعرف جانب آخر من الفقه الإرادة الضمنية ،بأنها " يكون التعبير ضمنياً إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة " ، مثالاً على ذلك ، قيام الوكيل بعمل مما يدخل في الوكالة التي عرضت عليه ، فهذا يدل على القبول الضمني للوكالة[٢٤] .

وعرفها جانب ثالث من الفقه ، بأنها " يكون التعبير ضمنيا إذا كان غير متعارف عليه بين الناس ، ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين ، لا يمكن تفسيره إلا بإعتباره تعبيراً عن الإرادة " ، ومثالاً على ذلك ، بقاء المستأجر في العين الؤجرة بعد انقضاء مدة عقد الإيجار ، فيُعد ذلك تعبيراً ضمنيا من قِبل المستأجر عن رغبتهِ في تجديد عقد الإيجار[٢٥] .

المقصد الثاني – المقصود بالإرادة الضمنية في اصطلاح الفقه الاسلامي .

الفقه الاسلامي يجيز التعبير عن الإرادة بطريق ضمني ، ويستخدم فيها اصطلاح التعبير دلالةً ، أو بطريق الدلالة في معرض الحديث عن الإرادة بصورها المختلفة مقابلاً لاصطلاح التعبيرالصريح ، فمقابل وسائل التعبير الصريحة ، توجد وسائل التعبير الضمنية أو الدلالة ، وهذه الاخيرة تُعرف بأنها " تلك الوسائل التي لا تكشف بذاتها عن الإرادة ، وانما يُستدل عليها من خلال الاستنتاج والنظر "، المقصود بالدلالة عند علماء الأصول ، انه " فهم أمر من أمر " ، ويُقصد بها في مجال العقود والتصرفات ، " أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه ، أو مستفاداً من حالة تستدعي انعقادهِ" [٢٦] .

والتعبير بطريق الدلالة ، والذي يُعبر عنه في القانون بالتعبير الضِمْنِيّ ، له عدة صور في الفقه الإسلامي خاصةً في مجال العقود والتصرفات ، ومن أبرز تلك الصور التعبير بالمعاطاة،أو بالتعاطي ، فضلاً عن صور تطبيقية اخرى للتعبير دلالةً ،أو ضِمْنَيّاً[٢٧] .

ونعرض هنا للتعريف الاصطلاحي الفقهي للمعاطاة او التعاطي كونه يُعد أبرز الصور أو الوسائل التي يستشف منها التعبير عن الارادة التعاقدية بطريق ضمني أو بدلالة افعال اطراف التعاقد التي توصل الى التراضي من دون الالفاظ الصريحة لهما : وكما يأتي بيانه :

يُقصد بالمعاطاة أو التعاقد بالافعال ،أو كما يُعبر عنه بالمراوضة في اللغة : المناولة أي الإعطاء والأخذ ، أما في الاصطلاح الفقهي ، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة لا تخرج في مجملها على أنها " التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي من دون تلفظ بإيجاب أو القبول" [٢٨] أو هي " عرض المعقود عليه ودفعه للاخر فيأخذه من غير لفظ ولا كتابه ولا إشارة ، أو كان اللفظ من احدهما أوالأعطاء من الأخر "[٢٩] .

ويتضح مما تقدم ذكره ، أن المعاطاة تُعد صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة بطريق ضمني ،أو بالدلالة ، حيث لا يستعمل فيها المتعاقدان لفظاً صريحاً للتعاقد ، أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة ، وإنما يتم التعبير فيها من خلال التبادل الفعلي لمحل التعاقد من دون تلفظ بإيجاب أو قبول ، وهنا تبرز الإرادة الضمنية من دون ادنى شك في تكوين صيغة التعاقد بدلالة افعال الاطراف المتعاقدة وذلك بالمبادلة الفعلية لمحل العقد الدالة على التراضي ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٥) من مجلة الاحكام العدلية ، على أنه " حيثُ أن المقصد الاصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا البيع التعاطي . مثال ذلك أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز من دون تلفظ بإيجاب وقبول أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ....."

ومما تقدم ذكره ، من تعريفات الارادة الضمنية في الاصطلاح الفقهي ، نخلص الى القول ، أنه بالرغم من أختلاف الصياغة المحددة للارادة الضمنية ، إلا أنها تتفق على أن الدلالة أو الطريق غير المباشر هو الخاصية الاساس في استنتاج التعبير الضمني عن الإرادة أو الإرادة الضمنية .

وبحسب اعتقادنا ، نجد أن الإرادة الضمنية بدلالة التعبير غير المباشر يمكن تعريفها ، على انها " طريق غير المباشر للكشف عن الإرادة ، بحيث يكون التعبير عنها مستنبطاً من الافعال التي يقوم بها الشخص ، وهذه الافعال لا تُعد بذاتها تعبيراً مباشراً عنها لكونها مما لم يألفها الناس في معاملاتهم ، ومع ذلك تكون وسائل توصل أو تكشف عن تلك الارادة وتنطوي عليها"

المطلب الثاني

خصائص الارادة الضمنية

بمقتضى القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي ، لم تشترط أي شكل للتعبير عن الارادة التعاقدية من حيث الاصل ، فكما يصح التعبير عنها بالكتابة ،وكذا يُعتد بالإشارة الشائعة المعهودة عرفاً ولو من غير الاخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ،ومن دون تلفظ للايجاب ،أوالقبول ، وكما يجوز أن يتم التعبير عن الإرادة بإتخاذ اي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي(٣٠) .

فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يراها مناسبة شرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الأخر وبما يتفق مع مبدأ الرضائية في التعاقد .

وهكذا يمكن التواصل الى عدة خصائص للارادة الضمنية تختص بها من دلالتها التي تميزها من دون غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة ، لذا سنعرض لهذه الخصائص ، وكما يأتي :

اولاً- الإرادة الضمنية مزدوجة الدلالة .

ثانياً- الإرادة الضمنية قابلة للتفسير الواسع .

ثالثاً- الإرادة الضمنية مسلكاً ايجابياً.

ونعرض لبيان كل من هذه الخصائص اعلاه ، فيما يأتي بيانه :

أولاً- الارادة الضمنية مزدوجة الدلالة .

الإرادة الضمنية تتضمن دلالة غير مباشرة عن الإرادة الحقيقية ، وهذا الاستدلال غير المباشر تستنبط فيه النتيجة اي حقيقة المقصود من أمرين ، فالتعبير الضمني عن الإرادة يتضمن مسلكاً أو موقفاً له دلالة معينة ، ويكشف عن مضمون معين ، إلا أن هذا المضمون لا يمكن التوصل اليه إلا بالأثر السابق المترتب عليه ، وهذا الأخير لم يرد في التعبير ، وهنا يعد القانون أن إتجاه الإرادة الى المضمون الاول ، ينطوي على قبول لهذا المضمون الأخير والموافقة عليه ، فالتعبير يكون صريحاً فيما يتعلق بالمضمون الاول ، وضمنياً فيما يتعلق بالثاني ، وهذا الأزدواج في الدلالة هو المعيار المميز للتعبير الضمني(٣١) ، مثالاً على ذلك ، شخص يقوم ببيع شيئاً عُرض عليه شراؤه

، فتصرف هذا الشخص في الشيء المعروض عليه شراؤه بالبيع ، يُعد تصرفه هذا تعبيراً صريحاً له في البيع ، وفي نفس الوقت يُعد تعبيراً عن إرادة ضمنية في قبول العرض الذي وجه اليه قبل التصرف بالبيع ، وكما أن إرادته قبل التصرف في الشيء إرادة مضمرة غير مُعبر عنها طالما انتفت عنها حالة السكوت الملابس[٣٢] . وعند انتفاء هذا الإزدواج في الدلالة نكون امام تعبير صريح[٣٣] .

ومن الجدير بالذكر ، أن ليس هناك ثمة أهمية للتمييز بين التعبير الصريح وبين التعبير الضمني عن الارادة في القانون المدني العراقي من حيث الاثر القانوني المترتب عليهما ، فَبِستثناء حالات معينة اشترط فيها القانون ان يكون التعبير صريحاً لترتب الاثر القانوني[٣٤] .

ثانياً- الإرادة الضمنية قابلة للتفسير الواسع .

يُقصد بتفسير العقد هو بيان ماهو غامض والكشف عن المراد والمقصود بالالفاظ التي أفصح عنها أطراف العقد للتعبير عن إرادتهم[٣٥] ، ومن ثمَ استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٣٦] .

وقد عرفَ جانب من الفقه ، عملية التفسير ، انها " تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المُفسر ، بسبب ما أعترى العقد من غموض ، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشركة للطرفين المتعاقدين ، مستنداً في ذلك الى صلب العقد ، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به "[٣٧] .

ويُعد التفسير الواسع من باب التفسير المنطقي ومتفرع عنه، حيث أن هدف التفسير المنطقي هو البحث عن المعنى الحقيقي لألفاظ المتعاقدين ، سواء كانت الألفاظ واضحة أو غامضة ، طالما لا توصل أو تفصح بجلاء عن الإرادة الحقيقية ، فالتفسير المنطقي يقتفي أثر الإرادة الحقيقية بشتى الوسائل ، فالغرض من التفسير الواسع ، هو أن تعابير المتعاقدين يعتريها الاخفاق في استيعاب كافة مشتملات الإرادة الحقيقية ، أما وسيلة هذا التفسير للوصول لتلك الإرادة الحقيقية المنشودة من التفسير الواسع ، هي انسحاب تعابير المتعاقدين خارج حدود الإرادة الظاهرة فيها ، فالتعابير الواضحة من حيث الأصل ، لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها بحجة التعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، وهذا المبدأ السابق (عدم جواز تفسيرتعابير العقد الواضحة) لم ينص عليه المشرع العراقي صراحة في مجال تفسير العقد ، فالتعابير الواضحة إذا كانت توصل بشكل لا يقبل الشك للارادة المشتركة للمتعاقدين ، فلا يجوز لقاضي الموضوع بحجة تفسير العقد أن

ينحرف عن المعنى الظاهر والواضح للارادة الظاهرة ، لأن ذلك يُعد تشويهاً لها مما يوجب نقض الحكم[٣٨] .

وقد يحصل احياناً أن تكون تعابير المتعاقدين واضحة ، لكن إرادة المتعاقدين الحقيقية غير واضحة ، بمعنى أن الوضوح هنا ظاهرياً مجرداً ، وليس وضوحاً حقيقياً في معناه ، ويُعد ذلك مبرراً لقاضي الموضوع للقيام بعملية التفسير لتعابير المتعاقدين الواضحة لإزالة اللبس ورفع الغموض الذي يعتري هذه التعابير ، فالوسيلة هي اخراج تلك التعابير خارج حدود الإرادة الظاهرة فيها ، وكما ذكرنا انفاً ، ولكن هذا التفسير يقوم به قاضي الموضوع استناداً الى دليل يظهر لديه على وجود إرادة حقيقية لم يُعبر عنها في العقد صراحةً ، وإنما تكون مفهومةً ضمنياً من أطرافه ، لذا ينصب التفسير الواسع على الألفاظ القائمة في العقد ، فيسحبها لتستوعب حالات لم يفصح عنها صراحةً في العقد ، وانما ترشد إليها إرادة الاطراف ضمنياً ،اي تفهم هذه الحالات بواسطة الإرادة الضمنية المشتركة لأطراف العقد ، وهذا ما يسمى بالتفسير بالتوسع الرأسي، ويُعد هذا الاخير تفسيراً واسعاً في مفهومه الدقيق[٣٩] .

أما إذا تم التفسير الواسع بإضافة نصوص اخرى الى نصوص العقد القائمة ، لكي تستوعب هذه الإضافة ما اتجهت اليه إرادة اطراف في العقد ، بمعنى اخر أن الإرادة هي التي أُوصلت الى إرادة اطراف العقد الحقيقية المشتركة ، وهذا النوع من التفسير المنطقي الواسع يسمى بالتفسير بالتوسع الافقي أو التفسير التكميلي[٤٠] .

ومما تقدم ذكره ، يتبين أن التفسير الواسع لتعابير المتعاقدين الواضحة أو الغامضة لإزالة اللبس والغموض عنها، يستوعب الإرادة الضمنية ،فلا يجوز إجراء التفسير الواسع (الرأسي والافقي) إلا إذا وجد دليل واضح على وجود الإرادة الحقيقية المشتركة لأطراف العقد التي لم يُعبر عنها صراحةً في العقد ، وإنما تستشف وتفهم ضمنياً ، بمعنى أن الإرادة الضمنية لأطراف العقد توصل بما لا يقبل الشك الى الإرادة الحقيقية المشتركة التي لم يُعبر عنها صراحةً .

ثالثاً- الإرادة الضمنية مسلكاً إيجابياً .

تُعد الارادة الضمنية مسلكاً أيجابياً ، وكما أنها لا تبدأ من فراغ ، اي أن هناك مظاهر مادية تكشف عنها بما لا تدع شكاً في حقيقة مقصود صاحبها دلالة واضحة على رضاه ، فالإرادة الضمنية في حقيقتها ليست مسلكاً سلبياً مجرداً ، وأنما تُعد مسلكاً ايجابياً يُستشف ويُستخلص من

تصرفات الاطراف المتعاقدة ، مثالاً على ذلك ، بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار فضلاً عن قيامه ببعض الاعمال المادية في العين المؤجرة كالتحسينات والترميمات واية اعمال اخرى بعد انتهاء مدة الايجار ،من دون ان يكون ملزماً بتلك الاعمال ، يُفيد تصرف المستأجر انه يرغب ضمنياً في تجديد عقد الإيجار ،ويُعد كذا ايجاباً ضمنياً ، فإذا اتصل هذا الإيجاب الضمني من قبل المستأجر بعلم المؤجر وقبض مقابل الإيجار (الأجرة) ، من دون اي اعتراض أو تحفظ منه على ما قام به المستأجر من اعمال بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، يُعد ذلك من جانب المؤجر قبولاً ضمنياً لتجديد عقد الإيجار ، فإذا ما حصل الارتباط بين إرادة الإيجاب الضمني للمستأجر وإرادة القبول الضمني للمؤجر ، انعقد بينها عقد ايجار جديد ، وهو ما يعرف بالتجديد الضمني لعقد الايجار[٤١] .

وهكذا يتبين أن الأطراف التعاقدية قد تبادلا تعبيرين ضمنيين عن ارادتيهما ، بمعنى أن اطراف عقد الإجارة الجديد (عقد التجديد الضمني) لم يسلك اي منهما مسلكاً سلبياً نابعاً من فراغ ، حتى انهما لا يمكن أن ينطبق عليهما وصف السكوت المجرد ، ذلك لأن هذا الأخير مسلكاً سلبياً هو والعدم سواء، في حين كل من اطراف عقد الإجارة الجديد قد سلك مسلكاً ايجابياً يتضمن مظهراً مادياً دالاً على رغبته في تجديد عقد الإجارة ، فالمستأجر بعد انتهاء مدة عقد الإجارة قام بأعمال مادية دالة على رغبته بتجديد عقد الإيجار بواسطة الإيجاب الضمني ، وهذا الأخير موجه الى المؤجر الذي لم يقابله بالرفض أو التحفظ الصريح ،وإنما قام بعمل مادي ألا وهو قبض الأجرة ، وهذا ويُعد من جانبه قبولاً ضمنياً ، وليس سكوتاً مجرداً ، ومن ثمَ ينعقد عقد الإجارة الجديد بإيجاب وقبول ضمنيين ، وهناك اكثر من مثالاً يبين هذا الدور والأثر الواضح الدلالة للارادة الضمنية في تكوين الصيغة التعاقدية ، فالإرادة الضمنية لا تتحرك من فراغ والمسلك الايجابي هو الدال على وجودها وهذا الوجود يصحبه مظراً مادياً اجتماعياً ملموساً .

المبحث الثاني

شروط الارادة الضمنية وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية

تُعد مسألة تحديد شروط الإرادة الضمنية وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية اخرى ، من المسائل المهمة بمكان من أجل وضع أطار النظرية العامة للارادة الضمنية ، وسنعرض لشروط الإرادة الضمنية في مطلبٍ اولٍ ، وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية في مطلبٍ ثانٍ ، وكما يأتي .

المطلب الاول

شروط الارادة الضمنية

يستلزم تحديد شروط الإرادة الضمنية ،بحث شروط تكوينها اولاً ، ومن ثمَ بحث شروط الإرادة الضمنية للتأثير في التعاقد ، وذلك في فرعين ،وعلى النحو الاتي .

الفرع الاول

شروط تكوين الارادة الضمنية

يُعرف الشرط بالمعنى الإصطلاحي ، على أنه " ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته ،أو ماهيته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء"[٤٢] .

تُعد الإرادة التعاقدية في منظور القانون ، هي تلك الظاهرة النفسية التي تسعى الى تكوين العقد ، وترتب اثاره القانونية إذا ما اتحدت بإرادة أخرى ، وظهرت الى العالم الخارجي بمظهر اجتماعي ملموس ، وتم التراضي بين الإرادتين[٤٣] .

فالإرادة التعاقدية التي يعتد بها القانون وترتب أثاراً قانونية إذا ما اتحدت مع الإرادة الاخرى وتم التراضي بينهما ، فالارادة تستند الى الوجود القانوني لها ، وهذا الوجود هو الذي يحدد معالم تكوينها ، وتكوين الإرادة من حيث كونها عنصراً نفسياً ، تمر بأربع مراحل ، وهذه المراحل على النحو الاتي :

أولاً- مرحلة التفكير : وهذه المرحلة تتضمن تفكير الشخص في أبعاد التصرف القانوني المراد القيام بهِ .

ثانياً- مرحلة التدبير : وفي هذه المرحلة يدرس الشخص النتائج المحتملة ، والتي يمكن أن تترتب على التصرف المزمع القيام بهِ ،ويوازن بين الاثار المختلفة التي قد تترتب على ذلك التصرف .

ثالثاً- مرحلة عقد العزم :وفي هذه المرحلة يقرر الشخص القيام بالتصرف ويحسم موقفه نهائياً تجاههِ ، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو الإرادة نفسها(٤٤) .

رابعاً- مرحلة التنفيذ : وفيها يمضي الشخص قدماً في تنفيذ ما أستقر عليه ذهنه في المراحل السابقة وينقل إرادته من ظاهرة نفسية كامنة في أعماق النفس الى العالم الخارجي ويعبر عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة لتحدث اثراً قانونياً بوصفها إرادة واحدة ، كإيجاب وقبول ،وإذا ما اتحدت مع الإرادة الاخرى واتجهت الى احداث اثر قانوني انعقد العقد ، فالإرادة الواعية المرتبة لآثارها القانونية هي الصادرة عن ذي أهلية وخالية من العيوب ، والتي إذا اتحدت مع إرادة أخرى يكون كلاهما مدرك للمحل الذي انصب عليه العقد والسبب المشروع الباعث الدافع الى التعاقد(٤٥) .

يتبين من المراحل التي تمر بها الإرادة في طور تكوينها ، أن مرحلة عقد العزم تُعد جوهر الارادة ونقطة بداية تكوينها بالشكل الدقيق ، لتأتي بعد ذلك مرحلة انعقاد العزم على إجراء التصرف القانوني ، ومن ثمَ مرحلة التنفيذ ، والتي فيها يتم أحداث الأثر القانوني ،وأعلان الإرادة الباطنة الى العالم الخارجي بمظهر مادي ملموس وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة ، وعند ارتباط ارادتي طرفي العقد يتم التراضي .

فالإرادة التعاقدية في القانون العراقي لا تُعد ركناً مستقلاً من أركان العقد قائماً بذاتهِ ، بل تشكل الارادة التعاقدية قوام التراضي الذي يُعد ركنا مستقلاً من اركان العقد ، فالإرادة هي أحد ركني التراضي ، وهي بالنتيجة حجر الأساس الذي يقوم عليه التراضي، ومن ثمَ العقد الرضائي .

ويمكن تحديد شروط الإرادة الضمنية للتأثير في التعاقد ، على النحو الاتي :

الفرع الثاني

شروط الارادة الضمنية للتأثير في التعاقد

بعد أن تناولنا بحث مراحل تكوين الإرادة الضمنية في ما سبق ذكره من الفرع الاول من هذا المطلب ، من حيث وجودها القانوني ، وصلاحيتها لترتب الأثر القانوني المستند الى ذلك الوجود القانوني الصحيح ،فلا يمكن للارادة أن تتجه لأحداث الاثر القانوني ، مالم يكن وجودها القانوني صالحاً لذلك الاثر ، لذا يمكن القول أن صحة الأثر من صحة المؤثر ، فالأثر الذي تتجه اليه الإرادة الضمنية يدور وجوداً وعدماً وصحةً وبطلاناً مع الوجود القانوني الصحيح للارادة الضمنية .

فما من تصرف قانوني يقوم به الافراد لإشباع حاجاتهم الإنسانية ، إلا ويستند الى إرادة عُبر عنها بالإيجاب تارةً وبالقبول تارةً أخرى ، سواء أنعقد هذا التصرف بإرادة واحدة أو بإرادتين ، وكما هو الحال في التصرفات القانونية ، فالإرادة التي يقوم على وجودها أي تصرف قانوني ، تُعد مسألة كامنة في النفس ، ولا يُستدل على وجودها ، إلا من خلال الوسيلة التي استعملت في أظهارها بمظهر اجتماعي ملموس لمن وجهت اليه .

فالتعبير عن الإرادة من مقتضيات إظهار الإرادة وبيان مدلول وجودها بشكل اجتماعي ملموس ، بأحدى وسائل الإفصاح عنها ، سواء كانت وسيلة الأفصاح أو التعبير عن الإرادة صريحة أو ضمنية ،فالمهم في وسيلة التعبير عن الإرادة أن يدركها صاحبها ويدركها ايضاً من وجهت اليه ، اي أن تكون إرادة واعية للاثر القانوني الذي تتجه الى ترتيبه ، ولا تكون كذلك إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية وخالية من العيوب وتوصل الى التراضي ، وعندئذ يترتب الاثر القانوني الذي اتجهت اليه[٤٦] .

فالتعبير عن الإرادة ، وكما تم الاشارة اليه سابقاً قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً ،فالتعبير الصريح عن الإرادة يُعد وسيلة مباشرة ومألوفة تهدف الى إيصال إرادة المُعبرمباشرةً الى علم من وجهت اليه هذه الإرادة ،أو بمعنى أخر هو الإفصاح الذي يُستعمل فيه احد وسائل التعبير عن الإرادة فيكون لهذا لافصاح مظهراً خارجياً ملموساً يُستدل عليه بطريقة مباشرة لا تحتمل الشك اوعدم الوضوح[٤٧] .

أما التعبيرالضمني عن الإرادة ،يُعد مسلكاً غير مباشر للاستدلال على وجود الإرادة ، من دون استعمال أحد وسائل التعبير الصريح عن الإرادة ، وبطريقة غير مألوفة في المعاملات ، إلا انه لا يمكن تفسيره من دون أن يفترض وجود هذه الإرادة الضمنية[٤٨] .

فليس هناك من مانع يمنع من ترتب الاثر القانوني على التعبير الضمني أسوةً بالتعبير الصريح عن الإرادة ، حيث يكتفى في بعض الاحوال بالتعبير الضمني عن الإرادة ويكون هذا الافصاح الضمني صالحاً لترتب الاثر القانوني .

ومما تقدم ذكره، فالإرادة الضمنية تُعد صالحة من حيث الاصل لترتب الاثر القانوني ، بمعنى اخر ان تكون الإرادة صالحة لترتب الاثر القانوني ، فضلاً عن ذلك إلا يشترط القانون أو الاتفاق خلاف ذلك ، لذا فإن ترتب الاثر القانوني على الإرادة الضمنية يستند أو مقيد بعدة شروط ،وسنعرض لهذه الشروط ، وكما يأتي :

الشرط الاول- صحة الإرادة لترتب الأثر القانوني :

ويقصد بذلك ألا تكون الإرادة المعبر عنها بالإيجاب أو القبول معيبة بأحد عيوب الإرادة والتي نص عليها القانون المدني العراقي (الغلط ،والإكراه، والتغرير مع الغَبن الفاحش، والاستغلال) ، وكذا ألا تكون الإرادة قد أصابها عارض من عوارض الأهلية (الجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة)[٤٩] .

وقد تبنى القانون المدني العراقي نزعة موضوعية بخصوص عيب الإكراه يستشف من نصوصه بهذا الخصوص ، إن هذا العيب اقرب عيوب الإرادة الى العنصر المادي في العقد ، وأبعدها عن العنصر النفسي ، وذلك بسبب ما يتصل به من وسائل الإكراه التي هي اكثر ما تكون وسائل مادية وليست وسائل معنوية خفية [٥٠] .

أما في القانون الإنكليزي فيعرف الإكراه بأنه " العنف الفعلي أو التهديد بالعنف لشخص من الطرف المتعاقد سواء تم فعلاً أو كان مجرد تهديد ".

(Duress means actual violence or threats of violence to the person athreat to the goods of person is not duress is not duress whether actual or threated)[51]

والإكراه في القانون الإنكليزي قد يكون مادياً وهو العنف (Violence) ، وقد يكون معنوياً وهو التهديد بالعنف (Threat) .ولم يشترط القانون الإنكليزي صراحةً في الإكراه إن يكون المكِره قادراً على إيقاع تهديده ، وأن يخاف المُكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره عليه إن لم يفعل الأمر المكره عليه[٥٢] ،كما أن في هذا القانون تعد الشوكة (النفوذ الادبي) أو ما يعبر عنه بالتأثير غير المشروع بحكم الإكراه[٥٣] .كما أن القانون الانكليزي لم يجعل كل ضغط على الإرادة في اطارات التعاملات يُعد غير مشروع ،وانما يعد الضفط العادي أو التهديدات التي تقع في أطار النشاط التجاري امراً شائعاً كأن يهدد احد الأطراف الطرف الاخر بأنه إن لم يقبل بالشروط التي عرضت عليه فلن يحصل على الفائدة التي من الممكن الحصول عليها من العقد .

(Normal pressure or threat which is in the business a ctivity are common to any one of the other parties threaten that if did not accept the conditions of fered to him and told him that no contract with me will not get the benefit that could be obtained from the contract)[54]

والجدير بالذكر ، إن القانون المدني العراقي لم يعول في نظرية الغلط على موضوعه ، بل على تأثيره الدافع على التعاقد ، ولا شك إن هذا لا يغال في إبراز العنصر النفسي، ويمنح العاقد الذي يدعي الغلط حماية واسعة ويضمن سلامة وصحة إرادته ، ومع ذلك فإن القانون المدني العراقي قد وضع قيوداً مأخوذة من موضوع الغلط ، فإن كان هذا الموضوع صفة في الشيء ، فإن الصفة المذكورة يجب إن تكون قد توافق عليها العاقدان معاً ، وقد لا يكون في العقد ما يكشف عن نية العاقدين ، فيلجأ قاضي الموضوع عندئذ الى الظروف التي تم فيها العقد ، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ، وهو ما عناه القانون المذكور في (الفقرة الاولى من المادة ١١٨) منه ، فهذه كلها قرائن خارجية يستدل بها قاضي الموضوع على نية العاقدين ، فما زال القانون المدني العراقي يأبه بالعنصر النفسي في العقد في هذا الموضوع ، وليس في وسع القاضي إن يستند الى معيار مادي ، لكي يفرض حكمه على العاقدين بحجة إن هذا هو ما يفرضه مبدأ حسن النية [٥٥].

وقد اشترط القانون المدني العراقي لوجود الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد موقوفاً هو ان يكون الغلط جوهريا اولاً ،وثانياً ان يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر ، فيكون الغلط الجوهرياً ، إذا كان هو الدافع الرئيس الى التعاقد [٥٦].

ومعيار الغلط الجوهري معيار ذاتي (شخصي) يقضي فيه البحث عن نية المتعاقد (الذي وقع في الغلط) لمعرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً لديه (اي كان دافعاً الى التعاقد)[٥٧] .

فالنزعة الشخصية في القانون المدني العراقي بما يتعلق بنظرية الغلط ، لم تكن مطلقة فقد قرنها بضوابط موضوعية رغبة منه في تحقيق استقرار التعامل ، ويبدو ذلك في تقدير الصفة الجوهرية في الشيء فلم يكتفي بنية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانت الصفة جوهرية أم لا ، بل منح القاضي حق الإستعانة بعايير موضوعية يستطيع من خلالها تبين حقيقة الغلط وما إذا في صفة جوهرية أم لا وتلك هي الظروف التي تم فيها إبرام العقد وما يفرضه التعامل من حسن نيه ، وبهذا يكون المشرع العراقي قد اعتمد النزعة الشخصية (العنصر النفسي) كأصل عام مقروناً بضوابط موضوعية[٥٨] .

كما تظهر النزعة الشخصية من خلال اعتبار الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته غلطاً جوهرياً ، اذ عادةً ما يقع هذا الغلط في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع والشركة ، اذ يكون هذا الغلط هو السبب الدافع الى إبرام العقد ، اي إن تتولد لدى المتعاقدين في حالتي الغلط "بشخص المتعاقد و صفة من صفاته" حالة نفسية تخالف الواقع يندفع تحت تأثيرها الى إبرام التصرف ، فهنا يبلغ العنصر النفسي ذروته عندما يكون موضوع الغلط ذات المتعاقد أو صفة فيه [٥٩].

أما عيب التغرير المصحوب بالغَبن الفاحش ، فالتغرير هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الاخر في غلط يدفعه الى التعاقد فالتغرير ، ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة إنما الغلط الذي يثيره التغرير في ذهن المتعاقد فيدفعه الى التعاقد [٦٠].

أما الغَبن ، هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه ، والغبن إما يسير وهو التفاوت بالمقدار الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم أو فاحش وهو ما كان خلاف ذلك[٦١] .

هذا مع ملاحظة إن مجرد الغَبن الفاحش لا يمنع من تفاذ العقد في ظل القانون العراقي إلا إذا كان المغبون محجوراً أو كان الذي حصل فيه الغَبن هو مالاً مملوكاً للدولة أو للوقف فهنا يكون العقد باطلاً[٦٢] .

وقد اشترط القانون المدني العراقي لكي يتوقف العقد نتيجة التغرير مع الغبنَ على اربعة شروط وهي :

١- استعمال طرق احتيالية . ٢- ان يكون التغرير هو الدافع الى التعاقد . ٣- أن يصدر التغرير من احد المتعاقدين أو يكون على علم به أن صدر من الغير[٦٣] .٤- أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش .

فعند استعمال طرق احتيالية فهذا يتحلل الى عنصر مادي هو الطرق الاحتيالية وعنصر معنوي هو نية التضليل . ويُقصد بالطرق الاحتيالية هي استعمال المتعاقد حيل غير مشروعة قانوناً بحيث ينخدع بها المتعاقد[٦٤] .

وتتفاوت الطرق الاحتيالية المستخدمة بتفاوت ذكاء المدلس وغباء المدلس عليه ، فمن الناس من يصعب خداعه ومنهم من يسهل غشه ، فالمعيار هنا ذاتياً (شخصياً)، وعادةً تتكون هذه الحيل من وقائع ايجابية اي من تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد إخفاء حقيقة الأمر على المتعاقد أو ايهامه خلاف الواقع[٦٥] .

مع ملاحظة ان مجرد الكذب لا يكفي لأعتباره طريقاً احتيالياً كالتاجر الذي يبالغ في مدح بضاعته حتى وان وصل حد الكذب طالما كان ذلك مألوفاً في التعامل . لكن في ذات الوقت يُعد طريقاً احتيالياً إذا ما وردَ على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد كعقود التأمين ، إذ يُعد الإدلاء ببينات كاذبة طريقاً احتيالياً[٦٦] .

أما العنصر المعنوي في استعمال الطرق الاحتيالية فهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع قانوناً فلا تُعد الطرق الاحتيالية تغريراً إلا إذا كانت بهدف الوصول الى غرض غير مشروع[٦٧] .

وتجدر الاشارة ، ان القانون المدني العراقي عندما اشترط ان يقترن التغرير بالغَبن الفاحش ،حتى يكون ذلك سبباً لوقف العقد ، هنا يكون قد جمع بين النزعتين الشخصية والموضوعية ، ومعيار الغَبن الفاحش اورده القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة(١٠٧٧) منه .

أما عيب الإستغلال فهو الاخر قد جمع فيه القانون المدني العراقي بين النزعتين (الشخصية والموضوعية) ، فالجانب الموضوعي فيه يتمثل بالغَبن ، كما يتمثل الجانب النفسي في سوء نية المستغِل وقصد استغلالهِ لصفات معينه في الطرف الاخر ، وهذا ما اشارت اليه المادة (١٢٥) مدني عراقي .

وهنا لابد من القول، ان هناك جانب من الفقه ، ونحن نؤيد ما اتجه اليه ، على أنه الإرادة المعول عليها في عيب الإستغلال ، وعلى العكس من عيوب الإرادة الاخرى ، هي ليست إرادة ضحية الإستغلال ، بل إرادة من صدر عنه الإستغلال ، فهي إرادة غير مشروعة اذ لا ينطوي الامر على عيب في الإرادة ، بل ينطوي على عمل غير مشروع ، لذا كان الأجدر بالمشرع

العراقي أن ينص على جزاء الإستغلال هو بطلان العقد بغض النظر عن عقود المعاوضة وعقود التبرع فهو جزاء موجه ضد العمل غير المشروع[٦٨] .

أما الغلط في القانون الإنكليزي فهو يحدث عندما يكون هناك اتفاق بين شخصين على نفس شروط ومحل العقد ، ولكنه في الواقع لم يكن هناك اتفاق بينهما والسبب هو عدم حدوث التوافق بين إرادة الشخص (الإرادة الباطنة) وتعبيره (الإرادة الظاهرة) الذي جاء خلافاً لإرادته .

(The kind of mistake weare considering here is mistake as to the offer or acceptance , mistake that is as to the agreement if two (or more) persons agree in the same terms on the same subject – matter , they are bound and aperson will in general be bound , even though he was not in his own mind agreed if his conduct would lead areasonable man to suppose that he had agreed , but acourt will depart from this usual objective view if it is satisfied that in reality there is no agreemen)[69]

ويشترط القانون الانكليزي ان يكون الغلط في الوقائع لا في القانون .

(An operative mistake may be one as to act not law)[70]

وكما يشترط في الغلط إن يكون مؤثراً اذ على اساسه يمكن اعتبار العقد باطلاً فالغلط غير المؤثر لا يمكن إن يبطل العقد .

(A common law, an operative mistake renders contract viod not viodable)[71]

ويُقصد بالغلط المؤثر في القانون الانكليزي هو الغلط الذي يمنع عند الوقوع فيه من تقدير جوهر الإيجاب والقبول ولما كان العقد يعتمد في انعقاده على التطابق بينهما (الإيجاب والقبول) فإن صدر الإيجاب في معنى وانصرف القبول الى معنى اخر فلا يتحقق التراضي ،اي لن يكون ثمة اتفاق صحيح بين المتعاقدين ويستطيع من وقع في الغلط المؤثر أن يدفع بالقول بأنه لم يقصد إبرام العقد الذي تم في الظاهر .

وهكذا يتضح مما ذكر سابقاً ، انه يُشترط في الغلط الذي يجعل الإيجاب غير مطابق للقبول هو مدى تأثيره في إرادة المتعاقد الآخر فيستطيع من وقع فيه أن يدفع بأنه لم يقصد إبرام العقد الذي تم في الظاهر ، لذا فالعنصر النفسي يلعب دوراً كبيراً ومهماً في تحديد مدى انصراف إرادة المتعاقد الى إبرام العقد ومدى تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة[٧٢] .فالغلط هنا قد وقع في محل العقد (أي عدم الاتفاق على ذات المحل) مما جعل العقد باطلاً .

(There can be no actual agreement between parties if the subject – matter , has ceased to exist at the time the contract was entered into)[73]

ويتضح مما تقدم ذكره، إن الفرق بين القانون العراقي والإنكليزي فيما يتعلق بنظرية الغلط ، يكمن في أن القانون المدني العراقي قد اعتبر انعدام المحل يؤدي الى بطلان العقد وليس الوهم الذي قام في ذهن المتعاقد[٧٤].

وكما أن الغلط في القانون الإنكليزي ينقسم الى ثلاثة أنواع ، فهناك الغلط المشترك (Common Mistake) والغلط المتبادل (Mutual Mistake) والغلط من جانب واحد (Unilateral Mistake).

فالغلط المشترك يكون عندما يقع كلا المتعاقدين في نفس الغلط ، أما التبادلي فيقع عندما يعتقد احد المتعاقدين بخلاف اعتقاد الآخر ، والغلط من جانب واحد يكون في حالة وقوع احد المتعاقدين في الغلط مع علم الطرف الآخر أو كان من السهل عليه أن يعلم[٧٥] .

والجدير بالذكر ، إن القانون الإنكليزي لا يعترف بالغَبن بعناه المعروف في القانون المدني العراقي ، انما يعرف التدليس كعيب موجب لفسخ العقد مع التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية .

ويتمثل التدليس (Misrepresentation) ، بالبيانات غير الصحيحة التي تصدر من احد المتعاقدين بحسن نية (إهمال) أو سوء نية مما يوهم العاقد الاخر على نحو يدفعه الى التعاقد . ومن ثمَ فأن التدليس إما أن يكون بريئاً أو بسوء نية .

(Whenever aparty has fraudulently induced another to enter into a transaction under circumstances giving the latter the right to bring atort action for decival party may instead elect to aviod the transaction and clim restitution)[76]

ويُعد من قبيل التدليس عدم الإفصاح عن المعلومات في العقود أو الادلاء ببيانات كاذبة إذ تعمل على ترتب المسؤولية التقصيرية على الطرف المدَلِس .

(However ,is not true thereor many instances when atransection may be avoided for misrepresentation or non-disclosure despite the fact that atort action for froud would not)(77)

ولا يشترط القانون الانكليزي لقيام التدليس إن يقترن بالغَبن الفاحش ، فهو لا يرتب اثراً قانونياً على التفاوت في القيمة بين الاداءات المتقابلة وذلك لأن القانون لا يعرف اصلاً نظرية الغَبن في المعاملات العقدية ، فهو يجهل الغَبن بمعناه المعروف في القانون المدني العراقي(٧٨) .

أما عن الاثر المترتب على التدليس ، فهو فسخ العقد بالنسبة للطرف الذي ابرم العقد نتيجة الاحتيال ، كما يحق للمحكمة منح تعويضاً بدلاً عن فسخ العقد في إبقاء للعقد إذ يكون من المنصف أن تفعل المحكمة ذلك ، وقد يكون فسخ العقد التعويض بالنسبة للطرف الاخر في حالة التدليس بإهمال ، وذلك بحسب طبيعة الاحتيال والخسارة التي تتكون نتيجة طرق الاحتيال .

(This subsection reads as follow where a person has entered into acontract after amisrepresentation has been made t0 him other wise than fraudulently and he would be entited by reson climed in any proceedings arising out of the contract)(79)

الشرط الثاني – القانون يشترط درجة افصاح معينة لترتب الاثر القانوني .

فقد يتطلب القانون في بعض التصرفات درجة افصاح معينة للتعبير عن الإراة كما في حالة اشتراط القانون ان يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، وعليه لا يقوم التعبير الضمني مقام التعبير الصريح في الأثر المترتب عنه، فالقانون هو الذي يحدد درجة الافصاح اللازمة كي توجد الإرادة وتنتج آثرها ، وهو الذي يعين طبقاً لطبيعة الافصاح ولطبيعة الأثر المتولد منه ،واللحظة التي تعد عندها الإرادة جدية ، اي يعين القانون متى تعد بالنسبة لمن صدرت منه باتةً لا يمكن الرجوع فيها، ومتى يعد اظهارها كافياً لسريان آثارها قِبل الغير والزامهِ بها ، هذهِ هي مشكلة الاظهار التي اولاها القانون اهتماماً بالغاً ، فالثابت ان الإرادة عملاً كامناً في النفس ، لا يعلم بها من إلا صاحبها

ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بمظهر من مظاهر التعبير لتبرز للعالم الخارجي ، ويعتد بها قانوناً ، فالافصاح أذن هو المظهر الخارجي المادي المكون للارادة الكامنة في النفس[٨٠] .

فالافصاح بالنسبة للارادة يُعد مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس ، ولا تأخذ مظهراً اجتماعياً إلا بهِ، فهو الشيء المادي الذي يستطيع القانون ان يحيط بهِ وان يرتب احكامه، من دون حاجة الى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيه فالقانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة لا يكون لها وجود إلا في العالم النفسي او العنصر النفسي ، فإذا اريد ان يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ينبغي ان تتجسم في المظهر المادي لها أو عنصرها المادي ،وهو ما يستطاع ادراكه[٨١] .

وهكذا يتبين ان الإفصاح عن الإرادة من حيث الاصل لا ينحصر بكيفية معينة ، بمعنى اخر لم يحصر القانون المدني العراقي التعبير عن الإرادة بكيفية معينة ،بل ترك ذلك للعاقدين ، وهذا ما اشارت اليه المادة (٧٩) منه ، ويتبين من عجز المادة المتمثل (وباتخاذ اي مسلك اخر) يجزم بل يعطي للاطراف التعاقدية حرية في التعبير عن ارادتهما بوسيلة توصل للتراضي ، وهذا مقتضى اصل مبدأ الرضائية في التعاقد ،ولذا لا يلزم ان يكون الإفصاح عن الإرادة صريحاً، فليس هناك من مانع يمنع الاطراف التعاقدية من التعبير عن اراتهما بطريق او افصاح ضمني دال على التراضي ، بإستثناء الحالات التي يشترط القانون فيها ان يكون التعبير صريحاً ، وهنا يتدخل القانون في تحديد كيفية الافصاح عن الإرادة، وهذا التدخل يهدف الى مراعاة وحماية المصالح للاطراف المتعاقدة .

فالوجود القانوني للتعبير هو الذي يرتب الاثر القانوني ، فإن كان التعبير ايجاباً فإن اثره هو صلاحيته ان يقترن القبول به ، وان كان التعبير قبولاً فإن اثره هو اقترانه بالايجاب اي انعقاد العقد[٨٢] .

وتبرز اهمية تحديد القانون درجة الافصاح عن الارادة لكي تنتج الاثر القانوني ،عندما لا يكتفي القانون في التعبير عن الارادة ، مجرد الإفصاح ، بل يوجب فضلاً عن ذلك إن يتخذ التعبير وجهة معينة ، كتوجيهه الى شخص معين وإعلامه به . وعندئذ يكون علم هذا الاخير بالتعبير جزءاً منه ، لا يتم وجوده القانوني إلا به ، ومن التطبيقات القانونية بهذا الشأن ، ان القانون المدني العراقي يقرر ان الوكيل لا يُعد معزولاً عن عقد الوكالة مالم يتم علمه بعزل الموكل ،وقبل ذلك تُعد الوكالة قائمة وتصرفات الوكيل نافذة في حق الموكل ،وهذا ما نصت عليه (الفقرة ثانياً) من المادة (٩٤٧) منه ، على انه " ولا انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثاني ". وكما اكدت هذا

المعنى المادة (٩٤٨) منه، على انه " لا يحتج بإنتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بإنتهائها ".

وكما اولى القانون الانكليزي اهتمام كبير لمسألة الافصاح عن الارادة في العقد عبر التعبير ، وقد اشترط جملة امور في الافصاح لابد من توافرها لكي يتم ترتب الاثر القانوني ، وهي كما يأتي :
اولاً- الافصاح يجب ان يكون مكتملاً ،اي متضمناً للبنود الاساسية للعقد ، وبخلافه يفشل الافصاح في صنع العقد .

(Mutual expression of agreement may fail to consummate a contract for the reason that they are not complete, some essential term not having been included)[83].

ثانياً- الافصاح يجب ان يكون جدياً.

(In order to constitute an offer, the statement must be positive rather than negative in form)[84]

ولا تقتصر مسألة الجدية على الافصاح فقط فالأخير لا ينهض لوحده مكوناً عقداً مالم تكن نية الاطراف هي الاخرى جدية .

(An agreement to fail to qualify as a contract because of inherent uncertainty as

to the intention of the parties or as to the language used by them)[85] .

وتجدر الاشارة الى ان جدية العقود في وجود العقد من عدمه ، تبرز عندما لا ينتج الاتفاق عقداً في القانون الانكليزي رغم توافر اهم اركانه.

(Even where all the other requirement of a contract are satisfied it is still possible for an agreement to fail to qualify as a contract)[86].

فالعقد في القانون الانكليزي لا يتم ولا يأتي للوجود حتى ولو اقترن القبول بالإيجاب مالم تكن بنودهِ الاساسية جدية يقينية ، وهذه هي خاصية اليقين في العقود المدنية ، ويتوقف على توافرها

صحة العقد ،أو بطلانه، وبهذه الخاصية يميز القانون الانكليزي العقود المدنية عن العقود التجارية ، فيلزم توافرها هذه الخصيصة في العقود المدنية ولا يتطلبها في العقود التجارية .

(A contract may fail to come into existence , even though there is offer and acceptance , because of uncertainty as to what has been agreed)[87] .

ففي سابقة قضائية (scammell v. ouston HL 1941) عد مجلس اللوردات العقد المبرم بين الطرفين لشراء حافلة بموجب بنود البيع الايجاري (أو الايجار الساتر للبيع) عقداً يفتقر الى القوة الملزمة ولا يمكن تنفيذه لان بنوده يكتنفها الغموض ولا تتسم باليقين الكافي لإنشاء عقد صحيح ملزم ، جاء في حيثيات قرار مجلس اللوردات بأن هناك اشكال وصيغ متعددة كثيرة لعقود البيع الايجاري ولم يحدد الطرفان المتعاقدان صيغة أو شكل معين لذا فإن عقدهما باطل لا يمكن تنفيذه.

(In scammell v. ouston 1941 H.L. the parties agreed that ouston should acquire from scammel a new motor – van on hire purchase trme , the house of lord held that the agreement was too vague to be enforced , since hire – purchase term were many and various and it was impossible to decide on which hire – purchaseterm the parties intended to contract)[88]

كما وتبرز اهمية ان تكون النية جدية في تمييز العقد عن الاتفاقات الاجتماعية والعائلية فالأخيرة يفترض فيها القانون عدم وجود نية للدخول في التزامات قانونية ، وهذا ما يفسر عزوف المحاكم عن الفصل في الاتفاقات ذات الصبغة الاجتماعية[٨٩] .

The courts have refused to enforce promises of family or domestic nature on the ground that there was no intention to great legal relation .

اما في العقود التجارية التي يتم التفاوض عليها بين رجال الاعمال فإن المحاكم الانكليزية كانت قد جرت العادة لديها في تنفيذ هذه العقود وأن كانت، من دون نية جدية ، وكانت بنود الطرفين تتسم بالغموض والايهام حيث يتم تفسيرها بالرجوع الى معايير العدالة والمعقولية[٩٠] .

In commerical contract ngotiated between business men , the cours are able and willing to supply any necessary terms on the basis of what is just and reasonable , provided that there was a definite intention to be bound .

وكما انه ايضاً في سابقة قضائية (Hillas co ltd v. Acros ltd HL 1932) لم يتضمن عقد البيع المبرم بين الطرفين ثمناً محدداً للمبيع على وفق المعاملات السابقة بين الطرفين فقد توصلت المحكمة الى استنتاج مفاده " ضرورة تطبيق ما يُعرف في القانون الانكليزي بالثمن المعقول (Reasonable price) بموجب المادة (٨) من قانون بيع البضائع الانكليزي ١٩٧٩ [٩١] .

(In Hillas v. Arcos 1932 H.L) the house of lord upheld an agreement for the purchase of timber of faire specification holding that in the light of the previous course of dealing between the parties and in the light of the legal implication in contracts of what is reasonable the words used were sufficiently certain … that the courts will if possible implement and not defect reasonable expectations ….)

فالعقود التجارية التي يكون فيها دليل شفهي أو كتابي للاثبات يَفترض القانون فيها ان الطرفين دخلا فيها قاصدين احداث نتائج قانونية ومع ذلك فإن هذا الافتراض قابل للاثبات العكس .

وهكذا يتبين مما تقدم ان النية في القانون الانكليزي يتم تحديدها بطريقتين ، اولهما بالإفصاح عنها ، وثانيهما بمعيار المعقولية[٩٢] .

1- by what he say and
2- by what he dose in the light of what a reasonable intelligent person would naturally have intended by such statements or acts .

ثالثاً – ويشترط في الافصاح ان يكون فعالاً ، ولا يكون كذلك مالم يصنع بطريقة تحمل الطرف الثاني الاعتقاد بإن الايجاب اتٍ من المرسل[٩٣] ، وهذا الشرط يُعد الركن المادي في الاعلام .

An expression of willingness to make a contract is not an operative offer unles it is made in such manner as justifies anther person in thinking that it is directed to him for his acceptance.

رابعاً – الإفصاح يجب ان يكون متفقاً مع النية اي ان يكون لدى المُفصح نية انشاء اثر قانوني ، وبخلافه لا يكون للعقد اي وجود بالمعنى الدقيق[٩٤] .

An agreement is not binding contract unless it is intened to have legal effect.

وعلى هذا الاساس ، ومما تقدم ذكره من شروط يجب توافرها في الافصاح عن الارادة لكي يكون صالحاً ترتب الاثر القانوني ، يتبين ان النية لإنشاء رابطة قانونية يُعد عنصراً تكوينياً مهماً في انشاء العقد حيث ينبغي على محكمة الموضوع ان تتأكد من ان كلا الطرفين كانا قد قصدا بإتفاقهما هذا ترتيب اثار قانونية صراحةً أو ضمنياً [٩٥]، وإذا تعارضت نية انشاء علاقة قانونية مع الافصاح فالمحكمة تحكم بعدم وجود عقد قانوني[٩٦] .

If the intention to great legal relation is expressly negative the intention of the parties will be respected by the courts and there will usually be no legal contract.

الشرط الثالث – الاتفاق يشترط درجة افصاح معينة :

فقد يشترط المتعاقدين ان التعبير عن الارادة لا يكون إلا بدرجة افصاح معينة ، فمثلا يشترط المتعاقدين ان يكون التعبير عن الارادة صريحاً وفي شكل خاص ، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل في التعبير عن الارادة[٩٧] .

ومثلما هو معروف ان الشكلية بالمعنى الدقيق ،أوالتي يفرضها القانون في بعض التصرفات القانونية الغرض منها تفعيل الارادة في التوصل الى الاثر المنشود من ذلك التصرف ، ومن ثم فهي اسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع ، ويكون عنصراً اساسياً في انشاء العقد[٩٨] ،أو كونه الاسلوب المحدد الذي يتعين ان يكون الرداء الذي تظهر به الارادة عند التعبير عنها[٩٩] ، ومن ثم يكون غيابها سبباً في انعدام الاثر القانوني للتصرف[١٠٠] .

ويتضح مما تقدم ، ان الشكل يتصل بالتعبير عن الارادة ، لا بالارادة ذاتها ، وذلك ان الارادة تُعد امراً باطناً من كوامن النفس [١٠١]، لا يمكن التعرف اليها الا باظهارها الى الوجود المادي بتعبير ما يصدر عن الشخص للدلالة عليها ، وهذا الافصاح المادي الخارجي الملموس والمحسوس ، وهو ما يجعل بالامكان فهمها والتوصل الى مدى جديتها في الانصراف الى احداث أثر قانوني معين ، ومن دون الافصاح عن الارادة تبقى عديمة الاثر ولا يمكن ان تكون إلا حقيقة نفسية باطنة [١٠٢].

فمن الممكن للاطراف الاتفاق على اشتراط شكلية معينة للافصاح عن الارادة ،وقد يكون في صورة صريحة أو يكون ضمنياً ، ومن ثم ينبغي على الاطراف اثبات ما جاء في اتفاقهما الضمني[١٠٣]، ولا يكفي اثبات الاتفاق لتحديد الاثر المترتب عليه ، فلابد من تحديد القصد من اشترطه ، وبمعنى اخر تحديد فيما إذا كان الاتفاق على شكلية معينة للافصاح عن الارادة كان القصد من أنه مجرد دليل لإثبات العقد ، أو شرطاً لإنعقاده .

فالتصرف القانوني الرضائي يبقى رضائياً ، ولا يمكن تحوله الى تصرف شكلي لمجرد تقييد انعقاده بشكلية يتفق عليها الاطراف التعاقدية [١٠٤] ، والقول بغير ذلك سوف يؤدي الى افراغ التصرف الرضائي من محتواه ، وتوهم المتعاقدين عدم الانعقاد ، في حالة عدم مراعاة الشكلية المتفق عليها بينهما للانعقاد ، في حين يكون العقد قد انعقد بتوافر اركان انعقاده .

المطلب الثاني

تمييز الارادة الضمنية عما يشتبه بها من اوضاع قانونية

تُعد مسألة تمييز الإرادة الضمنية عما يشتبه بها من اوضاع قانونية قائمة ومقاربة لها ، في غاية الاهمية ابتداءاً من مرحلة تكوين العقد، ومروراً بمراحله اللاحقة الاخرى ، وسوف نعرض لتمييز الإرادة الضمنية عن الإرادة الظاهرة(الفرع الاول) ، والإرادة الباطنة (الفرع الثاني)، والإرادة المفترضة (الفرع الثالث)، وكما يأتي :

الفرع الاول

تمييز الارادة الضمنية عن الارادة الظاهرة

يُقصد بالإرادة الظاهرة ،المظهر الاجتماعي الملموس للافصاح عن الارادة ،وحيث انه الإرادة مسألة نفسية أو شيء كامن بالنفس ، ولكي يكون لها أثراً يُعتد به قانوناً لابد أن تأخذ مظهراً أجتماعياً مادياً ملموساً ، فالعبرة بهذا الإفصاح عن الإرادة ، ومن هنا جاءت نظرية الإرادة الظاهرة التي تبناها الفقه الالماني ،والتي تعول على المظهر الخارجي للارادة وتعده عنصرها الاساس ، فلا توجد الإرادة من دونه ، وينبغي الوقوف عنده ، فهو دليل قاطع لا يقبل اثبات العكس

،فلا يُعتد بأن يدعِ شخص أنه يقصد غير ما أظهر أي "عدم تطابق إرادته مع تعبيره" ، طالما أنه أرادَ هذا التعبير للافصاح عن إرادته [١٠٥].

فضلاًعن ذلك،أن الإرادة الظاهرة تعتمد المعيارالموضوعي الذي يتحدد بالعرف والمألوف بين الاشخاص في الروابط العقدية ، وتُعد الإرادة الظاهرة العنصر المادي في العقد،وتتخذ الإرادة الظاهرة تعبيراً صريحاً للافصاح عن الإرادة تارةً، وتارةً اخرى تتخذ تعبيراً ضمنياً للافصاح عنها[١٠٦] .

والمقصود بالتعبير الصريح عن الارادة ،وكما تم الاشارة الى ذلك سابقاً، هو الافصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة ويصلح هذا الافصاح في ذاته للكشف عن الإرادة وحسب المألوف بين الناس في معاملاتهم ، وقد يتخذ هذا الافصاح الصريح عن الإرادة عدة وسائل منها ،التعبير باللفظ اي الكلام ويتم ذلك بإستعمال أو ايراد الالفاظ الدالة على المعنى الذي تقصده أو تنطوي عليه الإرادة ، وهي الطريقة العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين الحاضرين ، ويستوي أن يتم التعبير بالكلام ،أو الالفاظ مباشرة من شخص الاصيل، أو عن طريق التليفون ، أو عن طريق رسول يكلف بنقل التعبير كما هو الى الطرف الاخر ،ومن دون ان يكون له صفة النيابة في التعبير، ومهما كانت اللغة المستعملة ، بشرط أن يفهمها الاطراف التعاقدية[١٠٧] .

وكما يجوز أن يكون التعبير الصريح بإتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي ، فيمكن أن يكون التعبير صريحاً ايضاً بإتخاذ اي موقف لا تعد ظروف الحال شكاً في دلالتهِ على حقيقة مقصود صاحبه ، وذلك إذا كان هذا الموقف المتخذ يدل بذاته دلالة كافية وأكيدة على هذا المعنى المعين وفقاً لما تألف عليه الناس ، وبمعنى أخرأن الموقف المتخذ يدل مباشرةً على إرادة الشخص بمجرد استعمالهِ ، من دون إعمال للفكر في استنتاج إرادة صاحبه ، وهذهِ الصورة من التعبير الصريح تتسع لكافة ما يخرج عن الصور السابقة الذكر للتعبير الصريح[١٠٨] .وكما هو الشأن في وضع ميزان او الة لتوزيع سلع معينة ميكانيكية وزجاجات المشروبات، أو ضع جهاز تليفون الي، أو وقوف سيارات الاجرة ذات الاسعار المحددة في الاماكن المعدة لها يُعد عرضاً صريحاً للجمهور[١٠٩].

وكما أن الإفصاح ،أو التعبير الضمني عن الإرادة يكون غير متعارف عليه بين الناس ، اي انه غير مألوف بينهم ،ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين المتعاقدين ، لا يمكن تفسيره إلا بإعتبارهِ تعبيراً عن الإرادة ، مثال ذلك ، بقاء المستأجر في العين المؤجره بعد انتهاء عقد الإيجار ، فيُعد ذلك تعبيراً ضمنياً عن رغبة المستأجر في تجديد عقد الإيجار[١١٠] .

ومما تقدم ذكره، يتبين ان التعبير الضمني عن الارادة وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ، يُعد صورة من صور الإرادة الظاهرة ، ولكن التعبير الضمني عن الإرادة ، لا يوصل مباشرةً لمقصود صاحبهِ ، ولا بشكل مألوف بين الناس، وإنما يتضمن ازدواج في الدلالة ،أي انه لا يمكن الوصول الى الافصاح عن الإرادة إلا بإعمال القرينة أو الدلالة الموصله الى مقصود صاحبه .

أما الإرادة الظاهرة ، فإنها تتحقق من خلال التعبير عن الإرادة بمظهر اجتماعي خارجي ومألوف بين الناس ، ويُعد ذلك العنصر المادي في العقد ، ولا يحتاج الى قرينة للوصول الى مقصود صاحبه، وانما تكون دلالة التعبير هنا دلالة مباشرة عن الإرادة وهذا يتمثل طبعاً بالتعبير الصريح عن الإرادة ، وبطبيعة الحال فليس هناك من مانع يمنع اطراف العلاقة التعاقدية من التعبير عن إرادتيهما بصورة صريحة ،أو ضمنية إلا في حدود اشتراط القانون في بعض العقود أن يكون الافصاح عن الإرادة صريحاً ، وبالإستناد الى مبدأ الرضائية في العقود ، فللاطراف التعاقدية الحرية في التعبير عن إرادتيهما بالشكل الذي يوصل الى التراضي سواء كان الإفصاح صريحاً ،أو ضمنياً فالأثر القانوني واحد، وليس ثمة من أختلاف بينهما.

الفرع الثاني

تمييزالارادة الضمنية عن الارادة الباطنة

الإرادة الباطنة ،وكما تسمى بالإرادة الحقيقية التي تُعد العنصر النفسي في العقد، ويُعد التعبير عنها ، دليل عليها ، ولكنه دليل يقبل إثبات العكس ، ومثلما هو معروف فإن نظرية العقد في القانون المدني العراقي من حيث الأرادة التعاقدية المعول عليها في ترتب الأثر القانوني ، يتنازعها إرادتين هما ، إرادة ظاهرة يتجسد وجودها بالعبير عنها بمظهر اجتماعي خارجي مادي ملموس ، والذي يمثل العنصر المادي في العقد ، وكما تم الإشارة الى ذلك سابقاً ، والى جانب الإرادة الظاهرة ، توجد الإرادة الباطنة ، والتي تمثل العنصر النفسي بالعقد ، وقد تبنى نظرية الإرادة الباطنة انصار المدرسة اللاتينية ، ومنها التقنيين المدني الفرنسي ، والتقنينات الاخرى التي نقلت عنه، وقد ذهب انصار المدرسة اللاتينية الى الأخذ بالإرادة الباطنة وتغليبها على الإرادة الظاهرة ، والبداية في الإرادة الباطنة ، أن التعبير لا يعتد به ولا تكون له قيمة ولا يجوز أن يترتب عليه اي أثر قانوني ،إلا بالقدر الذي يكون فيه التعبير مطابقاً للارادة الباطنة ، وعند اختلاف التعبير عن الإرادة الباطنة فيتم طرح التعبير جانباً ، فالمعول عليه وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، ليس التعبير

، وإنما الإرادة الباطنة ، فالتعبير ليس إلا وسيلة تظهر بها الإرادة للعالم الخارجي ، كون هذه الإرادة الباطنة مسألة كامنة في النفس ، وحتى يتم اظهارها للعالم الخارجي الملموس ،فلابد من التعبير عنها ،ولكن ينبغي أن يكون التعبير مطابقاً ويتحدد بمضونها وشروطها ، فالتعبير يُعد العنصر المادي في العقد ، والإرادة الباطنة تُعد العنصر النفسي بالعقد ، ولابد من الأخذ بالإرادة الباطنة كما هي وبالطريقة التي أرادتها الأطراف التعاقدية ، تجسيداً لمبدأ الرضائية في العقود[١١١].

فالمهم في الأمر هنا، أن القانون المدني العراقي لم يأخذ بالإرادة الظاهرة، أو الإرادة الباطنة بشكل مطلق ، ولم يغلب أحداهما ، على الأخرى على الدوام ، فإذا نظرنا الى الى صيغة العقد نجد أن القانون العراقي يغلب الإرادة الظاهرة ،إذا كانت صيغة العقد قد جاءت بصيغة الماضي ، ذلك لأن صيغة الماضي يراد بها الحال وبشكل قاطع الدلالة ،ولا يقبل العكس ، أما إذا كانت صيغة العقد قد جاءت بصيغة المضارع ،أو الأمر،أو الاستقبال ، نجد أن القانون العراقي قد غلب الإرادة الباطنة ، ذلك لأن صيغة المضارع أو الأمر، فقد يراد بهما الحال، أو الاستقبال ، فالمسألة ليست قاطعة الدلالة هنا على الحال ، ولابد من الرجوع والتقصي عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين ، وذلك لضرورات عملية تحتم الأخذ بالإرادة الحقيقية بخصوص هذا الفرض[١١٢] .

وطالما أن الإرادة الضمنية ووفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة تُعد تعبيراً ضمنية عن الإرادة وبصورة ضمنية تحتاج الى دلالة أو قرينة توصل الى مقصود صاحبها ، لذا فإن معيار أو نقطة التمييز بينها وبين الإرادة الباطنة ، يكمن في أن الاخيرة تُعد مسألة كامنة في النفس ، بمعنى أخر تمثل العنصر النفسي في العقد ، ووسيلتها للظهور بمظهر خارجي اجتماعي مادي ملموس ، لابد من التعبير عنها ، ولكن بشرط أن يكون المعول عليه في ترتب الأثر القانوني هو تطابق التعبير مع الإرادة الباطنة من حيث المضمون والشروط ، من ثمَ فلا قيمة للعبير إلا بقدر تلك المطابقة مع الإرادة الباطنة ، أما الإرادة الضمنية ، فهي ليست إرادة كامنة في النفس ، بمعنى انها ليست حالة نفسية داخلية لدى الشخص ، وإنما طريقة للافصاح أو التعبير عن الإرادة بصورة ضمنية بدلالة المسلك الذي يوصل الى حقيقة مقصود صاحبة ، ولكن هذا المسلك لابد له من قرينة تستنتج من الظروف المحيطة بالتعبير عن الإرادة ، ومن ثمَ لا قيمة للارادة الضمنية مالم يتم التعبير عنها ، ومع ذلك فإن المسلك الذي يتم اتخاذه للتعبير عن الإرادة الضمنية يُعد مسلكاً او موقفاً غير مألوف بين الناس ، ولكنه اي التعبير لا يمكن تفسيره، من دون أن يفترض وجود هذه الإرادة الضمنية ، فالتعبير عن الإرادة الضمنية يُستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة[١١٣] .

الفرع الثالث

تمييز الارادة الضمنية عن الارادة المفترضة

وفقاً لمفهوم وتوجه انصار النظرية الذاتية ، والذين يغلبون الأخذ بالإرادة الباطنة ، فالإرادة المفترضة عندهم، هي إرادة من إنشاء القضاء ، أي وليدة صنع قاضي الموضوع الذي ينظر النزاع ، حيثُ يتم التوصل اليها من خلال القاضي نفسه ، في مقام المتعاقدين اي يحل محلهما والعودة الى وقت إبرام العقد ، وفي نفس ظروفهم التعاقدية ، ليتوقع الحل الذي سيأخذان بهِ، ومن ثمَ يفترض أن هذا الحل الذي توصلَ اليهِ هو الحل الذي أتجهت اليه إرادة المتعاقدين ، فإذا لم يجد قاضي الموضوع إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين ،أو لم يجد لهل حلاً مباشراً أو غير مباشر من قِبل المشرع ، فإنه اي قاضي الموضوع يقوم بنفسه بإنشاء الحل[١١٤] .

وكما انه ، وفقاً لمفهوم نظرية الإرادة الباطنة ، إذا تعذر الوصول معرفة الإرادة الحقيقية بصورة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، فهنا يتعين على قاضي الموضوع الوصول الى الإرادة الحقيقية بواسطة الإفتراض ،فالإرادة الباطنة لأطراف العقد "وفقاً للنظرية الذاتية" هي من يتم اعمالها اولاً ، ولا يتم اللجوء الى الإرادة المفترضة من حيث البداية ، ومع ذلك فإنه، سواء تم أعمال الإرادة الحقيقية، أو الإرادة المفترضة ، فالأمر لا يعدو ان يكون اعمالاً للارادة الباطنة وليس الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الباطنة الحقيقية التي اتجهت اليها إرادة اطراف التعاقد ، أو الإرادة المفترضة من قِبل قاضي الموضوع ، كلاهما إرادة صحيحة غير متأثرة بأي عيب من عيوب الإرادة[١١٥] .

وهكذا يتبين مما سبق ذكره ، إن الإرادة المفترضة ، من حيث المبدأ تخضع لتحكم قاضي الموضوع[١١٦] ،وبما يخوله القانون من سلطة تقديرية ،من دون رقابة القضاء ، وهذه المسألة في غاية الخطورة بمكان ،طالما ان قاضي الموضوع يفصل في مسائل الواقع ، بموجب سلطته التقديرية ، فقد يصوغ أو ينشأ إرادة قد لا يتوقعها اطراف العقد .

وعلى هذا الأساس فالمعيار المميز للارادة المفترضة عن الإرادة الضمنية ، يكمن في كون الإرادة المفترضة هي من صنع قاضي الموضوع بموجب سلطته التقديرية ، فالقاضي هومن يقوم بفتراضها ،أو يفرضها على اطراف العقد ، وبما يخوله القانون من سلطة تقديرية بهذا الخصوص ، فإذا لم يجد قاضي الموضوع إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين ، فإنه يقوم بنفسهِ بإنشاء الحل المفترض الذي يتوقعه من ظروف التعاقد ، وانه الحل المفترض الذي سيأخذ بهِ أطراف العلاقة العقدية .

أما الإرادة الضمنية فهي يتم الإفصاح عنها ضمنياً من قِبل صاحبها ، بوسيلة غير مباشرة ولم يألفها الناس في معاملاتهم ، ولكن التعبير عن الإرادة الضمنية لا يوصل اليها إلا عن طريق الدلالة والاستنتاج ، فلا دخل لقاضي الموضوع في انشاء،أو إيجاد الإرادة الضمنية ، فهذه الاخيرة عمل قانوني وتصرف ايجابي يقوم بهِ اطراف العقد للتعبير عن الإرادة الحقيقية لهم ، ولكن بوسيلة ضمنية لا توصل مباشرةً الى مقصود صاحبها، إلا إذا تم الكشف عنها بالدلالة والاستنتاج ، فهي إرادة لا تفرض من قاضي الموضوع ، وانما افصاح عن الإرادة بوسيلة ضمنية من قِبل صاحبها للدلالة عن مقصودهِ، وإذا امعنا النظرفي حقيقة الإرادة الباطنة ، نجد انها لا تقتصر على الإرادة الحقيقية الصريحة ، وانما تشمل الإرادة الضمنية ، والإرادة المحتملة لأطراف العلاقة التعاقدية .

الخاتمة

Conclusion

تُعد الارادة مناط التصرفات القانونية واساسها، ولأجل ذلك احاطها القانون بعناية خاصة، تظهر بوضوح في الشروط التي يجب ان تتوافر فيها كي تكون معتبرة ويعتد بها قانوناً.

وانطلاقاً من كون الارادة ظاهرة نفسية، فهذا يستدعي ضرورة نقلها وتحويلها من كامن النفس الى العالم الخارجي ، وذلك بالتعبير عنها ،سواء كان التعبير صريحاً،أو ضمنياً، فالمهم يوصل التعبير عن الارادة الى التراضي، ومن ثم انعقاد التصرف القانوني.

وفي ختمام بحثنا بخصوص النظرية العامة للارادة الضمنية، فقد توصلنا الى عدة نتائج ومجموعة من المقترحات والتوصيات نأمل ان يتم الاخذ بها والله ولي التوفيق وهو من وراء القصد.

اولاً- النتائج :

١- تُعد الارادة اصطلاحاً، بأنها: " عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، وهي نشاط نفسي تتجه الى تحقيق غرض معين بلإستعانة بوسيلة ملائمة تعين على بلوغ هذا الغرض"

٢- وعرفها جانب من الفقه الانكليزي ،بأنها: " القصد الذي يرمي اليه الطرفان المتعاقدان لخلق التزامات تعاقدية ،أو لإبرام عقد ملزم من الناحية القانونية".

٣- فبمقتضى المذهب الموضوعي في نظرية العقد، فالعبرة بالارادة الظاهرة التي تم الافصاح عنها بإحدى وسائل التعبير عن الارادة والتي تظهر للعالم الخارجي بشكل اجتماعي مادي ملموس فالارادة التعاقدية التي يترتب عليها الاثر القانوني هي الارادة التي تم الافصاح عنها بمظهر اجتماعي مادي ملموس ، سواء كان الافصاح بشكل صريح ،أو ضمني المهم ، الوسيلة توصل الى التراضي وفقاً لمبدأ الرضائية في التعاقد، وهو ما اخذ به القانون المدني العراقي في تعريفه للعقد في المادة (٧٣) منه.

٤- يُعرف جانب من الفقه الارادة الضمنية، بإنها :" المظهر الذي أتخذه الشخص للتعبير عن الارادة ،والذي ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الارادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره من دون أن يفترض وجود هذه الارادة".

٥- كما وتُعد الارادة الضمنيةأو التعبير الضمني عن الارادة ،بإنها:" وسيلة للتعبير عن الارادة لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود ، ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة".

٦- وايضاً،تُعد الارادة الضمنية ،بإنها:" وسيلة للتعبير عن الارادة بطريقة غير متعارف عليها بين الناس ، ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين المتعاقدين ، لا يمكن تفسيره إلا بإعتباره تعبيراً عن الارادة".

٧- ومن خصائص الارادة الضمنية ،انها مزدوجة الدلالة، فالتعبير الضمني عن الارادة يتضمن مسلكاً،أوموقفاً له دلالة معينة،ويكشف عن مضمون معين، إلا أن هذا المضمون لا يمكن التوصل اليه إلا بإعمال الاثر السابق المترتب عليه، وهذا الاخير لم يرد في التعبير ، فالتعبير يكون صريحاً فيما يتعلق بالمضمون الاول، وضمنياً فيما يتعلق بالثاني، ومثال ذلك، شخص يقوم ببيع شيئاً عُرض عليه شراؤه، فتصرفه هذا في الشيء بيعاً يُد تعبيراً صريحاً، وفي نفس الوقت يُعد تعبيراً ضمنياً في قبول العرض الذي وجه اليه قبل التصرف بالشيء بيعاً.

٨- وكما ان الارادة الضمنية قابلة ويستوعبها التفسير الواسع لتعابير المتعاقدين لإزالة اللبس والغموض عنها، فأحياناً تكون تعابير المتعاقدين واضحة ،لكن ارادتهم الحقيقية غير واضحة، بمعنى ان الوضوح هنا ظاهرياً مجرداً، وليس وضوحاً حقيقياً في معناه،ويعُد ذلك مبرراً لقاضي الموضوع للقيام بعملية التفسير لتعابير المتعاقدين الواضحة والغامضة، لإزالة اللبس والغموض فيها .

٩- ان وسيلة قاضي الموضوع في التفسير الواسع هي اخراج تعابير المتعاقدين خارج حدود الارادة الظاهرة فيها، وذلك استناداً الى دليل يظهر لديه على وجود إرادة حقيقية لم يُعبر عنها في العقد صراحةً، وإنما تكون مفهومة ضمنياً من أطرافه، لذا ينصب التفسير الواسع على الالفاظ القائمة في العقد، فيسحبها لتستوعب حالات لم يُفصح عنها صراحةً في العقد، وإنما ترشد اليها إرادة الاطراف ضمنياً، اي انه تفهم هذه الحالات من خلال الارادة الضمنية المشتركة لأطراف العقد.

١٠ ـ ايضاً، تُعد الارادة الضمنية مسلكاً ايجابياً ،فهي لا تبدأ من فراغ ، اي انه هناك مظاهر مادية تكشف عنها بما لا تدع شكاً في حقيقة مقصود صاحبها دلالة واضحة على رضاه، فالإرادة الضمنية في حقيقتها ليست مسلكاً سلبياً مجرداً ، وانما تُعد مسلكاً ايجابياً يستشف ويُستخلص من تصرف الاطراف المتعاقدة.

ثانياً- المقترحات والتوصيات :

١- نقترح تعديل نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي النافذ، وتكون بالصيغة الاتية: " كما يكون الايجاب أو القبول صريحاً بالمشافهة والمكاتبة و الاشارة الشائعة الاشتعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، كذا يكون ضمنياً بإتخاذ اي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي .

٢- ونقترح ايضاً تعديل نص "الفقرة ثانياً من المادة (٨١)" من القانون المدني العراقي النافذ، وتكون بالصيغة الاتية: " ٢- ويعُد قبولاً ضمنياً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل ،أو تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ، وكذا يكون تسلم المشتري البضائع التي اشتراها قبولاً ضمنياً لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

الهوامش

Endnotes

[١] ينظر : جاك غستان، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د.فيصل كلثوم ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد،ط/١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان، ٢٠٠٠، ص ٤٥ وما بعدها.

[٢] ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري،شرح القانون المدني الجديد ،النظرية العامة للالتزامات،نظرية العقد، ج/١، ط/٢،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، ١٩٩٨،ص ٨٥.

[٣] ينظر: د.محمد حسن قاسم ،الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديد،بيروت،لبنان،٢٠١١،ص ٢٢.

[٤] ينظر: د.وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، ط/١ ، المطبعة التجارية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٤.

[٥] ينظر: د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج/١، ط/٢،مرجع سابق، ص ١٠٣.

[٦] طبقاً لنص المواد من ٧٧ الى ١٣٢ من القانون المدني العراقي النافذ.

[٧] ينظر: د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام،ط/٣،الدار الجامعية، بيروت،لبنان،ص ٧٩.

[٨] ينظر: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج / ١ ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٧،ص١٩٩٧

[٩] ينظر: أبوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ،المجلد / ٣ ، ط/٣،دار صادر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م ، ص ١٩١ .

[١٠] ينظر:د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد /١ ،نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، ط/١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠، ص١٨٤.

[١١] ينظر: د.عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي ، المكتب المصري للطباعة والنشر، القاهرة ، مصر ،١٩٧٢، ص١٠٨ .

[١٢] ينظر: د.محمد يحيى المحاسنة ، مفهوم المحل والسبب في العقد ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٦، ص ٢١٧ .

[١٣] ينظر: د.حمدي عبد الرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ، دار الفكرالعربي، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٦ ،ص ١٣٣ .

[14] Stephen Smith,Atiyahs introduction to the law of contract.sixth edition,Clarendon press,Oxford,2005,P.99 .

[15] Robert Duxbury.Nutshell,Contract Law, Sweet and Maxwell,2001,P.17.

[16] Paul Richards, law of contract,financial times , Pitman publishing , fourth ed, 1999, P.70 .

[١٧] ينظر:د.محمد صديق محمد عبدالله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار المتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢، ص ١٣٣ .

[١٨] ينظر: د.منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط/١ ، منشورات ئاراس ، أربيل ، العراق ، ٢٠٠٦، ص ٨٩ .

[١٩] يرى جانب من فقه القانون المدني العراقي ، بأن ما وردَ في الفقرة الاولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي ،بأن ما ورد في الفقرة الاولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي والمستنبطة من القاعدة الفقهية الواردة في المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية،لا تعني بأن المشرع العراقي أخذ هنا بالإرادة الباطنة ، بل ان المقصود هو عدم جواز وقوف القاضي عند حرفية النص عند قيامه بتفسير العقد ، ولكن يجب عليه البحث عن النية المشتركة للطرفين ، ينظر : د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزمات – مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام ،دار الحرية للطباعة ، بغداد ، العراق ،١٩٧٦ ، ص ٤٧ .

[٢٠] ينظر: د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٦٧، ص ١١٣ .

[٢١] ينظر:احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج/٣ ،ط/٢ ، مكتبة الايمان ، المنصورة ، مصر، ٢٠٠٨ ، ص ٨٦٥ .

[٢٢] ينظر: الصاحب إسماعيل بن عباد ، المحيط في اللغة ، تحقيق :الشيخ محمد حسن آل ياسين ،ج/٢،ط/٣ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٤،ص ٩٧٠.

[٢٣] ينظر: د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد/١ ، مرجع سابق ، ص ١٨٩.

[٢٤] ينظر: د.سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٦ ، ص ٩٦ .

[٢٥] ينظر: د.سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣ وما بعدها .

[٢٦] ينظر: د.رمزي محمد علي دراز ، السكوت وأثره على الاحكام في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص١٤٦ وما بعدها .

[٢٧] ينظر: يُعد بيع المعاطاة من البيوع التي تتم بالفعل الدال على التراضي من دون تلفظ لصيغة التعاقد ، ولم يتفق فقهاء المسلمين على جوازها فهناك من حرمها ، وهناك من اجانزها ، واخرون وقفوا موقفاص وسطاً ، ينظر : د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج/١،ط/١٩٩٧،١، ص ١٠٨ وما بعدها .

[٢٨] ينظر: د.محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه ، ط/٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

[٢٩] ينظر: د.وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج/٤ ،النظريات الفقهية والعقود ، ط/١ ،دار الفكر، دمشق ، سوريا ، ١٩٨٤.ص ١٢٣.

[٣٠] ينظر: أستاذنا ، د.عباس زبون العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ، دار الثقافة، عمان، الاردن ، ٢٠١١، ص ٥٠.

[٣١] ينظر: د.وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ص ١٥٢ وما بعدها .واستاذنا ، د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد- دراسة في القانون المدني العراقي ،ط/١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠١٢ ، ص ٣٤ .

[٣٢] ينظر: د.عبد الفتاح حجازي محمد حجازي ، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن ،رسالة ماجستير- مقدمة الى معخد البحوث والدراسات العربية- جامعة الدول العربية ، ١٩٨٨ ،ص ١٢٢ وما بعدها .

[٣٣] يذهب جانب من فقه القانون المدني العراقي ، الى أن النص القانوني في المادة (٧٣)من القانون الدني العراقي النافذ ، تنظم التعبير الصريح فقط ، مدرجاً حالات اتخاذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي ، ضمن حالات التعبير الصريح ،ينظر : د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٦٩، ص ٦٠ . والرأي نفسه قال به جانب من فقه القانون المدني المصري بصدد تفسيره لنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري التي تنص على انه "١- التعبير عن اللإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بأتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه. ٢- ويجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً "، فقد استبط هذا الرأي (د.سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥،ص ٣٣ وما بعدها)،أن النص ينظم التعبير الصريح في فقرته الاولى ومن ضمنها يشمل حالات اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه ، بينما ينظم النص في فقرته الثانية التعبير الضمني .

وفي ذلك لنا وجهة نظر متواضعة ، من ان نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي انفة الذكر لم تشير أو تنظم الارادة الضنية بالنص الصريح ، فكيف يتم التحري عنها ، فعجز نص المادة (٧٣) يستوعبها من دون تكليف، أفلا يكون من باب اولى التحري عن الارادة الضمنية بدلالة المسلك الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي،ومن ثم فأن تضييق النص على التعبير الصريح يجعل منه يتحمل مالا يطيق ، حيثُ ان المسلك يقصد به لغةً التصرف وهذا الاخير يستوعب القول والفعل في نفس الوقت .

[٣٤] استاذنا، د.جليل الساعدي ، الارادة الباطنة في العقد ، مرجع سابق ، ص ١٤ .

[٣٥] د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

[٣٦] ينظر: د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقة الاسلامي ، ج/٦ ،ط/١ ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٧ ،ص٤٣٢

[٣٧] د.عبد الحكم فوده ، تفسير العقد ،المرجع السابق ، ص ١١ .

[٣٨] د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقة الاسلامي ،ج/٦، المرجع السابق ، ص ٨ وما بعدها ،ود.عبد الحكم فوده ، تفسير العقد ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

[٣٩] د. عبد الحكم فدوه ، تفسير العقد ، المرجع سابق ، ص ٨٦ .

[٤٠] د.عبد الحكم فوده،تفسير العقد،مرجع سابق ، ص ٨٧ .

[٤١] د.سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص ٩٥ وما بعدها

[٤٢] ينظر: د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود.محمد طه البشير ،القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج/٢،مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ،٢٠٠٨،ص ١٥٧.

[٤٣] وهذا ما أشارت اليه عبارة (يثبت اثره في المعقود عليه) الواردة في عجز المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي .

[٤٤] د.محمد صديق محمد عبدالله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ،مرجع سابق ،ص ١١٩.

[٤٥] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المجلد /١ ،مرجع سابق ،ص ١٨٤.

[٤٦] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادرالالتزام ،المجلد/١، مرجع سابق ، ص ١٧٥وما بعدها .

[٤٧] ينظر: د.أحمد حشمت ابوستيت ، مصادرالالتزام ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦٣، ص ٧٥ وما بعدها.

[٤٨] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام ، المجلد/١ ،المرجع السابق ، ص ١٧٨.

[٤٩] د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ،مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها .

[٥٠] د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج/٢، مرجع سابق ،ص ١٩٨ . ويذهب جانب من الفقه ، أن منهج القانون المدني العراقي في موضوع عيب الإكراه يُعد منهجاً متنقداً ، وأساس هذا الإنتقاد أن الذي يفسد الإرادة في الإكراه ، ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تحمل الشخص على التعاقد وتدفعه اليهِ . ومن ثمَ تكون النصوص القانونية التي اوردها القانون المدني العراقي في هذا الموضوع ، يمكن الاستغناء عنها بنص واحد يقضي بإن " الإكراه ضغط غير مشروع على الإرادة يثير في نفس الشخص رهبة تحمله على ابرام العقد" . وأن العقد في هذه الحالة لا ينفذ في هذه الحالة لا ينفذ إلا بالإيجازة الصريحة أو الضمنية بعد زوال الإكراه . وأن النصوص المذكورة لم تعد تنسجم مع الفكر القانوني الحديث ، الذي يصور الإكراه بأنه ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، بل تبدو تلك النصوص احياناً متناقضة فيما بينها ،ومن صور هذا التناقض إن القانون المدني العراقي بالغ في بيان تفصيلات الوسائل المادية (العنصر المادي في الإكراه) المستعملة في الإكراه والتي اشارت اليها (الفقرة الثانية من المادة ١١٢) منه ،إلا انه عاد في المادة (١١٤) منه ليتبنى معياراً ذاتياً،أو شخصياً في تقدير مدى تأثير الأكراه في نفس العاقد. ينظر : استاذنا ، د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد ، مرجع سابق ، ص ٧٣ وما بعدها.

[٥١]Contract, F.R.Davies,M.A. of Grays l nn , Barrister senior lecturer in law , Brunel university,London,Sweet and Maxwell , 1977 , p.94 .

[٥٢] وهو ما نصت عليه المادة (١١٣) من القانون المدني العراقي .

[٥٣] استاذنا ، د.جليل الساعدي ،العنصر النفسي في العقد – دراسة مقارنة في القانون العراقي والإنكليزي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون- جامعة بعداد ، المجلد ٢٧ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢، ص ٨٢.

[٥٤] Chitty on contracts, Twenty Fifth Edition , Volume(1) , General principles , London , Sweet and Maxwell, 1983,p.268.

[٥٥] استاذنا ، د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد ، المرجع السابق ، ص ٧٩ ما بعدها .

[٥٦] د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود.محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون العراقي، ج/١ ، مرجع سابق ،ص ٨١ .

[٥٧] المرجع نفسه، ص ٨٢ .واستاذنا ،د.جليل الساعدي ، العنصر النفسي في العقد ، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

[٥٨] د.حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ،مرجع سابق ، ص ١٠٢.

([٥٩])- استاذنا ، د.جليل الساعدي ، العنصر النفسي في العقد ، مرجع سابق ، ص ٩٤ . و د.حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ، المرجع السابق ، ص ١٠٠.

[٦٠] د.عبد المجيد الحكيم،و د.عبد الباقي البكري ،ود.محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام – نظرية الالتزام، ج/١، مرجع سابق ،ص ٨٦ .

[٦١] ينظر:د.عمر السيد مؤمن ، التغرير والغبن كعيبين في الرضاء في المعاملات المدنية الإماراتي – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ،١٩٩٧ ، ص ١٤٤ وما بعدها .

[٦٢] وهو ما ننصت عليه (الفقرة اولاً من المادة ١٢٤) من القانون المدني العراقي .

[٦٣] وهو ما نصت عليه (المادة ١٢٢) من القانون المدني العراقي .

[٦٤] ينظر: د.محمود رضا الخضيري ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع ، ط/٢ ، من دون مكان طبع ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٦ .

[٦٥] د.عمر السيد مؤمن ، التغرير والغَبن ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

[٦٦] د.عمرالسيد مؤمن،التغريروالغَبن،مرجع سابق ، ص ٢٦ وما بعدها ، ويُعد الكذب تدليساً في عقود الامانة (المرابحة ، التولية ، الاشراك ، الوضيعة) وهذه البيوع تقوم على اساس الامانة حيثُ يتم التعاقد على اساس الثمن الذي اشترى به البائع ، وهذا الاخير يجب ان يكون معلوماً لتجنب شبهة الخداع والغش .

[٦٧] د.عبد المجيد الحكيم ، و د.عبد الباقي البكري، و د.محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ، ج/١ ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

[٦٨] استاذنا، د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد ،مرجع سابق، ص ٧٨ .

[٦٩] F.R.Davies , M.A.of Grays lnn Barrister senior lecturer in law , Third Edition ,Brunel university,London,sweet&Maxwell,1977, p.97.

[٧٠] Initroduction to Law of Contract ,S.Atiyah ,M.A.C.L,Oxford,the Clarendon, press,p .50.)[1](

[٧١] James Devenney and Jall Poole , Common Mistake ,Theretical in Justication and Remedial in Flexibity , 2004 , J.Bus. p.34.

[٧٢] ينظر: استاذنا ، د.جليل الساعدي ، اصول العقد في القانون العراقي والإنكليزي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون – جامعة بغداد ، المجلد ٢٥ ، العدد ١ ، ٢٠١٠ ، ص ١٨٨.

[73] Common Mistake in Contract Law,Singapora Journal of Lfgal Studies, 2009,p.471.

[٧٤] وهذا ما نصت عليه (الفقرة الاولى من المادة ١٢٩) من القانون المدني العراقي ، على أنه " يجوز أن يكون محل الإلتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر" .

[٧٥] James Devenny and Jall Poole , op.cit.,p.37.

[٧٦]Corrinon Contract , Arther Lintion Corbin,late professor of law emeritus yaleunvercity law school , volume 3, west publishing ,1966 ,p.267.

[٧٧] Arthur Lintion Corbin , op.cit .,p.278.)-4 (

[٧٨] استاذنا،د.جليل الساعدي ، اصول العقد في القانون العراقي والانكليزي، مرجع سابق ، ص ١٩٢ .

[79] chitty on contract, Twenty Fifth Edition,Volume (1),General principle,London,Sweet and Maxweel,1983,p.268.

[٨٠] د.عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ،ج/٢ ،مرجع سابق ، ص ١٥٠ .

[٨١] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج/١،مرجع سابق ،ص ١٥٠ .

[٨٢] د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج/١، مرجع سابق،ص ١٨٣ وما بعدها.

[83] Frederick A.Whitney , The law of contracts , 5th edition , matthew bender&company, Inc , new York , 1953 , p.7 .

[84] P.S.Atiyah M.A.,B.G.L,An introduction the law of contract,2nd edition,oxford at the clarendon prees,London,1971, p.58.

[85] P.S.Atiyah M.A.,B.G.L, op. cit ., p.59.

[86] F.R.Davies , contract .3rd edition , Sweet & Maxwell, London , 1977,p.21.

[87] F.R.Davies,contract.3rdedition,Sweet&Maxweel,London,1977,p.21.

[88] F.R.Davies,op.cit,the same page.

[٨٩] ينظر:د.مجيد حميد العنبكي ، المدخل لدراسة النظام القانوني الانكليزي ، منشورات الدائرة القانونية لوزارة العدل ، العراق ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٢١٠ .

[90] P.S.Atiyah M.A.,B.G.L, op.cit.,p. 59)1 (

[91] Sec 8 (2) from sale of goods act 1979 :

“ where the price is not determined as mentioned in sub-section (1) above the buyer must buy a reasonable price ” .

[92] Frederick A.Whitney , the law of contracts , 5th edition , matthew bender & company , Inc, new York , 1953 .p.18 .

[93] Dr.Arthur lintion corbin, op.cit , p. 25 .

[94] P.S.Atiyah M.A.,B.G.L., op.cit., p. 92 .

[٩٥] د.مجيد حميد العنبكي ، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي ،مرجع سابق ، ص ٢١١.

[96] Treitel , An outline of the law of contract, 2nd edition ,butter worths,1979,p.52.

[٩٧] د.سميرعبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٤، وايضاً استاذنا د.جليل الساعدي ،الاردة الباطنة في العقد ، مرجع سابق ،ص ٣٢ .

[٩٨] ينظر: د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص ٢٧ .

[٩٩] ينظر: د.حسين عبدالقادر ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠٤ ، ص ٢ .

[١٠٠] ينظر: د.نذير بن عمو ، العقود الخاصة- البيع والمعاوضة- ، ط ١ ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٤ .

[١٠١] د.وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ص ٨ .

[١٠٢] ينظر:علي عبدالعال الاسدي ، النظام القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل - العلوم الانسانية – مجلد ١٤ ، العدد ٢، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٨ .

[١٠٣] ينظر: د.ياسر كامل الصريفي ،التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩٢ ، ص ٨٢ .

[١٠٤] د.خالد ممدوح ابراهيم ، الشكلية في عقود الانترنيت ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني : http/ Kanoun / montada.htm.

[١٠٥] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المجلد/١،مرجع سابق، ص١٩ ومابعدها.

[١٠٦] استاذنا د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطة في العقد ، مرجع سابق ، ص ٢٦.

[١٠٧] د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ١٥٢.

[١٠٨] د.أحمد شوقي عبدالرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤،ص٣٦.

[١٠٩] وهذا الامر محل خلاف فقهي ،حول ما إذا كان الوضع يتعلق بتعبير صريح أو ضمني عن الإرادة في مثل تلك الحالات، ويترك تحديد المعيار في ذلك للفقه والقضاء ،إلا أن اتخاذ موقف معين أو التزام سلوك معين بالذات ، للافصاح عن الإرادة لا يستتبع حتماً ان يكون تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً على وجه الخصوص ، فمن صور السلوك في بعض الفروض ، ما قد تعتبر اسلوباً مباشراً مألوفاً في الافصاح عن الإرادة ، ويمون ذلك بمثابة تعبيراً صريحاً" وهذا ما اشارت اليه مذكرة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري" ، في حين يتجه الفقه والضاع في فرنسا الى جعل الفروض انفاً= = ذكرها ، من صور التعبير الضمني ، ينظر : د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع المقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعية ،بيروت ، لبنان، ١٩٨٨، ص ٨١ ،الهامش(١).

- ويرى جانباً من الفقه انه ، ليس هناك معايير دقيقة لتحديد الوسائل التي يكون العبير بها عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً، فالمهم ان تكون الوسيلة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح هذا المعنى عندما يكون التعبير ضمنياً ، اما التعبير الصريح فتكون فيه الوسيلة المستعملة للافصاح عن الإرادة

تدل بذاتها على المعنى المقصود مباشرةً ، بحيث ينتفي معها اي احتمال اخر، ينظر : د.حسن علي الذنون ، النضرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق،ص ٤٠ وما بعدها.

[١١٠] د.سميرعبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٣ وما بعدها.

[١١١] د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ،مرجع سابق ، ص ٤٤ وما بعدها .

[١١٢] المرجع نفسه، ص ٤٧ .

[١١٣] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ص ١٨٩،الهامش رقم (٣).

[١١٤] د.عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص ١٦٠ .

[١١٥] د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق ، ص ١٩٢ .

[١١٦] د.عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٤٠٦ .

المصادر

References

اولاً- معاجم اللغة العربية:

I. أبوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد / ٣ ، ط/٣،دار صادر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.

II. احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج/٣ ،ط/٢ ، مكتبة الايمان ، المنصورة ، مصر، ٢٠٠٨.

III. الصاحب إسماعيل بن عباد ، المحيط في اللغة ، تحقيق :الشيخ محمد حسن آل ياسين ،ج/٢،ط/٣ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٤.

IV. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج / ١ ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٧.

ثانياً - الكتب القانونية :

I. د.أحمد حشمت ابوستيت ، مصادرالالتزام ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦٣.

II. د.أحمد شوقي عبدالرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

III. د.جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد- دراسة في القانون المدني العراقي ،ط/١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠١٢.

IV. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د.فيصل كلثوم ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد،ط/١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان، ٢٠٠٠.

V. د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزمات – مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام ،دار الحرية للطباعة ، بغداد ، العراق ،١٩٧٦.

VI. د. حمد حسن قاسم ،الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديد،بيروت،لبنان،٢٠١١.

VII. د. حمدي عبد الرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ،دار الفكرالعربي، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٦.

VIII. د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام،ط/٣،الدار الجامعية، بيروت،لبنان،

IX. د.رمزي محمد علي دراز ، السكوت وأثره على الاحكام في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤.

X. د.سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٦.

XI. د.سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥.

XII. د.عباس زبون العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ، دار الثقافة، عمان، الاردن ، ٢٠١١.

XIII. د.عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي ، المكتب المصري للطباعة والنشر، القاهرة ، مصر ،١٩٧٢.

XIV. د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

XV. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٦٧.

XVI. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود.محمد طه البشير ،القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج/٢،مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ،٢٠٠٨.

XVII. د.عبدالرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج/١،ط/١،١٩٩٧.

XVIII. د.عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد ،النظرية العامة للالتزامات،نظرية العقد،ج/١، ط/٢،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، ١٩٩٨.

XIX. د.عمر السيد مؤمن ، التغرير والغبن كعيبين في الرضاء في المعاملات المدنبة الإماراتي – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ،١٩٩٧.

XX. د.مجيد حميد العنبكي ، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي،منشورات الدائرة القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠.

XXI. د.محمد صديق محمد عبدالله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار المتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢.

XXII. د.محمود رضا الخضيري ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع ، ط/٢ ، من دون مكان طبع ، ٢٠٠٣.

XXIII. د.محمد يحيى المحاسنة ، مفهوم المحل والسبب في العقد ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٦.

XXIV. د.محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه ، ط/٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨.

XXV. د.منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط/١ ، منشورات ئاراس ، أربيل ، العراق، ٢٠٠٦.

XXVI. د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، ط/١ ، المطبعة التجارية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥.

XXVII. د.وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج/٤ ،النظريات الفقهية والعقود ، ط/١ ،دار الفكر، دمشق ، سوريا ، ١٩٨٤.

XXVIII. د. ياسر كامل الصريفي ،التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩٢.

٢٧ - د.نذير بن عمو ، العقود الخاصة- البيع والمعاوضة- ، ط ١ ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٨.

ثالثاً- الاطاريح والرسائل والبحوث:

I. د.جليل الساعدي ،العنصر النفسي في العقد – دراسة مقارنة في القانون العراقي والإنكليزي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون- جامعة بعداد ، المجلد ٢٧ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢.

II. د.جليل الساعدي ، اصول العقد في القانون العراقي والإنكليزي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون – جامعة بغداد ، المجلد ٢٥ ، العدد ١ ، ٢٠١٠.

III. د.حسين عبدالقادر ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤.

رابعاً- القوانين :

I. القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

II. القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.

III. قانون العقود الفرنسي الجديد رقم ٢٠١٦-١٣١ لسنة ٢٠١٦.

خامساً- المراجع باللغة الانكليزية:

I. Chitty on contracts, Twenty Fifth Edition , Volume(1) , General principles , London , Sweet and Maxwell, 1983.

II. Contract, F.R.Davies,M.A. of Grays l nn , Barrister senior lecturer in law , Brunel university,London,Sweet and Maxwell , 1977.

III. Dr.Arthur linton corbin, corbin on cintracts , Acomprehensive treatise on the working rule of contract law , formation of contract , west publishing co. , 1963 .

IV. F.R.Davies , contract .3rd edition , Sweet & Maxwell, London , 1977.

V. Frederick A.Whitney , The law of contracts , 5th edition , matthew bender&company , Inc , new York , 1953 .

VI. Frederick A.Whitney , the law of contracts , 5th edition , matthew bender & company , Inc, new York , 1953 .

VII. P.S.Atiyah M.A.,B.G.L,An introduction the law of contract,2nd edition,oxford at the clarendon prees,London,1971.

VIII. Paul Richards, law of contract,financial times , Pitman publishing , fourth ed, 1999.

IX. Robert Duxbury.Nutshell,Contract Law, Sweet and Maxwell,2001.

X. Stephen Smith,Atiyahs introduction to the law of contract.sixth edition,Clarendon press,Oxford,2005.

XI. Treitel , An outline of the law of contract, 2nd edition ,butter worths,1979.

سادساً- المواقع الالكترونية :

I. د.خالد ممدوح ابراهيم ، الشكلية في عقود الانترنيت ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني : http/ Kanoun / montada.htm