التبدُّلُ التنظيميّ للعَقْد ـدِراسَةٌ تَحْليليَّةـ

أ.م. د. عمّار حبيب جهلول المدنيّ
كُليَّة القانون/ جامعة القادسيَّة

م. م. حيدر صلاح كَاطع
كُليَّة القانون/ جامعة القادسيَّة

Doi:https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.2.1

المُلخَّص

لا مِراء بأنَّ نظريَّة العقد صابها ما صابها من التطوَّر حتى يمكن القول بأنَّ مبادئ أساسيَّة حكمت ونظمَّت العقود لزمنٍ طويل صابها بعض التعديل والتطوير حتى تربعَّت مبادئ جديدة ظهرت من طيّاتها، ومن ضمن تلك المبادئ ما يُمكن تسميته بتبدُّلِ العقد، فالعقد اليوم ليس هو نفسه العقد سابقاً، وما كانَ مُحرماً سابقاً، قد لا يكون كذلك، بل أنَّ فكرة التعاقد نفسها قد تكون بعيدةً عن بال وحُسبان أصحاب المعاملة غير أنَّ عقداً ما يُفرَض عليهما، وعلى هذا الأساس فإنَّ فكرة تبدُّل العقد هي من بنات أفكار الفقه الذي يدعَّي تطوّر نظرية العقد بلحاظ ما تفرزه عولَمة العقد، لا سيما العقود التجاريَّة والاقتصاديَّة التي تؤم النشاطات المالية المختلفة.

الكلمات المُفتاحيَّة: تبدُّل العقد، روحيَّة العقد، ميزة العقد، هدفيَّة العقد.

Organizational Change Of the Contract (Analytical Study)

Assistant Professor: Ammar Habeeb Jahlool
Assistant Lectur: Hayder Salah Gatea
College of law- University of Al-Qadisiyah-Iraq

Abstract

There is no doubt that the theory of the contract has undergone developments until the basic principles which had governed and regulated contracts for a long time have been changed and developed, so new principles arose. Among those principles is what can be called the contract change. The contract today is not the same as the contract before, and what was previously forbidden might not be so today. The idea of the contracting itself may not be in the account of the dealing parties, but a contract is imposed on them. On this basis, the idea of changing the contract is one of the ideas of jurisprudence which claims to develop the theory of the contract in light of what is produced by the globalization of contracts, especially commercial and economic contracts that support various financial.

Keywords: the contract change, the contract spirit, the contract advantage, the contract purpose**.**

المقدمة

لم يُقَدَّر السكون والاستقرار لنظريَّة العقد، فهي في تطوَّر وتبدُّل دائم، فلم تعدْ هنالك مسلمات يجب عدم ردمها، بل أضحت كلَّها محلًا للتبدُّل والتغيُّر، لهذا اقتضتْ طبيعةُ هذا الموضوع أنْ تُقسَّم هذهِ المُقدمة إلى الفقرات الآتية:

أولًا: جوهر فكرة البحث: إنَّ العقد عندما يبدأ بصيغة معينة ثم يستحيل إلى صيغة أُخرى بإرادة المُشرِّع أو بإرادة أطرافه، أو تبدُّل الاتفاق من صيغة اللاعقد إلى صيغة تعاقُديَّة يُرتب القانونُ عليها أثرًا ملزمًا لأطرافه أمورٌ شكلَّت محاورًا أساسيَّة في هذا البحث، فمن

المعلوم أنَّ الحياة أفرزت العديد من التطورّات وعلى مختلف الأصعدة أدَّتْ إلى تبدُّل في نظرة المُشرِّع إلى عقود بذاتها؛ تارةً يبدُّلها المشرِّع من البُطلان إلى الصحة كما في عقود المقامرة والرهان، ومن الصبغة السلبيَّة إلى الصبغة الإيجابيَّة التي تخدم عجلة التقدَّم الاقتصاديّ السريعة كالوكالة والوكالة التجارية، لهذا انبرى هذا البحث لمناقشة هذه الفكرة في إطار القانون المدنيّ والتجاريّ، وكيف خُولِفتْ مُسلمَّات بعينها استقرت في القواعد العامة لقانون معين من لدِن قواعد أُخرى في قوانين خاصَّة أُخرى.

ثانيًا: أهمية موضوع البحث: تتأتَّى أهمية البحث في فكرة هذا الموضوع من خلال تلمُّس التغييرات الفعليَّة التي طرأت على نظرية العقد، فعلى الرُّغم من أنَّهُ: "لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان"، و"لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"، نجدُّ أنَّ هاتان القاعدتان تتعارضان والواقع، فالقاعدة الأولى وإنْ حُجِّم نطاق تطبيقها بالعرف والعادة، بَيْدَ أنَّ متطلبات الواقع تقول العكس، حيث أنَّ الاجتهاد المقاصديّ والمصلحيّ اليوم قد أدَّى إلى تفكيك قداسة النص القطعي وجعلها محلًا بيِّنًا للنقاش والجدل فما فائدة النص القطعي في دولة تتبع نظام اقتصاد السوق الحر ومازالت قوانينها تدين بالنزعة الاشتراكية؟، ومن ذلك مثلًا موضوعنا "تبدُّل العقد"، فحكم العقد قد يتبدَّل بدوافع معينة منها تغيُّر نظرة المُشّرِّع إلى عقد معين فيضفي عليه سِمةً معينة بعد أنْ كانَ يصرّح بكراهيته الشديدة لهُ.

إنَّ هذه "الشيزوفرينيا" التشريعيَّة تجاه العقد دفعتنا إلى ضرورة إلقاء الضوء على هذا الموضوع لأهميته النظريَّة –بتقديرنا– كونهُ مصداقًا واضحًا على التحديات التي مازالت تنخر في نظرية العقد لتهدُّم بديهيات معينة وتنتشل مبادئ كانت مرفوضة من خانات النسيان.

ثالثًا: إشكاليَّة البحث: يبحثُّ هذا البحثُ في فكرة التبدُّل التنظيمي اللاحق بالعقد كمصداق لتطورِّ نظريَّة العقد، وأنَّى يكون لتطوّر الزمان الدور في إسباغ الصحة على عقد باطل، أو تغيير تكييفه القانونيّ فيصيرُ الاتفاقُ عقدًا لهُ ما لهُ من آثار قانونيَّة بعد

أنْ كان يطفو على سطح القاعدة القانونيَّة لا يتوغَّل للعُمق إلَّا بمظاريف معينة، ونرى أنَّ هذه إشكاليَّة كبيرة لأنَّها رُبما تصطدم مع "التابوهات" التي لا يجب تجاوزها في نظريَّة العقد.

إذن، من هذه الإشكالية يبرز سؤالٌ مركزيٌّ يتمثَّل بالآتي: كيف يُمكن أنْ تتبدَّل العقود في روحيتها وهدفيتها وبمباركة المُشرِّع؟ وتتشظَّى عن هذا التساؤل طائفةٌ من التساؤلات الفرعيَّة منها مثلًا:

١- هل أنَّ فكرة تبدُّل العقد أملتها الإرادة التشريعيَّة أم الإرادة الجماعيَّة للمجتمع؟

٢- هل يُمكن تطبيق هذه الفكرة على كُل العقود؟

٣- ما المقصود بهدفيَّة وروحيَّة العقد؟

٤- ما هي مصاديق فكرة تبدُّل العقد؟

٥- كيف تتمّ الموائمة بَيْنَ العقود الفخريَّة وفكرة تبدُّل العقد؟

٦- كيف نُثمِّن هذه الفكرة في المنظومة القانونيَّة العراقيَّة؟

رابعًا: منهجيَّة البحث ونِطاقه: اتبعنّا في دراسة بحثنّا هذا المنهج التحليلي، وذلك مِن خلال تحليل الرؤى الفقهيَّة التي طُرِحتْ بهذا الصدد، واستنتاج مدى إمكانيَّة انطباقها على قانوننّا العراقي، المدنيّ والتجاريّ، وفي الوقت الذي نُحمّل فيه المترجم المسؤوليّة الأخلاقية عن الترجمة الواردة إلينا منه فإننّا نأمل أنْ نكونَ قد وفِقنّا في خوض غِمار هذه الفكرةُ.

خامسًا: هيكليَّة البحث: قُسمتّ دراستنا على مبحثين؛ تسبقهما مقدِّمة، وتعقبهما خاتمة، إذ تناولنّا في المبحث الأوَّل مفهوم تبدُّل العقد، ووزعنّاه على مطلبين، تناولنّا في أولهما التعريف بتبدُّل العقد، وفي الثاني توقفنّا مع فلسفة تبدُّل العقد، وفي المبحث الثاني عرَّجنّا على تطبيقات تبدُّل العقد، مقسمًا على مطلبين، بحثنّا في أولهما التبدُّل في روحيَّة العقد، وفي الثاني درسنّا التبدُّل في هدفيَّة العقد.

المبحث الأوَّل

مفهوم تبدُّل العقد

لمْ تبقَ أحكام العقود على حالها بعد أنْ فعلت التطورات العالميَّة فعلتها في المنظومة العقديَّة، فليس غريبًا اليوم أنْ يُبرم عقد لسبب معيَّن ثُمّ يستحيل إلى عقد آخر، وهو ما يُعرَف بتبدُّلِ العقد. وفي الوقت الذي استقرت فيه نظرية العقد على "تنظيم قانوني" معين يُنظم العقود – على الأقل العقود المُسمَّاة– فإذا بهذا التنظيم القانونيّ يتهاوى مع الريح إلى تنظيم آخر يُعدّل فيه المُشرِّع مسلمات معينة، فلم تعد المُسلمَّات اليوم كذلك.

وعلى هذا الأساس سَنُقسِّمُ هذا المَبْحَثُ على مطلبيْن؛ نُعرِّجُ في أولهما على تعريف التبدُّل اللاحق للعقد، وفي الثانيّ نتناولُ فلسفة التبدُّل اللاحق للعقد.

المطلب الأوَّل

تعريفُ تبدُّل العقد

يتبدَّل حكم العقد من حالة إلى حالة أُخرى، بل قدْ يقفز الاتفاق من خانة اللاعقد لتحتضنّه القواعد القانونيَّة المتعلقَّة بالعقود والحاكمة لها، فتبدُّل العقد لا ينحصر في الأُطُر التي يتبدَّل فيها حكم العقد من حالة إلى أُخرى بل قد يُغيَّر من تكييفه.

وعلى هذا الأساس سَنُقسِّمُ هذا المطلب على فرعين؛ نعرج في أولهما على معنى التبدُّل اللاحق للعقد، وفي الثانيّ نتناولُ خصائص التبدُّل اللاحق للعقد.

الفرع الأوَّل: معنى التبدُّل اللاحق بالعقد

أنَّ التطوَّر الذي طرأ على نظريَّة العقد قد غيَّر أهداف وروحية الكثير من العقود المدنيّة بل وحتى تلك العقود التجارية التي تخضع في قواعدها العامة للأحكام المتعلقَّة بالعقد التي نظمّها المُشرِّع العراقي في نظرية العقد.

إنَّ الحركة التطوريَّة التي شهدتها نظريَّة العقد من تطوّرات اقتصاديَّة واجتماعيَّة وتكنولوجيَّة برهنت على أفول نجم نظريّات العقد الكلاسيكيَّة القائمة على مبدأ سُلطان الإرادة وحُرية التعاقد، في الوقت الذي أدَّى فيه اتباع اقتصاديات السوق الحر في أغلب دول العالم– ولاسيَّما جمهوريَّة العراق– أدَّى إلى بروز العديد من العقود ذات التعقيد الفنيّ والماليّ والقانونيّ[١].

لهذا يمكن تعريف التبدُّل اللاحق بالعقد على أنَّه:" **الآليَّة التي يتمّ من خلالها تحوَّل في روحه وفي هدفه وفي تكييفه لتحقيق نفع أكبر من النفع العادل الذي كان من الممكن أنْ يحققه بصورته الأولى قبل التبدُّل**". **ولتوضيح مفردات التعريف بإيجاز نقولُ:**

أولًا: آليَّة: بِمعنى أنَّهُ وسيلة ابتكرها التطوّر الذي يشهدهُ العالم وعلى الأصعدة كافة تهدف إلى خلع أحكام جديدة – تشريعيَّة أو اتفاقيَّة يُباركها القانون بمعناه الواسع– لم تكنْ معروفةً من ذي قَبل على عقد معين فتكون أحكامًا خاصة من العقد الخاص الأساسي، أو تنقل المعاملة من خانة اللاعقد لتجعلها مستقرةً في خانة العقود التي يضفي عليها القانونُ القوة والالتزام.

ثانيًا: التبدُّل في روحيَّة العقد أو هدفه: بمعنى جعل العقد غير متسق وأحكامه السابقة التي كان عليها قُبيل تبدُّل أحكامه، بل قد يحوي في طيَّاته أحكام أكثر من عقد لينتجَ عقدًا جديدًا وإنْ كان غير مسمّى أو مسمّى مع قصور تشريعيّ في تغطية كل جوانبه، ليتصدّى المُشرّع بعدئذٍ لتنظيم هذا العقد بآلية جديدة تُبدّل أحكامه السابقة بأحكام جديدة.

ثالثًا: النافع والعادل: وفي هذا يقول الفقيه جاك غستان في كتابه النافع والعادل في العقد اذ ذكر ((لا يظهر النافع والعادل كعنصرين موضوعيين خارجين عن العقد ويتمان رقابته

١ د. سارة بيلامي، نطاق حرية التعاقد في ظل تطوّر قانون العقود، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الأخوة منتوري، الجزائر، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٨، ص٦٧-٨٧.

باسم المصلحة العامة والعدالة التعاقدية ، فالمفيد والعادل هما سندا للقوة الالزامية للعقد ومنهما يستنتج مجمل نظامه ان المنفعة والعدالة تشكلان اساس القوة الملزمة للعقد، والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها، بعبارة اخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله، فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلَّا لأنَّه نافع وعادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية التبادلية، مما يعني بطريقة غير مباشرة، أنَّ العقد مجرد من قوته الملزمة إذا لم يكن يحقق المنفعة المقصودة منه وكذلك الحكم إذا لم يحقق العدالة لكلٍّ من طرفيه "[1].

الفَرْعُ الثاني: خصائصُّ تبدُّل العقد

من أجل التطرُّق إلى خصائص تبدُّل العقد سَنُقسِّم هذا الفرع على نقطتين؛ نبحثُّ في الأولى فكرة التقنية التعاقدية ونُعرِّج في الثانية على فكرة الميزة التعاقدية.

أولًا: فكرة التقنية التعاقديَّة: عَمَدتْ التطورات الاقتصادية والتكنولوجيَّة الكبرة التي شهِدها العالم إلى فرض العديد من التغيرات على المجتمع وبالخصوص الواقع القانوني، ولعلّ من آيات ذلك التحوّلات التي حدثت على نظريَّة العقد بحيث مسَّت مساسًا مباشرًا بالأُسس التقليديَّة التي شُيِّدت عليها نظرية العقد منذ أمد بعيد، وهذا كلهُ انتهى إلى القول بإزالة الغُبار عن مبادئ كانت مهجورة في تلك النظريَّة فانتعشت هي وتقهقرت المبادئ الأُخرى[2].

فمن ضمن التبدُّل في تقنية التعاقد نلحظ أنَّ عقودًا معينة منها على سبيل المثال عقد المقاولة، فهو العقد الذي يشكَّل غالبًا مجموعة عقديَّة، في إطاره ظهر عقد يُسمَّى عقد المشورة لتنظيم مؤسسة، حيث يتمّ هذا العقد تلبيّةَ لرغبة المقاول شخصًا طبيعيًا كان أم معنويًا بالالتجاء إلى اختصاصي لتطبيق السُبل المتقدمّة في الإدارة ومنها المعلوماتيَّة،

١ د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٣٧٢.
٢ د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، نظرية العقد، دار الأمان، المغرب، ٢٠١٣، ص١٢.

وفي هذه الحالة يجري التعاقد بين المقاول ومستشار في التنظيم لقاء أجر معين، ومن بَيْنَ المهام التي قد تُحال إلى الاختصاصي تلك المهام المتشعبَّة كالدراسات الاجتماعية – الاقتصادية التي تتعلَّق بعمل المقاول لاسيَّما شركات المقاولة كحاجاتها ورأس المال المرصود لها، وعدد موظفيها، ووسائل الإعلام الواجبة، وتقانات البيع اللازمة، وقد يكون الاتفاق منصبًّا على قيام الاختصاصي بتوفير تقنية معينة لتطبيق دراسات معينة تساهم في تعزيز عمل شركة المقاولة[1]. فبدلًا من أنْ يقوم المقاول بكل ذلك بمفرده وبأدواته تبدلّت تقنية العقد من تقنية تقليديّة إلى تقنية متطورّة غير مخالفة للنظام العام.

إنَّ هذا التبدُّل في العقد لم يكن مشهودًا في سابق الأيام، بل أنَّ الحاجة والتطوَّر والعولمة وغيرها من العوامل كُلها ساهمت في تخليق عقود معينة ضمن العقد الواحد لم تكُ معروفةً ومن ضمنها هذا العقد، فسابقًا لم يكن ذلك بهذا التعقيد، بل كل الأمر كانَ يتمحوّر حول تعاقد المقاول مع شركة معينة لتزويده بمواد العمل مثلًا[2].

ثانيًا: فكرة الميزة التعاقديَّة: إنَّ التطور الذي سبقت الإشارة إليه قد أدَّى إلى صعوبة في تمييز العقد، وذلك بسبب تبدُّل المميزات الرئيسيَّة التي تحكم العقد، مما يعني صعوبة

1Jean-Pierre BOUCHEZ, l'entreprise a l'ere du digital, 1ed, de boeck superieur s. a., paris, 2016, P. 73.

ليس هذا فحسب، بل يشير الفقه إلى العديد من الاستشارات الأخرى المقدمة من اختصاصي في مختلف الأنشطة، المالية والقانونية والإدارية، فبالنسبة إلى الاستشارة المالية وفقاً للمادة (١٠/٥٣٣) من قانون العملة والمال الفرنسي الصادر بالامر رقم (٢٠٢١/٧٩٦) والمؤرخ في ٢٣/يونيو/ ٢٠٢١ أوجبت أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً، وأثقلت كاهل الاختصاصي بجملة من الالتزامات، وقدَر تعلّق الأمر بالاستشارة القانونيَّة فإنَّ الاتفاق يسمح للمستشار القانونيّ باعفاءه من المسؤولية بَيْدَ أنَّ القضاء الفرنسي يقف إلى الضد من هذا الاعفاء ويقرر مسؤوليته بفعل خطورة العمل الذي يقوم به وما يقرّره عليه الالتزام بتقديم النصيحة من أعباء. لاحظ بهذا الصدد:

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 17 février 1976, 74-12.562, Publié au bulletin. Available at: www.legifrance.gouv.fr.

لاحظ في تفصيل ذلك: د. جعفر جواد الفضلي، عقد المشورة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد (١/ السنة العاشرة)، العدد (٢٤)، ٢٠٠٥، ص٤-٨.

2 In the same sense: Bruno Ponson, Jean-Louis Schaan, actualite scientifique, 1ed, jean libbey CIC, Paris, 1993, p. 152.

وتعقيد في تكييف العقد على الرُّغم من أنَّ حذف بعض الميزات تُقربَّه – إلى حد المطابقة– من عقد آخر شائع ومتداول، لذا فإنَّ تبدُّل بعض ميزات العقد أدى إلى تبدُّل العقد نفسه وذلك من خلال تحويطه بمميزات قد تقربَّهُ من عقد معيَّن، وتباعد بينَّه وبين عقد آخر قريب الصلة به.

من الأمثلة المضروبة على ذلك عقد إنشاء الأبنية (Le contract de promotion immobiliere) فهو في الواقع عقد مقاولة[١]، غير أنَّ المُشِّرع الفرنسي قد تصدَّى لتنظيمه بنصوص خاصة فيه تحت عنوان عقد التطوير العقاري[٢]، وذلك بسبب ميزته الخاصة عن عقد المقاولة، ففي هذا العقد يلتزم المتعهّد بتشييد البناء المتفق عليه في عقار معين، وتنظيم وضعه القانوني، وتمويل إنجازه، وبالتفرغ عن المساكن فيه للمتعاقدين[٣]. إذن، طوّر هذا المشرع عقد المقاولة وبدّل من أحكامه حتى صيّره عقدًا جديدًا.

١ د. هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٤٠٣.

٢ لاحظ المادة (١٨٣١-١) والمواد اللاحقة لها من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦. وقد نصت المادة (١٢/١) من قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ على تعريف المطوّر ويستشف من التعريف الوارد في المادة أعلاه أنَّ العقود التي يبرمها المطوّر هي عقود تجارية، على خلاف عقد المقاولة الذي قد يكون كذلك وقد لا يكون. بدلالة المادة (٥/سادساً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المُعدّل التي اعتبرت "مقاولات" تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو صيانتها أعمالاً تجارية. لاحظ في توضيح الطبيعة القانونية لنشاط المطوّر العقاري: هبة عباس نجم، التنظيم القانوني لنشاط التطوير العقاري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٢، ص١٣ والتي تليها.

٣ لاحظ للمزيد: د. ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري (دراسة مقارنة)، ط١، دائرة القضاء، أبو ظبي، ٢٠١٤.

المطلب الثاني

فلسفة تبدُّل العقد

إنَّ استنتاج ملامح تبدُّل العقد يقتضي البحث في فلسفة[١] هذا التبدُّل، وندرسُ هذهِ الفلسفةُ من خلال فرعين؛ نُخصص الأوَّل لبيان تعدد العقود ضمن الفئة الواحدة، ونكرَّسُ الثاني لبيان ولادة عقود خاصَّة من عقود عامَّة، وكما يليّ.

الفرع الأول: تعدد العقود ضمن الفئة الواحدة

أحيانًا، يحتوي العقد الواحد على عدة عقود معًا في الوقت نفسه، ولكن لا يمكن اعتباره مجموعة عقدية[٢] أو سلسلة عقدية[٣] لأنَّها عقود غير متجانسة لا تردّ على محل واحد ولا متشابه ولا متقارب من العقد الأساس، وهذه يعني تعقيد في تكييف هذا العقد، ولكن اعتمادًا على فكرة تبدُّل العقد من شكل إلى شكل آخر – ليس الشكل بالمعنى القانونيّ لمصطلح الشكليَّة– فإنَّ ذلك يعني ترجيح عقد على غيره من العقود، وهذه العملية يمكن أنْ تُسمَّى فكرة "التخصيص ضمن العقد الخاص" وهي فكرةٌ بدأت تشق

---

١ تُعرّف الفلسفة وفقاً لما اتفق عليه فلاسفة العصر الحديث بأنها "العلم بالمبادئ" ، وهم أرادوا بهذا التعريف قصر الفلسفة على مبحثي المعرفة والمنطق أو على الأقل اعتبارهما المحور الذي تدور حوله الفلسفة بمعناها العلمي. انظر: ازفلد كولبه، المدخل الى الفلسفة، ترجمة أبو العلا عفيفي، من دون طبعة، أقلام عربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٢. نقلاً عن: حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣، ص١٨.

٢ ويُقصد بالمجموعة العقدية "مجموعة من الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات متعاقبة على مال واحد، أو مرتبطة بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك". يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٥٣٥. وللمزيد عن هذا الموضوع يُنظر: محمد عبد الملك محسن الحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٦. نقلاً عن: حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص١٨.

٣ ويقصد بها:" تجمع عدد من العقود تتعاقب زمنياً في تاريخ ابرامها أي أنَّ كل عقد من هذه العقود يسبق الآخر في تاريخ انعقاده، وترتبط هذه العقود مع بعضها من ناحية المحل". لاحظ: هناء خيري أحمد خليفة، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص٢٨. وهي هنا عقود غير متجانسة المحل. لاحظ بصددها: مصطفى هادي دشر الخفاجي، الشروط المؤثرة في نطاق المجموعة العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة/ كلية القانون، ٢٠٢٠، ص٣٨.

طريقها نحو التنظير الفقهيّ، والتأسيس القانونيّ، بحيث وردت عقود في إطار عقد معين لها قواعدها التي تحكمها في معزل عن العقد الأساس الذي يحوي كل هذه العقود.

فعلى سبيل المثال في عقد البيع، نجدُّ البيع الجزاف، والبيع بشرط التجربة، والبيع بالمذاق، وبيع السلم، وبيع الأبنية قيد الإنشاء، وبيع المنقول، والبيع بين المحترفين، والبيع بين مستهلك ومحترف، كذلك البيع النهري، والبيع البحري.

وعلى سبيل المثال في عقد الإيجار نجد إيجار الأماكن السكنية، وإيجار الأراضي الزراعية، وإيجار المنقولات، وإيجار المؤسسات التجارية.

كل هذه العقود قد تتبدَّل في اللحظة الواحدة إلى عقد واحد، يسري عليه أحكامه فقط، وتتلاشى بقية العقود، كعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، فيؤول بالنهاية إلى عقد بيع، فيتبدَّل هو وأحكامه عمّا هو الحال بالنسبة إلى عقد الإيجار.

الفرع الثاني: ولادة عقود خاصّة من عقود عامة

انطلاقًا من فكرة التخصيص ضمن العقد الخاص آنفة الذكر برزت عقود أخص تحكم كل منها قواعد خاصة تختلف عن القواعد الخاصَّة بالعقد الأساسي الذي يحتضنها، ويكأنه قد تبدَّل حكمه بحكم تلكم العقود، ولعل من أنسب الأمثلة المضروبة في هذا المقام تلك العقود المنتهية بكلمة "**ing**" وأهمها عقد الأنجينييرنغ **(engineering)**[1]. وتسمى العقود الهندسية.

يشمل هذا العقد التعهُّد من قبل مكتب هندسة لفريق آخر بالقيام بالدراسات اللازمة وذلك من أجل تحقيق هدف معين، من أجل إنجاز مشروع معين على سبيل المثال القيام بإنجاز مصنع، أو إنشاء معمل لتكرير النفط أو لتوليد الطاقة أو لإنشاء أوتوستراد، وبعد إنجازه يقوم بتسليمه إلى المتعاقد معه جاهزًا للعمل والإنتاج، وقد يلتزم مكتب الهندسة سالف الذكر بوضع المشروع قَيْد العمل، على أنْ يُديره بنفسه لمدة معينة

1Roderick A. MacLeod, Jim Corlett, Information source in engineering,4th ed, K. G. Saur Munchen, Germany, 2005, P. 356.

من الزمن، وبضمان تصريف الإنتاج وإنْ اقتضى الأمر شراء الإنتاج الذي يتعذَّر بيعه[1].

إنَّ وصف هذا العقد فيه شيء من التعقيد لأنَّهُ يتضمَّن اتفاقات تترافق مع بعضها البعض، فهو يتضمَّن بيع أشياء مستقبلية، وعقد مقاولة، فضلًا عن تضمنَّه عقد إدارة وتنظيم. وهذا العقد وُلِد من عقد المقاولة بتقديرنا.

المبحث الثاني

تطبيقات تبدُّل العقد

إنَّ الفِكَر الجديدة في القانون على نحوِ العموم إنْ لم تكن لها مصاديقٌ بيِّنة، وملامح تشريعيَّة أو فقهيَّة فإنَّها تظل حبيسة بال صاحبها لا يُقدَّر لها الظهور والبزوغ، لهذا فإنَّ فكرة تبدُّل العقد إنْ لم تكن لها مصاديق ملموسة فإنَّها مرفوضةٌ ولا مجال لإعمالها.

وبناءً على ما سبق؛ سنُعرِّجُ على هذه التطبيقات، من خلال تقسيم هذا المَبْحَثُ على مطلبين؛ نُخصصُّ الأوَّل لبحث فكرة التبدُّل في روحيَّة العقد، ونُكرّس الثاني لتناوِلّ التبدُّل في هدفيَّة العقد.

المطلب الأوَّل

التبدُّل في روحيَّة العقد

وعلى هذا الأساس سَنُقسِّمُ هذا المطلب على فرعين؛ نُخصصُّ أولهما فكرة التحوّل من اللاعقد إلى العقد، وذلك في الفرع الأوَّل من هذا المطلب، وفي الفرع الثاني سنتوقفُ مع فكرة النظرة التشريعيّة السلبيّة للعقد، وكما هو آتٍ.

1 See for more details: Gareth Parry, Scott Johnston, introsuction to engineering contract, essay available at: www.icevirtuallibrary.com.

الفرع الأوَّل: التحوّل من اللاعقد إلى العقد

سطعَ نجم العقود الفخرية في القوانين الانجلو امريكيّة[١] كمصداق على تبدُّل الاتفاق إلى عقد، والقفز من النظرية العامة القانون باعتبارها تلك النظرية التي تؤم الاتفاقات التي لا يصدق عليها وصف العقد، بذلك المعنى الذي ارتسمه القانون المدني، ولتوضيح ذلك، سنوزِّع الحديث كما يلي:

أولًا: معنى العُقود الفخريَّة: أحيانًا ما يتمّ التمييز في القوانين المدنية عمومًا وفي الجزء الذي يُنظم العقود تحديدًا بين الالتزامات ذات الصفة التعاقديّة وبين الواجبات الأخلاقية التي لا ينطبق عليها كل ما يسري على العقد، لأنَّها ليست بأفعالٍ ملزمةٍ قانونًا [٢]، مثل النقل المجانيّ[٣] أو تقديم إسعافات أوليّة لشخص ملهوف أو في خطر[٤]، فهذا التصرف وذاك غير ملزم قانونًا لأنَّهُ يستند إلى الاستعداد الإنساني لتقديم تلك الخدمة بغير إلزام قانونيّ[٥]، وكذلك الاتفاق على تقاسم تكلفة رحلة عمل في سيارة لا يقود إلى إنشاء التزام قانونيّ، مما ينتج عن ذلك أنَّ سائق السيارة أو مالكها غير مُلزم بالالتزام بضمان السلامة [٦] الذي يقع على عاتقه لحماية الراكب، وبالتالي لو حصل حادث سير لا يُمكن للراكب

---

1 Erik claes, Wouter DEVROE, Bert KEIRSBLICK, FACING THE LIMITS OF THE LAW, katholieke universiteit leuven, Belgium, 2009, p. 47.

(2) B Opetit, Lengagement dhonneur, D1979, Charon 107, b beignier, lhonneur et le droit, paris, 1995, p. 107.

(٣) يُنظر في تفصيل ذلك: أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

(4) P. Malaurie, LAynes, p. Stoffel- Munck, droit des obligations, 10ed, LGDJ,Paris, 2018, 437-442.

(5) CIV (1), 6 APRIL 1994, NO. 91-21047, BULL CIV I no 136 RTD civ 1994. 866, not O JOURDAIN Cited and translated by Beale, Fauvarque-cosson, Rutgers and voenauer, n4, p. 303.

(٦) يقصد بالالتزام بضمان السلامة:" ممارسة المدين الملتزم سيطرة فعلية على كل العناصر التي من الممكن أن تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية". يُنظر:

المطالبة بالتعويض طبقًا لأحكام المسؤوليّة العقدية، وإنَّما يحق لهُ المطالبة بذلك طبقًا لأحكام المسؤوليّة التقصيريّة. ولكن على نحو العموم، فإنَّ الالتزام الذي يتم التعبير عنه على أنَّهُ التزام أخلاقي بحت لا يُمكن اعتبار أي خرق لهُ انتهاكًا لبقية ما تم الاتفاق عليه من قبل أطراف المعاملة، والتي عادةً ما يكون الغرض منها تمهيد الطريق لإبرام عقد معين، أمّا قبل ذلك فإنَّ الموضوع لا يُغادر دائرة الالتزامات الأخلاقية التي لا شأن للقانون بها[١].

ثانيًا: ذاتية العقود الفخرية: لا يُمكن الجزم بأنَّ العقود الفخرية هي عقود مدنية تترتب عليها ذات الالتزامات المترتبة على العقود الناقلة للملكيّة، أو العقود الواردة على المنافع، أو غيرها، بل تُعدّ اتفاقات غير ملزمة لأطرافها، ولكنها تتحول إلى ملزمة في ظروف معينة، وتُكيّف بأنّها أعمال بحسن نية، أو أعمال شرفيّة، أو واجبات أخلاقية[٢]. وبعد أنْ عرفنا أنَّ العقود الفخرية هي واجبات بالمعنى الواسع، ويمكن أنْ تُسمَّى واجبات قانونية يُمكن أنْ تُصيّر التزامات بكل ما فيها من معنىً قانونيّ ، فإنَّ الفقه الفرنسي يُصر على اعتبار أنَّ فكرة الالتزامات لا يُمكن فصلها عن العقد، لذلك نؤيّد تسمية هذا الالتزامات بالعقود الفخرية[٣].

وعلى هذا الأساس نستنتجُ أنَّ العقود الفخرية تتبدَّل على الرغم من عدم اعتبارها عقد بالمعنى القانوني وإنْ كانت في نظر أصحابها كذلك إلى عقود بالمعنى القانوني في

(F) Defferrad: un analyse de lobligationde securite a lepreuve de la cause etrangre, Dalloz revue, paris, 1999, p. 368.

(1)Solene Rowan, the new French law of contract, 1ed, oxford university press, u. k. 2022, P. 79.

(2)Jean-Pierre Plouffe, les arrangements internationaux des agencies et ministers du Canada, the Canadian yourbook of international law, vol. xxl, 1983, P. 189.

(3) V. P. A. Fenet, recueil complet des travaux preparatoires du code civil, T. I, P. 108. See more in: clement le Bideau, engagement et desengagement, contractuel, these, universite de Grenoble, French, 2015.

الأُطر التي تكون فيها المعاملة تجارية ممَّا يعني تكريس فكرة تبدُّل المعاملة من خانة اللاعقد إلى خانة العقد.

الفَرْعُ الثاني: النظرة التشريعيّة السلبيّة للعقدِ

يرى اتجاه في الفقه[١] – وبحق– أنَّ النظرة السلبيّة تجاه بعض العقود قد تبدلَّت وأصبح التعامل فيها مقبولًا إلى الحد الذي أصبحت فيه من العقود الاحترافية أي تلك التي تُمارس بصيغة مشروع تجاري منظّم، ولتوضيح هذه الفكرة سنُقسّمها على فقرتين:

أوَّلًا: العقودُ التجاريَّة– المصرفيَّة: فعلى الرُّغم من كراهية القانون الشديدة للربا بَيْدَ أنَّهُ أجاز أخذ الفوائد البنكيَّة – والتي هي ربا محض– بدعوى المصلحة ومعايشة الواقع الذي يتطلَّب ذلك بل أنَّ ذلك يبوَّب ضمن الاستثمار[٢]، وهذا إنَّ دلَّ على شيء فهو يدلُّ على تبدُّل حكم العقد من فاسد – وإنْ كان هذا العقدُ غريبًا لم يأخذْ بهِ المُشرِّع العراقي– إلى عقد صحيح قائم على الإيجاب والقبول، وفي الزيادة في الفوائد القانونية الفاحشة تكريسٌ للرأي الذي يقول لا ربا في العقود التي تدخُل فيها الدولة على فرضيَّة أنَّ المصارف في هذه العقود مصارف عامة تابعة للقطاع العام[٣]. فهذه الزيادة الربوية المصرفية التي تتم في مؤسسات الدولة وعلى مرآى ومسمع من الكافة قد رتبّت أثرًا تنظيميًا جديدًا أجاز تقاضي الفوائد الفاحشة على الرُّغم من أنَّها ربا بنظر القانون.

---

١ د. أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص١٧ والتي تليها.

٢ د. حسّان عوض أبو عرقوب، منهاج الشريعة في تشريع الأحكام وأثره في توجيه الاجتهاد فيما لا نص فيه، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الامريكية، ٢٠١٧، ص١٠٨. يُنظر عكس هذا الرأي: ابن المنير السكندري أحمد بن محمد، الانتصاف فيما تضمنّه الكشّاف، تحقيق: مصطفى حسين أحمد، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٦، ص٣٢٠.

٣ د. محمد علي محمد أحمد البنا، القرض المصرفي (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٣٩٠.

وكذلك عقود المقامرة والرِهان فعلى الرغم من بطلانها في القانون العراقيّ غير أنَّها تنتشر وتتبدّل أحكامها من البطلان إلى الصحة، كيانصيب اللوتو[١]، واليانصيب الوطني.

ثانيًا: عقود المدنيَّة– التبرعيَّة: إنَّ بعض العقود لا تخدم العمليّة الاقتصاديَّة في الدولة، إذ أنَّها تقوم وتُنفذ وتنتهي في معزلٍ عن العجلة الاقتصاديَّة التي تتسمُ بالسرعة والديناميكيَّة، فهي تؤسس على عامل الصداقة والمُساعدة، بل أنَّ تلكم العوامل هي الدافع لإنشائها، ولكن روحيَّة هذه العقود قد تبدلَّت بفعل امتهانها فأصبح الأجر والمردود الماليّ من وراء القيام بها له أثر اقتصاديّ، ومثالها عقد العارية والوديعة والوكالة، فظهرتْ بعد أنْ تبدلَّت أحكامها الوديعة المصرفيَّة[٢] والكفالة المصرفيَّة[٣]. والتي لاحها التطور في الهدفية كذلك– كما سيأتي.

---

١ هناك من يرى أنها ليست من مصاديق القمار المنوَّه عنها في القرآن الكريم. لاحظ: محمد حسين فضل الله، المسائل الفقهية، ج٢، دار الملاك، من دون مكان نشر، ١٩٩٥، ص٧٣ والتي تليها. ودلالة إجازة المشرع لها بروز منتديات خاصة باللوتو لأغراض خيرية مثل لوتو العراق الخيري. لاحظ بصدده: www.iraqloto.com، الذي شُكّل استناداً إلى قانون يانصيب الرعاية الاجتماعية رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٠.

٢ لاحظ المادة (٩٥١) مدني عراقي، ولكن عرفه المشرع المصري في المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بأنها:" عقد يلتزم به شخص على أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يرده عيناً". كما أنَّ فكرة ضمان الودائع المصرفية بما فيها من عقود هي في نظر الفقه العراقي فكرة حديثة في الواقع العراقي والعربي أملتها متطلبات البيئة الاقتصادية وزيادة الأخطار المحدقة بالمصارف. يُنظر بهذا الصدد: د. محمد كاظم محمد العوادي، صفاء متعب فجة الخزاعي، قراءة قانونية في نظام ضمان الودائع المصرفية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، المجلد (١٠)، العدد (١٠)، ٢٠١٩، ص٥٠٢- ٥٢٠.

٣ يعرّف عقد الكفالة المصرفية على أنه:" تعهد خطي مكتوب يصدر عن المصرف أو الشركة المختصة بضمان الكفالة بناءً على طلب طالب الإصدار – الزبون- والذي هو طرف في صفقة تجارية أو معاملات تعاقدية أو مالية مع المستفيد (الطرف الآخر) والتي تضمن تنفيذ التزامات مالية معينة وفقاً لصفقة أو عقد مبرم بين طالب الإصدار والمستفيد". يُنظر: د. جمال عبد الكاظم الحاج ياسين، إقبال مبدر نايف، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية (دراسة قانونية للشركة العراقية للكفالات المصرفية)، بحث منشور في مجلة جامعة الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، المجلد (١)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص١٣ -٢٧.

المَطْلَبُ الثاني

التبدُّل في هدفيَّةِ العَقْدِ

إنَّ التعرُّف على التبدُّل في هدفيَّة العقد يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناولُ في أولهما النظرة التشريعيَّة التقليديَّة لهدف العقد، وفي الثاني نُثمِّنُ هذهِ النظرةُ.

الفَرْعُ الأوَّل: النظرةُ التشريعيَّةُ لهدَفِ العَقْدِ

إنَّ التبدُّل في روحيَّة العقد لم ينحصرْ نِطاقه على العقود الحديثة فحسب، بل شَمِل أيضًا هدفية بعض العقود الراسخة في القانون المدني، بل تلك العقودُ التي تُشكِّل القاعدة العامة أو الأصل بالنسبة إلى غيرها من العقود، منها مثلًا عقد البيع الذي يقفُ على رأسِ العقود المُسمَّاة.

فالأهداف التقليديَّة لعقد البيع مثلًا منها ما يتعلَّق برواج الأموال بمعنى دوران المال بَيْنَ أيادٍ كثيرة[١]؛ وتسهيلًا لعمليَّة التداول شُرعنتْ عقودٌ احتوت على شيءٍ من الغَرر، مثل العقود المحتوية على خيار الشرط مثلًا ووجه الغرر هو أنَّ العقد غير لازم خلال مدة الخيار فلا يعرف مصيره هل يُبرم أم لا[٢]؟ حتى قيل أنَّها رُخصة[٣] من

---

١ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، من دون سنة نشر، ص١٧٥ وما يليها.

٢ محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٠، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٢٥٠.

٣ يقصد بالرخصة:" الخيار الممنوح لشخصٍ معين والذي بمقتضاه يسمح القانونُ لشخصٍ أنْ يُعدِّل مركزه القانوني وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة، كالرخصة الممنوحة له في أنْ يقبل أو يرفض الوصية". يُنظر: د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٢. وللمزيد، يُنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، من دون مجلد، العدد (١)، السنة الثانية، من دون سنة نشر، ص٥٣.

الشارع بعدِّها مستثناةً من قاعدة النهي عن الغرر[١]. وغيرها من الأهداف التقليدية الأخرى المعروفة[٢].

لذلك فإنَّ هدف عقد البيع على سبيل المثال هو نقل الملكية[٣]، ويترتَّب على ذلك تلقائيًا تبادُل الثروات، وكذلك فإنَّ هدف عقد الوكالة يتمحوَّر حول تسهيل نشاط الأفراد عن طريق التمثيل[٤]، والوديعة تهدف إلى حماية وحفظ الأشياء المودعة[٥].

اليوم، نلحظُّ تبدلًا واضحًا في أهداف تلك العقود متى ما تمّ إبرامها في مظاريف زمانيَّة ومكانيَّة معينة، ولا نقصدُّ من هذا القولُ أنَّ التبدُّل في هدف العقد إلغاءٌ لتلكم الأهداف، فليس الأمرٌ كذلك، بل ما نروم التأسيس لهُ أنَّ بواعث تطوُّر العقد قد دفعتْ إلى تبدُّلٍ واضحٍ في هدفيَّة تلكم العقود وغيرها.

إنَّ عقود مثل البيع والوكالة والإيجار يُمكن استعمالها كوسائل ائتمان كما هو الحال في الائتمان الإيجاري (الليزنغ)[٦]، كما أنَّ عقد العارية قد يحمُّل في طيَّاته جنبةً

---

١ الغرر لغةً: هو الخطر الذي لا يدرى أيكون أن لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء". يُنظر: أبو الفتح ناصر الدين المطرزي ناصر بن عبد السيد، المغرب في ترتيب المعرب معجم لغوي، من دون طبعة، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٩، ص١٨٩.

٢ يُنظر بشأنها: صبري حسنين، الوظائف الاقتصادية للعقود المطبقة في المصارف الإسلامية، ط١، المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٧ والتي تليها.

٣ د. مصطفى عبد السيد الجارحي، ملكية الشقق (دراسة عملية وفقهية مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧، ص٢٣٤.

٤ وبنفس المعنى، يُنظر: د. أحمد محمد لطفي، التورق وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٣، ص١٢٢.

٥ محمد عزمي البكري، الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، من دون سنة نشر، ص٤٩٩.

٦ يقصد بعقد الليزنغ: "عقد يعمد بموجبه أحد الصناعيين (وهو عادة صانع مواد استهلاكية) إلى تسليك شركة الفاكتورينغ وهي عادة (مؤسسة مالية) الفواتير المستحقة لهذا الصناعي على زبائنه مع المستندات اللازمة (إذن التسليم وإيصال بالاستلام) لقاء مبلغ معين في العادة ما يكون أدنى من قيمة الفواتير ويتنازل الصناعي للشركة عن هذه القيمة الأخيرة ويدوّن التنازل عادة على الفواتير مما يمكن المتنازل له من تحصيل قيمة الفواتير من المدينين مع حقه بإقامة الدعاوى المتعلقة بها بوجه من يتخلف عن التسديد وعلى المدين أن يدفع الدين للمتنازل له إذا أبلغ التنازل". لاحظ: د. أسعد دياب، مصدر سابق، ص١٦. ولم يتناول المشرع العراقي أحكامه على خلاف القانون الفرنسي رقم (٤٥٥) في ١٩٦٦/٧/٢ حيث عرفه في مادته الأولى، وكذلك فعل القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (2 A-103)،

تجاريةً كما هو الحال بالنسبة إلى التاجر الذي يُعير زبونه ماكنة لتجربتها على أمل أنْ يشتري كميات كبيرة منها في المستقبل[١]. وهذا يعني أنَّ عقد البيع مثلًا لم يعد الهدف منه فقط نقل الملكية، أبدًا، بل صار له قوة ائتمانية عالية جدًا وبفعل تطوّر نظرية العقد.

الفرع الثاني: تثمينّ النظرة التشريعيَّة لهدفِ العَقْدِ

من كُل ما سبق تبيانه يتبيَّن وبنحوٍ لا يقبل الشكّ أنَّ العقود لها القُدرة والقابلية على التكيُّف مع التطورات الاقتصاديَّة والايديولوجيَّة ومواكبتها، حتى يمكن القول بأنَّ هذا التكيُّف قد أثر ما أثر في تقنيتها، وفي هدفيتَّها، بل وفي روحيتها وعلى النحو الذي تمّ توضيحه. ولمْ تكتفِ تلك التطوّرات بالتأثير على روحيَّة وهدفيَّة العقد بل راحت إلى أبعدِ من ذلك، حيث انتقلت عدوى التأثير من النطاق الخاص بطائفة من العقود، قلَّتْ أم كَثُرَت، إلى النظرية العامة للعقد. فبسبب عقد التطبيب نشأ التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة[٢]، وفي عقد النقل نشأ التزام ضمان السلامة، وهذا يومئ إلى مدى التفاعل بين القواعد العامة والقواعد الخاصة التي تحكم نظرية العقد برمتِّها.

وكذلك فعل قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥، والمادة (١) من قانون التأجير التمويلي اللبناني رقم (١٦٠) لسنة ١٩٩٩، والمادة (٣) من قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٨.

١ د. أسعد ذياب، مصدر سابق، ص١٨.

٢ يكاد يكون هنالك اجماع في الفقه على أن التزام الطبيب تجاه مرضاه في الأصل هو التزام ببذل عناية، سواء ارتبط الطبيب بعقد مع المريض أم لا، فالطبيب ملزم بالسعي لشفاء المريض وتخفيف آلامه وفقاً للأصول العلمية دون أن يلتزم بضمان شفاء المريض، أو بمنع تفاقم المرض وتطوره ومن ثم لا يُسأل عن عدم شفاء المريض أو تدهور حالته الصحية أو موته، وإنَّما يُسأل إذا ثبُت تقصيره في تقديم العناية اللازمة لهُ، ويؤسس القول بأن الطبيب يلتزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة على فكرة الاحتمال التي تُهيمن على النتائج المأمولة من العمل الطبي، كون هذه النتائج تتوقف على عدة عوامل لا تخضع جميعها لسيطرة الطبيب. يُنظر: د. جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، بحث مقدّم إلى مؤتمر الطب والقانون، جامعة الامارات، ١٩٩٨، ج١، ص٧٠٢. ومن القوانين التي نصَّت صراحة على أنَّ التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية: المادة (٢٨) من قانون الآداب الطبية اللبناني رقم (٢٨٨) لسنة ١٩٩٤ المعدّل لسنة ٢٠١٤. وللمزيد، لاحظ: د. حسين نوري، محاضرات في الالتزام (مصادره وأحكامه)، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣، ص١٦٢. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩، ص٨٥. هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف، بيروت، ١٩٩٦،

الخاتمة

بَعْدَ أن انتهينّا من بحث موضوعنا الموسوم بـ" التبدُّل التنظيمي للعقد: دراسة تحليلية"، التي حاولنّا فيها أنْ نُجيب عن السؤال الذي سبق أن طرحناه في إشكالية البحث والمتمثَّل بكيف يُمكن أنْ تتبدَّل العقود في روحيتها وهدفيتها وبمباركة المُشرِّع؟ ولغرض الإجابة سنُقسِّم هذهِ الخاتمة على فقرتين؛ نُخصص الأولى لبيان النتائج، وفي الثانيَّة نُدرجُ المُقترحات.

أولًا: النتائج: ويُمكن إجمالها بالنحوِ الآتي:

١- تبدُّل العقد هو تغيُّر في حكم العقد من الصحة إلى البُطلان، أو تغيُّر في نظرة المُشرِّع لهُ من حيث كونه عقد "خامد" لا مساهمة له في الجانب الاقتصادي أي لا يُحقق ربح يُسهم في إنعاش الدولة اقتصاديًا كعقد الإيجار الذي أفرز عقد الائتمان الإيجاري (الليزنغ) والوديعة التي حدثّها المشرع إلى الوديعة المصرفية "كنسخة مطوّرة" ناجعة اقتصاديًا حيث أصبحت تستخدم لزيادة الثروة والانتفاع منها، أو تغيير في تكييف الاتفاق من كونه "لاعقد" إلى كونه "عقد" كالشخص الذي يقسم بشرفه على القيام بعمل يرتّب القانون عليه أثر ثم ينكله فتُثار الدعوى بصدده فيحكم القاضي بقيام عقد وإن لم يكن أصلًا عقدًا في نظر أطراف الدعوى[١].

ص٤٤. عقيل محمد موسى الغبان، الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠٢٠، ص٨٤. وكل هذه المصادر هي مصاديق لهذا الإجماع.

١ ففي حكم لَمحكمة النقض الفرنسية تتلخّص وقائع دعواه بأنَّ شخص تعهّد "على شرفه" بالتسديد لدائنيه في حالة توفُّر الوفرة المَالية لديه، وكان هذا التعهد هو السبب الحاسم في قبول الصلح من لدن الدائنين، وكانّ المَدين قد كرر هذا التعهّد مِراراً بعد الصلح، وبعد ذاك تنصّل مما التزم به بموجب تعهده، وقال أنّ التعهد لا يُقبل به التداعي، لكن محكمة الاستئناف عززت الاعتراف به طالَمْا أنَّ الإشارة جاءت "جيدة" عِنْدَ تقرير اتفاق الصلح، وحيث أنَّ هذا التعهّد أو الوعد الشرفي جُزءاً لا يتجزّأ من الشروط المَتفق عليها بَيْنَ أطراف "تسوية الإجراء الجماعي" فلا يوجد سبب معقول لإسناد طابع مختلف عن البنود الأخرى من الاتفاق، وتقريره كالتزام أخلاقي فقط، في حين أنَّ الالتزام الطبيعي بالإصلاح الكامل للخسائر التي

٢- أمْلَتْ التطورات الاقتصاديَّة والايديولوجيَّة تبدُّلات في النظرة غير المنتجة للعقود، فسابقًا كانتْ النظرة إلى عقد الوكالة أنَّهُ عقدٌ يؤسس على مقتضيات الصداقة والمساعدة أمَّا اليوم فتغيَّرت روحيتها فصارت مأجورة، يكونُ الأجرُ فيها واجبًا؛ فظهرت الوكالة المأجورة، والوديعة المصرفيَّة والكفالة المصرفيَّة. فلم تنتهِ تلك العقود وتندثر بصيغتها المعروفة ولكنّها تبدلّت في روحيتها.

٣- كذلك الحال فإنَّ عقود المقامرة والرهان أضحت هي الأُخرى محلًا للتبدُّل من خلال تبدُّل حكمها من البُطلان إلى الصحة بعد أنْ وجد ما يُعرف بيانصيب اللوتو واليانصيب الوطني، والاتِّفاق على الفوائد الفاحشة في التعاملات المصرفيَّة.

٤- كذلك فإنَّ الأهداف التقليديَّة للعقود قد تبدلَّت منها عقد البيع؛ فلم يعدْ اليوم يستخدم كأداة لتداول الأموال ونقل الملكية، بل بات يُستخدم كوسيلة من وسائل الائتمان التجاري كما في الائتمان الايجاري "الليزنغ" والذي يُكيَّف بأنَّه عقد بيع إيجاري.

٥- كما أنَّ التبدُّل لم يقتصر على نطاق عقد البيع والوكالة فحسب، بل شمِل نطاقه نظرية العقد برمتِّها فبسبب عقود معينة نشأت التزامات جديدة، مثلًا التزام ضمان السلامة نشأ بسبب بروز عقد النقل، وهو عقد نُظم في قانون آخر غير القانون المدني.

فرضت نفسها على المُستأنف دون الحاجة إلى ذكرها، وعليه فإنَّه وبسبب ظروف القضية يجب الاعتراف بأنَّ المُدين قد الزم نفسه في ظل الظروف العادية إضافةً إلى التزامهِ بضمانِ شرفه. لاحظ بصدد ذلك:

Kouroch Bellis, systéme dr l'obligation Naturelie, thèse, Prix de l'université Panthéon- Assas (Paris łł), 2021, p. 569.

ثانيًا: المقترحات: ويُمكن إجمالها كما يلي:

١- إنَّ تبدُّل العقود ظاهرة ديناميكيّة متواصلة، وهي موجودة طالما وجد التطوَّر والانفتاح وكثرة عمليات الزرع القانوني[١]، لذا نقترح إيراد نص يُصاغ بالشكل الآتي:" لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ولا يُنكر تبدُّل العقود بتغيُّر الظروف".

١- نأملُ من المشرّع العراقي أنْ يُعيرَ الاهتمام إلى تنظيم العقود الفخْريَّة في القانون المدني، من خلال النص الآتي:"

أ. **يُعدّ العقد الفخري عقدًا** غير ملزم متى ما تم الاتفاق على ذلك، على أنَّ النكول فيه متى ما رتّب ضررًا بالطرف الآخر فإنَّ ذلك لا يمنع من تطبيق أحكام المسؤوليّة المدنية".

ب. يُمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير وجود الضرر، ولهُ أنْ يحكم بإلزامية العقد ابتداءً متى ما وجدت شُبهة الغرر".

قائمة المصادر

أولًا: مراجع الفقه الإسلامي:

١- ابن المنير السكندري أحمد بن محمد، **الانتصاف فيما تضمنّه الكشّاف**، تحقيق: مصطفى حسين أحمد، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٦.

٢- د. حسّان عوض أبو عرقوب، **منهاج الشريعة في تشريع الأحكام وأثره في توجيه الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الامريكية، ٢٠١٧.

١ يُقصد بالزرع القانوني: عملية نقل قاعدة أو نظام قانوني من بلد لآخر، بما يشمل من الفاظ وكذلك مفاهيم. يُنظر: محمد سلطان حسن، قاسم هيَّال رسن، أسباب الزرع القانوني (دراسة في نطاق فلسفة القانون)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (٩)، العدد (٣٤)، ٢٠٢٠، ص٧٦-٨٩.

٣- محمد الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، من دون سنة نشر.

٤- محمد حسين فضل الله، **المسائل الفقهية**، ج٢، دار الملاك، من دون مكان نشر، ١٩٩٥.

٥- مصطفى الزرقا، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، ج٣، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩.

٦- هاشم معروف الحسني، **نظرية العقد في الفقه الجعفري**، دار التعارف، بيروت، ١٩٩٦.

٧-محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج١٠، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

ثانيًا: الكتب القانونيَّة:

١- ازفلد كولبه، **المدخل الى الفلسفة**، ترجمة أبو العلا عفيفي، من دون طبعة، أقلام عربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.

٢- أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

٣- أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

٤- د. أحمد محمد لطفي، **التورق وتطبيقاته في المصارف الإسلامية**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٣.

٥- د. أسعد دياب، **القانون المدني، العقود المسماة**، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

٦- د. حسين نوري، **محاضرات في الالتزام (مصادره وأحكامه)**، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣.

٧- د. ريما فرج مكي، **تصحيح العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،٢٠١١.

٨- د. عبد الحي حجازي، **نظرية الحق في القانون المدني**، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨١.

٩- د. عبد القادر العرعاري، **مصادر الالتزام، نظرية العقد**، دار الأمان، المغرب، ٢٠١٣.

١٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط١**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

١١- د. محمد علي محمد أحمد البنا، **القرض المصرفي (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦.

١٢- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، **ملكية الشقق (دراسة عملية وفقهية مقارنة)**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧، ص٢٣٤.

١٣- د. ولاء الدين محمد إبراهيم، **التطوير العقاري (دراسة مقارنة)**، ط١، دائرة القضاء، أبو ظبي، ٢٠١٤.

١٤- صبري حسنين، **الوظائف الاقتصادية للعقود المطبقة في المصارف الإسلامية**، ط١، المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.

١٥- عقيل محمد موسى الغبان، **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)**، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠٢٠.

١٦- محمد عزمي البكري، **الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء**، ط٢، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، من دون سنة نشر.

١٧- د. هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

ثالثاً: البحوث:

١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **خيار الشفعة (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، من دون مجلد، العدد (١)، السنة الثانية، من دون سنة نشر.

٢- د. جاسم علي سالم الشامسي، **مسؤولية الطبيب بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة**، بحث مقدّم إلى مؤتمر الطب والقانون، جامعة الامارات، ١٩٩٨، ج١.

٣- د. جعفر جواد الفضلي، **عقد المشورة**، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١/ السنة العاشرة)، العدد (٢٤)، ٢٠٠٥.

٤- د. جمال عبد الكاظم الحاج ياسين، إقبال مبدر نايف، **التنظيم القانوني لعقد الكفالة المصرفية (دراسة قانونية للشركة العراقية للكفالات المصرفية)**، بحث منشور في مجلة جامعة الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، المجلد (١)، العدد (١)، ٢٠٢١.

٥- د. سارة بيلامي، **نطاق حرية التعاقد في ظل تطوّر قانون العقود**، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الأخوة منتاوري، الجزائر، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٨.

٦- د. محمد كاظم محمد العوادي، صفاء متعب فجة الخزاعي، **قراءة قانونية في نظام ضمان الودائع المصرفية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦**، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، المجلد (١٠)، العدد (١٠)، ٢٠١٩.

٧- محمد سلطان حسن، قاسم هيَّال رسن، **أسباب الزرع القانوني (دراسة في نطاق فلسفة القانون)**، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (٩)، العدد (٣٤)، ٢٠٢٠.

رابعًا: الرسائل والأطاريح:

١- حيدر صلاح كاطع، **فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣.

٢- مصطفى هادي دشر الخفاجي، **الشروط المؤثرة في نطاق المجموعة العقدية**، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة/ كلية القانون، ٢٠٢٠.

٣- هبة عباس نجم، **التنظيم القانوني لنشاط التطوير العقاري (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٢.

٤- محمد عبد الملك محسن الحبشي، **النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٦.

٥- هناء خيري أحمد خليفة، **المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

خامسًا: القوانين:

١- قانون الآداب الطبية اللبناني رقم (٢٨٨) لسنة ١٩٩٤ المعدّل لسنة ٢٠١٤.

٢- قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

٣- قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠.

٤- قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٨.
٥- قانون التأجير التمويلي اللبناني رقم (١٦٠) لسنة ١٩٩٩.
٦- قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥.
٧- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٨- القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (2 A-103).
٩- قانون العملة والمال الفرنسي الصادر بالامر رقم (٢٠٢١/٧٩٦) والمؤرخ في ٢٣/يونيو/ ٢٠٢١ .
١٠- القانون الفرنسي رقم (٤٥٥) في ١٩٦٦/٧/٢ .
١١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.
١٢- القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦.
١٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
١٤- قانون يانصيب الرعاية الاجتماعية رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٠.

سادسًا: المصادر الأجنبيَّة:

1- (F) Defferrad: **un analyse de lobligationde securite a lepreuve de la cause etrangre**, Dalloz revue, paris, 1999.
2- B Opetit, **Lengagement dhonneur**, D1979, Charon 107, b beignier, lhonneur et le droit, paris, 1995.
3- Bruno Ponson, Jean-Louis Schaan, **actualite scientifique**, 1ed, jean libbey CIC, Paris, 1993.
4- clement le Bideau, engagement et desengagement, contractuel, these, universite de Grenoble, French, 2015.
5- Gareth Parry, Scott Johnston, **introsuction to engineering contract**, essay available at: www.icevirtuallibrary.com.
6- Jean-Pierre BOUCHEZ, **l'entreprise a l'ere du digital**, 1ed, de boeck superieur s. a., paris, 2016.
7- Jean-Pierre Plouffe, **les arrangements internationaux des agencies** et **ministers du Canada**, the Canadian yourbook of international law, vol. xxl, 1983.

8- P. Malaurie, LAynes, p. Stoffel- Munck, **droit des obligations**, 10ed, LGDJ,Paris, 2018.
9- Roderick A. MacLeod, Jim Corlett**, Information source in engineering**,4th ed, K. G. Saur Munchen, Germany, 2005.
10- Solene Rowan, **the new French law of contract**, 1ed, oxford university press, u. k. 2022.
11- V. P. A. Fenet, **recueil complet des travaux preparatoires du code civil**, T. I.
12- Erik claes, Wouter DEVROE, Bert KEIRSBLICK, **FACING THE LIMITS OF THE LAW,** katholieke universiteit leuven, Belgium, 2009.