

الأثر التشريعي للعقد: دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين الإماراتي والكويتي

Legislative effect of the contract An analytical comparative study of the UAE and Kuwaiti laws



سعد محمد العصفور الهاجري^{*1}

باحث دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة

Saad Mohammad Al Asfour Al Hajri^{*1}

Faculty of Law, University of Sharjah, United Arab Emirates

أ. د. صالح أحمد اللهيبي^{*2}

أستاذ القانون المدني، جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة

Pr. Salih Ahmad Al Luhaibi^{*2}

Faculty of Law, University of Sharjah, United Arab Emirates

تاريخ الاستلام: 2023/05/21 تاريخ القبول للنشر: 2023/09/30 تاريخ النشر: 2023/12/30



ملخص: تغلب على المدرسة اللاتينية نظرة أحادية لآثار العقد، من حيث كونها تتمثل حصراً في إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو إلغائها، أي أن العقد يحدث تأثيراً في ميدان الالتزامات وحسب. في حين يعترف الفقه الإسلامي بأثر آخر للعقد، وهو ما يعرف بحكم العقد، أي الأثر الموضوعي الذي يجريه العقد في المعقود عليه دون أن يكون ذلك تنفيذاً للالتزام على أي من طرفيه، مثل انتقال الملكية في عقد البيع. إلا أن العقد قد ينشأ عنه أثر ثالث لم تحظ دراسته بذات الأهمية، وهو الأثر التشريعي أو التنظيمي، وهي مجموعة من البنود التي تنظم علاقة المتعاقدين دون أن تتضمن أثراً مباشراً في المعقود عليه أو التزاماً مباشراً على أي من المتعاقدين، ومن صور ذلك: عقد العمل الجماعي، والشرط الجزائي، واتفاق التحكيم.

في هذا البحث، نحاول إبراز هذا الأثر الثالث للعقد، من خلال دراسة خصائصه وأغراضه وتطبيقاته، لعل ذلك يكون منطلقاً لبحوث تعالج أحكامه والقواعد التي تسري عليه بما يتناسب وطبيعته الخاصة.

الكلمات المفتاحية: آثار العقد، الأثر التشريعي للعقد، الشرط الجزائي، عقد العمل الجماعي.

Abstract : The Civil Law traditions views contract as a tool primarily designed for creating, modifying, transferring, or revoking obligations. On the other hand, Islamic jurisprudence recognizes another effect of the contract known as the “rule of the contract”; an objective effect on the subject of the contract without adding an obligation on either of its parties, i.e., the transfer of ownership in the sale contract.



However, Contract may also have a third effect that did not attract the same attention, which is legislative effects; rules that regulate parties' relationship without including an objective effect on the subject of the contact or direct obligations on either of its parties. For example: collective employment contracts, liquidated damages, and arbitration agreement.

In this research we deal with this third effect, highlighting its characteristics and applications. This can lead be for additional studies that address other issues related to the effects of the contract.

Keywords: effects of the contract, the legislative effect of the contract, liquidated damages, collective employment contracts.

مقدمة:

عند الحديث عن آثار العقد، فإن النظرة التقليدية في الفقه اللاتيني تقصر هذه الآثار على إنشاء الالتزامات فيما بين أطرافه، أو على تعديل الالتزامات القائمة أو نقلها أو إلغائها، أي أن العقد ليس سوى أداة تعمل في ميدان الحقوق الشخصية، وإذا كان يمكن أن ينشأ من العقد حق عيني، فإن هذا الحق العيني إنما ينشأ تنفيذاً لالتزام شخصي، كالتزام البائع بنقل الملكية. أما الفقه الإسلامي فإنه ينظر إلى آثار العقد نظرة أوسع، فيضيف إلى الأثر سالف الذكر - والذي يطلق عليه مسمى "حقوق العقد" - أثراً ثانياً يطلق عليه "حكم العقد"، وحكم العقد هو أثر موضوعي يجريه العقد في المعقود عليه سواء أكان هذا المعقود عليه شيئاً أم عملاً، دون أن يمثل هذا الأثر التزاماً على عاتق أحد طرفي العقد، ومن صور ذلك انتقال الملكية في عقد البيع، وإباحة العمل الموكل به في عقد الوكالة، وغير ذلك.

ومع ذلك، فإن النظر المدقق لآثار العقد يتبين منه أنها لا تقتصر على هذين الأثرين، بل إن هنالك أثراً ثالثاً للعقد، حيث يمكن أن يتضمن العقد - إضافة إلى ما تقدم - بنوداً تنظيمية، لا تهدف إلى إحداث أثر مباشر في المعقود عليه كحكم العقد، ولا إلى إنشاء التزام أو حق شخصي كما هو الحال في حقوق العقد، بل تهدف إلى تنظيم العلاقة فيما بين المتعاقدين، من خلال قواعد تنظيمية، تشبه تماماً، من حيث مضمونها، القاعدة القانونية التقليدية التي ينشئها المشرع، ولا تختلف عنها سوى في مصدر إنشائها، ونطاق تطبيقها، وترتيبها في سلم التدرج التشريعي. وهذه القاعدة التنظيمية التي ينشئها العقد، تشكل نوعاً ثالثاً من الآثار العقدية، تختلف، اختلافاً تاماً، من حيث طبيعتها وتطبيقاتها، عن حكم العقد، وعن الالتزام بمعناه التقليدي.

وعادة ما يهدف المتعاقدان من وراء هذه البنود إلى تنظيم العلاقة التعاقدية، بقواعد يراد لها أن تستبدل القواعد التي أنشأها المشرع، فمن خلال هذه البنود التنظيمية ينشئ المتعاقدان قانوناً خاصاً بهما، يتضمن قواعد عامة مجردة كما سنرى، ولذلك آثرنا أن نطلق على هذا الأثر عبارة "الأثر التشريعي للعقد".

نحاول من خلال هذا البحث الإجابة حول الطبيعة القانونية لعدد من أبرز النماذج القانونية كعقد العمل الجماعي والشرط الجزائي، والتي لطالما أثارت خلافاً في الفقه حول طبيعتها القانونية، وما إذا كانت تمثل التزامات من عدمه، بل وما إذا كانت تمثل تطبيقاتاً لنظرية العقد من الأساس. فهل تعتبر هذه التطبيقات داخلة ضمن نظرية العقد؟ وما هي الطبيعة القانونية للآثار الناشئة عن هذه التطبيقات؟ وهل تتسع نظرية العقد لتستوعبها؟

إن التردد في الاعتراف بالعقد كوسيلة لخلق القواعد التنظيمية، والتشبه بتعريفه على أنه اتفاق على إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه وحسب، ساهم طويلاً في التشكيك في عقديّة الكثير من تطبيقات نظرية العقد، كعقد العمل الجماعي، وعقد الشركة، واتفاق التحكيم، والتعويض الاتفاقي، لانطوائها على بنود تعاقدية، لا تحتوي على التزامات، بل على قواعد تنظيمية تشبه القانون أو التشريع، وهو ما سنراه جلياً في هذا البحث. لذلك فإن دراسة الأثر التشريعي للعقد، وإثبات وجوده من خلال تطبيقاته، وبيان طبيعته، وأنه لا يوجد في نظرية العقد ما يمنع من الاعتراف له بهذا الأثر، يساهم بلا شك في تعميق النظرة إلى آثار العقد من حيث إنها تتجاوز مجرد الالتزامات، وهو ما يحسم الجدل الدائر حول مدى عقديّة هذه التطبيقات. فضلاً عن ذلك، فإن تمييز هذا الأثر يساعد على إخضاعه لأحكام متميزة عن الآثار العقدية الأخرى والتي تتناسب مع طبيعة هذا الأثر والغرض منه، وذلك من خلال بحوث أخرى تنطلق من هذا التمييز.

نتبنى في هذه الدراسة المنهج التحليلي الذي يقوم على التعمق في معالجة البنود والعقود التنظيمية، التي يهدف من من ورائها الأطراف إلى وضع القواعد العامة التي تنظم العلاقة فيما بينهم، وليس إلى إنشاء أثر موضوعي للعقد في المعقود عليه ولا أثر شخصي في الذمة المالية لأي منهم. وذلك بغرض بيان تفرد عن البنود التنظيمية عن هذين الأثرين العقديين الموضوعي والشخصي، وأنها تشكل عند تحليلها أثراً ثالثاً ينبغي تمييزه ودراسته دراسة تفي خصوصيته حقها من البحث والتحليل.

إن معالجة موضوع البحث تقتضي منا أولاً تناول ماهية الأثر التشريعي للعقد (المبحث الأول)، ثم تأكيد هذه الماهية من خلال استعراض بعض أهم التطبيقات للأثر التشريعي للعقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية الأثر التشريعي للعقد

ينتج العقد أثره التشريعي، من خلال مجموعة من البنود التنظيمية، التي لا يمكن تصنيفها تحت فكرة حكم العقد، أو تحت فكرة الالتزامات أو الحقوق الشخصية، ومن ثم فإننا سنبدأ أولاً في تناول مفهوم الأثر التشريعي للعقد الذي يتشكل من خلال هذه البنود التنظيمية (المطلب الأول)، ثم بيان الوظائف التي يحققها الأثر التشريعي أو الأغراض التي يبتغيها الأطراف من ورائه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأثر التشريعي للعقد

نعتمد أن الوصول إلى مفهوم واضح للأثر التشريعي للعقد يستوجب التمييز بينه وبين بقية الآثار العقدية - وتحديدًا الالتزامات، لكثرة وقوع اللبس بين الأثرين كما سنرى - وهو ما يستوجب منا أن نستهل الحديث بضرب بعض الأمثلة لهذه القواعد الاتفاقية ذات الأثر التشريعي أو التنظيمي، وبيان كيف أن هذه الأمثلة لا تمثل عند النظر المدقق فيها أية التزامات مباشرة، بل هي في حقيقتها قواعد قانونية تنظيمية، فنكون بذلك قد باعدنا بين هذا الأثر وبين آثار العقد الأخرى للعقد، ووضحنا اختلافه واستقلالته من حيث الطبيعة (الفرع الأول). بعد ذلك، نبحت مدى استيفاء هذا الأثر التشريعي لخصائص القاعدة القانونية وتشابهه مع بقية القواعد القانونية الأخرى كالتشريع والعرف (الفرع الثاني). وبذلك نكون، بعد أن ميزنا هذا الأثر عن باقي آثار العقد في الفرع الأول، قد أثبتنا حقيقته بوصفه قاعدة قانونية ينشئها العقد وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: اختلاف الأثر التشريعي عن بقية آثار العقد: نخصص هذا الفرع للتمييز بين الأثر التشريعي للعقد وبين بقية الآثار العقدية، وبالذات الالتزامات. حيث تتضمن العقود عادة بنوداً تخاطب طرفاً من أطراف العقد، وتقرر في ذمته التزاماً معيناً بشكل مباشر، وبنوداً أخرى لا تضع التزاماً مباشراً على أي من طرفي العقد، ولكنها تعالج فرضاً معيناً قد يتحقق بمناسبة هذا العقد، وترتب لهذا الفرض - في حال وقوعه - حكماً قانونياً.

وفيما يلي نذكر بعض الأمثلة لهذه البنود التعاقدية، بغرض توضيح صورتها في الذهن، وبيان وجه تميزها عن البنود التي يكون موضوعها إنشاء الالتزامات:

1. اتفاق التحكيم: لا يضيف اتفاق أو بند التحكيم التزاماً مباشراً في ذمة أي من طرفي العقد، فلو نظرنا إلى مكونات الذمة المالية لطرفي العقد قبل وبعد إبرام شرط أو مشاركة التحكيم، فإننا لن نلاحظ أي تغيير، لا سلباً بترتيب التزام إضافي على أحدهما، ولا إيجاباً بترتيب حق شخصي للآخر.

فاتفاق التحكيم، في حقيقته، يعالج فرضاً معيناً، وهو وقوع نزاع بمناسبة العقد، ويرتب على وقوع هذا الفرض - كما تفعل أي قاعدة قانونية - حكماً قانونياً، وهو اختصاص المحكم دوناً عن القضاء العادي

بالفصل في هذا النزاع. بعبارة أخرى: فإن شرط التحكيم، إذا نظرنا إلى كنهه ومضمونه، بعيداً عن أداة إنشائه وهي العقد، فإننا سنجد أنه ليس سوى قاعدة من قواعد توزيع الاختصاص، شأنه شأن بقية قواعد توزيع الاختصاص القضائي التي يقرها المشرع.

2. التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي): لا يضع الشرط الجزائي بدوره التزاماً معيناً على أي من طرفي العقد، ومرة أخرى: لو رصدنا الذمة المالية لأطراف العقد قبل إبرام الشرط الجزائي، وبعده، فإننا لن نلاحظ أي تغيير، بخلاف الحال لو أضفنا في العقد التزاماً على أحد طرفيه بالتسليم أو بدفع مبلغ من النقود أو غيره. فالشرط الجزائي بذاته لا ينشئ التزاماً جديداً⁽¹⁾، بل يقتصر على توقع فرض معين، هو وقوع إخلال يؤدي إلى عدم تنفيذ التزم ما، أو إلى التأخر في تنفيذ هذا الالتزام، أو إلى زوال العقد ذاته، ويرتب الشرط الجزائي على وقوع هذا الفرض حكماً معيناً، وهو "تقدير للتعويض" المترتب على هذا الإخلال، والذي يغلب أن يكون مبلغاً من النقود، فالشرط الجزائي أذن لا ينشئ الالتزام بالتعويض، ولكنه يضع قاعدة لتقدير التعويض "تسري عند تحقق الإخلال، فيرجع القاضي إلى هذه القاعدة في تقدير التعويض، بدلاً عن القواعد العامة لتقدير التعويض الواردة في التشريع.

3. شرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه: وهو ذلك الشرط الذي يرد عادة في العقود ويتضمن اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند تحقق إخلال معين، دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي، وهو بند معترف به في التشريعين الإماراتي (م 272 معاملات مدنية) والكويتي (م 210 مدني). وعلى غرار ما ذكرناه بالنسبة للشرط الجزائي، فإن الشرط الفاسخ بدوره يعالج فرض وقوع إخلال من أحد طرفي العقد بالالتزام يقدر هذان الطرفان مسبقاً أنه يعتبر بالنسبة لهما على قدر من الجسامه، ويرتبان لهذا الفرض حكماً هو نشوء حق الطرف المقابل في فسخ العقد كجزاء لهذا الإخلال وسلب سلطة القاضي في تقدير جسامه هذا الإخلال وما إذا كان يبرر فسخ العقد من عدمه، ومن الواضح أن هذا البند - بذاته - لا ينشئ أي التزام جديد، فهو إذن يمثل أثراً تنظيمياً للعقد، لا يمكن إدراجه تحت أثر العقد الموضوعي في المعقود عليه (حكم العقد)، ولا تحت أثره الشخصي المتمثل في الالتزامات (حقوق العقد).

4. بعض البنود في عقد الشركة: يتمتع عقد الشركة، بوصفه عقداً يلتزم بموجبه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مالي لاقتسام أرباحه وخسائره⁽²⁾، بطبيعة خاصة، لكونه يقوم على اشتراك المتعاقدين في المصلحة، لا على التضاد فيما بينهما كما هو الشأن في أغلب العقود الأخرى، ولذلك تتناول أكثر البنود في عقد الشركة آلية العمل المشتركة فيما بين المساهمين فيها، مثل مواعيد انعقاد اجتماعات الجمعية العامة،

1. تتاغو سمير عبد السيد، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، بند 135، ص 249.

2. القليوبي سميحة، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2011، بند 1، ص 3.

أو مجلس الإدارة، وكيفية الدعوة إلى هذه الاجتماعات، ونصاب الحضور ونصاب اتخاذ القرارات، وحدود صلاحيات المدير أو مجلس الإدارة بحسب الأحوال، وغير ذلك من قواعد تنظيمية للعمل المشترك الذي تقوم عليه فكرة الشركة، ولا تتضمن كل هذه القواعد، بذاتها، إنشاء التزام، أي لا تتضمن ترتيب أداء ذا قيمة مالية في ذمة أحد المتعاقدين، ولا تحمل من صفة سوى كونها تنظم العلاقة فيما بين أطراف العقد من خلال وضع قواعد تحكم الفروض المختلفة التي قد تثور خلال حياة الشركة. ويمكن قول الأمر ذاته عن كافة العقود الأخرى التي تقوم على فكرة الاشتراك، كعقد تأسيس جمعية⁽³⁾. وبوجه عام، يمكن أن تتضمن العقود بكافة أنواعها بنوداً نموذجية تنظم العلاقة فيما بين أطرافها، وتعتبر هذه البنود فيما بينهم "بمثابة القانون المتعارف عليه"⁽⁴⁾.

يتبين من هذا العرض المختصر، أن كثيراً من البنود التي يشيع استعمالها في العقود المختلفة لا تنشئ في حقيقتها التزامات تولد مباشرة عن العقد كما تفترضه النظرية التقليدية، ولا تغير في مكونات الذمم المالية لأطراف العقد، ولكنها تخلق قواعد من طبيعة مختلفة، قواعد تنظم العلاقة فيما بين أطراف العقد، من خلال وضع الفروض، ثم ترتيب أحكام معينة لها عند وقوعها، تماماً كما يفعل المشرع في القاعدة القانونية التشريعية.

وعندما يتحقق الحكم، وينشأ عن تحققه التزام معين، فإن هذا الالتزام إنما ينشأ بسبب وقوع الفرض المذكور في هذا البند، ومن ثم فإن مصدر الالتزام لا يكون واقعة إبرام العقد ذاتها، بل يكون مصدره تحقق الفرض المنصوص عليه في القاعدة القانونية الاتفاقية، وآية ذلك أن العقد قد ينفذ كاملاً، دون أن يلتزم أي من طرفيه بدفع قيمة الشرط الجزائي أو اللجوء للتحكيم، ولو اعتبرنا هذين البندين من قبيل الالتزامات الناشئة عن العقد، لما أمكن القول بتمام تنفيذ العقد قبل تنفيذهما.

الفرع الثاني: تشابه الأثر التشريعي للعقد مع بقية القواعد القانونية: بعد أن أوضحنا الفارق بين القواعد التشريعية التي تنظم العلاقة فيما بين المتعاقدين، وبين الالتزام الناشئ عن العقد، من حيث الطبيعة، صار واضحاً أنه لا يمكن تصنيف هذه البنود لا كحكم للعقد ولا كالتزام ناشئ عنه، وأنها في حقيقتها أثر من نوع ثالث، وبقي بعد ذلك أن نبحث ما إذا كان هذا الأثر الثالث يمكن بالفعل اعتباره "قاعدة قانونية" بالمعنى المعروف للكلمة. إن ذلك يستوجب الإجابة عن سؤالين، هل تعتبر هذه القواعد عامة ومجردة حتى يمكن اعتبارها من قبل القواعد القانونية؟ وهل يفترض بالقاضي العلم بها كما يفترض به العلم بالقانون؟

3. البرعي أحمد حسن، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن - الجزء الثاني: عقد العمل المشترك، دار الفكر

العربي، القاهرة. (د.ت.)، ص ٨٨.

4. سوار محمد وحيد، الاتجاهات العامة في القانون المدني، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، بند ١٢، ص ٢٧.

أولاً: القاعدة القانونية الاتفاقية تستوفي شرط العموم والتجريد: من المستقر فقهاً أن القاعدة القانونية تتمتع بثلاثة خصائص، الطابع الاجتماعي، والتجريد والعموم، والإلزام⁽⁵⁾، فالقاعدة القانونية هي حكم مضطرد للسوك الاجتماعي⁽⁶⁾، ولا شك أن بنود العقد التنظيمية، بل وكافة بنود العقد، تتميز بالطابع الاجتماعي، وتقرن بالإلزام، بوصفها بنوداً تخاطب السلوك الاجتماعي للفرد، ويترتب على مخالفتها جزاء قانوني.

ومن ثم لا يبقى أمامنا سوى بحث خاصية العموم والتجريد، فهي الجوهر الأساسي الذي يميز القاعدة القانونية، عن الحق العيني والشخصي الذين لا يتمتعان بهذه الخاصية ولا يمكن الحديث عنهما دون الحديث عن صاحب حق وملتزم، فالفارق الجوهرى بين القاعدة القانونية من جهة، والمركز القانوني الشخصي كالحق العيني أو الالتزام من جهة أخرى، أن القاعدة القانونية عامة ومجردة، في حين أن المراكز القانونية الشخصية لها طابع فردي⁽⁷⁾، فالحق الشخصي أو الالتزام هو حكم متحقق، في حين أن القاعدة القانونية هي فرض مجرد، لم يتحقق حكمه بعد. ولذلك فإننا إذا أردنا أن نعتبر ما سبق استعراضه من بنود تنظيمية، كالتعويض الاتفاقي وشرط التحكيم وغيرها، قواعد قانونية بالمعنى الصحيح للكلمة، فإن علينا أن نثبت تمتعها بصفة التجريد والعموم، فهل تتمتع بالفعل بذلك؟

1. من حيث التجريد: يقصد بتجريد القاعدة القانونية أن الفرض فيها لا يتناول واقعة محددة بذاتها، بل يتناول شروطاً معينة في الواقعة موضوع القاعدة، فالوقائع في القاعدة القانونية إنما تتحدد بالأوصاف وليس بالذوات⁽⁸⁾، ولا ينال من ذلك أن تتحدد القاعدة من حيث الزمان فتكون مؤقتة⁽⁹⁾.

ويتطبيق ذلك على البنود سالفه الذكر، فإننا نرى أنها تصف الوقائع المفترضة فيها وصفاً مجرداً، أي أنها لا تنطبق على واقعة بذاتها، بل على واقعة بوصفها، ومن ثم يتكرر تطبيقها كلما تحققت واقعة تتضمن ذات الوصف، ومن ذلك مثلاً القول في بند التحكيم: "في حال نشأة نزاع بمناسبة هذا العقد فإن الاختصاص بنظره ينعقد لهيئة تحكيم تشكل وفقاً للآلية التالية..."، فإن هذا البند يتناول بشكل مسبق ومجرد أي نزاع ممكن أن ينشأ عن هذا العقد، بحيث تصلح هذه القاعدة للتطبيق بشكل مضطرد على أي نزاع تتوافر فيه شروط تطبيقها، وهي أن يكون النزاع ناشئاً بمناسبة العقد، فشرط التحكيم لا يتناول نزاعاً واقعاً ومعلومًا بذاته،

5. الصادق سعيد، أصول القانون - نظرية القانون وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٥/١٩٨٦، ص ٢٤.

6. الجمال مصطفى محمد، الجمال عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧، بند ٨، ص ١٥.

7. سوار محمد وحيد، المرجع نفسه، بند ١٢، ص ٢٦.

8. الصادق، المرجع نفسه، ص ٢٩.

9. فرج توفيق حسن، مطر محمد يحيى، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية - مصر، ١٩٨٨، ص ١٩.

بل نزاعاً متوقعاً ومجرداً بوصفه. وهو ما يعني أن هذا البند يستوفي خاصية التجريد ويصلح للتطبيق بشكل متكرر ومضطرد على أي نزاع ينشأ عن العقد. والأمر نفسه يقال عن بند نصاب اتخاذ القرارات في مجلس إدارة الشركة أو النقابة مثلاً، فهو يتناول الاجتماع بوصفه، ويصلح للتطبيق على أي اجتماع لمجلس الإدارة، ويغلب أن يطبق هذا البند بشكل متكرر، على عكس الالتزام الذي يتناول عملاً أو امتناعاً عن عمل محدد.

2. من حيث العمومية: يقصد بعمومية القاعدة القانونية أنها لا تخاطب بحكمها شخصاً بذاته، وهو ما يميزها عن الالتزام كمرکز قانوني شخصي يتناول شخصاً معيناً بذاته لا بوصفه، أما القاعدة القانونية، ونظراً لخاصية التجريد التي تتولناها، فإنها لا تكون موجهة لصالح أو ضد شخص معين، ومن ثم يكون من الصعب أن نعرف على وجه التحديد الأشخاص أو الشخص الذي ستفعل القاعدة في مواجهته، إلا أن ذلك ليس على إطلاقه، إذ لا تخلو قواعد السلطة العامة من نصوص تخاطب فرداً واحداً⁽¹⁰⁾، كتلك المتعلقة برئيس الدولة، ولكن هذه النصوص في حقيقتها لا تزال قواعد قانونية، لأنها لا تخاطب رئيساً بذاته، بل كل من يشغل منصب رئيس الدولة.

وبتطبيق ذلك على البنود سالفه الذكر، فإننا نجد وبوضوح أنها لا تخاطب أشخاص العقد بذواتهم، ففي بند التحكيم على سبيل المثال، تطبق القاعدة على كل أطراف الخصومة في النزاع الناشئ بمناسبة العقد، دون أن تتناول شخصاً محدداً بذاته، والأمر نفسه في البنود الواردة في عقد العمل الجماعي، فهي لا تتناول عاملاً بذاته، بل كل عامل يبرم عقداً للعمل في المنشأة التي تسري عليها أحكام عقد العمل الجماعي، وكذلك البنود المنظمة لصلاحيات رئيس مجلس إدارة النقابة أو الشركة، فهي لا تخاطب رئيساً بشخصه، بل أي شخص يشغل منصب الرئيس. ومن ثم نجد أن البنود التنظيمية في العقد تستوفي شرط العموم كأى قاعدة قانونية.

ولا ينال مما تقدم أن الجزاء في حالة البنود التنظيمية يجري توقيعه من قبل الأفراد، كما في حالة البند الذي يعطي لأحد الطرفين الحق في اعتبار العقد مفسوخاً دون اللجوء للقاضي، فحتى القاعدة القانونية التشريعية قد تعطي الحق لأحد الأفراد في توقيع الجزاء، سيما في الحالات التي يتعذر فيها الرجوع للسلطة العامة، كما في حالة الدفاع الشرعي⁽¹¹⁾، وكما في حالة الحق في الحبس، والدفع بعدم التنفيذ.

10. فرج توفيق حسن، مطر محمد يحيى، المرجع نفسه، ص ١٩، عباس عبد الهادي، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع

السوري، دار الحكمة، بيروت ودمشق، بند ٤، ص ١٧. الجمال مصطفى محمد، الجمال عبد الحميد محمد، المرجع نفسه، بند

١٩، ص ٢٥. الصادق سعيد، المرجع نفسه، ص ٣١.

11. الصادق سعيد، المرجع نفسه، ص ٣٨.

في ضوء ما تقدم، نجد أن القاعدة القانونية الاتفاقية تشكل وبحق نوعاً خاصاً من البنود التعاقدية، يختلف في طبيعته عن بقية البنود، ويطابق من حيث تكوينه القاعدة القانونية التقليدية، وهو ما يترتب عليه العديد من الآثار التي يتعين مراعاتها عند التعامل مع هذه البنود، وذلك من حيث نطاق سريانها والزاميتها في مواجهة الغير، ومن حيث تأثيرها بحالات انحلال العقد كالفسخ وغيره.

ثانياً: مدى اشتراط علم القاضي بالقاعدة القانونية الاتفاقية: من الشائع القول بأن القاضي يفترض به العلم بالقانون من تلقاء ذاته، وعليه أن يتصدى لتطبيقه على موضوع الدعوى دون حاجة للتمسك بذلك القانون أو إثباته من قبل الخصوم⁽¹²⁾، وهو ما دفع جانباً من الفقه إلى إنكار صفة القاعدة القانونية حتى على العرف، باعتبار أن القاضي غير ملزم بمعرفة العرف من تلقاء نفسه، بل يتعين على الخصوم إثبات وجوده، ومن ثم فهو لا يتمتع بأحد مزايا القاعدة القانونية التشريعية، وهي عدم الحاجة إلى الإثبات⁽¹³⁾، ولا شك أن هذا الاعتراض، على فرض صحته، ينشأ عنه، ومن باب أولى، إنكار صفة القاعدة القانونية بالنسبة للقواعد القانونية الاتفاقية، باعتبار القاضي بطبيعة الحال غير ملزم بالعلم من تلقاء ذاته ببنود العقد. فكيف يستقيم ذلك مع اعتبار بعض بنود هذا العقد بمثابة القاعدة القانونية؟

ورداً على ذلك، نبادر بالقول إن قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون ليست ناشئة عن طبيعة القاعدة القانونية ذاتها، بل هي أثر تقرر نزولاً على اعتبارات عملية، تتعلق بطبيعة إصدار القاعدة القانونية التشريعية دون بقية القواعد القانونية الأخرى، وذلك لسهولة الرجوع إليها بوصفها قاعدة مكتوبة ومنشورة في الجريدة الرسمية ويفترض أصلاً علم الكافة بها وليس القاضي وحسب. فافتراض العلم في هذه الحالة، ليس جزء من طبيعة القاعدة القانونية، بل هو تكليف على القاضي، الذي يفترض به العلم بالتشريعات الوطنية، بألا يحمل هذا العبء للخصوم، ولا شك أن هذا التكليف يجب أن يكون بالقدر المعقول وليس المستحيل، وإذا كان معقولاً بالنسبة للقاضي أن يطلب منه التوصل للنص التشريعي الوطني، لكون هذه النصوص منشورة ومحدودة، فإنه من المستحيل تكليفه بمعرفة باقي أنواع القواعد القانونية، ونضرب لذلك مثالين لا شك في أنهما يمثلان مصدراً للقانون، ومع ذلك لا يفترض علم القاضي بهما، وهما العرف والقانون الأجنبي.

فلا شك أنه من المستحيل على أي إنسان أن يحيط بكافة الأعراف في المجتمع، وهنا يظهر دور الخصوم في إثباتها، دون الإخلال بأنهم عندما يثبتونها فإنهم إنما يطلبون تطبيقها كقانون، ولا يقدمونها

12. عبد الفتاح عزمي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠١٠ - ٢٠١١، ص ٣٥٥.

13. العوجي مصطفى، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٢٤.

للاستدلال بها كواقعة، وآية ذلك أن القاضي لو قام بمخالفة العرف بعد ثبوت وجوده، فإنه يكون في حقيقة الأمر قد خالف القانون⁽¹⁴⁾، وإثبات وجود العرف مسألة موضوع، أما بعد ذلك فإن تطبيقه يعد مسألة قانون.

والأمر كذلك بالنسبة للتشريع الأجنبي والذي لا شك في أنه يتكون من قواعد قانونية تتطابق من حيث طبيعتها، من كل وجه، مع القواعد التي ترد في التشريع الوطني، ومع ذلك، فإنه لا يفترض علم القاضي بالقانون الأجنبي بلا خلاف⁽¹⁵⁾، بل يجب على الخصم الذي يتمسك بتطبيق هذا القانون الأجنبي أن يقدمه ويثبته، رغم أنه لا خلاف في طبيعته كقانون.

إن ذلك كله يؤكد أن قاعدة افتراض العلم بالقانون ليست مرتبطة بطبيعة القاعدة القانونية بذاتها، بل هي مرتبطة بظروف إصدار نوع معين من القواعد القانونية وهي القواعد الصادرة من خلال التشريع الوطني، ومن ثم فإن عدم افتراض علم القاضي بباقي القواعد المتوافرة في باقي مصادر القانون كالعرف والتشريع الأجنبي لا يخل في كونها تمثل قواعد قانونية بدورها، وهو ما ينطبق بدوره على الأثر التشريعي للعقد، ولذلك فإن الأدق هو أن يطلق على هذه القاعدة "افتراض علم القاضي بالتشريع الوطني"، وليس "بالقانون" بشكل عام.

المطلب الثاني: أغراض الأثر التشريعي للعقد

إذا كان الأثر التشريعي للعقد، الذي يتشكل من خلال بنوده التنظيمية، يختلف في طبيعته عن بقية الآثار العقدية، ويطلق من حيث تكوينه القاعدة القانونية التقليدية، فإن المنطق يستلزم أن يكون لهذا الأثر المختلف وظيفة مختلفة.

فإذا كان الأثر الموضوعي للعقد يهدف إلى إحداث أثر قانوني في المعقود عليه، وكان الأثر الشخصي يمس الذمة المالية لأطراف العقد بالزيادة أو النقصان، فإن الأثر التشريعي للعقد يحقق وظيفة مختلفة، وهي التعديل في منظومة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الطرفين، من خلال استبدال القواعد التي يضعها المشرع، بقواعد من وضع أطراف العقد. وابتغى الأطراف من خلال هذا التعديل، أغراضاً وغايات متنوعة يصعب حصرها، منها ما يهدف إلى تعديل الإطار القانوني للعقد (فرع أول) ومنها ما يهدف إلى تعديل الإطار الاقتصادي للعقد (فرع ثان).

14. تقرر محكمة النقض المصرية بأن تحري قيام العرف من مسائل الموضوع التي لا رقابة للمحكمة عليها، ولكن إذا ثبت قيام العرف ثم خالفته محكمة الموضوع فإنها تكون والحال كذلك قد خالفت القانون. انظر الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٤٠ قضائية، جلسة ١٩٧٥/٥/٢٧. والطعن رقمي ١٨٠٦ ١٨٤٥ لسنة ٥٦ قضائية، جلسة ١٩٩٠/١/٢٨.

15. محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 55 لسنة 2005 قضائية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2006/5/14، مكتب فني 34، الجزء ٢، القاعدة 62، الصفحة 301. والطعن عند رقم 107 لسنة ٢٠١١ قضائية، الدائرة المدنية، جلسة ٢٠١٢/٢/٨، مكتب فني 40، الجزء ١، القاعدة 49، الصفحة 275.

الفرع الأول: تعديل الإطار القانوني للعقد: قد تستخدم البنود التنظيمية من أجل تعديل الإطار القانوني الذي يحكم العلاقة العقدية، مثل تعديل قواعد الإثبات، أو التخفيف من المسؤولية أو حتى الإعفاء منها، أو تعديل إجراءات التقاضي، أو تقرير شكلية العقد. وتتولى تفصيل ذلك في الفقرات التالية.

أولاً: التعديل في قواعد الإثبات: من المستقر عليه فقهاً⁽¹⁶⁾، وقضاءً⁽¹⁷⁾، أن قواعد الإثبات التي يقرها المشرع ليست من النظام العام، وأنه يجوز من ثم للأطراف أن يتفقوا على خلافها، وقد يكون ذلك من خلال اشتراط الإثبات بطريق معين لم يكن المشرع يشترطه، كاشتراط الكتابة لإثبات واقعة كان يجوز إثباتها بشهادة الشهود، أو التنازل عما يوجب القانون من إثبات بطريق معين، كالتنازل عن شرط الإثبات بالكتابة والاكتفاء بشهادة الشهود⁽¹⁸⁾.

وقد يتخذ التعديل الاتفاقي لقواعد الإثبات صورة "الاتفاق الناقل لعبء الإثبات"، وذلك من خلال نقل هذا العبء من طرف كان هو المكلف أصلاً بتحملة، إلى طرف آخر لم يكن مكلفاً بذلك⁽¹⁹⁾، ومن البنود التي تحقق هذا الغرض بند التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، حيث يترتب عليه لعبء إثبات الضرر وعلاقة السببية، من خلال نقل عبء الإثبات فيها من المدعي إلى المدعي عليه، ذلك أنه وفقاً للقواعد العامة، فإن عبء إثبات المسؤولية، بكافة عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، إنما يقع على المدعي، إلا أنه في حالة وجود بند التعويض الاتفاقي، فإنه يكفي المدعي أن يثبت وقوع الإخلال المنصوص عليه في هذا البند، ليصير الضرر، سواء من حيث ارتباطه بهذا الخطأ برابطة السببية، أو من حيث وجوده، أو من حيث مقداره، مفترضاً، وذلك بالقدر المساوي للتعويض المقدر في هذا البند، وينتقل في هذه الحالة إلى المدعي عليه عبء الإثبات،

16. نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، بيروت، ٢٠٠٥، بند ٤٦، ص ٨٨. فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله. الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٩. ص ١٧. الصده عبد المنعم فرج، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٤، بند ١٦، ص ٢٠. زكي محمود جمال الدين، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م. بند ٣٤، ص ١٥٨.

17. المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 55 لسنة 2008 قضائية، الدائرة التجارية، جلسة 26/5/2010، الصفحة 361، منشور في موقع قوانين الشرق، الرابط: <https://www.eastlaws.com.uoseresources.remotexs.xyz/data/ahkam/app>، ومحكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 14 لسنة 1989 قضائية، الدائرة العمالية، جلسة 20/11/1989، مكتب فني 17، القاعدة 117، الصفحة 383. والطعن رقم 810 لسنة 2000 قضائية، الدائرة التجارية، جلسة 17/6/2001، مكتب فني 29، القاعدة 9، الصفحة 48.

18. تتاعو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند ٣٧، ص ٩٦.

19. حجازي عبد الحي، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٧، بند ٥٨، ص ٤٦.

وعليه في هذه الحالة - للتخلص من الالتزام - أن يثبت أن الضرر لم يقع، أو أنه يقل، كبير عن التعويض المقدر في البند، لكي يتدخل القاضي بإعفائه من التعويض، أو بتخفيض قيمته⁽²⁰⁾.

يتبين من ذلك أن القاعدة القانونية الاتفاقية في حالة الشرط الجزائي ترتب عليها تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها قانوناً، من خلال قلب عبء الإثبات ونقله من المدعي إلى المدعى عليه، وهذه إحدى استعمالات، أو توظيفات القاعدة القانونية الاتفاقية.

ثانياً: الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية: كقاعدة عامة، يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، إما برفع المسؤولية، أو بتخفيفها، أو بتشديدها، ومن ثم فإنهم في ذلك يقومون بـ "تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون"⁽²¹⁾. ومن صور ذلك، الاتفاق مثلاً على إعفاء البائع من الالتزام بضمان الاستحقاق⁽²²⁾، أو زيادته وتشيده⁽²³⁾، ولا ينبغي الخلط بين ذلك وبين الاتفاق على إنهاء الالتزام بضمان الاستحقاق أو الإعفاء منه بعد ثبوته، ووجه الاختلاف أنه في حالة تعديل قواعد المسؤولية، فإن الالتزام لا ينشأ أصلاً، إذ يحول تعديل قواعد المسؤولية من خلال رفع الضمان دون نشأة الالتزام أصلاً. بعبارة أخرى: فإن الأطراف شرعوا قاعدة قانونية ترتب عليها رفع المسؤولية والحيلولة دون وجود الالتزام.

ومن صور ذلك أيضاً الاتفاق على إسقاط ضمان العيوب الخفية قبل العلم بالعييب الخفي⁽²⁴⁾، وهو شرط يجيزه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٤٥/٤، كما يجيزه القانون المدني الكويتي في المادة ٤٩٥،

20. المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي، مع ملاحظة أن النص الإماراتي يمنح حرية أكبر لأي من الطرفين في طلب تعديل قيمة التعويض المقدر متى ثبت أن الضرر يزيد أو ينقص عنه، أما التشريع الكويتي فهو يقيد المدين بوجوب أن يكون الاختلاف كبيراً بين الضرر المقدر والضرر الفعلي، ويقيد الدائن، في المادة ٣٠٤، إذا أراد الحكم بما يزيد عن التعويض المقدر بوجوب أن يثبت - فضلاً عن زيادة الضرر - ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

21. زكي محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨. بند ٨٥، ص ١١٠ و ١١١.
22. يحظر قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٥٣٧ إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق، ويعتبر ذلك موجباً لفساد العقد، أما القانون المدني الكويتي فيجيز ذلك في المادة ٤٨٧، شريطة ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أن يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعله.

23. للمزيد حول الاتفاقات المعدلة لضمان الاستحقاق في القانون المدني الكويتي، انظر: الأهواني حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي. مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، بند ٧٢٣ - ٧٣٣، ص ٦١٤ - ٦٢٦.

24. سرحان عدنان إبراهيم، اللهيبي صالح أحمد، فياض محمود إبراهيم، سادات محمد، أحكام عقد البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، جامعة الشارقة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٢٠، ص ١٣٨.

أيضاً شريطة ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب، فأحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها (25).

ثالثاً: التعديل في إجراءات التقاضي: يبدو ذلك واضحاً بشكل خاص في اتفاقات التحكيم، التي يترتب عليها كما سنرى تفصيلاً سلب القضاء اختصاص الفصل في الدعوى ومنح هذا الاختصاص للمحكم. كما يشيع كثيراً أن يتفق الأطراف على وجوب سلوك طريق التوفيق أو اتخاذ إجراء معين قبل اللجوء للقضاء، أو الاتفاق على وجوب إقامة الدعوى خلال مدة معينة تقل عن تلك المقررة قانوناً، وهذه البنود ما هي إلا تنظيم لحق أطراف العقد في سلوك سبيل التقاضي.

رابعاً: تقرير شكلية العقد: من المعلوم أن القاعدة التي تحدد ما إذا كان عقد معين رضائياً أو شكلياً هي قاعدة قانونية، ومع ذلك، فإن من المسلم به أنه يجوز لأطراف عقد يعتبر رضائياً وفقاً للقواعد العامة أن يشترطاً إبرام هذا العقد وفقاً لشكل معين ولا ينعقد العقد في هذه الحالة دون استيفاء هذا الشرط (26). والأطراف حينما يشترطون إبرام العقد في شكل معين لا ينشئون التزاماً، بل يضعون لأنفسهم قاعدة قانونية هي شكلية العقد، فالشكلية هي طريقة من طرق صياغة القاعدة القانونية (27)، وفي حال مخالفة هذه القاعدة التي وضعوها لأنفسهم فإنه يترتب على ذلك حكم هو عدم انعقاد العقد، فالاتفاق المسبق على الشكلية يحدد القواعد القانونية اللازمة لانعقاد الاتفاق اللاحق.

الفرع الثاني: تعديل الإطار الاقتصادي للعقد: قد تستعمل البنود التنظيمية في أغراض أخرى، تدور حول العلاقة الاقتصادية بين المتعاقدين، مثل إعطاء أهمية أكبر لتنفيذ التزام معين أو لطريقة تنفيذ هذا الالتزام، أو تنظيم شروط العمل المهني، أو تنظيم العمل المشترك فيما بين الشركاء.

أولاً: تقرير جوهرية التزام معين، أو جوهرية طريقة معينة في تنفيذ الالتزام: من المعلوم أن تقرير الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي معين، يرتبط بتقدير ما إذا كان الالتزام الذي جرى الإخلال به من قبيل الالتزامات الجوهرية أم الثانوية، ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل وأثر الإخلال، وهو لا يقضي بالفسخ

25. الأهواني حسام الدين كامل، المرجع نفسه، بند ٨٣٠، ص ٧١١. وللمزيد حول ضمان العيوب الخفية في القانون الكويتي انظر: عبد الرضا عبد الرسول، ضمان العيوب الخفية في القانون الكويتي وقوانين مصر وفرنسا - دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.

26. سرحان عدنان، عبيدات مؤيد، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص ١٥٦. وهو ذات الحكم الذي تقرره المادة ٦٦ من القانون المدني الكويتي.

27. الصادق سعيد، المرجع نفسه، ص ١٦١.

إلا إذا قدر أن هذا الالتزام يعد جوهرياً، وأن الإخلال به قد جرى على نحو يتعذر معه تحصيل المنفعة المقصودة من العقد، ويتحمل طالب الفسخ بطبيعة الحال عبء إثبات جوهرية الالتزام، وجسامة الإخلال.

وهنا يظهر دور الشرط الفاسخ، الذي يقدر فيه الطرفان سلفاً في العقد، الفسخ كجزء للإخلال بالالتزام معين، وهما بذلك يعلنان للقاضي أن هذا الالتزام، يعتبر في نظرهما جوهرياً، ولذلك فهم يرتبون الفسخ كأثر للإخلال به، ويسلبان بذلك سلطة القاضي في تقرير جوهرية الالتزام من عدمه، ويرفعان عبء الإثبات عن طالب الفسخ. بل قد يتجاوز الأمر ذلك، من خلال تقرير الطرفين أن طريقة معينة في التنفيذ، أو توقيتاً معيناً، يعد جوهرياً في نظرهم، فيقرران أن تنفيذ الالتزام لا بد أن يجري في وقت معين، وأنه في حال مضي هذا الوقت دون تنفيذ هذا الالتزام فإن العقد يعتبر مفسوخاً، وهنا تظهر الجوهرية تحديداً في طريقة التنفيذ، حيث أنه من المستقر وفقاً للقواعد العامة أن المدين يجوز له أن يتوقى الفسخ من خلال تنفيذ التزامه ولو بعد حلول أجله، ما دام تنفيذ الالتزام ممكناً ومجدياً، وتقدير جدوى التنفيذ المتأخر يخضع في هذه الحالة لتقدير القاضي⁽²⁸⁾، ولكن في حال اتفق الطرفان على لزوم التنفيذ في وقت معين، فهما بذلك يعلنان عن إرادتهما باعتبار التوقيت ذاته أمراً جوهرياً في نظرهما، ولا يجوز بعد ذلك للمدين أن يتوقى أثر الفسخ بعرض تنفيذ الالتزام في وقت لاحق⁽²⁹⁾.

ثانياً: تنظيم العمل المشترك: رأينا سابقاً أن بعض العقود، مثل عقد الشركة، وعقد إنشاء جمعية، تقوم على العمل المشترك بين المتعاقدين، ولذلك فإن هذا النوع من العقود تشيع فيه القواعد القانونية التعاقدية بغرض تنظيم العمل المشترك، وهو ما يعد من وظائف القاعدة القانونية الاتفاقية.

ثالثاً: التنظيم المهني: يتضح ذلك تحديداً في حالة عقد العمل الجماعي، وهو أحد أهم التطبيقات التي يبرز فيها الأثر التشريعي للعقد، ففي عقد العمل الجماعي تتفق النقابة، مع صاحب عمل أو اتحاد أصحاب الأعمال، على تنظيم شروط العمل في المنشأة، بحيث تسري القواعد التنظيمية الواردة في عقد العمل الجماعي على عقود العمل الفردية، ولا يجوز لها أن تخالفه.

28. محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٣١٩ لسنة ٢٠٠٤ قضائية، الدائرة التجارية، جلسة

١٢/٥/٢٠٠٥، مكتب فني ٣٣، الجزء ٣، القاعدة ٥، الصفحة ٣٥.

29. يشيع استعمال هذا البند في العقود، وبالذات في العقود المبرمة وفقاً لقواعد النظام الأنجلوسكسوني، ويطلق على هذا البند

عنوان (Time is of the essence).

المبحث الثاني:

تطبيقات الأثر التشريعي للعقد

في سبيل التأكيد على أن للعقود أثراً تشريعياً، فإننا سنستعرض في هذا المبحث أبرز التطبيقات العملية التي يظهر فيها هذا الأثر واضحاً جلياً، وسنرى كيف أن النظر السائد للعقد كأداة لأنشاء الالتزامات وحسب، قد ساهم في الخلاف حول الطبيعة القانونية لبعض هذه التطبيقات، حتى وصل الأمر بالبعض إلى ينكر عليها الصفة العقدية، وأن ينسبها إلى غير ذلك من منظومات قانونية، وهو ما لم يكن ليحدث لو نظرنا إلى العقد نظرة أرحب، بوصفه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني، دون قصر هذا الأثر بالضرورة على الالتزامات، ويشمل ذلك كلاً من حكم العقد، وأثره التشريعي. سنستعرض في المطلبين التاليين تطبيقين بارزين للأثر التشريعي، وهما عقد العمل الجماعي في المطلب الأول، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: عقد العمل الجماعي

في سبيل إثبات وجود الأثر التشريعي، فإننا سنتناول في هذا الفرع أحد أبرز تطبيقاته، من خلال استعراض نوع من العقود يبرز فيه وبشكل واضح هذا الأثر من آثار العقد، ويشكل العنصر الجوهري والغالب فيه، وهذا العقد هو عقد العمل الجماعي. ونبدأ أولاً بكلمة حول تعريف هذا العقد (فرع أول)، ثم بيان طبيعته (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف عقد العمل الجماعي: في هذا الفرع نتناول عقد العمل الجماعي بالتعريف، مبينين أبرز آثاره، ليكون ذلك توطئة لتناول طبيعته في الفرع التالي. يعرف عقد العمل الجماعي، بأنه "عقد شكلي بين منظمة نقابية وصاحب العمل يرتب التزامات في ذمة كل منهما، وتحدد بمقتضاه شروط العمل بين العمال وأصحاب الأعمال"⁽³⁰⁾، ويبرم عقد العمل الجماعي عادة بين نقابة أو أكثر من النقابات العمالية من جهة، وبين صاحب عمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال أو اتحاد ممثل لهم من جهة أخرى، وينصب موضوع العقد على تنظيم شروط العمل وظروفه⁽³¹⁾.

يتبين من ذلك أن عقد العمل الجماعي أو المشترك لا ينشئ علاقة عمالية بين أطرافه أي بين النقابة وصاحب العمل، بل يقتصر على تحديد الشروط التي يجب أن تتضمنها عقود العمل الفردية التي يبرمها العمال

30. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٥، ص ٧٥١.

31. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ١٦. منصور محمد حسين، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٤٧٤.

وأصحاب الأعمال الذين يسري عليهم عقد العمل الجماعي، فهو ليس بتعبير أحد الفقهاء سوى "تنظيم عقدي سابق لشروط العمل"، تبرم في ضوءه عقود العمل الفردية⁽³²⁾.

ولم نعر على تنظيم تشريعي في دولة الإمارات العربية المتحدة لعقد العمل الجماعي، أما قانون العمل الكويتي فقد نظم هذا العقد، حيث عقد لأحكامه فصلاً كاملاً من اثنتي عشر مادة⁽³³⁾، ويعتبر عقد العمل الجماعي في القانون الكويتي من العقود الشكلية، حيث تشترط المادة 112 من قانون العمل كتابة هذا العقد وعرضه على الجمعية العامة لل نقابات ومنظمات الأعمال المشتركة فيه، وأن تجري الموافقة عليه وفقاً للنظام الأساسي لكل منها، كما علق المشرع نفاذ هذا العقد - في المادة 116 من ذات القانون - على تسجيله لدى الوزارة المختصة ونشر ملخصه في الجريدة الرسمية، فهو إذن لا يكون نافذاً ولا مرتباً لآثاره القانونية إلا بعد التسجيل والنشر⁽³⁴⁾.

ويختلف عقد العمل الجماعي عن عقد العمل الفردي بأنه لا تتولد عنه رابطة عمل⁽³⁵⁾، حيث ينصب موضوعه على تنظيم العمل وشروطه⁽³⁶⁾، وهو ما دفع جانباً من الفقه إلى وصفه أنه "لا يرد على العمل"⁽³⁷⁾. ووصفه جانب آخر بأنه "دستور عقود العمل الفردية"، بوصفه لا ينشئ رابطة بذاته ولكنه يضع ينظم الروابط الناشئة عن عقود العمل الفردية⁽³⁸⁾. تطبيقاً لذلك، تعتبر القواعد التنظيمية التي يضعها عقد العمل الجماعي قواعد ملزمة تطبق على عقود العمل الفردية بما في ذلك العقود المبرمة قبل إبرام عقد العمل الجماعي⁽³⁹⁾، وتتميز هذه القواعد بالصفة الأمرة التي تتميز بها قواعد النظام العام، فيبطل كل شرط في عقد العمل الفردي

32. زكي محمود جمال الدين. قانون العمل، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1403 هـ - 1983 م، بند 375، ص 479.

33. الفصل الثاني من الباب الخامس من القانون رقم 6 لسنة 2010 في شأن العمل في القطاع الأهلي (المواد من 111 إلى 122).

34. الهندياني خالد جاسم، عبد الرضا عبد الرسول، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، (د.ن)، ص 432.

35. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص 22.

36. منصور محمد حسين، المرجع نفسه، ص 475.

37. الهندياني خالد جاسم، عبد الرضا عبد الرسول، المرجع نفسه، ص 426. والصحيح أنه يرد على العمل، فموضوعه هو ذات موضوع عقد العمل الفردي، لكن عقد العمل الفردي يرد على العمل من حيث إنشاء التزام بأدائه، أما عقد العمل الجماعي فيرد على العمل من حيث تنظيمه، بعبارة أخرى: عقد العمل الفردي ينشئ أثراً شخصياً، وعقد العمل الجماعي ينشئ أثراً تشريعياً أو تنظيمياً.

38. الهندياني خالد جاسم، عبد الرضا عبد الرسول، المرجع نفسه، ص 427.

39. المادة 121 من قانون العمل الكويتي.

يخالف المنصوص عليه في عقد العمل الجماعي ما لم يكن أكثر فائدة للعامل⁽⁴⁰⁾. بل وذهب اتجاه في الفقه والقضاء الفرنسي باعتبار تفسير هذه العقود "مسألة قانون"⁽⁴¹⁾.

ولا يقتصر سريان عقد العمل الجماعي على العمال الذين وافقوا على إبرامه في الجمعية العامة، إذ يسري حتى على بقية أعضاء النقابة ممن رفضوا إبرامه، بل ويسري على كافة عمال المنشأة ولو لم يكونوا أصلاً أعضاء في النقابة التي أبرمت العقد مع صاحب العمل⁽⁴²⁾. وقد يمتد نطاق العقد إلى تنظيم العمل في فرع كامل من النشاط الاقتصادي للدولة⁽⁴³⁾. وفي ذلك - كما يرى البعض - خروجاً من المشرع على القواعد العامة في نسبية آثار العقد، حيث يسري العقد على غير من أبرمه، كما يجوز للغير الانضمام إليه دون حاجة إلى موافقة الأطراف الأصلية⁽⁴⁴⁾.

ويرى البعض، أن عدم إنتاج عقد العمل الجماعي للحقوق والالتزامات، واقتصاره على تحديد الأحكام التي تحكم عقد العمل الفردي، يمثل خروجاً على القواعد العامة في العقود⁽⁴⁵⁾، لأن رسم العقد لقواعد تنظيمية - وهو ما نسميه بالأثر التشريعي للعقد - هو أمر يخرج في نظرهم عن وظيفة العقد المعتادة التي تقتصر على إنشاء الحقوق والالتزامات، وهو ما يؤكد النظرة الاختزالية لوظيفة العقد، بوصفه مصدراً للالتزامات وحسب، مما أثار في الفقه جدلاً بشأن طبيعة عقد العمل، وما إذا كان يعتبر عقداً من الأساس.

الفرع الثاني: طبيعة عقد العمل الجماعي: نخصص هذا الفرع لتناول الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي، ذلك أنه نظراً لغلبة العنصر التنظيمي على مضمون عقد العمل الجماعي، بوصف هذا عقد العمل يقوم بتحديد النظام القانوني للعمل ولا ينشئ علاقة عمل كما سبق بيانه، وكذلك لما يترتب على إبرامه من آثار تخرج في مجملها عن قاعدة نسبية آثار العقد، فقد ثار الخلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا التصرف، وما إذا كان ذا طبيعة عقدية أم طبيعة لأئحية.

40. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٥٢٠، ص ٧٩١.

41. عبد الباقي عبد الفتاح، مصادر الالتزام: نظرية العقد والإرادة المنفردة، (د.ن)، ١٩٨٤، بند ٢٥٦، ص ٥١١.

42. منصور محمد حسين، المرجع نفسه، ص ٤٨٥. وقررت ذات الحكم صراحة المادة ١٢١ من قانون العمل الكويتي.

43. المرجع نفسه، ص ٤٧٥.

44. حسن علي عوض، الوجيز في شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، بند ٤٢٢، ص ٥٧٧.

منصور محمد حسين، قانون العمل، ص ٤٨٤.

45. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٨٦.

فقد اتجه فقهاء القانون الخاص إلى كون عقد العمل الجماعي ذا طبيعة عقدية، في حين اتجه فقهاء القانون العام إلى أنه في حقيقته ليس سوى لائحة أو قانون⁽⁴⁶⁾. وهو ما دفع اتجاهاً ثالثاً إلى القول بأن عقد العمل الجماعي يجمع بين خاصيتين، فهو تعاقدية من حيث طريقة إبرامه، وتنظيمية من حيث موضوعه، أي أنه لا ينصب بشكل أساسي على إنشاء الالتزامات، بل يتركز موضوعه في تنظيم علاقات العمل⁽⁴⁷⁾. ونستعرض في الفقرات الثلاث التالية هذه الاتجاهات الثلاث، قبل أن نبدي الرأي بشأنها في فقرة رابعة.

أولاً: الطبيعة العقدية لعقد العمل الجماعي: رأى أنصار النظرية العقدية أن نظرية العقد تكفي لتبرير كافة آثار عقد العمل الجماعي، وإن كان ذلك بوصفه عقداً "من نوع خاص"⁽⁴⁸⁾، وفي سبيل تبرير انصراف آثار العقد الجماعي إلى غير طرفيه، لجأ هذا الفريق أولاً إلى فكرة الوكالة، أي وكالة النقابة عن العمال، على خلاف بعد ذلك حول ما إذا كانت الوكالة قانونية أم ضمنية. إلا أنه سرعان ما اعترض البعض على ذلك التأسيس، لأن أحكام الوكالة لا تفسر إلزامية عقد العمل الجماعي بالنسبة للعمال الذين يعترضون صراحة على إبرامه⁽⁴⁹⁾.

وفي سبيل تجاوز هذا النقد، اعتنق جانب من أنصار نظرية العقدية تبريراً آخر وهو الاشتراط لمصلحة الغير، فعقد العمل الجماعي ينطوي في نظرهم على اشتراط من النقابة لمصلحة العمال، ولكن ذلك لم يصمد أيضاً للنقد، لأن الاشتراط لا يرتب التزامات على المستفيد، كما أن المستفيد يحق له نقض الاشتراط، في حين عقد العمل الجماعي يرتب التزامات على العامل ولا يجوز للعامل رفضه⁽⁵⁰⁾.

حاول البعض الآخر تفسير ذلك بالفضالة، أي بكون النقابة فضولياً لمصلحة العمال، لكن الفضالة بدورها تفترض عنصر الاستعجال في العمل الذي يجريه الفضولي، كما أن الفضولي لا يلتزم بالعقد، بينما النقابة تلتزم في العقد وتبرم العقد بشخصها، ومن ثم لا يمكن اعتبارها وكيلاً ولا فضولياً⁽⁵¹⁾. واكتفى جانب من هذا الفريق بالتأكيد على الصفة العقدية لعقد العمل الجماعي، دون أن يرى حاجة إلى تفسير الاستثناء من مبدأ

46. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٥٦.

47. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٥، ص ٧٥٠.

48. منصور محمد حسين، المرجع نفسه، ص ٤٧٦.

49. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٦٢ و ٦٣. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٩، ص ٧٦٠.

50. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٧٤. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٩، ص ٧٦١.

51. المرجع نفسه، ص ٧٠.

النسبية وسريان العقد على غير أطرافه، مكتفياً بتقرير أن هذا الاستثناء له ما يشبهه كما هو الحال في مجال الصلح مع المفلس⁽⁵²⁾.

ثانياً: الطبيعة اللائحة لعقد العمل الجماعي: ولكن الاعتراض الأهم، وهو ما تمسك به الاتجاه المضاد الذي يعتبر عقد العمل الجماعي ذا طبيعة لائحية، هو أن عقد العمل الجماعي لا ينشئ مراكز قانونية شخصية، بل يولد أحكاماً عامة ملزمة، ومن ثم لا يجوز في نظرهم اعتباره عقداً، بل هو في حقيقته قانون⁽⁵³⁾، فكل من عقد العمل الجماعي والقانون يشتركان من حيث الموضوع، وهو تنظيم علاقات العمل بوضع قواعد عامة تطبق على عقود العمل الفردية⁽⁵⁴⁾. ولذلك، تعجز النظرية العقدية التقليدية في نظرهم عن تفسير الطبيعة الأمرة لمضمون عقد العمل الجماعي والتي يترتب على مخالفتها البطلان، خلاف القواعد العامة في العقود والتي ترتب على مخالفة القواعد العقدية التعويض وليس البطلان⁽⁵⁵⁾.

هذا فضلاً عن أن الفكرة العقدية لا تتفق مع سريان القوة الملزمة للعقد الجماعي على العمال المنضمين للنقابة التي أبرمتها، دون أن يكونوا طرفاً فيه⁽⁵⁶⁾. ولذلك كان هذا العقد في نظر البعض أقرب إلى الدستور أو اللائحة⁽⁵⁷⁾. كما أن اشتراط تسجيل هذا العقد لدى الوزارة المختصة ونشره إنما يوضح صفته التنظيمية وانتفاء الصفة التعاقدية⁽⁵⁸⁾. والحقيقة أن هذا الاتجاه بدوره لم يسلم من النقد، فلا يمكن لكل ما سبق ذكره أن يغفل آلية إبرام هذا العقد، من خلال توافق إرادتين لشخصين من أشخاص القانون الخاص، وهو ما لا يوجد إلا في إطار النظرية العامة للعقد، كما اعترض البعض على ذلك بالقول إن القانون لا يوجد إلا عن طريق السلطة التي يخولها الدستور للقيام بذلك ولا يمكن إنشاؤه من خلال توافق إرادتين⁽⁵⁹⁾.

52. عبد الباقي عبد الفتاح، أحكام قانون العمل الكويتي، الطبعة الثانية، (د.ن.)، ١٩٩٠، بند ٤٦، ص ١٠٨.

53. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٨٦.

54. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٢٨.

55. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٩، ص ٧٦٢.

56. زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، بند ٣٧٩، ص ٧٥٩.

57. سعد أحمد محمود، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري والأردني - العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م بند ٢٨، ص ٨٣.

58. النكاس جمال فاخر، قانون العمل الكويتي المقارن، مطبوعات وحدة التأليف والنشر في جامعة الكويت، ١٩٩٣، بند ١٥٤، ص ٢٨٦.

59. عبد الرضا عبد الرسول، الوجيز في قانون العمل الكويتي، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٧، ص ٦١. وهو اعتراض لا تتفق معه، إذ ينشأ القانون من مصادر أخرى خلاف التشريع الصادر من السلطة العامة، كالعرف.

ثالثاً: الطبيعة المختلطة لعقد العمل الجماعي: في ضوء الانتقادات الموجهة إلى الرأيين السابقين، رأى جانب ثالث من الفقه أن النظريتين العقد واللائحية لم تستطع أي منهما على حدة أن تشمل كل جوانب عقد العمل الجماعي، ولذلك اعتنقوا نظرية الطبيعة المزدوجة، فعقد العمل الجماعي و "إن بدا في جسد عقد فإنه يحتوي في نفس الوقت روح القانون أو اللائحة"⁽⁶⁰⁾. ومن ثم يكون هذا العقد عبارة عن عمل مختلط: فهو عقد بالنسبة لطرفيه باعتباره تعبيراً عن إرادتين متطابقتين، وهو من ناحية أخرى لائحة أو "قانون بالمعنى المادي" بالنسبة للعقود الفردية التي تبرم وفقاً له فهو ينشئ نظاماً قانونياً آمراً، تحدد على مقتضاه أحكام عقود العمل الفردية⁽⁶¹⁾. وغني عن البيان، أن هذا الاتجاه لا يفسر الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي، بل يقتصر على وصفه كما هو.

رابعاً: عقد العمل الجماعي عقد ذو أثر تشريعي: عندما نحاول أن نتلمس السبب وراء كل هذا الجدل الذي ثار حول طبيعة عقد العمل الجماعي، نجد أنه يعود في حقيقته إلى النظرة السائدة في الفقه اللاتيني إلى العقد بوصفه مصدراً لإنشاء الالتزامات، ومن هنا يبدو وجود عقد يكون موضوعه الأساسي هو وضع قواعد تنظيمية، أمراً شاذاً عن القاعدة، يستوجب البحث والتحليل، هل يبقى عقداً "من نوع خاص" رغم هذا الشذوذ كما يرى أنصار النظرية العقدية؟ أم أن ذلك كفيل بأن يجعل منه شيئاً آخر كما يرى أنصار النظرية اللائحية؟ أم أن ذلك يجعلنا - على الأقل - نتوقف في شأنه ونعتبره عملاً عقدياً ولائحياً في ذات الوقت كما يرى أنصار النظرية المختلطة؟

لذلك فإنه متى ما تغيرت هذه النظرة، وتبيننا نظرة أوسع لطبيعة الآثار التي يولدها العقد، من خلال الاعتراف بأن العقد يصلح أداة لتنظيم العلاقات القانونية وليس فقط لإنشاء الحقوق والالتزامات، وأنه يتصور إذن أن يرد في العقد قواعد عامة مجردة تشبه في تركيبها القواعد القانونية التقليدية التي يصدرها المشرع، وأن المشرع يعترف بهذه القواعد في الإطار المرسوم لها، تماماً كما يعترف ببقية آثار العقد الموضوعية والشخصية ويرسم لها حدودها، فإن عقد العمل الجماعي لن يعود إذا اعترفنا بذلك أمراً شاذاً عن القاعدة، ولا عملاً لا تتسع له نظرية العقد، بل ولا حتى عقداً من نوع خاص.

وإذا كان العقد، في بعض تعريفاته: "ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون"، أليس من الواضح أن هذا التعريف ينطبق بحذافيره على عقد العمل الجماعي، بوصفه ليس سوى ارتباط إيجاب وقبول بين نقابة العمال وصاحب العمل أو من يمثله، اتجه إلى إحداث أثر هو "تنظيم شروط العمل تنظيمياً يسري على كافة عقود العمل الفردية"، وهو أثر يرتبه القانون ويعترف به رأينا؟

60. البرعي أحمد حسن، المرجع نفسه، ص ٥٦.

61. سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، بند ٢٨، ص ٨٤.

إن هذا التعريف للعقد، الذي يتبناه بالفعل جانب من الفقه، بل وورد في القانون المدني الكويتي، يتسع ويستوعب كافة آثار عقد العمل الجماعي كظاهرة قانونية، ويمكننا في ضوءه أن نقول، دون أن نقع في تناقض - كما يتصور أنصار النظريتين اللائحية والعقدية، بل والمختلطة - أن القواعد التي يتضمنها عقد العمل الجماعي هي بالفعل قواعد قانونية بكل ما تحمله كلمة القاعدة القانونية من معنى، دون أن يخل ذلك بأن هذا العقد الذي تضمنها هو أيضاً عقد بكل ما تحمله كلمة العقد من معنى، فالعقد المنشئ لأثر تشريعي ليس أمراً شاذاً أو مستهجناً، بل هو تطبيق لنظرية العقد، بوصفه ارتباطاً إيجاباً بقبول نشأ عنه أثر يعترف به المشرع.

خلاصة القول، أن الخلل ليس في اتساع مضمون عقد العمل الجماعي بالنسبة لنظرية العقد، بل في ضيق النظرة التقليدية إلى العقد. وليس المطلوب منا أن نقم عقد الجماعي في نظرية العقد، بل أن نرسم نظرية العقد على وجهها الصحيح، وسنجد أن عقد العمل الجماعي يندرج ضمنها تلقائياً.

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

يعتبر التعويض الاتفاقي، أو ما جرى العمل على تسميته بالشرط الجزائي، بنداً شائع الاستعمال إلى درجة كبيرة، بحيث لا يكاد يخلو منه أي عقد من العقود، بمختلف أنواعها. وسنتناول هذا البند التعاقدية في هذا المطلب، بوصفه صورة من صور الأثر التشريعي للعقد، خلافاً لصورته السائدة في الفقه، بوصفه التزاماً أو أثراً شخصياً للعقد. ونبدأ الحديث عن الشرط الجزائي ببيان ماهيته (الفرع الأول)، ثم مناقشة طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي: يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض عند إخلال المدين بالتزامه، أو عند التأخر في تنفيذه⁽⁶²⁾، ويغلب أن يكون التعويض مبلغاً من النقود، ولكنه قد يكون غير ذلك من أدايات⁽⁶³⁾، كأن يشترط المؤجر على المستأجر إخلاء العين خالية من الشواغل، فإن لم يفعل، كانت الشواغل ملكاً للمؤجر.

62. تتأغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند 135، ص 249. اليعقوب بدر جاسم، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، (د.ن)، الكويت، 1401 هـ - 1981، بند 285، ص 352. سلطان أنور، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، بند 68، ص 71. إبراهيم جلال محمد، أحكام الالتزام، مطبعة الإسراء، 2000، بند 85، ص 141. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 50.

63. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 86، ص 145.

ويتخذ الشرط الجزائي عادة صورة بند في عقد أصلي، ومع ذلك لا يوجد ما يحول دون وجوده في اتفاق لاحق⁽⁶⁴⁾، وأياً يكن الحال، يشترط دائماً، أن يبرم الشرط الجزائي قبل الإخلال بالالتزام⁽⁶⁵⁾، أما بعد وقوع الإخلال، فإنه لا يكون شرطاً جزائياً، بل يكون صلحاً على الأرجح⁽⁶⁶⁾.

ويتمتع الشرط الجزائي بصفة تعويضية⁽⁶⁷⁾، أي بكونه يتناول مسألة التعويض، من خلال تقدير قيمته، لذلك يتعين لتطبيقه أن تتوافر شروط التعويض⁽⁶⁸⁾، بأن يخل المدين بتنفيذ التزامه، أما من خلال عدم تنفيذه كلياً، أو تنفيذه بشكل جزئي أو معيب، وأن ينشأ ذلك ضرر، وإلا امتنع تطبيق الشرط الجزائي⁽⁶⁹⁾. فالشرط الجزائي، إذن، لا ينشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين، بل هو مجرد وسيلة لتقدير التعويض⁽⁷⁰⁾، ولذلك هو لا يعمل إلا إذا ثبت الإخلال، وبلغنا مرحلة تقدير التعويض الجابر للضرر الناشئ عن هذا الإخلال⁽⁷¹⁾. ويترتب على ذلك، أن الشرط الجزائي لا يجوز أن يجتمع مع تعويض آخر عن ذات الإخلال، لأنه هو ذاته تعويض⁽⁷²⁾، وبعبارة أدق: هو تقدير للتعويض. وكل ذلك مع مراعاة أنه في القانون الكويتي، إذا كان الالتزام الذي جرى الإخلال به يتعلق بدفع مبلغ من النقود، ففي هذه الحالة لا يجوز الاتفاق على التعويض عنه عملاً بنص المادة ٣٠٢ و ٣٠٥/١ من القانون المدني الكويتي، باعتبار ذلك صورة من الفوائد المحظورة⁽⁷³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز في رأي جانب من الفقه اللجوء إلى الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية - وإن كان ذلك فيما نرى نادراً من الناحية العملية - من خلال الاتفاق مقدماً على تقدير قيمة التعويض في حال تحقق شروط المسؤولية، لكن يشترط في هذا الاتفاق ألا يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها⁽⁷⁴⁾.

64. تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند ١٣٥، ص ٢٤٩.

65. اليعقوب بدر جاسم، المرجع نفسه، بند ٢٨٥، ص ٣٥٢. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند ٨٥، ص ١٤١.

66. اليعقوب بدر جاسم، المرجع نفسه، بند ٢٨٧، ص ٣٥٣. سلطان أنور، المرجع نفسه، بند ٦٨، ص ٧١.

67. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، المرجع نفسه، ص ٥١.

68. اليعقوب بدر جاسم، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، بند ٢٨٩، ص ٣٥٤.

69. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند ٨٩، ص ١٥٢.

70. تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند ١٣٥، ص ٢٤٩.

71. خيال محمد السيد عبد المعطي، نظرية الالتزام في ذاته: أحكام الالتزام، (د.ن)، ١٩٩٦، بند ٤٧، ص ٤٧.

72. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند ٨٨، ص ١٥١.

73. اليعقوب بدر جاسم، المرجع نفسه، بند ٢٨٥، ص ٣٥٢.

74. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند ٨٦، ص ١٤٣.

الفرع الثاني: طبيعة الشرط الجزائي: رأينا أن الشرط الجزائي لا يعمل به إلا عند الإخلال بالتزام معين، وهو ما دفع جانباً من الفقه إلى وصفه "بالالتزام الاحتياطي" كما رأينا أن دور الشرط الجزائي في هذه الحالة هو الاستعانة به كوسيلة لتقدير التعويض عن هذا الإخلال، وهو ما يبرز "صفته التعويضية"، وكل ذلك أثار خلافاً في الفقه حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع. ويرى جانب من الفقه أن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي هي في كونه التزاماً تابعاً، في حين يرى جانب آخر بأنه التزام معلق على شرط وبيان ذلك في الفقرات التالية:

الرأي الأول: الشرط الجزائي التزام تابع: يرى الاتجاه السائد في الفقه أن الشرط الجزائي ليس سوى التزام موضوعه التنفيذ بطريق التعويض، وفي مزيد من التعمق حول طبيعة هذا الالتزام يقرر الفقه أن الشرط الجزائي لا يعد التزاماً بديلاً، لأن المدين لا يملك أن يفى به بدل الالتزام الأصلي بالتنفيذ العيني، كما لا يعد التزاماً تخبيرياً، لأنه لا الدائن ولا المدين يملك أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، بل يتعين الوفاء بالالتزام عيناً طالما كان ذلك ممكناً ومجدياً⁽⁷⁵⁾. غاية الأمر إذن أن الشرط الجزائي هو التزام ذو صفة "احتياطية"⁽⁷⁶⁾، فلا يستحق الشرط، إلا باستحقاق التعويض ذاته، من خلال تعذر تنفيذ الالتزام الأصلي وفقاً للمتنفق عليه بسبب خطأ من المدين، لذلك فهو لا يظهر كالتزام مستقل⁽⁷⁷⁾، بل يعتبر تنفيذاً بطريق التعويض⁽⁷⁸⁾، ومن ثم لا يلجأ إليه إلا في حال تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، "فالمدين بشرط جزائي يظل مديناً بالأداء الأصلي وحده، والدائن بشرط جزائي يظل دائناً بالأداء الأصلي وحده"، فلا يستطيع المدين أن يعرض الوفاء بالشرط الجزائي إذا طلب الدائن التنفيذ العيني، ولا يستطيع الدائن أن يطلب الوفاء الشرط الجزائي إذا عرض المدين الوفاء بالالتزام عيناً وكان ذلك ممكناً ومجدياً⁽⁷⁹⁾.

ويترتب على ذلك أن الشرط الجزائي لا يجتمع مع التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، لأن ليس إلا تعويضاً عن عدم التنفيذ العيني، فلا يجوز اللجوء إليه إلا في حالة عدم التنفيذ، ويستثنى من ذلك حالة الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ⁽⁸⁰⁾. كما أن الشرط الجزائي بوصفه "التزاماً تابعاً" للالتزام المدين الأصلي، يظل محكوماً

75. خيال محمد السيد عبد المعطي، المرجع نفسه، بند 109، ص 182. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 88، ص 150. سلطان أنور، المرجع نفسه، بند 72، ص 76.

76. أبو الليل إبراهيم الدسوقي، أبو الليل إبراهيم الدسوقي، أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، 1996/1995، بند 58، ص 61.

77. تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند 136، ص 249.

78. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، المرجع نفسه، ص 52.

79. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 88، ص 150.

80. المرجع نفسه، بند 88، ص 150.

بشروط هذا الالتزام وآثاره⁽⁸¹⁾، ويرتب الفقه على ذلك نتيجة في غاية الأهمية، وهي أن فسخ الالتزام الأصلي أو بطلانه يترتب عليه سقوط الشرط الجزائي ووجوب رجوع القاضي إلى القواعد العامة في التعويض⁽⁸²⁾.

ويبرر جانب من الفقه سبب اعتبار الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، أنه لا ينشئ التزاماً جديداً⁽⁸³⁾، بل هو تقدير للتعويض عن عدم تنفيذ التزام آخر، فإن "بطل" هذا الالتزام الآخر، كان طبيعياً أن يبطل الشرط الجزائي بدوره، والعكس ليس صحيحاً، فبطلان الشرط الجزائي لا يبطل الالتزام الأصلي⁽⁸⁴⁾. وإذا فسخ الالتزام الأصلي أو انقضى بأي صورة من صور الالتزام، فإن الشرط الجزائي يزول تبعاً لذلك⁽⁸⁵⁾. ولا يغير من ذلك أن يكون الاتفاق على الشرط الجزائي قد ورد في صلب العقد ذاته أم في اتفاق لاحق⁽⁸⁶⁾.

ويسير القضاء في أكثر أحكامه على ذات الاتجاه، فيقرر زوال الشرط الجزائي تبعاً لزوال الالتزام الأصلي والتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁸⁷⁾، وتميز بعض الأحكام القضائية بين الشرط الجزائي الذي يعالج حالة الإخلال بالتزام معين، والشرط الجزائي الذي يعالج حالة فسخ العقد أو زواله بخطأ أحد المتعاقدين، حيث تقضي بزوال الشرط الجزائي من النوع الأول تبعاً لفسخ العقد، وبقائه إذا كان من النوع الثاني، إما من خلال تكييفه بأنه اتفاق على التعويض عن مسؤولية تقصيرية هي الخطأ المؤدي لزوال العقد كما تتجه

81. تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند 135، ص 249.

82. سلطان أنور، المرجع نفسه، بند 72، ص 76.

83. نبادر بالقول إنه لا يخفى ما في هذه العبارة من التناقص، فاعتبار الشرط الجزائي التزاماً تابعاً لا يستقيم مع القول بأنه لا ينشأ عنه التزام.

84. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 87، ص 147. اليعقوب بدر جاسم، المرجع نفسه، بند 287، ص 353.

85. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 87، ص 147. خيال محمد السيد عبد المعطي، المرجع نفسه، بند 48، ص 48.

86. إبراهيم جلال محمد، المرجع نفسه، بند 87، ص 149.

87. المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 522 لسنة 2012 قضائية، جلسة 2013/3/26، منشور في موقع قوانين الشرق، الرابط:

<https://www.eastlaws.com.uoseresources.remotexs.xyz/data/ahkam/details/349875/551110/>

[0/الشرطه20%الجزائي](https://www.eastlaws.com.uoseresources.remotexs.xyz/data/ahkam/details/325205/4613560/)، والطعن رقم 284 لسنة 2009 قضائية، جلسة 2010/3/17، منشور في موقع قوانين الشرق،

الرابط:

<https://www.eastlaws.com.uoseresources.remotexs.xyz/data/ahkam/details/325205/4613560/>

[الشرطه20%الجزائي](https://www.eastlaws.com.uoseresources.remotexs.xyz/data/ahkam/details/325205/4613560/)، والطعن رقم 302 لسنة 201 قضائية، الدائرة المدنية، جلسة 2001/6/17، مكتب فني 23، الجزء 3،

القاعدة 176، الصفحة 1199. ومحكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 688 لسنة 2011 قضائية،

الدائرة التجارية، جلسة 2014/4/6، مكتب فني، الجزء 2، القاعدة 6، الصفحة 57. والطعن رقم 2004/272، الدائرة

التجارية، جلسة 2006/2/1، مكتب فني 34، الجزء 1، القاعدة 16، ص 16.

إليه محكمة التمييز الكويتية⁽⁸⁸⁾، وإما لاعتباره "التزاماً مستقلاً" غير مرتبط بأي من الالتزامات التي فسخت بموجب العقد⁽⁸⁹⁾.

ولا نتفق مع الرأي القائل بأن الشرط الجزائي ينشئ التزاماً تابعاً، لأن الالتزام بالتعويض في حال تعذر التنفيذ العيني، ليس سوى تطبيق للقواعد العامة، فهو التزام موجود قبل إبرام بند الشرط الجزائي، وليس للشرط الجزائي من دور في نشأة هذا الالتزام، ومن ثم لا يعد هذا الشرط بذاته مصدراً للالتزام بالتعويض، بل هو مجرد أداة لتحديد مقدار هذا الالتزام الذي يجد مصدره في القانون، وشتان بين إنشاء الالتزام، وبين تحديد مقداره.

الرأي الثاني: الشرط الجزائي التزام معلق على شرط: يرى جانب آخر من الفقه أن الشرط الجزائي التزام معلق على شرط، لأن إعماله متوقف على عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخره في الوفاء به⁽⁹⁰⁾، وأنه التزام جديد يختلف عن الالتزام الأصلي ويوجد مصدره في بند الشرط الجزائي ذاته، والذي يعلق تحققه على شرط عدم تنفيذ الالتزام الأصلي⁽⁹¹⁾.

وفي رأينا أن اعتبار الشرط الجزائي التزاماً معلقاً على شرط يلزم منه القول بأننا أمام التزامين مستقلين يلتزم بهما المدين تجاه الدائن: الالتزام الأصلي البسيط، والالتزام الجزائي الموصوف بالشرط، ويترتب على ذلك نتيجة لا يسلم بها أحد، وهي أنه في حال وفاء المدين بقيمة الشرط الجزائي إثر عدم تنفيذه لالتزامه الأصلي أو تأخره فيه، فإن ذلك لا يترتب عليه انقضاء التزامه الأصلي، لاستقلال الالتزامين، بل واختلاف وصفهما فأحدهما بسيط والآخر موصوف، وبذلك يكون ممكناً الدائن الجمع بين التنفيذ العيني (بموجب الالتزام الأصلي) والتعويض (بموجب الشرط الجزائي)، وهو ما لا يقول به أحد. لذلك يرى البعض الآخر أن الشرط الجزائي في حقيقته ليس شرط تعليق، بل شرط تقييد، حيث يقتصر دوره على قيام المتعاقدين من خلاله بتحديد مقدار التعويض⁽⁹²⁾.

88. محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 119 لسنة 1993 قضائية، الدائرة التجارية، جلسة 1993/12/14، مكتب فني 21، القاعدة 56، الصفحة 217. والطعن رقم 728 لسنة 2003 قضائية، الدائرة التجارية، جلسة 2004/12/11، مكتب فني 32، الجزء 3، القاعدة 24. الصفحة 101. والطعن رقم 965 لسنة 2006 قضائية، الدائرة التجارية، جلسة 2008/2/19، منشور في موقع قوانين الشرق، الرابط:

<https://www.eastlaws.com/data/ahkam/details/328733/472153/0>

89. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1857 / 51 جلسة 1987/5/17

90. سلطان أنور، المرجع نفسه، بند 72، ص 75.

91. الأهواني حسام الدين كامل، تأملات في الشرط الجزائي، (د.ن)، 2014، بند 23، ص 20.

92. أبو الليل إبراهيم الدسوقي، المرجع نفسه، بند 58، ص 61.

الرأي الثالث: الشرط الجزائي هو قاعدة قانونية نشأت بطريق العقد: إذا حللنا الشرط الجزائي، وجدناه لا يعدو أن يكون "تقديراً اتفاقياً للتعويض"⁽⁹³⁾، فالشرط الجزائي إذن لا ينشئ أي التزام، لا بالتنفيذ العيني، ولا بالتنفيذ بطريق التعويض، ومن ثم لا يصح وصفه بالالتزام التابع، أو المعلق على شرط. ذلك أن مصدر الالتزام بالتنفيذ العيني هو تلك البنود التي تقرر التزام المدين بأداء معين، كالبند الذي يقرر التزامه بالتسليم أو بالضمان، أما مصدر الالتزام بالتنفيذ بطريق التعويض، فهي القواعد العامة الواردة في نصوص القانون، والتي تلزم المدين، في حال تعذر أو عدم جدوى تنفيذ الالتزام عيناً بسبب خطئه، بأن يقوم بتعويض الدائن.

فالشرط الجزائي لم ينشئ الالتزام بالتنفيذ العيني (وهو ما يسميه الفقه بالالتزام الأصلي)، بل ولم ينشئ أيضاً الالتزام بالتنفيذ بطريق التعويض (الذي يسميه جانب من الفقه بالالتزام التابع)، ولذلك قضي بأن الشرط الجزائي "ليس هو السبب في استحقاق التعويض بل ينشأ الحق في التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه وجد الشرط الجزائي أم لم يوجد"⁽⁹⁴⁾. فالشرط الجزائي ليس مصدر التعويض⁽⁹⁵⁾.

إذن، يقتصر دور الشرط الجزائي فقط على كونه مرجعاً للقاضي، حين تتحقق شروط التنفيذ بطريق التعويض، حيث يلجأ القاضي إلى هذا البند لتقدير قيمة التعويض الذي يعتبر جابراً للضرر الناشئ عن تعذر أو عدم جدوى التنفيذ العيني. ولا يصح أن يقال إن الشرط الجزائي هو ذاته التنفيذ بطريق التعويض، فالتنفيذ هو العملية التي يقوم بها المدين للوفاء بالتزامه، والتعويض هو المبلغ الذي يلتزم بأدائه، أما الآلية، أو بعبارة أدق: القاعدة التي يجب اتباعها لتحديد مقدار هذا التعويض - من خلال الشرط الجزائي - فليست تنفيذاً ولا تعويضاً، بل هي تنظيم للتنفيذ بطريق التعويض من خلال تحديد مقدار هذا التعويض. ولا شك أن تحديد مقدار التعويض المترتب على وقوع إخلال معين، هو من مهام القاعدة القانونية، والمشرع يعطي للقاضي، بحسب الأصل، سلطة تقدير التعويض، لكنه أيضاً قد يتدخل من تلقاء نفسه لتقدير التعويض من خلال النص القانوني، كما في حالة الفائدة القانونية، وقد يترك أمر تقديره لأطراف العقد، بدلاً من القاضي، وهذا هو التعويض الاتفاقي، فهو إذن ليس سوى قاعدة من قواعد القانون فوض فيها المشرع أطراف العقد لتقدير التعويض، أي لبيان الحكم المترتب على الإخلال بالعقد.

ولذلك يمثل الشرط الجزائي، في نظرنا، صورة من صور الأثر التشريعي للعقد، حيث إن المتعاقدان بطبيعة الحال لا ينشئان بموجب هذا الشرط أثراً موضوعياً في المعقود عليه، كما أنهما لا يقومان بإنشاء التزام جديد يمكن إضافته إلى الذمة المالية السلبية لأحدهما، والإيجابية للدائن للآخر. بل هما يقومان فقط بتقدير قيمة

93. يعقوب بدر جاسم، المرجع نفسه، بند 286، ص 302.

94. محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 17 لسنة 1983 قضائية، جلسة 1983/6/29.

95. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، إجازة العقد القابل للإبطال، (د.ن)، 1983، بند 131، ص 300.

التعويض، بهدف تجنب اللجوء للقضاء، وهو ما يؤدي إلى "التعديل في أحكام المسؤولية"، بالتخفيف أو الإعفاء (96).

كما أن للشرط الجزائي وظيفة أخرى، وهي قلب عبء الإثبات، حيث إن من المستقر عليه فقهاً⁽⁹⁷⁾، وقضاء⁽⁹⁸⁾، أن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات، فلو لم يوجد الشرط الجزائي لكان على الدائن عبء إثبات وقوع الضرر ومقداره، أما في ظل وجود الشرط الجزائي فإن وقوع الضرر ومقداره يكونان مفترض بمجرد وقوع الخطأ، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدين إذا ادعى أن الضرر لم يقع، أو أنه وقع ولكن مقداره يقل كثيراً عن قيمة التعويض المتفق عليه. ومن المعلوم أن توزيع عبء الإثبات، هي من وظائف التشريع.

96. سلطان أنور، المرجع نفسه، بند ٦٩، ص ٧٢.

97. تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، بند ١٣٦، ص ٢٥٠.

98. المحكمة العليا الاتحادية الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٣ قضائية، الدائرة المدنية، جلسة ٢٠٠٥/١/٥، مكتب فني ٢٧، الجزء ١، القاعدة ٦، الصفحة ٥٢. والطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٠ قضائية، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة ٢٠٠٥/٥/٢، مكتب فني ٢٢، الجزء ٢، القاعدة ١١١٧، الصفحة ٦٨٠. ومحكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم ٣٧ لسنة ١٩٨٩ قضائية، جلسة ١٩٨٩/٧/٢٥.

خاتمة

حاولنا في هذا البحث إثبات وجود أثر متميز للعقد، هو أثره التشريعي أو التنظيمي، ثم حاولنا التعمق في فهم طبيعته وخصائصه، من حيث أنه يقوم على قواعد عامة مجردة، كما حاولنا استعراض أبرز الأغراض التي يتغياها المتعاقدون من ورائه، سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية، قبل أن ننهي باستعراض أبرز تطبيقاته وهي عقد العمل الجماعي والشرط الجزائي.

وفيما يلي النتائج التي خلص إليها البحث:

أولاً: أن أثر العقد لا يقتصر إنشاء الالتزامات أو نقلها أو إلغائها أو تعديلها، كما تفترضه النظرية التقليدية في الفقه اللاتيني، ولا على حكم العقد بمعناه المعروف في الفقه الإسلامي، إذ يوجد أثر ثالث للعقد، لا يدخل تحت أي من هذين التصنيفين، وهو أثره التشريعي أو التنظيمي.

ثانياً: يتميز الأثر التشريعي للعقد بأنه يتكون من قواعد اتفاقية تنظيمية تعالج فروعاً معينة وترتب على تحققها حكماً كما هو الحال مع القواعد التشريعية، ويهدف الأثر التشريعي بشكل أساسي إلى استبدال القواعد التي وضعها المشرع بقواعد قانونية من وضع المتعاقدين.

ثالثاً: يعد كل من عقد العمل الجماعي، والشرط الجزائي، واتفاق التحكيم، تطبيقات عقدية محضة، ولا تنطوي على أي نظام قانوني آخر، غاية الأمر أنها تصرفات تعاقدية تنشئ آثاراً تشريعية.

وننتهي من هذه النتائج إلى الاقتراحات التالية:

أولاً: تجاوز تعريف العقد التقليدي على أنه "اتفاق على إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه"، لقصور هذا التعريف عن استيعاب آثار العقد المختلفة، واقتضاه على الالتزامات، دون حكم العقد المعروف في الفقه الإسلامي، ودون الأثر التشريعي الذي تناولناه في هذا البحث، مع تبني تعريف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون" باعتباره تعريفاً رحباً يتسع لآثار العقد المتنوعة في النصوص والتطبيقات المختلفة.

ثانياً: تبني الفقه نظرة موسعة لآثار العقد، من خلال الاعتراف بقدرة العقد على إنشاء أثر تشريعي، يتمثل في مجموعة من القواعد القانونية التنظيمية، التي تحكم العلاقة بين أطرافه، وهو ما من شأنه تجاوز الخلاف حول طبيعة عدد من العقود والبنود الاتفاقية، كعقد العمل الجماعي، وعقد الشركة، وغيرها من الاتفاقات التي يغلب عليها الطابع التنظيمي.

ثالثاً: الانطلاق من تنوع الطبيعة القانونية لآثار العقد في معالجة المسائل القانونية المتعلقة بهذه الآثار، كسريانها من حيث الأشخاص، وتأثير القوة القاهرة والظروف الطارئة والبطلان والفسخ على الأثر التشريعي

للعقد، وما إذا كان يتأثر بها بنفس القدر الذي تتأثر به الالتزامات على سبيل المثال. وهو ما يصلح أن يكون موضوعاً لبحوث إضافية انطلاقاً من النتيجة التي انتهى إليها هذا البحث.

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً: الكتب:

- إبراهيم جلال محمد، أحكام الالتزام، مطبعة الإسراء، ٢٠٠٠.
- أبو الليل إبراهيم الدسوقي، أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- الأهواني حسام الدين كامل، تأملات في الشرط الجزائي، (د.ن)، ٢٠١٤.
- الأهواني حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩.
- البرعي أحمد حسن، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن - الجزء الثاني: عقد العمل المشترك، دار الفكر العربي، القاهرة. ١٩٧٦.
- تناغو سمير عبد السيد، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- الجمال مصطفى محمد، الجمال عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧.
- حجازي عبد الحي، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى البابا الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٧.
- حسن علي عوض، الوجيز في شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- خيال محمد السيد عبد المعطي، نظرية الالتزام في ذاته: أحكام الالتزام، (د.ن)، ١٩٩٦.
- زكي محمود جمال الدين، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م. بند ٣٤، ص ١٥٨.
- زكي محمود جمال الدين، قانون العمل، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- زكي محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

- سرحان عدنان إبراهيم، اللهبي صالح أحمد، فياض محمود إبراهيم، سادات محمد محمد، أحكام عقد البيع في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٢٠.
- سرحان عدنان، عبيدات مؤيد، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي: العقد والتصرف الانفرادي، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
- سعد أحمد محمود، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري والأردني - العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
- سلطان أنور، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٤.
- سوار محمد وحيد، الاتجاهات العامة في القانون المدني، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.
- الصادق سعيد، أصول القانون - نظرية القانون وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٦/١٩٨٥.
- الصده عبد المنعم فرج، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٤.
- عباس عبد الهادي، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري، دار الحكمة، بيروت ودمشق، ١٩٨٨.
- عبد الباقي عبد الفتاح، أحكام قانون العمل الكويتي، الطبعة الثانية، (د.ن)، ١٩٩٠.
- عبد الباقي عبد الفتاح، مصادر الالتزام: نظرية العقد والإرادة المنفردة، (د.ن)، ١٩٨٤.
- عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، إجازة العقد القابل للإبطال، (د.ن)، ١٩٨٣.
- عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

- عبد الرضا عبد الرسول، الوجيز في قانون العمل الكويتي، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٧.
- عبد الرضا عبد الرسول، ضمان العيوب الخفية في القانون الكويتي وقوانين مصر وفرنسا - دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.
- عبد الفتاح عزمي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠١٠ - ٢٠١١.
- العوجي مصطفى، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
- فرج توفيق حسن، مطر محمد يحيى، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية - مصر، ١٩٨٨.
- فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله. الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٩.
- القليوبي سميحة، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠١١.
- منصور محمد حسين، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
- نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، بيروت، ٢٠٠٥.
- النكاس جمال فاخر، قانون العمل الكويتي المقارن، مطبوعات وحدة التأليف والنشر في جامعة الكويت، ١٩٩٣.
- الهندياني خالد جاسم، عبد الرضا عبد الرسول، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، (د.ن)، ٢٠١٠.
- اليعقوب بدر جاسم، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، (د.ن)، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١.

ثانياً: النصوص القانونية:

- المواد ٦٦ و ٣٠٣ و ٣٠٤ و ٤٨٧ و ٤٩٥ من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي، المنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٣٣٥، السنة السابعة والعشرون، الصادرة بتاريخ ٥ يناير ١٩٨١.
- المواد من ٣٩٠ و ٥٣٧ و ٥٤٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٨٥، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٥٨ بتاريخ ٢٩ ديسمبر ١٩٨٥.
- المادة ١٢١، والفصل الثاني من الباب الخامس من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي في دولة الكويت، الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٠ والمنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد ٩٦٣، السنة السادسة والخمسون، بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠١٠.