

April 2014

The Legal Nature of the Sources of Commitment in the Western Legal Systems; a Comparison

Mahmoud Fayyad

Faculty of Law, Sharjah University, mfayyad@sharjah.ac.ae

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#)

Recommended Citation

Fayyad, Mahmoud (2014) "The Legal Nature of the Sources of Commitment in the Western Legal Systems; a Comparison," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2014 : No. 58 , Article 1.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2014/iss58/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Legal Nature of the Sources of Commitment in the Western Legal Systems; a Comparison

Cover Page Footnote

Dr. Mahmood Fayyad Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Sharjah University
mfayyad@sharjah.ac.ae

الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة*

د. محمود فياض (*)

ملخص البحث:

لا تزال الأنظمة القانونية المقارنة مختلفة الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية ودور الإرادة في إنشاء الالتزامات الشخصية. ترى المدرسة اللاتينية أن لا قيمة قانونية لما يسمى بالتصرف الانفرادي حيث لا ينتج هذا التصرف أي أثر طالما لم يوافق عليه الطرف المقابل، بالتالي لا يمكن إدراج هذا الجانب من التصرفات ضمن طائفة العقود كمصدر من المصادر الإرادية للالتزام. في المقابل، تباع المدرسة الجرمانية في التعامل مع التصرف الانفرادي وتعتبر أن العقد في معناه العام هو شكل من أشكال تلاقي تصرفات انفرادية صادرة عن الأفراد؛ فالإيجاب ما هو إلا تصرف انفرادي يعلن فيه الموجب رغبته بالتعاقد بالشروط الواردة فيه، ويعتبر القبول بمثابة تصرف انفرادي مقابل يعلن فيه القابل موافقته على الإيجاب الموجه إليه. اتبعت المدرسة الإنجليزية نهجاً معتدلاً في هذا السياق، حيث أقرت بالتصرفات الانفرادية متى توافرت فيها الشكلية المنصوص عليها قانوناً.

أخيراً خلصت هذه الدراسة إلى اختلاف الأنظمة القانونية في الاعتراف بطبيعة الإرادة الصادرة عن الطرف المتعاقد. أخذت المدرستان الإنجليزية والألمانية بالمفهوم المادي الربحي للاتفاقيات العقدية؛ لذا اعتدت هاتان المدرستان بنظرية الإرادة الظاهرة عن التعامل

* أجزى للنشر بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٩.
(*) أستاذ القانون الخاص المشارك- كلية القانون - جامعة الشارقة.

مع التعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة. في المقابل أخذت المدرسة اللاتينية بالمفهوم الاجتماعي والأخلاقي للتصرفات التعاقدية واعتبرت أن الإرادة الباطنة نظرية.

المقدمة:

تنقسم مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، ويعتمد هذا التقسيم أساساً على دور الإرادة الفردية في إنشاء الرابطة القانونية. وفقاً لما هو متعارف عليه في الأنظمة القانونية للدول العربية. تتمثل المصادر الإرادية من العقد والإرادة المنفردة، في حين تتمثل المصادر غير الإرادية في الفعل الضار والإثراء بلا سبب والقانون. فيما يتعلق بالمصادر الإرادية، اختلفت الأنظمة القانونية الغربية المقارنة حول بيان مصادرها؛ بسبب اختلاف التكيف القانوني لما يصدر عن الإرادة في مجال الحقوق الشخصية، حيث بالغت المدرسة الجرمانية كثيراً في الاعتداد بالإرادة الفردية واعتبرتها أساس مصادر الالتزامات الإرادية بشكل عام، في حين أنكرت المدرسة الفرنسية مثل هذا التوجه ولم تعدد بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزامات معتبرة العقود وحدها هي مصدر الالتزامات الإرادية. في المقابل، سلك النظام الانجلوسكسوني توجهاً معتدلاً عند تنظيم هذا الموضوع. يعود هذا الاختلاف إلى اختلاف التكيف القانوني للتصرفات القانونية الصادرة عن الأفراد، إضافة إلى اختلافها في تحديد مدى يمكن الاعتراف بهذه التصرفات كنوع من التصرفات القانونية التعاقدية إن صدرت عن إرادة شخص واحد دون الاعتداد بإرادة الشخص المقابل (مثل الهبة والوعد بجائزة). باستقراء النصوص التشريعية التي تناولت هذا التنظيم والأحكام القضائية والاجتهاد الفقهي لهذه الأنظمة القانونية المقارنة. نلاحظ اختلاف هذه الأنظمة في تنظيم التصرفات الإرادية على نحو سلك توجيهين رئيسيين. يمكننا بيان هذين التوجيهين من خلال الإجابة على الاسئلة التالية: ما هو مدلول الإرادة التي اعترفت بها الأنظمة القانونية المقارنة (الإرادة الظاهرة أم الباطنة)؟ إلى أي مدى يمكن الاعتراف بالتصرف الانفرادي كمصدر من مصادر

الالتزام في الوقت التي تتعدم فيه إرادة الطرف الآخر في تحديد ماهية ومضمون هذا الالتزام (مثل الوعد بجائزة)، والى أي مدى يؤسس هذا التصرف لعلاقة تعاقدية مستقبلية بين الواعد والطرف المقابل (صاحب الحق في الجائزة). أخيراً، هل يمكن اعتبار التصرفات القانونية الملزمة لطرف واحد (مثل عقود التبرعات) بمثابة عقود بين صاحب الحق وصاحب الالتزام في هذه العلاقة. بمعنى آخر هل تقتصر العقود على عقود المعاوضات أو قد تمتد لتشمل عقود التبرعات؟

ستجيب هذه الدراسة على هذه الأسئلة وفقاً للأنظمة القانونية الغربية المقارنة (الانجلوسكسوني، اللاتيني والجرماني)، دون البحث في النظام القانوني الإسلامي؛ لقناعتنا بوفرة المؤلفات العربية التي عالجت هذا الموضوع ورغبتنا في إثراء المكتبة القانونية العربية بالواقع القانوني للأنظمة القانونية الغربية المقارنة محل البحث. ستبدأ هذه الدراسة بالبحث في ماهية توافق الإرادات ومصدر إلزامية العقود في الأنظمة القانونية المقارنة، ومن ثم سنتقل إلى الحديث عن التنظيم القانوني للتصرف الانفرادي في الأنظمة القانونية المقارنة.

المطلب الأول

توافق الإرادات في العقود ومصدر إلزاميتها

في الأنظمة القانونية المقارنة

اتفقت الأنظمة القانونية المقارنة على وجوب توافر ركني التراضي (Consent) والمحل (Object) كي يعتبر أي اتفاق تعاقدي صحيحاً، في حين أضاف النظام القانوني الفرنسي ركناً آخر هو ركن السبب، واستعاض عنه النظام الانجلوسكسوني بركن المقابل (Consideration) لتكتمل بذلك أركان أي اتفاق تعاقدي صحيح.⁽¹⁾ تُبنى هذه الأركان أساساً على عنصري الاتفاق (Agreement) والنية على إحداث أثر قانوني (Intention to create legal obligation)

(1) Anne de Moor, *Contract and Agreement in English and French Law*, 6 Oxford Journal of Legal Studies 275 (1986).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

ليتمتع العقد بحماية تنفيذه قانوناً متى اقتضت الضرورة ذلك. ولهذين العنصرين دور أساسي في التمييز بين العقد وبين سائر التصرفات القانونية الأخرى.^(٢)

عادة ما يُفهم الاتفاق بتوافق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع قبول الطرف الآخر على نحو ينتج أثره قانوناً. بمعنى آخر، طالما توافقت إرادات الأطراف على الشروط الجوهرية لهذا العقد (Core terms)؛ عُدَّ الاتفاق صحيحاً. في المقابل، لا يشترط اتفاق الأطراف على الشروط غير الجوهرية (الشروط التي تحدد حقوق والتزامات طرفي التعاقد) كي تكتمل عناصر هذا الاتفاق، حيث تأتي القواعد القانونية المكملة لتضع هذه الشروط ما لم يتفق الأطراف على خلافها في العقد.^(٣) تختلف الشروط الجوهرية من عقد إلى آخر تبعاً لاختلاف طبيعة العقد، وعادة ما تحدد التشريعات ماهية هذه الشروط.^(٤) على سبيل المثال، تعتبر شروط طبيعة العقد، المبيع والثمن هي الشروط الجوهرية في عقد البيع، إضافة إلى أية شروط غير جوهرية أخرى اتجهت إرادة طرفي العقد إلى اعتبارها جوهرية.

من جهة أخرى، تحدد القواعد القانونية الناظمة لقواعد الإيجاب والقبول الحالة القانونية التي يمكن الادعاء عندها بوجود الاتفاق من حيث: تطابقهما، كيفية التعبير عنهما، إلزاميتهما القانونية... الخ. ينعقد العقد بارتباط الإيجاب والقبول، أي بتوافق الإيجاب والقبول، بالتالي لن يكون هناك أي إشكالية قانونية متى صدر التعبير عن إرادة الطرف المتعاقد بشكل صحيح

- (2) Similarly in *Paal Wilson & Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal*, 11 Lord Diplock said: To create a contract by exchange of promises between two parties where the promise of each party constitutes the consideration for the promise of the other, what is necessary is that the intention of each *as it has been communicated to and understood by the other* (even though that which has been communicated does not represent the actual state of mind of the communicator) should coincide. See [1983] 1 AC 854, 915. See also *Maple Leaf Macro Volatility Master Fund v Rouvroy* [2009] 1 Lloyd's Rep 475, 512.
- (3) H. Beal, B. Fauvarque, J. Rutgers, D. Tallon and S. Vogenaure, Cases, materials and Text on Contract law, 371 (2010); S J Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94-2 Harvard law Review 369 (1980).
- (4) M Auer, *Good faith: A Semiotic Approach* (2002) 2 European review of private law 285; M Dean, *Unfair Contract Terms: the European Approach*, 56-4 Modern law Review 584 (1993).

يعكس إرادة هذا الطرف، إلا أن الإشكالية ستثور في حال تم التعبير عن الإرادة بشكل غير صحيح، بالتالي لن يمكننا الادعاء بوجود تطابق بين إرادتي الطرفين المتعاقدين، حيث سيتعامل الطرف المقابل مع سلوك خارجي لا يعكس الإرادة الحقيقية للطرف الآخر الذي أخطأ في التعبير عن إرادته. أي الإرادتين يمكن لنا الاعتداد بها في هذه الحالة: الإرادة الظاهرة التي وصلت إلى الطرف المقابل أو الباطنة التي تعبر بشكل صادق عما سعى إليه مُصدّر السلوك الخارجي الخاطئ؟ سيكون هذا التساؤل مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة وفقاً للأنظمة القانونية المقارنة.

للإجابة على هذا التساؤل، يمكننا الاستعانة بالواقعة القانونية التالية- المستمدة من الفقه القانوني الألماني- لتوضيح: إلى أي مدى اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في التعاطي مع حالة إنشاء الاتفاق:^(٥)

لنفترض توجه شخص ما لزيارة صديق له في مدينة (Trier) الألمانية حيث علم هذا الزائر لدى وصوله المدينة بوجود زميله في مكان مخصص لإجراء مزاد علني (Wine Auction)، ما دفع هذا الزائر إلى التوجه إلى مكان انعقاد هذا المزاد للبحث عن زميله. عندما وصل هذا الشخص إلى مكان إجراء المزاد، قام بالتلويح لزميله ليلفت انتباهه لوجوده في المكان ذاته، الأمر الذي تم فهمه بواسطة القائم على هذا المزاد برغبة هذا الشخص (الزائر) في الشراء وفقاً للعرض المعلن. وأخيراً رسا المزاد على هذا الزائر. إلى أي مدى تعترف الأنظمة القانونية بوجود الاتفاق في مثل هذه الحالة، بغض النظر عن تمسك هذا الشخص الزائر بانتفاء عنصر النية لإنشاء الروابط العقدية ومن ثم انعدام الرابطة العقدية؟

اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في التعامل مع هذه الفرضية إلى اتجاهين رئيسيين: أخذ النظام القانوني الانجلوسكسوني والنظام القانوني الجرمانى بما يُعرف بنظرية الإرادة

(٥) مشار إلى هذا المثال في المرجع التالي:

Mc. Lauchlan, *Objectivity in Contract*, 24 the University of Queensland Law Journal 479 (2005).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

الظاهرة (Objective Agreement)، وهي ما تُعرف بنظرية الاتفاق الموضوعي في الأنظمة القانونية الغربية، التي تعدت بمعيار الرجل المتوسط (Layman) في فهم التصرف الصادر من الغير. بمعنى آخر، إلى أي مدى يمكن أن يفهم الغير التصرف الصادر عن الشخص دون الأخذ بعين الاعتبار نية هذا المتصرف. في المقابل، أخذ النظام القانوني اللاتيني بما يعرف بنظرية الإرادة الباطنة (Subjective Agreement)، وهي ما تُعرف بنظرية الاتفاق الشخصي في الأنظمة القانونية الغربية، التي تعدت بالنية الذاتية للمتصرف عند القضاء بمدلول هذا التصرف.

إضافة إلى ذلك، اختلفت هذه الأنظمة في بيان الأساس القانوني لإلزامية أي اتفاق تعاقدية إلى مدرستين: أخذت المدرسة الأولى بالبعد الأخلاقي والاجتماعي للروابط التعاقدية في حين أخذت المدرسة الثانية بالبعد الاقتصادي المادي لهذه الروابط. ستكون هذه الاتجاهات والأسس مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

الضرب الأول**ماهية الإيرادات المنشئة للعقود في الأنظمة القانونية المقارنة**

يبحث هذا الجزء من الدراسة في نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة؛ للوصول إلى المرحلة التي يمكننا فيها الادعاء بوجود اتفاق تعاقدية ملزم بين طرفيه، وكيفية معالجة تناقض مدلول التصرف الصادر عن الشخص المتعاقد مع نيته الداخلية عند تعبيره عن إرادته الداخلية.

أولاً: نظرية الإرادة الظاهرة (Objective Agreement):

تعرف بنظرية الاتفاق الموضوعي في الأنظمة القانونية الغربية، حيث تبنت المدرسة الانجلوسكسونية والجرمانية هذه النظرية رغبة منهما في الحفاظ على استقرار المعاملات القانونية وحماية مصالح الغير عند التعاقد. تنتصر هذه النظرية في تفسيرها إلى إرادة الطرف المتلقي للتصرف وليس إرادة المتصرف عند القضاء بوجود الاتفاق القانوني من عدمه، حيث

تعد هذه النظرية بمدلول ما صدر عن الشخص من تصرف ومدى فهم الغير له وليس بنيته الباطنة عند التعبير عما أراده. تستند هذه النظرية إلى المبررات التالية:^(٦) (١) ضمان استقرار المعاملات القانونية من خلال إلزام الطرف المتعاقد بما صدر عنه، وعدم ترك المجال لادعاءات- قد تكون غير صحيحة- تهدف إلى التحلل من الروابط العقدية عن طريق الادعاء باختلاف النية الداخلية عما صدر من تعبير عنها؛^(٧) (٢) تقتضي قواعد العدالة تفسير إرادات الأطراف عند التعاقد بمعايير موضوعية واضحة لا تعتمد في جوهرها على النية الباطنة لمصدر التصرف محل البحث، بهدف تجنب الاعتماد على مثل هذه المعايير الشخصية الغامضة عند القضاء بوجود الاتفاق القانوني.^(٨) (٣) من الصعب تصور عدالة القاعدة القانونية التي تنتصر لإرادة وتفسير الطرف الذي تسبب في حدوث هذا الارتباك التعاقدية على حساب الغير حسن النية الذي تعاقد بناء على مدلول التصرف الذي وصله. (٤) تعترف المدرسة الإنجليزية بأن العقد في جوهره التقاء إرادات، وأن الإرادة هي أساس إنشاء العقود، إلا أنها ترى أن القانون هو مصدر وجود وحماية الالتزامات التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف. وعلى ذلك فإن الالتزامات التعاقدية- يضيف فقهاء القانون الإنجليزي- قد تنشأ ليس فقط استناداً إلى إرادة الأطراف ولكن أيضاً رغماً عن إرادة هؤلاء الأطراف.^(٩) بمعنى آخر، قد تنشأ الالتزامات التعاقدية بسبب الطريقة التي تعامل بها الأطراف دون أن تتجه نية هذه الأطراف إلى إنشاء الالتزام التعاقدية. في هذا الشأن يقول الفقيه القانوني الإنجليزي (Atiyah):

- (6) Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form,"* 100 Columbia Law review Journal 1290 (2000).
- (7) S J Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith* (1980) 94-2 Harvard law Review Journal 369.
- (8) J. M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation,* 69 Fordham law review Journal 427 (2000).
- (9) A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes upon them, he would still be held, unless there were some mutual mistake, or something else of the sort.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

English layers tend to stress that contractual liability may arise not only when the party intended to create it but also sometimes when it was not intended. In other words, it may be imposed by law because of the way in which the party had behaved.⁽¹⁰⁾

في النظام القانوني الانجليزي، لا يعتد القاضي الوطني بنظرية الإرادة الباطنة، فيكفي البحث في مدلول فهم التصرف الصادر بواسطة الغير بشكل منطقي ومقبول (Reasonableness Criterion). في هذا الشأن، أقرت المحاكم الإنجليزية في العام (١٨٧١) مبدأً قضائياً شهيراً^(١١) يأخذ بمعيار الرجل المتوسط في فهم وتفسير التصرف القانوني الصادر عن الغير متى تعارض هذا التصرف مع النية الباطنة للمتصرف.^(١٢)

If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.⁽¹³⁾

(10) P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of contract, 14 (1990).

(11) (1871) LR 6 QB 597, 607.

(12) See also the following case: Frederick E Rose (London) Ltd v William H Pim Junior & Co Ltd [1953] 2 QB 450.

(13) Then, Blackburn J, who came to be known as one of the great 19th century judges, agreeing, gave his decision on the issue: In this case I agree that on the sale of a specific article, unless there be a warranty making it part of the bargain that it possesses some particular quality, the purchaser must take the article he has bought though it does not possess that quality. And I agree that even if the vendor was aware that the purchaser thought that the article possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, unless the vendor was guilty of some fraud or deceit upon him, and that a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not fraud or deceit; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor. And I also agree that where a specific lot of goods are sold by a sample, which the purchaser inspects instead of the bulk, the law is exactly the same, if the sample truly represents the bulk; though, as it is more probable that the purchaser in such a case would ask for some further warranty, slighter evidence would suffice to prove that, in fact, it was intended there should be such a warranty. On this part of the case I have nothing to add to what the Lord Chief Justice has stated.

تبنت المحاكم الإنجليزية هذا المبدأ القضائي حتى اللحظة، وأصبح من أشهر المبادئ القضائية النازمة لنظرية العقد في النظام القانوني العام.^(١٤) على سبيل المثال، أقر مجلس اللوردات الانجليزي في العام (١٩٨٣) بوجود التعامل مع نية الطرف المتعاقد على أساس كيفية ظهور هذه النية للطرف المقابل وليس مضمون هذه النية الفعلي.

The intention of a party should be judged by how it reasonably appeared to the other party.⁽¹⁵⁾

جاء هذا المبدأ في القضية الشهيرة (Paal Wilson v Partenreederei Hannah Blumenthal)^(١٦) التي طالب فيها أحد طرفي التعاقد بتفعيل شرط تعاقد يقي بتسوية نزاعات العقد - متى نشأت - أمام هيئات التحكيم الخاصة، إلا أن مجلس اللوردات رفض هذا الطلب على أساس أن تصرفات أحد طرفي العقد (المشتري) توحى للطرف الآخر باتجاه نية الأول إلى عدم العمل بهذا الشرط التعاقدى وإنهاء العقد باتفاق الطرفين (فسخ العقد برضاء الطرفين نتيجة عدم التنفيذ). تتلخص وقائع هذه القضية في اتفاق طرفين في العام (١٩٦٩) على عقد بيع اتفقا فيه على شرط تحكيمي في العقد يخول أحد طرفيه اللجوء إلى هيئات

(١٤) انظر على سبيل المثال القرارات القضائية التالية:

1. Brennan v Bolt Burdon [2004] 3 WLR 1321;
 2. Clarion Ltd v National Provident Institution [2000] 1 WLR 1888
 3. R v Smith (David Raymond) [1974] QB 354, 58 Cr App R 320, [1974] 2 WLR 20, [1974] 1 All ER 632, CA;
 4. R v Gould [1968] 2 QB 65, 52 Cr App R 152, [1968] 2 WLR 643, [1968] 1 All ER 849, CA.
- (15) (1983) 1 AC 854; R v Barrett and Barrett, 72 Cr App R 212, [1980] Crim LR 641, CA; Amalgamated Investment and Property Co Ltd v John Walker & Sons Ltd [1977] 1 WLR 164; 1976] AC 182, [1975] 2 WLR 913, [1975] 2 All ER 347, 61 Cr App R 136, [1975] Crim LR 717, HL.
- (16) The House was asked whether a contract to abandon an arbitration might be implied from conduct, or a lack of conduct. Held: Lord Brandon of Oakbrook considered that an actual abandonment, as opposed to an estoppel precluding an assertion of continuance, required proof of conduct of each party, as evinced to the other party and acted on by him, as "leads necessarily to the inference of an implied agreement" between them to abandon the contract. Lord Roskill referred to "the only possible inference [being] that the agreement to arbitrate has been rescinded by mutual consent". Though Lord Diplock made no similar observation both Lords Keith of Kinkel and Brightman agreed with Lords Brandon and Roskill.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

التحكيم الخاصة متى نشأ نزاع متعلق بالاتفاق. في العام (١٩٧٢)، تنازع الطرفان على بنود العقد ما دفع المشتري إلى اللجوء إلى هيئة تحكيم خاصة لمخاصمة البائع، إلا أن المشتري لم يتعامل بجدية مع إجراءات هذه اللجنة ولم يتابع إجراءاتها، ما حمل البائع على الاعتقاد بتخلي هذا المشتري عن هذا الشرط التعاقدي ومن ثم فسخ الرابطة العقدية. في العام (١٩٨٠) طالب المشتري بتفعيل شرط التحكيم التعاقدي وطالب بمخاصمة البائع من جديد، إلا أن البائع أنكر هذا الطلب مستنداً إلى دلالة تصرفات المشتري طوال الفترة السابقة على عدم إعمال هذا الشرط التحكيمي. أنكر المشتري على البائع هذا التفسير، ودفع بعدم اتجاه نيته الباطنة إلى هذا التفسير. رفضت محكمة أول درجة طلبات المشتري ما دفعه إلى الطعن في القرار أمام محكمة اللوردات التي أيدت بدورها محكمة أول درجة. بنت محكمة اللوردات قرارها على أساس اتباع النظام القانوني الانجلوسكسوني لنظرية (الاتفاق الموضوعي)؛ بالتالي يجب تفسير إرادة الطرف المتعاقد بالشكل التي يتناسب مع كيفية وصول هذه الإرادة إلى الطرف المقابل، حتى لو تعارض هذا الشكل مع الإرادة الحقيقية لهذا الطرف. جاء في قرار محكمة اللوردات ما يلي: (١٧)

To the formation of the contract of abandonment, the ordinary principles of the English law of contract apply. To create a contract by exchange of promises between two parties where the promise of each party constitutes the consideration for the promise of the other what is necessary is that the intention of each as it has been communicated to and understood by the other (even though that which has been communicated does not represent the actual state of mind of the communicator) should coincide.⁽¹⁸⁾

(١٧) لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية يرجى زيارة الرابط التالي:

http://caselawquotes.net/A/Abandonment_of_a_contract.html visited on 18/2/2012.

- (18) The court added: thus, if A (the offeror) makes a communication to B (the offeree), whether in writing, orally or by conduct, which, in the circumstances at the time the communication was received, (1) B, if he were a reasonable man, would understand as stating A's intention to act or refrain from acting in some specified manner if B will promise on his part to act or refrain from acting in some manner also specified in the offer, and (2) B does in fact understand A's communication to mean this, and in his turn makes to (A) a communication conveying his willingness so to act or to refrain from

اتفق النظام القانوني الألماني مع الانجلوسكسوني في الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، حيث نصت المادة (١١٩/١) من قانون الالتزامات الألماني على حق الطرف المتعاقد في إبطال العقد متى اختلفت إرادته الباطنة عن التصرف الظاهر عند التعبير عن هذه الإرادة، دون الإخلال بحق الطرف المقابل في المطالبة بالتعويض بناء على ما جاء في نص المادة (١١٩) من ذات القانون.

Article (119/1): a person who, when making a declaration of intent, was mistaken about its contents or had no intention whatsoever of making a declaration with this content, may avoid the declaration if it is to be assumed that he would not have made the declaration with knowledge of the factual position and with a sensible understanding of the case.

يعني هذا أن الاتفاق سيعقد بين الطرفين بناء على مدلول التصرف القانوني الذي صدر عن الطرف المتعاقد، وعليه ينشأ العقد ويرتب آثاره، ويجوز لهذا الطرف (المدعي للخطأ في التعبير عن التصرف) الحق في طلب إبطال العقد على أساس نظرية الغلط، مع التزامه بتعويض الطرف المقابل عن الأضرار التي أصابته نتيجة إبطال العقد.^(١٩)

هذا ما أكدته المحكمة الفيدرالية الألمانية العليا في العديد من قراراتها، حيث قضت في أحد قراراتها ما يلي:^(٢٠)

To form a valid contract, it does not matter whether the party communicating an intention to be bound by a contract actually had the will to make, or was even conscious of making, a declaration aimed at a legal transaction.⁽²¹⁾

acting which mutatis mutandis satisfies the same two conditions as respects A, the consensus ad idem essential to the formation of a contract in English law is complete.

- (19) See: Friedrich Kessler and Edith Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, International Journal of private law 401 (1994).

(٢٠) لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية يرجى زيارة الرابط التالي:

http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=898 visited on 22/2/2012.

- (21) BGHZ 91, 324 IX. Civil Senate (IX ZR 66/83) Sparkassen -decision = NJW 1984, 2279, 07 June 1984.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

تتعلق هذه القضية بعقد كفالة مصرفية، وتتلخص وقائعها في اشتراط البائع (بائع حديد) على المشتري (متعهد بناء) تقديم كفالة مصرفية لإتمام عقد البيع. قام المشتري بالتوقيع على طلبية الشراء بتاريخ ١٩٨١/٩/٤ وأرسلت هذه الطلبية إلى المصرف المدعى عليه لطلب كفالة مصرفية تتعلق بتسديد المبلغ المتفق عليه في طلبية الشراء والبالغ قيمته (٢٥٩) ألف فرنك ألماني. بتاريخ ١٩٨١/٩/٨ رد المصرف على هذا الطلب باستعداده لتقديم الكفالة المصرفية للمشتري، وتم إبرام عقد البيع بين البائع والمشتري على هذا الأساس. لدى مطالبة البائع للمصرف بتأمين مبلغ الكفالة المصرفية، ادعى المصرف وجود خطأ في تفسير مضمون رسالته، حيث تضمنت هذه الرسالة النص على استعداد المصرف وعدم اعتراضه من حيث المبدأ على تقديم الكفالة المصرفية وليس موافقته على تقديمها بشكل نهائي (دعوة إلى التفاوض)، ما يعني عدم انعقاد عقد الكفالة المصرفية من أساسه. استند المصرف في ادعائه إلى نص المادة (١١٨) من قانون الالتزامات الألماني التي تنص على بطلان التصرف متى كان هناك خطأ في التعبير عن النية الباطنية للطرف المتعاقد.

Article (118): a declaration of intent not seriously intended which is made in the expectation that its lack of serious intention will not be misunderstood is void.

قضت المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية بحق البائع في طلب مبلغ الكفالة المصرفية تأسيساً على مبدأ الإرادة الظاهرة، حيث تدل رسالة المصرف المرسلة إلى البائع على موافقته على عقد الكفالة المصرفية، دون الالتفات إلى ماهية نية المصرف عند إرسال هذه الرسالة. تمادت المحكمة في حماية البائع من خلال منع المصرف من التمسك بقاعدة الخطأ وإبطال العقد على أساس نص المادة (١٢٢) من قانون الالتزامات الألماني بسبب عدم مراعاة المدد الزمنية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات لتقديم طلب الإبطال.^(٢٢) جاء في قرار المحكمة ما يلي:

(22) The view that consciousness of making a declaration was a constitutive requirement for a declaration of will, and that therefore its absence would result in invalidity without the need for avoidance (and in any event, by analogy with § 122 of the BGB or under culpa in

In order for the obligation to provide a guarantee to be valid, it does not matter whether or not those representing the defendant, when using and dispatching their letter of 8 September 1981, actually had the will to make, or were even conscious of making, a declaration aimed at a legal transaction.

في قضية مشابهة، أخذت محكمة استئناف (Hertogenbosch) الهولندية بذات المعيار - على الرغم من تأييدها لادعاء الطرف المصدر للتصرف محل البحث، على أساس دلالة الفعل الصادر عن المتصرف إلى ما يشير إلى ادعاء هذا المتصرف. تتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة (Ott BV) في العام (٢٠٠٦) بالإعلان عبر شبكة الانترنت عن بيع ثمانين جهاز تلفاز (LCD) بجودة عالية وبسعر (٩٩) يورو للجهاز الواحد. خلال عدة أيام وافق (٨٥٠) مستهلك على شراء الجهاز المعلن. أرسلت الشركة المعلنه فيما بعد لكل مشترٍ رسالة تخبره فيها بالخطأ المادي في محتوى الإعلان، حيث ورد خطأ في النظام الالكتروني للشركة، بحيث تشير هذه الأسعار إلى أسعار حوامل جهاز التلفاز على الحائط (-wall mounting bracket) وليس الجهاز ذاته. تبنت جمعيات حماية المستهلك الهولندية مطالب المستهلكين وطالبت بالتنفيذ العيني أمام المحكمة المختصة. رفضت محكمة أول درجة مطالب جمعيات حماية المستهلك وقضت بفسخ عقود البيع دون تعويض المستهلكين. أيدت محكمة الاستئناف قرار محكمة أول درجة. استندت محكمة الاستئناف في قرارها إلى مبدأ الإرادة الظاهرة، حيث استند حكمها إلى التساؤل التالي: إلى أي مدى يمكن أن يدرك المستهلك المتوسط (Average Consumer)^(٢٣) مدى معقولية هذا العرض (The Reasonableness of this declaration) ويعتمد عليه في اتخاذ قراره؟ إذا علمنا أن السعر السوقي للجهاز المعلن هو (٧٠٠) يورو، إلى أي مدى يمكن أن يقرأ ويفهم المستهلك المتوسط مثل هذا العرض؟ في

contrahendo, liability of the declarant for compensation for harm arising from reliance fell to be considered) is held in particular by [references omitted]. The view that a declaration given without that consciousness, which its recipient might understand as relating to a legal transaction, was at first effective, but could be avoided as a declaration mistake in accordance with §§ 119 para 1, 120, 121 of the BGB is principally held by [references omitted].

(٢٣) المستهلك المتوسط هو المستهلك ذو المستوى المتوسط من حيث المعرفة التجارية، اللغوية، مهارة التفاوض السوقي والمعرفة القانونية.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

المجمل، قضت محكمة الاستئناف برفض طلب جمعيات حماية المستهلك على أساس وجوب إدراك المستهلك العادي لخطأ العرض المقدم من الشركة المعلنه.^(٢٤)

Although a contract may be made when one party accepts what reasonably appears to be an offer by other party, no contract will come into existence if what was said could not reasonably have been understood to be the effort.⁽²⁵⁾

ثانياً: نظرية الإرادة الباطنة (Subjective Agreement)

تُعرف بنظرية الاتفاق الشخصي في الأنظمة القانونية الغربية، حيث تبنت المدرسة اللاتينية فقط هذه النظرية، لتجعل من الإرادة الباطنة للطرف المتعاقد الأساس الذي يُبنى عليه عند إنشاء الروابط القانونية بين الأفراد. إذا كانت الإرادة هي مصدر العقود والاتفاقيات، فيجب أن نصل إلى ماهية ومضمون هذه الإرادة وليس مدلولها الخارجي.^(٢٦) على هذا الأساس، متى اختلفت الإرادة الباطنة للطرف المتعاقد عن مدلول التعبير عن هذه الإرادة، يتوجب على القاضي الوطني الاعتداد بما اتجهت إليه نية هذا الطرف المتعاقد وليس بمدلول تعبيره.^(٢٧) بمعنى آخر، تنتصر هذه النظرية لإرادة من صدر عنه التصرف القانوني وليس إرادة الطرف المقابل متلقي هذا التصرف القانوني. على هذا الأساس تترتب النتائج القانونية التالية: حرية الأفراد في التعاقد ولا يقيدهم إلا الإضرار بالغير؛ يولد العقد قوة ملزمة فلا يجوز الرجوع عنه أو تعديله إلا بإرادة الطرفين؛ نسبية العقد حيث لا يمتد إلى غير المتعاقدين؛ لا يجوز للقاضي المساس بالعقد بالتعديل أو بالإضافة.

(٢٤) لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية يرجى مراجعة المرجع التالي:

M. Fayyad, *The Legislative Consumer protection of the Use of Unfair terms in Palestine, A Comparative Legal Study with the European directive (93/13) on Unfair terms in Consumer Contracts*, 19 (2010).

(25) See the following link:

http://www.aquaresintechologies.com/en/resins_agro_b.v./hydrocell/general_informati_on_hydrocell/case_studies_hydrocell/ visited on 18/2/2012.

(26) E. Allan Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts, 76 Yale law Review Journal 939 (1967).

(27) Randy E. Barnett, *Default Rules and Contractual Consent*, 78 Law review Journal. 821,(1992).

في هذا السياق، نصت المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي على أن العقد هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على إنشاء التزامات قانونية بإرادة أطراف الرابطة التعاقدية. تبعاً لذلك، تنحصر وظيفة القاضي الوطني في احترام تنفيذ هذه الإرادة وليس له الحق - كمبدأ عام - في التدخل في مضمونها أو تعديلها. أيضاً، نظمت المادة (١١٠٨) من ذات القانون العناصر الجوهرية لأي اتفاق تعاقدي جاعلة من إرادة الطرف المنتجة للأثر القانوني العنصر الأول والجوهري في هذه العناصر. أخيراً، نصت المادة (١١٣٤) على نسبية آثار العقود للأطراف المتعاقدة - كقاعدة عامة دون أن تمتد هذه الآثار للغير على أساس إلزام الشخص فقط بما اتجهت إليه إراداته.

Article (1101): A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.

Article (1108): Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A definite object which forms the subject-matter of the undertaking; A lawful cause in the obligation.

Article (1134): Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.

في هذا الشأن أقرت محكمة النقض الفرنسية في العام (١٩٦٢) المبدأ القضائي التالي:^(٢٨)

Where one party intends one price and the other another, the mistake prevents there being an effective agreement and no contract is formed.

ترد وقائع هذه القضية في قيام مشترٍ جزائري بالتعاقد مع بائع نبيذ فرنسي على قيام الأخير بتصدير كمية (٢٠٠٠ هكتولتر)^(٢٩) من النبيذ الفرنسي مقابل مبلغ مالي متفق عليه بين الطرفين. عرض البائع على المشتري تسليم البضاعة المباعة في ميناء (Cherchell) الفرنسي فرفض المشتري هذا العرض وطالب البائع بنقل البضاعة إلى ميناء الجزائر مقابل

(28) Bull civ III no 91.

(٢٩) الهكتولتر هي وحدة قياس السوائل وهي تساوي (١٠) لتر مربع.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

مشاركة المشتري للبائع في جزء من تكاليف النقل. عرض البائع على المشتري قيام الأخير بدفع مبلغ (٦٠ فرنك فرنسي) لكل (هكتولتر) فرد المشتري ببرقية ذكر فيها بالخطأ موافقة المشتري على أن يدفع مبلغ (٣٠٠ فرنك فرنسي) لكل (هكتولتر) في وقت اتجهت فيه نية المشتري إلى دفع (٣٠ فرنك) فقط. تم تصدير البضاعة المبيعة وأرسل البائع إلى المشتري فاتورة البيع على أساس مبلغ (٣٠٠ فرنك فرنسي لكل هكتولتر) فدفع المشتري المبلغ دون أن يدقق كثيراً في احتساب تكاليف الصفقة. لاحقاً، أدرك المشتري الخطأ الذي وقع فيه بدفع المبلغ المالي وطالب البائع باسترداد فرق المبلغ المدفوع فرفض البائع مطالب المشتري مستنداً إلى ما ذكر في برقية المشتري الأولى. قضت محكمة النقض الفرنسية أخيراً بوجوب الاعتداد بالنية الباطنة للمشتري وليس ما كُتب في البرقية وإبطال العقد على أساس الغلط المانع للرضا (عدم توافق الإرادتين على شرط الثمن في العقد).

يرى الفقه القانوني الفرنسي أن احترام إرادة المتعاقدين هي أسمى مظاهر العدالة، وإن الخروج عن هذا المبدأ يعتبر خرقاً واضحاً للأساس الذي قامت عليه نظرية العقد في مجملها.⁽³⁰⁾ "من قال عقداً قال عدلاً"، هذا ما نادى به الفقه القانوني الفرنسي وقامت عليه نظرية العقد في النظام القانوني اللاتيني.⁽³¹⁾ تستند هذه الحجة إلى قدرة الأطراف على تحديد حقوقهم والتزاماتهم التعاقدية بشكل متوازن يمثل مصالحهم المالية بشكل عادل، لذا هم أقدر على تحديد مقابل ما سيحصلون عليه من الرابطة العقدية (الحقوق والالتزامات). وفقاً للنظام القانوني الفرنسي. تتجلى معالم هذه النظرية في أعمال القواعد القانونية التالية:

١- سحب الإيجاب: الأصل إلزامية الموجب بإيجابه الصادر إلى القابل، واحترام أي مدد زمنية تضمنها هذا الإيجاب. في المقابل، يستطيع الموجب سحب هذا الإيجاب طالما لم يعلن

(30) Martin J. Doris, *Did We Lose the Baby With the Bathwater? The Late Scholastic Contribution to the Common Law of Contracts*, 11 Texas Wesleyan Law review Journal 361 (2005).

(31) Daniel P. O'Gorman, *A State of Disarray: The "Knowing and Voluntary" Standard for Releasing Claims Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 8 U, 73 Journal of labor and employment Law 111-12 (2005)

القابل موقفاً واضحاً من هذا الإيجاب سواء بالقبول أو الرفض. لم تختلف الأنظمة القانونية المقارنة حول هذه القاعدة، إلا أنها اختلفت في الوقت الذي يمكن أن نعتد به عند البحث في آثار سحب الإيجاب.⁽³²⁾ أخذت المدرسة الفرنسية بوقت إعلان هذا السحب دون الاعتداد بوقت علم القابل له على أساس احترام إرادة من صدر عنه هذا الموقف، في حين أخذت المدرسة الجرمانية والانجلوسكسونية بالعلم بالسحب (أي من تاريخ علم القابل بهذا السحب) تأسيساً على احترام إرادة من صدر إليه الموقف.⁽³³⁾

٢- وفاة الموجب: يسقط الإيجاب بوفاة الموجب طالما لم يعلن القابل موقفه بعد من الإيجاب الصادر إليه. هذا ما اتفقت عليه الأنظمة القانونية المقارنة كافة دونما اختلاف.⁽³⁴⁾

٣- نظرية إعلان القبول: أقرت المدرسة الفرنسية بنظرية إعلان القبول وليس نظرية العلم بالقبول التي اتبعها المشرع الجرمني. هذا يعني أن زمان ومكان انعقاد العقد هو زمان ومكان إعلان القابل موافقته على الإيجاب الصادر إليه من الموجب، وفي هذا التزام واضح باحترام إرادة من صدر عنه القبول دون الاعتداد بوصول هذا التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر.⁽³⁵⁾

٤- تفسير العقد: أقرت المادة (١١٥٦) من القانون المدني الفرنسي القاعدة العامة لتفسير عبارات العقد الغامضة، حيث يُعتمد في هذه الحالة بالإرادة المشتركة لطرفي الرابطة العقدية دون الوقوف كثيراً أمام مدلول ما صدر عنهم من تعبير عن هذه الإرادة.⁽³⁶⁾

(32) Arturo Nussbaum, *Comparative Aspects of the Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine*, 36 Columbia law Review Journal 920, 925 (1936)

(33) J. M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham law review Journal 436 (2000).

(34) J. M. Perillo, *Robert J. Pothier's Influence on the Common law of Contract*, 11 Texas Wesleyan Law review Journal 267 (2005).

(35) Randy E. Barnett, *Default Rules and Contractual Consent*, 78 Law review Journal. 826 (1992).

(36) C Joerges, translated from Germany by L Fraser and P Wilkins, *The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and the Contest of Disciplines- An Analysis of*

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

Article (1156): One must in agreements seek what the common intention of the contracting parties was, rather than pay attention to the literal meaning of the terms.

الفرع الثاني**مصدر إلزامية العقود في الأنظمة القانونية المقارنة**

لن يكون من الصعب على من تخصص في دراسة القانون أن يجيب على هذا التساؤل بشكل مباشر من خلال القول إن القانون هو أساس إلزامية أي عقد. فالقانون هو الذي يحدد كيف ومتى تنشأ الالتزامات التعاقدية، وما هي الآثار القانونية المترتبة عليها وإلى أي مدى يمكن للسلطات المختصة في الدولة التدخل لحماية تنفيذها. إلى هنا لن يكون هناك أي اختلاف قانوني يُذكر بين الأنظمة القانونية المقارنة. في المقابل سيبدأ هذا الاختلاف في الظهور حينما نبحث في مضمون السياسة التشريعية لهذه الحماية التي لها دور كبير في تحديد حدود وعناصر هذه الحماية، التي بموجبها سيحدد النظام القانوني الوطني كيفية حماية تنفيذ الالتزامات التعاقدية. اختلفت الأنظمة القانونية حول هذه السياسة إلى مدرستين، حيث تبنت فرنسا المدرسة الأولى والتي قامت في مضمونها على أساس الالتزام الأخلاقي والاجتماعي للالتزامات القانونية باعتبارها تمثيلاً لإرادة الأطراف. في المقابل، أخذت المدرسة الألمانية والانجلوسكوتلندية بالبعد الاقتصادي للبحث في هذه السياسة، من خلال الأخذ بنظرية المفاضلة وتبادل المنافع الاقتصادية بين طرفي الرابطة العقدية.

تأثرت المدرسة الفرنسية كثيراً بما كان معمولاً به في القوانين الرومانية والكنسية، حيث اعتبرت أن الالتزام القانوني في أساسه يقوم على عنصر الثقة والتعامل الأخلاقي بين أفراد المجتمع، بالتالي يجب أن تتدخل الدولة في هذا المجال لحماية هذا النظام الاجتماعي من خلال ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية. تُعرف هذه النظرية بنظرية "servanda Pacta sunt"⁽³⁷⁾

the Directive on Unfair terms in consumer contracts, European review of private law 177 (1995).

(37) See: H Wehberg, 'Pacta Sunt Servanda', 53-4 The American Journal of International Law 775 (1959).

وهو مصطلح لاتيني يعني باللغة الإنجليزية "Agreement must be kept" ويعني وجوب تنفيذ الاتفاقيات التعاقدية، وهو الأساس الذي قامت عليه نظرية العقد في النظام القانوني اللاتيني.⁽³⁸⁾ تهتم هذه النظرية كثيراً بالبعد الاجتماعي للروابط العقدية، وتحرص على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة ولو جبراً عنهم، لضمان احترام الجميع للنظام القانوني المعمول به في الدولة. لذا، تبدأ هذه المدرسة حلولها القانونية عند خرق الالتزامات التعاقدية بالتنفيذ العيني - أي كان مضمونه - وتنتهي بتعويض الطرف المتضرر متى كان التنفيذ العيني غير ممكن.⁽³⁹⁾

اتبعت المدرسة الجرمانية والانجلوسكسونية نظرية الصفقة وتبادل المنافع (Bargain and exchange of values) كأساس قانوني لسياسة حماية تنفيذ الالتزامات التعاقدية. يعتمد هذا الأساس في جوهره على البعد الاقتصادي للالتزام العقدي وليس الاخلاقي؛ لذا لن يكون هناك ضير من الإخلال بأي التزام تعاقدي طالما كان باستطاعة الطرف المخل تعويض الطرف المقابل مادياً على نحو يحقق معه الفائدة التي كان يريدها هذا الأخير من التعاقد (الكسب الفائت والخسارة اللاحقة).⁽⁴⁰⁾ يسوّغ هذا التوجه اعتماد التعويض كأساس للإخلال بتنفيذ أي التزام عقدي وعدم جواز اللجوء إلى التنفيذ العيني جبراً عن الطرف المخل إلا في حالة عدم

(38) In its most common sense, the principle refers to private contracts, stressing that contained clauses are law between the parties, and implies that nonfulfilment of respective obligations is a breach of the pact. In civil law jurisdictions this principle is related to the general principle of correct behavior in commercial practice — including the assumption of good faith — is a requirement for the efficacy of the whole system, so the eventual disorder is sometimes punished by the law of some systems even without any direct penalty incurred by any of the parties. However, common law jurisdictions usually do not have the principle of good faith in commercial contracts, therefore it is inappropriate to state that *pacta sunt servanda* includes the principle of good faith.

(39) See the following link: <http://www.trans-lex.org/129500> visited on 22/3/2012.

(40) See: Goff, 'Commercial Contracts and the Commercial Court' [1984] LMCLQ 382, 391. See also *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin)* [2004] 1 AC 715, 749.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

إمكانية جبر هذا الضرر بالتعويض (مثل عدم وجود شخص بديل يستطيع تنفيذ الالتزام التعاقدية الذي تم الإخلال به).^(٤١)

تظهر أهمية التمييز بين هذين التوجيهين في اعتماد القواعد القانونية التالية:

١- تعترف المدرسة الفرنسية بأنواع الاتفاقيات كافةً كاتفاقيات تعاقدية طالما لم تخالف هذه الاتفاقيات في مضمونها قواعد قانونية أمرّة، في حين تعتد المدرسة الانجلوسكسونية والجرمانية بالاتفاقيات ذات الطابع المادي الرحي فقط.

٢- يكون التنفيذ العيني هو الأساس والتعويض هو البديل متى أخلّ الطرف المتعاقد بالالتزامه في النظام القانوني اللاتيني، بينما يكون التعويض هو الأساس والتنفيذ العيني استثناء على الأصل في النظام القانوني الانجلوسكسوني.

٣- تفترض المدرسة الفرنسية مبدأ حسن النية في العقود وتعمل به في مرحلتي التفاوض على العقد وتنفيذه، بينما تتعامل المدرسة الانجلوسكسونية مع هذا المبدأ في بعض الحالات الخاصة.^(٤٢)

٤- يتدخل القاضي الوطني لتعديل أحكام مقدار الشرط الجزائي بشكل كبير وواضح في المدرسة الفرنسية، بينما يكون تدخله محدوداً في النظام القانوني الانجليزي.^(٤٣)

(41) McLauchlan, *Objectivity in Contract*, 24 *University of Queensland Law Journal* 479 (2005).

(42) M.J. Scermaier, "Bona Fides in Roman Contract Law" in R. and S. Whittaker *Good Faith in European Contract Law*, 63 (2000); N Cohen, "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate" in J Beatson and D Friedmann, *Good faith and Fault in Contract Law*, 25 (1997); M E Storme, *Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law*, 7-1 *electronic Journal of comparative law* 3 (2003), available at <http://www.ejcl.org/71/abs71-1.html> visited on 22-3-2011.

(43) M. Fayyad, *The Legislative Consumer protection of the Use of Unfair terms in Palestine, A Comparative Legal Study with the European directive (93/13) on Unfair terms in Consumer Contracts*, 47 (2010).

٥- يلتزم البائع بالإعلام والتبصير في أثناء مرحلة التفاوض على العقد في النظام القانوني الفرنسي كمبدأ عام يحكم جميع أنواع العقود،^(٤٤) بينما يقتصر هذا الالتزام على عقود الاستهلاك في النظام القانوني الانجلوسكسوني.^(٤٥)

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتصرف الانفرادي في الأنظمة القانونية المقارنة

يعرف التصرف الانفرادي على أنه التصرف الذي يتم بالإرادة المنفردة للشخص بهدف خلق أو تعديل رابطة قانونية مع الغير دون توقف نتيجة هذا الفعل على إرادة هذا الغير. اختلفت الأنظمة القانونية في تنظيم التصرف الانفرادي وتحديد علاقته بالعقد إلى ثلاثة اتجاهات:^(٤٦) بالغت المدرسة الألمانية في التعامل مع التصرف الانفرادي واعتبرته بمثابة أساس الالتزامات التعاقدية، حيث اعتبرت هذه المدرسة أن العقد ما هو إلا مظهر من مظاهر تلاقي الإرادات، وأن هذه الإرادات يتم التعبير عنها بواسطة التصرف الانفرادي للطرف المتعاقد.^(٤٧) على سبيل المثال، يُعتبر الإيجاب بمثابة تصرف انفرادي من الموجب يعلن فيه عن نيته الالتزام بمحتوى هذا الإيجاب، كما يعتبر القبول بمثابة تصرف انفرادي من القابل يعلن فيه موافقته على الإيجاب الصادر من الموجب. في المقابل، أنكرت المدرسة الفرنسية الاعتراف بالتصرف الانفرادي كمصدر من مصادر الالتزام، واعتبرت أن العقد ما هو إلا تلاقي إرادتين. حتى في الحالة التي يمكن فيها الاعتراف بعقود التبرعات (مثل عقد الهبة)، فإن إرادة الموهوب له قائمة من خلال الموافقة على قبول هذه الهبة أو رفضها صراحة أو

(44) M. Fayyad, *A Glance at Unfair terms in Consumer Transactions in Arab Legal Systems and Islamic law: What Arab lawmakers can learn from European Experience*, 5-2 International Journal of Private law 200 (2012).

(45) K. Laursen and E. Elgan, *Trade Specialization Technology and Economic Growth: Theory and Evidence from Advanced Countries*, 199 (2000).

(46) See: Vorster, *A Comment in the Meaning of Objectivity in Contract*, 103 *Law Quarterly Review Journal* 274 (1987).

(47) P D V Marsh, *Comparative Contract Law, England France and Germany*, 178 (1993).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

ضمناً.^(٤٨) أخيراً اعترفت المدرسة الإنجليزية بالتصرف الانفرادي واعتبرته مصدراً من مصادر الالتزام شأنه في ذلك شأن، العقد وكلاهما مصدرين إراديين من مصادر الالتزام.^(٤٩)

جاء في نص المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي تعريف العقد على أنه:

Article (1101): a contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.⁽⁵⁰⁾

لم يورد المشرع الألماني تعريفاً مشابهاً على الرغم من تنظيمه العقد في العديد من النصوص القانونية، إلا أنه اعتبر العقد بمثابة تطابق تصرفات انفرادية لكل من أطراف العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يوحي بأن الأساس هو الإرادة الانفرادية للأطراف المتعاقدة. جاء القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات الألماني تحت عنوان (الالتزامات التعاقدية) خالياً من تعريف محدد للعقد واكتفى بذكر أهمية العقد في إنشاء التزامات قانونية بين الأطراف في الفقرة الأولى من المادة (٣١١) منه التي نصت على أنه:^(٥١)

Article (311/1): in order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.

كما أشرنا أعلاه، توسع المشرع الألماني في الإخذ بفكرة التصرف الانفرادي واعتبر أن عقود المعاوضات كذلك ما هي إلا تصرفات انفرادية متقابلة بين الطرفين المتعاقدين، حيث يصدر عن كل طرف تصرف انفرادي بعرض أو قبول العرض المقدم من الطرف المقابل (الإيجاب والقبول). إضافة إلى ذلك ينشأ هذا التصرف بمعناه التقليدي من خلال إلزام الطرف المتعاقد نفسه تجاه الغير بموجب إرادته المنفردة (مثل حالة الوعد بجائزة).

(48) Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, 100 Columbia Law Review Journal 129 (2000).

(49) Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham Law Review Journal 427 (2000).

(٥٠) تبنى المشرع الإيطالي تعريفاً مماثلاً في نص المادة (١٣٢١) من القانون المدني الإيطالي.
(٥١) جاءت هذه المادة تحت عنوان:

Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions.

في المقابل، يميز المشرع الانجليزي بشكل واضح ما بين العقد والتصرف الانفرادي كمصدرين من مصادر الالتزام، ولم يهتم بالحديث عن تعريف وماهية العقد واهتم كثيراً بتنظيم أحكام المسؤولية العقدية على أساس أنها الحالة التي تنقل أي اتفاق من سياقه النظري إلى العملي متى اكتملت عناصرها وشروطها.^(٥٢) عرف الفقيه الانجليزي (Treitel) العقد على أنه "اتفاق يؤدي إلى ايجاد التزامات ينظمها ويحميها القانون".^(٥٣)

An agreement giving raise to obligations which are enforced and recognized by law.

ما يميز النظام القانوني الانجليزي هو عدم اعتباره التبرعات بمثابة عقود على أساس تخلف عنصر المقابل (Consideration) الذي يعتبر شرطاً من شروط العقد في النظام القانوني العام. بمعنى آخر، يعترف هذا النظام بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر إنشاء وتعديل وإلغاء الالتزامات (مثل الإبراء والوصية والهبة)، إلا أنه لا يعترف بأي قيمة قانونية للوعد- ما لم يكن هذا الوعد جزءاً من علاقة تعاقدية تبادلية (عقد معاوضات)- على أساس تخلف عنصر المقابل في هذه الحالة (Consideration)، الأمر الذي يعفى الواعد من أي التزام قانوني متى أصيب الطرف المقابل بضرر نتيجة نكول الواعد عن وعده. على هذا الأساس، يخرج عن نطاق العقود تصرفات التبرعات التي تكون دون مقابل مادي محدد (Consideration) التي- من حيث المبدأ- لا تُعتبر ملزمة قانوناً للمتصرف، حيث يلزم فيها القبول والقبض أو الكتابة الرسمية متى كانت مستقبلية، حيث تسمى هذه التصرفات بالعقود الشكلية أو ما يطلق عليه نظام الصكوك (Deeds)، على اعتبار أن قوتها الإلزامية تستمد من قيمة الصك الذي تفرغ فيه. سيبحث هذا الجزء من الدراسة في التكييف القانوني للتصرف

(52) J. M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham Law Review Journal 427 (2000).

(٥٣) مشار إلى هذا التعريف في المرجع التالي:

E. peel, Treitel on the Law of Contract, Para 1 (2007).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

الانفرادي في الأنظمة القانونية المقارنة، ومن ثم سينتقل للحديث عن الوعد بجائزة كصورة من صور التصرف الانفرادي في هذا الأنظمة القانونية.

الفرع الأول

التكييف القانوني للتصرف الانفرادي في الأنظمة القانونية المقارنة

تعتبر العقود أكثر مصادر الالتزام استخداماً على الصعيد العملي؛ لأنها تمثل تبادل مصالح الأفراد من خلال حصول كل طرف على مقابل لما سيقدمه الطرف الآخر. في المقابل، توجد تصرفات قانونية لا يحصل فيها الطرف الملتزم على مقابل لما سيقدمه للطرف الآخر وهو ما يعرف بالتصرف الانفرادي (Unilateral Agreement). يرى البعض أن هذه التصرفات تنشأ أيضاً من خلال اتفاق طرفين متعاقدين، حيث لا يتصور نشوء مثل هذا الالتزام وخروجه إلى الواقع المادي ما لم يقبله الطرف المقابل.⁽⁵⁴⁾ على سبيل المثال، متى صدر وعد بجائزة من أحد المشروعات التجارية للجمهور فإن هذا الوعد لا يمكن ترجمته على أرض الواقع دون توجه المستفيد من هذا الوعد ومطالبة الواعد بتنفيذ التزامه. كذلك الحال في عقود التبرعات التي لا يمكن تنفيذها إلا من خلال إرادة من صدر إليه التبرع بالموافقة على هذا التبرع والتمسك بتنفيذه قانوناً. من هنا اختلفت الأنظمة القانونية بشكل متباين في التعامل مع هذه العلاقات القانونية بشكل واضح على النحو التالي:

ترى المدرسة الفرنسية أن لا قيمة قانونية لما يسمى بالتصرف الانفرادي؛ فهو شكل من أشكال العقود التي لا تتحقق إلا من خلال توافق إرادة المستفيد من هذا التصرف والمانح له. فالتصرف الانفرادي تبعاً لذلك لا يشكل مصدراً من مصادر الالتزام؛ كونه صورة من صور العقود الملزمة لجانب واحد، التي لا تحتاج إلى توافق إيجاب وقبول من طرفي العلاقة القانونية.⁽⁵⁵⁾

(54) For more details, see: J. M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham Law Review Journal 428 (2000).

(55) D. Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*, 100 Columbia Law review Journal 135 (2000).

في المقابل، أخذت المدرسة الألمانية بتوجه مختلف كلياً حينما اعتبرت أن لا قيمة قانونية لما يسمى بتوافق الإيجاب والقبول، وأن العقد في جوهره ما هو إلا توافق تصرفات انفرادية من كلا طرفيه. على سبيل المثال، يعتبر الإيجاب الصادر من أحد الأشخاص بمثابة تصرف انفرادي يتضمن رغبة هذا الشخص في إنشاء التزام قانوني متبادل مع طرف آخر، ويعتبر القبول الصادر من هذا الطرف المقابل بمثابة تصرف انفرادي مقابل يعبر عن رغبة هذا القابل في الالتزام القانوني بالرابطة محل الاتفاق. تبعاً لهذا، تتوسع المدرسة الألمانية في تنظيم الإرادة المنفردة وتعتبرها المصدر الأساسي من مصادر الالتزامات.

أخيراً ترفض المدرسة الانجلوسكسونية- كمبدأ عام- اعتبار التصرف الانفرادي بمثابة التزام تعاقدي بسبب غياب عنصر المقابل (Consideration) الذي يعتبر أحد أركان أي اتفاق تعاقدي. في حالات خاصة وبشروط محددة، تعترف المدرسة الانجلوسكسونية ببعض التصرفات الإرادية المنفردة (مثل عقود التبرعات) متى استوفت شروطاً شكلية معينة ينص عليها القانون (مثل القبض متى كان المحل موجوداً أو الكتابة الرسمية متى كان المحل مستقبلاً).

قبل التطرق إلى التكييف القانوني لهذه التصرفات في الأنظمة القانونية المقارنة، يتوجب علينا بداية أن نشير بإيجاز إلى أسباب هذا التباين الواضح في موقف الأنظمة القانونية المقارنة.

تعاملت القوانين الكنسية بداية مع الالتزامات العقدية على أساس وجوب الوفاء- كأصل عام- تأسيساً على ما يعرف بمبدأ "قدسية الوفاء بالمواثيق" "Pacta Sunt Servenda"،⁽⁵⁶⁾ واعتبار السبب على التعاقد "Cause" بمثابة استثناء من هذا المبدأ يؤسس إلى ضرورة رد أي

(56) For more details about this principle, see: H Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, 53-4 The American Journal of International Law 775 (1953).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

التزام تعاقدي إلى سبب يعترف به القانون.⁽⁵⁷⁾ تطورت نظرية العقد فيما بعد لرغبة فقهاء القانون في أوروبا في التخلص من سلطان القوانين الكنسية وإطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة عند تمثيل مصالح الفرد عبر إنشاء الالتزامات القانونية. أدى هذا التطور إلى التوسع في أعمال قيد السببية لتكون من أسس وأركان الالتزامات القانونية الفردية. في المجمل، نشأت أربع نظريات تؤسس للقوة الملزمة للعقد على النحو التالي: (١) نظرية الإرادة التي يتم فيها تنفيذ الالتزامات على أساس الإرادة الحرة المباشرة لطرف العلاقة القانونية. (٢) نظرية الصفقة التي تعترف فقط بضرورة وجود مقابل لما سيقدمه الطرف المتعاقد. (٣) نظرية الأداءات المتقابلة التي تشترط وجوب تنفيذ أي تعهد قانوني بتعهد آخر مقابل له من الطرف المقابل. (٤) نظرية العول التي تأخذ بتنفيذ التعهدات القانونية متى قام الطرف المقابل بإجراء تعديلات على أموره الحياتية والمعيشية.

أخذ النظام القانوني اللاتيني بنظرية الإرادة واستمر العمل بها حتى اللحظة كأساس تعاقدي يتم البناء عليه عند إنشاء أي التزام قانوني. في المقابل، أخذ النظام القانوني الانجليزي بنظام الصفقة مستفيداً من تطور نظرية الأداءات المتقابلة التي كانت سائدة في القرن السابع عشر. وفقاً لنظرية الصفقة، فإن مجرد التعهد لا يتمتع بقوة ملزمة لعدم وجود مقابل له؛ بالتالي لا يمكن للقانون أن يتدخل ويجبر هذا الشخص على تنفيذ ما تعهد به، على أساس أن هذا التصرف لا يعدو أن يشكل تهوراً واندفاعاً في تقدير المصلحة الخاصة لهذا

(57) *Pacta Sunt Servanda* is a brocard, a basic principle of civil law and of international law. In its most common sense, the principle refers to private contracts, stressing that contained clauses are law between the parties, and implies that nonfulfilment of respective obligations is a breach of the pact. In civil law jurisdictions this principle is related to the general principle of correct behavior in commercial practice — including the assumption of good faith — is a requirement for the efficacy of the whole system, so the eventual disorder is sometimes punished by the law of some systems even without any direct penalty incurred by any of the parties. However, common law jurisdictions usually do not have the principle of good faith in commercial contracts, therefore it is inappropriate to state that *pacta sunt servanda* includes the principle of good faith.

المتعهد، إضافة إلى افتراض غياب القصد الحقيقي من التعاقد فيه (تحقيق مصلحة خاصة) حيث غالباً ما يكون الغرض منه هو التفاخر والمباهاة.

يميز كل من النظامين القانونيين الفرنسي والجرماني بين العقد والتصرف الانفرادي على نحو واضح. تعرف المادتان (١١٠٢) و (١١٠٣) من القانون المدني الفرنسي متى يكون التصرف عقد معاوضات، ومتى يكون تصرفاً انفرادياً يلزم فقط أحد طرفي الرابطة التعاقدية (عقد تبرعات)، حيث نصت المادة (١١٠٢) على أن عقود المعاوضات هي العقود التي يلتزم فيها طرفا الرابطة العقدية بالتزامات متقابلة تجاه بعضهما بعضاً. وجاءت المادة (١١٠٦) لتتص على أن العقود محددة الالتزامات هي العقود التي يتفق فيها الطرفان على القيام بنقل ملكية حق مالي أو القيام بعمل بشكل متقابل.^(٥٨) في المقابل، جاءت المادة (١١٠٣) لتتص على أن التصرف الانفرادي هو التصرف الذي يلتزم به طرف متعاقد تجاه طرف مقابل دون ان يكون هناك التزام على هذا الاخير تجاه الأول. وجاء في المادة (١١٠٥) أن عقود التبرعات (Benevolence contracts) هي خير مثال على مثل هذا النوع من التصرفات،^(٥٩) وهي تعتبر صحيحة مرتبة لآثارها القانونية متى استوفت الشكل المنصوص عليه قانوناً.

(Article 1102): a contract is synallagmatic or bilateral where the contracting parties bind themselves mutually towards each other.

(Article 1103): it is unilateral where one or more persons are bound towards one or several others, without there being any obligation on the part of the latter.

نظم قانون الالتزامات الأمانى عقود التبرعات في نصوص المواد (٣٢٠) إلى (٣٢٦) عندما تطرق إلى تنفيذ وعدم تنفيذ الالتزامات القانونية، كما جاءت المادة (٥١٨) لتعترف صراحة بعقود التبرعات متى استوفت الشكل القانوني.

(58) Art. 1106 :A contract for value is one which obliges each party to transfer or do something.

(59) Art. 1105 :A contract of benevolence is one by which one of the parties procures a purely gratuitous advantage to the other.

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

(Article 518): for a contract by which performance is promised as a donation to be valid, notarial recording of the promise is required.

يعترف النظام القانوني الانجلوسكسوني بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزامات في حالات محدودة وبشروط خاصة يجب توافرها. يعود هذا إلى اعتبار المقابل الذي يدفعه الطرف المتعاقد ركناً أساسياً من أركان أي اتفاق قانوني؛ ولذلك لن يكون هناك اتفاق يعترف به القانون ويحميه متى انعدم هذا المقابل. ظهر الجدل القانوني بين فقهاء المدرسة الانجلوسكسونية حول وجود مثل هذه التصرفات المنفردة في نهاية القرن التاسع عشر (1893)، وبالتحديد عندما أثبتت القضية الشهيرة (Carlill v Carbolic Smoke Ball Company)⁽⁶⁰⁾ عندما أعلنت شركة مستحضرات طبية عن صدور مُنتج طبي جديد يقضي على مرض الانفلونزا خلال فترة ثلاثة أسابيع من استخدامه، وأعلنت التزامها بدفع مبلغ (100) جنيه استرليني لمن يستعمل هذا المُنتج الطبي لمدة ثلاثة أسابيع ولا يُشفى من هذا المرض.⁽⁶¹⁾ طالبت إحدى السيدات شركة الأدوية بدفع المبلغ لأنها اشترت هذا المنتج الطبي ولم تُشف من المرض، فدفعت الشركة بأن العرض لم يكن سوى دعوة إلى التفاوض ووسيلة للفت انتباه العامة لوجود هذا المُنتج الطبي، ولانعدام وجود علاقة قانونية لعدم وجود عنصر المقابل لمن يثبت عدم شفائه نتيجة استخدام هذا المستحضر.⁽⁶²⁾ قضت المحاكم الإنجليزية في هذه القضية بالتزام الشركة بدفع المبلغ المعلن عنه على الرغم من عدم وجود التزام قانوني

(60) Carlill v Carbolic Smoke Ball Company [1893] 2 QB 256.

(61) For more details about this case, see: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/carlill.htm> visited on 14/3/2012.

(62) A further argument for the defendants was that this was a nudum pactum - that there was no consideration for the promise - that taking the influenza was only a condition, and that the using the smoke ball was only a condition, and that there was no consideration at all; in fact, that there was no request, express or implied, to use the smoke ball. Now, I will not enter into an elaborate discussion upon the law as to requests in this kind of contracts. I will simply refer to Victors v. Davies 12 M. W. 758 and Serjeant Manning's note to Fisher v. Pyne 1 M. G. 265, which everybody ought to read who wishes to embark in this controversy. The short answer, to abstain from academical discussion, is, it seems to me, that there is here a request to use involved in the offer. Then as to the alleged want of consideration.

على الطرف المستفيد من تحصيل هذا المبلغ.^(٦٣) منذ ذلك الوقت، انتبه الفقه القانوني الانجليزي إلى أهمية تنظيم بعض الآثار لبعض التصرفات الانفرادية وعدم استبعادها بشكل كامل. لهذا، يرى خبراء القانون الانجليزي أن مجرد تعاقد مالك منزل مع شركة لإدارة وبيع المنشآت العقارية ما هو إلا صورة من صور التصرف الانفرادي، حتى في حال وجود مقابل مادي ستحصل عليه الشركة إن هي نفذت التزامها، على اعتبار أن شركة التوكيلات العقارية غير ملزمة بالبحث عن مشترٍ لهذا العقار، ولا يمكن للقانون إجبارها على ذلك، ولكنها لو نفذت مثل هذا الالتزام فإنها تنفذه بناء على إرادتها المنفردة حتى لو استحقت عليه مقابلاً من مالك هذا العقار.^(٦٤)

على الصعيد العملي وبعد تطور العديد من المبادئ القضائية للمحاكم الإنجليزية، تعامل النظام القانوني الانجليزي مع ركن المقابل بمزيد من المرونة. تقودنا التطورات القانونية التالية إلى مثل هذا الاستنتاج: (١) تعترف المحاكم الإنجليزية في الوقت الراهن بالمقابل الرمزي أو المعنوي الذي لا يتناسب على الإطلاق مع قيمة ما سيقدمه الطرف المقابل من التزام، فإذا أراد شخص ما التبرع لمؤسسة خيرية باستخدام عقار يملكه دون مقابل، يستطيع الطرفان في هذه الحال الاتفاق على أجر رمزي مقابل منفعة هذا العقار للتحايل على أحكام القانون، وتعترف المحاكم الإنجليزية بمثل هذا المقابل وتضمن تنفيذ التزامات الطرفين.^(٢) اعترفت المحاكم الإنجليزية بعقد القرض دون فائدة واعتبرته بمثابة تصرف قانوني نافذ حتى إن انعدم فيه عنصر المقابل. على سبيل المثال، عند تعاقد (س) مع (ص) على قيام الأول بمنح قرض للأخير يلتزم الأخير برده بعد فترة زمنية متفق عليها دون إضافة فوائد مالية عليها، فهنا نكون

(63) Lastly, it was said that there was no consideration, and that it was nudum pactum. There are two considerations here. One is the consideration of the inconvenience of having to use this carbolic smoke ball for two weeks three times a day; and the other more important consideration is the money gain likely to accrue to the defendants by the enhanced sale of the smoke balls, by reason of the plaintiff's user of them. There is ample consideration to support this promise. I have only to add that as regards the policy and the wagering points, in my judgment, there is nothing in either of them.

(64) Peel, *Treitel*, The Law of Contract, Para. 2-003 (2007).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

أمام اتفاق تعاقدى استفاد منه طرف وحيد (ص) دون أن يقدم مقابل للطرف الآخر (س)، حيث سيستفيد (ص) من تعجيل استلام المبلغ المالي، وقد يتضرر (س) من انخفاض القيمة الشرائية لهذا المبلغ وقت سداد القرض. تؤسس المحاكم الإنجليزية مثل هذا الاعتراف على أن الاتفاق الموقع بين الطرفين هو بمثابة اتفاق يُوجَل فيه تنفيذ التزام أحد طرفي الاتفاق إلى أجل معلوم (التزام مؤجل). (٣) أخيراً، ينتشر العمل في الأسواق الإنجليزية بإعلانات صادرة عن صحف عديدة تتضمن استعدادها لتقديم استشارات ونصائح تتعلق بمعاملات مالية لمن يرغب في مراسلة هذه الصحف دون مقابل يدفعه طالب الاستشارة المالية. تضمن المحاكم الإنجليزية مقاضاة هذه الصحف إن أدت الاستشارة المقدمة إلى الإضرار بطالب الاستشارة على أساس المسؤولية العقدية. تؤسس المحاكم تكييفها القانوني هذا إلى أن قيام الصحف بمثل هذه النشاطات ليس تبرعاً أو عملاً خيرياً، إنما وسيلة دعائية لتوزيع أعدادها بين العامة.

الفرع الثاني**الوعد بجائزة في الأنظمة القانونية المقارنة**

اعترفت الأنظمة القانونية المقارنة بالوعد بجائزة (Promise of a reward) كسبب لإنشاء التزامات قانونية بين طرفي العلاقة إلا أنها اختلفت حول التكييف القانوني لهذه العلاقة. اعتبر النظام القانوني الجرمانى هذا الوعد بمثابة إيجاب ملزم موجه إلى عموم الناس وأن القبول الصادر عن المستفيد من هذا الوعد يتمثل في العمل الذي قام به هذا القابل؛ بالتالي سينعقد الوعد صحيحاً وسيكون ملزماً للواعد حتى إن لم يعلم القابل بهذا الوعد وتصرف على أساس قبول إيجاب عادي صادر عن الموجب. هذا ما نصت عليه المادة (٦٧٥) من القانون المدني الألماني التي نصت على أنه:

Article (657): Anyone offering by means of public announcement a reward for undertaking an act, including without limitation for producing an outcome, is obliged to pay the reward to the person who has undertaken the act, even if that person did not act with a view to the promise of a reward.

إضافة إلى ذلك، أجازت المادة (٦٥٨) للواعد الحق في سحب هذا الإيجاب متى يشاء باستخدام ذات الطريقة التي أعلن فيها الوعد، وفي هذه الحالة يتحلل من وعده ولا يكون ملزماً به، وعلى الغير المتضرر من هذا الإجراء مطالبة هذا الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية متى ثبت تضرره من هذا الفعل. هذا ما نصت عليه المادة (٦٧٦) من قانون الالتزامات الألماني التي نصت على أنه:

Article (658): (1) The promise of a reward may be revoked until the act is undertaken. Revocation is only effective if it is announced in the same way as the promise of a reward was or if it occurs by means of a special announcement. (2) Revocability may be waived in the promise of a reward; in cases of doubt, a waiver may be seen in the setting of a period of time for undertaking the act.

لم ينكر النظام القانوني الانجليزي إلزامية الوعد بجائزة، إلا أنه تعامل معه على أنه رابطة تعاقدية بين الواعد والموعود على أساس صدور إيجاب من الواعد بقبول هذا الإيجاب بتصرف الموعود له.^(٦٥) ما يميز النظام القانوني الانجليزي في هذا السياق هو عدم اعترافه بهذه الرابطة التعاقدية متى تصرف الموعود له وهو لا يعلم بوجود الوعد. في مثل هذه الحال، لا يحق للموعود له مطالبة الواعد بتنفيذ ما وعد به.

لم يختلف توجه النظام القانوني الفرنسي عما هو مشار إليه في النظام القانوني الألماني على الرغم من اختلاف فقهاء القانون في فرنسا حول التكييف القانوني لمثل هذه المعاملات. اعتبر الفقه القانوني الفرنسي مثل هذه التصرفات على أنها عقود تنشأ بصور وعد ملزم من أحد طرفي الرابطة العقدية وإيجاب الطرف المقابل من خلال المطالبة بتنفيذ هذا الوعد. على هذا الأساس اقترب هذا التوجه مما أخذ به النظام القانوني الانجلوسكسوني لكنه مختلف في إلزاميته وانعقاده؛ فهو ملزم للواعد حتى لو لم يكن يعلم الموعود له بوجود مثل هذا الوعد كما أنه منعقد حتى لو لم يعلم به الموعود له مسبقاً.^(٦٦)

(65) J. M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham Law review Journal 428 (2000).

(66) See: P. Lerner, *Promise of a Reward in a Comparative Prescriptive*, 10-1 Annual Survey of International & Comparative Law 53 (2004).

الخاتمة

اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في تنظيم دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات الشخصية، واختلفت كذلك حول التكييف القانوني لهذه الإرادة. يعود هذا الاختلاف أساساً إلى سببين: يتمثل السبب الأول في اعتماد النظام القانوني الجرمانى والانجلوسكسونى لنظرية الإرادة الظاهرة التي تتعامل مع المدلول الخارجى للتصرف الانفرادى ومدى فهمه بواسطة الغير عند القضاء بوجود وماهية هذه الإرادة. ترى هذه النظرية أن العقد في جوهره هو التقاء إرادات، وأن الإرادة هي أساس إنشاء العقود، إلا أنها ترى أن القانون هو مصدر وجود وحماية الالتزامات التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف، وعلى ذلك فإن الالتزامات التعاقدية قد تنشأ ليس فقط استناداً إلى إرادة الأطراف ولكن أيضاً رغماً عن إرادة هؤلاء الأطراف. تضمن هذه النظرية استقرار المعاملات القانونية من خلال إلزام الطرف المتعاقد بما صدر عنه، وعدم ترك المجال لإدعاءات قد تكون غير صحيحة تهدف إلى التحلل من الروابط العقدية عن طريق الادعاء باختلاف النية الداخلية عما صدر من تعبير عنها. كما أنها تتبع قواعد تفسير واضحة بمعايير موضوعية تعتمد على ما أصدره الطرف المتعاقد من تصرف. في المقابل، أخذت المدرسة اللاتينية بنظرية الإرادة الباطنة التي تعتد بما اتجهت إليه الإرادة الداخلية لمصدر التصرف وما اتجهت إليه نيته عند التعبير عما توجهت إليه إرادته. على هذا الأساس، متى اختلفت الإرادة الباطنة للطرف المتعاقد عن مدلول التعبير عن هذه الإرادة، يتوجب على القاضي الوطني الاعتداد بما اتجهت إليه نية هذا الطرف المتعاقد وليس بمدلول تعبيره. يرى أنصار هذه النظرية أن احترام إرادة المتعاقدين هي أسمى مظاهر العدالة، وأن الخروج عن هذا المبدأ يعتبر خرقاً واضحاً للأساس الذي قامت عليه نظرية العقد في مجملها. يتمثل السبب الثاني في اختلاف الأنظمة القانونية حول مصدر إلزامية العقود، حيث أخذت المدرسة الجرمانية والانجلوسكونية بنظرية الصفقة والمنفعة المادية المتبادلة عند تنظيمها للآثار القانونية المترتبة على الالتزامات التعاقدية، في حين أخذت المدرسة اللاتينية بنظرية الإرادة

والالتزام الاجتماعي والأخلاقي للاتفاقيات التعاقدية وضرورة تدخل المشرع لحماية مضمون ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف.

إضافة إلى ذلك، اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في التعامل مع التصرفات الانفرادية وتكييفها القانوني بسبب اختلاف الأركان التي قامت عليها نظرية العقد في هذه الأنظمة المقارنة. أخذ النظام القانوني اللاتيني بعنصر السبب كركن جوهري لأي اتفاق تعاقدي، ولا يعتبر التصرف الانفرادي مصدراً من مصادر الالتزام في هذه المدرسة، حيث لا تكفي وجود الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بينما يجب أن يكون هناك قبول من الطرف المقابل - سواء كان صريحاً أو ضمنياً - للحكم بوجود الرابطة القانونية. على هذا الأساس تُدرج تلك الفئة من التصرفات ضمن التصنيف التقليدي للعقود على أنها عقود تبرعات. في المقابل، لم تنكر المدرسة الألمانية الأخذ بالتصرف الانفرادي كمصدر من مصادر الالتزام بل إنها تمازت في تطبيقه لتعتبر أن العقود في جوهرها هي تصرفات انفرادية متقابلة بين الأطراف المتعاقدة. أخيراً اعتبرت المدرسة الانجلوسكسونية ركن المقابل بمثابة ركن جوهري في أي اتفاق تعاقدي، وهي بذلك تنكر أي أثر لأي التزام فردي، باستثناء بعض التصرفات التي يجب أن تراعي الشكلية المنصوص عليها قانوناً (مثل القبض في عقود التبرعات). اختلف هذا التوجه مع مرور الزمن واعترفت المدرسة الإنجليزية بمفهوم المقابل الرمزي أو المعنوي وعدم إنكاره كركن من أركان أي اتفاق تعاقدي.

قائمة المراجع

Books

- H. Beal, B. Fauvarque, J. Rutgers, D. Tallon and S. Vogenaure, Cases, materials and Text on Contract law, U.K: Haart Publications (2010).
- K. Laursen and E. Elgan, Trade Specialization Technology and Economic Growth: Theory and Evidence from Advanced Countries, U.K: Edward Elgar Publishing Limited (2000).
- M. Fayyad, The Legislative Consumer protection of the Use of Unfair terms in Palestine, A Comparative Legal Study with the European directive (93/13) on Unfair terms in Consumer Contracts, Brussles: P.hD thesis (2010).
- M.J. Scermaier, “Bona Fides in Roman Contract Law” in R. and S. Whittaker Good Faith in European Contract Law, UK: Cambridge University Press 63 (2000).
- N Cohen, “Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate” in J Beatson and D Friedmann, Good faith and Fault in Contract Law, U.S.A: Oxford University Press (1997).
- P D V Marsh, Comparative Contract Law, England France and Germany, U.K: Gower publications (1993).

Articles

- Anne de Moor, Contract and Agreement in English and French Law, 6 Oxford Journal of Legal Studies (1986).
- Arturo Nussbaum, Comparative Aspects of the Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine, 36 Columbia law Review Journal 920, 925 (1936).
- C Joerges, translated from Germany by L Fraser and P Wilkins, The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and the Contest of Disciplines- An Analysis of the Directive on Unfair terms in consumer contracts, European review of private law (1995).
- D. Kennedy, From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s “Consideration and Form, 100 Columbia Law review Journal (2000).
- Daniel P. O’Gorman, A State of Disarray: The “Knowing and Voluntary” Standard for Releasing Claims Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 8 U, 73 Journal of labor and employment Law (2005).

- Duncan Kennedy, From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form," 100 Columbia Law review Journal (2000).
- E. Allan Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts, 76 Yale law Review Journal (1967).
- Friedrich Kessler and Edith Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, International Journal of private law (1994).
- H Wehberg, Pacta Sunt Servanda, 53-4 The American Journal of International Law (1953).
- J. M. Perillo, Robert J. Pothier's Influence on the Common law of Contract, 11 Texas Wesleyan Law review Journal (2005).
- J. M. Perillo, The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation, 69 Fordham law review Journal (2000).
- M Auer, Good faith: A Semiotic Approach (2002) 2 European review of private law.
- M Dean, Unfair Contract Terms: the European Approach, 56-4 Modern law Review (1993).
- M E Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law, 7-1 electronic Journal of comparative law 3 (2003).
- M. Fayyad, A Glance at Unfair terms in Consumer Transactions in Arab Legal Systems and Islamic law: What Arab lawmakers can learn from European Experience, 5-2 International Journal of Private law 200 (2012).
- Martin J. Doris, Did We Lose the Baby With the Bathwater? The Late Scholastic Contribution to the Common Law of Contracts, 11 Texas Wesleyan Law review Journal (2005).
- Mc. Lauchlan, Objectivity in Contract, 24 the University of Queensland Law Journal (2005).
- P. Lerner, Promise of a Reward in a Comparative Prescriptive, 10-1 Annual Survey of International & Comparative Law (2004).
- Randy E. Barnett, Default Rules and Contractual Consent, 78 Law review Journal (1992).

[الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة]

- S J Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith, 94-2 Harvard Law Review (1980).
- Vorster, A Comment in the Meaning of Objectivity in Contract, 103 Law Quarterly Review Journal (1987).