اختلاف التعبير عن الإرادة وأثره على تكوين العقد وصحته

دراسة تأصيلية وتطبيقية لأهم حالات اختلاف التعبير عن الإرادة وأثرها على تكوين العقد وصحته في كل من القوانين المدنية: اليمني والمصري والكويتي مقارنة ببعض القوانين الأخرى وأحكام الفقه الإسلامي(*)

الدكتور/ عبدالكريم يوسف عبدالحق القاضي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

ملخص:

البحث في اختلاف التعبير عن الإرادة، هو بحث في عدم تطابق التعبير مع الإرادة، وتثار أهم حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، عندما يصدر التعبير عن إرادة غير جدية لإحداث الأثر القانوني، أو عندما تكون الإرادة المعبر عنها مشوبة بعيب من العيوب، أو عند وقوع أحد المتعاقدين في غلط أو خطأ في التعبير.

وتبرز الصعوبة في هذه الحالات، وتتباين الحلول والأحكام، ويثار التساؤل: أيعتد القانون في هذه الحالات بالإرادة الباطنة أو الحقيقية لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين، فيبطل العقد لعدم توافر القصد الإرادي الصحيح؟ أم يعتد بالإرادة الظاهرة أو المعلنة في التعبير، فيبقى على العقد صحيحاً، رعاية لمصلحة المتعاقد الآخر حسن النية، وضماناً لاستقرار المعاملات؟

(*) أجيز البحث بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٠م.

تتوقف الإجابة عن هذه التساؤلات، والبحث عن الحلول القانونية، في التشريعات المقارنة، على مسلك المشرع عند قيامه بتنظيم أي حالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة تلك. إذ قد يضحي – المشرع – باحترام الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين، فيبقي على العقد صحيحاً، على الرغم من أنه لا يستند إلى إرادة حقيقية؛ وذلك حماية للمتعاقد الآخر حسن النية، الذي لم يكن يعلم، ولا بمقدوره أن يعلم، باختلاف التعبير الموجه إليه، عن الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه. وقد يحافظ على الإرادة الحقيقية للمتعاقد صاحب التعبير، فيبطل العقد، ويعمل على حماية المتعاقد الآخر حسن النية، بقواعد أخرى من خارج نطاق التصرف القانوني.

وقد قسم البحث إلى أربعة مباحث: خصص المبحث الأول منها للأساس الذي تقوم عليه حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، والمبحث الثاني لاختلاف التعبير عن الإرادة لعدم جدية الإرادة، والمبحث الثالث لاختلاف التعبير عن الإرادة لعيب في الإرادة، والمبحث الرابع لاختلاف التعبير عن الإرادة لغلط أو خطأ في التعبير.

مقدمة:

تؤدي الإرادة في العقد، وفي التصرف القانوني عموماً، دوراً أساسياً ومحورياً، سواء في تكوينه أو في ترتيب آثاره؛ حيث يعد الرضا في العقد أهم ركن من أركانه، بل هو ركنه الأساسي والجوهري، إذ لا يتصور قيام رابطة عقدية بين شخصين أو أكثر، إلا إذا أرادوا قيام تلك الرابطة فيما بينهم، على نحو يجسد حقيقة ما أرادوه وتوافقوا عليه.

والإرادة في الأصل هي المشيئة أو القصد؛ أي انعقاد العزم على تحقيق أمر معين(١). وهي بهذا المفهوم ظاهرة نفسية، تتحقق في نفس صاحبها، قبل أن يظهرها إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها. لذلك لا يحفل القانون بها ما

(١) انظر: د. علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ١٩٨٥، جـ١، ص٢٤١.

بقيت كامنة في نفس صاحبها، بل لابد أن تظهر وتبرز إلى العالم الخارجي،– نحو إحداث الأثر القانوني – بالتعبير عنها، تعبيراً صريحاً أو ضمنياً[٢].

والذي يعنينا هنا، هو البحث في هذه العلاقة بين الإرادة، بمعنى المشيئة أو القصد والعزم، وبين التعبير عنها، وذلك عند اختلاف التعبير عن الإرادة؛ إذ لا تثار مشكلة العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها في الواقع إلا عند اختلاف التعبير عن الإرادة. أما حيث ينعدم التعبير، لانعدام الإرادة ذاتها، كما لو صدر التعبير عن شخص لايملك القدرة على التمييز، فإننا لا نكون بصدد علاقة أو اختلاف بين الإرادة والتعبير عنها؛ لأن العقد أو التصرف القانوني يبطل وينعدم حينئذ، لانعدام كل من الإرادة والتعبير، وليس نتيجة لاختلاف التعبير عن الإرادة[٣].

لذلك يتحدد نطاق البحث في عدم تطابق التعبير مع الإرادة، وليس في عدم وجود التعبير لعدم وجود الإرادة. وتبرز أهم حالات وتطبيقات اختلاف التعبير عن الإرادة – موضوع البحث –: حين يصدر التعبير عن إرادة غير جدية لإحداث الأثر القانوني، أو عندما تكون الإرادة المعبر عنها مشوبة بعيب من عيوب الرضا: كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو عند وقوع المتعاقد في غلط أو خطأ في التعبير[٤]؛ إذ تبرز الصعوبة في هذه الحالات، وتتباين الحلول والأحكام، ويثار التساؤل: أيعتد القانون في كل حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، بالإرادة الحقيقية الداخلية للمتعاقد، كما تكونت في نفسه، قبل التعبير عنها أو في أثنائه؟، أم أنه يقف عند حدود المظاهر المادية للتعبير؟.

---

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م، جـ ١، ص٦٠.

(٣) راجع: د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦م، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٧م، ص٢٠٨.

(٤) د. محمود أبو عافية، رسالته، المرجع السابق، ص٢٧٦، وانظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٥، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥م، ص ٢٣٧ – ٢٨٨.

تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل، على تحديد الإرادة، التي تعتبر أساساً للعقد، فإن كانت العبرة بالإرادة الباطنة للعاقد، فإن العقد يبطل؛ لعدم توافر القصد الإرادي الصحيح، وإذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة – أي التعبير – فإن التصرف يكون صحيحاً؛ لأن المتعاقد الآخر، لايمكن أن يعتمد إلا على المظاهر الخارجية المعلنة للإرادة، ولا محل لإلزامه بالبحث عن حقيقة نفسية، وما يضمره المتعاقد الآخر، لتعرف حقيقة إرادته(٥).

والواقع أن العلاقة بين الإرادة الحقيقية للمتعاقد، والإرادة المعلنة أو التعبير، تخضع في معظم النظم والقوانين المعاصرة، **للمبدأين التاليين :**

١ – أن الإرادة لا تدخل في عالم القانون إلا بالتعبير عنها صراحة أو ضمناً.

٢ – أن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون متفقاً مع الإرادة الحقيقية.

هذان المبدآن – وأولهما ينتمي إلى نظرية الإرادة الظاهرة، والثاني ينتمي إلى نظرية الإرادة الباطنة – يكونان معاً نقطة البداية، في كل التشريعات الحديثة، التي تعنى بتنظيم دور الإرادة في العقد، وفي التصرف القانوني عموماً. وعند التعارض بينهما واختلاف التعبير عن الإرادة، يأتي دور المشرع في النصوص والأحكام القانونية، فيزيل هذا التعارض والاختلاف، بالتوفيق بين عاملي: احترام الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير، ليكفل مبدأ العدالة من ناحية، وحماية المتعاقد الآخر حسن النية، بما يضمن استقرار المعاملات في العلاقات الإرادية، من ناحية أخرى(٦). والمبدآن يمتزجان، بدل أن يستبعد أحدهما الآخر، وينتج من مزجهما عدد وافر من الأحكام والقواعد، المنظمة لحل مشكلة العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها، عند اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية(٧).

---

(٥) د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ط ١٩٩١– ١٩٩٢م، ص٤٠. و د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ص٩٠.

(٦) د. محمود أبو عافية، رسالته، المرجع السابق، ص٢٧٥.

(٧) المرجع السابق، الموضع السابق نفسه.

وتهدف الدراسة إلى تتبع هذه المجموعة من الأحكام والقواعد القانونية، المنظمة لحالات اختلاف التعبير عن الإرادة، في كل من القوانين المدنية: اليمني والمصري والكويتي، وبعض القوانين العربية والأجنبية الأخرى، وأحكام الفقه الإسلامي؛ وذلك لإبراز دور المشرع، في هذه القوانين والنظم، بمدى التزامه بالمبدأين السابقين، وكذلك استظهار رأي الفقه الإسلامي والوضعي، بما يؤدي إلى التوفيق والمواءمة بين عاملي: احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقد، بما يحقق العدالة من ناحية، وكفالة استقرار المعاملات، رعاية لمصلحة المتعاقد الآخر والمصالح الاجتماعية، من ناحية أخرى. وعلى ضوء ما سبق فقد قمنا بمعالجة موضوع البحث وتناوله طبقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: **الأساس الذي يقوم عليه اختلاف التعبير عن الإرادة.**

المبحث الثاني: **اختلاف التعبير عن الإرادة لعدم جدية الإرادة.**

المبحث الثالث: **اختلاف التعبير عن الإرادة لعيب في الإرادة.**

المبحث الرابع: **اختلاف التعبير عن الإرادة لغلط أو خطأ في التعبير.**

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
الأساس الذي يقوم عليه اختلاف التعبير عن الإرادة

تمهيد وتقسيم :

ترجع الأحكام والقواعد القانونية، المنظمة لحالات اختلاف التعبير عن الإرادة، في أصلها النظري، إلى ما أثير في الفقه القانوني من خلاف بين نظريتين رئيستين هما: **نظرية الإرادة الباطنة، ونظرية الإرادة الظاهرة**(٨). كما ظهرت في الفقه الحديث – أيضاً – نظرية ثالثة، **تسمى نظرية الثقة**(٩). وسنعرض بإيجاز لهذه النظريات، ثم نعقب ببيان موقف الفقه الإسلامي منها، **وذلك في أربعة مطالب على النحو التالي :**

المطلب الأول
نظرية الإرادة الباطنة

أساس النظرية ومضمونها :

يرجع أساس نظرية الإرادة الباطنة، إلى مبدأ سلطان الإرادة، الذي بمقتضاه لا يلتزم الإنسان إلا إذا أراد أن يلتزم، وبالقدر الذي يريد، وهي نظرية سادت

---

(٨) راجع في هاتين النظريتين: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١، جـ١، ص٢٢١–٢٢٤. د. حشمة أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص٨٥ – ٨٧. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط ١٩٤٨، ص١١٥–١١٧. د. عبد المنعم فرج الصدى، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٩٤ – ٩٥. وفي الفقه الفرنسي، انظر: جاك غستان، المطول في شرح القانون المدني الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م، ص٣٨٧–٣٩٠.

(٩) راجع في نظرية الثقة: د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٤٣–٤٤. د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٦م، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٩٨–١٠٣.

الفقه الفرنسي(١٠)، إذ يرى أنصار هذه النظرية أن جوهر العقد والتصرف القانوني، هو الإرادة الباطنة أو الحقيقية للمتعاقد، وأن التعبير عن الإرادة، وإن كان أمراً لابد منه لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، لا يعتد به قانوناً إلا في الحدود التي يجيء فيها التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقية. فأساس القوة الملزمة للعقد – طبقاً لهذه النظرية – هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، وهذا لا يكون له محلّ إلا في نطاق ما انصرفت إليه نية العاقد وقصده الحقيقي. أما التعبير عن الإرادة فلا يعتد به في ذاته، بل بوصفه دليلاً على الإرادة الباطنة، فإذا ما ثبت اختلاف التعبير عن الإرادة، وجب استبعاد التعبير، والاعتداد بالإرادة الحقيقية. فالتعبير وإن جاز اعتباره قرينة على تطابقه مع الإرادة الحقيقية، فإن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، فيكون للمتعاقد أن يثبت أن التعبير الصادر عنه قد خالف إرادته الحقيقية، وإذا ثبت ذلك اعتبر العقد باطلاً أو غير صحيح(١١).

لذلك كان من أهم النتائج المترتبة على هذه النظرية : أن العقد ينعقد بتوافق الإرادتين الحقيقيتين للمتعاقدين، وليس بتوافق التعبيرين. كما أنها تتطلب الاعتداد بالبواعث الشخصية، التي حركت الإرادة عند التعاقد، مهما كانت هذه البواعث بعيدة أو غير مباشرة، فيتأثر العقد صحة وبطلاناً بهذه البواعث. كما تعتد بعيوب الإرادة، التي تقوم على أن الشخص قد قبل ما لم يكن يريده حقيقة. وفي تفسير العقد توجب البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين، دون التوقف عند العبارات التي استخدمت للتعبير عن الإرادة(١٢).

---

(١٠) جاك غستان، المرجع السابق.

(١١) انظر: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٠م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط١٩٩٨م، ص٢٨١–٢٨٢. و د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، رسالته، المرجع السابق، ص٢١.

(١٢) د. وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص٢٨٢. د.حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤١. وجاك غستان، المرجع السابق، ص٣٨٧و٣٨٨.

تقدير النظرية :

يحسب لنظرية الإرادة الباطنة، أنها تؤدي بمنطقها إلى توفير حماية كاملة لإرادة من صدر عنه التعبير من المتعاقدين، وإن كانت هذه الحماية تأتي على حساب المتعاقد الآخر، المتلقي للتعبير. وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنه من العسير البحث عن حقيقة ما يضمره المتعاقد في مكنون نفسه، ولا يمكن أن يرتبط مصير العقد وصحته أو تحديد مضمونه، بما يسفر عنه البحث في النوايا الخفية للمتعاقد، فالاعتداد بالإرادة الباطنة، يؤدي في الواقع إلى هدر استقرار المعاملات، ولا يجعل العاقد يركن ويأمن لصحة العقد(١٣).

المطلب الثاني
نظرية الإرادة الظاهرة

مضمون النظرية :

ظهرت هذه النظرية على أيدي الفقهاء الألمان، في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، الذين بحثوا الإرادة الباطنة بحث المدقق، وخلصوا إلى أن هذه الإرادة هي ظاهرة نفسية بحتة، وهي بهذا الوصف لا يمكن أن يكون لها صدى في عالم القانون، بل يجب أن تبرز وتظهر إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، لكي تحدث الأثر القانوني. وهذا يعني أن دور الإرادة القانوني، يبدأ من وقت التعبير عنها، لا من وقت اختلاجها في صدر صاحبها. وهذه الإرادة المعلنة، كما ظهرت من التعبير، هي الإرادة الوحيدة التي يمكن تعرفها بطريقة يقينية؛ إذ إن التمسك بالإرادة الباطنة، التي تتعارض مع الإرادة المعلنة، يؤدي إلى تهديد الائتمان وزعزعة الاستقرار في العلاقات العقدية(١٤).

---

(١٣) د. حسام الأهواني، المرجع السابق، الموضع السابق نفسه. و د. عبد الرحمن عباد، المرجع السابق، ص٦١.

(١٤) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص٢٢٣. و د. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص٨٦. وجاك غستان، المرجع السابق، ص٣٨٧.

ووفقاً لهذه النظرية يعد التعبير عن الإرادة قرينة قانونية قاطعة على تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية، لا يجوز دحضها بإثبات العكس، ومن ثم لا يجوز أن يؤدي اختلاف التعبير عن الإرادة إلى بطلان العقد أو التصرف. ويرى أنصار هذه النظرية أن أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون، وما تقتضيه اعتبارات الثقة واستقرار التعامل. فالقوة الملزمة للعقد لا ترجع إلى مجرد أنه تعبير عن الإرادة في التعاقد والالتزام، وإنما إلى كونه واقعاً اجتماعياً، ومن ثم فإن المتعاقد يمكن أن يلتزم على خلاف ما أراده وقصد إليه حقيقة، فمن يعلن إرادته يكون قد أنشأ واقعاً يجب أن يتحمل نتائجه بنفسه(١٥).

ومن أهم النتائج المترتبة على هذه النظرية: أنه يلزم لإبرام العقد وصحته توافر إرادة التعبير دون إرادة الأثر. وأن العقد ينعقد بين المتعاقدين بتوافق التعبيرين، وليس بتوافق الإرادتين. كما أن دور عيوب الإرادة يضيق في هذا النظر. ولا تؤدي الدوافع الشخصية أي دور حول صحة العقد أو بطلانه. وفي تفسير العقد، يجب أن يتم هذا التفسير انطلاقاً من التعبير عن الإرادة، وليس بما أراده وقصد إليه حقيقة أطراف العقد(١٦).

تقدير النظرية :

يحسب لهذه النظرية أنها تؤدي إلى توفير حماية كاملة للمتعاقد الموجه إليه التعبير، وإن كانت هذه الحماية تأتي على حساب المتعاقد الذي صدر عنه التعبير، المخالف لحقيقة إرادته. وأهم ما وجه إليها من نقد، أنها تؤدي إلى جعل

(١٥) د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٤٢. و د. محمد وحيد الدين سوار، رسالته، المرجع السابق، ص٢٨٢. و د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، رسالته، المرجع السابق، ص٩٠-٩١.

(١٦) د. عبد الرحمن عباد، و د. حسام الأهواني، المرجعان السابقان، نفس الموضعين. و د.محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص٢٨٣. وانظر أيضاً: د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مذكرات غير منشوره، لطلاب الدراسات العليا، جامعة عين شمس، ١٩٩١ -١٩٩٢، ص١٦-١٧. وجاك غستان، المرجع السابق، ص٣٨٨.

العقد يقترب من الواقعة القانونية، ويبتعد عن التصرف القانوني، فالعقد بمنطق هذه النظرية لا يستمد قوته من الحرية الفردية للعاقد، بقدر ما يستمدها من الواقع الاجتماعي، وما يرتبه من نتائج على واقعة إعلان الإرادة(١٧).

تعقيب :

والواقع أن هذا الخلاف بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، هو خلاف نظري بحت، أما في مجال النظم والتشريعات القانونية، فإنه لا يوجد نظام قانوني واحد – من النظم والقوانين المعاصرة – قد أخذ بإحدى هاتين النظريتين، دون الأخرى، وإنما تمزج التشريعات عادة بينهما في الأحكام والقواعد المنظمة لدور الإرادة في العقد، وفي التصرف القانوني عموماً، على نحو ما أخذ به المشرعون اليمني والمصري والكويتي، في الأحكام والقواعد المنظمة لحالات اختلاف التعبير عن الإرادة، كما سيتضح لنا ذلك في المباحث التالية، وعلى نحو ما أخذت به – أيضاً – نظرية الثقة السويسرية، وسار عليه الفقه الإسلامي، اللذان نتناولهما في المطلبين التاليين :

المطلب الثالث
نظرية الثقة

مضمون النظرية :

ترجع هذه النظرية إلى نصوص وأحكام قانون الالتزامات السويسري(١٨)، ويتلخص مضمونها في أن من يصدر التعبير عن الإرادة يلتزم بإعلانه، وفقاً

(١٧) د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٢. ولمزيد من التفصيل انظر: د. عبد الرحمن عباد، رسالته، المرجع السابق، ص٩٢–٩٧.

(١٨) راجع في نظرية الثقة: د. عبد الرحمن عباد، المرجع السابق، ص٩٨. و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٣. و د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٩، العددان: ١و٢، مارس . يونيو، ١٩٩٧، ص٧٦.

للمعنى الذي يستطيع ويجب أن يتعرفه ويستخلصه بحسن نية من وجه إليه التعبير؛ إذ يجب على من وجه إليه التعبير أن يقدر ويحدد المعنى الذي يتعرفه، وفقاً لسلوك الرجل المعتاد وشرف التعامل. فلا يعتد بالإرادة الباطنة، ولا بالإرادة الظاهرة، وإنما يعتد بما استطاع أن يتفهمه ويتعرفه من وجه إليه التعبير. فإذا كان هذا يعلم بحقيقة مقصود من أصدر التعبير، فإن الالتزام يتحدد على هذا الأساس؛ أي لا يعتد بالإرادة الظاهرة، متى كانت الإرادة الباطنة معلومة لمن وجه إليه التعبير، حتى ولو كان هذا العلم قد جاء من مصادر أخرى خارج نطاق التعبير، ومن خلال الظروف والملابسات المختلفة المحيطة بالتعاقد. فحسن النية يقتضي عدم التمسك بالتعبير الظاهر، متى كان يعلم أو يستطيع أن يعلم من وجه إليه التعبير، أنه لا يتطابق مع الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير(١٩).

تقدير النظرية :

تمثل نظرية الثقة حلاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، فالعقد – طبقاً لهذه النظرية – يقوم على الإرادة الباطنة، التي يمكن تعرفها من التعبير(٢٠)، باعتبار أن هناك قرينة على تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية، غير أن هذه القرينة لا تنتفي بإثبات من أصدر التعبير أن إرادته الباطنة تختلف مع إرادته الظاهرة، وإنما ينظر للمسألة من منظور من وجه إليه التعبير، وذلك لتحديد المعنى الموضوعي والمعتاد للألفاظ، وفي إطار مجموع المعلومات الشخصية والوقائع والظروف المحيطة والمعروفة لمن وجه إليه التعبير. فإذا كان من وجه إليه التعبير يعلم، أو كان في مقدوره أن يعلم، بالإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر، فإنه يعتد بهذه الإرادة الحقيقية للمتعاقد، وليس بالتعبير عنها، وذلك عند اختلاف التعبير عن الإرادة. أما إذا كان من وجه إليه التعبير لا يعلم إلا الإرادة الظاهرة، ولا يعلم ولا بمقدوره أن يعلم أن التعبير لا يتطابق مع

(١٩) د. حسام الأهواني، و د. نزيه المهدي، المرجعان السابقان.

(٢٠) د. نزيه المهدي، المرجع السابق، الموضع السابق نفسه.

الإرادة الحقيقية، فإن من أصدر التعبير يلتزم في حدود المعنى الموضوعي للإرادة(٢١).

المطلب الرابع
موقف الفقه الإسلامي من النظريات السابقة

الأصل في صحة التصرفات والعقود، أو بطلانها، في الفقه الإسلامي، هو إرادة المتصرف، إلا أن هذه الإرادة أمر نفسي، يحتاج إلى أمر ظاهري، يعبر عنه ويدل عليه، ومن هنا تنوعت الإرادة في الفقه الإسلامي – كما في الفقه الوضعي – إلى إرادة باطنة وهي الحقيقية، وإرادة ظاهرة، يعبر عنها بالكلام اللفظي، أو ما يقوم مقامه، من فعل أو كتابة أو إشارة أو موقف إيجابي أو سكوت معتبر(٢٢).

فالإرادة الباطنة هي: القصد والنية، أي قصد العقد والرغبة في إنشائه، مع الرضى بما يترتب عليه من آثار(٢٣). والإرادة الظاهرة هي: ما يصدر عن المتعاقد من قول أو فعل، إظهاراً لقصده ونيته في إنشاء العقد، ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار(٢٤).

ويتفق الفقهاء على أن العقد لا ينعقد، ولا يرتب آثاره الشرعية، إلا إذا وجد القصد حقيقة أو حكماً، ووجدت العبارة كذلك، بحيث لو انتفى القصد، لانعدام التمييز الحقيقي: كعبارة المجنون، والصبي غير المميز، أو لانعدام التمييز الحكمي: كعبارة المغمى عليه، والنائم، والواقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي،

(٢١) د. عبد الرحمن عباد، المرجع السابق، ص١٠٤ – ١٠٥. و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٣ و٤٤.

(٢٢) انظر: د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة في القانون المصري واليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١م، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص٦٢٧.

(٢٣) المصدر السابق، وراجع أستاذنا، د. عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، سعد سمك للطباعة، القاهرة، ص٧٩.

(٢٤) المرجعان السابقان، نفس الموضعين السابقين.

فإن العقد لا ينعقد ولا يرتب أي أثر، وذلك لانعدام القصد والعبارة معاً[٢٥]. عملاً بقول الرسول ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق)[٢٦].

أما إذا تحقق وجود القصد، بوجود التمييز حقيقة وحكماً، ولكن العبارة جاءت مغايرة للقصد ومختلفة عنه: كعبارة الهازل، والمكره، والسكران، والمخطئ، والناسي، والمتظاهر. فعلى الرغم من أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي تقضي بأن: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم هذه الحالات، وأثرها على تكوين العقد وصحته، بين آخذ بالإرادة الباطنة، وآخذ بالإرادة الظاهرة، **وذلك على التفصيل التالي:**

١ – إذا قام الدليل على اختلاف العبارة عن القصد، لعدم توافر القصد بالعبارة، لا إلى معنى العبارة، ولا إلى آثارها، كما في عبارة: السكران، والمخطئ، والناسي. فقد ذهب الحنفية إلى انعقاد العقد في هذه الحالات بالعبارة، أي الإرادة الظاهرة، وذلك لصعوبة تعرف القصد الحقيقي لكل من المخطئ والناسي، ولإلزام من سكر باختياره بعبارته، زجراً له وردعاً لغيره[٢٧]. بينما ذهب جمهور الفقهاء: من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، إلى عدم انعقاد العقد بالعبارة، في هذه الحالات، لعدم توافر الرضى والقصد، أخذاً بالإرادة الباطنة[٢٨].

---

(٢٥) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص٨٧. وانظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، ص٤١.

(٢٦) انظر نيل الأوطار للإمام محمد بن علي الشوكاني، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، جـ ١، ص٣٨٦.

(٢٧) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص ٨٩ و ٩٢. و د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص٤٤. وانظر أيضا الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ص٣١٨.

(٢٨) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص ٨٨ و ٩٣. و د. عبد القادر قحطان، رسالته، المرجع السابق، ص٦٣٣، والمراجع التي أشار إليها.

٢ – إذا قام الدليل على اختلاف العبارة عن القصد، لا في معنى العبارة، وإنما في آثارها، كما في عبارة الهازل، وعبارة المكره، وعبارة المتظاهر في الصورية، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى انعقاد العقد بعبارة المكره في التصرفات التي تقبل الفسخ، أخذاً بإرادة العاقد الظاهرة(٢٩)، كما ذهب الشافعية والزيدية إلى انعقاد العقد بعبارة الهازل مطلقاً، أخذاً بالإرادة الظاهرة، وذلك لتوافر عنصر الاختيار في عقد المكره، عند الحنفية، ولتوافر القصد إلى العبارة، في عقد الهازل، عند الشافعية والزيدية(٣٠). بينما ذهب جمهور الفقهاء: من الشافعية والحنابلة والزيدية، إلى عدم انعقاد عقد المكره، لعدم توافر الرضا والاختيار، أخذاً بالإرادة الباطنة(٣١). كما ذهب جمهور الفقه من الحنفية والمالكية والحنابلة، إلى عدم انعقاد عقد الهازل بعبارته، في العقود والتصرفات، التي تقبل النقض أو الفسخ : كالبيع والإيجار والرهن، وذلك لعدم توافر الرضى والقصد فيها، أخذاً بإرادة العاقد الباطنة. أما في العقود والتصرفات، التي لا تقبل النقض أو الفسخ : كالنكاح والطلاق والعتاق أو الرجعة، فإنها تنعقد بعبارة الهازل، أخذاً بإرادته الظاهرة، وذلك لخطورة هذه العقود والتصرفات، ولورود نص شرعي بخصوصها في ذلك(٣٢).

---

(٢٩) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص١١١.

(٣٠) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص١٠٠ و ١٠٥. والشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٣١٧ و ٣٢١. و د. عبدالقادر قحطان، المرجع السابق، ص٦٣٤ و ٦٣٥.

(٣١) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص١٠٨. و د. عبد القادر قحطان، المرجع السابق، ص٦٣٣.

(٣٢) أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص٩٧–٩٨. والنص الشرعي الوارد في ذلك هو حديث، رواه أبو هريرة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)، وفي رواية (العتق بدل الرجعة)، راجع نيل الأوطار، للإمام محمد بن علي الشوكاني، المرجع السابق، جـ٤، ص٤٣٥.

المبحث الثاني
اختلاف التعبير عن الإرادة لعدم جدية الإرادة

تمهيد وتقسيم :

تظهر حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، لعدم جدية الإرادة، عندما يصدر التعبير عن شخص توافرت له القدرة على التمييز، ومن ثم القدرة الإرادية التي يعتد بها القانون في إنشاء التصرف، غير أن هذا الشخص لم يكن قاصداً بتعبيره إحداث الأثر القانوني المترتب على التعبير عادة، وإنما كان يقصد به تحقيق أمر آخر، لم يظهره في التعبير، وذلك كما في التعبير أو التصرف الهازل، والتحفظ الذهني، والصورية؛ إذ في كل هذه الحالات أو الصور، ينشأ الخلاف أو الاختلاف بين الإرادة الحقيقية أو الباطنة للمتعاقد، وإرادته الظاهرة أو التعبير؛ لأن إرادة المتعاقد الحقيقية لم تتجه اتجاهاً جدياً، لإحداث الأثر القانوني الذي دل عليه التعبير(٣٣).

وسنعالج هذه الحالات أو الصور، وما ترتبه من آثار على تكوين العقد وصحته، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

---

(٣٣) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص٢١٤، حيث جاء فيه: (لا يعتد بإرادة الهازل، ولا بالإرادة الصورية، ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة، ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني؛ لأن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث الأثر القانوني). وقد استبعدنا من نطاق البحث حالة التعبير المعلق على محض المشيئة؛ لأن اختلاف التعبير عن الإرادة في هذه الحالة، يكون معلناً في التعبير، وظاهراً للمتعاقد الآخر الموجه إليه هذا التعبير، ومن ثم لا يثير أي نزاع أو خلاف بين المتعاقدين، فلا ينعقد به العقد، لعدم توافق إرادتهما عليه.

المطلب الأول
التعبير أو التصرف الهازل

يقصد بالتصرف الهازل، التعبير الذي يصدر عن شخص مع قصده واختياره إلى التعبير، من غير أن يريد به في الحقيقة إنشاء العقد أو التصرف الذي يتضمنه التعبير، وإنما يريد به الهزل أو الاستهزاء[٣٤].

وقد عالج المشرع اليمني التعبير أو التصرف الهازل، في المادتين: (١٦٢)، و(١٨٢) من القانون المدني[٣٥]؛ إذ نص في المادة (١٦٢) **على أن** (طرفا العقد هما المتعاقدان، ويشترط في كل منهما ... **٤** – أن يكون غير هازل إلا ما استثني شرعاً). كما تقضي المادة (١٨٢) **أن**: (حكم الهزل ما هو منصوص عليه في الفقرات التالية: **(أ)** إذا انصب قول الهازل على ما لا يمكن نقضه صح ذلك في الطلاق والنكاح والرجعة. **(ب)** الهزل في الإخبارات العامة يبطلها. **(جـ)** إذا كان المتعاقدان هازلين في عقد يقبل النقض كان العقد صورياً، وإذا تصرف من صار إليه إلى من لا يعلم بالهزل، فللمتصرف إليه أن يتمسك بالعقد إلى أن يقوم الدليل على هزليته، فيكون له الرجوع على الهازلين بالتعويض، لما لحقه من ضرر وغرامة، ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية، فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده).

يتضح من النصين السابقين أن المشرع اليمني، قد اعتد في عقد الهازل – كقاعدة عامة – بالإرادة الحقيقية، أي الباطنة للمتعاقد، وليس الإرادة الظاهرة. إذ أعطى المتعاقد الهازل، في عقود المعاوضات المالية، القابلة للفسخ: كالبيع والإيجار والرهن، حق طلب بطلان العقد، إذا أقام الدليل على وجود الهزل بتعبيره، مع التزامه بتعويض المتعاقد الآخر حسن النية، عما أصابه من ضرر

---

(٣٤) قريباً من ذلك د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣٥) وهو القانون رقم (١٤)، لسنة ٢٠٠٢م، انظر الجريدة الرسمية، تصدرها وزارة الشؤون القانونية اليمنية، العدد ٧، ج١، ١٥ إبريل، ٢٠٠٢م.

بسبب البطلان. أما في العقود أو التصرفات التي لا تقبل الفسخ: كالنكاح والطلاق والرجعة، فقد أخذ المشرع اليمني فيها، بالإرادة الظاهرة للمتصرف، وليس الإرادة الباطنة؛ إذ اعتبرها تصرفات صحيحة، حتى ولو أثبت المتصرف أنه كان هازلًا، عند صدور التعبير عنه؛ وذلك لخطورة هذه التصرفات، ولما فيها من حق لله تعالى، أو لتعلقها بالنظام العام، وليس بالمصالح الخاصة بالأفراد(٣٦).

والواقع أن المشرع اليمني في حكم المادتين السابقتين، قد أخذ برأي جمهور الفقه الإسلامي، من الحنفية والملكية والحنابلة، الذين لا يعتدون بعبارة الهازل، إذا ثبت هزله، في العقود التي تقبل الفسخ: كالبيع والإيجار والرهن والكفالة، إذ يبطل التصرف فيها للهزل. أما في العقود والتصرفات، التي لا تقبل الفسخ: كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة، فإنها تقع صحيحة بعبارة الهازل، لما فيها من حق الله تعالى، واستناداً إلى حديث الرسولﷺ: (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)، وفي رواية (والعتق بدل الرجعة)(٣٧). وذلك خلافاً لرأي الشافعية والزيدية، والذين يذهبون إلى تصحيح عقد الهازل مطلقاً، في جميع العقود والتصرفات، أخذاً بإرادته الظاهرة، ولتوافر قصده بالعبارة. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك، فيما مر بنا من هذا البحث(٣٨).

ومن التشريعات التي نظمت التعبير الهازل بنص قانوني خاص – أيضاً – التقنين المدني الألماني، في المادة (١١٨)؛ حيث تقضي هذه المادة بأن: (التعبير عن الإرادة الذي لا يعتمد على أي نية جدية، والذي صدر بناء على اعتقاد في أن

(٣٦) انظر، أستاذنا د. عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ٩٨.

(٣٧) وقد سبق لنا تخريج هذا الحديث، راجع ما سبق، ص١٤، من هذا البحث، هامش٣٢.

(٣٨) راجع ص١٤ مما سبق، وراجع أستاذنا د.عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٩٧ –١٠٠، و د. عبد القادر قحطان، رسالته، المرجع السابق، ص٦٣٤و٦٣٥، ومراجع الفقه الإسلامي التي أشارا إليها.

عدم جديته لن يتجاهل يكون باطلاً)[٣٩]. وطبقاً للرأي الراجح في فقه القانون المدني الألماني، يترتب على التعبير الهازل وفقاً للنص السابق، بطلان العقد أو التصرف القانوني، أخذاً بالإرادة الباطنة لمن أصدر التعبير. حيث يكون له حق التمسك ببطلان العقد أو التصرف، حتى ولو كان المتعاقد الآخر، المتلقي للتعبير، لا يعلم بحقيقة هزل صاحب التعبير وعدم جديته في التعبير، ولا يكون لهذا المتعاقد الآخر، إذا لحقه ضرر من جراء بطلان العقد، سوى المطالبة بالتعويض ممن أصدر التعبير، طبقاً لنص المادة (١٢٢) من القانون المدني الألماني، الخاصة بالمسؤولية الخطئية عند تكوين العقد[٤٠]. وهذا الحل في الواقع هو نفس الحل أو الحكم، الذي أخذ به المشرع اليمني في نص الفقرة (جـ) من المادة (١٨٢) من القانون المدني السابق، الخاص بحكم التعبير الهازل في العقود التي تقبل النقض أو الفسخ[٤١].

أما في القانونين المدنيين: المصري والكويتي، فلم يرد في أي منهما نص خاص، يبين حكم حالة التعبير أو التصرف الهازل. ومع ذلك فقد جاء المشرع الكويتي بنص عام، نظم فيه جميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، هو نص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي[٤٢]، إذ نص في هذه المادة على أنه: (١ – إذا اختلف التعبير عن الإرادة، مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد. ٢ – ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة، أن يعتد به على الرغم من مخالفته لحقيقة قصد صاحبه، إذا ثبت أنه عول عليه معتقداً مطابقته

(٣٩) راجع هذا النص للمادة (١١٨) من القانون المدني الألماني، د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ف٦٧، ص٢٠٠، ود. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ف٢٠، ص٣٩.

(٤٠) انظر: د.وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص٢٠٢. و د.منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٠.

(٤١) راجع نص الفقرة (جـ)، من المادة (١٨٢)، من القانون المدني اليمني، السابق.

(٤٢) هو القانون الصادر بالمرسوم الأميري رقم ٦٧، لسنة ١٩٨٠م، وتم نشره بالجريدة الرسمية: الكويت اليوم، العدد ١٣٣٥، تاريخ ١٩٨١/١/٥م.

لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال، أن تثير الشك في تلك المطابقة).

والذي يتضح من هذا النص أن المشرع الكويتي، قد أخذ في جميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، ومنها التعبير الهازل، بالإرادة التي يمكن تعرفها، طبقاً لنظرية الثقة. إذ العبرة ليست بالإرادة الباطنة، أو الإرادة الظاهرة لمن أصدر التعبير، بصورة مجردة، وإنما بما ينبغي أن يتوافر من ثقة مشروعة وحسن نية بين المتعاقدين، بحيث لو كان المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، يعلم أو باستطاعته أن يعلم، بهزل صاحب التعبير وعدم جديته، فليس من حقه أن يتمسك بالإبقاء على العقد، وإنما يبطل العقد أو التصرف، احتراماً للإرادة الحقيقية لمن أصدر التعبير. أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم، ولا بمقدوره أن يعلم، بهزل المتعاقد معه في تعبيره، فمن حقه أن يتمسك بالإبقاء على العقد، احتراماً للثقة المشروعة وحسن النية بينهما، فيبقى العقد أو التصرف صحيحاً، على الرغم من عدم مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية، أخذاً بالإرادة التي يمكن تعرفها، إذ المعيار في ذلك، هو معيار موضوعي، يأخذ بالاعتبار الملابسات المحيطة بالتعاقد وشرف التعامل، وليس معياراً ذاتياً، يقف فقط، عند حدود العلم بالنية أو القصد للمتعاقد الهازل(٤٣).

وفي القانون المصري، نظراً لعدم وجود نص مماثل، لنص المادة (٣٨) من القانون الكويتي، فقد اختلف شراح القانون المدني المصري، في حكم التعبير أو التصرف الهازل، حيث ذهب رأي(٤٤) إلى عدم انعقاد العقد بتعبير الهازل لعدم

(٤٣) راجع نص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، السابق، وراجع في نظرية الثقة: د. عبدالرحمن عباد، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص٩٨، و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٣. و د. نزيه المهدي، بحثه المرجع السابق، ص٧٦.

(٤٤) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ١، ص٢١٤. ود. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٣. ود. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص٩١. و د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م، جـ ٢، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص١٣٤.

جدية إرادته، سواء كان المتعاقد الآخر يعلم بهزل التعبير أم لا يعلم به، وذلك أخذاً بالإرادة الباطنة أو الحقيقية لصاحب التعبير؛ لأن هذه الإرادة هي التي جعلها المشرع المصري كأصل أساساً للعقد والالتزام به(٤٥). بينما ذهب رأي آخر(٤٦) إلى أن العقد ينعقد بتعبير الهازل وقبول المتعاقد الآخر، إذا لم يكن هذا المتعاقد الآخر يعلم ولا باستطاعته أن يعلم بأن التعبير الموجه إليه هو تعبير هازل، وذلك اعتداداً بالإرادة الظاهرة أو المعلنة لصاحب التعبير، التي يمكن تعرفها من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد؛ لأن هذه الإرادة هي في الواقع التي اعتد بها المشرع المصري، وجعلها أساساً يقوم عليه العقد، وذلك عند اختلاف التعبير عن الإرادة(٤٧).

المطلب الثاني
التحفظ الذهني

يقصد بالتحفظ الذهني، أن يضمر من صدر عنه التعبير من المتعاقدين في ذهنه، إرادة مخالفة لما أظهره في التعبير(٤٨). ويعد التحفظ الذهني من أهم

(٤٥) د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١١٢ و ٢٢٥. و د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص١١٨.

(٤٦) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص٤١.

(٤٧) المرجع السابق، وانظر في هذا الرأي الذي يذهب إلى أن الإرادة التي جعلها المشرع المصري أساساً للعقد، هي الإرادة الظاهرة التي يمكن تعرفها، د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٩٣. و د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص٤٣و٤٤، والذي يذهب إلى أن المشرع المصري قد أخذ في الواقع بالإرادة التي يمكن تعرفها، طبقاً لنظرية الثقة التي أخذ بها قانون الالتزامات السويسري.

(٤٨) انظر: د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص٤١. و د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص١١٤، هامش ١.

حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، إذ يبرز هذا الخلاف أو الاختلاف، حين يظهر المتعاقد ما لا يضمره، فتتعارض إرادته الباطنة مع إرادته الظاهرة؛ لأن التعبير الصادر عنه يوحي برغبته في التعاقد، بينما هو في قصده الحقيقي متحفظ غير راغب في إبرام العقد أو التصرف(٤٩).

ويختلف التعبير المقترن بتحفظ ذهني، عن التعبير أو التصرف الهازل، من حيث حقيقة نية المتعاقد أو قصده بتعبيره؛ فبينما يكون قصد المتعاقد الهازل بتعبيره هو الهزل أو الاستهزاء، يكون قصده في التحفظ الذهني تحقيق أمر أخر غير الهزل. ومثاله: التاجر الذي يعرض في واجهة محله "موديلاً" معيناً من الملابس، مع وضع الثمن عليه، بقصد العرض فقط، ثم يأتي شخص ويعبر عن إرادته بقبول شرائه بالثمن نفسه. أو صاحب المحل التجاري، الذي يعرض بعض السلع، مع ذكر الثمن عليها، مع تحفظه بأن إيجابه قاصر على بيع هذه السلع بالجملة، فيتقدم شخص ويقبل شراء إحدى تلك السلع بالثمن المبين عليها. أفيكون العقد في هذين المثالين السابقين أو في غيرهما(٥٠)، قد انعقد، فيلتزم التاجر بتسليم السلعة للمشتري، أخذاً بإرادته الظاهرة، أي التعبير؟. أم أن تحفظه يؤدي إلى عدم انعقاد العقد وإلزامه البيع، اعتداداً بإرادته الباطنة؟.

لم يتصدَّ أي من المشرعين المعاصرين، لتنظيم حالة التحفظ الذهني، سوى المشرع الألماني، إذ جاء بنص خاص لحكم هذه الحالة، هو نص المادة (١١٦) من القانون المدني الألماني، **التي تقضي بأنه**: (لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه تحفظ سراً بأنه لا يريد ما عبر عنه، ويكون

(٤٩) د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبيين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحثه، المرجع السابق، ص٢٢٧. وانظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص٣٨٨.

(٥٠) إذ قد يكون التحفظ الذهني في غير هذين المثالين – أيضاً –، كما لو كان المتعاقد صاحب التعبير متحفظاً بقيد أو شرط يضمره في نفسه، دون أن يظهره في التعبير. راجع د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص١١٤، هامش ١.

التعبير باطلاً إذا كان موجهاً إلى شخص آخر، وكان هذا الشخص يعلم بالتحفظ)[٥١].

والملاحظ على هذا النص – بداهة – أن المشرع الألماني قد فرق في الحكم بين حالتين: حالة إذا ما كان المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، لا يعلم بتحفظ صاحب التعبير، فإن التعبير لا يبطل، بل ينعقد به العقد، أخذاً بالإرادة الظاهرة، أي التعبير. أما إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بالتحفظ الذهني لمن أصدر التعبير، فإن التعبير يبطل، ولا ينعقد به العقد، اعتداداً بالإرادة الباطنة لمن أصدر التعبير[٥٢].

أما في القانون اليمني، فلم ينظم المشرع فيه حالة التحفظ الذهني بنص تشريعي خاص، كما فعل ذلك في التعبير أو التصرف الهازل، غير أنه بالرجوع إلى القواعد والأحكام العامة في القانون المدني اليمني، وإلى قواعد الفقه الإسلامي وأحكامه، باعتبارها المصدر المادي للقانون المدني اليمني[٥٣]، لا يختلف حكم التعبير المقترن بتحفظ ذهني كثيراً، عن حكم التعبير أو التصرف الهازل – السابق لنا تناوله –؛ أي أن العقد لا ينعقد بالتعبير المقترن بتحفظ ذهني، وذلك إعمالاً للإرادة الباطنة، أو الحقيقية لمن أصدر التعبير؛ لأن هذه الإرادة هي الأصل الذي اعتد به المشرع اليمني أساساً للعقد[٥٤]. وإذا ما أبرم

---

(٥١) راجع نص المادة (١١٦) من القانون المدني الألماني، د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤١. و د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، رسالته، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٥٢) د. وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، الموضع السابق نفسه.

(٥٣) راجع نص المادة (١) من القانون المدني اليمني، والمادة (١٨) منه، التي تقضي بأن (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة، الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة).

(٥٤) راجع نص المادتين (٦) و(١٤٧) من القانون المدني اليمني، وانظر: د. محمد يحيى المطري، القانون المدني اليمني، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط٢٠٠٩م، و د. أحمد محمد سعد، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٢٠٦، الذي يشير إلى أن المشرع =

العقد واطمأن إليه المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، معتقداً خلو التعبير من التحفظ، فيكون لمن صدر عنه التعبير – إذا ثبت تحفظه في التعبير – حق طلب بطلان العقد، مع التزامه بتعويض المتعاقد الآخر حسن النية، والذي لا يعلم بالتحفظ الذهني، عما أصابه من ضرر، أو لحقه من غرامة، بسبب البطلان(٥٥).

وفي القانون المصري لم يشتمل التقنين المدني – أيضاً – على نص خاص، لحكم حالة التحفظ الذهني. غير أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، كان قد تضمن نصاً لحكم هذه الحالة، هو نص المادة (١٢٨) من المشروع، **الذي يقضي**: (لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة النهائية للمشروع؛ وذلك لما فيه من إمعان للدقة لا حاجة له(٥٦).

وقد اختلف شراح القانون المدني المصري، في حكم حالة التحفظ الذهني؛ حيث ذهب البعض(٥٧) إلى أن التعبير المقترن بتحفظ ذهني، لا ينعقد به العقد، سواء كان المتعاقد الآخر الموجه إليه التعبير يعلم بالتحفظ الذهني في التعبير أم لا يعلم به؛ وذلك لأن إرادة صاحب التعبير، لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث

= اليمني لم يأخذ في نص المادة (١٤٧) من القانون المدني، بالتعبير الإرادي الظاهر كقاعدة موضوعية لا يمكن إثبات عكسها، بل العكس من ذلك فإنه يبيح إثبات خلاف التعبير مع حقيقة الإرادة، من خلال الطعن بعيب الرضا أو الصورية... ولا يرتب أي أثر على التصرف الناتج عن إرادة غير جدية، مثل حالة الهزل والتردد، ما لم تمس هذه الإرادة حقوق الغير حسن النية.

(٥٥) راجع نص المادة (١٨٢)، ف (جـ)، من القانون المدني اليمني، السابق الإشارة إليه، والخاص بتعويض المتعاقد حسن النية في التعبير أو التصرف الهازل.

(٥٦) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، صادرة عن وزارة العدل المصرية، جـ ٢، الالتزامات، مصادر الالتزام، ص٣٠.

(٥٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ١، ص٢١٤. و د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص١١٤، هامش١.

الأثر القانوني(٥٨)، محتجين بحكم لمحكمة النقض المصرية، قضت فيه باستلزام الرضاء الصحيح في العقد، أي الإرادة الحقيقية(٥٩)، وبأن الأصل في القانون المدني المصري، عند اختلاف التعبير عن الإرادة، هو الأخذ بالإرادة الحقيقية أو الباطنة للمتعاقد، وليس بإرادته الظاهرة، أو التعبير(٦٠). بينما ذهب رأي آخر(٦١) إلى أن المشرع المصري في القانون المدني، قد انحاز في الواقع لنظرية الإرادة الظاهرة، أو لنظرية الثقة السويسرية، وخاصة في الحالات التي لم يضع لها حكماً قانونياً خاصاً، وذلك عند اختلاف التعبير عن الإرادة: كالتعبير الهازل، والتعبير المقترن بتحفظ ذهني. وعلى هذا إذا كان من عبر عن إرادته قد أضمر

(٥٨) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الموضوع السابق.

(٥٩) انظر: هذا الحكم لمحكمة النقض المصرية، والصادر في ٨ مارس سنة ١٩٣٤م، في د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الموضع نفسه، هامش ١.

(٦٠) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص١١٧، حيث يشير إلى أن القانون المدني المصري يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة، ولا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة، إلا في الحدود التي يجيء فيها التعبير مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه. ويذهب فريق آخر من أنصار هذا الرائي، إلى عدم انعقاد العقد بالتعبير المقترن بتحفظ ذهني، أخذاً بالإرادة الباطنة لصاحب التعبير، باعتبارها الأصل أو القاعدة العامة في القانون المدني المصري، إلا أنهم يشترطون لبطلان التعبير أن يكون التحفظ الذهني معلوماً للمتعاقد الآخر، ومع ذلك لم يبينوا الحكم أو الحل في حالة إذا ما كان هذا المتعاقد الآخر الموجه إليه التعبير، لا يعلم بالتحفظ الذهني لصاحب التعبير، راجع هذا الرأي د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، جـ١، مرجع سابق، ص٦٠. د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٨. و د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، الناشر(بدون)، ط (بدون)، ص ٢٥. وهو الرأي الذي يأخذ به بعض الفقه في فرنسا، انظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص٣٩٠.

(٦١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٩٣. و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٣. و د. نزيه المهدي، بحثه، المرجع السابق، ص٢٣٣. و د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ط١٩٧٣، ص١٠١. مشار إليه في د. نزيه المهدي، بحثه، الموضع نفسه، هامش١١٣.

في نفسه غير ما أظهر، ولم يعلم المتعاقد الآخر الموجه إليه التعبير بهذا التحفظ، ولم يكن باستطاعته أن يعلم به، فإن العقد ينعقد على أساس التعبير، أو الثقة المشروعة بين المتعاقدين، دون اعتداد بتحفظ صاحب التعبير(٦٢). وقد احتج أصحاب هذا الرأي بنص المادة (١٢٨) من المشروع التمهيدي (السابق)، وبما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، من أن هذا النص يؤكد ترجيح القانون المصري، للمذهب المادي في العقد، أي الإرادة الظاهرة، خاصة أن سبب حذف النص في لجنة المراجعة، لم يكن لعدول المشرع عن المبدأ، بل – على حد تعبير المذكرة الإيضاحية –؛ (لأن فيه إمعاناً للدقة لا حاجة لنا به)(٦٣).

وفي القانون الكويتي، لا تثير حالة التحفظ الذهني أي خلاف أو صعوبة، إذ – طبقاً لنص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، السابق – يتوقف الحل أو الحكم في التعبير المقترن بتحفظ ذهني، على مسلك المتعاقد الآخر، المتلقي للتعبير، وذلك من حيث علمه أو عدم علمه بتحفظ صاحب التعبير. فإذا كان المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، يعلم أو باستطاعته أن يعلم، من ظروف التعامل والملابسات المحيطة بالعقد، بالتحفظ الذهني لصاحب التعبير، فإن التعبير يبطل ولا ينعقد به العقد، احتراماً للإرادة الحقيقية؛ أي الباطنة لمن أصدر التعبير. أما إذا كان المتعاقد الموجه إليه التعبير، لا يعلم بتحفظ صاحب التعبير، ولا بمقدره أن يعلم ذلك، طبقاً لسلوك الرجل المعتاد، في الظروف المحيطة بالتعاقد، فإن العقد حينئذ ينعقد ويقوم صحيحاً، تأسيساً على الثقة المشروعة بين أطرافه وشرف التعامل(٦٤).

---

(٦٢) المراجع السابقة.

(٦٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٣٠. وانظر: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص٢٣٣و٢٣٤، الذي ينتهي إلى أن اشتراط علم الطرف الآخر بالتحفظ الذهني لكي يبطل التعبير، يجب ألا يؤخذ فيه بمعيار ضيق يستلزم العلم الحقيقي، بما يفترضه من صعوبة في الإثبات على الطرف الأول، وإنما يكتفى فيه بالعلم أو باستطاعة العلم به، وفقاً للملابسات الموضوعية ولسلوك الرجل المعتاد.

(٦٤) راجع نص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، السابق الإشارة إليه.

المطلب الثالث
الصورية

يقصد بالصورية، اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء إرادتهما الحقيقية في التصرف، بعقد أو تصرف ظاهر، لم يقصدا في الواقع إبرامه، وإنما قصدا إبرام عقد أو تصرف آخر مستتر(٦٥). فينشأ الخلاف بين إرادة المتعاقدين الظاهرة أو التعبير، وما يوحي به من قيام عقد أو تصرف صوري (ظاهر)، لم يقصدا إلى إبرامه، وإرادتهما الباطنة أو الحقيقية، اتجهت إلى إبرام عقد أو تصرف آخر خفي، يستره العقد أو التصرف الظاهر(٦٦).

وتختلف الصورية عن التصرف الهازل والتحفظ الذهني، في أن اختلاف التعبير عن الإرادة، في التصرف الهازل والتحفظ الذهني، هو اختلاف مقصود من أحد المتعاقدين بين تعبيره وإرادته الحقيقة، لا يعلم به ولا يقصده المتعاقد الآخر ومصالحه، الموجه إليه التعبير؛ مما قد يترتب عليه الإضرار بحقوق هذا المتعاقد الآخر ومصالحه، نتيجة لاطمئنانه للتعبير الموجه إليه، واعتقاده بتطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير. أما في الصورية فالاختلاف بين التعبير والإرادة، هو اختلاف مقصود ومعلوم بين المتعاقدين، ينتج منه اختلاف بين عقدين أو تصرفين: أحدهما صوري أو ظاهر، لم يقصد إليه المتعاقدان ولا إلى إبرامه. وآخر مستور وخفي هو الذي اتجهت إليه إرادتاهما الحقيقيتان؛ مما قد يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير، الذي قد يطمئن لقيام العقد أو التصرف

(٦٥) راجع في تعريف الصورية د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ ٢، آثار الالتزام، ص١٣٩٢ – ١٣٩٣. ود. محمد ين عبدالقادر محمد، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥م، ص١٢٨. و د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٢م، ص ١٩٠.

(٦٦) قريباً من ذلك د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٤.

الظاهر، فيرتب عليه حقوقه ومصالحه، خلافاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية(٦٧).

والصورية – فيما تثيره من اختلاف بين التصرف الظاهر والتصرف الخفي – قد تكون صورية مطلقة، وقد تكون صورية نسبية : فالصورية المطلقة، هي التي يكون فيها الاختلاف بين التصرف الظاهر والتصرف المستتر، وارداً على وجود العقد أو التصرف ذاته، ومثالها أن يبرم شخصان في الظاهر عقد بيع، ويتفقان في ورقة ضد، على أنه لا بيع بينهما(٦٨). أما الصورية النسبية فهي التي يكون فيها الاختلاف بين العقدين: الظاهر والمستتر، وارداً إما على نوع العقد، ومثاله أن يبرم المتعاقدان في الظاهر عقد هبة، ويتفقان في العقد المستتر على أن الهبة، هي في الحقيقة عقد بيع. وإما على عنصر من عناصر العقد أو شرط من شروطه، ومثاله : أن يذكرا في العقد الظاهر ثمناً للمبيع أكبر

---

(٦٧) راجع: د. وليم سليمان قلادة، رسالته، المرجع السابق، ص١٩٩، و د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص٤٥، واللذين يشيران إلى أن الصورية تختلف عن التحفظ الذهني، في أن التحفظ يتضمن خداع صاحب التعبير للمتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، بينما الصورية يتفق فيها المتعاقدان على خداع الغير. والواقع أن خداع المتعاقد الآخر في التحفظ الذهني، وخداع الغير في الصورية، ليس شرطاً أو عنصراً لازماً لا يتحقق قيام أي منهما إلا به، إذ قد يكون القصد فيهما تحقيق أمر آخر غير الخداع أو الغش. انظر: د. محمود عبد الرحيم الديب، رسالته، المرجع السابق، ص ٨٨ و٩٠. وعلى ذلك يكون الجامع والقاسم المشترك بين التحفظ الذهني والصورية، هو اختلاف التعبير في العقد عن الإرادة الحقيقية، سواء في مواجه المتعاقد الآخر أو الغير، وفي هذا يقرر الأستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١٣٦٨ (أن التحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين).

(٦٨) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٩٣، الذي يشير إلى أن العقد الظاهر في الصورية المطلقة لا وجود له في الحقيقة، وأن ورقة الضد لا تتضمن عقداً حقيقياً، وإنما تقتصر على تقرير أن العقد الظاهر، إنما هو عقد صوري لا وجود له.

من الثمن الحقيقي المتفق عليه، أو أن يذكرا تاريخاً للعقد يختلف عن التاريخ الحقيقي(٦٩).

وقد عالج المشرع اليمني الصورية في المادتين: (١٨٢)، و(١٨٣) من القانون المدني، إذ نص في الفقرة – جـ– من المادة (١٨٢) **على أنه**: (إذا كان المتعاقدان هازلين في عقد يقبل النقض كان العقد صورياً، وإذا تصرف من صار إليه إلى من لا يعلم بالهزل، فللمتصرف إليه أن يتمسك بالعقد إلى أن يقوم الدليل على هزليته، فيكون له الرجوع على الهازلين بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة، ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية، فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده)، كما تقضي المادة (١٨٣) **بأن**: (كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي، فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلاناً).

والذي يظهر من نص المادة (١٨٢) ف – جـ –، أن المقنن اليمني قد اعتبر الصورية نوعاً من التصرف الهازل، أخذاً عن الفقه الإسلامي. إذ لا تختلف الصورية عن التعبير الهازل – في الفقه الإسلامي –، إلا من حيث تواطؤ المتعاقدين فيها وتظاهرهما في إبرام العقد، خلافاً لحقيقة قصدهما وإرادتهما الباطنة وغير المعلنة(٧٠). ويطلق الفقهاء على الصورية (التلجئة) ومثالها: أن يتواطأ اثنان على أن يبيع أحدهما ماله للآخر، دفعاً لما يتوقعه البائع من أذى ظالم هدده بإتلاف ماله انتقاماً منه، فيتظاهر البائع مع المشتري بإبرام عقد البيع، بناء على تواطئهما السابق، من غير أن يقصدا بيعاً حقيقياً(٧١).

---

(٦٩) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: (الصورية المطلقة هي تلك التي تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما الصورية النسبية فهي التي لا تتناول وجود العقد، وإنما تتناول نوع العقد أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين). انظر: حكم محكمة النقض المصرية، الصادر في ١٩٧٨/٥/٢٥م، مشار إليه، في المستشار، أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط (بدون)، ص ١٣.

(٧٠) انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٧١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٢٠٠، هامش٢، وقد جاء فيه: (ومن حالات الهزل حال التلجئة، وهي أن يتواطأ اثنان على التظاهر بإنشاء عقد أو على إظهاره =

وكما في التعبير الهازل أخذ المشرع اليمني، في حكم الصورية، برأي جمهور الفقهاء: من الحنفية والمالكية والحنابلة، الذين لا يعتدون بعبارة الهازل، في العقود التي تقبل النقض أو الفسخ، فيكون العقد الصوري صورية مطلقة، باطلاً وغير صحيح، اعتداداً بالإرادة الباطنة أو الحقيقية للمتعاقدين، التي لم تتجه اتجاهاً جدياً لإبرام العقد أو التصرف(٧٢). غير أنه حماية لحق الغير حسن النية، كما لو انتقل محل التصرف في العقد الصوري، بتصرف لاحق، إلى شخص آخر، لا يعلم بصورية التصرف السابق، يكون له أن يتمسك بجدية العقد الصوري وقيامه صحيحاً بين أطرافه إلى أن تثبت صوريته، فإذا ما ثبتت صورية العقد وقضي ببطلانه، كان له الرجوع على من تعاقد معه، بالتعويض عما لحقه من ضرر أو فاته من كسب أو خسارة، بسبب بطلان العقد، ما لم يتضح أن المتعاقد معه كان هو الآخر حسن النية، لا يعلم بصورية عقد سلفه، فيكون له في هذه الحالة الرجوع على المتعاقدين الهازلين، اللذين أبرما العقد أو التصرف الصوري(٧٣).

أما المادة (١٨٣)، فقد واجه فيها المشرع اليمني الصورية التدليسية، وهي كل عقد أو اتفاق يجريه المتعاقدان، بهدف الاحتيال على القانون، والتهرب من أحكامه، المتعلقة بالنظام العام والآداب، ومثاله عقد القرض الربوي: كأن يقرض شخص آخر مبلغ مائة ألف ريال، ويحررا فيما بينهما عقداً أو اتفاقاً، يقر فيه المدين للدائن (المقرض) بمبلغ مائة وخمسين ألف ريال، خلافاً للحقيقة، فطبقاً لنص المادة (١٨٣) يكون العقد الصوري باطلاً، وتكون العبرة بالعقد الحقيقي المستتر صحة وبطلاناً(٧٤).

= بصفة خاصة، من غير أن يكون ذلك حقيقة واقعة، بل عمدا إلى ذلك لدفع ضرر أو اكتساب شهرة، ومن أمثلة ذلك أن يتواطأ اثنان على أن يتظاهرا بأن يبيع أحدهما ماله للآخر دفعاً لما يتوقعانه من أذى ظالم هدد البائع بأنه سينتقم منه في ماله بإتلافه).

(٧٢) انظر: الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٢٠٠، وأستاذنا، د. عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٩٧.

(٧٣) راجع نص المادة (١٨٢) ف – جـ – من القانون المدني، السابق.

(٧٤) راجع نص المادة (١٨٣) من القانون المدني اليمني، السابق.

والواقع أن هذا الحكم هو الحكم نفسه الذي أخذ به المشرعان المصري والكويتي – كما سيأتي – ورتباه على الصورية عموماً، فيما يتعلق بآثارها على المتعاقدين، سواء كانت الصورية تدليسية أم غير تدليسية؛ إذ لا تختلف الصورية التدليسية إلا فيما يتعلق بالإثبات، حيث يجوز لأي من المتعاقدين إثباتها بجميع الطرق، بما فيها القرائن، استثناء من قاعدة الإثبات العامة في التصرفات(٧٥). وكان الأولى بالمشرع اليمني أن يجعل العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام، هو العقد الخفي أو المستتر، إذا توافرت له أركانه وشروط صحته؛ لأنه العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية، وهو ما أخذ به كل من الحنفية وبعض الحنابلة والمالكية، في الفقه الإسلامي(٧٦). ويعطي الغير، وخاصة الخلف الخاص للمتعاقدين ودائنيهم، حق التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر، بحسب ما تقتضيه مصلحتهم، على نحو ما أخذ به المشرعان المصري والكويتي فيما يلي(٧٧).

ففي القانون المصري نظم المشرع أحكام الصورية في المادتين: (٢٤٤)، و(٢٤٥) من القانون المدني(٧٨)، مفرقاً فيهما بين أثر العقد الصوري على المتعاقدين وخلفهما العام، وأثره على حقوق الغير. فطبقاً لنص المادة (٢٤٥) تكون العبرة في العقد الصوري، في العلاقة بين المتعاقدين والخلف العام، لما

(٧٥) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها، في ١٦/٥/١٩٨٤م، انظر هذا الحكم في المستشار أنور طلبة، الصورية وورقة الضد، المرجع السابق، ص١٦.

(٧٦) انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٢٠٠، هامش ٢.

(٧٧) راجع نص المادتين: (٢٤٤) من القانون المدني المصري، و (٢٠٠) من القانون المدني الكويتي.

(٧٨) كما نظم المشرع الفرنسي – أيضاً – أحكام الصورية في المادة (١٣٢١) من المجموعة المدنية، حيث قرر في نص هذه المادة أن أوراق الضد ليس لها أثر إلا بين أطرافها، ولا يكون لها هذا الأثر في مواجهة الغير. راجع د. شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، ٢٠٠٠م، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٢٠٠٢م، ص ١٧٥.

اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية أو الباطنة، المتمثلة في العقد الحقيقي أو المستتر، وليست إرادتهما الظاهرة، المتمثلة في العقد الصوري أو الظاهر. وذلك اعتداداً بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة؛ لأن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر، لا العقد الظاهر، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لا يريدانه(٧٩). وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٤٥)، **التي تقضي بأنه** : (إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي). وعلى ذلك لا يكون للعقد الصوري أو الظاهر أي وجود بين المتعاقدين والخلف العام، فلا يعمل به، وإنما يعمل بالعقد الحقيقي أو المستتر، فإذا كان العقد الصوري بيعاً، فإن البائع يبقى مالكاً للعين المبيعة بيعاً صورياً، وتنتقل ملكيتها لوارثه من بعده، كما أن المشتري الصوري، لا تنتقل إليه ملكية العين المبيعة صورياً، ولا إلى وارثه من بعده(٨٠).

غير أنه لما كان المتعاقدان في العقد الصوري، قد عبرا عن إرادتهما الظاهرة أو المعلنة، عن إبرام العقد الصوري أو الظاهر، خلافاً لما اتجهت إليه إرادتهما الحقيقية أو الباطنة، فإن المشرع قد عمد إلى حماية الغير حسن النية، الذي أطمأن إلى العقد الصوري أو الظاهر، وبنى عليه تعامله، معتقداً بأنه عقد حقيقي. فأعطى له حق التمسك بالعقد الصوري والاعتداد به، كما لو كان عقداً حقيقياً منتجاً لآثاره بين عاقديه، اعتماداً على إرادة المتعاقدين الظاهرة، كما أعطى له حق التمسك بالعقد المستتر، إذا كانت له مصلحة في ذلك. وهذا ما صرحت به المادة (٢٤٤) مدني مصري، **التي تنص على أنه** : (١- إذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- إذا تعارضت مصالح ذوي

(٧٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ ٢، ص١٤٠٤.

(٨٠) المرجع السابق، ص١٤٠٥. وانظر: د. شوقي محمد صلاح، رسالته، المرجع السابق، ص٣٩٧.

الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك بعضهم بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين)[٨١].

ويقصد بالخلف الخاص كل من اكتسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري، سواء كان هذا الحق سابقاً للتصرف الصوري، أم تالياً عليه[٨٢]، إذ يكون لهؤلاء حق التمسك بالعقد الصوري، أو العقد المستتر، بحسب ما تقتضيه مصلحتهم[٨٣]، كما يكون هذا الحق – أيضاً – للدائنين الشخصيين للمتعاقدين في العقد الصوري، سواء كان الدين سابقاً على التصرف الصوري أم تالياً له، إذ يكون للدائن حق التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر، بحسب ما تقتضيه مصلحته[٨٤]. غير أنه يشترط في الخلف الخاص أو الدائن، إذا تمسك بالعقد الصوري، أن يكون حسن النية، أي لا يعلم وقت تعامله مع المتعاقد الظاهر بصورية العقد؛ لأن حقه في التمسك بالعقد الصوري يقوم على أساس أن هذا العقد قد خلق له مظهراً انخدع به واطمأن إليه[٨٥]. أما إذا تمسك بالعقد المستتر، فلا يشترط حسن نيته؛ لأن العقد المستتر هو في الأصل العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[٨٦].

---

(٨١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: (ليست الصورية سبباً من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستور، دون الظاهر، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين، ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية، وكذلك خلفهما الخاص، حقيقة الموقف، اعتماداً على العقد الظاهر، وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء، تفريعاً على حسن نيتهم، أن يتمسكوا بهذا العقد، إذا اقتضت مصلحتهم ذلك). انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، جـ٢، ص٦٤٣–٦٤٤.

(٨٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١٤١٢ – ١٤١٥. و د. شوقي محمد صلاح، رسالته، المرجع السابق، ص٣٩٨.

(٨٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق.

(٨٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١٤٢١. و د. شوقي محمد صلاح، رسالته، السابق، ص٣٩٩.

(٨٥) د. شوقي محمد صلاح، رسالته، المرجع السابق، ص١٧٥.

(٨٦) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، جـ ٢، ص١٤٣٠.

وإذا تعارضت مصالح الخلف الخاص ودائني المتعاقدين، فتمسك بعضهم بالعقد الصوري، وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي أو المستتر، فلا يمكن الجمع بين المصلحتين، والأخذ والاعتداد بالعقدين معاً، وإنما لابد من تغليب إحدى المصلحتين، فإما أن نغلب مصلحة من يتمسكون بالعقد المستتر، احتراماً لإرادة المتعاقدين الحقيقية، وإما أن نغلب مصلحة من يتمسكون بالعقد الصوري أو الظاهر، اعتداداً بإرادتهما الظاهرة، وبثبات التعامل واستقراره، وقد حسم المشرع المصري هذه المسألة، فنص على تقديم مصلحة من يتمسكون بالعقد الصوري، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل(٨٧).

وفي القانون الكويتي عالج المشرع أحكام الصورية، في نصي المادتين (١٩٩)، و(٢٠٠) من القانون المدني، حيث نص في المادة (١٩٩) على أنه: (إذا أبرم عقد صوري، كانت العبرة بالحقيقة فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما، وسرى بينهم العقد المستتر، إذا توافرت له أركانه، دون العقد الظاهر). كما تقضي المادة (٢٠٠) بأنه: (١ – إذا أبرم عقد صوري، كان لدائني كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأي منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا لا يعلمون بالصورية. ٢ – وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين).

والذي يتضح من هذين النصين أن المشرع الكويتي قد سلك في حكم الصورية مسلك المشرع المصري؛ إذ فرق في الحكم بين أثر العقد الصوري على المتعاقدين والخلف العام، وأثره على دائني المتعاقدين والخلف الخاص لكل منهما. فطبقاً لنص المادة (١٩٩) يكون العقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد المستتر، باعتباره العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية، كما لايكون للعقد الصوري أو الظاهر، أي وجود أو أثر في مواجهة المتعاقدين، احتراماً لإرادتهما الحقيقية أو الباطنة(٨٨).

(٨٧) راجع نص المادة (٢٤٤) من القانون المدني المصري، السابق.

(٨٨) راجع نص المادة (١٩٩) من القانون المدني الكويتي، السابق.

أما دائنو المتعاقدين والخلف الخاص، فطبقاً لنص المادة (٢٠٠) يكون لهم حق التمسك بالعقد الصوري، اعتداداً بالإرادة المعلنة للمتعاقدين، باعتبار هذا العقد هو الذي اطمأنوا إليه وبنوا عليه تعاملهم، بشرط أن يكونوا حسني النية؛ أي لا يعلمون وقت تعاملهم مع طرفي العقد بصوريته، كما يكون لهم حق التمسك بالعقد المستتر، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك. وإذا تعارضت مصالحهم فتمسك البعض بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية لمن يتمسكوا بالعقد الصوري أو الظاهر، باعتباره العقد الذي خدعوا به واطمأنوا إليه(٨٩).

وفي القانون الألماني تنص المادة (١١٧) من القانون المدني على أنه : (إذا كان التعبير عن الإرادة، الذي يجب أن يوجه إلى الغير، قد وجه فقط، وباتفاق الطرفين، من أجل مظهر، فهو باطل. وإذا أخفي تحت ستار تصرف ظاهر، تصرف قانوني آخر، فيكون هناك محل لتطبيق القواعد الخاصة للتصرف المستتر)(٩٠).

ومن هذا النص يتبين أن المشرع الألماني، قد جعل العقد الصوري باطلاً في جميع الأحوال، سواء فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة إلى الغير : كدائني المتعاقدين والخلف الخاص، وذلك اعتداداً بالإرادة الباطنة أو الحقيقية للمتعاقدين(٩١). وهو حكم يخالف الاعتقاد الشائع، لدى كثير من فقهاء القانون من أن القانون الألماني، يأخذ في كثير من أحكامه، عند اختلاف التعبير عن الإرادة، بالإرادة المعلنة أو الظاهرة، تأكيداً لاستقرار المعاملات، ومن أنه – أي التقنين الألماني– الأكثر تحيزاً للنزعة المادية في الالتزام(٩٢).

---

(٨٩) راجع نص المادة (٢٠٠) من القانون المدني الكويتي، السابق.

(٩٠) راجع هذا النص للمادة (١١٧) من القانون المدني الألماني، د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص٤٧.

(٩١) المرجع السابق، ص٥٣.

(٩٢) المرجع السابق، ص٥٤.

ويذهب الفقه الألماني، في تفسير حكم المادة (١١٧)، إلى أن المظهر ذاته، الذي أنشأه العقد أو التصرف الصوري، لا يمكن أن يترتب عليه أثر في نطاق التصرف القانوني، فالتصرف الظاهر خال من الإرادة الحقيقية، وهي العنصر الجوهري في التصرف. وأن حماية الغير تتحقق على وجه كاف، بإعمال نصوص أخرى، في القانون المدني الألماني: كالمادة (٩٣٢) الخاصة بحماية من يكتسب منقولاً من غير مالكه، ويتسلمه بحسن نية. وكذلك المادة (٨٩٢)، الخاصة بحماية من يكتسب عقاراً بحسن نية، من غير مالكه: كما لو كان الحائز قد اشترى العقار من شخص انتقل إليه العقار بعقد صوري، حتى ولو كان العقد الصوري قد سجل في سجلات الشهر العقاري. وفي جميع الحالات يكون لمن لحقه ضرر، بسبب بطلان التصرف الصوري، الالتجاء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الخطأ عند تكوين العقد، والمنصوص عليها في المادة (١٢٢)، إذا توافرت شروطها، وذلك للحصول على تعويض عادل[٩٣].

(٩٣) انظر المرجع السابق، ص٥٤، و د. وليم سليمان قلادة، رسالته، المرجع السابق، ص ١٩٩.

المبحث الثالث
اختلاف التعبير عن الإرادة لعيب في الإرادة

تمهيد وتقسيم :

قد يصدر التعبير عن الإرادة، ولكن الإرادة المعبر عنها، تكون مشوبة بعيب لحق بها: كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فينشأ الخلاف أو الاختلاف بين التعبير والإرادة الحقيقية المعبر عنها، بسبب ذلك العيب؛ لأن وجود العيب في الإرادة يحول بينها وبين مطابقة التعبير لها(٩٤).

والإرادة المعيبة هي إرادة موجودة؛ لأنها تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً، ولكنها ما كانت لتتعلق به، لو كانت على هدى من أمرها، أو كانت حرة ومختارة(٩٥). لذلك فهي توصف بأنها إرادة مريضة أو معتلة، بسبب ما لحق بها من وهم أو تضليل أو خوف أو ضعف، جعلها تقدم على التصرف ويصدر التعبير عنها، وهي على غير هدى أو اختيار من أمرها، نتيجة لاختلال عنصري الإدراك والاختيار فيها، فينشأ الاختلاف وعدم التطابق بينها وبين التعبير عنها بسبب ذلك(٩٦).

وترجع فكرة عيوب الإرادة في أصلها الفلسفي أو النظري، إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث تتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً

---

(٩٤) وهذا الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها، والناتج عما لحق الإرادة من عيب، هو اختلاف غير مقصود، من المتعاقد الذي عيبت إرادته، وذلك على عكس النوع الأول (السابق) من هذا الاختلاف، والناتج عن عدم جدية الإرادة، فهو اختلاف مقصود: إما من أحد المتعاقدين، كما في التعبير الهازل والتحفظ الذهني، وإما منهما معاً، كما في الصورية. راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص٣٧٣ و٤١٨، و د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، رسالته، المرجع السابق، ص٢١-٢٢.

(٩٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ ١، ص٣٨١.

(٩٦) د. محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص٤٤١. و د. عبد الرحمن عباد، المرجع السابق، ص ٢٢.

وثيقاً، لأن إرادة الفرد – ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها – يجب أن تكون على هدى ومختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب، ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل(٩٧).

والواقع أن المشكلة الحقيقية، التي تواجه المشرع عند تنظيمه لأي حالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، ومنها عيوب الإرادة، وما تثيره من اختلاف وعدم تطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية المعبر عنها، هي كيفية التوفيق بين اعتبارين: الأول أن العقد أو التصرف القانوني عموماً قوامه الإرادة، ومن ثم يجب العمل على احترام الإرادة الحقيقية لمن شاب إرادته عيب من العيوب من المتعاقدين. والاعتبار الثاني، هو أن العيب الذي يلحق إرادة أحد المتعاقدين، قد لا يكون ظاهراً ومعلوماً للمتعاقد الآخر، فيكون من شأن احترام الإرادة الحقيقية المعيبة، المساس بمصلحة العاقد الآخر الذي يجهله، فلا تستقر المعاملات. وفي سبيل التوفيق بين احترام الإرادة الحقيقية المعيبة من ناحية، وحماية مصلحة المتعاقد الآخر، من ناحية أخرى، قد يضحي المشرع باحترام الإرادة الحقيقة المشوبة بعيب من العيوب، فيبقي على العقد صحيحاً، على الرغم من أنه لا يستند إلى إرادة حقيقية، اكتفاءً بإرادة المتعاقد الظاهرة، وقد يحافظ على احترام الإرادة الحقيقية المعيبة، فيبطل العقد، اعتداداً بإرادة المتعاقد الباطنة، ويعمل على حماية من يضار من هذا الإبطال، بقواعد أخرى، خارج نطاق التصرف القانوني ذاته(٩٨).

وعلى ضوء هذين الاعتبارين عمل المشرع في معظم النظم والقوانين المعاصرة، على تنظيم عيوب الإرادة، **وهي عيوب أربعة**: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال. وسنتناول هنا هذه العيوب المؤدية لاختلاف التعبير عن الإرادة، مخصصين لكل عيب منها مطلباً خاصاً، **وذلك على النحو التالي**:

---

(٩٧) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٨١.

(٩٨) انظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص٢٤١. و د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالته، المرجع السابق، ص٢٧٥.

المطلب الأول
الغلط

يعرف الغلط، كعيب في الإرادة، بأنه: وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، يصور له أمراً على خلاف حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد(٩٩). ومثاله أن يشتري شخص ساعة معتقداً أنها من الذهب الخالص، ثم يكتشف أنها من المعدن المطلي بقشرة من الذهب، أو يشتري تحفة على أنها أثرية، ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد. ففي هذين المثالين يعبر الشخص عن إرادته بالشراء، ولكن تعبيره لا يكون مطابقاً لحقيقة قصده وإرادته، بسبب ما علق في ذهنه أو في إرادته الباطنة، في أثناء تكونها في نفسه، وقبل صدور التعبير عنه، من وهم أو اعتقاد خاطئ، جعله يقدم على الشراء، وهو على غير بينة من أمره، فيأتي التعبير الصادر عنه، خلافاً لما كان يعتقده ويقصد إليه من الشراء أو التعاقد(١٠٠).

---

(٩٩) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص٢٩٧، وقريباً منه د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٩٠، ود. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٧٥.

(١٠٠) انظر: د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة، المرجع السابق، ص٨٤. وقارن د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، جـ ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص٢٨٩. و د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ ٢، ص٣٨٣، هامش٢، حيث يشير إلى أن البحث في اختلاف التعبير عن الإرادة، هو بحث في وجود الإرادة لا في صحتها، إلا أنه يستدرك فيقرر أن الغلط قد يؤدي إلى مغايرة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة، ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادتين غلطاً، فالهازل أو الشخص الذي يضمر غير ما يظهر، في حالة التحفظ الذهني، كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة، دون أن يكون واقعاً في غلط. والواقع أن الذي يميز اختلاف التعبير عن الإرادة في حالة الغلط، وبقيت عيوب الإرادة الأخرى، عن الاختلاف الناشئ من الهزل أو التحفظ الذهني، هو في كون هذا الاختلاف في الغلط غير مقصود من المتعاقد، أما في حالة الهزل والتحفظ الذهني، والصورية، فهو اختلاف مقصود.

ولما كان الغلط يعد حالة من حالات الاختلاف غير المقصود بين الإرادة والتعبير عنها، يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، دون أن يظهر غلطه عادة في التعبير، فإن المشرع في معظم القوانين المعاصرة، قد راعى في أحكامه هذه الحالة، فنظمها بقواعد ونصوص تؤدي إلى حماية إرادة المتعاقد الواقع في الغلط من ناحية، ورعاية مصلحة المتعاقد الآخر حسن النية من ناحية أخرى، إذ تتطلب القوانين والنظم الحديثة، في الغلط الذي يعيب الإرادة، ويؤدي إلى إبطال العقد، أن يكون غلطاً جوهرياً؛ أي دافعاً إلى التعاقد(١٠١)، وأن يكون داخلاً في دائرة العقد، وذلك بأن يكون غلطاً مشتركاً بين المتعاقدين، أو على الأقل أن يكون المتعاقد الآخر، عالماً بما وقع فيه المتعاقد معه من غلط، أو من السهل عليه العلم به أو تبينه(١٠٢).

وقد نظم المشرع اليمني الغلط في نص المادتين (١٧٣) و(١٧٤) من القانون المدني، حيث نص في المادة (١٧٣) على أنه: (إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية تفوت الغرض جاز لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد)(١٠٣). كما تقضي المادة (١٧٤) بأن: (يكون الغلط جوهرياً إذا فوت

---

(١٠١) وبهذا الشرط يخرج من نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة، الغلط غير المؤثر، كالغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد، أو في شخصية المتعاقد الآخر، إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٩٤-٣٩٦. وكذلك الغلط في الباعث والغلط في القيمة، راجع د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ص١٩٦. ود. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٩٥. كما يخرج من نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة - أيضاً - الغلط المانع، الذي يقع في ماهية العقد، أو في المحل، أو في السبب؛ لأنه يعدم الإرادة، فيؤدي إلى بطلان العقد، لعدم توافق الإرادتين. انظر المراجع السابقة.

(١٠٢) ومن هذه القوانين، القانون المصري والكويتي، راجع نص المادتين: (١٢٠) و (١٢١) من القانون المدني المصري، والمادة (١٤٧) من القانون المدني الكويتي.

(١٠٣) وقد أشار البعض من شراح القانون المدني اليمني (د. محمد يحيى المطري، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص٦٥) إلى أن ظاهر هذا النص يقرر إعطاء المتعاقد الواقع في الغلط، عند اكتشافه، =

الغرض من التعاقد وعلى الأخص فيما يأتي: ١ – إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، لما لابَسَ العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. ٢ – إذا وقع في ذات المتعاقد معه أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد).

ومن هذين النصين يتضح أن الشرط الأساسي، الذي تطلبه المشرع اليمني في الغلط، لكي يكون سبباً لإبطال العقد أو فسخه، هو أن يكون هذا الغلط جوهريا. ويقصد بالغلط الجوهري، الغلط الدافع إلى التعاقد، فليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي بالضرورة إلى جعل العقد قابلاً للإبطال أو الفسخ، بل يلزم لذلك أن يكون غلطاً جوهرياً؛ أي أن يكون الغلط هو الذي دفع المتعاقد الواقع فيه إلى إبرام العقد، بحيث لولا وقوعه في الغلط لما أبرم العقد ورضي به[١٠٤]. ومعيار الغلط الجوهري طبقاً لنص المادتين (١٧٣) و (١٧٤) يمني، هو معيار شخصي أو ذاتي، مقترناً بعناصر موضوعية، حيث يتعين النظر في تحديد جوهرية الغلط، ومدى تأثيره على إرادة المتعاقد الواقع فيه، بالرجوع إلى كل عقد على حدة، وإلى ظروف المتعاقدين، وذلك من حيث تحديد التوهم الذي وقع فيه المتعاقد؛ وهل يعد توهماً جوهرياً، بحيث لو كان هذا المتعاقد يعلم

= حق فسخ العقد، أو الإبقاء عليه، باعتبار الغلط سبباً من أسباب الخيار، أخذاً عن الفقه الإسلامي. بيد أن المشرع اليمني قضى مع ذلك في نص المادة (١٨٠) من القانون المدني، بجعل التدليس عيباً في الرضا، يؤدي إلى جعل العقد قابلاً للإبطال، لمصلحة المتعاقد المدلس عليه، كما ساوى في الحكم في نص المادة (٢٠٠) بين كل من الغلط والتدليس، من حيث الأثر المترتب عليهما، باعتبارهما عيبين في الرضا يؤديان إلى جعل العقد قابلاً للإبطال، إذ نص في هذه المادة على أنه (لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع، وتبدأ المدة.... في حالتي الغلط والتدليس، من اليوم الذي يكشف فيه). وهذا كله مما يثير اللبس والاضطراب في أحكام هذه النصوص وحقيقة ما تدل عليه.

(١٠٤) د. محمد يحيى المطري، المرجع السابق، ص٦٦. و د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص٣٤٠.

الحقيقة، ما أقدم على التعاقد؟. وهذه مسألة تختلف باختلاف العقود، واختلاف ظروف المتعاقدين(١٠٥).

وقد سلك المشرع اليمني في هذا المعيار مسلك النظم والقوانين الحديثة، إذ هجرت هذه النظم المعيار المادي أو الموضوعي في الغلط، وتطورت نحو الأخذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي(١٠٦). فعبارة جوهر الشيء، المنصوص عليها في المادة (١٧٤/ف١) تفسر بصفات الشيء الأساسية، بالنظر إلى غرض المتعاقد، لا بالنظر إلى مادة الشيء، وسواء كان الشيء مادياً، أم غير مادي، كأداء يلتزم به المتعاقد الآخر، أو عملاً يطلب منه القيام به. كذلك الغلط في شخص المتعاقد، طبقاً لنص المادة (١٧٤/ف٢) يعتبر غلطاً جوهرياً، إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد. والمهم في ذلك كله أن يكون الغلط دافعاً إلى التعاقد، بالنظر إلى غرض المتعاقدين، ولما لابَسَ العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن نية(١٠٧).

أما فيما يتعلق بشرط أن يكون الغلط داخلاً في دائرة التعاقد، بأن يكون غلطاً مشتركاً بين المتعاقدين، أو على الأقل متصلاً بعلم المتعاقد الآخر، فقد ذهب البعض(١٠٨) إلى أن المشرع اليمني لم يتطلب هذا الشرط، وإنما أخذ

---

(١٠٥) انظر: أستاذنا، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، في قانون الجمهورية العربية اليمنية، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط١٩٨٦، ص١٣٤. و د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(١٠٦) راجع في تطور نظرية الغلط ومعياره، من معيار مادي إلى معيار ذاتي أو شخصي، في الفقه والقضاء في فرنسا، وفي الفقه والقضاء والتشريع في مصر، مؤلفنا: نظرية التدليس، في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢٠٠٠. ص ١٣٦– ١٣٨.

(١٠٧) أستاذنا، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص١٣٤. و د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٣٤٨. وانظر رسالتنا للدكتوراه، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(١٠٨) أستاذنا، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص١٤٦. و د. محمد يحيى المطري، المرجع السابق، ص ٦٨.

بالغلط الفردي، وعليه يكفي أن يكون أحد المتعاقدين قد وقع في غلط جوهري، فيكون له حق طلب إبطال العقد أو فسخه، ولو لم يكن هذا الغلط متصلاً بعلم المتعاقد الآخر[١٠٩]. بينما ذهب رأي آخر[١١٠] إلى أن المقنن اليمني قد تطلب في الواقع هذا الشرط، إلى جانب شرط الغلط الجوهري، وهو ما يظهر بوضوح من نص المادة (١٧٤/ف١)، التي تقضي بأن الغلط يكون جوهرياً: (إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية)[١١١]. ونحن نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه ونرجحه، وهو ما تدل عليه وتؤكده المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، في تعليقها على نص المادة (١٧٤ف/١)[١١٢]، ولما يؤدي إليه هذا الرأي، من حماية لحق المتعاقد الآخر حسن النية، وكفالة استقرار المعاملات.

وفي القانون المصري، عالج المشرع أحكام الغلط في المواد: ١٢٠ – ١٢٤، من القانون المدني. ومن المادتين: (١٢٠) و (١٢١) يتضح أن المشرع المصري قد اعتد أساساً بالغلط الجوهري أو الدافع، كشرط لإبطال العقد.

---

(١٠٩) المرجعان السابقان.

(١١٠) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(١١١) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، الموضع السابق نفسه. وقارن د. محمد يحيى المطري، المرجع السابق، ص ٦٩، الذي يشير إلى أن هذا النص يتعلق في الواقع بتحديد الضوابط الموضوعية للغلط الجوهري الدافع إلى التعاقد، حيث أخذ المشرع اليمني، كالمشرع المصري، في الغلط الجوهري، بمعيار ذاتي أو شخصي، مقترناً بضوابط موضوعية. والذي يبدو لنا أن هذين الرأيين ينتهيان إلى نتيجة واحدة، مؤداها أن العقد لا يبطل للغلط، إلا إذا كان هذا الغلط جوهرياً؛ أي دافعاً إلى التعاقد، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تعلق في صفة في الشيء تكون جوهرية، في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، لما لابس العقد من ظروف، ولما ينبغي أن يتوافر في التعامل من حسن نية، خاصة أن ذكر – الشيء –، كما ورد في عبارة المادة (١٧٤ف١) قد جاء على سبيل التمثيل، وليس بقصد الحصر.

(١١٢) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، عالم الكتب اليمنية، الكتاب الثاني، ص ٧٢ – ٧٣.

ومعيار الغلط الجوهري، أو الدافع، طبقاً لنص المادة (١٢١)، هو معيار شخصي أو ذاتي، مقترناً بعناصر موضوعية، وفقاً لما لابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن نية[١١٣]. وهو بهذا لا يختلف عن حكم القانون اليمني – السابق –، بل يكاد يكون نصا المادتين (١٧٤) مدني يمني، و(١٢١) مدني مصري متطابقين[١١٤].

غير أن المشرع المصري قد تطلب صراحة، في نص المادة (١٢٠)، إلى جانب كون الغلط جوهرياً، أن يكون هذا الغلط مشتركاً بين المتعاقدين، وذلك بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط نفسه، أو على الأقل أن يكون على علم به، أو من السهل عليه العلم به أو تبينه[١١٥]. وهو ما لم يتطلبه صراحة المشرع اليمني، وإن كان هذا الشرط يمكن استنتاجه، من نص المادة (١٧٤) يمني، بطريق فحوى النص، أو من مضمونه ومعناه، وهو ما سبق أن رجحناه.

---

(١١٣) راجع نص المادة (١٢١) من القانون المدني المصري، الذي يقضي بأنه (١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ٢. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد). وانظر د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٩٢. ود. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣١٣. و د. محمود جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص١٢٩. وقارن: د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٩٣. والذي يذهب إلى أن معيار الغلط الجوهري في حكم القانون المصري، طبقاً لنص المادة (١٢١)، هو معيار موضوعي.

(١١٤) راجع نصي المادتين: (١٧٤) من القانون المدني اليمني، و(١٢١) من القانون المدني المصري، السابقين.

(١١٥) حيث تنص المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري، على أنه: (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري، جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه).

وعلى ذلك إذا لم يتوافر هذا الشرط، كما لو وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري دفعه إلى التعاقد، ولم يكن المتعاقد الآخر واقعاً في ذات الغلط، ولم يكن على علم به، ولا من السهل عليه العلم به أو تبينه، فإن هذا المتعاقد الآخر يكون حسن النية، ويكون المتعاقد الواقع في الغلط قد أخطأ؛ لأنه لم يكشف نيته وحقيقة قصده للمتعاقد معه، فيبقى العقد صحيحاً، على الرغم مما قد شاب إرادة المتعاقد الواقع في الغلط من وهم أو تضليل، دفعه إلى التعاقد، وذلك اعتداداً بإرادة هذا المتعاقد الظاهرة؛ لأن تمسكه بإبطال العقد للغلط، سيؤدي إلى الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر حسن النية، فيكون ملتزماً إزاءه بالتعويض، وخير تعويض له في هذه الحالة، هو الإبقاء على العقد صحيحاً(١١٦).

كما عمل المشرع المصري، بالإضافة إلى ما سبق، على تقييد حق المتعاقد الواقع في الغلط، عند طلبه إبطال العقد، بعدم تمسكه بهذا الحق، على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية. إذ طبقاً لنص المادة (١٢٤) يمتنع على من وقع في الغلط، التمسك بإبطال العقد، إذا عرض عليه المتعاقد الآخر تنفيذ العقد، الذي اتجهت إليه إرادته الحقيقية أو الباطنة؛ لأن تمسكه بالإبطال للغلط، في هذه الحالة يجعله متعسفاً في استعمال الحق(١١٧).

وفي القانون الكويتي عرض المشرع لأحكام الغلط في المواد: ١٤٧ – ١٤٩، وهي أحكام لا تختلف كثيراً عن أحكام الغلط في القانون المصري، حيث اعتد المشرع الكويتي في نص المادة (١٤٧) بالغلط الجوهري أو الدافع، طبقاً لمعياره الشخصي أو الذاتي، كشرط للإبطال. بل إن المشرع الكويتي قد اعتد

(١١٦) انظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤١١. وقريباً منه د. عبد الفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص٣١٦. ود. محمود جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ١٢٩. وجاك غستان، المرجع السابق، ف٥٣٤، ص٥٥٠.

(١١٧) ولم يشتمل القانون اليمني على نص مشابه لنص المادة (١٢٤) مدني مصري. غير أنه بالرجوع إلى القواعد الخاصة، المنظمة للغلط في القانون اليمني، فإنه يمكن العمل بهذا الحكم طبقاً لنص المادة (١٧٤)، الخاصة بمعيار الغلط الجوهري، والتي تتطلب فيه حسن نية المتعاقد الآخر.

بهذا المعيار الشخصي أو الذاتي في الغلط، طبقاً لحكم المادة (١٤٧) بصورة عامة ومطلقة، حيث لم يعمل على تقيده بأي قيد أو عنصر موضوعي آخر(١١٨)، كما في التقنينين اليمني والمصري.

غير أنه بالرجوع إلى حكم القاعدة العامة، المنظمة لجميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، المنصوص عليها في المادة (٣٨) مدني كويتي، يمكن القول إن المشرع الكويتي، قد أخذ بمعيار الغلط الجوهري أو الدافع، الذي يمكن تعرفه، من خلال ظروف التعاقد، ومما ينبغي أن يتوافر من ثقة وحسن نية بين المتعاقدين، طبقاً لنظرية الثقة، باعتبار الغلط حالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة. ومما يؤيد ذلك ويرجحه، هو تقيد المشرع الكويتي، في نص المادة (١٤٩)، لحق المتعاقد الواقع في الغلط، عند تمسكه بالإبطال، بعدم تمسكه بهذا الحق في الإبطال، على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية(١١٩).

كما أخذ المشرع الكويتي بفكرة الغلط المشترك، على نحو ما أخذ به المشرع المصري، حيث تطلب صراحة في نص المادة (١٤٧)، لإبطال العقد للغلط، أن يكون هذا الغلط مشتركاً بين المتعاقدين، أو على الأقل متصلاً بالمتعاقد الآخر، بأن كان هذا المتعاقد الآخر، على علم بالغلط، أو من السهل عليه العلم به وتبينه(١٢٠). غير أنه يلاحظ – هنا –، أن المشرع الكويتي، قد فرق في إعمال هذا الحكم أو الشرط، بين عقود المعاوضات، وعقود التبرع؛ إذ

(١١٨) حيث نص المشرع الكويتي في المادة (١٤٧) من القانون المدني، على أنه (١- إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضا، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط، بدون تأثير منه، كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك).

(١١٩) راجع نص المادة (١٧٩) من القانون الكويتي، التي تقضي بأنه: (لا يجوز لمن صدر رضاه عن غلط أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية).

(١٢٠) راجع نص المادة (١٤٧) من القانون المدني الكويتي، السابق.

حدد نطاق إعمال الشرط وتطبيقه في عقود المعاوضات، دون التبرعات، بحيث لو كان العقد من عقود التبرع، فيجوز لمن وقع في الغلط، حق طلب إبطال العقد، حتى ولو كان غلطه فردياً، لم يقع فيه المتعاقد الآخر، ولم يكن على علم به، ولا من السهل عليه تبينه(١٢١). وهذا ما يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث(١٢٢)؛ لأن عقود التبرع، هي في الواقع، من عقود التفضل والإحسان، والله تعالى يقول: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(١٢٣).

المطلب الثاني
التدليس أو التغرير

يقصد بالتدليس، أو ما يطلق عليه الفقه الإسلامي التغرير: استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام شخص بغير الحقيقة، ودفعه إلى التعاقد(١٢٤). ومن هذا التعريف يتبين أن التدليس يؤدي إلى وقوع المتعاقد في غلط جوهري يدفعه إلى التعاقد. فالعيب الذي يلحق إرادة المتعاقد في التدليس هو الغلط، ولكن هذا الغلط يختلف عن الغلط السابق، في أن المتعاقد في حالة التدليس، لم يقع فيه من تلقاء نفسه، وإنما نتيجة لوسائل احتيالية استعملت ضده، بقصد إيقاعه في الغلط وإيهامه بغير الحقيقة، فيأتي التعبير الصادر عنه، غير مطابق لحقيقة قصده وإرادته، بسبب تلك الحيل المستعملة، التي ضلل بها. لذلك يلزم في التدليس أن

(١٢١) حيث نص المشرع الكويتي في الفقرة – ٢ – من المادة (١٤٧) على أنه (في التبرعات يجوز طلب الإبطال، دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط وعلمه بحصوله).

(١٢٢) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٣١٦، هامش ١، وص٣١، هامش ١.

(١٢٣) سورة التوبة: الآية ٩١.

(١٢٤) د. محمود جمال زكي، المرجع السابق، ص١٣١. وراجع في تعريف التدليس في القانون المدني، والتغرير في الفقه الإسلامي، رسالتنا للدكتوراه، المرجع السابق، ص٣٠ – ٣٦.

يقوم على عنصرين: عنصر موضوعي، يتمثل بالطرق أو الوسائل الاحتيالية، المستعملة بقصد تضليل المتعاقد وإيهامه بغير الحقيقة، وعنصر شخصي، يتمثل بالغلط أو الوهم الذي يقع فيه المتعاقد (المدلس عليه)، ويندفع به إلى التعاقد(١٢٥).

ولما كان التدليس يؤدي إلى وقوع المتعاقد المدلس عليه في غلط جوهري يدفعه إلى التعاقد، فيبطل العقد لهذا الغلط، فقد ذهب البعض(١٢٦) إلى أنه بعد تطور نظرية الغلط، نحو الأخذ بمعيار الغلط الجوهري أو الدافع، فإنه يمكن الاستغناء عن نظرية التدليس بنظرية الغلط، لأن إبطال العقد للغلط يستوي في الحالتين، أي سواء كان غلطاً ذاتياً أو تلقائياً، وقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أم غلطاً مستثاراً، جاء نتيجة للحيل أو التدليس(١٢٧).

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه؛ لأن هناك حالات في نطاق العقد، لا تزال غير ممكن الإبطال فيها للغلط الذاتي أو التلقائي، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة(١٢٨)، حتى بعد أن تطورت نظرية الغلط، وأخذت بمعيار الغلط الجوهري أو الدافع، بينما يكون ذلك جائزاً في حالة الغلط الناتج عن الحيل أو التدليس؛ لأن الإبطال للغلط الناتج عن التدليس، هو نوع من العقوبة أو الجزاء، باعتباره عملاً غير مشروع، يخل به المتعاقد الصادر عنه، بالثقة المشروعة بينه وبين المتعاقد الآخر وشرف التعامل. وهذا خلاف للغلط العادي، الذاتي أو التلقائي، الذي يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه(١٢٩).

---

(١٢٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٢٤.

(١٢٦) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٤٠، ود. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ٣٥٠.

(١٢٧) المرجعان السابقان.

(١٢٨) راجع: د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١٩٥. وأستاذنا، د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ط ١٩٩٧م،ص٢٨١. و د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة، المرجع السابق، ص١٢٣.

(١٢٩) أستاذنا، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٣٢١، و د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، رسالته، المرجع السابق، ص٢٦٩و٢٧٠. وراجع في بسط هذين الرأيين ومناقشتهما، رسالتنا للدكتوراه، المرجع السابق، ص ١٤٧-١٥١.

والتدليس أو التغرير، نظام معروف في الفقه الإسلامي، كما هو في النظم والقوانين الحديثة، حيث يعد عيباً من عيوب الرضا أو الإرادة في العقد، وسبباً من أسباب فسخه أو إبطاله، ومن صوره وتطبيقاته في كتب الفقه: التغرير الفعلي، كتصرية الإبل والبقر والغنم، لينتفخ ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثيرة اللبن. والتدليس أو التغرير القولي، كبيع النجش، وبيع حاضر لباد، وبيع الاسترسال أو الاستئمان. وكذلك التدليس أو التغرير بالكتمان، كتعمد البائع إخفاء العيب في المبيع، وكتمانه عن المشتري. ففي كل هذه الصور وغيرها، يكون للمتعاقد المدلس عليه، حق الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، لما وقع فيه من وهم أو تضليل، بسبب الحيل أو الخداع والغش[١٣٠].

وقد تناول المشرع اليمني أحكام التدليس أو التغرير، في المادتين (١٧٩)، و(١٨٠) من القانون المدني؛ حيث نص في المادة (١٧٩) على أنه: (إذا عمد أحد المتعاقدين إلى تغرير (تدليس)، كان من الجسامة، بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، لا يصح العقد[١٣١]، ويكون للطرف الثاني طلب الحكم بإبطال العقد، كما يكون له إبقاؤه ... وتعتبر كل حيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تغريراً)، كما نص في المادة (١٨٠) على أنه: (إذا صدر التغرير (التدليس) من

(١٣٠) راجع في هذه التطبيقات للتدليس أو التغرير في الفقه الإسلامي وأحكامها، رسالتنا، المرجع السابق، ص٩٧ – ١٢٦.

(١٣١) وهذا تعبير غير موفق من المقنن اليمني؛ لأن العقد مع التدليس لا يعد عقداً غير صحيح، أو باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإنما هو عقد صحيح، قابل للإبطال أو الفسخ، سواء ذلك في الفقه الإسلامي أو الفقه الوضعي. حيث يكيف في الفقه الإسلامي بأنه عقد صحيح غير لازم، إذ يكون للمتعاقد المدلس عليه حق الإبقاء على العقد أو فسخه، كما يكيف في فقه القانون المدني (الوضعي) بأنه عقد صحيح قابل للإبطال، إذ يكون للمدلس عليه فيه، حق طلب إبطال العقد أو إجازته والإبقاء عليه. راجع د. عبدالله عبدالله العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري وبعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ط ١٩٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٤و٦٧.

غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد الواقع في الخداع، أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان الظاهر علمه بهذا التغرير).

والذي يتضح من نص المادة (١٧٩) أن المشرع اليمني، شأنه في ذلك شأن كل من المشرعين المصري والكويتي، قد اشترط في الحيل، المكونة للركن المادي، أو للعنصر الموضوعي في التدليس، أن تبلغ قدراً من الجسامة، بحيث يمكن القول معها، إنها قد أثرت على إرادة المتعاقد المدلس عليه وعلى قراره في التعاقد. كما اشترط في العنصر الشخصي، وهو الغلط الناتج عن الحيل أو التدليس، أن يكون غلطاً جوهرياً، دافعاً إلى التعاقد، بحيث لولاه لما أبرم المتعاقد المدلس عليه العقد. لذلك يجب التمييز هنا، في نطاق التدليس، بين معيارين: معيار جسامة الحيل المستخدمة في التدليس، ومعيار الغلط الدافع.

فبالنسبة لمعيار جسامة الحيل المستعملة، من حيث مدى كفايتها في التأثير على إرادة المتعاقد وتضليله، يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه معيار موضوعي، يجد أساسه في مدى موافقة هذه الحيل أو عدم موافقتها للأخلاق الجارية في التعامل(١٣٢)، يستوي في ذلك أن تكون هذه الحيل، أعمالاً، أو أقوالاً، صدرت عن أحد المتعاقدين، بقصد تضليل المتعاقد الآخر وخداعه وإيهامه بغير الحقيقة، أو أن تكون مجرد موقف سلبي، كسكوت المتعاقد عن واقعة مؤثرة في العقد يعلمها، وكان يجب عليه أن يظهرها ويبينها للمتعاقد الآخر(١٣٣).

---

(١٣٢) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٣٤ و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص١١٦ و د. محمود جمال زكي، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(١٣٣) وفي هذا تقضي المادة (١٢٥ف١) من القانون المدني المصري بأنه (ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة). كما تقضي المادة (١٥٢) من القانون المدني الكويتي بأنه (يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس، الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة، يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة =

أما ما يتعلق بمعيار الغلط الجوهري أو الدافع، والناتج عن الحيل أو التدليس، فيجمع الفقه أن هذا المعيار في نطاق التدليس، هو معيار شخصي أو ذاتي بحت(١٣٤)، حيث يجب الاعتداد فيه بالحالة الذهنية والنفسية للمتعاقد المدلس عليه، وبجميع ظروفه الخاصة، مثل سنه، وجنسه، وذكائه، ودرجة ثقافته، وخبرته؛ لأن التدليس هو في الواقع عمل غير مشروع، غالباً ما يوجه ضد أشخاص يسهل التغرير بهم، والتأثير عليهم، فيكون هؤلاء بحاجة إلى حمايتهم، من الغش والخداع والتضليل(١٣٥).

كما تطلب المشرع اليمني، في نص المادة (١٨٠)، أن يكون التدليس داخلاً في نطاق العقد، بأن يكون صادراً عن المتعاقد الآخر، أو على الأقل أن يكون هذا المتعاقد الآخر، على علم بالتدليس، أو من السهل عليه العلم به وتبينه، إذا كان التدليس صادراً عن شخص أجنبي عن العقد(١٣٦). فإذا ثبت ذلك تعين على القاضي إبطال العقد، اعتداداً بالإرادة الحقيقية أو الباطنة، للمتعاقد المدلس عليه؛ كون هذه الإرادة قد تعيبت، ولأن المتعاقد المدلس عليه ما كان ليرضى بالعقد لولا وقوعه في الخداع والتضليل. أما إذا لم يثبت ذلك، كما لو كان التدليس صادراً عن أجنبي على العقد، ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، ولا من

= الخاصة...) ولا يوجد في القانون اليمني ما يقابل هذين النصين، غير أن عموم نص المادة (١٧٩) مدني يمني، يشمل ذلك ويستوعبه. راجع د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص٣٦١. و د. محمد يحيى المطري، المرجع السابق، ص٧٤، ورسالتنا، المرجع السابق، ص ٩٠.

(١٣٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٢٤. و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص١١٦ . ١١٧. و د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٤٤. و د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٣٨. و د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١٥٠. و د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص١٦٣. ود. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص٣٦٧. و د. محمد يحيى المطري، المرجع السابق، ص٧٦. و جاك غستان، المرجع السابق، ف٥٥٦، ص٥٩٠.

(١٣٥) المراجع السابقة.

(١٣٦) راجع نص المادة (١٨٠) من القانون المدني اليمني، السابق.

السهل عليه العلم به وتبينه، فإن العقد يبقى صحيحاً، على الرغم مما قد لحق إرادة المتعاقد المدلس عليه من عيب أو وهم وتضليل، وذلك اعتداداً بإرادة هذا المتعاقد الظاهرة، التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر، حسن النية، وبنى عليها تعامله؛ لأن إبطال العقد في هذه الحالة، سيؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، وهو حسن النية، ومن حقه أن يطلب تعويضاً، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً، فيقوم العقد حينئذ على سبيل التعويض، أو على الإرادة الظاهرة، للمتعاقد المدلس عليه، لا على إرادته الحقيقية أو الباطنة(١٣٧).

وفي القانون المصري عرض المشرع لأحكام التدليس، في المادتين (١٢٥)، و(١٢٦) من القانون المدني، وهي أحكام لا تختلف عن الأحكام السابقة في القانون اليمني، سواء من حيث تطلبها لشرط جسامة الحيل المستخدمة في التدليس، وما تحدثه من وهم أو تضليل، في إرادة المتعاقد المدلس عليه، يدفعه إلى التعاقد، المادة (١٢٥)(١٣٨)، أو ما يتعلق بشرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، في الحدود التي سبق لنا تناولها، المادة (١٢٦)(١٣٩).

وفي القانون الكويتي عالج المشرع أحكام التدليس، في المواد: ١٥٠-١٥٥ من القانون المدني، وهي أحكام لا تختلف في الجملة عن أحكام التدليس السابقة، في كل من القانون اليمني والمصري، وخاصة ما يتعلق منها بشرط جوهرية الغلط، الناتج عن الحيل أو التدليس، في أن يكون غلطاً دافعاً إلى التعاقد، المادة

(١٣٧) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٢٩، هامش ٢. و جاك غستان، المرجع السابق، ف٥٧٢، ص٦١٩.

(١٣٨) حيث تقضي هذا المادة بأنه: (١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد...).

(١٣٩) راجع نص المادة (١٢٦) من القانون المدني المصري، التي تقضي بأنه: (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس).

(١٥٠)[١٤٠]، أو ما يتصل بوجوب اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، بأن يكون التدليس صادراً عنه، أو على الأقل أن يكون عالماً به، أو من السهل عليه العلم به أو تبينه، إذا كان التدليس صادراً عن أجنبي عن العقد، المادة (١٥٣)[١٤١]. غير أنه يلاحظ أن المشرع الكويتي، قد استثنى من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، المنصوص عليه في المادة (١٥٣)، التدليس الواقع في نطاق التبرعات، حيث أجاز في نص المادة (١٥٤)، للمتعاقد المدلس عليه، في هذه العقود، طلب إبطال العقد، حتى ولو كان التدليس، صادراً عن أجنبي عن العقد، ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، ولا من السهل عليه العلم به أو تبينه[١٤٢]، على نحو ما أخذ به في نص المادة (١٤٧/ف٢)، الخاصة بحكم الغلط الفردي في التبرعات، وهو ما يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث[١٤٣].

كما أتى المشرع الكويتي – أيضاً – بحكم جديد، لم يرد ما يماثله، في أي من القانونين اليمني أو المصري، وهو ما يتعلق بالتدليس المشترك، الذي يصدر عن كل طرف من أطراف العقد، في مواجهة الطرف الآخر، حيث لا يكون لأي

(١٤٠) حيث تقضي المادة (١٥٠) من القانون المدني الكويتي، بأنه: (يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل).

(١٤١) حيث تقضي المادة (١٥٣) من القانون المدني الكويتي، بأنه: (١- يلزم لإبطال العقد على أساس التدليس، أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر، أو من نائبه، أو من أحد أتباعه، أو ممن وسطه في إبرام العقد، أو ممن يبرم العقد لمصلحته. ٢- فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالإبطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد، يعلم بتلك الحيل، أو كان باستطاعته أن يعلم بها).

(١٤٢) راجع نص المادة (١٥٤) من القانون المدني الكويتي، الذي يقضي بأنه: (استثناء مما تقضي به المادة السابقة، يجوز في عقود التبرع، طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه).

(١٤٣) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٤٢ – ٣٤٣.

منهما في مثل هذه الحالة، حق التمسك بإبطال العقد، للتدليس الصادر عن الطرف الآخر(١٤٤).

المطلب الثالث
الإكراه

يعرف الإكراه، كعيب في الإرادة بأنه: تهديد غير مشروع، بأذى على شخص، يولد في نفسه رهبة، تدفعه إلى إبرام عقد لا يرضاه، تفادياً للأذى المهدد به(١٤٥). ومن هذا التعريف يتضح أن الإكراه يلزم لقيامه – كما في التدليس – توافر عنصرين: عنصر موضوعي أو مادي، وهو التهديد غير المشروع بالأذى. وعنصر شخصي أو نفسي، وهو ما يولده التهديد في نفس الشخص المهدد، من رهبة أو خوف يدفعه إلى إبرام العقد. فيأتي التعبير الصادر عنه، غير مطابق لحقيقة قصده وإرادته، بسبب ذلك الخوف، الذي لولاه، لما أبرم المكره العقد ورضي به(١٤٦).

ويختلف الإكراه من حيث تأثيره على الإرادة، عن كل من الغلط والتدليس السابقين، في أن الغلط والتدليس يؤثران على عنصر الإدراك والوعي في إرادة الشخص، حيث يقدم على إبرام العقد، وهو على غير هدى أو بينة من أمره. أما الإكراه فإنه يعيب الإرادة من حيث كونه يؤثر على عنصر الحرية فيها، إذ يقوم الشخص المكره بإبرام العقد، لا عن رضا واختيار كاملين، وإنما بسبب الخوف والرهبة في نفسه، يقدم على التصرف، مختاراً أهون الشرين(١٤٧).

---

(١٤٤) راجع نص المادة (١٥٥) من القانون المدني الكويتي، التي تقضي بأنه: (إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر، وجره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد).

(١٤٥) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١٥٥. و د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص١٠٨.

(١٤٦) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٤٦.

(١٤٧) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٥٥، و د.عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٥٥.

والإكراه الذي يعيب الإرادة بهذا التحديد، يجب تميزه عن الإكراه الذي يعدم الإرادة، ومثاله أن يمسك شخص بيد آخر عنوة، ويجري القلم في يده، بالتوقيع على عقد. فهذا الإكراه يعدم الإرادة، ولا يقتصر على مجرد تعييبها؛ لأن الإرادة المعيبة بالإكراه هي إرادة موجودة؛ إذ إن المكره خير بين أن يريد أو أن يقع به الأذى الذي هدد به، فاختار أهون الضررين، وأبرم العقد، فتكون إرادته فاسدة أو معيبة؛ لأنها لم تكن إرادة حرة ومختارة(١٤٨).

والإكراه في الفقه الإسلامي، يعيب الإرادة ويفسد الرضا، كما هو في فقه القوانين المعاصرة، حيث اهتم به الفقهاء وعالجوا أحكامه في إطار نظرية عامة، أكثر من اهتمامهم بعيوب الإرادة الأخرى، كالغلط والتدليس والغبن(١٤٩)، وقد عرفه بعضهم بأنه (حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً فائت الرضا بالمباشرة)(١٥٠).

والذي يترتب على الإكراه في عقود المعاملات المالية، في الفقه الإسلامي، هو بطلان العقد عند بعض الفقهاء، وهم الشافعية والحنابلة؛ وذلك لعدم توافر شرط الاختيار، لأن الاختيار لديهم شرط لانعقاد العقد(١٥١). بينما يرى الحنفية، أن عقد المكره عقد فاسد؛ لأن شرط الاختيار، هو شرط صحة عندهم، غير أنه يكون للمكره الحق في إجازة العقد أو فسخه، بعد زوال الإكراه؛ لأن فساد العقد بالإكراه، يتعلق بحق العبد، وليس بحق الشرع(١٥٢). ويرى المالكية أن عقد المكره عقد صحيح غير لازم؛ لأن الاختيار لديهم شرط للزوم العقد، وليس

(١٤٨) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٣٤.

(١٤٩) د.عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٨١.

(١٥٠) انظر: د. عيسى زكي عيسى شقرة، الإكراه وأثره في التصرفات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٩٨٧، ص٤٠. وقد نقل هذا التعريف عن علاء الدين البخاري، صاحب كشف الأسرار، في الأصول، ت:٧٣٠هـ.

(١٥١) المرجع السابق، ص١٧٤. وانظر: د. علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، رسالته للدكتوراه، جامعة الأزهر، مرجع سابق، جـ١، ص ٤٥٩ – ٤٦٠.

(١٥٢) د. عيسى زكي شقرة، المرجع السابق، ص ١٧٥.

شرطاً لانعقاده ولا لصحته، ومن ثم يكون للمكره حق إمضاء العقد أو فسخه، بعد زوال الإكراه[١٥٣]. وهذا ما يتفق مع مسلك القوانين والنظم المعاصرة، التي تجعل العقد مع الإكراه، عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره، لكنه يكون مهدداً بالزوال، حيث يجوز للمتعاقد المكره، حق طلب إبطال العقد، كما يكون له حق إجازته أو إقراره.

وقد عالج المشرع اليمني أحكام الإكراه الذي يعيب الإرادة، في المواد: ١٧٥– ١٧٨، من القانون المدني، حيث احتوت هذه النصوص على تعريف الإكراه، المادة (١٧٥)، وبيان شروط تحققه، المادة (١٧٦)، وأثره على العقد، المادة (١٧٧)، وحكم الإكراه الصادر عن الغير، المادة (١٧٨)[١٥٤].

غير أن الذي يلاحظ على هذه النصوص والأحكام، أن المشرع اليمني قد رتب على الإكراه أثراً مختلفاً عن الأثر الذي رتبه على عيوب الإرادة الأخرى – السابقة –، وهي الغلط والتدليس أو التغرير، حيث جعل العقد مع الإكراه عقداً غير صحيح، وباطلاً بطلاناً مطلقاً؛ إذ نص في المادة (١٧٧) على أنه: (لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه، ويجب على من وقع منه الإكراه إرجاع ما كان الإكراه عليه). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، حول تفسير هذا النص أنه: (يبين حكم العقد الصادر من شخص واقع تحت إكراه، فإن العقد يكون باطلاً لانعدام الإرادة فيه، ويلزم من وقع منه الإكراه، إرجاع ما كان الإكراه عليه، والفقه مجمع على ذلك)[١٥٥].

والواقع أن الفقه الإسلامي لم يجمع على بطلان عقد المكره، وخاصة في عقود المعاملات المالية، التي تقبل الفسخ: كالبيع والإيجار والرهن ..... إلخ، حيث يذهب الحنفية إلى أن عقد المكره هو عقد فاسد، ولكنه موقوف على إجازة

(١٥٣) المرجع السابق، الموضع نفسه.

(١٥٤) راجع نصوص المواد: (١٧٥– ١٧٨)، من القانون المدني اليمني.

(١٥٥) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص٧٤.

المكره، كما يذهب المالكية إلى أن عقد المكره عقد صحيح غير لازم للمتعاقد المكره، إذ يكون له حق الخيار بين فسخ العقد أو إجازته وإقراره، بعد زوال الإكراه(١٥٦). وكان الأولى بالمشرع اليمني أن يأخذ بأحد هذين الرأيين، كما أخذت به قوانين عربية أخرى، استمدت أحكامها من أحكام الفقه الإسلامي(١٥٧)، فيجعل العقد مع الإكراه، عقداً غير لازم أو موقوف، كما فعل في حكم العقد مع التدليس أو التغرير، ويعطي المتعاقد المكره حق طلب فسخ العقد، أو إبطاله، أو إجازته وإقراره، لأنه قد تكون له مصلحة في ذلك، خاصة أن عدم مشروعية الإكراه في هذه العقود، هو أمر متعلق بحق العبد، وليس بحق الشارع، كما في عقود وتصرفات أخرى: كالنكاح والطلاق والحدود(١٥٨).

وفي القانون المصري تناول المشرع أحكام الإكراه، في المادتين (١٢٧)، و(١٢٨) من القانون المدني، حيث أجاز في نص المادة (١٢٧) للمتعاقد المكره، طلب إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد تحت سلطان رهبة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه، دون حق، جعلته يشعر بأن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، إن لم يبرم العقد(١٥٩).

---

(١٥٦) انظر، د. عيسى زكي شقرة، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(١٥٧) ومن هذه القوانين، قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥، لسنة ١٩٨٥م، حيث تنص المادة (١٨٢) منه على أنه (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذاً)، كما أخذ به، القانون المدني الأردني، لسنة ١٩٧٦م؛ حيث تنص المادة (١٤١) منه على أنه (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً)، ومن هذين النصين يتبين أن كلاً من المشرعين: الإماراتي والأردني، قد أخذ في الإكراه برأي الحنفية، حيث جعل العقد مع الإكراه، عقداً موقوفاً على إجازة المتعاقد المكره، أو ورثته من بعده، بعد زوال الإكراه، فينقلب العقد صحيحاً ونافذاً.

(١٥٨) د. علي محيي الدين القره داغي، رسالته، المرجع السابق، جـ ١، ص ٤٥٦، الذي يشير إلى أن الإجماع يكاد ينعقد بين أصحاب رسول الله ﷺ على رد طلاق المكره.

(١٥٩) راجع نص المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري.

ويجمع الفقه في مصر على أن معيار إبطال العقد للإكراه، هو معيار شخصي أو ذاتي؛ إذ المهم في ذلك أن تكون الرهبة التي بعثها في نفس المتعاقد المكره، التهديد بخطر جسيم محدق، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، قد ضغطت على إرادة المتعاقد المكره، جعلته يقدم على إبرام العقد أو التصرف، وهو مسلوب الحرية أو الاختيار، بغض النظر عن الوسائل المستخدمة في الإكراه، إذا ما كان من شأنها أن تثير الخوف أو الخطر الجسيم في نفس متعاقد آخر أم لا[١٦٠]. وهذا ما صرحت به المادة (١٢٧/ ف٣) مدني مصري؛ حيث نصت على ما يأتي: (ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه).

كما تطلب المشرع المصري بالإضافة إلى ذلك، أن يكون الإكراه بغير حق، وأن يكون صادراً عن المتعاقد الآخر، أو على الأقل أن يكون المتعاقد الآخر، على علم بالإكراه، أو من المفروض حتماً أن يعلم به، إذا كان الإكراه صادراً عن أجنبي عن العقد، المادة (١٢٨)[١٦١]. فإذا توافرت هذه الشروط، تعين إبطال العقد، اعتداداً بالإرادة الحقيقية أو الباطنة للمتعاقد المكره؛ لأنها إرادة معيبة أو فاسدة. أما إذا لم تتوافر الشروط السابقة، أو اختل واحد منها، فإن العقد يبقى قائماً، أخذاً بالإرادة الظاهرة للمتعاقد المكره؛ وذلك حماية للمتعاقد الآخر حسن النية، وضماناً لاستقرار المعاملات[١٦٢].

---

(١٦٠) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٦٧. و د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١٧٣. و د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١١١. و د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٦٨. و د. حسان الأهواني، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(١٦١) راجع نص المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري.

(١٦٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٧١، هامش ٢. و د. عبد الفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص٣٧٣.

وفي القانون الكويتي عرض المشرع لأحكام الإكراه، في المواد: ١٥٦- ١٥٨، من القانون المدني، وهي أحكام لا تختلف كثيراً عن أحكام الإكراه في القانون المصري[١٦٣]؛ حيث اعتد المشرع بالمعيار الذاتي أو الشخصي في الإكراه، يظهر ذلك من نص المادة (١٥٦/ف٣) مدني كويتي، التي تقضي بأن (يراعى في تقدير قيام الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة وسنه وعلمه أو جهله وصحته أو مرضه، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب من خوف في نفسه).

كما تطلب أن يكون الإكراه بغير حق، وأن يكون بفعل المتعاقد الآخر، أو بفعل نائبه، أو أحد أتباعه، أو بفعل من كلفه الوساطة، أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته، المادة (١٥٧/ف١). فكل هؤلاء يعد الإكراه الصادر من أحدهم، كما لو كان صادراً من المتعاقد الآخر[١٦٤]. أما إذا صدر الإكراه من شخص أجنبي عن العقد، فلا يكون للمتعاقد المكره، حق طلب إبطال العقد للإكراه، طبقاً لنص المادة (١٥٧/ف٢) مدني كويتي، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان عند إبرام العقد يعلم بالإكراه، أو كان من المفروض حتماً أنه يعلم به[١٦٥].

على أن شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر، وفقاً لنص المادة (١٥٧)، يتحدد مجاله أو نطاقه في عقود المعاوضات. أما إذا كان العقد من عقود التبرع، فيجوز للمتعاقد المكره، طبقاً لنص المادة (١٥٨)، طلب إبطال العقد للإكراه، دون اعتبار لمن صدر عنه الإكراه. أي سواء كان الإكراه صادراً عن المتعاقد الآخر، أو عن أحد أتباعه، أو عن أجنبي عن العقد، وسواء كان المتعاقد الآخر

(١٦٣) راجع نصوص المواد: ١٥٦- ١٥٨، من القانون المدني الكويتي.

(١٦٤) والواقع أن توسع المشرع الكويتي في نص المادة (١٥٧/ ف١)، بمفهوم المتعاقد الآخر، الصادر عنه الإكراه، ومن يتعاقد لمصلحته، هو ما يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث. انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

(١٦٥) حيث تقضي المادة (١٥٧ / ف٢) مدني كويتي، بأنه: (إذا صدر الإكراه من شخص من الغير، فإنه لا يكون للمتعاقد المكره، طلب الإبطال على أساسه، إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، يعلم بحصوله، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به).

على علم بالإكراه الصادر من الغير، أم على غير علم به[١٦٦]. ففي كل هذه الحالات يكون للمتعاقد المكره في عقود التبرع، حق طلب الإبطال، على نحو ما أخذ به المشرع الكويتي، في كل من الغلط والتدليس، وهو ما يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث[١٦٧].

المطلب الرابع
الاستغلال والغبن

يقصد بالاستغلال انتهاز أحد المتعاقدين، حالة ضعف لدى المتعاقد الآخر، لإبرام عقد معه، بغبن فادح[١٦٨]. ومن هذا التعريف يظهر أن الاستغلال، كعيب في الإرادة، يقوم على عنصرين: عنصر مادي أو موضوعي، وهو ما ينتج عن العقد من غبن أو عدم تعادل بين الأداءات، وعنصر نفسي أو شخصي، ويتمثل في حالة ضعف لدى أحد المتعاقدين، استغلها المتعاقد الآخر. لذلك لا يكفي لتحقق الاستغلال مجرد وجود غبن، في العقد، حتى وإن كان فادحاً، وإنما لا بد أن يكون هذا الغبن ناتجاً عن حالة ضعف، لدى المتعاقد المغبون: كحالة ضرورة، أو حاجة، أو هوى، أو طيش، أو عدم خبرة، استغلها المتعاقد الآخر[١٦٩].

---

(١٦٦) راجع المادة (١٥٨) من القانون المدني الكويتي، التي تنص على أنه: (يجوز في التبرعات طلب الإبطال إذا كان الرضاء بها، قد جاء نتيجة الإكراه، دون اعتبار لمن صدر الإكراه عنه).

(١٦٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق.

(١٦٨) راجع في تعريف الاستغلال: د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٥٧م، ط١٩٥٧م، ص١٠. و د. بدر جاسم محمد اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، ملحق مجلة الحقوق الكويتية، العدد٢، السنة١١، يونيو١٩٨٧، ص١٢٢. ود. محمود عبدالرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٣.

(١٦٩) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٠. و د. بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص ١٢٤.

والواقع أن هذا العنصر الثاني في الاستغلال، هو الذي يعيب إرادة المتعاقد المغبون، حيث لا يصدر التعبير عنه وقت إبرام العقد، عن اختيار كاف، أو رضا واعٍ ومستنير؛ وذلك بسبب ما ألم به من ظروف، انتهزها واستغلها المتعاقد الآخر، جعلته يقدم على التعاقد بشروط مجحفة، ما كان ليرضى بها، لو لم يقع في تلك الظروف(١٧٠).

وإذا كانت عيوب الإرادة السابقة: وهي الغلط والتدليس والإكراه، تؤدي إلى الإخلال بعنصر الوعي أو الإدراك في الإرادة، كما في الغلط والتدليس، أو بعنصر الحرية، كما في الإكراه، فإن الاستغلال يؤدي إلى الإخلال بهذين العنصرين معاً، حيث تكون إرادة المتعاقد المغبون، في حالة الضرورة أو الحاجة أو الهوى، مختلة في عنصر الحرية؛ إذ إنه لم يكن له خيار كامل فيها، كما تكون في حالة الطيش، أو عدم الخبرة، مختلة في عنصر الإدراك والوعي؛ لأنها لم تصدر عن بصيرة ووعي كاملين، لذلك يأتي التعبير الصادر عنه، غير مطابق لحقيقة قصده وإرادته الحقيقية(١٧١).

وقد نظم الاستغلال، كعيب في الإرادة، كل من المشرعين المصري والكويتي، في المادتين: ١٢٩و١٣٠ من القانون المدني المصري، والمواد ١٥٩ – ١٦١، من القانون المدني الكويتي(١٧٢). أما المشرع اليمني، فلم يعتد بالاستغلال – كعيب في الإرادة – كما اعتد به كل من المشرعين المصري والكويتي، وإنما اكتفى في نص المادة (١٨١) على أنه: (لا تأثير للغبن على صحة العقد من البالغ العاقل إلا إذا كان فاحشاً وفيه غرر). والمقصود بالغرر في نص هذه المادة – كما يبدو لنا – هو التغرير أو التدليس، حيث يشترط الفقه الإسلامي في الغبن، لكي يكون سبباً لإبطال العقد أو فسخه، أن يكون

(١٧٠) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(١٧١) المرجع السابق، الموضع السابق نفسه.

(١٧٢) راجع نصوص المادتين (١٢٩ و١٣٠) من القانون المدني المصري والمواد (١٥٩ – ١٦١) من القانون المدني الكويتي.

فاحشاً، وأن يكون ناتجاً عن تدليس أو تغرير، صادر عن المتعاقد الآخر؛ لأن الغبن المجرد عن التدليس أو التغرير؛ الأصل فيه – طبقاً للرأي السائد والراجح في الفقه الإسلامي – ألا يكون سبباً لفسخ العقد، حتى ولو كان فاحشاً، وذلك حماية لاستقرار المعاملات(١٧٣).

والواقع أن التدليس أو التغرير قد عالجه الفقه الإسلامي، باعتباره عيباً في الرضا أو الإرادة، قائماً ومستقلاً بذاته. أما الاستغلال – كما هو في القوانين والتشريعات الحديثة – فقد أخذ به بعض الفقهاء، وخاصة الحنفية والمالكية، في نطاق ما اصطلحوا عليه، بيع المضطر أو شراءه(١٧٤)، ومثاله: الشخص الذي يهدده الجوع أو البرد أو المرض، فيضطر إلى بيع شيء يملكه، بثمن بخس، لآخر، استغل حاجته أو ضرورته، بدافع حصول البائع على المال، ليشتري به طعاماً أو لحافاً أو دواء، فيبرم البائع العقد ويقبل به، على الرغم مما لحقه من غبن فاحش؛ لأنه في ظرف لا يتمتع فيه بكامل حريته، فيكون رضاؤه مختلاً أو فاسداً، ومن ثم يكون له حق نقض العقد أو فسخه، بسبب ذلك(١٧٥). وقد كان حرياً بالمقنن اليمني، أن يأخذ بمثل هذه الحالات، وينظمها في نطاق الاستغلال، كعيب في الإرادة قائم بذاته، ومستقلاً عن عيب التدليس أو التغرير.

وطبقاً لنص المادتين: (١٢٩) من القانون المدني المصري، و (١٥٩) من القانون المدني الكويتي، يشترط في العنصر الموضوعي للاستغلال، وهو الغبن أو عدم التعادل بين الأداءات، أن يكون فادحاً. ومعيار الفداحة هو معيار مرن، يقدر بقيمة الشيء أو الأداء، وقت التعاقد، وذلك تبعاً لظروف المتعاقدين، والملابسات الأخرى المحيطة بالعقد، حيث إن المسألة في تقديره، هي مسألة

(١٧٣) د. بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص٧٣. وراجع رسالتنا، المرجع السابق، ص٥٥–٥٦.

(١٧٤) انظر: د. علي محيي الدين داغي، رسالته، المرجع السابق، جـ ٢، ص٧٥٦ و ٧٥٧. و د. محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، المرجع السابق، ص ٨٠ – ٨٣.

(١٧٥) انظر المرجعين السابقين.

واقع، لا مسألة قانون. ومن ثم يجب أن يترك أمر تقدير قيمة الأداء وفداحته، لسلطة قاضي الموضوع، دون معقب عليه في ذلك من محكمة النقض(١٧٦).

كما تضمن النصان السابقان، تحديد العنصر الشخصي في الاستغلال، وهو الضعف أو الحالة النفسية للمتعاقد المغبون، التي استغلها أو انتهزها المتعاقد الآخر. حيث حددها المشرع المصري، بحالتي الطيش البين، والهوى الجامح(١٧٧). أما المشرع الكويتي فقد توسع فيها؛ حيث أضاف إلى كل من حالتي الطيش البين والهوى الجامح، الحاجة الملجئة، والضعف الظاهر، والأثر النفسي الناشئ عن سطوة المتعاقد الآخر الأدبية(١٧٨). والواقع أن هذه الحالات، التي أضافها المشرع الكويتي لا تقل أهمية عن حالتي الطيش البين والهوى الجامح؛ إذ إن إرادة المتعاقد المغبون، في كل هذه الحالات، هي إرادة معيبة ومضللة؛ لأنها إما إرادة واقعة تحت ضغط الهوى الجامح، أو الحاجة الملحة، أو السطوة الأدبية، وإما أنها مضللة، بسبب الطيش البين، أو الضعف الظاهر(١٧٩). والمعيار في أثر كل هذه الحالات على إرادة المتعاقد المغبون، هومعيار ذاتي أو

---

(١٧٦) راجع في الفقه المصري، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢٢٣، و د. محمود عبدالرحمن محمد، المرجع السابق، ص١٩٣. وفي الفقه الكويتي، راجع: د. بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص١٢٧.

(١٧٧) حيث نص في المادة (١٢٩) على أنه: (١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين، لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

(١٧٨) حيث نص في المادة (١٥٩) على أنه: (إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك، يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً، ينطوي عند إبرامه، على عدم تناسب باهظ، بينما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً في شرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته، أو أن يزيد من التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد).

(١٧٩) انظر: د. توفيق حسن فرج، رسالته، المرجع السابق، ص ٢٩٣ و ٢٩٧ و ٣٠٩.

شخصي، كما في سائر عيوب الإرادة الأخرى. على أن مسألة التحقق من توافر جميع عناصر الاستغلال، بما فيها العنصر الشخصي، وإذا ما كان دافعاً إلى التعاقد أم لا، هي مسألة واقع، يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، دون معقب عليه في ذلك من محكمة النقض(١٨٠).

والذي يترتب على الاستغلال، عند توافر عناصره وشروطه، هو إبطال العقد، أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، المادة (١٢٩/ف١) مدني مصري(١٨١). أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، أو الزيادة في التزامات المتعاقد الآخر (المستفيد)، أو إبطال العقـــد، المادة (١٥٩) مدنـــي كويتي(١٨٢)، ما لم يكن العقد من عقود التبرع، فيكون الجزاء، إما إبطال العقد، وإما الإنقاص من قدر المال المتبرع به، تبعاً لظروف الحال وللاعتبارات الإنسانية، طبقاً لنص المادة (١٦٠) مدني كويتي(١٨٣).

ويتم تحديد جزاء الاستغلال في كل صوره السابقة، كما يقوم القاضي بالحكم به وتوقيعه، تبعاً لطلب، أو دعوى المتعاقد المغبون، الذي يكون له حق التقدم بدعوى الإبطال، أو طلب الإنقاص من التزاماته، أو الزيادة في التزامات المتعاقد الآخر، خلال مدة سنة، تبدأ من وقت إبرام العقد، طبقاً لنص المادتين: (١٢٩/ف ٢) مدني مصري، و(١٦١/ف١) مدني كويتي(١٨٤)، ما لم يكن

---

(١٨٠) انظر: د. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص ١٢٥، وأحكام محكمة النقض المصرية، التي أشار إليها.

(١٨١) راجع نص المادة (١٢٩/ف١) من القانون المدني المصري، السابق.

(١٨٢) راجع نص المادة (١٥٩) من القانون المدني الكويتي، السابق.

(١٨٣) حيث تقضي المادة (١٦٠) من القانون المدني الكويتي، بأنه: (في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال، يكون للقاضي بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد، أو أن ينقص قدر المال المتبرع به، وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية).

(١٨٤) حيث تقضي الفقرة ٢ من المادة (١٢٩) مدني مصري بأنه: (يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد)، كما تقضي الفقرة ١ من المادة (١٦١) مدني كويتي بأن: (تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد).

الاستغلال نتيجة للهوى الجامح أو السطوة الأدبية، فتبدأ المدة من وقت زوال هذين العيبين، طبقاً لنص المادة (١٦١/ ف٢) مدني كويتي[١٨٥]. على أن يكون للمتعاقد الآخر، في عقود المعاوضات، حق توقي دعوى الإبطال، إذا عرض على القاضي، ما يراه كافياً لرفع الغبن، وذلك طبقاً لحكم المادة (١٢٩/ف٣) من القانون المدني المصري[١٨٦].

(١٨٥) راجع المادة (١٦١ / ف٢) من القانون المدني الكويتي، التي تنص على أنه: (إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية، فعن سريان مدة السنة لا يبدأ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة....).

(١٨٦) حيث تقضي الفقرة ٣. من المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري، بأنه: (ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن).

المبحث الرابع
اختلاف التعبير عن الإرادة لغلط أو خطأ في التعبير

يعرف الغلط أو الخطأ في التعبير بأنه (مغايرة التعبير الذي صدر فعلاً عن التعبير الذي أريد فعلاً صدوره، ولكنه لم يصدر)[١٨٧].

ويختلف الغلط أو الخطأ في التعبير، عن الغلط الذي يعيب الإرادة – السابق لنا تناوله – في كون الغلط في التعبير لا يقع في إرادة المتعاقد في أثناء تكونها في نفسه، وقبل صدور التعبير عنه، وإنما يقع في التعبير ذاته[١٨٨]. ومثاله التاجر الذي يعرض بضاعة ويكتب عليها خطأ ثمناً أقل من الثمن الذي يريده، أو الشخص الذي يمضي على عقد مطبوع يتضمن شروطاً، لم يكن ليقبل بالعقد، لو فطن لها[١٨٩]. فينشأ الاختلاف بين إرادة المتعاقد الحقيقية، والتعبير الصادر عنه؛ لأن التعبير لم يدل على ما قصد إليه حقيقة، وإنما دل على إرادة مغايرة ومختلفة[١٩٠]. والسؤال – هنا – هو: أيعتد القانون، في هذه الحالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، بالإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين، فيعتبر العقد باطلاً وغير صحيح ؟، أم يعتد بإرادته الظاهرة، فيبقي على العقد صحيحاً، على الرغم من مغايرة التعبير لإرادة المتعاقد الباطنة أو الحقيقية ؟.

بالرجوع إلى الحلول التشريعية، لم نجد من المشرعين من تصدى لتنظيم الغلط في التعبير، سوى المشرع الألماني، حيث عرض لأحكامه في المواد: ١١٩ – ١٢٢ من القانون المدني؛ إذ نص في المادة (١١٩) على أنه (من صدر منه تعبير عن إرادة، وكان واقعاً في غلط في مضمونه، أو لم يرد أن يصدر منه تعبير بهذا المضمون، يستطيع أن يبطله، إذا أمكن التسليم أن التعبير ما كان

(١٨٧) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، رسالته، المرجع السابق، ص٤١٩.
(١٨٨) المرجع السابق، ص٤٢٠.
(١٨٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ ١، ص٢٢٢.
(١٩٠) المرجعان السابقان.

ليصدر لو كان من أصدره يعرف الحقيقة، وكان قدر الأمور تقديراً معقولاً...). كما نص في المادة (١٢٠) على أن: (التعبير عن الإرادة الذي نقل نقلاً غير صحيح، بواسطة من استخدم في النقل، شخصاً كان أو هيئة، يكون محلاً للإبطال، بنفس الشروط السابقة، وفقاً للمادة (١١٩) للغلط في التعبير)[١٩١].

ومن هذين النصين يتبين أن الغلط في التعبير في القانون الألماني، يتحقق في ثلاث صور، هي: الغلط في واقعة التعبير، والغلط في نقل التعبير، والغلط في مضمون التعبير.

فالغلط في واقعة التعبير، هو الذي حدده المشرع في نص المادة (١١٩) بقوله: (أو لم يرد أن يصدر منه تعبير بهذا المضمون)، إذ في هذا النوع يصدر التعبير في صورة تختلف عن الصورة التي قصد المعبر أن يعبر بها عن إرادته. ويحدث ذلك عند الخطأ في العبارة، أو في النطق بلفظ غير اللفظ الذي أراد أن ينطق به، كأن يقول بعت وهو يريد أن يقول أجرت، أو يخطئ في الكتابة، كما لو أرسل خطاباً بالإيجاب عن الشراء بخمسين فكتب خطأ خمسمائة، أو يخطئ في الإشارة التي يريد أن يعبر بها عن الرفض، فتأتي إشارة بالقبول، إلى غير ذلك من الصور، التي يكون فيها شكل التعبير نفسه مخالفاً للشكل المقصود[١٩٢].

والغلط في نقل التعبير، كالغلط في واقعة التعبير؛ أي أنه يكون مخالفاً في شكله للشكل المقصود، غير أن هذا الغلط لا يحدث بخطأ صاحب التعبير نفسه، وإنما بخطأ من كلف نقل التعبير، كخطأ هيئة البرق، كأن يخطئ الموظف في الهيئة في تحرير نسخة البرقية التي تسلم إلى المرسل إليه، على خلاف قصد المرسل. وهذه الصورة هي المنصوص عليها في المادة (١٢٠) مدني ألماني[١٩٣].

---

(١٩١) راجع نص المادتين: (١١٩) و(١٢٠) من القانون المدني الألماني، في د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٩٦.

(١٩٢) انظر، د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٩٧.

(١٩٣) راجع نص المادة (١٢٠) من القانون المدني الألماني، السابق.

أما الغلط في مضمون التعبير، فيتحقق عندما يأتي التعبير مطابقاً في صورته أو شكله لما أراده صاحب التعبير، ولكنه يختلف في معناه عن المعنى الذي أراد أن يعبر عنه، كأن يستعمل المتعاقد لغة أجنبية لا يحسن فهم معاني الكلمات فيها، فيأتي تعبيره على غير ما يقصده، أو يستعمل مصطلحات فنية لها دلالات معينة لا يعرفها، ويظنها دالة عن المعنى الذي يقصده، أو يوقع على عقد مطبوع يتضمن شرطاً ما كان ليقبله لو تبين له(١٩٤).

وحكم الغلط في التعبير في كل صوره السابقة، في القانون الألماني، كحكم الغلط الذي يعيب الإرادة(١٩٥)؛ أي أنه لا يعدم الإرادة، ولا يكون التصرف بسببه باطلاً، وإنما يمنح المتعاقد الواقع في الغلط، إذا توافرت شروطه، المنصوص عليها في المادتين (١١٩)، و(١٢١)، حق إبطال تعبيره، بتعبير يوجه إلى المتعاقد الآخر(١٩٦). وإذا ثار بينهما نزاع حول أي شرط من شروط الغلط، تعين على القاضي الفصل في هذا النزاع، وعند تحقق القاضي من توافر الشروط، فإنه لا ينشئ الإبطال، وإنما يقرر أن العقد قد أبطل بالتعبير الذي صدر عن صاحب الحق في الإبطال(١٩٧). ويكون للمتعاقد الواقع في الغلط في التعبير حق إبطال تعبيره، في القانون الألماني، حتى ولو كان غلطه فردياً، لا يعلم به المتعاقد الآخر، ولا من المفروض عليه العلم به. و من ثم لا يبقى لهذا المتعاقد الآخر سوى المطالبة

---

(١٩٤) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٩٨.

(١٩٥) الغلط الذي يعيب الإرادة، في القانون الألماني، نصت عليه الفقرة الثالثة، من المادة (١١٩)، التي تقضي بأنه (..ويعتبر كذلك غلطاً في مضمون التعبير، الغلط في صفات في الشخص أو في الشيء إذا كانت معتبرة، بالنظر إلى علاقات التعامل – أساسية –).

(١٩٦) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١٠٩. وهذا النظام، الذي أخذ به القانون الألماني، يتفق في الواقع مع نظام الخيار في الفقه الإسلامي، الذي يكون فيه للمتعاقد الذي شرع الخيار لمصلحته، حق الإبقاء على العقد أو فسخه ونقضه، بتعبير يصدر عنه، دون أن يتوقف ذلك على حكم من القضاء، راجع في حقيقة الخيار وطبيعته القانونية أو الشرعية في الفقه الإسلامي، د.عبد الله عبد الله العلفي، أحكام الخيارات، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٧.٢٤.

(١٩٧) د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١٠٩.

بالتعويض عما لحقه من ضرر، بسبب اعتقاده في صحة التصرف الذي تقرر إبطاله، وذلك طبقاً لنص المادة (١٢٢) مدني ألماني. وبهذا يتضح أن القانون الألماني يعتبر أكثر اعتداداً واحتراماً للإرادة الحقيقية أو الباطنة للمتعاقد، وذلك عند اختلاف التعبير عن الإرادة، في كل حالات هذا الاختلاف وصوره(١٩٨).

أما في القانون اليمني، فإن المشرع لم ينظم الغلط أو الخطأ في التعبير، بنصوص وقواعد تشريعية خاصة، غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون اليمني، وإلى أحكام الفقه الإسلامي، يمكن القول إن للمتعاقد الذي وقع في غلط أو خطأ في التعبير، حق طلب إبطال العقد أو فسخه، إذا أثبت خطأه، احتراماً لإرادته الحقيقية، وخاصة في العقود أو التصرفات المالية، التي تقبل النقض أو الفسخ: كالبيع والإيجار والرهن ..... إلخ؛ وذلك لأن هذه العقود يكفي فيها توافر إرادة التعبير من المتعاقد، أما إرادة الأثر فهي شرط لصحة العقد، وليست شرطاً لانعقاده(١٩٩). وهذا ما أخذ به بعض الحنفية، قياساً على عقد المكره، حيث يذهبون إلى أن عقد الخاطئ، كعقد المكره، ينعقد بعبارته، ولكنه يكون عقداً موقوفاً على الإجازة أو الفسخ، ممن وقع في الغلط أو الخطأ في تعبيره، من المتعاقدين(٢٠٠). وهو ما نرجحه، على أن يكون المتعاقد الواقع في الغلط أو الخطأ في التعبير، إذا تمسك بإبطال العقد أو فسخه، ملتزماً بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر، بسبب إبطال العقد الذي اطمأن لصحته، ولم يكن يعلم بما وقع فيه المتعاقد الآخر صاحب التعبير من غلط أو خطأ في التعبير، وذلك قياساً على ما نص عليه المشرع اليمني في إبطال عقد الهازل(٢٠١).

---

(١٩٨) المرجع السابق.

(١٩٩) راجع د. محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالته، المرجع السابق، ص٤٣٢.

(٢٠٠) انظر المرجع السابق، ص٤٣٤، الذي يشير – أيضاً – في ص٤٣٧ إلى أن عقد الخاطئ، طبقاً لما يذهب إليه كل من: الشافعية والحنابلة، وابن حزم الظاهري، هو عقد باطل، إذا ثبت خطؤه، أخذاً بإرادته الحقيقية أو الباطنة.

(٢٠١) راجع نص المادة (١٨٢ / ف ج) من القانون المدني اليمني، السابق.

وفي القانون المصري – أيضاً – لم ينظم المشرع أحكام الغلط أو الخطأ في التعبير، بنصوص قانونية خاصة[٢٠٢]، ويتناول الفقه المصري، الغلط في التعبير عن الإرادة، سواء كان غلطاً في شكل التعبير، أم في مضمونه، أم في نقله، باعتباره يمثل حالة من أهم حالات اختلاف التعبير عن الإرادة[٢٠٣]، حيث تكون الإرادة الظاهرة فيه مغايرة للإرادة الحقيقية أو الباطنة لصاحب التعبير[٢٠٤]. وقد اختلف شراح القانون المدني المصري، في حكم هذه الحالة، حيث ذهب جانب منهم[٢٠٥] إلى أن الغلط في التعبير عن الإرادة أو في نقله،

---

(٢٠٢) وقد كان المشروع التمهيدي، للقانون المدني المصري، يشتمل على نص، هو نص المادة (١٧٢) من هذا المشروع، الذي يقضي بأن: (تسري الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أي وسيط آخر، إرادة أحد المتعاقد، محرفة). وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي، للقانون المدني المصري؛ لأنه يقرر حكماً تفصيلياً. راجع مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، المرجع السابق، جـ ٢، ص١٦٦ – ١٦٧، هامش١. وراجع د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٨٤، هامش ١، الذي يعلق على هذا النص بالقول: (إن النص المحذوف يوهم أن الغلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة. والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين، فلا ينعقد العقد، هذا ما لم يأخذ بالإرادة الظاهرة، في حالة التحريف في النقل، فيكون العقد صحيحا، ويأخذ بالإرادة المحرفة، على أنها هي الإرادة الصحيحة، لمن صدرت منه هذه الإرادة. والقضاء المصري يأخذ بالرأي الأول).

(٢٠٣) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٢٢٢ – ٢٢٦. و د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص٨٥–٨٨. ود. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١١٣– ١١٨. و د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص١٤٤– ١٤٨. و د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٥٨–٦٠. و د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص٦٤–٦٦. و د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٨٩–٩٧. و د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٠–٤٤. وانظر في الفقه الفرنسي: جاك غستان، المرجع السابق، ف٣٨٦، ص٣٨٧.

(٢٠٤) المراجع السابقة.

(٢٠٥) د. عبد الرزاق السنهوري، و د. عبد الفتاح عبد الباقي، و د. حشمت أبو ستيت، و د. محمود جمال الدين زكي، و د. سليمان مرقس، ود. أنور سلطان، المراجع السابقة، المواضع السابقة نفسها. وفي الفقه الفرنسي، جاك غستان، المرجع السابق، ف٣٨٨، ص٣٩٠.

يحول دون انعقاد العقد، لعدم تطابق الإرادتين[٢٠٦]؛ وذلك أخذاً بالإرادة الباطنة أو الحقيقية، للمتعاقد الواقع في الغلط أو الخطأ في التعبير؛ لأن هذه الإرادة هي في الواقع التي اعتد بها المشرع المصري كأصل يقوم عليه العقد[٢٠٧]. وعليه لا يمكن الأخذ في هذه الحالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، بالإرادة الظاهرة أو التعبير، لمن وقع في الغلط أو الخطأ، إلا بنص تشريعي خاص، ولا وجود لمثل هذا النص في القانون المصري[٢٠٨].

بينما ذهب جانب آخر[٢٠٩] إلى أن الغلط أو الخطأ في التعبير عن الإرادة، لا يمنع من انعقاد العقد به، إذا كان المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، عند اتصال التعبير بعلمه، لا يعلم ولا باستطاعته أن يعلم، تبعاً للظروف، بخطأ أو غلط صاحب التعبير في تعبيره[٢١٠]؛ وذلك أخذاً بالإرادة الظاهرة أو المعلنة، لصاحب التعبير، التي يستطيع المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، أن يتعرفها فعلاً، من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد[٢١١]؛ لأن هذه الإرادة، هي في نظر هذا الرأي، الأصل الذي اعتد به المشرع المصري، في القانون المدني، كأساس يقوم عليه العقد[٢١٢].

---

(٢٠٦) المراجع السابقة.

(٢٠٧) المراجع السابقة.

(٢٠٨) قريبا من ذلك د. نزيه محمد الصادق المهدي، بحثه، المرجع السابق، ص٢٣٣.

(٢٠٩) د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٤. و د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٩٣. و د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في مصادر الالتزام، ص٢٩، مشار إليه في د. حسام الأهواني، السابق، هامش ١.

(٢١٠) المراجع السابقة.

(٢١١) المراجع السابقة.

(٢١٢) د. إسماعيل غانم، و د. منصور مصطفى منصور، المرجعان السابقان. ويذهب د. حسام الأهواني، المرجع السابق، إلى أن المشرع المصري، قد أخذ في حكم جميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، بالإرادة التي يمكن تعرفها، طبقاً لنظرية الثقة السويسرية.

وإذا كان المشرع المصري، قد أخرج من نطاق الغلط المؤثر على تكوين العقد أو على صحته، الغلط المادي، وهو الغلط في الحساب وغلطات القلم، حيث نص في المادة (١٢٢) على أنه: (لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصليح الغلط). فإن هذا الحكم لا يمكن قبوله والتسليم به، إلا إذا كان الغلط في الحساب أو غلطات القلم لم يقع عند تكوين العقد، وإنما وقع بعد مرحلة تكوينه، كما لو حدث عند تحرير السند المثبت للعقد أو التصرف، أما إذا وقع فيه المتعاقد في أثناء تكوين العقد، كما لو حدث عند كتابة الموجب خطاباً بالإيجاب، فأخطأ وكتب غير ما يريد، وقبل الموجه إليه الإيجاب بالعقد، على أساس ما كتب في خطاب الإيجاب، فإن هذا الغلط – على الرغم من أنه قد يصدق عليه تعبير المشرع المصري، بأنه من غلطات القلم – لا يمكن أن يقال إنه لا يؤثر في صحة العقد، لأنه غلط في التعبير عن الإرادة، يؤدي في القانون المصري والفرنسي إلى عدم انعقاد العقد، لعدم تطابق الإرادتين، وفي القانون الألماني يؤدي إلى جعل العقد قابلاً للإبطال(٢١٣).

وفي القانون الكويتي، على الرغم من عدم وجود نص خاص فيه لحكم حالة الغلط أو الخطأ في التعبير، فإن الباحث لا يجد صعوبة تذكر لاستنباط هذا الحكم، استناداً إلى نص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، وهي المادة التي جاء بها المشرع كقاعدة عامة، لحكم جميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، التي لم يرد بشأنها نص أو حكم تشريعي خاص.

وطبقاً لما تنص عليه المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، يكون لمن وقع في غلط أو خطأ في التعبير من المتعاقدين، حق التمسك ببطلان العقد والتحلل منه، لعدم تطابق تعبيره مع قصده أو إرادته الحقيقية، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، كان حسن النية، بأن كان وقت إبرام العقد، واتصال التعبير بعلمه، معتقداً صحة التعبير الموجه إليه، ومطابقته للإرادة

(٢١٣) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص١٣٠.

الحقيقية لمن صدر عنه، فيبقى العقد قائماً على أساس الثقة المشروعة بينه وبين المتعاقد الآخر، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال المرتبطة بالتعاقد، أن تثير الشك في اعتقاده بتلك المطابقة؛ أي أن المعيار في ذلك هو معيار موضوعي لا شخصي، يتعين أن يقاس فيه سلوك المتعاقد الموجه إليه التعبير في هذا الخصوص بسلوك الرجل المعتاد، فيما لو وجد في الظروف نفسها التي وجد فيها، والمحيطة بالتعاقد(٢١٤).

الخاتمة:

بعد أن فرغنا من تناول موضوع البحث، الذي خصصناه لاختلاف التعبير عن الإرادة، وأثره على تكوين العقد وصحته، يمكننا أن نخلص إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها، وهي متمثلة في الآتي:

١ – أن البحث في اختلاف التعبير عن الإرادة، بحث في شرط تطابق التعبير مع الإرادة. وهو شرط بدهي، تتطلبه جميع القوانين والنظم المعاصرة، حتى ولو لم تنص عليه صراحة؛ إذ تجمع هذه القوانين والنظم على أن الإرادة، وهي قوام العقد والتصرف القانوني، لا يعتد بها القانون، إلا بالتعبير عنها صراحة أو ضمناً، وأن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون متفقاً مع الإرادة الحقيقية.

٢ – أن اختلاف التعبير عن الإرادة، تتنازع أحكامه في الفقه والتشريع المقارن، نظريتان رئيستان، هما: نظرية الإرادة الباطنة، ونظرية الإرادة الظاهرة، تتوسطهما نظرية ثالثة، هي نظرية الثقة السويسرية.

٣ – أن هذا التنازع أو الاختلاف، يرجع في النظر، إلى اختلاف الفقه الوضعي حول الأساس الذي يقوم عليه العقد؛ إذ بينما يرى البعض أن هذا الأساس هو الإرادة الباطنة أو الحقيقية للمتعاقد، يذهب جانب آخر إلى أن هذا الأساس هو الإرادة الظاهرة للمتعاقد، التي يمكن تعرفها، أو هو الإرادة التي يجب على المتعاقد الآخر، أن يتعرفها، تبعاً للظروف، ولما ينبغي أن يتوافر بين

(٢١٤) راجع نص المادة (٣٨) من القانون المدني الكويتي، السابق.

المتعاقدين من ثقة مشروعة وحسن نية. كما يرجع في الفقه الإسلامي – أيضاً – إلى ما أثير فيه من تنازع في الأحكام المنظمة للعقد والتصرف الشرعي، بين توجهين: توجه شخصي أو ذاتي، يحفل بالتصرف بإرادة العاقد الباطنة، ويعتمد معايير ذاتية، يعول فيها على القصد أو النية الحقيقية للمتعاقد، ويمثله المذهبان: المالكي والحنبلي. وتوجه موضوعي يحفل بالتصرف بإرادة العاقد الظاهرة، ويعتمد معايير موضوعية، يعول فيها على العرف والمألوف في التعامل، ويمثله المذهبان: الحنفي والشافعي(٢١٥).

٤ – أن هذا التنازع أو الاختلاف يرجع في التشريعات المقارنة، إلى مشكلة تواجه المشرع، عند تصديه لتنظيم أي حالة من حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، تتمثل في كيفية التوفيق بين اعتبارين: الأول أن العقد أو التصرف القانوني قوامه الإرادة، ويجب العمل بقدر الإمكان على احترام الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير. والاعتبار الثاني، أن الإرادة الحقيقية، هي في الأصل ظاهرة نفسية، قد لا تظهر في التعبير، فيكون من شأن احترام الإرادة الحقيقية، لصاحب التعبير، المساس بمصلحة المتعاقد الآخر، الذي يجهلها، فلا تستقر المعاملات.

وفي سبيل التوفيق بين احترام الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير، وحماية مصلحة المتعاقد الآخر، واستقرار المعاملات، قد يضحي المشرع – أحياناً – باحترام الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير، فيبقي على العقد صحيحاً، على الرغم من أنه لا يستند إلى إرادة حقيقية، كما فعل المشرعون اليمني والمصري والكويتي، في عيوب الإرادة، التي لا تكون معلومة للمتعاقد الآخر، ولا يكون باستطاعته أن يعلم بها ويتبينها، وكما فعل المشرعان المصري والكويتي – أيضاً – في الصورية، بالنسبة إلى الغير حسن النية. وقد يحافظ المشرع على احترام الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير، فيبطل العقد، الذي لا يستند إلى إرادة حقيقية، ويعمل على حماية من يضار من هذا الإبطال، بقواعد

(٢١٥) انظر: د. محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالته، المرجع السابق، ص٤٦٨ و٧٤٠.

أخرى، من خارج نطاق التصرف القانوني، على نحو ما عمل به المشرعان اليمني والألماني، في التعبير الهازل، والصورية، وعلى نحو ما عمله المشرع الألماني – أيضاً – في الغلط الفردي، الذي يعيب الإرادة، وفي الغلط أو الخطأ في التعبير.

٥ – أن الحل الأمثل للتخفيف من هذا التنازع والاختلاف بين الأحكام، والتقريب فيما بينها، يكمن في تقديرنا، بضرورة تبني المشرعان اليمني والمصري، قاعدة عامة، لحكم جميع حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، على نحو ما أخذ به المشرع الكويتي، في نص المادة (٣٨) من القانون المدني، طبقاً لنظرية الثقة؛ إذ هي نظرية يؤيدها الفقه الحديث(٢١٦)، كونها تمثل حلاً وسطاً بين نظريتي : الإرادة الباطنة، والإرادة الظاهرة؛ لأنها تعتد بالإرادة التي يستطيع المتعاقد الآخر أن يتعرفها، من خلال التعبير، مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية، المستندة إلى الثقة المشروعة وحسن النية بينه وبين المتعاقد الآخر. فيقوم العقد على الإرادة الباطنة أو الحقيقية للمتعاقد، التي يمكن تعرفها، وهو ما يؤدي إلى تحقيق القدر المطلوب والمنشود من المواءمة والموازنة بين عاملي : احترام الإرادة الحقيقية لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين من ناحية، وحماية المتعاقد الآخر حسن النية، واستقرار المعاملات، من ناحية أخرى.

٦ – أخيراً يوصي الباحث المشرع اليمني، بضرورة إعادة النظر، في الأحكام المنظمة لحالات اختلاف التعبير عن الإرادة، وخاصة في الصورية، وعيوب الإرادة، فينظمها، بنصوص وقواعد أخرى، يراعي فيها مصلحة المتعاقدين، والغير حسن النية، وعلى نحو يؤدي إلى التناسق والتوافق بين الأحكام، ويزيل حالة التضارب والتنازع، القائم فيما بينها.

هذا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

---

(٢١٦) انظر: د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٤٣–٤٤. و د. عبدالرحمن عباد، رسالته، المرجع السابق، ص١٠٤–١٠٥. و د. نزيه محمد المهدي، بحثه، المرجع السابق، ص٧٦ وما بعدها.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع القانونية :

١ – د. أحمد محمد سعد، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

٢ – د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة.

٣ – د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م.

٤ – المستشار أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط (بدون).

٥ – د. بدر جاسم محمد اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، ملحق مجلة الحقوق الكويتية، العدد٢، السنة١١، يونيو ١٩٨٧م.

٦ – توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٥٧م.

٧ – د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، في قانون الجمهورية العربية اليمنية، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط١٩٨٦م.

٨ – د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ط ١٩٩١–١٩٩٢م.

٩ – د. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.

١٠– د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ط١٩٩٧م.

١١– د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م، المجلد الأول، جـ ٢، نظرية العقد والإرادة المنفردة.

١٢- د. شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، ٢٠٠٠م، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٢٠٠٢م.

١٣- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، جـ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م.

١٤- د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٦م، مؤسسة الثقافة الجامعية.

١٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١م، جـ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد.

١٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١م، جـ٢، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، آثار الالتزام.

١٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط ١٩٤٨م.

١٨- د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة في القانون المصري واليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١م، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١.

١٩- د.عبد الكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢٠٠٠م.

٢٠- د. عبد الله عبد الله العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري وبعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ط ١٩٨٨م، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢١- د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

٢٢- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، الناشر (بدون).

٢٣- د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ط١٩٧٣م.

٢٤- د. محمد يحيى المطري، القانون المدني اليمني، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط٢٠٠٩م.

٢٥- د. محمدين عبد القادر محمد، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥م.

٢٦- د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦م، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٧م.

٢٧- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م، جـ١.

٢٨- د. محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٩- د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٢م.

٣٠- د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مذكرات غير منشورة، لطلاب الدراسات العليا، جامعة عين شمس، ١٩٩١ - ١٩٩٢م.

٣١- د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٩، العددان: ١و٢، مارس- يونيو، ١٩٩٧م.

٣٢- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٥م، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥م.

ثانياً – مراجع الفقه الإسلامي :

١ – الإمام محمد بن علي الشوكاني، (ت١٢٥٠هـ) نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

٢ – د. عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، سعد سمك للطباعة، القاهرة.

٣ – د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة.

٤ – الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية.

٥ – د. علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ١٩٨٥م.

٦ – د. عيسى زكي عيسى شقرة، الإكراه وأثره في التصرفات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١٩٨٧م.

٧ – د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٠م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

ثالثاً – المراجع الأجنبية ومواقع الإنترنت :

١ – جاك غستان، المطول في شرح القانون المدني الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م.

٢ – شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي :
http//:ww.gcc-legal.org

٣ – منتدى : د. شيماء عطاء الله : http//:www.shaimaaatalla.com

٤ – http//:www.mandoubco.com