جامعة بابل
كلية القانون

الشرط المألوف في العقد
((دراسة مقارنة))

رسالة تقدمت بها

سهير حسن هادي

الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

اشراف

الدكتور ايمان طارق مكي الشكري
أستاذ القانون المدني المساعد

1429هـ 2008م

شكر وتتمين

إن واجب الوفاء والاخلاص يحتم علي بعد ان انتهيت من كتابة هذه الرسالة بعون الله وتوفيقه ، ان اقدم خالص شكري وتقديري وامتناني الى استاذتي الدكتورة ايمان طارق الشكري لما اولتني من ارشاد وتوجيه في اختيار موضوع الرسالة واعداد خطتها ومراجعة ماانجزته منها ، فجزاها الله عني كل الخير كما ان واجب العرفان يحتم علي ان اقدم فائق شكري الى اساتذتي الأفاضل في مرحلة الماجستير . وكما اتقدم بالشكر الجزيل الى كل من قدم لي العون بشكل أو بآخر من أجل اكمال دراستي هذه .
واتوجه ايضاً بفائق شكري الى كل من ساهم في طبع هذه الرسالة للجهود المبذولة في حسن اخراجها .

الباحثة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	**1**
الفصل الاول : مفهوم الشرط المألوف	**4**
المبحث الأول : تعريف الشرط المألوف	**5**
المطلب الأول : الشرط الجاري به العرف	**5**
المطلب الثاني : الشرط الذي جرت به العادة	**9**
المبحث الثاني : متطلبات الشرط المألوف	**18**
المطلب الاول : العلم بالشرط المألوف	**18**
المطلب الثاني : تكرار الشرط المألوف	**27**
المبحث الثالث : انواع الشرط المألوف	**33**
المطلب الأول : الشرط المألوف العام	**33**
المطلب الثاني : الشرط المألوف التعسفي	**37**
الفصل الثاني : حجية الشرط المألوف	**43**
المبحث الأول : : اعمال الشرط المألوف	**43**
المطلب الأول : شروط اعمال الشرط المألوف	**44**
الفرع الأول : توافق الشرط المألوف مع النية المشتركة للمتعاقدين	**44**
الفرع الثاني : توافق الشرط المألوف مع الغرض المقصود من التعاقد	**51**
الفرع الثالث : توافق الشرط المألوف مع النص القانون الآمر	**54**
المطلب الثاني : نطاق أعمال الشرط المألوف	**60**
المبحث الثاني : أهمال الشرط المألوف	**69**

المطلب الأول : الشرط المخالف للنية المشتركة للمتعاقدين	**70**
المطلب الثاني : الشرط المخالف للنص القانوني الآمر	**75**
الفصل الثالث : اثار الشرط المألوف	**79**
المبحث الأول : اثار الشرط المألوف الصحيح	**80**
المطلب الاول : اثر الشرط المألوف في تفسير العقد	**81**
الفرع الأول: اثر الشرط المالوف في تفسير العبارات الغامضة	**83**
الفرع الثاني : اثر الشرط المألوف في ازالة التعارض بين عبارات العقد	**88**
المطلب الثاني : اثر الشرط المألوف في اكمال نطاق العقد	**93**
المبحث الثاني : اثار الشرط المألوف الباطل	**100**
المطلب الاول : بطلان العقد	**101**
المطلب الثاني : انقاص العقد	**107**
الخاتمة	**118**
المصادر	**121**

بسم الله الرحمن الرحيم

(صدق الله العلي العظيم)

البقرة / الآية 31

الاهداء

- الى صاحب الحكمة اللاهية والعلوم الربانية...

الى مصباح الهدى وسفينة النجاة .... الى سيد شباب آهل الجنة الإمام الحسين عليه السلام ....

- **الى من وضعت تحت أقدامها الجنان ... الى صاحبة القلب المليء بالحنان ..... الى والدتي أطال الله في عمرها....**

- **الى من حملني صغيرا وسهر علي كثيرا... الى روح والدي اسكنه الله فسيح جناته.....**

الباحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد سيد البرية ومعدن الحكمة ومبلغ الشريعة وعلى الاصفياء من اهل بيته وعترته الهادين المهتدين وبعد، ان البحث في موضوع الشرط المألوف في العقد ، يوجب علينا قبل الخوض فيه ، الوقوف على جوهر فكرة البحث ونطاقه وبيان أهميته ، من ثم التطرق الى خطة بحثه اخيراً .

اولاً:- جوهر فكرة البحث

ان هذا البحث يدور حول فكرة جوهرية مفادها ، ان الشرط المألوف هو شرط جرت العادة على ادراجه في العقود وان لم يذكر فيها ، وهذا الشرط يكتسب صفة الالزام من اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني عليه بعبارة اخرى ان الاتفاق يعطي للشرط قوة ملزمة شأنه في ذلك شأن بقية شروط العقد الاخرى ولايحق بعد ذلك لأي من المتعاقدين ان يتخلص منه الا باتفاق أو القانون ، وبهذا يتميز الشرط المألوف عن الشرط الجاري به العرف ، حيث ان الزامية هذا الاخير لاتكتسب من الاتفاق وانما تكراره في العقود يعطي شعوراً بالزاميته.

وعليه ، فالشرط المألوف اذا أقترن بالعقد يعمل به ويصبح حجة على المتعاقدين سواء أورد في وثيقة العقد أم في مستندات التعاقد ، وباعمال الشرط المألوف الصحيح ، أي الشرط غير المخالف للنظام العام والآداب العامة والمعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين، يلزم المتعاقدين بكل الاثار القانونية المترتبة على أعماله .

ولايقتصر اثر الشرط المألوف على الشرط الصحيح ، وانما الشرط المألوف الباطل قد يوثر على العقد ويؤدي الى بطلانه اذا كان باعثاً دافعاً للتعاقد ، ويتوقف على القاضي مهمة تقدير أهمية هذا الشرط .

ثانياً:- منهج البحث

سوف نتبع في دراستنا لموضوع الشرط المألوف طريقة موضوعية مقارنة فهي موضوعية لانها ستعتمد في بيان الموقف القانوني والفقهي والقضائي تطبيق نصوص القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية الاخرى ، فضلاً عن نصوص بعض الاحكام القضائية ، وهي مقارنة ، لأننا سنتخذ المنهج المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث ، وستعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية ، كالقانون المدني المصري والاردني واليمني والجزائري ، بالاضافة الى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي من بين القوانين الغربية ، مع الاشارة الى موقف الفقه الاسلامي بقدر مايتعلق

الامر بموضوع الشرط المألوف ، مركزين البحث على موقف القضاء العراقي والمصري والفرنسي من بين القضائين العربي والغربي .

ثالثاً :- أهمية الموضوع

تظهر أهمية الشرط المألوف في الوقت نتيجة لكثرة تكراره في العقود والمعاملات المبرمة يومياً بين الافراد ، حتى اعتادوا على وجود مثل هذا الشرط في عقودهم ، سواء أكانت عقود مساومة كعقد البيع والايجار والوكالة والمقاولة ام عقود أذعان كعقد التأمين وعقد النقل .

كما تتجلى أهمية هذا الموضوع بما اثاره من جدل وتعارض حاد في الفقه القانوني ، وذلك لعدم وجود مفهوم محدد بصورة دقيقة للشرط المألوف ، على الرغم من شيوع أستعماله ، الا انه مايزال يثير صعوبات في مجال تحديد هذا المفهوم وتبعاً لذلك فقد اختلفت الاتجاهات التي قيلت بصدده ، وأدت الى إدخاله ضمن مفهوم شروط أخرى رغم كونه يتشابه معها في بعض الامور الا انه يختلف عنها في أمور جوهرية أخرى .

وعلى الرغم من هذه الاهمية للشرط المألوف ، الا انه لم يلق عناية على صعيد الفقه ولم ينل حقه من البحث والتقصي ، فلا توجد رسالة متخصصة به او بحث وانما توزعت دراسته على مواضيع متفرقة .

ونظراً لكون هذا الموضوع جديداً ولم يسبق لاحد ان بحثه ، لذا أرتأينا بحث هذا الموضوع لأستظهار حقيقة مفهوم هذا الشرط .

رابعاً :- خطة البحث

سنوزع موضوع البحث على ثلاثة فصول ، نخصص الاول لمفهوم الشرط المألوف وسيتفرع كلامنا فيه الى ثلاثة مباحث ، نتناول في الاول تعريف الشرط المألوف ، والثاني متطلبات الشرط المألوف ، والثالث لانواع الشرط المألوف ، في حين نخصص الفصل الثاني لحجية الشرط المألوف والذي سوف نناقش فيه أعمال الشرط المألوف وأهماله ، وذلك في مبحثين ، نتناول في الأول أعمال الشرط المألوف ، وفي الثاني أهمال الشرط المألوف ، اما الفصل الثالث فسنكرسه لاثار الشرط المألوف والذي سنعالجه في مبحثين ، نفرد الاول لاثر الشرط المألوف الصحيح ، والثاني لاثر الشرط المألوف الباطل ، فاذا انتهينا من دراسة كل ذلك ، سوف نصل الى الخاتمة والتي نضمنها اهم نتائج هذا البحث .

Common clouse in the contrat-comperative study

Common Clause is the one that people use to repeat in their contracts ,frequently, to the extent that the parties of contract use to in cluede in their contracts. This clause daes not possess the feacher of mandatory with out the agreement of the parties , expressively or tacit.

By this definition ,common clause is distinguished from the customary clauses ,as the common clauses require only the element of repetition with out any obligation .It does not possess this character with out agreement, This contrary to the customary clause which includes two elements i.e, obligation and repetition.

On the other hand , the customary clause whether known to the parties or not ,while the common clause is not implimented unless known to the parties.

Therefor, awareness is the first requirement of the common clause .The awareness must be real and not hypothetieal as the contrary can be prored in case it is hypothetical.

The Second requirement is that the clause is frequently included for a period of time,sufficient for the parties to use to it .

Therefor if the contract includes a common clause , it is necessary for this clause to be implimented and become mandatory for the party,that it confirms to the common intention of the parties and the aim of the contract and to the law.

When these conditions are fullfilled ,the extent of implimentation of the common clause exceeds the form of contract ,to the common clauses included in the contract documents .

There are certain effects for the implementation of the common clause ,concerning the interpritation of contract and the completion of its content .

Its implication on the interpretation of contract apear when the terms of contract are ambiguous or contradictory ,The judge may make use of the common clause to interpret the contract ,taking into account ,that it is in contormity with the clauses and terms of contract which interpret each other , on the other hond ,the extent to which the clause expresses the common intention of the parties .

While it's effect on the completion of contract ,when it appears to the judge that the law and custom do not help him to complete the contract terms. He may then use the common clause for this

purpose, taking into account that the completion of contract by using the common clause should not lead to the alteration of contract, because this atteration has no suppart of law.

When the preceeding conditions for the implimentation of the common clause one not available ,it will be ignored and not implementedy and may be deemed void , in the case that it is contrary to the terms of law.

This nullity may not be limited to the clause itself ,but it extends the contract as awhole and make if void ,when the clause is the in contive for the contract .

On the other hand ,the nullity may be limited to the clause itself ,when the clause is not the incentive to the contract, according to the doctrine of Sererence of contract .Taking into account that there one cases in which the clause is void whether or not it is the incentive to the contract .This is called the removal of the clause according to the law.

المصادر

اولاً : الكتب القانونية باللغة العربية

1 – د. أبراهيم الدسوقي ابو الليل:- البطلان الجزئي والتصرفات القانونية- دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص – مطبوعات جامعة الكويت -1988 .

2 – د. أحمد حشمت ابو ستيت:- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد – الكتاب الاول- مصادر الالتزام – ط1- القاهرة – مطبعة مصر – 1954.

3 – د. احمد شرف الدين :- اصول الصياغة القانونية للعقود – ط2 – دار النهضة العربية - 1991 .

4 – .....:احكام التأمين في القانون والقضاء – خالٍ من مكان الطبع – 1983.

5 – د. احمد شوقي عبد الرحمن :- قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها – المطبعة العربية الحديثة – 1977 .

6 -.....: تفسير العقد ومضمون الالتزام التعاقدي وفقاً لقواعد الاثبات – الاسكندرية – منشأة المعارف – 2003.

7 -.....: البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية- الاسكندرية – منشأة المعارف – 2003.

8 -.....: الدراسات البحثية في نظرية العقد – الاسكندرية – منشأة المعارف – 2006.

9 - .....:مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات – خال من مكان الطبع- 2003 .

10 – المستشار احمد صفاء العطيفي – مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي – مج1 – خال من مكان الطبع ومن تاريخ النشر .

11 – د. أحمد محمود سعد – مصادر الالتزام في القانونين المصري واليمني – دراسة مقارنة – الكتاب الاول – العقد والارادة المنفردة – القاهرة – دار النهضة العربية – 1411هـ - 1990.

12 - د. اسعد دياب – ضمان عيوب المبيع الخفية – بيروت – بلا تاريخ نشر .

13 – د. اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصر- مكتبة عبد الله وهبه- 1966 .

14 – الآن بنيانبت – القانون المدني – الموجبات او الالتزامات – ترجمة منصور القاضي – المؤسسة الجامعية للنشر والدراسات – 2004 .

15 – البر فرحات :- المدخل الى العلوم القانونية – بيروت – 1986 .

16 – السيد محمد السيد عمران – الاسس العامة في القانون – بيروت – لبنان – منشورات – الجلبي الحقوقية – 2002 .

17 - .....:حماية المستهلك اثناء تكوين العقد – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1977.

18 – د . انور العمروسي – دعاوي الضمان في القانون المدني – الاسكندرية – منشأة المعارف- 2003.

19 – د. انور سلطان – المبادئ القانونية العامة – الاسكندرية – الدار الجامعية للنشر – 2005 .

20 - .....:الموجز في مصادر الالتزام – خال من مكان الطبع – 1970 .
21 -.....: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ج 1 – دار المعارف – 1965 .
22 – د. برهام عطا الله – عقد البيع – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1973 .
23 – د. برهان زريق :- نظرية العقد في القانون المدني والاداري – الاسكندرية – منشأة المعارف – 2005 .
24 – المحامي بهاء شكري بهيج : – التأمين في التطبيق والقانون والقضاء – ط1 – عمان – دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2007 .
25 – د. توفيق حسن فرج :- المدخل الى العلوم القانونية – ط2 – خال من مكان الطبع- 1981 .
26 - .....:النظرية العامة للالتزام – نظرية العقد – الاسكندرية – المكتب المصري الحديث- 1969.
27 – جاك غستان :- المطول في القانون المدني – تكوين العقد – ترجمة منصور القاضي – ط1- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – 2000 .
28-.....: المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد واثاره – ترجمة – منصور القاضي – ط1 – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – 2000.
29 – د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – 1981 .
30 -.....: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري – القاهرة – 1965.
31 – د. حسن ابو السعود – مذكرات في اصوال القانون – خال من مكان الطبع – 1940 - 1941.
32 – د. حسن عبد الباسط جميعي – الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك- القاهرة – دار النهضة العربية – 1996 .
33 -.....: شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية – خال من مكان الطبع – 1993 .
34 – د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزام – ج1 – بغداد – 1949 .
35 -.....: النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – احكام الالتزام – طبعت على نفقة جامعة المستنصرية – 1976 .
36 -.....: شرح القانون المدني – اصول الالتزام – بغداد – مطبعة المعارف – 1970 .
37 – د . حسن علي الذنون – د. محمد سعيد الدحو – الوجيز في النظرية العامة للالتزام – ج1- مصادر الالتزام – دراسة مقارنة بالفقة الاسلامي والمقارن – ط1 – دار وائل للنشر – 2002 .
38 – د. حسن كيره – المدخل الى القانون – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1974.
39 – د. حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – نظرية العقد – القاهرة – مطبعة نوري – 1943 .

40 – د. خالد الزغبي – د. منذر الفضل – المدخل الى القانون – ط2 – عمان – مطابع الارز – 1998 .
41 – د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – القاهرة – دار النهضة العربية – 2002 .
42 – د. رمضان ابو السعود – د. همام محمود زهران – مبادئ القانون والالتزامات – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – 1998 .
43 – د. رياض القيسي – علم اصوال القانون – ط1 – بغداد – مطبعة الفرات – 2002 .
44 – د. سعد عصفور – مذكرات في المدخل لدراسة القانون – بغداد – مطبعة المعارف – 1950 .
45 – د. سعيد سعد عبد السلام – مصادر الالتزام المدني – ط1 – القاهرة – دار النهضة العربية- 2002 -2003 .
46 - د. سلامه عبد الله – التأمين البحري – دار النهضة العربية – بلا تاريخ نشر .
47 – د. سليمان بو ذياب – مبادئ القانون المدني الاردني – الاردن – المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع – 2003 .
48 – د. سليمان مرقس – المدخل الى العلوم القانونية – ط 3 – القاهرة – دار النشر للجامعات – 1957 .
49 -.....: نظرية العقد – دار النشر للجامعات المصرية – 1956 .
50 -.....: شرح القانون المدني – الالتزامات – ج2 – القاهرة – المطبعة العالمية- 1964.
51 -.....: العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة النهضة الجديدة – 1968 .
52 – د. سميحة القليوبي – شرح العقود التجارية – دار النهضة العربية – 1988 .
53 – د. سمير عبد السيد تناغو – عقد البيع – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1973.
54 – شيشير – فيفوت – فيرمستون – احكام العقد في القانون الانكليزي – ترجمة هنري رياض- بيروت – دار الجبل – الخرطوم – بلا تاريخ نشر .
55 – د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي – الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت – الاردن – مطبعة البيت العربي – 1984 .
56 – د. طارق كاظم عجيل – الوسيط في عقد البيع ج1 – انعقاد العقد – ط1 – بغداد- مكتبة السنهوري – 2008 .
57 – د. عادل حسن علي السيد – احكام أنتقاص العقد الباطل – مكتبة زهراء الشرق – 1998 .
58 – د. عباس حسن الصراف – شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي- بغداد- مطبعة الاهالي – 1956 .
59 – د. عباس حسن الصراف – د. جورج جزيون – المدخل الى علم القانون – الاردن – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – 1977 .

60 – د. عبد الباسط جميعي – د. محمد سلام مدكور – د. عبد المنعم حسني – أ.عادل حتحوت- الوسيط في شرح القانون المدني الاردني – ج 1 – دار العربية للموسوعات – 1978 .
61 – د. عبد الحكم فودة – البطلان في القانون والقوانين الخاصة – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – 1993 .
62 -د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي – مج1 – خال من مكان الطبع – 1974 .
63 –.....: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مصر – 1953 .
64 - .....:عقد التأمين – خال من مكان الطبع – بلا تاريخ نشر .
65 – د0 عبد الرحمن البزاز – مبادئ القانون المقارن-بغداد-مطبعة العاني -.1967
66 –د0 عبد الرزاق احمد السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-ج –مصادر الالتزام –القاهرة – دار النشر للجامعات المصرية – .1952
67 -.....:الوسيط في شرح القانون المدني – ج4 –مج1 – البيع والمقايضة – دار النشر للجامعات المصرية – 1960 .
68 -.....:الوسيط في شرح القانون المدني – ج6– مج1 – الايجار والعارية – دار النهضة العربية – 1963.
69 -.....:الوسيط في شرح القانون المدني ج7– مج7– القاهرة – دار النهضة العربية – 1964 .
70 -.....:الوجيز في شرح القانون المدني _ نظرية الالتزام بوجه عام – القاهرة- دار النهضة العربية – 1966 .
71 – د. عبد الرزاق احمد السنهوري – د. احمد حشمت ابو شتيت – المدخل لدراسة القانون – القاهرة – مطبعة لجنة التأليف والنشر للطباعة – 1946 .
72 – د. عبد الفتاح بيومي – حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنيت – ط1 – الاسكندرية- دار الفكر العربي – 2006 .
73- د. عبد الفتاح عبد الباقي – مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي – نظرية العقد والارادة المنفردة – خال من مكان الطبع – 1983 .
74 -.....: نظرية العقد – خال من مكان الطبع – 1984 .
75 – د.عبد القادر الفار – المدخل لدراسة العلوم القانونية – خال من مكان الطبع – 2004 .
76 – د. عبد الله الجليلي – الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والاداب العامة – القاهرة – المطبعة العالمية – بلا تاريخ نشر .
77 – د. عبد الله حسين علي – حماية المستهلك من الغش الصناعي والتجاري- خال من مكان الطبع – بلا تاريخ نشر .
78 – د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام مقارنة بالفقة الاسلامي – ط2 – بغداد – شركة الطبع والنشر الاهلية – 1963 .
79 -.....:الوسيط في نظرية العقد – انعقاد العقد – ج1 – بغداد – شركة الطبع والنشر الاهلية – 1967 .

80 – د.عبد المجيد الحكيم – د.محمد طه البشير – أ.عبد الباقي البكري – مصادر الالتزام – ج1 –طبعت على نفقة جامعة بغداد -1986 .
81 -.....: احكام الالتزام – ج2 – بغداد – 1986 .
82 – د. عبد المنعم فرج الصده – اصوال القانون – مصر – مطبعة مصطفى الباني – 1965
83 -..... مصادر الالتزام – مطبعة مصطفى الباني واولاده – 1960 .
84 –..... عقود الاذعان في التشريع المصري – مطبعة جامعة فؤاد الاول – 1946.
85 – د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية –مصادر الالتزام – مطبعة السعادة – 1975 .
86–د. عبد الودود يحيى –الموجز في عقد التأمين – القاهرة – دار النهضة العربية – 1976.
87 – د0 عبد الودود يحيى –نعمان جمعه-دروس في مبادئ القانون –خال من مكان الطبع -1993 .
88-د0 عدنان السرحان –د.نوري حمد خاطر –شرح القانون المدني-مصادرالحقوق الشخصية-الالتزامات –دارالثقافه للنشر-2005
89- د.عصمت عبد المجيد –اصول التفسير القانون –ط-بغداد -2004
90-د.علي احمد السالوس-فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر –دراسه في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون مع تهذيب وترتيب وتبويب المغني لابن قدامه وتخريج احاديثه – ج1 - مصر مؤسسة الريان للطباعة و النشر والتوزيع-مكتبة دار القران-2004.
91 – د . علي بدير – المدخل لدراسة القانون – البصرة – دار الطباعة الحديثة – 1970 .
92 – د . علي جمال الدين عوض – العقود التجارية - دار النهضة العربية – 1982.
93 – د. علي سيد حسن – الالتزام بالسلامة في عقد البيع – القاهرة- دار النهضة العربية – 1990 .
94- د. المحامي علي مردي السوداني – علاقة العرف بالقانون العراقي- بغداد – 2004 .
95-د. عكاشة محمد عبد العال – ا.د. سامي بديع منصور – المنهجية القانونية – بيروت – لبنان – منشورات الجلبي الحقوقية – 2005 .
96- د. عمر عبد الباقي – الحماية العقدية للمستهلك – الاسكندرية – منشاة المعارف- 2004 .
97-د. عوض احمد الزغبي – المدخل الى علم القانون – الاردن – دار وائل للنشر – 2001 .
98- د.غني حسون طه – الوجيز في العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة المعارف – 1970 .
99- د. فريد فتيان – مصادر الالتزام – شرح مقارن على النصوص – بغداد – مطبعة العاني – 1957.
100- د.فؤاد عبد الله عزيز – دراسات في التامين – ط1- بغداد – 2004.

101- د. كمال قاسم ثروت – الوجيز في عقد التامين – ط1- بغداد- مطبعة الزهراء – 1978.
102- د.مالك دوهان الحسن – المدخل لدراسة القانون – النظرية العامة للقاعدة القانونية- ج1- بغداد – مطبعة الجامعة – 1972.
103- د. مجيد حميد العنبكي – مبادئ القانون الانكليزي – خال من مكان الطبع – 2001 .
104- د.محمد المنجي – دعوى بطلان العقد – ط4 – الاسكندرية – منشاة المعارف – 2006 .
105 – د.محمد حسام محمود لطفي – الاحكام العامة لعقد التامين – ط3 – القاهرة – 2001.
106- د.محمد حسن قاسم – د.نبيل ابراهيم سعد – المدخل الى القانون – القاعدة القانونية – نظرية الحق – لبنان- منشورات الجلبي – .2005
107- د. محمد سعد خليفة – عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد و البناء – القاهرة – دار النهضة العربية – 2004.
108- د.محمد سعيد ابوشتا – التقنين المدني- الاسكندرية- دار المطبوعات الجامعية- بلا تاريخ نشر .
109- د. محمد شريف احمد – مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني – الاردن – مكتبة دار الثقافة للنشر – .1999
110-.....: نظرية تفسير النصوص المدنية – دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي – مطبعة وزارة الاوقاف و الشؤون الدينية – .1979
111- د. محمد شكري سرور – دروس في الاحكام العامة لعقد التامين- دار الفكر العربي – بلا تاريخ نشر .
112-.....: النظرية العامة للقانون – ط2- دار النهضة العربية – 1996.
113- د.محمد عبد الظاهر حسين – الجوانب قانونية للمرحلة السابقة على التعاقد- خال من مكان الطبع – 2001- 2002.
114- المحامي محمد عبد الله ابو هزيم – الضمان في عقد البيع – دراسة مقارنة وفق احكام التشريع الاردني و المغربي والمقارن – ط1- دار الفيحاء- 1986.
115- د. محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد- الالتزامات – ج1- المطبعة العالمية- .1954
116- .....:شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة- ج3- عقد التامين- المطبعة العالمية- 1372هـ- 1925م.
117- د.محمد علي البدوي – النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام-ج1- منشورات الجامعة المفتوحة- .1991
118- د. محمود سعد الدين شريف- مذكرات في المدخل لدراسة القانون- بغداد- مطبعة الجزيرة- .1938
119- د.محمود جمال الدين زكي- الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري مطبعة جامعة القاهرة – 1978.

120 –.....: مشكلات المسؤلية المدنية – مطبعة جامعة القاهرة – 1978.
121 – د . محي الدين اسماعيل – نظرية العقد – خال من مكان الطبع و تاريخ النشر.
122 – د. مروان كركبي – العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار والوكالة) دراسة مقارنة في القانون اللبناني والفرنسي والمصري – ط4 – خال من مكان الطبع – .2004
123 – د. مصطفى العوجي – القانون المدني – العقد – ج1 – بيروت – مطبعة بحسون – 1995 .
124 – المستشار مصطفى مجدي هرجة – العقد المدني (اركانه – اثاره – بطلانه) – دار محمود للطباعة والنشر – 2001 .
125 – د. مصطفى محمد الجمال – أصول التأمين (عقد الضمان) ط1- بيروت – لبنان – منشورات الجلبي الحقوقية – 1999 .
126 – د. مصطفى محمد الجمال – د. رمضان ابو السعود – د. نبيل ابراهيم سعد – مصادر الالتزام واحكامه – بيروت – منشورات الجلبي – 2003 .
127- د . منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي – دراسة مقارنة – ج1- مصادر الالتزام – ط1 – خال من مكان الطبع وتاريخ النشر .
128 – أ.منير القاضي – ملتقى البحرين- الشرح الموجز للقانون المدني العراقي – مج1- بغداد – مطبعة العاني – .1952
129 – موريس منصور – دراسات في التأمين – ط1 – بغداد – مطبعة المعارف – 1978 .
130 –د. نادية محمد معوض – شرط الاعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين- القاهرة – دار النهضة العربية - 2001.
131- د.نبيل ابراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – ج1- مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة للنشر – .2004
132- د. نبيل ابراهيم سعد – د. مصطفى محمد الجمال – النظرية العامة للقانون – منشورات الجلبي الحقوقية – 2002.

ثانياً :- كتب الفقه الاسلامي

أ – كتب أصول الفقه

1 – ابن الامير الحاج – التقرير و التحبير على تحرير الامام كمال بن الهمام – ج1- ط1 – مصر – المطبعة الاميرية – 1316هـ .
2 – د. مصطفى ابراهيم الزلمي – أصوال الفقه في نسيجه الجديد – ج1 – ط4 – بغداد – مكتب القبطان لخدمات الطباعة – 1998 .

ب – كتب الفقه

1 – الفقه الجعفري

1 – ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد الهذلي (المحقق الحلي) – شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - ج2 – ط1 – النجف – مطبعة الاداب – 1389 هـ - 1969 م .
2 –.....– شرائع الاسلام في الفقه الجعفري – بيروت – مكتبة الحياة – بلا تاريخ نشر.
3- محمد بن جمال الدين العاملي – الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية – ط1 – ايران – دار الفكر العربي – 1411 هـ .
4-.....– الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية –ج2– بلا مكان طبع – 1338هـ.
5 – محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي – مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة – ج 4 – المطبعة الرضوية – 1323 هـ .

2 –الفقه الحنفي

1 – شمس الدين السرخسي – المبسوط – ج13 – ط2 – بيروت – لبنان – دار المعرفة للطباعة والنشر – بلا تاريخ نشر .
2 – علاء الدين ابي بكر سعود الكاساني الحنفي – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – ج3 – مصر – مطبعة الجمالية – 1328 هـ - 1910 م .
3 – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي – تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق ج4 – ط2- بيروت – لبنان – دار المعرفة للطباعة والنشر – بلا تاريخ نشر .
4 – كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ابن الهمام الحنفي) – شرح فتح القدير – ج5 – ط1 – المطبعة الاميرية – 1316هـ .
5 – محمد امين (ابن عابدين) حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار- ج4 – خال من مكان وتاريخ الطبع .

3 – الفقه الشافعي

1 – ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي – المهذب في فقه الامام الشافعي – ج 1 – مصر – مطبعة دار الكتب العربية الكبرى – بلا تاريخ نشر .
2 – الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – الام – ج1 – ط1 – دار الفكر للطباعة والنشر – 1400 هـ - 1980 .
3- شمس الدين محمد بن ابي العباس محمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المصري الانصاري الشهير بالشافعي – نهاية المحتاج في شرح قواعد المنهاج – مطبعة الباني الجلبي واولاده -1357هـ-1938م.

4 – الفقه المالكي

1 – ابو الوليد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد) – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – ج2 – مطبعة احمد كامل – القاهرة – 1333هـ .
2 –محمد بن أبي شهاب الدين الرملي – نهاية المحتاج في شرح قواعد المنهاج في الفقه – ج3- خال من مكان الطبع وبلا تاريخ نشر.

5 – الفقه الحنبلي

1 - ابن تميمة – القواعد النورانية الفقهية – تحقيق حامد الفقهي – ط1- القاهرة –

مطبعة السنة المحمدية - 1370 ه – 1951 .
2- ابو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي – الاقناع في فقه الامام احمد ابن حنبل – ج2 – القاهرة – المكتبة التجارية الكبرى – خال من مكان و تاريخ الطبع.
3 –شمس الدين ابي محمد عبد الله بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية – اعلام الموقعين عن رب العالمين – مج3 – مطبعة فرج الله الكردي – بلا تاريخ نشر .
4 - موفق الدين بن محمد بن عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني على مختصر الخرقي- ج4 – دار المنار – 1367هـ.

ج – كتب الفقه الحديثة.

1 – د. احمد فراج حسين – الملكية و نظرية العقد في الشريعة اللاسلامية – ط1 – مؤسسة الثقافة الجامعة – بلا تاريخ نشر .
2 – د.جلال العدوي – اصول المعاملات – ج1 – المكتب الشرقي للنشر –بلا تاريخ نشر.
3 – د. سمير عالية – علم القانون و الفقه الاسلامي – لبنان – المؤسسة الجامعية للنشر – بلا تاريخ نشر .
4 – عبد الرحمن الجزيري – الفقه على المذاهب الاربعة – ج2 – كتاب المعاملات – مج2 – دار التقوى للطباعة و النشر – بلا تاريخ نشر.
5 – د. عبد الرزاق احمد السنهوري – مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج1 – بيروت – لبنان –المجمع العربي الاسلامي – 1953- 1954 .
6 -.....: مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج2 – خال من مكان و تاريخ الطبع .
7 – .....:مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج3 – معهد الدراسات العربية العالية – 1965.
8 –.....: مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج4 – بيروت – المجمع العلمي الاسلامي – بلا تاريخ نشر .
9 – علي حيدر – در الحكام في شرح الاحكام – تعريب المحامي فهمي الحسيني – الكتاب الاول – البيوع – بيروت – دار الجبل – منشورات مكتبة النهضة العربية – بلا تاريخ نشر .
10 – الشيخ محمد ابو زهره – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية – دار الفكر العربي – بلا تاريخ نشر .
11 – محمد تقي الخوئي – الشروط والالتزامات التبعية في العقود – ج1 – بيروت – دار المؤرخ العربي – بلا تاريخ نشر .
12 – د. محمد جمال عطية عيسى – مفهوم العقد – دراسة مقارنة بالفقة الاسلامي – القاهرة – دار النهضة العربية – .1999
13 – محمد جواد مغنية – فقه الامام جعفر الصادق (ع) – ج3 – ط 1 – بيروت – دار العلم للملايين – 1965 .
14 – محمد حسين الاصفهاني – حاشية المكاسب القديمة – خال من مكان وتاريخ النشر.
15 – محمد حسين كاشف الغطاء – تحرير المجلة – ج1 – النجف – المطبعة الحيدرية- 1359 هـ .

16 – د. محمد زكي عبد البر – احكام المعاملات في المذهب الحنفي – ط1 – قطر – دار الثقافة للنشر والتوزيع – 1986 .
17 – محمد سعيد الطباطبائي الحكيم – الاحكام الفقهية – العبادات والمعاملات – ط3 – دار الهلال – 2003 .
18 – د. محمد عبد الجواد محمد – بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون – دار الفكر العربي للطباعة والنشر – 1973 .
19 – د. محمد نجيب عوضين المغربي – نظرية العقد في الفقه الاسلامي – القاهرة – دار النهضة العربية – 1422 هـ - 2003 .
20 – الشيخ مرتضى الانصاري – كتاب المكاسب – ج 3 – مؤسسة نعمان للنشر والطباعة – 1214 – 1218 هـ .
21 – د. مصطفى احمد الزرقا – المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية – ج 2 – ط1- مطبعة الجامعة السورية – 1952 .
22 – د. مصطفى محمد الجمال – القانون المدني في ثوبه الاسلامي – مصادر الالتزام- ط1 – الاسكندرية – الفتح للطباعة والنشر – بلا تاريخ نشر .
23 – د. هاشم معروف الحسيني – نظرية العقد في الفقه الجعفري – بيروت – لبنان – دار التعارف للمطبوعات – 1996 .

ثالثاً : الرسائل الجامعية

1 – حسين عبد القادر معروف – النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني- دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 1999.
2 – د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي – نطاق العقد – دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 2006 .
3 – د. سليمان دايح البراك الجميلي – الشروط التعسفية – دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين – 2002 .
4 – د. شيماء مصطفى احمد الشيخلي – عقد الاذعان – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين – 2000 .
5 – د. عامر قاسم أحمد – الحماية العقدية للمستهلك – دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 1998 .
6 – د. عبد الجبار ناجي – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 1975 .
7 – د. عبد الحكم فودة – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – اطروحة دكتوراه – حقوق الاسكندرية – منشأة المعارف – ط1 – 1985 – ط2 – 2002 .
8 – د. عبد الفتاح محمد حجازي – تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن – رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الدول العربية – 1988 .
9 – عبد القادر محمد أقصاصي – ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل – 1999 .
10 – علي هادي علوان – شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – جامعة بغداد – 1990 .

11 – القاضي مطلوب كافي عبد الله – التزامات البائع بضمان المبيع في القانون المدني العراقي – رسالة ماجستير – المعهد القضائي – 1990 .
12 – د. منصور حاتم محسن – فكرة تصحيح العقد – دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 2006 .
13 – ندى عبد الكاظم حسين – نظرية انتقاص العقد – رسالة ماجستير – جامعة بغداد- 2000 .

رابعاً : ـ البحوث

1 – د . سعيد الزقرد – نحو نظرية عامة لصياغة العقود – دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – العدد الرابع-سنة 30- 2006 .
2 – د . احمد عبد الرحمن الملحم – نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – السنة السادسه عشر – العدد الاول والثاني – 1992 .
3 – د. أسماعيل محمد المحاقري – الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط المجحفه فيها – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – السنة السادسة عشر – العدد الاول والثاني – 1992 .
4 – د. جمال فاخر النكاس – الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات القانونية – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – السنة الثلاثة والعشرين – العدد الثاني – 1999 .
5- د.جمال فاخر النكاس –حماية المستهلك واثرها على النظرية العامة للعقد – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – سنة 13 -.1989
6 – د. صبري حمد خاطر – قطع المفاوضات العقدية – بحث منشور في مجلة جامعة النهرين – المجلد الاول – العدد الثالث – 1997 .
7 – د. مجيد حميد العنبكي – مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي – بحث منشور في مجلة جامعة النهرين – المجلد الرابع – العدد الخامس – 2000 .
8 – د. محمد ظاهر معروف – شرط التحكيم في القانون الدولي الخاص – بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني – السنة السابعة – العدد الاول – شركة الطبع والنشر الاهلية – 1970 .

خامساً : المجلات والمجموعات القضائية

1 –المختار في قضاء محكمة التمييز-اعداد ابراهيم المشاهدي – بغداد – 1988 .
2 – المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز -اعداد ابراهيم المشاهدي – بغداد – مطبعة الزمان – 1999 .
3 – معين القضاة –-اعداد ابراهيم المشاهدي- ج2 – مطبعة الزمان – 2001 .
4 – قضاء محكمة تمييز العراق – اصدار المكتب الفني لمحكمة التمييز.
مج 5 – بغداد – المطبعة الحكومية – 1971 .
مج6 – بغداد – المطبعة الحكومية – 1972 .

5 – النشرة القضائية – اصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز .
السنة الاولى - العدد الثالث – 1971 .
السنة الرابعة - العدد الثالث – 1973 .
السنة الخامسة – العدد الاول -.1973
6 – مجلة القضاء – اصدار نقابة المحامين – السنة الحادية عشر – العدد الاول والثاني – 1953 .
- السنة السابعة عشر – العدد الاول – 1959 .
- السنة السابعة عشر – العدد الرابع – 1959 .
- السنة الثانية والعشرون – العدد الثاني – 1967 .
- السنة الخامسة والعشرون – العدد الثاني – 1971 .
- السنة السابعة والعشرون – العدد الاول والثاني – 1972 .
- السنة التاسعة والعشرون – العدد الاول والثاني – 1974 .
- السنة الثلاثة والاربعون – العدد الاول والثاني والثالث – 1988 .
7 – مجلة ديوان التدوين القانوني – اصدار ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل – السنة الرابعة – العدد الاول والثاني – بغداد – مطبعة الحكومة – 1965 .
السنة الخامسة – العدد الثاني – بغداد – مطبعة الحكومة – 1966 .
السنة الخامسة – العدد الخامس – بغداد – مطبعة الحكومة – 1966.
8 – مجموعة الاحكام العدلية – اصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل .
- السنة السادسة – العدد الثاني – 1975 .
- السنة الثامنة – العدد الثالث والرابع – 1977 .
- السنة التاسعة – العدد الثاني – 1978 .
- السنة التاسعة – العدد الثالث – 1978 .
- السنة الثانية عشر – العدد الاول – 1981 .
- العددان الاول والثاني – 1984 .
9 – المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني- د. معوض عبد التواب – ج1 – الاسكندرية- منشأة المعارف – 1996 – 2000 .
10-المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني- د. معوض عبد التواب – ج3-ط3- الاسكندرية- منشأة المعارف -.1996
11 –الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية – المستشار حسن الفكهاني – ج8 – القاهرة – الدار العربية للموسوعات -1982 .
- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية – المستشار حسن الفكهاني- الاصدار المدني – من عام 1992 الى 1997 – الملحق 17 – القاهرة – الدار العربية للموسوعات – بلا تاريخ نشر .
- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية – المستشار حسن الفكهاني- الاصدار المدني من عام 1997 لسنة 2001 – الملحق 20 – القاهرة – بلا تاريخ نشر .
12 –قضاء النقض في التأمين- احمد سعيد شعلة – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1997 .

13 –الوسيط في القانون المدني- المستشار انور طلبة – ج2 – العقود المسماة – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – بلا تاريخ نشر .
14 –المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية من عام 1979 الى 1984 -د. فتحية قره – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – بلا تاريخ نشر .
15 - المبادئ القانونية التي اقرتها محكمة النقض المصرية من عام 1980 الى 1985- د. فتحية قره – بلا مكان طبع ولاتاريخ نشر .

سادساً :- مصادر متفرقه

مجلة الاحكام العدلية – ط2 – دمشق – 1923 .
مجموعة الاعمال التحضرية للقانون المدني المصري – ج2 – مصادر الالتزام – مصر – مطبعة دار الكتاب العربي – بلا تاريخ نشر .

سابعاً:- القوانين

1 – القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
2 – القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 .
3 – القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 .
4 – القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992 .
5 – القانون المدني الجزائري رقم 75 – 58 اسنة 1975 .
6 – القانون المدني الفرنسي .

ثامناً :- المصادر باللغة الفرنسية

1 – BERLIOZ – Lecontract da'hesion – these paris – 1976.
2 – Calais – Auloy – Rapport desynthese,in les contrats da'd hasionet laprotection du con sommateurs- paris -1978 .
3 – Ghestion (J)Droitcivil – lesobigationles contrat- paris-1980.
4 – Mazeaud (H.L.et) Tunce – traiteded la – responsabilite –paris-1986.
5 – Coade Dalloz/ 1948,1950, 1994 ,1998 .

الفصل الاول
مفهوم الشرط المألوف

ان العقد المبرم بين الطرفين ترد فيه شروط كثيرة ومتعددة ، بعضها تكون محل نقاش بين الطرفين ، والبعض الاخر من هذه الشروط ترد مطبوعة ومعدة سلفاً من قبل احد المتعاقدين ، ولكن يلاحظ بين هذه الشروط ان هناك شرطاً يدرج ويتكرر ادراجه ضمنها وبصورة مستمرة ، حتى اعتاد المتعاقدان عليه في المعاملات ، فمثل هذا الشرط يطلق عليه (الشرط المألوف).

وللاحاطة بمفهوم هذا الشرط ينبغي التطرق الى التعاريف التي قيلت فيه ، من ثم التطرق الى متطلباته والتي هي العلم به وتكراره في العقود .

وفضلاً عن ذلك ، فان للشرط المألوف انواعاً متعددة ، ينبغي الاشارة اليها عند تحديد مفهوم الشرط المألوف.

وعلى اساس ما تقدم ، سوف نقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث نخصص الاول لتعريف الشرط المألوف ، والثاني لمتطلبات الشرط المألوف ، والثالث لأنواع الشرط المألوف.

المبحث الأول
تعريف الشرط المألوف

لقد انقسم الفقه بصدد تعريف الشرط المألوف الى جانبين احدهما يعرفه بانه شرط جار به العرف ، والثاني بانه شرط جرت به العادة ، دون وجود اية محاولة حقيقية لترجيح احد الجانبين .

فمن اجل الوصول الى التعريف المناسب للشرط المألوف ، سوف نبحث في الجوانب التي قيلت في الشرط المألوف من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول للشرط الجاري به العرف ، والثاني للشرط الذي جرت به العادة.

المطلب الأول
الشرط الجاري به العرف

ذهب جانب من الفقه[1] ، في تعريفه للشرط المألوف بأنه (شرط جرى العرف على ادراجه في العقود[2] ، دون الحاجة الى اعادة النص عليه صراحةً، لاستقرار العمل به وجريان عرف التعامل على ذلك).

وبصدد التعريف المتقدم يثور التساؤل الآتي ، هل ان مجرد تكرار الشرط المألوف في نمط معين من العقود يجعله شرط جاري به العرف ، مما يمكن معه ان نرجح هذا الجانب ؟

قد يبدو الامر لاول وهلة كذلك لانَّ كلا الشرطين جرى بهما التعامل في المعاملات، حتى اصبحت شروطاً معروفة لديهم سواء بالنص عليها صراحةً او باستنتاج مفهومها ضمناً ، الا ان هذا التشابه ليس من شأنه ان يجعل من الشرط المألوف شرطاً جارياً به العرف وذلك لوجود فروق جوهرية بينهما لايمكن تجاهلها وهذه الفروق هي :

1-ان الشرط المألوف شرط يتكرر ادراجه في العقود ، وبالرغم من هذا التكرار لايولد لدى المتعاقد شعوراً بضرورة اتباعه وعدم مخالفته ، اما الشرط الجاري به العرف فهو شرط متعارف عليه في العقود ، وباستمرار اتباعه يولد شعوراً بعدم جواز مخالفته[1].

2-ان الشرط المألوف يقدم على الشرط الجاري به العرف عند التطبيق ، هذا يعني عند وجود نزاع يتعلق بمسألة معينة متعلقة بالعقد ، يرجع القاضي الى العقد ذاته بما ورد فيه من شروط ومنها الشرط المألوف ، فاذا تبين للقاضي ان اعمال هذا الشرط من شأنه ان يحل النزاع ،فللقاضي تطبيقه سواء أنص عليه صراحةً في العقد ام استنتج ضمناً ،

---

[1]د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في القانون المدني – مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – ط2- بغداد –شركة الطبع والنشر الاهلية -1963-ص336، د.محمد طه البشير –د. عبد المجيد الحكيم – أ.عبد الباقي البكري – مصادر الالتزام –ج1 -1986-ص160، د.مصطفى محمد الجمال – القانون المدني في ثوبه الاسلامي – مصادر الالتزام –ط1 –الاسكندرية-الفتح للطباعة والنشر –ص431، د. مصطفى الجمال –د. رمضان محمد ابو السعود – د. نبيل ابراهيم – مصادر الالتزام واحكامه –بيروت – منشورات الجلبي -2003 –ص192 ، د.عبد الحكم فودة – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – الاسكندرية – منشأة المعارف –ط1- 1985 –ص107 –وط2-2002-ص132، د.عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي –مج1- بلا مكان طبع -1974-ص571، د. احمد حشمت ابوستيت – نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد –الكتاب الاول – مصادر الالتزام-ط2-القاهرة- مطبعة مصر -1954-ص313، د. عبد الجبار ناجي – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد – رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد-1975-ص296.

[2] يعرف الشرط الجاري به العرف بانه الشرط الذي جرى به التعامل بين الناس وان لم يكن مما يقتضيه العقد او يلائمه او مما ثبت بالنص ، وهو شرط يمكن ان يكمل به العقد مثال ذلك = = لو تعارف الناس على ان يقوم البائع بايصال المبيع الى محل المشتري او ان يتحمل اجرة الوزن ، او ان يجلب العامل معه الادوات اللازمة لعمله ، فكل هذه الشروط صحيحة وتقيد العقد ، وكذلك الحال اذا اشترى شخص من اخر ثمراً بعضه صالح للأكل وبعضه غير صالح ، على ان يبقى الثمر على الشجر الى ان ينضج جميعه ، فالبيع صحيح وعلى البائع مراعاة هذا الشرط . علي حيدر –در الحكام في شرح مجلة الاحكام – تعريب المحامي فهمي الحسيني – الكتاب الاول – البيوع –بيروت – دار الجيل – منشورات النهضة العربية –بلا تاريخ نشر – ص160 – وانظر ايضاً د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص145- د. عبد المجيد الحكيم – الوسيط في نظرية العقد – انعقاد العقد –ج1 – بغداد –شركة الطبع والنشر الاهلية-1967-ص416- د. مصطفى احمد الزرقا – المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية – ط1-ج2- مطبعة الجامعة السورية-1952-ص342.

[1] د. رياض القيسي – علم اصول القانون – ط1-بغداد – مطبعة الفرات -2002 –ص145.

ولايتقيد القاضي في تطبيقه سوى تعبير الشرط عن نية الطرفين وعدم مخالفته للنظام العام والاداب العامة[1].

اما تطبيق الشرط الجاري به العرف مقترن بعدم وجود شرط واجب التطبيق على النزاع ، فعندئذ يطبقه القاضي سواء أشار له الافراد ام لم يشيروا ، على ان لايوجد في العقد مايدل على استبعاد الافراد لحكم الشرط ، او ينظموا اتفاقهم على نحو يخالف حكمه[2]، وبعبارة اخرى اذا ورد الشرط المألوف في العقد ثم وجد في نفسه شرطاً جار به العرف ، فالشرط الذي يطبق هو الشرط المألوف ، وتبرير تطبيقه يعود الى كون الشرط متفقاً عليه من قبل الطرفين المتعاقدين ، واتفاقهم عليه يعني ان النية المشتركة لهما متفقة بصدده ، فيعمل على اساس اتفاقه مع النية بغض النظر عن الشرط الجاري به العرف .

وفي كل الاحوال عند حدوث تعارض بين شرط اتفاقي وشرط جار به العرف ، فالاتفاق يقدم على العرف[3]، لان العرف لايطبق الا اذا خلا العقد او الاتفاق من شرط واجب التطبيق[4].

3- الشرط المألوف لايعد ملزماً للمتعاقدين بمجرد تكراره ، وانما يكتسب صفة الالزام من اتفاق المتعاقدين الصريح او الضمني عليه في العقد ، بتعبير اخر ان الشرط المألوف يتوافر فيه عنصر واحد فقط وهو العنصر المادي ، اما العنصر المعنوي ، أي عنصر الالزام فلا يكتسبه الشرط إلا عند الاتفاق عليه ، وهذا يعني بمجرد الاتفاق يصبح الشرط ملزماً ويطبق ، إلا ان الزاميته تقتصر على العقد الذي ورد فيه وتم الاتفاق عليه فيه دون غيره من العقود ، اما الشرط الجاري به العرف ، فهو يكتسب صفة الالزام من شعور المتعاقدين بعدم جواز مخالفته، ولذلك فالشرط العرفي يتوافر له عنصران مادي ومعنوي.

بناء على ما تقدم نحن لانتفق مع ماذهب اليه هذا الجانب من الفقه في تعريف الشرط المألوف بانه شرط جاري به العرف ، لانه وان كان هناك تقارب بين الشرطين ، الا انه لايصل الى الحد الذي يسمح بتعريف الشرط المألوف بانه شرط جاري به العرف وذلك لوجود الاختلافات السابق ذكرها والتي لايمكن أهمالها او غض النظر عنها عند تعريف الشرط المألوف ، ولهذا فان هذا الجانب لايصلح لكي يكون اساساً لتعريف الشرط .

---

[1] د. عباس الصراف –د. جوَرج جزيون – المدخل الى علم القانون – الاردن – مكتبة دار الثقافة للنشر والتزيع -1997-ص50.

[2] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص135.

[3] د. عبد الرحمن البزاز – مبادئ القانون المقارن – بغداد – مطبعة العاني -1967-1385هـ- ص169.

[4] المحامي علي مردي السوداني – بحث يتناول علاقة العرف بالقانون العراقي – بغداد -2004- ص54.

المطلب الثاني
الشرط الذي جرت به العادة

ذهب جانب من الفقه [1]، في تعريفه للشرط المألوف بانه (الشرط الذي جرت العادة على ادراجه في العقود ، حتى صار يؤخذ به وان لم يدرج فيها ، واصبح هذا الشرط لكثرة استعماله ، يعد حكماً وارداً في فئات معينة من العقود ، وهو شرط اكثر تحديداً من العرف).

نلاحظ على التعريف ، انه حاول تعريف الشرط المألوف بانه شرط جرت به العادة ، ولمعرفة فيما اذا كان معنى العادة ينطبق على الشرط المألوف ينبغي ان نتطرق الى تعريف العادة .

العادة هي الامر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الاطباع السليمة بتكراره مرة بعد مرة ، ولفظ العادة يعني تكرار الشيء ومعاودته ، بخلاف الامر الجاري صدفة مرة او مرتين ولم يعتاده الناس ، فلا يعد عادة ولاينبني عليه حكم[2].

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني –ج1- مصادر الالتزام – القاهرة- دار النشر للجامعات المصرية – 1952-ص963، د.عدنان السرحان – د. نوري حمد خاطر – شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات – دار الثقافة للنشر – 2005 – ص241، د.اسعد دياب – ضمان العيوب الخفية – بيروت – بلا تاريخ نشر – ص281 ، د. عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الالتزام –مطبعة مصطفى البابي واولاده – 1960- ص327، د.محمد شريف احمد – مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني- ط1 – الاردن – مكتبة دار الثقافة للنشر -1999- ص142 ، د.نبيل ابراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – ج1- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة للنشر -2004-ص283، د. سليمان مرقس – نظرية العقد – دار النشر للجامعات المصرية- 1956-ص328.

[2] علي حيدر – مصدر سابق – ص40.

والعادة لايتوافر فيها الا عنصر واحد وهو العنصر المادي وينقصها العنصر المعنوي ، أي يعوزها الالزام الأدبي[3]، ولايتحقق هذا العنصر لها إلا اذا اتفق الطرفان عليه صراحة او ضمناً (يستخلص من ظروف التعاقد ومركز المتعاقدين وتعاملهم السابق)[1].

والاتفاق على العادة صراحةً لايثير أي صعوبة ، اما الاتفاق الضمني عليها قد يثير بعض الصعوبات لانه يستنتج من ظروف الاتفاق بين المتعاقدين ، مما يعني معه في حالة حدوث نزاع بينهما بصدده ، يقع على القاضي مهمة استخلاص هذا الاتفاق الضمني[2].

وفي كل الاحوال ، سواء أتفق المتعاقدان على العادة صراحةً او ضمناً ، فانها تصبح ملزمة لهما ، وتستمد هذا الالزام من اتفاقهما ، ويطلق عليها حينئذ (العادة الاتفاقية)[3].

ومما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان اكتساب العادة للعنصر المعنوي (عنصر الالزام) بالاتفاق عليها[4] ، لايعني ان العادة اصبحت ملزمة وواجبة التطبيق في كل العقود شأنها في ذلك شأن العرف وذلك لعدة اسباب :-

1- ان الزامية العادة الاتفاقية تقتصر على العقد الذي وردت فيه دون غيره من العقود، مما يعني معه ان العادة الاتفاقية لاتلزم الا الاطراف الذين اتفقوا عليها دون غيرهم وهذا خلاف ما هو الحال عليه في العرف الجاري فالزاميته لاتقتصر على عقد معين وانما تمتد لتشمل كل العقود ، كما ان العرف لايكتسب صفة الالزام من الاتفاق عليه كما هو الحال في العادة ، وانما يكتسبه من شعور المتعاقدين بالجزاء الذي يقع عليهم عند المخالفة ، لذلك فهو يطبق عليهم سواء أَعلموا ام لم يعلموا به[5].

2- كما ان العادة لايمكن ان تتحول الى عرف ملزم إلا اذا تولد الاعتقاد والايمان داخل نفوسهم بالزاميتها[1].

ومثل هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فاذا لم يتوافر الاعتقاد بالزاميتها فانها لاتصبح عرفاً.

اما تعريف العادة في الفقه الاسلامي ، فقد عرف الفقهاء المسلمون العادة بتعاريف مختلفة منها (العادة هي الامر المتكرر من غير علاقة عقلية)[2]، وهي بهذا المعنى تطلق على العادة الفردية ، أي ما اعتاده الفرد من شؤونه الخاصة ، وتطلق على عادة الجمهور ايضاً وهي ما يعبر عنها بالعرف، وكما تطلق على كل حالة متكررة سواء

---

[3] د. علي بدير – المدخل لدراسة القانون – البصرة – دار الطباعة الحديثة-1970-ص178.

[1] د. حسن كيرة – المدخل الى القانون – الاسكندرية – منشأة المعارف -1974-ص278.

[2] د. توفيق حسن فرج – المدخل الى العلوم القانونية – ط2- بلا مكان طبع -1981-ص245.

[3] د. رياض القيسي – مصدر سابق –ص149.

[4] د. سليمان مرقس – المدخل الى العلوم القانونية – ط3- القاهرة – دار النشر للجامعات -1957-ص243.

[5] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق-ص135، د. عبد المنعم فرج الصدة –اصول القانون – مصدر سابق –ص132، د. سعد عصفور – مذكرات في المدخل لدراسة القانون – بغداد- مطبعة المعارف-1950-ص33.

[1] السيد محمد السيد عمران – الاسس العامة في القانون – بيروت – لبنان – منشوررات الجلبي الحقوقية -2002 – ص66 هامش(1) ، د. علي بدير – مصدر سابق – ص180.

[2] ابن الامير الحاج – التقرير والتجبير على تحرير الامام كمال بن الهمام – ط1-ج2- مصر – المطبعة الاميرية -1316هـ-ص282.

أكانت ناشئة عن ميل او طبع او عامل طبيعي[3]. وكما عرفت ايضاً (العادة هي تكرار الفعل مرتين او ثلاثة لانها مأخوذة من العود أو المعاودة)[4].

وقد انتقدت التعارف السابقة ، لكون الاول يجعل العادة اعم من العرف والثاني يجعل العرف اعم من العادة ، وبما ان العرف والعادة لهما المعنى نفسه في الفقه الاسلامي ، فيمكن تعريف العادة بانها (ما تكرر استعماله من فعل او قول حتى اكتسب صفة الاستقرار والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات) . وهذا التعريف يصدق على العرف[5].

ومن خلال بحثنا في العادة ، يتضح لنا ان الشرط المألوف يقترب من العادة في عدة جوانب هي :

1- ان كلاً من العادة والشرط المألوف يتوافر فيهما عنصر واحد فقط ، وهو العنصر المادي دون وجود أي الزام .

2- ان الشرط المألوف يتوافر فيه عنصر الاستمرار ، أي يجب ان يستمر المتعاقدان على ادراجه في العقود فترة كافية من الزمن تضفي على الشرط صفة المألوف وكذلك الحال في العادة ينبغي الاستمرار في اتباعها فترة من الزمن حتى تصبح راسخة ومستقرة في النفوس[1].

3- تكتسب العادة صفة الالزام من خلال الاتفاق عليها ، عندئذ يطلق عليها (العادة الاتفاقية) ، وتصبح كأي شرط متفق عليه في العقد ، ملزم للمتعاقدين اللذين اتفقا عليه ، ويستمد هذا الالزام من اتفاقهما لا من قوة العادة في ذاتها[2].

وكذلك الشرط المألوف فلا يكتسب صفة الالزام إلا عند الاتفاق الصريح او الضمني ، ويطلق على الشروط المألوفة الضمنية (العادات الاتفاقية)[3].

4-كل من العادة الاتفاقية والشرط المألوف لايعمل بهما في العقد إلا اذا علم الطرفان بهما ، مما يعني معه ، انه يحق لكلا المتعاقدين ان يدعي الجهل او عدم العلم بهما[4].

---

[3] د. مصطفى الزرقا – مصدر سابق –ص557.

[4] انظر في ذلك المستشار احمد صفاء الدين العطيفي – مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي – مج1- بلامكان ولا تاريخ طبع –ص74

[5] انظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد –ط4-ج1 – بغداد – مكتب القبطان لخدمات الطباعة-1998 –ص71، د. محمد عبد الجواد محمد – بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون – دار الفكر العربي للطباعة والنشر-1973-ص153، وانظر ايضاً بهذا الصدد – د. عبد الباسط جميعي –د. محمد سلام مدكور –د. عبد المنعم حسني- أ.عادل حتحوت- الوسيط في شرح القانون المدني الاردني –ج1- الدار العربية للموسوعات -1978-ص140.

[1] د. عبد الرزاق السنهوري – د. احمد حشمت ابو ستيت – المدخل لدراسة القانون –القاهرة – مطبعة لجنة التأليف والنشر والطباعة – 1946-ص63، د.محمود سعد الدين شريف – مذكرات في المدخل لدراسة القانون – بغداد – مطبعة الجزيرة-1938-ص160.

[2] د. سليمان مرقس – مصدر سابق – ص243، د. عباس الصراف – جورج جزيون – مصدر سابق –ص53.

[3] د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق –ص108.

5-كلاهما يمكن الاستعانة به في تفسير العقد وتكميله ، طالما حظيا باتفاق الطرفين[1].
6- اذا تعارضت العادة الاتفاقية والشرط المألوف مع نص مفسر ، يطبقان ويهمل النص ، وذلك لان هذا الاخير يمكن استبعاده بشرط متفق عليه من قبل المتعاقدين في العقد[2]، كما ان الشرط المتفق عليه يكون اكثر تعبيراً عن ارادة المتعاقدين[3].
7- من حيث اثبات كل منهما . العادة الاتفاقية تتطلب اولاً اثبات وجود سنة مطرده في العمل ، وثانياً اثبات اتجاه ارادة الطرفين الى التقيد باحكامها[4]. وكذلك الحال بالنسبة للشرط المألوف ، فعلى المتعاقد الذي يتمسك به ان يثبت اعتياد الطرفين المتعاقدين على ادراج الشرط المألوف في العقد والاعتياد عنصر في العادة[5]، ثم يثبت انصراف ارادة كلا الطرفين للأخذ بالشرط المألوف .
8- كل منهما يجب ان لايخالف احكام القانون او النظام العام والاداب العامة[6]، سواء أكانت هذه المبادئ مقررة بنصوص تشريعية ام لم تكن كذلك[7].
نستنتج مما تقدم ، ان هذا الاتجاه هو الاقرب في تحديد معنى الشرط المألوف بانه شرط جرت العادة على ادراجه ، وذلك لان الشرط يتوافر فيه عنصر الاعتياد والقدم وعدم المخالفة لنظام العام والاداب[1]، والعلم به وانصراف ارادة المتعاقدين اليه ، وكل هذه العناصر تتوافر في العادة ، ومما يمكن معها ان نعرف الشرط المألوف بتعريف العادة ونطبق عليه احكامها .
وبالاستناد الى الاتجاه الثاني يمكن ان نحدد مفهوم الشرط المألوف بأنه (شرط جرت العادة على تكرار ادراجه في العقود ، والذي يمكن ان يرد مكتوباً فيها ، او يستنتج ضمناً من ظروف التعاقد ، ويكتسب هذا الشرط قوته الملزمة من اتفاق المتعاقدين الصريح او الضمني عليه) ، وبموجب هذا الاتفاق يطبق الشرط في العقد، إلا ان تطبيقه مقيد بعدم مخالفته للنية المشتركة للمتعاقدين او النص القانوني الامر ، ولايمكن ان نستبعد الاثار القانونية المترتبة عليه بحجة كونه شرطاً مألوفاً ومعتاد عليه في المعاملات).
اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من تحديد مفهوم الشرط المألوف ، فبالرغم من عدم وجود نص خاص بالشرط المألوف ، إلا ان ذلك لايعني عدم اخذ القانون به ، وبما ان الشرط المألوف هو شرط جرت به العادة ، فان تحديد مفهومه في القانون المدني

---

[4] د. سليمان مرقس – مصدر سابق –ص243.
[1] انظر د. احمد شوقي عبد الرحمن –قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين – المطبعة العربية الحديثة -1977-ص82-83ومابعدهما.
[2] د. مالك دوهان الحسن – المدخل لدراسة القانون – النظرية العامة للقاعدة القانونية – ج1 – بغداد – مطبعة الجامعة -1972 – ص384.
[3] د. رياض القيسي- مصدر سابق- ص105.
[4] د. حسن كيرة – مصدر سابق –ص280.
[5] المحامي علي مردي السوداني –مصدر سابق –ص55.
[6] د. عبد الباسط جميعي واخرون – مصدر سابق –ص137.
[7] د. عبد المنعم فرج الصدة- اصول القانون –مصر- مطبعة مصطفىالباني -1965-ص128- د.البرفرحات- المدخل للعلوم القانونية – بيروت – 1986-ص233.
[1] والتثبت من عدم مخالفته للقانون والنظام العام تخضع لرقابة محكمة التمييز . انظر د. حسن محمد ابو السعود – مذكرات في اصول القانون – بلا مكان طبع – 1940-1941-ص170-171.

العراقي يتم وفقاً لنص المادة (1/131) منه والتي نصت (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه ، أو يكون جارياً به العرف[2] اوالعادة).

ومما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان تحديد مفهوم الشرط المألوف بموجب المادة (1/131) من القانون المدني العراقي ، بانه شرط جرت به العادة يعني ان الشرط المألوف هو شرط مقترن بالعقد ، يبقى معه العقد منجزاً وان كان من شأن هذا الشرط تعديل اثار العقد أو اضافة اليها ، مثال ذلك اذا ادرج شرط عدم ضمان العيوب الخفية في العقد يكون من شأنه ان يعدل ضمان البائع تخفيفاً، او قد يؤدي الشرط الى تعديل التزام البائع تشديداً ، مثال ذلك شرط ضمان صلاحية المبيع للعمل المألوف في العقود ، وقد قضت محكمة التمييز بصحة مثل هذا الشرط في قرار لها (ان التعهد الذي صدر عن البائع لايقتصر على ضمان العيوب الخفية ، بل يشمل جميع العيوب ، لان عبارة الضمان وردت بهذه الصيغة (مسؤول عن أي عيب يظهر خلال هذه المدة)[1].

وقد يكون من شأن اقتران الشرط المألوف بالعقد اضافة التزام جديد اليه .

اما بالنسبة للقانون المدني المصري والجزائري ، فانهما لم يتطرقا الى الشروط المقترنة بالعقد بنص مماثل لما ورد في القانون المدني العراقي.

في حين نص القانون المدني الاردني في المادة (164) منه على الشرط الذي جرت به العادة ، وكذلك القانون المدني اليمني فقد نص على هذا الشرط في المادة (266) منه ، وهذا يعني انه بالامكان اخضاع الشرط المألوف لهذين النصين .

---

[2] لقد تأثر المشرع في اجازة الشرط الجاري به العرف بالفقه الحنفي الذي كان يجيز الشروط التي تخالف مقتضى العقد ، اذا جرى بها العرف واعتاد الناس على اشتراطها في عقودهم وتصرفاتهم ، وكانوا يعللون هذا النوع من الشروط بقاعدة (ان الثابت بالعرف ، ثابت بدليل شرعي، الا ان ابا حنيفة وصاحبه أجازا هذا الشرط استحساناً ، لان العرف مما يخص بالقياس ، علماً ان زفر يأخذ بالقياس ، ويعتبر هذا الشرط فاسداً لانه زائد على مقتضى العقد وغير مؤكد له وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ، وقد اجاز المالكية هذا النوع من الشروط ، اما الشافعية فلا يتفقون مع الحنفية في مسألة تصحيح العرف للشرط والتي تعد في الاصل غير صحيحة ، لان ترك القياس لثبوت التعامل بالشرط ، تعد لديهم مخالفة لحكم النص ، إذ ان النص لديهم أمر = =على المعاملات والعرف لايكون أمر على النص ، ويتفق الحنابلة مع الشافعية في عدم اجازة الشرط الجاري به العرف خلافاً لما ذهب اليه الفقه الحنفي . انظر تفصيل ذلك – د. عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق – ج2 – بلا مكان ولاتاريخ طبع – ص180 – محمد شهاب الدين احمد الرملي – نهاية المحتاج في شرح قواعد المنهاج في الفقه – ج1 – بلا مكان ولاتاريخ نشر –ص58 -59 – وانظر ايضاً الشيخ محمد ابو زهرة – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية – دار الفكر العربي – بلا تاريخ نشر - - ص276-277 – د. عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج1- بيروت – لبنان – المجمع العربي الاسلامي -1953و1954 –ص120 – عبد الرحمن الجزيري – الفقه على المذاهب الاربعة –ج2- كتاب المعاملات – مج2 – دار التقوى للطباعة والنشر – بلا تاريخ نشر – ص74 – المستشار احمد صفاء الدين العطيفي – مصدر سابق –ص82-83 – د. محمد زكي عبد البر – احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي – العقود الناقلة للملكية – ط1 –قطر – دار الثقافة للنشر -1986-1407 – ص141و142 – د. محمد نجيب عوضين – نظرية العقد في الفقه الاسلامي – القاهرة – دار النهضة العربية -2003-1422-ص149.

[1] رقم القرار 1389- مدنية ثانية -83-84 –بتاريخ 7-7-1984 – منشور في مجلة الاحكام العدلية – ع(1-2) -1984-ص20.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي ، فقد نص في المادة (1160) منه على الشروط المطبقة عادة ، وبما ان الشرط المألوف هو شرط جرت به العادة ، فان النص اعلاه يطبق عليه .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها (أي شرط في العقد ينتج مفعوله الطبيعي سواء أكان شرطاً مألوفاً ام شرط استعمال)[1].

اما موقف الفقه الاسلامي من الشرط المألوف ، الاصل ان الفقهاء المسلمين اعطوا للمتعاقدين حرية اشتراط مايشاؤن من شروط[2]، مادامت تلبي حاجاتهم ، ومنهم الجعفرية ، اجازوا للطرفين ان يضعوا اية شروط في عقودهم سواء أكانت مألوفة ام غيرها ، ولكي تعد مثل هذه الشروط صحيحة ويجب الوفاء بها ينبغي ان تتوافر في الشروط المألوفة عدة امور ، منها يجب ان يكون الشرط في مقدور المشترط القيام به[1]، وان لايكون من شأنه ان يؤدي الى جهاله في العوضين[2]، وان لايرد الشرط مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه[3] وان يرد مذكور في متن العقد[4].

اما الحنفية والشافعية والمالكية ، فالشرط عندهم صحيح اذا لم يخالف الشرط مقتضى العقد ، اما اذا تضمن الشرط منفعة زائدة لايقابلها عوض ، فلا يعد صحيحاً لان الزيادة ربا والشروط الربوية محرمة ومفسدة للعقود[5].

أما الحنابلة فقد اعتبروا كل شرط لم يرد به نهي ، فهو ملزم ويجب الوفاء به من غير تقيد ، لان الاصل في الشروط الجواز والصحة ولايحرم منها ولايبطل الا ما دل على تحريمه وابطاله نص او قياس[6].

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3/آيار/1968/ اشار اليه جاك غستان- المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد واثاره – ترجمة منصور القاضي – ط1– المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-2000-ص63.

(2) انظر د. محمد جمال عطية عيسى – مفهوم العقد – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – القاهرة – دار النهضة العربية-1999-ص65.

(1) الشيخ ابو القاسم نجم الدين الحلي – شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام – تحقيق عبد الحسين محمد علي – ط1-ج2- النجف الاشرف – مطبعة الآداب – 1389 هـ-1969-ص33.

(2) محمد بن جمال الدين العاملي – شرح اللمعة الدمشقية – ط1-ايران – دار الفكر -1411هـ- ص109.

(3) محمد تقي الخوئي – الشروط والالتزامات التبعية في العقود –ج1-بيروت-دار المؤرخ العربي – بلا تاريخ نشر –ص187-288.

(4) الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري- منية الطالب – تقرير بحث للنائيني الخوانساري- ج1- مؤسسة النشر الاسلامي – بلا تاريخ نشر – ص232.

(5) علاء الدين ابو بكر مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج5- مصر – مطبعة الجمالية- بلا تاريخ نشر –ص175 –وانظر ايضاً الشيخ محمد ابو زهرة – مصدر سابق – ص273.

(6) د. احمد فراج حسين – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية –ط1- مؤسسة الثقافة الجامعية – بلا تاريخ نشر –ص203.

هذا يعني ان الشرط المألوف عندهم اذا لم يدل على تحريمه نص ، فهو صحيح ويجب على المتعاقدين تنفيذه استناداً الى قوله (ص) ((المسلمون عند شروطهم))، فالشرط يعد بمثابة عهد وعقد[7].

المبحث الثاني
متطلبات الشرط المألوف

ان للشرط المألوف متطلبات تميزه عن بقية الشروط الاخرى وهي العلم بالشرط ، وتكراره ، ولبيان هذه المتطلبات سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الاول العلم بالشرط المألوف ، وفي الثاني تكرار الشرط المألوف .

المطلب الاول
العلم بالشرط المألوف

ان انضمام المتعاقد الى العقد المعد سلفاً من قبل الطرف الاخر ، لايعني بالضرورة علمه بكل شروط العقد الاخرى ، لانه قد وضع توقيعه على العقد ، دون ان يكون قد حصل على المستندات العقدية كافة ، ولذلك يشترط ان يعلم المتعاقد الاخر بالشرط المألوف سواء أكان صريحاً ام ضمنياً[1] ،ولكي يصل الشرط الى علم المتعاقد الاخر، ينبغي على المتعاقد الذي ادرج الشرط ان يقوم بكل ما هو ضروري لايصال العلم به، أي عليه كتابة الشرط بشكل ظاهر [2]، وبحروف واضحة وملفته للنظر وفي مكان يسهل على المتعاقد الاطلاع عليه واستبيان مدلوله ، وبعبارة اخرى يجب كتابة الشرط بطريقة تميزه عن باقي الشروط ، كأن يكتب بخطوط تغاير بقية الشروط ، وبحروف اكثر ظهوراً واكبر حجماً او كتابته بالحروف العادية للوثيقة شريطة وضع خط تحته[1]، وذلك لجذب نظر المتعاقد اليه وبالتالي علمه به ، وعليه فلا أهمية للشرط الذي يكتبه المتعاقدون بحروف كبيرة في حالة كون بقية الشروط مكتوبة بالحجم نفسه، كما لاأهمية للشرط المكتوب بحروف صغيرة وناعمة ودقيقة لعدم انتباه المتعاقد اليه[2].

---

[7] شمس الدين ابن محمد ابن قيم – اعلام الموقعين عن رب العالمين – ج2-مصر -مطبعة فرج الله الكردي – 1325هـ- ص34-35.

[1] انظر بهذا الصدد – د. عبدالحكم فودة – مصدر سابق –ص108- د. مجيد حميد العنبكي – مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي – بحث منشور في مجلة النهرين – مج4- العدد5-2000-ص69.

[2] د. محمد حسام محمود لطفي – الاحكام العامة لعقد التأمين – ط3- القاهرة – 2001-ص123.

[1] د. محمد حسام لطفي – مصدر سابق –ص123.

[2] د. احمد عبد الرحمن الملحم – نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – سنة 16 – ع(1، 2) -1992-ص263.

وفي كلا الحالتين لايمكن ان نحتج بالشرط في مواجهة المتعاقد الاخر إلا اذا اثبت علمه به علماً تاماً ، واستطاع التدقيق فيه والتعرف على حقيقة مدلوله والاثار المترتبة عليه لحظة ابرام العقد[3].

كما ان المقصود بالعلم بالشرط ، ليس الاطلاع عليه وحسب وانما فهم ماورد فيه[4]، وذلك لان رضا المتعاقد الاخر بالشرط يتطلب العلم والادراك به ، حيث لايكفي ان يثبت الطرف القوي ، ان الطرف الضعيف كان من المتعين عليه ان يقرأ الشرط ، بل يجب ان يكون قد قرأ الشرط بالفعل[5].

اما بالنسبة للشرط المألوف الذي يرد في العقود التي لايشترط توقيعه عليها ، فأن مجرد استلام المتعاقد للتذكرة او الايصال مثلاً الذي يرد فيه الشرط المألوف ، لا يعبر ذلك عن توافر رضا المتعاقد بالشرط ، لان التذكرة هي مجرد تصرف من جانب واحد وبالتالي لكي يعد الشرط شرطاً تعاقدياً ، فلا بد ان تكون محتويات التذكرة او الايصال معلومة للطرف الاخر ، وان يكون قد وافق عليها[6].

وبناءً على ذلك ، ان القول بان الشخص الذي يشتري تذكرة سفر بالسكك الحديدية او بالباخرة ، يتقيد بالشروط التي حررها الطرف الاخر ، لان بشرائه التذكرة يفترض علمه بالشروط وقبوله لها ، يكون قولاً منتقداً لانه مبني على افتراض العلم بالشرط الوارد في التذكرة والافتراض قابل للاثبات العكس من جانب الطرف الاخر[1] ، بحيث اذا اثبت انه لم يعلم علماً فعلياً بالشرط الذي ورد في التذكرة لحظة استلامه لها واستطاع اقامة الدليل على ذلك، فلا يحتج بالشرط في مواجهته ويهمل .

اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من العلم بالشرط ، بالرغم من عدم وجود نص صريح فيه ، الا ان ذلك لايعني عدم اخذ القضاء المدني العراقي من مسألة العلم بالشرط من عدمه ، وسيلة لاعفاء المتعاقد الاخر منه ، متى ما اثبت عدم علمه به علماً تاماً ، وبناءً على ذلك قضت محكمة بداءة بغداد في قضية لها تتلخص وقائعها (بان عقد التأمين على الحياة ابرم بين المؤمن له وغرفة التجارة باعتبارها وكيلة عن شركة التأمين وكان سند الوكالة ينص على شرط يقضي بعدم سريان عقد التأمين إلا من تاريخ تسلم الشركة القسط الاول ، وحدث ان توفي المؤمن على حياته بعد دفعه القسط الاول الى الوكيل ، وقبل ان تتسلم الشركة القسط حدثت الوفاة ، فطالب المستحقون بمبلغ التأمين فدفعت الشركة ان الوفاة قد حدثت قبل سريان العقد، ومن ثم فهي غير ملزمة بدفع المبلغ للمستحقين ، ولكن محكمة البداءة ردت الدفع ، على اساس ان شرط سريان العقد من تاريخ تسلم الشركة للقسط ، قد ادرج في عقد الوكالة بين الشركة وغرفة

---

[3] د. نادية محمد معوض – شرط الاعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين – القاهرة –دار النهضة العربية- 2001-ص28.

[4] د. محمد عبد الظاهر حسين – الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد – بلا مكان طبع - 2001-2002-ص14.

[5] د. نادية محمد معوض – مصدر سابق –ص17.

[6] د. نادية محمد معوض – مصدر سابق –ص16.

[1] د. محمد عبد الظاهر حسين – مصدر سابق – ص14.

التجارة ، فلا يسري بحق المؤمن لهم ، لعدم علمهم بالشرط والزمت الشركة بدفع مبلغ التأمين وصدقت محكمة التمييز على القرار)[2].

وما يمكن ان نستنتجه من القرار ، ان المحكمة الغت الشرط المألوف الذي ينص ، على سريان العقد من وقت تسلم الشركة للقسط[1]، وذلك لعدم علم المتعاقد به ، لكونه ورد في عقد الوكالة مابين الوكيل والموكل ، ولم يدرج مرة اخرى في العقد الذي ابرم مابين الوكيل وصاحب المصلحة في التأمين .

اما القانون المدني المصري ، فهو كالقانون المدني العراقي، لم ينص على مسألة علم المتعاقد بالشرط ، وبالرغم من ذلك لم يكتفِ القضاء المصري بامكانية العلم بالشرط[2]، بل ذهب في حكم له ، الى اشتراط كتابة بعض الشروط المألوفة بصورة واضحة ومحددة ، من اجل ايصال العلم بها الى المتعاقد الاخر وللحد من خطورة مثل هذا الشرط ، كشرط الاعفاء من المسؤولية[3].

اما القانون المدني الفرنسي ، فهو ايضاً لم يخصص نصاً محدداً لعلم المتعاقد بالشرط، الا ان القضاء الفرنسي رغم ذلك ، قد قضى في حكم له بعدم اعمال الشرط المألوف الذي يقضي بالاعفاء من المسؤولية ، ولعدم علم المتعاقد به في قضية تتلخص وقائعها (ان احدى الطائرات هوت وسط جبال الالب ، فتحطمت وقتل بعض ركابها ، بينما اصيب الاخرون ، فأقام احدهم دعوى مطالبة بالتعويض على الشركة الناقلة ، والتي دفعت الدعوى بعدم مسؤوليتها عن الحادث لوجود شرط بتذكرة السفر يعفيها من المسؤولية، فرد المدعي الدفع بانتفاء العلم به ، ومن ثم لم ينعقد بشأنه التراضي واجابت محكمة استئناف باريس المدعي الى طلبه)[4].

ومسألة علم المتعاقد بالشرط لاتقتصر على بيان طريقة كتابة الشرط فقط، وانما لابد من معرفة الشخص الذي يتولى تحرير الشرط ، فيما اذا كان احد المتعاقدين او الغير[1]. فاذا تولى احد المتعاقدين تحريره ، فعليه ان يقوم بكل ما هو ضروري لايصال العلم به للمتعاقد الاخر ، وان يتجنب تحريره بصورة تكون مصدر اساءة للمتعاقد ، بحيث يخدم مصالحه ، ويضر مصالح الطرف الاخر ، وخاصة اذا استعان بخبراء ومؤسسات قانونية لتحريره ، بالفاظ ومصطلحات قانونية دقيقة ومختلفة عما هو معتاد عليه ، ولايوحي ظاهرها ما قد تؤدي اليه من التزامات ، كأن يضع المتعاقد شرط يعفيه من

---

[2] رقم القرار 777- مدنية اولى -1978-بتاريخ 25-5-1978- مجموعة الاحكام العدلية – السنة التاسعة –ع2-1978-ص40.

[1] ان غرض شركة التأمين من ادراج مثل هذا الشرط هو من اجل ضمان حقها في الحصول على القسط في حالة اعسار المؤمن له . انظر د. احمد شرف الدين – احكام التأمين في القانون والقضاء – بلا مكان طبع -1983-ص161.

[2] انظر د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق –ص368.

[3] نقض مدني مصري – بتاريخ 22-5-1969- اشار اليه د. اسماعيل محمد المحاقري – الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري – القاهرة -1996-ص482.

[4] الا ان محكمة النقض الفرنسية ، نقضت القرار في 9 مارس 1942 . نقلاً عن د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص314.

[1] د. اسعد دياب – مصدر سابق –ص281-282.

المسؤولية او الضمان بصورة غير مباشرة وبخط صغير وفي مكان غير واضح ، ولايلفت نظر المتعاقد ، لكثرة صفحات العقد ، من ثم يحصل على قبول المتعاقد الاخر بالشرط الذي حرره عن طريق الغش والتضليل[2]، ومثال الشرط المألوف الذي يتولى تحريره احد المتعاقدين ، شرط عدم الضمان الذي يرد في عقد البيع ، حيث يقوم البائع بتحريره ، فاذا اثبت البائع ان المشتري قد اطلع على الشرط المألوف الوارد في العقد ولم يتفاجأ بمضمونه ، فانه يعد ملزماً له ، ويعود للقاضي تقدير ذلك وفق ظروف كل قضية على حدة[3].

اما اذا تم تحرير الشرط من قبل الغير ، وهذا ما نلاحظه في العقود التي يشترط لصحة نشؤها ورسميتها ان تحرر عن طريق موظف مختص ، ككاتب العدل ، فيقع على هذا الاخير بما انه محرر الشرط ، ان يلفت نظر الطرفين اليه ، والى بقية شروط العقد الاخرى ، بعبارة اخرى ان محرر الشرط يعطي المتعاقدان فرصة للتفكير في الشروط قبل التوقيع ، أي يترك لهم مهلة كافية لقراءتها ومحاولة فهمها ودراسة ماترتبه من اثار على حقوقه والتزاماته والاستجابة بعد ذلك لها في ضوء علمه الكافي بها هذا من جانب ، ومن جانب اخر تتاح الفرصة امام الطرفين للاستفادة من نصائح المحرر فيما يتعلق بالعقد ، فهو يعد المسؤول عن مراجعة العقد والتحقق من توافر الشروط القانونية فيه ، كما ان المحرر يُمكن المتعاقد القليل الخبرة بالتعاقد من الاطلاع على الشروط التي يضعها المتعاقد الاخر وان كانت مألوفة ومنقولة على غرار عقود سابقة لها[1]، وباطلاعه على جميع الشروط يقدم على ابرام العقد الذي يعد مسبقاً وهو على علم كافٍ بكل الشروط التي يتم التعاقد وفقاً لها[2].

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان هناك من يرى ، ان تحرير الشرط من قبل الغير يعطي قرينة على عدم اطلاع المتعاقد على الشرط المألوف الوارد في العقد[3]، ولكن يمكن الرد على ذلك ، باثبات عكس هذه القرينة من جانب المحرر ، أي على المحرر ان يثبت انه اتخذ الخطوات المعقولة والاجراءات اللازمة كافة لاعلام الطرف الاخر بالشرط ، وموافقته عليه ،عندئذ تسقط القرينة لاثبات عكسها[4].

ومثال الشرط المألوف المحرر من قبل الغير الشروط العامه المألوفة لوثيقة التأمين والشروط العامة للوكالة .

---

[2] د. اسماعيل المحاقري – الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – -سنة30-ع4-2006-ص244.

[3] د. اسعد دياب – مصدر سابق –ص282.

[1] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص108.

[2] د. حسن عبد الباسط جميعي – الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك- القاهرة- دار النهضة العربية -1996-ص40.

[3] د. اسعد دياب – مصدر سابق –ص282.

[4] د. محمد عبد الظاهر حسين – مصدر سابق –ص14.

اما اذا ادعى المتعاقد العكس واثبت انه وضع توقيعه على العقد ثقة بمحرره او عن غفلة او جهل او عدم قراءة ، بحيث لو كان يعلم بالشرط لما وافق عليه ، او لم يكن من الممكن ان يوافق عليه ، فثبت للقاضي صحة ادعائه وثبت له عدم تعبير الشرط عن ارادة المتعاقدين ، فلا يلزم المتعاقد بالشرط ولايسري بحقه[5].

هذا فيما يتعلق بمسألة العلم بالشرط المألوف الصريح والمكتوب في العقد اما بالنسبة للعلم بالشرط المألوف الضمني ، الذي لم ينص عليه في العقد ، وانما من تكرار ادراجه في العقود يصبح معلوماً ومفهوماً [1]

فان العلم به يستنتج من ظروف الاتفاق بين المتعاقدين ومهنة كل منهما والمعاملات المبرمة بينهما سابقاً[2]، بحيث يستخلص من كل هذه الظروف الرضا الضمني للمتعاقد بقبوله الخضوع للشرط ، بعبارة اخرى ان مجرد علم المتعاقد بوجود شرط مألوف ضمناً جرت عادة المتعاقدين على ادراجه في العقد ، ولم يبد أي من المتعاقدين رغبة صريحة باستبعاد العمل به ، هذا بحد ذاته يعد دليل على علمه بالشرط ورضاه به ، وفي كل الاحوال مسألة رضا المتعاقد الضمني بالشرط من عدمه متروكة للقاضي يستخلصها من وقائع القضية والظروف المحيطة بالتعاقد[3].

كما وقد يستنتج علم المتعاقد بالشرط الضمني من الغرض المقصود من التعاقد[4] ، فالمتعاقد الذي يشتري منزلاً او سيارة او أي جهازاً اخر ، فانه يهدف من شرائه صلاحية للغرض المقصود من اجله وان لم ينص عليه في العقد ، هذا يعني ان شرط الصلاحيه مألوف ضمناً ويستنتج من ظروف التعاقد ، فعلى سبيل المثال لو اشترى شخص منزلاً لكي يجعله صالة عرض ، وعند شرائه للمنزل اوضح للبائع سبب الشراء ، فأكد البائع صلاحية المنزل لمثل هذا الغرض ، الا ان بعد ذلك اتضح للمشتري عدم صلاحية المبيع للغرض المقصود من شرائه ، ففي مثل هذه الحالة يحق للمشتري ان يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي اصابه مستنداً في ذلك الى وجود شرط ضمني ينص على صلاحية الشيء للغرض المعد لأجله[1].

ومثال ذلك ايضاً الشروط المألوفة ضمناً في عقد التأمين ، ومنها شرط المصلحة التأمينية[2] ، وشرط حسن النية[3] والذي يعد ملزماً لكل من شركة التأمين والمؤمن له

---

[5] د. نادية محمد معوض – مصدر سابق –ص18.

[1] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص108 ،د. مالك دوهان الحسن – مصدر سابق –ص383.

[2] د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة – مصدر سابق – ص572، د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط –ج1- مصدر سابق –ص694، د. رمضان ابو السعود- د. همام محمود زهران- مبادئ القانون والالتزامات – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية -1998-ص463.

[3] د. توفيق حسن فرج – المدخل للعلوم القانونية – مصدر سابق –ص245.

[4] د. مجيد حميد العنبكي – مصدر سابق – ص71.

[1] انظر شيشير – فيفوت – فيرستون ـــ احكام العقد في القانون الانكليزي- ترجمة هنري رياض – بيروت – دار الجيل – الخرطوم – بلا تاريخ نشر –ص304 و321و322.

[2] موريس منصور – دراسات في التأمين – ط1- بغداد – مطبعة المعارف – 1978-ص41.

رغم كونه غير مكتوب ، بحيث اذا اقر طالب التأمين بعدم اجرائه تأمين سابق لدى احد شركات التأمين واتضح انه اجرى تأميناً في سنوات سابقة ، ففي هذه الحالة يعد طالب التأمين قد أخل بشرط حسن النية ، وهذا الاخلال قد يؤدي الى انهاء عقد التأمين والخيار في ذلك متروك لشركة التأمين وموافقتها على كل حالة وظروفها[4] .

نستنتج مما تقدم ، ان علم المتعاقد بالشرط المألوف يشمل الصريح والضمني ولكن العلم بالشرط المألوف الصريح لايعترضه صعوبات ، فمتى ما اثبت المتعاقد الذي حرر الشرط ، بانه توخى الوضوح في كتابته ، باستخدام الفاظ واضحة غير مبهمة ولامستعارة من لغات غير لغة العقد الاصلي ، وفي مكان يسهل الاطلاع عليه والعلم به ، تقوم قرينة على علم المتعاقد بالشرط ما لم يثبت العكس ، اما العلم بالشرط الضمني فقد يعتريه بعض الصعوبات ، لانه رضا المتعاقد بالشرط وقبوله الخضوع له وعدم استبعاد حكمه بالنص على شرط يخالفه يستنتج من ظروف التعاقد ، بعبارة اخرى الشرط المألوف الصريح يتطلب موقف ايجابي من المتعاقدين بكتابته بصورة ظاهرة في العقد ، اما الشرط الضمني يتطلب موقف سلبي ، أي يجب امتناع الطرفين عن ادراج شرط يخالف حكمه .

كما ان اثبات الشرط الصريح اسهل من الشرط الضمني ، فمجرد الرجوع الى العقد او الوثائق والمستندات المدون فيها الشرط ، يتبين امكانية العلم بالشرط من عدمه

اما اثبات الشرط الضمني فقد يصعب احياناً ، لانه غير مكتوب ويستطيع المتعاقد ان يتخلص منه باثبات عدم علمه بالشرط ، والامر كله منوط بسلطة القاضي التقديرية.

وأياً كان الامر ، ان الشرط المألوف سواء أورد صريحاً [1]، ام ضمناً [2]، يجب ان يصل الى علم المتعاقد الاخر ويرضى به ، لان هناك فارقاً بين رضا المتعاقد بابرام العقد وبين رضاه بالشروط المدرجة فيه ، لذا يجب على القاضي ان يتأكد من قيام الرضا لكل شرط من شروط العقد ، حتى يلزم المتعاقد بها .

---

[3] انظر طعن مدني مصري رقم 2078 لسنة 69ق – جلسة 2000/5/2- المستشار حسن الفكهاني – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية من 1997-2001- ملحق 20-القاهرة – الدار العربية للموسوعات – بلا تاريخ نشر -ص91و92.

[4] د. فؤاد عبدالله عزيز – دراسات في التأمين – ط1- بغداد – 2004-ص49.

[1] مثال الشرط الصريح ، الشرط الذي يعفي البائع من ضمان العيوب الخفية ، الذي نجده غالباً مكتوب بشكل صريح في عقود البيع ، كعقود بيع السيارات ، حيث يوضع هذا الشرط ليعفي البائع من العيوب الظاهرة والخفية وانظر تفصيل ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي – شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية – بلا مكان طبع -1993-ص40.

[2] مثال الشرط الضمني ، شرط صلاحية السفينة للملاحة ، فمثل هذا الشرط معروف ضمناً لدى المتعاقدين ولا توجد حاجة لكتابته في وثائق التأمين البحري . انظر د.سلامة عبد الله – التأمين البحري – دار النهضة العربية – بلا تاريخ طبع –ص115.

المطلب الثاني
تكرار الشرط المألوف

التكرار :- يعني اطراد العمل في العقود على ادراج الشرط بصورة منتظمة لاتنقطع ولاتتغير على نحو يتوفر فيه معنى الاستقرار والثبات على اتباع مضمونه ، والاطراد ينبغي ان يكون تلقائياً لابدافع التقليد ولا بدافع صلاحية الشرط لتنظيم عقد معين بين الافراد[1].

ويتحقق اطراد الشرط ، أي تكراره اذا تواتر الافراد على ايراده في العقود فترة من الزمن كافية لاستقرار العمل به والسير بمقتضاه[2].

ويستنتج تكرار الشرط من خلال اعتياد المتعاقدين على ادراجه بشكل آلي وتلقائي ، حتى اصبح مألوفاً لديهم وخاصة في العقود التي تتم عن طريق الصيغ النموذجية، بعبارة اخرى ان المتعاقد الذي يعتاد على ابرام العقود ، لايقوم كل مرة يتعاقد فيها ، بابرام عقد جديد بشروط جديدة ، وانما يضع صيغة نموذجية لعقده يدرج فيها كل شروطه غير قابلة للتغيير[3]، في العقود التي سوف يبرمها مع عملائه وبشكل ثابت ومستمر وبدون تعديل ، وابرز مثال على تكرار الشرط المألوف ، هو الشروط العامة لوثيقة التأمين والتي ترد متماثلة الصياغة في كل وثائق التأمين ولاتقتصر على وثائق شركة معينة دون غيرها ، وانما تدرج كل الشركات في وثائقها شروط موحدة لكل من يتعاقد معها ، بحيث اينما يتوجه طالب التأمين ، فانه سوف يجد الشروط نفسها تقريباً مما يضطره الى التعاقد مع اول شركة راضياً بما تمليه عليه من شروط دون مناقشة[4].

وكذلك الحال بالنسبة للشرط المألوف الذي ينص على تحديد المسؤولية ، الذي يرد متماثل الصياغة في كل العقود التي يدرج فيها ، مثال ذلك عقد نقل البضائع ، فقد ورد الشرط بالصيغة التالية (ان شرط تحديد المسؤولية يطبق في حالة هلاك البضاعة كلياً او جزئياً او تلفها ، ولايسري في حالة فقدان الارسالية او نقصانها)[1].

---

(1) د. مالك دوهان الحسن – مصدر سابق –ص380.

(2) د. سليمان مرقس – مصدر سابق –ص242.

(3) د. علي جمال الدين عوض- العقود التجارية – دار النهضة العربية –1982-ص6.

(4) د. محمد شكري سرور – دروس في الاحكام العامة لعقد التأمين – دار الفكر العربي – بلا تاريخ نشر – ص36 ، د. احمد شرف الدين – مصدر سابق –ص97-98.

(1) وقد قضت بمثل هذا الشرط محكمة التمييز العراقية – انظر تفصيل ذلك القرار رقم 188/ ادارية -1981-بتاريخ -25-2-1981- مجموعة الاحكام العدلية –سنة 12- ع(1)-1981-ص35.

وقد ورد الشرط بالصيغة نفسها في عقد نقل الاشخاص ، أي جاء بالصيغة التالية (يسري شرط تحديد المسؤولية المنصوص عليه في عقد النقل – هو شرط جائز قانوناً في غير احوال الغش والخطأ الجسيم)[2].

اما موقف القانون المدني العراقي من تكرار الشرط ، بالرغم من عدم وجود نص فيه ، الا ان ذلك لم يمنع القضاء من اصدار عدة قرارات يمكن من خلالها ان نستنتج تكرار الشرط ، مثال ذلك الشرط الذي ينص على اعطاء المتعاقد حق استقطاع مبلغ من المال عند التأخر في تنفيذ الالتزام اوالاخلال به ، والذي ورد في قرارات محكمة التمييز بالصيغة التالية (اذا اتفق احد المتعاقدين على تخويل احدهما باستقطاع مبلغ عن تأخر الالتزام ، كان مثل هذا الاتفاق معتبراً لعدم مخالفته للنظام العام ، وجاز للطرف الاخر اقتضاء حقوقه عن هذا التأخير)[3].

كما ورد الشرط في قرار اخر بالصيغة التالية (يكون الشرط القاضي بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المشتري عن تسلم الجزء المتفق على تسلمه من المبيع معتبراً)[1].

وقد قضت ايضاً في قرار لها (اذا نص المتعاقدين احدهما باستقطاع المبالغ التي الزم بدفعها الى الطرف الاخر عند الاخلال بشروط العقد ، فان مثل هذا الاتفاق معتبر قانوناً ولايخالف النظام العام)[2].

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري والفرنسي والجزائري والاردني واليمني فقد خلوا ايضاً من الاشارة الى نص خاص بتكرار الشرط .

ومما تجدر الاشارة اليه ان اطراد الشرط المألوف في العقود لايقتصر على تكراره بصورة متماثلة الصياغة ، وانما يمكن ان يرد بصياغات مختلفة ولكن مضمونها واحد، مثال ذلك الشرط الذي يتكرر في عقد البيع والذي يكون من شأنه استبعاد مسؤولية البائع عن التأخير ، فمثل هذا الشرط يرد بصيغة مختلفة في عقد البيع الا ان مضمونه واحد، فيعد شرطاً صحيحاً ويجب الوفاء به في حدود ما تسمح به طبيعة المعاملة ومايقضي به العرف التجاري[3]. فعلى سبيل المثال ، في عقد بيع الاجهزة المخصصة للخدمة في فرنسا ، نجد ضمن الشروط العامة ، شرط يعفي البائع من المسؤولية عن التأخير ، حيث

---

[2] وقد ورد هذا الشرط بنفس الصيغة في قرار محكمة النقض المصرية . انظر تفصيل ذلك نقض مدني مصري بتاريخ 20-2-1969 – طعن 86-س35ق- المستشار انور طلبة – الوسيط في القانون المدني –ج2 – بلا مكان ولاتاريخ نشر –ص1034. اما محكمة النقض الفرنسية فقد قضت بمثل هذا الشرط في قرار لها (بالزام المسافر بالشرط الوارد في تذكرة السفر والذي ينص على تحديد مسؤولية الناقل ، مستند في ذلك الى رضائه الضمني به).

Civ-9mar,Gaz.pal-1942,1,264.

نقلاً عن د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص314

[3] رقم القرار 71/ح/1959بتاريخ 1959/4/1-مجلة القضاء- سنة 17-ع(4)-1959-ص564.

[1] رقم القرار 620/ح/1967بتاريخ 28-12-1967- مجلة القضاء- سنة 22-ع(4) -1967-ص138.

[2] رقم القرار 2111/ح/1958بتاريخ 28-12-1958- مجلة القضاء –سنة 17- ع(1) -1959-ص71.

[3] د. برهام عطا الله – عقد البيع – الاسكندرية – مؤسسة الثقافة الجامعية – بلا تاريخ نشر – ص101 ، انظر د. السيد محمد السيد عمران – حماية المستهلك اثناء تكوين العقد – الاسكندرية- منشأة المعارف – 1977-ص34.

جاء الشرط بالصيغة التالية (لاتعد المدة المتفق عليها للتسليم في العقد الا بمثابة توجيه غير ملزم للبائع ولايمكن ان يكون التأخير في التسليم سبباً للمطالبة بالتعويض ، او فسخ العقد ، والبائع بالرغم من حرصه على احترام المدة المتفق عليها، لايمكن ان يعد مسؤولاً باي حال من الاحوال عن الاضرار الناتجة عن التأخير غير المتعمد في التسليم او عن النقص في البضاعة الناجم عن تقصير الموزع الاصلي) ، ثم ورد الشرط في احد عقود بيع السيارات ولكن بصيغة مختلفة وهي(بسبب تغير في الظروف والتي تؤثر على الانتاج ، فان مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة ، وانما هي مهلة ارشادية ، خصوصاً ان البائع يفعل ما في وسعه لاتمام التسليم في الموعد المحدد ، والبائع يحتفظ مقدماً عن امكانية التسليم لمدة 3 أشهر ، ويمكن لهذه المدة ان تمتد لفترة اضافية وذلك في حالة القوة القاهرة الناتجة عن توقف الانتاج او الحريق او غير ذلك من حالات القوة القاهرة)[1].

وما يمكن ملاحظة ان شرط الاعفاء من المسؤولية عن التأخير قد ورد بعدة صيغ الا ان مقصودها واحد هو عدم مسؤولية البائع أي اعفائه، وغرض البائع من ادراج الشرط بصيغة مختلفة ، هو خوف من مخاطر قلة اقدام المشترين الى التعامل معه عند وجود هذه الشروط بنفس الصيغة في كل العقود، كما ان وجود هذه الشروط المتماثلة الصياغة في العقود التي تبرم بين متعاقد قليل الخبرة ومحترف ، تؤدي الى تدخل القضاء لحماية المتعاقد الضعيف وهو المشتري في العقد، لان وجود مثل هذا الشرط قد يسبب ضرراً بالمتعاقد القليل الخبرة ، ولهذا يعمد البائع الى ادراج الشرط بهذه الصياغات المختلفة .

مع الاخذ بنظر الاعتبار ان تطبيق شرط الاعفاء من المسؤولية سواء أورد متماثلاً في الصيغة ام مختلفاً ، يتوقف على حسن نية البائع، فاذا تبين عدم علمه بان هناك ظروف قد تحدث وتمنعه عن التسليم في وقته ، فالبائع حسن النية والشرط يعد صحيح، اما اذا اتضح العكس واثبت علم البائع مقدماً ، بعدم امكانية التسليم في الوقت المحدد منذ اللحظة التي وضع فيها الشرط ، فلا يمكن ان يتمسك به لثبوت سوء النية ، وبخلافه يعد الشرط غير نافذ بين المتعاقدين ، وكذلك الحال اذا تجاوز البائع المدة التي تفرضها الظروف السائدة في السوق والخاصة بالسلعة محل العقد[2].

في هذه الحالة يحق للمشتري اما ان يطالب بالتنفيذ العيني او بالفسخ بعد انذار البائع المخل بتنفيذ التزامه او المتأخر فيه[1]، كما يجوز للمشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء التأخر في التسليم[2].

وكذلك الحال بالنسبة لشرط عدم ضمان مطابقة المبيع للمواصفات الذي يتكرر في العقود التي يكون احد طرفيها متعاقد قليل الخبرة والاخر محترف[3]،فيستغل البائع

---

[1] د. سليمان براك دايح الجميلي – الشروط التعسفية في العقود – اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين -2002-ص71.

[2] د. سمير عبد السيد تناغو- عقد البيع – الاسكندرية – منشأة المعارف -1973-ص244.

[1] لم يورد القانون المدني العراقي نص خاص يعالج مسألة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم في عقد البيع ، وانما اكتفى بما اورده في نص المادة (177) منه ، والتي يقضي الرجوع الى حكمها في حالة وجود اخلال بالتنفيذ.

[2] انظر م (157) مدني مصري – م(1/246) مدني اردني – م(224) مدني يمني –م(119) مدني جزائري.

المحترف قلة خبرة المتعاقد الاخر ويسلمه شيء يختلف في مواصفاته عما تم الاتفاق عليه ، واذا اراد المشتري الرجوع على البائع بالضمان ، يجده قد اورد شرطاً يعفيه من ضمان المطابقة ، يدرجه ضمن شروط العقد ولكن بصيغة مختلفة من عقد لاخر ، الا ان مقصوده واحد وهو عدم الضمان وذلك خوفاً من نفور المشتري عند قراءته للشرط ، مثال ذلك فقد ورد الشرط في احد عقود بيع السيارات في فرنسا بالصيغة التالية (لايمكن اعتبار مايدور في الاعلانات او كتب المواصفات او الكتالوجات او حتى السيارات المعروضة ايجاباً محدداً للنماذج التي يقوم البائع بتصنيعها ، والمنتج يحتفظ مقدماً بامكانية ادخال مايراه مناسباً من التعديلات والتغييرات على هياكل السيارات في أي وقت يراه مناسباً ، وبل يبدي المنتج تحفظه بامكان ادخال التعديلات على السيارات التي يجري انتاجها من ذات الموديل المطروح في السوق محل العقد)[4]، كما ورد الشرط نفسه ولكن بصيغة اخرى في عقود بيع الاثاث وهي (الاشكال والاحجام المتعلقة بالاثاث والمطبوعة في الكتالوجات والنشرات الاعلانية ليست ملزمة ولايستطيع المشتري ان يتمسك بعدم مطابقة ما تم تسليمه اليه من بضاعة لاي من النشرات ، وللبائع ان يدخل ما يراه من تعديلات على التصاميم من حيث الحجم والشكل بالزيادة والنقصان دون ان يكون مرتباً لاي مسؤولية ومنشأ لأي التزام)[1].

ولايقتصر تكرار الشرط المألوف بصيغة مختلفة الا ان قصده واحد ، على عقود البيع فقط وانما يشمل عقد التأمين ايضاً ، مثال ذلك الشرط المألوف الذي ينص على كون القسط محمول لامطلوب[2]، فقد ورد في وثيقة التأمين على الحياة بالصيغة التالية (ان اقساط التأمين واجبة الدفع في مركز الشركة او في مكاتب توكيلاتها) ، كما ورد الشرط نفسه في وثيقة اخرى بهذه الصيغة (تدفع الاقساط مقدماً في مكاتب الشركة)[3].

ان الشرط اعلاه في كلا الصيغتين يهدف الى الزام المؤمن له بدفع القسط في مقر الشركة .

مما تقدم نستنتج ، ان اتباع صيغة متماثلة وبصورة متواترة في العقود مدة من الزمن ، مما يجعله مألوفاً عند المتعاقدين في المعاملات ، بحيث ان عدول بعض الاشخاص عن ادراجه لاينفي عنه صفة الاستقرار والثبات ، اذ ان العبرة باتباعه في اغلب الحالات. مع الاخذ بنظر الاعتبار ان تكرار الشرط لايقتصر على صيغة واحدة وانما يمكن ان يرد بعدة صيغ الا ان مقصود الشرط واحد يستنتج من السياق الذي ورد فيه الشرط .

---

[3] د. اسماعيل المحاقري – مصدر سابق –ص242.

[4] د. سليمان براك – المصدر سابق –ص57.

[1] د. سليمان براك – مصدر سابق –ص57.

[2] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص109هامش (14).

[3] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني -ج7 –مج2– القاهرة – دار النهضة العربية -1964-ص130 هامش (2).

المبحث الثالث
انواع الشرط المألوف

الشرط المألوف الوارد في العقد ، قد يدرج ضمن الشروط العامة ، ويعتاد على ادراجه ضمنها ، عندئذ يطلق عليه (الشرط المألوف العام) ، وقد يدرج ضمن الشروط التعسفية ويطلق عليه ،(الشرط المألوف التعسفي)، وللأحاطة بانواع الشرط المألوف سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الاول الشرط المألوف العام، والثاني الشرط المألوف التعسفي.

المطلب الاول
الشرط المألوف العام

وهو الشرط الذي يتكرر ذكره في العقود المطبوعة والمعدة سلفاً من قبل المتعاقد الاخر ، يكون واحداً في كل العقود التي يبرمها المحترف بصدد تعامله ، أي ان هذا المحترف يحدد عدداً من الشروط التي تطبق على جميع العقود التي سيبرمها لاحقاً مع زبائنه وموردیه ويطلق عليها (الشروط العامة)[1]. مثال ذلك ، الشروط العامة لعقد البيع التي يدرجها المحترف بصدد تعامله بنوع معين من السلع والخدمات، فمثل هذه الشروط تكون واحدة في كل العقود المبرمة بشأن هذه السلعة او الخدمة[2]، ومثال ذلك ايضاً الشروط العامة التي يضعها اصحاب الفنادق في لوحات الاعلان الملصقة في مدخل الفندق ومنها شرط عدم مسؤولية صاحب الفندق عن سرقة نقود العميل او دفتر صكوكه ان لم يودعها لدى ادارة الفندق ، وكذلك الحال بالنسبة للشروط العامة لوثيقة التأمين[3]، التي تكون موحدة ومتماثلة في كل وثائق التأمين ، ومنها الشرط الذي ينص على انهاء عقد التأمين لاسباب خارجة عن ارادته ، فهذا الشرط يرد متماثل الصيغة في وثائق التأمين كلها ، وباستمرار ادراجه فيها يصبح شرطاً مألوفاً عاماً[1]، ملزماً للمتعاقدين وليس في كونه معد سلفاً ما يقلل من شأنه[2].

مع الاخذ بنظر الاعتبار ، ان ادراج الشرط المألوف ضمن الشروط العامة ، يتطلب ان يعلم المتعاقد الاخر به علماً فعلياً وليس علماً مبنياً على الافتراض ، فلايمكن الزام المتعاقد بشروط عامة لم يستطيع ان يقرأها او يفهم معناها ، بحجة كونها شروطاً مألوفة

---

[1] د. اسماعيل محمد المحاقري – مصدر سابق –ص241.

[2] د. سليمان دايح براك – مصدر سابق –ص117.

[3] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص109.

[1] تختلف الشروط العامة عن الشروط الخاصة من حيث ان الشروط العامة تكون موحدة ومطبوعة بالنسبة للنوع الواحد من العقود ، اما الخاصة فانها تتغير من عقد لاخر وتكون مكتوبة باليد ، كما انه اذا حدث تعارض بين الشروط العامة والخاصة ،غلبت الخاصة على العامة لانها تنتج عن اتفاق الطرفين بعكس المطبوعة يستقل بوضعها احد المتعاقدين . انظر د. احمد شرف الدين – مصدر سابق –ص141و143 . د. مصطفى الجمال – اصول التأمين – عقد الضمان –ط1- بيروت –لبنان – منشورات الجلبي الحقوقية -1999-ص208-209.موريس منصور – مصدر سابق – ص44.

[2] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص373.

، كما لايمكن افتراض علمه بها ، لمجرد كون هذه الشروط هي المرجع في تفسير ارادة المتعاقدين وتكميلها[3]. هذا يعني ان وجود شرط في العقد يشير الى اطلاع المتعاقد على الشروط العامة ، في حين هو لم يتسنَّ له الاطلاع عليها حقيقةً ولم يعلم بما تتضمنه ، يجعل من قبول المتعاقد لها قبولاً ظاهرياً وهمياً ، فلا يلزم المتعاقد بها [4]، ولذلك يجب ان يعلم المتعاقد بان الشروط العامة تعد جزء من التعاقد، متى ما تضمن العقد مايفيد عدها جزءاً منه ، أي يجب ان يتفق المتعاقدان صراحة على اعتبار هذه الشروط جزء من العقد ، او يكون هناك تعامل جاري بين المتعاقدين يبرر قبول تطبيق مثل هذه الشروط العامة[5].

وان اعتبار الشروط العامة المألوفة جزء من التعاقد وبالتالي الزام المتعاقد بها ، يتطلب علم المتعاقد بها ، وهذا الامر يتحقق من خلال قيام محرر الشرط بكتابتها بصورة واضحة ومحددة في وثيقة العقد[1]، وتجنب تحريرها على ظهر وثيقة العقد او على ظهر البطاقات او التذكار، او يتم الاحالة اليها عن طريق الشعارات ، بحيث يوقع المتعاقد عليها دون النظر اليها ، وخاصة اذا كان من ضمن هذه الشروط ، شرطاً يعفي من المسؤولية او الضمان ، بعبارة اخرى يلزم كلا الطرفين بالشرط متى ما تبين انهما ناقشاه بحرية وعلى قدم المساواة بحيث يتسنى لكل منهما ان يحدد الاثار المترتبة عليه بكل حرية وادراك ، اما بالنسبة للمتعاقد القليل الخبرة بالتعاقد والذي لم تتاح له فرصة العلم بالشرط ومناقشته ، فانه لايلزم به ، وبخلاف ذلك يعد الشرط مفروضاً على المتعاقد ، ومثل هذا القول لايمكن قبوله الا اذا كنا بصدد عقد اذعان ، ولذلك فان الشرط المألوف العام يعد جزء من التعاقد متى ما وافق عليه كلا الطرفين، وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (تعتبر الشروط العامة والخاصة والفنية وجدول الكميات جزءاً واحداً واجب التنفيذ ، ولذا تعتبر اعمال الدرز الموضحة فيها جزء لايتجزء من العقد وليس عملاً اضافياً)[2].

اما محكمة النقض الفرنسية ، فقد قضت في قرار لها بصحة الشرط المألوف العام الوارد في لوحة الاعلان والذي ينص على عدم مسؤولية صاحب الكراج (المرآب) عن سرقة السيارة الموضوعة داخل الكراج ، حيث جاء في قرارها (رد الدعوى المقامة ضد مستثمر موقف سيارات بسبب سرقة سيارة، لان بطاقة اشتراك السائق ، كانت تبين بوضوح ان دخول الموقف يعني قبول النظام الداخلي الملصق على مدخل الموقف ،

---

[3] د. اسماعيل محمد المحاقري-مصدر سابق –ص259.

[4] جاك غستان- المطول في القانون المدني – تكوين العقد- ترجمة منصور القاضي –ط1 – المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع -2000– ص99.

[5] د. احمد شرف الدين – اصول الصياغة القانونية للعقود – بلا مكان ولاتاريخ نشر-ص208-209.

[1] د. محمد عبد الظاهر حسين – مصدر سابق –ص65.

[2] رقم القرار -5-هيئة عامة -1971بتاريخ 1972/2/11-مجلة القضاء –سنة27-ع(1، 2)-1972-ص359.

لذلك لم يكن من الممكن ان يجهل صاحب العلاقة ان المستثمر كان يرفض التأمين ، أي انه غير مسؤول عن تأمين السيارة ضد السرقة)[1].

وكما قضت في قرار اخر (بان اللوحة ذات الاطار (لوحة الاعلان) ، كانت قد وضعت فوق المشجب الكائن في غرفة المشاهد (الانتظار) منبهة الزبائن ، ان المؤسسة لاتقبل بان تكون مودعة للملابس المعلقة في غرفة الانتظار ، ان لم يكن هناك عقد ايداع وحسب ، وبخلافه لاتعد المؤسسة ملزمة بمراقبة ملابس زبائنها)[2].

نستنتج مما تقدم، ان الشرط المألوف العام يعد ملزماً للمتعاقدين شأنه شأن بقية شروط العقد ، وان ادراجه ضمن الشروط العامة لايقلل من قيمته ، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان للطرفين الحق في تعديل حكم الشرط العام المألوف من خلال ادراج شرط خاص ينص على تعديل حكمه ، وقد لاينتهي الامر الى حذف الشرط العام المألوف او تعديله وانما اعماله الى جانب الشرط الخاص ، وذلك في حالة عدم حدوث تعارض بينهما .

المطلب الثاني
الشرط المألوف التعسفي

هو الشرط الذي يتكرر ادراجه في عقود الاذعان المحررة من قبل الطرف القوي ، ويكون من شأن ايراده فيها ان يخفف من التزامات هذا الطرف على حساب الطرف الاخر ، والذي يضطر الى قبوله ، وذلك لحاجته الماسة الى السلعة او الخدمة التي لايستطيع الحصول عليها الا عن طريق التعاقد ، ولذلك يجب عليه ان يقبل بكل شروط العقد ، حتى لو تضمنت شروطاً تعسفية مطبوعة ومعدة سلفاً من قبل الطرف القوي[1].

---

[1] محكمة باريس 27 كانون الثاني -1982- المجلة الفصلية للقانون المدني – 1982 –ص426، وكذلك قرار رقم 9 كانون الثاني – 1980- المجلة القضائية للقانون المدني -1980-ص783- اشار اليه جاك غستان – تكوين العقد – مصدر سابق –ص420.

[2] الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية –بتاريخ 1/آذار /1989/النشرة المدنية – رقم 57 –ص38- اشار اليه جاك غستان – مصدر سابق-ص421.

[1] د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – القاهرة-دار النهضة العربية – 2002-ص6-7، د. عمر عبد الباقي – الحماية العقدية للمستهلك – الاسكندرية – منشأة المعارف – 2004-ص403، د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق-ص345.

وبتكرار ادراج هذه الشروط وبصورة مستمرة في العقود ، تصبح مألوفة لدى المتعاقدين مثال ذلك شرط الاعفاء من المسؤولية او شرط سقوط الحق في وثيقة التأمين[2].

ويرجع سبب انتشار هذه الشروط التعسفية المألوفة في عقود الاذعان ، نتيجة لكثرة تكرار استعمالها من قبل الاطراف المتعاقدة ولفترات طويلة ، حتى اعتادوا على وجودها في مثل هذه العقود ، رغم كونها شروطاً تعسفية ، ينفرد الطرف الاقوى ، بصياغتها ، بعبارة اخرى ان انفراد احد الاطراف بصياغة شروط العقد ، تعطيه الفرصة لوضع شروط تخفف من التزاماته وتشدد من التزامات المتعاقد الاخر[3].

ولكن مجرد ادراج الشرط المألوف في عقد الاذعان لايعد مبرراً كافياً لاهداره وعدم الاعتداد به ، متى ماتبين ان المنفعة التي يحصل عليها المستفيد من الشرط ، تقابلها منفعة يحصل عليها المتعاقد الاخر هذا من جانب ، ومن جانب اخر الاصل عند ابرام العقد ، ان للافراد حرية في تضمين عقودهم بما يشاؤون من شروط طالما كانت هذه الشروط غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام والاداب العامة[1] ، كما ان الشرط المألوف اذا ورد في العقود التي لاتتفاوت فيها المقدرة الاقتصادية والفنية للمتعاقدين، أي عندما

---

[2] د. محمد حسام محمود – مصدر سابق –ص123.

[3] وقد يعمد المحترف في هذه العقود الى ايهام المتعاقد الاخر ، بان هذه الشروط تحقق مصلحته، كما في شروط البيع بثمن مقسط مثلاً ، فهو يوضح للمشتري مزايا الشراءوتوزيع الثمن على فترات زمنية ، غير انه لايلفت نظره الى الشروط التي اعتاد على ادراجها في عقوده ، وهي شروط تحديد المسؤولية والشروط الجزائية وغيرها التي تؤدي الى زيادة اعباء المشتري والتزاماته على نحو الذي لم يكن ليقبل به ، لو علم بهذه الشروط ابتداءاً ، او بما تؤدي اليه من نتائج واثار . انظر د. سميحة القليوبي – شرح العقود التجارية – دار النهضة العربية -1988-ص19.

[1] وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (العقد شريعة المتعاقدين) ، وكل شرط وارد فيه معتبر ، ما لم يكن مخلاً بالنظام العام او مخالفاً للاداب ، وان اشتراط الضمان على المتعاقد المخل بواجبه ، معتبر وواجب التنفيذ ،فهذا الاخلال يلزمه بالضمان المشروط في العقد). رقم القرار 410/ب/1949 بتاريخ 19-12-1949 – مجلة القضاء – السنة 54- ع (1، 2، 3، 4) – بلا تاريخ نشر –ص274. كما قضت محكمة التمييز العراقية في قرار أخر (بان اشتراط الضمان من قبل احد المتعاقدين على الاخر ، يعد مخالفاً للنظام العام ولايعتد به ، لاحتمال تضرر البائع اذا لم يوفي المشتري بالتزامه ، يكون قائماً بالنسبة للمشتري ايضاً اذا لم يوفِ البائع بالتزامه ، فاشتراط الضمان من قبل احد المتعاقدين على الاخر باطل لمخالفته للنظام العام ، رقم القرار 2093 بتاريخ 1950/5/22- مجلة القضاء-ع(1، 2، 3 ،4) سنة 54-ص265. اما محكمة النقض المصرية فقد قضت (بان وصف العقد ، بانه عقد اذعان لايعني ان تتصف الشروط التي قبلها المذعن واقتضتها المصلحة العامة بصفة التعسف) . نقض مدني مصري بتاريخ 25-5-1990- المكتب الفني – السنةالاولى –رقم 133- ص529، نقلاً عن د.سليمان براك – مصدر سابق –ص146.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها (بان كل شرط حتى اذا كان مفروضاً في عقد اذعان مطبوعاً سلفاً ، يجب النظر اليه في ضوء الاثر المترتب عليه ، وبالتالي يعتبر من قبيل التجاوز تعميم القول ، بان هذه الشروط المطبوعة يجب ان تفسر دائماً في مصلحة الطرف المذعن)
Cass Com,17Janv,1967-Bull.civ.39,p.34.

نقلاً عن د. عبدالله حسين علي – حماية المستهلك من الغش الصناعي والتجاري – بلا مكان ولاتاريخ نشر –ص161.

يكون كلا الطرفين محترفين ، وكانوا قد اعتادوا في عقودهم على ادراج مثل هذا الشرط ، فانه يعد صحيحاً ، وعلة ذلك ان هؤلاء الاشخاص من نفس التخصص المهني ، مما يعني معه انهم على علم بكل الشروط سواء أكانت تعسفية او غير تعسفية ، لذلك فهم ليسوا بحاجة الى توفير الحماية لهم ، فهم اقدر على حماية مصالحهم ولايحتاجوا لمن يحميهم ، بخلاف الحال فيما اذا ورد الشرط في عقد تم بين متعاقدين احدهما قليل الخبرة بالتعاقد ولم يتسنَّ له الوقت لكي يتبين حقيقة مضمون الشرط وما يترتب عليه من اثار ، فالشرط في هذه الحالة يبطل اذا كان من شأنه الحاق الضرر بالمتعاقد القليل الخبرة ، مثال ذلك بطلان شرط الاعفاء من ضمان العيب الخفي ، اذا ورد في عقد ابرم بين مشتري غير محترف وبائع محترف ، وعلة ذلك ان البائع بما لديه من خبرة في امور التعاقد ، قد يكون عالماً بالعيب ومع ذلك اشترط براءة منه[1].

اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من الشرط المألوف التعسفي فقد نص في المادة (2/167) منه (اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان يتضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

من نص المادة يتضح، ان للقاضي ان يتدخل لتعديل او الغاء الشرط التعسفي واعفاء الطرف المذعن منه[2] ، متى ما تبين له ان الشرط قد يرهق المتعاقد الاخر ، ومدى تقدير القاضي لهذا الشرط من حيث كونه تعسفياً ام لا ، يخضع لرقابة محكمة التمييز[3] .

وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها بصحة شرط عدم المسؤولية الوارد في عقد التأمين ، حيث جاء في قرارها (لاتسأل الشركة عن تعويض المؤمن له عن قيمة الضرر الذي لحقه بمحله نتيجة الحريق ما دام قد نقل محتوياته الى مكان اخر واخفى ذلك عن المؤمن ، خلافاً للشرط المدرج في الوثيقة والذي دون بصورة ظاهرة وبكيفية تختلف عن باقي مدرجات الوثيقة.....)[1].

اما القانون المدني المصري ، فقد اورد نص المادة (149) منه والتي تقابل نص المادة (2/167) من القانون المدني العراقي[2]، وبموجب نص المادة اعطى المشرع المصري للمحكمة تقدير فيما اذا كان الشرط تتحقق فيه صفة التعسف من عدمه ، وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (اذا وجد القاضي تعسفاً في شروط العقد ، جاز له ان يعفي الطرف المذعن منها ، حتى اذا كانت شروط العقد صريحة وواضحة في معناها ، لان الاصل في الشرط العدالة في لزومه بما يفرضه نصه وهذا ما نصت عليه المادة (1/149) من القانون المدني المصري ، فاذا تم العقد بطريق الاذعان وكان يتضمن شروطاً تعسفية ، فللقاضي ان يعفي الطرف الاخر منها وفق ما تقضي به العدالة

---

[1] د. سليمان دايح براك – مصدر سابق – ص18.

[2] د. حسن علي الذنون – أصول الالتزام – بغداد – مطبعة المعارف – ص1970-ص61.

[3] انظر قرار محكمة التمييز رقم 1040/حقوقية /69- بتاريخ 1969/11/17- قضاء محكمة التمييز – بغداد – مطبعة الحكومة – 1972-ص337.

[1] رقم القرار 732/مدنية اولى –بتاريخ 6-7-1978- مجموعة الاحكام العدلية –ع(3) –سنة 9 - 1978-ص15.

[2] انظر م (204) مدني اردني - م (110) مدني جزائري- م(217) مدني يمني .

ومحكمة الموضوع هي التي تملك تقدير فيما اذا كان الشرط تعسفياً ام لا ، واذا انتهت باسباب شائعة الى اعتبار الشرط الوارد في البند الثاني المطعون فيه شرطاً تعسفياً يجب الاعفاء منه ، من ثم مايثره الطاعن في هذا الشأن من جدل موضوعي غير مقبول)[3].

كما قضت في قرار اخر (ان الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة ، اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام ، كما ان عقد الايجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لايعتبر من عقود الاذعان)[4].

ومما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان سلطة قاضي الموضوع في مسألة تعديل والغاء الشرط التعسفي، تعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها لوحده وبحدود ما تقضي به العدالة[1] ، دون وجود أي رقابة على قراره[2].

اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي ، فلم يرد فيه نص مماثل للمادة (2/167) من القانون المدني العراقي ، الا ان متطلبات الحياة والتعامل جعلت القضاء الفرنسي يلتفت الى مسألة التعسف في الشروط ومحاولة وضع الحلول لها ، أي ان للقضاء سلطة تقدير فيما اذا كان الشرط تعسفياً من عدمه ، وله الحق في اتخاذ مايراه مناسباً من حيث تعديله او الغائه[3].

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من الشرط المألوف التعسفي ، فيمكن ان نستنتج حكمه ببطلان هذه الشروط بوجه عام ، من خلال الحكم ببطلان كل شرط مناقض لأصل شرعي[4]، وكل ما كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين [5].

نستنتج مما تقدم ، ان للقاضي سلطة تقديرية في تعديل او الغاء الشرط التعسفي واعفاء الطرف المذعن منه، متى ما تبين له ان الشرط تعسفي ومجافي للعدالة ومن شأن اعماله في العقد ان يرهق المتعاقد ويسبب له ضرراً .

---

[3] الطعن رقم 388/سنة 57ق جلسة 12-12-1989-س40-ع(3)-ص288، احمد سعيد شعلة – قضاء النقض في التأمين – الاسكندرية – منشأة المعارف -1997-ص13.

[4] الطعن رقم 230 سنة 24 جلسة 13-11-1958-سنة 9-ص689 ، احمد سعيد شعلة – المصدر سابق –ص128.

[1] د. عبد الفتاح بيومي – حماية المتعاقد عبر شبكة الانترنيت –ط1-الاسكندرية –دار الفكر الجامعي – 2006-ص50.

[2] انظر الطعن رقم 1320 سنة 55 جلسة 22-4-1991-د. معوض عبد التواب – المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني – ج1 – الاسكندرية – منشأة المعارف -2000-ص473

[3] انظر Dolloz- obligation-1998-p.68.

[4] شمس الدين السرخسي – المبسوط – ج13 –ط2-بيروت –لبنان- دار المعرفة للطباعة والنشر – بلا تاريخ نشر– ص13-14 ، ابن تيمية- القواعد النورانيه الفقهية – تحقيق حامد مصطفى الفقمي – ط1 – القاهرة – المطبعة المحمدية -1370هـ-1951-ص188، جعفر بن الحسن بن ابي زكريا المحقق المحلي – شرائع الاسلام في الفقه الجعفري – بيروت – مكتبة دار الحياة – بلا تاريخ نشر – ص175.

[5] كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي – شرح فتح القدير –ط1-ج5 – مصر – المطبعة الاميرية -1316هـ-ص218، فخر الدين الزيلعي – تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق – ط2-ج4- بيروت – دار المعرفة للطباعة الحديثة-بلا تاريخ نشر – ص57-58 ، زين الدين الجعبي العاملي- الروضة البهية –ج2-بلا مكان طبع- 1378هـ- –ص119-120.

الفصل الثاني
حجية الشرط المألوف

ان البحث عن حجية الشرط المألوف المدرج في العقد ، تظهر عندما يثار نزاع بين المتعاقدين بشأنه ، فيتعين على القاضي عندئذ الكشف عن اهميته بالنسبة للمتعاقدين ومدى تعبيره عن الارادة المشتركة لهما من عدمه ومايترتب على ذلك من وجوب اعمال هذا الشرط او اهماله .

ولبيان ذلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الاول لأعمال الشرط المألوف والثاني لأهمال الشرط المألوف.

المبحث الاول
اعمال الشرط المألوف

اذا أقترن العقد بشرط مألوف ، وكان هذا الشرط معبراً عن النية المشتركة للمتعاقدين ، يعمل به وذلك لان أعمال أي شرط مرهون بتعبيره عن النية وعدم مخالفته لها، ولا للغرض المقصود من التعاقد، ولايقتصر نطاق الاعمال على الشرط الذي يرد في وثيقة العقد وانما يمتد ليشمل الشرط المألوف الوارد في المستندات السابقة او اللاحقة للتعاقد ، على ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند اعمال الشرط المألوف توافقه مع النص القانوني الامر.

ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الاول شروط أعمال الشرط المألوف ، والثاني نطاق أعمال الشرط المألوف .

المطلب الاول
شروط أعمال الشرط المألوف

ان الشرط المألوف الوارد في العقد ، يعمل به ويصبح أعماله حجه على المتعاقدين متى ماتحققت فيه ثلاثة شروط وهذه الشروط هي :

توافق الشرط المألوف مع النيه المشتركة للمتعاقدين ، والغرض المقصود من التعاقد، وتوافقه مع النص القانوني الأمر ، وهذا يعني يجب ان لايرد الشرط مخالفاً لاحكام القانون او للنظام العام والاداب العامة ، وبخلاف ذلك يهمل الشرط استناداً الى نص م 2/131 من القانون المدني العراقي والتي نصت (كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير ، اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للاداب ، والا لغا الشرط. وصح العقد ، مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً.

ولبيان شروط أعمال الشرط المألوف ، سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، نخصص لكل شرط فرع مستقل .

الفرع الاول
توافق الشرط المألوف مع النيه المشتركة للمتعاقدين

ان الشرط المألوف لايعمل به الا اذا توافق مع النية المشتركة للمتعاقدين ، والتي هي عبارة عما اتفق المتعاقدان عليه وتقابل بشأنه ارادتهما الحقيقية ، فعبرا عنها بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونها ، وهي اساس وجود العقد [1].

ولمعرفته مدى توافق الشرط المألوف مع النية المشتركة ينبغي اولاً الكشف عن هذه النية ، ثم البحث عن مدى توافق الشرط معها ثانياً .

اما بالنسبة لمسألة الكشف عن النية المشتركة ، فيمكن استخلاصها من الارادة الظاهرة متى ماكانت متطابقة مع الارادة الباطنة [2] ، اما اذا قام الدليل على كون الارادة الظاهرة المستخلصة من الشروط والعبارات الواردة في العقد لاتعبر عن الارادة الباطنة ، فيجب عندئذ الكشف عن النيه المشتركة للمتعاقدين [1] ، من ثم نبحث عن توافق الشرط المألوف معها ، هذا يعني ان القاضي لايقف عند حدود الارادة الظاهرة التي قد لاتعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين بوضوح ، وانما عليه ان يبحث عن قصد المتعاقدين الحقيقي[2] ، والذي قد يتضح توافقه مع الشرط المألوف ، فيعمل به وذلك استناداً الى نص م (155 /1) من القانون المدني العراقي والتي نصت (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني للالفاظ والمباني) [3].

وقد نص القانون المدني المصري على ذلك في م (150 /2) منه والتي جاء فيها (اذا كان هناك محل للتفسير ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)[4].

اما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة(1156) على وجوب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين [5].

---

[1] انظر د. احمد شوقي عبد الرحمن –تفسير العقد ومضمونه وفقاً لقواعد الاثبات – الاسكندرية – منشأة المعارف -2003 ص83.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ص 676 –د. طارق كاظم عجيل – الوسيط في عقد البيع – ج1 – ط1 – بغداد – مكتبة السنهوري – 2008 – ص5.

[1] د. عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج4 ، بيروت - المجمع العلمي العربي الاسلامي - بلا تاريخ نشر - ص 9 . د. عبد المنعم فرج الصده - مصدر سابق - ص319 ، وانظر ايضاً د.محي الدين اسماعيل - نظرية العقد - بلا مكان ولا تاريخ نشر - ص 152 وما بعدها .

[2] د. سليمان بو ذياب – مبادئ القانون المدني الاردني – الاردن –المؤسسة الجامعية للنشر – 2003-ص132.

[3] انظر (م 214 /1) مدني اردني ، م (6) مدني يمني – م (111) مدني جزائري .

[4] اذا تبين ان الارادة الظاهرة هي مجرد دليل على الارادة الباطنة ، فمثل هذا الدليل قابل للاثبات العكس - انظر د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - الالتزامات - ج2- القاهرة - المطبعة العالمية - 1964 - ص211 ، د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد- الاسكندرية - المكتب المصري الحديث - 1969 - ص 260 .

[5] انظر ايضاً المواد (1157) و (1159) و (1160) و 1161) من القانون المدني الفرنسي.

ومما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان على المحكمة عند استجلاء ارادة المتعاقدين، اللجوء الى الوسائل المادية وهي الالفاظ التي يعبر عن طريقها المتعاقدان عن ارادتهما المشتركة او ما يقوم مقام الالفاظ من كتابة او اشارة او كل ما من شأنه ان يوصل الى الارادة المقصودة اذا كان في التعبير ابهام او غموض ، وليس للمحكمة ان تعتمد في استخلاص الارادة المشتركة على قناعتها فقط دون الركون الى الوسائل المادية والاستدلال على الارادة منها، والاستعانة ايضاً بوسائل التفسير وهي قواعد لغويه وقضايا مسلم بها وعرف وتعامل [1].

فطبيعة التعامل[2]، والامانة والثقة الواجب توافرهما لدى المتعاقدين[3] والعرف الجاري في المعاملات[4] كلها معايير يمكن من خلالها الكشف عن النية المشتركة والتي يمكن بعد التوّصل اليها ان نبحث مسالة توافق الشرط المألوف معها ، وبالتالي اعماله.

وعلى ذلك فانه في حالة تنازع المتعاقدين حول مضمون أي شرط من شروط العقد وجب ان نبحث بدأ عن مدى توافق هذا الشرط مع عبارات وشروط العقد الاخرى والتي بعضها يفسر البعض الاخر [5] ، في بلوغ المقصود من العقد المتكون من مجموعها ، فكل عباره او شرط وارد فيه ، يشكل جزء منه ، فلا يجوز للقاضي عند البحث عن النية المشتركة ان يقف عند المعنى الوارد في عبارة من عباراته، او بعض عباراته ، بل لابد ان يحيط بمعنى عباراته وشروطه جميعها ، اذ ان هذه الشروط بأجمعها تمثل النية المشتركة للمتعاقدين ، وبعضها يفسر البعض الاخر ، فاذا اتضح توافق الشرط المألوف معها وعدم معارضته لها، يعمل به ، على ان لايعتد القاضي عند اعمال الشرط المألوف ، بالمعنى المستمد من الشرط فقط دون النظر الى بقية الشروط والعبارات المدرجة في العقد .

اما اذا تبين عند البحث عن مدى توافق الشرط المألوف مع شروط وعبارات العقد وجود تعارض بين الشرط المالوف وشرط آخر، في هذه الحالة يجب على القاضي ان يحاول التوفيق مابين الشرطين ، فاذا تمكن من ذلك يعمل بهما معاً، واذا لم يستطيع التوفيق بينهما ، يعمل بالشرط الاكثر تعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين ، سواء أكان الشرط المألوف أم غيره مثال ذلك الشرط المألوف الوارد ضمن الشروط العامة ، ثم يرد بالعقد نفسه شرط خاص ، فعند التعارض بينهما يعمل بالشرط المعبر عن النية المشتركة ، وبما

---

[1] أ.منير القاضي - ملتقى البحرين -الشرح الموجز للقانون المدني العراقي –مج1- بغداد - مطبعة العاني-1952- ص 257 و258.

[2] ان طبيعة التعامل قد تفرض اوضاع معينة لبعض العقود ، فتسري على الكافة دون تميز ، وتفترض بالتالي ارادة مشتركة يتعين التسليم بقيامها ، رغم انها قد لاتكون قائمة بالفعل. انظر د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص228و229.

[3] انظر م(150) مدني عراقي - م(2/150) مدني مصري - م(239/ف2) مدني اردني – م(215) مدني يمني م (111)مدني جزائري ، م(1134 و1135) مدني فرنسي .

[4] انظر د. عبد الحكم فوده - مصدر سابق - ص 236 . د. عدنان السرحان - د. نوري حمد خاطر - مصدر سابق - ص 246و247 . د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - مصدر سابق - ص320 . د. نبيل ابراهيم سعد - مصدر سابق - ص 267 .

[5] د. عبد الفتاح عبد الباقي - مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي - نظرية العقد - والارادة المنفردة - بلا مكان طبع - 1983 - ص 501 .

ان العبارات الخاصة تقيد العبارات العامة الواردة فيها سواء أكانت سابقة ام لاحقه[1]، فالشرط الخاص يعمل به ، لتعبيره عن النية المشتركة ، في حين اذا كان اعمال الشرط الخاص لايؤثر على الشرط العام او لايوجد في الشرط الخاص ما يلغي حكم الشرط العام المألوف، فيعمل بهما معاً ، وذلك على اعتبار ان كلا الشرطين يمثل النية ، بعبارة اخرى ان أعمال الشرط المألوف العام الى جانب الشرط الخاص يستند الى النية المشتركة ، لانه لو كان في نية الطرفين عدم اعماله لاشارا الى ذلك في الشرط الخاص من خلال تضمينه حكم يتعارض مع حكم الشرط العام المألوف .

وبالرغم من عدم وجود نص في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري على القاعدة ، الا ان ذلك لم يمنع القضاء في العراق ومصر من تطبيق هذه القاعدة[2]، اذ ذهبت محكمة التمييز في قرار لها (بان الشروط العامة والخاصة للمقاولة بعضها يكمل البعض الاخر ، وكلها ملزمة للطرفين ، فالنص الوارد في الشروط العامة بلزوم توجيه رب العمل انذار للمقاول في حالة اخلاله ، لم يبلغ بما ورد في الشروط الخاصة من جواز قيام رب العمل ، بالعمل على حساب المقاول ، مادام النص الخاص لم يعف رب العمل من توجيه الانذار) [1].

وكما قضت في قرار آخر (بان شروط العقد المبرم بين الطرفين كلها عاملة وملزمة لطرفي العقد)[2].

اما محكمة النقض المصرية فقد قضت في قرار لها (اذا كان لايجوز للمحكمة وهي تعالج التفسيرات ، ان تعتد بما تفيده عبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر ، بل يجب عليها ان تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها ، فان الحكم المطعون فيه ، اذا وقف عند البندين 17و18 وفسر عباراتها دون اعتبار لما يكملها من عبارات البنود الاخرى ومنها البند (3) فانه يكون قد مسخ نصوص العقد وخالف قواعد التفسير) [3].

اما القانون المدني الفرنسي ، فقد نص في م (1161) منه ، على قاعدة عبارات العقد وشروطه بعضها يفسر البعض الاخر ، أي ان شروط العقد متكاملة ومتفاعلة ويشرح البعض منها البعض الاخر ، وبالتالي يصعب فهم أي شرط لوحده في حالة عزله عن مجموع التصرف ، حتى لو كان واضحاً في ذاته طالما انه عند تقريبه من شرط أخر يحدث التعارض ، وبناء على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها (بان شخصاً أمن على سياراته من خطر السرقة ، وبعد سرقتها اقام دعوى على شركة التأمين مطالباً بالتعويض ، عرضت القضية على محكمة الاستئناف، فرفضت دعوى المطالبه بالتعويض ، على سند القول ان خطر السرقة كان منصوصاً عليه في

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري –الوسيط-ج1- مصدرسابق-ص610-د.عبد المجيد الحكيم-الموجز- مصدر سابق- ص334.

[2] كما ان القانون المدني الاردني واليمني والجزائري قد خلو من الاشارة الى هذه النصوص .

[1] رقم القرار 43/ هيئه عامه / 71- بتاريخ 1971/6/26- منشور في المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز - اعداد ابراهيم المشاهدي - 1988 -ص 642 .

[2] رقم القرار 964/2044 - بتاريخ 1965/4/20، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني - سنة 5 - ع5 - بغداد - مطبعة الحكومة - 1969 - ص 228 .

[3] الطعن رقم 169 لسنة 37 ق، جلسة 1974/5/7 -ص 25 - ص808 . وانظر ايضاً الطعن 213- سنة 39 ق- جلسة 1974/11/26 - س 25 ، ص 1291 - حسن الفكهاني - الموسوعة الذهبية - ج8- القاهرة - الدار العربية للموسوعات - 1982 - ص 829 .

الشروط العامة للوثيقة ، ولكن الشروط الخاصة قصرت الضمان على الحوادث ، واذ عرض النزاع على محكمة النقض انتهت الى ان الشروط الخاصة وان كانت قد قصرت الضمان على خطر الحوادث ، الا انها لم تذكر اية مخالفة صريحة لخطر السرقة الوارد ضمن الشروط العامة ، وان ما انتهت اليه محكمة الاستئناف يعد تحريفاً للشروط الواضحة والصريحة في العقد)[1].

مع الاخذ بنظر الاعتبار ، اذا كان الشرط المألوف المتعارض مع الشروط الاخرى يحمل اكثر من معنى وكان بالامكان حمله على المعنى الذي ينتج معه اثراً ، فمن الاجدر حمله على هذا المعنى وأهمال المعنى الاخر ، لان المفروض ان المتعاقدين لايدرجان شروط ليست لها معنى ، كما انهما يهدفان من وراء ايراد هذه الشروط تحقيق نتيجة قانونية [2]، بعبارة اخرى يحمل الشرط على المعنى غير المتعارض مع شروط العقد ، أي المتفق مع نية وارادة المتعاقدين الحقيقية[3] ، بحيث يمكن معه ان ينتج اثراً قانونياً[4].

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من مسألة توافق الشرط المألوف من النية المشتركة ، فان العبارات والالفاظ لايؤخذ بها الا اذا كانت معبرة عن قصد المتعاقدين، اما اذا لم يكن اللفظ معبراً عنه ، فوجوده وعدمه سواء ، وقد عبر الجعفرية عن ذلك بقولهم (الصيغة انما تسمى عقداً بضميمة المقصود منها ايجاباً وقبولاً)[5] .

كما قال ابن قيم الجوزية بهذا الصدد (ان القصود في العقود معتبره دون الالفاظ المحررة التي لم يقصد بها معانيها او حقائقها او قصد غيرها)[6].

وقد ذهب الحنفية الى القول بان عبارات العقد لايعتد بها مالم يتحقق الرضا والاختيار [1].

باستثناء الشافعية الذين يأخذون بالفاظ العقد وعباراته الظاهرة سواء أعبرت ام لم تعبر عن القصد ، بغض النظر عن خفايا النفس التي لايعلمها الا الله [2].

من موقف الفقه الاسلامي يتضح ، انهم لايعتدون بالعبارات الواردة في العقد الا اذا عبرت عن قصد المتعاقدين ، باستثناء الشافعية الذين يأخذون بظواهر العقود ، وهذا يعني

---

[1]Civ- I,116 none 1976, B,1976 ,no, 344,p273.

نقلاً عن د. عبد الحكم فوده ، مصدر سابق ، ص 342 .

[2] انظر تفصيل ذلك د. عبد الحكم فوده مصدر سابق ، ص 105 ومابعدها.

[3] د. عبد الفتاح محمد حجازي – تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن – رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الدول العربية – 1988- ص348.

[4] د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزام - ج1 ، بغداد - 1949 - ص213.

[5] محمد جواد مغنيه ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) - ط1-ج3- بيروت - دار العلم للملايين، 1965 - ص 65و66 .

[6] ابن قيم الجوزيه – اعلام الموقعين عن رب العالمين –مج3- مصر –مطبعة فرج الله الكردي – بلا تاريخ نشر – - ص 99 .

[1] المقصود بالاختيار (ارادة التعبير) ، والرضا (ارادة الاثر) . انظر تفصيل ذلك ابن عابدين - حاشيه رد المحتار المسماة رد المحتار على الدر المختار - ج4 - بلا مكان طبع ولا تاريخ نشر - ص 8 .

[2] ابي عبد الله محمد بي ادريس الشافعي ، كتاب الام ، ط1، ج6 ، دار الفكر العربي للطباعة ، 1400 هـ ، ص 215 .

ان الشرط المألوف اذا كان معبراً عن قصد المتعاقدين يعمل به طبقاً لقاعدة (اعمال الكلام اولى من أهماله)[3].

الفرع الثاني
توافق الشرط المألوف مع الغرض المقصود من التعاقد

يستهدف المتعاقدان من ادراج الشرط المألوف تحقيق مصلحة معينة يكمن فيها الغرض المقصود من التعاقد[1]، والذي يعد جزء لايتجزء من النيه المشتركة للمتعاقدين وبمان الغرض جزء من النية ، يجب ان يرد الشرط المألوف متوافقاً معه ، اما اذا حدث تعارض بينهما ، فالغرض هو الذي يرجح ، لان الشرط وسيلة والغرض غاية ، وعندما تعارض الوسيلة مع الغاية ، ترجح الغاية [2].

واذا كان الشرط يحمل معنيين ، فيؤخذ عندئذ بالمعنى الذي يرتب اثراً ويكون في الوقت نفسه متفق مع الغرض المقصود من التعاقد ويهمل الاخر[3].

والغاية من توافق الشرط مع الغرض هي ، ان أعمال أي شرط يتم في ضوء الغرض الذي يهدف اليه المتعاقدين ، فاذا تبين اثناء الاعمال ان الشرط من شأنه عدم تحقيق الغرض ، يطرح حكم الشرط جانباً ، وبعبارة اخرى ان الشرط المألوف عندما يعمل به

---

[3] انظر المادة (12)، (60) ، (61) ، (62) من مجلة الاحكام العدلية .

[1] وقد اشار التقنين المصري السابق الى اهمية الغرض المقصود من التعاقد ، حيث قرر في 199/138 منه (يجب تفسير المشارطات على حسب الغرض الذي يظهران المتعاقدين قد قصدوه، مهما كان المعنى اللغوي للالفاظ المستعملة فيها) تاكيداً لهذه الاهمية فقد نصت م 2/215 من المشروع التمهيدي للقانون المدني انه (اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، وجب البحث عن النية المشتركة لمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبالغرض الذي يظهر ان المتعاقدان قد قصداه) ولكن اللجنة حذفت العبارة الاخيرة ، اكتفاء بعبارة (فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين) وهذا يدل على ان الغرض المقصود من التعاقد يمثل النية ، انظر مجموعة الاعمال التحضريه – للقانون المدني المصري –ج2- مصادر الالتزام – مصر – مطبعة دار الكتاب العربي – بلا تاريخ نشر - ص 298 .

[2] برهان زريق - نظرية العقد في القانون المدني والاداري - الاسكندرية - منشأة المعارف - 2005 - ص 58 .

[3] انظر م (158) مدني عراقي – م(216) مدني اردني – م(1157) مدني فرنسي- اما القانون المدني المصري والجزائري واليمني فقد خلو من الاشارة لمثل هذا النص.

في العقد يجب ان يكون دالاً على الغرض ومطابقاً له ولطبيعة العقد ، اما اذا تبين العكس فان الشرط لايترتب عليه أي اثر ، مثال ذلك لو اشترط المشتري في عقد البيع ان يقوم البائع بتصليح المبيع اذا حدث فيه خلل خلال مدة معينة ، فيتم أعمال الشرط اذا حدث خلل في المبيع يجعله غير صالح للعمل دون تمييز بين ان يكون الخلل عيباً يوجب الضمان او لم يكن كذلك [1] .

والمقصود بالخلل الذي يوجب أعمال الشرط هو الخلل التلقائي الذي يتفق مع طبيعة العقد ، اما الخلل الذي يحدث بفعل المشتري او الغير فلا يعمل به ، لعدم توافقه مع طبيعة العقد ولا الغرض المقصود منه [2].

مع الاخذ بنظر الاعتبار ان الشرط المألوف لوحده لايحقق الغرض المقصود من التعاقد، وانما يجب اتفاقه مع شروط العقد الاخرى ، والتي من خلالها يتحقق غرض المتعاقدين ، لذلك يجب على القاضي ان يعمل هذه الشروط مجتمعه وصولاً الى الغرض، كما ينبغي عليه ان لايقف عند الشرط المألوف لوحده دون النظر الى بقية الشروط ، لان من شأن ذلك ان يؤدي الى تجزئة شروط العقد والذي يعد بمثابة تجزئة للنية المشتركة للمتعاقدين [3].

فعلى القاضي ان يؤخذ بنظر الاعتبار كل الشروط الواردة في العقد والمستندات العقدية الاخرى ، واذا حاول بناء حكمه على احد الشروط المدرجة متجاهلاً الشروط الاخرى ، فأن ذلك يؤدي الى تحريف الغرض المقصود من التعاقد [1].

ومما تجدر الاشارة اليه ان الغرض المقصود من التعاقد قد يستخلص من عبارات العقد ذاتها ، كما يمكن للقاضي ان يستخلصه من الوقائع المحيطه بالدعوى وما تعارف عليه الناس في العقود[2]، مثال ذلك في عقود تأجير البضائع ، يدرج شرط ينص على صلاحية

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط -ج4- البيع والمقايضة – دار النشر للجامعات المصرية – 1960-ص 757وص758 - هامش (3) .

[2] كما ينبغي عند اعمال الشرط المألوف مراعاة نوع العقد بالاضافة الى طبيعة والغرض المقصود منه ، لان مفهوم عبارات العقد وشروطه تختلف تبعاً لنوع العقد ، واتفاق المتعاقدين على نوع العقد يفيد رضائهما بالاحكام والشروط المتناسبة معه ، لذا فاعمال الشرط المألوف يختلف من عقد لاخر تبعاً لنوعه مثال ذلك شرط البراءة من العيب الوارد في عقد البيع ، اذا ثار نزاع بين المتعاقدين على كيفية أعماله وما يجب ان يلتزم البائع بضمانه من العيوب ، فيتم أعماله بالرجوع الى نص م (567) من القانون المدني العراقي والتي نصت (اذا اشترط البائع براءته من كل عيب او من كل عيب موجود بالمبيع وقت البيع ، صح البيع والشرط ولكن في الحاله الاولى يبرأ من العيب الموجود وقت البيع ومن العيب الحادث بعده وقبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من العيب الموجود دون الحادث) وهذا يعني ان شرط البراءة في حالة اشتراطه من قبل البائع يشمل العيوب الموجوده قبل البيع وبعده ولكن قبل القبض ، اما اذا ورد الشرط في عقد الايجار واشترط المؤجر براءته من كل عيب ، فانه يبرأ من العيب الموجود وقت التسليم وبعد التسليم ، ومن هنا يتضح الفارق بين التزام البائع بضمانها وبين التزام المؤجر بضمانها، انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج6-مج1- دار النهضة العربية - 1963 - ص 434 ومابعدها .

[3] د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد التفسير - مصدر سابق - ص 29 .

[1] د. عبد الحكم فوده - مصدر سابق - ص467 .

[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بهذا الشأن ، جاء فيه (لايلزم ان يكون الغرض وارد في نفس العقد ،بل للمحكمة ان تستخلصه من وقائع الدعوى وما تعارف عليه الناس). الطعن رقم 21 ق ، جلسه 1953/4/2 - د. معوض عبد التواب – المرجع-ج1 - مصدر سابق - ص354 .

الشئ للغرض الذي استأجر من اجله ، فلو استأجر شخص زورق لمدة ساعتين ، وبعد ساعة من تأجيره اشتعل الزورق لهباً ، ادى الى اصابة المستأجر بضرر ، فيحق للمستأجر في هذه الحالة ان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء اخلال المتعاقد بالغرض المقصود من التعاقد، والذي يمكن للقاضي ان يستدل عليه من وقائع القضية المعروضة [3].

ومما تقدم نستنتج ، ان الشرط المألوف مهما بلغ درجة من الوضوح ، فلا يعمل به الا اذا اتفق مع الغرض المقصود من التعاقد ، واذا تبين تعارض الشرط معه مما يسبب غموضاً في مضمون العقد ، تعين على القاضي جلاؤه عن طريق التفسير مراعياً في ذلك الغرض المقصود من التعاقد.

الفرع الثالث
توافق الشرط المألوف مع نص قانوني آمر

يجب على المتعاقدين عند قيامهم بادراج الشرط المألوف في العقد، مراعاة توافق الشرط مع النص القانوني الأمر[1] ، ليكون الشرط صحيح ومرتب لكل اثاره، وبخلافه يبطل الشرط ولا يرتب عليه أي اثر ، الا اذا كان الشرط باعثاً للتعاقد ، فيبطل العقد والشرط معاً [2]، ومسألة توافق الشرط مع النص القانوني الامر ، لاتحتاج الى تصريح من قبل المتعاقدين، وذلك لانهما عندما يبرمان عقدهما ، يفترض معه ضمناً ان ارادتيهما متجهة الى توافق الشروط المدرجة في العقد مع نصوص القانون الامرة ، سواء اكانوا يعلمان بها ام يجهلانها [3].

وهذا يعني ان نصوص القانون الامرة تسري على جميع الاطراف المتعاقدة ، ولايمكن لاحدهم ان يخالفها مدعياً الجهل بها ، لكونها تتعلق بالمصلحة العامة وكيان المجتمع[4] ،

---

[3] انظر تفصيل ذلك شيشير- فيفوت – فيرستون - مصدر سابق - ص 332 - 333

[1] النص الامر قد تدل عباراته عليه ، أي ترد فيه (يجب ، يجوز ، كل اتفاق خلاف ذلك باطل) مثال ذلك نص المادة (129/ف2) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل). وقد لاتدل عباراته على ذلك امرة ، وانما يفهم من مضمونها ، وهذا المضمون يتعلق بالنظام العام . انظر د. محمد حسن قاسم – د. نبيل ابراهيم سعد – المدخل الى القانون- القاعدة القانونية – نظرية الحق – منشورات الجلبي – 2005 – ص117 – د. عوض احمد الزغبي – المدخل الى القانون – عمان – الاردن – دار وائل للنشر – 2001 –ص120- وانظر ايضاً علي هادي علون – شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد – 1999-ص111.

[2] د. حسن علي الذنون - اصول الالتزام - مصدر سابق - ص 137 .

[3] د. عبد الحكم فوده- مصدر سابق - ص 111 .

[4] د. عصمت عبد المجيد – أصول تفسير القانون – بغداد -2004 –ص45 – د. انور سلطان – المبادئ القانونية العامة – الاسكندرية – الدار الجامعية للنشر – 2005 –ص52 – د. خالد الزغبي –

والسماح لاي منهم بالادعاء بذلك ، يؤدي الى عدم احترام نصوص القانون من جهة ، وقيام الطرفين المتعاقدين بتضمين عقدهما بما يشأؤون من شروط حتى ولو كانت مخالفة للقانون من جهة اخرى ، ولذلك لايتوقف اعمال الشرط على اتفاقه مع النيه والغرض وانما يجب ان يرد متوافقاً مع مانص عليه القانون وبخلافه ذلك يهمل الشرط [1].

والغاية من توافق الشرط مع النص الامر هو لاجبار المتعاقد على وضع شروط مألوفة غير مجحفة بحق الطرف وغير مخالفة للنظام العام والاداب[2] ، وبحدود ما تسمح به هذه النصوص ، سواء أوردت هذه الشروط في عقود المساومة ام عقود الاذعان[3] .

وبناء على ذلك ، نجد اغلب شركات التأمين رغم كونها تحرص على المنافسة بتقديم شروط افضل ، لكنها ملزمة بادراج شروط تتفق مع احكام القانون ، مثال ذلك شرط التحكيم المألوف في وثائق التأمين ، يجب ان يرد الشرط متوافقاً مع نص المادة (985/ف4) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (يبطل شرط التحكيم اذا ورد بين الشروط العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق منفصل عن الشروط العامة).

من نص المادة يتضح ، ان اعمال الشرط المألوف يتوقف على توافقه مع هذا النص الامر ، فاذا ورد الشرط في صورة اتفاق منفصل يعد صحيحاً ويجب العمل به ، وبخلاف ذلك يبطل الشرط ولايحتج به على المؤمن له لمخالفته النص الامر[4].وكذلك شركات النقل، رغم ان الراكب يقدم على شراء التذكرة دون ان يجري أي مناقشة حول مادون فيها ، الا انه في الوقت ذاته سوف يجد هذه الشروط متوافقة مع احكام القانون والنظام العام وغير مخالفة لهما [1].

وفي نطاق عقود المساومة ، لو ادرج المتعاقدان شرطاً ينص على اعفاء البائع من ضمان أي عيب يظهر في المبيع ، فأعمال هذا الشرط ، يخضع لنص م(2/568)من القانون المدني العراقي[2] والتي جاء فيها (كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطل ، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه) ،بعبارة اخرى ان أعمال هذا الشرط المألوف في التعامل[3]، يتطلب توافقه مع نص المادة اعلاه ، وذلك لان من شأن ادراج

د. منذر الفضل – المدخل الى علم القانون – ط2 – مطابع الارز – 1998 – ص49 – د. محمد شكري سرور – النظرية العامة للقانون –ط2 – دار النهضة العربية – 1996-ص118.

[1] د. احمد شوقي عبد الرحمن - الدراسات البحثية في نظرية العقد – الاسكندرية – منشأة المعارف - 2006 - ص 343 .

[2] انظر د. سعيد سعد عبد السلام – مصادر الالتزام المدني – ط1 – القاهرة – دار النهضة العربية - 2002-2003-ص54. د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص437

[3] انظر بهذا الصدد د. عبد المنعم فرج الصدة – عقود الاذعان في التشريع المصري – مطبعة جامعة فؤاد الاول – 1946 – ص6 ومابعدها وانظر ايضاً شيماء الشيخلي – عقد الاذعان – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين -2000-ص23وما بعدها.

[4] د. محمد ظاهر معروف – شرط التحكيم في القانون الدولي الخاص – بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني – ع1- السنة السابعة – شركة الطبع والنشر الاهلية – 1970 – ص23- د. عبد الودود يحيى – الموجز في عقد التأمين – القاهرة – دار النهضة العربية – 1976-ص129.

[1] د. عبد الحكم فوده ، مصدر سابق ، ص 337 .

[2] انظر م (453) مدني مصري – م(514) مدني اردني – م(557) مدني يمني- م(384) مدني جزائري .

[3] د. سليمان براك دايح، مصدر سابق ، ص 93 .

هذا الشرط في العقد ان يعفي البائع من التزامه بضمان العيب[4] ، في الوقت الذي يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه ، وهنا تظهر خطورة شرط الاعفاء ، وما قد يسببه من ضرر للمشتري ، فمن اجل المحافظة على حقوق المشتري وخاصة اذا كان قليل الخبرة بالتعاقد ، يحكم ببطلان الشرط اذا خالف النص الامر ، ويحق للمشتري ان يرجع على البائع بالضمان [5].

وكذلك الحال بالنسبة لاعمال شرط الاعفاء من ضمان الاستحقاق[6] ، فانه يخضع لنص المادة (557/ 1) من القانون المدني العراقي والتي نصت على مايلي (اذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسوؤلاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)[1].

فاذا تبين ان البائع قد تعمد اخفاءه سبب الاستحقاق ، او ان الاستحقاق نشأ بفعله الشخصي ، فالشرط يبطل مراعاة لحسن النية الواجب توافره في جميع المعاملات ، اذ مما يتنافى مع حسن النية ان يشترط البائع عدم ضمان الاستحقاق ، وهو يعلم بسبب الاستحقاق ، او ان الاستحقاق حدث بفعله ، واي اتفاق يخالف ذلك يقع باطل لمخالفته نص القانون الأمر[2] .

اما بالنسبة لاعمال الشرط المألوف الذي يرد في عقد البيع وينص على اعفاء البائع من ضمان حق الارتفاق ، فانه ينبغي توافقه مع نص م 556/ف2 و ف3 من القانون المدني العراقي[3] والتي نصت (2- ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان الحق ظاهراً او كان البائع قد ابان عنه للمشتري ، 3- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق).

وقد نص القانون المدني المصري على ذلك في م(445/ف2)منه ، وكذلك القانون المدني الفرنسي اشار الى ذلك النص في م(1628)منه ، وبناء على ذلك اتجه القضاءالمصري والفرنسي الى الحكم ببطلان الشرط المألوف الوارد في عقد البيع والذي

---

[4] د. علي احمد السالوس – فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر – مج1 –مصر – مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع – مكتبة دار القرآن -2004-ص402.

[5] د اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 301 ، د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 ، ص 414 –القاضي مطلوب كافي عبد الله – التزامات البائع بضمان المبيع في القانون المدني العراقي – رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد القضائي – 1990-ص137.

[6] انظر بهذا الصدد عبد القادر محمد اقصاصي – ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل -1999-ص163 وما بعدها .

[1] انظر م(1/446)مدني مصري – م(378) مدني جزائري - اما القانون المدني الاردني والقانون المدني اليمني فقد خلو من الاشارة الى مثل هذا النص .

[2] د. عباس حسن الصراف - شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي- بغداد - مطبعة الاهالي - 1956 - ص 204 ، د. سليمان مرقس - العقود المسماة - عقد البيع - مطبعة النهضة الجديدة - 1968 - ص 407 ، د. مروان كركبي – العقود المسماة – ط4 – بلا مكان طبع – 2004- ص260.

[3] انظر المادة (377) مدني جزائري ، اما القانون المدني الاردني والقانون المدني اليمني فقد خلو من الاشارة الى مثل هذا النص .

يقضي بعدم ضمان حق الارتفاق الخفي الذي يرجع الى فعل البائع ، وذلك لتعارضه مع النص الامر[4].

ولكي لايصل الامر الى الحد الذي يبطل فيه الشرط [1]، أي ليكون الشرط صحيحاً ويحتج به على المتعاقد الاخر ، يجب ان يرد متوافقاً مع نص المادة اعلاه ، بعبارة اخرى على البائع ان يقوم باعلام المشتري بوجود حق الارتفاق وقت اعفائه من الضمان ، ولايكفي لاعفاء البائع ان يكون المشتري باستطاعة العلم به ، أي لايكفي لاعمال الشرط المألوف ان يكون حق الارتفاق مسجلاً في تاريخ سابق على ابرام عقد البيع ، لان التسجيل لايعفي البائع من التزامه باعلام المشتري بوجود حق الارتفاق الخفي ، مما يجعل البائع ملزماً بالضمان اتجاه المشتري [2].

بينما هناك من يذهب الى القول ، بان التسجيل يعد كافياً لافتراض علم المشتري بحق الارتفاق ، وعلى هذا فان البائع لايكون ضامناً لمثل هذا الحق (حق الارتفاق) [3].

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان أعمال الشرط المألوف يقتصر على توافقه مع النص الامر دون المفسر [4]، وعلة ذلك ان النص المفسر يجيز للافراد الاتفاق على خلافه[5]، بعبارة اخرى ان النص المفسر يطبق اذا لم ينص الطرفان في العقد على شرط يخالفه ، اما اذا ادرج شرط مخالف له ، فالشرط يطبق ويهمل النص مثال ذلك اذا وجد في العقد شرط ينص على كون نفقات تسليم المبيع مناصفه مابين البائع والمشتري ، واعتاد الطرفان على مثل هذا الشرط ، ففي هذه الحالة يطبق الشرط ويهمل النص المفسر[1].

ومما تقدم نستنتج ، ان مسألة توافق الشرط المألوف مع النص القانوني الامر يتوقف عليها أعمال الشرط المألوف ، بحيث اذا ورد الشرط المألوف مخالفاً للنص وغير متوافق معه يبطل الشرط المألوف ، وهذ الامر يخضع لسلطة قاضي الموضوع، فاذا عرض عليه نزاع يتعلق بأعمال شرط مألوف ، فيجب عليه قبل الفصل في النزاع ، ان يتحقق

---

[4] انظر د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد التفسير - مصدر سابق - ص 44 .

[1] فالبطلان هو الجزاء المترتب على الاخلال بالنص الامر ، انظر د. عبد الودود يحيى – د. نعمان جمعة – دروس في مبادئ القانون – بلا مكان طبع -1993-ص44.

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن - الدراسات البحثية - مصدر سابق - ص 45 .

[3] انظر د. السنهوري - الوسيط - ج4- مصدر سابق - ص 706 - هامش (1) ، د. محمد ابو هزيم - الضمان في عقد البيع – ط1-دار الفيحاء – 1986- ص 137.

[4] النص المكمل او المفسر سمى بهذا الاسم ، لانه يفسر اتجاه نية المتعاقدين الى تطبيق هذه القواعد في حالة عدم وجود نص يخالفها ، فمثل هذه القواعد تضع تنظيماً لعلاقات الافراد في حالة اغفالهم مسألة معينة من المسائل التي ترد في اتفاقهم فتكون مكملة لهذا الاتفاق ، د. نبيل ابراهيم سعد - د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للقانون - منشورات الجلبي الحقوقية- 2002 - ص 139 ، د. عباس الصراف - جورج جزيون - مصدر سابق - ص 32 .

[5] د. عبد القادر الفار - المدخل لدراسة العلوم القانونية - بلا مكان طبع – 2004- ص 52 ، د.سمير عاليه - علم القانون والفقه الاسلامي - لبنان - المؤسسة الجامعية للنشر - بلا تاريخ نشر- ص 336 ، د. خالد الزغبي - د. منذر الفضل - مصدر سابق - ص 50 ، د. السيد محمد السيد عمران - مصدر سابق - ص 38 ، د. نعمان جمعه - د. عبد الودود يحيى - مصدر سابق - ص 45.

[1] انظر م(587) مدني عراقي ، م (464)مدني مصري – م(531) مدني اردني- م(565) وم (567)مدني يمني- م(365) مدني جزائري - م1608 مدني فرنسي .

من مدى مطابقة الشرط للنصوص الآمرة ، فان وجده غير مخالف يعمل به، واذا تبين العكس يبطل الشرط .

اما مسألة توافق الشرط المألوف مع النص المفسر، فليس لها أي أهمية تثار بصدد اعمال الشرط ، لانه هذا الاخير سواء أتفق معها او خالفها ، يعد صحيحاً ويعمل به وفي مقابل ذلك يهمل النص المفسر لوجود ما يخالفه .

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من هذا الشرط ، فقد اتفق الفقهاء المسلمون جميعهم على وجوب توافق الشرط مع كتاب الله وسنه نبيه وبخلاف ذلك يبطل الشرط [2].

المطلب الثاني
نطاق أعمال الشرط المألوف

ان نطاق أعمال الشرط المألوف لايقتصر على ما يرد في وثيقة العقد، وانما يشمل كل ما يرد في المستندات التعاقدية[1] ، متى كان الشرط متوافقاً مع النية المشتركة للمتعاقدين من جهة[2] ، والغرض المقصود والنص الامر من جهة اخرى[3] ، بعبارة اخرى ان نطاق الاعمال يمتد الى الشروط الواردة في المستندات التعاقدية السابقة او اللاحقة والتي تعد جزء من العقد [4] .

الا ان إعمال الشرط المدرج في وثيقة العقد يتطلب الوضوح والدقة سواء أَورد في وجه الوثيقة ام على ظهرها ، بتعبير آخر لكي يكون أعمال الشرط المألوف ملزماً للطرفين ولايمكن بعد ذلك لاي منهما ان يطالب بعدم سريان الشرط في حقه ، يجب ان يرد الشرط محدداً تحديداً ظاهراً في العقد.

هذا يعني اذا ورد الشرط في وجه وثيقة العقد ، فأن أعماله يتطلب ادراجه في مكان بارز في وثيقة العقد ، قبل المكان المخصص للتوقيع ، بحيث يستطيع المتعاقد ان يقرأه من ثم يقبل به ويوقع عليه برضائه ، وبما ان توقيع المتعاقد على العقد يعني الزامه باعمال كل شروط العقد طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وعلى اعتبار ان الشخص المعتاد مكلف بالقراءة المتأنية لشروط العقد الذي سوف يوقع عليه ، ويصبح بعد ذلك من

---

[2] الشيخ مرتضى الانصاري - كتاب المكاسب - ج3- موسسة نعمان للنشر والطباعة - 1214 - 1218 هـ - ص 5 ، محمد سعيد الطباطبائي الحكيم - الاحكام الفقهية - العبادات والمعاملات- ط7 - دار الهلال - 2003 -ص 244 ، انظر ايضاً شمس الدين السرخسي - ج13 - مصدر سابق - ص 34 و 35 ، ابن قيم - ج2- مصدر سابق -ص 34 و35 – الشيخ محمد ابو زهرة – مصدر سابق – ص273و274 – د. احمد فراج حسين – مصدر سابق – ص203و204.

[1] يتم تبادل المستندات والوثائق عند التعاقد مابين طرفي العقد والتي تتضمن عروضاً خاصة بالسلع والخدمات ومواصفاتها ومزاياها وهي مرجع عند الخلاف بين المتعاقدين وقت تنفيذ العقد . انظر د. عبد الفتاح بيومي - مصدر سابق - ص 54 .

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد التفسير - مصدر سابق - ص 41 .

[3] د.برهان رزيق - مصدر سابق -ص 81 .

[4] انظر في وثائق العقد - د. مصطفى الجمال - مصدر سابق -ص 418 ، 422 .

الصعب اثبات عدم علمه بالشروط التي وتوقع عليها[5] ، الا اذا ارتكب المتعاقد الذي وضع الشروط غشاً او تدليساً دفع به المتعاقد الاخر الى القبول بشروط ليس له علم بها [1]، فاذا ادعى احد المتعاقدين جهله بالشرط المذيل بتوقيعه ، لكي يصل للمطالبة بعدم اعمال الشرط في العقد وخاصة اذا كان قليل الخبرة بالتعاقد ولم يتاح له الوقت الكافي لمعرفة الشروط المألوفة في العقود كلّها ، ففي هذه الحاله اذا توفرت لدى القاضي قناعه بصحة قول المدعي ، له ان يحكم باعتبار التوقيع الموجود على العقد قرينة غير قاطعة على قراءة المتعاقد للعقد وفهمه وعلمه بكل شروطه[2]، أي ان التوقيع وان كان يعد قبولاً بالتعاقد الا انه لايعني العلم بالشروط جميعها الواردة في الوثيقة الموقعة من قبل المتعاقد القليل الخبرة بالتعاقد وذلك لتوفير الحماية له[3].

مما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان عد التوقيع قرينة غير قاطعة على العلم بالشرط المألوف ، تعد استثناء وهذا الاستثناء لايجوز التوسع فيه ، وانما يقتصر على الحالة التي يكون فيها احد الطرفين متعاقد قليل الخبرة بالتعاقد ، ومن اجل حمايته من الشروط التي يضعها احد المتعاقدين لمصلحته دون ان يعلم بها المتعاقد الاخر ، فيحكم بعدم أعمالها بحقه ، وهذا خلاف ماهو الحال عليه فيما اذا كان كلا الطرفين محترفين ويمارسان التخصص نفسه ، وكل منهما على علم بالشروط المألوفة التي تدرج في العقود ، فان مجرد السماح لاحدهما بالادعاء بعدم علمه بالشرط المذيل بتوقيعه ، للتوصل الى عدم اعماله، قد يكون من شأنه تحقيق مصلحة هذا الطرف على حساب الاخر، ولذلك فان الواقع العملي حاول دحض هذه القرينة للمحافظة على استقرار المعاملات وتدعيماً لمبدأ حرية التعاقد [4] .

اما بالنسبة لاعمال الشرط الذي يرد في مكان تالٍ لتوقيع المتعاقدين ينبغي ان ينص في العقد على وجوب رجوع المتعاقد الى الشرط الوارد أسفل توقيعه، او توجد اشاره تنص على اهمية والزامية هذا الشرط بالنسبة للمتعاقدين ، وبخلاف ذلك يمكن ان يستنبط القاضي عدم قدرة المتعاقد على الالمام الكافي بالشرط المدرج اسفل التوقيع ، وبالتالي يقضي بعدم اعمال الشرط ، مثال ذلك الشرط المألوف في عقود بيع السيارات والخاص بتعديل احكام الضمان القانوني فأذا جاء تالٍ للتوقيع ، ووجدت في العقد اشارة الى وجوب اعماله ، يعمل به ، واذا خلت شروط العقد السابقة من الاشارة اليه يهمل الشرط[1].

اما فيما يتعلق باعمال الشرط المألوف المدرج على ظهر وثيقة العقد فهناك صورتان لاعماله هما:-

---

[5] د. عامر قاسم احمد - الحماية العقدية للمستهلك - اطروحة دكتوراه مقدمه الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد- 1998 - ص 26 .

[1] شيشير- فيفوت - فيرمستون - مصدر سابق - ص 378 .

[2] د. احمد عبد الرحمن الملحم - مصدر سابق -ص 252 .

[3] د. اسماعيل المحاقري - مصدر سابق - ص 302 .

[4] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها (ان فكرة بطلان الشروط التعسفية لايمكن اثارتها في عقد تم بين مهنين)- الدائرة المدنية لمحكمة النقض - 1993 - نقلاً عن ،د. جابر محجوب علي - سلامة المشتري من اضرار المنتجات الصناعية المبيعه –القاهرة - دار النهضة العربية - 1995 - ص 71 .

[1] د. احمد شوقي عبد الرحمن - ضمان العيوب - مصدر سابق - ص 140 و141 .

الاولى: اذا وجد في صلب الوثيقة مايدل دلالة واضحة على وجود شرط مدرج في الخلف ، يعمل به وخاصة اذا استوثق القاضي من تنبه المتعاقد الى هذه الشروط وتأكد من علم المتعاقد بها من خلال قيام الطرف الذي حررها باعلامه بها ، كما لو قام بكتابة مايشير الى الشروط المدرجة في الخلف ، بخط اليد في عقد مطبوع ، ففي هذه الحالة يجب على القاضي امضاء حكمه رعاية لاستقرار المعاملات [2] .

أي يعمل بالشرط ويكون حجه على المتعاقدين بما يترتب عليه من حقوق والتزامات في العقد.

الثانية : اعمال الشرط المألوف بناء على افتراض العلم به[3] ، الا ان محاولة أعمال الشرط المدرج في ظهر الوثيقة بناء على الافتراض ، يتعارض مع احد متطلبات الشرط المألوف ، وهو العلم بالشرط ، كما ان هذا الافتراض قابل للاثبات العكس من جانب المتعاقد الاخر [4]، أي اذا ادعى هذا المتعاقد وخاصة اذا كان قليل الخبرة بالتعاقد ، انه لايعلم الا بالشروط الجوهرية والاساسية المكتوبة في وجه الوثيقة وبعض الشروط الثانوية التي يعتاد المتعاقدان على ايرادها في الظهر لمجرد التقليد والروتين [1] ، لايعمل بالشرط مما يعني معه ان ادراج شرط جوهري ضمن هذه الشروط الثانوية ، قد يكون من شأنه ان يزيد التزامات هذا المتعاقد ، فلا يمكن أعماله ولايعد بالتالي ملزماً للمتعاقدين [2]، وانما يقتصر الاعمال على الشروط التي تحقق العلم بها وأتفقت بشأنها ارادة الطرفين المشتركة .

ولكن اذا اتضح امام القاضي من خلال الادلة التي يقدمها كل طرف ، ان كلا الطرفين قد اعتادا في معاملاتهم السابقة على ادراج هذا الشرط في الخلف ، الا ان المتعاقد لم يبالٍ به ولم يقم بقرأته فان مثل هذا الشرط يعمل به ويعد ملزماً له[3].

اما بالنسبة للشرط الوارد في المستندات التعاقدية ، فاذا ورد واضحاً لالبس فيه ولاغموض ومفصلاً ومحدداً للالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد الاخر ، يعمل به مع الاخذ بنظر الاعتبار وجوب اعلام المتعاقد بالشرط علماً حقيقياً ورضائه به ، فلا يكفي لأعماله اطلاع المتعاقد عليه دون ان يكون قد علم به[4] ، وعلة ذلك ان اغلب شروط

---

[2] مجموعة الاعمال التحضرية - مصدر سابق - ص 292 .

[3] يجب ان لايتمسك المتعاقد بالشروط التي ترد في العقد والتي يفترض علمه بها بشكل تلقائي ، وانما يتمسك بالشروط التي علم بها فعلاً ووافق عليها بمحض ارادته . انظر :
Calais-Auloy – Rapport desynthese ,inles contracts d'adhesion et La Protection Consommateurs- paris-1978- p.257.

[4] د. محمد عبد الظاهر حسين ،-مصدر سابق - ص 14 .

[1] انظر د. مجيد حميد العنبكي - مصدر سابق - ص124 و125 .

[2] وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (لايلزم المرسل اليه بشرط تطبيق القانون الاجنبي الا اذا دون على وجه البوليصة وبحروف بارزة ، باعتباره عقد من عقود الاذعان ، ف2 من م(167)- من القانون المدني العراقي) رقم القرار 2599 – م(4) -76 - بتاريخ 1977/4/28 - مجموعة الاحكام العدلية - س 8 - ع2 - 1977 - ص 102 و103 .

[3] انظر تفصيل ذلك – شيشير – فيفوت - فيرمستون - مصدر سابق - ص373 .

[4] وبناءاً على ذلك استبعدت محكمة النقض الفرنسية الشرط المقيد للمسؤولية ، لانه ظهر على لوحة معلقة على مدخل عيادة طبيب ، وذلك لعدم تنبيه العميل اليها .
Civ , 19mai, 1992,p.2047.

التعاقد ترد في هذه المستندات ، من ثم قد تكون لمثل هذه الشروط المدرجة اثر كبير في رضا المتعاقد بابرام العقد [5].

ويتم أعمال الشروط المدرجة في المستندات ، متى ما نص في العقد على اعتبار المستندات بما ورد فيها من شروط جزء من العقد ، او يدرج شرط في العقد ينص على اعمال شروط المستندات التي اثبت علم المتعاقد بها ، مثال ذلك الشرط الذي يقضي بعدم مسؤولية صاحب الفندق عن سرقة الاشياء الثمينة التي يضعها النزلاء في غرفهم [1]، فلأعمال هذا الشرط ينبغي على صاحب الفندق ان يلفت نظر النزيل الى ان الشروط المكتوبة في لوحة الاعلان بما فيها شرط عدم المسؤولية تعد جزء من العقد ، وبخلاف ذلك لايعمل بالشرط لعدم وجود مايدل على عد هذا الشرط جزء لا يتجزء من العقد[2].

ولكن قد تظهر صعوبة بالنسبة لاعمال الشرط المألوف الذي لم يعلم بها المتعاقد الا بعد ابرام العقد ، فاذا استمر بعد علمه بالشرط ، بتنفيذ العقد ولم يعترض عليه يمكن ان نستنتج من هذا الاستمرار بالتنفيذ قبول المتعاقد به ، وهذا القبول يستمد من سكوته في ظروف توجب اعلان رفضه لمثل هذا الشرط ، عندئذ يهمل طبقاً للقواعد العامة [3] .

اما اذا اعترض المتعاقد الاخر على أعمال الشرط الذي ورد في المستندات، نتيجة لعدم علمه بانه جزء من العقد ، كما لو ورد الشرط في ملصق اعلاني في مكان تنفيذ العقد دون وجود أي اشاره له في العقد المبرم بين الطرفين ، ولا أي علامة تدل على كون المستند له قوة عقدية ، واستطاع اثبات ذلك ، فيحق له عندئذ التمسك بعدم اعمال الشرط في مواجهته ، لان الشرط في هذه الحالة يعبر عن الارادة المنفردة لواضعه ولايدخل في النطاق العقدي ، وذلك لعدم وجود مايدل على كون هذه المستندات وشروطها لها محل اعتبار عند التعاقد[1] ، كما يحق للمتعاقد ان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام المتعاقد بواجبه بالاعلام[2].

مثال ذلك الشرط المألوف المدرج في تذكرة السفر والذي ينص على عدم مسؤولية الناقل ، اذا لم يعلم به المتعاقد الا بعد حجز مقعده ، فان الشرط لايعمل به ولايتقيد المتعاقد به ، وخاصة اذا تبين ان الشرط لم ينشر ولم يوضع في مكان ظاهر بحيث يتمكن من

نقلاً عن د. احمد سعيد الزقرد – نحو نظرية عامة لصياغة العقود – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – العدد 4 – سنة 30 – 2006 –ص202.

[5] د. حسن عبد الباسط جميعي - مصدر سابق - ص 78 .

[1] د. احمد شرف الدين - اصول الصياغه - مصدر سابق - ص209 - هامش (237)- وانظر ايضاً د. مجيد حميد العنبكي – مصدر سابق – ص125.

[2] وبناء على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بعدم أعمال شرط عدم المسؤولية لعدم قيام صاحب الفندق باعلام المتعاقد به وجاء في قرارها (مسؤولية صاحب الفندق عن قيمة سيارة العميل وما يوجد فيها من اشياء والتي سرقت اثناء وجودها بالموقع الخاص بسيارات الفندق) Civ 22 fcv.. 2000 – D2001,431 .

نقلاً عن د. احمد شوقي - تفسير العقد - مصدر سابق - ص 161 .

[3] د. مصطفى الجمال - مصدر سابق - ص 420 .

[1] د. احمد شوقي عبد الرحمن – تفسير العقد – مصدر سابق – ص103- د. محمد حسين عبد الظاهر – مصدر سابق – ص18 – د. مصطفى الجمال - - مصدر سابق – ص420.

[2] انظر حسن عبد الباسط جميعي - حماية المستهلك - مصدر سابق - ص 33 ومابعدها .

يرغب في التعاقد من الاطلاع عليه والعلم به وبالتالي يعمل به ويصبح ملزمه له [3]، ويعد المتعاقد في هذه الحالة سئ النية لانه تعمد عدم ابلاغ المتعاقد الاخر بالشرط والذي قد يكون له اثر على قبول المتعاقد بالتعاقد ، بحيث لو كان يعلم به لما وضع توقيعه على العقد ، ولذلك يعمد محرر الشرط الى ادراجه في مستندات منفصله عن وثيقة العقد[4].

وكذلك الحال بالنسبة للشرط المكتوب في التذكرة التي تعطى للمالك الذي يدخل الى موقف السيارات، والذي ينص (على عدم مسؤولية صاحب الفندق عن كل الاصابات البدنية التي تقع على اصحاب السيارات داخل الموقف) [5].

وبما ان المالك لم يتسلم التذكرة الا بعد دخوله الموقف ، فان مثل هذا الشرط لايعمل به لعدم تحقق علم المتعاقد به .

اما بالنسبة للشروط المألوفة التي ترد في وثيقة التأمين النوذجية التي يضعها المتعاملين في هذا المجال، والشروط المألوفة المدرجة في لائحة المصنع او المنشأة فلكي يمتد نطاق الاعمال اليها يجب ان يعلم المتعاقد بها من خلال اعطائه نسخة منها [1]، بحيث يستطيع الاطلاع عليها والاقتناع بما ورد فيها من شروط ، من ثم يضع توقيعه ، وبموجب ذلك تكون ارادته قد انصرفت الى اعمال هذه الشروط والاخذ بمضمونها ومقصودها ، وتحمل الاثار المترتبة على اعمالها كلها في العقد ، اما اذا تبين عكس ذلك ، فأن هذه الشروط لايحتج بها في مواجهة المتعاقد الاخر[2] ، والقول بغير ذلك او محاولة أعمال الشرط دون انصراف ارادة الطرفين المشتركة الى اعماله، معناه اننا سوف نكون بصدد ارادة خيالية ليس لها وجود ،فطالما انتفى العلم، انتفى الرضا ، ومن ثم انتفى الالتزام [3].

مع الاخذ بنظر الاعتبار ان هذه المستندات[4]، بما ورد فيها من شروط مألوفة يعمل بها، متى ماكانت لها قوة عقدية من جهة[5] ، كما ينبغي ان يكون الشرط المألوف الوارد

---

[3] د. عبد المنعم فرج الصده – مصدر سابق –ص138 . شيماء مصطفى احمد – مصدر سابق – ص37و38.

[4] د. حسن عبد الباسط جميعي - ضمان العيوب الخفية - مصدر سابق - ص 78 .

[5] د. احمد عبد الرحمن الملحم - مصدر سابق - ص 254 ، وانظر ايضاً شيشير- فيفوت – فيرمستون- مصدر سابق - ص382 .

[1] د. احمد شرف الدين ، مصدر سابق ، ص 105 .

[2] رغم ان القضاء الفرنسي قد استقر على الزام العامل بما ورد في شروط اللائحة متى ماكان بامكانه العلم بها ، فيعد قابلاً بهذه اللائحة وشروطها منذ وقت دخوله في خدمة صاحب العمل ومسألة العلم بشروط اللائحه من عدمه، مسألة موضوعية تختلف وفقاً لظروف كل قضية على حده ، وللمحكمة سلطه تقديريه بشأنها ،نظراً لما قد تتضمنه هذه اللائحه من شروط مجحفة تكون محلاً للنزاع بين اصحاب العمل والعمال ، فقد اتخذ العمال سبيلين لمواجهتها ، الاول مخالفة هذه الشروط للنظام العام ، والثاني عدم العلم بها ، وهنا تثور مشكلة الاعلان بالشروط وتحقق العلم بها. انظر د. عبد المنعم فرج الصده - عقد الاذعان - مصدر سابق - ص 155 ومابعدها .

[3] د. عبد الحكم فوده - مصدر سابق - ص 339 .

[4] فهذه المستندات قد تقدم الى المتعاقد قبل تكوين العقد ، من اجل الحث على ابرامه وتسمى (المستندات الدعائية)، والبعض تكمل العقد (المستندات اللاحقة او الملحقة بالعقد) انظر جاك غستان - تكوين العقد - مصدر سابق - ص 413 .

[5] وبناء على ذلك قضت محكمة استئناف محكمة استئناف باريس في قرار لها (على مقاولي البناء الالتزام بما تتضمنه الوثائق الاعلانية ، والا كانوا مسؤولين مسؤولية تعاقدية بالتعويض عن مخالفة ما تتضمنه الوثائق المذكورة من بيانات محددة) . محكمة باريس (الدائرة التجارية) 28 نوفمبر 1977 – نقلاً عن د. أحميد سعيد الزقرد – مصدر سابق – ص212.

فيها قد اثر على ارادة الطرف الاخر ودفعه الى التعاقد من جهة اخرى ، اما اذا تبين ان شروط المستندات لم تؤثر على رضا المتعاقد ، وانما كان الغرض منها لوصف وبيان البضاعة وترغيب الافراد للاقبال عليها ، فمثل هذه الشروط سواء أعلم بها ام لم يعلم بها ، لاتعد جزء من العقد ، فهي شروط مبالغ فيها جرى العمل على ادراجها[1] .

اما بالنسبة للشرط المألوف المدرج في المستندات اللاحقة للتعاقد ، والتي تتضمن التعديلات التي يدخلها اطراف العقد في تاريخ لاحق على ابرامه ، وذلك نتيجة لظروف طرأت بعد تحرير العقد بصورة نهائية وتوقيع الطرفين عليه ، فمن اجل التوفيق بين مصالح المتعاقدين التي تعارضت على اثر هذه الظروف ، صيغت هذه المستندات اللاحقة [2]، ومثال هذه المستندات خطابات التأكيد التي يتفق على تبادلها الطرفين والتي قد تساعد على تفسير بعض بنود العقد او تتضمن تنظيماً للمسائل الثانوية يحل محل القواعد المكملة في مجاله، والايصالات التي يقدمها احد الطرفين الى الاخر[3] .

ولكي يعمل الشرط المألوف الذي يرد فيها ، يجب ان يتفق كلا الطرفين على هذه المستندات اللاحقة ، وذلك لاحتمال ان يتضمن هذا الشرط تعديلاً للعقد وللالتزامات المترتبة على الطرفين[4]، وبما ان تعديل العقد لايمكن ان يتم بارادة جانب واحد وانما لابد من اتفاق كلا الطرفين عليه استناداً الى نص المادة(1/146)من القانون المدني العراقي والتي نصت (اذا نفذ العقد كان لازماً، ولايجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولاتعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)[5].

ومن النص يتضح ، ان اتفاق الطرفين على المستند اللاحق ، يجعله بما ورد فيه من شروط جزء من التعاقد ولايمكن بعد ذلك لاي منهما ان يدعي عدم الاعتداد به ، وبناء على ذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها (الملحق وان نفت المدعية المميز عليها(المؤمن لها) موافقتها عليه وادعت بطلانه بلوائحها المؤرخة في 1967/12/2 و 1967/12/17و 1968/5/23، غير انها كانت قد تمسكت به في لائحتها المؤرخة في 1967/1/28، فلا يسمع قولها بعدم الاعتداد به وعلى ذلك فان الملحق يعتبر جزءاً من عقد التأمين [1] .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها يتعلق باحدى المستندات الملحقة بالعقد وهي ايصال الشراء حيث جاء في قرارها (فمن يتذرع بالشرط الوارد فيها ، عليه ان يثبت ان من ارسلت اليه الفاتورة قد اخذ علماً بها وقبلها)[2].

---

[1] د. محمد عبد الظاهر حسين - مصدر سابق -ص 16 .

[2] د. احمد شرف الدين - اصول الصياغة- مصدر سابق - ص110 .

[3] د. مصطفى الجمال - مصدر سابق - ص 420 ، وانظر ايضاً بهذا الشأن جاك غستان -تكوين العقد- مصدر سابق -ص 431 ومابعدها .

[4] د. سليمان براك دايح - مصدر سابق - ص119 .

[5] انظر م (1/147)مدني مصري ، م(214) مدني يمني –م(241) مدني اردني – م(106) مدني جزائري - م (1134)مدني فرنسي .

[1] قرار محكمة التمييز رقم 291، استئنافية، 1969 بتاريخ 1970/8/17 ، النشرة القضائية - ع3 - السنة الاولى -1971 - ص 113 .

[2] نقض مدني فرنسي - 24 تشرين الثاني - 1954 ، وانظر ايضاً نقض مدني فرنسي - 2 نيسان - 1971 و 1972 . نقلاً عن جاك غستان - تكوين العقد - مصدر سابق - ص 435 .

مما تجدر الاشارة اليه بهذا الصدد ، ان للمتعاقد ان يعلن رفضه على أعمال الشرط المألوف المدرج في المستندات اللاحقة ، متى ماتبين ان الاضافة او التعديل لاتتفق مع مضمون العقد [3].

المبحث الثاني
أهمال الشرط المألوف

ان الشرط المألوف المدرج في العقود يعمل به ، متى ماتبين اتفاق المتعاقدين عليه، لان الشرط بهذا الاتفاق يكتسب قوة ملزمة ولايحق بعد ذلك لاي منهما ان يلغيه او يهمله[1] وذلك استناداً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) [2] ،الا اذا ورد الدليل على تعذر اعمال الشرط المألوف ، عندئذ يهمل الشرط، وتستبعد كل الاثار القانونية المترتبة عليه ، اعمالاً لنص م 158 من القانون المدني العراقي ، والتي نصت في الشق الثاني منها (اذا تعذر اعمال الكلام يهمل)[3].

ويتعذر اعمال الشرط المألوف اذا خالف النية المشتركة للمتعاقدين ، وخالف النص القانوني الآمر ، فيتوجب أهماله أي تجريده من الاثر القانوني المترتب عليه لبطلانه [4].

---

[3] انظر مصطفى الجمال - مصدر سابق - ص 420 و421 .

[1] انظر جمال فاخر النكاس – حماية المستهلك واثرها على النظرية العامة للعقد – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – سنة 13 -1989- ص88.

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن - تفسير العقد -مصدر سابق-ص15 .

[3] ان تعذر اعمال الكلام اما ان يكون لمانع قانوني والذي يتحقق عندما يكون مضمون العبارة الواردة في الشرط يتعارض مع مايوجبه القانون من الزامية ، وأما ان يكون لمانع عقلي ويقصد به ان يكون مضمون العبارة الواردة في الشرط مخالفة لقصد المتعاقدين بحيث يستحيل عقلاً استخلاص المطلوب من وقائع العقد ، انظر محمد حسين كاشف الغطاء - تحرير المجلة -ج1 - النجف، المطبعة الحيدرية- 1359 هـ - ص 42 .

[4] انظر م(2/131)من القانون المدني العراقي .

ولتوضيح أهمال الشرط المألوف ، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول للشرط المألوف المخالف للنية المشتركة للمتعاقدين، والثاني للشرط المألوف المخالف للنص القانوني الآمر .

المطلب الاول
الشرط المألوف المخالف للنية المشتركة للمتعاقدين[1]

سبق وان ذكرنا ، ان احد شروط أعمال الشرط المألوف هو تعبيره عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فاذا تبين اثناء الاعمال ان الشرط لايعبر عنها او يخالفها ، فانه يهمل وتسقط كل حجيه عنه ، وخاصة اذا وجد في العقد شروط وعبارات اخرى تعكس النية المشتركة للمتعاقدين، وأهماله لايعد تحريفاً للعقد بل احتراماً لما تقتضيه النية ، فمجرد وضوح الشرط لايكسبه حصانة تمنع القاضي من البحث عن مدى تعبيره عن ارادة الطرفين .

كما ان أهمال الشرط ماهو الا تطبيق للقواعد العامة التي توجب البحث عن النية دون الوقوف عن المعنى الحرفي للالفاظ الواردة في العقد[2] .

ولذلك فلا عبرة للشرط المألوف اذا خالف النية المشتركة والمستخلصة من عبارات وشروط العقد او خالف الغرض المقصود من التعاقد ، الذي يعد جزء من النية [3]، بحيث اذا ورد الشرط المألوف مخالفاً او معارضاً لهذا الغرض ، يعني انه خالف وعارض النية ، مما يتوجب أهماله مراعاة لهذه النية، وبعبارة اخرى اذا وجد في العقد او في الوثائق والمستندات السابقة للتعاقد او اللاحقة له ما يناقض او يخالف الشرط المألوف من شروط وعبارات ، وكانت هذه الاخيرة اكثر تعبيراً عن النية وعن الغرض المقصود من التعاقد ، فتعين اهداره احتراماً لارادتيهما[4].

وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها ، باهمال الشرط المألوف الذي يرد في العقد ، نتجه لوجود شرط خاص اكثر تعبير عن نية الطرفين وجاء في قرارها (حيث ان الطرفين قد ارتضايا اثبات النقصية بتقرير رسمي حكومي بمقتضى الشرط الخاص المكتوب في صدر الوثيقة ، وهو ما ينطبق على المكتب الحكومي المذكور ، فتكون النقيصة قد تحددت رسمياً بمقتضاه ، ولا مجال للاخذ بالشرط المطبوع الوارد في ملحق وثيقة التأمين والمتضمن لزوم تجديد النقيصة بمعرفته وكلاء ولويدز ، ذلك لان الشرط العام يتعارض مع الشرط الخاص الذي ارتضاه الطرفين بالآلة الكاتبة في صدر وثيقة التأمين ، فتكون العبرة بالشرط الخاص)[1].

---

[1] د. احمد شوقي عبد الرحمن - البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، الاسكندرية - منشأة المعارف -2003-ص 108 .

[2] انظر م (155) وما بعدها مدني عراقي – م(150 /2)مدني مصري – م(213)مدني اردني- م(6) وم(8) مدني يمني م(111) مدني جزائري ، م(1156)مدني فرنسي .

[3] د. احمد شوقي عبد الرحمن -قواعد التفسير - مصدر سابق - ص 24 .

[4] د . عبد الحكم فوده - مصدر سابق -ص 345 .

[1] رقم القرار 137/ هيئه عامه / بتاريخ 1973/2/1 - النشره القضائيه - السنه الخامسه- ع1- ص217 .

اما محكمة النقض المصرية فقد قضت بمايلي (ان المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ماتشتمل عليه من تصرفات قانونية ، خول الموكل الوكيل اجراءها ، او من اموال تقع عليها هذه التصرفات ،تتحدد بالرجوع الى عبارة التوكل ذاته وما جرت به نصوصه الملابسات التي صدر فيها وظروف الدعوى ، فاذا استعمل المتعاقدان نموذجاً ، أو محرراً واضافا اليه بخط اليد او باية وسيلة اخرى شروطاً وعبارات تتعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة، وجب تغليب الشروط المضافة ، باعتبارها تعبيراً واضحاً عن ارادة المتعاقدين) [2].

كما قضت في قرار اخر (رفضت فيه الاخذ بشرط التأجير من الباطن ، رغم كونه شرطاً مألوفاً ورد بصيغة مطبوعة ، دون ان يظفر من المتعاقدين بقصد ظاهر)[3].

في حين قضت محكمة استئناف باريس في قراراً لها (بان الشروط التعاقدية المكتوبة بخط اليد او المضافة بآلة كاتبة تفضل على الشروط المطبوعة مسبقاً)[4].

من القرارات السابقة نستنتج ، ان للقاضي سلطة اهمال الشروط العامة المألوفة التي ترد في العقود ، متى ماتبين تعارضها مع شروط خاصة مكتوبة باليد ، وعلة ذلك ان الشرط المخطوط يكتب بحضور الطرفين وبالصياغة التي تناسبهما ، ويكون محل نقاش بينهم، وبايراد المتعاقدين لهذا الشرط ، يعني ان النية المشتركة لهم ، تهدف الى نسخ ما يتعارض مع الشرط الخاص من شروط عامة مطبوعة سواء أكانت مألوفة ام غيرها ، والتي يضعها محرر العقد بمفرده ، ولذلك يجب أعمال الشرط الخاص واهمال الشرط المألوف تنفيذاً لارادتهما ، بعبارة اخرى ان تغليب الشرط المكتوب على الشرط المألوف يتم على اساس ان الشرط المكتوب يمثل الشرط الذي يتوافق مع النيه المشتركة للمتعاقدين .

وقد لايتعارض الشرط المألوف مع شرط أخر في العقد ، ورغم ذلك يهمل ، وهذا يحدث عندما يتعارض الشرط مع الغرض المقصود من التعاقد والذي يعد جزء من النية المشتركة ، بتعبير اخر ان العقد الذي يبرمه المتعاقدان ماهو الا وسيلة يبغي المتعاقدن من وراءها تحقيق غرض اقتصادي معين ، وعلى القاضي ان يراعي هذا الغرض عند الفصل بالنزاع المتعلق بالشرط المألوف ، فاذا تبين له ان الشرط المألوف يتعارض مع الغرض المقصود ، يتعين عليه أهمال الشرط ، مثال ذلك الشرط الذي ينص على اعفاء البائع من ضمان حق الارتفاق الذي يثقل العقار ، فهذا الشرط يهمل اذا وجد حقق ارتفاق ، وذلك لان هذا الحق قد يبلغ حداً من الخطورة ، بحيث يمنع المشتري من ابرام العقد ، لو كان يعلم بوجوده ، كحق الارتفاق بعدم البناء مثلاً، وكان غرض المشتري من شراء

---

[2] الطعن رقم 149، السنة 61 ق،جلسة 1992/6/25 - د.معوض عبد التواب-ج1 مصدر سابق - ص312.

[3] نقلاً عن د. عبد المنعم فرج الصده - عقد الاذعان - مصدر سابق - ص 338 .

[4] وقد جاء في حيثيات الحكم (حينما يكون مدير المحل التجاري في تعاقده لصيانة تلفزيونات قد وقع على شروط تخل بالتوازن العقدي ، فهناك مجال للقول بان الشروط المكتوبة بخط اليد والمتعلقة بمدة التعاقد يجب ان تفضل على الشروط المطبوعة سلفاً في عقد الصيانة خصوصاً ان هذا العقد من عقود الاذعان المطبوعة مسبقاً). Trib.com.paris, mai 1968.D1968.2.135 .
نقلاً عن د. عبد الله حسين - مصدر سابق - ص ، 160 .

العقار هو البناء عليه ، وبذلك يتعارض الشرط مع الغرض ، أي يتعارض مع نية المتعاقد [1].

ومما تجدر الاشارة اليه، ان الشرط المألوف الذي لم تتكون بشأنه نية مشتركة بين الطرفين ، قد يرجع سببه الى كتابة الشرط بصورة غير واضحة ، تؤدي الى عدم علم المتعاقد به وقت ابرام العقد، وبالتالي يظل الشرط معبراً عن الارادة المنفردة لواضعه، مما يتعين أهماله [2] , وخاصة بالنسبة لمن يتعاقد بموجب عقود اعتاد محرروها على صياغة شروطهم بمفردهم وبصورة معقدة وذكية، بحيث يصعب على المتعاقد الاخر قرأتها ومعرفته مدى الالتزامات المترتبة عليها عند تنفيذ العقد ، مثال ذلك شرط الاعفاء من المسؤولية او الضمان[1]

وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها اهملت فيه الشرط المألوف الذي يعفي الناقل من المسؤولية ، لانه كتب بصورة غير واضحة في العقد أدت الى عدم اطلاع المتعاقد عليه ، من ثم لم تتفق النية المشتركة لهما بصدده ، حيث جاء في قرارها (ان عقد النقل المبرم بين الناقل ومرسل البضاعة يتضمن شرط الاعفاء من المسوؤلية عما يصيب البضاعة من ضرر ، وقد ورد الشرط ضمن مجموعة من الشروط الاخرى في المحرر المطبوع ، وقد اتخذت المحكمة من عدم اظهار الشرط وتميزه عن بقية الشروط ، ذريعة لاعفاء المرسل اليه منه ، كونه لم يعلم به، لانه كتب بطريقة لم تسترعِ الانتباه)[2].

كما قضت محكمة استئناف القاهرة في قرار لها اهملت فيه شرط الاعفاء من المسؤولية ، لكونه ورد بالصيغة التالية(تنقل البضاعة غير المؤمن عليها على مسؤولية المرسل اليه) وقد اوردت المحكمة في قرارها ان الشرط ورد في سياق عبارات مطبوعة لاتسترعي انتباه المرسل ولاتفيد قبوله به طبقاً لنظرية الارادة الباطنة)[3]

وما يمكن ملاحظته على القرارات اعلاه ، ان شرط الاعفاء من المسؤولية لايعد موجوداً ولا مؤثراً الا اذا كان معلوماً للطرف الاخر قبل ابرام العقد اما اذا عرفه بعد ذلك فلا اثر لوجوده ، وذلك لان ابرام العقد يقوم على وجود الرضا ، أي توافر الايجاب والقبول ، وبالتالي لابد ان يطابق القبول الايجاب في جميع عناصره الجوهرية ، ولعل اهم هذه العناصر قبول شرط الاعفاء ، فاذا لم يتوافر الرضا والقبول بالشرط في الوقت

---

[1] د. برهان رزيق - مصدر سابق - ص 60 و81 .

[2] مثال ذلك الشرط الذي ينص على اعفاء البائع من التعويض في حالة عدم التسليم فيعمل به في حالة التسليم المتأخر وذلك لاتفاقه مع نيه وقصد المتعاقدين المشترك الذي انصرف الى ذلك ،= =ولكن يهمل الشرط ولايقيد به في حالة الامتناع الكلي عن التسليم ، لان اعماله يخالف نيه وقصد المتعاقدين ، كما ان من شأن هذا الشرط ان يجعل المشتري تحت رحمة البائع بمجرد محو جزاء الاخلال بالتسليم ، مما يفقد الفائدة المرجوه منه ، وهذا أمر لايمكن ان تكون ارادة الطرفين قد قصدته . د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد التفسير - مصدر سابق - ص 32 .

[1] انظر د. سليمان دايح براك – مصدر سابق – ص93ومابعدها .

[2] رقم القرار 977/ مدنية اولى- 1978 بتاريخ 1978/5/13- مجموعة الاحكام العدلية - ع2- السنة التاسعة - 1978 - ص 32 .

[3] استئناف القاهرة - بتاريخ 1963/4/30- المجموعة الرسمية لاحكام محكمة النقض المصرية- سنة 61 - رقم 56- ص 415 ..

المناسب ، يعني عدم وجود نية مشتركة بين الطرفين بشأن شرط الاعفاء مما يتوجب اهماله .

اما محكمة النقض الفرنسية فقد قضت (بأن المحاكم لاتلتزم بالاخذ بالشروط المطبوعة الغير المقروءه ، التي لم يشترك المتعاقد الاخر في تحريرها ، من ثم لم يتمكن من الاطلاع عليها)[1] .

المطلب الثاني
الشرط المألوف المخالف للنص الامر

يتعين ابطال الشرط المألوف [1] ، متى ما كان مخالفاً لنص قانوني أمر وذلك مايستفاد من نص م(131/ف2) من القانون المدني العراقي[2]

وعلة بطلان الشرط المخالف للنص الامر هي[3] ، ان هذا النص يتعلق بالنظام العام في المجتمع ، وأي شرط يخالف هذا النص ، يعني انه خالف النظام العام ، مما يتعين

---

[1]Civ 5 Jan – 1948 –D.1948,265 et not p. 1. p.

[1] الفرق بين البطلان والاهمال ، هو ان البطلان يشمل الشرط الباطل فقط الذي يرد مخالفاً للنص الامر، اما الاهمال فهو يشمل الشرط الصحيح والباطل ، مثال الشرط المألوف الصحيح المهمل ، الشرط الذي ينص في وثيقة التأمين على ان القسط محمول لامطلوب ، فاذا أعتادت الشركة رغم وضوح الشرط على تحصيل الاقساط في موطن المؤمن له ، هذا يعني ان الشركة اهملت الشرط وتنازلت عن اعماله . د. عبد الحكم فوده- مصدر سابق - ص109 - هامش (14) .

[2] وقد نصت م(2/131) من القانون المدني العراقي على انه (كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين او الغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او الاداب ، والا لغا الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً).

بطلانه هذا من جهة[4] ، ومن جهة اخرى لجعل العقد متوافق مع المصلحة التي جاء الشرط مخالفاً لها ، ولتوفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، من الشروط التي يضعها المتعاقد لمصلحته بغض النظر عن مصلحة المتعاقد الاخر ، ولهذه الاسباب قيد المشرع الافراد بهذه النصوص الأمره والا كان مصير شروطهم

المخالفة لهذه النصوص البطلان ، لا بل قد يتضح ان مقتضيات النظام العام تقضي انعدام العقد كله وليس الشرط فقط [1].

ومما تجدر الاشارة اليه، ان بطلان الشرط المألوف المخالف لنص قانوني آمر، قد يتم بارادة المشرع وحده وبغض النظر عن ارادة الطرفين ، مثال ذلك الشرط المألوف الذي ينص على اعفاء القاضي من سلطته في تعديل او الغاء الشرط التعسفي ، فهذا الشرط باطل لمخالفته نص المادة (2/167)من القانون المدني العراقي[2] ، فالشرط المألوف في هذه الحالة خالف نصاً قانونياً آمراً متعلقاً بالمصلحة العامة والنظام العام ، مما يتوجب بطلانه ، والقول بخلاف ذلك ، يكون من شأنه ان يخرج الحماية القانونية للطرف المذعن عن مضمونها[3]

ومثال ذلك ايضاً بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية عند عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي ، اذا كان سبب عدم التنفيذ راجعاً الى غشه وخطأه الجسيم ، وذلك لمخالفته نص المادة(259/ف2) من القانون المدني العراقي[4] ، ومما يعني معه ان الشرط يبطل لمخالفته النص الآمر المتعلق بالنظام العام ، على الرغم من جوهرية الشرط بالنسبة للمشترط[5].

وكما يبطل شرط الاعفاء من ضمان العيب الخفي ، اذا ادرج في عقد بيع تم بين بائع محترف ومشتري غير محترف ، وسبب البطلان هو ان البائع المحترف بما لديه من خبره في امور التعاقد ، قد يكون عالماً بالعيب وتعمد اخفائه ، ومن ثم يكون سئ النية باشتراطه البراءة من كل عيب[1] ، فمثل هذا الشرط مخالف لنص م (268/ف2) من القانون المدني العراقي .

---

[3] انظر د. عبد القادر الفار – مصدر سابق - ص 52 ،د. عباس الصراف - جورج جزبون- مصدر سابق - ص32 . د. عبد الودود يحيى - نعمان جمعة - مصدر سابق - ص 44 .

[4] وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها (ان قواعد النظام العام ، قواعد آمره لايجوز مخالفتها واذا خالف الشرط النظام العام يعد باطل) رقم القرار 963/1150 - بتاريخ 1963/9/29 ، منشور في المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز ، ابراهيم المشاهدي ، بغداد ، 1988، ص161.

[1] د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مصر - مطبعة عبد الله وهبه- - 1966 - ص296 . د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - البطلان الجزئي والتصرفات القانونية - مطبوعات جامعة الكويت - 1988 - ص 231 و237 .

[2] انظر م(149) مدني مصري – م(204) مدني اردني – م(217) مدني يمني – م (110) مدني جزائري .

[3] د. عمر عبد الباقي - مصدر سابق - ص458 - د. حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص 60.

[4] انظر م(217/ف2) مدني مصري – م(356) مدني يمني – م(178) مدني جزائري ، اما القانون المدني الاردني فقد خلا من الاشارة لمثل هذا النص.

[5] د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - ج1 - مصدر سابق - ص 418 .

[1] د. اسعد دياب - مصدر سابق - ص 227 .

وكذلك الحال بالنسبة للشرط المألوف الذي يحدد مسؤولية الشركة ، بدفع مبلغ التأمين بما يقل عن قيمة التامين التي تم احتساب القسط على اساسها[2]، فمثل هذا الشرط باطل لمخالفته نص م (989) من القانون المدني العراقي[3] والتي نصت (يلتزم المؤمن بتعويض المستفيد عن الضرر الناشئ عن وقوع الخطر المؤمن ضده ، على ان لايتجاوز ذلك قيمة التأمين).

فبموجب المادة اعلاه التزمت الشركة بتعويض المؤمن له عن الضرر الناشئ عن وقوع الحادث المؤمن ضده على ان يكون المبلغ مساوياً لقيمة التأمين ، وأي شرط يقضي بدفع مبلغ يقل عن هذه القيمة يعد باطل[4] .

الا ان ذلك لايعني عدم الأخذ بارادة المتعاقدين مطلقاً عند ابطال الشرط المألوف وانما تؤخذ هذه الارادة بنظر الاعتبار عندما يخالف الشرط نص قانوني متعلق بالمصلحة الخاصة[5]

اما اذا خالف الشرط نص قانوني مكمل او مفسر ، فالشرط لايهمل ولا يحكم ببطلانه ، وذلك لان النصوص المكملة يحق للمتعاقدين مخالفتها واستبعادها[6] ،وكل اتفاق او شرط يرد مخالف لهذه النصوص يعد صحيحاً ، لان النصوص المكملة ليست من النظام العام[7] .

اما بالنسبة لموقف الفقهاء المسلمين ، فقد اتفق جميعهم على بطلان كل شرط يخالف كتاب الله وسنة نبيه [1] .

---

[2] المحامي بهاء بهيج شكري – التأمين في التطبيق والقانون والقضاء – ط1- عمان – دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2007 – ص476و 477.

[3] انظر م (751) مدني مصري – م(623) مدني جزائري – اما القانون المدني الاردني واليمني فقد خلو من الاشارة لمثل هذا النص .

[4] المحامي بهاء بهيج – المصدر السابق – ص477.

[5] د. منصور حاتم محسن – فكرة تصحيح العقد – اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -2006-ص98.

[6] د. سمير عاليه - مصدر سابق - ص 336 - د. انور سلطان - مصدر سابق - ص 53 .

[7] د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج1 - مصدر سابق - ص 693 - د. منذر الفضل-د. خالد الزغبي - مصدر سابق - ص 50 .

[1] الشيخ محمد حسين الاصفهاني - حاشية المكاسب القديمة - بلا مكان ولا تاريخ نشر - ص 17 ، الشيخ مرتضى الانصاري - مصدر سابق - ص 5 ، السرخسي - المبسوط - ج 13 - مصدر سابق - ص 13 و14 - الشيخ محمد ابو زهرة – مصدر سابق – ص273و 274.

الفصل الثالث
آثار الشرط المألوف

ان العقد يعد شريعة بالنسبة المتعاقدين وهدفه تنظيم العلاقة القانونية بينهم ، بحيث اذا حصل خلاف بين الطرفين على بعض شروط العقد نتيجةً لوجود تعارض بينها ، او ساور الغموض بعض هذه الشروط ، يصار عندئذ الى وجوب تفسير العقد ، ولكي يقوم القاضي بالتفسير ، له ان يستعين بالشرط المألوف المدرج في العقد ، متى ما كان الشرط صحيحاً.

وقد يتعدى اثر الشرط المألوف تفسير العقد ، الى تحديد نطاقه فيعول عليه القاضي في استكمال ما نقص من مضمونه[1].

اما اذا تبين ان الشرط المألوف ورد في العقد مخالفاً لنص قانوني أمر ، فيحكم ببطلانه والذي قد يؤدي بدوره الى بطلان العقد ، اذا اتضح ان الشرط كان باعثاً دافعاً للتعاقد ، وقد يقتصر الامر على بطلان الشرط لوحده دون العقد [2].

ولبيان اثار الشرط المألوف ،سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نخصص الاول لأثر الشرط المألوف الصحيح ، والثاني لأثر الشرط المألوف الباطل .

المبحث الأول
آثر الشرط المألوف الصحيح

ان قيام القاضي بتفسير العقد واكمال نطاقه ، أي تحديد مضمونه[1]، يقتضي عليه الرجوع بطبيعة الحال الى الاتفاق الذي عبر من خلاله الطرفين عن ارادتهما ، والاستعانة بما ورد فيه من شروط وعبارات ، ومنها الشرط المألوف ، فاذا تبين للقاضي

---

[1] د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط – ج1 – مصدر سابق – ص690.

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن – الدراسات البحثية – مصدر سابق – ص451-452.

[1] فتحديد مضمون العقد ، هو بيان الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد والتي لاتقتصر على تلك التي اتفق عليها الطرفان صراحةً والتي تتضح من خلال تفسير ارادتهما المشتركة ، بل يلزم طرفيه بما هو من مستلزماته . د. سليمان مرقس – نظرية العقد – القاهرة – دار النشر للجامعات المصرية - 1956-ص327.د. انور سلطان – المبادئ القانونية – مصدر سابق – ص330-331.

اثناء تفسير العقد والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، ان الشرط متفق مع هذه النية ، فيمكن اللجوء اليه لازالة الغموض والتعارض من ثم اكمال النقص الموجود في العقد[2].

ولبيان اثر الشرط المألوف الصحيح في تفسير العقد واكمال نطاقه ، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول ، لأثر الشرط المألوف في تفسير العقد والثاني لأثر الشرط المألوف في اكمال العقد.

المطلب الاول
اثر الشرط المألوف في تفسير العقد

ان التفسير[1] ، هو العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الارادة الحقيقية للمتعاقدين مستنداً في ذلك ، على العناصر الداخلية[2] ، والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به[3].

وعملية التفسير لايقوم بها القاضي الا عندما تكون عبارات العقد غير واضحة ولاتكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين[1]، فيجب على القاضي تفسيرها لازالة مافيها من

---

[2] د. محمد علي البدوي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام –ج1 – منشورات الجامعة المفتوحة -1991-160 ، د. اسماعيل غانم – مصدر سابق –ص304.

[1] وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه اوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ، بشرط ان تبين في حكمها ، كيف افادت الشروط المعنى الذي اقتنعت به ورجحت انه مقصود المتعاقدين) رقم القرار 317/حقوقية /65 – بتاريخ 1965/6/24 – مجلة ديوان التدوين القانوني – سنة 4-ع1-1965 –ص257 . كما وقضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (للمحكمة السلطة المطلقة في تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ....) . نقض مدني مصري – طعن رقم336 ، 602 لسنة 57 ق – جلسة 1994/12/12- المستشار حسن الفكهاني – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية منذ عام 1992 -1997 – الاصدار المدني – الملحق رقم 17 – القاهرة – الدار العربية للموسوعات – بلا تاريخ نشر – ص125و126.

[2] اذا لم يتوصل القاضي الى النية المشتركة من شروط العقد وعباراته ، جاز له الاستعانة بالظروف المحيطة بالتعاقد وملابساته للوصول الى النية المشتركة ، وهذا ماقضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها (تفسير شروط الوفاء في العقد المتضمن تعليق وفاء الدين على بيع الدار المبيعة ، فالمحكمة تعين مدة معقولة للبيع تستخلصها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته). رقم القرار 763/ مدنية ثانية/ 73 بتاريخ 1973/9/26 – النشرة القضائية- السنة الرابعة –ع3 -1973–ص191.. وانظر ايضاً قرار محكمة التمييز رقم 276/أ/1969 – بتاريخ 1970/4/4 – مجلة القضاء – سنة 25- ع2-1971-ص134. اما محكمة النقض المصرية فقد قضت في قرار لها (لمحكمة الموضوع ان تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها في ضوء الظروف والاتفاقيات التي احاطت بتحريرها) ، رقم القرار 64/101ق- جلسة 1996/12/13 ، د. معوض عبد التواب – المرجع – ج1- مصدر سابق –ص465 .

[3] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص11.

غموض أو تعارض، ويمكن له عند القيام بذلك ان يستعين بالشرط المألوف، على ان يراعي عند الاستعانة به ، توافقه مع عبارات وشروط العقد الاخرى ، ويظهر هذا التوافق مابين الشرط المألوف والشروط الاخرى السابقة واللاحقة له ، عندما يقوم القاضي بتقريب الشرط المألوف منها ، بحيث اذا اتضح ان هذا الشرط يعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين وبامكانه ازالة الغموض والتعارض يؤخذ به ، ولتوضيح اثر الشرط المألوف في تفسير العقد ، سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الاول لأثر الشرط المألوف في تفسير العبارات الغامضة ، والثاني لأثر الشرط المألوف في ازالته التعارض بين عبارات العقد.

الفرع الاول
اثر الشرط المألوف في تفسير العبارات الغامضة

الغموض هو عدم صلاحية العبارات لنقل الارادة الباطنة الى العالم الخارجي ، رغم وضوحها الذاتي ، او عدم كفاءة التعبير مما يولد اللبس والابهام في الوصول الى معرفة قصد المتعاقدين من العبارات ، وبالتالي انقطاع الصلة ما بين التعبير والنية[1].

ومن التعريف اعلاه يتضح ، ان الغموض ينتج عن اساءة اختيار التعبيرات ، إذ قد يسيء الطرفان التعبير عن ارادتهما باستخدام الفاظ لاتعبر عن المعنى المقصود لهما ، او استعمال عبارة بغير معناها الصحيح[2] ، او نتيجة اشتراك لفظي ، أي يحمل اللفظ اكثر من معنى[3] ، من ثم تتعارض هذه المعاني فيما بينها ، بحيث يكون اللفظ قابلاً لأي معنى

---

[1] د. توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – نظرية العقد – الاسكندرية – مطبعة دار الثقافة والنشر -1969 –ص260 ، د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية -1981-ص369.

[1] د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق –ص211.

[2] د. عبد الفتاح حجازي – مصدر سابق – ص181.

[3] د. محمود جمال الدين زكي – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري – ج1- مصادر الالتزام – ط2- مطبعة جامعة القاهرة-1976-ص301- وانظر ايضاً د. محمد شريف احمد – نظرية تفسير النصوص المدنية – مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية – 1979 – ص115 – د.

، فلا يعرف أي من المعاني هو المقصود ، او نتيجة خطأ مادي في صياغة عبارات العقد ، وهذا الخطأ يؤدي الى تعدد المعنى المحتمل بحيث يتعذر معه ترجيح اللفظ على المعنى الذي ينتج معه اثراً قانونياً[4].

لازالة هذا الغموض[5]، قد يستعين القاضي في تفسيره بالشرط المألوف ، أي يقوم القاضي بتقريب الشرط الغامض من الشرط المألوف والشروط الاخرى تطبيقاً لقاعدة عدم جواز تجزئة شروط العقد عند تفسيرها[1] ، بعبارة اخرى يجب على القاضي عند قيامه بالتفسير ان يؤخذ بنظر الاعتبار كافة شروط العقد[2].

وكما ينبغي عليه ان لايقف عند المعنى الحرفي للالفاظ ، لانه قد لايكون معبراً عن حقيقة ما يريده المتعاقدان ، لانهما غالباً ما يبرمان عقدهما على عجل مراعاة للسرعة التي تم بها المعاملات ، فلا يختاران الفاظه بدقة[3]، فيظهر الخلاف عند تنفيذ العقد ، بحيث يتمسك كل منهما بتنفيذه وفقاً للمعنى الذي يريده[4].

فاذا تبين للقاضي اثناء عملية التفسير ، ان الشرط المألوف واضح الدلالة على قصد الطرفين واقرب في التعبير عنه من جهة ، ومتفق مع طبيعة العقد وغرضه من جهة اخرى ، يعمل به ، اذ ان لكل عقد احكاماً معينة تتفق مع طبيعته وغرضه ، مما يتطلب معه تفسير العبارة الغامضة بالاستناد الى الشرط المألوف وفق المعنى المتفق مع الطبيعة والغرض ، والابتعاد عن المعنى غير المتفق معهما[5].

وعلى سبيل المثال اذا ورد في عقد البيع شرط ينص على اعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية ، واحاط هذا الشرط غموضاً ، عما اذا كان يقرر اعفاء او تخفيف الضمان على عاتق البائع ، فعلى القاضي ان يفسر هذا الغموض ، من خلال الرجوع الى عبارات العقد الصريحة والضمنية التي يمكن من خلالها الكشف عن النية المشتركة ، فاذا تبين

عكاشة محمد عبد العال – أ.د.سامي بديع منصور – المنهجية القانونية – بيروت –لبنان – منشورات الجلبي الحقوقية – 2005-ص66.

(4) انظر المادة (158) من القانون المدني العراقي .

(5) وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (في حالة غموض العبارة او ابهامها ، حق لمحكمة الموضوع ان تفسرها) . الطعن رقم 47 ق – جلسة 1980/5/7 ، د. فتحية قرة – المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية من عام 1980 الى 1985 – الدائرة المدنية – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – بلا تاريخ نشر –ص406.

(1) د. احمد شوقي عبد الرحمن – قواعد التفسير – مصدر سابق – ص29.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (لايجوز الاعتماد على المعنى الذي تفيده العبارات المدونة في بعض سطور الورقة على استقلال ، الا اذا اثبت ان العبارات الاخرى التي يحويها المحرر قبل وقوع التزوير فيه ، لم يكن ما يعارض المعنى او يؤثر عليه ، اذ ان عبارات المحرر بعضها يفسر البعض الاخر ، وتفسيره انما يكون على ما تفيده جميع عباراته مجتمعة لابما تفيده عبارة معينة) رقم الطعن 31 ق – جلسة 1966/6/19 –س17- ع3- ص1350 – د. احمد سعيد شعلة – مصدر سابق – ص66، وانظر ايضاً نقض مدني مصري – طعن 8422 لسنة 65ق – جلسة 1996/11/18 – د. حسن الفكهاني – ملحق 17 – مصدر سابق – ص134و136.

(3) د. عصمت عبد المجيد – مصدر سابق –ص71.

(4) د. عدنان السرحان – د. نوري حمد خاطر – مصدر سابق –ص246.

(5) د. محمد عبد الظاهر حسين – مصدر سابق – ص42.

للقاضي بعد التوصل الى النية المشتركة ، انها تتفق مع الشرط المألوف الذي يقضي باعفاء البائع[1]، يطبقه بشرط ان لايكون هذا البائع قد اعفى نفسه من الضمان في الوقت الذي تعمد فيه اخفاء العيب[2].

اما اذا ظل الشك يساور القاضي حول تفسيره للشرط ، بانه يقرر تخفيف الضمان وليس الاعفاء منه ،فللقاضي ان يطبق قاعدة (الشك في مصلحة المدين)[3].

وينحصر تطبيق قاعدة الشك في مصلحة المدين[4] ، عندما يتعذر على القاضي الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين بشأن الشرط واستنفذ كل الوسائل التي يمكن الاستعانة بها[5]. مع الاخذ بنظر الاعتبار ، ان للقاضي الاستعانة بالشرط المألوف في ازالة غموض العقد سواء ورد في وثيقة العقد ام في المستندات التعاقدية ، بعبارة اخرى ان ادراج الشرط المألوف في المستندات لايمنع القاضي من اللجوء اليه في تفسير العقد ، على ان ينص في العقد على اعتبار هذه المستندات بما ورد فيها من شروط جزء من العقد، عندئذ يمكن الرجوع اليها في التفسير[6].

على ان يراعي القاضي عند الرجوع الى الشرط المألوف الوارد فيها ، توافقه مع النية المشتركة للمتعاقدين والتي تتضح من خلال المفاوضات السابقة التي جرت بين الطرفين قبل ابرام العقد [1] ، كما ينبغي مراعاة توافق الشرط المألوف مع الشروط الواردة في الوثائق التي يتبادلها الطرفين وقت التعاقد وما قبله ومابعده في مراحل التنفيذ بما فيها من مفاوضات ومراسلات وعروض وعقود سابقة ولاحقة واتفاقيات والى غير ذلك من الوثائق والمستندات [2]، فهذه الوثائق قد تساعد بما تضمنته من شروط في تفسير شروط

---

[1] د. سليمان دايح براك – مصدر سابق – ص93.

[2] انظر المستشار انور العمروسي – دعاوى الضمان في القانون المدني – الاسكندرية – منشأة المعارف – 2003- ص213و214.

[3] المقصود بالمدين هو من تدينه العبارة موضوع الشرط والتفسير ، اياً كان من المتعاقدين سواء أكانت العبارة قد تناولت التزاماً او شرطاً يسلبه ما كان يستحقه اصلاً او يحمله بما لم يكن عليه اصلاً . د. عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد – بلا مكان طبع -1984-ص526و529.

[4] انظر م(166) من القانون المدني العراقي – م (151) من القانون المدني المصري – م(240) من القانون المدني الاردني – م(216) من القانون المدني اليمني – م (112) من القانون المدني الجزائري – م (1162) من القانون المدني الفرنسي.

[5] ان تفسير الشك لمصلحة المدين ماهو الاتفسير موضوعي لايهدف الى الكشف عن مضمون الارادة الحقيقية ، بل عن مضمون ارادتيهما المطابقة لحكم العقد قانوناً ، أي ان القاضي ملزم بتفسير العقد وفق المعنى القانوني الذي فرضه المشرع للعقد دون التقيد بالعبارات الواردة فيه- د. عبد الحي حجازي – نظرية الالتزام – مصدر سابق – ص582.

[6] د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص419-420.

[1] ان المفاوضات السابقة للتعاقد قد تعين في الكشف عن اتجاه ارادة المتعاقدين الى غاية معينة ، يجب ان تفهم عبارات العقد على اساسها . د. مصطفى الجمال – د.نبيل ابراهيم سعد – مصدر سابق – ص188 . وانظر ايضاً د. صبري حمد خاطر – قطع المفاوضات العقدية – بحث منشور في مجلة النهرين – مج1- ع3-1997- ص120ومابعدها .

[2] وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها (اذا وردت عبارة سعر السوق وحصل خلاف بشأنها ، فعلى محكمة الموضوع الاستعانة بأهل الخبرة لتفسير ذلك ، بعد الاطلاع على المعاملات المماثلة والعقود السابقة والعرف الجاري عليه في نفس نوع المعاملة)، رقم القرار 282/موسعة اولى /76-

اخرى[3]، وان كانت هذه مألوفة ومتعارف على ادراجها في المستندات التعاقدية بهدف التبسيط ، من ثم لاتوجد حاجة لاعادة ذكرها في العقد ، بشرط ان يكون المتعاقد الاخر على علم مسبق بهذه الشروط[4] ، مثال ذلك شرط الاعفاء من ضمان العيوب الخفية المدرج في عقد بيع سيارة ، دون ان يحدد الشرط فيما اذا كان (الاعفاء يشمل العيوب التي تلحق بالسيارة وقت الاتفاق عليها فقط ، ام يمتد ليشمل العيوب التي تلحق بالسيارة في الفترة التي تلي الاتفاق عليها وتسبق التسليم)[1].

فاذا اثار خلاف بين الطرفين بشأن تنفيذ الشرط ، فعلى القاضي تفسيره لازالة غموضه[2] ، فيرجع الى العقد ذاته ، فان لم يجده نفعاً ، جاز له الاستعانة بالمستندات التعاقدية التي تضم شروطاً من الضروري ان تكون معلومة لدى المتعاقدين ، فاذا تبين للقاضي بعد الرجوع الى هذه المستندات ، ان هناك شرطاً مدرجاً فيها ينص على ان البائع لايضمن الا العيوب التي كانت موجودة وقت الاتفاق ، فعليه ان يطبق هذا الشرط لكي يزيل به غموض عبارة العقد ، وذلك بتحديد العيوب التي يضمنها البائع وقت الاتفاق عليها دون أي عيوب اخرى ، لان الاصل ان يحدد كلا الطرفين حالة السيارة المبيعة التي ارتضاها المشتري وقت الاتفاق عليها[3].

مما تقدم نستنتج ، ان اثر الشرط المألوف في ازالة غموض العقد يظهر ، عندما يتنازع المتعاقدان على تحديد معنى عبارة غامضة في العقد ،ويتبين للقاضي اثناء تفسير هذه العبارة ، ان الشرط المألوف يعبر عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين ، سواء أورد في عقد مطبوع ام حدده احد الطرفين اثناء التعاقد ، فيعمل به عن طريق مقارنته ببقية شروط العقد واستخلاص مضمون الارادة بشأنه.

الفرع الثاني

---

78 – بتاريخ 1987/12/29 – مجلة القضاء –ع(1، 2، 3)- 1988 –ص383 . وانظر بهذا الشأن الطعن رقم 1717 سنة 50 – جلسة 1987/12/20- س38-ص1207- احمد سعيد شعلة – مصدر سابق – ص72، اما محكمة النقض الفرنسية فقد قضت (ان تفسير احدى اتفاقيات عقد النشر يكون على ضوء الظروف السابقة واللاحقة للتعاقد والتي وضعها الناشر للمؤلف):
Civ-Ire,18pevr-1986,Bull.Civ,n31 -D-1993-1994-p.811.

[3] د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص420-421.

[4] جاك غستان – تكوين العقد – مصدر سابق –ص416.

[1] د. السنهوري – الوسيط – ج4- مصدر سابق –ص757 هامش (3).

[2] ومن هنا تبدو العلاقة مابين التفسير والتنفيذ ، اذ ان الثاني يعتمد على الاول فلايلزم القاضي بتنفيذ عقد ما لم يحدد المقصود بمضمونه الغامض ، عندئذ يخلص للعقد قوته الملزمة ، ويكون بمثابة القانون بين الطرفين ويجب عليهم تنفيذه وفق مبدأ حسن نية الطرفين وبطريقة لاتفوت ماقصده الدائن من مصلحة عند ابرام العقد او تجعلها اكثر كلفة دون مبرر- انظر د.عبد المجيد الحكيم – د. محمد طه البشير – د. عبد الباقي البكري – النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام – ج2 – بغداد – 1980- ص12.

[3] د. احمد شوقي عبد الرحمن – ضمان العيوب – مصدر سابق –ص169.

اثر الشرط المألوف في ازالة التعارض بين عبارات العقد

التعارض ، يعني وجود تضارب بين المعنى الحرفي للالفاظ ونية المتعاقدين ، كأن يوجد اكثر من شرط في العقد ويحدث بينهما تعارض ، او قد تبدو شروط الاتفاق واضحة ومحددة بالنظر الى كل شرط بصورة منفردة ولكن عند تقريبها من بعضها ، يظهر تعارضها مع بعضها البعض[1] ، أو مع المفهوم العام للعقد والغرض الاقتصادي منه، ولايمكن ازالة هذا التعارض الا بالتفسير ، اذ تغلب النية المشتركة للمتعاقدين على التعبير المادي عنها[2].

ومن اجل استظهار نية الطرفين الحقيقية بشأن هذا التعارض ، يقوم القاضي بمحاولة التوفيق ما بين الشروط المتعارضة ، فاذا تمكن من ذلك يعمل بهما معاً ، لتعبيرها عن النية المشتركة ، مثال ذلك لو تضمن عقد البيع شرط ينص على ان يتحمل البائع نفقات تسليم المبيع ثم ورد في العقد شرط أخر ينص على ان نفقات التسليم على المشتري ازاء هذا التعارض يتعين على القاضي التوفيق بين الشرطين في تفسيره ، بان يتحمل البائع نفقات حزم المبيع ونقله الى مكان التسليم ونفقات الوزن والقياس والعدد والكيل اذا كان المبيع مما يفرز باحدى الوسائل وغيرها من النفقات اللازمة لتسليم المبيع ، اما فيما يتعلق بتفسير الشرط الثاني ، يعني ان يتحمل المشتري نفقات نقل المبيع من مكان التسليم الى السيارة النقل المجهزة من قبل المشتري[3].

ومثال ذلك ايضاً لو تضمنت وثيقة التأمين شرطاً ينص على ان الضمان لايسري الا من تاريخ دفع القسط الاول وكان قد أدرج في العقد بياناً ينص على كون القسط مستحقاً منذ وقت التوقيع على العقد ، فاذا تبين للقاضي ان البيان لاينشيء شرطاً خاصاً يتعارض مع حكم الشرط العام ، عندئذ يعمل بهما معاً[1] .

اما اذا تعذر على القاضي التوفيق مابين الشروط ، عندئذ يرجح الشرط الذي يكون اكثر تعبيراً عن قصد المتعاقدين المستمد من عبارات العقد في جملتها[2]، فاذا كان الشرط المألوف معبراً عن هذا القصد ، يعمل به ويرجح على الشرط الاخر المتعارض معه ، ولايستلزم ان تكون نتيجة الترجيح في مصلحة محرر الشرط ،فسواء أكان في مصلحته ام ضدها ، يتعين اجراء الترجيح ، طالما ان هذا الامر يتفق مع نية الطرفين ، هذا يعني اذا حدث تعارض ما بين شرطين مدرجين في وثيقة العقد كلاهما واضح ، وكان احدهما شرطاً مألوفاً مكتوباً بخط اليد[3]،والاخر مطبوع ، ينبغي على القاضي ان يزيل هذا التعارض فان تمكن من ذلك دون ترجيح احد الشرطين ، وجب عليه تطبيق كليهما[4].

---

[1] د. مصطفى العوجي – القانون المدني – ج1 – العقد –ط1 – بيروت – لبنان – مؤسسة بحسون - 1995-ص650.

[2] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص57.

[3] د. السنهوري – الوسيط –ج4 – مصدر سابق –ص849و 851.

[1] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص341.

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن – قواعد التفسير – مصدر سابق – ص29و30.

[3] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق – ص109.

[4] د. برهان زريق – مصدر سابق –ص92.

اما اذا لم يستطيع القيام بذلك ، فيجب عليه ترجيح الشرط المخطوط على المطبوع لانه محل نقاش بين الطرفين وتكون ارادتهم فيه ملحوظة ، وبايرادهم للشرط المخطوط بصورة تتعارض مع الشرط المطبوع ، يكونان قد قصدا تعديله على النحو الوارد بالشرط المخطوط ، كما ان هدف الطرفين من هذا الشرط ، هو التنازل عن حكم الشرط المطبوع[5].

اما اذا كان الشرط المطبوع هو الشرط المألوف ، وحدث تعارض بينه وبين الشرط المخطوط في العقد ، ففي مثل هذه الحالة يهمل الشرط المألوف ، بشرط ان يكون التعارض بينهما صريحاً وواضحاً بحيث يصعب التوفيق بينهما ، مثال ذلك الشرط المألوف الذي يدرج في وثيقة التأمين وينص على ان القسط محمول لا مطلوب[1] ، ثم يدرج شرط بخط يد احد المتعاقدين ينص على كون القسط يدفع في موطن المؤمن له، وذلك لتوفير الجهد والوقت والنفقات من جهة[2] ، ولمنع وقف سريان عقد التأمين اذا لم يقم المؤمن له بدفع القسط في ميعاده من جهة أخرى ، فعند حدوث التعارض ما بين الشرطين يتوجب على القاضي ترجيح الشرط المخطوط ، لتعبيره عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (اذا وجد تناقض بين الشروط العامة والخاصة يعمل بمقتضى الشروط الخاصة)[3].

كما وقضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (متى استعمل المتعاقدان نموذجاً واضافا اليه بخط اليد او بأية وسيلة اخرى ، شروطاً تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المخطوطة باعتبارها تعبيراً واضحاً عن ارادة كلا الطرفين)[4].

اما محكمة النقض الفرنسية فقد قضت في قرار لها رجحت فيه الشرط الخاص المكتوب على الشرط العام المطبوع ، وذلك لان النية المشتركة كانت تهدف من الشرط المكتوب نسخ ما يتعارض من الشرط المطبوع [5] ولهذا فان غرض المتعاقدين من الشرط المخطوط هو الخروج عما تضمنه الشرط المطبوع[6].

اما اذا حدث تعارض مابين شرطين واضحين ، احدهما شرط مألوف وارد في وثيقة العقد ، والثاني مدرج في مستندات التعاقد ، فعند الترجيح يؤخذ بالشرط الذي يرد في وثيقة العقد ، متى ما اثبت المتعاقد الاخر عدم علمه بالشرط الوارد في المستندات ، اما اذا

---

[5] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص115.

[1] د. حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – نظرية العقد – القاهرة – مطبعة نوري – 1943 – د. اسماعيل غانم – مصدر سابق – ص133 هامش (1) – د. عبد الفتاح حجازي – مصدر سابق – ص93.

[2] د. عبد الحي حجازي – عقد التأمين – بلا مكان طبع ولاتاريخ نشر – ص166.

[3] رقم القرار 2044/ح/1964 بتاريخ 1965/4/2 –مجلة ديوان التدوين القانوني –ع2-سنة 5 – بغداد – مطبعة الحكومة -1966-ص228.

[4] الطعن رقم 1276 –سنة 52ق – جلسة 1988/3/23 – احمد سعيد شعلة – مصدر سابق – ص152.

[5] نقض مدني فرنسي 1969/5/12 – دالوز – نقلاً عن د. احمد شرف الدين – احكام التأمين – مصدر سابق – ص144.

[6] انظر BERLIOZ –Lecontract adhesion,these, paris,1676-p.129.

كان يعلم به[1]، عندئذ يعمل بالشرط الاكثر تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين سواء أكان الشرط المألوف الوارد في العقد ام الشرط المذكور في المستندات[2].

وقد يحدث تعارض ايضاً ، بين الشرط المألوف الذي يرد في ملحق العقد مع شرط اخر يرد في وثيقة العقد ، وبما ان الملحق يعد ملزماً ويجب العمل بما ورد فيه من شروط ، متى ماورد الاشارة اليه في العقد ، ولذلك عند وجود مثل هذا التعارض يعمل بالشرط المألوف ، وذلك على اعتبار ان الشروط الواردة في الملحق ناسخة ومعدلة لشروط العقد [3].

وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (ما جاء في الشروط العامة وشروط وثيقة التأمين والملحق الخاص بالعقد يعمل بها)[4].

كما وقضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (ان ملحق وثيقة التأمين الاصلية الذي يوقع عليه الطرفين يعد جزء لايتجزء منها ويندمج في شروطها ولاينسخ من هذه الشروط الا ماقصد تعديله منها)[5] .

اما اذا كان الشرط المتعارض مع الشرط المألوف ، هو شرطاً غامضاً ، فعلى القاضي قبل ان يرجح احدهما على الاخر ، ان يزيل الغموض المحيط بالشرط ، من خلال الرجوع الى الشروط المدرجة في العقد ، مع مراعاة الظروف الخارجية للتعاقد على نحو يكشف النية المشتركة للمتعاقدين ، فاذا تبين للقاضي اثناء التفسير للشرط الغامض تعارضه مع شرط مألوف ، فلأزالة هذا التعارض يتوجب على القاضي ان يحاول التوفيق مابين الشرطين ، فان تعذر عليه الامر ، عندئذ يبحث عن مدى تعلق ارادة الطرفين باحد الشرطين ، أي يرجح الشرط المألوف متى ما تبين تعبيره عن ارادة الطرفين ويهدر الشرط الغامض لعدم تعبيره عنها[1].

وفي كل الاحوال لايجوز للقاضي استبعاد الشرط الغامض بحجة تعارضه مع شرط مألوف إلا اذا كان هناك تعارض حقيقي بينهما ، فتعطى الاهمية للشرط المألوف على الشرط الغامض ، ليس لمجرد كون الشرط قد ورد لاحقاً للشرط الغامض ، واللاحق يعدل

---

[1] انظر د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص420.

[2] اما اذا حدث تعارض مابين مستندات العقد اثناء التنفيذ ،فالغلبة تكون للمستند الرئيس (العقد على سائر المستندات الاخرى ، اما اذا تعارضت هذه الاخيرة مع بعضها ، فالغلبة تكون للمستند الذي يتعلق بموضوع العقد اكثر من غيره ، وعند تعذر ترجيح احد هذه المستندات ، يتعين طرح النزاع على اجهزة تسوية المنازعات المنصوص عليها في العقد). انظر تفصيل ذلك د.احمد شرف الدين – اصول الصياغة – مصدر سابق –ص61 وانظر ايضاً – د. محمد خليفة سعد – عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشيد والبناء –القاهرة – دار النهضة العربية -2004-ص71.

[3] د. مصطفى الجمال – عقد الضمان -مصدر سابق -ص213.

[4] رقم القرار 269/عامة /1972 بتاريخ 1973/3/25 – مجلة القضاء – ع(1، 2)-سنة 29-1974-ص146و151.

[5] نقض مدني مصري بتاريخ 1979/4/12 /طعن 362س47ق- د. انور طلبة – الوسيط –ج2- مصدر سابق –ص102.

[1] د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق –ص213.

السابق ويلغيه وانما تعطى الاهمية للنية المشتركة للمتعاقدين بشأن كل شرط ، أي ان الشرط المألوف هو المرجح لاتفاقه مع نية الطرفين وقصدهما[2].

نستنتج مما تقدم ، ان اثر الشرط المألوف في حالة التعارض ، يظهر عندما يتبين للقاضي هذا الشرط يعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين اكثر من الشرط المتعارض معه ، وبما ان النية المشتركة هي اساس اعمال الشروط في العقد ، فيعمل به ويهدر الشرط الاخر ، مع مراعاة مدى توافق الشرط المألوف مع النص القانوني الآمر .

المطلب الثاني

اثر الشرط المألوف في اكمال نطاق العقد

اكمال نطاق العقد[1] ، يقصد به قيام القاضي باضافة التزامات الى مضمون العقد على وفق المعايير التي وضعها المشرع[2].

فنطاق العقد لايقتصر على ما ورد فيه من حقوق والتزامات نشأت عن اتفاق الطرفان، بل يمتد ليشمل كل ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام[3].

وقد اناط المشرع سلطة اكمال نطاق العقد وسد النقص الذي يعتريه للقاضي واصبحت ضمن السلطات التي تتمتع بها ازاء مضمون العقد الى جانب سلطته في تفسير العقد وتكيفه ، والحقيقية ان هناك ترابطاً وثيقاً بين هذه السلطات الثلاث ، فتحديد مضمون العقد يقتضي ان يقوم القاضي باستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من العبارات الواضحة ، او من خلال التفسير بالنسبة للعبارات الغامضة ، من ثم يقوم باعطاء الوصف القانوني الصحيح[1]، حتى يستطيع رسم صورة واضحة لما ينشأ عنه من التزامات ، أي ان

---

[2] د. احمد شوقي عبد الرحمن –قواعد التفسير – مصدر سابق –ص29.

[1] أ- يختلف الاكمال عن التفسير ، في ان التفسير تبرز اهميته اذا كان التعبير غامضاً لايفصح عن قصد المتعاقدين ، لذلك يشرع القاضي للبحث عما اتجهت اليه النية المشتركة للمتعاقدين ، من اجل استجلاء المعنى الذي يهدفان اليه ، او الاكمال فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد ، فيعمل القاضي على اكماله ، بان يضيف الى النية المشتركة مالم تتناوله الا انه يعد من مستلزماته . انظر د.السنهوري – الوسيط –ج1-مصدر سابق –ص836.

ب- في التفسير يتوصل القاضي الى ازالة الغموض الذي يكتنف نصوص العقود بالرجوع الى عبارات العقد وشروطه ، لذا فالالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده الى لفظ أو جملة في العقد ، اما الاكمال فانه لايقتصر على ما قصده المتعاقدان ، بل يتجاوز الى ترتيب التزامات جديدة وان لم يتفق الطرفان عليها صراحة او ضمناً ،بعبارة اخرى ان اكمال نطاق العقد يعني اضافة التزامات لايمكن ردها الى العقد نفسه ، بل تضاف استناداً الى عوامل خارجية عنه ، انظر جميل الشرقاوي – مصدر سابق –ص204.

[2] د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي – نطاق العقد – اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -2006-ص14.

[3] د. سعيد سعد عبد السلام – مصدر سابق –ص226-227.

[1] د. انور سلطان – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ج1- دار المعارف -1965-ص345 ، د. محمد حسين عبد الظاهر – مصدر سابق –ص22-23، د. جلال العدوي – اصول

القاضي عندما ينتهي من تفسير العقد وتكييفه ينتقل الى اكمال النقص الذي يتركه المتعاقدان في عقدهما ، وهو عندما يقوم بذلك لايتوقف على طلب من احد المتعاقدين[2] فهم غالباً ما يتفقون على المسائل الجوهرية دون المسائل الثانوية[3].

وعدم الاتفاق على المسائل الثانوية او التفصيلية لايؤثر على صحة العقد[4] ، لان المشرع اجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط ، الا اننا سوف نكون امام عقد لم يضع تنظيماً للمسائل كافة التي لابد من مواجهتها ، من ثم تظهر الحاجة لاكمال العقد وهذا مانصت عليه المادة (2/86) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل ، فيعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة)[5].

وهذا ما نصت عليه ايضاً المادة (2/150) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (لايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام)[1].

ومن النصوص اعلاه يتضح ، ان القاضي يكمل النقص الموجود في المسائل الثانوية والتي نتيجة سهواً او عمداً لم ينظمها المتعاقدان ، اذ قد يصعب عليهم في كثير من الاحوال تنظيم العلاقة التعاقدية بكل تفاصيلها ، وانما يتركان بعض التفصيلات اما لانهم لايتوقعونها او لجهلهم بها ، او لعلمهم بها وتجنب ذكرها في العقد[2] .

المعاملات – ج1 – المكتب الشرقي للنشر- بلا تاريخ نشر -287- د. طارق كاظم عجيل – مصدر سابق – ص9.

[2] د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مصر – 1953- ص112.

[3] د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية – مصادر الالتزام – مطبعة السعادة -1975-ص209.

[4] انظر د. محمد سعيد شتا – التقنين المدني – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – بلا تاريخ نشر – ص500 ومابعدها .

[5] انظر م (95) من القانون المدني المصري – م(2/100) من القانون المدني الاردني – م(157) من القانون المدني اليمني – م (65) من القانون المدني الجزائري .

[1] انظر م (2/148) من القانون المدني المصري – م(2/202) من القانون المدني الاردني – م (215) من القانون المدني اليمني – م (107) من القانون المدني الجزائري – م(1135) من القانون المدني الفرنسي.

[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (اذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية جميعها واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لايتم الا عند الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم واذا قام خلاف على المسائل التي ارجى الاتفاق عليها ، كان لهما اللجوء الى المحكمة للفصل فيه). الطعن رقم 188 لسنة 49 ق –جلسة 1983/3/29 –س34-ص85 ، د. معوض عبد التواب – المرجع –ج1 مصدر سابق –ص224 ، وكما قضت ايضاً (ان تحديد نطاق العقد منوط بما اتجهت اليه ارادة عاقديه ومايعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام). طعن رقم 99 لسنة 53ق – جلسة 1984/3/5 –ص617 د. احمد سعيد شعلة –مصدر سابق –ص73.وانظر بهذا الصدد نقض مدني مصري – طعن رقم 4281 لسنة 66ق – جلسة 1997/5/5 – حسن الفكهاني – ملحق 17 – مصدر سابق – ص156و157.

ولذلك يتم اكمال هذه التفصيلات بالاستناد الى الوسائل التي اشارت اليها المادتان السابقتان ، أي يتم الرجوع اولاً الى نص القانون[3] ، الامر[4]، والمفسر[5]، وان لم يجد القاضي حلاً اتجه شطر العرف ، اذ قد يسهم في تحديد مضمون العقد[1] ، فالعرف يعد بمثابة الشروط المشروعة التي يتوجب على القاضي الاخذ بها[2] ، مثال ذلك بيع السيارة يتضمن تسليم ملحقات جرى العرف على اعتبارها ضمن البيع كالاطار الاحتياطي وعدة المفاتيح[3].

والعرف الذي يلجأ اليه القاضي في تكملة نقص العقد هو العرف المكمل لارادة الطرفين لا العرف المفسر ، اذ ان هذا الاخير يرجع اليه القاضي في حالة غموض عبارة العقد ، اما المكمل فهو يرجع اليه عند عدم وجود عبارة تنظم بعض المسائل التي يتعلق بها هذا العرف[4].

اما اذا لم يجد القاضي ما يكمل به العقد من العرف ، فله ان يرجع الى ماهو مألوف من الشروط ، بالرغم من عدم وجود اشارة اليها في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، الا ان ذلك لم يمنع الفقهاء من تصنيف الشرط المالوف في المرتبة الثالثة بعد نص القانون والعرف ، مما يعني امكانية رجوع القاضي اليها لاكمال النقص ، مادامت العادة قد جرت على ادراجها في العقد وان لم تذكر فيه[1]، وذلك لان هناك عقوداً اصبح

---

[3] انظر د. نبيل ابراهيم سعد – مصدر سابق –ص283 ، د. محمد شريف احمد – مصدر سابق - ص142.

[4] مثال ذلك الوثيقة النموذجية لعقد التأمين والتسعير الجبري وتحديد الاجرة في بعض البلاد ، في مثل هذه الحالات يستكمل مضمون العقد بالقواعد القانونية التي تحدد هذا العنصر ، د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص430 هامش(1).

[5] انظر د. جمال فاخر النكاس – الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات – مجلة الحقوق –سنة 23-ع2-1999-ص34.

[1] ان اهمية العرف لاتقتصر على ايضاح ماهو غامض في عبارات العقد وانما يمكن ان يكمل به العبارات الناقصة ، انظر د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزام – مصدر سابق –ص215.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة (1/163) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (المعروف عرفا كالمشروط شرطاً ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص) ، وقد عبر السرخسي عن هذه القاعدة بان (الثابت بالعرف ، ثابت بدليل شرعي) ، انظر السرخسي – المبسوط –ج13- مصدر سابق –ص7.

[3] وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (اذا سكت العقد عن بيان الانتفاع بالمأجور ، للمستأجر ان يستعمله وفقاً لما يقتضيه العرف) رقم القرار 110/هيئة موسعة اولى /1981بتاريخ 1982/12/18 ، المختار من قضاء محكمة التمييز –ابراهيم المشاهدي –ج1-بلا مكان طبع -1999- ص123.

[4] انظر تفصيل ذلك عبد الحي حجازي – النظرية العامة – مصدر سابق – ص570-571 – وانظر ايضاً د. منصور حاتم –مصدر سابق-ص65- د. حسين عبد القادر معروف – النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -1999-ص137

[1] د. احمد حشمت ابو ستيت – مصدر سابق –ص313، د. السنهوري – الوسيط –ج1-مصدر سابق –ص693-693- د. سعيد سعد عبد السلام – مصدر سابق – ص229 –د. عبد المجيد الحكيم – د.

من المألوف اشتمالها على شروط معينة حتى صار تكرارها غير ذي فائدة ، ويجوز لكل من المتعاقدين ان يطالب الاخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط [2]، ولذلك فان للقاضي ان يضيف الى العقد شرطاً استقر العمل على الأخذ باحكامه وخاصة اذا اقتنع بأن هذا شرط متعارف على ادراجه في مسألة معينة ، كما وقد تبين له ان نيتهما المشتركة تقضي بالاحالة الضمنية اليه وان لم ينص عليه ، طالما لم يرد في العقد احكاماً مخالفة له[3]، مثال ذلك اضافة 10% الى حساب النزيل او العميل في المطاعم والفنادق والذي اصبح ملزماً بالدفع فوق حسابه ، طالما انه لم يتفق مع الفندق على مايخالف ذلك[4].

واذا لم تسعفه الشروط المألوفة ، فله الاستعانة بقواعد العدالة[5]، وان لم تساعده قواعد العدالة اتجه الى طبيعة الالتزام ، اذ قد تفرض هذه الطبيعة التزاماً لم يتطرق اليه الطرفان ، لانه من مفهوم التصرف ولايحتاج الى اعادة ذكر ، كالالتزام بالسلامة في عقد نقل الاشخاص[1].

ومن خلال طرح المعايير السابقة يتبين لنا ، ان القاضي اذا لم يسعفه نص القانون والعرف اتجه نحو الشرط المألوف ، مما يعني معه ان دور الشرط المألوف لا يقتصر على تفسير عبارات العقد الغامضة وانما يمكن الاستعانة به لاكمال العبارات الناقصة ، أي ان الشرط المألوف يضاف الى العقد ليكمل النقص الموجود في مضمونه وان لم يدرج فيه ، وسبب عدم قيام المتعاقدين بادراج هذا الشرط اما لكونه مألوفاً ومتعارفاً عليه في المعاملات والعقود ، او لضيق الوقت وضرورة انجاز المعاملات على وجه السرعة تدفع الاطراف المتعاقدة الى ابرام عقود ، تذكر فيها العناصر الجوهرية فقط والتي تشكل اركانه الاساسية دون التطرق الى اية تفصيلات ثانوية[2].

محمد طه البشير – أ. عبد الباقي البكري – مصدر سابق – ص6 -. عبد الجبار ناجي – مصدر سابق – ص296.

[2] د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة – مصدر سابق –ص571-572 .

[3] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص283.

[4] د. السنهوري – الوسيط –ج1 – مصدر سابق –ص694 – د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – مصدر سابق – ص327 – د. نبيل ابراهيم –مصدر سابق –ص283.

[5] كما في التزام العامل بعدم البوح باسرار العمل الصناعية لمصنع منافس وغير ذلك مما يلزم المتعاقدان من غير ذكر طالما تقتضيه قواعد العدالة –د. محمود جمال الدين زكي – مصدر سابق – ص313-314- د. احمد محمود سعد – مصادر الالتزام في القانونين المدنين المصري واليمني – القاهرة – دار النهضة العربية – ص686و687.- د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة – مصدر سابق – ص571و572.

[1] د. سعيد سعد عبد السلام – مصدر سابق –ص228 ، د. السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام – القاهرة – دار النهضة العربية -1966-ص237ومابعدها- المستشار مصطفى مجدي هرمة – العقد المدني – شركة ناس للطباعة – 2001 – ص497 – د. منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي –ج1 – مصادر الالتزام – بلا مكان طبع ولا تاريخ نشر – ص244 –آلان بنيابنت – القانون المدني – الموجبات والالتزامات – ترجمة منصور القاضي – المؤسسة الجامعية للنشر والدراسات – 2004-ص210.

[2] د. اسماعيل غانم – مصدر سابق –ص309 ، د. عبد الحي حجازي – مصادر الالتزام – مصدر سابق – ص140-141.

وعندما يضاف الشرط المألوف الى العقد ، بموجبه تترتب التزامات جديدة الى جانب الالتزامات الجوهرية .

على ان يؤخذ القاضي بنظر الاعتبار عند اضافة الشرط المألوف الى العقد ان لايؤدي الى تعديل الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد ، او يرتب التزام لامبرر له ، ويجب عليه مراعاة عدم تناقض الشرط المألوف مع الشروط الاخرى ، حتى وان كانت هذه الشروط مخالفة لنصوص قانونية ، طالما كانت هذه النصوص غير امرة[1].

كما ان عليه ان يراعي ايضاً ، ان لايؤدي ادراج الشرط المألوف ، الى تحريف الشروط الواضحة في العقد ، او يغير الهدف منها ، وعلة ذلك هي ، ان الغرض من الشرط المألوف هو اكمال نقص العقد والمساعدة على تحقيق الغرض المقصود من التعاقد واعطاء العقد فعالية لكي يرتب التزاماته كافة ، وخلاف ذلك يعد الشرط محرفاً للعقد ، من ثم لايوجد سند قانوني يسمح بأن يؤدي تكميل العقد الى تحريفه[2].

مما تجدر الاشارة اليه ، ان البعض من الفقه ذهب الى ان القاضي حينما يكمل العقد بالوسائل السابقة ومنها الشرط المألوف ، فانه يستند في ذلك الى ارادة المتعاقدين، لان العقد تصرف قانوني ارادي ، ومن المفروض ان تهيمن الارادة على كافة مسائله سواء ألمتعلقة بانشائه او ترتيب اثاره ولايمكن لارادة خارجة عن ارادة المتعاقدين ان تتولى تنظيم أي جانب من جوانب العلاقة التعاقدية ، ولذلك عندما يقوم القاضي باضافة التزام الى مضمون العقد، فانه يقوم بتكملة الارادة الناقصة[3].

بينما ذهب البعض الاخر ، وهو مانميل اليه ، الى ان اكمال نطاق العقد عملية قانونية تستند الى معايير موضوعية مجردة عن ارادة المتعاقدين ، فالقاضي لايبحث فيما يحتمل ان يريده الطرفان لو انهم واجهوا المسألة محل البحث ولايسعى لتحديد ارادتهم المفترضة وانما يسعى لتحديد مايمكن ان يستنتج من العقد من الناحية الموضوعية[4].

المبحث الثاني

اثر الشرط المألوف الباطل على العقد

اذا ورد الشرط المألوف مخالفاً لنص قانوني امر او للنظام العام او الاداب العامة يبطل وقد يؤدي بدوره الى بطلان العقد كله[1]، وبالتالي عدم ترتيب أي اثر من الاثار التي قصد

---

(1) د. مصطفى العوجي –مصدر سابق - ص660.

(2) د. عبد الحكم فودة –مصدر سابق –ص463.

(3) د. حلمي بهجت بدوي – مصدر سابق – ص274 –د. عبد المجيد الحكيم – الموجز – مصدر سابق –ص388 –د. رمضان ابو السعود – د.نبيل ابراهيم سعد- د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص193 – د. سعيد سعد عبد السلام – مصدر سابق –ص226.

(4) د. عدنان ابراهيم السرحان – د. نوري حمد خاطر – مصدر سابق –ص242 – جاك غستان – مفاعيل العقد – مصدر سابق –ص80-81 ، وانظر ايضاً د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي –مصدر سابق –ص62ومابعدها .

(1) العقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم اصلاً ، أي لا وجود قانوني له ولايحتاج في حقيقته الى اصدار حكم بابطاله ، لان الاصل انعدامه وللمحكمة ان تقضي بالبطلان وان لم يطلب من له المصلحة في ذلك ، وببطلان العقد يعاد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة (138) منه

المتعاقدان تحقيقها ، متى ما تبين ان الشرط المألوف باعث دافع للتعاقد ، اما اذا اتضح ان الشرط لم يكن باعثاً دافعاً للتعاقد ، فلا يفقد العقد صحته وانما يبقى صحيحاً مرتباً لكل اثاره ويبطل الشرط وحده طبقاً لنظرية انتقاص العقد[2]، والتي هدفها حصر البطلان بالجزء الباطل فقط دون ان يمتد الى كل العقد[3]، وذلك للحفاظ على العقد المشوب بعيب يبطله من امتداد البطلان الى الاجزاء الصحيحة من جهة ، ولحماية المتعاقد وحفظاً لمسيرة التعامل وعملاً بقاعدة تصحيح العقود من جهة اخرى[4].
فيبطل الشرط المألوف دون ان يرتب أي اثر بالنسبة للمشترط في العقد ، ولبيان اثر الشرط المألوف الباطل ، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لبطلان العقد ، والثاني لانقاص العقد.

المطلب الاول
بطلان العقد

ينسحب اثر الشرط المألوف الباطل الى العقد المقترن به ، متى ماتبين ان الشرط المألوف كان باعثاً دافعاً للتعاقد ، وابطاله في هذه الحالة لايعد متنافي مع حرية المتعاقدين ..
ويعد الشرط المألوف باعثاً دافعاً للتعاقد ، اذا تبين ان ارادة الطرفين قد اتجهت الى ان العقد لايمكن ان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً[1]، بحيث اذا ورد الشرط المألوف باطلاً فانه يؤدي الى بطلان العقد[2]، نتيجةً لوجود ارتباط في ذهن المشترط مابين الشق الصحيح والشق الباطل[3] ، بحيث لا يقبل احدهما بدون الاخر ، ويقع على عاتق هذا المتعاقد اثبات ان الشرط الباطل هو ما دفعه الى التعاقد[4]، وما كان ليتم العقد بدون الشرط الذي وقع باطلاً ، وكما يجب عليه ان يثبت ان العقد وحدة متكاملة وانفصال أي

والتي جاء فيها (1- العقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم اصلاً . 2- فاذا ابطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً ، جاز الحكم بتعويض عادل).
[2] د. عبد الحكم فودة – مصدر سابق –ص91.
[3] د. مصطفى الجمال –مصدر سابق –ص270.
[4] د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص6ومابعدها.
[1] د. محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني – الالتزامات –ج1- المطبعة العالمية -1954- ص531-532 ، د. حسن علي الذنون – النظرية العامة – مصدر سابق –ص128 .
[2] فيعد العقد وكأنه لم يكن وتسقط كل الالتزامات التي كان العقد يرمي الى انشائها ، فاذا لم تكن هذه الالتزامات نفذت بعد ، فلا تنفذ بعد ذلك واذا كانت نفذت وجب رد الطرفين الى مركزها قبل التعاقد ، واذا كان احدهما قد تصرف الى الغير بمقتضى العقد الباطل ، فتصرفه باطل . انظر د. منصور حاتم – مصدر سابق –ص6.
[3] علي هادي علوان – مصدر سابق – ص176.
[4] د. عبدالله الجليلي – الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والاداب العامة –القاهرة –المطبعة العالمية -1958-ص388.

شق منها وبطلانه يؤدي الى بطلان كل الشروط الواردة في العقد ، وذلك على اعتبار ان كل بنود وشروط العقد مترابطة ، وبطلان شرط فيها يسبب بطلان العقد كله ، وهذا كله متوقف على مدى كون الشرط المألوف دافعاً لاحد المتعاقدين ، أي كان الشرط هو مادفعه الى التعاقد والغاية المتوخاة له ، لولاه ما اقدم على ابرام العقد ، فالشرط في هذه الحالة يعد عنصراً اصلياً في العقد وعليه يقوم سبب الالتزام[1].

مع الاخذ بنظر الاعتبار ، ان الشرط المألوف الباطل يعد جوهرياً في قصد ونية احد المتعاقدين فقط وليس كلاهما ، وذلك لان الشرط غالباً مايسعى لتحقيق مصلحة طرف واحد وبذلك يكون دافعه ، اما المتعاقد الاخر فان الشرط يكون عبئاً عليه ويرغب في التخلص منه وليس من العقد بأكمله ، فيكون هناك تعارض بين مصلحتين ، مصلحة المدين في بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيح ومنتج لاثاره بعد انتقاص الجزء الباطل منه لانه لم يكن دافعه الى التعاقد ، ومصلحة الدائن في بطلان العقد بأجمعه ، لان الشرط كان دافعه الى التعاقد[2].

ولذلك فمن الصعب القول بان الشرط كان باعثاً دافعاً في قصد ونية كلا الطرفين ، بل يكفي ان يكون كذلك بالنسبة لاحدهما[3].

وعلى القاضي لكي يتوصل الى مدى كون الشرط جوهرياً بالنسبة لاحد الطرفين ، يجب عليه ان يقوم بتفسير العقد ، فاذا تبين له اهمية الشرط الباطل لاحد المتعاقدين ، فان بطلان الشرط يؤدي الى بطلان العقد برمته ، وعلى القاضي ان يبين في حكمه الاسباب التي دعته الى تقدير اهمية الشرط المألوف الباطل ، وبالتالي تأثير بطلانه على العقد[4]، ومثال الشرط المألوف الباطل الذي يبطل العقد ، الشرط الذي يجعل الثمن معلقاً على ارادة البائع او مايسمى بشرط تجهيل الثمن الذي اعتاد المهنيون على ايراده في عقودهم وكثر استخدامه من قبلهم[5]، وخاصة في العقود التي يستطيع من خلالها المنتجين ادراج شروطهم بصورة توحي بالثقة والاعتبار ، كما ان تفوق المنتج في مجال المعاملة على نحو يسمح باقناع المستهلك بالموافقة على مثل هذه الشروط باستغلال حاجته الى السلعة والخدمة المعروضة[1].

ولكن هذا الشرط يعد من الشروط المجحفة ، والتي يؤدي وجودها في العقود المطروحة في التعامل ، الى اهدار حقوق الطرف الاقل خبرة وكفاءة ، ومما يزيد الامر صعوبة ان الشرط اصبح من الشروط المألوفة في التعاملات المعاصرة تحت مظلة حرية التعاقد

---

[1] اذا كان سبب الالتزام باطلاً ، فان بطلانه يبطل العقد استناداً الى نص المادة (132) من القانون المدني العراقي والتي نصت (يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالفاً للنظام العام والاداب).

[2] د. عادل حسن علي السيد – احكام انتقاص العقد الباطل – مكتبة زهراء الشرق -1998-ص108.

[3] د. عادل حسن علي – المصدر السابق –ص108.

[4] د. احمد شوقي عبد الرحمن –تفسير العقد – مصدر سابق –ص94.

[5] د. اسماعيل المحاقري – مصدر سابق –ص242.

[1] د. عمر عبد الباقي – مصدر سابق –ص376.

وسلطان الارادة ، ونتيجة لكون الشرط اعلاه يؤدي الى انعدام احد الاركان الاساسية في العقد وهو الثمن ، فان بطلانه يؤدي الى بطلان العقد[2] .

وكما يبطل ايضاً الشرط الذي يرد في وثيقة التأمين والذي ينص على عدم ضمان الخسارة التي تلحق الاشياء المؤمن عليها بسبب الاحتراق الذاتي الا بنص صريح ، فاذا اثبت المؤمن امام المحكمة ان الشرط كان دافعاً له ، وماكان ليتم العقد بدونه ، فيبطل الشرط والعقد معاً ، وذلك على اعتبار ان العقد غير قابل للتجزئة[3].

ومسألة اعتبار الشرط دافعاً للتعاقد من عدمه ، يقدرها قاضي الموضوع وفق ظروف كل قضية على حدة ، مستنداً في ذلك الى الوقائع والظروف التي كانت محيطة بالتعاقد[4].

اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من بطلان الشرط والعقد معاً ، فقد نص في المادة (139) منه على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلاً ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ،الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)[5].

ومن نص المادة يتضح ، ان المشرع ابطل العقد والشرط معاً ، اذا تبين ان الشرط كان باعثاً دافعاً للتعاقد[1].

وهذا ماقضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها (البطلان يزول عن العقد ، اذا تبين ان العقد يمكن ان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً والا يبطل العقد جميعه)[2].

وقد نص القانون المدني المصري على قاعدة بطلان الشرط والعقد معاً عند تعذر اتمام العقد بدون الشرط الذي وقع باطلاً[3]، وذلك في نص المادة (143) منه .

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (ببطلان العقد كله اذا تعذر تمام العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً)[4].

---

[2] د. عمر عبد الباقي – مصدر سابق –ص376-377.

[3] د. جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري – القاهرة - 1956-ص82.

[4] د. عادل حسن علي – مصدر سابق –ص103.

[5] انظر م (169) من القانون المدني الاردني - م (206) من القانون المدني اليمني – م (104) من القانون المدني الجزائري.

[1] د. حسن علي الذنون – د. محمد سعيد الدحو – الوجيز في النظرية العامة للالتزام – ج1 – مصادر الالتزام – ط1 – دار وائل للنشر – 2002 –ص169.، د. عبد المجيد الحكيم – الوسيط في نظرية العقد –مصدر سابق –ص485.

[2] رقم القرار 91/مدنية ثانية /1974 بتاريخ 1975/4/1 – مجلة الاحكام العدلية –سنة 6-ع2-1975-ص66.

[3] انظر في موقف القانون المدني المصري ،د. عبد الحكم فودة – البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة – الاسكندرية – دار المطبوعات الجامعية -1993-ص640 – د. محمد المنجي – دعوى بطلان العقد –ط4 – الاسكندرية – منشأة المعارف -2006 – ص456 – د. عبدالله الجليلي – مصدر سابق –ص388 – د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – مصدر سابق –ص303.

[4] رقم القرار 71 لسنة 47ق – جلسة 1981/2/10 – فتحية قرة – المبادئ القانونية التي اقرتها محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية -1979-1984- الاسكندرية –دار المطبوعات الجامعية – ص408.

اما القانون المدني الفرنسي ، فقد نص في المادة (1172) منه على ان كل شرط وارد على شيء مستحيل او مخالف للاداب او يحظره القانون باطل ويؤدي الى بطلان الاتفاق الوارد عليه ، وكما نص في المادة (900) منه على انه في كل تبرع او وصية تعتبر كأن لم تكن الشروط المستحيلة او المخالفة للقوانين والاداب .

ومن النصوص يتضح ان المشرع الفرنسي قد فرق في اثر الشرط الباطل ، بين اذا كان العقد المقترن به معاوضة ام تبرع ، فاذا كان عقد من عقود المعاوضة بطل الشرط والعقد معاً ، اما اذا كان تبرع بطل الشرط وحده وبقي العقد صحيحاً ، ومع هذا استقر القضاء الفرنسي على توحيد الحكم في المعاوضات والتبرعات ، اذ اخذ بمبدأ واحد يطبق على نوعي العقد ، وهذا المبدأ يقضي بان الشرط الباطل ، اذا كان باعثاً دافعاً للتعاقد ، فان العقد بأكمله سيكون باطلاً سواء أكان معاوضة ام تبرع ، اما اذا كان العقد مقترن بشرط ثانوي بالنسبة للمتعاقدين ، أي لم يكن الشرط باعثاً دافعاً للتعاقد ، فان الشرط وحده يبطل ويبقى العقد صحيحاً في المعاوضات والتبرعات[1].

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد موقف الفقه الاسلامي من بطلان الشرط و العقد ، فقد ذهب الجعفرية الى القول ، بان الشرط الباطل يؤدي الى بطلان العقد[2]، متى ماورد محرم شرعاً ومخالف لمقتضى العقد ، او يعد لغواً في نظر العرف والعقلاء[3].

اما الحنفية ، فالشرط الباطل عندهم يبطل للعقد اذا كان يتضمن منفعة زائدة لاحد المتعاقدين لايقابلها عوض ، والزيادة هنا ربا او فيها شبهة ربا[4]، كما ان مجرد اقتران العقد بشرط منهي عنه ، يجعل الشرط والعقد باطلين ، لانه الرسول (ص) نهى عن بيع وشرط ويقاس على البيع سائر المعاوضات من جهة[5] ، ومن جهة اخرى ان الشرط الفاسد يؤدي الى اختلال التراضي ، وبما ان الرضا يستند الى وجود الشرط ، بحيث اذا فسد الشرط اختل الرضا بالعقد واختلال الرضا مفسد للعقد[1].

---

(1) Cass 3' civ ,5Fe'vr ,1971 D.1973,151 sous nots .Cass,came 27 mars,1990.Bull,civ,IV n° 93, p.62.

نقلاً عن د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص180.

(2) وقد قال العاملي بهذا الصدد (ان العقد يبطل اذا ما كان المقصود منه اولاً وبالذات هو الشرط وجيء بالبيع تبعاً وخصوصاً اذا كان محرماً) - محمد جواد الدين محمد الحسيني العاملي – مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة –ج4– مصر– المطبعة الرضوية -1323هـ -ص732-734.

(3) انظر د. هاشم معروف الحسيني – مصدر سابق – ص353-354.

(4) الكاساني – مصدر سابق –ص169.

(5) الكمال بن الهمام – شرح فتح القدير – ج5-ط1 – مصر – المطبعة الاميرية -1316هـ -ص216-218.

(1) السرخسي – المبسوط –ج13 –مصدر سابق –ص15.

اما المالكية ، فالشرط الباطل عندهم يبطل العقد متى ما كان من شأنه ان يخل بمقصود العقد[2].

في حين ذهب الشافعية الى القول ، بان الشرط الباطل يعد مبطلاً للعقد اذا كان يتضمن منفعة ويعللون بطلانه ، لكونه يفوت الرضا لمن اشترطه ، وفوات الرضا مبطل للعقد سواء أكان معاوضة ام تبرعاً[3].

اما الحنابلة ، فالشرط الباطل عندهم يبطل العقد اذا ورد مخالفاً لمقتضى العقد او ورد النهي عنه بنص خاص[4].

المطلب الثاني
انقاص العقد[1]

---

[2] ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد الحفيد – بداية المجتهد ونهاية المقتصد –ج2-القاهرة – مطبعة احمد كامل -1333هـ -ص133-134. وانظر ايضاً د. السنهوري – مصادر الحق – ج3 – مصدر سابق – ص174ومابعدها.

[3] د. السنهوري – مصادر الحق – ج3-مصدر سابق –ص170-171.

[4] انظر تفصيل ذلك ابن قدامة –المغني –ج4-دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع –بلا تاريخ نشر – ص285.

[1] انقاص العقد هو زوال الجزء الباطل من العقد مع بقاء الجزء الصحيح الاخر منه ، وهو يعد وسيلة قانونية لزوال صفة البطلان عما بقي من العقد، من خلال عدم امتداد البطلان اليه ، لان بقاء ذلك يؤدي الى بطلان العقد كله ، وعليه فان كان عقد البيع باطلاً في جزء منه ، فمجرد انقاص هذا الجزء يبقى العقد صحيحاً ، فالانتقاص لايؤدي الى الغاء العقد او استبداله بعقد اخر يحل محله ، بل يبقى العقد بنوعه وتكيفه وطبيعته دون تغير ، وانما التغيير قد حصل بالانقاص في عناصر العقد ومضمونه ، أي ان عناصر العقد لم تبق على حالها بل تتغير عن طريق استبعاد او اسقاط الجزء الباطل من العقد ، لان العقد لو لم يحصل فيه تغيير لبقي باطلاً ، ولكن الانتقاص لايتم الا اذا كانت ارادة المتعاقدين متجهة الى ان الجزء الباطل لايعد جوهرياً ، عندئذ يرتب العقد اثاره الاصلية ولكن بصورة منتقصة ، مما يعني معه ان اثار الجزء الباطل وحدها هي التي تنعدم، الا ان المشرع قد اتجه في بعض الحالات الى استبعاد الشق الباطل من العقد دون الرجوع الى ارادة المتعاقدين . انظر في ذلك د. السنهوري – الوسيط –ج1 – مصدر سابق –ص501 – وانظر ايضاً د. منصور حاتم – مصدر سابق –ص98و 161.

ان المتعاقدين يهدفان من العقد الذي يبرمانه تحقيق غرض معين ، وهذا الغرض لايتحقق الا اذا كانت شروط العقد وعباراته مترابطة وبعضها يكمل البعض الاخر ، وبطلان أي شرط فيها يؤدي الى بطلان العقد ، الا اذا اتضح امكانية تحقيق الغرض المقصود بدون الشرط الباطل ، بعبارة اخرى اذا تبين ان ارادة المتعاقدين تسعى لكي يبقى العقد مرتباً لكل اثاره دون اضافة او تعديل او تغيير رغم الشرط الباطل ، فان البطلان في هذه الحالة يقتصر على الشرط فقط دون العقد ، أي يحصر نطاق البطلان بالشرط المألوف ، ويعتبر حكمه حكم العدم ولايترتب عليه أي اثر[2] ، دون ان يمتد ذلك الى شروط العقد الصحيحة الاخرى ويقع على القاضي مهمة استخلاص هذه الارادة من ظروف الدعوى وملابساتها .

ولذلك فان انقاص الشرط المألوف الباطل من العقد يبعد عنه خطر البطلان ، على ان يراعي في بطلان الشرط لوحده ، ان لايكون باعثاً دافعاً بالنسبة لاحد المتعاقدين ، وان يكون محل العقد قابلاً للانقسام [1]، أي على من يدعي بطلان الشرط دون العقد ان يثبت امكانية انقسام العقد الى شقين صحيح وباطل وبالامكان الاستمرار بالعقد دون العقد الذي وقع باطلاً[2].

فاذا اتضح امام القاضي صحة ادعاء المتعاقد ببطلان الشرط لوحده ، لكونه لايشكل اهمية في نظر المتعاقدين ، أي تلك الاهمية التي يمكن من اجلها التضحية بالعقد كله[3]، عندئذ يحق للقاضي ابطال الشرط المألوف طبقاً لنظرية انتقاص العقد ، على ان يبين في حكمه الاسباب التي دعته الى انقاص الشرط المألوف دون العقد ، كأن يذكر ان الشرط لم يكن باعثاً دافعاً لاحد الطرفين وانما يعد شرطاً ثانوياً ، وبطلانه في هذه الحالة لايترك اثراً على العقد[4].

على ان يتوافر في الجزء الصحيح المتبقي العناصر اللازمة لوجود العقد واستمراره كافة ، اما اذا ادعى المتعاقد الاخر بطلان العقد بأكمله وليس الشرط فقط فعليه اقامة الدليل على بطلان العقد كله وليس الشرط وحده، وان لم يستطيع القيام بذلك ، فيبقى العقد

---

[2] انظر المادة (131/ف2) من القانون المدني العراقي .

[1] ندى عبد الكاظم حسين –نظرية انتقاص العقد – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -2000-ص59ومابعدها .

[2] وقد قضت محكمة التمييزالعراقية في قرار لها (بان شروط انتقاص العقد وفقاً للقانون المدني العراقي هي 1- ان يكون العقد باطلاً في جزء منه.2- قابلية محل العقد للتجزئة . 3- عدم جوهرية الجزء الباطل) رقم القرار 915/مدنية ثانية /74 بتاريخ 1975/5/1 – مجلة الاحكام العدلية –ع2-سنة 6-1975-ص65 ، اما محكمة النقض المصرية فقد قضت في قرار لها (عدم اقامة مدعي البطلان الدليل على ان الشق الباطل او القابل للابطال لاينفصل عن جملة التعاقد ، اثره بطلان الشق لوحده ، حيث يظل مابقي من العقد صحيحاً ، باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل لوحده) رقم القرار 6670 لسنة 62ق بتاريخ 2000/5/16، المستحدث في المبادئ القانونية التي اقرتها محكمة النقض المصرية في المسائل المدنية -1999-2000 – وانظر في هذا الشأن ايضاً القرار 711 في 1981/2/10 لسنة 47ق – اشار اليهما د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق – ص183-184.

[3] د. عبد الحكم فودة – البطلان – مصدر سابق –ص641.

[4] د. جميل الشرقاوي – مصدر سابق –ص83.

صحيحاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل[1]، مع الأخذ بنظر الاعتبار ، ان الحكم ببطلان الشرط المألوف لوحده مع بقاء العقد صحيحاً قد يكون في بعض الحالات بحكم القانون ودون الاعتداد بارادة المتعاقدين وذلك في حالة مخالفة الشرط للقواعد القانونية الامرة المتعلقة بالنظام العام والمصلحة العامة ، وهدف المشرع من ذلك هو لجعل العقد متوافقاً مع المصلحة التي جاء الشرط مخالفاً لها ، فيبطل الشرط ويصح العقد ، مادام الامر لايستدعي انعدام العقد كله ، فيتم انقاذ العقد من البطلان باستبعاد الشرط الباطل منه[2].

مثال ذلك الشرط الذي ينص على اعفاء البائع من سلطته في تعديل والغاء الشرط التعسفي ، يبطل الشرط بحكم القانون وذلك لمخالفته نص المادة (2/167) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالنظام العام ، والتي تقضي ببطلان أي اتفاق يخالف حكم هذه القاعدة ، مع بقاء العقد صحيحاً على الرغم من جوهرية العقد بالنسبة للمشترط[3].

وكما يبطل الشرط الذي يعفي البائع من المسؤولية ، متى ماتبين ان الضرر ناتج عن غش البائع وخطأه الجسيم ، استناداً الى نص المادة (259/ف2) من القانون المدني العراقي[4]، وعلة بطلان هذا الشرط لمخالفته للنظام العام ، ولحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، ولذا فالامر يستوجب استبعاد الشرط الباطل والابقاء على العقد لضمان عدم اهدار الحماية ، حتى ولو كان الشرط باعثاً دافعاً للتعاقد[1].

ويطبق الحكم ذاته على الشرط الذي يرد في عقد البيع وينص على اعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية[2] ، حيث يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً اذا تعمد البائع اخفاء العيب غشاً منه ، ويحق عندئذ للمشتري الرجوع على البائع بالضمان[3].

وكذلك الحال بالنسبة للشروط المألوفة التي ترد في وثيقة التأمين ،فقد تبطل بحكم القانون ودون الاعتداد بارادة المتعاقدين استناداً الى نص المادة (985) من القانون المدني العراقي والمادة (750) من القانون المدني المصري[4] ، فبموجب المادتين يبطل كل

---

[1] د. محمد المنجي – مصدر سابق –ص547-548.

[2] وقد قضت محكمة التمييزالعراقية في قرار لها (ان الشرط الذي يقضي بمنع المتعاقد من مراجعته المحاكم مخالف للنظام العام ، فلاتأخذ به المحكمة ، لانه لاقيمة قانونية له ويبقى العقد صحيحاً ، وهذا الحكم يطبق حتى لو تنازل المتعاقد عن حقه في مراجعته المحاكم بموجب هذا الشرط) ، رقم القرار 267/مدنية رابعة /76 بتاريخ 1977/9/2 – مجلة الاحكام العدلية – ع(3، 4)- لسنة 8-1977-ص51.

[3] د. عبد المجيد الحكيم – الموجز –مصدر سابق –ص88، د. عبد الناصر توفيق العطار – مصدر سابق –ص209.

[4] تقابلها المادة (217/ف2) مدني مصري – م(356) مدني يمني – م(178) مدني جزائري ، اما القانون المدني الاردني فقد خلا من الاشارة لمثل هذا النص .

[1] د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص167.

[2] انظر د. غني حسون طه – الوجيز في العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة المعارف -1970-ص328.

[3] انظر د. علي سيد حسن – الالتزام بالسلامة في عقد البيع – القاهرة –دار النهضة العربية -1990-ص42.

[4] انظر م(923) مدني اردني – م(1076) مدني يمني – م(622) مدني جزائري .

شرط مألوف لم يكتب بصورة واضحة وكان متعلقاً بحالة من حالات السقوط والبطلان مثلاً ، وهذا ما اشارت اليه الفقرة الثالثة في المادتين اعلاه ، وكما ابطلت شرط التحكيم اذا ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة ، مع بقاء عقد التأمين صحيحاً اذا لم يكتب بالكيفية المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادتين السابقتين ، وذلك لحماية المؤمن له من تعسف المؤمن[5]، كما ان ادراج هذا الشرط المألوف[6] ، مع الشروط العامة دون تميز قد تؤدي الى موافقة المؤمن له دون ان يكون مدركاً لحقيقة الشرط من جهة ، ومن جهة اخرى ان كتابة الشرط في هذا المكان قد يكون محل اجبار المؤمن له للتنازل عن حقه في رفع المنازعات الى القضاء ، ولذلك جرى العمل في العراق على قيام مؤسسات التأمين العراقية ، بطبع اتفاق التحكيم في ورقة خاصة يوقع عليها طرفي العقد ، من اجل تدارك مسألة بطلان هذا الاتفاق[1].

ولكن هذا لايعني عدم الاعتداد مطلقاً بارادة المتعاقدين عند الحكم ببطلان الشرط ، الا اذا خالف الشرط نص قانوني متعلق بالنظام العام ، اما اذا خالف نص قانوني متعلق بالمصلحة الخاصة ، عندئذ تؤخذ ارادة الطرفين بنظر الاعتبار ، أي ان المشرع في هذه الحالة ترك للافراد حرية الاختيار بين الابقاء على الشرط الباطل وبالتالي يمتد البطلان الى الاجزاء الاخرى من العقد ويبطل كله ، او انقاص الشرط الباطل منه والابقاء على العقد صحيحاً[2].

والمثال على ذلك ، الشرط المألوف الوارد في عقد النقل الجوي والذي ينص على اعفاء الناقل من المسؤولية او التخفيف منها ، اذا تبين عدم كونه باعثاً دافعاً للتعاقد قد يبطل وحده دون ان يؤثر على العقد ، أي ان البطلان يقتصر على الشرط الباطل فقط دون العقد الذي يبقى قائماً بما ورد فيه من شروط اخرى[3].

وكما يبطل شرط الاعفاء من المسؤولية عن التأخير في التسليم مع بقاء العقد صحيحاً اذا لم يكن الشرط دافعاً للتعاقد وتبين ان البائع قد تعمد تسليم البضاعة الى مشترٍ ثانٍ واجل تسليم البضاعة الى المشتري الاول لحين وصول بضاعة جديدة مستنداً في ذلك الى شرط الاعفاء ، ويحق للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض عن كل الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة[4].

وكذلك الحال بالنسبة للشرط المألوف الذي يرد في عقد البيع وينص على اعفاء البائع من ضمان حق الارتفاق الذي يثقل العقار المبيع ، فاذا لم يقم البائع باعلام المشتري

---

[5] د. كمال قاسم ثروت – الوجيز في عقد التأمين – ط1-بغداد –مطبعة الزهراء -1978-ص83.

[6] د. محمد ظاهر معروف – مصدر سابق –ص23.

[1] المحامي بهاء بهيج – مصدر سابق –ص484-485.

[2] وهذا مايسمى بالتصحيح الاختياري للعقد – انظر تفصيل ذلك د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص98.

[3] د. نادية محمد معوض – مصدر سابق –ص63.

[4] د. سليمان براك دايح –مصدر سابق –ص73.

بوجوده ، يبطل الشرط ويبقى العقد ، ولاتسقط مسؤولية البائع إلا اذا اثبت علم المشتري وقت التعاقد بحق الارتفاق وموافقته على تحمل نتائج ذلك الحق[1].

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان انقاص الشرط المألوف الباطل من العقد يختلف عن استبعاده من حيث ان انقاص الشرط مقيداً بعدم انصراف ارادة المتعاقدين او احدهما الى كون العقد وحدة واحدة لاتقبل التجزئة[2]، فاذا ثبت بان العقد ما كان ليبرم بغير الشق الذي وقع باطلاً عندها يبطل العقد كله لبطلان هذا الشق[3].

اما استبعاد الشرط المألوف الباطل ، فهو يتم بحكم القانون ودون الاعتداد بارادة المتعاقدين فسواء اتجهت الى بطلان الشرط لوحده ام لم تتجه ، فالشرط يبطل ويبقى العقد صحيحاً بغض النظر عن مدى كون الشرط باعثاً دافعاً للتعاقد ، والغرض من ذلك هو لجعل العقد متوافق مع المصلحة العامة التي يهدف المشرع حمايتها ، وكما ان عدم الاعتداد بالارادة قد يكون سببه ، ان هذه الارادة قد تكون متجهة الى بطلان العقد كله بدلاً من الشرط لوحده ، وقد يكون من شأن الاعتداد بها اهدار المقصود من القاعدة القانونية التي تقرر البطلان جزاء للاخلال بها [4].

وبناء على ذلك ، فان المعيار الفاصل بين استبعاد الشرط وانتقاصه هو ارادة المتعاقدين ، والتي لاتؤخذ بنظر الاعتبار عند استبعاد الشرط ، لانه الأخذ بها قد يسبب انعدام العقد ، وهذا يحول دون تحقيق الاهداف التي قصد المشرع تحقيقها من القاعدة القانونية التي تحمي النظام العام والتي جاء العقد مخالفاً لها[5].

اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من بطلان الشرط لوحده دون العقد ، وبالرجوع الى المادة (139) منه[1] ، والتي نصت على انه ((اذا كان العقد في شق منه باطلاً ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)).

من نص المادة يتبين ان العقد اذا وجد فيه عدة امور بعضها صحيح والاخر باطل ، فان العقد لايبطل في الجميع ، بل يبطل منه مالايكون صحيحاً بالنظر اليه وماتبقى منه يكون عقداً مستقلاً[2]، وذلك للمحافظة على العقد[3].

---

[1] د. برهان رزيق – مصدر سابق –ص82 – د. احمد شوقي عبد الرحمن – تفسير العقد – مصدر سابق –ص92-93.

[2] انظر تفصيل ذلك ندى عبد الكاظم – مصدر سابق –ص59ومابعدها .

[3] د. مصطفى الجمال – مصدر سابق –ص270 – د. محمد كامل مرسي – مصدر سابق – ص531-532 – د. حسن علي الذنون – النظرية العامة – مصدر سابق –ص128.

[4] د. اسماعيل غانم – مصدر سابق –ص296.

[5] د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص161-162.

[1] انظر م(169) مدني اردني – م(206) مدني يمني – م(104) مدني جزائري.

[2] د.محمد طه البشير – د. عبد المجيد الحكيم – أ.عبد الباقي البكري – مصدر سابق – ص125.

[3] د. فريد فتيان – مصادر الالتزام – شرح مقارن على النصوص – بغداد – مطبعة العاني – 1957 – ص138 – د. عبد المجيد الحكيم – الوسيط في نظرية العقد – مصدر سابق –ص485- وانظر ايضاً د. صلاح الدين الناهي – الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت – مصادر الحقوق الشخصية – الاردن – مطبعة البيت العربي – 1984 – ص94.

وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها (بابطال شرط سقوط الحق في التأمين ، نتيجة لتأخر المؤمن له في الابلاغ عن الحادث المؤمن منه ، اذا تبين ان التأخر لسبب مشروع استناداً الى نص المادة (985/ف1) من القانون المدني العراقي[4].

وكما قضت محكمة التمييز في قرار اخر بابطال الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين ، لانه لم يكتب بصورة واضحة وبارزة حسب ماتقضي به (ف3 من المادة 985) من القانون المدني العراقي ، وجاء في قرار لها (اعتبار الشرط الذي ينص على انقضاء الحق في التأمين بسبب عدم قيام المؤمن له بتسديد القسط خلال المهلة المحددة بالوثيقة ، شرطاً من الشروط المتعلقة بالبطلان وقضت بابطاله ، حيث جاء في حيثيات الحكم بعد التدقيق والمداولة يتبين ان البند الرابع من وثيقة التأمين ينص على انه اذا لم تكن اقساط ثلاث سنوات كاملة دفعت وتوقف المؤمن له عن دفع القسط ، يسقط الحق باستحقاق القسط ، ولما كان هذا الشرط مجحفاً بحقوق المؤمن له، مما يحتاج الى اعادة ابرازه بشكل ملحوظ وظاهر عن باقي الشروط ، بحيث يقرع سمع المؤمن له والمستفيدين من التأمين[1].

وكذلك الحكم في القانون المدني المصري ، فقد نص في المادة (143) منه ، على انه ((اذا كان العقد في شق منه باطلاً او قابلاً للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً او قابلاً للابطال فيبطل العقد كله)).

من نص المادة اعلاه ، يتضح اذا كان بالامكان الاستمرار بالعقد من دون الشق الباطل ، فان البطلان في هذه الحالة يقتصر على هذا الشق لوحده[1].

---

[4] وقد جاء في حيثيات الحكم (لدى التدقيق والمداولة ، وجد ان الحكم المميز غير صحيح ، لان سرقة محل المشتكي وقع في 1991/4/4 ، وان عامل المحل اخبر مركز الشرطة المختص بالحادث في 1991/4/5 ، وقامت جهة التحقيق بالاجراءات المقضية واجرت الكشف على المحل وتبين لها كسر الاقفال وحدوث السرقة ، وبذا يكون المدعي قد اوفى بالتزاماته ، في اتخاذ الاحتياطات اللازمة تطبيقاً للجملة الاخيرة من الفقرة الرابعة من الاستثناء المذكور في وثيقة التأمين، اما عن التأخر في الابلاغ عن الحادث ، فان الفقرة الثانية من المادة (985) من القانون المدني العراقي ، اوضحت ان التأخر اذا كان لعذر مقبول يبطل الشرط ولايسقط الحق ، وبما ان المدعي اوضح العذر عن تأخره عن الاخبار بطلبه المؤرخ في 1991/6/3 الذي قدمه لشركة التأمين بواسطة وكيله ، وانه راجع الشعبة المختصة للحصول على استمارة ، فلم يحصل = =على نتيجة مما اضطره الى تقديم الطلب الى المحكمة ، كما ان المدعي ابرز للمحكمة كتاباً اصدرته وحدته العسكرية التي كان متواجداً فيها ولم يغادرها الى تاريخ 1991/5/3 بالاضافة الى ذلك ان شرط الاخبار مقيد بـ (ف2 من المادة 985) اعلاه والتي تبطل اذا كان التأخر لعذر مقبول ، وبما ان المدعي ابرز عذره على الوجه المشروع ، قررت المحكمة نقض الحكم واعادة اوراق الدعوى الى المحكمة التي اصدرتها ، للسير بها وفق ما تقدم وصدر القرار بالاكثرية لصالح المدعي في 1993/1/16 -23رجب -1413هـ) . رقم القرار 345/موسعة اولى /92 بتاريخ 1993/1/16 ، ابراهيم المشاهدي – معين القضاة –ج2-بغداد –مطبعة الزمان -2001-ص42.

[1] رقم القرار 1977/حقوقية لسنة 1966 /المحامي بهاء بهيج – مصدر سابق –ص480.

[1] د. عبد الحكم فودة – البطلان –مصدر سابق – ص638 – د. عادل حسن – مصدر سابق – ص99 – د. محمد المنجي – مصدر سابق –ص543.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها ببطلان شرط سقوط الحق في التأمين مع بقاء العقد صحيحاً ، حيث جاء في قرار لها (بطلان شرط سقوط الحق لكونه لم يكتب بشكل واضح استناداً الى (ف3 من المادة 750) من القانون المدني المصري [2].

في حين نص القانون المدني الفرنسي في المادة (900) منه على بطلان الشرط دون العقد اذا كان التصرف تبرعاً ، أي ان هذه المادة هي التي يقتصر عليها حكم انقاص الشرط مع بقاء العقد صحيحاً ، مع ذلك فقد استقر القضاء الفرنسي على بطلان الشرط لوحده دون العقد ، اذا لم يكن الشرط باعثاً دافعاً للتعاقد[3] ، اذ يستبعد ذلك الجزء من العقد ويبقى العقد قائماً صحيحاً ، وبذلك يكون الانتقاص ، انقاذاً للعقد من البطلان عن طريق الحذف او الاستبعاد للجزء الباطل في عقود المعاوضات او التبرعات على سواء[4].

اما موقف الفقه الاسلامي من بطلان الشرط لوحده دون العقد ، فقد ذهب الجعفرية الى ان الشرط اذا كان مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه ، فان بطلانه لايؤدي الى بطلان العقد[1]، وانما يبطل الشرط لوحده اذا لم تتعلق المخالفة بشيء من المعقود عليه والا كان الشرط باطلاً مبطلاً للعقد[2].

اما الحنفية فالشرط عندهم اذا لم يرتب منفعة زائدة عن مقتضى العقد يبطل لوحده دون العقد وذلك لانتفاء شبهة الربا وتعدد الصفقة[3]، وقد عبر السرخسي عن ذلك بقوله (اذا لم يكن فيه منفعة فالشرط باطل والعقد صحيح)[4].

في حين ذهب الشافعية الى ان الشرط اذا لم يتضمن منفعة وليس فيه غرض لاحد[5]، ولم يرتب عليه فوات الرضا بالنسبة للمشترط يبطل الشرط ويصح العقد[6].

---

[2] الطعن رقم 729لسنة 21ق – جلسة 1955/2/24 – د. معوض عبد التواب –ج3- مصدر سابق – ص82.

[3] مثال ذلك بطلان الشرط الذي يقضي بتحديد مسؤولية الناقل عما يصيب الراكب من ضرر ، لوجود التزام بسلامة الراكب ، حيث يبطل الشرط لوحده .انظر

Mazeaud (H.L.et) Tunce – traiteded la- resoponsabilite- 6ed-paris-1986-p.151.

[4]Cass cciv 3e ,19 oct 1983 ,Gas, pal ,Dimanche ,18 au Mardi 20mars 1984.Cass civ,17 juin 1963 ,no305,p.254.

نقلاً عن د. منصور حاتم محسن – مصدر سابق –ص93.

[1] د. هاشم معروف الحسيني – مصدر سابق – ص453.

[2] محمد جواد مغنية – مصدر سابق – ص183.

[3] الشيخ محمد ابو زهرة – مصدر سابق – ص279.

[4] السرخسي – المبسوط – ج13 – مصدر سابق – ص15.

[5] فقد ورد في نهاية المحتاج في شرح المنهاج للرملي (او شرطاً ما لاغرض فيه أي عرفاً ، فلا عبرة بغرض العاقدين او احدهما ... كشرط الا يأكل او يلبس كذا ولو حريراً صح العقد ولغا الشرط ...) . انظر شمس الدين محمد بن ابي العباس محمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي – نهاية المحتاج في شرح قواعد المنهاج على مذهب الشافعي – مطبعة مصطفى الباني – مصدر سابق –ص434.

[6] د. السنهوري – مصادر الحق – ج3 – مصدر سابق – ص170 – وانظر ايضاً ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي – المهذب في فقه الامام الشافعي – ج1 – بيروت – دار الفكر العربي – بلا تاريخ نشر – ص269.

اما المالكية فالشرط الباطل عندهم يبطل لوحده دون العقد متى ما تنازل المشترط عن شرطه[7].

في حين ذهب الحنابلة الى ان الشرط الباطل المخالف لمقتضى العقد اذا لم يلغِ المقصود منه ولم يؤد الى الاخلال بالثمن يبطل لوحده ويصح العقد[1].

---

[7] ابن رشد – ج2 – مصدر سابق – ص133و134 – د. السنهوري – ج3 – مصدر سابق – ص176.

[1] وقد ورد في الاقناع (شرط في العقد ينافي مقتضاه نحو ان يشترط الا خسارة عليه او متى نفق المبيع والا رده او لا يبيع ولايهبه ولا يعتقه او ان اعتق ، فالولاء له ، او يشترط ان يفعل ذلك او وقف المبيع ،فهذا لايبطل البيع ، والشرط باطل في نفسه الا العتق فيصح ويجبر عليه وان اباه لانه حق الله تعالى كالنذر ،فان امتنع اعتقه حاكم عليه) انظر ابو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي – الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل –ج2 – المكتبة التجارية –بلا تاريخ نشر –ص81 –احمد فراج حسين – مصدر سابق – ص211.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة – الشرط المألوف في العقد – يمكن ان نوجز أهم نتائج هذا البحث .

1 – ان تعريف الشرط المألوف بانه شرط جرت العادة على ادراجه في العقود ، يمكن من خلاله ان نلفت النظر الى الاختلاف بين الشرط المألوف والشرط الجاري به العرف من حيث جوهر فكرته ، فالشرط المألوف يتوافر فيه عنصر التكرار فقط ، دون وجود أي الزام ولا يكتسب هذه الصفة الا اذا اتفق المتعاقدان على اتباعه صراحة أو ضمناً ، في حين الشرط الجاري به العرف يتوفر فيه عنصرا التكرار والالزام .

2-اذا اكتسب الشرط المالوف صفة الالزام من اتفاق الطرفين عليه صراحة أو ضمناً ، فان الزاميته تقتصر على العقد الذي ورد فيه دون العقود الاخرى .

3 – ان الشرط المألوف في القانون المدني العراقي يخضع لنص م 131 /1 منه والتي اشارت الى الشروط المقترنة بالعقد ومن ضمنها الشرط الذي جرت به العادة ، فيخضع لحكم هذه المادة سواء أكان صحيحاً ام باطلاً .

4 – ان علم المتعاقدين بالشرط المألوف ، يجب ان يكون علماً حقيقياً وليس علماً مبنياً على الافتراض ، وذلك لانه علم المتعاقدين الحقيقي بالشرط واحاطتهم به وبكل الاثار المترتبة عليه من ثم موافقتهم عليه ، يعني ان النية المشتركة لهما متفقة بصدد اعمالها، في حين ان اعمال الشرط المألوف بناء على افتراض العلم به قرينه قابلة لأثبات العكس، ويمكن لاحد المتعاقدين ان يستخدمها كوسيلة للمطالبة بعدم سريان الشرط في مواجهته.

5 – ان تكرار الشرط المالوف في العقود لايقتصر على صيغة واحدة واسلوب واحد وانما قد يتكرر الشرط بصياغات مختلفة الا ان مضمونها واحد ، وذلك خوفاً من نفور الافراد على التعاقد معهم عند قراءة هذه الشروط كل مرة .

6- ان الشرط المألوف الوارد في العقد يعمل به متى ما تبين توافقه مع النية المشتركة للمتعاقدين ومع الغرض المقصود من التعاقد ومع النص القانوني الامر .

7- اذا تعارض الشرط المالوف مع الغرض المقصود من التعاقد ن فان الشرط يهمل والغرض يرجح ، لأن الشرط وسيلة والغرض غاية وعند تعارض الوسيلة مع الغاية ترجح الغاية .

8- ان نطاق أعمال الشرط المألوف لايقتصر على الشرط المدرج في وثيقة العقد وانما يشمل الشرط الوارد في مكان تالٍ لتوقيع المتعاقدين والمدرج في ظهر وثيقة العقد وفي المستندات التعاقدية السابقة واللاحقة على التعاقد متى ماتحقق علم المتعاقد به.

9 – ان الاثر المترتب على أعمال الشرط المألوف الصحيح يظهر عندما يتبين للقاضي ان هذا الشرط معبر عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فيؤخذ به عند تفسير العقد ، على ان يراعي عند القيام بذلك ، توافق الشرط المألوف مع عبارات العقد وشروطه والتي بعضها يفسر البعض الاخر ، فلا يجوز للقاضي ان يقف عند المعنى المستمد من الشرط المألوف لوحده دون الشروط الاخرى ، بل يجب ان يحيط بها جميعاً سواء أكانت واردة في وثيقة العقد ام

في مستندات التعاقد التي يقدمها احد الطرفين الى الاخر ، والتي يمتد نطاق الاعمال اليها متى ما تحقق العلم بها .
وعلى الرغم من خلو القانون المدني العراقي من الاشارة الى هذه القاعدة ، الا ان ذلك لم يمنع القضاء من العمل بها لأهميتها العملية .
اما اذا تبين للقاضي وجود تعارض بين الشرط المألوف وشرط أخر ، فيعمل بالشرط المعبر عن النية المشتركة سواء أكان الشرط المألوف ام غيره .
10 – رغم خلو القانون المدني العراقي من الاشارة الى الشرط المألوف ضمن الوسائل التي يمكن من خلالها اكمال العقد ، الا ان ذلك لم يمنع الفقهاء من تصنيفه في المرتبة الثالثة بعد نص القانون والعرف ، على ان يؤخذ القاضي بنظره ان لايؤدي الشرط المألوف الى تحريف العقد ، لانه لايوجد سند قانوني يسمح بان يؤدي اكمال العقد الى تحريفه.
11 – ان الشرط المألوف اذا لم يتفق مع النص القانوني يبطل ، وقد يؤثر على العقد ، متى مااتضح من ارادة المتعاقدين ومن التعاقد ، ان الشرط كان باعثاً دافعاً للتعاقد ، فيبطله وذلك احتراماً لارادة المتعاقدين وعدم مخالفتها ، فالمتعاقدان لايلزمان الاّ بأرادتيهما ولهما الحرية الكاملة في عقد ما يشاؤن من تصرفات ، مالم تكن هذه الارداة مخالفة للقانون او للنظام العام ، في حين اذا خالف الشرط نص قانوني مكمل او مفسر ، فلا يبطل الشرط ويبقى صحيحاً ويهمل النص المفسر لوجود مايخالفه .
12 – انقاص الشرط المألوف يختلف عن استبعاده ، فالاول يتم متى ماتوافرت شروط انقاص الشرط المألوف وفقاً لنظرية انتقاص العقد ، وعند عدم توافر أي شرط من شروط هذه النظرية لايتم انتقاص الشرط وانما يبطل الشرط والعقد معاً ،اما الاستبعاد ، فهو يتم بحكم القانون ودون الاعتداد بارادة المتعاقدين وسواء أكان الشرط دافعاً ام غير دافع للتعاقد ، يبطل لوحده دون العقد .