

January 2008

The Concept of “Return” in Contracts

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



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

(2008) "The Concept of “Return” in Contracts," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2008 : No. 33 , Article 4.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2008/iss33/4

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 Concept of “Return” in Contracts

Cover Page Footnote

Dr. Yazeed Nusair Legal Affairs-Kuwait Petroleum Corporation

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني دراسة مقارنة مع السبب في نظام القانون المدني إعداد

د. يزيد أنيس نصير *

ملخص البحث

ينظر إلى المقابل في نظرية العقد في نظام القانون العام على أنه الثمن الذي يشتري به طرف التزام الطرف الآخر. ولهذا فإن المقابل هو الذي يعطي الاتفاقيات قوتها الملزمة في هذا النظام. والمقابل على هذا الأساس يتلاءم مع نظرية الصفقة التي يأخذ بها هذا النظام لتفسير إلزامية العقد. فالعقود هي عبارة عن صفقات تجارية يعطي فيها كل طرف مقابلاً لما يأخذ. أن المقابل قد يكون حقاً أو منفعة يحصل عليها طرف كما وقد يكون خسارة أو ضرراً يتحمله الطرف الآخر. هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن نظام القانون المدني يأخذ بالسبب كركن من أركان العقد حيث يجري التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام، وهذا الأخير هو قريب الشبه مع المقابل حيث إن أساس التزام كل طرف يجد أساسه في التزام الطرف الآخر، بحيث إنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ ما التزم به فإن الطرف الآخر يستطيع فسخ العقد على أساس انعدام سبب التزامه. إلا أنه يمكن القول إن المقابل يختلف عن سبب الالتزام فدور الأساس يتم عند إبرام العقد بينما دور سبب الالتزام يتم في مرحلة تنفيذ الالتزام الناشئة عن تنفيذ العقد.

* أحيى للنشر بتاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٧ م.
* شركة نفط الكويت - الأحمدى - الكويت - أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس قسم الدراسات القانونية سابقاً / جامعة آل البيت - الأردن.

ملهيّد:

إذا كان كل عقد هو اتفاق فإنه ليس كل اتفاق هو عقد، بمعنى أن هناك الكثير من الاتفاقيات التي لا يعترف القضاء بأن لها قوة تنفيذية إذا ما رفض أحد الطرفين القيام بما كان قد تعهد على القيام به. لهذا فإن التساؤل الذي يثور هنا هو بخصوص الأساس الذي يقوم النظام الأنجلوسكسوني بالاستناد عليه للفرقة بين العقد والاتفاق، ومتى يمكن القول طبقاً للقواعد القانونية لهذا النظام إن أحد الطرفين ملزم بما تعهد به وإن عليه تنفيذ هذا الالتزام.

أن الإجابة على هذا التساؤل تكمن في القول إن مبدأ المقابل Consideration هو المبدأ الذي يعتمد عليه النظام الأنجلوسكسوني لصبغ الاتفاقيات بالصبغة الملزمة واعتبارها عقداً.

على هذا الأساس فإن هذه الدراسة تتناول مبدأ المقابل، ودراسة هذا المبدأ تعد من أصعب المواضيع في نظرية العقد في نظام القانون العام، وقد حاولنا تقديمه مقارنة مع السبب كأحد أركان العقد في نظام القانون المدني. ولا تخفى أهمية الدراسات المقارنة في عالم بدأت تختلط فيه النظريات والمفاهيم، وبدأت النظم القانونية تقترب من بعضها في محاولات لإيجاد قواسم مشتركة يجري الأخذ بها وتطبيقها في عقود التجارة الدولية. كما ولا تخفى أهميتها في عالم بدأ يصغر بفعل ثورة الاتصالات والتكنولوجيا مما يرتب تحدياً لمعرفة واكتشاف ما لدى الآخر.

ولقد جاءت هذه الدراسة ضمن خمسة فروع خصصنا الفروع الأربع منها لدراسة المقابل وتطوره التاريخي ثم تعريفه وأشكاله كما تناولنا شروطه وتعرضنا إلى بعض تطبيقات المبدأ ثم الاستثناءات الواردة عليه. أما الفرع الخامس فقد خصصناه لإجراء المقارنة بين المقابل والسبب.

الفرع الأول تاريخ المبدأ وتطوره

المطلب الأول تاريخ المبدأ

ارتبط تطور نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني بتاريخ تطور الاختصاص القضائي لمحاكم القانون العام Common law courts ، فقد كان اختصاص هذه المحاكم في القرن الثاني عشر يقتصر على الفصل في الجرائم ونزاعات الإقطاع. أما بالنسبة للتراعات الناشئة عن الاتفاقيات أو العقود فقد كان الناس يلجئون بشأها إلى محاكم أخرى كمحاكم الأسواق أو الكنائس أو محاكم الإقطاع أو إلى غير ذلك من المحاكم.

كما وقد جرى التمييز في العصور الوسطى بين العقود الشكلية وهي تلك التي يتم إفراغها في وثيقة يتم ختمها under seal وبين العقود التي يتم إبرامها شفاهاً حيث اعترفت محاكم القانون العام بالأولى دون الثانية وسمحت للأفراد باللجوء إليها بالنسبة للتراعات الناشئة عنها من خلال دعويين: الأولى تختص بالاتفاقيات التي يكون محلها القيام بعمل Action of covenant والثانية تخص الدين. وقد كانتا هاتان الدعوتان تنظران من قبل هيئة محلفين. أما بخصوص الاتفاقيات الشفهية فلم يكن هناك دعوى تختص بالاتفاقيات التي يكون محلها القيام بعمل، ولكن كانت هناك دعوى المطالبة بمبلغ debt sur contract وكانت إجراءات هذه الدعوى وعلى العكس من الدعويين أعلاه تتم من خلال أداء اليمين من المدعى عليه وشهوده. وفي القرن السادس عشر أصبحت هذه الدعوى معيبة لانتشار ظاهرة استئجار الشهود مقابل مبالغ زهيدة.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

ولقد جرى تطور على قواعد القانون العام فيما يتعلق بالعقود الشفوية عندما تم السماح للمتعاقدین باستعمال دعوى المسؤولية التقصيرية trespass في نزاعات هذه العقود عندما ينتج عنها ضرر لأحد الطرفين، وقد سميت الدعوى في هذه الحالة Assumpsit وبما أن هذه الدعوى لم تكن تستوجب من المدعي تقديم أي إثبات خطي فقد تم استغلال ذلك وبدأ الأفراد يلجئون إلى هذه الدعوى أمام محاكم القانون العام. وقد تم لاحقاً إلغاء دعوى المطالبة بمبلغ، وإحلال الدعوى الجديدة مكانها مما جعل هذه الدعوى تصبح هي الدعوى العامة فيما يتعلق بالعقود غير الشكلية. وكنيجة لذلك كان لابد من وضع قيود عليها، حيث تم اللجوء إلى مبدأ المقابل Consideration ليحدد مجالها، وقد كان يقصد به السبب والباعث الذي صدر التعهد لأجله، وكان جوهر المبدأ أن دعوى التعهد يجب أن تعتمد على فحص السبب الذي تم لأجله إعطاء هذا التعهد أو الالتزام بحيث أصبح سبب إعطاء التعهد هو الأمر الحاسم في تنفيذ أو عدم تنفيذه. وقد كان من أثر ذلك أن مجرد التعبير عن الإرادة لم يكن له أي آثار قانونية ما لم يكن هناك سبب ما لإصداره، ومثل هذه الفكرة تم لاحقاً تطويرها باتجاهين: الأول وهو أن ما كان ينظر إليه على أنه سبب خاص بكل تعهد أصبح مبدأ عاماً يطبق على كافة التعهدات وهو أن كل مقابل يتوجب أن ينتج عنه إما منفعة للمدعى عليه أو ضرر يقع على المدعي. أما الثاني فهو قيام القضاء بتحليل المقابل على أساس العلاقة الزمنية بينه وبين التعهد الصادر بحيث أصبح التعهد أو الالتزام بسبب أمر تم في الماضي لا يعتبر صحيحاً، بينما المقابل المترام مع التعهد أو الذي يتم تقديمه مستقبلاً يعتبر مقابلاً صحيحاً يجوز تنفيذ التعهد، وبحيث أصبح مجرد التعهدات المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين يصلح كل منهما مقابلاً للآخر.

د. يزيد أنيس نصير

هذا ومن الجدير بالذكر أن أصل المبدأ لا يزال أمراً خلافياً، فالبعض يرى أنه وليد النظام الأنجلوسكسوني ذاته وأن أصله هو قاعدة المعاوضة في الدين *quid pro quo* والذي ظهر في العصور الوسطى، أو المبدأ الذي استقر في القرن السادس عشر هو أن الصفقات (أي عقود المعاوضة) هي التي يجب على القضاء الاعتراف بها والأمر بتنفيذها. بينما يرى البعض أن أصل المبدأ يرتبط بالقانون الكنسي، وبالسبب في نظام القانون المدني، إلا أن طريقة استيعابه ضمن النظام الأنجلوسكسوني لا زالت غير معروفة.

المطلب الثاني مفهوم المقابل

ينظر النظام الأنجلوسكسوني إلى العقد باعتباره صفقة تجارية بين طرفين *bargain* يقدم كل منهما مقابلاً لما يعطيه الطرف الآخر.

فالمقابل ببساطة هو ما يعطيه طرف للطرف الآخر مقابلاً لالتزامه العقدي، فهو الثمن الذي يشتري به طرف التزام الطرف الآخر^(١). على هذا الأساس فإن المبدأ يقوم بتمييز العقود عن التصرفات التبرعية التي تتم دون مقابل والتي هي من حيث المبدأ لا تعتبر ملزمة قانوناً للمتصرف، حيث يلزم فيها القبول والقبض أو الكتابة الرسمية بالنسبة للتبرعات المستقبلية. وهذه هي ما تسمى بالعقود الشكلية في النظام الأنجلوسكسوني أو ما يطلق عليها *deeds* حيث إن قوتها الملزمة تستمد من الصك الذي تفرغ فيه، وبالتالي فهي لا

(١) انظر F. Pollock . Principles of Contract. 13Th.ed. P. 133 وكذلك: Lord Dunedin in, Dunlop pneumatic tyre Co. Ltd v. Selfridge and co. Ltd [1915] A.C. 847. وكذلك انظر م (٧١) من مدونة العقد الأمريكية الثانية.
"to constitute consideration, performance or a return promise must be bargained for (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange of that promise".

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

تحتاج إلى مقابل. إنما المقابل يطلب في العقود الأخرى، وهي ما يطلق عليها العقود البسيطة simple contracts وهي العقود العادية التي لا تتطلب أي شكلية ما. يمكن القول وبشكل عام إن هناك أربع نظريات بخصوص القوة الملزمة للعقد وهذه هي:

١. نظرية الإرادة: حيث يتم تنفيذ الالتزامات على أساس إعطاء مفعول لما تعهد به كل طرف، أي إعطاء مفعول لإرادة الطرفين المتعاقدين.
 ٢. نظرية الصفقة: أي أن التعهدات يجب تنفيذها إلى الحد التي تكون فيه جزءاً من صفقة بين الطرفين.
 ٣. نظرية الأداءات المتقابلة: أي أن التعهدات يجب تنفيذها عندما يكون هناك أداء مقابل لها من الطرف الآخر.
 ٤. نظرية العول: أن التعهدات يجب تنفيذها عندما يقوم الطرف الآخر وبالاعتماد عليها بإجراء تعديلات على أموره الحياتية والمعاشية.
- لقد انحاز نظام القانون المدني إلى نظرية الإرادة، بينما أخذ نظام القانون العام بنظرية الصفقة والتي هي في حقيقة الأمر تطورت عن نظرية الأداءات المتقابلة والتي كانت سائدة في القرن السابع عشر، وهذه أصلاً تطورت عن نظرية السبب في النظام الجرمانى Causa debendi طبقاً لنظرية الأداءات المتقابلة فإن مجرد التعهد لا يتمتع بقوة ملزمة لعدم وجود مقابل له، وهناك عدة أسباب لهذه النتيجة:

د. يزيد أنيس نصير

أولاً: أن الشخص الذي يقدم تعهداً أو يلتزم تجاه شخص آخر على أساس الثقة ودون أن يكون هناك مقابل لالتزامه من الطرف الآخر، إنما يكون مندفعاً في تعهده، ولهذا فإنه ليس له أن يطالب بالحماية على أساس ما كان يتوقعه من الطرف الآخر؛ لأن توقعه لم يكن له أساس.

ثانياً: أن قيام شخص بالالتزام لشخص آخر دون مقابل يفسر على أساس التفاخر والمباهاة وليس على أساس قصد حقيقي، فالمقابل للالتزام يدل على أن الشخص الملتزم قد قام بمراجعة الأمر وحسابه بتأن، وبالتالي فإن التزامه تم عن دراية تامة. إن الالتزامات التي يقصدها القائمون بها والتي تتم بعد تفكير هي الملزمة؛ لأنها تخلق الثقة ومن ثم الاعتماد عليها. لقد تأثر النظام الأنجلوسكسوني بهذه النظرية في القرن السابع عشر، وبالتالي فإن الأداء المطلوب من الطرف الآخر هو المقابل للتعهد أو الالتزام consideration وهو أيضاً سبب الإقدام عليه^(٢).

كما قلنا فإن المقابل هو البديل الذي يحصل عليه الملتزم تجاه ما التزم به، وهو إما أن يكون منفعة يحصل عليها الملتزم (المدين) أو ضرراً detriment يتعرض له المتعهد له (الدائن). أن المنفعة والضرر الحاصلين بالإضافة إلى التعهد تحتم اعتبار التعهد ملزماً ومن ثم ترتيب المسؤولية على الإخلال به^(٣). فمثلاً إذا ما قام (أ) بإقراض (ب) مبلغاً من المال مقابل تعهده بإعادة هذا المال مستقبلاً، فإن قيام (أ) بإعطاء المبلغ معتمداً على تعهد (ب) يجعله في وضع أسوأ من الوضع الذي كان عليه قبل إعطاء المال، فقد خرج من ذمته مبلغ مالي (ضرر).

(٢) انظر:

Roscoe Pound. An Introduction to the Philosophy of Law, Yale Univ. Press. 13th. printing (1974) pp. 143 146.

(٣) انظر:

P.S. Atiyah, An Introduction to the law of Contract ,5th ed. Clarendon press (1995) p. 119 .

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

كما أن (ب) أصبح باستلامه للمبلغ النقدي في وضع أفضل مما كان عليه من قبل، فقد أصبح لديه مبلغ من المال (منفعة) وبالتالي فإن هذه النتائج المترتبة على التعهد تجعله ملزماً وبدرجة كبيرة.

لقد قام الفقيه هولمز بتطوير هذا المفهوم واعتبر المقابل أمراً يخضع لعملية صفقة بين المتعاقدين حيث يعطى المقابل بدلاً عن التعهد أو الالتزام من خلال التفاوض بين الطرفين والمسألة كما يقول، هي إيجاد العلاقة أو المبرر بين المقابل والتعهد^(٤). فما هو الشيء الذي أغرى كل طرف ليتعهد بما التزم به. هل الموجب سيحصل على شيء مقابل لإيجابه أم لا، وكذلك فإن الموجب له لا يسمح له بالمطالبة بتنفيذ العقد إلا إذا كان أعطى أو وعد بتقديم شيء أو القيام بعمل مقابل للإيجاب.

لقد أصبح مبدأ الصفقة هو أساس تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولقد ساعد على انتشار هذه النظرية واستقرارها ارتباطها وانسجامها مع السلوك البشري، فمعظم تصرفات الأفراد هي عبارة عن قواعد تبادلية norm of reciprocity والمبادلات التجارية يمكن أن تزدهر في أي مجتمع إذا ما توافرت بعض الشروط^(٥) ومنها:

أ. التخصص في العمل والمبادلات.

ب. شعور الفرد بقدرته على الاختيار وتحمل نتائج اختياره.

ج. وعي باستمرارية الماضي والحاضر والمستقبل، وهذا الوعي يساعد الفرد في ممارسته لاختياره مع نظرة استشرافية منه للمستقبل.

O. Holmes, The Common Law (M. Howe.ed. 1963) p. 230.

(٤)

Macneil, The many Futures of Contract. 47 S. Cal. L. Rev. (1974) 691.696-712.

(٥)

د. يزيد أنيس نصير

إن توافر هذه الشروط يعتبر دافعاً للتطور الاقتصادي وقد استعمل العقد كوسيلة من وسائل هذا التطوير. لقد كان في اعتبار الاتفاقيات التي يتوصل إليها الأفراد ذات قوة ملزمة، مساعدة للأفراد في إعطائهم سلطة في صنع قراراتهم، كما كان مبدأ المقابل هو وسيلة التحكم ومراقبة هذه القرارات أو بمعنى واسع السوق، حيث إن مبدأ المقابل يدفع الأفراد إلى التأني والحرص وعدم التصرف باندفاع كما أنه يقصر مؤازرة القانون على التصرفات الجدية والمقصودة ويرفض الاعتراف بالتصرفات التي يشوبها درجة من الإكراه لا يمكن التسامح بشأنه.

إن مبدأ الصفقة في نظرية المقابل يعمل على ما يلي^(٦):

أولاً: يقدم إطار طبيعي لتصرفات الأفراد الجدية ويعمل على تأكيد هذه الجدية.

ثانياً: يحمي ويؤطر التصرفات التجارية المهمة.

ثالثاً: يقدم حماية قانونية للالتزام أو التعهدات المستقبلية، وهي تلك التي تقتصر على مجرد تعهد من طرف يقابله تعهد من طرف آخر بخصوص التزامات تنشأ مستقبلاً، كما تحمي المتعاقد من الادعاء لاحقاً بأن ما تم الاتفاق عليه لم يكن متوازناً.

رابعاً: يسمح بتطوير وسائل حماية للمصالح المتوقعة للمدعي.

(٦) انظر: R.Speidel . An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract. 27 Stanford Law Review (1975) 1161.1170.

المطلب الثالث

التعريف التقليدي للمقابل

لقد تم تعريف المقابل في قضية ميزا^(٧) بأنه إما أن يكون حقاً أو مصلحة أو ربحاً أو منفعة حصل عليها أحد الطرفين أو يكون امتناعاً عن المطالبة بحق أو ضرر أو خسارة أو مسؤولية يتعهد بها أو يتعرض لها أو يعطيها الطرف الآخر.

من خلال هذا التعريف، يمكن النظر إلى المقابل من زاويتين، زاوية الملتزم تجاهه، وهو الشخص الذي يقوم بتقديم المقابل، وزاوية الشخص الملتزم الذي قام بتقديم التزامه، هذا ويلاحظ أن التعريف لم يبين لنا نوع المنفعة أو الضرر الذي يعتبر بموجب القانون مقابلاً يستوجب الأمر بتنفيذ الالتزام، والحقيقة أن المنفعة أو الضرر هما نفس الشيء إذا نظر إليهما من زاويتين مختلفتين. عادة فإن المدعي هو ما يكون الطرف الذي تم الالتزام تجاهه بينما يكون المدعى عليه هو الطرف الذي كان قد التزم ولم يتم بما التزم به، ولكي ينجح المدعي من إثبات دعواه فإن عليه أن يثبت أنه قد قام بتقديم مقابل-منفعة- للمدعى عليه أو تعرض هو ذاته لضرر وقع عليه.

أيضاً فإن التعريف في الوقت الذي نظر فيه إلى المقابل من جهتيه، إلا أنه لم ينظر إلى العقد من جهتيه، فالمقابل هو جانب واحد من الصفقة أو العقد، بينما المقابل المعطى من المدعي والمقابل المعطى من المدعى عليه، هما اللذان يشكلان الصفقة أو العقد. ففي العقد

Corrie v. Misa (1875) LR 10 Ex 153, 162, "a Valuable consideration in the sense of law, may (٧) consist either in some right interest, profit or benefit accruing to the one party or some forbearance," detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other.

د. يزيد أنيس نصير

الملزم للجانبين يعتبر كل طرف ملتزماً تجاه الطرف الآخر، فإذا تعهد (ب) بنقل مجموعة من الطلاب في رحلة مدرسية بتاريخ الأول من نيسان مقابل خمسين ديناراً تعهد (أ) بتقديمها كأجرة، فإن تعهد كل منهما يعتبر مقابلاً لتعهد الطرف الآخر، وكلا التعهدين يعتبران منفعة وضرراً لكل منهما، لهذا فإنه إذا ما حاول (أ) التخلص من التزامه فإن عليه دفع تعويض لـ (ب) وهنا نحن لا نرى إلا نصف العقد لأن النصف الآخر هو تعهد (ب) بنقل الطلاب مقابلاً لتعهد (أ) بالدفع، فالتعهد هنا يعتبر مسؤولية تقع على (ب) ومنفعة تذهب إلى (أ) فإذا ما حاول (ب) التخلص من التزامه فإن عليه دفع تعويض لـ (أ).

على هذا الأساس فإن تعريف المقابل يمكن أن يطبق مرتين على هذا العقد طالما أن هناك في العقد طرفين ملتزمين وليس طرفاً واحداً.

في الحقيقة، فإن مسألة المقابل لا تنور إلا فيما يتعلق بالتزام أو تعهد أحد الطرفين عندما يقوم هذا الطرف برفض القيام بما التزم به بشكل تام أو بطريقة غير ملائمة. وهذا هو السبب في أن تعريف المقابل ركز على المدعي وفيما إذا كان قد قدم مقابلاً أم لا لما تعهد أو التزم به المدعي عليه، ولم يهتم بشكل مباشر فيما إذا كان التزام المدعي عليه يشكل مقابلاً لالتزام المدعي^(٨). إن الجهة التي ينظر فيها إلى المقابل تعتمد على الشخص الذي يقوم برفض القيام بالتزامه، فإذا كان (أ)، في المثال المشار إليه أعلاه هو الذي يرفض القيام بما التزم به من دفع الأجرة، فإن اهتمامنا ينصرف فيما إذا كان التزام (ب) بنقل الطلاب يعتبر مقابلاً، أما إذا كان (ب) هو الذي يرفض القيام بالتزامه بنقل الطلاب فإن السؤال عندها يتمحور فيما إذا كان التزام (أ) بدفع الأجرة يشكل مقابلاً.

(٨) انظر:

R.D. Taylor, Law of Contract 2nd.ed. (1987) Blakstone press. P. 58.

المطلب الرابع

أشكال المقابل

إن للمقابل ثلاثة أشكال، فهو إما أن يكون:

أ- التزاماً أو تعهداً Promise

ب- مبادلة أو تبادل أموال Exchange

ج- امتناع من مطالبة بحق Forbearance

أ. الالتزام أو التعهد:

إن الالتزام أو التعهد المستقبلي يمكن أن يكون مقابلاً للالتزام آخر في العقود الملزمة للجانبين. فإذا ما عرض (أ) بيع جهاز تلفاز بمائتي دينار على (ب) وعلى أن يتم الدفع مستقبلاً فقبل (ب) هذا العرض فإن مجرد تعهده أو التزامه بدفع المبلغ مستقبلاً يعتبر مقابلاً للالتزام (أ) بنقل ملكية التلفاز له. أما بالنسبة إلى العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الجعالة، فإن قيام الشخص بالعمل المطلوب يعتبر مقابلاً للتعهد بدفع الجائزة هذا، ويلاحظ أن التعهد بقبول هبه لا يعتبر مقابلاً لأنه يفترض في التعهد الذي يعتبر مقابلاً أن يكون تنفيذه كذلك مقابلاً.

ب. المبادلة:

ويمكن أن يكون مقابلاً صحيحاً ما يعطى أو يقدم من أشياء لها قيمة مادية مقابلاً للالتزام، وغالباً ما يتم تقديم نقود مقابلاً للالتزامات ويمكن تقديم أي بضاعة أو خدمات.

ج. الامتناع عن المطالبة بحق:

وهو الامتناع عن القيام بعمل يكون للممتنع الحق في عمله، فالامتناع الفعلي عن رفع دعوى للمطالبة بدين ثابت أو التعهد بعدم رفعها يعتبر مقابلاً صحيحاً لالتزام الطرف الذي طالب بمثل ذلك مقابلاً لالتزامه.

الفرع الثاني شروط المقابل

هناك ثلاث أمور يتوجب توافرها في التزام الشخص لكي يكون هناك مقابل صحيح:

- أ- أن يطلب الطرف الملتزم مقابلاً لالتزامه.
- ب- أن يكون للشيء المطلوب قيمة بنظر القانون.
- ج- أن يحصل الملتزم على طلبه من الطرف الآخر.

وبتطبيق هذه الأمور الثلاثة يمكن لنا معرفة الشروط الواجب توافرها في المقابل.

أولاً: يشترط في المقابل أن لا يكون قد تم في الماضي :

يشترط في المقابل أن لا يكون قد تم في الماضي. بمعنى أن الالتزام أو التعهد لم يُعطِ مقابلاً لفعل كان قد تم القيام به مسبقاً، أي أنه كان هناك فترة زمنية بين الفعل وبين المقابل الذي يدعى أنه تم تقديمه لهذا الفعل، حيث لا يمكن لشخص أن يعقد صفقة بخصوص شيء كان قد حصل عليه. فمثلاً إذا ما أبرم عقد بين طرفين ثم بعد ذلك بفترة تعهد أحدهما وهو البائع بضمان البضاعة محل العقد فإن مثل هذا الضمان يكون بلا مقابل، وهو غير ملزم حيث يعتبر تعبيراً عن شكر وامتنان لخدمة سابقة. ولمعرفة فيما إذا كان المقابل قد تم في الماضي فإن القضاء لا يطبق بشكل تام معياراً زمنياً، فإذا كان التعهد ومقابله هما صفقة

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

واحدة، فإن الترتيب الزمني لصدور كل منهما ليس أمراً حاسماً، وهذه المسألة تعتبر مسألة واقع ولا أهمية في هذا المجال للعبارات المستعملة^(٩). ففي إحدى القضايا^(١٠) قام الأب بالإيصاء لأولاده بالبيت بعد وفاة والدتهم. عندما كانت الأم لا تزال على قيد الحياة قام أحد الأبناء مع زوجته بالإقامة بالبيت حيث قامت الزوجة بإجراء تحسينات على البيت، ولاحقاً على ذلك قام بقية الأبناء بتوقيع وثيقة يخولون فيها وصي التركة بدفع مبلغ (٤٨٨) جنيهاً من التركة مقابلاً لما أنفقته على هذه التحسينات.

لقد أكدت محكمة الاستئناف أن كافة الأعمال والتحسينات التي قامت بها الزوجة كانت سابقة على توقيع الوثيقة، وبالتالي فهي مقابل حدث في الماضي وبالتالي لم يكن هناك عقد بين الأطراف.

هذا ويجري التمييز في هذا المجال بين المقابل الذي تم في الماضي executed والمقابل المستقبلي executory ، فالأول يتم القيام به بناء على طلب من المدعى عليه حيث يعتبر مقابلاً صحيحاً إذا تعهد المدعى عليه بعد ذلك بدفع تعويض أو أجره له. فإذا ما تم تقديم العمل أو الخدمة بناء على طلب من المدعى عليه، يعتبر الطلب السابق على أداء الخدمة والتعهد الصادر لاحقاً بالدفع تصرفاً واحداً^(١١). وهذا عادة ما يتم في العقود وحيدة الطرف unilateral contract والملزمة لجانب واحد. أما المقابل المستقبلي فهو حيث يكون المقابل هو التعهد الصادر من الطرف الآخر وهذا ما يتم في العقود الملزمة للجانبين. كما ويمكن اعتبار المقابل الذي يتم في الماضي صحيحاً. إذا ما كان هناك تفاهم أو افتراض بين الطرفين على أن

G.H.Treitel. The Law of Contract. 8th. ed. (1991) sweet and Maxwell. P.73. (٩)

Re Macarde [1951] Ch 669; [1951] All. E.R. 905. (١٠)

Lampleigh v. Brathwait (1615) Ho 6 105 : انظر (١١)

د. يزيد أنيس نصير

الخدمة أو الفعل هو فعل مدفوع الأجر. إن البعض يرى أن المسألة هنا هي ليست مسألة مقابل تم في الماضي، لأن العقد لا يبرم عند إصدار التعهد صراحة أو ضمناً بالدفع، ولكنه يبرم عندما يتم أداء الخدمة أو تقديم البضاعة لأن عدم الاتفاق على تحديد الثمن أو الأجرة لا يمنع من إبرام العقد^(١٢).

من القضايا التي رفضت فيها المحكمة الادعاء بأن المقابل كان مقابلاً تم في الماضي قضية^(١٣) كانت تفاصيلها أن المدعي كان قد تعهد للمدعى عليه بأنه لن يقوم ببيع أسهمه قبل تاريخ محدد من شركة كان المدعى عليه هو المساهم الرئيسي فيها، وقد صدر التعهد بناء على طلب المدعى عليه والذي كان يرغب بالمحافظة على أسعار الأسهم التي يمتلكها في الشركة من الانخفاض في حال إقدام المدعي على بيع أسهمه بشكل مفاجئ. لاحقاً على ذلك قام المدعى عليه بالتعهد للمدعي بتعويضه عن كافة الخسائر التي قد يتعرض لها في حال انخفاض ثمن أسهم الشركة خلال سنة. لقد رفضت المحكمة الادعاء بأن المقابل كان قد تم في الماضي فرغم أن التعهد بعدم بيع الأسهم كان قد صدر قبل صدور التعهد بالتعويض إلا أنه تم بناء على طلب المدعى عليه وعلى أساس أنه سيتم تعويض المدعي في حال انخفاض سعر الأسهم.

لقد حدد اللورد سكارمان Scarman الشروط الواجب توافرها في الفعل الذي يتم قبل إصدار التعهد بتعويضه من الطرف الآخر، لكي يمكن اعتباره مقابلاً صحيحاً.

“An act done before the giving of a promise to make a payment or to confer some other benefit can some times be consideration for the promise. The act must have been done at the promisors request, the parties must have understood that the act was to be remunerated further by a payment or the conferment of some other

(١٢) اتيه، مرجع سابق، ص ١٢٤.

Paoon v. lauyin long [1980] A.C. 614; [1979] 3 All. E.R. 65.

(١٣)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

benefit, and payment, or the conferment of a benefit must have been legally enforceable had it been promised in advance⁽¹⁴⁾.

إن مثل هذا المقابل يعتبر كافياً في كل من الحالات التالية:

- أ. إذا كان التصرف تم بناء على طلب الطرف الذي قام بالتعهد أو الالتزام.
- ب. إذا كان هناك تفاهم بين الطرفين أن التصرف سيتم التعويض عنه.
- ج. يشترط أن يكون هذا التفاهم مبنياً على أسس صحيحة.

إن قاعدة أن المقابل الذي يتم في الماضي لا يعتبر مقابلاً صحيحاً لها بعض الاستثناءات التي أقرها المشرع، فالدين السابق في سند السحب اعتبر مقابلاً صحيحاً⁽¹⁵⁾ وكذلك فإن قانون التقدّم لعام ١٩٨٠⁽¹⁶⁾ نص على أنه عندما يقوم المدين بالاعتراف بدينه كتابةً وتوقيعه، فإنه يجب اعتبار الدين حاصلًا بتاريخ الاعتراف به ومن شأن الاعتراف تمديد مدة التقدّم حتى ولو كان المقابل-الدين- مقابلاً ماضياً.

ومن القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي⁽¹⁷⁾ بهذا الشأن قضية شخص قام ببيع بيته وتنازل للمشتري عن الملكية وقام بتسليم البيت للمشتري، كما تنازل للمشتري عن حقه في التأمين على البيت من أخطار الحريق. لاحقاً على ذلك تذكّر الطرفان أن عليهم القيام بوضع وثيقة التأمين باسم المشتري وقد وافق البائع على إرسال الوثيقة إلى وكيل التأمين لهذا الغرض إلا أنه نسي إرسالها. تعرض البيت للحريق بعد ذلك. لقد أكدت المحكمة أن تعهد البائع بإرسال الوثيقة لتبديل الاسم كان تعهداً تبرعياً وبلا مقابل طالما أنه تم بعد إبرام العقد وتنفيذه.

(١٤) صفحة ٦٢٩، ص ٧٤

Bill of Exchange Act 1882.S. 27 (1) (b).

(١٥)

(١٦) م ٢٧ (٥).

Brawn v. Lyford, 103 Me. 362, 69A. 544.

(١٧)

د. يزيد أنيس نصير

لقد حاول اللورد مانزفيلد Mansfield جعل المقابل الذي يتم في الماضي مقابلاً صحيحاً عندما يجتم الواجب الأخلاقي التعويض عن العمل المنجز ويكون التعهد مقصوداً به تأكيد هذا الواجب الأدي. إلا أن هذه المحاولة لم تنجح ففكرة المقابل الأدي قد تدمر مبدأ المقابل من أساسه؛ لأن كل تعهد يحمل معه واجباً أدياً بالتنفيذ^(١٨).

إن مبدأ عدم اعتبار المقابل الذي يتم في الماضي مقابلاً صحيحاً قد يخلق صعوبات كبيرة ما لم يكن القضاء قادراً على استعمال وسائل من شأنها تجنب تطبيق المبدأ، ففي إحدى القضايا^(١٩) قام شخص بإنقاذ شخص آخر، ولكنه أصيب أثناء عملية الإنقاذ بشلل دائم وكتيجة لذلك فقد تعهد الشخص الذي تم إنقاذه بدفع ثلاثين دولاراً شهرياً لهذا الشخص الأخير، إلا أنه بعد وفاة الشخص الذي تم إنقاذه رفض الورثة الاستمرار بالدفع. لقد أصدرت المحكمة قراراً كان لصالح الشخص المنقذ رغم أن التعهد بالدفع وحسب القاعدة لم يكن ملزماً لأنه تم بعد عملية الإنقاذ وبالتالي لا يعتبر مقابلاً صحيحاً، وقد كان تسبب المحكمة لقرارها غير مقنع. وفي قضية أخرى^(٢٠) مشابهة لهذه القضية عادت المحكمة إلى المبدأ الأساس وأعلنت عدم صحة المقابل الذي يقوم به الشخص تطوعاً.

"A humanitarian act of this kind voluntarily performed is not such consideration as would entitle her to recover at law" هذا ويلاحظ أن المدونة الثانية للعقد (١٩٨١)^(٢١) قد نصت في المادة (٨٦) على أن التعهد المعطى اعترافاً بمنفعة تم الحصول عليها مسبقاً يعتبر ملزماً إلى الحد الضروري لمنع النتائج المخالفة للعدالة injustice.

K.Zweigert and H.Kotz, Introduction to Comparative Law. VoL.II Clarendon press (1987) p. 75. (١٨)

Webb v. McGowin , 27Alen. App, 82, 168, So. 196 (1935). (١٩)

Harrington v. Taylir, 225. Nc. 690. 36. SE. 2d, 227 (1945). (٢٠)

Rest. 2nd (1981). S. 86 . "Promises in recognition of a benefit Previously received are binding (٢١) only to the extent necessary to prevent injustice.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

إن الاتجاه الذي يترتب على القضاء سلوكه لتجنب النتائج المخالفة للعدالة رغم مبدأ المقابل هو ما أخذت به محكمة الاستئناف الإنجليزية في إحدى القضايا^(٢٢) والتي تفصيلها أن رجل وامرأة عاشا معاً دون زواج منذ عام ١٩٤٩ إلى ١٩٥٤ حيث أنجبا خلال هذه المدة طفلاً. بعد ذلك قام الرجل بطرد المرأة من البيت واحتفظ بالطفل لديه. قامت المرأة لاحقاً بالمطالبة بالطفل وعندها كتب الشخص عارضاً عليها الطفل وعلى أن يدفع لها شهرياً جنيهاً واحداً ليعاشته بشرط قيامها بالعناية الجيدة بالطفل وأن تبقيه بحالة سعيدة، حصلت المرأة على الطفل وقام الشخص بالدفع لها حسب الاتفاق لمدة سبعة أشهر، إلا أنه بعد ذلك تزوج من امرأة أخرى وامتنع من الدفع مما جعل المرأة تلجأ للقضاء. لقد ادعى الشخص بعدم وجود مقابل لتعهده بالدفع وبالتالي فإن الاتفاق لم يكن صحيحاً، فمسؤولية العناية بالطفل غير الشرعي تقع على الأم بموجب القانون، وبالتالي فالأم لم تقم إلا بما يمليه عليها القانون. قامت المحكمة بالحكم لصالح المرأة وأعلنت بالأغلبية أن المرأة قامت بعمل يزيد عما هي ملزمة بالقيام به حيث تعهدت بأنها ستقوم برعاية الطفل بشكل جيد وبما يجعله مسروراً، لهذا فقد كان هناك مقابل للالتزام الأب.

ثانياً: يجب أن ينتقل المقابل من الملتزم له:

وهذه القاعدة تعني أن الشخص الذي تم الالتزام لصالحه (الدائن) لا يمكن له المطالبة بتنفيذ الالتزام إلا إذا كان هو شخصياً قد قدم مقابلاً له. فإذا تم تقديم المقابل من شخص آخر فلا يستطيع الملتزم لصالحه المطالبة بتنفيذ الالتزام. مع ذلك فإنه لا يشترط أن ينتقل المقابل إلى الملتزم ذاته، فمتطلب المقابل يمكن أن يتحقق إذا ما تعرض الملتزم لصالحه لبعض الأضرار أو الخسائر detriment بناء على طلب من الملتزم دون ضرورة أن يحصل الملتزم على

Ward v. Byham [1956] 2 All. E.R. 318; [1956] 1 W.L.R. 496.

(٢٢)

د. يزيد أنيس نصير

أي منفعة. ففي إحدى القضايا الأمريكية^(٢٣) قام بنك بإقراض مبلغ من المال لإحدى الشركات حيث قام المدعى عليه بكفالة هذا القرض. رفع البنك قضية على الكفيل الذي ادعى عدم مسؤوليته على أساس أنه لم يتلق أي منفعة من القرض، أي لم يحصل على مقابل لتعهد بكفالة القرض. لقد رفضت المحكمة هذا الادعاء، وأعلنت أنه ليس من اللازم ضرورة تلقي الكفيل أي منفعة نتيجة للكفالة، فالخسارة أو الضرر أو الخطر الناتج من الإقراض والحاصل للبنك يشكل مقابلاً كافياً.

كما أن مجرد حصول الملتزم على منفعة يعتبر مقابلاً كافياً دون ضرورة أن يعاني الملتزم لصالحه شخصياً من أي ضرر أو خسارة، ففي إحدى القضايا^(٢٤) اتفق المدعي والمدعى عليه وهما عضوان في جمعية خيرية أن يصوت كل منهما لشخص بناء على طلب الطرف الآخر بصورة تبادلية، وفي اجتماعين متتاليين حيث يرغب كل من الطرفين تقديم منفعة لشخصين هما اللذان سيتم التصويت لهما. في الدعوى التي أقامها أحد الطرفين ادعى الآخر بعدم وجود مقابل على أساس أن المدعي لم يعاني من أي ضرر أو خسارة. لقد رفضت المحكمة ذلك، وأعلنت أن الاتفاق بينهما هو اتفاق ملزم على أساس أن المقابل كان قد انتقل من المدعي عندما قام بالتصويت للشخص الثالث بناء على طلب المدعي عليه (تقديم منفعة).

كما أنه أيضاً لا يشترط في الملتزم أن يتلقى المقابل، فقد يقوم الملتزم لصالحه وبناء على طلب الملتزم بتقديم منفعة لشخص ثالث كالدخول في عقد مع طرف ثالث. أو كشراء بضاعة ودفع أثمانها باستعمال شيك أو بطاقة ائتمان حيث إن مصدر البطاقة يتعهد للبائع بأنه

Collins v. Gwinnett Bank and Trust Company, 255, S.E. 2d 122 (Georgia 1974). (٢٣)
Bolton v. Madden (1873) L.R.9 Q.B.55. (٢٤)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

سيقبل الشك بدفع قيمته، كما أن البائع يقدم مقابلاً لهذا النقد وهو قيامه بتزويد البضاعة محل للبيع للزبون. أما بخصوص بطاقة الائتمان فإن هناك مقابلاً وهو الخصم المسموح من البائع لمصدر البطاقة حيث يشكل ذلك منفعة له وضرراً لبائع البضاعة^(٢٥).

هذا ويبدو أن هناك خلافاً فيما إذا كان مبدأ وجوب انتقال المقابل من الملتزم لصالحه أي الدائن إلى المدين الملتزم هو ذاته مبدأ اقتصار آثار العقد على طرفيه - مبدأ نسبية آثار العقد - أم لا! فقد قيل إنهما مبدأان مستقلان في القانون الإنجليزي^(٢٦) إلا أن ذلك تعرض للانتقاد وقيل إنه لا يوجد فارق أساس بين المبدأين فهما وسيلتان لقول نفس الأمر حيث إن المفهوم الأساس للعقد هو أنه صفقة، وبالتالي فإن الشخص الذي لا يقدم مقابلاً لا يكون طرفاً في الصفقة^(٢٧).

ثالثاً: يجب أن يكون المقابل ذا قيمة:

يفترض في الأفراد القدرة على تحديد الثمن الذي يرغبون بالحصول عليه في عقودهم، ولهذا فإن القضاء لا يتدخل بخصوص مدى كفاية المقابل، ولا يقوم بمقارنة قيمة الالتزام الذي التزم به المدعى عليه بقيمة الفعل أو الالتزام الذي قام به المدعي كمقابل، فإذا ما وجدت المحكمة أن هناك انعداماً في التعادل بينهما فإنها لن تقوم بفسخ العقد حماية لحرية التعاقد. ففي إحدى القضايا^(٢٨) قام بائع شوكولاته بحملة دعائية لتشجيع الجمهور على الشراء منه، فعرض يبيع جهاز اسطوانات بسعر محدد على أن يرفق بهذا الثمن ثلاثة أغلفة فارغة من أصابع الشوكولاته المراد بيعها. لقد أعلنت المحكمة أن تسليم الأغلفة الفارغة من

(٢٥) انظر ترايتل، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٢٦) انظر: لورد هالدن Haldane في قضية: Dunlop v. Selfridge [1915] A.C 487, 533.

(٢٧) انظر: Cheshire Fifoot and Fumston's Law of Contract, 11th .ed. (1980) Butterworth.pp. 74-75.

(٢٨) Chappell and Co. Ltd v. Nestle Co. Ltd [1960] A. C. 87.

د. يزيد أنيس نصير

المشترين يعتبر جزءاً من المقابل مع أن هذه الأغلفة لم يكن لها أي قيمة وكانت الشركة تتخلص منها بمجرد تسليمها. ولهذا يمكن القول إن الأغلفة الفارغة إذا كانت تعتبر جزءاً من المقابل فإنها قد تعتبر المقابل كله في حالة أخرى.

إلا أن القضاء يشترط أن يكون المقابل ذا قيمة وبالتالي فإن العاطفة والرغبة والود لا يعتبر أي منهما مقابلاً صحيحاً. ففي إحدى القضايا^(٢٩) أبدى شخص رغبته ببقاء زوجته في البيت بعد وفاته وقد تم السماح لها بذلك بعد الوفاة على أساس رغبة الزوج المتوفى وقيامها بدفع جنيته واحد سنوياً. لقد أعلنت المحكمة أن رغبة الزوج لا تعتبر مقابلاً إلا أن قيام الزوجة بالتعهد بدفع جنيته يعتبر مقابلاً صحيحاً للالتزام بتمكينها من البقاء في البيت، كما أن الالتزام أو التعهد إذا كان قد صدر تجاه مقابل غير صحيح illusory فإنه لا يؤخذ به كأن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً ومعلومًا ذلك للطرفين، فمثلاً إذا التزم شخص بدفع مبلغ محدد مقابلاً للالتزام بتمكينه من الحصول على ثمار بستان، فإن هذا الالتزام لا يكون ملزماً إذا كان الطرفان يعلمان عدم وجود بستان^(٣٠). كذلك إذا كان الملتزم له سيقوم بتنفيذ العمل أو سيمتنع عن الادعاء بحق له حتى ولو لم يقيم بالالتزام بذلك فإن عمله هذا لن يكون مقابلاً صحيحاً. فإذا تعهد شخص بدفع مبلغ محدد لشخص آخر إذا امتنع عن التدخين لمدة أسبوع مثلاً، وكان هذا الشخص أصلاً لا يدخن فإن التعهد هنا لا يعتبر ملزماً^(٣١).

هذا ويلاحظ أنه إذا كان القضاء يمتنع عن مراقبة مدى كفاية المقابل لاعتباره صحيحاً، فإن ذلك قد يؤدي إلى انعدام العدالة التعاقدية بين الطرفين المتعاقدين. كما أنه إذا ما اعتبرنا أن أي مقابل هو مقابل صحيح فإن هذا قد يؤدي في المحصلة الأخيرة إلى إلغاء مبدأ

Thomas v. Thomas [1842] 2Q.B 851.

(٢٩)

(٣٠) ترايتل، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٣١) نفس المرجع، ص ٨٠.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

المقابل ذاته. حيث إن اعتبار التعهد الصادر عن أي شخص عاقل بالغ معتقداً بأن التعهد لصالحه، هو تعهد صحيح إنما يؤدي إلى إلغاء مبدأ المقابل، حيث إن التصرفات التبرعية تصدر أيضاً لأسباب تدفع الشخص للتبرع وبالمحصلة فإننا نصل إلى نتيجة مؤداها أن كل تعهد يعتبر صحيحاً وملزماً إذا كان له سبب، وبالتالي نصل إلى إلغاء مبدأ المقابل.

للتغلب على هذه الإشكالية فقد قيل في الولايات المتحدة بكفاية المقابل وصحته إذا كان جزءاً من صفقة بين الطرفين وتم تقديمه بناء على مفاوضات وطلب من أحدهما. وهذا أيضاً أخذ به في بعض القضايا الإنجليزية كما رأينا فالورد دندن Dunedin عرف المقابل بأنه ثمن التعهد^(٣٢)، ولكن من الصعب تصور وجود صفقة عندما يكون المقابل هو مجرد الثقة والاعتماد على تعهد دون أن يرافقه أي منفعة. فإذا قدم الأب تعهداً للبنك بضمان سحب ابنه فهو يسأل أمام البنك إذا ما اعتمد البنك على هذا التعهد وسمح للولد يتجاوز الحد المقدر للسحب، فالأب هنا لم يقيم بإجراء صفقة مع البنك^(٣٣). من الوسائل الأخرى لحل الإشكالية أيضاً القول بأن المقابل يجب أن يكون له قيمة اقتصادية ولهذا فإن تلبية رغبة أو محبة أو درجة من الحنان ليست كافية لأن تكون مقابلاً صحيحاً.

(٣٢) انظر قضية: Dunlop مشار إليها في هامش رقم (١) حيث عرف المقابل بأنه: "An Act or forbearance of one party, or the promise thereof is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable".

(٣٣) اتيه، مرجع سابق، ص ٨٢٨.

الفرع الثالث

تطبيقات على مبدأ المقابل

المطلب الأول

اتفاقيات التسوية وتأجيل المطالبة بحق

إن الالتزام بعدم مطالبة شخص بحقه أمام القضاء أو تأجيل المطالبة يعتبر مقابلاً صحيحاً لأي التزام يصدر عن الطرف الآخر. فمثلاً الشخص الذي يتعرض للأضرار من قبل شخص آخر ويتنازل عن رفع الدعوى أمام القضاء بالمطالبة بتعويض، فإن ذلك يعتبر مقابلاً صحيحاً للالتزام الطرف المتسبب بالأضرار بدفع تعويض. ونفس الأمر يطبق في حال حلول وقت الوفاء بالدين، فإذا ما قام الدائن بإعطاء المدين فترة لسداد الدين مقابلاً لتعهد المدين بدفع فوائد أعلى أو إعطاء تأمينات إضافية، فإن ذلك يعتبر صحيحاً^(٣٤).

وكذلك الأمر حتى ولو أن الادعاء مشكوك بصحته فإنه يعتبر مقابلاً صحيحاً للالتزام الطرف الآخر حيث إن فيه على الأقل احتمال منفعة لطرف واحتمال خسارة للطرف الآخر. ففي إحدى القضايا^(٣٥)، تعهد المدعى عليه بدفع مبلغ نقدي إلى المدعي إذا ما تنازل هذا الأخير عن شهادة ضمان مشكوك في مدى صحتها وكان قد أعطاه إياها سابقاً.

لقد اعتبرت المحكمة أن هذا الالتزام يعتبر التزاماً صحيحاً طالما هناك بعض التعبيرات الواردة في الشهادة والتي يمكن تفسيرها بحيث تجعل العقد صحيحاً. فاتفاق تسوية بخصوص مطالبة يعتري صحتها الشك يعتبر صحيحاً.

(٣٤) ترايتل، مرجع سابق، ص ٨٢.

Haigh v. Brooks (1839) 10 A and E 309.

(٣٥)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

لقد أصبح الأمر يفسر الآن على أساس أن المقابل هنا ليس هو التنازل عن حق قد يكون صحيحاً أو قد لا يكون كذلك، ولكن التنازل عن المطالبة به مع ما يوفره ذلك من تكلفة ووقت في المقاضاة ومن المصلحة تشجيع الأطراف على تسوية منازعاتهم.

هناك ثلاثة أمور يتوجب على المدعي إثباتها في مثل هذه الحالات:

١- أن هناك أساساً معقولاً للمطالبة.

٢- أن المدعي يعتقد صادقاً بأن هناك فرصة في نجاح مطالبته.

٣- أن لا يقوم بإخفاء أي أمر عن الطرف الآخر من شأنه التأثير على مدى صحة العقد^(٣٦).

في إحدى القضايا^(٣٧) كان الطرفان هما زوج وزوجته وفي اتفاقية انفصالهما تعهد الزوج بأن يقوم بدفع ثلاثين جنيهاً شهرياً لزوجته، إلا أن الوثيقة التي تم إفرغ الاتفاق فيها كان يمكن فهمها على أن الزوج أعطي الحق بأن يخصم من مبلغ الثلاثين جنيهاً وقبل دفعه لمطلقة ضريبة الدخل، قام الزوج ولمدة تسعة أشهر بدفع كامل المبلغ دون خصم الضريبة، بعد ذلك وقع وثيقة جديدة مع زوجته تعهد فيها بأنه سيقوم بدفع ثلاثين جنيهاً شهرياً صافياً لها. قام بدفع المبلغ لمدة ثلاث سنوات ثم توقف عن الدفع. لدى عرض الأمر على القضاء ادعى الزوج بأن الاتفاقية الثانية باطلة؛ وذلك لعدم وجود مقابل لالتزامه، لقد أعلنت محكمة الاستئناف بأن هناك مقابلاً لالتزامه في الاتفاقية الثانية حيث من الواضح أن الاتفاقية الأولى لم تكن تعبر بشكل صحيح من نية الطرفين المتعاقدين وقد كان بإمكان الزوجة اللجوء إلى

(٣٦) ترايتل، مرجع سابق، ص ٨٣ وكذلك فرمستون، مرجع سابق ص ٨٠.

Harton v. Harton [1961] 1 Q.B 215.

(٣٧)

د. يزيد أنيس نصير

القضاء مطالبة بتصحيح الوثيقة، وقد جاءت الاتفاقية الثانية كتسوية لمثل هذه الاحتمالية. كما أن احتمالية رد القضاء لمطالبة الزوجة لا تؤخذ بعين الاعتبار طالما أن هناك احتمالية أيضاً بأخذ القضاء بما تطلبه.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية^(٣٨) فقد أخذت مدونة العقد الأمريكي الثانية بصحة اتفاقية التسوية إذا كانت صحة المطالبة محل شك بسبب عدم وضوح الظروف المحيطة من حيث الواقع أو القانون، أو أن الطرف المتنازل كان يعتقد بصحة المطالبة أو الدفع.

المطلب الثاني

قيام الشخص بتنفيذ ما هو ملزم بالقيام به

إذا قام شخص بعمل ما هو ملزم به أصلاً فإن السؤال يثور فيما إذا كان يمكن اعتبار هذا العمل مقابلاً لما يتلقاه من التزام من الطرف الآخر. إن من الصحيح القول: إنه لا يوجد صفقة بين الطرفين كما أنه أيضاً يمكن القول: إن القضاء لا يتدخل عندما لا يكون المقابل كافياً، إلا أنه غالباً ما يتدخل في مثل هذا الوضع حيث يشترط في المقابل أن يحتوي على عنصر ما يمكن اعتباره ثمناً لما التزم به أحد الطرفين.

"Forbearance to assert or the Surrender of a claim or defense which proves to be invalid is not (٣٨) consideration unless:

- (a) The claim or defense is in fact doubtful because of uncertainty as to the facts or the Law.
- (b) The forbearing or surrendering party believes that the claim or defense may be fairly determined to be valid".

المبحث الأول

التزام يجب القيام به بموجب القانون

يعتبر مما يخالف النظام العام أن يقوم شخص بالمطالبة بتعويض مقابل تنفيذ واجب عام يقع عليه، ومثل هذه المطالبة تقترب من أن تكون رشوة. كما ويمكن القول أن الشخص الذي يقوم بما هو ملزم بالقيام به قانوناً لا يقوم بذلك معتمداً على تعهد بمكافأة هذا العمل، كما أن الشخص الذي يحصل على ما هو حق له قانوناً لا يحصل على أي منفعة حقيقية منه، فرجل الأمن مثلاً هو ملزم بتقديم حماية للأفراد، وبالتالي ليس له المطالبة بمكافأة على مثل هذا العمل وأي عقد بهذا الخصوص يعتبر باطلاً لانعدام المقابل. ففي إحدى القضايا^(٣٩) حضر المدعي جلسات المحكمة لأداء شهادة لصالح المدعى عليه، وادعى أن هذا الأخير كان قد التزم بدفع مبلغ نقدي له مقابلاً لحضوره. لقد أعلن القاضي أنه لا يوجد مقابل للالتزام المدعى عليه بالدفع، لقد أضاف:

"If it be a duty imposed by law upon a party regularly subpoenaed, to attend from time to time to give his evidence, Then a promise to give him any remuneration for loss of time incurred in such attendance is a promise without consideration".

إن لبعض الواجبات العامة صفة خاصة، وبالتالي فإنه لا يوجد سبب يمنع الأفراد من دفع مقابل لها، ولهذا فقد حاول القضاء البحث عما هو أكثر من الواجب أو الالتزام المفروض أصلاً وذلك لتبرير صحة العقد كما رأينا في قضية الوالد الذي تعهد بالاتفاق على ابنه غير الشرعي^(٤٠) فالقانون الذي فرض نفقة الابن غير الشرعي على والدته إنما نظم العلاقة بين الوالدة وبين الدولة ولم ينظم العلاقات بين الوالد والوالدة حيث يجب على الوالد أيضاً الاشتراك في رعاية ابنه ولو كان ابناً غير شرعي^(٤١).

Collins v. Godefroy (1831) 1 B & A d. 950.

(٣٩) Ward v. Byham (٤٠) مشار إليها سابقاً.
(٤١) انظر اتيه، مرجع سابق، ص ١٣٢.

لقد أخذت مدونة العقد الأمريكية الثانية^(٤٢) باعتبار أن الواجب القانوني لا يعتبر مقابلًا إلا إذا كان تنفيذه يختلف بشكل ما وبجيث يعكس صفقة بين الطرفين.

المبحث الثاني

التزام يجب القيام به بموجب عقد سابق

تعديل عقد لصالح أحد طرفيه فقط: إذا كان كل ما تعهد الشخص على القيام به في العقد الجديد هو التزام مفروض عليه بموجب عقد سابق بينه وبين الطرف الآخر، فإنه لا يكون هناك مقابل لما التزم به على أساس أنه إنما يعيد ما كان قد تعهد به. فإذا كان المتعهد له هو مدين وتعهد بدفع الدين الذي حل موعد الوفاء به مقابلًا لتعهد الدائن بالتنازل عن جزء من الدين، فإن للدائن الحق بالإصرار على القول إن ما تعهد به لم يكن صحيحاً لأن تعهده أعطي دون مقابل.

تبرر هذه القاعدة على أساس أن تنفيذ المدين لما هو ملزم بموجب عقد على تنفيذه لا يمكن أن يشكل نفعاً للدائن فهو يتلقى ما هو حق له، كما أن ذلك لا يشكل خسارة للمدين، لأن كل ما يفعله هو أصلاً ملزم به. إلا أن هذا التبرير لا يمكن القبول به، ولذلك كانت هناك محاولات لتبرر صحة تعديل العقود على أساس أن الطرفين قاما بإقالة العقد السابق وأبرما تعهداً جديداً^(٤٣).

من القضايا المبكرة التي تعرضت للمسألة قضية ستلك Stilk^(٤٤) وكانت وقائعها تتلخص في أن بحاراً رفع دعوى مطالباً بأجرته عن أتعبه في رحلة من لندن إلى بترسبورغ ومن ثم العودة. أثناء الرحلة قام اثنان من البحارة بترك العمل ولما لم يجد القبطان بديلاً عنهما فقد تعهد لبقية الطاقم

"Performance of a legal duty owed to a promisor which is neither doubtful nor the subject of (٤٢) honest dispute is not consideration but a similar performance is a consideration if it differs from what was required by the duty in a way which reflects more than a pretense of bargain".

(٤٣) انظر آتبه، مرجع سابق، ص ١٤٢.

Stilk v. Myrick (1809) 2 Camp . 317.

(٤٤)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

بانه سيقوم بدفع مبلغ زيادة على الأجرة المتفق عليها لكل منهم إذا قاموا بتعويض نقص الطاقم. لقد رفضت المحكمة الدعوى على أساس أن طاقم السفينة هم ملزمون أصلاً بموجب العقد على مواجهة الحالات الطارئة للرحلة وأنهم لم يقوموا أكثر مما هم ملزمون على القيام به. إلا أن الأمر يختلف إذا تبين أن البحارة قد التزموا بالقيام بعمل أكبر مما هم ملزمون بالقيام به أو أن تطور الوقائع جعل الأداء يعفيهم من المسؤولية العقدية، ففي إحدى القضايا^(٤٥) بلغ نقص طاقم البحارة نقصاً كبيراً بحيث جعل الاستمرار بالرحلة أمراً خطيراً مما أعفاهم من المسؤولية وأعطاهم الحرية بالدخول في عقد جديد.

إن عدم إعطاء القوة التنفيذية لمثل هذه الاتفاقيات بني على أساسين:

الأول: الحاجة إلى حماية الملتزم من ممارسة ضغط عليه حيث إن المدين بالالتزام قد يرفض القيام بما هو مطلوب منه ما لم يتم الالتزام له بدفع مبلغ إضافي ومع أن مثل هذا الرفض قد يشكل إكراهاً، إلا أن الرفض إذا لم يصل إلى درجة الإكراه فإن الالتزام يمكن إبطاله على أساس عدم وجود مقابل^(٤٦).

ثانياً: أن الملتزم لصالحه لم يعان من خسارة أو أضرار معتبره قانوناً في تنفيذ ما هو أصلاً مدين به، كما أن الملتزم ذاته لم يحصل على أي منفعة معتبره قانوناً بحصوله على ما هو متوجب أصلاً حصوله عليه^(٤٧).

هذا ويلاحظ أن القضاء في بعض الأحيان ولتجنب النتائج غير المستحبة لقاعدة عدم اعتبار الالتزام العقدي السابق مقابلاً فإنه يبرر الأمر على أساس حصول الملتزم على منفعة

(٤٥) North Ocean Shipping Co. Ltd انظر أيضاً: Hartley v. Pousonby (1857) 7 El & Bl 872
The proodos C. [1980] 2 Lloyds وكذلك: v.Hyundai Construction Co. Ltd [1979] Q.B 705
Rep. 390 حيث قررت المحكمة أن الالتزام بدفع مبلغ زائد عن أجرة الشحن المتفق عليها يعتبر بلا مقابل.
(٤٦) انظر: Atlas express Ltd v. Kafco (importers and Distributors) Ltd. [1989] Q. B. 833
(٤٧) انظر ترايتل، مرجع سابق، ص ٨٨-٨٩.

د. يزيد أنيس نصير

واقعية Factual benefit تبرر اعتبار التزامه مقابلاً. ففي إحدى القضايا^(٤٨) قام أحد المقاولين بالتعاقد مع مقاول فرعي في أعمال التجارة والديكور للعمل في أحد المشاريع والواجب تسليمه ضمن فترة محددة وكان مبلغ الأجرة المتفق عليها للمقاول الفرعي هو عشرون ألف جنيه إسترليني. إلا أن المقاول لاحقاً التزم بدفع زيادة على هذا المبلغ ودون أن يلتزم المقاول الفرعي بأي عمل يزيد عما هو متفق عليه أصلاً. كان سبب الزيادة هو أن المتعهد الأصلي كان قد أيقن أن مبلغ العشرين ألفاً هو مبلغ منخفض كأجرة للمقاول الفرعي كما أنه وبنفس الوقت رغب بدفع زيادة خوفاً من عدم قيام المقاول الفرعي بإنهاء عمله في الوقت المحدد وبالتالي فإنه حينئذ سيضطر إلى دفع الغرامة التأخيري المنصوص عليها في العقد الأصلي. لقد أعلنت المحكمة أن التزام المقاول الأصلي بدفع مبلغ زائد كان له مقابل حصل عليه وهذا المقابل يتمثل في المنفعة العملية Practical benefit بتنفيذ العقد الأصلي وهي تنفيذ الالتزام الذي كان مديناً به لشخص ثالث.

إن من الصعب التوفيق بين القرار المتخذ في هذه القضية وبين القرار المتخذ في قضية ستلك وما تبعها من قضايا سارت على نهجها، فقبطان السفينة أيضاً حصل في قضية ستلك على منفعة عملية وهي إعادة السفينة إلى الوطن، علماً أن القضاة وفي قضية ويليامز أكدوا أنها لم تعارض قضية ستلك ولكنها شذبتها ووضعت حدوداً لها.

ومن ناحية أخرى إذا كان الالتزام العقدي هو تجاه شخص ثالث فهل يمكن القول بأن تنفيذه يعد مقابلاً للالتزام صادر عن شخص آخر. فمثلاً إذا ما تعاقد (أ) و (ب) على أن يقوم (أ) ببعض الأعمال وبعد ذلك تعاقد (أ) مع (ج) على القيام بنفس الأعمال التي كان قد تعاقد على القيام بها مقابلاً للالتزام من (ج) بتقديم مبلغ نقدي. هل يستطيع (أ) رفع

Williams v. Roffey Bros and Nicholas (contractors) Ltd [1991] 1Q.B.1.

(٤٨)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

دعوى على (ج) مطالباً بالمبلغ النقدي. بما أن (أ) هو أصلاً ملزم بموجب تعاقدته مع (ب) على القيام بذات العمل الذي تعهد به إلى (ج) فإن تنفيذ هذا العمل لا يعتبر خسارة أو ضرراً وبالتالي فإنه لا يشكل مقابلاً. إلا أن القضاء اتجه أخيراً إلى اعتبار مثل ذلك مقابلاً صحيحاً. ففي إحدى القضايا^(٤٩) قامت شركة بتفريغ بضاعة إحدى السفن وكان جزء من هذه البضاعة يملكه شخص تعهد للشركة بعدم ملاحقتها إذا ما نتج عن التفريغ أي عطب أو ضرر للبضاعة. لقد أعلنت المحكمة أن الشركة قامت بتقديم مقابل لهذا الالتزام الصادر من هذا الشخص بقيامها بتفريغ البضاعة مع أن الشركة كانت أصلاً قد تعاقدت مع مالك السفينة على تفريغها وهي ملزمة بموجب هذا العقد.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد انتقدت قاعدة عدم اعتبار الالتزام الناتج من عقد سابق مقابلاً من قبل الفقيه الأمريكي كورين Corbin^(٥٠) فعصفور في اليد خير من عشرة على الشجرة:

“It is error of fact to suppose that one gets no benefit when he gets only that to which he had an existing right. A bird in hand is worth much more than a bird in the bush, and that is why the promisor bargains to pay more in order to get it. It is likewise error of fact to suppose that performance of duty is no detriment to the promisee if this performance is the payment of money, it is money that he might have paid to other persons with greater advantage to himself (and even without doing any legal wrong what ever): if it is the rendition of service, it is the spending of time and effort that might more advantageously have been spent else where. It is true that failure to render the performance would have left the promisee liable in damages for breach of his duty but it should be obvious that the damages that he could be compelled to pay would have no definite relation to the extent of the advantage that he might derived from using his time and money other wise”.

لقد ميز بعض القضاء الأمريكي في هذا الشأن بين حالتين: الأولى عندما يقوم المتعاقد

The New York Stam [1981] 1W.L.R.138، انظر أيضاً: Eurymedon [1975] A.C 154 (٤٩)
Corbin on Contracts. vol. 1, St. Paul Minnesota, S. 172. (٥٠)

د. يزيد أنيس نصير

برفض تنفيذ التزامه بالوقت المحدد للتنفيذ ويقوم بالمطالبة بسعر أعلى مما اتفق عليه مع علمه التام بأن ذلك يعرض المتعاقد الآخر لخسائر. الثانية أن يواجه المتعاقد ظروفًا غير متوقعة تجعل قيامه بالتنفيذ أمراً صعباً إلا أن هذه الظروف لا تصل إلى درجة الإعفاء من المسؤولية مما يجعله يتفق مع الطرف الآخر على سعر أعلى. في هذه الحالة الأخيرة وعلى عكس الحالة الأولى كان القضاء الأمريكي يرفض قاعدة عدم اعتبار الالتزام العقدي المسبق مقابلاً، وبالتالي يعتبره مقابلاً في الحالات التي يكون فيها رفض المتعاقد تنفيذ التزامه له مبررات من العدالة، وتكون الصعوبات التي تواجهه في التنفيذ كبيرة بحيث إنهما لم تكن ضمن توقعات الطرفين المتعاقدين^(٥١).

لقد أخذت مدونة العقد الثانية بهذا التمييز^(٥٢) كما أن القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية قد نص^(٥٣) على أن تعديل العقد القائم بين طرفين لا يحتاج إلى مقابل لكي يصبح ملزماً، إلا أنه وخوفاً من أن يأتي التعديل نتيجة لضغوط يمارسها طرف على الطرف الآخر فقد اشترط أن يجري التعديل بحسن نية مما يعني أنه إذا ثبت أن طلب التعديل لم يكن مبرراً فإن المحكمة لن تأخذ به، هذا وعادة ما تبرر المحاكم صحة تعديل العقد عندما يتم بحسن نية بالقول بأن تعديل العقد يعني ضمناً إقالة العقد السابق وإبرام عقد جديد بشروط والتزامات جديدة أو القول بأن مقابل العقد السابق تم نقله إلى العقد الجديد^(٥٤).

(٥١) انظر: Watkins & son v. Carrig. 91 N.H. 459. 462 21A. 2nd 591, 593 (1942) .

(٥٢) Rest. 2nd. S.89 "A Promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding.

(a) if the modification is fair and equitable in view of circumstances not anticipated by the parties when the contract was made".

(٥٣) U.C.C. S.2 209 (1) "An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be bindings".

(٥٤) انظر: J.W. Collins and Others. Business Law Text and Cases. John Wiley and Sons (1986) P.225.

المطلب الثالث

اتفاقيات الدفع الجزئي للدين

القاعدة العامة أن الدائن ليس ملزماً بتعهده أو التزامه بقبول جزء من الدين كتنسوية مقابل كامل الدين فهو تنازل عن حق لم يقدم المدين مقابلاً له، كما أن الترام المدين في هذه الحالة يعتبر التزاماً بلا مقابل لأنه عبارة عن الترام لتنفيذ جزء مما يدين به من الترام تجاه الدائن أصلاً كما أن القيام الفعلي بالدفع لا يعتبر مقابلاً. وهذه القاعدة قاعدة قديمة^(٥٥) سار عليها القضاء وأيدها في قضايا لاحقة ومنها قضية فوكس^(٥٦) وتفصيلها أن السيد بيبر حصل على حكم قضائي لصالحه بمبلغ (٢٠٩٠) جنيهاً وقد طلب المحكوم عليه فوكس مهلة لدفع هذا المبلغ حيث جرى الاتفاق على أنه إذا قام فوكس بدفع مبلغ خمسمائة جنيه دفعة واحدة والباقي على أقساط فإن بيبر لن يقوم باتخاذ أي إجراء لتنفيذ الحكم القضائي أمام دوائر التنفيذ. قام فوكس بدفع كامل مبلغ الدين وعندها طالبه بيبر بدفع فوائد على المبلغ مقدارها ثلاثمائة وستون جنيهاً حيث رفض ذلك وعندها لجأ بيبر إلى القضاء. لقد ادعى فوكس أمام المحكمة أن الاتفاقية بينهما لم تشر إلى فوائد على المبلغ يجري دفعها إلا أن بيبر رد بالقول بانعدام المقابل للاتفاقية المبرمة بينهما. لقد صدر القرار لصالح بيبر بخصوص وجوب دفع الفوائد حيث أعلن اللورد سلبورن Selborne تأييده لما جاء في قرار قضية بينل رغم إشارته إلى الانتقادات الموجهة للمبدأ.

“The doctrine itself may have been criticized, as questionable in principle, by some persons whose opinion are entitled to respect, but it has never been judicially overruled. on the contrary I think it has always, since the sixteenth century, been

(٥٥) Pinnel case (1602) 5 Co. Rep. 117 a “Payment of a lesser sum on the day in satisfaction of a greater sum can not be any satisfaction for the whole”.

(٥٦) Foakes v. Beer (1884) 9 A pp. Cas. 605.

د. يزيد أنيس نصير

accepted as law, if so, I can not think that your lordship would do right if you were now to reverse, as erroneous, a judgment of the court of appeal proceeding upon a doctrine which has been accepted as part of the law of England for 280 years”.

والحقيقة أن لمثل هذه القاعدة أو المبدأ فائدة كبيرة وهي حماية الدائن من المدين الذي يستغل واقع الإجراءات القضائية وطول فتراتها، ويحاول المماطلة لدفع الدائن إلى قبول جزء من الدين والتنازل عن الباقي. في إحدى القضايا^(٥٧) قام المدعي بأعمال بناء للمدعى عليه وبقي له بدمته أربعمائة واثنان وثمانون جنيهاً. بعد ستة أشهر من المطالبة قامت زوجة المدعى عليه ونيابة عن زوجها بعرض دفع مبلغ ثلاثمائة جنية كتسوية مقابل كامل المبلغ. قام المدعي بقبول المبلغ نظراً لحاجته الماسة للمال وكانت زوجة المدعى عليه على علم بهذه الحاجة. لقد أعلنت المحكمة أن المدعي له الحق بالمطالبة ببقية المبلغ حيث استندت أغلبية القضاء على مبدأ قضية بنيل.

ومن القضايا التي أخذت بالمبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية قضية^(٥٨) كانت وقائعها تلخص في أن السيدة رودس وبعد طلاقها أقرت المحكمة نفقة مقدارها (٨٠) دولاراً لطفليها. استمر الزوج في دفع المبلغ لفترة ثم بدأ بدفع خمسين دولاراً بدلاً من ثمانين. بعد ذلك لجأ الزوج إلى المحكمة مطالباً بتخفيض مبلغ النفقة إلى خمسين دولاراً أسبوعياً. رفضت الزوجة ذلك وطالته بدفع كافة الفروق بين مقدار النفقة الأصلية وبين ما قام بدفعه لها أسبوعياً، قامت المحكمة بإجابة طلب السيدة رودس وأمرته بدفع الفرق. لدى الاستئناف ادعى السيد رودس أن هناك اتفاقاً بينه وبين مطلقة بتخفيض مقدار النفقة إلى خمسين دولاراً. وأن هذا الاتفاق قد تم بينهما تلفونياً. لقد أعلنت المحكمة أن من القواعد الأساسية أن التعهد بعمل شيء أو قيام الشخص فعلياً بعمل هذا الشيء لا يشكل كل منهما مقابلاً

D & C. Builders Ltd. v. Riss [1966] 2 Q.B. 617.

(٥٧)

Rhoades v. Rhoades 321 N.E. 2d 474 (Ohio 1974).

(٥٨)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

كافياً لإبرام عقد إذا كان المتعهد بالقيام بالعمل ملزماً بالقيام. يمثل هذا العمل أصلاً، وقبل ذلك بموجب قانون أو عقد. لقد لاحظت المحكمة أن المدعى عليه قام بالالتزام بدفع جزء مما هو ملزم أصلاً على دفعه للمدعي وبالتالي لا يوجد مقابل للحكم بصحة العقد المبرم بينهما. لقد انتقدت^(٥٩) هذه القاعدة على أساس أن دفع جزء من الدين قد يكون له فائدة للدائن أعظم من فائدة دفع كامل الدين في وقت لاحق، كما أن القاعدة تعارض الاتجاه الذي يجذب تسوية النزاعات بين الأطراف ودياً^(٦٠) فالفرد حر في أن يتنازل عن ديونه بإرادته^(٦١).

استثناءات القاعدة:

هناك استثناءات^(٦٢) عدة على قاعدة عدم اعتبار الدفع لجزء من الدين مقابلاً للوفاء بكامل الدين، وهذه الاستثناءات أوجدها القضاء لمواجهة الحالات غير العملية للنتائج التي قد تترتب على الأخذ بالقاعدة.

أولاً: التنفيذ من قبل المدين بطريقة مختلفة عما هو متفق عليه. حيث إن المدين يمثل هذه الحالة يقوم بما هو ليس ملزماً بالقيام به أصلاً كالدفع قبل تاريخ الاستحقاق أو الدفع وبناء على طلب الدائن في مكان غير المكان المحدد حسب الاتفاق، أو الدفع بعملة غير العملة المتفق على الدفع بها وكذلك تقديم

(٥٩) انظر: ترايتل، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٦٠) هناك أيضاً انتقادات قضائية للقاعدة ففي حكم للمحكمة العليا في نيوها مشاير لاحظت المحكمة:

"The absurdity of the results of the rule...has been commented upon in case after case". Frye v. Hubbell 74 N.H. 358. 372, 68A. 325, 332 (1907)

(٦١) انظر: اتيه، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٦٢) انظر: فرمستون، مرجع سابق، ص ٩٠، ترايتل، مرجع سابق ص ١١٦.

د. يزيد أنيس نصير

شيء عوضاً عن الدين^(٦٣).

ثانياً: عندما يكون مبلغ الدين غير محدد المقدار، أن القاعدة لا تطبق أيضاً إلا إذا كان مبلغ المطالبة أو الدين محددًا أما إذا لم يكن كذلك كمطالبة بتعويض لم يتم تحديده في العقد فإن هذه المطالبات تعتبر مطالبات بمبالغ غير مؤكد أو ثابت قيمتها وبالتالي فإنه حتى ولو أن هناك احتمالاً بأن المطالبة تساوي مبلغاً أكبر من المبلغ المدفوع فإن احتمالية أنها قد تكون مساوية لمبلغ أقل يعتبر مقابلاً.

ثالثاً: المطالبات المتنازع بشأنها، والمطالبات في هذه الحالة تعتبر محل شك وبالتالي فإن المدين يعرض دفع جزء منها حتى ولو كان أقل من المبلغ المتنازع بشأنه والقضاء كما أشرنا سابقاً لا ينظر في مدى كفاية المقابل وملاءمته.

رابعاً: الصلح في حال الإفلاس، أن المدين الذي لا يستطيع دفع كافة ديونه ومن ثم يتفق مع دائنيه على أن يقوم بدفع جزء من دين كل دائن منهم على أساس تسوية نهائية، فإن الدفع لجزء من الدين يعتبر مقابلاً وبالتالي فإن الدائن الذي يقبل هذا الدفع لا يستطيع المطالبة ببقية المبلغ لحصوله على مقابل وهي المنفعة المترتبة على أنه أصبح من المؤكد بالنسبة له حصوله على جزء من مبلغ دين بينما قد لا يستطيع الحصول على دينه بسبب تقدم الدائنين الآخرين وحقوق الامتياز.

(٦٣) من النتائج الغربية أن تقديم عصفور ثمة جنية مقابل دين مقداره مائة جنية يعتبر مقابلاً صحيحاً بينما تقديم تسع وتسعين جنية مقابل لدين مقداره مائة جنية لا يعتبر صحيحاً.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

خامساً: العقود الممهورة بالختم، وهي العقود التي تبرم كتابة ويتم ختمها حيث إن مثل هذه العقود تعتبر عقوداً صحيحة حتى ولو كانت تفتقر إلى المقابل، وفي بعض الولايات الأمريكية فإنه يكتفي بكلمة "ختم" بجانب التوقيع لكي يعتبر العقد محتوماً أو الاكتفاء بحرفي "Locosigilli" لـ. علماً أن هذا الاستثناء يشمل كافة أنواع العقود.

الفرع الرابع الاستثناءات على مبدأ المقابل

في كثير من الأحيان فإن العدالة قد لا تمتنع عن الاعتراف بالالتزامات عندما يكون مصدرها التزاماً طبيعياً، أو عندما يقوم الطرف الآخر بالاعتماد عليها فيغير من أوضاعه المادية والمعاشية.

المطلب الأول التقادم

كما هو معروف فإن تحقيق شروط التقادم يمنع الدائن من المطالبة بدينه أمام القضاء، إلا أن المدين إذا قام بالالتزام بدفع هذا الدين بعد أن انقضى الدين بالتقادم فإن التزامه هذا يعتبر التزاماً صحيحاً ولا يحتاج إلى مقابل لاعتباره ملزماً. وكذلك الأمر بالنسبة للمدين بعد إشهار إفلاسه، فإذا تعهد بعد إتمام الصلح بدفع ما بقي من ذمته لأحد الدائنين فإنه يعتبر ملزماً بهذا التعهد ودون ضرورة أن يقدم الدائن مقابلاً.

المطلب الثاني قواعد العدالة

إن التقيد الحرفي بقواعد القانون قد يؤدي أحياناً إلى نوع من اللاعدالة ولهذا فإن القضاء غالباً ما يحاول تجنب الوصول إلى مثل هذا الأمر بتطبيق بعض مبادئ العدالة ومنها مبدأ المنع العهدي (التعاهد المانع) Promissory estoppel والذي بموجبه يمنع الملتزم من التحلل من التزامه بالادعاء بأنه لم يحصل على مقابل له. ولكي ينجح الطرف الذي يتمسك بهذا المبدأ في دعواه فإن عليه أن يثبت أن المدعى عليه قد قام بالتعهد أو بالالتزام وأن من المنطق حسب المجرى العادي للأمر لمثل هذا التعهد أن يكون مدعاة للثقة بحيث يدفع المتعهد لصالحه بالتصرف على هذا الأساس، فإذا ما قام هذا الطرف بالتصرف معتمداً على التعهد، وإذا كان لا يمكن تجنب اللاعدالة التي قد تنتج من مثل هذا الوضع إلا بتنفيذ التعهد أو الالتزام فإن القضاء يعتبر التعهد ملزماً ويمنع المتعهد من الرجوع عنه.

وهذا المبدأ أخذ به في الولايات المتحدة حيث نشأ عن ما يعرف بقضايا التبرعات Subscription Cases والتبرعات كما هو معروف تعتبر سنداً قوياً لبقاء وإدارة الكثير من المؤسسات والمشاريع الخيرية حيث تعتمد الكثير من المؤسسات على ما تتلقاه من هبات وتبرعات وتقوم ببناء مشاريعها الخيرية على هذا الأساس. كما رأينا فإن مبدأ المقابل يقف حجر عثرة أمام هذه الهبات لاعتبارها ملزمة وبالتالي فإن للمتبرع الرجوع عما كان قد تبرع به (٦٤).

كما أن نفس الأمر يحدث عندما يقوم شخص ما وبالاعتماد على تعهد صادر من

Furman University v. Waller 124 Sc 68. 117. SE 356 (1923).

(٦٤)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

شخص آخر بتغيير أوضاعه المادية أو المعاشية كإنفاق أمواله مثلاً كما حدث في إحدى القضايا حيث عرض شخص على ابن أخيه الذهاب إلى فرنسا والدراسة فيها على نفقته الخاصة وقد ذهب ابن الأخ وأنفق على نفسه من أمواله لمدة عام ثم عاد وطالب بما تعهد به عمه^(٦٥).

ونفس الأمر في قضية أخرى حيث تعهد المدعى عليه بتأمين يخت يعود للمدعي دون أن يطلب مقابلاً لذلك إلا أنه لم يتم بتأمينه، لقد رفضت المحكمة اعتبار مجرد عدم قيام المدعي بعمل تأمين آخر على اليخت مقابلاً على أساس أن هذا الامتناع عن تأمين اليخت لم يتم طلبه من المدعى عليه^(٦٦).

لمعالجة مثل هذه الحالات فقد طور القضاء الأمريكي مبدأ العهد المانع الذي أخذت به مدونة العقد الأمريكية الثانية في المادة (٩٠)^(٦٧) والتي نصت على أن التعهد الذي يكون من شأنه أن يجعل المتعهد يتوقع بأنه سيدفع المتعهد له للقيام أو الامتناع عن القيام بعمل والذي فعلاً يؤدي إلى ذلك، يعتبر ملزماً حتى ولو لم يكن هناك مقابلاً له إذا كان من شأن اعتباره ملزماً أن يمنع النتائج غير العادلة.

إن هذا يعني أن المتعهد يصبح ملزماً بتصرفاته التبرعية أو غير الرسمية إذا كان من شأن التعهد أن يجعل المتعهد لصالحه يحدث تغييراً على أموره الحياتية معتمداً على صحة التعهد.

Devecmon v. Show 69 Md. 199 14a. 464 (1888).

(٦٥)

Thorne v. Deas 4 Johns, 48 (1809).

(٦٦)

Rest. 2d. 90 (1) "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding [even in the absence of consideration] if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires (2) A charitable subscription or marriage settlement is binding under subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.

(٦٧)

د. يزيد أنيس نصير

أما موقف القضاء الإنجليزي من هذا المبدأ فهو موقف متحفظ حيث أخذ به كدفع من قبل المدعى عليه في إحدى القضايا^(٦٨) وبالتالي فإن الطرف إذا كان مدعياً لا يستطيع الاعتماد عليه في رفع دعواه. لقد أعلنت المحكمة أن التعهد بتخفيض الأجرة للشقق المستأجرة ليس ذا قوة ملزمة بالنسبة للمستقبل، وأنه إلى الحد الذي استوفيت فيه الأجرة سابقاً فإن المالك لا يستطيع المطالبة بحقه كاملاً. وفي قضية أخرى^(٦٩) أعلنت المحكمة أن تعهد الزوج أثناء إجراءات الطلاق بدفع مائة جنيه للمطلقة وامتناع المطلقة بناء على ذلك من المطالبة قضائياً بالنفقة لا يعتبر تعهداً ملزماً. لقد أعلن لورد ديتق^(٧٠) أن المبدأ:

“does not create new causes of action when non existed before. The principle of reliance never stands alone as giving a cause of action in itself. It can never do a way with the necessity of consideration when that is an essential part of the cause of action”

إن القضاء الإنجليزي لا يزال يعتبر أن من الخطأ الأخذ بمبدأ التعاهد المانع إلى الحد الذي يؤدي إلى إلغاء مبدأ المقابل^(٧١).

Central London Property Trust v. high trees House [1947] K.B. 130. (٦٨)

Combe v. combe [1951] 2.K.B 215(C.A). (٦٩)

(٧٠) ص ٢١٩-٢٢٠.

Roskill: "that it would be wrong to extend the doctrine of promissory estoppel, اللورد روسكيل (٧١) whatever its precise limits at the present day to the extent of abolishing in this back handed way the doctrine of consideration". Broken Investment H d v. Carr [1979] Q.B. 485. 486 (C.A).

الفرع الخامس مقارنة مبدأ المقابل مع السبب

ليس الهدف هنا هو دراسة السبب كركن من أركان العقد بل معرفة ما إذا كان السبب يقوم بما يقوم به المقابل في التمييز بين العقود والاتفاقيات في النظام الأنجلوسكسوني.

المطلب الأول السبب في القانون الفرنسي

مما لا شك فيه أن الذي قام بصياغة نظرية السبب في الفقه الفرنسي هو دوما Domat^(٧٢) حيث ميز هذا الفقيه بين أربعة أنواع من العقود، وهي عقود يعطي فيها كل طرف وبصورة تبادلية شيئاً للطرف الآخر، وعقود يقوم كل طرف فيها بأداء عمل للطرف الآخر، وعقود يقوم فيها أحد الطرفين بتقديم خدمة بينما يقوم الآخر إعطاء شيء مقابلاً لذلك. وكذلك أخيراً عقود الهبة، لقد أشار دوما إلى أنه بالنسبة للثلاث الأولى وهي عقود معاوضة فإن تعهد كل طرف يجد أساسه أو سببه في تعهد الطرف الآخر، وكذلك بالنسبة للتعهد الملزم لجانب واحد كالقرض مثلاً فإن التزام المقترض برد المبلغ لا ينشأ إلا بعد قيام المقترض بتسليم المبلغ للمقترض فإن الالتزام في هذه الحالة يجد أساسه أو سببه فيما قام به المقترض أولاً من تسليم للمبلغ، ولذلك إذا لم يكن هناك تسليم فلا ينشأ الالتزام. أما بالنسبة إلى التصرفات التبرعية فإن التزام المتبرع يكون أساسه بواعث داخلية كالشعور بالامتنان مثلاً لشخص المتبرع له. على هذا الأساس فإن سبب التزام كل طرف في عقود المعاوضة هو التزام الطرف الآخر وفي عقود التبرع فإن سبب الالتزام هو الدافع الذي أقدم المتبرع بسببه

Domat .Des loix civiles dans leur order naturel, 1,tit. 1, sec1 no 546.

(٧٢)

د. يزيد أنيس نصير

على التبرع. لقد أخذ الفقيه بوتيه Pothier. بما أخذ به دوماً بخصوص السبب إلا أنه أضاف أنه عندما لا يكون للالتزام سبب أو يكون السبب غير صحيح فإن الالتزام يعتبر باطلاً، ولقد أخذ القانون الفرنسي بالسبب في المواد (١١٣١) و (١١٣٣) حيث نصت المادة (١١٣١) على بطلان الالتزام الذي لا يكون له سبب أو يكون له سبب غير صحيح أو غير مشروع، كما نصت المادة (١١٣٣) على أن السبب يكون غير مشروع عندما يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً الآداب أو النظام العام.

طبقاً للمفهوم التقليدي فإن السبب يعتبر هو القصد المباشر والحال الذي يرغب المتعاقد الحصول عليه من العقد^(٧٣) وهو يكون واحداً في كل نوع من أنواع العقود، إلا أنه من الواضح أن الأمر يختلف عندما نتكلم عن السبب في معرض مخالفته للقانون والذي يجعل من الالتزام التزاماً باطلاً. فطبقاً للسبب التقليدي لا يمكن أن يكون هناك سبب مخالف للقانون، فعقد بيع مادة منع القانون بيعها له نفس سبب عقد بيع مادة لم يمنع القانون بيعها (سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية)، ولهذا فإن ما يطل العقد عندما يكون السبب مخالفاً للقانون ليس هو السبب بذاته بل الدافع أو الغاية غير القانونية أو غير الأخلاقية التي يرغب المتعاقد من الوصول إليها وهو ما يدعي بالدافع إلى التعاقد أو السبب بالمفهوم الحديث له.

يرى البعض^(٧٤) أن متطلب السبب ليس له فائدة وأنه يمكن الاستغناء عنه، وهو لا يلعب دوراً في التمييز بين الاتفاقيات والعقود حيث لم يستعمل أبداً لهذه الغاية، فأبي تصرّيحين متبادلين من طرفين بهدف التأثير على مراكزها القانونية وبشرط توافر الرضى

(٧٣) A Colin, H. Capitant & L. Juliet de la Morandière, Précis de Droit Civil. 2 (ed. 3. 1964) p. 203.

(٧٤) انظر: Planiol. Traité élémentaire de droit civil. vol2.S. 1037 وكذلك المرحوم السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، المصادر، فقرة ٢٧٢.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

والحل يلي متطلب السبب بالنسبة لإبرام العقد، ولهذا فإن السبب لا يلعب دوراً في إبرام العقد إنما يلعب دوراً بخصوص التزامات الطرفين وفيما إذا كان أحدهما ملزماً بتنفيذ التزامه أم لا^(٧٥).

وهنا كما نلاحظ يجري التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام^(٧٦) حيث إنه غالباً ما يفسر حق أحد الطرفين بفسخ العقد على أساس عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه مما يؤدي الى غياب السبب فسبب التزم كل طرف هو التزم الطرف الآخر. إن البعض^(٧٧) يرى أن السبب، بهذا المفهوم يتطابق مع مفهوم المقابل في النظام الأنجلوسكسوني وأنهما يواجهان نفس الإشكالية، ففي النظام الأنجلوسكسوني وعندما يكون تنفيذ الالتزامات سيتم مستقبلاً فقد اعتبر أن تعهد أو التزم كل طرف هو مقابل التزم الطرف الآخر، ولكن الاعتراض على ذلك هو أن هذا التسبب يقودنا إلى حلقة مفرغة Circular لان التعهد أو الالتزام لا يمكن أن يشكل خسارة لطرف ومنفعة لطرف آخر إلا إذا كان أصلاً هو ملزم قانوناً وهذا يعتمد على اعتباره مقابلاً. أي أننا نفترض أنه مقابل وقبل أن يكون كذلك وهذا

(٧٥) انظر: K.W. Ryan. Introduction to Civil Law. The Law book of co Australasian (1962). P 48.

(٧٦) من التشريعات العربية التي أخذت بهذا التمييز قانون الموجبات والعقود اللبناني م(١٩٤٠) حيث إن سبب الالتزام هو الدافع المباشر له بينما سبب العقد هو الباعث الشخصي على إبرامه. هذا وقد أورد القانون الكويتي السبب في معرض المواد الخاصة بانقضاء العقد. م(٣٢) وكذلك في معرض المواد الخاصة بأركان العقد م(١٧٦) وما بعدها وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون عدم رغبة المشتري في التوقف عند الجدل الفقهي فيما إذا كان السبب يعتبر ركناً في الالتزام أو ركن في العقد فالحل المباشر للعقد هو الالتزام الناشئة عنه وبالتالي يتمثل ما يعتبر ركناً في الالتزام ركناً في العقد وأن كان ذلك بطريق غير مباشر، ص (٤٥) وكذلك ص (١٦٥) من المذكرة الإيضاحية.

ويرى المرحوم عبد الحي حجازي في هذا المجال أن السبب لا يعني أحدهما عن الآخر فسبب الالتزام لا بد منه ليتحقق سلامة العقد وسلامة الالتزام من الناحية الفنية وسبب العقد لا بد منه لكي لا يكون العقد مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو القانون. النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة ومقارنة، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت (١٩٨٢) ص ٤٢١. وانظر المادتين (٢٠٧) و(٢٠٨) من قانون المعاملات الاماراتي والمأخوذة حرفياً من القانون المدني الأردني، المادتين (١٦٥) و(١٦٦).

(٧٧) B.Nicholas. The French Law of Contract (2nd .ed. 1992) Clarendon Press p. 118.

د. يزيد أنيس نصير

الأمر هو ما نريد إثباته، كما أن الفقهاء الذين لا يأخذون بنظرية السبب يعترضون على القول: إن سبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الآخر بالقول إن سبب التزام كل طرف هو توقع قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه؛ لأنه لا يعقل أن يكون سبب التزام لكل طرف هو التزام الطرف الآخر طالما أن الالتزامين ينشأان معاً وفي نفس الوقت عند إبرام العقد، أما بالنسبة إلى انعدام السبب لاحقاً على إبرام العقد فإن ذلك ما يشكل الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي وما يسمى بالسقوط الكلي للمقابل في النظام الأنجلوسكسوني *total failure of consideration* والأمر هنا لا يتعلق بالتعهد كمقابل كما هو الأمر في إبرام العقد بل يتعلق الأمر بعدم تنفيذ المقابل وهو نفس الأمر بالنسبة للدفع بعد التنفيذ^(٧٨).

المطلب الثاني السبب في القانون الألماني

أما القانون المدني الألماني فهو لم يأخذ بالسبب كركن في العقد أو الالتزام.

هذا ورغم صحة القول إنه في العقود الملزمة للجانبين فإن سبب تعهد كل طرف هو تعهد الطرف الآخر، إلا أن هذا القول مأخوذ من القانون الألماني القديم حيث إن من الخصائص الأساسية للعقد الملزم للجانبين كما رأينا أن كل التزام يعطى مقابلاً لالتزام الطرف الآخر، والسبب في القانون الألماني ليس لازماً للتمييز بين الاتفاقيات والعقود إنما يلعب دوراً مهماً عندما يتم نقل ملكية شيء من شخص لآخر فقد استعمل كأساس للإجابة على التساؤل فيما إذا كان من انتقلت إليه الملكية له الحق بالاحتفاظ بالشيء أم لا. ولهذا فإن مجال السبب الرئيسي هو في الإثراء بلا سبب أو الإثراء غير المشروع فقد نصت المادة (٨١٢) من القانون المدني الألماني BGB على أن الشخص الذي يكتسب شيئاً على حساب شخص

(٧٨) نفس المرجع، ص ١٢٢.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

آخر دون سبب مشروع ohne rechtlichen Grund وسواء كان ذلك بفعل قام هذا الشخص بتنفيذه أو بأي طريق آخر، يكون ملزماً بإعادته إليه. والالتزام بالرد ينشأ أيضاً إذا كان السبب المشروع قد اختفى لاحقاً أو إذا كان ما قام به الشخص لم يحقق ما يفترض أن ينتج عن العقد، فالسبب هو الحق بالاحتفاظ بالشيء الذي تم الحصول عليه، ويعتبر أن هناك سبباً للحصول على الشيء إذا كان هناك عقد صحيح بين الطرفين أو على أساس التعويض طبقاً لأحكام المسؤولية أو على أساس التبرع. لقد أسندت مهمة التمييز بين العقد والاتفاق في القانون الألماني إلى القضاء^(٧٩) حيث يعتمد في ذلك على تفسير العقد وظروفه، فالقانون الألماني يسمح بحرية القضاء في التحقق فيما إذا كان التعهد قصد به الالتزام قانوناً أم هو مجرد تعبير عن علاقات اجتماعية. وفي هذا المجال فنحن لا نرجع إلى مبدأ ثابت ومحدد كالسبب أو المقابل لكي نميز جدية أو عدم جدية الالتزام قانوناً، بل إن الأمر يحال إلى القضاء الذي له أن يلجأ إلى تفسير التصرف على ضوء كل الوقائع والظروف المحيطة لكي يستخلص إرادة الطرفين، فالمسألة هي مسألة واقع وليست مسألة قانون، ولهذا فإن السبب وكذلك المقابل لما يسلم من النقد^(٨٠).

(٧٩) K. Zweigert & K. Kötz. Introduction to Comparative Law vol. 11, Clarendon press (1987) p.81.

(٨٠) انظر لورد Wright: "I cannot resist the conclusion that the consideration doctrine is a mere encumbrance. A scientific or logical theory of contract would in my opinion take as the test of contractual intention the answer to the overriding question whether there was a deliberate and serious intention, Free from illegality, immorality, mistake, fraud or duress, to make binding contract. That must be in each case, a question of fact" 49 Harv. L. Rev. 1225, 125, (1936).

كما أن البعض يرى أن السبب في القانون الفرنسي يعني محتوى العقد ككل وأن قاعدة أن التعهد الذي لا يكون له سبب يعتبر باطلاً لا تعني إلا أن العقد إذا كان بمحتواه مخالفاً للقانون والآداب فإنه يعتبر باطلاً. زويجرت وكوتس، مرجع سابق، ص ٧٩.

المطلب الثالث

السبب في التصرفات التبرعية

لقد قلنا إن مبدأ المقابل يضع عقبة كبرى أمام عقود التبرعات، ولهذا فإن عقد الهبة يعتبر عقداً شكلياً في النظام الأنجلوسكسوني إما أن يتم بالقبض إذا كان فوراً أو يتم بتوثيقه رسمياً إذا كان مستقبلياً، إلا أنه في كثير من الأحيان يتم اعتبار مثل هذه التعهدات ملزمة كما رأينا باستخدام مبدأ التعهد المانع أو باستخدام مقابل ضئيل أو اسمي nominal consideration وهذا المقابل الضئيل يستخدم كوسيلة لجعل التعهدات التبرعية صحيحة وملزمة حيث رأى البعض أن المقابل في هذه الحالة لا يؤدي المهمة المرجوة منه في التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات^(٨١) وليس النظام الأنجلوسكسوني وحده هو الذي ينظر إلى عقود الهبات نظرة خاصة، بل إن الأنظمة القانونية الأخرى تنهج نفس هذا النهج؛ لأن من طبيعة الأمور أن الالتزامات لا تعطى إلا إذا كان هناك مقابل لها يتلقاه من يقوم بالالتزام. ففي فرنسا تحتاج الهبة إلى القبض لكي تكون صحيحة، كما أن التعهد بالتبرع مستقبلاً لا بد لصحته من أن يجري بكتابة رسمية^(٨٢)، كما أن القانون الألماني يأخذ بهذا الاتجاه^(٨٣). علماً أن الشكلية في هذه الأنظمة لا تعني عن وجود السبب لصحة العقد وهذا على العكس من الشكلية في النظام الأنجلو سكسوني والتي تعني عن متطلب المقابل لصحة العقد.

(٨١) تراتيل، مرجع سابق، ص ٧١

(٨٢) القانون المدني الفرنسي، المواد، (٨٩٤)، (٩٣١)، (٩٣٢)

(٨٣) القانون المدني الألماني BGB، المواد (٥١٦) و (٥١٨) وكذلك انظر:

E.J.Cohn. Manual of German Law vol.1 . 2nd. ed. Oceana (1968) p.136.

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

وفي كثير من الأحيان فإن الشرف والواجب اعتبر سبباً كافياً من قبل القضاء الفرنسي لصحة التبرع، فمثلاً التعهد الصادر كتابة لمساعدة والدته زوجة متوفاة اعتبر ملزماً^(٨٤)، وكذلك تعهد والد لمساعدة أم لطفل غير شرعي لم يعترف بأبوته له^(٨٥).

وفي هذا المجال فإن المحاكم تحاول التخلص من المتطلبات الشكلية للتعهدات التبرعية وخاصة عندما يكون التبرع لمصلحة عامة، ففي إحدى القضايا التي وصلت إلى محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٢٣ وبعد الحرب العالمية الأولى تعهد شخص بالتبرع لمدينة نانسي بمبلغ مائة ألف فرنك توضع في صندوق لخدمة عائلات المحاربين. تم إنشاء الصندوق وطالبت البلدية الشخص أداء المبلغ إلا أنه رفض ذلك. لقد قررت محكمة استئناف نانسي أن التعهد بالتبرع لا ينشئ فقط التزاماً شرفياً ولكنه ينشئ أيضاً التزاماً قانونياً. كما أعلنت أن التصرف محل النزاع لا يخضع لحكم المادة (٩٣١) من القانون المدني، وهو يعتبر عقداً غير مسمى بالنسبة للعائلات التي قد تستفيد من الصندوق ولكنه يعتبر عقداً محدد الالتزامات للطرفين. فالترام الجهة التي قامت بإنشاء الصندوق والذي يقابل التزام التبرع هو قيامها بجمع الأموال ومن ثم الإشراف على إدارتها وتوزيعها^(٨٦). ولقد أيدت محكمة النقض هذا القرار^(٨٧).

كما أن القضاء الألماني أيضاً يلجأ للتخلص من المتطلبات الشكلية اللازمة للتبرعات بإصدار أحكام تستجيب لدواعي العدالة مع صعوبة ملحوظة أحياناً في تسيب هذه

Trib. Civ. Beziens 16.11. 1945, Gaz, Pal, 1946. 1. 115.

(٨٤)

Civ. 27.5. 1862, DP, 1862, 1 208.

(٨٥)

1920 , 17.30 DP 1920 , 2.65.

(٨٦)

Civ. 5.2 . 1923. Dp 1923. 1. 20.

(٨٧)

د. يزيد أنيس نصير

الأحكام. ففي قرار^(٨٨) صدر عام (١٩٠٥) كانت تفاصيل القضية أن جمعية لحرق الأموات كانت قد طالبت الجمهور بتقديم تبرعات لها لبناء محرقة لهذا الغرض بتكلفة مقدارها ٥٠ ألف مارك. قام شخص بالتعهد كتابة بأنه سيدفع المبلغ مساهمة منه بهذا المشروع ولكنه بعد أن قام بدفع عشرين ألفاً توقف عن الدفع ثم توفي. لقد قامت الجمعية برفع دعوى على الورثة حيث أصدرت محكمة شتوتفارت حكماً لصالحها ببقية المبلغ. لقد سببت المحكمة حكمها أن ما يميز التصرفات التبرعية هو اغتناء المتبرع له نتيجة للهبة، ولكن في القضية المعروضة لم يكن الأمر كذلك فالجمعية هي عبارة عن وصي على المال الموهوب. وهذا التسبب أخذت به المحكمة العليا وأيدته. لقد رفضت المحكمة اعتبار العقد المبرم بين الشخص المتبرع وبين الجمعية هو عقد هبة حيث إن هناك التزاماً يقع على الجمعية وهو القيام بأعمال ذات أهداف خيرية عامة.

لما تقدم فإنه يتضح أن القضاء غالباً ما يحاول التخلص من المتطلبات الشكلية لصحة التصرفات التبرعية إذا كانت قواعد العدالة تتطلب ذلك مع ملاحظة أن النظام الأنجلوسكسوني لا يعترف بمتطلبات الشرف والواجب أو نية التبرع كمقابل في التصرفات التبرعية، على ضوء ما تقدم، فإنه يمكن لنا القول أن السبب بالمعنى التقليدي في نظام القانون المدني ليس هو المقابل في النظام الأنجلوسكسوني وإن كان يشبهه. وأساس الشبه بينهما يتمثل في مبدأ التبادلية في التزامات الطرفين المتعاقدين، بينما مجال الاختلاف بينهما ينعكس في أن دور السبب يبرز حين تنفيذ العقد بينما دور المقابل يبرز حين إبرام العقد. كما وإن وجود السبب لا يعني أن هناك صفقة بين الطرفين المتعاقدين.

RGZ 62, 389.

(٨٨)

المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني

هذا ويجدر بنا أن نشير إلى أن سبب نشأة كل من السبب والمقابل في النظامين هو واحد، فقد قام الكنديون بصياغة مبدأ السبب كقيد على ما نادوا به وهو أن كافة الاتفاقيات يجب اعتبارها ملزمة على أساس مبدأ قدسية الوفاء بالمواثيق *Pacta sunt servanda* ، وهذا ما يتفق تماما مع غرض إقرار مبدأ المقابل وهو أن يكون قيدا على مبدأ أن كافة الاتفاقيات الشفوية- الاتفاقيات التي لا تأخذ قوتها الملزمة من الشكل الذي تفرغ فيه- هي اتفاقيات ملزمة.

أهم المراجع الأجنبية

- 1 .P.S. Atiyah. An Introduction to the Law of Contract. 5th.ed. Clarendon Prss,(1995)
2. Cheshire, Fifoot and Furmstons Law of Contract. 11th ed. Butterworth (1980).
3. J. Collins and others, Business Law. Text and Cases. John wiley. (1986).
4. E. J. Cohn. Manual of German Law. 2nd ed. Oceana (1968).
5. Corbin on Contracts. Vol.1, St. Paul, Minnesota.
6. O. Holmes. The Common Law.(M.Howe. ed) (1963).
7. F. Pollock. Principles of Contract Law. 13 ed.
8. R. Pound. An Introduction to the Philosophy of Law. Yale Univ. Press (1974).
9. K. Ryan. Introduction to Civil Law. The Law Book of Astralasia. (1962).
10. R. Taylor. Law of Contract. 2nd ed. Blackstone Press.(1987).
11. G. Treitel. The Law of Contract. 8th ed. Sweet and Maxwell. (1991).
12. K. Zweigert & H. Kotz. Introduction to Comparative Law. Vol. II.Clarendon Prss.(1987).
13. Colin, Capitant & Juliet de la Morandiere. Precis de Droit Civil. (1964).
14. Planiol, Traite Elementaire de Droit Civil..
15. Domat.Des Loix Civiles dan Leur Order Naturel.
16. B. Nicholas. The French Law of Contract. 2nd ed. Clarendon Press. (1992).