العُقودُ الفَخْريّة في القانونِ المدنيّ بَيْنَ العَقْدِ واللاعَقْدِ
–دِراسَةٌ تَحْليليّةٌ–

أ.د. عبد المهدي كاظم ناصر **م. م. حيدر صلاح كَاطع**

جامعة القادسية – كلية القانون/ العراق

Doi:https://doi.org/10.37940/JRLS.2024.5.1.1

المُستخلص

إنَّ العقد لهُ شروط وأركان، لا يعترف القانون بوجوده إلَّا بتوافرها، ومتى ما توافرتْ فإنَّهُ سيحظى بالحماية القانونيّة، وهذه مُسلمّة فقهيّة، حان الوقت لتفنيدها من خلال إسباغ وصف العقد حتى على الاتفاقات التي لا تُعدّ عقداً بمنظور القانون، ففي الوقت الذي ينعقدّ به الاتفاق بغير نية ترتيب أثر ملزم عند مخالفته، نجدّ أنَّ ثمة اتفاقات "تبرم" أو "تتحوّل لاحقاً" هي عقد حتى وإنْ لم تتجه النيّة إلى ترتيب آثار العقد، مما يعني أنَّ هذا الاتفاق قد أفرز "التزاماً" أو واجباً قانونياً" جعله يأخذ موقعه في مصاف العقود بالمعنى القانونيّ، سواءً أكان ذلك مبحوثاً في النظرية العامة للعقد، أم النظرية العامة للقانون. لهذا وجدنّا ثمّة ضرورة لدراسة الأُطر القانونيّة للعقود الفخرية محددين الأحايين التي تبقى بها بعيدة عن أعين القضاء ومتى تُصبح عقوداً وإنْ كانت فخرية غير أنَّها تُرتب ما يُرتبّه العقد التقليدي.

الكلمات المُفتاحية: العقد، اللاعقد، الواجب، الالتزام، الأثر القانوني، نظرية الالتزام المنقوص، اللياقة الاجتماعية، اتفاقات الجنتلمان.

Honorary Contract in Civil Law Between Contract And non-Contract (An Analytical Study)

Prof. dr. abdulmahdi kadhim Nasser / Asst. Lect. Haider Salah Gatea
College of law- university of alQadisiyah- Iraq

Abstract

The contract has conditions and elements, the law does not recognize its existence unless they are available, and when it is available, it will enjoy legal protection, and this is a jurisprudential axiom, and it is the time to refute this axiom. At the time when the agreement is done without intention to arrange a binding effect when it is violated, we find that there are agreements that are “concluded” or “transformed later” into a contract even if the intention is not directed to arranging the effects of the contract, which means that this agreement has resulted in a commitment or a legal duty, that makes it take its position in the ranks of Contracts in the legal sense, whether it is discussed in the general theory of the contract, or the general theory of law. This is why we found it necessary to study the legal frameworks for honorary contracts, specifying the times in which they remain far from the eyes of the judiciary and when they become contracts, even if they are honorary, but they arrange what the traditional contract arranges .

Keywords: contract, non-contract, duty, commitment, legal effect, the theory of diminished commitment, social decency, gentleman's agreements.

المُقدمة

في ظل التطوّرات التي تشهدُها نظرية العقد باتَ من الممكن اليوم إبرام عقود فخرية، لها ميزات خاصة لا تتفق مع العقد القانونيّ، إي ذلك العقد الذي يشترِط القانون لانعقاده وولادته طائفة من الأركان والشروط، فيبدأ الاتفاق عندئذٍ بغير صيغة مُلزمة يحميها القانون ويُرتب على مخالفتها أثر قانونيّ، فيبقى الاتفاق طافياً على سطح القاعدة القانونيّة، لا يتعمّق فيأخذ شيئاً من روحها. ولبيان حيثيات هذه الفكرة؛ سنُقسِّم هذهِ المُقدمةُ إلى الفقرات الآتية:

أولاً: جوهر فكرة البحث: إنَّ العقود الفخرية وإنْ كانت عقود غريبة –كمصطلح– على القانون المدنيّ غير أنَّ لها مصاديق لا يُمكن تغييبها، فالعقد الذي يعترف به القانون يستلزم توافر جملة من الاشتراطات، متى ما خُولفت فإنَّ القانون يرتّب أثر معين، كالبُطلان أو الوقف، أو غيرهما، ولكن من حيث المبدأ قد يكون العقد فخرياً وليس مدنياً تقليدياً، وسبيلنّا في معرفة هذا العقد من خلال رحلة البحث في نيّة التعاقُد، كما أنَّ السبيل لمعرفة هذه العقود يقتضي البحث عن المائز بين الواجب والالتزام، وصولاً إلى توضيح أنَّ ما ينتجه هذا العقد ذو طبيعةٍ مزدوجة؛ فتارةً ينتج واجبات وتارةً ينتج واجبات قانونيّة، وتارةً يتحوّل إلى عقد مدنيّ بطريقين؛ الأوَّل من خلال توافر الشروط القانونيّة للعقد ليصبِح عقداً تقليدياً، وتارةً يبقى على حاله بيْدَ أنَّهُ ينتج التزامات لا يُمكن أنْ تتأتّى إلَّا من خلال العقد التقليديّ.

ثانياً: أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره: إنَّ الرؤية الضبابيّة التي يتعرّض لها القارئ بصدد مدى إمكانية عدّ العقد الفخري عقداً أو لا عقد لهو أمرٌ جديرٌ –بتقديرِنّا– بالبحث، سيما مع التطوّرات التي بدأت ترأب صدع نظريّة العقد، مع أفول نجم قداسة نصوص المُعاملات المالية، وبزوغ فجر التحرر الفكريّ –المنضبط– لذا ارتأينا دراسة هذه العقود من حيث مفهومها، نطاقها، ومدى تحوّلها إلى عقود تحظى

بحمايةِ المُشرّع والقضاء معاً في الوقت الذي يستشكلُ فيه مدى اعتبارها عقد من عدمه.

ثالثاً: إشكالية البحث: إنَّ الاتفاق الذي يبقى مُحلقاً في دائرة اللا قانون يبقى بعيداً عن سوح القضاء، ولا يُمكن المساءلة عن مخالفته، ولكن عند تدخُل القضاء في اتفاقٍ غير ملزم لأطرافه ويُرتب عليه ما يُرتبهُ العقد التقليدي، فإنَّ الأمرَ بحاجةٍ إلى إطالةِ النظر فيه، زِدْ على ذلك أنَّ الطبيعة القانونيّة لهذه العقود مازالت رهن القصور الفقهيّ والتشريعيّ حيث أنَّها تمرّ بمرحلتين، وما إنْ تحوّل إلى مرحلةٍ جديدة فتُجبّ التي قبلها، وبالتالي سنواجِهُ أحكام قانونيّة تنطبق على نوعين مختلفين من العقود، فضلاً عن ذلك أنَّ خرق العقود الفخرية رغم عدم اعتبارها عقود بالمعنى الفني والقانوني للكلمة خلق تجاذباً في الرؤى التي ترى تطبيق أحكام المسؤوليّة التعاقدية أو التقصيريّة وطبعاً لكل واحدة منهما أحكامها. ومن هذه الإشكالية انبثق سؤالٌ مركزيٌّ يُصاغ كما يأتي:

- كيف يُمكن أنْ يترتب أثر قانونيّ على عقد لم يعرْفه القانون؟

ومن هذا السؤال المركزي، تترشّح طائفةٌ من التساؤلات الفرعية، منها مثلاً:

١- ما المقصود بالعقود الفخريّة؟ وما هي مواطن الالتقاء والافتراق بينها وبين العقود التقليديّة؟

٢- هل أنَّ التنظيم القانونيّ لهذه العقود نجده في النظريّة العامة للعقد، أم النظريّة العامة للقانون؟

٣- ما هي الطبيعة القانونيّة للعقد الفخري، هل هي عقد أم لا عقد؟

٤- كيف يتحوّل العقد الفخري إلى عقدٍ تقليديّ؟

رابعاً: منهجية البحث: اتبعنا في دراسة موضوع بحثنا المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل مواقف الفقه العربي والغربي – والذي يُعدُّ منبتاً لهذه العقود_ مع

الاستئناس بالموقف القانونيّ بالمعنى الواسع لمصطلح القانون، حيث تطرقنّا إلى موقف المُشرّع العراقي والفرنسي، مع التطرّق إلى موقف القضاء بصدد الموضوع محل الدرس، ولا بأس من التعريج على الاتفاقيات الدوليّة، وصولاً إلى تقييم التنظيم القانونيّ لهذه العقود، وسُبل إيضاح الغموض الذي يُرافقها.

خامساً: هيكليّة البحث: تناولنّا موضوع بحثنا بمبحثين، تسبقهما مقدمة، وتعقبهما خاتمة. إذ تناولنّا في المبحث الأول مفهوم العقود الفخريّة، وفي الثاني عرّجنّا على أحكام العقود الفخريّة.

المبحث الأوَّل

مفهوم العقود الفخريّة

تَعُجُّ الحياةُ في واقعنا الحالي بعددٍ غير محدود من العقود؛ بعضهّا سمّاها القانون ورتّب عليها أحكامها، والبعض الآخر آثر السير على هدي مَنْ قبله من حيث عدم التصدّي لتنظيمها، لذا برزت على السطح العديد من العقود التي تدعو إلى النظر والتأمل من حيث مدى إمكانية إسباغ وصف العقد[1] عليها من عدمه، ومن بين تلك العقود ما يُسمّى بالعقود الفخرية التي كَثُرتْ بشأنِها الدراسات في الفقه القانونيّ الفرنسي.

ولكن مدى اعتبار العقد عقداً مِنْ عدمهِ يقتضي البحث عمّا يجعل العقد عقداً في منظور القانون من حيث توافر أركانه وشروط صحته. وعلى هذا الأساس، سنتناولُ هذا المبحث على مطلبين، نُخصصُ أولهما لبيان تعريف العقود الفخريّة، وفي الثاني نُعرّج على ذاتيّة العقود الفخريّة.

---

[1] عرّف المشرع الفرنسي العقد في المادة (١١٠١) من التقنين المدني الفرنسي المعدّل لسنة ٢٠١٦ على أنَّه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه". وعرّفه المشرع العراقي في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل:" ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجهٍ يثبت أثره في المعقود عليه".

المطلب الأوَّل

تعريف العقود الفخريّة

لم يهتم المشرع بوضع التعريفات للمصطلحات القانونيّة بصورة عامةٍ حتى وإنْ كان المصطلح مهماً ومتداولاً على صعيد الفقه والقضاء، إذ يتصدّى لوضع التعريفات متى ما كانتْ هنالك ثمّةَ ضرورةٍ تستدعي ذلك، وإنْ كانَ هذا الأمر في الظروف العادية، فما بالك في الأحيان التي يكون المصطلح فيها غريباً على المُشرّع ولم يتطرّق لهُ في القانون البتة؟، إنَّ هذا الوضع يقود إلى التسليم بأنَّ العقود الفخرية غير مُعرّفة على صعيد التشريع، ولعلّ رحلة البحث في الفقه والقضاء تؤتي أُكلها فتزودنّا بالتعريف المُناسب لهذه العقود.

وتُستحسّن الإشارةُ عند الحديث عن تعريف العقود الفخرية أنْ نتطرَّق إلى **معناها** وذلك في الفرع الأوَّل، ومن ثَمَّ التعريج على **حقيقتها** في الفرع الثاني

الفرعُ الأوَّل: معنى العقود الفخريّة

إنَّ الحديث عن معنى العقود الفخريَّة يتم التطرَّق إليه عادةً في مناسبة التمييز في القانون المدني وفي الجزء الذي يُنظم العقود تحديداً بين الالتزامات ذات الصفة التعاقديّة وبين الواجبات الأخلاقية التي لا ينطبق عليها كل ما يسري على العقد، لأنَّها ليست بأفعالٍ ملزمةٍ قانوناً، على سبيل المثال الاتفاق على أداء خدمات بغير مبرر قانونيّ[١]، أو النقل المجانيّ[٢] لتقديم إسعافات أوليّة لشخص ملهوف أو

---

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

(٢) 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.

في خطر[١]، فهذا التصرف وذاك غير ملزم قانوناً لأنَّهُ يستند إلى الاستعداد الإنساني لتقديم تلك الخدمة بغير إلزام قانونيّ[٢]، 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 [٣] الذي يقع على عاتقه لحماية الراكب، وبالتالي لو حصل حادث سير لا يُمكن للراكب المطالبة بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤوليّة العقدية، وإنَّما يحق لهُ المطالبة بذلك طبقاً لأحكام المسؤوليّة التقصيريّة.

ولكن هذا الوضع شذّ فيه القضاء الفرنسيّ عمّا هو مستقر لدى الفقه، فقد قضت محكمة النقض بأنَّ إغاثة الملهوف "بحراً" ، حيث يجوز للُغيث أنْ يُطالب بمكافأة مالية من المُستغيث، على الرُّغم من عدم وجود رابطة تعاقديّة بينهما[٤].

ولكن على نحو العموم، فإنَّ الالتزام الذي يتم التعبير عنه على أنَّهُ التزام أخلاقي بحت لا يُمكن اعتبار أي خرق لهُ انتهاكاً لبقية الاتفاقية، والتي عادةً ما يكون الغرض منها تمهيد الطريق لإبرام عقد معين، أمّا قبل ذلك فإنَّ الموضوع لا

---

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

(2) 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.

(٣) 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:

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

(4) com 23 dec 1968, bull civ iv, no 374, d 1969, somRT 71 RTD COM, 1969.555,Malauier, Aynes and stoffle-munck n 137, p. 440.

يُغادر دائرة الالتزامات الأخلاقية التي لا شأن للقانون بها.[١] وهذا ما يصطلح عليه معنى العقد الفخري– في معنىً منه.

الفرع الثاني: حقيقة العقود الفخريَّة

إنَّ عدّ العقد فخرياً يتأتَّى من اتفاق الأطراف على جعل هذا العقد لا يرتقي إلى مرتبة الإلزام الذي يخلعه القانون على العقد عند ولادته مكتملاً من حيث أركانه ومتطلبات انعقاده، وهذا هو الأصل في العقد الفخري، غير أنَّ ثمَّة أحوال يتحوّل بها الالتزام الناجم عن عقد مدني مكتمل الأركان إلى واجب أدبي لا يمنعه القانون ولا يُلزم القيام به، كما في حالة **الالتزام المدني المتحلل** أو **الالتزام المدني المنقوص**[٢]، أو **الالتزام المدني الخامد**[٣]، التي قامتْ على أساس من النظرة الرومانية للالتزام الطبيعي، كواجب أدبي تأسياً بالقانون الكنسي الذي عدَّه منطقة يلتقي بها القانون والأخلاق، فتنفيذ الالتزام – إنْ صحّت تسميته كذلك– هنا ليس إلَّا واجب أخلاقي يعترف القانون بآثاره، فهو أكثر من الواجب الأخلاقي لأنَّ فيه جانب مديونيّة، وأقل من الالتزام المدني لأنَّ لا مسؤولية فيه[٤]، ومعنى هذا الكلام، أنَّ أساس العقد الفخري إمَّا أنْ يكون في بدايته رتب التزامات مدنية غير أنَّ شروطه قد اختلت لسببٍ ما، فمنعته من إحداث آثاره أو أنْ يكون هذا العقد هو مجرّد التزام

---

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

(٢) وهو يرادف مصطلح (الالتزام الطبيعي) وهو الالتزام الذي يستمد كيانه من قانون الطبيعة law of nature. يُنظر في تفصيله: د. حسين نوري، **أحكام الالتزام**، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٥، ص٧. د. إسماعيل غانم، في **النظرية العامة للالتزام**، ج٢، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٧، ص٢٥٩. د. محمد تقية، **الإرادة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٤، ص١٥٥ وما بعدها.

(٣) د. ثروت حبيب، **الالتزام الطبيعي**، حالاته وآثاره، ط١، دون دار ومكان نشر، ١٩٦١، ص١٤٧.

(٤) د. علي كحلون، **طرق التنفيذ واستخلاص الديون العامة والخاصة**، ط١، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٣، ص٧ وما يليها.

قائماً على أساس من الأخلاق[١]. ولتوضيح ذلك نأخذ مثالين؛ نوردهما تِباعاً وكما هو آتٍ:

أولاً: الاتفاقات الوسطيّة: توصف بعض الاتفاقات بأنَّها وسطيّة بمعنى أنَّها تقع بين الاتفاقات الأُسرية والتجاريّة، ففي قضيةٍ كانَ المُدعى بهِ بين صحفي ورجل أعمال؛ حيث كانَ الصحفي يروم تأليف كتاب، وإنَّهُ قد عرضَ عنوانه على رجل الأعمال قبل أنْ يقومَ رجل الأعمال بتغيير رأيه والدخول في اتفاق مع مؤلفٍ آخرٍ لكتابة الكتاب، وجدتْ المحكمة أنَّ هنالك عقداً شفوياً قد أُبرِمَ من خلال الاتفاق على تقاسم الأرباح فيما بينهما بالتساوي، والمتميّز في هذهِ القضيةُ أنَّ القاضي أشارَ إلى وجود بعض الشكوك حولَ ما إذا كان أتفاق الأطراف تجارياً أو مجرّد تبادل جماعي، أكد القاضي أنه في مثل الأُطر يقع الاتفاق في جزء منه بين المعاملة التجارية والتبادل الاجتماعي[٢]. عبء الاثبات أثقَل كاهل الصحفي لأنّهُ كانَ مُلزماً بأنْ يُثبت أنَّ هنالك إرادة قد اتجهتْ إلى خلق علاقة قانونيّة ملزمة، حيث بيّن القاضي أنَّ طبيعة العلاقة كانت أكثر أهمية من طبيعة الاتفاق، حيث أنّهُ ومنذ الوهلة الأولى بأنَّ الاتفاق الرامي إلى طباعة كتاب يبدو وكأنه تجارياً، وهكذا كانَ يجب إثبات الأثر القانوني على وجود عقد ووجود أثر[٣].

---

[١] يرتبط القانون والأخلاق بعلاقة أساسية ووطيدة، لذا فإن أغلب الأحكام القضائية تعد ترجمة لواجبات أخلاقية تم نقلها إلى المجال القانوني، وكلما زاد التطور الإنساني زادت القواعد القانونية التي تعتمد على الأخلاق، لذلك فإن الدولة قاطبة تسعى إلى إحلال المبادئ والقواعد الأخلاقية داخل بنيانها القانوني، رغبة منها في تهذيب السلوكيات للأفراد ورفع مستوى أخلاقيات تعاملهم بالقدر الذي يكفلها لسلامة وحسن سير معاملاتهم. يُنظر: د. غالب كامل المهيرات، **التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الالكترونية**، دار اليازوري العلمية، الأردن، ٢٠١٨، ص٧٤.

[٢] د. كاظم كريم علي، **قانون العقد الإنكليزي**، ج١، مفهوم العقد وابرامه، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٢، ص١٤٦.

[3] Richard Stone, **the modern law of contract,** 10ed, Routledge, London, 2013, P. 143.

وكذلك: د. كاظم كريم علي، المصدر السابق، ص١٤٦.

ولقد ذهب جمهورُ الفقهاء الغرب ويؤيّدهم في مسلكهم رجالات القضاء إلى القول بأنَّ مثل هذه الحالات هي من قبيل "المفاوضات غير المصحوبة باتفاقٍ صريح على التفاوض" وهي أعمالٌ مادية غير ملزمة، ولا يترتب عليها بذاتِها أي أثر قانونيّ، فبِمُجرّد الدخول في تلكم المُفاوضات لا ينشئ على عاتق أي التزام حتى لو شارفا على الوصول إلى مشروع العقد النهائيّ، طالما أنَّ الاتفاق النهائيّ لمْ ينعقدْ فإنَّ المُتفاوض لا يلتزم بشيءٍ، بل يكون لهُ مطلق الحرية في الانسحاب مِن المفاوضات في الوقت الذي يراه مناسباً، دونَ أنْ يتعرّض لأيَّة مسؤوليَّة، أو يُطالب بتقديم مبرر لانسحابه، إلَّا إذا كانَ متعسفاً في استعمال حق الانسحاب، بأنْ حصلَ منهُ ما يتقاطع مع مبادئ حُسن النية والنزاهة والإخلاص التعاقديّ، ففي هذهِ الغضون يمكن الحديث عن نهوض مسؤوليته التقصيريّة[1].

---

[1] Jaque Ghestin, La formation du contrat, 3ed, L. G. D. J., Paris, 1993, p. 293.

وللمزيد، يُنظر: د. هاني صلاح سري الدين، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦، ص٩٦. وعلى نفس الاتجاه سار القانون المدني الإيطالي رقم (٢٦٢) لسنة ١٩٤٢.

في المادة (١٣٣٧) منه، فعلى الرغم من أنها نصت على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية على الأطراف المتفاوضة بيد أن ذلك لا يعني أن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية بل هي مسؤولية تقصيرية. يُنظر:

Larry A. Dimatteo, **international business law and the legal environment**, 3ed, Routledge, London, p. 341. John Henry Merryman, Rogelio perez-perdomo, the civil law terdition, 3ed, Stanford university press, California, 2007, P. 52. Martijn Hesselink, t**he new European private law: 3: essays on the future of private law in Europe,** Kluwer law international, 2002, P. 203.Duncan Fairgrieve, Francois Lichere, **public procurement law, damages as an effective remedy**, heart publish ltd, oxford, 2011, P. 93. Maren Heidemann, Joseph lee,**the future of the commercial contract in scholarship and law reform, (European and comparative perspectives**), springer nature, Switzerland, 2018, P. 363.

ثانياً: الاتفاقات الجماعيَّة: ويُقصد بهِ:" تعبير عن اتفاق يتبناه بحرية ممثلو العمال وأصحاب العمل"[١]، وعُرِف على أنَّهُ:" أي اتفاق مكتوب بشأن شروط العمل وشروط التوظيف المبرمة بين صاحب العمل أو مجموعة من أصحاب العمل أو منظمة أو أكثر من منظمات أصحاب العمل من جهةٍ ومنظمة أو أكثر من المنظمات العماليّة التمثيليّة وفي حالة عدم وجود مثل هذه المنظمات ممثلي العمال المنتخبين والمفوضين حسب الأصول من قبلهم ووفقاً للقوانين واللوائح الوطنية من جهةٍ أُخرى"[٢].

إنَّ شروط الاتفاقات الجماعية التي تجري بين العامل ورب العمل رُبما تُدمج مع عقد العمل، وبهذا العمل تُصبح ملزمة قانوناً لأطراف العقد، ولكن وفقاً للرؤية العامة لقانون العقد فإنَّ مثل هذه الاتفاقات الجماعية غير ملزمة قانوناً لأطرافها، وهذه الرؤية جرى تبنيها في القضية المعروفة باسم Ford Motor Co Ltd v A.E.F. [٣]والتي فيها تمّ التوصُّل إلى عقد اتفاقات جماعية بشأن شروط التوظيف وتم توقيعها من قبل ممثلين عن كل من شركة فورد ونقابات العمال، عندما حصل اضراب جماعي بشأن الشروط الخاصة بالتوظيف، حيث قامت الشركة بإقامة دعوى استناداً إلى الاتفاقات الموقعة من قبل نقابات العمال بوصفها اتفاقات ملزمة قانوناً، وجادلتْ النقابات مدعيّةً بأنَّهُ لا توجد عقود قانونيّة واجبة التطبيق ناتجة عن الاتفاقات الجماعية، والسؤال الذي تكرر في هذا الصدد هو بيان ما إذا كانت نية

---

(1) Dr. David Montoya, **collective bargaining**, essay available at: www.rua.ua.es. P. 1. Last visit: 19/7/2023.

[٢]تنظر المادة (٩١) من اتفاقية منظمة العمل الدولية (ILO) لسنة ١٩٥١.

[٣] ينظر للمزيد:

Gary Byrne, Duncan Inverurity, Elaine Kelly, Michael Kenuedy, Sandra Masterson Power, Michelle Ni LONGAIN , Margaret Pillington, Geoffery Shannon, employments law, 2ed, oxford university press, Newyourk, 2006, P. 57.

العمال عندما وقعوا على هذه الاتفاقات كانت متجهةً إلى إحداث أثر قانوني من عدمه، وكانتْ المحكمة تُردد بأنَّهُ عندما يتمّ التوصل إلى اتفاقات في سياقٍ تجاري فإنَّ الافتراض القانوني[١] يقتضي أنَّ الأطراف كانت قد اتجهت نيتها إلى أنْ تكونَ الاتفاقاتُ ملزمةً قانوناً مالمْ يوجد نص صريح يقتضي خلاف ذلك، ولكن المحكمة رأتْ على الرغم من ذلك أنَّهُ وعلى الرُغم من أنَّ هذه الاتفاقات قد ولدت في بيئةٍ تجاريّةٍ وحيث أنَّهُ لا يوجد حكم صريح يحكُم هذه الحالة، فمِن الضروري فحص السياقات والظروف المحيطة، من أجل التأكد من أنْ تكون نية الأطراف قد اتجهت إلى إحداث أثر قانونيّ، وتشمل تلكم الظروف صياغة الاتفاقات، وطبيعتها، والخلفية التي انبرمت بها، ومعرفة آراء ممثلي الأطراف، وهلُمّ جراً، وكلها لم تخدمْ القضية، لذا رأت المحكمة أنَّ الاتفاقات الجماعية شكلّتْ في الواجهة الأولى تطلُّعات متفائلة لدى الأطراف ولم تُفكّر في كونها قد اتجهت إلى إحداث أثر قانونيّ متمثّل بالإنفاذ القانوني، ومِن ثَّم فإنَّهُ لم يكن لدى أطراف العقد النية في جعل الاتفاقات ملزمة بموجب القانون[٢].

---

[١] يقصد بالافتراض القانوني:" وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس افتراض امر مخالف للحقيقة دائما، يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير نصه". انظر: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، **الافتراض ودوره في تطور القانون: دراسة نظرية وتطبيقية لفكر الافتراض القانوني**، بدون طبعة، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٨٠، ص٧. وأيضا: د. السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص١٥.وفي الفقه الفرنسي يعرف بأنه:

“un mensong techinque consacré par necessité”

أي: "كذب فني اقتضته الضرورة". انظر:

Rudolph “von” Ihering , **L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development**, volume 4, TomeIv, A. marescq, paris, 1880, p. 205.

[٢] تحسن الإشارة إلى أنَّ قانون اتحاد التجارة وعلاقات العمل الإنكليزي قد نص في المادة (١٧٨) منه على أنَّ الاتفاق الجماعي يفترض وبشكلٍ قاطع أنْ يكون عقداً لم يقصد منه الأطراف على أنْ يكونَ قابلاً للتنفيذ، والقول بخلاف ذلك يجب أنْ يظهر من شروط الاتفاق أنْ المقصود منه أنْ يكون ملزماً قانوناً وليس من خلال اثبات أن الأطراف يجب أن تكون ملزمة بهذا الاتفاق لأنّ

المطلب الثاني

ذاتيّة العقود الفخريّة

لبيان طبيعة العقود الفخرية من حيث كونها عقوداً بالمعنى القانونيّ للمصطلح، أم أنَّها عقود كمعنى أخص من مصطلح الاتفاق يجب أنْ نُميّز بين الواجب والالتزام أولاً وذلك في الفرع الأوَّل ، ومن ثم نُعرّج على الواجب القانوني والواجب اللاقانونيّ أخيراً وذلك في الفرع الثاني، وحسبما هو آتٍ:

الفرع الأوَّل: المائز بين الواجب والالتزام

يوردُّ الفقهُ العديدَ من المعايير التي تردم الهوَّة بين الواجب والالتزام[1]، والذي يعنينا في هذا المقامُ، ذلك المعيار الذي يذهب إلى التمييز بينهما على أساس من

العبارة الأخيرة تعني أنَّ الأطراف ملزمة من الناحية الأدبية وليس القانونية. وللمزيد حول هذا الموضع، يُنظر: د. كاظم كريم علي، مصدر سابق، ص ١٤٧ وما يليها. ولكن مع ذلك قد يحصل أنْ تجري العادة على أنَّ عملاً ما يعدّ عملاً من أعمال المجاملة غير أنَّهُ اتخذ طابعاً إلزامياً زالت عنه صفة الإلزام وصُيّر عقداً كما هو الحال في البقشيش، حيث أن الزبون ملزمٌ بتقديمه. يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨، ص٢١ وما بعدها. عرفت المادة (١١٠) من مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٧ الذي لم يُبصر النور بقولها:" الالتزام واجب قانوني بأداء مُحدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر"، ويرى العلامة الدكتور مصطفى الزلمي أنه من الخطأ تعريف الالتزام بالواجب، ويرى أن الواجب هو صفة الأداء في الالتزام، والأداء هو محل الالتزام، والالتزام صفة الملتزم قائمة به (كمدين) ولا يحمل أحدهما على الآخر، لأن الموضوع المحمول، المبتدأ والخبر، ويجب أن يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار". ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، **المنطق القانوني في التصورات**، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، من دون سنة طبع، ص١٠٧. د. أكرم فاضل سعيد قصير، **المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الإلتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية والتجارية**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص١٨٥.

[1] مثلاً: معيار وجوب التعويض الذي يقتصر على مخالفة الالتزامات لا الواجبات. يُنظر: د. أحمد عوّاد سلامة البنيان، **وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني**، مج١، دار اليازوري العلمية، عمّان، ٢٠٢٢، ص٢٠. عبد الفتّاح خضر، **أثر الأنظمة واللوائح في التنمية الإدارية**، مكتبة كتب عربية، مصر، ٢٠٠٦، ص٤٧ الهامش رقم (١).

H. De Baets, A. Mechelynck, H. Boddaert, **la Flander judiciaire,** v. 13, Harvard University, French, 1901, P.235.

مالية الأداء الذي يتعيَّن البرّ بهِ، فيذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأنَّ هنالك علاقات تنصب على مصالح أدبية أخلاقية واجتماعية لا يُمكن تقويمها بالمال، وبالتالي لا تُعدّ من قبيل الالتزامات التي يُرتب القانون عليها أثراً يتمثّل في استنزال العقاب على مَنْ يُخالفها. وهذه الواجبات لا تُعدّ التزامات لأنَّهُ لا يقع في قبالتها حقٌ شخصيٌ، لأنَّهُ متى ما وُجِدَ الحق الشخصي وجدت رابطة أطرافها دائن ومدين[١].

يلغي الفقه الفرنسيّ الحديث أيَّة فروقات بين الواجب والالتزام؛ ويرى أنَّ الهوة بينهما لم تَعُدْ فسيحةً، ويُبرر ذلك بقولهِ أنَّ الالتزام بالامتناع عن الجريمة، كالقتل، والسرقة، إنْ كانَ الشخصُ قد امتنع عن ارتكابهِ بدواعي الخوف من العقوبة فإنَّهُ يكون التزاماً قانونياً، بينما يكون واجباً أخلاقياً إنْ كانَ الشخصُ قد امتنع عن ارتكاب الجرائم أعلاه لأنَّ أخلاقه وضميره يمنعانه من ارتكاب الجرائم[٢].

الفرع الثاني: المائز بين الواجب القانونيّ والواجب اللاقانونيّ

ويُمكن قياس هذا المائز وفق معايير مختلفة؛ منها ما يلي:

أولاً: المعيار الشخصيّ: يكون الواجب قانونياً متى ما اتجهتْ نية طرفي العلاقة إلى عدَّهُ كذلك، ومسألة معرفة النية من عدمها، مسألة وقائع تستخلصها المحكمة بتقديرنا من الظُروف والمُلابسات، كما في دعوة الصديق على مشاهدة فيلم في سينما معينة، أو حضور عرض أوبرالي[٣].

ومعيار وجود مصلحة للدائن التي لا توجد في الواجب. يُنظر: د. إجياد ثامر نايف الدليمي، **الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٤٢.

[١] يُنظر في تفصيل ذلك: د. محمد سليمان الأحمد، **فلسفة الحق**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٥٨٣ وما بعدها.

[2] Jean Montenot, Philippe Ducat, philosophie le Manuel, 4 édition, editions ellipses, Paris, 2020, P. 154.

[٣] د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ)**، منشورات الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٧، ص٩.

ثانياً: لمعيار الموضوعيّ: يكون الواجب قانونياً وفقاً لطبيعة المُعاملة؛ فالقانون أحياناً يضفي واجباً قانونياً على المعاملة وإنْ كانت بلا مقابل؛ فعلى سبيل المثال النقل المجانيّ فهو عملٌ تبرعيٌّ بَيْدَ أنَّ القانون رتَّب عليه أثر[١].

ثالثاً: معيار الحق: أمام كل واجب قانوني يوجد حق، أما غيره من الواجبات فلا تُعدّ واجبات قانونيّة بحسب طبيعتها وذلك لعدم وجود حق في قبالتها، فاللحق معنى قانوني وآخر لا قانوني، والقانون لا يعرف سوى المعنى القانوني للحق[٢]، بمعنى أنَّهُ متى ما وُجِد هنالك حق لطرف على الآخر كُنا بصدد واجب قانونيّ، وإلَّا فلا. وهو المعيار الراجح في نظرنا. ويُمثَّل الفقهُ الفرنسي لذلك بأنَّ الحق "يمنحني الحُرية[٣] بينما الواجب يُلزمني، لديك الحق في تعني السلطة، أي التحرر من..، بينما عليك واجب تعني ليس لديك الخيار، ويتضمّن مفهوم الواجب في طيّاتهِ مفهوم الضرورة، فعلى سبيل المثال لديّ الخيار بالتصويت، فأنا حُرٌ أصوَّت من عدمه، ولكن إذا اضطررت للتصويت فيجب أنْ أُصوّت بغير خيار"[٤].

وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرى أنَّ واجب القانون يُرادفه واجب العدالة[٥]، فكل ما هو مُلزم منبته القانون، وتؤيَّده العدالة، وفي قبالته يوجد الواجب

---

[١] شاكر ناصر حيدر، **المسؤولية المدنية الناشئة من النقل المجاني للأشخاص في القانون العراقي المقارن**، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، من دون مجلد، العدد (١٦)، ١٩٨٥، ص٦٥ وما يليها. د. محمد عبد الرحيم عنبر، **الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية**، ج٤، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، ١٩٧٢، ص٩٣.

[٢] د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، مصدر سابق، ص٦٠٨.

[٣] يرى الفقه أن الحرية نابعة من ضرورة إطاعة الواجب، ذلك أن الالتزام يفترض أن يكون المرء حراً، ولا معنى للالتزام بدون افتراض الحرية في الإنسان. ينظر: د. عبد الرحمن بدوي، **أخلاق النظرية**، وكالة المطبوعات، مصر، ١٩٧٥، ص٢٦٧.

[4] Yvan Elissalde, **système de la civisation**, 1st, société des écrivains, Paris, 2015, P. 282.

[٥] عرفت العدالة بالعديد من التعريفات، منها:" مقابلة المثل بالمثل". يُنظر: أحمد أمين، زكي نجيب، **قصة الفلسفة اليونانية**، ط٧، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، ١٩٧٠، ص٢٨. وعرفت كذلك بأنها:" القواعد المثالية التي يدركها الإنسان بعقله وتكون واجبة الاحترام". يُنظر: د. سليمان مرقس، فلسفة القانون، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص٥١. وعرفت

الإنسانيّ، بحسب ما تسميه الفلسفة الأخلاقية التقليدية، وله مُسميّات عدة، منها الواجب غير الكامل، والواجب الداخلي، وواجب الفضيلة[١]. وبالتالي ليس كل واجب التزام، غير أنَّ الواجب الذي ينزل منزلة الإلزام هو الواجب القانونيّ، أي ذلك الواجب الذي يُقبل أنْ تُرفع به دعوى قضائيّة[٢].

وأخيراً، فإنَّهُ 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[٣].

وبعد أنْ عرفنا أنَّ العقود الفخرية هي واجبات بالمعنى الواسع، ويمكن أنْ تُسمى 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 ترشحّت لدينا الرغبة في تسمية هذا الالتزامات بالعقود الفخرية[٤].

كذلك بأنها:" مجموعة من القواعد المثالية التي يمكن للإنسان استشعارها على شكل إحسان أو استهجان لفعل أو تصرف معين إذا تأمل في ذلك التصرف من خلال الضمير الكلي والعقل الجمعي فيشعر بالرضا عند إحقاق الحق وبالغضب عند الحكم بالباطل". يُنظر: د. طاهر عيسى والي الشافعي، **قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة كربلاء، ٢٠٢٢، ص٢٨.

[1] Stéphane Chauvier, **justice et droits à l'échelle global**, 1st, librairie pholosophique j. Vrin, Paris, 2006, P. 90.

[٢] د. علي كحلون، **التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية**، ط١، منشورات مجمع الأطرش، تونس، ٢٠١٦، ص١٣٨.

[3] Jean-Pierre Plouffe, **les arrangements internationaux des agencies** et **ministers du Canada**, the Canadian yourbook of international law, vol. xxl, 1983, P. 189.

[4] 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.

المبحث الثاني

أحكام العقود الفخرية

إذا ما أُريد الحديث عن الأحكام القانونيّة التي صاغها المُشرّع في معرض تنظيمه لهذهِ العقود –إنْ وُجِدَ هنالك تنظيم لها– فإنَّ ذلك يقتضي بحث موقع تلك العقود في القانون المدني وذلك في المطلب الأوَّل حيث أنَّ إطلاق كلمة العقد تعني توافر تطبيقات لهُ فضلاً عن اشتراطات قانونيّة الأمر الذي لم نجده في رحلة البحث عن مدى إمكانية توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب، وشروط صحة العقد وبُطلانه، لذا فإنَّ ضرورة البحث عن موقع تلك العقود في القانون المدنيّ بات أمراً تقتضيه منهجية هذا البحث، كما أنَّ هذه العقود طالما أنَّها فخرية لا يترتّب عليها ما يترتّب على العقد المدنيّ فإنَّ إمكانية تحولّها إلى عقد مدني لا رجعة فيه بإرادة واحدة أمراً محتملاً، لذا فإنَّ البحث عن تلك الإمكانية مطلبٌ ثاني في هذا المبحث.

المطلب الأوَّل

موقع العقود الفخرية في القانون المدنيّ

بعد أنْ حددنّا الطبيعة القانونيّة لهذه العقود، ورأينا أنَّها لا تنطبق عليها معالم نظام العقد من أركان وشروط، وتمسكنّا بأنَّها واجبات بالمعنى العام، ورُبما تكون حسب الأحوال التزامات بالمعنى القانونيّ متى ما عدَّها القضاء كذلك، وأيدنّا الرأي الفقهي الذي يذهب إلى عدّ العقد لا ينفصل عن معنى الالتزام، نأتي الآن إلى بيان موقع تلك العقود في القانون المدنيّ، ومن أجل تبسيط القول في هذا المقام، سنتناولُ التطبيقات الشائعة للعقود الفخرية في القانون المدنيّ لغرض إيصال فكرة هذا المطلب، وذلك مِنْ خِلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نبحث في أولهما فكرة اللياقة الاجتماعية، وفي الثاني نتناولُ فكرة اتفاقات الجنتلمان، وكما يل: –

الفرع الأوَّل: اللياقّة الاجتماعيّة

توحدَّت أقلام الفقه على تسميتها بـ "أعمال المجاملة" [١]، وهذه الأعمال يُستبعَد تماماً أنْ تكونَ منشئةً للعقود، ويعودّ السبب إلى تخلُّف نيَّة إحداث الأثر القانونيّ، أي النيَّة التي يرمي مِنْ خلالها أطراف العقد إلى الارتباط قانوناً فيما بينهما، وهذه الاتفاقات تُعد من قبيل اللياقة التي تستدعيها الحياة الاجتماعيّة، وفي هذه الأحوال لا يُمكن وصف هذا الاتفاق بأنه عقد، وإنَّما يبقى طافياً فوق سطح القاعدة القانونيَّة لا يمكنهُ التوغُّل في أعماقها، ويبقى عائماً في دائرة **(اللاقانون)**[٢].

وتنشأ هذهِ الاتفاقات– طبقاً لما سبق– مِنْ خلال تلاقي إرادة المتعاقديْن على إنشائها، بغير أنْ يكونَ القانونُ ضالعاً في تخليقها وترتيب الأثر القانوني اللازم عليها، ويجب الاصطلاح على تسميتها بأعمال "الصداقة"، أو حتى "الأعمال السياسيّة"، حيث ذهبتْ محكمة استئناف باريس إلى القول الصريح بأنَّ:" الوعود السياسيّة ليست التزامات مدنية"[٣]. تتعيَّن الإشارة إلى أنَّ أي خرق أو انتهاك لتلكم العلاقات لا يُمكن معه الحديث عن إمكانية ترتب مسؤولية تعاقدية، ولكن القاضي متى ما وجد أنَّ ثمّةَ أضرارٍ قد لحقت بأحد أطراف هذه العلاقة أنْ يتخذ قرائن معينة لتطبيق نظام المسؤوليّة التقصيريّة[٤].

---

[١] د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، محاضرات القاها سعادته على طلبة قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨، ص٢١. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، **العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن**، نشر خاص، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٢. د. شمس الدين الوكيل، **دروس في الالتزامات**، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦٠، ص٥٤.

[2]-Hobinavalona Ramparany, Le droit des obligations en tableaux , Ellipses édition marketing, Paris, 2019, p. 22.

[3] CA Paris, CH. ١ sect. A, ١٨ oct. ١٩٩٤, GN n ٢٥١٦٣/٩٥, RTD CIV. ١٩٩٥, p. ٣٥١.

[٤] تجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام يجب أن يكون اخلاقياً حقيقياً ففي قضية عُرضت على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها بأن شركتان للملابس الجاهزة ارتكبتا انتهاكات مع شركة ثالثة، ثم تم ابرام اتفاقات صلح لتسوية المنازعات، التزمت الشركتان حسب الضرورة بعدم نسخ

ومِن الأمثلة التي يضربُها الفقه في هذا المعنى الاتفاق على دعوة صديق على احتساء الشاي[1] في ليلة شتوية مطيرة، حيث لا نرى مساغاً قانونياً يُجيز للمدعو اللجوء إلى سوح القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يدعي إصابته به من جرّاء عدم تهيئة مكاناً مناسباً لجلوسه أو سوء إعداد الحفلة أو كون الشاي بغير سكُر!! ولذلك فإنَّ الصديق الذي نظّم هذه الحفلة لم تتجّه إرادته إلى إحداث أثر قانونيّ ويترتّب على عدم انصراف النيّة إلى ذلك عدم وجود مناط للتعاقُد، وبالتالي فإنَّ عدم تنفيذ الالتزام اصلاً كإلغاء الحفلة مثلاً، لا يستتبع إنزال العقوبة المدنيّة المُقررة عليه.

ومِن هذا الجانب، وعد الأب لأبنه أن يُهديه سيارة بمواصفاتٍ معينة عند نجاحه في الامتحان، فمِثل هذا الوعد –كذلك– لا يُثقل كاهل الأب بثمّة التزامٍ قانونيّ، ذلك أنَّ نية أطراف العلاقة لم تتجّه إلى إحداث الأثر القانونيّ. وقد يدق الأمر عندما تصعب التفرقة بَيْنَ العقود وأعمال المُجاملات ذلك أنَّ الفيصل بَيْنَ العقد والمجاملة شفافاً جداً كما في النقل بالمجان، فقائد السيارة الذي يصطحب في

المنتجات التي تم تسويقها من قبل منافسها، حدد الاتفاق" أن الالتزام المعني يشكل التزاماً اخلاقياً حصرياً" وأي انتهاك محتمل له لا عده عدم تنفيذ لشروط هذا الاتفاق، وعلى الرغم من ذلك فقد استمرت الشركة الثالثة واقعة في الضرر الناجم عن المنافسة غير المشروعة والتزوير، فقررت رفع الدعوى أمام القضاء الذي أيد طلب الشركة المتضررة مطالباً الشركتين الأخريات بدفع التعويض على أساس الاتفاق، اعترضت الشركات على أساس أن التزامهما كان أخلاقيا بحتا وبالتالي فهو غير قابل لأن تترتب عليه عقوبة طبقاً للقانون، غير أن محكمة النقض ردت الطعن وقالت أن الالتزام المذكور يعبر عن نية صريحة ومتعمدة للالتزام تجاه الشركة المنافسة. يُنظر:
Cass. Com., 23 janv. 2007, n 05-13.189; RTD civ. 2007, p. 340.
نقلاً عن:
Gaylor Rabu, **Droit does obligation -2e édition**, edition ellipses, Paris, 2019, P. 34.

[1] وبنفس المعنى، يُنظر: حسين نوري، **محاضرات في الالتزام، مصادره وأحكامه**، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣، ص٣٠.

سيارته عابر سبيل من الطريق أومأ إليه لنقله، هل يقود ذلك إلى إنبرام عقد نقل أم لا؟

والذي يتساءل عن أهمية البحث عن إجابة لهذا السؤال، نقولُ أنَّ أهمية التفرقة تتجسَّد في حالة وقوع حادث يُصاب فيه الراكب، فالقولُ بوجود عقد نقل يعني إمكانيَّة الاستفادة من الالتزام بضمان السلامة الذي يقع على عاتق الناقل، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وإنْ لم يوجد عقد، فلا سبيل إلَّا اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيريّة[١]. ولكن هذا لا يمنع من ضرورة الالتزام بقواعد الأدب والأخلاق[٢].

فحتّى يتجنّب الناقل المجاني الخضوع لأحكام المسؤوليّة العقدية يكون في مصلحته أنْ يُكيَّف عمله على أنَّه ليس بعقدٍ، وذلك بالنظر إلى الخصلة المجانيَّة للخدمةِ التي انتفع منها الناقل ابتداءً، فهذا الناقل لم يقصدْ سوى تقديم خدمة مجانيّة دون نيّة ترتيب أثر قانونيّ، الأمر الذي ينتفي معه القول بوجود عقد بين الناقل المجاني والراكب[٣]. ونفس الحكم بالنسبة إلى العلاقات المجانيَّة بَيْنَ الطبيب

---

(١) طلبة وهبة خطاب، **المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان (دراسة قضائية مقارنة)**، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٩، ص٢٢٨ و٤٤٥ و١٩٠٩. د. بلحاج العربي، أبحاث **ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٦، ص٦٤٧.

(2) Helen Marty- schmid, la situation patrimoniale des concubins à La fin de l'union libre, librairie Droz, genéve, 1986, P. 123.

(٣) أبو زيد علي المتيت، **التكييف القانوني لمسؤولية الناقل على سبيل المجاملة**، مجلة قضايا حكومية، بدون مجلد، العدد (٦)، السنة (٦)، ص٣١. ولقد استثنت اتفاقية (**فارسوفيا**) لعام ١٩٢٩ النقل الجوي بالمجان الذي تقوم به مؤسسات النقل الجوي من دائرة المسؤولية التقصيرية وأدخلته في نطاق المسؤولية العقدية بحيث تسري عليها أحكام الاتفاقية أعلاه حيث نصت المادة الأولى منها على:" تسري هذه الاتفاقية على كل نقل دولي لأشخاص أو أمتعة أو بضائع يتم على طائرة في مقابل أجر كما تسري على عمليات النقل التي تقوم بها مجاناً على طائرة إحدى مؤسسات النقل الجوي". ياسمينة بشار، **مسؤولية الناقل الجوي للركاب**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٤٩.

والمريض[١]. وكذلك أُثير الشك حول وجود العقد من عدمه مع الشخص الذي يكون بحاجة إلى استغاثة وإلَّا سيهلك وبَيْنَ الذي أغاثه، فلو كان هنالك عقد قد أُبرم بينهما فيتعيَّن على طالب الإنقاذ أو الخلاص من الخطر الجسيم الحال أنْ يكونَ حسن النية وهي القاعدة الأصولية في التصرفات، فيتعيَّن عليه أنْ يُحيط المنقذ بكل ما لديه من معلومات، وإلَّا سقط حقه في المطالبة بجبر الضرر[٢]، وإنْ لم يكن هناك عقد قد أُبرِم بينهما لإنعدام الأثر نجدّ تردد القول في هذه المسألة فهنالك مَنْ يقول بتطبيق أحكام المسؤوليّة المدنية التعاقدية – وهو أمرٌ منتقد– فلا عقد بينهما، والقول بعكس ذلك يُعدّ إغراقاً في الخيال وتوغُّل في مجانبة الصواب، ومن الأنسب تأسيسها على فكرة المسؤولية التقصيرية متى كان الحديث عن توافر اشتراطاتها حقيقة واقعة[٣]. ومِن قبيل أعمال المجاملات مساعدة الغير ومعاونته مجاناً في أداء أعمال معينة، وتبادُل المعونة بينهما، والأمثلة على ذلك كثيرة، كما في مساعدة الطابعيّ في الطباعة، وفي هذهِ الحالةُ تكون المعاونة على سبيل المُجاملة، مما ينجِم عن ذلك عدم إمكانيّة القول بوجود عقد[٤].

---

(١) للمزيد حول الطبيعة القانونية لهذه العلاقة، يُنظر: د. علي سعد عمران، **نقل الأعضاء البشرية من الأحياء والأموات في إطار المسؤولية الطبية**، ط١، نشر خاص، مصر، ٢٠٢٠، الهامش رقم (٢٧).

(٢) صلاح محمد سليمة، **التنظيم القانوني للانقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص٣٠١.

(٣) وللمزيد ينظر: د. محمد حسن قاسم، **القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول**، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٤٣.

(٤) لذلك ذهب الفقه إلى أن العقد يشترط الأهلية اللازمة أي أهلية إنشاء الالتزام وهي ليست كالأهلية اللازمة للاتفاق باعتبار أن طبيعة التصرف في الاتفاق غير ذات خطورة. يُنظر: د. أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني، الكتاب الأول**، ط٢، بدون ناشر، مصر، ١٩٥٤، ص٣٨ الهامش رقم (١).

الفرع الثاني: اتفاقات الجنتلمان

كما يُصطلح على تسميتها في القانون الإنكليزي[١]، وتسمى في الفقه العربي بالاتفاقات الأدبية أو اتفاقات الشرف[٢]، وهي اتفاقاتٌ يريد أطرافها تحجيم آثارها في إطار حلقة الضمير تلك الحلقة المبنية على اعتبارات شخصية صرفة، وعدم القفز بها إلى دائرة القانون ذي الأدوات التشريعية والقضائية والتنفيذية[٣]، لذا يذهب اتجاه في الفقه الغربي إلى القول بأن القانون الألماني لا يعترف بهذا المصطلح، وحتى لو ورد فهو لا يعني انتفاء النية لدى الأطراف بالالتزام قانونًا[٤]. على الرُّغم من أنَّ المحاكم لا تُقيم وزناً لمثل هذه الترتيبات العائلية وفيما لو عُرِض الأمر عليها، غير أنَّ اتفاقات الشرف تكون باطلة متى ما تقاطعت مع النظام العام، أو تعارضت مع المعايير الأخلاقية، ويجوز عندئذٍ إلغاء تلكم الاتفاقيات كالتي تنتهك سلامة الجسد، أو الحقوق الأساسيّة أو كرامة الإنسان، ولا يجوز كذلك انتهاك ما أوجبه القانون لحماية الطرف الضعيف في العقد، كما أنَّ هذه الاتفاقات وطيدة الصلة بالأخلاق، التي تربطها علاقة غامضة بالقانون[٥].

---

(1) Zhen Jing, **Chinese insurance contracts**, 1ed edition, informa law from routldge, oxon, 2017, P. 521.

(2) Antonio P. Trichardt, **letters of contract (a trans-systemic analysis),** wolters Kluwer, u. k. 2012, P. 16.

(٣) د. مصطفى الجمال، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص٣٧٠ وما يليها.

(٤) وهم يعرفونه على أنه: اتفاق غير موقع وغير قابل للتنفيذ بين الأطراف التي تتوقع أداء التزاماتها بسبب وجود مبدأ حسن النية. يُنظر:

H. Beale, A. Hartkamp, H. kotz, D. Tallon, **cases, material and text on contract law,** hart publishing, oxford, 2002, p. 104.

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

وهذه الاتفاقات هي عبارةٌ عن قوالب تودع أو تفرّغ فيها الاتفاقات السابقة على التعاقد على أمل اتخاذ القرار المناسب بشأنِها والذي يقود إلى الحسم في نهاية المطاف وتتضمّن خطابات النوايا[١]، والبروتوكولات الاتفاقية[٢]، أو العقود "الفخرية"[٣]. وقد يثور تساؤلٌ بديهي عن مواطن انبثاق اتفاقات الشرف؟، وفي الواقع كانتْ إجابة الفقه في هذا المضمار تؤدّي إلى التسليم بأنَّ ثمّةَ مواطن مختلفة تتأتّى منها اتفاقات الشرف فهيّ قد تنبع من العلاقات الأُسرية، وعلاقات الزمالة والصداقة،

---

[١] تعرّف خطابات النوايا على أنها من الاعمال التحضيرية للعقد المراد ابرامه في المستقبل، فمضمون تلكم الخطابات هو الاتفاق على المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضات بشأنها، هذا وتتعدد صور خطابات النية بالنظر إلى صياغتها، فقد تكون خطابات تدعو إلى البدء في المفاوضات، كما قد تكون خطابات تتضمن الدعوة إلى البدء في المفاوضات، كما قد تتضمن ابرام اتفاقات تمهيدية حول العقد محل التفاوض، ووفقاً للقانون الإنكليزي لا يعد خطاب النوايا عقداً، وذلك لأنه مايزال في مرحلة المساومة، فليس له قوة ملزمة إلا إذا كانت الإرادة صريحة لمصدره. نقلاً عن: بوجلال بن يعقوب، **خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢١، ص٥٥١ وما بعدها. ومن الجدير بالتنويه أن المادة (٢٣٢٢) من مرسوم تعديل التقنين المدني الفرنسي المرقم (٢٠٠٦ -٣٤٦) في ٢٠٠٦/٣/٢٣ ضمن باب التأمينات الشخصية وهي بحسب المرسوم أعلاه المادة (١/٢٢٨٧) منه تشمل الكفالة والضمان المستقل وخطاب النية قد عرّفت خطاب النية على أنه:" .. التعهد بعمل أو بالامتناع عن عمل محله مساعدة المدين في تنفيذ التزاماته تجاه دائنه".

"La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier".

[٢] د. أحمد شرف الدين، **أصول الصياغة القانونية**، نشر خاص، ١٩٩٣، ص٧٠. د. هلدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص١٤٦. تجدر الإشارة إلى أن هذه البروتوكولات تبرم في مرحلة التفاوض على العقود الكبيرة المركبة التي هي مجموعة من العقود الكبيرة المركبة، وهي مجموعة من العقود، ولا تعدو هذه البروتوكولات عن وثائق يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الاطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات وإلى غيرها من الشروط التكميلية وهي تكتب على دعائم ورقية وكذلك على دعائم الكترونية، وهي تختلف عن اتفاق التفاوض الالكتروني الذي قد يرد بصورة تحفظ أو شرط في عقد آخر. يُنظر: د. محمد حسين عبد العال، **التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص٨٠.

[3] Johan Dechepy-Tellier, Johanna Guillaumé, **le droit des contrats en schémas**, 3 édition, Ellipses édition marketing, Paris, 2021, p. 20.

وعلاقات الأعمال، والعلاقات الاقتصاديّة الدوليّة، ولكن ما المائز بَيْنَ كل هذهِ الأنواعُ؟

أشارَ الفقهُ إلى أنَّ العلاقات الثلاث الأوّل المنوّه عنها في السطور أعلاه تدور في فلك لا قانوني، لا يترتّب على دحضها والمجيئ بعكسها ما يُثير العقاب، ولكن غالباً ما تكون ملزمة في نطاق التجارة الدوليّة، حيث تُعدّ بوجه عام لها ذات القيمة الالزامية التي يتمتع بها العقد التجاري[1]. على خلاف الأنواع الأُخّر من اتفاقات الجنتلمان التي يعتبرها الفقه نوعاً من أنواع الالتزام الطبيعيّ الذي لا يرتقي إلى الاعتراف بهِ قضائيّاً، ولكن هذا الوضع ليس دائماً، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية تتلخّص وقائع دعواه بأنَّ شخص تعهّد "على شرفه" بالتسديد لدائنيه في حالة توفُّر الوفرة المالية لديه، وكان هذا التعهد هو السبب الحاسم في قبول الصلح من لدن الدائنين، وكانّ المدين 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 طالما أنَّ الإشارة جاءت "جيدة" عند تقرير اتفاق الصلح، وحيث أنَّ هذا التعهّد أو الوعد الشرفي جُزءاً لا يتجزّأ من الشروط المتفق عليها بين 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 فرضت نفسها على المستأنف دون

[1] د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص١٦٢. وكذلك:
Christophe Lachieze, **droit des contrats**, 5e edition, Ellipses edition marketing, Paris, 2020, Paragraphe (67).

الحاجة إلى ذكرها، وعليه فإنَّه وبسبب ظروف القضية يجب الاعتراف بأنَّ المدين قد الزم نفسه في ظل الظروف العادية إضافةً إلى التزامهِ بضمانِ شرفه[١].

ومِن الأمثلة التي يضربُّها الفقهُ على هذه الاتفاقات – اتفاقات الجنتلمان– الاتفاقات التي تمنحُّها الشركة الأم إلى مَن يتعامل مع الشركات الفرعية التابعة لها، تتعهّد فيها بدعم الشركات التابعة لها إلى العميل[٢].

وقد يسأل سائل عن التكييف القانوني لهذه الاتفاقات، كيف تُعاملها النصوص القانونيّة فيما لو عُرضت عليها وأراد القاضي بيان تكييفها القانوني؟ يُجيب الفقه الفرنسي على ذلك بأنَّ تكييفها القانوني على أنها:" اتفاقات مساعدة طوعية"، كما لو أخذ الصديق سيارة صديقه لنُزهةٍ في الفناء، وذلك من أجل فرض التزام على عاتق قائد السيارة بتعويض مالكها عن الاضرار التي لحقت بها من خلال اعارة السيارة[٣].

المطلب الثاني

ضوابط صيرورة العقد الفخري إلى عقد مدني (تقليديّ)

يشترِطُ القانونُ المدنيّ لأَنَّ يُرتب على العقد أثراً أنْ يكونَ العقدُ واقعاً ضِمن إطار المُعاملات المالية[٤]، وفي نِطاق القانون الخاص[١]. وبالتالي حُجِم دور الإرادة

---

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

(2) See for more about that: Hein Kotz, **European contract law**, oxford, u. s. a. , 2017.

(3) Amandine Cayol, **le droit does contrats en tableaux,** ellipses édition marketing, Paris, 2017, non page.

[٤] يقصد بالمعاملة في اللغة العربية التصرف بالبيع ونحوه، وجمع معاملة، وهي مأخوذة من عاملت الرجل معاملة، إذا تعاملت معه، وخالطته، وعاشرته. يُنظر: يحيى السعيدي، **التعقيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر (المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة انموذجاً)**، من دون طبعة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص٥٢٦. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، ط٢ دار النفائس للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٨،

في توسعة منطقة العقد. وللإحاطة بحيثيات هذهِ الفكرةُ سنتولَّى إيضاحها على فرعين، نبحث في الأوَّل تعلُّق العقد بأمور المعاملات المالية المدنية، ونبحث في الفرع الثاني بفكرة انضواء العقد تحت دائرة القانون الخاص.

الفرع الأوَّل: تعلُّق العقد بأمور المُعاملات المالية المدنيَّة

للمُعاملات الماليَّة في نِطاق القانون أهميَّة بل ركيزة أساسيَّة فيه، فَمِنْ خِلالها تتحدد العلاقة بَيْنَ القانون والاقتصاد، حيث يستمدّ القانون مِن الاقتصاد حلولاً تُنظِّم علاقة الأشخاص ببعضِهم البعض مِنْ حيثِ المال، وترسمّ حُدود سُلطتهم على الأموال[٢]. هذا وتُطلقُ لفظةُ "المُعاملات" على ثلاث معانٍ في الاصطلاح، معنىً عام، ومعنى خاص، ومعنى أخصّ. فَبِقَدرِ تعلُّق الأمرُ بالمعنى العام، فَيُرادُ بالمُعاملات بمعناها العام هي:" الأحكام الشرعيَّة المُنظمة لتعامُل الناس في الدنيا"[٣]، ويُفهَم مِنْ هذا التعريفُ أنَّ الأحكامَ الشرعيَّة ليسَ كُلها معنيّة بنِطاق العقد المدنيّ الذي حدده القانون إذا ما عَلِمنَا أنَّ الأحكامَ المنوَّه عنها في الأعلى تتشظَّى إلى قسمين، قسمٌ خاص بالأُسرة وتُسمَّى الأحوال الشخصيَّة، وقسمٌ خاصٌ بالمُعاملات الماليَّة، وهو المقصودُ بهذا البحثَّ، وُبناءً على ذلك يخرِجُ هذا المعنى بإطلاقهِ عن نِطاق بحثنا لعدم إرادة المُشرِّع لهُ. وإمَّا المعنى الخاص للمُعاملات

ص٤٣٨. أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، ج١، من دون ناشر، ومن دون مكان نشر، ١٨٦٤، ص٥٢.

[١] د. حامد محمد شبيب الجبوري، **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)**، شركة دار الاكاديميون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢١، ص١٣.

[٢] عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مطبعة الآداب، العراق، ١٩٧٢، ص١٩٩ وما يليها. د. علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعّال في العقد (دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص٦٨.

[٣] زهر الدين عبد الرحمن، **مقاصد الشريعة في أحكام البيوع**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٨١.

الماليَّة فيُقصَدُّ بهِ الأحكامُ الشرعيَّة المُنَظِمّة لتعامُل الناس مع بعضِهم قدر تعلُّق الأمر بالمالِ فقط، سواءً أكانَ في إطار الأسرة أم في خارج أُطر الأسرة[١]. وهذا المعنى وإنْ كانَ صحيحاً بَيْدَ أنَّهُ ليس دقيقاً لأنَّ المُعاملات داخل نِطاق الأسرة ليست كُلِّها من قبيل العقود، فمثلاً النفقة هي التزامُ قانونيّ أوجبه القانون على الزوج، مضمونهِ المال لكنه لا ينضوي على معنى العَقْد[٢].

وأمَّا المعنى الأخص لِلَفظة المُعاملات فيُقصّدُّ بهِ الأحكام الشرعية التي تُنظِّم تعامل الناس مع بعضهم البعض في مجال المال[٣]، وهذا المعنى أيضاً لا يستقيم والمنطق القانونيّ السليم ذلكَ أنَّ ليس كُل تعاملٍ يرد على المال يُعدُّ تعاملاً مالياً واقعاً ضمن مِنطقة العقد المدنيّ، فالناس معنىً واسع جداً يدخُل في طيَّاته الأشخاص بنوعيهما، الطبيعيَّة والمعنويَّة، العامة والخاصة في الآن نفسه، فعلى سبيل المثال المعاهدة التي تُبرَم بين دولتين أو أكثر هي اتفاقٌ ليست عقداً، وتسري عليها الأحكام القانونيَّة التي نظمَّها القانون الدولي العام، وكذلك التعيين في الوظيفة العامة هي اتفاقٌ بَيْنَ المُتعيّن والدولة تخضع إلى القواعد القانونيَّة العامة التي حددتها قوانين الوظيفة العامة[٤].

يتمتَّعُ العقدُ لدى الفقه القانونيّ بشيءٍ من المُرونة تجعلهُ ينظرُّ إلى العقد كمنطقة مرنة، تتسعّ لتشمل أوضاعاً معينَّةً أشكل اتجاه في فقه القانون العام والفقه

---

[١] د. نايف بن جمعان الجريدان، **أحكام العقود المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٤، ص٢٤.

[٢] يُراجع بنفس المعنى: د. محمود عبد الرحيم الديب، **الوجيز في مصادر الالتزام**، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص١٩.

[٣] د. محمد عثمان شبير، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط٦، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص١٣.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم، **الوسيط في نظرية العقد**، ج١، من دون طبعة، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٦٦.

الإجرائي[١] إمكانيَّة انضوائها تحت طائلة العقد، لذلك بَهتتْ الحُجج التي قدموها لتدعيم آرائهم.

أخيراً، فلو لمْ تتجّه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني، فلا نكون أمامَ عقدٍ، بل قد يبقى الأمرُ في ميدان المُجاملات الإجتماعيَّة، كأن يدعو صديق صديقه لوليمةٍ أو حفلةٍ، فإنَّ ذلك لا يرتِّب التزاماً بذمتهِ، فحتى لو أخلَّ بهِ لا تترتب مسؤوليتهِ المدنية، فلو لمْ يُرِّد الطرفان إحداث أثر قانوني ضمِن القانون الخاص فلا نكون أمام عقدٍ مدنيّ[٢].

الفرع الثاني: انضواء العقد تحت دائرة القانون الخاص

ونذهبُ مع مَنْ يرى أنَّ نظرية العقد تصلحُ أساساً لتنظيم الاتفاقات في دائرة العلاقات الدوليَّة، لأنَّ جوهرَ الأمر لا يقفز عَنْ توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونيّ، لكن العلائق الدوليَّة تتسمُّ بِخِصال معينة وهي أنَّ الإرادات المتوافقة منسوبةٌ إلى دولٍ، في الوقت الذي يكونُ أثر هذه الإرادة متجهاً تارةً إلى المال، وتارةً إلى غَيْرِ المال، كما أنَّ نظرية العقد غيرُ قاصرةٍ عن احتضان العقود

---

[١] يرى هذا الفقه أن الاتفاق الاجرائي مستقل عن العقد الموضوعي فلذلك لا تعد الاتفاقات الإجرائية عقوداً مطلقةً، حتى ولو كانت القاعدة المسلمة" أنَّ كل عقد اتفاق وبالتالي كل عقد اتفاق، ولا ينكر هذا الفقه إطلاق هذه القاعدة في منطقة العقد بإعتباره من أملاك القانون الخاص الذي يؤمّه القانون المدني، وإنما ينكر هذه القاعدة في منطقة الاتفاق بإعتباره من أملاك النظرية العامة للقانون، وبذلك يكون هذا الجانب من الفقه قد اتبع بدقة فقه العلامّة السنهوري الذي وضع جذور هذه القاعدة، باعتباره من أملاك القانون الخاص بالمقارنة إلى منطقة الاتفاق باعتباره من أملاك نظرية القانون حيث أنَّ المنطقة الأخيرة تشمل العقود بمعناها في القانون الخاص، كما تشمل غيرها من الاتفاقات، التي يقول فيها العلامة السنهوري:" إن هذه الاتفاقات لا تدعي عقوداً"، إمَّا لأنَّها تكون خارجة عن نطاق القانون الخاص، وإمَّا أنْ تكون خارجة عن دائرة المعاملات المالية، وبالتالي فإنها لا تخضع لأحكام العقد في القانون المدني الذي يؤم القانون، وإنما تخضع لأحكام الاتفاق العامة في نظرية القانون، فضلاً عن أحكامها الخاصة، ولا يمكن إخضاعها للتقسيمات التقليدية للعقود في القانون الخاص. يُنظر: د. جمال أحمد هيكل، **الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤، ص١٢٦ وما يليها.

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٠.

الإداريَّة التي تنشأ بَيْنَ الدولة وبيْنَ أشخاص القانون الخاص، فهذهِ العقود جميعاً تخضعُ– فيما عدا ما تتمتَّع به الدولة من امتيازات السلطة العامة التي تجعلُها في مركز الطرف القوي– لقواعدِ نظريَّة العقد[١]، بل أنَّ مَنْ يتصفَّح كُتب قوانين الأُسرة يرى أنَّ ثمَّةَ مَنْ أقرَّ بصلاحيَّة نظريَّة العقد لأنَّ تنسحِب على عقد الزواج، إذ يرى اتجاهٌ في الفقه أنَّ تدخُّل القوانين أو القواعد الخاصة لا ينفي عن العقد وصْف العقد عنه، وآية ذلك أنَّ عقد العمل يخضعُ لقواعدٍ خاصةٍ[٢] بَيْدَ أنَّهُ لم يؤدْ إلى نفي وصف العقد عنه، زدْ على ذلك أنَّهُ ليس في قواعد القانون ثمَّة ما يستلزم أنْ تكون الحقوق المتولِّدة عن العقد حقوقاً ماليَّة[٣].

---

(١) شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي، **الاستثمار الأجنبي المباشر ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية**، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٢٠، ص ١٩٧. وبنفس المعنى، يُنظر: د. بشّار عدنان ملكاوي، **تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية (مثال الشرق الأوسط منذ عام ١٩٤٥)**، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص٢١٨ وما يليها.

(٢) يرى الفقه الفرنسي أنَّ عقود العمل الجماعية من حيث الانشاء والتعديل والتطبيق والمراجعة والانقضاء هي عقود ذات طبيعة ترتيبية (نظامية) أكثر من كونها عقود خاصة، فعلى الرغم من أنَّها تخضع لمنظومة العقود المدنية في إطار القانون الخاص إعمالاً لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أو النيابة فإنَّ الفقه القانوني الإداري يراها عقوداً ذات طبيعة خاصة إذا وسع المشرع انطباق هذه العقود على قطاعات أخرى. يُنظر:

Tarchouna Mongi: **La negociation collective on Tunisie**, Thèse Doctorat, Paris, p. 18 et suiv.

(٣) زينب رضوان، **المرأة بين الموروث والتحديث**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ٢٠٠٤، ص٨٦. د. رمضان علي السيد سالم الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي الشافعي، **أحكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص٢٨٤. د. إسماعيل غانم، **النظرية العامة للالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦، ص٤٩ (هامش رقم ١٩).

كما إنَّ تدخُل المُشرِّع في تغليف الإرادة برداء النظام العام لكبح جماحها وبنصوصٍ آمرةٍ لا يقود إلى تغيير طبيعة التصرُّف[١] كعقد، ولو صحَّ إخراج العقود سالفة الذكر عن نِطاق العقد لزالَ وصفُ العقد عن طائفةٍ من العقود المدنيَّة التي يتدخلُ فيها المُشرِّع على نحوٍ واضحٍ كعقد العمل وعقد الإيجار إلى الحد الذي تدخَّل فيه المُشرِّع حتى في طريقة كتابة وإعداد صحيفة التعاقد المكتوبة كعقد نموذجيّ[٢]، ولكن التعليل الصحيح لخروج تلكم الاتفاقات عن نِطاق دائرة التعاقد التي رسمّ المُشرِّع أقطارها هو أنَّها لا تنشئ روابطاً يكون محل الالتزام فيها ذا قيمة مالية، لذلك مثلاً ينتفي وصف الالتزام عن الواجبات التي تقومُ بَيْنَ أفراد الأُسرة[٣]. ثُمَّ أنَّ الآراء محل البحث تنطوي على خلطٍ بيِّنٍ بَيْنِ طبيعة الأداء الذي يجب على المدين أنْ يؤديه وبَيْنَ طبيعة المصلحة التي تعودُ على الدائن، فما يجبُ على المدين أنْ يؤديه هو محل الالتزام والذي يجبُ أنْ يكونَ ذا قيمة ماليَّة، وأمَّا المصلحةُ التي تعودُ على الدائن فلا يستوجب فيها أنْ تكونَ كذلك، فقد تكونَ مصلحةً معنويَّةً[٤].

لا يُسمَّى العقدُ عقداً إلَّا إذا اتفق الطرفان على إحداث الأثر القانوني، بِمعنى أنْ يلزمَ الطرف الآخر بموجب نص القانون إذا تأخر في التنفيذ أو رفضهُ، فلو كانَ مِنْ مضامينِ الالتزام القيام بعمل أو عدمه، أو الالتزام بإعطاء شيءٍ ما،

---

(١) يشير الفقه إلى أن هنالك علاقة بين العقد والتصرف. يُنظر بصددها: د. حمد الله سيد جان سيدي، **فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن**، المجلد الأول، ط٢، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٩، ص٢٦.

(٢) إنْ كانَ العقدُ قد تُحدَد الفاظ انعقاده مِن قِبل المُشرِع نَفْسَه كما في العقدِ النموذجي وبالتالي نجدُ أنَّ العقدَ قد وضِعَ من جهةٍ ثالثةٍ غَيْرِ عَن المُتعاقِدين. يُنظر: حيدر صلاح كاطع، **فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣، ص٧٩.

(٣) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام**، دار محمود للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٨.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، **مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٢، ص٥٦ وما يليها.

فإنَّ العقدَ مِنْ تطبيقات نظريَّة الالتزام، فما إنْ غاب هذا المضمونُ عن الاتفاق لا نكون بصددِ الحديث عَن العقد[١]. ولا يُمكن أنْ يكونَ العقدُ عقداً إلَّا إذا كانَ لهُ قيمة ماليَّة، ويُقصد بهذهِ الخصلة أنْ ترتبِط مضامين العقد[٢] بحقٍ شخصي[٣] أو بحقِ عيني[٤] يدخُل في التعريف العام للحقوق (الذميَّة) أي تلك الحقوق التي تدخُل في ذمة الشخص، على خِلاف باقي الحقوق التي تخرجُ عن دائرة الذمة المالية، وتبقى الصعوبة منحصرة على نحوٍ دقيق في تلكم الحقوق المالية التي تدخلُ في وعاء الذمة الماليَّة من عدمه[٥]. ويُستلزَم أنْ تتجّه إرادة شخصين على الأقل إلى إحداث أثار قانونيَّة، وإنْ يُعبِّر كُل منهما عن إرادته وفقاً للقانون، وبحال عدم توافُر هذا الأثر لا نكون بصددِ الحديث عن العقد بِمعناه القانونيّ، كما يجب أنْ يكونَ التعبير عن الإرادة بالالتزام بأثر العقد تعبيراً جاداً، أيّ يقصد الالتزام بهِ فعلاً، فلا يكون المُعبّر هازلاً[٦] لا يقصد في الحقيقة إلى ما يتناوله تعبيره من آثار قانونيّة، وكذا أنْ يكونَ التعبير باتّاً، يصدُر كقرار نهائيّ يتخذّه المُعبّر عن الإرادة بعد مرحلة التفاوض

---

[١] د. علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات**، ط١، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص١٠٥.

[٢] يقصد بمضمون العقد البنود التعاقدية التي يثبتها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما والتي يجب أن تكون مشروعة. يُنظر بصدد ذلك: تُنظر المادة (١٥٠) مدني عراقي، والمادة (١٤٨) مدني مصري، والمادة (١/٢٠٢) مدني أردني، والمادة (١١٠٤) مدني فرنسي.

[٣] يُعرّف الحق الشخصي بأنَّه:" رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يلتزم المدين بمقتضاها أن يعطي الدائن شيئا أو يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل من أجله". يُنظر: د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية**، ج١، ط٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧. ص٥٨٥، هامش رقم (٤٠).

[٤] يُعرّف الحق العيني بأنَّه:" الحق الذي يرد على شيء مادي ويخوّل صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه". يُنظر: د. رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص٣٩٠.

[٥] ويُنظر بصدد ذلك: علي محي الدين علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي)**، دار البشائر الإسلامية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٢، ص١٤٨ وما يليها.

[٦] وبنفس المعنى، يُنظر: د. هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في في القانون المدني)**، تقديم: د. محمد سليمان الأحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٢٦.

إنْ وجِدتْ بَعْدَ التروّي[١]. وكذلك، وُجوب اتفاق الإرادات المتعاقدة على التعاقُد بِمعنى تحقق رُكن التراضيّ[٢] وهو الرُكن الأساسي للعقد، بل هو كل ما يحويه العقد من معنىً، وتمام التراضي يقتضي توجُّد الإرادة التعاقديَّة على أحداث الأثر الذي تم التعاقُد من أجلهِ، طبيعةً[٣] وشروطاً. وإزاء كُلَ ما سُطِرَ في الصفحات مارة الذكر قد يتبادرّ إلى الذهنِ سؤالٌ وهو كيفَ يتم الاهتداء إلى معرفة ما إذا كانَ القصد من "المداولة" بَيْنَ الطرفين هي من قبيل العقد أو هي ليست كذلك؟

أجابَ الفقهُ عن هذا السؤال من خلال الإحالة إلى الظروف والمُلابسات التي تُحيط بالواقعة ذاتها، كلٌ على حدةٍ، فلو قامَ صديقٌ باصطِحاب صديقه في سيارة، أو قامَ طبيبٌ بعلاجِ صديقه، فإنَّ ظرف الصداقة يحول دون إمكانيَّة القول بوجود نيَّة لإنشاءِ علاقةٍ قانونيَّة، ومِن ثم يستحيل الجزم بانصراف تلكم النيَّة نحو القول بوجود عقد سيظهر إلى النور، وكذلك الأمرُ إذا ما عَمِلَ الابن مع أبيه أو الزوجة مع زوجها، فإنَّ استبعاد وجود نيَّة إحداث الأثر القانوني تكون منطقيَّة، ولكن قد توجد ظروفٌ معينة ينتهي معها الأمر إلى القول بوجود عقد بينهما، واستنتاجاً من الظروف المحيطة، كأن يكون ارتباط الابن مع أبيه بعقد عمل بدلالة وجود

---

[١] د. جميل الشرقاوي، **النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص٥٢.

[٢] يفرق الفقه بين الرضا والتراضي، فالأول هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وهو قوام العقد، والثاني وهو التوافق بين ارادتين على إنشاء أثر قانوني. يُنظر: د. محمد بن بلعيد امنو **البوطيبي، الأوراق التجارية المعاصرة (طبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي)**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٢٣. فإذن المائز بينهما أنَّ الرضا أوسع من التراضي لأنَّ إحداث الأثر القانوني يكون تارة بإنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله عكس التراضي الذي يقتصر طبقاً للتعريف على إنشاء الأثر القانوني فحسب. ويُنظر بصدد دعم رأينا: د. عصمت عبد المجيد بكر، **دور التقنيات العلمية في تطور العقد**، مصدر سابق، ص٩٥.

[٣] يقصد بالطبيعة القانونية :" اخضاع الواقعة لقانون (بمعناه الخاص) أي لتنظيم قانوني معين". يُنظر: د. محمد سليمان الأحمد، في **ضوء تعيين القانون الواجب التطبيق كيف نميز بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية**، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان الأول والثاني، ٢٠٠٢، ص٩٣. والمراد من ذلك تحديد طبيعة العقد الذي جرى الاتفاق عليه واتجهت الإرادة إلى الالتزام بآثاره كأن يكون عقد بيع أو هبة وما إلى نحو ذلك.

الأجر، وكأن تشترك الزوجةُ مع زوجها في الإدارة أو الأرباح فتكون مرتبطة معه بعقد شركة[١]. وكذلك الحال بالنسبة إلى التلميذ الذي يكونُ بحاجةٍ إلى المُساعدةِ في بعضٍ من دروسه وساعده والده أو أخوه الأكبر سناً منه في عمليَّة مُراجعته لدروسه فإنَّ هذه العمليَّة لا تُعدّ عقداً لأَنَّهُ لا يُراد منها اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانونيّ، أمَّا في المظاريف التي يتفقُ بها ولي أمر الطالب مع شخصٍ طبيعي كالمُدرِّس الخصوصي أو شخصٍ معنويّ كالمدرسة الأهليَّة أو المعهد أو المركز الخاص بالتعليم الأهليّ فإنَّ هذا الاتفاقُ يقصد منه إحداث أثر قانونيّ وهو قيام هذا الشخص الطبيعيّ أو المعنويّ بتنفيذ بنود العقد المُبرم بَيْنَه وبَيْنَ ولي أمر التلميذ والذي اصطلح على تسميته عقد التعليم الخاص[٢]. والسؤال البديهي الآخر هو ظرف الزمان الذي يُشترط فيه توافر قصد إحداث أثر قانوني، هل يجوز أنْ يأتي بعد عملية انبرام العقد، أم يُشترط توافره في أثناء التعاقد حتى يكتمل الشكل القانونيّ للعقد؟

أجابتْ محكمةُ النقض المصريَّة عن هذا التساؤل بصدد حديثها عن تعدد المستأجرين للعين الواحدة مُشترطةً ضرورة توافر نيَّة التعاقد وإحداث الأثر القانوني وقت انبرام العقد[٣]. ومن هذهِ الإجابة نستنتجُ أنَّ أهمَ خصلةٍ للعقد هو الاتفاق على إحداث أثر قانوني، ومدى توافر هذا الأثر من عدمه عِنْدَ النُزاع يقضي بهِ قاضي

---

(١) د. مصطفى محمد الجمّال، **القانون المدني في ثوبه الإسلامي**، مصادر الالتزام، ط١، نشر خاص، مصر، من دون سنة نشر، ص٥١.

(٢) كاوان إسماعيل كه ردي، **عقد التعليم الخاص (دراسة مقارنة)**، ط١، دار دجلة ناشرون وموزعون، الأردن، ٢٠١٠، ص٣١.

(٣) يُنظر: نقض مدني مصري، الطعن رقم (٣٥٥ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ٢٠٠١/٢/١٨)، نقلاً عن: محمد عزمي البكري، **الامتداد القانوني لإيجار الأماكن السكنية**، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٦، ص١٤٤.

الموضوع باعتباره مسألة موضوعيَّة تخضع لتقديره[١]، من خلال الرجوع إلى حيثيات التعاقد وسبب العقد[٢].

الخاتمة

بعد أنْ استغرقنّا في رحلة البحث عن خفايا موضوعنّا الموسوم **(العقود الفخرية في القانون المدنيّ: بَيْنَ العقد واللاعقد-دراسة تحليليّة-)**، خَلُصنّا إلى إيراد أهم النتائج والمقترحات، وحسبما يلي:

أولاً: النتائج: ويُمكن إجمالها بالنحو الآتي:

١- من حيث التسميّة: وجدنّا:

أ. أنَّ الفقه يُسلّم بأنَّ كُلَّ اتفاقٍ هو عقد، لذا فإنَّ تسمية العقود الفخرية عقوداً لا يُغير من تسميتها كاتفاقات، ولكن القانون يُفضّل تسمية العقود، وبالتالي فهو يسبغ حمايته للعقود بدلالة تنظيمه لنظرية العقد تفصيلاً وإجمالاً.

ب. إنَّ المرحلة الأولى في حياة العقد الفخري تبدأ بكونه اتفاق غير ملزم لأطرافه، وهو بهذا الوصف يُعدّ من أملاك النظرية العامة للقانون وليس من أملاك النظرية العامة للعقد، وعليه فإنَّهُ لَمِن المقبول نعتها بالعقود، طالما أنَّهُ من الممكن تطبيق أحكامها الخاصة في قبالة تطبيق الأحكام الخاصة بنظرية العقد، كتطبيق أحكام المسؤوليّة المدنيّة التي يؤمّها قانون العقد.

---

[١] د. غني حسون طه، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٤٣ وما يليها.

[٢] د. غزوان محمد غناوي الزهيري، **إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية**، ط١، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٧، ص١٩.

ت. لا يُمكن إخضاع العقد الفخري – كنوعٍ جديد في منظومة العقود المدنيّة– إلى أيّ نوعٍ من تقسيمات العقود المتعارف عليها.

٢– **مِن حيث الطبيعة القانونيّة:** تبيّن لنّا:

أ. أنَّ لهذه العقود طبيعة غير مُلزمة عند ولادتها، ولكنها تتحوّل إلى عقود ملزمة بظروف معينة كما لو ترتّب على خرقها ضرر كالوعود، حيث لا يمنع ذلك من تطبيق أحكام المسؤوليّة.

ب. إنَّ الفقه الفرنسي يُشير إلى أنَّ فكرة الواجب لا تنفك عن العقود، وبالتالي متى ما كانَ هنالك واجب بإسداء الخدمة مثلاً فإنَّ ذلك عقد، الأمر الذي يُعزز من تسميتها كعقد.

٣– على صعيد التجارة الدولية رأينا أنَّ العقود الفخرية لها طابع الإلزام ابتداءً وانتهاءً، وبالتالي فإنَّ الإخلال بها موجب لنهوض المسؤوليّة، والشيء نفسه بالنسبة لاتفاق الشرف الذي يترتب عليه أثر قانوني كما رأينا عند تطرقنّا في اتفاقات الجنتلمان عند التصالح مع المدين المفلس الذي نكل وعده الشرفيّ وكيف عدّ القضاء ذلك وعداً داخلاً ضمن حيثيات حكم الصلح.

٤– وأخيراً، فإنَّ تحوّل العقد الفخري إلى عقدٍ تقليدي يستتبع الحديث عن منطقة العقد، من حيث تعلّقه بأمور المعاملات المدنيّة المالية، وانضواء العقد تحت دائرة القانون الخاص.

ثانياً: المُقترحات: ويُمكن إجمالها كما يلي:

١– نأمل من مشرع القوانين في جمهورية العراق إضافة نصوص قانونية صريحة تتناول أحكام العقود الفخريّة، عدم الاكتفاء بضمير الفرد في تنفيذه ليكون له نظام قانوني متميز الأركان والآثار، وليصاغ نص بالشكل الآتي:" **تُعدّ العقود الفخرية اتفاقات غير ملزمة ابتداءً، ويترتب على انتهاكها في**

العقود التجارية والعقود التجارية الدولية خضوع المُنتهك لأحكام المسؤولية المدنية طبقاً للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي". نظراً لخطورة الوعود الشرفيّة على استقرار المعاملات فلو أقسم (س) بشرفه على البرّ بالتزاماته وتنازل الدائنين عن دعواهم ونكل بوعده فإنّ الأمر يحتاج إلى إعادة نظر.

٢- نأمل من المشرّع العراقي أنْ يُعير الاهتمام إلى تنظيم تلكم العقود في القانون المدني، من خلال النص الآتي:"

أ. **يُعدّ العقد الفخري عقداً غير ملزم متى ما تم الاتفاق على ذلك، على أنَّ النكول فيه متى ما رتّب ضرراً 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

أولاً: الكتب القانونية والعامة:

١. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، **الافتراض ودوره في تطور القانون: دراسة نظرية وتطبيقية لفكر الافتراض القانوني**، بدون طبعة، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٨٠.

٢. أحمد أمين، زكي نجيب، **قصة الفلسفة اليونانية**، ط٧، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، ١٩٧٠.

٣. أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، ج١، من دون ناشر، ومن دون مكان نشر، ١٨٦٤.

٤. حسين نوري، **محاضرات في الالتزام، مصادره وأحكامه**، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣.

٥. د. إجياد ثامر نايف الدليمي، **الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٦. د. أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني، الكتاب الأول**، ط٢، بدون ناشر، مصر، ١٩٥٤.

٧. د. أحمد شرف الدين، **أصول الصياغة القانونية**، نشر خاص، ١٩٩٣.

٨. د. أحمد عوّاد سلامة البنيان، **وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني**، مج١، دار اليازوري العلمية، عمّان، ٢٠٢٢.

٩. د. إسماعيل غانم، **النظرية العامة للالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦.

١٠. د. إسماعيل غانم، فـي **النظرية العامة للالتزام**، ج٢، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٧.

١١. د. أكرم فاضل سعيد قصير، **المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الإلتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية والتجارية**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

١٢. د. السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣.

١٣. د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، منشورات الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٧.

١٤. د. بشّار عدنان ملكاوي، **تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية (مثال الشرق الأوسط منذ عام ١٩٤٥)**، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢.

١٥. د. بلحاج العربي، أبحاث **ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٦.

١٦. د. ثروت حبيب، **الالتزام الطبيعي**، حالاته وآثاره، ط١، دون دار ومكان نشر، ١٩٦١.

١٧. د. جمال أحمد هيكل، **الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤.

١٨. د. جميل الشرقاوي، **النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.

١٩. د. حامد محمد شبيب الجبوري، **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)**، شركة دار الاكاديميون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢١.

٢٠. د. حسين نوري، **أحكام الالتزام**، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٥.

٢١. د. حمد الله سيد جان سيدي، **فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن**، المجلد الأول، ط٢، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٩.

٢٢. د. رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.

٢٣. د. رمضان علي السيد سالم الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي الشافعي، **أحكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**

والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.

٢٤. د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية**، ج١، ط٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧.

٢٥. د. سليمان مرقس، فلسفة القانون، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩.

٢٦. د. شمس الدين الوكيل، **دروس في الالتزامات**، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦٠.

٢٧. د. عبد الرحمن بدوي، **أخلاق النظرية**، وكالة المطبوعات، مصر، ١٩٧٥.

٢٨. د. عبد المجيد الحكيم، **الوسيط في نظرية العقد**، ج١، من دون طبعة، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

٢٩. د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨.

٣٠. د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، محاضرات القاها سعادته على طلبة قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨.

٣١. د. عبد المنعم فرج الصدة، **مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٢.

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

٣٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، **دور التقنيات العلمية في تطور العقد**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٣٤. د. عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٣٥. د. علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعّال في العقد (دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.

٣٦. د. علي سعد عمران، **نقل الأعضاء البشرية من الأحياء والأموات في إطار المسؤولية الطبية**، ط١، نشر خاص، مصر، ٢٠٢٠.

٣٧. د. علي كحلون، **التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية**، ط١، منشورات مجمع الأطرش، تونس، ٢٠١٦.

٣٨. د. علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات**، ط١، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥.

٣٩. د. علي كحلون، **طرق التنفيذ واستخلاص الديون العامة والخاصة**، ط١، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٣.

٤٠. د. غالب كامل المهيرات، **التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الالكترونية**، دار اليازوري العلمية، الأردن، ٢٠١٨.

٤١. د. غزوان محمد غناوي الزهيري، **إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية**، ط١، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٧.

٤٢. د. غني حسون طه، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.

٤٣. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، **العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن**، نشر خاص، القاهرة، ١٩٧٨.

٤٤. د. كاظم كريم علي، **قانون العقد الإنكليزي**، ج١، مفهوم العقد وابرامه، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٢.

٤٥. د. محمد بن بلعيد امنو **البوطيبي**، **الأوراق التجارية المعاصرة (طبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي)**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦.

٤٦. د. محمد تقية، **الإرادة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٤.

٤٧. د. محمد حسن قاسم، **القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول**، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٤٨. د. محمد حسين عبد العال، **التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨.

٤٩. د. محمد سليمان الأحمد، **فلسفة الحق**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٥٠. د. محمد عبد الرحيم عنبر، **الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية**، ج٤، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، ١٩٧٢.

٥١. د. محمد عثمان شبير، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط٦، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧.

٥٢. د. محمود عبد الرحيم الديب، **الوجيز في مصادر الالتزام**، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨,

٥٣. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، **المنطق القانوني في التصورات**، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، من دون سنة طبع.

٥٤. د. مصطفى الجمال، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.

٥٥. د. مصطفى محمد الجمّال، **القانون المدني في ثوبه الإسلامي**، مصادر الالتزام، ط١، نشر خاص، مصر، من دون سنة نشر.
٥٦. د. نايف بن جمعان الجريدان، **أحكام العقود المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٤.
٥٧. د. هاني صلاح سري الدين، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦.
٥٨. د. هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)**، تقديم: د. محمد سليمان الأحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.
٥٩. زهر الدين عبد الرحمن، **مقاصد الشريعة في أحكام البيوع**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.
٦٠. زينب رضوان، **المرأة بين الموروث والتحديث**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ٢٠٠٤.
٦١. شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي، **الاستثمار الأجنبي المباشر ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية**، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٢٠.
٦٢. صلاح محمد سليمة، **التنظيم القانوني للانقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
٦٣. طلبة وهبة خطاب، **المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان (دراسة قضائية مقارنة)**، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٩.
٦٤. عبد الباقي البكري، **المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية**، ج١، في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مطبعة الآداب، العراق، ١٩٧٢.

٦٥. عبد الفتّاح خضر، **أثر الأنظمة واللوائح في التنمية الإدارية**، مكتبة كتب عربية، مصر، ٢٠٠٦.

٦٦. علي محي الدين علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي)**، دار البشائر الإسلامية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٢.

٦٧. كاوان إسماعيل كه ردي، **عقد التعليم الخاص (دراسة مقارنة)**، ط١، دار دجلة ناشرون وموزعون، الأردن، ٢٠١٠.

٦٨. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، ط٢ دار النفائس للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٨.

٦٩. محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام**، دار محمود للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٧٠. ياسمينة بشار، **مسؤولية الناقل الجوي للركاب**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

٧١. يحيى السعيدي، **التعقيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر (المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة انموذجاً)**، من دون طبعة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

ثانياً: البحوث القانونية:

١- أبو زيد علي المتيت، **التكييف القانوني لمسؤولية الناقل على سبيل المجاملة**، مجلة قضايا حكومية، بدون مجلد، العدد (٦)، السنة (٦).

٢- بوجلال بن يعقوب، **خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢١.

٣- شاكر ناصر حيدر، **المسؤولية المدنية الناشئة من النقل المجاني للأشخاص في القانون العراقي المقارن**، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، من دون مجلد، العدد (١٦)، ١٩٨٥.

٤- د. محمد سليمان الأحمد، في **ضوء تعيين القانون الواجب التطبيق كيف نميز بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية**، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان الأول والثاني، ٢٠٠٢.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح:

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

٢- د. طاهر عيسى والي الشافعي، **قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة كربلاء، ٢٠٢٢.

رابعاً: القوانين:

١- اتفاقية **(فارسوفيا)** لعام ١٩٢٩.

٢- اتفاقية منظمة العمل الدولية (ILO) لسنة ١٩٥١.

٣- قانون اتحاد التجارة وعلاقات العمل الإنكليزي.

٤- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٥- القانون المدني الإيطالي رقم (٢٦٢) لسنة ١٩٤٢.

٦- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

٧- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٨- مرسوم تعديل التقنين المدني الفرنسي المرقم (٢٠٠٦ -٣٤٦) في ٢٠٠٦/٣/٢٣.

٩- مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٧ .

خامساً: القرارات القضائية:

١- نقض مدني مصري، الطعن رقم (٣٥٥ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ٢٠٠١/٢/١٨)، نقلاً عن: محمد عزمي البكري، **الامتداد القانوني لإيجار الأماكن السكنية**، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٦.

سادساً: المصادر الأجنبية:

1. (F) Defferrad: un analyse de lobligationde securite a lepreuve de la cause etrangre, Dalloz revue, paris, 1999.
2. Amandine Cayol, **le droit does contrats en tableaux,** ellipses édition marketing, Paris, 2017.
3. Antonio P. Trichardt, **letters of contract (a trans-systemic analysis),** wolters Kluwer, u. k. 2012.
4. B Opetit, **Lengagement dhonneur**, D1979, Charon 107, b beignier, lhonneur et le droit, paris, 1995.
5. CA Paris, CH. ١ sect. A, ١٨ oct. ١٩٩٤, GN n ٢٥١٦٣/٩٥, RTD CIV. ١٩٩٥.
6. Cass. Com., 23 janv. 2007, n 05-13.189; RTD civ. 2007.
7. Christophe Lachieze, **droit des contrats**, 5e edition, Ellipses edition marketing, Paris, 2020.
8. 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.
9. com 23 dec 1968, bull civ iv, no 374, d 1969, somRT 71 RTD COM, 1969.555,Malauier, Aynes and stoffle-munck n 137.
10. Dr. David Montoya, **collective bargaining**, essay available at: www.rua.ua.es. Last visit: 19/7/2023.
11. Duncan Fairgrieve, Francois Lichere, **public procurement law, damages as an effective remedy**, heart publish ltd, oxford, 2011.
12. Erik claes, Wouter DEVROE, Bert KEIRSBLICK, **FACING THE LIMITS OF THE LAW,** katholieke universiteit leuven, Belgium, 2009.

13. Gary Byrne, Duncan Inverurity, Elaine Kelly, Michael Kenuedy, Sandra Masterson Power, Michelle Ni LONGAIN , Margaret Pillington, Geoffery Shannon, employments law, 2ed, oxford university press, Newyourk, 2006.
14. Gaylor Rabu, **Droit does obligation -2e édition**, edition ellipses, Paris, 2019.
15. H. Beale, A. Hartkamp, H. kotz, D. Tallon, **cases, material and text on contract law,** hart publishing, oxford, 2002.
16. H. De Baets, A. Mechelynck, H. Boddaert, **la Flander judiciaire,** v. 13, Harvard University, French, 1901.
17. Hein Kotz, **European contract law**, oxford, u. s. a. , 2017.
18. Helen Marty- schmid, la situation patrimoniale des concubins à La fin de l'union libre, librairie Droz, genéve, 1986.
19. Hobinavalona Ramparany, Le droit des obligations en tableaux , Ellipses édition marketing, Paris, 2019.
20. Jaque Ghestin, La formation du contrat, 3ed, L. G. D. J., Paris, 1993.
21. Jean Montenot, Philippe Ducat, philosophie le Manuel, 4 édition, editions ellipses, Paris, 2020.
22. Jean-Pierre Plouffe, **les arrangements internationaux des agencies** et **ministers du Canada**, the Canadian yourbook of international law, vol. xxl, 1983.
23. Johan Dechepy-Tellier, Johanna Guillaumé, **le droit des contrats en schémas**, 3 édition, Ellipses édition marketing, Paris, 2021.
24. John Henry Merryman, Rogelio perez-perdomo, the civil law terdition, 3ed, Stanford university press, California, 2007.
25. Kouroch Bellis, systéme dr l'obligation Naturelie, thèse, Prix de l'université Panthéon- Assas (Paris łł), 2021.
26. Larry A. Dimatteo, **international business law and the legal environment**, 3ed, Routledge, London.
27. Maren Heidemann, Joseph lee,**the future of the commercial contract in scholarship and law reform, (European and comparative perspectives**), springer nature, Switzerland, 2018.

28. Martijn Hesselink, t**he new European private law: 3: essays on the future of private law in Europe,** Kluwer law international, 2002.
29. P. Malaurie, LAynes, p. Stoffel- Munck, droit des obligations, 10ed, LGDJ,Paris, 2018.
30. Richard Stone, **the modern law of contract,** 10ed, Routledge, London, 2013.
31. Rudolph "von" Ihering , **L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development**, volume 4, TomeIv, A. marescq, paris, 1880.
32. Solene Rowan, **the new French law of contract**, 1ed, oxford university press, u. k. 2022.
33. Stéphane Chauvier, **justice et droits à l'échelle global**, 1st, librairie pholosophique j. Vrin, Paris, 2006.
34. Tarchouna Mongi: **La negociation collective on Tunisie**, Thèse Doctorat, Paris.
35. 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.
36. Yvan Elissalde, **système de la civisation**, 1st, société des écrivains, Paris, 2015.
37. Zhen Jing, **Chinese insurance contracts**, 1ed edition, informa law from routldge, oxon, 2017.