

الملخص

ان نظام العقد هو جزء جوهري في تكامل النظام القانوني في مختلف البلدان ومنها بريطانيا وامريكا فنلاحظ ان مفهوم العقد في النظام القانوني البريطاني والامريكي مفهوم متكامل ومتطور له اركانه وشروطه وتفصيله وهذا ما سيبدو في بحثنا الحاضر رغم اختصاره إلا أنه بالنسبة للقارئ سيكون مفيداً في عدد من النواحي منها انه يساعد في فهم الترجمة القانونية من العربية الى الانكليزية وبالعكس كذلك فائدته من حيث فهم خصوصية نظام العقد في هذا النظام القانوني المتطور والاصيل وايضاً فائدته في المقارنة مع النظام القانوني للعقد في كتابات الفقهاء المسلمين والعرب والتعاريف المأخوذة من الفقه اللاتيني وما تنتجه هذه المقارنة من فوائد قانونية علمية وعملية كثيرة وهذا ما سيظهر لقارئ هذا البحث من خلال خطته وتقسيماته المنطوي عليها. ونرجو من الله التوفيق .

Summary

The system of contract is very essential part in perfecting the legal system in the different countries and among these countries are Britain and America , thus we notice that the contract conception in the Anglo American legal system is perfect and developed one which has its own elements , conditions and details and this what shall appear in our present research. Despite its terseness , the reader will make use of this research in different aspects , the first one is understanding the legal translation from Arabic to English and vice versa , beside it will be useful in understanding the peculiarity of the contract conception this developed and original system , besides it is useful comparing the different legal system with each other with the Islamic law , and what this comparison will produce of many legal interest and this what will appear to the reader in this Legal research through its part and division that are involved in this research .

المقدمة

نظراً لما يتمتع به النظام القانوني الانكلو امريكي من اهمية بالغة بين الاسر او المجموعات والنظم القانونية المعاصرة وذلك من وجوه عديدة منها خصوصيته واستقلالته في نظمه القانونية بمعناها الواسع وبمعناها الضيق او الخاص وذلك من الناحية التاريخية وكذلك في حالته الحاضرة لكونه نظاماً قانونياً يعتمد في اساسه على السوابق القضائية او القضايا المرئية التي تعتبر حالات خاصة في موضوعها الجزئي والجزئي كما نعلم هو الموضوع الواقعي للقضية القانونية في حالة كونها متغيراً وليست ثابتاً أي في حالة كونها مسألة فرعية وليست قضية كلية وهذا طبيعي لكون القانون الانكليزي يأخذ بنظام الاستقراء للتوصل الى احكامه القانونية في كل فروع القانون ومن هذه الفروع هو القانون الخاص بكل تقسيماته ودقائقه ومنها نظام العقد ، ذلك النظام المهم جداً في كل الانظمة القانونية لكون الانسان اصبح يبرم يومياً العديد من العقود لاجل اشباع حاجاته العديدة . لذلك سنبحث في هذا البحث الموجز قوام العقد في القانون الانكلو امريكي من حيث تعريفه او حده او رسمه أي من خلال جنسه القريب او البعيد او من خلال دقائقه التفصيلية الاصلية او العرضية الفنية التي ليست من جوهر العقد وهذه المسائل منها تعريف العقد واطرافه وانواعه وحركته من خلال تنفيذه وما يطرأ على بعض اركانه من خلل مثل عيوب الرضاء لذلك ستكون خطة البحث في المباحث الاربعة التالية :

المبحث الاول : ماهية العقد

المبحث الثاني : اطراف العقد

المبحث الثالث : عيوب الرضاء

المبحث الرابع : انقضاء العقد

المبحث الاول ماهية العقد

وسيتضمن هذا المبحث عدد من المسائل في عدد من الفروع منها تعريف العقد وتصنيفه وشبه العقد ثم الايجاب والقبول في العقد في فروع اربعة على التوالي :

الفرع الاول :- تعريف العقد

ان من اهم المواضيع التي تتمتع باهمية قانونية كبيرة في الوقت الحاضر هو موضوع العقود ، والعقد في الفقه الانكلو امريكي عموماً وكما يعرفه الفقيه ادوارد سبنسر ((العقد هو اتفاق واجب التنفيذ قانوناً ، وهو ينشأ بين شخصين او اكثر ، وبه تكتسب الحقوق لشخص او اكثر باداء اعمال معينة او الامتناع عن ادائها من جانب الشخص الاخر او الاشخاص الاخرين)) .
وهذا يعني ان العقد هو اتفاق يولد التزامات محددة وكما هو

واضح

A Contract is an- agreement enforceable at law made between two or more persons, by which rights are acau--red by one or more to act or for bearances on - ,the part of the other or others.

وهذا التعريف للعقد يشمل فكرة العقد في كل من الفقه الانكليزي والامريكي لان الاستاذ ادوارد عرف العقد في هذين الفقهين حسب ما اشار في مقدمة مؤلفة بانه يتحدث عن مفاهيم العقود في كل من الفقه الانكليزي والامريكي على السواء.

ويقول الاستاذ ادوارد ((بأن تعريف العقد يشتمل على فكرتين:

(١) الاتفاق (٢) الالتزام . باختصار ان اطراف أي عقد يمكن اعتبارهم مشرعين ، نوعاً ما ، لقانون خاص بهم ، فكل واحد منهم ملزم على التصرف على نحو مطابق لهذا الاتفاق والا فهو ملزم

بالتعويض او من ناحية اخرى يكون خاضع لجزاء معين ، او يخضع
للاجبار من قبل المحكمة في حالة اقامة الدعوى من قبل الطرف
الآخر)) وهذا القول ينطبق مع قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)
بنفس المدلول القانوني .

It involves two ideas: (1) Agreement, (2)
Obligation in short-The parties to every contract may
be regarded as making , in some sense, a law for
themselves; each being bound to make his conduct
conform to his agreement, or else to pay-damages or
be otherwise subjected to some penalty or
compulsion at the hands of the courts, at the suit of
the other party (1)

كما عرفه الفقيه الانكليزي (السير وليم انسون) : ((العقد هو اتفاق
ملزم قانوناً بين شخصين او اكثر وبه يكتسب شخص او اكثر حقوقاً
على الطرف الاخر او الاطراف الاخرين باداء اعمال معينة او
الامتناع عنها)) .

a legally binding agreement between two, or more
persons by which rights are acquired by one or more
to acts or for bearances on the part of the other or
others.

وتعليقاً على هذا التعريف للعقد فان الاستاذ (B. Venkatesam)
يرى بان العناصر الاساسية للعقد :-

١. الاتفاق في الارادات ويعني ذلك بأن طرفي العقد قد انصبت
اراداتهما على محل العقد في نفس الوقت وبنفس المعنى ،- بتعبير اخر
يجب ان يكون هناك تطابق في الافكار والدليل على هذا التطابق دائماً
يأخذ شكل الايجاب والقبول . وعلى سبيل المثال لو ان (A) يملك
منزليين احدهما في مدينة مدارس والاخر في مدينة كلكتا وعرض
على (B) بيع احد الدارين و (A) يقصد في نفسه بيع الدار الواقعة

في مدارس بينما (B) يوافق على الايجاب معتقداً بأنه ينصب على الدار الواقعة في كلكتا فليس هناك اتفاق في الارادات وبالتالي فليس هناك عقد . ومثل هذا العقد باطل .

(1) Consensus ad Idem, i.e.s The two parties must have agreed about the subject — matter of the contract at the same time, and, in the same sense. In other words: There must be identity of minds, the evidence of which commonly takes the form, of an offer ,, and as acceptance. (2) For example If A who owns two houses, one at M idras - and another at Calcutta,- offers to sell one house himself intending it to be the one at midras, while B accepts the offer , thinking that it is the house at Calcutta, there is no consensus and consequently no contract. Such contract is void.

والعنصر الاخر المهم هو "الاعتبار" والذي يفهم كشيء ما يتفق عليه⁽³⁾ كمقابل او معادل للتعهد . وهذا العنصر واجب لظهار ان طرفي العقد قد قصدا بجدية بان التعهد او الالتزام مصحوب بنتائج قانونية . وكل العقود البسيطة او الشفهية ينبغي وجود الاعتبار فيها والا فانها تعتبر تبرعية وباطلة . وفي بريطانيا فان عنصر الاعتبار لا يطالب بوجوده في حالة العقود الرسمية او ذات الاشكال المحددة .

2) The other important element is "consideration" which is understood as some matter accepted or agreed upon, as a return or equivalent for the promise this requirement is insisted upon -to show -that the parties deliberately intended that the promise should be attended by legal consequences. All simple or parol contracts must be supported by consideration;

otherwise they are gratuitous and void. in England however the element of consideration is not insisted upon in the case of formal contracts or specialties(4)

(٣) يجب ان يتمتع اطراف العقد باهلية التعاقد بمعنى ان لا يكون احدهم عديم الاهلية للتعاقد سواءً بسبب الوضع القانوني كما في حالة^(٥) رؤساء الدول الاجنبية والسفراء... الخ . او بسبب القصور العقلي كما في حالة الصغرا... الخ . فاذا كان احد اطراف العقد لا يملك اهلية التعاقد فان العقد يصبح باطلاً .

(3) The parties must have capacity to contract , i .e., Neither of them should suffer from any incapacity to enter into a contract, either on account of status as in the case of foreign sovereigns, ambassadors, etc., or on account of mental deficiency , as in the case of minors , etc. If either party has not got capacity to contract , the contract is rendered void .

(٤) ينبغي الا يكون هناك عيب في رضاء المتعاقدين ، فالرضاء قد يكون معيباً اما بسبب الغلط في ارداد المتعاقدين او بسبب ان الرضا لم يكن حراً وفي حالات الغلط المشترك لا يمكن ان يقال بان العقد يشتمل على العنصر الاساسي الاول وهو اتفاق الارادات والعقد سيكون باطلاً . ولكن في الحالات التي بلا شك يوجد فيها الرضاء ولكنه حصل بوسائل غير مناسبة وغير مشروعة مثل الاكراه والتدليس والتصوير غير الصحيح او التأثير غير المشروع فان العقد يكون قابلاً للابطال أي باطل بطلان نسبي

(4) there should not be any flaw in the consent of parties A consent may be defective either on account of amistake in the minds of the parties or account of the consent not being free. In cases of mutual mistake , the contract cannot be said to possess the

first essential , consensus ad idem and the contract would be void . but in cases where undoubtedly consent is present , but it is obtained by some unfair means like coercion , fraud misrepresentation or undue influence the contract is voidable .(6)

(٥) الاتفاق ينبغي الا يكون مما لا يجيزه القانون ويعتبره باطلاً بمعنى ان يكون الاعتبار والمحل في العقود مشروعين .

(5) The agreement should not be one which the law declares to be illegal or void i.e., the consideration as well as the object of a contract must be lawful (7)

وهذا التعريف والتحديد لعناصر العقد الاساسية وذكر حقيقته الاصطلاحية في القانون الانكلو امريكي مقارب لحقيقة العقد في مؤلفات اساتذتنا العرب عند تحديدهم للعقد في كل خصائص العقد الا انهم لم يأخذوا بالاعتبار كركن في العقد^(٨) وذلك لان الاعتبار يعتبر ركن جوهري في العقد في القانون الانكلو امريكي^(٩)

ولو ان حقيقة ومدلول الاعتبار اثاراً جدلاً كبيراً في الفقه حول تحديد عنصره الاساسي من خلال تعريفه وتحديدته بشكل غير قابل للشك او التعارض والترجيح .

ونرى ان الالتزام المتعاقدي في الفقه الانكلو امريكي هو ذو معنى محدد ومقصود على الالتزامات التعاقدية في القانون المدني ولا تخرج عن اطار القانون الخاص والكلمات المعبرة عن الالتزام باللغة الانكليزية هي (Undertaking obligation) ولا بد من ملاحظة ان هذه الكلمات عندما استخدمها البعض في تفسير العقود في الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي عند ترجمتها للغة الانكليزية فان دلالة هذه الكلمات تكون واسعة جداً في اطار الفقه الاسلامي ولا تبقى ذات موازنة مطابقية مع

مدلولها الاصطلاحي في الفقه والقانون الانكلو امريكي ،
فنرى انها في الفقه الاسلامي تشمل مفهوم العقد في القانون
الخاص وكذلك يفهم منها العبادة والعلاقة بالله عز وجل
وكذلك يفهم منها ايضاً مفهوم الاتفاقيات والمعاهدات
الدولية كذلك في قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم ((يا
ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود)) ترجمت كما يلي :

oye who believefulfil (All)
oye who obligations) وترجمت كذلك بصيغة (believe fulfil your undertakings
هنا واسعة جداً وتفوق في معناها في الفقه الاسلامي معناها
في الفقه الانكلو امريكي فرغم ايجاز التعبير هناك شمول
في المعنى والتعليق التالي باللغة الانكليزية يوضح ذلك :

(This line has been justly admired for its terseness
and comprehensiveness . obligations : Uqud : the
Arabic word implies so many things that a whole
chapter of commentary can be written on it , first ,
there are the divine obligations that arise from our
spiritual nature and our relation to allan , He created
us and implanted in us the faculty of knowledge and
foresight (10)

besides the in tuition and reason which he gave us He
made Nature responsive to our needs, and his signs in
nature are so many lessons to us in our own inner life
; he further sent messengers and teachers , For the
guidance of our conduct in individual, social and
public life. All these gifts create corresponding;
obligations which we must Fulfil . But in our own
human and "material life we under take mutual
obligations express and implied , we make a promise
we enter into a commercial social contract ,we enter

into a contract of marriage; we must faithfully fulfil all obligations in all these relationships our group of our state enters into a treaty; every individual in that group or state is bound to see that as far as lies in his power, such obligations are faithfully discharged. there are tacit obligations living in civil society, we must respect its tacit conventions unless they are morally wrong and in that case we must get out of such society. There are tacit obligations in the characters of host and guest , way farer or companion employee or employed , etc, etc, which every Man of Faith must discharge conscientiously....)(11)

وكذلك هناك من عرف العقد (العقد هو اتفاق قانوني بين شخصين ويكون العقد شرعياً اذا تحققت فيه المتطلبات التالية :

١. ايجاب محدد يصدر من احد الاطراف للطرف الاخر .
٢. يجب ان يتم قبول الايجاب بصورة غير مشروطة .
٣. يجب ان يكون هناك اعتبار وهو المصلحة لاحد الاطراف والتي يجب ان تتوازن مع مصلحة الطرف الاخر .
٤. يجب ان يملك اطراف العقد الاهلية التعاقدية .
٥. يجب ان يتم التعهد في العقد لاجل غرض مشروع .
٦. يجب ان يكون محل العقد ممكن القيام به .

(contract , A Legal agreement between two parties , to be valid a contract must fulfil the following requirements.

(i) A definite offer must have been made by one party to the other : (ii) the offer must have been unconditionally accepted (iii) there must be consideration , that is , the benefit to one party must be balanced by a benefit to the other :

(iv) those entering in to it must have contractual capacity :

(v) it must be undertaken for a legal purpose and (vi) it must be possible to carry it out ...)) (12)

وهم لا يقصدون هنا بكون القبول غير مشروط أي يكون العقد غير معلق على شرط كوصف طارئ عليه . بل يقصدون ان لا يؤدي القبول المشروط الى خلق ايجاب جديد في مجلس العقد .

فالعقود في القانون الانكلو امريكي وبصورة عامة كما يقول الاستاذ (مورس جنبرغ) تكون مشروعة قانوناً اذا كان المتعاقدون يتمتعون بالاهلية التي تمكنهم على معرفة ما يتعاقدون عليه وذلك يكون بدون اكراه او اجبار وبدون تدليس متعمد او باهمال للوقائع المادية للعقد من قبل جانبي العقد وكذلك بشرط ان يكون الغرض من التعاقد غير متضمن خرق للقانون او ضرر للاطراف الاخرى او ضرر للمجتمع .

(In general , contracts are held to be legally valid: (i) if they are entered into by persons capable of knowing w^hat they are agreeing to, and (ii) without coercion or intimidation or wilful or negligent misrepresentation of material facts on either side, and (M) , provided that the effects intended

involve No violation of law, damage to third parties, or injury to the community)⁽¹³⁾

والمقصود بالمعرفة في النص اعلاه هو مقدره الاطراف على التمييز وفهم جواهر وماهيات الامور في القضايا العامة وفي القضايا الخاصة بالعقد والعقد عند فقهاء الشريعة الاسلامية يختلف في حقيقته عن العقد في القانون الانكلو امريكي ، لان العقد العقد في نظر الفقهاء المسلمين هو الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلاً ، بموجب الاتفاق وليس هو اتفاق الارادتين نفسه . في حين ان العقد وكما مر بنا سابقاً عند فقهاء القانون الانكلو - امريكي هو الاتفاق ذاته والعقد عند الفقهاء المسلمين هو من الانشاءات كما يقولون⁽¹⁴⁾

ويعتبر الغرض المشروع المراد تحقيقه من العقد مسألة جوهرية ليس فقط في نظر القانون والفقهاء الانكلو امريكي وانما كذلك اكدت السوابق القضائية على ذلك الغرض خصوصاً وان هذا القانون يقوم في اساسه على السوابق القضائية والطريقة الاستقرائية في الوصول للاحكام المناسبة⁽¹⁵⁾.

ومن هذه السوابق القضائية المتعلقة بالغرض من التعاقد النص التالي : (احدى النتائج الواضحة والتي تتبع من هذا المبدأ هو ان المحكمة سوف لن تساعد الشخص على استرداد ثمن مادة او سلعة وهو عالم عندما باعها بانها تباع لاجل غرض غير اخلاقي او غير قانوني . وفي الماضي البعيد وفي عام ١٨٦٦) وفي سابقة قضائية تسمى (pearce v..Brooks, L.R. lex) قضت المحكمة بان صانع العربات الذي يعلم بان امرأة هي امرأة ذات صفة خاصة فهو لا يستطيع المطالبة بثمن العربة المصغرة التي صنعها لها وسمح لها بشرائها على الاعتماد (دينا) وهو عالم جيداً بانها ستستخدم هذا النموذج المصغر للعربة الجميلة لتجذب رجال المدينة اليها ، انا دائماً كنت اعتبره قانوناً ثابتاً . قال رئيس المحكمة السيد بادون بولوك ، ان أي شخص يساهم باداء فعل غير قانوني وذلك بتمويل او اعطاء شيء مع العلم بان هذا الشيء يستخدم لذلك الغرض ، فهو لا يستطيع المطالبة بثمن الشيء المقدم على ذلك النحو ... ولا يمكن ان يكون هناك أي فرق بين الغرض الغير مشروع والغرض اللااخلاقي

والنص التالي يوضح ما سبق

(one clear consequence which flows from this principle is that the court will not assist a person to recover the price of an Article which he knows , when he is selling it, is being purchased for an illegal or immoral purpose. Far off in 1866 (pearce V.Brooks, L.R. 1EX.213), it was held that a coachbuilder who knows that a woman is a woman of a certain character cannot recover for the price of a miniature brougham which he lets her have on credit , being ,well aware that she is going to use the dazzling equipage to attract the gentlemen of the town. I have always considered it to be settled Law said chief Baron Pollock., that any person who contributes to the performance of an illegal act by supplying a thing with knowledge that it is going to be used for that purpose , cannot recover the price of the thing so suppliedNor can any distinction be made between an illegal and an immoral purpose.....

وخلاصة ما مر فان تعريف العقد في القانون الانكلي امريكي يشابه ويمثل تعريف العقد في الفقه القانوني للاساتذة العرب حيث يعرفون العقد بانه : توافق ارادتين على احداث اثر قانوني معين ، سواء كان الاثر المقصود هو انشاء التزام او نقله او تعديل هذا الالتزام او انهاؤه (16)

ولكن تعريف العقد في القانون الانكلي امريكي يختلف عن تعريفه في الفقه الاسلامي وكما وضحنا ذلك انفاً حيث يعرفه الفقهاء المسلمون بانه : ارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت اثره في محله (١٧) .

ف نجد ان العقد عند الفقهاء المسلمين ليس هو اتفاق الارادتين ذاته في حين ان الفقه الانكلوامريكي يعتبر العقد هو هذا الاتفاق في الارادتين نفسه في حين ان الفقهاء المسلمين يعتبرون العقد هو الارتباط الحاصل من هذا الاتفاق فالفرق واضح بين التحديدين .

الفرع الثاني : تصنيف العقود

١. العقود المنفذة والعقود الواجبة التنفيذ :

يقول الاستاذ ادوارد بليو سينسر عن هذه العقود (قبل ان ينفذ ما تم الاتفاق عليه في هذه الحالة يسمى واجب التنفيذ وبعد ان ينفذ بصورة كاملة فالعقد يسمى العقد المنفذ .

والعقود الواجبة التنفيذ لوحدها هي المشمولة في تعريفنا للعقد لان بعد ان يكون العقد قد نفذ فلم يعد هناك بعمل او بالامتناع عن عمل وان التعاقد يكون ذو مصلحة او فائدة فقط كوسيلة لتأكيد طبيعة ومدى حقوق الملكية التي تكونت لذلك لو ان (T) اشترى ساعة مقابل ثمن نقدي دفعه فان الساعة له (TJ) والنقود تعود للتاجر على الانسب ليس بعقد فاذا (T) فقد الساعة فهو ليس من شأن البائع وكذلك ليس من شأن (T) اذا سرقت النقود من درج البائع ، والعقد المنفذ لذلك ليس من شأن (T) اذا سرقت النقود من درج نقود البائع ، والعقد المنفذ لذلك ، يقال بانه على الانسب ليس بعقد ، فهو على الاحرى حق ملكية حالي (حق عيني) والذي اكتسب بواسطة العقد . ولكن العقد قد يكون منفذ من جانب واحد وواجب التنفيذ من الجانب الاخر الى حد انه بينما احد اطراف العقد ايضاً قد يأخذ منفعة خدمة تامة او يحصل على حق ملكية مكتسب فان الاخر قد يحصل على مجرد حق شخصي ضده ، كما على سبيل المثال ، حق المطالبة التامة بدفع الثمن) .
والنص الانكليزي هو :

(Executed and executory contracts distinguished , Before what has been agreed upon has been fully performed , contract is termed executed . Executory contracts alone are within our definition , for when a

contract has been executed there is no longer any obligation (18) to do or not to do , and the bargain is of interest only as a means of ascertaining the nature and extent of the rights of ownership to which its execution has given rise . thus , if a man buys a watch for cash ., the watch is his and the money belongs to the tradesman . if (A) loses the watch , it is no affair of the dealer ; Nor does it concern . A if the money is stolen from the dealer's till An executed contract , there for , is said not to be properly a contract at all It is rather a present right of property (right in rem)which has been acquired by means)of contract. But a contract may be executed on one side and executory on the other, so .that while one -of the parties there to may have received the Of some acquired completed service , or acquired averted right of property, the other way have a mere personal claim upon him, as, for example, to exact payment of the prices.

٢. العقود الرسمية والعقود غير الرسمية :

العقود في القانون العمومي هي اما رسمية واما غير رسمية والعقود الرسمية في القانون العمومي هي العقود المسجلة والعقود المختومة وهذه العقود الرسمية تسمى كذلك بـ specialties deeds وجميع العقود الغير المختومة او الغير مسجلة هي غير رسمية وتسمى بالعقود الشفوية او البسيطة سواء اكانت او غير مكتوبة .

(Contracts are either or in formal Contracts by the common Law are ether formal or informal. the formal contracts of the common Law are contracts of record

all contracts under also caned ;eels or specialties . All contracts not under seal, or of record, are and are called parol or simplein wrting or not)(18)

الفرع الثالث : شبه العقد

شبه العقد او الروابط المشابهة للروابط العقدية وتسمى كذلك العقود الضمنية او المستمرة أو المضمرة او يسمى شبه العقد او العقود الاستنتاجية ، وشبه العقود هي من صنع المحامين والقضاة فقط وهي تقوم على اعتبارات العدالة، وهذه الالتزامات لا يمكن ان تعتبر قائمة على أساس المسؤولية التقصيرية ولا المسؤولية العقدية ولكن هي لا تزال معترفاً بها كالتزامات واجبة التنفيذ في المحاكم . لذلك فهي تسمى بشبه العقود . والمبدأ الأساسي لشبه العقد هو لا يجوز لان شخص ان يغتني بصورة غير مشروعة على حساب الغير والدعوى القائمة على اساس شبه العقد محدد في مكان معين . ولكن التعاريف التي قدمها الدكتور ونفيلد والدكتور جنكس يمكن قبولها عند انعدام التعريف الافضل . فالدكتور ونفيلد يعرف شبه العقد بانه دين غير مقصور في تحديده على فرع اساسي من فروع القانون وهو مفروض على شخص معين بدفع مبلغ من المال الى شخص اخر على اساس الكسب غير المشروع . والدكتور جنكس عرفه بانه : وضع يفرض بموجبه القانون على شخص ما ، وعلى اساس العدالة الطبيعية التزام مشابه لذلك الالتزام الناشيء عن العقد الصحيح ، ولو لم يكن هناك ان عقد صريح او ضمني، قد تكون فعلاً بين الاطراف .

فلو ان التاجر () جهز بضائع لعلمية (ب) و (ب) قد استلم البضائع واستهلكها تماماً فان التزم (ب) بدفع الثمن ينشأ من تعهده الضمني المفهوم من سلوكه ولو ان هذا الالتزام غير معبر عنه بصورة صريحة بالكتابة او للكلمات الملفوظة فهذا النوع من العقد يسمى الضمني كما اشرنا اعلاه (١٩)

Quasi Contracts or Relations Resmbling those Created by contract :

Relations or obligations resembling those created by contract are also called implied contracts , or quasi contracts or constructs ve contracts, Quasi Contracts. are only the creation of Lawyers and judges , based on certain equitable considerations . Those obligations could neither be referred as torts

Nor contractual, but still are recognised nor ab e in courts, Hence they are called,, " Quasi Contracts " .

The principle underlying aquasi contract, is that no one shall be allowed unjustly to enrich himself at the expanse Of another and the claim based on aquasi Contract is generally. for money. There is no correct definition of aquasi contract givens any where(including- the Indian contract Act). those Given by Dr. Winfield and Dr. Jenks may be accepted of abetter one. Dr. winfield defines it a Liability not exclusively referable to any other head of law imposed on a particular person to pay Money to an , ther

on ground of unjust benefit " Dr. Jenks defines as a situation in whichlaw imposes upon one person, on grort of justice, an obligation_ similar to that from a true contract, Although no contract,) Has Jnfact been entered in to by them. If atrader I suplies goods to his customer B, and he receives and consumes pay the price arises from his promise obligation of B implied by his conduct, though the promise is not, expressed in spoken words . this kind of contract is called atacit contract)(20) .

الفرع الرابع : الايجاب والقبول

كل عقد هو نتيجة اتفاق ، والاتفاق ينشأ حيث يكون هناك ايجاب بالعقد من طرف ويقبل من الطرف الاخر . فكل اتفاق يمكن ان يحلل بناء على ذلك الى عنصرين هما (١) الايجاب و (٢) القبول فهم يقولون

Every true contract is the result of an agreement , and an agreement arises where there is an offer of a contract on the one side , accepted on the other every agreement may be resolved therefore , into two elements , (1) offer , and (2) acceptance .

اولاً: الايجاب : لكي ينتج الايجاب عقداً عند اقترانه بالقبول فهو ينبغي ان يكون موجهاً الى العقد فعلياً او ظاهرياً لذلك فالايجاب الموجه الى التزامات اجتماعية فقط فرغم قبوله لا يكون عقداً لانه سوف لن يحصل هناك تغير في العلاقات القانونية المقصودة ونفس الحال صحيح بالنسبة للايجاب الحاصل في حالة الهزل والنص التالي يوضح ذلك :-

The offer – In order that an offer may , upon acceptance , ripen in to a contract , it must be either actually or apparently the offer of a contract . thus , an offer of a mere social engagement does not , though accepted , constitute a contract , for no change of legal relations is intended , and the same is true of an offer clearly made in jest (20)

والايجاب يسمى ايضاً في القانون الانكليزي باسم (proposal) وهو يعرف ((عندما يعبر شخص عن ارادته لآخر للقيام بعمل او الامتناع عن فعل شيء ما بقصد الحصول على موافقة ذلك الشخص على هذا الفعل او الامتناع ، فيقال بانه قدم ايجاباً)) والنص التالي يوضح ذلك :

(A proposal Also called an offer , is defined in sec 2 (A) "When one person signifies to another his willingness to do or to abstain from doing anything , whith a view to obtaining the assent of that other to such act or abstinenece , he is said to make a proposal"

لذلك فيجب ان يتضمن الايجاب المسائل الجوهرية التالية لكي يعتبر مشروعاً:-

The requisites of a valid offer are as follows .

١ . يجب ان يتضمن الايجاب شروطاً او عناصر معينة او قابلة للتعيين .

An offer must contain terms which are definite or capable of being made definite .

١ . يجب ان يكون القصد من الايجاب هو احداث اثر قانوني
An offer must be one intended to give rise legal consequences .

٢ . يجب تمييز الايجاب عن التسعير او الدعوة الى التعاقد او المساومة على الاسعار

An offer must be distinguished from quotation , or an invitation to offer or chaffer . (21)

ثانياً : القبول :- يعرف القبول بانه ((عندما يوافق الشخص على الايجاب الموجه له ففي هذه الحالة يقال بان الايجاب قد اقترن بالقبول والايجاب عندما يواجه قبولاً يكون التزاماً .

((When the person to whom the proposal is made signifies his assent there to , the proposal is said to be accepted . Aproposal when accepted becomes a promise))

وعناصر القبول الشرعي هي :-

Essentials of a valid acceptance

١. ينبغي ان يكون العلم بالقبول بطريقة معقولة واعتيادية ، لان الافكار الكامنة في النفس لا تعبأ بها المحاكم ، وكل قبول مثل كل ايجاب يجب التعبير عنه بواسطة التصرف الظاهر ودالاً على الموافقة العقلية والفكرية ، والاتصال او العلم بالقبول لا يحتاج ان يكون من نوع خاص او شكل محدد لان ذلك دائماً متروك لحرية الاطراف ولكن الصمت لا يمكن او يوصف ابداً بانه نموذج على الاتصال او العلم بالقبول .

(1) Acceptance should be communicated in some usual and reasonable manner . since minds unexpressed cannot be taken note of by courts . every acceptance , like every offer , must be expressed by means of an external act , indicating the mental assent . the communication need not be of a particular kind or type , because that is always left to the discretion of the parties , but silence can never be prescribed as a mode of communication⁽²²⁾

٢. الاتصال او العلم بالقبول يمكن ان يتخلى عنه الموجب ، لان الاتصال بالقبول مقصود به مصلحة الموجب ، فهو بإمكانه اذا شاء ذلك ، ان يتخلى عنه .

(2) Communication of acceptance can be waived by the offer or since communication of acceptance is intended for the benefit of the offer or , he may , If he chooses waive it .

٣. القبول يجب ان ينشأ قبل انقضاء زمن الايجاب او قبل الغاءه او رفضه ، فحالما يتكون القبول فان الايجاب يصبح باتاً لا يمكن الرجوع عنه .

(3) Acceptance should be made before the offer lapse or is revoked or rejected , one acceptance is made , the offer becomes irrevocable .

٤. القبول يجب ان يكون مطلقاً ومتطابقاً مع عناصر الايجاب ، لذلك حيثما يكون القبول قد تضمن تغييراً او اضافة شروط معينة للايجاب الاصلى فهو ليس قبولاً مشروعاً ولكن هذا القبول سعتبر ايجاباً معاكساً وهو قد يقبل وقد لا يقبل من قبل الموجب الاول :

(4) Acceptance should be absolute and correspond with the terms of the offer . therefore , where an acceptance is made with a variation or addition of certain terms to the original offer , it is not a valid acceptance but will only amount to a counter offer , which may or may not be accepted by the offeror.(23)

المبحث الثاني

أطراف العقد

ان القانون الانكلوامريكي يتطلب اهلية معينة لانعقاد العقد . ومصطلح الاهلية عندما يستخدم بالنسبة للعاقد فانه يعني قدرته او اهليته لانشاء عقد ملزم وقابل للتنفيذ قانوناً ، والشخص الذي تعوزه تلك القدرة فهو غير اهل للتصرف . والاهلية او المقدرة على انعقاد العقد مفترضة ، وعبء اثبات عدم الاهلية هو عادة يقع على الطرف الذي يدعيه ، واولئك الذين لا يملكون اهلية التعاقد الى درجة كبيرة او صغيرة بموجب القانون الانكلو امريكي هم : ١. الاجانب ٢. المؤسسات ٣. القصر ٤. المجانين ٥. المخمورون ٦. النساء المتزوجات وذلك في حدود وحالات معينة واوقات وفترات محددة وليس بشكل مطلق في بعض الحالات .

والنص التالي يوضح ذلك :

(of the competency of the term competency , when used of a party to contract , imports his power or capacity to make a contract binding and enforceable at Law . one who lacks such power is incompetent . Capacity or competency is presumed , and the burden of proving inccmpetency is usually upon the party alleging it . those , who , by our law , are incompetent to agrreater or less degree , are , commonly : (1) Aliens (2) corporations (3) infants (4) insane persons (5) drunkards (6) married women (24)

والبعض يقول بان عدم اهلية المتعاقد للدخول في العقد قد ينشأ اما بسبب الوضع القانوني للشخص او بسبب النقص العقلي . ففي الحالة الاولى فان عدم اهلية التعاقد تكون مفروضة على اساس اعتبارات واغراض سياسية وعدم الاهلية في الحالة الثانية يقوم بقصد حماية

مصالح الاشخاص الذين يعانون من عدم القدرة على التعاقد ، وعدم اهلية التعاقد لذلك يمكن ان يصنف بصورة عامة تحت عنوانين اساسيين هما :-

١. عدم الاهلية الناشئ : من الوضع القانوني للشخص ، وهذا يمكن ان يرجع الى أي من الاسباب التالية :-

أ- الوضع المدني او السياسي مثل ان يكون الشخص المتعاقد حاكماً لدولة اجنبية او سفير او مندوب او عد واجنبي او شخص مدان بجريمة او مع مفلس.

ب- مهنة الشخص المتعاقد كان يكون محامي .

ج- المؤسسات

د- الزواج

٢. عدم الاهلية الناشئ عن النقص العقلي للشخص المتعاقد كما في الحالات التالية :

أ. الصغار ب. المجانين ج. المعتهوين د. والسكرارى
والنص التالي يوضح ذلك :

A party incapacity to enter in to a contract may arise either on account of status , or on account of mental deficiency , while in the case of the former , the disability is imposed on grounds of political considerations and expediency , the disability in the case of the latter is imposed with a view to protect the interests of the person suffering that disability , Incapacity to enter into a contract may therefore be broadly classified under two heads :

(i) Incapacity arising from the status of an individual . this may be due to any of the following reasons :-

(a) political or civil status , e.g. where the person contracting is a Ruler of a foreign state , ambassador or envoy or a convict or a bankrupt.

(b) Profession of the contracting person e . g. abarrister .

(c) incorporation , (d) marriage (25)

(ii) Incapacity arising from mental deficiency of the person contracting , as in the case of (a) Minors (b) in sane persons (c) idiots and (d) drunken persons .

والان نأتي لتفصيل الحالات اعلاه بالفروع التالية :-

الفرع الاول : رعايا الدول المعادية :

يسمح القانون الانكليزي وفي الاوقات الاعتيادية لرعايا الدول الاجنبية بان لهم الحق في التعاقد مع أي مواطن بريطاني ، ولكن خلال وقت الحرب فان حق المواطن الاجنبي (والذي سيكون حينئذ عدوا اجنبياً) سيزول . فلا يسمح بالتعاقد بين مواطن بريطاني ومواطن دولة محاربة لبريطانيا ، الا في حالة ان هذا المواطن الاجنبي يقيم في بريطانيا وقد حصل على الرخصة بالاستمرار في اعمال التجارة . والنص التالي يوضح ذلك :

(Alien Enemy :- During ordinary times , the subject of a foreign country (Alien) has got the right to enter in to a contract with any British subject , but during war this right of an alien (who would then be an alien enemy) is denied . there cannot be a contract between British subject and the subject of country warring with Britain , unless the alien resides in England and has obtained permission to carry on Trade .)

الفرع الثاني الأشخاص المعنوية المؤسسات

المؤسسة هي شخص معنوي ينشأ القانون وخاصيته الأساسية هو انه لا يملك وجوداً مادياً او حقيقياً ويستطيع التصرف من خلال الأشخاص الطبيعيين كممثلين له ، وهؤلاء الأشخاص طالما يعملون في الحدود التي رسمها القانون فهم لا يجلبون على انفسهم أي مسؤولية شخصية . والامتيازات التي تتمتع بها المؤسسة يمكن لها الحصول عليها بتشريع خاص من السلطة التشريعية او بواسطة التسجيل بحكم القانون مثل قانون الشركات وفي تلك الحالات فان الاهلية التعاقدية للمؤسسات تحدد بتشريعات تنظمها وتحكم عملها ... وحدود مقدرة الشركة على التعاقد هي كما يلي :-

١. لا تستطيع الدخول في عقود معينة مثل عقد الزواج وغيره لانها لا تملك وجوداً حقيقياً .
٢. باستثناء العقود ذات الاهمية القليلة او ذات المصادفات اليومية فان العقد الذي تعقده المؤسسة ينبغي ان يختم بختمها .
٣. ان العقد الذي تعقده المؤسسة والذي يكون خارج المجال او الهدف الذي اسست من اجله فان هذا العقد هو خارج الصلاحية وهو باطل بصورة مطلقة . وحتى ولو صادق جميع اعضاء الشركة او المؤسسة على ذلك العقد فسوف لن يزول عنه البطلان .
٤. قدرة الشركة على الاقتراض وقبل ان تمارسها الشركة فينبغي النص على ذلك مسبقاً وبصورة صريحة او ضمنية بحكم القواعد التي تحكم الشركة . والنص التالي يوضح ذلك :

(Artificial persons corporations : A corporation is an Artificial preponderated by law , the chief feature of a corporation is that it has no physical existence , and can only act through human beings as its agents who , so long as they act within the limitations of law , incur no personal obligations by a special Act of the legislature , or by legislature or by registration under an act e.g.(26)

The companies Act . In such cases the contractual capacity of corporations will be limited by the statutes governing them ... the limitations to the power of a corporation to enter into a contract are as follows :-

It cannot enter into contracts like contract to marry , etc., because it has no physical existence .

Except a contract of minor importance or of daily occurrence a contract entered into by a corporation must be under its seal .

A contract entered into by a corporation beyond the scope or object for which it is brought into existence is ultra virus and absolutely void . Even a ratification of such a contract by all the members of the corporation would not cure the defect .

A power to borrow , before it can be exercised by a corporation , must have been expressly or impliedly granted under the articles governing the corporation.(27)

الفرع الثالث

القصر

القاصر او الصغير هو الشخص الغير بالغ سن الرشد . فالشخص يبلغ سن الرشد عند اكماله الحادية والعشرين سنة في بريطانيا وثمانى عشر سنة في الهند . والقانون العمومي في بريطانيا المعدل بقانون رعاية القاصرين لعام ١٨٧٤ وكذلك بقانون بيع البضائع لعام ١٨٩٣ يقرر بان القانون المتعلق بالعقود التي يعقدها القاصرون بحكم ما يلي :-

١. العقود التي تبرم مع القاصرين هي شرعية اذا كانت :-
 - أ. لاجل الضروريات .
 - ب. لمصلحة القاصر .
٢. العقود التي يعقدها القاصر والتي ترجع عليه بالحقوق والالتزامات مثل الشركة وتملك الحصص في شركة وعقود الايجار فهي قابلة للابطال وليست باطلة بصورة مطلقة .
٣. العقود التي يعقدها الصغير (أ) لاجل الاموال المقترضة او التي ستقترض.
 - ب- لاجل البضائع المجهزة او التي ستجهز
 - ج- الحسابات المكشوفة فجميع هذه العقود باطلة .
 ٤. العقود التي يعقدها الصغير لاجل الشراء او الزواج ، السابقة لقانون رعاية القاصرين كانت موقوفة حتى تتم اجازتها . وتلك العقود بعد ذلك القانون اصبحت تعتبر باطلة ولا يمكن تصديقها سواء اكان هناك اعتبار جديد ام لا .والنص الاتي يوضح ذلك :

(Infancy :- An infant or a minor is a person who is not a major . A person attains majority on completing his 12st year in England , and 18th year in India .the common law (28) of England , as modified by the Infants' Relief Act of 1874 , and the sale of Goods act

of 1893 , Lays down the law relating to contracts entered into by a minor as follows :-

contracts with minor are valid if they are for necessities :

for the Minor's benefit .

Contracts by Minor which involve recurring rights and obligations . like partnership, holding shares in a company and leases , are only voidable and not void .

Contracts with a minor (a) for Money lent , or to be Lent , (b) goods supplied or to be supplied (c) accounts stated , are absolutely void .

Contracts by a minor to purchase , or Marry , prior to the Infants' Relief Act , were invalid until affirmed such contracts After that Act are void and they cannot be ratified whether there is fresh consideration or not(29)

الفرع الرابع

المجانين والنساء المتزوجات

ان قانون العقد الانكليزي واسع جداً في تحديده لعبارة العقل المختل او الفاسد وعليه فان المجانين لا يستطيعون ابرام العقود ما عدا الحالات التي يكونون فيها في فترة افاقة وسلامة عقلية ومثل هؤلاء الاشخاص المخمورون الى درجة الثمالة او المعتوهين منذ الولادة والذين لا يملكون ذرة تمييز فهؤلاء لا يستطيعون ابرام العقود وكل هؤلاء الاشخاص يقفون بنفس مستوى الصغار القاصرين وعقودهم باطلة وفق القانون الهندي .

اما وفقاً لاحكام القانون الانكليزي فان العقد الذي يبرمه المجنون او الشخص الثمل فانه باطل بطلان نسبي أي قابل للابطال والشخص الذي يحاول ان يبطل العقد على اساس الجنون او الثمالة فليس عليه فقط ان يثبت عدم اهليته التعاقدية . ولكن عليه ان يثبت ام المدعى كان

عالمًا بعدم اهلية هذا الشخص على التعاقد .

والنص التالي يوضح ذلك :

(Sec . 12 of the contract Act , is very wide in its definition of the words " unsound mind" and therefore Lunatics cannot enter into contracts , except during their lucid intervals . Similarly , persons who are dead drunk or who are congenital idiots not possessing ever array of thinking power , cannot ,enter into contracts . All these persons stand on the same footing as minors, and their contracts are void according to Indian law According to English law a contract entered into by a Lunatic or a drunken person in only voidable and the person who seeks to avoid the contract on the fround of insanity or drunkenness must not only prove his incapacity , but should also prove that the plaintiff was aware of it)(30)

اما بالنسبة للزواج فانه من المثير ان نلاحظ في بلد متمدن مثل بريطانيا المرأة المتزوجة في الاصل كانت فعليا عديمة الاهلية في مسائل اكتساب الملكية وفي الزام نفسها بالعقود التي تعقدها حال كونها متزوجة : وكان ذلك في قوانين سابقة لكنها عدلت بعد ذلك واصبحت المرأة تستطيع اجراء التصرفات القانونية وابرام العقود وذلك بعد التعديل لوضعها القانوني .

المبحث الثالث

عيوب الرضاء

ان العقد لكي ينشأ وينفذ فليس فقط يكون هناك توافق في ارادات اطراف العقد ولكن الرضاء يجب ان يكون حقيقياً وحرراً بمعنى انه اذا كان أي طرف في العقد في حالة فهم خاطئ للمقصود بسبب

١. الغلط

٢. التصوير غير الصحيح

٣. الاكراه

٤. التأثير غير المشروع فان العقد سوف يكون غير قابل للتنفيذ .

As already stated , not only should the parties to contract have identity of minds but the consent of the parties must also be real, and free, i. e., If one of the parties is under any misapprehension due to (i) mistake, or (ii) misrepresentation , or (iii) duress or coercion, or (iv) undue influence, the contract will not be enforced)

ولذلك سنبحث هذه العيوب في الفروع التالية :-

الفرع الاول : الغلط

الغلط هو اما يتعلق بالواقع او بالقانون ، والغلط في الواقع قد يتصل بالعقد كان يتعلق بوجوده او نوعيته او يتعلق بالكمية وقد يتصل الغلط في الواقع بطبيعة العقد او قد يتعلق باطراف العقد ، والقول التالي يوضح ذلك :

Mistake, which may relate to - (A) fact or (b) Law .
Mistake of fact may in its turn relate to :subject matter of the contract e.g. regarding its existence, or quality etc. (ii) Nature of the contract:(iii) person entering into the contract. (31)

اما الغلط في القانون فقد يتعلق بالقانون الاجنبي او القانون الاعتيادي أي قانون البلاد او قد يتعلق بالحقوق الخاصة للاشخاص المتعاقدين وهو ايضاً قد يكون غلطاً من جانب واحد وقد يكون مشتركاً . والنص التالي يوضح ذلك :

(Mistake of law may be regarding : (a) foreign law , or (b) ordinary law or law of our country , or (c) private rights of the contracting parties . Another classification of Mistakes is in to : (a) Unilateral and (b) Bilateral(32)

الفرع الثاني : التصوير غير الصحيح

ينشأ التصوير غير الصحيح عندما يوافق احد اطراف العقد على التعاقد بسبب قول مزيف يقدمه الطرف الاخر له ولكن المتعاقد لم يدخل العقد لاجل هذا القول فهذه المعلومات المزيفة او ما يسمى بالتصوير غير الصحيح قد تكون هي السبب الدافع على التعاقد او قد تكون عنصراً في العقد والتصوير غير الصحيح قد يكون اما بحسن نية وقد يكون تدليساً . وعناصر العقد هي اما ان تكون شروطاً او ضمانات ، فاذا اتصل التصوير غير الصحيح بشرط في العقد فبامكان المتعاقد المشتكي اما ان يفسخ العقد او يطالب بالتعويض ، ولكن اذا اتصل التصوير غير الصحيح بضمانات العقد فقط يستطيع المطالبة بالتعويض .

وقد اوضح قانون بيع البضائع الانكليزي بان عنصر العقد وهل كونه شرطاً ام ضماناً ، فهو يتعلق بنية اطراف العقد . والنص التالي يوضح ذلك :-

(A party may give his consent to contract on account of some false statement made by the other party to it, but for which The former might not have entered into the contract These false statements or misrepresentation may be either the inducing cause of the contract, or may be embodied in it so as to form the Terms of the contract. Amisrepres etation may be either : (I innocent or invalidating, or (ii) fraudulent or actionable. Terms in a contract may be either : "a', conditions or (b) warranties . if a false representation relates to a contract the party complaining can either rescind the con-sraco or claim damages but if it relates to a warrantly he can only claim damages, whether a term is a condition or awarranty is a question of intention of the parties (sec 12 Sale of Rods Act) (33)

الفرع الثالث : الاكراه والتأثير غير المشروع

العقد المبرم تحت تأثير الاكراه او التأثير غير المشروع يكون قابل للابطال بارادة الطرف الواقع تحت تأثيرها ، ويعرف الاكراه بانه احداث او التهديد باحداث العنف البدني او الحبس بقصد الحصول على موافقة الطرف الاخر في العقد .
والقول التالي يوضح ذلك :-

(A contract entered into under coercion or undue influence is voidable at the option of the party coerced or influenced . Duress is defined as causing or threatening to cause bodily violence or imprisonment with a view to obtain the consent of the other party to the contract)(34)

اما بالنسبة للتأثير غير المشروع فانه يسمى كذلك باسم (التدليس الضمني) وهو يستخدم ليشمل كل الحالات التي يكون فيها احد المتعاقدين لم يعامل بعدالة من قبل الطرف الاخر ، وهو يعني الاستخدام غير المناسب للسلطة في التأثير على ارادة احد المتعاقدين من قبل الطرف الاخر والتأثير غير المشروع في بعض الحالات يفترض افتراضاً مثل حالة الشخص الشاب الذي يتعاقد مع والديه . فانه يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، والنص التالي يوضح ذلك :

(Undue influence is also called Constructive fraud , and it is used to cover all cases where one party to the contract has not been fairly dealt with by the other , It consists in the improper exercise of a power over the mind of one of the contracting parties by the other and in certain cases it is presumed e.g. where a young person enters in to a contract with his parents . It renders a contract voidable.)(35)

المبحث الرابع

انقضاء العقد

وسنبحث في هذا المبحث انقضاء العقد بواسطة تنفيذه في الفرع الاول ونتناول في الفرع الثاني استحالة التنفيذ وفي الفرع الثالث نتناول تنفيذ العقد القائم على الاعتبار الشخصي .

الفرع الاول : تنفيذ العقد

القاعدة العامة في القانون الانكلو امريكي هي ان التنفيذ التام لكل بنود العقد المفروضة على احد اطرافه فانه يعفيه او يحرره من كل المسؤولية المتولدة عن ذلك العقد رغم ان الطرف الاخر قد يبقى ملزماً بقدر الالتزامات المتعلقة به . ولكن وفقاً لاحكام القانون العمومي لا يوجد شيء دون التنفيذ التام للعقد بدقة ووفقاً لعناصر وشروط العقد يمكن ان يحرر المتعاقد من ذلك العقد .

لذلك مثلا العقد المبرم لبيع منقول ينفذ فقط عند تسليم الكمية المعينة بالضبط في الزمان والمكان والطريقة المتفق عليها . والنص التالي يوضح ذلك :

((The complete performance of all the stipulations, of a contract binding are of the parties thereto discharges him

from all liability thereon, though the other party may still

be pound, as far as any stipulations upon his part are concer

ned. but Nothing less than full performance strictly according to the terms of the contract will, at common law, discharge it. Thus, a contract for the sale of personal property is performed only by the

delivery of the precise ,quantity specified at the time and puce and in the mode agreed .upon,)(37)

الفرع الثاني : استحالة التنفيذ

ان القاعدة العامة في القانون الانكلوامريكي هي ان مجرد الاستحالة في التنفيذ الناشئة بصورة لاحقة للعقد تؤدي الى انقضاء العقد حتى ولو ان الملتزم بالعقد لم يكن لديه أي خطأ فيجب عليه ان يدفع التعويض المناسب رغم وجود هذه الاستحالة وذلك ما لم يشترط في العقد بان حدوث الاستحالة سوف ينتج انقضاء العقد . والنص التالي باللغة الانكليزية يدل على ذلك .

(The general rule is that mere impossibility of performance arising subsequent to the contract does not discharge it , even though the promissory was wholly without fault , and he must pay damages not withstanding this impossibility , unless he had provided in his contract that its occurrence should work a discharge .)(38)

الفرع الثالث : تنفيذ العقد القائم على الاعتبار الشخصي

ان القانون الانلكو امريكي حينما يتحدث عن تعويض الاخلال بالعقد فانه يذكر صورتين لهذا التعويض . احداها هو ان الطرف المتضرر بإمكانه اللجوء الى المحكمة لاجل اجبار الشخص الاخر على تنفيذ العقد بصورة عينية وهو التنفيذ العيني للعقد او بإمكانه اللجوء الى الصورة الثانية وهي الحصول على التعويض كجزاء عن الاخلال بالعقد . والنص التالي يوضح ذلك :

(However , developed legal systems do provide for the redress of most broken agreements , when a person has broken an agreement, the aggrieved party

may, under applicable law, be entitled to either of two general forms of redress. First, he may be entitled to have a court direct the promise breaker specifically to perform, or second the aggrieved party may be entitled to exact compensation for the breach.(39)

ففي الصورتين تنطبق في حالة الاخلال بتنفيذ العقد القائم على الاعتبار الشخصي في القانون الانكلو امريكي هذا ما سنبحثه في النقاط التالية :

١. ففي احدى القضايا المعروضة على المحكمة العليا في نيويورك تضمنت عريضة الدعوى المقدمة في شهر سبتمبر عام ١٨٣٣ ان المدعى عليه في شهر اذار الماضي قد تعاقد مع المدعي وهو مدير المسرح الايطالي في مدينة نيويورك بان يغني ويؤدي العديد من الفعاليات الفنية التي قد يطلبها منه المدعي وهو مدير المسرح او قد يامره بادائها وكلاء المدير المفوضون بذلك في أي مدينة من الولايات المتحدة الامريكية وفيما يعتقد مدير المسرح ذلك المكان مناسباً كما بينت عريضة الدعوى بان المدعى عليه ومنذ ابرام العقد فقد خرق ذلك العقد بعقده اتفاقاً اخر مه شخص اخر بان يذهب الى مدينة هافانا لاجل اداء بعض الفعاليات الفنية باعتباره مطرب اوبرا وبنفس اليوم الذي اتفق على اداء الفعاليات على المسرح الايطالي في نيويورك وذلك بدافع الغش والاخلال بالعقد الاول واضراراً بحقوق مدير المسرح الايطالي ، لذلك فقد طالب المدعي وهو مدير المسرح الايطالي في نيويورك من المحكمة بان تقضي بالتنفيذ العيني للالتزام هذا الفنان (٤٠) . فهل قضت المحكمة بان من حق المدعي ان يجبر المغني على اداء التزامه أي استخدام التنفيذ العيني وانما اقامت اساس الدعوى على اتجاه اخر ولم تجبر المغني على الوفاء بالتزامه بصورة عينية لما لذلك من اثر على المحكمة وعلى الفنان وخصوصاً صحة

الفنان واحساسه ومشاعره وكذلك لما يكلف المحكمة من عناء متابعة ذلك وتذوق اداء الفنان هل هو صادق ام مصطنع وذلك امر عسير يتعلق بالوجدان والاحاسيس لكونه من عناصر الفن الخاص الذي لا يخضع للواقع الموضوعي كحالة الفن العام . والنص التالي يدل على ذلك .

(The Chancellor (Walworth). The Material Facts alleged in the complainat is bill are not denied; and for the purpose of this denied application, they must be taken to oe Prue. There is an affidavit, annexed to the bill, than :he defendant has declared ,, intention of going to the Havan and the defendant has no-, denied such intention, Although he not made any engagement to go there. Upon the :a_-47s of the case, I suppose it must be conceded that the complainant is entitled ,o aspecific performance of this contracts as the law appears to have been long since settled that 3 oird that can sing and will not sing must oe made to sing.... 2"-ere mi6n-t be some difficulty . therefore, even if tae defendant was compelled to direction and in of master in sing under the(41) direction and in the presence of master in chancery, in ascertaining whether he performed ',is engagement according to its spirit and intent. It would also be very difficult for the master to determine what effect coercion-might produce upon the- def endantsinging ally nthe live Tier airs: A.lthough the fear of imprisonmen- would

an, a questionably deepen his seriousness in the braver parts of -he drama(After thus intimating that t;ie court wo aid no-. require the defendant to sing, the court disposed of the case on another basis).

لذلك فان الراي القضائي الوارد اعلاه يبين عدم اتجاه او ميل القضاء الانكلو امريكي باجبار المخل بالتزامه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بتنفيذ التزامه بصورة عينية ، فالتنفيذ العيني هو دائماً وسيلة استثنائية وليست اصلية في علاج الاخلال بالالتزامات في القانون الانكلو امريكي . في حين ان النظم القانونية الاخرى مثل قانون المانيا الغربية يجعل التنفيذ العيني هو الصورة الاكثر شيوعاً لاصلاح الاخلال بالعقد . والنص التالي يوضح ذلك :

((7-he foregoing opinion reflects the general ;in-vil.-Lingness of the Ang'Lo–American Judiciary to order a se breaker specifically to perform his promise, Specific performance" has always been an exceptional remedy for breach of promise in Anglo–American Law. In other legal systems, for Exam , manyp specific performance is a far :core common form) (42)

وكذلك في احدى القضايا القائمة على اساس عقد متضمن القيام بخدمات شخصية من قبل العامل لصاحب العمل فقد قضت المحكمة ايضاً بعدم اللجوء للتنفيذ العيني لهذا العقد لانه لا يوجد هناك انسجام بين طرفي العلاقة كما ان العامل عند اداءه للعمل دون رغبته فان ذلك يقلل من كفاءة العمل الذي يعتمد اساساً على مهارة العامل كذلك فان السبب الرئيسي والاساسي في عدم الحكم

بالتنفيذ العيني هو عدم امكانية من متابعة مدى التزام العامل بآداء خدماته الشخصية على نحو مناسب . والنص التالي يوضح ذلك :

٢. يظهر كذلك الاعتبار الشخصي في العقد باثره في انهاء العقد عند وفاة الشخص الذي انشأ العقد اعتماداً على صفة جوهرية في هذا الشخص مثل مهارته او الثقة به الخ . والنص التالي يوضح ذلك :-

There are said to be certain practical difficulties in the way of compelling an employee to directly perform his duties. It is not easy to obtain efficient work from an unwilling laborer; where an employee is discontented and there is a dissonance between him and his employer the result is that the work is done in a way that is not to the benefit of either party. In the absence of harmony, it may well be that little benefit is attempted to be derived from the contract. Accordingly, it is contended that a court should not compel a defendant to work under these conditions -What it would constantly be called upon to supervise the relations between the parties, settle their disputes and direct and control the defendant(43)

الخاتمة

وتتلخص اهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها في هذا البحث
بما يلي :

١. ان العقد في القانون الانكلو امريكي يعتبر مؤسسة قانونية او نظام قانوني مستقل بكيانه واركانه وهو شبيه من حيث عناصره الاساسية بالعقد في الفقه اللاتيني وذلك ما يظهر في مؤلفات اساتذتنا العرب فعند تعريفهم للعقد وعدم تفريقهم بينه وبين الاتفاق فهذا الحال نفسه موجود في القانون الانكلو امريكي . ولكن الفقه اللاتيني لا يأخذ بالاعتبار كركن في العقد كما هو الحال في القانون الانكلو امريكي .
٢. ان القانون الانكلو امريكي عند تحديده للالتزام فانه يقصد به ذلك الاثر المتولد من العقد والالتزام برد في كتابات الفقهاء في امريكا وبريطانيا بلفظ (OBLIGATION) ولكن عند تناول هذا اللفظ في ترجمة معنى العقد في الشريعة الاسلامية فان معناه اصبح ذا عموم مطلق عند موازنته بكل فروع القانون العام والخاص وهذا مما يدل على شمول هذا المفهوم في الشريعة الاسلامية .
٣. عند مقارنة تعريف العقد في الفقه الانكلو امريكي مع تعريفه في الفقه الاسلامي نجد ان العقد في الفقه الاول هو تطابق الارادتين اما مفهومه الفقه الاسلامي فهو الارتباط المتولد عن هذا التطابق وهذا فرق واضح .
٤. هنالك تداخل في بعض عناصر عيوب الرضاء من حيث الموازنة بينهما في القانون الانكلو امريكي .
٥. بعض القضاة في بريطانيا قد ادخلوا عقد الزواج في طبيعة عقود المقامرة وهذا مما ستناقض لما يجب ان يكون لعقد الزواج من قدسية كما هو الحال في الفقه الاسلامي الذي يعتبر الزواج رابطة مقدسة . كما ان ذلك الرأي قد ادى الى عدم الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد الزواج في القانون الانكلو امريكي وهذا تناقض واضح.

الهوامش:

1. Edward w Spencer — A manual of Commercial Law —the Bowen—Merrill Company, 1898 p. 24.
2. E.VENKATESAM - HandBook on Mercantile Law -Third Edition, sree Ramaprasad press , 56. Broadway, ",madras 1 P. 8-9.
3. E, venkat esam , op . cit ., p. 9.
4. E. Venkatesam – hand Book on mercantile law – third edition , 1958 , sree Ramaprasad press , 56 . Broad way Madras , I , p. 8-9.
5. E. Venkatesam , op . cit . p.9.
6. E. VENKATESAM , OP., P. 9-10.
7. E. VENKATESAM , Op. Cip., p. 10.
٨. د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – ج ١ نظرية الالتزام بوجه عام -١٩٦٦- دار النهضة العربية – ص٢٧ . د. مالك دوهان الحسن – المدخل لدراسة القانون – الجزء الاول – ١٩٧٢ ، مطبعة الجامعة – بغداد – ص٢١-٢٢ .
٩. عبد المنعم البدر اوي – مبادئ القانون – ١٩٦٣ – ١٩٦٤ – مطابع دار الكتاب العربي بمصر – ص٤٦٦.
١٠. د. مالك دوهان الحسن – شرح القانون المدني – الجزء الاول – مصادر الالتزام ١٩٧٣ – بغداد – مطبعة الجامعة – ص٦٧.
١١. د. عبد المجيد الحكيم – الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي – ٤٣٥ لسنة ١٩٩١.
12. ABDULLAH YUSUF Ali – The Holy QURAN- Text , Translation and connentary – New Revised Edition , AMANA corporation , Brentwood , Maryland , U.S.A , 1989 , p.243 , N(682).

13. ABDULIAH YUSUF Ali . op. cit, p. 243 , N (662) .
14. J. L. HANSON – A Dictionary of Economics and bemnerce -
5th Edition , Macdonald and Evans
15. Aorris Ginsoerg – on Justice in Society – 1965 , penguin
Books , p.147.
١٦. د. بدران ابو العينين بدران – الشرعية الاسلامية – المدخل والعقود – ١٩٦٤ -
١٩٦٥ – مكتب كريدية اخوان – بيروت ص ٢٥٠ - ٢٥١ . د. عبد الكريم زيدان –
الوجيز في اصول الفقه – الطبعة الخامسة ، ٩٧٣ – ١٣١٣ هـ - ص ٩٣ .
١٧. عبد الرحمن البزاز – مبادئ القانون المقارن – الطبعة الاولى ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧
م ، مطبعة العاني – بغداد – ص ١١٠ .
١٨. عبد المجيد الحكيم – الوسيط في نظرية العقد – الجزء الاول في انعقاد العقد
١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م – شركة الطبع والنشر الاهلية – بغداد ص ٦٣ . د. محمد
كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – الالتزامات – الجزء الاول ١٩٧٣
هـ - ١٩٥٤ – المطبعة العالمية – ص ١٨-٢١ .
١٩. د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الاول في
مصادر الالتزام – ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م طبعة ثانية- شركة الطبع والنشر الاهلية
– بغداد – ص ٣٨ .
٢٠. اسماعيل - في النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام ١٩٥٦ (اعادة الطبعة
١٩٦٤) مطبعة النصر - ص ٤-٥ .
٢١. د. توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – نظرية العقد – ١٩٦٩ ، المكتب
الحديث ، ص ٣٥ .
٢٢. د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام – في الشريعة الاسلامية
والتشريعات العربية – الكتاب الاول في مصادر الالتزام – ١٩٧٥ – مطبعة
السعادة – ص ٢٥ .
٢٣. الامام محمد ابو زهرة – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية – دار الفكر

العربي - ١٩٧٧ - ص١٩٩ .

٢٤. د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول -
١٩٥٣ - ١٩٥٤ - دار الفكر ص٧٣ .

٢٥. مصطفى احمد الزرقاء - الفقه الاسلامي في توبة الجديد - الجزء الاول - المدخل
الفقهي العام الى الحقوق المدنية - ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م - مطبعة الجامعة
السورية - ص١٩٧ .

26. Edward spencer , op . cit ., : .24.

27. Anson's – Law or contract – seventeenth Edition – 1929 ,
oxford , At the clarendon press , p. 57. EDWARD w spencer ,
op . cit ., p. 25-26 .

28. E. venkatesam , OP . CIT P. 102 . Anson's , op. cit . p. 8 .

29. E. VENKATESAM , op . cit ., p. 102 . Anson's op . cit ., p.8.

30. EDWARD W SPNNCER , op. cit. p.39 .

31. ANSON'N , op. cit ., p.15.

32. E. VENKATESAM , op. cit ., p. 13-14 .

33. VVENKATESAM , op. cit ., p. 19 .

34. E. ENKATESAM , op. dit . pp. 19-20 .

35. EDWARD W SPENCER , op. cit ., p. 44 .

36. E. VENKATESAM , op . cit . p. 35.

37. E. VENKATESAM , op . cit ., p.35.

38. E.VENKATESAM , op. Cit., p.37.

39. E.VENKATESAM , op. Cit., p.38.

40. E.VENKATESAM , op. Cit., p.39

41. E.VENKATESAM , op. Cit., p.44

42. E.VENKATESAM , op. Cit., p.44.

43. E.VENKATESAM, OP. Cit., p. 45.

44. ANSCINI'S I Op. Cit. 0 p. 151.

45. E.VENKATESAM, OP. Cit., p. 45.

46. ANSCINI'S I Op. Cit. 0 p. 151.
47. BDWARD W. SPENCER , OP, CIT , . 67.

وموضوعات الغلط واسعة جدا في القانون الانكليزي وللاستزادة انظر المصادر التالية :
chalmer's Michael Mark , M, A., N.C. L. sale of Goods – 16th Edition ,
1971 , Butter Worrngs , London m p. 85.

Rrederick A, Whiteney – the law of Contracts – Fifth Edition , 1995 m
Matthen Bender and company , Inc, u,s,a,p: 149, 167.

48. ATESAM , OP . CIT ., P.51.
49. E.VENKATESAM , OP . CIT ., P.57.
50. E.VENKATESAM , OP . CIT ., P.58.
51. E.VENKATESAM , OP . CIT ., P.58.
52. ANSON'S , OP. CIT ., P. 329.
53. E.VENKATESAM , OP. Cit ., p . 76.
54. E.VENKATESAM , OP . CIT ., P.125.
55. HOWARD and SMERS –Law its Nature Functions and limits-
peentice Hall, 1965, P. 168.
56. HOWARD and SMERS –Law its Nature Functions and limts
oreentice Hall, 1965, P. 168.
57. HOWARD and Summer 1, OP-Cit.) pp. 168-169.
58. HCWARD AND SUMMERS , OP. Cit ., p. 169.
59. Howaed and SUMMERS , OP. CIT ., P. 169.

المصادر

اولاً: المصادر العربية :

١. د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني - ج ١ - نظرية الالتزام بوجه عام - ١٩٦٦ - دار النهضة العربية .
٢. د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول - ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ، دار الفكر .
٣. د. مالك دوهان الحسن - المدخل لدراسة القانون - الجزء الاول ، ١٩٧٢ ، مطبعة الجامعة - بغداد .
٤. د. مالك دوهان الحسن - شرح القانون المدني - الجزء الاول - مصادر الالتزام ، ١٩٧٣ ، بغداد ، مطبعة الجامعة .
٥. د. عبد المنعم البدر اوي - مبادئ القانون - ١٩٦٣ - ١٩٦٤ - مطابع دار الكتاب العربي بمصر .
٦. د. حسن علي دنون - اصول الالتزام ، ١٩٧٥ - ١٩٧٦ ، مكتب النصر للطباعة .
٧. د. عبد المجيد الحكيم - الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكليو امريكي - الطبعة الاولى ١٩٩١ ، رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ٤٣٥ لسنة ١٩٩١ .
٨. د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - الجزء الاول في انعقاد العقد - ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م ، شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد .
٩. د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الاول - ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م ، طبعة ثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد .
١٠. د. عبد الرحمن اليزاز - مبادئ القانون المقارن - الطبعة الاولى ١٣٨٦ - ١٩٦٧ م ، مطبعة العاني ، بغداد .
١١. د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - الجزء الاول - ١٣٧٣ هـ ١٩٥٤ م المطبعة العالمية .
١٢. د. اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - احكام الالتزام ١٩٥٦ (اعادة الطبعة ١٩٦٤) مطبعة النصر بشبرا .
١٣. د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد ، ١٩٦٩ ، المكتب المصري الحديث .
١٤. د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول ١٩٥٤ - مطبعة نهضة مصر بالفجالة .
١٥. د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م بغداد .
١٦. د. محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - الجزء الاول - ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م - مطبعة العاني - بغداد .
١٧. د. عبد الناصر توفيق العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية

والنشرية العربية - الكتاب الاول ، ١٩٧٥ ، مطبعة السعادة .

ثانياً: مصادر الفقه الاسلامي :

١٨. د. بدران ابو العينين بدران - الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود - مؤسسة شباب الجامعة .
١٩. الشيخ محمد الشمال - محاضرات في الشريعة الاسلامية - المدخل والعقود ١٩٦٤-١٩٦٥ ، مكتب كريدية اخوان - بيروت .
٢٠. د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في اصول الفقه - الطبعة الخامسة ، ١٩٧٣ م - ١٣٩٣ هـ .
٢١. الامام محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ .
٢٢. مصطفى احمد الزرقاء - الفقه الاسلامي في توبة الجديد - الجزء الاول ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق العام الى الحقوق المدنية ، ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م ، مطبعة الجامعة السورية .

ثالثاً: الرسائل العلمية :

- ٢٣- رسالة ماجستير للطالب علي يوسف صاحب - مدلول الغلط في القوانين القديمة - دراسة مقارنة تقدم بها الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ .

المصادر الانكليزية :

- 24- EDWARD W. SPENCL"it - IA. Manual pf Law-!he 3owen Yierrili Company, 1898•
- 257-Hand Boos on Mercantile Edition 1958, Sree Ramaprasad press, 56 Broadway,, Madras.
- 26- IBDUI:,.AH yuSuf Ili, the Holy Duran arjsIa Jon and comentax New revised Edition,., Amt J'DrPorationp Seen-nvood yarylandy U.S.A., 1989.
- 2 1-HATF XELL S'L-Holy .LAAN -Traiteration in Roman Script, 1978, Golden Press GowliGudat"yderabad.
- J.Z. -.-WI-SON, A Dictionary of Economize and Commerce 5th di .ion, Macdonald and Evans, 1984.
- Morris Ginsberg 1 On Justice in SocietY , 1965, Penguin Books.

T.N. BRIGHT -BANKING LAW and Practice in New ;egland, Second Edition, 1969, Sweet and Idax,iiell.

Allen -Law in the 'flaking - Fifth Edition 19;1, Rhodes House, Oxford.

A.2,1ERBERT -Uncommon Law - 1983, Methuen, London Ltd,

ANSON'S -LAW OF CONTRACT SE 'TEEN TEEN U4. di sic _,

i929,GYFCPD At the Clarendon Press.

CHALMERS' MICHAEL :dAHKt M.A.,N.C.L.- Sale of roods - 16th

Edition, 1971, Butter Worths, London.

Frederick A, Whitney- The Law of Contracts - ?'i-fth Edition 1953,

Matthen Sender and Company, Inc, U.S.A.

HOWARD and SUMMERS – law its Nature , Functions, and Limits -

Prentice Hall, 19650

37 RCSAMOND E.HACK., The Code of Hammuraoi-Sta:a

„rganl;Zaz-on of Antiquities and Heri-„agep Baghdad 1979.

38- Robert Francis Harper., 2he Code of Ha-mmurazi, second Edition,

The University of Chicago Press,

39. Driver,and files, j.(!. The 3aoylon laws Oxford Vol. vol.11, 1954

and Vol