أثر التعويل على بيانات ومعلومات التعبير التى تخالف قصد صاحبه على تكوين وتنفيذ العقد

دراســة مقــارنـة

إعداد

دكتور/ حمدى حسب النبى محمد الشورى

عضو هيئة التدريس بقسم القانون المدنى

كليــة الشرطــة

مقدمة

من المتعارف عليه أن إرادة المتعاقد تتكون من عنصرين، إحدهما مادى: وهو التعبير عن الإرادة باستخدام إحدى الوسائل المختلفة[١] والآخر معنوى : وهو القصد انطلاقاً من أن محتوى القصد يُعد من الأمور النفسية الداخلية التى لايمكن إدراكها مباشرة ولا تستخلص إلاَّ من خلال التعبير عنه ، بحيث يظهر إلى العالم الخارجى وفى ضوء ذلك يكون للطرف الآخر مطلق الحرية فى أن يقبل التعاقد أو يرفضه إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد والمنبثق من مبدأ سلطان الإرادة الذى تمتد جذوره إلى القانون الرومانى ، ومن ثمَّ فإن هذا الإفصاح هو ما يمكنِّ الغير من التعرف على محتوى قصد صاحبه سواءً كان هذا الإفصاح عنه صريحاً أو ضمنياً بمعنى أن يكون مرآة حقيقية لما انصرف إليه قصد صاحبه وهذا يتطلب –بالضرورة – أن يتضمن معطيات توضح على وجه القطع محتوى هذا القصد .

وبناءً عليه فإن كل شخص يبغى المساهمة فى تكوين علاقة تعاقدية معينة يجب عليه بذل العناية الواجبة فى الإعلان عن محتوى قصده وأن يأخذ فى الاعتبار ظروف وملابسات التعاقد مع من يبغى التعاقد معه[٢].

وقد يحدث أن يصدر التعبير على نحو لا يتلاءم مع محتوى القصد[٣] فقد ينصرف هذا الأخير نحو الهزل أو الاستهزاء ، أو إلى مجرد توجيه الدعوة إلى

---

(١) اللفظ ، الكتابة، الإشارة المتداولة عرفا، اتخاذ موقف معين ، السكوت فى بعض الحالات. للمزيد راجع: د. وليد سليم قلادة ، التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه، المطبعة التجارية الحديثة بالقاهرة ، ١٩٥٥ ، ص٣ وما بعدها ، د. حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات ، الكتاب الأول – نظرية العقد ، مطبعة فوزى بالقاهرة ، ١٩٤٣ ، مطبعة نورى بالقاهرة، ص٨١ ومابعدها.

(٢) فقد نشأ هذا المبدأ فى ظل نفاذ نظرية الإرادة الباطنة للمزيد راجع : د. فيصل زكى عبدالواحد ، ضوابط المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى ، ١٩٩٦ ، ص١٠.

(٣) هذه الظاهرة لم تكن مألوفة فى القانون الرومانى ويرجع ذلك إلى أن هذا الأخير كان يعِّول على الشكليات وقد كان لذلك تأثير بالغ على المادة الخام التى تستخدم فى التعبير عن القصد ولكن منذ بداية الثورة الصناعية وما ترتب على ذلك من إحلال الآلة محل الإنسان فى كافة المجالات والتبادل التجارى والثقافى بين الدول بدأت تتفشى ظاهرة اختلاف معطيات التعبير مع محتوى القصد خاصة فى مجال العلاقات التعاقدية التى تتم بطريق المراسلة.

التفاوض أو التعاقد ولكن معطيات التعبير تفيد بتوجيهه إيجاباً ، وقد ينصرف إلى إنشاء التزام ويصدر التعبير مطابقاً لذلك من حيث المبدأ ولكن يختلف معه من ناحية المضمون بالنسبة لأحد العناصر الجوهرية للعقد المزمع إنشاؤه.

وقد ينصب هذا الاختلاف على مضمون أو طبيعة أو سبب أو محل العلاقة التعاقدية كما قد يرد على الصفة فى التعاقد.

من هذا المنطلق أثير عدة تساؤلات تدور حول الآثار القانونية المترتبة على اختلاف التعبير عن حقيقة القصد ، وقد تنازعت الإجابة عن هذه التساؤلات نظريات متعددة، ففى البداية نشأت نظرية الإرادة الباطنة فى ظل الفلسفة الفردية التى ترى أن للإنسان قيمة ذاتية أعلى من قيمة المجتمع(١) وقوامها أن قصد المتعاقدين هو الذى يخلق الالتزام ويحدد مداه ، ومن ثمَّ فإنه يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوى عليه النفس، وعلى ذلك فالتعبير لا يعدو أن يكون مجرد أداة أو دليل على وجود القصد ومن ثمَّ فإنه لا يعتد به إلاَّ بالقدر الذى يفصح به بأمانة ودقة وإخلاص عن محتوى هذا الأخير ، وعلى ذلك فالإرادة المشتركة للمتعاقدين تتكون – وفقاً لمنطق هذه النظرية – من تطابق القصدين وليس التعبيرين ، ولكن هذه النظرية تعرضت لهجوم شديد، فمن بين الانتقادات(٢) التى وجهت إليها أن القصد يُعد من الأمور النفسية الداخلية ، وأن إتاحة الفرصة لإثبات عدم تطابقه مع التعبير أو إلزام من وجه إليه هذا الأخير بفهم معطياته فى ضوء محتوى قصد صاحبه يؤدى إلى إهدار الحماية القانونية المقررة له ، وفقد الثقة فى التعامل.

ومن هنا نشأت نظرية الإرادة الظاهرة التى ترى أن الإرادة التى تنتج أثراً قانونياً هى التى ترتدى ثوباً اجتماعياً بمعنى أن العقد لا يستمد قوته من الحرية

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح الالتزامات ، الجزء الثانى ، المجلد الأول ، نظرية العقد، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧ ، ص١٤٣ وما بعدها ؛ د. حمدى عبد الرحمن ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، ١٩٩٤ ، ص١٤٤ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى ، شرح القانون المدنى ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، ص١٧٠-١٧٢ ؛ د. حسام كامل الأهوانى ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥ ، ص٦٦ ، ٦٧.

الفردية بقدر ما يستمدها من الواقع الاجتماعى[١] وقد نادى بهذه النظرية الفقه الألمانى بهدف تحاشى ظاهرة إنهيار العلاقات التعاقدية.

وبناءً عليه فإن واقعة اختلاف التعبير مع مضمون قصد صاحبه تكون مجردة من الأثر القانونى ، وقد سادت هذه النظرية فى كافة النظم الجرمانية غير أن نظرية الإرادة الظاهرة لم تسلم بدورها من النقد ، فقد اعترض عليها بأن التطبيق الصارم لها يترتب عليه اقتراب العقد من الواقعة القانونية وابتعاده عن التصرف القانونى[٢].

ومن هنا ظهرت نظرية المسئولية[٣] للتوفيق بين نظريتى الإرادة الباطنة والظاهرة ، فقد رأى أنصار هذه النظرية أن صدور التعبير على نحو يخالف حقيقة القصد يشكل خطأ بالمفهوم الفنى على أساس أن الرجل العادى لا يمكن أن يصدر منه التعبير على هذا النحو ، وأن خير جزاء يجب توقيعه على صاحبه هو إلزامه ببقاء العقد قائماً وفقاً لمعطياته استناداً إلى فكرة التعويض العينى ، ولكن هذه النظرية لم تمكث طويلاً ، فقد رأى وبحق جانب كبير من الفقه والقضاء أن التعبير قد يصدر متوافقاً مع محتوى قصد صاحبه ، ولكنه يصل إلى علم من وُجه إليه على نحو مخالف نتيجة لفعل من كلِّف بعملية نقله ، وقد يأتى ذلك عن عمد أو إهمال ، ففى هذه الحالة تقف نظرية المسئولية عن مواجهة هذا الفرض من هذا المنطلق أسفرت جهود الفقه والقضاء عن إمكانية مواجهة هذه المسألة من خلال فكرة أخرى أطلق عليها (نظرية الثقة)[٤] التى حاول أنصارها التوفيق بين نظريتى الإرادة الباطنة ، والظاهرة.

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن أحمد ، المرجع السابق، ص١٤٧ وما بعدها.

(٢) د. حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، ص٨٩.

(٣) راجع فى عرض مضمون هذه النظرية : د. عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى – دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٢، ص١٩٥.

(٤) وهى تقيم الرابطة العقدية وفقاً لمعطياته التعبير المخالف لمحتوى القصد متى كان من وجِّه إليه قد رتب أموره فى ضوء معطيات انطلاقاً من مبدأ الثقة فى التعامل بغض النظر عما إذا كان الاختلاف يرجع إلى خطأ صاحب التعبير أو من كلِّف بنقله وبذلك تتلاشى العقبات التى واجهت نظرية المسئولية.

وقد لاقت هذه النظرية قبولاً كبيراً من الفقه والقضاء ومن غالبية التشريعات التى تتألف منها العائلة القانونية اللاتينية التى أخذت بنظرية الإرادة الباطنة ، فقد تخففت هذه التشريعات من حدة هذه الأخيرة بهدف توفير الثقة واستقرار المعاملات فى المجتمع استناداً إلى مبدأ الثقة المشروعة فى التعاقد . فقد اعتبرت القصد هو لب وأساس الرابطة العقدية . وذلك يقتضى – بالضرورة – اتجاهه نحو إنشاء التزام من أجل المحافظة على المفهوم الفنى للعقد والمتوارث فى القانون الرومانى، ولكن يجب الاخذ فى الاعتبار – فى نفس الوقت – ثقة من وجه إليه التعبير فى بيانات ومعلومات هذا الأخير.

وفى النهاية أثرت أن أسلط الضوء على الصور التى يظهر فيها التعبير مخالفاً لمحتوى القصد ، وهل يُنفذ العقد وفقاً لحقيقة قصد صاحب التعبير أم وفقاً لما فهمه الطرف الآخر من معطيات صاحب التعبير أم أن العقد سيقع باطلاً ، وسوف أعمل جاهداً على تفصيل هذه الصور بطريقة واضحة وصالحة للبيئة القانونية فى نظريات قد تناولت هذا الصدد، وأيضاً النظم القانونية اللاتينية والجرمانية ، وما قابل كل نظرية من عقبات وانتقادات ومبادئ وكانت لها علاقة بأى منهما كمبدأ حسن النية واستقرار المعاملات والثقة فى التعامل والائتمان.

وسوف اتبع فى دراسة هذا البحث المنهج التحليلى الذى يعتمد على تحليل العلاقة التعاقدية وتحليل القواعد العامة للوصول إلى مفاهيم خاصة تتناسب مع الواقع والمنهج التأصيلى لتأصيل العلاقات فى التشريعات المختلفة .

ولكن يمكن الوقوف على مشهد التعويل على البيانات والمعلومات التى تضمنها التعبير المخالف لحقيقة قصد صاحبه، يجب تناول حقيقة التعبير المخالف لقصد صاحبه .

وقد عالج المشرع الكويتى إشكالية التعويل على بيانات ومعلومات التعبير من خلال نص المادة ٢/٣٨ من القانون المدنى الكويتى . وقد أحسن المشرع الكويتى صنعاً بوضعه حكم هذا النص.

والجدير بالذكر أن موضوع هذا البحث تبدو أهميته بالنسبة للبيئة القانونية المصرية. حيث أن القانون المدنى المصرى وضع ودخل حيز التنفيذ فى عام ١٩٤٨ ، وفى هذا التاريخ كان الاقتصاد المصرى مغلقاً ، وقامت جميع العلاقات التعاقدية يتم إبرامها من خلال ألفاظ وعبارات مستمدة من اللغة العربية ، ومن ثم لم يكن الواقع العملى يشهد اختلافاً بين التعبير والقصد . خاصة فى ظل فاعلية قواعد

الأخلاق. حيث أن هذه الأخيرة كانت نشطة وفعالة . أما فى الوقت الحالى فقد كثرت التعاملات مع الشركات الأجنبية . حيث نشأت فكرة الشركات المتعددة الجنسيات . هذا بالإضافة إلى انتشار ظاهرة إبرام العلاقات التعاقدية من خلال اللغات الأجنبية ، بعضها لم يكن معروفاً – من حيث المصطلحات القانونية – للمتعاقدين ومن يتم الاستعانة بهم فى الترجمة مما يؤدى إلى وجود واختلاف التعبير عن قصد صاحبه . ومن هنا تبدو أهمية الوقوف على حكم نص المادة ٢/٣٨ من القانون المدنى الكويتى ، وبصفة خاصة فكرة التعويل على بيانات ومعلومات التعبير المخالف لقصد صاحبه . حتى يتسنى للمشرع المصرى التدخل ووضع حكم مماثل لحكم نص المادة ٢/٣٨ .

خطة البحث :

وعلى ذلك سوف أتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين:

المبحث الأول : حقيقة اختلاف التعبير مع القصد ، وسوف نتناوله من خلال مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم التعبير المخالف لحقيقة القصد.

المطلب الثانى : حكم اصطدام معطيات التعبير الصريح .

المبحث الثانى : التعويل على معطيات التعبير التى تخالف القصد. وسوف نتناول هذا المبحث من أربع مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول : مفهوم التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الثانى : الطبيعة القانونية لمعيار التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الثالث : إثبات التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الرابع : بعض مظاهر التعويل على معطيات التعبير.

المبحث الأول

حقيقة اختلاف التعبير مع القصد

تمهيد وتقسيم:

التعبير عن الإرادة نحو التعاقد ، قد يكون صريحاً ، أو ضمنياً ، ومتى إتصل بعلم من وجه إليه فإنه ينتج ثماره القانونية. ولكن ليس معنى وجود ظروف وملابسات ، توضح بعض العناصر ، التى لم يرد ذكرها فى التعبير – الصريح – أننا نكون بصدد تعبير ضمنى عن الإرادة ، بصورة مطلقة، بل يجب من أجل القول بذلك ، توافر ضوابط معينة. ولا شك أن إرادة المشرع الكويتى انصرفت فى هذا الخصوص ، إلى مفهوم محدد ، لمسألة اختلاف التعبير ، مع حقيقة القصد. وهذا يثير تساؤلاً ذو شقين :

الأول : هل قصد التعبير الصريح فقط ، أم أن إرادته انصرفت ، إلى وجوب الأخذ فى الاعتبار نوعى التعبير المتقدم ذكرهما ؟.

الثانى : موقفه من مسألة اصطدام معطيات التعبير الصريح، بالمعنى المستفاد من ظروف وملابسات التعاقد .

والإجابة عن التساؤل المتقدم طرحه بشقيه يقتضى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : مفهوم التعبير المخالف لحقيقة القصد.

المطلب الثانى : حكم اصطدام معطيات التعبير الصريح.

المطلب الأول

مفهوم التعبير المخالف لحقيقة القصد

أخذ المشرع الكويتى بنظرية الإرادة الباطنة[١]، واعتبرها الأصل العام ، فى تكوين العلاقات التعاقدية[١]. وهذا مستفاد من الألفاظ والعبارات التى صيغ بها نص

(١) التشريع المصرى راجع: د. حمدى عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص١٢٣ ؛ د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص١٤٨ وما بعدها ؛ د. وليم سليم قلادة، مرجع سابق، ص٢٣٧ وما بعدها.

المادة ١/٣٨ من القانون المدنى الكويتى ونظراً لأن القصد، يُعد من الأمور النفسية الداخلية، التى يستحيل على طائفة الأغيار العلم بمحتواه، فإنه يتعين الإفصاح عنه، بإحدى الوسائل المختلفة. ومن هنا جرت أقلام شراح القانون – منذ القدم – على أن إرادة التعاقد بمعناها الفنى تتكون من عنصرين: أحدهما معنوى، وهو القصد. وثانيهما مادى، ويسمى التعبير أو الصيغة(٢).

وعلى ذلك فالتعبير، الذى يساهم فى بناء العقد بمفهومه الفنى ، هو الذى يصدر مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه، ويتصل بعلم من وجه إليه على هذا النحو. والغالب أن يكون التعبير صريحاً، ويصدر متوائماً مع قصد صاحبه. ولكن هذا الغالب ليس مطلقاً:

فمن ناحية : قد يُعبر الشخص عن إرادته – نحو إنشاء إلتزام – صراحة دون أن يتضمن هذا التعبير ، بعض المسائل الجوهرية ، التى انصرف القصد نحو التركيز أو الاعتداد بها ، أو يصدر مطابقاً لهذا الأخير، ولكنه يصل إلى علم من وجه إليه، على نحو مخالف بالنسبة لهذه المسائل. وقد لا توجد ظروف ، وملابسات توضح هذه الأخيرة . ففى هاتين الحالتين نكون بصدد اختلاف ، أو عدم تطابق بين التعبير والقصد ، بالمفهوم الذى عناه المشرع الكويتى بشأن حكم نص المادة (٢/٣٨ م.ك) (٣).

ومن ناحية أخرى : قد تحيط بالعقد – أثناء عملية تشييده – ظروف ، وملابسات يمكن – لمن وجه إليه التعبير الصريح – من خلالها الوقوف على حقيقة القصد ، فيما يتعلق بالمسائل التى لم تتضمنها معطيات هذا الأخير. فمثلاً قد يُعبر الشخص عن إرادته صراحة ، دون أن تتضمن معطيات هذا التعبير،

---

(١) راجع نص المادة ١/٣٨ م.ك ، وما ورد بشأنها فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى، ص٥٢، ٥٣.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى، مرجع سابق، ص٢٤ وما بعدها.

(٣) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص١٠٧.

صفته الحقيقية فى التعامل ، وكونه يبغى المساهمة فى تكوين العقد نيابة عن شخص محدد ، أو كان التعبير قد صدر متضمناً تحديد هذه الصفة ، ولكنه وصل إلى علم من وجه إليه ، على نحو يخالف حقيقته ، بشأن تلك الصفة[١]. ففى هذه الحالة قد تُنتفى الظروف والملابسات ، التى تمكن من وجه إليه التعبير من العلم، بصفة صاحب هذا الأخير فى التعامل على النحو المتقدم ذكره. وهنا نكون بصدد اختلاف – بالمفهوم الفنى والقانونى – بين التعبير ، وقصد صاحبه ، بخصوص الصفة فى التعامل . لأن التعبير الذى يصل إلى علم من وجه إليه ، خالياً من تحديد صفة صاحبه فى التعاقد ، يفسر وفقاً للأصل العام ، الذى يقضى بأن آثار العقد تنصرف فى ذمة من يساهم بإرادته فى تكوين العقد[٢].

ولكن قد توجد ظروف ، وملابسات ، توضح الصفة الحقيقية فى التعامل ، والتى لم يتم الإفصاح عنها صراحة . من هذا المنطلق يثور التساؤل حول مفهوم التعبير ، الذى عناه المشرع فى نص المادة (٢/٣٨) السابق ذكره. وهل يقتصر على التعبير الصريح فقط، أم أنه يشمل – أيضاً – التعبير الضمنى ؟ وإذا كان الأمر هكذا ، فما هى مقومات هذا الأخير؟.

ولا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل بشقيه تبدو على درجة كبيرة من الأهمية:-

فمن جهة : ليس معنى وجود بعض الظروف والملابسات، التى يمكن من خلالها الوقوف على العناصر، التى لم تتضمنها معطيات التعبير الصريح، أن صاحب هذا الأخير قد عبر عن إرادته ضمناً ، وأن ذلك ينتج ثماره الطبيعية ،

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، أثر اختلاف التعبير عن القصد على تكوين الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقاً لأحكام القانون المصرى والكويتى، ١٩٩٦، ص٣٨، ٣٩.

(٢) د. محمد عبد الحى حجازى، المرجع السابق، ص٧٦٢، ٧٦٣ فقرة رقم (٥٦٥)؛ د. محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٧٤-٧٥ ؛ د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٣٣٦.

بصفة مطلقة[١]. بل يجب أن يكون قد ساهم بإرادته – سواء بطريق مباشر أو غير مباشر – فى وجود هذه الظروف وسيأتى توضيح ذلك[٢].

ومن جهة أخرى : القول بأن إرادة المشرع الكويتى ، إنصرفت إلى وجوب الأخذ في الاعتبار صورتى التعبير المتقدم ذكرهما. يترتب عليه إنتفاء واقعة الاختلاف، بالمعنى الذى عناه فى نص المادة المتقدم ذكره. ومن ثم لا يمكن لمن وجه إليه التعبير التمسك – من حيث المبدأ – بحكم هذا النص حتى ولو كان قد شيد قصده ، نحو التعامل فى ضوء معطيات التعبير الصريح فقط وذلك لتخلف أحد ضوابط الاستفادة منه. وعلى العكس من ذلك إذا كانت إرادة المشرع، قد اتجهت نحو الاعتداد بالتعبير الصريح فقط . ففى هذه الحالة نكون بصدد اختلاف، أو عدم تطابق – بالمفهوم القانوني – بين التعبير وحقيقة القصد. ففي المثال المتقدم طرحه قد يصادف الإيجاب الصادر من النائب، قبولاً من جانب من وجه إليه التعبير الصريح، على أساس أن صاحبه يبغى المساهمة فى بناء العقد، لمصلحته الشخصية تمشياً مع الأصل العام المتقدم ذكره[٣]، ففى هذه الحالة إذا تم الاعتداد بمعطيات التعبير الصريح فقط ، فإن واقعة الإختلاف – على النحو المتقدم ذكره – تكون متحققة. وعلى النقيض من ذلك إذا تم الأخذ فى الاعتبار معطيات التعبير الضمنى المستخلص من ظروف التعاقد ، وملابساته ، فذلك يقتضى القول بانتفاء واقعة الاختلاف.

صحيح أن المتعاقد مع النائب ، قد لا يستفيد – في الحالتين – من حكم نص المادة (٢/٣٨ م) من حيث المبدأ لأنه قد يعلم بواقعة الاختلاف. ولكن هذه مسألة أخرى، حيث إنه يجب الفصل بين مفهوم الاختلاف بين التعبير ، والقصد، والعلم بذلك. ولا شك أن هذا الفصل تبدو أهميته بشأن تحديد مجال النصوص

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٢٩.
(٢) د. عبد الحى حجازى، المرجع السابق، ص٧٦٣.
(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣١.

القانونية التى قررها المشرع الكويتى[١]، والتى من بينها نص المادة (٥٨م) ، والذى يواجه مسألة عدم إفصاح النائب عن صفته فى التعامل[٢]. وكونه يتعاقد مع الأغيار نيابة عن شخص محدد[٣]. وفى حقيقة الأمر أن إرادة المشرع إنصرفت إلى وجوب الأخذ فى الاعتبار نوعى التعبير المتقدم ذكرهما. وسندنا فى ذلك الاعتبارات الآتية:-

الاعتبار الأول: أن عبارة نص المادة (٢/٣٨م) جاءت عامة مما يستوجب صرفها إلى التعبير الصريح والضمنى على حد سواء. والقول بخلاف ذلك فيه تخصيص للنص دون مخصص. ولو كان المشرع يقصد – فى هذا الشأن – التعبير الصريح فقط، لما تردد فى إضافة لفظة "الصريح" إلى المادة الخام التى استخدمت فى الصياغة وجاء النص على النحو التالى"... لمن وجه إليه التعبير الصريح عن الإرادة ..." خاصة وأن اللجنة التشريعية التى تولت إعداد وصياغة نص المادة ٢/٣٨ سالف الذكر ليست مقيدة باستخدام كمية محددة من الألفاظ والعبارات التى تصاغ بها النصوص القانونية، إضافة إلى أنها كانت تُعبر عن فلسفة تشريعية معينة[٤] ومن ثم فإنها حاولت إنتقاء المادة الخام التى تُعبر – وبدقة تامة – عن ذلك.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج٧، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تنقيح د. مصطفى محمد الفقى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٨١٣، هامش رقم ١.

(٢) راجع نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى حيث جاء بها "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

(٣) د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص١٤٧ ؛ د.محسن عبد الحميد إبراهيم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، ج١، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص١٩٠، ١٩١.

(٤) حيث إن دولة الكويت من الدول المستوردة للعمالة من الدول المختلفة ، وخاصة الدول الأجنبية التى لا تنطق باللغة العربية ، وقد يتولى أحد العاملين إبرام العديد من العقود ، مع أفراد المجتمع الكويتى الذى ينطق اللغة العربية. ويتم استخدام اللغة العربية فى صياغة بنود التعاقد.

الاعتبار الثانى: أجاز المشرع بمقتضى نص المادة (٣٥)[١]، أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق ، أو طبيعة المعاملة أن يجئ صريحاً. ولا شك أن نص المادة (٢/٣٨) المتقدم ذكره جاء – وفقاً للتحديد السابق بيانه – خالياً من القيود ، إضافة إلى أن طبيعة المعاملة وفقاً لفكرة النيابة فى التعاقد. لا تحول دون استخدام النائب نوعي التعبير – المتقدم ذكرهما – فى وقت واحد . وعلى ذلك إجماع الفقه والقضاء. فقد استقر الأمر بينهم على أنه ليس هناك ما يحول – من الناحية الفنية والقانونية والواقعية – دون أن يعبر النائب عن صفته الحقيقية فى التعامل ، وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد من خلال ظروف ، وملابسات التعاقد[٢]، كما هو الحال بالنسبة للعامل فى المحل التجارى الذى يتعاقد مع العملاء ، دون أن يفصح لهم صراحة عن صفته الحقيقية فى التعامل. ويكتفى فى هذا الشأن بالظروف والملابسات ، التى تحيط بالعقد أثناء مرحلة تكوينه ، والتى يمكن من خلالها الوقوف على هذه الصفة[٣]. وأيضاً السائق الذى يعبر عن إرادته فى شراء قطع غيار للسيارة التى يقودها، دون أن يعلن صراحة عن صفته فى التعامل لمن يتعاقد معه[٤]. ففى مثل ذلك يمكن استخلاص صفة النائب الحقيقية فى التعامل، من خلال هذه الظروف والملابسات. ومن ثم نكون بصدد تواؤم بين تعبير النائب وقصده بشأن صفته فى تكوين العقد مع طائفة الأغيار. ولا شك أن تجاهل ، أو إهمال تلك الظروف ، والملابسات ، يترتب عليه وجود اختلاف بين التعبير والقصد. وهذا يتنافى – وبما لا يدع مجالاً للشك – مع قصد النائب، إضافة إلى أنه يصطدم بصراحة نص المادة (٢/٣٨م) السابق ذكره.

الاعتبار الثالث: أن الحكم المقرر بمقتضى نص المادة (٢/٣٨م) المتقدم ذكره تقرر على خلاف الأصل العام فى تكوين العقد. مما يستوجب عدم جواز

---

(١) وهذا النص يقابله فى التشريع المصرى نص المادة ٢/٩٠ من القانون المدنى.

(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣٤.

(٣) د. عبد الفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص٢٠٥ ؛ د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٢٣٩.

(٤) د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص١٤٧.

القياس عليه، أو التوسع فى مجال تطبيقه. وهذا يقتضى – بالضرورة – صرف مفهوم التعبير الذى ورد ذكره فى هذا النص ، إلى الصريح والضمنى، على حد سواء(١).

وبناء عليه لا يجوز لقاضى الموضوع عند تعرضه لمسألة الاختلاف بين التعبير ، والقصد، الوقوف على معطيات التعبير الصريح فقط. بل يتعين عليه الأخذ فى الاعتبار الظروف، والملابسات التى يستخلص منها التعبير الضمنى، بمفهومه الذى عناه المشرع، وعرفه الفقه والقضاء منذ القدم ، فإذا تجاهل، أو أهمل معطيات هذا الأخير، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق نص القانون مما يخول لصاحب المصلحة الطعن، فى حكمه بطريق التمييز.

ولكن التعبير الضمنى – بالمفهوم القانونى – والذى يجب أخذه فى الاعتبار عند التصدى ، لمسألة الاختلاف ، على النحو السابق بيانه ، له مقومات محددة:

فمن جهة : يجب أن تحيط بالعقد ظروف(٢) وملابسات توضح المسائل التى لم يرد ذكرها فى معطيات التعبير الصريح(٣). وعلى ذلك فالسكوت المجرد من الملابسات ، لا يصلح لأن يكون تعبيراً ضمنياً عن الإرادة(٤) بخصوص المسألة محل البحث.

ومن جهة ثانية: أن تكون الظروف والملابسات ، قد اتصلت بمن وجه إليه التعبير الصريح، وذلك يقتضى علمه بها، أثناء تشييد قصده نحو التعاقد مع صاحب التعبير. فإذا لم تتحقق واقعة العلم – من حيث المبدأ – أو كانت موجودة ولكن بعد تشييد القصد فلا نكون بصدد اتصال بالمفهوم القانونى وتحديد ما إذا كان هناك اتصالاً من عدمه يتم من خلال نظرة موضوعية وليست شخصية وهذه مسألة متروك تقديرها لقاضى الموضوع ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.

---

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣٥.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهوانى، المرجع السابق، ص٢٨٩ ، ٢٩٠.

(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣٥.

(٤) د. عبد القادر محمد قحطان ، السكوت المعبر عن الإرادة، وأثره فى التصرفات القانونية (دراسة فى القانون المدنى المصرى ونظيره اليمنى مقارناً بالفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٠، ص٨٨٢ وما بعدها.

ومن جهة ثالثة: أن تمكن هذه الظروف الرجل العادى، من الوقوف على حقيقة قصد صاحب التعبير الصريح بالنسبة للمسائل التى لم تتضمنها معطيات هذا الأخير.

وأخيراً أن يكون صاحب التعبير الصريح، قد ساهم بإرادته – سواء بطريق مباشر أو غير مباشر – فى وجود تلك الظروف والملابسات. فإذا تخلف أحد هذه الضوابط ، فلا نكون بصدد تعبير عن الإرادة، بالمفهوم الذى عناه المشرع، وتناوله شراح القانون منذ القدم.

وجدير بالذكر إذا كانت عملية تحديد مدى توافر هذه المقومات من عدمه ، مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضى الموضوع ، من خلال واقع النزاع المطروح أمامه، إلا أن التصدى لها ، يعتبر من المسائل القانونية ، التى يخضع بشأنها لرقابة محكمة التمييز. فإذا تجاهل بحث مدى توافرها ، من عدمه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق نص القانون، مما يخول لصاحب المصلحة الطعن فى حكمه بطريق التمييز(١).

ومما يجدر التنويه إليه أن حكم نص المادة (٢/٣٨) ينصرف إلى معطيات التعبير التى تحمل إيجاباً. أما بالنسبة لتلك التى تحمل قبولاً فلم يتناولها هذا النص. لأنه من القواعد المسلم بها أنه لكى ينعقد العقد لابد وأن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب.

المطلب الثانى

حكم إصطدام معطيات التعبير الصريح بالمعنى المستفاد من ظروف التعاقد

انتهينا فيما سبق إلى أن إرادة المشرع، إنصرفت الى وجوب الأخذ فى الاعتبار نوعى التعبير، وذلك عند التصدى لمسألة اختلاف هذا الأخير، مع حقيقة القصد. ولا توجد أدنى مشكلة متى كانت العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه،

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣٦.

والتى يمكن استخلاصها من معطيات التعبير الضمنى، لم يرد ذكرها فى التعبير الصريح. ففى هذه الحالة نواجه مسألة تواؤم أو تطابق التعبير مع القصد.

ولكن تثور الصعوبة فى حالة اصطدام معطيات التعبير الصريح بالمعنى المستفاد من الظروف والملابسات، فيما يتعلق بأحد عناصر القصد، فمثلاً قد يُعبر الشخص عن إرادته صراحة، ويتضمن هذا التعبير معطيات تقطع – وبما لا يدع مجالاً للشك – بأنه يبغى التعامل، لمصلحته الشخصية، فى حين أن قصده إنصرف حقيقة نحو التعاقد نيابة عن شخص محدد. وقد توجد بعض الظروف، والملابسات، يمكن من خلالها الوقوف على حقيقة القصد. ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة للتعبير الصادر من الوكيل المسخر[١] والذى يتضمن ألفاظاً تقطع بأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية، رغم أن قصده ينصرف إلى التعامل لمصلحة الموكل. وقد تحاط بالعقد أثناء تكوينه ظروف وملابسات يمكن من خلالها العلم بصفته الحقيقية فى التعامل. وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية القول بوجود اختلاف بين التعبير والقصد بالمفهوم القانونى؟.

ونحن نرى أن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضى التفرقة بين فرضين هما:

الفرض الأول: تخلف أحد مقومات التعبير الضمنى الأخرى التى سبق الإشارة إليها. فمثلاً إذا كان صاحب التعبير الصريح، قد ساهم – سواء بطريق مباشر أو غير مباشر – فى وجود الظروف التى توضح حقيقة قصده بشأن العناصر، التى لم يرد ذكرها فى معطيات هذا التعبير، ولكن لم تتصل هذه الظروف بعلم من وجه إليه هذا الأخير، أو توافر الاتصال بالمفهوم القانونى، ورغم ذلك لم يستطع – وفقاً لمعيار الرجل العادى – الوقوف على المعنى المستفاد منها. ففى هذه الحالة يتعين على القاضى استبعاد هذه الظروف عند التصدى لمسألة

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج٧، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تنقيح د. مصطفى محمد الفقى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٨١٢ ؛ د. محمد زكى عبد المتعال المحامى، الشخصية المستعارة – تكييفها القانونى وآثارها الحتمية فى القانون والفقه والقضاء، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية، س٤٩، العدد الرابع، ابريل ١٩٦٩، ص١.

اختلاف التعبير مع حقيقة القصد[١]. وإلا اعتبر مخطئاً فى تطبيق نص القانون، مما يخول لصاحب المصلحة الطعن فى حكمه بطريق التمييز.

أيضاً إذا كان صاحب التعبير، الصريح، لم تنصرف إرادته إلى المساهمة فى وجود الظروف والملابسات، التى يمكن من خلالها الوقوف على حقيقة قصده. كما هو الحال بالنسبة للوكيل المسخر. فنظراً لأنه يستخدم ألفاظاً صريحة، توضح صفته فى التعامل، وكونه يتعاقد لمصلحته الشخصية فإن ذلك يقطع الطريق أمام القول بوجود تعبير ضمنى عن هذه الصفة. لأن الوكيل حينما عبر عن إرادته صراحة أراد بذلك أن يخبر من وجه إليه التعبير أنه يتعاقد بالأصالة عن نفسه. وهذا يحول دون القول بأنه ساهم بإرادته الحقيقية – بطريق مباشر أو غير مباشر – فى وجود الظروف، والملابسات، التى توضح حقيقة صفته فى التعاقد مع الأغيار. ونظراً لعدم تواؤم المعنى المستفاد، من معطيات التعبير الصريح، مع حقيقة القصد، وذلك بمعزل عن المعنى المستخلص من هذه الظروف، فنحن نواجه – وبحق – مسألة الاختلاف بين التعبير والقصد. لتخلف أحد مقومات التعبير الضمنى المتقدم ذكرها وينصب هذا الاختلاف على الصفة فى التعاقد.

صحيح أن حكم نص المادة (٢/٣٨ م) لا يجد فى هذه الحالة مجالاً للتطبيق[٢]، لتوافر واقعة العلم بحقيقة القصد ولكن هذه مسألة أخرى. فقد سبق القول بأنه يجب الفصل بين اختلاف معطيات التعبير مع محتوى القصد[٣]، ومسألة العلم بذلك.

الفرض الثانى: توافر مقومات التعبير الضمنى عن الإرادة. وفى هذه الحالة نواجه مسألة عدم التطابق بين التعبيرين. وهذا لا يمكن تكييفه على أنه اختلافاً بالمفهوم الذى عناه المشرع، فى نص المادة (٢/٣٨). لأن إرادته لم تنصرف إلى عدم التواؤم بين التعبيرين، بل اتجهت نحو الاختلاف بين معطيات التعبير –

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٣٧.
(٢) والذى يقابله فى القانون المدنى المصرى نص المادة ١٠٦ .
(٣) د. عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص٨٠٣ وما بعدها.

الصريح أو الضمنى – وحقيقة القصد. بدليل أنه جاء فى النص " .... لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة ... برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه ....".

وفى واقع الأمر أنه متى كان صاحب التعبير، قد ساهم فى معطيات التعبير الضمنى، فنحن نواجه مسألة صورية. لأن أحد التعبيرين الذى يتلاءم مع القصد يكون حقيقياً، والثانى يصبح – بالضرورة – صورياً. وفى هذه الحالة لا نكون بصدد اختلاف بالمعنى القانونى مما يحول دون خضوع هذه المسألة:

- لحكم نص المادة ٢/٣٨ ، لأن هذا الحكم تقرر على سبيل الاستثناء مما يستوجب عدم جواز القياس عليه أو التوسع فى مجال تطبيقه.
- أو أحكام الصورية . لأن هذه الأخيرة لها مفهوماً قانونياً محدداً لا يجوز الخروج عنه(١).

ويتعين تطبيق الأصل العام فى التعاقد، والذى يقضى بأن العبرة بالقصد. وعلى ذلك يجب على كل من يوجه إليه التعبير الصريح، الصادر من أحد الأغيار، الأخذ فى الاعتبار الظروف والملابسات، التى تحيط بالعقد، فيما يتعلق بالمسائل التى لم يرد ذكرها فى معطيات التعبير الصريح، متى كانت هذه المسألة محل اعتبار من جانبه وبصفة خاصة الصفة فى التعاقد.

وتحديد مدى وجود اختلاف من عدمه مسألة موضوعية متروك تقريرها لقاضى الموضوع ويستخلصها من خلال وقائع النزاع المطروح أمامه ، فى ضوء المعيار الذى سوف نتولى توضحيه فيما بعد.

(١) د. محمد زكى عبد المتعال المحامى، المرجع السابق، ص١-٣.

المبحث الثانى

التعويل على معطيات التعبير التى تخالف القصد

تمهيد وتقسيم:

إن إرادة التعاقد بالأساس تنبنى – كما سبق القول – على عنصرين أساسيين أحدهما معنوى وهو القصد نحو إنشاء التزام ، وثانيهما مادى وهو التعبير باستخدام إحدى الوسائل المختلفة[١]. فنجد أن القصد يُعد من الأمور النفسية الداخلية التى لا يمكن إدراكها مباشرة ولا تستخلص إلا من خلال المسلك الخارجى للشخص ، ونجد أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا تتكون من اتجاه قصد كل طرف نحو الالتزام. فالقصد الكامن فى النفس لا يرتب آثار قانونية إلا من خلال الإفصاح عنه صراحة أو ضمناً لأن هذا الإفصاح يتيح الفرصة لأطراف التعاقد معرفة محتواه .

(١) د. وليد سليم قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه، المطبعة التجارية الحديثة بالقاهرة، ١٩٥٥، ص٣ وما بعدها، د. حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات / الكتاب الأول – نظرية العقد، ١٩٤٣، مطبعة نورى بالقاهرة، ص ٨١، ٨٢، ٨٧.

RIEG (A), Le rôle de la vlonté, dans l'acte juridique, en droit civil Français et ALEMAND, th, strasbourge p.37 et, s. les modes non Formels d'expression de la volonté , T.A.H. Capitant, 1973, P.40 et. S, PLANIOL et ESMEIN, troité pratique de droit civil Français , 2 é, éd, T.V.I, 1952 N° 113 et. S, MARTY et RAYNAUD , droit Civil , I,I, N° 151, MARTIMDE La MOUTIE , l'acte juridique unilatérol "essai sur sanation et sa technique en droit civil, 1951, N° 168.

د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى، خلاصة دروس، لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص٤ ومابعدها.

وبناء على ذلك يكون له الحرية الكاملة فى قبول أو رفض التعامل مع صاحبه إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد والمنبثق من مبدأ سلطان الإرادة ، والذى يرجع جذوره إلى القانون الرومانى ، ومن ثمَّ فإنه يجب أن يكون التعبير أميناً وصادقاً[١].

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمعيار التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الثالث: إثبات التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الرابع: بعض مظاهر التعويل على معطيات التعبير.

المطلب الأول

مفهوم التعويل على معطيات التعبير

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى نجد أنها[٢] نصت على "... ، وبهذا يلزم للاعتداد بالتعبير المخالف لحقيقة القصد ... التعوّيل على التعبير بمعنى أن يرتب من وجه إليه أموره على أساسه ..." . وعلى ذلك فإن الاختلاف بين التعبير وقصد صاحبه يعتبر من أهم الضوابط التى يجب توافرها من أجل الاستفادة من حكم هذا النص. ولتوضيح هذا الضابط لابد لنا من تحديد مفهومه . ومعرفة الطبيعة القانونية لمعياره وإثباته وأخيراً بعض مظاهره التى تثير مشاكل فى الحياة العملية.

ومعنى هذا أن عدم تطابق معطيات التعبير مع محتوى قصد صاحبه لا يعنى – بالضرورة – ترتيب من وُجِهَ إليه التعبير أموره على دائرة الاختلاف بصورة

(١) د. محمد صبرى السعدنى، شرح القانون المدنى الجزائرى، النظرية العامة للالتزامات، جـ١، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، ص٩٥.

(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٥٣.

مطلقة[١]، بل يجب على قاضى الموضوع بحث هذه المسألة من خلال ظروف التعاقد وملابساته.

ولاشك أن التعويل على معطيات التعبير قد يكون كلياً أو جزئياً وهذا يظهر جلياً عندما تكون دائرة الاختلاف – كما تقدم عرضه – تتضمن مسألتين مختلفتين أو أكثر.

فمثلاً قد يتضمن التعبير – الذي يحمل ايجاباً – معطيات يستخلص منها أن صاحبه يبغي الاستئجار لمصلحته الشخصية وبأجرة معينة، في حين أن قصده انصرف إلي التعاقد نيابة عن شخص محدد، وبقيمة إيجارية أقل مما ورد ذكرها في التعبير[٢] . وقد يصادف هذا الإيجاب قبولاً من جانب من وجه إليه[٣]. ففي هذه الحالة نواجه مسألة اختلاف التعبير مع حقيقة القصد فيما يتعلق بالصفة في التعاقد وكذا القيمة الايجارية، ومع ذلك لا يشترط – بالضرورة – أن يكون من وجه إليه التعبير قد رتب أموره علي منطقة الاختلاف[٤] .هذا من جهة ومن جهة أخري قد تكون احدي هاتين المسألتين هي التي تم التعويل عليها. ومن ثم فإنه يتعين علي القاضى التصدي لهذه المسألة، وتحديد مدي وجود تعويل– كلى أو جزئي – على منطقة الاختلاف من عدمه وقد ينتهي إلي انتفاء التعويل بصفة مطلقة[٥]. وفي هذه الحالة يتعين عليه الامتناع عن تطبيق حكم نص المادة (٢/٣٨م) المتقدم

(١) وهذا ما دفع المشرع الكويتى إلى الفصل بين مسألة الاختلاف ، والتعويل على دائرة هذا الاختلاف راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد، مرجع سابق، ص٥٣.

(٢) كأن يزل القلم ويكتب رقماً زائداً علي خلاف ما اتجه إليه القصد.

(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٥٤.

(٤) فمثلاً قد لا يعول المؤجر علي صفة المستأجر وكونه أعزب أو متزوج أو وطني, إضافة أن قصده انصرف منذ البداية إلي قبول التعامل في حدود القيمة الايجاريه التي اتجه قصد صاحب التعبير نحوها بسبب تقلص دائرة الطلب علي عمليات الاستئجار.

(٥) وفي هذه الحالة تنشأ الرابطة الايجارية بين المؤجر والأصيل مباشرة وبالقيمة الايجارية التي انصرف قصد النائب نحوها إعمالاً للأصل العام المقرر بمقتضى نص المادة (١/٣٨) وسيأتى توضيح ذلك فيما بعد.

ذكره لتخلف أحد الضوابط الجوهرية اللازم توافرها من أجل الاستفادة من هذا الحكم.

وقد ينتهي إلي ترتيب من وجه إليه التعبير أموره علي احدي هاتين المسألتين فقط.

وفي هذه الحالة تقتصر الاستفادة – من حيث المبدأ – من حكم نص المادة (٢/٣٨م) علي المسألة التي تم التعويل عليها فقط[١] . بل قد يستخلص القاضي من خلال وقائع النزاع أن من وجه إليه التعبير، رتب أموره علي أحد اعتبارين هما: الصفة في التعاقد، أو الدفع الفوري[٢].

فمثلاً قد يتضمن التعبير الذي يحمل إيجاباً معطيات تفيد بأن صاحبه يبغي التعامل لمصلحته الشخصية، وبثمن فوري. في حين أن قصده أنصرف إليه التعامل نيابة عن شخص محدد وبثمن مقسط. وقد يصادف الإيجاب قبولاً من جانب من وجه إليه في ضوء ما ورد به من معطيات اعتقاداً منه – وفقاً للمعيار الموضوعي – مطابقة هذه الأخيرة مع مضمون القصد. ففي هذه الحالة نواجه مسألة اختلاف – بالمفهوم القانوني – من ناحية الصفة في التعاقد، ونظام دفع الثمن.

---

(١) فإذا كان لا يرغب – من حيث المبدأ – في التعامل مع الأصيل فالرابطة الايجاريه نشأت بينه وبين النائب مباشرة ويصبح الأصيل أجنبياً عن ثمار العقد، وفي حدود الأجرة التي أنصرف قصد النائب نحوه. وإذا كان قد رتب أموره علي القيمة الايجاريه المعلن عنها في التعبير، بمعني أنه لو كان يعلم بمحتوي القصد فيما يتعلق بالقيمة الايجارية، لما ساهم في تشيد العقد فالرابطة الايجارية، تنشئ في حدود الأجرة التي تم التعبير عنها، ويصبح الأصيل طرفاً في العقد، صحيح أن النائب يكون في هذه الحالة مسئولاً في مواجهة الأصيل، ولكن هذه مسألة أخري يتم تسويتها وفقاً للرابطة القانونية الموجودة بينهما.

(٢) والمجال الخصب لتلك البيوع التي يكون محلها المنقولات كالسيارات والاجهزة الكهربائية. راجع في هذا الموضوع د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٨١، ص١٨٣ وما بعدها.

وقد يستخلص القاضي – من خلال وقائع النزاع – أن من وجه إليه التعبير رتب أموره – وهو الغالب – علي الصفة في التعاقد[١] من أجل تحاشي المخاطر التي تحوم حول حصوله علي حقوقه. كما لو كان يقبل – من حيث المبدأ – التعامل بنظام التقسيط، ومع ذلك فإنه لا يرغب في التعاقد مع الأصيل الذي أنصرف قصد النائب نحو التعامل لمصلحته، وذلك بسبب سوء مركزه المالي، الذي لا يسمح بالوفاء بأقساط الثمن، أو مماطلته في الوفاء بديونه، أو لاعتبارات مستمدة من : الجنسية، أو آثار العمليات الحربية وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعاقد مع النائب التمسك بتطبيق حكم نص المادة (٢/٣٨) بالنسبة للمسألتين المتقدم ذكرهما. بل يكون مخيراً بين التمسك: بالصفة في التعامل أو الدفع فوراً[٢]. فإذا فضل هذا الأخير فلا يجوز له طلب قيام العقد مع النائب بصفته الشخصية ، وإذا فضل انصراف آثار العقد في ذمة هذا الأخير، فلا يجوز له طلب الدفع فوراً، إضافة إلي أن حق الخيرة علي هذا النحو يكون مقيداً بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وسيأتي توضيح ذلك فيما بعد . وبناء عليه فالتعرض لمسألة التعويل – الكلي أو الجزئي – علي النحو المتقدم ذكره، يعد من قبيل المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز. فإذا تجاهل قاضي الموضوع بحث هذه المسألة أو كان تصدي لها، وانتهي – من خلال وقائع النزاع إلى انتفاء التعويل على دائرة عدم التطابق بصورة مطلقة ومع ذلك طبق بناء علي طلب صاحب الشأن – حكم نص المادة (٢/٣٨م)، استناداً إلي واقعة الاختلاف في حد ذاتها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق نص القانون، مما يخول لصاحب المصلحة الطعن في حكمه بطريق التمييز.

(١) معظم الشركات التي تتولى تسويق بعض المنتجات تتحفظ بشأن التعامل مع الأجانب متي كانت تقبل التعاقد وفقاً لنظام التقسيط خشية من المعاناة في الحصول أقساط الثمن.

(٢) إعمال حكم نص المادة٥٨ من القانون المدنى الكويتى.

ويجب أن يتم تحديد مدى وجود تعويل – بالمعني المتقدم ذكره – من عدمه، أثناء تشييد من وجه إليه التعبير عزمه وتصميمه علي المساهمة في تكوين العقد[١] وليس بعد ذلك[٢] .

وعلي ذلك إذا ثبت للقاضي – من خلال وقائع النزاع – أن دائرة الاختلاف لم تكن محل اعتبار أثناء تكوين من وجه إليه التعبير قصده نحو التعامل مع صاحب هذا الأخير، ولكن طرأت بعد ذلك ظروف معينة ترتب عليها التعويل علي العناصر التي لم يرد ذكرها في التعبير – الصريح أو الضمني – فلا نكون بصدد تعويل المفهوم الذي عناه المشرع في هذا الخصوص، لأن هذه العناصر لم يكن لها تأثير علي تكوين العزم والتصميم علي المشاركة في تكوين الرابطة العقدية، ومن ثم فإنها تصبح – في هذه الحالة – مجردة من الأثر القانوني[٣]. ويتحقق ذلك متي طرأت بعد تكوين العقد متغيرات اقتصادية أثرت على المراكز المالية للأشخاص.

والمثل الواضح علي ذلك سوق المناخ والأزمة الاقتصادية التي أطاحت به. فقبل بدايتها لم تكن البنوك وكذا الشركات الاستثمارية تعول – إلى حد ما – علي صفة من يرغب في الاقتراض منها، وكونه يقترض لمصلحته الشخصية، أو باعتباره نائباً عن إحدى الشركات ذات المسئوليات المحدودة. بل أنها كانت تتعامل مع كل من يرغب في التعاقد معها، بغية استثمار أموالها، ولكن منذ تاريخ حصولها أصبحت الشركات والبنوك – سواء كانت وطنية أم أجنبية – التي تعرض قروضاً، تعول علي صفة الشخص الذي يبغي التعامل معها. لأن هذه الأزمة كان لها – وبما لا يدع مجالاً للشك – تأثير بالغ علي المراكز المالية للأشخاص، وعلي وجه التحديد شركات الأموال. حيث أنه تم إشهار إفلاس الغالبية العظمي من الشركات ذات المسئوليات المحدودة . ومن ثم فقد أصبحت صفة الشخص في التعامل وكونه يبغي التعاقد لمصلحته الشخصية، أو بالنيابة عن شركة معينة محل اعتبار من

(١) راجع في ذلك، د. جمال مرسي بدر، الرسالة السابقة، ص ٢٣, ٢٤.
(٢) لأن المسألة تتعلق بتشييد العزم والتصميم علي المساهمة في تكوين العقد.
(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٨٩.

جانب البنوك والشركات الاستثمارية، التي تعرض قروضاً وبضمانات معينة ، وترفض – من حيث المبدأ – التعامل مع كافة الشركات التي تم شهر إفلاسها[١].

وبناء عليه إذا كان تحديد تاريخ التعويل علي النحو المتقدم ذكره من المسائل الموضوعية التي يترك الفصل فيها لقاضي الموضوع، إلا أن التصدي له يعد من قبيل المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز. وعلي ذلك إذا لم يتعرض لهذه المسألة أو كان قد تصدي لها، وانتهي إلي أن التعويل علي بعض العناصر الجوهرية لاحقاً علي تاريخ تكوين العزم والتصميم، ومع ذلك طبق حكم نص المادة (٢/٣٨) – بناء علي طلب صاحب الشأن – فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق نص القانون مما يخول لصاحب المصلحة الطعن في حكمه بطريق التمييز.

وجدير بالذكر أن التعويل علي معطيات التعبير، ليس مقصوداً لذاته ولكن من أجل تحاشي أضرار معينة قد تكون مادية او معنوية[٢] .

ويثور التساؤل حول مدى اشتراط تحقق الضرر من أجل الاستفادة – من حيث المبدأ – من حكم نص المادة (٢/٣٨) السابق ذكره؟.

ولا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل تبدو اهميتها متى كان من وجه إليه التعبير قد علم بعدم تواؤم معطيات هذا الأخير مع محتوى قصد صاحبه، بعد تكوين العقد مباشرة، وقبل البدء في تنفيذه. ففي هذه الحالة لا يمكن القول بوجود أضرار محققة سوى الضرر الناتج عن تفويت فرصة التعاقد في حد ذاتها ، وذلك في اغلب الأحوال. فهل هذا النوع من الضرر – في حالة وجوده – يكفي للاستفادة – من حيث المبدأ– من حكم نص المادة (٢/٣٨) المتقدم ذكره؟.

ومبعث هذا التساؤل يرجع إلي اعتبارين أساسيين هما :-

---

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩٠.

(٢) وتبدو أهمية الوقوف على نوع الضرر بشان القيود الواردة على المظهر المادي للعقد والمستمد من نظريه التعسف في استعمال الحق, د. فيصل زكى عبد الواحد ، أثر اختلاف التعبير عن القصد على تكوين الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقاً لأحكام القانون المصرى والكويتى، ص ١٨٣ وما بعدها.

الاعتبار الأول: أن هذا الحكم تقرر – كما سبق القول– علي خلاف الأصل العام، إضافة إلى أن الآثار المترتبة عليه لا تتواءم – كما سنوضح فيما بعد[١]– مع حكم القواعد العامة وتجافي – في نفس الوقت– قواعد العدالة. ومن ثم لايجوز القياس عليه أو التوسع في مجال تطبيقه.

الاعتبار الثاني: اتجاه بعض من الفقه إلي القول بأن قيام الرابطة العقيدية في مظهرها المادي علي هذا النحو يعد بمثابة تعويض عينى[٢] . ومما لا شك أن التعويض – سواء كان نقدياً أو عينياً – لا يستحق إلا إذا كان الضرر تحقق بالفعل أو مؤكد وقوعه في المستقبل. وعلي ذلك شبه إجماع الفقه والقضاء[٣] .

وفي دائرة المسألة محور المعالجة لا يمكن القول بوجود أضرار محققة، طالما أن الرابطة العقدية لم تدخل في منطقة التنفيذ الفعلي، سوى الضرر الناتج عن تفويت فرصة التعاقد. فهل هذا الأخير يكفي للتمسك – من حيث المبدأ– بحكم نص هذه المادة[٤].

وإذا كان لنا عودة لتوضيح الإجابة عن هذا التساؤل فنحن نكتفي في هذا المقام بالقول بأن تحقق واقعة العلم بالاختلاف بعد تكوين العقد مباشرة وقبل البدء في تنفيذه، تحول دون الاستفادة من حكم نص المادة (٢/٣٨) السابق ذكره.

لأن المشرع لم يقصد من هذا الحكم توفير حماية فعالة لمن وجه إليه التعبير. فهذه الحماية توفرها – كما سبق القول مراراً – القواعد العامة من خلال طلب التعويض النقدي عن الضرر الناتج عن واقعة الاختلاف. فمتي انتهى القاضي إلى عدم تواؤم التعبير مع محتوى القصد فمعنى ذلك أن صاحب هذا

---

(١) د. فيصل زكى عبد الواحد، مرجع سابق، ص٢٣٢.

(٢) راجع وعلى سبيل المثال: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٩٧ هامش رقم١، د. مصطفي الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩٠، ص ٥٦ ، ٥٧ هامش رقم١.

(٣) راجع وعلى سبيل المثال د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسئولية المدنية، دراسة تحليلية وتأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٩٥، ص ١٨٧ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩٠.

الأخير قد أخل بالتزامه المتمثل في بذل العناية الواجبة من أجل مطابقة معطيات تعبيره مع حقيقة ما انصرف إليه قصده(١).

ولكن هدف من ذلك حماية استقرار المعاملات في المجتمع. ولا شك أن خضوع هذا الفرض لحكم القواعد العامة التي تخول – كما سنوضح فيما بعد – لمن وجه إليه التعبير حق طلب الإبطال وفقاً لإحكام الغلط أو التدليس، مع طلب التعويض لا يهدد استقرار المعاملات(٢).

صحيح أن العقد أصبح وسيلة الحياة في المجتمع، وأنه يعتبر – بمعزل عن تكوينه – واقعة اجتماعية لا تهم المتعاقدين فقط بلى الجماعة بأسرها. ولكن ذلك لا يغني عن وجود الضرر بالفعل، من أجل طلب قيام الرابطة العقدية في مظهرها المادي، إعمالاً للحكم المتقدم ذكره، حتى لا يتم القضاء على المفهوم الفني للعقد.

وعلى ذلك إذا تبين للقاضي العلم بواقعة الاختلاف بعد تكوين العقد وقبل البدء في تنفيذه فإنه يتعين عليه الامتناع عن تطبيق الحكم السابق بيانه، وإلا اعتبر مخطئاً في تطبيق نص القانون مما يخول لصاحب المصلحة الطعن في حكمه بطريق التمييز.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمعيار التعويل على

معطيات التعبير

سبق القول بأن عدم تواؤم معطيات التعبير مع محتوى قصد صاحبه، لا يعني – بالضرورة – تعويل من وجه إليه التعبير على دائرة الاختلاف. بل يجب علي القاضي التصدي لهذه المسألة. ومن هنا يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للمعيار الذي يجب الاعتداد به في هذا الشأن؟. وهل ينظر القاضي عند وزنه للظروف والملابسات التي يخلص منها إلي وجود تعويل من عدمه، إلي من وجه إليه التعبير ذاته، أم إلي المصلحة المجردة التي تتوافر لأي متعاقد وجد في تلك

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) إضافة إلى أن هذا الحق يخضع بدوره لنظرية التعسف في استعمال الحق وسيأتي توضيح ذلك فيما بعد . راجع: د. فيصل زكى عبد الواحد، مرجع سابق، ص١٨٣ وما بعدها.

الظروف؟. وبمعني آخر هل يتم تحديد التعويل علي دائرة عدم التطابق بين معطيات التعبير، ومضمون قصد صاحبه، من خلال نظرة شخصية، أم موضوعية؟.

أثارت الإجابة عن هذا التساؤل خلافاً حاداً في الفقه والقضاء. فذهب جانب[١] منهم إلي القول بأنه يجب الاعتداد في هذا الشأن بالمعيار الشخصي وعلى ذلك فإن تحديد مدى ترتيب من وجه إليه التعبير أموره على معطيات هذا الأخير التي لا تتواءم مع محتوى قصد صاحبه، من عدمه، يتم من خلال نظرة شخصية وليس موضوعية.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ جمال مرسي بدر[٢] ، بشأن مسألة التعويل على صفة النائب في التعاقد، من جانب من شارك معه في تشييد العقد والتي تعتبر أحد مظاهر اختلاف التعبير مع القصد – بأنه "... لما كان المشرع المصرى، قد استقى نص المادة (١٠٦) والذى يقابله فى التشريع الكويتى نص المادة (٥٨م) من القانون السويسرى كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية، فيصح عندئذ أن يقال بأن المذهب الشخصى فى هذه المسألة، هو مذهب القانون المصرى...".

وذهب جانب آخر[٣] إلى القول بأنه يجب النظر – فى هذا الشأن – إلى المصلحة نظرة موضوعية مجردة. وذلك يقتضى – بالضرورة – استبعاد المعيار الشخصى. وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ عبدالرزاق السنهورى[٤] "ونرى أن يتخذ القاضى فى ذلك معياراً موضوعياً ، لا معياراً شخصياً ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات. بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى

(١) د. جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص١٥٩.
(٢) المرجع السابق، ص١٥٩.
(٣) د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، جـ٧، المرجع السابق، ص٨١٤، هامش١.
(٤) المرجع السابق، نفس الموضع.

تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل. ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار المعاملات. وقد أخذ التقنين المدنى المصرى فى كثير من الأحوال، وأخذ به فعلاً فى الحالة الأولى بالذات من هاتين الحالتين، حيث يقول "... أو من المفروض حتماً أن يعلم ..." وأن المادة (١٠٦) يقابلها فى التقنين المدنى الألمانى نص المادة (١٦٤) ، وأن القضاء الألمانى أخذ فى هذا الشأن بالمعيار الموضوعى، ورفض السير فى طريق القضاء السويسرى ..." [١].

وقد رد الأستاذ الدكتور/ عبدالرزاق السنهورى على ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ جمال مرسى بدر، قائلاً "... ولا نرى التقيد بالمصدر التشريعى الذى استقيت منه نصوص القانون المدنى. بل يجب اعتبار هذه النصوص كلاً تنتظمه وحدة متناسقة، ويستمد حياته من البيئة المصرية، ومقتضياتها إذ هو موضوع لهذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبى..."[٢].

وفى واقع الأمر أنه متى كان من وجه إليه التعبير قد رتب أموره على دائرة الاختلاف بين معطيات هذا التعبير وحقيقة قصد ، فإنه يكون قد توهم أمراً مخالفاً للواقع مما دفعه إلى التعاقد. ولاشك أن أثر ذلك يختلف بحسب النظرية التى تبناها المشرع. وقد سبق القول بأن المشرع الكويتى، وإن كان قد اعتد بنظرية الإرادة الباطنة، حيث أنه اعتبر القصد هو لب العقد وأساسه، إلا أنه تخفف من حده هذه النظرية فى حدود استقرار المعاملات[٣]. إضافة إلى أنه خوّل – من حيث المبدأ – لمن توهم أمراً مخالفاً للحقيقة حق طلب إبطال العقد ، مع التعويض، وذلك وفقاً لأحكام الغلط ، أو التدليس[٤]. وكما سنوضح فيما بعد[٥] أن مسألة الاختلاف المتقدم ذكرها، وإن كان الفقه والقضاء قد انشق إلى فريقين بشأن مدى معالجة

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩٢.
(٢) المرجع السابق، نفس الموضع.
(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩٥.
(٤) راجع نص المادة ١٤٩ م. ك، ١٥١م .م ، وراجع د. فيصل زكى، المرجع السابق، ص٢٢٠ وما بعدها.
(٥) د. فيصل زكى عبدالواحد، المرجع السابق، ص٢٢٦ ، ٢٢٧.

الآثار المترتبة عليها من خلال أحكام الغلط والتدليس، إلا أن الاتجاه الحديث يذهب إلى أنها تخضع – من حيث المبدأ – لهذه الأحكام. وإذا كان المشرع الكويتى قد انتزع هذه المسألة من دائرة هذه الأخيرة، فى حدود استقرار المعاملات. إلا أنه أحال – ضمناً – بشأن تحديد مدى تأثير معطيات التعبير التى تخالف القصد على ممارسة رخصة قبول ، أو رفض التعامل إلى ما يذهب إليه الفقه والقضاء بخصوص الطبيعة القانونية لمعيار الوهم. وإذا كان الفقه والقضاء قد انقسم بشأن ذلك إلى فريقين، فمنهم من جنح إلى المعيار الموضوعى[١]، ومنهم من رأى وجوب الاعتداد بالمعيار الشخصي[٢] ، إلا أن هذا الاتجاه الأخير هو الأجدر بالتأييد[٣] .لأن التعويل على مسألة معنية يعتبر من الأفكار النسبية التى يختلف تأثيرها على ممارسة رخصة قبول، أو رفض التعاقد، من شخص إلى أخر.

أما بخصوص ما يقول به أنصار المعيار الموضوعي بأن المشرع المصرى أخذ به في كثير من الحالات إضافة إلى أن كل بيئة لها نظامها القانونى الخاص

---

(١) راجع وعلى سبيل المثال : د. حسام الدين كامل الأهوانى ، المرجع السابق، ص١٤١، ١٤٢.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٨٨، ١٨٩، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٣٦٨، د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، المرجع السابق، ص ١١٥ ، ١١٦، د. جلال علي العدوي ، المرجع السابق، ص١٦٣، ١٦٤و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٣٦٤ ، د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص٢٤٨.
وايضاً د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٠٦، ٣٠٧.
حيث يقول "...إن منطق نظام الغلط ذاته اعتباراً بأنه يتفيأ أن يجئ رضاء المتعاقد على بينه من امر ما يرتضيه يقتضي منا في صدد تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا أن نأخذ بالمعيار الذاتي، فنبحث في مدى تأثير الغلط علي المتعاقد الذي وقع فيه بالذات لنتبين ما إذا كان هو الذي دفعه بالفعل إلى التعاقد بحيث أنه ما كان ليرتضي العقد لو لم يقع فيه أم أنه كان ليتعاقد بنفس الشروط حتى ولو لم يكن قد وقع فيه".

(٣) فقد أخذ المشرع الكويتي بهذا لمعيار. ويبدو ذلك واضحاً من تصريح المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بقولها" فالمعيار هنا شخصي يتعلق بالمتقاعد ذاته واثر الغلط فيه" ص١٣٩.

بها، وذلك يستوجب عدم التقيد بالمصدر التشريعي الذي استقيت منه نصوص القانون المدني، فيمكن مناقشته علي النحو التالي:-

أولاً : نحن لا ننكر – من حيث المبدأ – الدور الفعال، والإيجابي الذي يلعبه المعيار الموضوعي في مجال العلاقات التعاقدية، وذلك وفقاً للبيئة القانونية: المصرية والكويتية على حد سواء . فهذا المعيار يستعان به في مجال تكوين الرابطة العقدية – في حد ذاته– بشأن مدى استخلاص التعبير الضمني من ظروف وملابسات التعاقد ، وكذا المعنى المستفاد من معطيات التعبير بمعزل عن محتوى قصد صاحبه، والعلم بحقيقة القصد، بمعزل عن التعبير الصريح الضمني. وفي مرحلة تنفيذ العقد يلعب دوراً هاماً وفعالاً. ومن أمثلة ذلك. تقدير الضرر الفاحش حينما يطالب أحد طرفي العقد، بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. وقد أستقر الفقه والقضاء على أنه يجب على القاضي تقدير مدى جسامة الضرر من عدمه من خلال نظرة موضوعية[١] وبمعزل عن الظروف الخاصة بالمدين. ولكن ليس معنى ذلك وجوب الاعتداد به فيما يتعلق بالمسألة محور المعالجة. لأن المشرع – المصري والكويتي – أخذ – من حيث المبدأ – بنظرية الإرادة الباطنة. ومن ثم فإن استبعاد هذا المعيار يكون طبيعياً، ويجب تقدير مدى التعويل علي معطيات التعبير من عدمه، من خلال نظره شخصية. والقول بخلاف ذلك فيه مصادرة لمبدأ حرية التعاقد. صحيح أن هذا المبدأ ترد عليه، في إطار البيئة القانونية: المصرية والكويتية – بعض القيود[٢] . ولكن ليس معنى ذلك إنكار وجوده. بل إنه مازال يلعب دوراً هاما وفعالاً خارج منطقة القيود.

---

(١) راجع وعلى سبيل المثال:-

د. محمد محي الدين إبراهيم سليم, نظرية الظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٠، ص ٣٨٦، ٣٨٧، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٢٩، د.عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٣٣٧ ، ٣٣٨، د. جلال على العدوي، المرجع السابق ، ص ٢٦٣، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٢) بالنسبة للتشريعات التي تخففت من حدة النظرية اللاتينية، ومنها التشريع المصري، وكذلك التشريع الكويتي.

ثانياً: انتماء كل : من البيئة القانونية المصرية ، والسويسرية، والكويتية إلى العائلة اللاتينية، بعكس الحال بالنسبة للتشريع الألماني حيث إنه ينتمي إلى العائلة القانونية الجرمانية. وإذا كانت هذه الأخيرة تعتد بالمعيار الموضوعي، فهذا أمر منطقي وطبيعي. لأنها تعول على التعبير إعمالاً لنظرية الإرادة الظاهرة. ولاشك أنها تؤدي إلى استقرار المعاملات، حيث أنها تتسم بنزعة مادية وليست شخصية ، ولكنها تضحي بالقصد. وعلى العكس من ذلك بالنسبة للنظم اللاتينية[١] التي تخففت من حدة نظرية الإرادة الباطنة. حيث أنها تأخذ بالمعيار الشخصي بشأن تحديد محتوى القصد، وبالمعيار الموضوعي فيما يتعلق بالوقوف على المعنى المستفاد من معطيات التعبير– الصريح أو الضمني – بمعزل عن قصد صاحبه، أو ما تصوره هذا الأخير، أو بما فهمه من وجه إليه. وعلى ذلك فإن استقامة منطق أنصار المعيار الموضوعي، تقتضي القول بانتماء المشرعين: المصري والكويتي إلى العائلة الجرمانية وبصورة مطلقة، وهذا لا يمكن التسليم به. فالإرادة التشريعية التي تم التعبير عنها من خلال النصوص القانونية تؤكد – وبما لا يدع مجالاً للشك – بأن كلاهما مازال في حظيرة العائلة القانونية اللاتينية[٢] من حيث المبدأ.

ثالثاً: أن صاحب القول محل المعالجة ينادي بفكرة استقلال البيئة القانونية المصرية، عن النظام القانوني السويسري، مع إنه انتهي إلى انضمام المشرع المصرى إلى النظم الجرمانية وذلك بقوله"... وإن المادة (١٠٦م٠م) يقابلها في التقنين المدني الألماني نص المادة (١٦٤) وأن القضاء الألماني أخذ في هذا الشأن بالمعيار الموضوعي ورفض السير في طريق القضاء السويسري ...".

ونحن لا ننكر – من حيث المبدأ – فكرة الاستقلال، ولكن يجب التسليم – في نهاية المطاف– بأن كل تشريع ينتمي إلى أصل معين. وهذا الأصل أضحى[٣]

---

(١) ومنها التشريع الكويتي.

(٢) راجع وعلى سبيل : م١/٣٨م٠ك ٨٩٠٠ م٠م.

(٣) منذ منتصف القرن التاسع عشر.

أحد أمرين هما: العائلة القانونية: الجرمانية أو اللاتينية. ونظراً لانتماء المشرع المصري، وكذا الكويتي إلى هذه لأخيرة، مع التخفيف من حدة نظرية الإرادة الباطنة، فإنه يصعب القول بأن معيار تحديد مدى وجود تعويل، من عدمه، يكون – وفقاً للبيئة القانونية الكويتية – موضوعياً. لأن العائلة القانونية اللاتينية تتسم بنزعة شخصية من حيث المبدأ(١).

رابعاً: أخذ المشرع – المصري والكويتي – بالمعيار الموضوعي بشأن تحديد مدى علم من وجه إليه التعبير بعدم تواؤم معطيات هذا الأخير مع محتوى قصد صاحبه(٢) ، من عدمه. ولكنه لم يعتد بهذا المعيار بخصوص المسألة محور البحث. لأن يوجد فارق بينها، وبين واقعة العلم بالاختلاف. وهذا ما اعترف به المشرع الكويتي صراحة في نص المادة(٢/٣٨). حيث إنه اعتبر كل منهما ضابطاً مستقلاً عن الأخر، وأن توافر أحدهما لا يغنى عن وجود الثاني.

ومن الواضح تماماً خلط أنصار الاتجاه(٣) محل المناقشة بين هاتين المسألتين، ومن هنا جاءت وجهة نظرهم على النحو المتقدم ذكره. مع أنه يجب الفصل بينهما. فقد يكون هناك علم باختلاف معطيات التعبير مع محتوى القصد، ومع هذا لم يتم التعويل على دائرة الاختلاف، أو يوجد تعويل. والعكس قد لا يعول الشخص على منطقة الاختلاف، رغم جهله بها.

وبناء على ما تقدم ذكره فإنه يجب تحديد مدى وجود تعويل على دائرة الاختلاف بين التعبير والقصد، من عدمه، وفقاً للمعيار الشخصي البحت. وبمعزل عن مدى توافر واقعة العلم بهذا الاختلاف من عدمه. ومعنى هذا أن تحديد المصلحة يتم من وجهة نظر من وجه إليه التعبير، وليس من خلال نظرة

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص٩٦.
(٢) د. فيصل زكى عبدالواحد، المرجع السابق، ص١٣٢ وما بعدها.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني جـ٧، ص ٨١٤ هامش ١.

موضوعية خالصة[١] . فإذا انتهى القاضي إلى توافر هذه المصلحة – وفقاً للمعيار الشخصي – فنحن نكون بصدد تعويل بالمفهوم الذي عناه المشرع.

وعلى ذلك إذا كانت لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بشأن التحقق من وجود تعويل من عدمه، إلا أنه يجب عليه أن يلجأ في هذا الشأن إلى المعيار الشخصي[٢] . فإذا اعتد – في إطار البيئة القانونية المصرية وكذا الكويتية – بالمعيار الموضوعي – بخصوص هذه المسألة– فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق نص القانون، مما يخول لصاحب المصلحة الطعن في حكمه بطريقة التمييز.

والجدير بالذكر أنه يجب الاعتداد بقصد من صدر منه التعبير وغض النظر تماماً عن مقصد من وجه إليه التعبير.

المطلب الثالث

إثبات التعويل على معطيات التعبير

جاء في نص المادة (٢/٣٨) "ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به ... إذا اثبت أنه عول عليه..." . وقد علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على ذلك بقولها "... فيرخص لمن وجه إليه التعبير غير المطابق لحقيقة القصد أن يعتد به شريطة أن "يثبت أنه عول عليه...".

وبذلك يكون المشرع قد القى – وبصريح النص – على عاتق من وجه إليه التعبير عبء إثبات تعويله[٣] على كافة معطيات هذا الأخير، بغض النظر عما إذا

---

(١) فإذا كان كل متعاقد توجد لديه نزعة المحافظة على حقوقه، إلا أن درجة الحرص تختلف من شخص إلى أخر ويبدو ذلك واضحاً في دائرة التعامل مع البنوك والشركات الاستثمارية، حيث أن الضمانات التي تشترطها _ من أجل المساهمة في تكوين عقود القروض _ تختلف من بنك إلى آخر.

(٢) ولكن إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه هو القانون الألماني وفقاً لقواعد الإسناد، فإنه يجب عليه الاعتداد بالمعيار الموضوعي لأن المشرع الألماني أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، التي تعول على التعبير وتقيم منه قرينة قاطعة على مطابقته لمحتوى القصد.

(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠١ وما بعدها.

كان الاختلاف ينصب على مضمون، أو محل أو طبيعة، أو سبب التعاقد، أو يرد على الصفة في التعاقد، وبغض النظر عما إذا كان العقد يدخل في دائرة العقود ذات الطابع الشخصي أو التي يغلب عليها الطابع المالي. لأن عبارة " ... إذا أثبت ... " جاءت مطلقة، والقول بخلاف ذلك فيه تخصيص للنص دون مخصص.

وما يثور من تساؤل في هذا الخصوص يدور حول مدى تواؤم هذا الالتزام مع القواعد العامة المقررة في الإثبات ؟

لا شك أن المشرع الكويتي قد خرج فى هذا الشأن عن حكم هذه القواعد والتى تلقى على عاتق من يدعى خلاف الوضع الثابت – أصلاً أو فعلاً أو حكماً – الإثبات . صحيح أن من وجه إليه التعبير المخالف لمحتوى قصد صاحبه يكون قد توهم أمراً مخالفاً للواقع. وأن القواعد العامة في الإثبات تقضي بأن من يدعي وجود غلط يقع عليه عبء الإثبات. ولكن هذه القواعد لا تنطبق إلا إذا كان الوهم تلقائياً. وهذا يعد منتفياً في دائرة المسألة محور المعالجة(١).

فالمفترض الطبيعي للأمور، أن يصل التعبير إلى من وجه إليه متوائماً مع مضمون قصد صاحبه، وأن مرحلة التصور الذهنى، أو العقلي قد تمت على هذا الأساس. ومن ثم فإن إثبات واقعة الاختلاف بعد تكوين العقد تشكل مفاجأة لمن وجه إليه التعبير المخالف. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن أقلام شراح القانون جرت على التفرقة بين العقود ذات الطابع الشخصي، وتلك التى يغلب عليها الطابع المالى من ناحية الإثبات فقد رأوا أن الأصل فى الطائفة الأولى أن شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار ومن ثم فالادعاء بالتعويل على معطيات التعبير التى تخالف القصد من ناحية الصفة فى التعامل، يكون متوائماً مع هذا الأصل.

وبناء عليه فالقواعد العامة فى الإثبات تقتضى –تبعاً لذلك – عدم تكليف من وجه إليه التعبير بإثبات التعويل على معطيات هذا الأخير(٢). ولكن المشرع الكويتي رأى أن حكم القواعد العامة فى الإثبات على هذا النحو، لا يكفى للمحافظة

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٣.
(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٤.

على جوهر العقد. فمن شدة حرصه علي المفهوم الفنى للعقد، اقتحم منطقة العمل الإجرائى. لأن الفلسفة التشريعية تقتضي دخول قواعد الإثبات فى صميم عمل المشرع الإجرائي. ويبدو أن المشرع الموضوعى خشى من إغفال هذا الأخير وضع حكم خاص بالمسألة محور البحث. ورأى أن أفضل وسيلة لذلك هى تقرير الالتزام المتقدم ذكره. وعلى ذلك فإنه يقع على عاتق من وجه إليه التعبير عبء إثبات ترتيب أموره على كافة معطيات التعبير، بغض النظر عما إذا كان العقد ذو طابع شخصي، أو يغلب عليه الطابع المالى. فيثبت أنه لو كان يعلم بمحتوى القصد منذ البداية، لما ساهم فى تكوين العقد. الأمر الثانى أنه قام بترتيب أموره بشأن مرحلة تنفيذ العقد على معطيات التعبير.

ونظراً لأن الإثبات ينصب – فى هذا الشأن – على واقعة مادية، وليس تصرفاً قانونياً، فإنه يمكن استخدام كافة وسائل الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود، والمراسلات. ويترك لقاضى الموضوع سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة المطروحة. ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة التمييز. ويجوز للقاضى الاستعانة فى هذا الشأن بمكتب الخبراء. ويأمر بانتداب خبير. ولكن رأى هذا الأخير ليس ملزمًا، فيجوز للقاضي أن يأخذ به كله، أو فى جانب منه، كما يمكنه أن يطرحه كلية[١].

ويجب أن تكون الظروف والملابسات قاطعة على وجود تعويل. وبالتالى إذا كان هناك شكاً فى ذلك فإنه يجب تطبيق الأصل العام الذي يقضي بأن العبرة بالقصد وليس بمعطيات التعبير. ومعنى هذا أنه لا يكفى فى هذا الشأن تقديم بعض الأدلة التى تفيد بوجود تعويل بل يجب أن تكون الأدلة قاطعة.

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، المرجع السابق، ص١٠٥.

المطلب الرابع

بعض مظاهر التعويل على معطيات التعبير

لاشك أن مظاهر اختلاف معطيات التعبير مع حقيقة قصد صاحبه، بالمفهوم الذي عناه المشرع الكويتي – في هذا الخصوص – متعددة ومتنوعة. فقد ينصب عدم التواؤم على موضوع، أو محل أو سبب، أو مضمون التعاقد[١] كما قد يرد على صفة صاحب التعبير في التعامل. وهذا المظهر الأخير أكثر شيوعاً في واقع الحياة العملية[٢]. وتبدو أهمية الوقوف عليه، بسبب تعدد الأنظمة القانونية، التي يتم من خلالها تكوين العلاقات التعاقدية على الصعيد الداخلي، والدولي على حد سواء. من ذلك مثلاً فكرة النيابة في التعاقد، والوكالة بالعمولة، والاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد على الغير، وغير ذلك من الأفكار المختلفة. فالعقد الذي يتم تشييده وفقاً لإحدى هذه الأفكار يأتي على خلاف الأصل العام، الذي يقضي بأن ثمار العقد – سواء كانت حقوقاً ، أو التزامات – تنصرف في ذمة من يساهم في عملية التكوين. ومن ثم فالشخص الذي يبغى التعامل مع أحد الأغيار, وفقاً للنظام القانوني لإحدى هذه الأفكار يلتزم – من حيث المبدأ – بالكشف عن صفته الحقيقية في التعاقد. وذلك يتطلب – بالضرورة – مطابقة تعبيره لحقيقة، قصده بشأن صفته في التعامل[٣].

---

(١) ومن ذلك مثلاً أن يزمع شخص شراء سيارة جديدة ويريد بيع سيارته القديمة. فأرسل لآخر يعرض عليه شرائها بثمن معين قاصداً تعليق البيع على شراء السيارة الجديدة. ولكن سها عليه ذكر هذا الشرط في خطابه. ففي هذه الحالة يكون محتوى التعبير مخالفاً لمضمون القصد. ومن ثم إذا كان من وجه إليه التعبير قد رتب أموره على معطياته معتقداً _ وفقاً للمعيار الموضوعي _ مطابقتها لحقيقة القصد, فإنه يستفيد _ من حيث المبدأ _ من حكم نص المادة ٢/٣٨ متى توافرت الضوابط الأخرى، وبالتالي فمن الممكن قيام الرابطة العقدية في حدود معطيات التعبير فقط.

(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٦.

(٣) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٨.

وبناء عليه لا يكفي – في ظل وجود وتعدد هذه الأنظمة – أن يصدر التعبير – سواء كان صريحاً أو ضمنياً – مجرداً من صفة صاحبه في التعاقد. فالتعبير الذي يصل إلى علم من وجه إليه على هذا النحو، يتعين تفسيره – من حيث المبدأ – على أن صاحبه يتعاقد لمصلحته الشخصية تمشياً مع الأصل العام السابق بيانه.

فالإفصاح عن الصفة في التعامل يتيح الفرصة لمن وجه إليه التعبير للتعرف على الشخص، الذي تنصرف في ذمته ثمار العقد، المزمع إنشاؤه، وفي ضوء ذلك قد يقبل، أو يرفض التعامل بحسب ما إذا كانت له مصلحة في تحديد الشخص الذي سيكون طرفاً معه في العقد أثناء طرحه لثماره[١]، من عدمه.

فكل شخص يبغى المساهمة في تكوين عقد معين يهمه – بالدرجة الأولى – العلم بالشخص الذي تنصرف في ذمته الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد، خاصة إذا كان هذا الأخير من طائفة العقود الزمنية[٢]، أو الفورية التي يتراخى تنفيذها إلى فترة معينة من الزمن[٣] . ومن ثم فقد يرغب من وجه إليه التعبير في التعامل – من حيث المبدأ – مع صاحب التعبير بصفته الشخصية. ويرفض التعاقد مع الأصيل الذي انصرف قصد هذا الأخير نحو التعامل لمصلحته, لاعتبارات معنية، قد تكون مالية[٤] ، أو نفسية[٥] ، أو دينية[١]، أو عائلية[٢] أو غير

(١) إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة.

(٢) كعقد الإيجار مثلاً.

(٣) كما هو الحال بالنسبة لعقود البيع بنظام التقسيط. راجع في ذلك وعلى سبيل المثال:-
PIERRE Du PONT DELESTRATNT, droit civil, principaux contrats 1988, P.34 et. 1993, No 166a 169.s.,ALAIN BENABENT, droit civil, les contrats, speciaux.

(٤) كضعف مركزه المالي، أو مماطلته في الوفاء بديونه أو كونه يحمل جنسية دولة أجنبية .

(٥) كوجود خلافات شخصية، أو عائلية بين شخصين ترتب عليها تكوين عامل نفسي يحول دون التعامل.

غير ذلك من الظروف الناجمة على أثار العمليات الحربية[٣]، أو المستمدة من فكرة الجنسية[٤].

وبناء عليه فالشخص الذي يبغي التعامل وفقاً للنظام القانوني للنيابة، يقع عليه التزام بالإفصاح عن صفته الحقيقية في التعاقد، لمن وجه إليه التعبير، من أجل إتاحة الفرصة لهذا الأخير، لممارسة رخصة قبول، أو رفض التعامل مع هذا الأساس، في ضوء الاعتبارات والعوامل التي يعول عليها في التعاقد، والتي يختلف – بطبيعة الحال – تأثيرها إلى شخص أخر. ولا يكفي في هذا الشأن أن يستخلص في التعبير أن صاحبه يبغى التعاقد نيابة عن الغير[٥]، بل يجب أن يشتمل التعبير على معطيات توضح شخص الأصيل الذي أنصرف القصد نحو التعامل لمصلحته.

وتبدو أهمية هذا التحديد متى كان الشخص نائباً عن شخصين مختلفين، وتضمن تعبيره معطيات تفيد بأنه يبغى التعاقد نيابة عن احدهما، في حين أن قصده أنصرف نحو التعامل لمصلحة الأخر[٦].

فمثلاً قد يكون على نائباً عن حمد وحمدان في نفس الوقت وعبر عن إرادته بأنه يبغى التعامل لمصلحة حمد في حين أن قصده انصرف إلى التعامل

---

(١) كما هو الحال بالنسبة لجمعية إسلامية تبغى بناء مسجداً لها. فلا يتصور أنها تقبل التعاقد مع مقاول ينتمي إلى ديانة أخرى.

(٢) كما لو كانت هناك خلافات بين الزوج والزوجة.

(٣) المثل الواضح لذلك حرب الخليج التي ترتب عليها إحجام غالبية الشركات التي تحمل الجنسية الكويتية من التعامل مع شركات تنتمي إلى دول معينة، وخاصة دولة العراق.

(٤) وهذه ظاهرة في واقع الحياة العملية.

(٥) أو التعامل لمصلحة الغير. فهذه العبارة مرنة ومطاطة وتستوعب أكثر من معنى. حيث أنه يستخلص منها أن صاحب التعبير يتعاقد وفقاً لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، أو النظام القانوني للوكالة بالعمولة، أو الوكالة العادية، سواء كانت مدنية أو تجارية. ونظراً لأن كل نظام له قواعد خاصة به فإنه يجب أن يتضمن التعبير ما يفيد بتحديد النظام القانوني، الذي يبغي صاحبه التعامل طبقاً لأحكامه.

(٦) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٨.

نيابة عن حمدان[١]. ففى هذه الحالة نواجه مسألة اختلاف، أو عدم تطابق التعبير مع القصد بشأن الشخص التى تنصرف فى ذمته ثمار العقد. وقد يرغب من وجه إليه التعبير فى التعامل – من حيث المبدأ – مع حمد، ويرفض التعاقد مع حمدان لاعتبارات معنية. ففى مثل ذلك يكون النائب قد أخل بالتزامه بالإعلان عن صفته الحقيقية فى التعامل.

ولكن لا يدخل فى دائرة واقعة الإخلال بهذا الالتزام، عدم إفصاح النائب عن الظروف الخاصة[٢] بالأصيل الذي يبغى التعامل لمصلحته، إلا إذا كان من وجه إليه التعبير قد طلب منه ذلك[٣]. لأنه متى كان هذا الأخير يعول على اعتبارات معينة بشأن قبوله، أو رفضه التعامل مع الأشخاص فإنه يكون مخيراً بين أحد امرين هما[٤]:

الأول: أن يطلب من النائب توضيح هذه الظروف. وفى هذه الحالة يلتزم النائب بالافصاح عنها[٥].

الثانى: أن يتحقق من مدى توافر هذه الاعتبارات من عدمه، بنفسه أو بواسطة أحد تابعيه. وفي هذه الحالة لا يكون النائب ملتزماً بشئ. وفي النهاية يكون له مطلق الحرية في قبول، أو رفض التعاقد إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد، المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة.

وجدير بالذكر أنه يتعين صدور التعبير متضمناً معطيات تحدد – وعلى وجه القطع – النظام القانوني الذي يبغى صاحبه التعامل طبقاً لأحكامه. لأن كل نظام له قواعده الخاصة به، إضافة إلى وجود بعض الأنظمة تتشابه مع بعضها من ناحية الأثر الاقتصادي، ولكنها تختلف من جهة الأثر القانوني. فمثلاً الوكالة

(١) ويحدث ذلك غالباً نتيجة لخطأ في كتابة أو نقل التعبير.
(٢) حدود مركزه المالي. وسمعته في الوفاء بالتزاماته، وجنسيته...
(٣) وهذا هو الفرض الغالب.
(٤) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١٠٨.
(٥) ويجب أن يكون الإفصاح أميناً مع ملاحظة أن الاختلاف في هذه الحالة، لا يخوله حق التمسك, بحكم المادة ٢/٣٨م٠ك. لأن الأمر لا يتعلق بتعبير يتضمن إيجاباً.

بالعمولة والوكالة العادية – سواء كانت مدنية أو تجارية – تنتجان أثراً اقتصادياً واحداً، ولكنهما تختلفان – كما سبق القول [١] – من ناحية الأثر القانوني –، ومن ثم لا يكفي أن يتضمن التعبير معطيات يستفاد منها أن صاحبه يريد التعاقد، وكالة عن شخص محدد، بل يجب أن يستخلص من هذه المعطيات نوع الوكالة، على النحو السابق بيانه. وهل هي وكالة بالعمولة، أم عادية. لأن الوكيل بالعمولة يعد – كما سبق القول – في حكم المتعاقد لمصلحته الشخصية، ومن ثم فإن عدم إفصاحه عن صفته لمن يشارك معه في تشييد العقد يكون مجرداً من الأثر القانوني. لأن ثمار العقد تنصرف في ذمته المالية، ثم يلتزم بنقلها بعد ذلك إلى ذمة الموكل[٢].

وعلى العكس من ذلك بالنسبة للوكيل العادي حيث أن دوره يقتصر على تكوين العقد. أما بالنسبة لأثار هذا الأخير فإنها تنصرف في ذمة الموكل مباشرة. ومن ثم فإنه يقع عليه التزام بالإفصاح عن صفته في التعامل، وكونه يبغي التعاقد وفقاً للنظام القانوني للوكالة العادية. لأنه ليس هناك ما يحول – من الناحية الفنية والقانونية والعملية – دون تعامل الشخص مع طائفة الأغيار وفقاً لنظامين[٣] أو أكثر. فقد يكون الشخص وكيلاً بالعمولة عن شخص محدد، ووكيلاً عادياً عن شخص أخر. وقد يتعامل مع الاغيار بهاتين الصفتين. ومن ثم فإنه يجب صدور التعبير منه – سواء كان صريحاً أو ضمنياً – متضمناً معطيات يستخلص منها أنه يبغى التعامل وفقاً للنظام القانوني للوكالة العادية، أو بالعمولة، حسب ما ينصرف إليه قصده. من أجل إتاحة الفرصة لمن وجه إليه التعبير للعلم بالشخص الذي تتأثر ذمته المالية بثمار العقد، ومن خلال القواعد الخاصة بالوكالة العادية أو بالعمولة، ومن ثم يمكنه ممارسة رخصة قبول، أو رفض التعامل فى ضوء

(١) د. فيصل زكى عبدالواحد، مرجع سابق، ص ٦٩ وما بعدها.
(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، المرجع السابق، ص١٠٩.
(٣) ويتحقق من الناحية العملية. إذا كان الشخص وكيل بالعمولة عن شخص معين، وولي على أولاده القصر، واسندت إليه الوصاية على أموال صبي معين.

الاعتبارات التي يعول عليها في التعاقد مع الأغيار. وعلى ذلك إذا كان التعبير يتضمن معطيات تفيد بأن صاحبه يبغى التعاقد وفقاً لفكرة الوكالة بالعمولة، في حين أن قصده اتجه نحو التعامل نيابة عن شخص محدد، فنحن نواجه مسالة اختلاف التعبير مع حقيقة القصد.

وإذا كان الشخص يريد التعامل وفقاً لفكرة : التعهد عن الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير, فإنه يجب أن يتضمن تعبيره معطيات توضح ذلك، من أجل إتاحة الفرصة، لمن وجه إليه التعبير لممارسة رخصة قبول، أو رفض التعاقد طبقاً لأحكام هذه الفكرة، أو تلك، في ضوء الاعتبارات والعوامل، التي يعول عليها في التعاقد. لأن النظام القانوني لهاتين الفكرتين يشكل خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بأن العقد لا ينفع ولا يضر سوى عاقديه(١)، وعلى ذلك شبه إجماع الفقه والقضاء(٢) . فوفقاً لهذا الأصل أن ثمار العقد الإيجابية والسلبية تنصرف في ذمة من يساهم في تكوينه. وهذا يعد منتفياً بالنسبة للتعامل من خلال أحكام هذه الفكرة، أو تلك، وخاصة الاشتراط لمصلحة الغير. فإذا كان المشترط يتعاقد باسمه يكون الملتزم تجاه المتعهد بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهله، إلا أن حقوقه الناتجة عن هذا العقد تنصرف فى ذمة المنتفع مباشرة، أي أنها لا تمر بذمته. بل تنشأ العلاقة بين المتعهد والمنتفع مباشرة(٣). وقد لا يرغب من يساهم مع المشترط في تشييد العقد في التعامل – من حيث المبدأ – مع الشخص الذي تم تحديده مستفيداً لاعتبارات معينة قد تكون: نفسية أو دينية، أو عائلية أو غير ذلك من العوامل المستمدة من آثار العمليات الحربية.

---

(١) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١١٠.

(٢) راجع وعلى سبيل المثال :-

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، المرجع السابق، ص ٣٢٤ ، وما بعدها، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٥٦ وما بعدها، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٥٧، ٣٥٨،٣٥٩.

(٣) راجع نص المادة ٢٠٦/ م٠ك، ٢/١٥٤م٠م.

وعلى ذلك إذا كان التعبير الذي يتضمن إيجاباً يحمل معطيات تفيد بأن صاحبه يبغى التعامل لمصلحته الشخصية في حين أن قصده انصرف إلى التعامل وفقاً لأحكام التعهد في الغير[١] أو الاشتراط لمصلحة الغير، فإن تحديد صفته في التعامل يتم وفقاً للأصل العام المتقدم ذكره. ومن ثم نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بالمفهوم الفني والقانوني – بين التعبير والقصد بشأن الصفة في التعامل[٢].

وبناء على ما تقدم ذكره يجب على كل شخص يريد التعامل مع أحد الأغيار خلافاً للأصل العام في التعاقد، أن يفصح عن صفته الحقيقية في التعامل. فإذا كان التعبير – سواء كان ضمنياً أو صريحاً – قد وصل لمن وجه إليه، غير مطابق لحقيقة قصد صاحبه بشأن الصفة في التعاقد على النحو المتقدم ذكره، فإنه يفترض إخلال صاحبه بالإعلان عن صفته في التعاقد[٣] .

صحيح أن المشرع لم ينص على هذا الالتزام صراحة. ولكنه يستخلص من الأحكام الخاصة بالأنظمة القانونية التي تستخدم في عملية التعاقد على النحو السابق بيانه.

وصحيح أن واقعة الإخلال بهذا الالتزام قد تتجرد – في بعض الأحوال – من أثرها القانوني. ولكن ليس معنى ذلك إنكار وجوده من حيث المبدأ. لأنه يجب الفصل بين مسألة اختلاف، أو عدم تطابق معطيات التعبير، مع محتوى قصد صاحبه، بشأن صفته في التعامل، والتعويل على هذه الصفة. فليس معنى وجود اختلاف أو عدم تطابق بين معطيات التعبير وحقيقة القصد[٤]، على النحو المتقدم ذكره، أن من وجه إليه التعبير يكون قد رتب أموره على صفة صاحب هذا التعبير

---

(١) وإذا كان الاتجاه الغالب في الفقه يذهب إلى أن التعامل وفقاً لهذه الفكرة يشكل استثناء ظاهرياً _ إلا أننا نرى عكس ذلك. حيث أنه يعد استثناء حقيقي ومن هنا يقع على عاتق من يبغى التعامل وفقاً لهذه الفكرة الإفصاح عن ذلك من أجل إتاحة الفرصة للأغيار لممارسة رخصة قبول أو رفض التعامل.

(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١١٢.

(٣) ما لم يثبت أن واقعة الاختلاف جاءت نتيجة لفعل من كلف بنقل التعبير كهيئة البريد مثلاً.

(٤) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق، ص١١٣.

فى التعاقد، المستخلصة من معطيات هذا الأخير. بل على العكس من ذلك قد تكون هذه الصفة محل اعتبار، وقد لا تعد هكذا. لأنه لا يوجد تلازماً بين المسألتين. فقد يتحقق الاختلاف على هذا النحو ومع ذلك لم تكن صفة صاحب التعبير في التعامل محل اعتبار من جانب من ساهم معه في تكوين العقد.

ومن تطبيقات ذلك أن يعبر الشخص عن إرادته، دون أن يتضمن هذا التعبير – الذي يحمل إيجاباً – معطيات تفيد أنه يتعاقد نيابة عن شخص محدد، أو يستخلص منه أن صاحبه يبغى التعامل لمصلحته الشخصية. وقد يصادف هذا الإيجاب قبولاً من جانب من وجه إليه. ثم يتضح بعد ذلك أن قصد صاحبه انصرف إلى التعامل نيابة عن شخص محدد. وقد لا تتوافر لمن وجه إليه الإيجاب مصلحة – منذ البداية – في تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بثمار العقد[١]. ففى هذه الحالة لا نكون بصدد تعويل على الصفة في التعامل، رغم تحقق واقعة اختلاف التعبير مع محتوى اقصد, بشأن هذه الأخيرة .

ومن تطبيقات ذلك ما قرره المشرع الكويتي في نص المادة (٥٨) بقوله[٢] "إذاً لم يظهر النائب وقت إبرام العقد أنه يتعاقد باسم الأصيل، فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائماً بينه وبين الأصيل إلا إذا ... أو كان يستوى عنده أن يكون التعاقد حاصلاً مع النائب أو الأصيل..." وبذلك يكون المشرع قد جرد واقعة إخلال النائب بالتزامه بالإفصاح عن صفته في التعامل من أثرها القانوني, متى كان المتعاقد معه لم يعول على هذه الصفة. وإذا كان لنا عودة[٣] لتوضيح الطبيعة القانونية لهذا الحكم، فنحن نكتفي في هذا المقام بالقول بأن قيام الرابطة العقدية – في هذه الحالة بين المتعاقد مع النائب والأصيل لا يشكل خروجاً عن المفهوم الفني للعقد، و المتوارث من القانون الروماني.

---

(١) ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة للبائع, في حالة البيوع التي تتم بثمن فوري.

(٢) وهذا النص يقابله في القانون المدني المصري نص المادة ١٠٦.

(٣) د. فيصل زكى عبدالواحد، مرجع سابق، ص ١٦٣،١٦٤، ١٦٥.

وقد تكون صفة صاحب التعبير في التعامل وكونه يبغي التعاقد نيابة عن شخص محدد، محل اعتبار من جانب من وجه إليه التعبير، ويبدو ذلك واضحاً في دائرة العلاقات التعاقدية، التي تساهم البنوك والشركات الاستثمارية في تشييدها مع الأغيار. فالغالب – فى واقع الحياة العملية– أن البنوك والشركات تعول على صفة من يبغى التعامل معها . لأنها إذا كانت تهدف إلى استثمار أموالها من خلال إقراض الأغيار بفوائد محددة، إلا أنها تحاول – بقدر الإمكان – المحافظة على حقوقها. ومن ثم فقد تقبل التعامل مع شخص معين، وترفض التعاقد مع آخر، في ضوء الاعتبارات، والعوامل التي تكون محل اعتبار من جانبها، والمثل الواضح لذلك، الأزمة الاقتصادية التى أطاحت بسوق المناخ بدولة الكويت. والتي ترتب عليها– كما سبق القول– إشهار إفلاس غالبية الشركات ذات المسئوليات المحددة. فمنذ بداية هذه الأزمة بدأت البنوك ، والشركات الاستثمارية، تعول على صفة من يرغب في الاقتراض منها.

وجدير بالذكر أن التعويل على الصفة في التعاقد، يعتبر كما سبق القول[١] من المسائل النسبية، والتي يختلف تقديرها، وتأثيرها على التعاقد من شخص إلى آخر. فقد تعد هذه الصفة عنصراً جوهرياً[٢] في رفض التعامل – من حيث المبدأ – مع شخص معين، ولا تعد هكذا لدى شخص آخر، إضافة إلى أن التعويل عليها يتأثر:

من جهة بظرفى الزمان والمكان: لأنها ترتبط بالقيم والأخلاق السائدة فى مجتمع معين وفى وقت محدد، ويبدو ذلك واضحًا فى دائرة العلاقات التأجيرية.

من جهة ثانية: بالتطورات والتقلبات الاقتصادية التي يكون لها تأثير بالغ على المراكز المالية للأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد سواء، ويتحقق ذلك في مجال عقود البيع، والقروض.

---

(١) د. فيصل زكى عبدالوحد، المرجع السابق، ص١٠١.

(٢) راجع فى ذلك : د. فيصل زكى عبد الواحد ، المرجع السابق، ص١١٢.

ومن جهة ثالثة: بالعوامل النفسية والدينية والعائلية وتلك التي تستمد من فكرة الجنسية، ومن آثار العمليات الحربية. فهذه العوامل تلعب – في الوقت الحالي – دوراً هاماً وفعالاً بشأن ممارسة رخصة قبول، أو رفض التعاقد مع شخص معين.

وبناء عليه إذا كانت عملية تحديد مدى التعويل على صفة صاحب التعبير في التعامل، من جانب من ساهم معه في العقد، من عدمه، مسألة موضوعية يترك الفصل فيها لقاضي الموضوع، من خلال العوامل والاعتبارات المطروحة أمامه، إلا أنه يجب عليه عند التصدي لهذه المسألة الأخذ في الاعتبار كافة العوامل التي يكون لها دول فعال، وإيجابي في ممارسة رخصة رفض التعامل، والتي تستند إلى مبدأ حرية التعاقد.

ومعنى ذلك أنه يتعين على القاضي عدم التركيز – في هذا الخصوص – على الاعتبار المالي، وإهمال العوامل الأخرى، لأنه لا يوجد – في أغلب الأحوال – تلازماً بين هذا الاعتبار، وتلك العوامل. فقد يسمح المركز المالي للشخص بالتعامل معه . ولكن توجد عوامل أخرى تحول دون قبوله طرفاً في العقد أثناء طرحه لثماره. ويرجع ذلك إلى أن التعويل على الصفة في التعامل قد يكون – كما سبق القول – بهدف تحاشي وقوع أضرار مادية[١] أو معنوية. فمثلاً تعويل البائع على صفة من يتعاقد معه، ويكون – في أغلب الأحوال – بهدف تلاشي أضرار مادية محتمل وقوعها. ويبدو ذلك واضحاً متى كان الثمن مقسطاً على فترات من الزمن، وعلى العكس من ذلك بالنسبة لتعويل من يبغي التأجير على صفة من يساهم معه في عقد الإيجار، قد يكون – في أغلب الأحوال – من أجل تحاشي

(١) وهذا التحديد تبدو أهميته بشأن القيود الواردة على الحكم نص المادة٢/٣٨ والمستمدة من نظرية التعسف في إستعمال الحق. وسيأتي توضيح ذلك: د. فيصل زكى ، مرجع سابق، ص ١٨٣ وما بعدها.

أضرار معنوية[١] . ومن ثم يتعين على القاضي الوقوف على نوع الضرر المحتمل وقوعه من خلال فحص العوامل والاعتبارات التي يعول عليها المتعاقد.

ولا شك أن هذا التحديد تبدو أهميته بشأن الإستفادة – من حيث المبدأ – من حكم نص المادة (٢/٣٨م.ك) وكذا القيود الواردة على ممارسة الحق المقرر بمقتضى هذا النص، والتي تستمد من نظرية التعسف في استعمال الحق[٢].

وإذا كانت التفرقة بين العقود ذات الطابع الشخصي وتلك التي يغلب عليها الطابع المالي – التي نادى بها جانب كبير من الفقه والقضاء[٣] – تساعد القاضي على حسم مسألة التعويل على الصفة في التعاقد، إلا إن ذلك لا يكون بصورة مطلقة.

لأنه من جهة قد يكون العقد ذو طابع مالي[٤] ، ومع ذلك تلعب شخصية المتعاقد دوراً هاماً وفعالاً في تكوينه من جانب طرفيه أو إحداهما[٥] ، وعلى ذلك شبه إجماع الفقه والقضاء[٦] والمثل الواضح لذلك عقود بيع المنقولات بنظام التقسيط. فهذه الطائفة من العقود يغلب عليها الطابع المالي ومع ذلك تكون صفة كل طرف في التعامل محل إعتبار من جانب الطرف الأخر.

---

(١) ومن التطبيقات العملية لذلك في دولة الكويت رفض بعض ملاك الشقق المعدة للسكنى التأجير للشخص غير المتزوج، وذلك بالنسبة للعقارات المخصصة لسكنى العائلات.

(٢) د. فيصل زكى ، مرجع سابق، ص ١٨٣ وما بعدها.

(٣) راجع في توضيح اراء الفقه والقضاء بشأن ذلك، د. سمير إسماعيل، مرجع سابق، ص١٥ وما بعدها.

(٤) مثال ذلك عقد البيع.

(٥) للإرادة أن تعبأ – وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة – بالإعتبار الشخصي في عقد يدخل اصلاً في طائفة العقود التي يغلب عليها الطابع المالي, وذلك في حدود النظام العام، راجع د. سمير أسماعيل، الرسالة السابقة، ص ٦٨ وما بعدها.

(٦) راجع في عرض أراء الفقه والقضاء بشأن فكرة الإعتبار الشخصي في التعاقد د. سمير إسماعيل، الرسالة السابقة، ص ١٧ وما بعدها.

ومن جهة ثانية: قد يكون العقد ذو طابع شخصي، ومع ذلك ينتهي القاضي – من خلال وقائع النزاع – إلى إنتفاء التعويل على الصفة في التعاقد من جانب طرفيه أو إحداهما, ويرجع ذلك إلى أن الاعتبار الشخصى الذي يبني عليه هذا التقسيم، يعد من الأفكار النسبية التي يختلف تقديرها وتأثيرها على ممارسة رخصة رفض, أو قبول التعامل مع الأغيار، من شخص إلى آخر، إضافة إلى أن هذه الطائفة من العقود تخضع لفكرة العرض والطلب والتي يكون لها – وبما لايدع مجالاً للشك – تأثير على التنازل عن بعض الإعتبارات الشخصية، ومن أشهر ما يقدم من أمثلة في هذا الخصوص، عقود الإيجار في دولة الكويت، فنظراً لأن غالبية العقار أصبحت – بعد الإنتهاء من حرب الخليج – شاغرة، فقد تنازل بعض ملاكها عن جزء من الإعتبارات الشخصية.

وبناء عليه إذا كان بعض شراح القانون(١) قد جرت أقلامهم على أن الأصل العام يقضي بأن شخصية المتعاقد تكون محل إعتبار في العقود ذات الطابع الشخصي، ولا تعد هكذا فى دائرة العقود التى يغلب عليها الطابع المالى، إلا انه يجب صرف ذلك إلى مسألة الإثبات – من حيث المبدأ – فقط.

وعلى ذلك ليس معنى مساهمة النائب فى تكوين عقد مع أحد الأغيار، إعفائه من الإلتزام بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعامل، متى كان العقد يغلب عليه الطابع المالى. بل يتعين عليه الإعلان عن هذه الصفة بمعزل عن كون العقد ذو طابع شخصي أو مالي. لأن التعاقد وفقاً للنظام القانونى للنيابة يشكل – كما سبق القول مراراً – خروجاً عن الأصل العام فى التعاقد، إضافة إلى أن فكرة الإعتبار الشخصي التى من خلالها تم تقسيم العقود إلى طائفتين، تكون موجودة – من حيث المبدأ – لدى كل متعاقد، بمعزل عن هذا التقسيم.

صحيح أن هذه الفكرة تكون – فى بعض الأحوال – عديمة التأثير على ممارسة رخصة قبول، أو رفض المساهمة في تكوين عقد يغلب عليه الطابع

(١) د. سمير إسماعيل، الرسالة السابقة، ص١٢٥.

المالى. ولكن ذلك لا ينفى وجودها من حيث المبدأ، إضافة إلى أن مدى تأثيرها على النحو المتقدم ذكره متروك تقديره لمن وجه إليه التعبير ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[١].

ومما يجدر التنويه إليه أنه يتعين على قاضى الموضوع تحديد مدى التعويل على الصفة فى التعاقد من عدمه، بالنظر إلى تاريخ وصول التعبير[٢] إلى من وجه إليه، وحتى قبل وصول الرد عليه لصاحبه. وليس قبل أو بعد ذلك، لأن إبداء الرغبة في التعامل مع صاحب التعبير يمر بمرحلة الموازنة وتدبير الأمور[٣] وقد تسفر هذه المرحلة عن التنازل عن بعض العوامل التى تحول دون التعامل مع صاحب التعبير، وفقاً لصفته التى تم استخلاصها من معطيات هذا الأخير.

ومعنى ذلك أن تحديد مدى وجود تعويل على الصفة في التعامل من عدمه، يجب أن يتم خلال فترة الوجود المادي للتعبير – التصريح أو الضمنى – الصادر من جانب المتعاقد، الذي تلقى التعبير المخالف لمحتوى قصد صاحبه. فإذا انتهت هذه الفترة ودخل فى منطقة الوجود القانوني فإنه ينتج ثماره الطبيعية ولا تكون لصاحبه سلطة تعديله. ولا شك أن هذا التاريخ متروك تقديره لقاضي الموضوع، ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة التمييز.

ونحن لا ننكر الصعوبات التى تواجه قاضي الموضوع عند وزنه للعوامل والاعتبارات، واستخلاص منها مدى وجود تعويل على الصفة فى التعاقد من عدمه. وتاريخ التعويل فى حالة وجوده و مع ذلك يجب عليه التصدي لهذه المسألة، وتلك. لأنهما من المسائل القانونية التى يخضع بشأنها لرقابة محكمة التمييز. ومعنى ذلك إذا لم يتصدى القاضى لمسألة التعويل – فى حد ذاتها – وتاريخ تحققها على النحو

---

(١) ومن تطبيقات ذلك ما قرره المشرع المصرى بشأن إجبار ملاك العقارات على التأجير لطائفة معينة من الأشخاص، راجع في توضيح ذلك، د. نبيلة رسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير و الإستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقه، ١٩٨٩، دار النهضة العربية.

(٢) راجع في ذلك د. سمير إسماعيل، الرسالة السابقة، ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) د. جمال مرسى بدر، الرسالة السابقة، ص٢٣، ٢٤.

المتقدم ذكره، أو كان قد تعرض لها، وإنتها إلى إنتفاء التعويل، من حيث المبدأ، أو وجوده، ولكن فى تاريخ لاحق لتكوين العقد. ومع ذلك طبق حكم نص المادة(٢/٣٨م.ك) فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، مما يخول لصاحب المصلحة الطعن فى حكمه بطريق التمييز.

الخـاتمــة

بالرغم من انتماء المشرع المصرى والكويتى إلى العائلة اللاتينية إلا أن المشرع الكويتى قد قرر بمقتضى نص المادة ٢/٣٨ حكماً موضوعياً مقتضاه تخويل المتعاقد حق الخبرة بين طلب قيام العقد وفقاً لمحتوى القصد أو معطيات التعبير حسب ما تقتضيه مصلحته الشخصية.

وقد واجه بهذا الحكم ظاهرة اختلاف معطيات التعبير – الذى يحمل إيجاباً – مع حقيقة قصد صاحبه ، بالنسبة لأحد العناصر الجوهرية للعقد المزمع إنشاؤه ، وقد هدف من ذلك إلى توفير الثقة والائتمان واستقرار المعاملات فى المجتمع.

أما المشرع المصرى فقد اعتد بالإرادة الباطنة وأكملها بالإرادة الظاهرة ، وكذا نظرية الثقة فى التعبير وكل ذلك احتراماً لما يتطلب استقرار المعاملات ، إلاَّ أن الواقع العملى قد اختلف فى مجال التطبيق ، ونتيجةً لذلك فإن المشرع يعتد بالغلط والإكراه والتدليس ويعتبرها موجباً للبطلان النسبى فى التصرف القانونى، وهو إعمال لمبدأ سلطان الإرادة والإعتداد بالإرادة الباطنة غير أنه من ناحية أخرى حرص على استقرار المعاملات ، فاستبعد البطلان النسبى إذا كان المتعاقد لا يعلم ولم يكن فى استطاعته أن يعلم بالعيب الذى لحق بإرادة الطرف الآخر ، فعدم العلم يؤدى إلى التمسك بما انتهى إليه التعبير الظاهر عملاً على تدعيم الاستقرار والثقة فى التعامل.

ومن هذا المنطق توصلنا إلى **النتائج الآتية** :

أولاً : تم توضيح مفهوم التعبير – الصريح أو الضمني – وحكم استصدام المعنى المعنى المستفاد من معطياته بالمعنى المستخلص من ظروف وملابسات التعاقد .

ثانيـاً : تناولنا مفهوم التعويل وكيفية إثباته والطبيعة القانونية لمعياره وبعض مظاهره التى تثير كثيراً من المشاكل فى واقع الحياة العملية وكيفية إثباته.

ثالثاً : تناولنا حدود الرابطة العقدية من خلال كل من المظهر المادى والمفهوم الفنى للعقد ، وبينا القيود الواردة على ممارسة حق الخيرة بين التمسك بهذا أو ذاك.

التوصيات :

١- نأمل من المشرع الكويتى التدخل وإعادة النظر فى حكم نص المادتين (٣/٣٨ ، ٥٩م). فى ضوء النتائج التى توصلنا إليها.

٢- نأمل من المشرع المصرى التدخل وإصدار تعديل نص المادة (١٠٦) من القانون المدنى المصرى بحيث تشمل الإحالة إلى حكم القواعد العامة فى حالة التعويل على الصفة وعدم علم المتعاقد مع النائب بوصفه وكونه نائباً عن غيره.

٣- نأمل أيضاً تدخل المشرع المصرى لوضع نص يتم من خلاله تحديد المعيار الذى يعول عليه فى حالة اختلاف التعبير مع القصد سواء كان معياراً موضوعياً أم معياراً شخصياً وذلك للحد من تضارب أحكام القضاء.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥.

٢. ----------: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية وتأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٩٥.

٣. ----------: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨١.

٤. د. حسام كامل الأهوانى ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥.

٥. د. حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات / الكتاب الأول – نظرية العقد، القاهرة، مطبعة فوزى، ١٩٤٣.

٦. د. حمدى عبد الرحمن ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، ١٩٩٤.

٧. د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح الالتزامات ، الجزء الثانى ، المجلد الأول ، نظرية العقد، ط٤، ١٩٨٧.

٨. د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج٧، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تنقيح د. مصطفى محمد الفقى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٩. د. عبد القادر محمد قحطان ، السكوت المعبر عن الإرادة، وأثره فى التصرفات القانونية (دراسة فى القانون المدنى المصرى ونظيره اليمنى مقارناً بالفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٠.

١٠. د. عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى – دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٢.

١١. د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٢. د. فيصل زكى عبد الواحد ، أثر اختلاف التعبير عن القصد على تكوين الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقاً لأحكام القانون المصرى والكويتى، ١٩٩٦.

١٣. د. محمد زكى عبد المتعال المحامى، الشخصية المستعارة – تكييفها القانونى وآثارها الحتمية فى القانون والفقه والقضاء، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية، س٤٩، العدد الرابع، ابريل ١٩٦٩.

١٤. د. محمد صبرى السعدى، شرح القانون المدنى الجزائرى، النظرية العامة للالتزامات، جـ١، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.

١٥. د. محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

١٦. د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٠.

١٧. د. مصطفي الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩٠.

١٨. د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى، خلاصة دروس، لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢.

١٩. د. نبيلة رسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير والإستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقه، ١٩٨٩، دار النهضة العربية.

٢٠. د. وليد سليم قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥.

٢١. د. محسن عبد الحميد إبراهيم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، ج١، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

1. PIERRE Du PONT DELESTRATNT, droit civil, principaux contrats 1988, P.34 et. 1993, No 166a 169.s.,ALAIN BENABENT, droit civil, les contrats, speciaux.
2. PLANIOL et ESMEIN, troité protique de droit civil Français , 2 é, éd, T.V.I, 1952 N° 113 et. S, MARTY et RAYNAUD , droit Civil , I,I, N° 151, MARTIMDE La MOUTIE , l'acte juridique unilotérol "essoi sur sanation et sa technique en droit civil, 1951, N° 168.
3. RIEG (A), Le rôle de la volnté, dans l'acte juridique, en droit civil Français et ALEMAND, th, strasbourge