

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيد الكائنات محمد رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه سبحانه الذي بلغت ذاته شأناً من الكمال لا يدانيه فيها أحد ، وارتفعت معالم علمه في كل أرض وفوق كل بلد حتى أصبح شتان ما بين كمال المعبود ونقصان علم العبد .

التصرف بالمعنى الفقهي هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية وهو نوعان فعلي وقولي ، فالتصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملاً غير لساني ، كأستلام المبيع ، وقبض الدين وما شابه ذلك . والتصرف القولي نوعان ، عقدي وغير عقدي وإن العبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هي لطبيعة التصرف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه .

ولذا كان دفع الثمن وتسلم المبيع تصرفاً فعلياً ولو أنه مبني على عقد البيع ، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من الأفراد من التصرفات التي تكتسي صبغة خاصة فيصف جانب من هذه المعاملات بأنها مصادر إرادية منشئة للالتزام أو أخرى توصف بأنها مصادر غير إرادية .

من المعروف أن المجتمعات البشرية في سابق عهدها عرفت عقد المقايضة والبيع ، والعقد في القانون هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد فيه كل منهم بأشياء أو وعود متبادلة بحيث ينفذها القانون ويقوم قانون العقود على مبدأ هي (العقد شريعة المتعاقدين) ، وإذا تم الإخلال بالعقد فإن القانون يقدم ما يعرف بالتدابير القضائية للتعامل مع ذلك .

أحياناً تكون العقود مكتوبة مثلما هو الحال عند شراء أو إجار منزل ، إلا أن النسبة الغالبة من العقود تكون شفهيّاً مثلما هو الحال عند شراء كتاب أو فنجان من القهوة ، ويندرج قانون العقود تحت ظل القانون المدني كجزء من القانون العام للالتزامات ، وتعد نظرية العقود من أهم النظريات القانونية قاطبة ، والعقد المدني هو العقد الذي لا يكون أي من أطرافه ممثلاً للدولة باعتبارها صاحبة السيادة .

والعقود في القانون وثائق هامة وخطيرة للغاية ، والعديد من الأفراد أو أصحاب الأعمال لا يفهمون تماماً الآثار المترتبة على توقيع عقد أو الإخلال بعقد ، إذ يبرم كل فرد عشرات العقود في اليوم الواحد من دون أن يعير ذلك أهمية كبيرة لأن موضوعها ليس قيمة مالية ذات أهمية كبيرة وإنما تبرم معظم العقود لتدبير الشؤون اليومية المعتادة وبالمقابل ، عندما يكون موضوع العقد قيمة مالية كبيرة يتطلب الأمر إحاطة عملية التعاقد بال العناية والإهتمام اللازمين ، والاستعانة برجال القانون المتخصصين للإشراف على إنعقاد العقد وفق المبادئ القانونية ، التي تشكل النظام القانوني للعقد .

ويعد العقد من أهم الأنظمة القانونية على الإطلاق وأكثرها شيوعاً ويحتل مكانة بارزة في عالم المال والأعمال ، كما يعد من أهم مصادر الإلتزام ومع ذلك لا يقتصر دوره على إنشاء الإلتزام وإنما يمكن أن يؤدي إلى تعديل الإلتزام أو نقله أو إنهائه .

ويستخلص من ذلك أن العقد يستلزم توافر إرادة مشتركة ، وهي توافق إرادتين أو إرتباط إيجاب بقبول ، واتجاه هذه الإرادات إلى إحداث أثر يرتبه القانون قوامه إنشاء حق عيني أو شخصي أي التزم أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، يتحقق طوعاً أو جبراً بقوة القانون .

ويستنتج من ذلك أن الإرادة المشتركة ، لا تكفي وحدها لقيام العقد وإن كانت أمراً لازماً لقيامه وإنما لابد من أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني حتى يقوم العقد ، وذلك لأن هذه الإرادة المشتركة لا تتجه إلى إحداث أثر يرتبه القانون .

أولاً : أهمية مجلس العقد :

يحتل موضوع مجلس العقد أهمية في العقود المدنية فقد تزايدت أهميته في الآونة الأخيرة لأنها تعتبر من أهم مصادر الإلتزام في التعاملات اليومية بين أفراد المجتمع ومؤسساته العامة أو الخاصة أو بين مؤسسات المجتمع العامة فيما بينها ، وإن تطور الحياة التجارية وطبيعتها التي من سماتها السرعة والإنجاز أوجدت قواعد خاصة بالعقود التجارية ، وتبرز أهمية العقد في حفظ الحقوق والإلتزامات وتوثيقها بين المتعاقدين ، والتوثيق لا ينافي الثقة وإنما هي سبيل للتقليل من منع نشوب نزاع بين أطراف العقد .

ثانياً : هدف البحث

إن هدف هذا البحث هو تسليط الضوء على توثيق العلاقة بكتابة العقد يبين فيه ما للأطراف من حقوق والالتزامات تجاه بعضهم البعض ، يعني عن النزاعات التي قد تحدث لاحقاً ، وفي ذلك ليس فقط إثبات للعلاقة وإنما تحديدها بألية محددة لإدارتها وإنهائها ، وكذلك في حال النزاع يمكن معالجتها من خلال الرجوع للعقد والأصل في العقود الصحة ما لم ينافي ذلك ، فالعقد لابد أن يكون واضحاً والإهمال في ذلك من شأنه أن يجعله حجة عليك وليس حجة لك .

ثالثاً : سبب اختيار البحث

أخترت موضوع مجلس العقد وذلك نظراً لأهمية هذا الموضوع وحدثته ، كونه من المراحل المهمة التي يمر بها أي عقد ، حيث لا يتصور وجود العقد بدونه ولما يقدمه من حماية للمتبايعين بتشريع الخيارات .

رابعاً : خطة البحث :

سأتناول هذا الموضوع وفق خطة تتكون من ثلاثة مباحث ففي المبحث الأول نتناول ماهية مجلس العقد وشروط قيامه وصوره ، في ثلاثة مطالب في المطلب الأول ماهية مجلس العقد والمطلب الثاني شروط قيام مجلس العقد والمطلب الثالث صور مجلس العقد ، وفي المبحث الثاني نتناول خيارات المتعاقدين في مجلس العقد في مطلبين ففي المطلب الأول خيار الرجوع والقبول في مجلس العقد والمطلب الثاني خيار القبول ، وفي المبحث الثالث نتناول إنقضاء مجلس العقد في مطلبين ففي المطلب الأول إنقضاء المجلس قبل إنقضاء المجلس والمطلب الثاني إنقضاء المجلس بعد إنقضاء العقد ثم ننهي البحث بخاتمة الموضوع والاستنتاجات التي توصلنا إليها ، والمقترحات التي ارتأيناها ومن الله التوفيق .

خامساً : صعوبة الموضوع

باعتبار أن البحث العلمي لا يخلو من الصعوبات والعوائق، فإنه بدورنا إعترضتنا بعضها وتتعلق أساساً بطبيعة الموضوع في كونه قائم على أساس نظريات فقهية في غالب عناصره المتناولة، ومن ذلك تشعب المعلومات وغزارتها وطبيعتها الغير محددة القابلة للتأويل، ضف إلى ذلك الإفتقار للمنظومة القانونية التي تعالج هذا الموضوع، الأمر الذي إستلزم اللجوء إلى القواعد العامة ومحاولة إسقاط أحكامها على مجلس العقد .

المبحث الأول

ماهية العقد ومجلسه

لقد وضع الفقهاء والشراح موسوعات عديدة ، تناولت تفسير وشرح هذا النظام المحكم الذي يعرف بأسم (العقد) لما له من أهمية في خلق معادلة متوازنة بين أطرافه على إعتباره الضابط الرئيسي لأسس المعاملات التي تجري في مختلف الميادين ، وسنحاول قدر الإمكان تسليط الضوء عليه من خلال إعطاء مفهوم العقد في المطلب الأول وكذلك شروطه وصوره في المطلب الثاني والثالث .

المطلب الأول

تعريف مجلس العقد ولمحة تاريخية عنه

سأتناول في هذا المطلب من خلال تعريف العقد لغة واصطلاحاً ولمحة تاريخية عنه

الفرع الأول

تعريف العقد لغة واصطلاحاً

قال ابن فارس^(١) العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق واليه ترجع فروع الباب كلها والعقد مصدر عقده يعقده عقداً ، ويستعمل اسماً فتجمع على عقود . (٢)

ويطلق على معاني كثيرة في اللغة منها : الربط والتوثيق ، والإحكام ، والقوة ، وجمع الشينين والعهد تقول : عقدت الحبل ، إذا شدته .

والعقد لغة هو الرابط ، وهو الجمع بين طرفي حبلين وشد أحدهما بالآخر ، أو الجمع بين طرفي الشيء وربطهما معاً ، أي هو الربط المحكم ، وضده الحل . ومنه العقدة وهي الموصل بين طرفي حبلين الذي يمسكهما ويوثقهما ، واستناداً إلى ذلك أطلق لفظ العقد على الأتفاق في المعاملات المالية ، كالبيع وما شابه ذلك .

(١) أحمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين، معجم مقاييس اللغة العربية دار الفكر ص ٤ .

(٢) محمد بن مكرم بن علي ابن منظور ، لسان العرب ، داراحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة سنة ، ١٩٩٩ ص ٢٩٦

تعريف العقد اصطلاحاً :

وقد عرف القانون المدني العراقي في المادة (٧٣) ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)) .

أما في الأصلاح الفقهي فنجد أن للعقد معنيان عام وخاص فالمعنى العام يطلق على كل التزام يقصد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا ، وسواء كان التزاماً دينياً أو دنيوياً كالبيع ونحوه .

أما المعنى الخاص فيطلق العقد على كل اتفاق بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله فهو لا يتحقق إلا بطرفين أو أكثر ، وهذا هو المعنى الغالب عند إطلاق الفقهاء للعقد في الإصلاح الفقهي . (١)

فقد كان الفقه الإسلامي التقليدي يعرفه بأنه كل تصرف ثنائي أو أحادي من شأنه ان يرتب أثراً شرعياً ، كالبيع والإيجار والشركة والوصية والطلاق ، ولكن الفقه المعاصر يقصر تعريف العقد على التصرفات الثنائية القائمة على ارتباط إيجاب بقبول .

وقد أكدت مجلة الأحكام العدلية التعريف الذي تبناه الفقهاء المعاصرون ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني السوري ، وكذلك القانون المدني ، المصري لم يعرف العقد . على العكس من ذلك القانون المدني الفرنسي عرف العقد في المادة (١١٠١) منه ، إذ جاء فيها أن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الإمتناع عن فعل شيء .

ويعرف العقد ، في إصلاح الفقهاء القانونيين ، بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق ، أو على نقله ، أو على إنهائه .

ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى تعريف العقد بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين ويعضدها امراً وهو عبارة ارتباط الإيجاب بالقبول . (٢)

ويستخلص من ذلك أن العقد يستلزم توافر إرادة مشتركة ، وهي توافق إرادتين أو ارتباط إيجاب بقبول ، وإتجاه هذه الإرادة إلى إحداث يرتبه القانون قوامه إنشاء حق عيني أو شخصي ، أي التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه يتحقق طوعاً أو جبراً بقوة القانون .

(١) زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي ، القواعد لابن رجب ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى ١٤١٩ سنة هجرية القاعدة الثانية والخمسين ، ص ٧٨ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية ، م (١٠٣) سنة ١٨٧٦

الفرع الثاني

تعريف مجلس العقد ولمحة تاريخية عنه :

مجلس العقد هو إصطلاح شرعي ويعتبر القانون المصري أول القوانين المدنية العربية الذي أخذ بهذا الإصطلاح ومنها القانون المدني العراقي وعلى الرغم من نص القوانين المشار إليها أنفاً فإن إصطلاح مجلس العقد لم يضع له تعريفاً محددًا واضحاً وهذا موقف حسن لأن وضع التعاريف من إجتهد الفقه وليس من إجتهد المشرع .

وكما إن الفقه العربي لم يعالج فكرة مجلس العقد علاجاً خاصاً وكذلك لم ترى صدى في الفقه الفرنسي ، وفي هذا الصدد لعل من أبداع المسائل التي نظمها فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة مجلس العقد والتي جاء بها الفقه الإسلامي بصورة جزئية غير متكاملة فقد فرق ما بين ثلاث طرائق لالتقاء القبول بالإيجاب في التعاقد بحسب القانون المدني والعراقي والاردني والمصري . (١)

ويعود مجلس العقد إلى العصور القديمة الراسخة في التاريخ البشري ، ويعتقد بعض الفقهاء أن الناس عرفوا في البداية التعامل أو التبادل الفوري ، أي ما يطلق عليه في العصر الراهن العقد المنجز الذي يرتب آثاره فور إنعقاده فكان الإنسان عند الحاجة يعطي ثم يأخذ بقدر ما يعطي ، وهذا ما يطلق عليه في الوقت الراهن ، عقد المقايضة ، أما العقود التي تنفذ إلتزامات مستقبلية فلم تكن معروفة في العهود الأولى من تاريخ البشرية ، وظهرت في عهود متقدمة بعض الشيء .

ويعتقد أن ظهور مثل هذه العقود في مراحل لاحقة من تاريخ البشرية ، يعود في الأصل إلى فكرة الديه في جرائم القتل ، فمن المعلوم أن القتل كان يوجب الثأر ، وكان سبباً في نشوب الحرب بين أسرة القاتل وأسرة المقتول ، ثم عرف بعد ذلك فكرة أخذ الديه ، لتحل محل الثأر ومن ثم ظهرت الإلتزامات المستقبلية ويذهب قسم من الفقهاء إلى أن أصل العقد هو الإلتفاق الذي كان يتم بين الخصمين ويتفقان بموجبه على التحكيم بينهما . وقد مر تطور مفهوم العقد في مراحل مختلفة من تاريخ البشرية وخاصة تاريخ التشريع وذلك من حيث الشكليات التي كان يخضع لها وحرية الإرادة ، وقوة الإعتبار كلما كانت البشرية تتقدم في الرقي والإزدهار كان العقد يتحرر من الشكليات وخاصة إذا لم يكن الأمر متعلق بمصلحة عامة . (٢)

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي : ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت العدد ٣ / سنة ١٩٩٥ ، ص ١٨٧

(٢) إيمان حسن علي، تقدير الديه تغليظاً وتخفيفاً في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية رسالة ماجستير من الجامعة الإسلامية بغزة ، سنة ٢٠١١

المطلب الثاني

شروط مجلس العقد

لقيام مجلس العقد وتحقيق الحكمة منه وذلك بتحديد الفترة الزمنية التي يبقى فيها الإيجاب صالحاً لإقترانه بالقبول ومن ثم الوصول إلى عقد سليم صحيح ، لابد من توفر شروط قيامه وهذه الشروط هي :

أولاً : الإيجاب :-

يعرف الإيجاب بأنه كل تعبير عن إرادة التعاقد يصدر أولاً بصورة موجهة إلى الطرف الآخر في التعاقد بقصد إنعقاد العقد، (١) بينهما وقد أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي بنصها الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب ، والثاني هو القبول (٢) ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للإيجاب خصائص :-

١- أن يكون تعبيراً عن الإرادة الأولى التي يبدأ بها المتعاقد ، أي كانت وسيلة التعبير وبصرف النظر عن من صدرت منه حيث نصت المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (أي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب) .

٢- أن يتضمن التعبير كافة العناصر الأساسية – المسائل الجوهرية على حد تعبير المشرع العراقي لعقد البيع حتى يتم التعاقد متى صادفته قبول مطابق . وإذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد فلا يعد إيجاباً إنما دعوى إلى التفاوض .

٣- أن يكون التعبير جازماً بإرادة التعاقد على البيع والشراء ، ذلك لأن الإيجاب باعتباره إرادة تصدر من أحد العاقدين يجب أن يستوفي كافة عناصر الإرادة . (٣)

ثانياً : القبول :-

والقبول كما يعرفه الفقه هو الإرادة الثابتة الصادرة من الموجه إليه الإيجاب ، بصورة جازمة للعاقد علماً أن تكون مطابقة للإيجاب مطابقة تامة .

(١) عروبة شافي عرط المعموري ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل سنة ٢٠٠٨

(٢) د . طارق عجیل ، إنعقاد العقد ، مطبعة زين الحقوقية ، ط ٢٠١٣ ، ج الاول ، ص ١٩

(٣) د . امجد محمود منصور ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، جامعة أربد ، دار الثقافة

للنشر والتوزيع ، ٢٠١٥ ص ٨٠

من هذا التعريف يتبين لنا أن القبول هو التعبير الذي يتحقق فيه الخصائص الآتية : -

أ - أن يكون تعبيراً لاحقاً لتعبير الإيجاب أي أن يكون تعبيراً عن الإرادة الثانية موجه من قبل الموجه له إلى الموجب بصرف النظر عن وسيلة التعبير عن من أصدره فالقبول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً وقد يستفاد من السكوت إذا احاطت به ملايسات يفيد التعبير عن الإرادة .

ب - أن يكون تعبير باتاً أي منطوياً على نية قاطعة في أحداث الأثر القانوني ، وهو أبرام العقد لأن القبول أياً كان مظهره ليس إلا الإرادة .

ج - أن يطابق تعبير الإيجاب مطابقة تامة أما إذا صدر القبول بدون مطابقة الإيجاب فلا ينفذ العقد . (١)

وهنا يثار التساؤل التالي هل صدور الإيجاب كافياً لقيام مجلس العقد ؟

الجواب على ذلك : هو أن صدور الإيجاب ليس كافياً لقيام مجلس العقد وإعتباره البداية لفترته ، بل لابد من علم الموجه إليه الإيجاب بهذا الإيجاب ، لكي يمكن القول بأن الإيجاب قد أحدث أثاره الإيجابية في بداية المجلس فلا يعد الإيجاب نافذاً إلا عندما يتم إيصاله إلى من يعرض عليه . (٢)

لذا فإن شرط العلم بالإيجاب يعد شرطاً من شروط قيام المجلس فلا يقوم المجلس شرعاً أو قانوناً ولا تترتب عليه آثاره الشرعية أو القانونية إلا به . لأن الإرادة خفية والعبارة أو ما يقوم مقامها هي الكاشفة عنها والمظهرة لها ولذا الزم ان تكون هذه في التعبير عن الإيجاب واضحة مفهومة ، فإن لم تكن كذلك لعدم إسماع الموجهة إليه الإيجاب هذه العبارة أو عدم فهم مدلوله ، لأنها بغير لغة مثلاً فلا يمكن القول هنا بقيام مجلس العقد وبداية فترته ، ولا ينتج الإيجاب آثاره في هذه الحالة لأن علم المقابل بالإيجاب يجب أن يكون قد تم قبل أن يصدر قبوله . (٣)

(١) د . طارق عجيل - المصدر السابق - ص ٢٢٥

(٢) محمد قنوي باشا ، مرشد الحيران ، الاميرية ، مصر ، الطبعة الثالثة ، ص ٦٥ بدون سنة طبع

(٣) د . احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ص ١٤٥

المطلب الثالث

صور مجلس العقد

يهدف المتعاقدان في مجلس العقد الوصول إلى إبرام العقد عن طريق التراضي فيما بينهما ، لأن العقد جوهره الرضا ، ولا يكفي حصول التراضي أن يتوافر إيجاب وقبول بل لابد من أن يرتبط أحدهما بالآخر وهذا لا يتحقق إلا إذا اقترن الإيجاب بالقبول ، حالة كون الإيجاب قائماً لم يسقط فأن كان قد سقط لسبب أو لآخر فإنه لا يحصل إرتباط الإيجاب بالقبول ، ومن ثم لا يقوم العقد .

لذلك فقد جاءت فكرة مجلس العقد لتحديد فترة بقاء الإيجاب صالحة لإقترانه بالقبول ، سواءً كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد حقيقة أم أعتبرا حكماً ، أنهما في مجلس العقد لذلك سنتناول بالبحث صور مجلس العقد لبيان حقيقة التقاء الإيجاب بالقبول في كل صورة من صورته .

سوف نتناول ذلك من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

مجلس العقد الحقيقي

يقصد بمجلس العقد الحقيقي إتصال أطراف العلاقة العقدية اتصالاً مباشراً وجهاً لوجه في الفترة التي يبقى فيها المتعاقدان منشغليين بالتعاقد ودون أن ينصرف أهتمامهما عن أمور التعاقد .

ويشترط تحقق الرؤية والسمع معاً لكلا المتعاقدين أي بمعنى أن كل منهما يستطيع أن يرى المتعاقد الآخر ولا تلتبس عليه صورته ويستطيع أن يسمعه بحيث لا يلتبس عليه صورته . (١)
والمعيار في رؤية شخص التعاقد وسماع صورته يمكن أن يرتبط بأحد الأمرين :

أما ربطه بمعيار الشخص المعتاد ، أو يعتمد تقديره للعرف ، وتكون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير تحقق مجلس العقد الحقيقي أو عدم تحققه ويدعى التعاقد في هذا المجلس بالتعاقد ما بين الحاضرين ، ويجب التأكد هنا على أن الوقت الذي يبدأ به مجلس العقد الحقيقي هو الوقت الذي يعلم به الموجه إليه الإيجاب بحسب تطبيق الشروط التي توصلها إليها والرأي الذي يتم في مجلس العقد الحقيقي بأنه وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة فقد يتم التعبير عنها باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة أو بالتعاطي . (٢)

(١) د . ممدوح واعد عبد الرحمن فهمي ، دور العرف في العلاقات التعاقدية ، دراسة مقارنة ، ص ٢٥٤

(٢) مصطفى محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الكتب العلمية سنة ٢٠١٢ ج ٣ ، ص ٤

وقد حسم المشرع المدني العراقي موقفه من المسألة بحكم صريح أورده في المادة (٧٩) وهو جواز التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو المعاينة ، ولم يحد هذا الحكم على نوع معين من التعاقدات والمطلق يجري على إطلاقه .

فيستوي إذا كان التعاقد بجميع وسائل التعبير عن الإرادة سواء أكان التعاقد بين الحاضرين أم بين الغائبين (١)

ويجدر الإشارة إلى أنه يشترط في مجلس العقد الحقيقي إقتران الإيجاب بالقبول في الفترة التي تبدأ منذ علم الموجه إليه بالإيجاب إلى ما قبل إنقضاء المجلس .

وبذلك لا يكون التعبير الذي يعبر به جانب من الفقه القانوني في هذا الشأن صحيحاً بقولهم (يعتبر التعاقد بين الحاضرين إذا كان كل من المتعاقدين يعلم بإرادة الآخر فور صدورهما في لحظة واحدة . (٢) لأن هذا القول يكون في حالة ما إذا صدر القبول باللفظ وبلغه يفهما الموجب ، وقد أشرت المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي . صدور القبول والعلم به في مجلس العقد وأعتبرت أن صدور القبول بعد إنقضاء المجلس لا عبرة له . (٣)

إن جميع ما تم ذكره يتعلق بالحالة التي لم يحدد الموجب فيها ميعاداً لإيجابه يلتزم خلاله ببقائه صالحاً لاقتترانه بالقبول ولكن إذا كان المتعاقدان في مجلس العقد الحقيقي وحدد الموجب ميعاداً للإجابة وكانت مدة الإلتزام بالإيجاب تمتد إلى ما بعد التفرق من مجلس العقد بالفعل أو بالقول أعتبر هذه الفترة ضمن مجلس العقد ومن ثم سيصبح المجلس ممتداً حكماً أو سيعتبر المجلس منقضاً وبالتالي لا ينعقد العقد .

(١) المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي

(٢) د . حسين النوري ، نظرية الإلتزام ، مكتبة عيش شمس ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٧٨

(٣) د . محمد صالح ، اصول التعهدات ، ط ٤ ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٣٣ ، ص ٢١٧

أما رأي المشرع العراقي فقد نص في المادة (٨٤) (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه الى أن ينقضي هذا الميعاد) .

فهي إذاً مرحلة تتوسط المرحلتين وهذه المرحلة يمكن إضافتها إلى فترة مجلس العقد مع مراعاة بعض الخصوصيات لمجلس العقد من حيث خيار الموجب بالرجوع عن إيجابه ومن حيث الانقراض .

الفرع الثاني

مجلس العقد الحكمي في الفقه القانوني

مدى مشروعية تسمية التعاقد بالمراسلة بمجلس العقد ، بداية إن مما لا شك فيه أن التعاقد في الفقه المدني لا يقتصر على الحالة التي يكون فيها المتعاقدان متواجدين في مكان واحد وفي زمان واحد .

وقد أورد المشرع العراقي نصاً في المادة (٨٧) منه حدد فيه اللحظة التي يتم بها إنعقاد العقد بين الغائبين ، (٢) هذا يعني أن القانون المدني العراقي عرف التعاقد بين الغائبين ، ولكن هل يعني ذلك بأنه عالج موضوع مجلس العقد الحكمي ؟

للإجابة على ذلك لا بد من التمييز بين إصطلاح (التعاقد بين الغائبين) و (مجلس العقد الحكمي) والأمثلة التالية تبين الفرق بينهما : -

قد يصدر الإيجاب من حاضر إلى غائب عن طريق الرسالة فيأتي الغائب البعيد يبلغه قبوله ، ففي هذه الحالة على الرغم من بداية مجلس عقد حكمي بين المتعاقدين فإن التعاقد يعتبر قد أبرم بين حاضرين .

إن الغاية الرئيسية لمجلس العقد هي خيط الإيجاب الصادر من أحد الطرفين وتحديد المدة التي يبقى هذا الإيجاب صالحاً لملاقاة القبول الصادر من الطرف الآخر ، وهذا ما يجب مراعاته بغض النظر سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين .

(١) ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الصنائع الناشر مطبعة الجمالية الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦ ، ج ٥ ، ص ١٣٨

(٢) القانون المدني العراقي المادة ٨٧ نصت (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك) .

يعد التعاقد بالمراسلة بعد التطور التكنولوجي المذهل في مجال تقنية الإتصالات والمعلومات الذي نعيشه اليوم سواء كانت تجارة داخلية تتم داخل إقليم الدولة أو خارجها من أهم المسائل التي تطرح نفسها عند معالجة مجلس العقد الحكمي ، الذي يتم عن طريق المراسلة هي مسألة بيان نقل الإيجاب بعد أن ظهرت وسائل اتصال عديدة ومتنوعة ساعدت المتعاقدين على التعاقد في مجلس العقد الحكمي . (١)

والتعاقد عن طريق المراسلة يعني إن المتعاقدين لا يضمهما مجلس واحد وإنما هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول و الهاتف أو باي طريقة أخرى من الطرق المستحدثة وبالتالي يبدر تساؤل عن زمان إنعقاد العقد ومكانه في هذه الحالة هل هو بعد إعلان القبول أم وقت تصديره واخيراً العلم به . (٢)

بالرغم من عدم وجود عرف حتى الان يحكم التعبير الصادر عن الايجاب والقبول خاصة عبر شبكة الانترنت إلا أن بواصر القواعد العرفية بهذا الخصوص قد بدأت بالظهور، حيث انه بإختصار لبعض العبارات وأماناً للاتصال أصبح المتخاطبين عبر المراسلة يضعون أشكالاً لوجه الإنسان للتعبير عن الموافقة وبالتالي يعني إنعقاد العقد .

وقد نمت التجارة الألكترونية نمواً هائلاً وسريعاً انعكس على حجم المبادلات التجارية التي تتم من خلالها واصبحت شبكة الانترنت مركزاً تجارياً يتسع لجميع سكان الأرض حيث يتم من خلالها تبادل السلع والخدمات وعرض المنتجات للبيع والذي سهل مهمة المتعاقدين على التعاقد بموجب مجلس العقد الحكمي .

ونتيجة للزيادة المضطردة في معاملات التجارة الألكترونية والتي أدت إلى زيادة كبيرة في العقود الإلكترونية المبرمة ، أصبحت هذه التجارة واقعاً عملياً فرض نفسه على المستويين الوطني والدولي . (٣)

(١) د . عباس زبون العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، بدون سنة طبع ، ص ١٢٥

(٢) د . امجد محمود منصور ، مصدر سابق

(٣) حمارشة ، رياض وليد ، عقد البيع الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية إبرامه آثاره إثباته دراسة تحليلية مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة الدول العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص ، ٣

المبحث الثاني

خيار المتعاقدين في مجلس العقد

خيار المجلس هو ما يبين لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد أو إمضائه مالم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار العقد من غير اشتراط .

فخيار المجلس هو خيار ذو طبيعة خاصة ، وهو يختلف عن خيار الرجوع والقبول ... من حيث أنه يعطي الخيار للطرفين ، دون إقصاره على أحدهما . (١)

ومن خلال هذا المبحث سنوضح خيار القبول وخيار الرجوع في مجلس العقد وذلك في مطلبين كما يلي :

المطلب الأول

خيار الرجوع في مجلس العقد

وهو الخيار الذي يمنح الموجب الحق في الرجوع عن إيجابه أو البقاء عليه ، إذا إقترن بعلم من وجه اليه الخطاب بالإيجاب ، وقبل صدور قبوله . (٢)

جاء في شرح فتح القدير : وللموجب أيهما كان بائعاً او مشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر . (٣)

(١) د . عبد الستار حامد الحسن بن زياد ، وقفة بين معاصريه من الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، ج ١ ، ص ٤٨٢ .

(٢) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام : المصدر السابق ص ٢٣٥ ، وعبدالرزاق رحيم الهيتي : التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة ، بيروت ، بلاسنة نشر ، ص ١٩ .

(٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام ، المصدر السابق ص ٢٣٥ .

وقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة (٨٢) ، ((المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل قبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)) .

وفي المادة (٨٤) ، (إذا حدد الموجب ميعاداً ألتزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد) . (١)

يذهب الباحثون إلى أن القانون المدني المصري لم يأخذ بفكرة خيار المجلس على غرار ما اتجه إليه الفقهاء في الشريعة الإسلامية . ويستند القول بذلك إلى بعض نصوص القانون المدني المصري والتي من أهمها المواد (٨٩ - ٩١ - ٩٤) فالمادة (٨٩) منه تنص على أنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد) .

والمادة (٩١) تنص على أنه (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك) .

والمادة (٩٤) تنص على أنه : - ((إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التلفزيون أو أي طريق مماثل)) .

ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد . (٢)

كما تدل المادة (٨٩) والمادة (٩٤) من القانون المدني المصري على أن العقد يلزم من ذات لحظة العلم بالقبول كما يتضح لنا إن العقد يلزم في نطاق القانون المدني المصري في وقت واحد وهو وقت العلم بالقبول خاصة أن النصوص السابقة للمادتين (٨٩ - ٩٤) استخدمت عبارة يتم العقد ولم يستخدم ينقضي العقد وذلك ما يمثل الإنعقاد واللزوم معاً ، ومنه يظهر أن القانون المدني المصري لم يأخذ بفكرة خيار المجلس .

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

(٢) د . ممدوح واعد عبد الرحمن فهمي ، مصدر سابق .

وأما أثر خيار الرجوع على عقد البيع : إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول المخاطب بالإيجاب بطل الإيجاب فلو قبل الآخر في المجلس لا ينعقد البيع ، لأنه ليس في ذلك إبطال لحق الغير . (١)
وإن رجع الموجب عن إيجابه بعد قبول الآخر فرجوعه لغو والبيع باق على الإنعقاد . (٢)

ولو قال البائع للمشتري : بعتك هذا الشيء بمائة ثم رجع ، وقال : بعتك بمائة وعشرين ، وقال الآخر : قبلت يلغي الإيجاب الأول ، لأنه لم يقترن بقبول وينعقد البيع على الثاني مائة وعشرين . (٣)

وقد شرعت الخيارات لحماية المتبايعين وتحقيق مصلحتهما ، وتوفير الرضا ، ومنها خيار الرجوع حيث شرع لرفع الضرر عن الموجب ، إذا رأى أن صفقته التي عرضها خاسرة إذا ما أرتفعت مثلاً الاسعار فجأة ، أو تبين له إن الشخص القابل سيستخدم المبيع في غير مرضاة الله ، أو أنه مغبون في السعر الذي عرضه ، أو تبين أنه بحاجة إلى هذه السلعة ، إذاً الواضح أن خيار الرجوع منح الموجب الحماية ، إما بجلب مصلحة أو دفع مفسدة . (٤)

وإذا كان البيع بين حاضرين فإنها تمتد من لحظة علم المخاطب بالإيجاب إلى ما قبل صدور القبول ، وإذا كان بين غائبين فإنها تمتد إلى لحظة إقتران الرجوع بإعلان القبول . (٥)

ويتبادر الى الذهن سؤال هل يشترط علم المخاطب بالإيجاب برجوع الموجب ، في هذه الحالة ينظر إذا كان البيع بين حاضرين فيشترط علم الطرف الآخر برجوع الموجب ، وذلك برؤية إشارته أو كتابته أو سماع لفظه ، فإذا قبل الآخر دون أن يسمع رجوع الموجب ، فالقبول معتبر والبيع ينعقد ولا حكم لهذا الرجوع ، حيث جاء في الفتاوي الهندية : ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب . (٦)
وإذا كان البيع بين غائبين فلا يشترط علم الموجه إليه الخطاب برجوع الموجب .

(١) حيدر علي دررالحكام شرح مجلة الاحكام ، مطبعة العباسية ، حيفا ١٩٢٥ ص ١ / ١٣٤ ، المادة ١٨٤

(٢) المصدر السابق ص ١ ، المادة ١٨٤

(٣) حيدر شرح المجلة المصدر السابق ص - ١٣٥ ، المادة ١٨٥

(٤) حيدر : المصدر السابق ص ٣٣ ، المادة ١٣٤ ، المادة ١٨٤

(٥) ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني : المصدر السابق ص ٥٤٠ ، ابن همام : المصدر السابق ٢٣٦

(٦) نظام الدين البلخي نظام الفتاوي الهندية ، سنة ٢٠٠٠ .

المطلب الثاني

خيار القبول

إن أساس عقد البيع هو الرضا ، ولذلك منح الفقه الإسلامي من وجه إليه الخطاب بالإيجاب خيار القبول فالأمر إليه إن شاء قبل ، وإلا رد الإيجاب .

وخيار القبول تعني إعطاء المخاطب بالإيجاب حق القبول والرد في المجلس ، وإن الفقه الغربي يفرق بين نوعين من التعبير عن الإرادة أحدهما هو التعبير غير الواجب التسليم أو غير الواجب الإتصال وهو التعبير الذي ينتج أثره القانوني بمجرد صدوره من صاحبه ، كالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور وليس إلى شخص معين ، والآخر هو واجب التسليم أو واجب الإتصال وهو التعبير الذي لا ينتج أثره إلا باتصاله بشخص آخر يكون موجهاً إليه ، كما هو الحال في الإيجاب والقبول اللذين ينعقد بهما العقد . (١)

وقد كشف تتبع نصوص الفقه الإسلامي عن إنه يميز بوضوح بين التعبير واجب الإتصال أو التعبير ر غير واجب الإتصال وإن لم يطلق عليهما صراحة هذه التسميات ، كما كشف عن أن الإيجاب يعد تعبيراً واجب الإتصال لا يحدث أثره في المقصود إلا باتصاله بعلم من وجه إليه وهو الموجب تماماً كما هو الحال في الفقه الغربي وأثر الإيجاب هو نشوء حق لمن وجه إليه في قبوله قبولاً ينعقد به العقد ومن ثم فله الحق في القبول لا ينشأ إلا من علم من وجه إليه أي علم الموجب له بالإيجاب ، ولذلك فيكون من المتصور أن يعود الموجب فيعدل عن إجابته قبل علم الموجب به ، فيحول ذلك دون نشوء حق من وجه إليه القبول في قبول ينعقد به العقد ، وتظهر أهمية تلك الحالات مثال ذلك التي يكون الإيجاب ملزماً ، حيث يؤدي العدول عن الإيجاب إلى علم أو قبول الموجب له ويؤدي إلى الحيلولة دون نشوء الأثر الملزم في رسالة يوجهها إلى الموجب له بمضمونها ، أو يرسل الموجب له برقية يخبره فيها بالعدول عن إجابته ونص إليه هذه البرقية قبل علمه بمضمون الرسالة الحاملة للإيجاب كذلك وينتهي الحق في القبول قائماً لم يسقط بسبب من أسباب سقوطه أما في الفقه الإسلامي فهناك إتجاهان متميزان ، أتجاه يمثل المذهب الشافعي ، وأتجاه تمثله المذاهب الأخرى . فالشافعية يتطلبون لإنعقاد العقد أن يصدر القبول فوراً وعقب سماع الإيجاب مباشرة حتى يتسنى له أن يقترن بالإيجاب ولما كان تطلب الفورية في القبول يؤدي إلى حرمان الموجب له من فرصة التدبر ، فقد فتح الشافعية الباب أمامه للعدول عن طريق ما يسمى بخيار المجلس فعندهم يكون لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع في العقد بعد إنعقاده مادام مجلس العقد قائماً لم ينقص (٢)

(١) د . عبد الستار حامد الحسن بن زيادة ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧

(٢) مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، بدون مكان طبع ، دار المطبوعات - الجامعية ، ١٩٩٩ ص ٨٠

ومثال الخيار على القبول أو الرجوع ، خيار الرؤية ويقصد به رخصة تثبيت للمشتري الذي اشترى شيئاً لم يره من قبل أو وقت البيع ، تخوله أن يأخذه أو يرده متى أراد فيتترك له الخيار أي خيار القبول فأذا قبل به تم القبول وأنعقد العقد وتحدد المدة خلال ثلاثة أيام كما جاء بالفقه الإسلامي بالنسبة لخيار الرؤية .

وهناك أمثلة كثيرة في القانون المدني العراقي على خيار القبول ، ومنها البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع قبل شرائه نهائياً وذلك أما لغرض التأكيد من صلاحية المبيع للغرض منه أو للتأكد من ملائمة حاجته الشخصية فيستخدم المشتري حقه وإذا قبل إنعقد العقد بإستخدامه خيار القبول ، ومثاله أيضاً البيع بشرط المذاق فيكون هنا معلق على شرط واقف وهو إستخدامه لخيار القبول أو رجوعه عن الخيار فإذا وافق على ذلك إنعقد العقد وإذا رفض المشتري رجوع عن العقد ، ومن هنا يتبين لنا خيار القبول ويترك للمشتري حرية القبول أو خيار القبول . (١)

أما من حيث أثر خيار القبول على المبيع إذا صدر إيجاب الموجب فإن من وجه إليه الخطاب بالإيجاب يمكن أن يقبل هذا الإيجاب ، ويمكن أن يرفضه . فإذا قبل الإيجاب وتوفرت شروط الصيغة من موافقة القبول للإيجاب ، وإتحاد المجلس وعدم وجود ما يدل على الإعراض ، إنعقد العقد أما إذا رفض الإيجاب سواء بقوله لا أريد هذا البيع ، أو كتب إلى الغائب بذلك ، أو قال شيئاً يدل على الإعراض أو أخذ بالحديث في كلام لا علاقة له بموضوع التعاقد إنقطع المجلس ولم يتم البيع . (٢)

(١) سعيد مبارك ، الموجز في العقود المسماة ، المكتبة القانونية بغداد ، بدون سنة نشر ، ص ٣٢

(٢) أبو الحسين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية : بيروت سنة ٥٩٣ هـ ، ص ٢١

المبحث الثالث

انقضاء مجلس العقد

هناك العديد من الظروف التي قد تقع في مجلس العقد سواء أكان حقيقياً أو حكماً ، وتؤدي به إلى الإنقضاء وهو الرابطة القانونية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد ، ومن هنا يظهر الفرق بين إنقضاء مجلس العقد عن إنقضاء الإلتزام العقدي ، إذ يؤدي تنفيذ الإلتزامات العقدية إلى إنقضاء تلك الإلتزامات وهذا هو الوفاء ، وهو الطريق الطبيعي لإنقضاء الإلتزامات . كما يمكن ان تنقضي الإلتزامات الناتجة من العقد بغير طريق الوفاء ، بموجب أسباب إنقضاء خاصة نص عليها القانون .

فستتناول في هذا المبحث الحالات التي تؤدي إلى إنقضاء مجلس العقد في مطلبين الأول نتكلم عن إنقضاء المجلس قبل انعقاد العقد والمطلب الثاني عن إنقضاء المجلس بعد انعقاده .

المطلب الأول

انقضاء المجلس قبل انعقاد العقد

بعد صدور الإيجاب ، وعلم الموجه إليه به يكون المجلس قد قام فعلاً كي تترتب عليه آثاره وهو إبرام العقد بصدور الرد على الإيجاب . يلزم لذلك ألا يصدر من أي من المتعاقدين بعد العلم بالإيجاب ما يدل على الإعراض أو الرفض عن الإنشغال بالتعاقد في المجلس ، من قول كرجوع الموجه عن إيجابه ، أو الإنشغال بكلام أجنبي عن التعاقد ، أو فعل كالإنشغال بعمل آخر كالأكل أو النوم .

فلو قال أحدهما : أشتريت دارك بكذا فاشتغل الآخر بكلام أجنبي لا تعلق له بالبيع ، فإن الإيجاب يسقط بهذا الإعراض ولا عبرة بالقبول بعده ، وحتى لو صدر قبل إنتهاء مجلس العقد لأنه عندها لا يصادف إيجاباً . (١)

ينقض المجلس بعدة حالات تتمثل بما يلي :

(١) محمود بن احمد بن موسى بن احمد العيني : البناية في شرح الهداية ص ٢٣٦ وانظر الكاساني : المصدر السابق ، ص ٥٤٠

الفرع الأول

رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الموجه إليه

إن الفقه الإسلامي يعتبر رجوع الموجب سيؤدي إلى إنقضاء مجلس العقد بصورته ، أما في الفقه المدني فإن حالة رجوع الموجب عن إيجابه لا يتحقق إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد عندما لا تتحدد مدة القبول . ولم يمكن استنتاج ميعاد ضمني لذلك القبول وبذلك فإن رجوع الموجب عن إيجابه في الحدود التي يسمع بحالة الرجوع سيؤدي إلى سقوط الإيجاب وإنقضاء المجلس . (١)

الفرع الثاني

انقضاء مدة الإلتزام بالإيجاب

في هذه المسألة يجب التفرقة بين حالتين :-

الحالة الأولى / هي حالة تحديد ميعاد صريح للقبول .

فإذا كان تحديد مدة الإلتزام بالإيجاب من قبل الموجب صراحة فإن الإيجاب سيسقط بإنقضاء هذه المدة الملزمة ، وتنطبق هذه الحالة سواء كان التعاقد في مجلس عقد حقيقي يسقط الإيجاب مادام لم يقترن به القبول قبل إنقضائها أو مجلس عقد حكمي .

الحالة الثانية / هي حالة عدم تحديد ميعاد صريح للقبول .

فإذا لم يحدد الموجب ميعاداً للقبول بصورة صريحة فمن غير المعقول بقاء مجلس العقد قائماً إلى ما لا نهاية ، إذ من الممكن أن يتخذ موقفاً سلبياً (٢)

أي يتخذ الموجه إليه الإيجاب موقفاً سلبياً أي يتخذ موقف السكوت ، ففي هذه الحالة هل سيبقى مجلس العقد قائماً أم إن السكوت قد يعتبر على أنه رفض للتعاقد ومن ثم إنقضائه المجلس ؟

للجواب على ذلك نقول بأنه يجب إستبعاد بعض التعاقدات التي يعتبر فيها السكوت مقبولاً ، حيث لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً . (٣)

(١) د . عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الكويتي، بدون سنة نشر ، ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، ص ١١

(٣) المادة (٨١) من القانون المدني العراقي

الفرع الثالث

رفض الموجه إليه الإيجاب :

ويقصد بذلك أن يصدر الموجه إليه إرادته بالرفض بصورة صريحة وأن يصل هذا الرفض إلى علم الموجب وللموجه إليه الإيجاب خيار للقبول وتكون له بموجبه الحرية في قبول الإيجاب أو رفضه وهذا القول ما ينطبق على موقف الفقه الإسلامي والفقه المدني . (١)

الفرع الرابع

موت أحد المتعاقدين أو فقده الأهلية :

تختلف نظرة التشريعات حول هذا الموضوع بحسب نظرة كل مشرع إلى التعبير عن الإرادة فمنهم من يرى أن التعبير عن الإرادة إنما هو دليل على وجود صاحب الإرادة فحيث ينعدم وجود إرادته معه ، وينعدم الوجود بالموت أو يفقد الأهلية .

ومنهم من يرى بقاء الإرادة ولو توفى الموجب أو فقده الأهلية ، بمعنى أن الإيجاب الصادر ممن يريد التعاقد يبقى قائماً حتى إذا مات صاحبه أو فقد الأهلية قبل صدور القبول ومن أنصار هذه النظرة القانون المدني المصري النافذ .

وهناك جانب من الفقه يذهب إلى وجوب التفرقة (في حالة الموت أو فقده الأهلية) بين الإيجاب الذي لم يحدد له ميعاد للقبول بصورة صريحة من قبل الموجب ، أو الإيجاب الذي يحدد له فترة معقولة في التعاقد مابين غائبين ففي هذه الحالة فإن موت الموجب أو علم القيم عليه على أساس أن هؤلاء يحلون محل الموجب في العلم بالقبول ، مالم تكن شخصية الموجب محل إعتبار(٢) .

(١) ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني ، المصدر السابق ، ج ٥ ، ص ١٣٦

(٢) أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جامعة بيروت ، دار الفكر المعاصر ، الطبعة الرابعة ، سنة ٢٠١٧ .

أما المشرع العراقي ، فلم يورد نصاً قانونياً في متن القانون المدني العراقي يعالج فيه أثر الموت أو فقده الأهلية في الإرادة (إيجاباً أو قبولاً) . ومع ذلك يمكن القول بأن القانون المدني العراقي قد أخذ بسقوط الإيجاب بموت الموجب وهذا الاتجاه هو ما يمكن الاتفاق معه ، وخاصة أن المشرع العراقي قد أورد مبدأً خاصاً فيما يتعلق في التعاقد بين غائبين بموجب المادة (٨٧) منه وهو شرط علم الموجب بالقبول ولا يتم العلم إذا توفى الموجب أو فقد الأهلية . (١)

ويمكن الإشارة إلى أن عدم إيراد المشرع العراقي نصاً قانونياً صريحاً يعالج أثر الموت أو فقد الأهلية إعتبره دليلاً على إن الإرادة تسقط بموت صاحبها أو فقده الأهلية إن ذلك هو ما يتفق مع القواعد العامة .

خامساً / تفرق المتعاقدين :

التفرق أما يكون بالأبدان أو بالأقوال أو بالأفعال ويقصد التفرق بالأبدان التفرق الذي يتم بإرادة المتعاقد وإخباره بأن يترك أحد المتعاقدين أو كلاهما المجلس بإرادته وإختياره بعد العلم بالإيجاب وقبل القبول و الضابط لتفرق المتعاقدين هو العرف .

فالأولى أن يحكم العرف فيما يكون تفرقاً بالأبدان عن مجلس العقد فبقاء الموجب هو دليل على بقاء إرادته وتمسكه بها ما بقي حتى تنهياً للطرف الآخر فرصة تمكنه من النظر والتروي والموازنة بين البدلين وغير ذلك مما لا يستغني عنه في إبرام العقود إليه الإيجاب هو دليل على الرغبة في الاستمرار بمجلس العقد من أجل الحصول على إبرام العقد .

أما ما يقصد بالتفرق بالأقوال فهو الإعراض عن التعاقد بقول أو بكلام أجنبي لا علاقة له بموضوع التعاقد وهو ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحة ولا من مستحباته . (٢)

(١) المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته

(٢) د . عبد المجيد الحكيم و أ عبد الباقي الكيري و أ . محمد طه البشير نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج ١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٣٧

المطلب الثاني

انقضاء مجلس العقد بعد إنعقاده

إنهاء القوة الملزمة للعقد بعد إنعقاده يعني حل الرباط التعاقدي ، الذي يربط بين طرفي التعاقد ، فيتحلل كل منهما من الإلتزامات التي يرتبها العقد في ذمته فمُنذ نشأة العقد صحيحاً يكتسب القوة الملزمة التي توجب على طرفيه تنفيذ الإلتزامات التي يتبعها .

فإذا تخلف أحدهما عن تنفيذ الإلتزامه في العقد التجاري فإنه يجوز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطلب أما بتنفيذ العقد أو بفسخه كما أنه له أن يجمد الإلتزامه بوقف تنفيذه حتى يجبر الطرف الآخر على التنفيذ مستعملاً في ذلك حقه في الدفع بعدم التنفيذ وقد جاء في القانون المدني السوري (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) . (١)

أما المشرع العراقي فقد نص على ذلك المبدأ في القانون المدني العراقي مع ملاحظة أن المشرع العراقي قد عالج الدفع بعدم التنفيذ ضمن الحق في الحبس للضمان حيث جاء فيه (١) - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب الإلتزام المدين وكان مرتبطاً به ، ٢ - فإذا قدم الدائن تاميناً كافياً للوفاء بالإلتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به) . (٢)

الطريق الطبيعي لزوال الرابطة العقدية هو إنقضاؤها بتنفيذ الإلتزامات التي تضمنتها غير أن العقد قد يزول قبل تنفيذه أو قبل البدء بهذا التنفيذ وذلك لحصول أمور تؤدي إلى ذلك .

وزوال العقد قد يكون بأثر رجعي وهذا هو (الفسخ) ، وقد يكون بالنسبة للمستقبل فقط دون أثر رجعي وهذا هو (الألغاء) أو (الأنهاء) .

والحق في الفسخ حديث نسبياً في القوانين المدنية ، وقد قيلت آراء عدة في تعليل إعطاء المتعاقد الحق فيه منها أن العقد الملزم للجانبين يتضمن شرطاً فاسخاً ضمناً يعطي كلا المتعاقدين الحق في طلب الفسخ إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالإلتزامه العقدي .

(١) المادة ١٦٢ من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته

(٢) المادة ٢٨٢ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته

والفسخ يعني إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه وإمتنع عن تنفيذه بخطأ منه يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد من أجل أن يتحلل هو أيضاً من تنفيذ التزامه ، ويستخلص من ذلك أن قاعدة الفسخ لا تطبق إلا في العقود الملزمة للجانبين والتي تنشأ إلتزامات متقابلة . وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨٤) من التقنين المدني الفرنسي والمادة (١٥٨) من القانون المدني السوري والمادة (١٥٧) من القانون المدني المصري ومن ثم لا تطبق هذه القاعدة في نطاق العقود الملزمة لجانب واحد ، وإنما ينحصر حق الدائن ، في هذه العقود إذا أخل المدين بتنفيذ إلتزامه ، في أن يطالب إما بالتنفيذ العيني الجبري ، وإما بالتنفيذ عن طريق التعويض وهو موضوع المسؤولية العقدية .

وإذا كان الفسخ هو الجزاء الذي رتبته المشرع على عدم إحترام القوة الملزمة للعقد ، بالإمتناع عن تنفيذه إلا أن أسباب زوال القوة الملزمة ليست جميعها لها هذه القوة القانونية إذ قد تزول القوة كأمر طبيعي كما هو في حالة الإنقضاء ، أو بناء على إتفاق بين الطرفين ، ولكن الفسخ هو أهم أسباب زوال القوة الملزمة للعقد . (١)

وهناك فرق بين الفسخ والإفساخ الذي هو إذا إستحال على أحد المتعاقدين تنفيذ إلتزامه نتيجة سبب أجنبي يؤدي ذلك إلى إنقضاء إلتزامه وبمعنى آخر إنقضاء العقد ، ويترتب على هذا الإنقضاء سقوط الإلتزام المقابل والمترتب في ذمة المتعاقد الآخر ، ويطلق في فرنسا على هذه القاعدة اسم نظرية المخاطر .

فمن الواضح إن ذلك لا تطبق إلا في نطاق العقود الملزمة لجانبين لا تشمل العقود الملزمة لجانب واحد ففي عقد الإيجار مثلاً الذي يشكل عقداً ملزماً للجانبين ، لا يستطيع المؤجر أن يطالب المستأجر بدفع الأجرة إذا هلك المأجور بسبب قوة قاهرة كالحريق مثلاً فالحريق يؤدي إلى إنقضاء التزام المؤجر بتقديم العين المؤجرة بحالة صالحة للإستفادة منها ، ويؤدي إنقضاء إلتزام المؤجر إلى زوال إلتزام المستأجر بدفع الأجرة مرتبط بالتزام المؤجر بتقديم العين المؤجرة وجوداً وعدماً .

جاء في مواهب الجليل : لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد المجلس ، (٢) أي يعتبر المجلس قد أنقض ، وجاء في كشاف القناع : أو يتشاغلا بما يقطعه عرفاً فلا ينعقد البيع ، لأن ذلك إعراض عن العقد وإنقضاء مجلس العقد . (٣)

(١) عبد الحكيم فودة ، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، ج ١ ، دار المطبوعات ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ص ٣١

(٢) محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب : مواهب الجليل ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الثانية ص، ٢٤١

(٣) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع دار الفكر ، بيروت ، ص ٣

توصلنا في نهاية بحثنا هذا الى عدة استنتاجات ومقترحات الاتية :-

أولاً : الأستنتاجات

١- إن مجلس العقد هو عقد ملازم للجانبين في تبادل المتعاقدان ، ويسمى كذلك عقداً تبادلياً وهو عقد ينشأ بموجبه ، إلتزامات متقابلة على كل طرفين من أطراف العقد فيكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت عينه مثل عقد البيع .

٢- المساومات والمفاوضات غالباً تسبق صفقات البيع الكبيرة قبل مرحلة مجلس العقد والتي تساعد في تفسير بعض المسائل الغامضة المرافقة لصيغة العقد ، ولا تأخذ أحكام مجلس العقد .

٣- تعتبر مرحلة مجلس العقد ، المرحلة الاخيرة من مراحل ما قبل التعاقد ، وتبرز أهمية هذه المرحلة في أنه لا يتم عقد البيع إلا من خلالها فلا يتصور وجود عقد البيع بدون المرور في مرحلة المجلس ، لكن يمكن أن يكون للعقد وجود من غير مفاوضات أو مساومات .

٤- يصور مجلس العقد على أنه وحدة معنوية بحيث يظل قائماً ، ما دام المتبايعان لم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً وما دام في حدود المدى الزماني والمكاني لمجلس العقد .

٥- لمجلس عقد البيع شروط إنعقاد ، فمنها ما يتعلق بالمكان وهو حضور المجلس ، ومنها ما يتعلق بالزمان وهو الانشغال بالتعاقد .

٦- من أهم شروط الصيغة إتحاد المجلس ، وهو إقتران الإيجاب بالقبول في مجلس واحد ، ويتحقق الإتحاد بحضور المتبايعين المجلس ، وعلم كل منهما بما صدر عن الآخر وإنشغالها بموضوع البيع ، وعدم الرجوع عنه صراحة أو ضمناً .

٧- هناك عقود لا يشترط لإنعقادها مجلس عقد مثل الوصية والوكالة .

٨- ينقطع المجلس بمفارقة اي من المتبايعين باختيارهما في التعاقد بين حاضرين ، أما في التعاقد بين غائبين فلا ينظر إلى مفارقة الموجب مجلسه ، إنما ينقض المجلس بمفارقة من وجه إليه الخطاب بالإيجاب .

ثانياً : المقترحات

- ١- نقترح من المشرع العراقي محاسبة المتعاقدين الذين تعاقدوا لأجل عقود تخل بالنظام العام والأمن العام بوصفها أسباب غير مشروعة وأن تقوم بمعاينة هؤلاء وملاحقتهم .
- ٢- نقترح إدخال تعديلات على التشريعات المدنية لمواكبة مستحدثات التجارة العالمية .
- ٣- التوسع في نطاق التعامل بواسطة شبكة الأنترنت إذا كانت وسيلة التعاقد الكتابة عبر البريد الإلكتروني فينطبق عليه أحكام مجلس العقد بين غائبين .
- ٤- الأستعانة بالكوادر الفنية المتخصصة بتكنولوجيا وسائل الاتصال الحديثة وبخاصة الإنترنت أثناء صياغة المواد القانونية المتعلقة بالتجارة الألكترونية .
- ٥- تهيئة طلاب الجامعات وعلى وجه الخصوص طلاب كليات القانون في مجال تكنولوجيا المعلومات حتى تتوفر لديهم المعرفة الكافية للتعامل مع العقود الألكترونية .

المصادر والمراجع

اولاً / الكتب :

- ١- د . احمد فراج حسين , الملكية ونظرية العقد ، الدار الجامعة الاسكندرية ، ١٩٨٦ .
- ٢- احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين ، معجم مقاييس اللغة العربية ، دار الفكر ، بلا سنة نشر .
- ٣- د . امجد محمود منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، جامعة اربد دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١٥ .
- ٤- ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الصانع ، الناشر مطبعة الجمالية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦ .
- ٦- د . حسين النوري ، نظرية الالتزام ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- ٧- حسين علي بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الاسلامية ، بيروت بلا سنة نشر .
- ٨- حيدر علي ، درر شرح المجلة ، مطبعة العباسية ، حيفا ، سنة ١٩٢٥ .
- ٩- زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي ، القواعد لابن رجب ، الناشر دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الطبع الاولى سنة ١٤١٩ هجرية .
- ١٠- سعيد مبارك ، الموجز في العقود المسماة ، المكتبة القانونية بغداد ، بدون سنة نشر .
- ١١- د . طارق عجيل ، انعقاد العقد ، مطبعة زين الحقوقية ، جزء الاول ، بلا سنة نشر .
- ١٢- د . عباس زيون العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، بدون سنة طبع .
- ١٣- د . عبد الستار حامد الحسن بن زيادة وقفة بين معاصريه من الفقهاء ، ج ١ ، بدون سنة نشر .
- ١٤- عبد الفتاح عبد الباقي / مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ، بدون سنة نشر .
- ١٥- د . عبد المجيد الحكيم أ عبد الباقي الكيري أ محمد طه البشير نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج ١ المكتبة القانونية بغداد .
- ١٦- عبد الحكيم فودة ، انتهاء القوة الملزمة للعقد ، ج ١ دار المطبوعات الاسكندرية ، ١٩٩٣ .
- ١٧- د . عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق ، الجزء الثاني بدون سنة طبع .

- 18- عبد الرزاق رحيم : الهيئي ، حكم التعاقد عبر اجهزة الاتصال الحديثة في الشريعة الاسلامية : بيروت ، بلا سنة نشر
- 19- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي : ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الاولى ، بيروت سنة 1995 .
- 20- محمد قدوري باشا (مرشد الحيران) الاميرية مصر الطبعة الثالثة بدون سنة نشر .
- 21- مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية سنة 1999
- 22- مصطفى محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الكتب العلمية ، سنة 2012 .
- 23- محمد بن مكرم بن علي ، لسان العرب ، الناشر دار احياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، سنة 1999 .
- 24- محمد بن عبد الرحمن المغربي : الخطاب ، مواهب الجليل ، الطبعة الثانية ، دار الفكر بيروت 1398 هجرية .
- 25- د . محمد صالح ، اصول التعهدات ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، 1933 .
- 26- محمود بن احمد بن موسى بن احمد العيني ، البناية شرح الهداية ، دار الكتب العربية بلا سنة نشر .
- 27- د . ممدوح واعد عبدالرحمن فهمي ، دور العرف في التعاقدية ، دراسة مقارنة ، بدون سنة نشر .
- 28- منصور بن يونس بن ادريس ، كشف القناع عن متن الاقناع , دار الفكر بيروت 1402 هجرية .
- 29- أ.د وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، جامعة بيروت ، الفكر المعاصر سنة 2017

ثانياً / البحوث والرسائل والمجلات :

- ٣٠- ايمان حسن علي ، تقدير الدية تغليظاً وتخفيفاً في ضوء مقاصد الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير سنة ٢٠١١ .
- ٣١- رياض وليد ، حمارشة ، عقد البيع الالكتروني في ظل التجارة الالكترونية إبرامه آثاره دراسة تحليلية مقارنة إثباته دراسة تحليلية مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة الدول العربية ، القاهرة ، مصر ٢٠٠٠ .
- ٣٢- عروبة شافي عرط المعموري ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل سنة ٢٠٠٨ .
- ٣٣ - مجلة الاحكام العدلية ، م ١٠٣ .

ثالثاً / القوانين :

- ٣٤- القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٣٥- القانون المدني السوري المرقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩
- ٣٦- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

الفهرست

المقدمة :	١
المبحث الأول : ماهية العقد ومجلسه	٤
المطلب الأول : تعريف مجلس العقد ولمحة تاريخية عنه	٤
المطلب الثاني : شروط مجلس العقد	٧
المطلب الثالث : صور مجلس العقد	٩
المبحث الثاني : خيار المتعاقدين في مجلس العقد	١٣
المطلب الأول : خيار الرجوع في مجلس العقد	١٣
المطلب الثاني : خيار القبول	١٦
المبحث الثالث : انقضاء مجلس العقد	١٨
المطلب الأول : انقضاء المجلس قبل انعقاد العقد	١٨
المطلب الثاني : انقضاء مجلس العقد بعد انعقاده	٢٢
المصادر :	٢٦
الفهرست :	٢٩

