

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

العقد النموذجي

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها

علي ماجد صاحب

إلى

مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

إيمان طارق الشكري

2009م

1430هـ

الإهداء

إلى من فتح لي طريق العلم وساعدني عليه 00 نخلة العطاء

والدي العزيز 00

إلى من سهرت وكابدت الحياة من أجلي 00 زيتونة المحبة

والدتي الحنونة 00

إلى ورد بساتيني وعبير ريحاني 00

أخوتي وأخواتي 00

إلى من زرع بداخلي حب العطاء لأكمل مسيرتي

((صديقي العزيز))

أهدي هذا الجهد المتواضع

علي

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل خلقه 0 سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين وعلى أصحابه المنتجبين وبعد 00

♦ لو إن الكلمة تستطيع أن تغلف كامل معناها لقلتها ولكن معاني الشكر تفتق جدران الحروف عليها تفي بشكر أستاذتي المشرفة الدكتورة إيمان طارق الشكري على ما أبدته من عظيم التوجيه فقد رعت هذا البحث منذ أن كان كلمة وحتى اكتمل ولإكمال إلا لله وحده 0

♦ إلى الأستاذ المساعد الدكتور ميري كاظم عبيد رئيس القسم الخاص في كلية القانون جامعة بابل لغرسه في نفوس الطلبة الدراسات الأولية والعليا 0 إن عطاء الأستاذ ليس له حدود وإذا كان لابد منه اجتياز الحدود فقد اجتاز أستاذنا الفاضل حد التدريس إلى الأبوة الروحية والإخوة الصادقة فجزاه الله خير الجزاء 0

♦ إلى الدكتور نصير صبار لفته – الذي طالما تفيئت ضلال علمه الوارف ولم يبخل علي بنصح أو جواب على شدة إلحاحي وتطفلي 0

♦ ويزيدني اعتزازا أن أقدم كلمة شكر خالصة مخصصة إلى أستاذتي الأفاضل في الكلية 0

♦ إلى موظفات وموظفي كلية القانون- جامعة بابل 0

♦ وأود أن أعرب أسمى آيات التقدير والامتنان إلى الأستاذ / علي يوسف لمساهمته في ترجمة مصادر الرسالة الأجنبية0

♦ كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأخ القاضي ميثم خلخال عبادي على تعاونه معي خلال مسيرة البحث0

♦ ولا أنسى أن أسجل شكري إلى طلبة الدراسات العليا في كلية القانون - جامعة بابل

♦ وأخيرا الشناء والشكر إلى من راجع البحث من الناحية العلمية واللغوية

وَأدعو الله العليّ القدير بالتوفيق لكل من أمدني برأي أو مشورة أو كتاب 0
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين 0

البحث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الفاتحة / الآية 2

المقدمة

أن الطريقة التقليدية لصياغة العقود تعتمد على المناقشة الحرة لشروط العقد مابين طرفيه اللذين يتمتعان بقسط متساو من الحرية فينظم علاقاتهما التعاقدية بعد مباحثات تمهيدية متكررة ، إلا إن هذا الوضع لايسمح في ظل التطورات العلمية والاقتصادية والتكنولوجية التي شهدتها الحياة المعاصرة وماصاحبها من انتشار واسع للعلاقات التعاقدية ، لذا ظهرت صيغ تعاقدية جديدة لم تكن معروفة من قبل ومنها العقود النموذجية التي استعان بها المتعاقدون ولجأوا إليها بدلا من أتباع الطريقة التقليدية ، لذا كان ظهور مثل هكذا شكل جديد من العقود يلقي بأعباء جديدة في مجال الدراسات القانونية ولاسيما أن القانون المدني العراقي لم يورد ضمن نصوصه ما يحكم مثل هكذا عقود وينظمه بشكل خاص وهذا كان الدافع من وراء اختيارنا لـ (العقد النموذجي) موضوعاً لدراستنا والذي سنقدمه من خلال النقاط الآتية :-

1. مدار البحث :

يدور موضوع بحثنا هذا حول الأحكام العامة التي يخضع لها العقد النموذجي من حيث تحديد طبيعته القانونية ومعرفة فيما إذا كان عقد أو لا وما يتصف به من خصوصيات التي يتصف بها عن غيره من العقود ، وتمييز عما يشته به من بعض العقود كعقود الإذعان والمساومة ، فضلاً عن تحديد أطرافه المتعاقدة، ومعرفة الأسباب التي أدت إلى انتشاره والعيوب التي اعترضته فضلاً عن بيان أنواعه . وما يثيره هذا العقد النموذجي أيضاً بأصاف غالبية شروطه التي يتضمنها بالتعسف والإجحاف والسبب في ذلك هو عدم التكافؤ ما بين أطرافه المتعاقدة من الناحية الفنية فاحدهما محترف أو مهني ملماً بشؤون التعاقد ومتخصص في مجال المعاملة يقابله طرف ضعيف يجهل الحد الأدنى من المعلومات المتعلقة بالعقد ولاسيما إذا كان المحل على درجة من التقدم والتعقيد ، وما يؤدي إليه هذا التفاوت من ترسيخ ظاهرة الشروط التعسفية بين طيات هذا العقد.

2. أهمية البحث :

على الرغم من الأهمية العملية للعقد النموذجي وما توفره هذه النماذج من السرعة في إعداد العقود واختصارها للوقت والتكاليف إلا أنها لم تحظ بدراسة علمية في الفقه القانوني تسلط الضوء على جوانبه المختلفة ولم يأخذ ما يستحقه من الدراسة القانونية الكافية ولاسيما المؤلفات العربية التي اقتصر البعض منها على تعريفه فقط ، لطابعه المميز المتمسم بقدر غير قليل من التعقيد وانتشارها الواسع في غالبية المعاملات القانونية وما يصاحب ذلك من مشاكل متعددة ولأهمية ذلك كله كان موضع اهتمامنا في هذا البحث.

3. صعوبات البحث :

لقد واجهتنا العديد من الصعوبات في إعداد هذه الرسالة والسبب في ذلك يكمن في قلة المراجع والأبحاث القانونية المتخصصة في العقد النموذجي ، وكذلك من حيث

مفردات هذا الموضوع فهي شائكة ومتداخلة ومتنوعة إلى حد كان من الصعوبة الإلمام بجميع جوانبها وفق خطة علمية متوازنة لذا كان تقسيم خطة البحث عرضة للتعديل والزيادة بصورة مستمرة .

4. نطاق البحث :

سيقتصر نطاق هذا البحث على الجانب العقدي للعقد النموذجي وفي إطار أحكام القواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني وفي الحدود التي تستدعي البحث ، فثمة أحكام عامة وإن كانت تتصل بهذا العقد إلا أنه لا يوجد فيها ما يتطلب البحث مما سيجعل من استعراضها تكراراً قليل الجدوى ومن بينها المحل والسبب فيما يتعلق بركان العقد وما يخرج كذلك من نطاق البحث أحكام القانون التجاري وإحكام القانون الواجب التطبيق .

5. منهج البحث :

الهدف من هذا البحث هو محاولة وضع نظرية أو قواعد عامة تحكم موضوع العقود النموذجية ، ولقد اتبعت منهجاً أصلياً وتحليلياً للوصول إلى هذه الغاية ، فلقد استخدمت المنهج التأصيلي في تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود بوجه عام على مشكلات هذا الموضوع ، فإن لم توجد قاعدة اتبعنا المنهج التحليلي لفحص المشكلة وتحليلها ومن ثم الوصول إلى قاعدة عامة تحكمها فلما اعتمدت المنهج التأصيلي لتطبيق القواعد على الجزئيات عرجت على المنهج التحليلي لاستخلاص القواعد من الجزئيات .

6. خطة البحث :

سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه إلى فصلين :
إذ يتضمن الفصل الأول بيان مفهوم العقد النموذجي والذي سوف نتناوله على مدى أربعة مباحث نستعرض في الأول ماهية العقد النموذجي ، أما المبحث الثاني فسنعقده لبيان الطبيعة القانونية وخصائصه ، أما المبحث الثالث فيدور حول مزايا وعيوب العقود النموذجية ، أما المبحث الرابع فسوف نخصصه لبيان أنواع العقود النموذجية

إما الفصل الثاني فسنعقده لمواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث ، نتناول في الأول تعريف الشروط التعسفية، وإما الثاني فنخصصه لدراسة المواجهة القضائية للشروط التعسفية ، وإما المبحث الثالث فيدور حول المواجهة التشريعية للشروط التعسفية

نرى أنه مهما بذلنا من جهد في عرض الموضوع وفي المقارنة بين النتائج وتبني ما نراه صواباً ، فإنه يبقى بحثنا جهداً إنسانياً يحتمل الخطأ والنسيان وهذا من

طبيعة البشر والكمال لله وحده . ولكن نأمل إن تشفع لنا صعوبة البحث وخير ما نستجير به قوله تعالى : ((ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)) .

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
4	الفصل الأول : مفهوم العقد النموذجي
5	المبحث الأول : ماهية العقد النموذجي
5	المطلب الأول : تعريف العقد النموذجي
10	المطلب الثاني : تمييز العقد النموذجي عن بعض العقود
10	الفرع الأول : تمييز العقد النموذجي عن عقود الإذعان
17	الفرع الثاني : تمييز العقد النموذجي عن عقد المعاوضة
19	المطلب الثالث : أطراف العقد النموذجي
19	الفرع الأول : مفهوم المستهلك
26	الفرع الثاني : مفهوم المهني
28	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للعقد النموذجي وخصائصه
28	المطلب الأول : الطبيعة القانونية للعقد النموذجي
29	الفرع الأول : النظرية الغير التعاقدية
31	الفرع الثاني : النظرية التعاقدية
34	المطلب الثاني : خصائص العقد النموذجي
34	الفرع الأول : العقد النموذجي من العقود الموجهة
35	الفرع الثاني : العقد النموذجي من عقود حسن النية
37	الفرع الثالث : العقد النموذجي من عقود الاعتبار الشخصي
38	الفرع الرابع : العقد النموذجي إيجابه ذات قالب نموذجي
40	المبحث الثالث : مزايا وعيوب العقود النموذجية
40	المطلب الأول : مزايا العقود النموذجية
40	الفرع الأول : توفير الوقت والجهد في صياغة العقود
41	الفرع الثاني : سد النقص في التشريع
42	المطلب الثاني : عيوب العقود النموذجية
43	الفرع الأول : العقود النموذجية قيداً على حرية المتعاقدين
44	الفرع الثاني : عدم تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدین
46	المبحث الرابع : أنواع العقود النموذجية
46	المطلب الأول : أنواع العقود النموذجية من حيث الصياغة
50	المطلب الثاني : أنواع العقود النموذجية من حيث تدخل الدولة فيها
51	المطلب الثالث : أنواع العقود النموذجية من حيث بنودها
53	الفصل الثاني : معالجة الشروط التعسفية في العقود النموذجية
54	المبحث الأول : التعريف بالشروط التعسفية
54	المطلب الأول : تعريف الشرط التعسفي وعناصره
55	الفرع الأول : الاتجاهات التي عرفت الشرط التعسفي
62	الفرع الثاني : عناصر الشرط التعسفي

67	المطلب الثاني : أنواع الشروط التعسفية
67	الفرع الأول : أنواع الشروط التعسفية تحقق منفعة للمهني
68	أولاً : الشروط التعسفية من شأنها زيادة الحقوق الممنوحة للمهني
70	ثانياً : الشروط التعسفية من شأنها تخفيض الالتزامات المفروضة على المهني
72	الفرع الثاني : أنواع الشروط التعسفية تلحق ضرر بالمستهلك
72	أولاً : شروط تعسفية من شأنها زيادة التزامات المستهلك
74	ثانياً : شروط تعسفية من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له
78	المبحث الثاني : المعالجة القضائية للشروط التعسفية
79	المطلب الأول: موقف القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني من الشروط التعسفية
85	المطلب الثاني: موقف القضاء العراقي بعد نفاذ القانون المدني من الشروط التعسفية
86	الفرع الأول : تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية
87	أولاً : تعديل الشرط التعسفي
88	ثانياً : إلغاء الشرط التعسفي
89	أولاً : اشتراط العلم أو إمكانيته لسريان الشرط التعسفي
93	ثانياً : عدم مراعاة المذعن للشرط التعسفي لسبب أجنبي
96	الفرع الثاني : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن
99	المطلب الثالث : تقدير الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية
102	المبحث الثالث : المعالجة التشريعية للشروط التعسفية
102	المطلب الأول : الوسيلة الغير مباشرة لمعالجة الشروط التعسفية
103	الفرع الأول : عيب الإكراه
104	الفرع الثاني : عيب الغلط
108	الفرع الثالث : عيب التغرير مع الغبن
115	الفرع الرابع : عيب الاستغلال
118	المطلب الثاني : المعالجة التشريعية المباشرة للشروط التعسفية
119	الفرع الأول : تشريعات حماية المستهلك في بعض البلدان الأوروبية
119	أولاً : قانون حماية المستهلك الفرنسي لعام 1978
125	ثانياً : تشريعات حماية المستهلك في بعض الدول الأوروبية
125	1- القانون الألماني
126	2 - القانون الهولندي
128	الفرع الثاني : توظيف اتجاه التشريع الحديث لاقتراح مشروع قانون حماية المستهلك في العراق
130	الخاتمة
142- 135	المراجع
A-B	الملخص باللغة الانكليزية

SUMMARY

As we know that the contract definition is agreement between two or more parties or entities that creates or makes for each party or entity a duty to do something (e.g. to provide or supply goods or commodities or merchandise at a certain price according to a specified schedule) or a duty not to do something or to refrain from doing something or to refrain from doing something (e.g. to divulge or report an employer's trade or profession secrets or financial status or any important information to third parties) and the contract must be entered into both willingly and freely in order to be valid . A contract that violates this principle may be declared unenforceable or null and void. This is the traditional or conventional way in making the different kinds of contracts (that means making the contracts willingly and freely) so the two or more parties or entities can discuss the contract contents, conditions, stipulations and even if they want or wish they can discuss the small and exact details.

Besides they can negotiate with each other about all matters concerning the contract before taking the final and decisive decision about the contract , so the capacity to negotiate about the contract conditions is very important and essential element for entering into any contract , because the parties or the entities in the contract , have an equal position so they can do repeated and preliminary discussion to reach finally a good form of contract that may accomplish their interests purposes and their different interests through this contract and as we know and above mentioned this is the traditional and conventional conception of the contract that Almost contains a kind of routine and slowdown in accomplishing the different and sundry needs, purposes and targets meant by the contract, but because of the great and big progress in our contemporary life in the different scopes and spaces, (the technological, commercial, economic and scientific) the form of traditional contract became insufficient or not adequate to meet the daily

needs and requirements because of the routine procedures , the different complications and difficulties that may result from the traditional way in entering into the contract between parties or entities, so because of above mentioned reasons it became logical, rational and necessary to depend and rely on a kind of contract that can meet the needs and the requirements in the daily life of the persons in fast way without any routine procedures that may make many obstacles before the parties like slow down and delay that, in their role, may result in wasting the good and convenient chances, Bargains and trans actions for the contract parties, thus what is called or termed the typical contract from appeared in our contemporary life to meet and accomplish all our legal needs purposes and requirements in fast way avoiding the routine steps , many complications and the different obstacles in the case of making the traditional kind of contract . thus this typical or standard from contract or as some call it boilerplate contract refers to any standardized (one size fits All) contract , so the persons , business owners and the entities consider this typical boiler plate or the fine print language contract from as some call it , the fit from for contracting with the others to accomplish their valid interests and purposes resulting from this kind of contract , so this kind of contract from is the theme of our thesis entitled (the typical contract) that will be searched in two chapters to set the general principles and rules pertaining this contract especially the civil law in Iraq does not contain the rules that regulate this typical contract from in despite of this kind of contract considered very important and effective in our contemporary life , so this thesis will search this kind of contract from as follows :

Chapter one: in this chapter we will deal with the nature and the conception of the typical contract in four sections.

Chapter two: this chapter will deal with the arbitrary conditions in the typical contracts and this chapter contains three sections.

الفصل الأول

مفهوم العقد النموذجي

من اجل الإحاطة بمفهوم العقد النموذجي ، لابد من تحديد ماهية العقد النموذجي ، والطبيعة القانونية للعقد النموذجي وخصائصه ، وكذلك بيان مزايا وعيوب هذا العقد ، والوقوف على أنواع هذا العقد . وهذا ما سوف نبينه في أربعة مباحث وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول

ماهية العقد النموذجي

للتوصل إلى تحديد ماهية العقد النموذجي لابد من بيان الآراء التي قيلت في تعريفه ومن ثم بيان تمييز هذا العقد عما يشته به من العقود ومن ثم تحديد أطراف هذا العقد ، لذا سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الأول تعريف العقد النموذجي ، والثاني تمييزه عما يشته به من العقود والثالث نخصصه لدراسة أطرافه وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

تعريف العقد النموذجي

على الرغم من شيوع العقد النموذجي واستخدامها في غالبية المعاملات المدنية والتجارية ⁽¹⁾ على حد سواء ألا انه ولدى الرجوع الى الأبحاث والكتب الفقهية التي ذكرت العقد النموذجي نجد أن هناك اتجاهين لتعريف العقود النموذجية : الأول تحدد بأنها مجرد صيغ بسيطة توضع لكي تكون نموذجا لعقود ستبرم في المستقبل ، والثاني تعرف بأنها عقود يتم أعدادها من قبل احد أطرافها (الطرف القوي) في تلك العلاقة التعاقدية ولتوضيح ذلك سوف نتناول هذين الاتجاهين .

الاتجاه الأول :

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى تعريف العقود النموذجية بأنها صيغ بسيطة وضعت لكي تكون نموذجا لعقود ستبرم في المستقبل ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي الفقيه جنستيان الذي عرف العقود النموذجية بأنها " عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجه على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها " وكذلك الأستاذ الفرنسي (Leaute) بقوله " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية " ⁽²⁾ .

ومنهم من عرف العقود النموذجية بهذا الاتجاه وعرفها بأنها "نموذج لمشروع عقد يتضمن كافة المسائل إذ يشتمل على مقدمة يتناول فيها التعريفات للتعبير أو المصطلحات الواردة فيه ثم بيان موضوع العقد وبيان صفات ومصطلحات عنه وما يشترط لضمان النوع

(1) قدر Slawon نسبة استعمال العقود النموذجية في المعاملات المدنية والتجارية بنسبة 99% من مجمل المعاملات في عام 1970 وبقينا أن هذه النسبة قد ازدادت في عصرنا الحالي .

انظر د. احمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود وسائل مواجهه الشروط المجحفة فيها دراسة مقارنة بين الفقه والقضاء الانجلو الأمريكي ، بحث منشور في مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة السادسة عشر ، العدد (1. 2) ، عام 1992 ، ص 641 .

(2) للتوسع في هذا المعنى انظر د. أيمن سعد سليم ، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة

، 2005 ، ص 12 ،

والمواصفات المطلوبة وكذلك القانون الواجب التطبيق واللغة التي يحرر بها العقد علاوة على الملاحق الخاصة بالمواصفات الفنية للأجهزة والمعدات والتدريب والنقل التجريبي (1).

وبهذا الاتجاه نفسه ذهب الفقيه (Schmidt) الى تسميتها بالصيغ النموذجية للعقد وليس العقد النموذجي (2)، وعرفها بعضهم بأنها (صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من احد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها . وذلك باتفاق أطراف هذا العقد) (3). ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه القانون المدني الكويتي حينما أسمى العقد النموذجي باللائحة النموذجية (4) ولدى النظر في التعاريف أعلاه يتبين لنا بان العقود النموذجية ليست عقودا بالمعنى الفني الدقيق كما ورد في نصوص القانون المدني بأنه تبادل طرفي العقد عن إرادتين متطابقتين لإحداث اثر قانوني معين (5).

وإنما عبارة عن صيغ جاهزة مطبوعة ومعدة سلفا قبل إبرام العقد المراد إبرامه بحيث تكون هذه الصيغ جاهزة أمام الأطراف المتعاقدة وما عليهم سوى التوقيع عليها إذا اتفقوا على الأخذ بها ولهم إذا أرادوا أن ينقصوا أو يلغوا بنودا منها بشرط أن يعبروا عن إرادتهم في هذا التعديل والذي عادة ما يتم عن طريق كتابته بخط اليد في الفراغات البيضاء لنموذج العقد المطبوع (6) لذا نجد أنصار هذا الاتجاه ذهبوا الى إنكار الصفة العقدية لتلك العقود وعرفوها بأنها عبارة عن صيغ جاهزة أعدت مسبقا قبل إبرام العقد لكي تكون نماذج لعقود ستبرم في المستقبل .

(1) علي نوري ، العقود التجارية للطاقة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة بغداد ، 2001 ، ص 130 .

(2) Schmidt (j.) le prix du contract de furniture :1985، p176

أشار إليه د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ، 2001 – 2002 ، ص 12، هامش رقم (1) .

(3) د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق ، ص 12 .

ويقول بأن الأدق يطلق على هذه العقود اصطلاح الصياغة النموذجية للعقود بدلا من العقود النموذجية ، لكن شيوع استخدام هذا المصطلح هو الذي دفعنا الى استخدام هذا التعبير (4) نصت المادة 51 من القانون المدني الكويتي المرقم 67 لسنة 1980 على انه (إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤنها أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجيه ، سرت هذه الأحكام ، ما لم يثبت أي منهما انه، عند حصول الاتفاق بينهما ، لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها) .

(5) نصت المادة (73) مدني عراقي على انه (ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) يقابله نص المادة (89) مدني مصري ونص المادة (1001) مدني فرنسي .

(6) وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا استعمل المتعاقدان نمودجا مطبوعا للعقد وأضافا إليه بخط اليد أو بأي وسيلة أخرى شروطا تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيرا واضحا عن إرادة المتعاقدين) .

نقض مدني مصري في 1983/1/31 ، المجموعة (1) لسنة 34 ج 1 ، ص 355 . أشار إليه حسن الفاكهاني وعبد المنعم حسن ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، إصدار الدار العربية للموسوعات ، عام 1983 ، ص 335 .

الاتجاه الثاني :

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى القول بان العقود النموذجية هي عقودا بالمعنى الفني الدقيق وطبقا للقواعد العامة لان أركان العقد وخاصة تبادل رضا الأطراف متوافرة في هذه الصيغ النموذجية وان الأصل في أحكام أي عقد نموذجي لاتسري بحق الأطراف المتعاقدة ألا باتفاقهم وبارادتهم بل انه هناك من العقود ماتطلب لتطبيقها أن تكون إحالة الأطراف إليها صراحة وكتابة (1) ومن الكتاب الذين أيدوا هذا الاتجاه وعرفوا العقود النموذجية بهذا المعنى الدكتور احمد السعيد الزقرد إذ عرفها بأنها (مايقوم به احد المتعاقدين الطرف القوي في العلاقة التعاقدية من إعداد نماذج عقدية موحدة في حدود نشاطه تنطبق على الطرف الآخر بقبوله لها) (2). وكما عرفت بأنها (عقود تعتمد صيغ مطبوعة يقدمها احد الطرفين للآخر ويقتصر دوره على مل الفراغات المتروكة فيها البيانات الخاصة والتوقيع عليها فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع) (3). كما عرفها الأستاذ السنهاوري بقوله (العقد الذي تضعه سلطة عامة أو أي هيئة نظامية أخرى كعقود الإيجار النموذجية التي تنظمها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات) (4).

لذا فإن النظر بالتعاريف أعلاه نجدها عرفت العقود النموذجية على أنها عقودا حقيقية كبقية العقود الأخرى واعترفت لها بالصفة العقدية ، ألا أنها أشارت الى دور احد أطرافها (الطرف القوي) في تلك العلاقة التعاقدية واستقلاله بإيراد الشروط وبنود العقد وفرضها على الطرف الآخر دون أن يكون للأخير الحق في مناقشة ذلك والمساومة على البنود المفروضة عليه .

تقويم الاتجاهين :

ولما تقدم نجد أن الاتجاه الأول الذي قام بتعريف العقود النموذجية أنكر عليها الصفة العقدية واعتبرها بأنها صيغ جاهزة تقدم للطرف الذي يروم بالدخول الى العلاقة العقدية ، أما الاتجاه الثاني فإنه عرفها بأنها عقود بالمعنى الدقيق واعترف لها بالصفة العقدية إلا انه أعطى لأحد أطرافها الدور في فرض شروط العقد على الطرف الآخر ، بيد أن هذه التعاريف وان كانت مقبولة في بعض أنواع العقود النموذجية عندما نكون أمام عقود إذعان نموذجية ويكون لأحد أطرافها الدور الكبير في فرض شروط العقد على الطرف الآخر مستغلا تفوقه الاقتصادي أو الفني في العقد ألا انه هناك عقود نموذجية تكون فيها مصالح أطرافها المتعاقدة متساوية سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم الفنية وبالتالي تكون الكفة متعادلة مابين أطرافها دون أن يكون

(1) د.محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، عام 1988 ، ص 58 .

(2) د. احمد سعيد الزقرد ، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة الخامسة عشر ، العدد 3 ، 2001 ، ص 193 .

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1987 ، ص 94 .

(4) د.عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 ، ف 119 ، ص 236 .

لأحدهما الدور في فرض شروطه على حساب ومصلحة الطرف الآخر وهذا ما يتحقق عندما نكون أمام عقود مساومة نموذجية كعقود البيع والإيجار وعليه فأن العقد النموذجي هو عقدا حقيقي كسائر العقود الأخرى وطبقا للقواعد العامة مع عدم الإنكار لدور أحد أطرافها المتميز في فرض شروطه على الطرف الآخر إلا أنه هذا لا يؤثر على حقيقته العقدية لأنها أصبحت ظاهرة مألوفة في العصر الحديث لما توفره هذه العقود من السرعة في إبرام المعاملات القانونية واختصارها للوقت والتكاليف وإنها تقترب ببعض الشئ من عقود الإذعان من الناحية التنظيمية والإدارية ، حيث كلاهما يدرجان بصيغ مطبوعة ومعدة سلفا قبل إبرام العقد وعليه يمكن تعريف العقد النموذجي بأنه (عقد يتم إعداده مسبقا من قبل أحد طرفيه أو كليهما بصيغ مطبوعة ليتضمن حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مستقبلاً) .

المطلب الثاني

تمييز العقد النموذجي عن بعض العقود

هناك جملة من العقود تشبه بالعقد النموذجي كعقود الإذعان والمساومة لذا فإن الوصول الى معنى محدد للعقد النموذجي يقتضي منا تمييزه عما يشبه به مع هذه العقود لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لتمييز العقد النموذجي عن عقود الإذعان والثاني نخصصه لتمييزه عن عقود المساومة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تمييز العقد النموذجي عن عقود الإذعان (1)

(1) سميت هذه العقود في الفرنسية "بعقود الانضمام" وأول من استعملها الفقيه الفرنسي سالي في كتابه "إعلان الإرادة" لأنه من يقبل العقد ينضم إليه دون أن يناقش شروطه. وقد ترجم الأستاذ السنهوري هذه التسمية ب(عقد الإذعان) لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول وقد لاقت هذه التسمية رواجاً في الفقه القانوني والقضائي وانتقلت إلى القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني العراقي.

انظر د. السنهوري ، الوسيط ، ج1، مصدر سابق ، ف116 ص229 هامش رقم(1).
ود. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، ج1، في انعقاد العقد، شركة الطبع الأهلية ، بغداد، 1967 ، ف179 ، ص155 ود. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزام، بغداد ، 1976 ، ف63 ، ص84 .

يعرف عقد الإذعان بأنه عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، ويكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها (1).

كما عرف هذا العقد بأنه "العقد الذي يسلم احد الطرفين بشروط يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك لتعلقها بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها" (2)، كما عرفها الأستاذ دي باج بأنها "عقود معينة تتكون دون نقاش سابق بين الطرفين لشروطها وفحواها، وفيها يقنع القابل بإعطاء موافقته، بالانضمام لمشروع معين وعلى الدوام تقريباً غير متغير لعقد نموذجي يقدمه الطرف الآخر (3). أما موقف المشرع العراقي فإنه لم يعرف عقد الإذعان وإنما اقتصر على وصف القبول فيه إذ نصت المادة (167) من القانون المدني على انه "القبول في عقد الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه المناقشة" (4)، أما عقد الإذعان فإنه يتميز بجملة من الخصائص هذا ما حددته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري عند استعراضها لخصائص هذا العقد بالقول "يتميز عقد الإذعان عن غيره باجتماع شخصات ثلاثة أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، الثاني احتكار هذا السلع أو المرافق احتكار قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، الثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام " (5). وعليه فان خصائص عقد الإذعان هي كالآتي :

1. تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الحياتية اليومية :

أن غالبية عقود الإذعان متعلقة بسلع أو مرافق تعد من الضروريات أو ذات فائدة كبيرة للأشخاص الطبيعيين وبالتالي لا يستطيعون هؤلاء الاستغناء عن هذه العقود والخدمات المقدمة إليهم كعقود الهاتف والكهرباء والماء الخ .. وعليه يكون هؤلاء الأشخاص بوضع لا يسمح لهم برفض التعاقد بل عليهم القبول بها وبكافة شروطها وان كانت شديدة أو جائرة لحاجتهم الماسة إليها (6).

(2) د. السنهوري، الوسيط، ج1، مصدر سابق، ص229 وما بعدها.
(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946، ص76-77.

(3) Henri Depage Traite elementair p471

اشارت اليها شيماء مصطفى احمد، عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق جامعة النهرين، 2000، ص 24

(4) يقابله نص المادة (100) مدني مصري والمادة 100 مدني لبيي والمادة 104 أردني والمادة 70 جزائري والمادة 172 من موجبات والعقود اللبناني.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج1 ص 68-69.

(6) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، 1987، ص183.

و د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة) دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص207 هامش رقم 1.

2. احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها :

هذه الخاصية تجعل الموجب بوضع اقتصادي متفوق لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي وبالتالي يسمح له هذا التفوق بفرض شروطه على حساب ومصلحة الطرف الآخر دون أن يكون للأخير سوى القبول فيها ودون أن يكون له الحق في المناقشة ذلك أو المساومة عليها ومن أمثلة ذلك عقد التأمين فنلاحظ شركات التأمين وان كانت لا تتمتع باحتكار قانوني إلا أنها في الواقع تتمتع باحتكار فعلي إذ تتفق شركات التأمين فيما بينها على تعريفه القسط وعلى شروط عامة تكون متماثلة إلى حد كبير ، بحيث انه إلى أي وجهه توجه طالب التأمين فانه سوف يواجه نفس التعريفه وبنفس الشروط تقريباً مما يضطر للتعاقد مع أول شركة تقابله راضياً بما تمليه عليه من شروط دون أدنى مناقشة (1)، ولما تقدم فان هذه الخاصية نجدها مكمله لسابقتها وأنهما طابع واحد لعقد الإذعان وذلك لان الموجب اذا كان يمكنه فرض شروطه لالتفوقه الاقتصادي فحسب بل لان الطرف الضعيف بحاجة ماسة للسلع المقدمة إليه .

3. الإيجاب عام ودائم :

يتميز إيجاب عقد الإذعان بأنه إيجاب يوجه لأشخاص غير محددين ويحتفظ به لمدة غير محدودة وقد يكون لزم من معين فإنه إيجاب موجه للجمهور أو إلى فريق من الجمهور تتوفر فيه صفات معينة لأنه شخصية المذعن ليست محل اعتبار فشركة السكك الحديد لا تهتم بصفة من يدفع تذكرة من المسافرين وكذلك الإيجاب الصادر من شركات الكهرباء أو الهاتف مثلاً أي منهما يكون إلى كل الناس ولا تهتم بصفة الشخص الراغب في الاشتراك أو المهنة (2) هذه هي صفة العمومية في عقد الإذعان ، أما صفة الاستمرارية والديمومة في عقد الإذعان فان ذلك يتفق مع أسلوب التعاقد لكونها تتم لعدد كبير من الأفراد لذا يكون إيجابه لمدة طويلة ، ومع ذلك فانه يمكن أن يكون إيجابه لزم من معين .

وبعد أن حددنا تعريف عقد الإذعان والخصائص المميزة له يمكن أن نحدد أوجه الشبه و الاختلاف ما بين عقد الإذعان والعقد النموذجي .
فأما أوجه الشبه تتمثل بالآتي :

أ. عدم قدرة الطرف الضعيف في كلا العقدين على مناقشة شروط العقد. لان المذعن طرف ضعيف في عقود الإذعان يقبل عادةً ببند العقد المفروضة عليه من جانب الطرف الآخر

(1) د. محمد شكري سرور، دروس في الأحكام العامة في عقد التأمين ، دار الفكر العربي ، بدون سنة طبع، ص 36 .

(2) د. حلمي بهجت البدوي ، أصول الالتزامات ، نظرية العقد، مطبعة نوري ، القاهرة ، 1943 ،
فقرة 141 ص 223 ود. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ج 1 ، مصادر الالتزام ، دار المعارف ، مصر ، 1962 ، فقرة 57 ص 51 .

دون أن تكون له الحق في مناقشة ذلك والمساومة عليها⁽¹⁾ وذلك لضعفه من جهة وحاجته الماسة للسلعة المقدمة إليه من جهة أخرى ، وهذا الحال يتحقق تماماً في العقود النموذجية التي نجد فيها تفوق احد أطرافها سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم الفنية واستغلال هذا التفوق بفرض شروطه على حساب ومصلحة الطرف الآخر وما على الأخير سوى القبول بالشروط الواردة من قبل الطرف القوي أو رفضها دون أن تكون له القدرة الحقيقية على مناقشة بنود ذلك العقد أو المساومة عليها⁽²⁾ وهذا أن عدم قدرة الطرف الضعيف بمناقشة بنود وشروط العقد النموذجي يتحقق من الناحية الواقعية ألا انه من الناحية النظرية المجردة للطرف الضعيف الحق في مناقشة بنود العقد والمساومة عليها وانه يملك كافة مقومات المناقشة الحقيقية إلا انه في ظل ضعف خبرته وحاجته الماسة للسلع المقدمة إليه لا يمكن لنا أن نتصور أن يكون بأي حال من الأحوال نداً قوياً للطرف الآخر .

ب. تفوق احد طرفيهما مع ضعف من جانب الطرف الآخر :

يتميز احد طرفيهما بتفوقه وخبرته في مجال المعاملة التي اكتسبها لقيامه بعمليات متكررة ومتشابهة في مجال تخصصه يقابله ضعف من جانب الطرف الآخر لكونه يقوم بتلك العملية بصورة منفردة ودون ان يفكر فيها مليئاً للحصول على تلك السلع أو الخدمة⁽³⁾ . وهذا التفوق الحاصل من جانب احد الأطراف و الضعف الذي يقابله من جانب الطرف الآخر يؤدي في كلا العقدين إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي و ظهور الشروط التعسفية المفروضة من الجانب الطرف القوي على الطرف الآخر التي سوف نتناولها وكيفية مواجهتها في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

ج. تماثل ظروف التعاقد في كلا العقدين:

أن كل من عقد الإذعان والعقد النموذجي يشتركان بمظهر خارجي واحد ألا وهو أسلوب تنظيمهما بصدورهما بصيغ مطبوعة⁽⁴⁾ .

د. تماثل ظروف نشأتها :

نشأت عقود الإذعان كأثر للتكتلات الاقتصادية والتطورات الحاصلة التي شهدتها العالم في أواخر القرن الماضي لتركيز آلة الإنتاج في عدد محدود من المنشآت الصناعية الكبيرة الأمر الذي ساعدها على الأعداد المنفردة لشروط العقد ، وهذا الحال نشأة العقود النموذجية التي

(1) د. حسام الدين الاهواني ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، 1991-1992 ، ص158.

(2) د. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشآت المعارف ، الإسكندرية ، 2004-2005 ، ص465 .

(3) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص 659 .

(2) د. سعدون ناجي القشطيني ، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 ، ص4 .

انتشرت وزاد استعمالها بعد التطورات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية التي شهدتها العالم في الآونة الأخيرة وزيادة أعداد المستهلكين و السلع المصنعة وبالتالي أصبحت الحاجة ملحة لهذه العقود لما توفرها من سرعة في إعداد العقود بما يتناسب مع هذا التطور .

وأما أوجه الاختلاف فأنها تتمثل بالآتي :

أ. من حيث الجهة التي تنظم العقد :

تنظم عقود الإذعان عادة من قبل جهات محتكرة لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين أما العقود النموذجية تنظم من قبل هيئات مستقلة ذات خبرة في مجال التعامل أو من قبل أشخاص طبيعيين يهدفون من خلالها الى تحقيق غاية أساسية ألا وهي تعزيز التعامل وجعله مستقرا وفق القواعد المعروفة والمتفق عليها في ميدان معين ⁽¹⁾ وعليه فالعقد النموذجي لم يكن بالضرورة منظم من قبل جهات محتكرة لسلع أو مرافق تعده من الضروريات على خلاف عقود الإذعان.

ب. من ناحية التفسير (2) :

هناك قواعد خاصة في التفسير لا يمكن تطبيقها إلا على عقود الإذعان ولا يمكن تطبيقها على العقود النموذجية إلا إذا كانت هذه العقود عقود إذعان نموذجية ومن هذه القواعد قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً ⁽³⁾ التي تطبق على عقود الإذعان وبمقتضاه يفسر الشك في نصوص العقد لمصلحة الطرف المذعن أي الطرف الضعيف دائماً كان أم مديناً على خلاف القاعدة العامة في التفسير التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين ⁽⁴⁾ والتي تطبق على العقود بشكل عام ومن ضمنها العقود النموذجية .

ج. من حيث الشروط التعسفية (5) :

(1) د. عصمت عبد الحميد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1978 ، ص 100 .

(2) التفسير : يعني به العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر ، سبب ما اعتري العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين ، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به انظر المزيد د. عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1985 ، ص 10-11 .

(3) انظر نص المادة 167 ف3 مدني عراقي .

(4) انظر نص المادة 166 مدني عراقي و 151 مدني مصري والمادة 152 مدني سوري .

(5) عرفت المادة 35 من قانون أعلام حماية المستهلك للسلع والخدمات الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 الشروط التعسفية بأنها " الشروط التي يعرضها المحترف على المستهلك أو غير المحترف وتقوم على التعسف في استعمال المقدرة الاقتصادية " ويتضح من هذا التعريف انه لا اعتبار شرط التعسفي لابد من وجود معيارين هما المعيار الموضوعي الذي يعني به ضرورة

ليست بالضرورة ان تتضمن العقود النموذجية شروطاً تعسفية أو شروطاً ضارة بمصلحة الطرف الضعيف والسبب في ذلك هو إمكانية إعدادها من قبل جماعات مهنية أو جمعيات تهدف الى حماية " الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة من خلال إعداد بنود العقد وصياغة شروطها بما يحقق التوازن المطلوب بين الأطراف المتعاقدة (1) كما يمكن للدولة ان تتدخل بوضع بنود في تلك العقود و بإيعاز من قبل المشرع لتحسين أوضاع الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة (2) وبالتالي يكون للأطراف المتعاقدة الحق في مناقشة ومساومة بنود العقد ومن ثم القبول أو الرفض لتلك البنود وهذا لايتوفر في عقود الإذعان لأنه من أهم أثارها هو نشوء علاقة غير متوازنة بين الأطراف المتعاقدة وبالتالي يستطيع الطرف القوي فرض شروطه على الطرف الآخر دون أن يكون للأخير الحق في المناقشة أو المساومة لبنود العقد ومن ثم القبول بتلك الشروط لحاجته الماسة إليها وان كانت تعسفية وضارة بمصلحته .

وبعد أن انتهينا من دراسة التمييز بين العقد النموذجي وعقد الإذعان نقول بأنه لا مجال للتمييز ما بين هذين العقدين إذ كنا أمام عقد إذعان نموذجي ألا انه هذا التمييز يظهر بوضوح إذا كنا أمام عقد مساومة نموذجي وهذا ما سوف نوضحه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

تمييز العقد النموذجي عن عقد المعاوضة

عقد المعاوضة هو النموذج التقليدي للعقد والذي يكون فيه أرادات أطرافه متوافقة ومتساوية وبالتالي يكون لكل طرف من أطراف العقد الحق في المناقشة والمساومة على بنود العقد وبحرية متكافئة للتوصل الى اتفاق تام على جميع بنود و شروط العقد المراد إبرامه ومن أمثلة هذا العقد عقود البيع والإيجار ... الخ (3) .

أما في العقود النموذجية فإنها تشبه مع عقود معاوضة عندما نكون أمام عقود معاوضة نموذجية كعقود البيع والإيجار النموذجية وبالتالي تكون الأطراف المتعاقدة في تلك العقود

توفير مزايا مبالغ فيها للمحترف تؤدي بالضرورة إلى احتلال التوازن العقدي بين الالتزامات المترتبة على العقد ومعيار شخصي هوان تكون هذه الشروط المفروضة على غير المحترفين سبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي.

للمزيد انظر عامر قاسم احمد ، الحماية القانونية للمستهلك ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 ، ص124 وما بعدها .

(1) في فرنسا ظهرت هناك عقود نموذجية مشتركة . وهي عقود لا ينفرد المنتج بها بل يتم مناقشة شروط هذا العقد وإعدادها من قبل جمعيتين تتولى كل منها حماية مصالح كل طرف من أطراف العقد ومن أمثلة هذه العقود الاتفاق الموقع بين ممثلي مالكي العقارات وممثلي المستأجرين في فرنسا والمتعلقة بالإصلاحات السريعة لاماكن السكن ، والاتفاق الموقع بين المعهد الوطني للاستهلاك في فرنسا والغرفة الوطنية الفرنسية لتجارة وإصلاحات السيارات . انظر المزيد د. نائل عبد الرحمن صالح ، حماية المستهلك في التشريع الأردني ، دراسة تحليلية مقارنة، دار زهرات للنشر والتوزيع ، عمان ، 1991 ، ص37.

(2) انظر د. حسن عبد الباسط أجمي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، 1996 ، ص 107

(3) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص117. و د. عبد الودود يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976 ، ص398 .

متساوية من الناحية الاقتصادية والفنية وعليه فإن كلا الطرفين لهما الحق في مناقشة البنود والمساومة عليها الواردة في العقد النموذجي وهذا ما يحصل في عقود المساومة .

ألا أنها ومن جانب آخر تختلف العقود النموذجية عن عقود المعاوضة عندما نكون أمام عقود إذعان نموذجية وهذا هو الوضع الغالب بسبب الفارق الكبير ما بين أطرافها سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم الفنية وبالتالي يستطيع الطرف القوي صياغة بنود العقد وفرضها على الطرف الآخر دون إن يكون للأخير الحق في المناقشة والمساومة على بنود العقد ومن ثم غياب القدرة الحقيقية عن مناقشة بنود العقد الذي تعكس بصورة مباشرة على عدم تحقق أي عنصر من عناصر المساومة بين أطراف العقد النموذجي (1) .

وهذا ما عبر عنه بعض الفقه الفرنسي عن عدم المساومة التي يتميز بها العقود النموذجية من الناحية العملية بقولهم " إن عدم المساومة يتفاقم بشدة بسبب استخدام للعقود النموذجية التي هي عبارة عن تنظيم حقيقي بصفة منفردة للعقد يقدمه أحد الأطراف للأخر وهذا الأخير لا يستطيع من الناحية الواقعية إن يرفض " (2) .

المطلب الثالث

أطراف العقد النموذجي

إن تحديد أطراف العقد النموذجي لا تثير لدينا إيه مشكلة عندما تكون مراكز الأطراف المقبلة للتعاقد متساوية ألا انه المشكلة تظهر لدينا في تحديد أطرافه المتعاقدة عندما نكون أمام عقود نموذجية وأطرافه غير متساوية من النواحي الفنية والاقتصادية وهذا هو الوضع الغالب في العقود النموذجية والتي يترتب على عدم المساواة هذه وجود أطراف ضعيفة في تلك العلاقات العقدية يطلق عليها لفظ "المستهلك" يقابلها أطراف قوية سواء كانت من الناحية الفنية أو الاقتصادية يطلق عليه لفظ المهني أو المحترف من تلك العقود ، ولتوضيح ذلك و لبيان أطراف العقد النموذجي لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لمفهوم المستهلك والثاني نخصصه لبيان مفهوم المهني وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

مفهوم المستهلك

(1) د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 398 .

(2) V.GHESTION (J.) lutite et juste dans le contract L G D Paris 1980 p 514

إن لفظ المستهلك كأحد أطراف العلاقة العقدية في العقود النموذجية لم يلاقِ اهتماماً من قبل الفقه القانوني الأبعد النصف الثاني من القرن العشرين و كان قبل ذلك مستعملاً من قبل علماء الاقتصاد فقط (1) إلا أنه وفي الآونة الأخيرة ولاسيما بعد ظهور الجمعيات المتخصصة للدفاع عن حماية المستهلكين (2) والتطورات الاقتصادية التي شهدتها الحياة المعاصرة ازداد استعمال هذا المصطلح وانتشر بشكل واسع في الحياة اليومية لهذا نجد هناك جدلاً فقهيًا وقضائياً حول تحديد مفهومه فمنهم من يوسع هذا المفهوم و منهم من يضيقه وللاحاطة بذلك لابد من دراسة هذين الاتجاهين التي قيلت في تعريفه لذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين :

أولاً : الاتجاه الموسع لتعريف المستهلك :

اتجه جانب من الفقه الى تبني تعريف واسع للفظ المستهلك فمنهم من يرى أن كلمة المستهلك هي كلمة مرادفة لكلمة المواطن وذلك بالنظر الى المصلحة ، أن تكون مصلحة المستهلك عندما تنشأ علاقات متبادلة مع غيره من المواطنين ومع المستشفيات والمكاتب وأجهزة الدولة الحكومية وكذلك مع مختلف أنواع الأعمال الأخرى داخل المجتمع (3) . وفي هذا الاتجاه ذهب رالف نادر الذي يرى بان حماية المستهلك مرتبطة بحماية المواطن كما يرى انه لايمكن ان تكون هناك ديمقراطية يومية بدون مواطنة يومية (4) ومن الكتاب المصريين من رأى بان المستهلك هو المواطن باعتبار ان الدول العربية هي من كبار المستهلكين في ظل العولمة وانحسار الصناعات المحلية واعتمادها على الخارج في سد حاجياتها الأساسية لذا رأى بان كل شخص في هذه الدول هو مستهلك ، وبالتالي ينبغي أن يستفاد من الحماية المقررة للمستهلك (5) إلا إن هذا الاتجاه من الفقه الذي ربط فكرة المستهلك بالمواطن هي فكرة معيبة ولايمكن الاعتماد عليها لتعريف المستهلك لكون هذا التعريف عام وشامل وغير مانع من دخول فئات أخرى غير

(1) يعرف علماء الاقتصاد المستهلك بأنه (كل فرد يشتري سلع أو خدمات لاستعماله الشخصي) أو (هو الشخص الذي يحوز ملكية السلعة) وكما عرف : (بأنه كل من يحصل من دخله على سلعة ذات طابع استهلاكي لكي يشبع حاجته الاستهلاكية إشباعاً مباشراً أشار إليها د. احمد محمد محمود خلف ، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون الفرنسي والمصري والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005م ، ص 50-51 .

(1) وهذه الجمعيات تكون متخصصة للدفاع عن المستهلكين التي لا تهدف لتحقيق الربح بل تهدف إلى تنسيق الجهود ، الخبرة لتوفير الوسائل للدفاع عن مصالح المستهلكين ويمكن رؤية أمثلة كثيرة لهذه الجمعيات في فرنسا وأمريكا وإيطاليا وكذلك في بعض الدول العربية كمصر والإمارات ولبنان .

انظر المزيد في شأن تلك الجمعيات المخصصة للدفاع عن حماية المستهلكين ، د. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 346 وما بعدها .

(3) د. احمد محمد محمود خلف ، مصدر سابق ، ص 51 .

(3) رالف نادر هو فقيه وسناتور أمريكي من أصل لبناني مهتم بحقوق المستهلك . نقلاً عن د. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص 20

(2) المصدر السابق نفسه ، ص 20.

مستهلكة كالتجار والمهنيين وكما ان الحماية هنا مقررّة فقط لمصلحة المستهلك الذي يقوم بشراء سلع أو خدمات لغرض إشباع حاجاته الاستهلاكية وليس للمواطن لكون لفظ المواطن اعم واشمل من لفظ المستهلك .

ومنهم من يرى أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بقصد الاستهلاك بحيث يشمل هذا المصطلح لديهم كل من يبرم تصرفاً قانونياً من اجل استخدام مال أو خدمة في أغراضه الشخصية أو المهنية⁽¹⁾ ويهدف هؤلاء الكتاب إلى مد نطاق الحماية القانونية الى المهني حينما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته كما هو الحال بالنسبة للطبيب حين يشتري معدات طبية أو التاجر حينما يشتري أشياء لمعمله ويبرر هؤلاء الكتاب وجهة نظرهم هذه بنص المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 عندما أورد المشرع لفظ غير المهنيين مع الإبقاء على لفظ المستهلك وانه قصد بذلك امتداد الحماية الى من تؤهله مهنته وحرفته وتخصه للوقوف موقف الخبير العام في مواجهة المستهلك الذي يبرم معه عقدا من عقود الاستهلاك لذا يجد أنصار هذا الرأي إن التاجر أو الصانع حينما يشتري أثاث محله أو مصنعه يعتبر من غير المهنيين بالنسبة للبائع المحترف للأثاث أو الآلات وبالتالي يستفاد من الحماية المقررة للمستهلك²

وردوا على ذلك بان ورود لفظ المهني بنص المادة (35) من القانون الفرنسي مع البقاء على لفظ المستهلك لايقصد من ذلك ان المشرع أراد امتداد الحماية الى من لا يسمح له تخصصه بالتعامل على قدم المساواة من الناحية الفنية مع الطرف الآخر حتى لو كان الغرض من العقد غرضاً مهنياً لأنه يعد ذلك من قبيل تحميل الألفاظ أكثر مما يمكن بدون سند قانوني ، ومن ناحية أخرى فان هذا النص إذا وضع في مكانه الصحيح بين القوانين الصادرة الهادفة الى حماية المستهلك يعد نصاً استثنائياً ، وبالتالي إذا افترض جدلاً صحة هذا التفسير الذي تزعموه أصحاب التفسير الموسع الى لفظ المستهلك فانه لايمكن سحب هذا التفسير الى قوانين حماية المستهلك فالاستثناء ينبغي أن لايتوسع في تفسيره ولا يجوز القياس عليه أو يتخذ أساساً لتعميم الحكم عليه⁽³⁾ كما إن هذا التعريف يؤدي الى دخول فئات أخرى ليست مستهلكة كالتجار والمهنيين والحرفين لكي يستفادوا من الحماية المقررة الى المستهلك.

وذهب القضاء الفرنسي الى تأييد هذا الاتجاه في بعض أحكامه فقضت محكمة النقض الفرنسية في دائرتها المدنية الأولى الصادرة بتاريخ 28/ابريل 1987 والتي اعتبرت بموجب حكمها ان الشركة التجارية هي شخصية مستهلكة وبالتالي تستفاد من نصوص قانون حماية المستهلك الصادر في 10 يناير عام 1978 على الرغم من ان الشركة التجارية هي شخصية معنوية وتباشر أنشطة تجارية في مجال العقارات ويتلخص وقائع هذا الحكم بان الشركة تعاقدت

(3)د. نضال إسماعيل إبراهيم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ، ص131. وانظر منير البصري واحمد المنصوري ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية بحث منشور على الانترنت <http://droitciviloever-blog.com-article-5145525.html> في 19/5/2007 ص3.

² - د.حسن عبد الباسط أجمعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص10

(3) د. حسن عبد الباسط أجمعي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، ص11 .

على شراء أجهزة إنذار لحماية مكانها فتبين لها بان هذه الأجهزة معيبة ولما أرادت الشركة أبطال العقد اعتبرتها المحكمة مستهلكة على الرغم من أنها شخصية معنوية وتباشر أنشطة تجارية في مجال العقارات إلا أنها غير مهنية في مجال تقنية أجهزة الإنذار وليس لديها أي خبرة في هذا المجال وإنها كأي مستهلك آخر (1) .

ثانياً: الاتجاه الضيق لتعريف المستهلك :

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى تبني تعريف أضيق للمستهلك وعرفوه بأنه كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجته الشخصية أو العائلية ، سواء كان التعاقد لغرض الاستهلاك أو استخدام مال أو خدمة وهذا الاتجاه اخذ به غالبية الفقهاء لأنه يعد أضيق التعاريف التي قبلت بحق المستهلك وأفضلها في تحديد مفهومه لكونه قصر مفهوم المستهلك على الشخص الذي يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية وبالتالي يعد هذا التعريف مانعا من دخول فئات أخرى غير المستهلكة كالتجار والمهنيين وحرفيين الذي يتعاقدون لإغراض تجارتهم أو مهنهم من التمتع بالحماية التي يكفلها القانون للمستهلك وذهب بعض المصيريين إلى الأخذ بهذا الاتجاه وعرفوا المستهلك بأنه : " كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من اجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية " (2) ، وبتعبير آخر من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع أو الخدمات (3) .

كما عرف المستهلك " بأنه كل شخص يقوم بإبرام عقود مختلفة من شراء وإيجار غيرها من اجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية لإشباع حاجاته الكمالية الحالية والمستقبلية دون أن تكون لديه المضاربة بهذه الأشياء عن طريق تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمنتج والموزع ودون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها (4) . وهذا ما أيده التشريع الفرنسي عندما عرف المستهلكين بقانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 بأنهم (الأشخاص الذين يستخدمون أموالا أو خدمات للاستعمال الغير مهني) (5) وهناك العديد من التشريعات التي عرفت المستهلك بهذا المفهوم الضيق للمستهلك (1) .

(1) chamber 28 avril 1987 d. p253 Cass,Cass.Civ.Ler

أشار إليها هذا الحكم د. احمد محمد محمود خلف ، مصدر سابق ، ص 53-54 .
(1) د.حسن عبد الباسط الجميعي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، مصدر سابق ، ص 10 .

(2) احمد عبد العال أبو قرين ، نحو قانون لحماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، ص 16.
(4) جمال فاخر نكاس ، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في قانون الكويتي ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة عشر ، العدد 2 ، عام ، 1989 ، ص 47-48 .

(1) ينقسم قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 الى خمسة كتب يتعلق الكتاب الأول بإعلام المستهلكين وتكوين العقود ، والكتاب الثاني يتعلق يتطابق وأمان المنتجات والخدمات ، والكتاب

أما ما يتعلق بموقف القضاء فإنه لا يختلف عما جاء به الفقه والتشريعات وجاءت قراراته بمناسبة تعريف المستهلك وفقاً للمفهوم الضيق وكانت غالبية أحكامه القضائية تعرف المستهلك وفقاً لهذا المفهوم ومن هذه القرارات القضائية الحكم القضائي الصادر من محكمة باريس الجزائية الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1979 إذ عرفت المستهلك بأنه (الشخص الذي يصبح طرفاً في العقد من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع حاجته الشخصية) ويتبين من الحكم أعلاه بان المستهلك هو ذلك الشخص الذي يروم الحصول على السلع والخدمات بهدف الاستهلاك الشخصي وليس للاستعمال المهني أو التجاري وبالتالي أخرجت طائفة التجار والمهنيين من الاستفادة من الحماية المقررة للمستهلك (2) .

من خلال التعاريف أعلاه التي تصب باتجاه تضيق مفهوم المستهلك نلاحظ انه ينبغي توافر ثلاثة عناصر لاكتساب صفة المستهلك (3) .

1. أن يكون من الأشخاص الذين يكتسبون أو يستعملون السلع أو الخدمات والواقع أن هذا الشخص قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً كالشركة أو المؤسسة الذين يبرمون عقود مختلفة متكررة لإشباع حاجاتهم الضرورية أو الأسرية أو تلك المرتبطة بشؤون حياته وعليه لأمانع من اعتبار الأشخاص المعنوية كالمؤسسات الخيرية كأشخاص مستهلكة ما دام لم تقصد من عملها تحقيق الربح المادي.

2. أن يتعلق محل العقد بالسلع أو الخدمات (4) :

أن كل الأموال تصلح أن تكون محل لعقد الاستهلاك إذا تم استعمالها لغرض غير مهني بغض النظر عما إذ كانت هذه المواد تندثر من أول استعمالها أو تدوم لفترة طويلة أما الخدمات على مختلف أنواعها سواء كانت خدمات مادية كالإصلاح والتنظيف أم الخدمات مالية كالقرض والتأمين أم خدمات ذات طبيعة فكرية كالخدمات الطبية والهندسية فأنها كذلك تصلح أن تكون محل لعقد الاستهلاك.

3. المستهلك ليس متخصص في مجال المعاملة (5) :

الثالث باستدانة المستهلك ، والكتاب الرابع لجمعية المستهلكين والكتاب الخامس يتعلق بالمؤسسات الاستهلاكية وقد شمل هذا القانون تقنين لقوانين الاستهلاك السابقة وهي كالتاليين 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع في الموطن ، والقانون الصادر في 10 يناير 1978 الخاص بالشروط التعسفية والقانون الصادر في 21 يوليو 1983 بشأن أمان المستهلكين . انظر د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 23 هامش رقم 1 .

(2) من التشريعات الأوروبية التي عرفت المستهلك بهذا المفهوم التشريع الاسباني حيث عرفها بالمادة (1) في القانون الصادر في 19 يوليو عام 1984 الخاص بالدفاع عن المستهلكين بأنه هو ((كل شخص طبيعي أو معنوي يملك أو يستخدم باعتباره المستهدف النهائي للأموال المنقولة أو العقارية للمنتجات أو الخدمات)) وفي النمسا عرفها المشرع النمساوي بالمادة (1) من القانون التجاري الصادر في 1 أكتوبر 1979 بأنه ((الشخص الذي لا يتصرف في إطار نشاطه المهني . وكذلك التشريعات البلجيكية والانكليزية .

(2) أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، مصدر سابق ، ص 33 .

Caz, depal, 1980, 10 p,120.

(1) عامر قاسم احمد ، مصدر سابق ، ص 4-5 .

(2) د. نضال إسماعيل إبراهيم ، مصدر سابق ، ص 132 .

(3) د. جمال فاخر النكاس ، مصدر سابق ، ص 48 .

استطاعت التعريفات السابقة التمييز ضمناً بين المستهلك من جهة والمهني من جهة أخرى ومناطق هذا التمييز هو اختصاص المهني بمضمون المعاملة محل العقد على العكس من المستهلك الذي لا يتمتع بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه والحصول عليه من السلع والخدمات ولا سيما فيما يتعلق بعناصر الجودة والمتانة كما يفترق إلى إمكانية قيامه بالصيانة الدورية لكثير من الأشياء كالألات والأجهزة الكهربائية وعليه فإن المستهلك غير متخصص في مجال المعاملة.

ومما تقدم يظهر أن مصطلح (المستهلك) هو مصطلح قانوني في عالمنا المعاصر ألا أنه لم يعرف من قبل المشرع العراقي لحد الآن لذا ندعو الى تبني تعريف له وتوفير الحماية الكاملة له وحمايته من الشروط التعسفية هذا ما سنوضحه في الفصل الثاني من هذه الرسالة وبهذا يمكن تعريف هذا المصطلح بأنه (كل شخص يتصرف لتحقيق أغراض لا تدخل في نشاطه المهني) مؤيدين بهذا التعريف الاتجاه الذي يضيق من مفهوم المستهلك وقصره على الأشخاص الذين يتصرفون لإشباع حاجاتهم الشخصية والعائلية وبالتالي يستفادون من الحماية المقررة لهم .

الفرع الثاني

مفهوم المهني

يتبين لنا بعد عرض مفهوم المستهلك سهولة تحديد مفهوم المهني كطرف آخر في العلاقة التعاقدية في العقد النموذجي لكون المستهلك حينما يتعاقد يروم من ذلك إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية بينما المهني يكرس كل إمكانياته لتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح على حساب المستهلك ، هذا ولم يحدد قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1987 المفهوم المهني لذا نجد أن الفقهاء اختلفوا في تحديده فمنهم من يرى المهني هو الذي يتمتع بثلاث عناصر من الأفضلية أو التفوق وهي (القدرة الفنية) ، (القدرة القانونية) ، (القدرة الاقتصادية) كما نجد بعضهم يعرف المهني بأنه (الشخص الذي يمتلك المعلومات والبيانات والمعرفة التي يسمح له بالتعاقد على بينه ودراية تامة) ويقصد بالمهني في رأي آخر هو (الشخص الذي يتعاقد من خلال مهنية وليس بالضرورة أن يكون له صفة التاجر)⁽¹⁾ وبهذا نجد التعاريف العديدة الصادرة بحق المهني فيها خلافاً في تحديد مفهومها والسبب في ذلك هو عدم تحديد مفهومه من قبل المشرع على خلاف قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 الذي قدم أفضل التعاريف بحق المهني إذ أورد تعريفه بنصوصه القانونية بقوله (هم الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون العموميون أو الخصوصيون الذين يعرضون الأموال أو الخدمات إنشاء مزاوالتهم لنشاط اعتيادي) لذا نجد المهني قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً يهدف من خلالها الحصول على الربح وهذا الأكثر وقوعاً في الحياة العملية²، لما تقدم فإن الفارق بين المهني والمستهلك يكمن في النشاط الذي يمارسه كل منهما والغاية من التعاقد ، فمن حيث النشاط الذي

(1) انظر المزيد في هذا التعاريف منير البصري و احمد المنصوري ، مصدر سابق ، ص3

2 -د. احمد محمود خلف ، مصدر سابق، ص58

يمارسه المستهلك يكون ضمن نشاطه الشخصي أو العائلي بينما المهني يمارس نشاطه المهني أو التجاري ، أما الغاية من التعاقد لدى المستهلك هو إشباع حاجاته الشخصية والعائلية على خلاف المهني الذي يتعاقد لغرض إشباع حاجاته المهنية أو التجارية¹ لذا فإن المهني هو (الشخص الذي يتصرف من أجل احتياجاته المهنية)

¹ -د.حسن عبد الباسط أجمي ،الحماية الخاصة لرضا المستهلك ،مصدر سابق،ص9

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للعقد النموذجي وخصائصه

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقد النموذجي فمنهم من يرى بأنها نماذج لعقود وأنكروا عليها الصفة التعاقدية ، وآخرون يرون بأنها عقود بالمعنى الحقيقي وبعد دراسة تلك الطبيعة القانونية ومعرفة فيما إذا كانت عقدا أم لا، لابد دراسة خصائص هذا العقد وما يتميز به لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول الطبيعة القانونية للعقد النموذجي والثاني نخصه لدراسة خصائصه وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للعقد النموذجي

إذا كان هناك اتفاق بين الكتاب على أن العقد النموذجي له مميزات أو صفات خاصة فإنهم يختلفون في تحديد طبيعة هذا العقد فلا يتردد البعض في أن يجعل هذه الصفات الخاصة وسيلة لإنكار كل صفة تعاقدية لهذا العقد ، في حين يذهب البعض الآخر الى العكس من ذلك فيرى أن هذه الصفات الخاصة ليس من شأنها أن تخرج هذا النوع من العقود من الدائرة التعاقدية وهو عقد كسائر العقود الاعتيادية ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ندرس في الأول النظرية الغير التعاقدية والثاني نخصه لدراسة النظرية التعاقدية للعقد النموذجي وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

النظرية الغير التعاقدية

لقد ذهب البعض إلى القول بأن العقود النموذجية تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة في العقود الاعتيادية وبالتالي أخرجوها من الدائرة التعاقدية وأنكروا عليها الصفة العقدية (1) فأستدل هؤلاء لتبرير فكرتهم هذه ببعض الحجج لدعمهم فكرتهم ومن هذه الحجج:

1. ينصرف مفهوم العقد النموذجي إلى العقد الذي يستقل فيه احد العاقدين بإعداد شروطه ومضمون اتفائه وما على الطرف الآخر إلا الانضمام للعقد الذي أعده الطرف الأول ، وعليه فان هذه العقود تجعل احد العاقدين خاضعا لمركز قانوني معين لا اراده له في

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1965، ص 80 .

تغييره أو السيطرة عليه ، وبالتالي فإن العقد النموذجي يقوم على إرادة احد أطرافه المتمثلة بإرادة الموجب ، أما إرادة الطرف الآخر فليس لها دور في خلق تلك العقود ولا التغيير من طبيعتها ، ومن الأمثلة التي تؤيد فكرتهم هذه العقود النموذجية التي تفرضها الشركات والمؤسسات الاقتصادية على المتعاملين بها (1) ، أما العقد فله مفهوم واحد ألا وهو أن تكون هناك إرادتان تشتركان في إبرامه .

2. أن القبول في تلك العقود النموذجية لا يكون عن حرية وبيئة و إنما القبول بها يكون مجرد إذعان ورضوخ لانفراد احد أطرافها بإعداد مضمون العقد مع غياب المفاوضات والمساومات المسبقة لتبادل الرضا بتلك العقود (2) .

ويضربون مثلاً لهذا عقد التأمين الذي لا يعتقد فيه أن المؤمن له قد قبل بحرية وبيئة كل مضمون وثيقة التأمين مع وجود تلك الصفحات الطويلة من الوثيقة والمطبوعة بأحرف دقيقة وناعمة وبطريقة صعبة الفهم وعليه يكون من المستحيل على المؤمن له أن يقبلها بحرية وإدراك وان قبلها فان قبوله يكون مجرد إذعان ورضوخ لتلك الشروط المفروضة عليه من الطرف الذي أعدها الطرف القوي (3) .

3. يرى أنصار هذا الفريق بان العامل المؤثر لقيام العقد هو وجود الرغبة المشتركة لدى أطرافه على تذليل العقبات ومعالجة المشكلات التي قد تظهر في إنشاء تنفيذ العقد و التوصل إلى وضع الحلول المسبقة للمشاكل التي يمكن أن تطرأ مستقبلاً وهذا يتم من خلال مناقشة شروط العقد بحرية مطلقة وبشكل متكافئ بين أطرافه ، و هذا غير متوفر في العقود النموذجية لكون تلك العقود تتسم بعدم المساواة ما بين أطرافها وهناك تفاوت كبير فيما بينهم لكونها تفرض عادةً من قبل الطرف القوي الذي يتمتع بمقدرة اقتصادية أو فنية 4 .

ويستنتج عدم المساواة هذه بعدم إمكانية الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة مناقشة شروط العقد وقبولها كما هي لكونه بحاجة الى السلعة المقدمة إليه من قبل الطرف الآخر لذلك رفضوا هؤلاء الفقهاء إعطاء الصفة التعاقدية لتلك العقود لكونها لأتحقق التوازن

(2) د. فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي ، الأحكام العامة في التفاوض و التعاقد ، التعاقد عبر الانترنت عقود البيع التجارية، ط1 ، مطبعة الحكمة ، بغداد ، 2003 ، ص39 .

(3) الن سيب ، الشروط العامة ، دراسة معروضة الى كلية القانون في اكس مرسيليا ، ص 621 أشار إليه المصدر السابق ، ص38.

(1) عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص119.

(2) د.فؤاد العلواني و،د.عبد جمعة موسى الربيعي ،مصدر سابق ،ص39

(3) د. عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية ، 1988، ص18

(4) شرط الأسد هو ذلك الشرط الذي يعطي لأحد الشركاء وكل الإرباح ويعفيه من مساهمة في الخسارة . انظر المزيد : د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، 2005 ، ص132 .

المطلوب في حقوق والتزامات أطرافها (1). كما أن هؤلاء الفقهاء يعززون فكرهم بأن مجموعة من القوانين قد أبطلت العديد من الشروط التعاقدية والاتفاقات التي تفترض تفاوتاً كبيراً بين أطرافها وبالتالي تهدم المساواة بين أطرافها ومن ذلك شرط الأسد (2). 4. تفتقر العقود النموذجية إلى القبول الصريح المتزامن إنشاء إبرام العقد لكون غالبية شروطه لا تصل إلى الطرف الآخر إلا بعد التوقيع عليها وبالتالي يجد الطرف الضعيف في تلك العقود نفسه أمام مجموعة من الشروط التي لم يعلم بها ولا بمضمونها ومن ثم يرغم على التوقيع لغرض إبرام العقد ومن ثم يقتصر دوره على ملء تلك الفراغات التي تسمح له بإظهار شخصيته فقط ، و بالتالي يمكن القول بأن هذه العقود من الناحية الفعلية تطيح بحرية الطرف الذي انضم إليها و في التعبير عن إرادته (3) .

الفرع الثاني

النظرية التعاقدية

يرى البعض الآخر بأن العقود النموذجية لا يمكن أن تخرج عن الدائرة التعاقدية فهي عقود حقيقية تتم بتوافق الإرادتين وتخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود وردوا على الحجج التي استندوا إليها أنصار النظرية الغير التعاقدية وكما يأتي :

أولاً : إن القول بأن العقود النموذجية ليست عقوداً حقيقية لكونها تقوم على إرادة واحدة هي إرادة الموجب يؤدي إلى حدوث نزاع في وصف العقد بالنسبة لكل أنواع الاتفاقات التي يقتصر فيها دور أحد الطرفين على مجرد إعطاء قبول إلى الطرف الآخر كما في البيوع بأسعار محددة ، كما أن إرادة الموجب لوحدتها لا تنتج أي أثر قانوني إلا بعد انضمام الطرف الآخر له لذلك توجد إرادتان يشتركان في عمل قانوني لا يقدر له وجود إلا بعد اجتماعهما لذلك يوجد عقد ولا يتطلب في العقد أكثر من هذا (4) لذا ذهب بعضهم إلى القول أن العقود النموذجية لإيراد من

(4) شرط الأسد هو ذلك الشرط الذي يعطي لأحد الشركاء وكل الإرباح ويعفيه من مساهمة في الخسارة . انظر المزيد : د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، 2005 ، ص 132 .

(3) د. حسن عبدا لباسط أجمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص 39 .

(1) د. عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ف 81 ، ص 126 .

(2) سعدون ناجي القشطيني ، مصدر سابق ، ص 5 .

(3) د. صالح - ص - خالص - ، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 89 أشار إليه فؤاد العلواني و د. عبد جمعة الربيعي ، مصدر سابق ، ص 42 - 43 .

(4) شيماء مصطفى احمد ، مصدر سابق، ص 74 .

استعمالها سلب إرادة احد أطرافها لمصلحة إرادة الطرف الآخر بقدر ما هو التوصل الى نتائج تضمن تنظيم علاقاتهم التعاقدية وتسهل عليهم السيطرة على الفعاليات الاقتصادية (1) .

ثانياً : يرى أنصار الفريق الأول أن العقود النموذجية ليست عقوداً حقيقية لكون النقاش فيها معدوم والقبول فيها لا يكون عن حرية وبينة ردوا عليهم بالقول بان التوقيع على العقود النموذجية يساوي الرضا لأنه بمجرد عرض شروط العقد النموذجي على المتعاقد الآخر سواء كان ذلك قبل إبرام العقد أو بعده سيكون العلم بتلك الشروط مفترضا وقبولها قائماً لأنه باستطاعة الطرف الذي يروم الارتباط بعقد معين الاطلاع على تلك الشروط وطلب تعديلها أو إلغائها أو التحفظ عليها وبالتالي لا يمكن له إن يقف موقفاً غير مكترث لان هذه العقود بطبيعتها تفترض وجود رفعة اقتصادية للطرف الذي تولى أعدادها وما على الطرف الآخر ألا الالتزام بما وقع عليه وتنفيذ بنودها (2) ، كما انه ليس هناك نص قانوني ولا مبدأ يشترط أن يكون هناك اتفاق صحيح للإرادتين وان يكون موضوع العقد المراد إبرامه موضوع مناقشة أو مساومة وان يكون من عمل الطرفين (3) ، كما انه هناك بيعوع تتم بمجرد انضمام الطرف الآخر وبدون مناقشة مسبقة كما في البيوع بأسعار محددة إضافة إلى ذلك ليس هناك مانع قانوني في العقود النموذجية إن يقوم الطرف الآخر من استيعاب الشروط وبنود العقد المراد إبرامه وقبولها بحرية واختيار ومن ثم التوقيع على بنودها.

ثالثاً : " إن عدم المساواة بين المتعاقدين ليست في ذاتها محل شبهة أو اتهام لان التفاوت حتمي يوجد في كل العقود (4) كما أن عدم المساواة الاقتصادية ليست شرطاً في صحة العقود وإنما المساواة القانونية هي التي ينبغي توافرها وهذا هو الحال في العقود النموذجية التي تتعدم فيها المساواة الاقتصادية إلا أنها المساواة القانونية متوفرة فيها، كما انه ليس هناك نص قانوني يستلزم بان يكون للطرفين دور متعادل في العقد وإنما كل ما هو مطلوب أن يكون هناك اتفاق يرمي الى إنشاء التزامات يرضي أصحاب المصلحة به " (5).

وبهذا يذهب العميد جورج ريبير بالقول " إن عدم المساواة بين طرفي العقد في تلك العقود لا يخلق عيباً ذاتياً وإنما العرف السائد في التعامل هو الذي خلق ذلك العيب " (6) . كما انه ليس هناك مانع قانوني من تدخل الدولة في ضوء نظرية الاقتصاد الموجه من حيث توجيه الشركات والمؤسسات الاقتصادية التي تقوم بإبرام تلك العقود بتنظيم علاقتها

(1) د. احمد حشمت أبو شيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، القاهرة، 1945 ، ص105 .

(2) 4- louis –Josserand-cours-droit-civil-positif-francais-op-32-

أشارت إليها شيماء مصطفى احمد، مصدر السابق، ص73

(3) د. صالح، ص، خالص، في الإعلام التجاري، ص129 أشار إليه فواد العلواني و.د.

عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص44

(4) المصدر السابق نفسه، ص44 .

التعاقدية وتغليب العلاقة القانونية عن العلاقة العقدية لمنع انهيار التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد وجعل طرفي العقد بإمام تام بحقوقهما والتزاماتهما (1) .

وفيما تقدم يتبين لنا بان العقد النموذجي هو عقد حقيقي كسائر العقود الأخرى ويخضع للقواعد العامة للعقود ولأفرق بينه وبين غيره من العقود لأهميتها واستعمالها في غالبية المعاملات المدنية لما توفره هذه النماذج من السرعة في انجاز المعاملات واختصارها للتكاليف والجهد في صياغة العقود وإنها أصبحت ظاهرة مألوفة في عالمنا المعاصر لمسايرتها للتطورات الاقتصادية الحاصلة في الوقت الحاضر بالتالي لا يمكن لنا أن نتجاهلها أو عدم الاعتراف بها مع عدم الإنكار في الوقت نفسه على وجود أفضلية أو تفوق لأحد أطرافها على حساب ومصلحة الطرف الآخر إلا أن هذا لا يغير من حقيقتها العقدية . لذا ندعوا المشرع العراقي إلى تنظيم تلك العقود بنصوص تشريعية وبيان طبيعتها القانونية وإزالة أي خلاف فقهي بشأنها من خلال تشجيع التعامل بها والأخذ به عند إصدار التعديلات للقوانين النافذة وبخاصة في ظل إصدار تشريع قانون لحماية المستهلك العراقي .

المطلب الثاني

خصائص العقد النموذجي

بعد أن انتهينا من بيان الطبيعة القانونية للعقد النموذجي وتبين انه عقد كسائر العقود الاعتيادية ، لابد من بيان خصائص هذا العقد، ومن هذه الخصائص التي يتميز بها العقد النموذجي هي من العقود الموجهة ومن عقود الاعتبار الشخصي و عقود حسن النية كما أن هذه العقود تتميز بكون إيجابها ذات قالب نموذجي و هذا ما سوف نتناوله من خلال تقسيم المطلب على أربعة فروع وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

العقد النموذجي من العقود الموجهة (1)

لم تلعب الإرادة دورها الذي كان لها في ظل مبدأ سلطان الإرادة سواء كان في مرحلة إبرام العقد أو مرحلة تنفيذه لذا تدخل المشرع في أبرام التصرفات القانونية عن طريق سن القواعد القانونية الامر ، والإكثار من القواعد العامة بغية تحقيق العدالة الاجتماعية ومنع انهيار التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد فظهر ما يعرف بالتوجيه العقدي (2) ولعل ابرز مظاهر التوجيه العقدي تتجلى في العقود النموذجية أذ يعتمد المشرع في هذه العقود بتنظيم جميع ما يتعلق به بقواعد قانونية أمره ويقتصر دخول المتعاقد إلى دخول في هذا التنظيم كما في عقود العمل بحيث يأتي هذا التنظيم على الجزء الأكبر من حرية التعاقد فلا يبقى منها إلا القدر القليل الذي يمثل في إبرام العقد أو عدمه وان ظاهرة التوجيه العقدي للعقود النموذجية لم تقتصر على مرحلة إبرام العقد وإنما شملت أيضا تحديد مضمون العقد أو أثاره مثال ذلك تضمين العقد بعض الالتزامات التي لم تنصرف إليها إرادة طرفيها كالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة في عقد النقل أو عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها في بعض العقود (3) لهذا فان العقود النموذجية هي من العقود الموجهة من قبل الدولة أو الجهات أو النقابات أو من قبل الأشخاص لغرض توجيه العاملين فيها للتوصل إلى صياغة معينة عند إبرام عقودهم.

الفرع الثاني

العقد النموذجي من عقود حسن النية

(1) والواقع أن ظاهرة التوجيه العقدي من الظواهر الهامة في القانون المعاصر وترجع إلى أسباب اقتصادية واجتماعية بعيدة الأثر، وانتشرت هذه الظاهرة بشكل واسع في الدول التي تتبع سياسة الاقتصاد الموجه والتي تسمح للدولة مراقبة العقود قبل إبرامها للمزيد انظر عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد، 1981، ص 61 .

(2) د.حسن علي ذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 31 .

(3) انظر نص المادة 10/1 من قانون النقل العراقي .

أن مبدأ حسن النية يجب أن يسود في تنفيذ جميع العقود هذا ما نصت عليه المادة 150 ف(1) مدني عراقي " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق ما يوجب حسن النية" ولقد تردد لدى الفقه معيارين لمفهوم حسن النية أحدهما معيار شخصي أو ذاتي قوامه نية المتعاقد والآخر معيار موضوعي أو مادي يعتد بعرف التعامل (2)

ويرى بعض الفقه (3) أهمية الاعتداد بالمعيار الموضوعي دون المعيار الشخصي في مبدأ حسن النية ولا سيما في العقود النموذجية وذلك لتحقيق حماية أوفر للطرف الضعيف في تلك العقود تأسيساً على أن توفر حسن النية وفقاً للمعيار الشخصي لا يحول دون اعتبار الشخص سيئ النية وفقاً للمعيار الموضوعي إذا كان المتعاقد قد تصرف على خلاف شرف التعامل.

وان كان مبدأ حسن النية وجود مفترض لكل العقود إلا أنه في العقود النموذجية له دور كبير يمتد من لحظة أبرام العقد ويستمر إلى حين تنفيذ العقد⁴ وتأتي هذه الأهمية من خلال تفوق أحد أطراف هذا العقد من الناحية الاقتصادية والفنية مما يسمح له هذا التفوق من الأضرار بمصلحة الطرف الآخر وبالتالي يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ وان كان هذا المبدأ يتطلب توافره لكلا العاقدين حيث يجب على الدائن أن ينفذ التزامه الملقى على عاتقه بكل شرف وأمانه ووفق ما جرى عليه عرف التعامل والامتناع عن أي شيء يجعل تنفيذ الالتزام على المدين مرهقاً أو مستحيلاً مثل تحميله نفقات غير ضرورية وكذلك عليه الالتزام بإعلام عن جميع البيانات المتعلقة بمحل العقد ولا سيما إذا كان المحل على درجة من التقدم والتعقيد، كما على المدين الامتناع عن أي شيء من الغش أو التدليس في تنفيذ العقد أو استخدام أي حيل من شأنها تؤدي إلى حرمان الدائن من مزايا العقد⁵.

إلا أنه من الناحية العملية في ظل العقود النموذجية لا يمكن أن يتصور المدين الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة أن ينفذ العقد بما يخالف مقتضيات حسن النية لان الطرف الأقوى " الدائن " في هذه العقود انفرد بوضع بنود العقد على وفق هواه ومصلحته مستغلاً تفوقه من الناحية الاقتصادية أو من الناحية الفنية لذا فإن أعمال مبدأ حسن النية مطلوب في جانب الدائن أكثر منه من جانب المدين⁶.

(2) يقابلها نص المادة 148 مدني مصري إذ نصت على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق ما يوجب حسن النية" .

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مصدر سابق، ص519 .

(4) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص410

4 - د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص159،

5 - محمد نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته في بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981

6 - د. عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص418

الفرع الثالث

العقد النموذجي من عقود الاعتبار الشخصي

يقصد بالاعتبار الشخصي بأنه "يكون للشخص المتعاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد" (1) كما عرف بأنه "العقد الذي كانت شخصية احد العاقلين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في أبرام العقد كعقد العمل مع الفنان أو المقاول أو الجراح" (2) وكما عرفت بأنها "العقد الذي يكون شخصية المتعاقد محل اعتبار أو صفة من صفاته الباعث الدافع إلى أبرام العقد وإن العقد يتصف بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتراف بشخصية احد المتعاقدين أو البعض من صفاته باعثاً دائماً لرضا الطرف الآخر بالتعاقد" (3).

ولذلك فإن الاعتبار الشخصي قد يتعلق بشخصية احد المتعاقدين أو صفة من صفاته ، وقد يكون هذا الشخص هو الدائن ، أو قد يتعلق بشخصية المتعاقد الآخر وهو المدين، كما أن العقود النموذجية هي من عقود الاعتبار الشخصي لكون احد الطرفين شخصيته محل اعتبار في العقد والباعث الدافع إلى التعاقد وهذا ما نلمسه في عقود الاستشارات الهندسية وعقود التأمين . ففي عقود الاستشارات الهندسية عندما يختار العميل المهندس الاستشاري فإنه يختاره استناداً إلى خبرته و الثقة الموجودة لديه في عمله ، وكذلك المؤمن له عندما يتعاقد مع إحدى شركات التأمين التي تتميز بثقتها العالية في مجال عملها وبالتالي يتعاقد معها دون غيرها من شركات التأمين .

ويترتب على اعتبار شخصية الدائن محل اعتبار في التعاقد مانع من موانع انتقال الحق هذا يعني أن الدائن لا يجوز أن يحول حقه إلى الغير باعتباره أن شخصيته محل اعتبار في التعاقد وكانت الباعث الدافع إلى دخول المتعاقد الآخر إليها لكون الأخير مطمئناً إلى صفات معينة في الدائن مثل الكفاءة أو الخبرة أو المهنة (4) ، أما إذا كانت شخصية المتعاقد الآخر " المدين " محل اعتبار في العقد فإن ذلك يؤدي إلى مانع من موانع انتقال الالتزام أي أن المدين لا يجوز له أن يحول الالتزام الملقى عليه إلى الغير⁵ مثال ذلك عقود أبراج الهاتف النقال عندما تتعاقد شركة الاتصالات مع المدين لوضع احد أبراجها على داره مثلاً وكانت هناك صفات دفعت الشركة للتعاقد مع صاحب الدار من حيث موقع دارة أو مواصفات فيه أخرى هنا لا يجوز للمدين أن يحول الالتزام الملقى على عاتقه إلى شخص آخر لكون الشخص الآخر لا تتوافر فيه الصفات التي دفعت شركة الاتصالات للتعاقد مع المدين.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج1، مصادر الالتزام ، ط2، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، 1976 ، ص215 .

(2) د. السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص115 .

(3) د. مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في شوبه الجديد، ج1، المدخل الفقهي العام، ط2، مطبعة الحياة، دمشق، 1964، ص435

(4) إياد احمد البطاينة، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 1999، ص152 وما بعدها

⁵ - المصدر السابق ، ص153

الفرع الرابع

العقد النموذجي إيجابه ذات قالب نموذجي

يتميز العقد النموذجي بصدور إيجابه على شكل صيغ مطبوعة معدة سلفاً وبصورة موحدة لكل من يتعاقد معه وبشروط متماثلة وخير دليل على ذلك بطاقات الاشتراك الشهري في خدمة الهواتف النقالة التي تقدمها شركات الاتصالات للمتعاملين معها و المتضمنة إيجاب مقدمة من قبل تلك الشركات بصورة موحدة وبشروط مماثلة لكل من يتعاقد معها ولصدور الإيجاب بهذه الطريقة نتيجة طبيعية لمقتضيات الفن التعاقدي الجديدة ولما توفره هذه الصورة من توفير للوقت والجهد عند صياغة العقود و الاقتصاد في تكاليف العقد⁽¹⁾ ، إلا انه نرى صدور الإيجاب بهذه الصيغة المطبوعة في العقود النموذجية فيها بعض المحاذير منها ما يتعلق بالجمود الذي يحصل في صياغة بنود العقد لصدور الإيجاب بهذه الصيغة وعدم إمكانية تعديل بنودها ، بالإضافة إلى إمكانية إيراد شروط ضارة بمصلحة الطرف الضعيف من قبل الطرف الذي انفرد بصياغة بنود العقد كما انه السرعة التي تتم بها أبرام تلك العقود وعدم الوضوح في بنودها تؤدي إلى الإيقاع بالطرف الضعيف والتوقيع على هذه الصيغ الجاهزة دون أن يفهم أثارها أو مداها⁽²⁾ .

(1) سعدون ناجي القشطيني ،مصدر سابق،ص4.

(2) د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق، ص322 .

المبحث الثالث

مزايا وعيوب العقود النموذجية

تتميز العقود النموذجية بجملة من المزايا وكانت هي السبب في شيوع هذا النوع من العقود وانتشارها في مجال المعاملات اليومية، وفي الوقت نفسه هناك عيوب تترتب على استخدام هذا النوع من العقود لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول لدراسة مزايا هذا النوع من العقود والثاني نخصصه لدراسة عيوب هذه العقود.

المطلب الأول

مزايا العقود النموذجية

يتميز العقد النموذجي ببعض المزايا التي ساعدت على انتشاره واستخدامه في معظم المعاملات القانونية والمالية لما توفره هذه العقود من سرعة في صياغة العقود واختصارها للجهد والتكاليف في أعدادها كما لها دور في سد النقص الحاصل والقصور في القواعد القانونية لذا سوف ندرس مزايا هذا العقد من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول

توفير الوقت والجهد في صياغة العقود

إن التطورات الاقتصادية التي شهدتها الحياة المعاصرة وما صاحب ذلك من تطور من انتشار واسع للمصانع والمنشآت الكبيرة التي ساعدت على وجود إنتاج متدفق للسلع والخدمات وزيادة أعداد المستهلكين بصورة هائلة، كل هذا أدى بصورة مباشرة إلى زيادة العلاقات التعاقدية بصورة فائقة. وحتى يواجه المتعاقدين هذه الظاهرة لجأوا إلى العقود النموذجية نظرا لما توفره هذه النماذج من العقود من سرعة بأعداد العقد وصياغته واختصارها للوقت والتكاليف لكونها هذه النماذج مطبوعة ومعدة سلفاً⁽¹⁾ ومدون بها كل شروط العقد المراد إبرامه وما على المستهلك أو العميل إلا التوقيع عليها إذا أبدأ رغبته بالتعاقد⁽¹⁾. لذا نجد التاجر أو صاحب المصنع الذي كان يتعاقد يوميا مع عدد كبير من الأفراد ويناقش شروط كل عقد يبرمه على حدة فإنه يعمد الآن إلى هذه الصيغ النموذجية لتسهيل مهمته في إبرام العقود لاختصارها للوقت والتكاليف.

لذا فإن توفير الوقت أو الجهد في صياغة العقود والاقتصاد في تكاليف العقد التي توفره العقود النموذجية يعد من أهم مزايا هذه العقود والتي تعود منافعه على الأطراف المتعاقدة

(1) د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 100 .

ويجنبهما مخاطر عدم الاستقرار في المعاملات المتماثلة (1) لذا كانت هذه الميزة من أهم مزايا وأسباب انتشارها في المعاملات اليومية.

الفرع الثاني

سد النقص في التشريع

إن القواعد التشريعية الوضعية التي تنظم العقود قد لا تستطيع ملاحقة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالعقود ومعالجة المشاكل القانونية الناشئة من جراء هذا التطور لاسيما العقود التي تتعلق بأمور فنية أو تقنية والتي تتطور بسرعة كبيرة ، والسبب في ذلك القصور في قواعد التشريع الذي يرجع إلى الجمود في صياغة قواعدها وعدم تعديلها بصورة مستمرة بما يتفق مع التطور الحاصل ولاسيما العقد هو أكثر تأثراً واشد حساسية بالأوضاع الاجتماعية والاقتصادية المحيطة به وعليه كانت العقود النموذجية ، الوسيلة المثلى لمعالجة تلك المشكلات القانونية المتعلقة بتلك العقود والسبب في ذلك أن العقود النموذجية تصاغ عادة من قبل أصحاب الخبرة والمتعاملين في مجالات تلك العقود وهم يستطيعون تعديل تلك الصياغة بما يتفق مع الحاجة العملية لها (2) .

كما أن العقود النموذجية تتضمن تفصيلاً لبعض العقود التي تتعلق بأمور فنية أو تقنية التي غالباً ما يغفل عنها النصوص القانونية تنظيمها (3) لهذا كانت للعقود النموذجية مزايا أكثر من مزايا التشريع من حيث سهولة تعديله أو تغييره وسد النقص في التشريع استجابة لحاجات الأفراد. وللضرورات الاقتصادية (4) مما ساهمت في انتشارها انتشاراً واسعاً في كافة المعاملات القانونية سواء كانت على الصعيد المدني أو التجاري.

المطلب الثاني

عيوب العقود النموذجية

على الرغم من المزايا التي تتمتع بها هذه العقود إلا أن هناك عيوب تترتب على استخدامها واستعمالها في مجال المعاملات المالية ولأن هذه العقود قد تصبح قيد على حرية

(1) د. أيمن سعد سليم، مصدر سابق، ص 17 .

(2) د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص 12 .

(2) سعدون ناجي القشطيني ، مصدر سابق ، ص 6 .

(4) ومن بين الأساليب الذكية التي يقوم بها الطرف القوي لغرض الإيقاع بالطرف الضعيف إدماج بنود معينة في العقد لم يذكرها في العقد الموقع من قبل الطرف الضعيف، مثال ذلك إدماج شرط الإغفاء من مسؤولية الحريق الذي حصل في السيارة الطرف الضعيف إثناء تواجدها في كراج الطرف القوي.

انظر المزيد : د. احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص 264 – ص 265.

المتعاملين بها أو أنها قد لا تحقق مصالح إطفافها وهذا ما سوف نبخته تباعاً من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين .

الفرع الأول

العقود النموذجية قيذا على حرية المتعاقدين

إن العقود النموذجية هي عقود تعتمد على صيغ مطبوعة معدة سلفاً قبل إبرام العقد مدون بها كل شروط العقد المراد إبرامه، فالطرف فيها يتعاقد طبقاً لهذه الصياغة الجاهزة غالباً ما يوافق على بنودها دون مناقشتها أو قراءتها والسبب في ذلك أما لكون بنودها غير واضحة يصعب عليه فهمها بسبب الصياغة المعقدة التي أعدها الطرف القوي من خلال صياغة بنودها بأحرف دقيقة ناعمة أو وضع شروط جوهرية في محل اعتباره ثانوي أو غير ذلك من الأساليب الذكية التي يقوم بها الطرف القوي أو لكون بنودها غير مهمة لا تتعلق بالعملية القانونية حسب الاعتقاد الذي تولد لدى المستهلكين قياساً لعدم إدراجها في صلب العقد .

أو بسبب السرعة التي يتم بها أبرام هذه العقود التي لا تعطي الفرصة الكافية الاطلاع على بنودها (1) ، لهذه الأسباب نجد أن المتعاقد يتعاقد دون الإلمام الكافي بمعرفة بنودها أو أثارها وبالتالي يوقعون عليها ويلتزمون بها ، كما أن الصياغة الجاهزة للعقود النموذجية لأتسمح للمتعاقد بالتعبير عن إرادته بالطريقة التي تناسبه فقد يرغب احد المتعاقدين بالتعبير عن إرادته بألفاظ أو صياغة معينة يمنع عن استخدامها حينما تعرض عليه صياغة جاهزة. إذن فالعقود النموذجية تعتبر قيذاً على حرية المتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما (2) .

(1) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص323 – ص324.

(2) د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق ، ص18 .

الفرع الثاني

عدم تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدین

إن مفهوم العقد المستقر عليه لدى الفقه والقضاء أن تكون حقوق أطرافه المتعاقدة والتزامات متوازنة على أساس التوازن المفترض بين مراكز أطرافه المقبلة على التعاقد ، ويستتبع هذا مناقشة شروط العقد المراد إبرامه من قبل أطرافه بحرية متكافئة لغرض التوصل إلى اتفاق يلبي مصالح ورغبات كلا من الطرفين بعيداً عن أي نوع من أنواع الاستغلال والغبن الذي يؤدي إلى اختلال هذا التوازن ، أما في العقود النموذجية فإن استخدامها يؤدي عادة إلى عدم تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدین المراد منها في العقد والسبب في ذلك هو انفراد احد أطراف العقد النموذجي بإعداد مضمون العقد وشروطه وفرضها على الطرف الآخر دون أن تكون هناك مناقشة مسبقة بنود العقد المراد إبرامه وبالتالي يحقق العقد النموذجي مصلحة احد أطرافه على حساب ومصلحة الطرف الآخر في حين الغرض الأصلي من العقد هو تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدین، هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى المطالبة بوضع القيود على تلك العقود للحد من انتشارها لكونها لا تحقق المصلحة المشتركة للمتعاقدین وانعدام التوازن فيها (1) . ولما تقدم فإن العيوب والسلبيات التي ذكرت بحق العقود النموذجية يمكن تجاوزها والقضاء عليها من خلال مراعاة ما يأتي :

1. إن العقود النموذجية هي مكملّة لارادة الطرفين المتعاقدین وعليه فإن الإطراف المتعاقدة بالعقود النموذجية لهم مطلق الحرية بإجراء أي إضافة أو تعديل على بنود العقد وإبرام عقدهما بأي صيغة يختارونه دون التقيد بالصيغ الجاهزة مادامت غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.
2. اتخاذ الحيطة والحذر قبل التوقيع على شروط العقد النموذجي ومناقشتها قبل الدخول الى العلاقة التعاقدية لأن مسألة قبول بنود العقد والتوقيع عليها دون مناقشتها أمر لا يستقيم مع المصلحة الذاتية للشخص وإنها تخلق الارتباك والغموض أثناء تنفيذه.
3. ليس هناك ما يمنع الطرف الضعيف من أبداء معارضته لبنود العقد التي تعطي مركزاً أفضل للطرف الآخر.
4. أمكانية تدخل الدولة في توجيه الشركات والمؤسسات الاقتصادية المتعاملة بالعقود النموذجية لتنظيم علاقاتها التعاقدية وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة التعاقدية لمنع الانهيار في التوازن الاقتصادي في تلك العقود وجعل طرفي العقد على إمام تام بحقوقهما والتزاماتهما، وكذلك من خلال المراجعة الدورية للشروط التعاقدية في العقود النموذجية².

(1) الن سيب ، ص621، أشار إليها فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق،

ص39 هامش رقم 66 .

² -المصدر السابق، ص43-44 .

المبحث الرابع

أنواع العقود النموذجية⁽¹⁾

تختلف العقود النموذجية باختلاف الزاوية التي ننظر إليها فإذا نظرنا إليها من حيث صياغتها فإنها تقسم إلى عقود نموذجية منظمة من أطراف العقد وعقود نموذجية منظمة من الغير ، وإذا نظرنا إليها من حيث مدى تدخل الدولة فيها فإنها تقسم إلى عقود نموذجية مدنية وعقود نموذجية إدارية ، وإذا نظرنا إليها من حيث صياغتها فإنها تقسم إلى عقود نموذجية كاملة وعقود نموذجية ناقصة ، ولهذا سوف ندرس أنواع العقود النموذجية من خلال تقسيم دراسة هذا المبحث على ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

أنواع العقود النموذجية من حيث صياغتها

تقسم العقود النموذجية من حيث الصياغة إلى عقود نموذجية منظمة من احد أطراف هذا العقد أو من قبل كلا الطرفين ، أو إلى عقود نموذجية منظمة من الغير لذا نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول العقود النموذجية منظمة بواسطة أطراف هذا العقد والثاني نخصه لدراسة العقود النموذجية منظمة من الغير وذلك على النحو الآتي :

أولا : العقود النموذجية منظمة من أطراف العقد.

قد يقوم احد أطراف هذا العقد بإبرام العقد النموذجي أو قد يكون العقد ناشئ من خلال اتفاق مشترك ما بين أطرافه لذا سوف نقوم بتقسيمها الى :

أ. عقود نموذجية منظمة من احد أطراف هذا العقد.

من الممكن إن ينفرد احد أطراف هذا العقد بإبرام العقد النموذجي دون الاشتراك مع الطرف الآخر وقد يكون هذا الطرف شخصا مهنيا وقد يكون شخصا عاديا وهذا ما سوف نتناوله :

(1) هناك تصنيف آخر اقترحه الدكتور ايسيمان للعقود النموذجية وهو التوحيد النموذجي العمودي والتوحيد النموذجي الأفقي ويحصل التوحيد النموذجي العمودي عندما تتوحد نماذج العادات التجارية في تجارة معينة ومنها الشروط العامة للمهنة الاقتصادية الأوروبية الخاصة بالبيع الدولي ومنها الشروط العامة للهيئة الاقتصادية الأوروبية الخاصة بالبيع الدولي للحمضيات المرقمة 312 بينما تمثل مصطلحات الانكروموتز لسنة 1973 التوحيد النموذجي الأفقي ، للمزيد انظر :

Sec.Clive .schmitthoff

The unification or harmon is action of law by means of Standard contracts and general concision. The international comparative law quarterly. Volume 17, Part 3, July 1978 . p. 750

1. عقود نموذجية محررة من قبل شخص مهني :

عادة ما ينفرد احد أطراف العقد النموذجي (الطرف القوي) في تلك العلاقة التعاقدية بإبرام هذا العقد و صياغة بنوده دون الاشتراك مع الطرف الآخر، وبالتالي نجد الطرف الآخر في مثل هكذا نوع من العقود النموذجية لا سبيل له ألا القبول بتلك البنود المفروضة عليه من قبل الطرف الآخر أو الرضا دون أن تكون لديه القدرة في مناقشة تلك البنود أو المساومة عليها و السبب في ذلك هو لتفوق الطرف القوي و تخصصه في مجال المعاملة وأن كان الوضع الغالب فيها موافقة الطرف الضعيف على تلك البنود لحاجته الماسة للسلعة أو الخدمة المقدمة إليه محل العقد ، ومن أمثلة هذا النوع من العقود النموذجية كثير ومنها عقود الاستهلاك¹ .

2. عقود نموذجية محررة من شخص غير مهني :

هناك عقود نموذجية محررة من شخص غير مهني وهذا النوع من العقود النموذجية تكون الكفة متعادلة ما بين أطرافها وبالتالي للطرف الآخر أن يقبل بنود ذلك العقد أو يرفضها أو يناقشها لكونهما متساويين من الناحية الاقتصادية أو الفنية من أمثلة هذا النوع عقود الإيجار النموذجية⁽²⁾ .

ب. عقود نموذجية محررة من قبل طرفي العقد:

وهذا النوع من العقود النموذجية لا تكون محررة من قبل احد أطرافه بل يشترك طرفا هذا العقد بتحريره وصياغة بنوده من خلال الاتفاق المشترك فيما بينهما ووضع نموذج للعقد المراد إبرامه ومعالجة المشكلات التي قد تحدث أثناء إبرام العقد أو تنفيذه . ومن أمثلة هذا النوع من العقود اتفاقيات العمل الجماعي⁽³⁾ .

ثانيا : عقود نموذجية صادرة من الغير :

يمكن أن نكون أمام عقود نموذجية محررة من قبل الغير أي انه لم يكن طرفاً في العقد ، وقد يكون هذا الغير شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ولهذا سوف نقسمه الى :

1 - د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق، ص34

(2) د. أيمن سعد سليم، مصدر سابق ، ص33- وما بعدها.

(3) اتفاقية العمل الجماعي وهو الاتفاق الذي ينظم شروط وظروف العمل وإحكام التشغيل ويبرم بين منظمة واحدة أو أكثر من المنظمات العمالية وبين أصحاب العمل أو من يمثلهم في مطبعة العمال المركزية أبرام العقد . د. عدنان العابد ود. يوسف اليأس، قانون العمل ، ط2 ، مطبعة العمال المركزية، 1989، ص95 وما بعدها .

أ. محرر العقد النموذجي شخصاً طبيعياً من الغير :

قد يقوم شخصاً طبيعياً بتحرير العقود النموذجية وهذا الشخص قد يكون مفوض في تحرير العقود النموذجية من قبل أطراف العقد ، وقد لا يكون مفوض في تحريرها من قبل أطراف العقد وهذا ما سوف نتناوله.

1. شخص مفوض من قبل أطراف العقد :

قد يلجأ المتعاقدان عند إبرامهم لعقد من العقود النموذجية بالاستعانة بشخص من الغير لإعداد نموذجاً لهم يسترشدون به وغالباً ما تكون هذه العقود تتعلق بأشياء ثمينة أو أمور ذات طبيعة فنية وعادةً ما يكون هذا الغير خبيراً في مجال صياغة العقود ⁽¹⁾ .

2. شخص غير مفوض من قبل أطراف العقد:

عادةً ما يقوم شخصاً غير مفوض من قبل أطراف العقد بإعداد نماذج عقدية يمكن أن تتبع في مختلف العقود وعادةً ما يكون هذا الغير خبيراً في مجال صياغة العقود يحررها بناءً إلى خبرته العملية واضعاً أفضل الصياغة للشروط الواردة وبتالي يحقق مصلحة كلا الطرفين. وتصدر عادةً هذه العقود على شكل مصنفات أو كتب .

ونحن ندعو أساتذة وخبراء القانون إلى الإسراع في إصدار العقود النموذجية في مختلف المعاملات القانونية لما تساهم هذه النماذج في توحيد القواعد القانونية والسرعة في إنجاز المعاملات وإزالة المشاكل المتوقعة حدوثها في المستقبل .

ب. محرر العقد النموذجي شخصاً معنوياً من الغير :

قد يكون الشخص المفوض في تحرير العقود النموذجية من قبل أطراف العقد شخصاً معنوياً من الغير دون أن يكون طرفاً في العقد من أمثلة ذلك العقود النموذجية الصادرة من قبل المنظمات المهنية التي تهدف من وراء أبرام هذه العقود تسهيل العملية التعاقدية للمنتمين إليها ، ممن ليس لديهم الدراية الكافية بالقانون ، أو ممن ليس لديهم الوقت الكافي لإبرام هذه العقود ، وهذا النوع من العقود واسعة الانتشار في الحياة العملية لما تحققه من فوائد عملية من حيث سد النقص في التشريع ومعالجة المشكلات المتوقعة حدوثها في المستقبل ⁽²⁾ .

المطلب الثاني

العقود النموذجية من حيث تدخل الدولة فيها

(1) د. أيمن سعد سليم، مصدر سابق ، ص32- وما بعدها .

(1) ببرها ليفرني ، الشروط العامة والعقود النموذجية للمنظمات المهني ، مكتبة القانون الخاص، 1978. أشار إليها د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مصدر سابق ، ص95.

يمكن لنا إن نقسم العقود النموذجية من حيث مدى تدخل الدولة فيها الى عقود نموذجية مدنية ، وعقود نموذجية إدارية لذا سوف نقوم بتقسيم دراستنا على فرعين الأول ندرس فيه العقود النموذجية المدنية والثاني نخصصه لدراسة العقود النموذجية الإدارية .

أولاً: العقود النموذجية المدنية :

وهي تلك العقود التي ليس للدولة دور فيها وتكون صادرة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين وتكون خاضعة لإحكام القانون الخاص وسلطة القضاء المدني للتأكد من مشروعيتها واستعمالها. وتندرج تحت هذا النوع من العقود كافة العقود النموذجية باستثناء العقود التي تعدها الدولة⁽¹⁾ .

ثانياً : العقود النموذجية الإدارية :

وهي تلك العقود التي تتدخل الدولة في أعدادها و صياغة بنودها من خلال الجهات الإدارية المتمثلة بها و استخدام تلك العقود في انجاز أعمالها وهذه العقود تكون خاضعة لسلطات القضاء الإداري وخضوع أحكامها للقانون العام وبالتالي تكون خارجة عن نطاق بحثنا لكونها تتعلق بالقانون العام ومن أمثلة هذا النوع عقود من العقود الإشتغال العامة وعقود المرافق العامة⁽²⁾ .

المطلب الثالث

أنواع العقود النموذجية من حيث بنودها

يمكن أن نقسم العقود النموذجية من حيث صياغة بنودها الى عقود نموذجية كاملة وعقود نموذجية جزئية لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ندرس في الأول العقود النموذجية الكاملة ونخصص في الثاني العقود النموذجية الجزئية وهذا ما سوف نبينه وعلى النحو الآتي:

أولاً : العقود النموذجية الكاملة :

وهي تلك العقود التي تصاغ بنودها لتغطي كافة الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها في العلاقة التعاقدية من خلال تناولها كافة المسائل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه من حيث تكوين العقد المراد إبرامه ومسائل أخرى مثال ذلك عدم المسؤولية ، الإبطال ، التعويض من الإخلال العقدي ومن أمثلة هذا النوع من العقود الصادرة من هيئات التجارة الدولية والتجمعات والاتحادات التجارية كاتحاد تجارة القطن والحبوب⁽³⁾ .

ثانياً : العقود النموذجية الجزئية :

¹ - المصدر السابق، ص98

(1) - المصدر السابق نفس الموضع

(3) علي نوري ، مصدر سابق ، ص130

وهي تلك العقود التي تصاغ بنودها لتنظم جزء من شروط العقد المراد إبرامه ولاسيما الشروط المتكرر حدوثها وإحالة الشروط المتعارف عليها إلى القواعد العامة باعتبارها جزء من الشروط العامة ومن أمثلة هذا النوع عقود استئجار الشقق وعقود شراء السلع والخدمات وعقود بوليصة الشحن⁽¹⁾.

(1) د. صالح بن عبدا لله بن عاطف ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، 1998، ص110 .

الفصل الثاني

معالجة الشروط التعسفية في العقود النموذجية

اثبت الواقع العملي لاستخدام العقود النموذجية بان الشروط التي تتضمنها تلك العقود هي شروط تعسفية ضارة بمصلحة الطرف الأقل خبرة أو كفاءة وتصل إلى حد الإجحاف به ⁽¹⁾ ، والسبب في ذلك هو عدم التكافؤ المفرط في العلم والمعرفة ما بين المتعاقدين فاحدهما محترف ذو خبرة فنية عالية بأمور التعاقد والآخر يجهل الحد الأدنى من المعلومات المتعلقة بمحل العقد ⁽²⁾ إذا كان من الطبيعي التصدي ومواجهة الشروط التعسفية بين طيات هذا العقد ولما كان المشرع العراقي لم يأتي بنصوص تشريعية لمعالجة تلك الشروط لذا ارتأينا تطبيق القواعد العامة على الشروط التعسفية في العقود بوجه عام ؛ لذا سوف نقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث ، نتناول في الأول تعريف الشروط التعسفية ، والثاني نخصصه لدراسة المعالجة القضائية للشروط التعسفية ، وأما الثالث فسنعقده لدراسة المعالجة التشريعية للشروط التعسفية وعلى النحو الآتي :

(1) د. حسن عبد الباسط أجمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق ، ص 110 .

(2) جمال فاخر النكاس ، مصدر سابق ، ص 96 .

المبحث الأول

التعريف بالشروط التعسفية

إن فكرة الشروط التعسفية تعد من الأفكار الحديثة والتي ما زال الغموض يكتنف بعض جوانبها لذا فيل الوصول إلى مفهوم محدد للشرط التعسفي يقتضي منا تعريف هذا الشرط وبيان العناصر التي يشتمل عليها، ومن ثم بيان أنواع هذا الشرط لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

تعريف الشرط التعسفي وعناصره

على الرغم من شيوع استخدام مصطلح الشروط التعسفية سواء على صعيد الفقه والقضاء أو التشريع⁽¹⁾ إلا أنه لم نجد تعريفاً مجمعاً عليه، وبغية إعطاء تعريف واضح له لابد من دراسة الاتجاهات التي قبلت لتعريفه وبيان العناصر التي يشتمل عليها هذا التعريف لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي :

(1) انظر نص المادتين (2/167) و (5/ 985) من القانون المدني العراقي .

الفرع الأول

الاتجاهات التي عرفت الشرط التعسفي

ظهرت عدة اتجاهات لتعريف الشرط التعسفي فمنهم من ذهب الى تعريفه بأنه ذلك الشرط الذي يتنافى مع طبيعة المعاملة ، ومنهم من ذهب بأن ذلك الشرط الذي يترتب على وجوده اختلال في التوازن العقدي ، ومنهم من ذهب بان الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرضه الطرف القوي على الطرف الآخر ، ومنهم من رأى بان الشرط التعسفي هو الشرط الذي يحقق منفعة فاحشه للمهني ، ومنهم من اكتفى بإيراد قوائم للشروط التعسفية وعدم إيراد تعريف لها ، وهذا ما سوف نبينه وعلى النحو الآتي :

الاتجاه الأول :

لقد عرف أنصار هذا الاتجاه الشرط التعسفي بأنه (ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما ينبغي إن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية) ، وكما عرفوه بأنه (ذلك الشرط الجائر الذي يتنافى مع الحق والعدالة) ⁽¹⁾ ، ومن الأحكام القضائية التي أيدت هذا الاتجاه الحكم القضائي الصادر من محكمة النقض المصرية التي عرفت الشرط التعسفي بأنه (كل شرط يتناقض مع جوهر العقد) ⁽²⁾ وصدر هذا الحكم بمناسبة قضية متعلقة بعقد العمل وكان رب العمل قد ضمن لائحة المصنع شروطاً جزائية تذهب بالجزء الأكبر من اجر العامل دون إن تتناسب مع المخالفة التي يرتكبها فحكمت تلك المحكمة بإبطال تلك الشروط لكونها شروطاً تعسفية وتم إبطالها طبقاً لنص المادة (149) مدني مصري ، إلا انه ما جوهر العقد الذي على أساسه تم إبطال الشروط المتناقضة معه ؟ للإجابة نقول بان الحكم الصادر في هذه القضية متعلقة بعقد العمل وان المحكمة قد أبطلت تلك الشروط واعتبرتها تعسفية لتعلقها بالأجرة ولما كان الأجر من الأركان التي يقوم عليها عقد العمل لذا فيل جوهر العقد هو الركن الذي يقوم عليه العقد ، فالأجر في عقد العمل والاجره في عقد الإيجار والثمن في عقد البيع كلها أركان في تلك العقود وعليه فان كانت هناك ثمة شروط تتناقض مع هذه الأركان كانت هذه الشروط تعسفية . ومع هذا فان هذا التعريف للشروط التعسفية من قبل محكمة النقض المصرية يمكن أن يوجه إليه انتقاد لكون المحكمة المذكورة قد أبطلت الشروط التعسفية طبقاً لنص المادة (149) ⁽³⁾ مدني مصري وهذا النص خاص بعقود الإذعان دون غيره من العقود وان الشروط التعسفية توجد في كل العقود التي يوجد فيها تفاوت مابين أطرافها دون اقتصارها على عقود الإذعان .

(1) إبراهيم دسوقي أبو الليل ، مبدأ حرية التعاقد ومضمونه ، ص72 ومحمد إبراهيم بنداري ، حماية المستهلك في عقد الأذعان ، ص17 أشار إليهما د.عمر عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص401 .

(2) نقض مدني / 121 ابريل لسنة 1960 ، مجموعة أحكام النقض لسنة 11 رقم (5) ص330 .

(3) نصت المادة 149 مدني مصري على انه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها ، وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)

الاتجاه الثاني :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه كل شرط يترتب عليه اختلال في توازن العقد ومن هذه التعاريف التي عرفت الشرط التعسفي بهذا المعنى (هو كل شرط يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يودي إليه من وجود اختلال في توازنه) ⁽¹⁾ ، وهذا ما أيده بعض الفقه الفرنسي الذي رأى بان نظرة المشرع الفرنسي إلى الشروط التعسفية التفتت عن المعيار الذي يقصر اثر الشروط التعسفية على وجود ميزة فاحشة للمهني ليحل محله معياراً آخر إلا وهو مدى توافر قدر من الخلل بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ، مستندين إلى القرار الصادر من لجنة وزراء المجلس الأوروبي في 16 نوفمبر عام 1976 بشأن الشروط التعسفية الواردة في العقود التي يبرمها المستهلك والتي أشارت فيه إن الشروط التعسفية ترتبط أساساً باختلاف الحقوق والتزامات بين أطراف العقد على النحو الذي يحق ضرراً بالمستهلكين ⁽²⁾ ومن التشريعات التي عرفت الشرط التعسفي بهذا الإطار التشريع البلجيكي الذي عرفه بالمادة (31) من قانون حماية المستهلك البلجيكي الصادر في 14 تموز عام 1991 بأنه " كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال بين الحقوق والتزامات التعاقدية على حساب المستهلك " ، وأيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في قرار عرف فيه الشرط التعسفي بأنه " كل شرط يعطي احد الطرفين منفعة دون التزامه بمقابل " ⁽³⁾ وصدر هذا الحكم بمناسبة قضية تتلخص وقائعها في إن شرطاً ورد في وثيقة التأمين تضمن إلزام المؤمن له بدفع الإقساط الربع سنوية للسنة الجارية والتي لم تستحق في حالة فسخ العقد أياً كان سبب الفسخ وقالت المحكمة بشأنه (إن التزام المؤمن ليس له مقابل , ولم يكن ممكناً رده إلى فكرة التعويض الناجمة عن الخطأ ، ولا إلى فكرة الاحتمالية في عقد التأمين ، ولا إلى أي فكرة قانونية أخرى ، ومن ثم يكون مجرداً من الأساس والسبب)

وعليه فأن المحكمة اعتبرت الشرط الوارد في وثيقة التأمين شرطاً تعسفياً لكونه تضمن إعطاء منفعة للمؤمن دون التزامه بأي مقابل إلا انه هذا التعريف يمكن إن يوجه إليه انتقاد على أساس إن الشروط التعسفية لا تقتصر وجودها على العقود الملزمة للجانبين بل يمكن إن تتواجد في العقود الملزمة لجانب واحد كعقود الوديعة مثلاً ، وبالتالي لا يمكن لنا الاعتماد على هذا التعريف للشروط التعسفية في العقود الملزمة لجانب واحد لكون تلك العقود تفرض التزامات على عاتق طرف من أطرافها على العكس العقود الملزمة للجانبين الذي تفرض التزامات على عاتق كل طرف من أطرافها

الاتجاه الثالث :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط المفروضة من جانب الطرف القوي على جانب الطرف الآخر (الطرف الأقل خبره أو

(1) أحمد محمد الرفاعي ، مصدر سابق، ص 212 .

أشار إليه د. عمر عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 403 307 STOFFEL MUNCK OP

(3) استئناف باريس في 2 فبراير سنة 1929 ، أشار إليه د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص 28.

(الكفاءة) مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به، وبهذا المعنى عرف الشرط التعسفي بأنه (ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح الطرف الذي فرضه على حساب الطرف الآخر الذي لأخبره له في ذلك) (1) وعرف كذلك بأنه (الشرط المحرر مسبقاً من قبل الطرف الأكثر قوة ويمنح له ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر) (2)

واستناداً إلى ذلك ذهب القضاء المصري إلى أن الشرط الإعفاء من ضمان العيب الخفي يعد شرطاً تعسفياً، إذا كان البائع محترفاً والمشتري غير محترف لكون البائع مما لديه من قدرة فنية بأمور التعاقد يكون عالماً بالعيب ومن السهل عليه أن يعلم به إذا وجد في المبيع ومن ثم يكون البائع شخصاً سيئ النية وأراد إلحاق الضرر بالطرف الآخر إذا اشترط براءته من العيب الخفي مع علمه بالعيب (3)، إلا أن هذا التعريف يمكن أن يوجه إليه انتقاد على أساس أن ليس كل الشروط التي يقوم بإيرادها الطرف القوي أو المحترف القصد منها الإضرار بالمتعاقدين الآخر وإنما قد تكون هذه الشروط جاءت لتحقيق مصلحته، أو أن هذه الشروط تستوجبها طبيعة النشاط الاقتصادي أو المنافسة أو ضرورة متابعة التطورات الاقتصادية والعلمية، وبالتالي لا يمكن لهذا التعريف أن يسعفنا في كثير من الأحيان في تحديد الشرط التعسفي.

الاتجاه الرابع :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تعريف الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط التي تحقق ميزه فاحشه للمهني دون المستهلك، وبهذا المعنى عرفت الشروط التعسفية بأنها (تلك الشروط الواردة في العقد والتي يترتب عليها عدم توازن واضح ما بين أطرافها المتعاقدة والمتمثلة بحصول المهني على ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر) (4) وبهذا المعنى عرف الشرط التعسفي بأنه "هو كل شرط تعاقدى يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشتري على حساب المتعاقد الضعيف" (5). وبهذا الاتجاه أخذ القضاء الفرنسي عندما عرف الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط الغامضة التي من شأنها تحقيق منفعة للمهني دون المستهلك ومن دون مقتضى، لذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار الالتباس والغموض في أحد شروط العقد وبشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية من الشروط التعسفية، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن سيدة عهدت إلى إحدى الشركات بأحد أفلام التصوير الحساسة لتحميضها وطبعها، ولما تسببت هذه الشركة في فقد هذا الفلم وعجزت عن رده، أقامت السيدة المذكورة دعوى قضائية أمام محكمة جرينويل تطالب فيها الشركة بالتعويض، وقد تمسكت الشركة

(1) حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، ص 52

(2) CALAIS AULOY, Les clauses abusives en droit français L.G.D.Paris.1991.p134

(3) قرار محكمة النقض المصرية أشار إليه اسعد دياب، ضمان العيوب الخفية، دار اقرأ للكتاب، بيروت، بدون طبع، ص 227.

(4) د. نائل عبد الرحمن صالح، مصدر سابق، ص 39.

(5) سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية، أطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2003 ص 11.

بشرط في العقد مفاده انه في مثل هذه الحالات يقتصر التعويض على تسليم فيلم خام للطرف المضرور وطبعه بالمجان أو سداد قيمته إما إذا كان لهذا الفلم أهمية استثنائية أعلن عنها العميل للشركة فان مبلغ التعويض يخضع حينئذ للتفاوض بالتراضي إلا أن محكمة جرينويل قضت بالتعويض المناسب على أساس إن هذا الشرط تعسفي مستنداً على إن هذا الشرط المتنازع في شأنه قد صيغ بألفاظ غامضة من شأنها تجعل المستهلك يعتقد على خلاف الحقيقة وان حقه في التفاوض كان يتعلق بثمن الأداء أو الخدمة فقط دون إن يمتد ذلك إلى فروض فقد الفلم والتعويض عنه وان الغاية من هذا الغموض هو دفع مسؤولية الشركة عن خطئها عن فقدانها للفلم .

ولما قدمت الشركة المذكورة الطعن على هذا الحكم ، قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض بجلستها المنعقدة في 19 يونيو عام 2001 برفض الطعن وتأييد الحكم المستأنف لما ورد فيه من أسباب (1) .

وبهذا اخذ المشرع الفرنسي عندما عرف الشرط التعسفي في المادة (35) من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 18 كانون الثاني عام 1978 الشروط التعسفية بأنها " تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني ، من قبل المهني ، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة " ، إلا أن هذا التعريف يعيب عليه لكونه يشير الى وجود الشروط التعسفية في العقود التي يوجد فيها تفاوت في ألقدره الاقتصادية ما بين أطرافها والحقيقة أن الشروط التعسفية لا يقتصر وجودها فقط في العقود التي يوجد فيها تفاوت ما بين أطرافها من الناحية الاقتصادية ، وإنما توجد كذلك في العقود التي يوجد فيها تفاوت في ألقدره ألقنيه ، فقد يكون احد المتعاقدين ملما بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد دون الطرف الآخر فيضمن عقده شروطاً يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف كما هو الحال في العقود النموذجية ، علاوة على ذلك الغموض وعدم الوضوح الذي اترى هذا التعريف مما اجبر المشرع الفرنسي وبالقانون ذاته الى استحداث لجنة أسماها لجنة الشروط التعسفية (2) خولها إصدار التوصيات بما تعدها شروطاً تعسفية

(1) Cass , civ 1994 in 2001, SA press, 1960.

نقض فرنسي أشار إليه د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 410 هامش رقم (1110) .

(2) أنشئت هذه اللجنة بالقانون الصادر في يناير عام 1978 والهدف من إنشائها الرقابة العامة على الشروط التعسفية في مجال العقود النموذجية المبرمة بين شخص مهني وآخر غير مهني ، وتتكون هذه اللجنة من (15) عضو تمثل طائفة من المستهلكين ، وبعضهم يمثل طائفة من المهنيين بالإضافة إلى عدد من القضاة وأساتذة القانون وتختص عمل اللجنة بثلاث وظائف هي :

1. إعداد مشروعات لقرارات إدارية موضوعها منع أو تقييد أو تنظيم الشروط التعسفية في العقود النموذجية (المادة 3 من القانون المذكور)
2. التوجيه بإلغاء أو تعديل البنود التي تتضمن شروطاً تعسفية في العقود النموذجية (مادة 37 و 38) من القانون المذكور.
3. إعداد تقرير سنوي عن نشاطها متضمناً اقتراحات لتعديلات تشريعية أو إصدار لوائح خاصة تنظم البنود التعسفية في مجال العقود النموذجية .

وكان من ثمار عمل تلك اللجنة قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة 1993 الرقم 649/93 وكذلك القانون الصادر في فبراير سنة 1995 الخاص بتنظيم العقود التعسفية الرقم 96/95 .
انظر المزيد : د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق ، ص 23-24 .

من خلال مراقبتها لنماذج العقود المبرمة مابين المستهلك والمحترف ، وعليه لو كان التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي للشروط التعسفية محددا وواضحاً لما كانت هناك الحاجة إلى إصدار مثل هكذا لجنة لأن القضاء الفرنسي سيبحث عندئذ في انطباق التعريف أعلاه على الشروط محل النزاع والقضاء بالغائها إن انطبق التعريف عليها.

الاتجاه الخامس :

اكتفى أنصار هذا الاتجاه بذكر قوائم للشروط التعسفية أو الشروط التي يفترض فيها التعسف ودون ذكر أي تعريف للشروط التعسفية ، وهذا ما فعله المشرع الألماني في قانون معالجة عدم التوازن في العقود النموذجية الصادر عام 1976م . عندما اكتفى بوضع قائمه بالشروط التعسفية والتي يفترض فيها التعسف دون ذكر أي تعريف للشروط التعسفية . وكذلك المشرع الهولندي في القانون الصادر في 18 حزيران عام 1987 عندما أورد قائمه بالشروط التعسفية¹ وهذا ما سوف نبينهما بالتفصيل في المبحث الثالث من هذا الفصل .

وخلاصة القول أن تعريف الشرط التعسفي ليس بالأمر اليسير لكونه من المفاهيم الحديثه والتي لازال الغموض يحيطها من كل جوانبها ، لذا من الأفضل الاكتفاء بذكر قوائم للشروط التعسفية أو الشروط التي يفترض فيها التعسف على أن تكون هذه الشروط الواردة في تلك القوائم وارده على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر دون ذكر أي تعريف للشروط التعسفية ، لكن ما المعيار الذي يعتمد عليه لتحديد فيما إذا كان هذا الشرط تعسفي من عدمه ومن ثم إيراده في تلك القوائم؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول بأنه كل شرط صحيح يفرضه الطرف القوي سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم من الناحية الفنية على الطرف الأقل خبره أو الكفاءة مما يؤدي الى تحقيق ميزه فاحشه لمصلحته وعلى حساب ومصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطبق عليه وصف التعسف ومن ثم إيراده في تلك القوائم .

1 - أشارت إليها د.نادية محمد معوض ، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، 2001، ص82

الفرع الثاني

عناصر الشرط التعسفي

مما تقدم نجد أن الشروط التعسفية يتحقق وجودها في العقود النموذجية من خلال توافر عنصرين الأول يتمثل بتعسف المهني في استغلال تفوقه الاقتصادي أو الفني وهذا ما يطلق عليه بالعنصر الشخصي ، أما العنصر الثاني فإنه يتحقق وجوده بالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بسبب تعسفه في استغلال تفوقه، وهذا ما يطلق عليه بالعنصر الموضوعي ولدراسة هذين العنصرين التي يقوم عليهما الشرط التعسفي لابد من تقسيم هذا الفرع وعلى النحو الآتي :

أولاً: العنصر الشخصي (تعسف المهني باستغلال تفوقه الاقتصادي أو الفني)

وهذا العنصر يمكن استخلاص وجوده في العقود التي يوجد فيها تفاوت كبير ما بين أطرافها سواء كان هذا التفاوت من الناحية الاقتصادية أم من الناحية الفنية وعليه يستطيع المهني (الطرف الأكثر قوة أو كفاءة) في تلك العقود بفرض شروطه التعسفية المخلة بالتوازن العقدي على الطرف الآخر مستغلاً تفوقه الاقتصادي أو الفني ومتعسفاً في استخدامها ، وبمعنى آخر لو لم يتعسف المحترف أو المهني في استخدام تفوقه الاقتصادي أو الفني لما وجد شرط تعسفي يخل بالتوازن العقدي¹ ، وهذا العنصر استلزمه المشرع الفرنسي لتحديد الشرط التعسفي عندما أورد تعريفه بقوله " ... ويقوم على التعسف في استعمال المقدرة الاقتصادية " (2) .

ولكن هل تعد المقدرة الاقتصادية أم المقدرة الفنية العنصر الأكثر أهمية لجعل الشرط تعسفي وبواسطتها يستطيع المحترف أو المهني بفرض شروطه على الطرف الآخر في العقود النموذجية ؟

للإجابة نقول إن القدرة التي يستطيع بموجبها المحترف أو المهني بفرض شروطه التعسفية على الطرف الآخر في العقود النموذجية هي القدرة الفنية وليس المقدرة الاقتصادية لكون الطرف القوي في تلك العقود قد اعتاد على أبرام العقود والصفقات في مجال حرفته أو مهنته وأنه يعرف ابتداء ما يترتب عليها من آثار ومن حقوق والتزامات ويعرف كذلك ما جرى عليه العمل في حرفته ويمتلك من الوسائل ماتمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلاً عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه.

وفي ضوء ذلك فإن القدرة أو التفوق الاقتصادي غير ذات جدوى من الناحية العملية لتحديد الشرط التعسفي في العقود النموذجية وإن الإشارة إليها دليلاً على كفاءة أو احتراف ذلك الشخص في نشاط معين وأننا جعلنا من ذلك التفوق الاقتصادي دليلاً على كفاءته الفنية ، وعلى خلاف عقود الإذعان التي يكون فيها التفوق الاقتصادي دور

¹ - سليمان براك دايح الجميلي ، مصدر سابق ، ص30

(2) انظر نص المادة (35) من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 10 يناير عام 1978.

كبير بتحديد الشرط التعسفي والذي بموجبه يستطيع الطرف المتفوق اقتصادياً بفرض شروطه التعسفية على الطرف الآخر ومستغلاً هذا التفوق ومتعسفاً في استخدامه¹.

ثانياً : العنصر الموضوعي (الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني)

ليس بكافٍ بوجود تعسف من قبل الطرف القوي باستعمال سلطته الاقتصادية أو الفنية للقول بوجود الشرط التعسفي وإنما ينبغي إن تقتزن هذه الإساءة بميزة يحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الآخر وعليه فأن العنصر الموضوعي يقصد به هنا المزايا المبالغ فيها التي يحصل عليها الطرف القوي من جراء إساءة استعماله لتفوقه الاقتصادي أو الفني والتي تؤدي من شأنها إحداث خلل في التوازن العقدي في العلاقة العقدية²، والتساؤل الذي يثار هنا ما المقصود بلفظ المزايا ؟ إن لفظ المزايا هنا هو لفظ عام يشمل المزايا النقدية وغير النقدية منها وهذا يتضح من قائمة الشروط التعسفية التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة الخامسة والثلاثين من قانون حماية المستهلك الفرنسي ، فإلى جانب الشروط المتعلقة بالثمن فإن الشرط التعسفي يمكن إن يرد بشأن تسلم الشيء محل العقد (3).

والتساؤل الآخر الذي يطرح هنا عن كيفية قياس اختلال التوازن في العقد وهل يكون بالنظر إلى كل شرط على حده أو بالنظر إلى جميع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال؟

عليه فإن بالضرورة النظر إلى جميع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال وليس النظر إلى كل شرط على حدة لأنه من الممكن إن يكون شرط من شروط العقد يعطي منافع أو مزايا مبالغ فيها لأحد الأطراف في العقد دون غيره ويأتي شرط آخر في نفس ذلك العقد ويزيل هذا الاختلال في التوازن الذي نجم عن الشرط الأول ويعيد توازن العقد عن طريق منح الطرف الآخر من المزايا ما أعيد التوازن إلى حالته الطبيعية ، ولما تقدم نخلص إلى إن الشرط التعسفي في العقود النموذجية لا يمكن إن تقوم ما لم يتوافر فيه عنصران وهما العنصر الشخصي المتمثل بإساءة الطرف القوي فيه باستعمال لسلطة الاقتصادية أو الفنية والعنصر الموضوعي المتمثل بالميزة التي يحصل عليها الطرف القوي من جراء تعسفه باستعمال سلطته .

وبالتالي فهما عنصران متحdan تربطهما علاقة سببية تامة فالميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي هي نتيجة للمقدرة الفنية التي يتمتع فيها هذا الأخير وعليه فإن احد العنصرين يعد نتيجة طبيعية للطرف الآخر. ومما تقدم يتبين لنا خصائص الشرط التعسفي وبما يأتي :

1. إن الشرط التعسفي هو شرط صحيح وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة (4) وغير مخالفه للقواعد الأمرة في القانون لأنه لو كان كذلك لما كانت هناك

¹ - سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق، ص29

² - منير البصري واحمد المنصوري ، مصدر سابق، ص4

(3) المصدر السابق نفسه، ص4

(4) هناك بعض التشريعات توسعت في مفهوم النظام العقدي وجعلت من الحفاظ على التوازن العقدي في العقود النموذجية من النظام العام كالقانون الألماني الذي نص بالقانون الخاص لمعالجة التعسف في العقود

حاجة إلى بحث معالجته بشكل خاص لأنه ليس في القواعد العامة ما يعبر عن هذه المعالجة.

2. لا يشترط في المزايا أو المنافع التي يخولها الشرط التعسفي أن تكون مادية، بل قد تكون معنوية كحرمان الطرف الضعيف من المطالبة بالعقد إن اخل المشتري بتنفيذ التزامه أو اشتراط المحترف إن يعقد الاختصاص القضائي في نظر النزاع المتوقع في محكمة موطنه ، كما أن القياس التعسفي في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد وإنما بالنظر إلى مجموع هذه الشروط فربما يكون شرطاً قد وفر ميزة أو منفعة للمشتري على إن هناك شرطاً آخر قد أعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة .

3. أن مصطلح التعسف في الشرط يختلف عن نظرية التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة وهو الذي يعني به تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية ، لكون استعمال الحق يعتبر صورة من صور الخطأ التصريحي ويترتب على ذلك نشوء المسؤولية التصريحية وتخرج بالتالي عن نطاق العقد (1) حتى لو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد مثال المؤجر الذي يتمسك بالشرط المانع من الإيجار يتعسف منه وكذلك التعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد فيهما كعقد الوكالة (2)، إما الشرط التعسفي باعتباره شرطاً يرد في عقد من العقود وبالتالي فإن أحكامه تدور في المجال العقدي وليس التصريحي .

كما انه لو رجعنا إلى نص المادة (7) (3) من القانون المدني العراقي الفقرة السابعة منه التي حددت الحالات التي يتحقق فيها التعسف في استعمال الحق ونطاقها مع الشرط التعسفي لوجدنا اختلافاً فيها وعلى النحو الآتي :

فبالنسبة للحالة الأولى التي يتحقق فيها التعسف نجد أن صاحب الحق أو المشتري لا يقصد من تصرفه هذا إلا الإضرار بالغير ولا يقصد من وراء ذلك أي شيء آخر. مثال ذلك قيام شخص ببناء جدار في بيته ولم يقصد من وراء ذلك أي منفعة بل قصد حجب النور عن جاره هذه الحالة تختلف مع الشرط التعسفي المتمثل بالحصول على ميزة مجففة فضلاً عن انه ذو معيار شخصي يصعب أثباته⁴.

النموذجية المادة التاسعة منه على إن (تكون الشروط تعسفية باطلة ومخالفة للنظام العام والقواعد الأخرى) انظر د.نادية معوض ، مصدر سابق، ص84
(1) د.حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص412.

(2) السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص702 .

(3) نص المادة (7) ف2 مدني عراقي على ما يلي (ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية :

أ. إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير .

ب. إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا يتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج. إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة (يقابلها نص المادة (5) مدني مصري .

4 - محمد الشوقي السيد ، معيار التعسف في استعمال الحق ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق، جامعة القاهرة، ص278 . أشار إليها د.عمر عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص415 هامش رقم (1030) .

أما الحالة الثالثة المتعلقة بالمصلحة غير المشروعة لقد رأى بعض الكتاب (1) أنها اقرب ما تكون إلى الخروج عن حدود الحق وليس تعسفاً في استعماله فضلاً عن أن القانون اشترط عدم مشروعيته و مخالفته لحكم من أحكام القانون أو تعارضه مع النظام العام أو الآداب العامة مثاله قيام شخص بتأجير داره لإغراض العلاقات الجنسية غير المشروعة أو لعب القمار... الخ. وهذا ما يتعارض مع صفة الشرط التعسفي الذي يعتبر شرطاً صحيحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ولا للقواعد الأمرة .

4. إن الشروط التعسفية يرتبط وجودها بالعقود التي يوجد فيها تفاوت مابين أطرافها سواء كان ذلك من الناحية الفنية أو الاقتصادية ، وعليه فان لا سبيل لإثارة موضوع الشروط التعسفية في العقود التي يكون أطرافها بمنزلة واحدة فمثل هؤلاء المتعاقدين هم اقدر على رعاية مصالحهم والحفاظ على حقوقهم وليسو بحاجة إلى حماية في تعاقداتهم وان أهملوا في ذلك فأنهم لا يلومون ألا أنفسهم (2) .

(1) – المصدر السابق نفسه، ص288

(2) ويعني بمبدأ الحرية التعاقدية هو حرية الدخول لعملية التعاقد أو رفض التعاقد أو تحديد الطرف الذي يتم التعاقد معه ومن ثم حرية تحديد شروط العقد ومضمونه ويعتبر هذا المبدأ من أهم النتائج المترتبة على مبدأ استقلال الإرادة . أنظر د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ط1، مطبعة مصر ، 1949 ، ص13 وما بعدها .

المطلب الثاني

أنواع الشروط التعسفية

إن الأصل العام وتطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية انه يجوز للمتعاقدين إن يضمنوا تعاقدتهما أي شرط يرتضيا له مادام هذا الشرط غير ممنوع قانوناً سواء كان هذا المنع بنص خاص أم كان لمخالفته للنظام العام والآداب وهذا هو الأصل العام ومن الأمور المتفق عليها ولا يحتاج إلى نص لتقريره¹ وعليه فأن الشروط التعسفية لا يمكن أن تقع تحت طائلة الحصر لكون حرية المتعاقدين تسمح لهما بإيراد المزيد من الشروط التعسفية مادامت غير ممنوعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة²، إلا انه ومن خلال الأثر الذي يترتب عليه وجود الشروط التعسفية في العقود النموذجية وهو تحقيق منفعة للمهني يقابله ضرر للطرف الآخر وهو المستهلك فيمكن لنا أن نقسم أنواع الشروط التعسفية وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

شروط تعسفية تحقق منفعة للمهني

وهي تلك الشروط التي من شأنها تحقق منفعة للمهني وذلك أما بزيادة الحقوق الممنوحة للمهني أو بتخفيض الالتزامات المفروضة عليه لذا سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين وعلى النحو الآتي :

أولاً: شروط تعسفية من شأنها زيادة الحقوق الممنوحة للمهني (3)

هناك أمثلة كثيرة للشروط التعسفية التي تزيد الحقوق الممنوحة للمهني ونحن سوف نقصر دراستنا على الشرط الذي يسمح للمهني بتحديد تأريخ التسليم المبيع بإرادته المنفردة ، أو وضع تواريخ تقريبية لذلك باعتباره من الشروط التعسفية التي تزيد الحقوق الممنوحة للمهني على حساب المستهلك وكثيرة الوقوع في مجال العقود النموذجية مدار بحثنا هذا.

1 - انظر نص المادة (131) ف أ مدني عراقي

2 - د. عمر عبد الباقي ، مصدر سابق، ص 406

(3) ومن أمثلة الشروط التعسفية التي تزيد الحقوق الممنوحة للمهني :

أ. اشتراط المهني قيام المستهلك بالوفاء بالثمن خلال تواريخ محدد وإلا يكون العقد مفسوخاً .

ب. تحديد الثمن طبقاً لتعريفه السائرة وقت التسليم .

ج. احتفاظ المهني لنفسه بحق تحديد محل العقد أو تعديل بعض خصائصه بإرادته المنفردة . انظر المزيد

د. عمر عبد الباقي ، مصدر سابق، ص 408

الشرط التعسفي الذي يسمح بموجبه المهني تحديد تاريخ تسليم المبيع أو وضع تواريخ تقريبية لذلك بإرادته المنفردة. نصت المادة (536) من القانون المدني العراقي على (البائع إن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ولو شرط المشتري اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) ويتضح لنا من هذا النص أن البائع لا يجبر على تسليم المبيع ما لم يحصل على الثمن والغاية من ذلك هو ضمان حق البائع في الحصول على الثمن لأن حقه في الثمن هو حق شخصي بينما حق المشتري على المبيع هو حق عيني ، ومن هنا أراد المشرع لعراقي التسوية بين الطرفين من خلال عدم إلزام البائع بتسليم المبيع ما لم يحصل على الثمن ، إلا أن هذا النص من النصوص المفسرة وبالتالي يجوز للإطراف المتعاقدة الاتفاق على خلافه (1) ، وعليه يستطيع المحترف إن يضمن عقده بشرط يقيد من مسؤوليته أو يستبعدا عند تأخره في تسليم المبيع أو وضع تواريخ تقريبية لذلك وبالتالي فإن ورود هكذا شرط في عقد من العقود يعد من الشروط التعسفية والسبب في ذلك هو أن المشتري عند ورود هكذا شرط لا يستطيع مطالبة البائع بالتنفيذ العيني بتسليم المبيع أو بفسخ العقد بعد إنذاره عند تأخر البائع بتسليم المبيع طبقاً للقواعد العامة لأن هكذا شروط تعد شروطاً صحيحة وينبغي الوفاء والالتزام بها عند ورودها في حدود ما تسمح به طبيعة المعاملة وما يقضي به العرف التجاري (2) .

وبالتالي لا يكون إمام المشتري ألا الانتظار والوقوف تحت رحمة البائع وكذلك تزداد خطورة هكذا شروط إذا كان البائع أو المحترف شخص سيئ النية وأنه تعمد بفرض هكذا شرط لغرض تسليم الشيء المبيع إلى مشتري آخر مقابل ثمن أعلى ، واجل تسلم المبيع إلى المشتري الأول لحين وصول البضاعة الأخرى معتمداً على شروط الإعفاء، وتبدو خطورة هذه الشروط أكبر عندما تقترن بإمكانية تعديل الثمن بالزيادة مع مرور الزمن إذ يرتفع ثمن المبيع بسبب عدم قيام البائع بالتسليم ، ولهذه الأسباب يبدو الشرط الذي يحدد بموجبه البائع أو المحترف وقت تسليم المبيع أو يتحكم بمهلة التسليم وإعفاءه من أي مسؤولية عند تأخره في ذلك من الشروط التعسفية الضارة بمصلحة الطرف الضعيف. ولدى الرجوع إلى ما جرى عليه العمل نجد هذه الشروط الأكثر تكراراً في العقود النموذجية ومن الأمثلة على ورود هذا الشرط في العقود النموذجية نأخذ المثالين الآتيين :

المثال الأول يتعلق بعقود السلع الكهربائية المخصصة للخدمة المنزلية في فرنسا التي نصت أحد شروطها على إعفاء البائع من المسؤولية عن التأخير في التسليم وورد الشرط كالآتي :

(لا تعد المدة المتفق عليها في التسليم في هذا العقد ألا بمثابة توجيه غير ملزم للبائع ولا يمكن أن يكون التأخير في التسليم سبباً للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض والبائع برغم حرصه على احترام المدة المتفق عليها لا يمكن أن يعد مسؤولاً في أي حال من الأحوال عن الإضرار الناجمة عن التأخير

(1) نصت المادة (394) من القانون المدني العراقي على (انه إذا اجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول اجله) .

(2) د. السيد محمد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص34.

غير المتعمد في التسليم أو عن نقص البضاعة ينجم عن تقصير الموزع الأصلي¹ . أما المثال الثاني فإن هذا الشرط ورد في أحد عقود بيع السيارات وكالاتي) بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة وإنما هي مهلة أرشاد خصوصاً وأن البائع يفعل ما في وسعه لإتمام التسليم في الموعد المحدد , والبائع يحتفظ مقدماً عن إمكانية التسليم لمدة قد تزيد على ثلاثة أشهر ويمكن لهذه المدة أن تمتد لفترة إضافية في حالة القوة القاهرة الناتجة عن توقف الإنتاج أو الحريق أو غير ذلك من حالات القوة القاهرة (2) .

ثانياً: شروط تعسفية من شأنها تخفيض الالتزامات المفروضة على المهني (3)

هناك أنواع عديدة للشروط التعسفية من شأنها تخفيض الالتزامات المفروضة على المهني وسوف تقتصر دراستنا على احد هذه الشروط إلا وهو شرط أمكانية قيام المهني بتسليم محل غير مطابق للمواصفات في العقد لكونه من الشروط الأكثر وقوعاً في العقود النموذجية وبموجب هذا الشرط يستطيع المهني تسليم المشتري شيئاً آخر يختلف في مواصفاته عما تم الاتفاق عليه في العقد ، ولن يرجع عليه الأخير بالضمان لذا نجد أن المحترف قد احتاط لذلك وأورد شرطاً يسمح له بذلك ، وما على المشتري ألا دفع ثمن تلك السلعة التي قد لا تعود عليه بالنفع لاختلاف المواصفات عما أراد التعاقد بشأنها 0 ومثل هكذا شروط كثيرة الوقوع في العقود النموذجية التي يبرمها التاجر المحترف (المهني) مع بعض العملاء قليلي الخبرة وأنه قد ورد في أحد عقود تصنيع السيارات في فرنسا هذا الشرط بالصيغة الآتية (لا يمكن اعتبار ما يدور في الإعلانات أو كتب المواصفات والكتالوكات أو حتى السيارات المعروضة إيجاباً محدداً للنماذج التي يلتزم المنتج بتصنيعها ... والمنتج يحتفظ مقدماً بإعلان أمكانية إدخال ما يراه من تعديلات أو تغييرات سواء كان ذلك في آلات الحركة أم في هياكل السيارات وفي أي وقت يراه مناسباً ، بل ويبيد المنتج تحفظه بإمكان إدخال هذه التعديلات على السيارات التي يجري إنتاجها من ذات الموديل المطروح في الأسواق عن العام محل التعاقد) وورد هذا الشرط كذلك في عقد بيع الأثاث المنزلية بالصيغة الآتية (الأشكال والإحجام المتعلقة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوكات والنشرات الإعلانية ليست ملزمة ولا يستطيع المشتري إن يتمسك بعدم مطابقة ما يتم تسليمه إليه من بضاعة لأي من هذه النشرات .

¹ - انظر د.حسن عبد الباسط الجميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص41

(2) المصدر السابق نفسه، ص41 .

(3) ومن أنواع الشروط التعسفية التي من شأنها تخفيض الالتزامات المفروضة على المهني :

1. الشروط المحددة أو المعفية للمسؤولية .

2. الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها لذلك .

3. السماح له بأنها العقد دون أخطار المستهلك على الرغم من إن العقد غير محدد المدة .

4. الشرط الذي يعفي من الضمان عند التخلف عن تنفيذ التزامه .

د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص407 .

وللبائع أن يدخل ما يراه من تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون إن يكون ذلك مرتباً لأية مسؤولية أو منشأ لأي التزام (1).

وعادة ما تصاغ هذه الشروط من قبل المهني أو المحترف بصيغ غامضة أو غير واضحة أو بصورة لا تنفر الطرف الآخر من الإقدام للتعاقد وبالتالي لا يستطيع قليلو الخبرة فهم هذه الشروط وبيان مدلولها ومن ثم الانضمام إليها.

ولما تقدم من الأمثلة نجد إن منتج السيارات يستطيع تسليم سيارة من النوع ذاته والمتفق عليه في العقد مع إمكانية إجراء ما يشاء من التعديلات على تصميمها أو تركيبها أو على أوصافها الداخلية دون إن يعترض المشتري على ذلك , كما انه يمكن لمنتج الأثاث أن يغير من إشكال وإحجام محل العقد على الرغم من الإضرار بالمشتري لكونه قد لا يستفيد من الأثاث التي غيرت لاستخدامه. وعليه فإن الشرط الذي يعطي للمهني أو المحترف الحق في يتسلم شيء غير متفق عليه في العقد أو تغيير أوصافه من الشروط التعسفية وهذا ما اعتبرته بعض قوانين حماية المستهلك (2).

الفرع الثاني

شروط تعسفية تلحق ضرر بالمستهلك

هي تلك الشروط التعسفية التي من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك ويتحقق هذا الضرر بصورتين الصورة الأولى تتحقق بزيادة التزامات المستهلك والصورة الثانية تتحقق بحرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له لذا سوف نقسم هذا الفرع إلى فقرتين وعلى النحو الآتي :

أولاً : شروط تعسفية من شأنها زيادة التزامات المستهلك:

هناك أنواع عديدة للشروط التعسفية من شأنها أثقال عاتق المستهلك بالتزامات مما تؤدي إلى الإضرار به (3). ومن أهم هذه الأمثلة والأكثر وقوعاً في نطاق العقود

(1) انظر د. حسن عبد الباسط العجيمي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، مصدر سابق، ص21 ، ف 26 – 26 .

(2) نصت المادة 123،1 من قانون الاستهلاك الفرنسي عام 1993 على قائمة استرشادية نصم الشروط التي تعدّها تعسفية ومن ضمن هذه الشروط الشرط "التي تسمح للمهني بان يعدل من طرفه فقط وبدون عذر مشروع خصائص السلعة أو صفاتها وصفات المنتج الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها وكذلك قانون حماية المستهلك البلجيكي الصادر في 14 يوليو عام 1991 إذا وارد هذا الشرط في القائمة السوداء المرفقة" =بالقانون له حيث جاء من ضمن الشروط التعسفية (الشروط التي يحتفظ البائع بموجبها لن يحدد وحدة ما إذا كان المبيع الذي تسلمه المشتري مطابقة للمواصفات المتفقة عليها من عقد).

(3) من أمثلة الشروط التعسفية التي من شأنها إشغال عاتق المستهلك بالتزامات :

أ. اشتراط المهني بقيام المستهلك بالتعاقد خلال مدة معينة.

ب. اشتراط المهني بقيام المستهلك بالتوقيع على انه على علم ومعرفة حقيقة لكافة بنود العقد وشروطه وبحالة البضائع أو لطبيعة الخدمات على الرغم من جهلة في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل.

النموذجية هو الشرط الجزائي لذا سوف نتناوله كمثال للشرط التعسفي من شأنه زيادة التزامات المستهلك والشرط الجزائي هو اتفاق مسبق مابين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة أخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه. وعادة ما يكون التعويض متفقا عليه ما بين الطرفين مغالى فيه كثيراً أو انه اكبر من حجم الضرر الذي الحق بالمتعاقد نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير فيه ، والجزء الذي يفوق مقدار الضرر نوعاً من الجزاء الذي يدفع المدين إلى الحرص على تنفيذ التزامه لذا يطلق على هذا الشرط بالشرط الجزائي (1) .

وإزاء التطور الذي أصاب طرق التعاقد وظهور أنماط جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل اخذ الشرط الجزائي بعداً أكثر خطورة ولاسيما في العقود النموذجية فلا يكاد يخلو عقد من هذه العقود من الشروط الجزائية وغالباً ما تكون هذه الشروط مغالياً بها كثيراً على النحو الذي يضمن للمحترف أو المهني في تلك العقود الضمان الكافي ليقدم على التعاقد ونظراً لحاجة الطرف الآخر في هذه العقود إلى السلعة أو الخدمة المقدمة إليه محل التعاقد فإنه يقبل مثل هكذا شروط المغالي فيها ولا يقدر وقت التعاقد خطورة قبوله لهذا الشرط والسبب في ذلك :

هو إما لقلّة خبرته في مجال التعامل أو لضعفه وعدم قدرته على مساومة غريمة أو عدم إدراكه للآثار التي تترتب على هكذا شروط ، وبالتالي إذا اخل الطرف الضعيف بتنفيذ التزاماته كان ملزماً بدفع تعويض كبير لا يتناسب مع القيمة الاقتصادية التي تعاقد من أجل الحصول عليها ، وقد لا تتناسب مع إمكانياته المادية (2) ، بل قد لا يكتفي الطرف القوي في تلك العقود على إدراج الشروط الجزائية التي تلزم الطرف الضعيف بدفع قيمته الشرط وإنما قد يضمن العقد ما يعفيه من المسؤولية عن تأخره في التنفيذ أو عدم التنفيذ ومن هنا يأخذ الشرط الجزائي وصف التعسف وما ينجم عنه من إخلال في التوازن العقدي.

وعلى هذا فإن الشرط الجزائي يكون تعسفياً في العقود النموذجية لا في حالة المغالاة في تقدير التعويض فحسب ، وإنما في كل حالة يكون فيها الشرط لمصلحة الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف.

ج. الشروط المتعلقة بعبء المخاطر ومثالة اشتراط الناقل على الشاحن المستهلك أن يتحمل وحدة تبعة المخاطر من لحظة الشحن حتى ميناء الوصول رغم أن نظرية المخاطر في القانون المدني تلقي المسؤولية عن هلاك محل العقد على المدين الملتزم بتنفيذ العقد .أنظر د.عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص407

(1) عالج المشرع العراقي أحكام الشرط الجزائي في المادة (170) منه ولم يستخدم مشرعنا مصطلح الشرط الجزائي وإنما اسماه التعويض الاتفاقي ، ويترتب على هذا الاستخدام خضوعه لسلطان المحكمة من حيث المبدأ كما انه كي يستحق لابد من توافر أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببيه .

انظر د.عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، بغداد، 1980، ص61 .

(2) انظر : د. اليأس ناصيف ، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد اليزيج ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 1991، ص150-151 .

ثانياً: شروط تعسفية من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له:

وهناك أنواع عديدة للشروط التعسفية من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له (1). ومن أهم تلك الأمثلة والأكثر وقوعاً في مجال العقود النموذجية هو شرط ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف وهذا ما سوف نتناوله كمثال للشروط التعسفية التي من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له شرط تحديد الثمن من قبل البائع أو المحترف. طبقاً للقواعد العامة يحق للأطراف المتعاقدة تحديد ثمن المبيع أو الاتفاق على أسس تحديد الثمن ومن الأسس التي يمكن اعتمادها في تحديد الثمن هي سعر السوق أو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جري عليه التعامل بين الطرفين (2).

بيد انه هل يمكن اعتماد السعر الذي حدده البائع أو المحترف مقدم السلعة؟ (3) ظهر اتجاهان في الفقه لصحة أو بطلان الاتفاق على ترك تحديد الثمن للبائع أو مقدم السلعة، فذهب الأول إلى صحة ذلك الاتفاق على أساس تفسير إرادة الطرفين المتعاقدين، فهما وان تركا تحديد الثمن للبائع فهذا لا يعني انه سوف يتحكم في تحديد الثمن تحديداً مطلقاً بل على العكس من ذلك فإنه سوف يحدد هذا الثمن بالإطار المعقول (4)، وهذا ما أيده أحدى القرارات القضائية الفرنسية (5).

أما الاتجاه الثاني فذهب أنصاره إلى بطلان هذا الشرط على أساس انه إذا كان العقد صحيحاً حينما يكون تحديد الثمن في المستقبل باستخدام وسائل حسابيه معروفة، فإن ذلك لا يتحقق عندما نترك ذلك لإرادة احد المتعاقدين، وان الاستناد إلى افتراض من يقوم بتحديد الثمن فإنه سوف يحدده بالإطار المعقول هذا ما يتعارض من جانب مع قواعد التفسير التي لا تسمح بالانصراف عن العبارة الواضحة للشرط

(1) من أمثلة الشروط التعسفية التي تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له

أ. الشرط الذي يحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير.

ب. الشرط الذي يقتضي تأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداء بإرادة المستهلك.

ج. تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المحترف.

د. الاشتراط عند المنازعة اللجوء إلى التحكيم أو إلى إجراءات التسوية الودية دون الرجوع إلى محاكم القضاء العادي ولاسيما إذا كان هذا الشرط ينطوي على إرهاب المستهلك وعدم تناسبه مع اقتصاديات العقد كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة أجنبية. انظر د. عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص 408

(2) انظر نصوص المواد (527 و 528) من القانون المدني العراقي .

(3) والتساؤل الآخر الذي يمكن إن يطرح ما هو حكم الإنفاق على ترك تحديد الثمن لإرادة المشتري؟ للإجابة على ذلك نقول يجب استبعاد الاتفاق على ترك تحديد الثمن لإرادة المشتري لان ذلك يعد تعليقاً للالتزام على إرادة المدين لان المدين بالثمن هو المشتري فإذا ترك له تحديد الثمن فان التزامه لدفع الثمن يكون معلقاً على أرادته ومن ثم يكون باطلاً .

انظر. حسن علي دنون، إحكام الالتزام، شركة الرابطة، بغداد، 1954، ص 130 .

(4) د. سليمان مرقس، عقد البيع، مطبعة النهضة الجديدة، 1968، ص 128 .

(5) ذهبت محكمة نقض الفرنسية إلى تأييد هذا الاتجاه في إحدى قراراتها حيث قضت بان الشرط الذي يترك بمقتضاه للبائع سلطة تحديد الثمن يكون صحيحاً إذا كان التقدير محدداً بسقف معين أو يكون تحديد هذه القيمة مرتبطاً بقرارات أو نظم لائحية .

انظر : com.15 dcc ، 1964 ، civ. أشار إليه سليمان براك دايج الجميلي، مصدر سابق، ص

63 هامش رقم 1 .

التعاقدي والتمسك بالنية المفترضة للمتعاقدين ، ومن جانب آخر فإن الثمن العادل يفضي إلى منازعة وهو ما يتعارض مع ما تطلبه المشرع من إن تكون الأسس التي يضعها المتعاقدان غير مؤديه للنزاع⁽¹⁾ . ويبدو أن هذا الاتجاه هو الراجح والغالب على الصعيد الفقهي⁽²⁾ ، لأن مسألة ترك تحديد الثمن للبائع يؤدي إلى أهدار مصلحة مشتري السلعة أو الخدمة لكون الأخير لا يستطيع أن يقبل على شراء سلعة دون أن يعرف قيمتها ويزن مقدرته المالية في ضوء ذلك لذا عد الشرط الذي يخول البائع سلطة تقدير الثمن باطلاً بيد أنه هل يكفي اعتبار الشرط الذي خول البائع سلطة تقدير الثمن باطلاً وبالتالي يكون هذا البطلان وسيلة كافية لحماية قليلي الخبرة في العقود النموذجية ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إن الأطراف الضعيفة (قليلة الخبرة) في العقود النموذجية قد لا يدركون خطورة مثل هكذا الشروط عند إبرامهم للعقد ويمضون في تنفيذه معتقدين صحته وحتى إذا ما أدركوا بطلان هذه الشروط فأنتهم يمضون في تنفيذ العقد لحاجتهم الماسة للسلع أو الخدمات المقدمة إليهم مما يدفعهم إلى الاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من بطلانه بسبب عدم تعيين الثمن ولدى استقرار العقود النموذجية يتبين لنا خطورة مثل هكذا شروط فقد ورد في أحد عقود بيع السلع الكهربائية المنزلية في فرنسا ما يأتي :

(إذا لم يوجد اتفاق مخالف فإن أسعار البيع يتم تحديدها يوم التسليم منذ خروجها من المخازن أو المحال تضاف إليها قيمة التغليف عند نقلها للأقاليم والأسعار قابلة للتعديل طبقاً لمتغيرات السوق والمؤثرات الرسمية وكل الضرائب والرسوم حتى ما يتقرر فيها لاحقاً ، تؤخذ في الاعتبار مقدرة لحظة الطلب والتسليم وتوضع على حساب المشتري) وكذلك ورد في عقد معد سلفاً بواسطة إحدى الوكالات السياحية في فرنسا شرط ينص على (إن تحتفظ الوكالة بشأن تعديل الأسعار في حالة تغيير قيمة العملات أو أسعار النقل أو الإقامة عن المدة أو الخدمات التي يتم التعامل بها أيّاً ما كان تاريخ التسجيل في الرحلة ، وأياً ما كان تاريخ دفع التكاليف . ولا يستطيع العميل المطالبة بأية تعويضات) ، وفي أحد عقود تصنيع السيارات لحساب العملاء ورد شرط ينص على إن (الأسعار المقررة في الوثائق والكاتالوجات والمستندات ليست معطاة إلا على سبيل التقريب إما الأسعار التي يتم التعامل بها فهي الأسعار السارية يوم التسليم الفعلي للسيارة حتى ولو تم التسليم بعد الإنذار بانتهاء المهلة التي يجب التسليم في نهايتها)⁽³⁾ ، وما تقدم نجد مثل هذه الشروط خطيرة جداً في العقود النموذجية لما تلحقه من إحجاف وضرر بالطرف الضعيف أو قليل الخبرة في تلك العقود من حيث أنها تتركه في حاله من القلق وعدم الثقة وهذا ما دفع بعض التشريعات إلى البحث عن وسائل لإلزام مقدمي السلع والخدمات في العقود النموذجية بعدم تضمين هذه الشروط في عقودهم⁽⁴⁾.

(1) د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط2 ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، 1976 ، ص94 .

(2) السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، عقد البيع ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960 ، ص370 . وتوفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1984 ، ص134 .

(3) انظر : د. حسن عبد الباسط أجمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص28.

(4) وهذا اعتبر قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر عام 1993 (الشرط الذي يسمح بموجبه تحديد الثمن للبائع أو المحترف شرطاً تعسفياً) في ألقائه الاسترشادية الملحقه به .

المبحث الثاني

المعالجة القضائية للشروط التعسفية

قد يبدو لأول مرة أن القضاء ليس له دور في معالجة الشروط التعسفية في ظل قواعد تشريعية تنص على أن العقود التي تبرم بطريقة مشروعة تقوم مقام القانون لمن عقودها (1) ، أو أنه إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز تعديله أو الرجوع عنه إلا بمقتضى نص في القانون أو الاتفاق (2) . وطبقاً لذلك فيل على القاضي أن يمتنع عن مراجعة مضمون العقد مادامت عبارات العقد واضحة لا غموض فيها وغير مخالفة للنظام العام والآداب، ولما كانت الشروط التعسفية كما أسلفنا سابقاً هي شروط صحيحة وغير مخالفة للنظام العام والآداب لذا فأن على القاضي الامتناع عن مراجعة هذه الشروط أو التدخل بإلغائها أو تعديلها حسب التصور المتقدم (3)

ومن جانب آخر هناك نصوص قانونية نصت على مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية وأن العقد لا يقتصر على ماورد فيه وإنما يشمل ما هو من مستلزماته طبقاً لطبيعة الالتزام أو القانون أو العرف أو العدالة (3) .

وبين هذين الوجهين المتعارضتين أستطاع القضاء أن يوفر بعض الحلول لمعالجة الشروط التعسفية لذا سوف ندرس هذه الحلول التي جاء بها القضاء العراقي لمعالجة الشروط التعسفية ومدى كفايتها لمعالجة الشروط التعسفية في العقود النموذجية بالمقارنة مع الأنظمة القضائية في كل من مصر وفرنسا لذا سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الأول موقف القضاء العراقي من الشروط التعسفية قبل نفاذ القانون المدني ، والثاني نخصه لدراسة موقف القضاء العراقي بعد نفاذ القانون المدني ، أما الثالث سوف نبحت فيه تقدير الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية في العقود النموذجية وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

موقف القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني

إن مبدأ استقلال الإرادة هو الذي كان سائداً في القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني ، وطبقاً لهذا المبدأ أن الأطراف المتعاقدة لهم الحرية في أبرام ما يشاؤون من عقود وتضمنينها ما يرغبون من بنود أو شروط ، كما يعني هذا المبدأ أن الإرادة هي الأساس للالتزام التعاقدي وأساس عدالته فيصبح من غير الممكن

(1) أنظر نص المادة (1/1134) من القانون المدني الفرنسي ونص المادة (147) ف مدني مصري .

(2) أنظر نص المادة (1/146) من القانون المدني العراقي

(3) أنظر نص المادة (150) مدني عراقي ونص المادة (148) مدني مصري ونص المادة (3/1134) من القانون المدني الفرنسي .

طبقاً لهذا المفهوم تدخل أي شخص من غير العاقدين لتعديل مضمون العقد أو شروطه حتى لو كانت تلك الجهة هي جهة قضائية¹.

وعليه فيل مبدأ استقلال الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل من قبل القضاء لتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود الغير متوازنة وأبطال أي شرط من شروط لاتصافها بالتعسف ، وهذا ما كان عليه موقف القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني الذي لم يقم بتعديل أو إبطال أي شرط من الشروط لاتصافها بالتعسف إلا إذا كانت هذه الشروط مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وبهذا قضت محكمة التمييز بأن (العقد شريعة المتعاقدين ، وكل شرط وارد فيه معتبر مالم يكن مخالفاً بالنظام العام ، أو مخالفاً للآداب ، وأن اشتراط الضمان على المتعاقد المخل بواجبه ، معتبر واجب التنفيذ ... وهذا الإخلال يلزمه بالضمان المشروط في العقد) (2) . وقضت محكمة التمييز كذلك بأنه (يجب الحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه بين الطرفين ، أيا كانت قيمته وحتى لو زاد على ثمن المبيع ، ولا يجوز إنقاصه تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين) (3) .

يلاحظ على هذين الحكمين بأن محكمة التمييز قضت بإلزام المدين بدفع قيمة الشرط الجزائي كما ورد في الاتفاق ما بين الطرفين دون البحث فيما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي مبالغاً فيها ولا يتناسب مع مقدار الضرر الذي أصابه بمعنى أن المحكمة اعتبرت الشرط الجزائي شرطاً صحيحاً وأوجبت تنفيذه مادام لم يخالف النظام العام والآداب ولم تبحث فيما إذا كان هذا الشرط تعسفي أو لا ومدى تأثيره على التوازن العقدي وتكون في موقفها هذا قد أخذت بما استقر عليه القضاء الفرنسي قبل صدور قانون عام 1975 الذي كان يذهب إلى مشروعية الشروط الجزائية الواردة في العقود أيا كانت قيمتها مغلباً المبادئ التقليدية التي كانت سائدة في القانون المدني الفرنسي من وجوب احترام مبدأ استقلال الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين (4) .

واستمر القضاء الفرنسي على موقفه هذا من مشروعية البنود الجزائية وعدم السماح بتعديل قيمتها الى حين صدور القانون الفرنسي الصادر في 9 تموز 1975 الذي أدخل بموجبه تعديلاً على نص المادة (1152) من القانون المدني الفرنسي وبموجب هذا التعديل سمح للقضاء بتعديل الشرط الجزائي ، كما عدل نص المادة (1231) من القانون المدني الفرنسي الذي بموجبه أستطاع القضاء بسط سلطته على الشروط الجزائية بما يمكنه تعديلها على النحو الذي يخفف من قيمتها (5) .

1 - منير القاضي، شرح موجز للقانون المدني العراقي، الباب التمهيدي و نظرية الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1952، ص 269

(2) قرار محكمة التمييز رقم 410 /ب/ 1949/ في 19/12/1949 ، مجلة القضاء ، السنة 54 ، الإعداد الأول والثاني والثالث والرابع ، ص 274 .

(3) رقم القرار 313/ب/ 1947 في 29/12/1947 ، المصدر السابق ، ص 261 .

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقاً للقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، 1982، ص 208 .

(5) كانت المادة (1152) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن (عندما تجدد في الاتفاق أن الطرف الذي يتخلف عن التنفيذ يدفع مبلغاً معيناً كعطل وضرر فلا يمكن إعطاء الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل) ثم أضيف إلى هذا النص بموجب التعديل (غير أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذا كانت فاحشة أو بخسة . وأن كل اشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب) أما المادة (1231) فأصبحت تنص بعد التعديل على

إلا أن التساؤل الذي يثار هنا هل القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني لم يصدر أية أحكام لمواجهة الشروط التعسفية ؟ للإجابة على ذلك نقول بأن القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني لم يقيم بأبطال أي من الشروط التعاقدية إلا إذا كانت هذه الشروط مخالفه للنظام العام والآداب العامة ، وعليه فانه توسع في مفهوم النظام العام والآداب العامة لجعل من ذلك وسيلة لإلغاء أو أبطال الشروط التعسفية .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز (أن اشتراط الضمان على أحد المتعاقدين ، دون الآخر يعد مخالفاً للنظام العام ، ولا يعتد به ذلك أن احتمال تضرر البائع إذا لم يوف المشتري بالتزامه ، يكون قائماً بالنسبة للمشتري أيضاً ، إذا لم يوف البائع بالتزامه فإذا كان اشتراط الضمان بإلزام أحد المتعاقدين دون الآخر فإنه يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام) (1) . وذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها الى أنه (لا يكون شرط الضمان باطلاً إذا كان في مصلحة أحد المتعاقدين دون الآخر فقط ، وإنما الشرط الذي يكون بموجبه لأحد المتعاقدين فسخ العقد ، بإرادته المنفردة ومتى ما شاء دون أن يكون للمتعاقد الآخر هذا الحق ، شرط المخالف للنظام العام ، كما أن العقد الذي يجعل كل الغنم لطرف ، وكل الغرم على الطرف الآخر يكون عقداً تعسفياً ، يخالف النظام ، لذا يكون هذا العقد باطلاً) (2) .

ويلاحظ على هذين الحكمين أعلاه أن محكمة التمييز اعتبرت شرط الضمان الذي يعطي لأحد الطرفين دون الطرف الآخر ، أو الشرط الذي يعطي الحق لأحد أطراف العقد بفسخ العقد بإرادته المنفردة من الشروط الباطلة لمخالفتها النظام العام وبالتالي قضت بإلغائهما ومن هنا نجد أن محكمة التمييز استندت إلى فكرة النظام العام والتوسع في مفهومها لتصل من خلال ذلك إلى إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في حين كان المفروض عليها أن تبطل هذين الشرطين لا بمخالفتها للنظام العام بل لكونهما شروطاً تعسفية مادام هذان الشرطان أعطيا الحق أو منفعة لأحد الأطراف دون الطرف الآخر في العقد مما أدى حدوث اختلال بالتوازن العقدي ومن ثم يمكن أن نصف هذين الشرطين بأنهما شروطاً تعسفية 0

كما أن فكرة النظام العام قد أثير بصددتها خلاف فقهي فذهب بعض الفقهاء الى أمكانية أبطال الشروط التعسفية في العقود لمخالفتها للنظام العام على أساس أن مفهوم النظام العام غير محدد بشكل دقيق وبالتالي يجوز التوسع في مفهومه ليصل إلى أبطال الشروط التي تخل بالتضامن الاجتماعي في الجماعة مادامت هي مجموعة الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي يقوم عليها

أنه(عندما يكون التعهد قد نفذ جزء منه يمكن إنقاص العقوبة المتفق عليها من قبل القضاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي دونما تعرض = لتطبيق نص المادة 1152) انظر إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاء ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005، ص 84

(1) رقم القرار 2093 / 1950 في 1950/5/22 ، مجلة القضاء ، المصدر السابق ، ص 265 .

(2) رقم القرار 253 / ب/ 1949 في 1949/11/12 ، المصدر السابق نفسه ، ص 257 .

كيان الجماعة فالشروط التعسفية تهدم هذه الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومن ثم تكون باطلة من هذا الجانب (1).

إلا أن هناك جانب آخر من الفقهاء ينتقد هذا وينتهي إلى عدم مشروعية اللجوء إلى فكرة النظام العام والتوسع بمفهومها لإبطال الشروط التعسفية ، فيرى هؤلاء أن تحديد مضمون النظام العام هي من المسائل التي يختص بها المشرع وليس من اختصاص القضاء وأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى رفض تحكيمي للشروط المتفق عليها بطريقة صحيحة بحجة مخالفتها للنظام العام ، ودون إعطاء أي معيار للفرقة بين ما يعد من النظام العام أو ما لا يعد . وهذا ما يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأطراف المتعاقدة وعدم استقرار المعاملات (2) ، علاوة على ذلك أن إبطال الشروط التعسفية لمخالفتها للنظام العام قد لا توفر الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد لأنه من شأن الإبطال البحث فيما إذا كان هذا الشرط المراد أبطاله باعثاً دافعاً إلى التعاقد وعندها يبطل العقد برمته أو لا يكون هذا الشرط الباعث الدافع إلى التعاقد عندئذ يبطل الشرط لوحده ، أما إبطال الشروط المخالفة للنظام العام دون البحث في إرادة المتعاقدين هذا ما يتعارض مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإهمالاً لها وعدم احترام إرادة الطرفين التي طالما أكدت عليها محكمة التمييز في قراراتها وعلى وجوب احترامهما (3) .

ويلاحظ أيضاً أن القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني أعتاد على تسمية العقد الذي يحتوي على شروط تتصف بالتعسف بالعقد التعسفي دون استخدام مصطلح " الشرط التعسفي " (4) .

ومما تقدم نجد أن القضاء العراقي قبل نفاذ القانون المدني لم يأت بحلول لمواجهة الشروط التعسفية ويرجع سبب ذلك إلى سيادة مبدأ استقلال الإرادة وغياب السند التشريعي الذي يخول القضاء سلطة التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، وكان هذا بخلاف موقف القضاء المصري الذي لم يتخذ من غياب السند التشريعي وسيطرة مبدأ استقلال الإرادة ذريعة له في عدم تقرير أحكام قضائية لمواجهة الشروط التعسفية وجاء بحلول ناجحة فيما أصدره من أحكام قضائية .

وكان ذلك عن طريق رقابته لركن الرضا في العقود باستلزامه الإرادة الحقيقية بشأن شروط التعاقد حتى يلزم بهما الطرفان ولم يكتف بالإرادة المحتملة، أو الاعتداد بالنية المشتركة لطرفي العقد وتفضيل الشروط المخطوطة في وثيقة العقد على الشروط المطبوعة عند التعارض فيما بينهم ، وأستند القضاء المصري كذلك إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وقضى بعدم سقوط حق المؤمن له إذا أهمل في إعلام المؤمن ببعض البيانات على أساس أن المؤمن له أعتقد بحسن نية أن هذه المعلومات لا تهم المؤمن وأنها مطابقة للحقيقة ، وتوسع كذلك القضاء المصري في

(1) د. عبد الحكيم فوده ، مصدر سابق ، ص 335 .

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص 282 .

(3) سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص 153 .

(4) رقم القرار 253 /ب/ 1949 في 1949/11/12 ، مجلة القضاء ، المصدر السابق ، ص 257 .

التفسير وأنشأ التزامات قانونية عن طريق التفسير التكميلي للعلاقة العقدية (1) ، كما أن القضاء المصري القديم أخذ يفسر الشك في عبارات العقد في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائماً على الرغم من أن نصوص القانون المدني تلزم بتفسير الشك لمصلحة المدين (2) .

ومن هنا يبدو لنا أن القضاء المصري تأثر بالمنهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي فهو وأن كان أميناً على تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه لم يمنع من القيام بدور واضح لمواجهة الشروط التعسفية (3) .

(1) أنظر : د0عبد الحكيم فوده ، مصدر سابق ، ص345 وما بعدها ، و د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر السابق ، ص315 وما بعدها .

(2) نصت المادة (140) من القانون المدني المصري القديم على أنه (في حالة الأشباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد) .

(3) أنظر : د0عبد الحكيم فوده ، مصدر سابق ، ص 367 .

المطلب الثاني

موقف القضاء العراقي بعد نفاذ القانون المدني

نصت المادة (167) ف2 من القانون المدني العراقي على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) ⁽¹⁾. وبموجب هذا النص يعطي المشرع العراقي للقضاء سلطة تقديرية يستطيع بموجبها إن يلغي أو يعدل من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان ⁽²⁾، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (167) من القانون المدني العراقي على أنه ((ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارة بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً)) ⁽³⁾، وبموجب هذا النص ألزم القضاء بتفسير الشك في العبارات الغامضة التي ترد في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أو مديناً على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين ⁽⁴⁾.

وعليه أصبح للقضاء العراقي وسيلتان لمواجهة الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان، فالوسيلة الأولى التي منحت للقضاء العراقي تتمثل بإمكانيته تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وأما الوسيلة الثانية فهي تكمن بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

إلا أنه هل تكفي هاتان الوسيلتان اللتان منحتا للقضاء العراقي لمواجهة الشروط التعسفية؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من بحث هاتين الوسيلتين وعلى أساس تقسيم هذا المطلب على فرعين نبحت في الأول تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، ونخصص الثاني لدراسة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية

(1) يقابلها نص المادة (149) مدني مصري إذ تنص على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

(2) انظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، بغداد، 1963، ص81.

(3) يقابلها نص المادة (151) ف2 من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه (مع ذلك لا يجوز أن تكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارة بمصلحة الطرف المذعن)

(4) أنظر نص المادة (166) مدني عراقي و (151) ف1 مدني مصري.

منحت المادة (167) ف2 مدني عراقي للقاضي السلطة في تقدير فيما إذا كان هناك شرطاً تعسفي في عقد الإذعان من عدمه ، وأبطلت كل اتفاق خاص للمتعاقدین من شأنه أن ينزع من القاضي سلطته هذه واعتبرته باطل لمخالفته للنظام العام⁽¹⁾ . وعليه فإن القاضي إذا كشف أن هناك شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان فله بموجب السلطة الممنوح له أن يعدل الشرط التعسفي بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه ويعفي المذعن منه . لذا سوف نقسم هذه الفرع إلى فئتين وعلى النحو الآتي :

أولاً : تعديل الشرط التعسفي

أجازت الفقرة الثانية من نص المادة (167) مدني عراقي⁽²⁾ للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان وفقاً لما تقضي به العدالة ، وعليه فإن القاضي هنا لا ينفذ شروط العقد بل يتجاوز ذلك إلى تعديل تلك الشروط من أجل إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد⁽³⁾ . ومن المبررات التي يستعين بها القاضي للتدخل في تعديل الشرط التعسفي هو حسن نية الطرف المذعن إذ يلعب حسن نية الطرف المذعن دوراً مهماً في عدم سريان الشرط التعسفي عليه وإعفائه من الجزاء المترتب على عدم مراعاته للشرط الذي يضعه الطرف الآخر ، والمجال الخصب لإحكام القضاء العراقي في هذا الإطار هو عقد التأمين⁰ وذلك لأن المؤمن غالباً ما يضع تساؤلات يجيب عنها المؤمن له وعلى الأخير أن يدلي بها بكل صدق وأمانة لأنه في ضوء هذه الإجابات يقدر المؤمن قيمة الخطر المؤمن منه وقيمة القسط واحتمالات تحققه .

وعليه فإن المؤمن له إذا لم يقوم بإدلاء هذه المعلومات كأن يكون قدم بيانات كاذبة أو كتم أمراً مهماً مما سبب في تغيير موضوع الخطر فيكون جزاؤه في هذه الحالة هو فسخ العقد لصالح المؤمن وتصبح الإقساط التي دفعها المؤمن له حقاً خالصاً للمؤمن⁽⁴⁾ .

أما إذا كان أخفاء هذه المعلومات من قبل المؤمن له بحسن نية كأن يكون قدم بيانات كاذبة نتيجة لإهماله أو كتم أمر معيناً معتقد أنه لا أهمية له أو يقرر طبقاً

(1) د. السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ف118 ، ص250 . و د0 حسن علي الذنون ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ف67 ، ص66

(2) يقابلها نص المادة (149) مدني مصري و (150) مدني سوري و (149) مدني ليبي و (122) مدني جزائري .

(3) وقد قضت محكمة التمييز العراقية بأن الشرط الوارد في العقد مع مصلحة السكك والذي أجاز بموجب مضاغفة أجور المخزن شرطاً تعسفياً تشمله أحكام المادة (167) مدني عراقي وللحكمة استناداً إلى الفقرة الثانية من هذه المادة تعديل الشرط التعسفي .

أنظر رقم القرار 1518 / ح / 869 في 1970/11/17 ، مجلة القضاء ، المصدر السابق ، ص251 .

(4) أنظر نص المادة (987) مدني عراقي .

للحقيقة فأن جزاءه في هذه الحالة يكون بفسخ العقد ورد الإقساط المدفوعة إليه ، ونلاحظ أن جزاء المؤمن له في الحالة الأولى أكثر شدة من الحالة الثانية لكون المشرع العراقي أخذ بنظر الاعتبار حسن نية المؤمن له (الطرف المذعن) بشرط عدم الإضرار بالمؤمن (1) ، وهذا ما أخذ به القضاء المصري الذي جعل لحسن نية الطرف المذعن وسيلة لتترك الشروط التعسفية (0) التي يضعها الطرف الآخر عندما قضى بأن (شروط سقوط فائدة التأمين على الحياة لإعطاء بيانات كاذبة أو عمداً أو للإخفاء العمدى لظرف هام لا يطبق ألا إذا كان المؤمن له قد أراد بتقارير عمديه كاذبة ومحسوبة أن يخدع الشركة بالنسبة لحالة صحته الحقيقية وقت إبرامه للتأمين لا ما إذا كان وقت التعاقد قد قام بحسن نية الأجوبة التي تطعن بها الشركة) وكما قضى القضاء المصري بأنه (لا يبطل التأمين بسبب المبالغة في قيمة البضائع المؤمن عليها والتي يكون تدليساً إذا ثبت أنه كان يعتقد رغم عدم صحة ذلك في الواقع أن للبضاعة قيمة أكبر من قيمتها الحقيقية) وهذا كان موقف القضاء الفرنسي الذي جعل لحسن نية الطرف الضعيف وسيلة لإعفائه من الشرط الذي يضعه الطرف القوي في العقد عندما قضى بعدم سقوط الحق في مبلغ التأمين إذا قدمت المعلومات بحسن نية من قبل المؤمن له ودون أن يكون هنالك تدليس من قبله ² .

ثانياً : إلغاء الشرط التعسفي

إن إلغاء الشرط التعسفي هي الوسيلة الثانية التي منحت للقاضي بموجب نص المادة (67) الفقرة الثانية منه لغرض إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد ، ويتجه القاضي إلى إلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه في حالتين :

فالحالة الأولى تتمثل بعدم علم الطرف الضعيف بهذه الشروط أو عدم إمكانية العلم بها ، أما الحالة الثانية فهي تكمن في أن الطرف المذعن لم يقيم بمراعاة هذا الشرط لوجود سبب أجنبي (3) ، وهذا ما سوف نبينها وعلى النحو الآتي :

أولاً : اشتراط العلم أو إمكانية لسريان الشرط التعسفي :

اشتراط القضاء العراقي لسريان شروط عقد الإذعان على الطرف المذعن أن تكون هذه الشروط واضحة ومعلومة للطرف المذعن وقت أبرام العقد أو تكون لديه إمكانية العلم بها ، أما إذا كانت هذه الشروط ليس لديه علم بها أو عدم إمكانية العلم بها فأنها لا تسري عليه ، وبهذا قضت محكمة التمييز على أنه (لا يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل لأنه لم يكن واضحاً ولم يكتب بطريقة تسترعي الانتباه) (4) . وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه عقد نقل أبرم بين الناقل والمرسل

(1) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص 208 .

(2) استئناف مختلط في 10 مايو - 1905 واستئناف مختلط في 3 مايس - 1933 أشار إليهما د. عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق، ص 248-267

(3) عصمت عبد المجيد، مصدر سابق ، ص 381 .

(4) رقم القرار 977 / مدينية أولى / 1978 في 13/5/1978 ، مجلة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 1978 ، ص 32 .

وتضمن هذا العقد شروطاً تقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عما تصيب البضاعة من ضرر وقد ورد هذا الشرط ضمن شروط العقد الأخرى الواردة في محرر مطبوع فاعتبرت محكمة التمييز من عدم أظهار الشرط وتمييزه عن شروط العقد الأخرى ذريعة لإعفاء المرسل منه لكونه لا يعلم به (1).

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة بداءة بغداد إلى عدم الاحتجاج بالشرط تجاه المؤمن له لكونه لا يعلم به في قضية تتلخص وقائعها في أن عقد التأمين على الحياة أبرم بين المؤمن له وغرفة تجارة كركوك باعتبارها وكيله عن شركة التأمين وأدرج شرطاً في سند الوكالة يقضي بعدم سريان عقد التأمين إلا من تاريخ تسلم شركة التأمين للقسط الأول من الإقساط التأمينية وكما أن موت المؤمن على حياته بعد دفعه قسط التأمين إلى غرفة تجارة كركوك وقبل أن تتسلم شركة التأمين هذا القسط.

فطالب المستحقون بمبلغ التأمين فدفعت شركة التأمين بأن الوفاة حدثت قبل سريان عقد التأمين ومن ثم هي لا تلزم بدفع مبلغ التأمين للمستحقين لكن محكمة البداءة ردت على هذا الدفع على أساس أن شرط سريان عقد التأمين من تاريخ تسلم شركة التأمين للقسط ورد في عقد الوكالة بين شركة التأمين وغرفة تجارة كركوك وعليه فلا يسري على مؤمن لهم وعليه ألزمت الشركة بدفع مبلغ التأمين وصدقة محكمة التمييز قرارها (2).

وكذلك نصت المادة (985) مدني عراقي التي اعتبرت باطلاً (كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط) (3). ويتضح من النص أعلاه أن المشرع العراقي وفر حماية للطرف المدعى (المؤمن له) في عقد التأمين من الشروط الغير معلن عنها بشكل واضح ومنع من سريانها بحقه وكذلك نصت المادة (107) من قانون العمل العراقي المرقم (70) لسنة 1987 التي نصت بأنه (على صاحب العمل إحاطة العامل كتابةً قبل اشتغاله بمخاطر مهنته ووسائل الوقاية الواجب عليه اتخاذها، ويجب أن تعلق في مكان ظاهر تعليمات يوضح فيه مخاطر المهنة ووسائل الوقاية منها على وفق التعليمات التي يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية) وبموجب هذا النص على العامل أن يتقيد بالأوامر والتعليمات الصادرة من رب العمل في حال إظهار هذه التعليمات بشكل ظاهر وحصول العلم الكافي بها وبالمفهوم المخالف إذا لم تعلق هذه التعليمات بمكان ظاهر ولم يحصل فيها العلم الكافي للعامل فأنها لا تسري عليه هذه الأحكام لعدم حصول العلم الكافي بها، وكان هذا موقف القضاء المصري الذي أخذ من العلم أو إمكانية العلم لسريان الشروط التعسفية في العقد أي أنه استلزم الإرادة الحقيقية بشأن شروط العقد ولم يكتف بالإرادة المحتملة وبهذا قضت محكمة النقض المصرية على (أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين على عدم ضمان الخسارة

(1) رقم القرار 867 مدنية أولى / 1978/ مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق ، ص 40 .
(2) رقم القرار 777 / مدنية أولى / 1978 في 1978/5/25 ، مجلة الأحكام العدلية ، مصدر سابق ، ص 40 .
(3) يقابلها نص المادة (750) ف3 من القانون المدني المصري .

أو الأضرار التي تلحق بالأشياء المؤمن عليها بسبب احتراق ذاتي إلا بنص صريح في الوثيقة شرط باطل (1).

ومما تقدم نجد أن القضاء العراقي استلزم العلم أو إمكانية العلم لسريان الشرط بحق الطرف المذعن أما إذا لم يحصل العلم به أو إمكانية العلم به فإن هذا الشرط لا يسري عليه ، لكن التساؤل الذي يثار هنا هل يسري هذا على الشروط الواردة في الوثائق الغير موقع عليها فقط ؟ أم أنه يسري حتى على تلك الموقع عليها ؟ أن القضاء العراقي لم يفرق بصدد عدم سريان الشرط على الطرف المذعن بين الوثائق الموقع عليها من قبله أو وجود هذا الشرط في الوثائق غير الموقع عليها ، على خلاف القضاء الفرنسي الذي فرق بصدد وجود هذه الشروط بين حالتين ، الحالة الأولى تتمثل بوجود الشروط في وثائق موقع عليها ، والحالة الثانية تتمثل بوجود هذه الشروط في وثائق غير الموقع عليها .

فالحالة الأولى أعتبر فيها القضاء الفرنسي بأن جميع الشروط الواردة في العقد الموقع عليه من قبل أطرافه ملزمة للطرفين ولا يمكن لأحدهما الإدعاء بعدم علمه أو عدم إمكانية العلم بها على أساس أن الطرف الذي قام بوضع توقيعه أسفل الوثيقة العقدية لم يقم بهذا إلا بعد القراءة المتأنية لشروط العقد وعليه يكون من العسير الادعاء بخلاف ذلك (2)، إلا أنه القضاء الفرنسي أستشعر بخطورة هذا المبدأ ومن ثم قيد تطبيقها بثلاثة قيود ومن هذه القيود 0

1. أن يكون الشرط مكتوباً بشكل يسهل قراءته : استلزم القضاء الفرنسي لسريان الشرط على الطرف الضعيف على الرغم من وروده في وثائق موقع عليها أن يكون هذا الشرط مكتوباً بخط واضح يسهل على المتعاقد قراءته وفهم مدلوله وإلا لا يسري هذا الشرط في حق الطرف الضعيف إذا كان مكتوباً بطريقة غير مريحة أو بشكل تصعب فيه قراءته كأن يكون الشرط مطبوعاً بلون يماثل لون الورق المكتوب عليه مما يجعل هذا الشرط غير واضح ولا يمكن قراءته إلا بعد بذل مجهود كبير (3).

2. موضع الشرط في الوثيقة العقدية : يشترط القضاء الفرنسي لسريان الشروط بحق الطرف الضعيف أن تكتب هذه الشروط في صلب العقد (متته) وعليه يجوز للطرف الضعيف المطالبة بعدم نفاذ الشروط بحقه التي تكتب في هامش العقد أو في حواشيه لكون هذه الأجزاء من العقد يمكن فصلها دون المساس بأصل العقد (4).

3. معقولية الشرط :- تطلب القضاء الفرنسي أن يكون الشرط معقولاً لكي يسري بحق الطرف الضعيف وأقام القضاء الفرنسي قرينه مستمدة من عدم معقولية

(1) أحمد سمير أبو شادي ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، القاهرة ، ص300 ، أشارت إليها شيماء مصطفى أحمد ، مصدر سابق ، ص122 هامش رقم (1).

(2) Calais – Auloy :op..P.260

(3) وبهذا قضت محكمة بوج الفرنسي بعدم سريان الشرط الذي أنعقد الاختصاص القضائي بموجبه لمحكمة المحترف على أساس أن هذا الشرط قد كتب بشكل هامشي وبخط يكاد لا يقرأ وهذا ما يتعارض مع ثبوت علم الطرف الضعيف به .

1983 4 FEVRIER. BOURGES. أشار إليه د. حسن عبد الباسط أجمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، مصدر سابق ، ص162 .
(4) د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق ، ص54 .

الشرط على عدم علم الطرف الضعيف بها ، لكون المتعاقد من غير المعقول أن ينظم إلى العقد ويضع توقيعه عليه مع علمه بوجود شروط غير معقولة فيه ، وأن كان لديه علم بهذا الشروط فأن قبوله لها لا يعبر عن رضا حقيقي بهذه الشروط (1).

أما الحالة الثانية فأن القضاء الفرنسي قضى بعدم سريان الشروط الواردة في الوثائق غير الموقع عليها من قبل الأطراف بحق الطرف الضعيف بحجة أنه مثل هكذا شروط صادرة من إرادة طرف واحد ولم تلاق قبولا من جانب الطرف الآخر لذا فأن إرادة الطرف الواحد لا يمكن لها قانوناً أن تنشئ التزامات على عاتق الغير (2).

ثانياً : عدم مراعاة المذعن للشرط التعسفي لسبب أجنبي

إنّ المبرر الثاني الذي يستند إليه القاضي لإلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو وجود السبب الأجنبي الذي حال بين المذعن وبين تنفيذ التزامه، والسبب الأجنبي قد يكون (قوة قاهرة أو حادث فجائي) كالعواصف والبراكين والزلازل ... الخ . وقد يكون من فعل الغير . ويعد عدم توقع المدين للحادث الطارئ وعدم استطاعته دفعه أو التقليل من أثاره العنصرين الأساسيين اللذين يصبغان على الحادث صفة السبب الأجنبي (3).

وبهذا نصت المادة (985) ف2 من القانون المدني العراقي على انه (يقع باطلاً الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول) ويلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي أبطل الشروط لمصلحة الطرف المذعن إذا كانت هناك قوة قاهرة (السبب الأجنبي) منعت من تنفيذ التزامه .

وهذا كان موقف القضاء الفرنسي عندما قضت محكمة السين الفرنسية واعتبرت تأخر المؤمن له في دفع أقساط التأمين في الوقت المحدد له لا يترتب عليه فسخ وثيقة عقد التأمين مادام التأخير الحاصل بسبب إصابة المؤمن له باضطرابات ذهنية أدخل بسببها المستشفى (4) ، ويتضح لنا أن القضاء الفرنسي لم يكتف بتبني السبب الأجنبي (القوة القاهرة) للحيلولة دون سريان الشرط التعسفي بحق الطرف الضعيف بل توسع في مفهومه واعتبر إصابة المؤمن له بالاضطرابات الذهنية من صور القوة القاهرة لكي يعفي المدين من هذا الشرط والالتزام به ، ولكن هل تعد

(1) د. إسماعيل محمد المحاقري ، الحماية القانونية لعدم الخبرة للشروط التعسفية ، بحث منشور في مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة الثلاثين ، العدد (4) ، 2006 ، ص307 .

(2) سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص121 .

(3) عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1975 ، ص141-142 .

(4) د. محمد شكري سرور ، سقوط الحق في الضمان ، ط1 ، دار الفكر العربي ، 1980 ، ص234 .

ممارسة السلطة الممنوحة للقضاء العراقي بموجب نص المادة (167) ف2 منه من إلغاء أو تعديل للشروط التعسفية زعزعة لاستقرار المعاملات ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول بأن هناك جانب من الفقه أنتقد توسع المشرع العراقي أو المصري في حماية الطرف الضعيف لأنه من شأن تلك السلطات الممنوحة للقضاء أن تؤدي إلى هدم توازن العقد وأحداث اضطراب في المعاملات الاقتصادية علاوة على ذلك عن مجاوزة هذه الطريقة في معالجة الشرط التعسفي للسلطات الثابتة للقضاء عند تفسير العقد دون تدخل بأجراء تعديلات على الشروط التعاقدية ومن باب أولى عدم أهدار هذه الشروط (1) . أما الجانب الآخر وأن كانوا متفقين مع الرأي المعارض لمنع هذه السلطات للقضاء ألا أنهم لا يقرّوا ما ذهب إليه أصحاب الرأي المعارض من أن استخدام هذه الصلاحيات يؤدي إلى هدم توازن العقد وذلك لأن توازن العقد قد أختل قبل تدخل القاضي وعندها يكون للقاضي دور في إعادة هذا التوازن إلى حالته الطبيعية عن طريق استخدام الصلاحيات الممنوحة له من إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية ، وأما من كون هذه الصلاحيات الممنوحة للقضاء تؤثر على سلامة وأمن العلاقات الاقتصادية فأن هذه العلاقات لا تقوم على أساس حرية التعاقد واستقلال الإرادة فحسب وإنما تقوم أيضاً على أساس مبدأ حسن النية والعدالة ، لذا فأن المشرع العراقي عندما منح هذه السلطات للقضاء فإنه جعل معيار أعمال هذه السلطات هي العدالة (2) .

لذلك فإنه لا خشية من السلطات الممنوحة للقضاء وما تؤدي إليه من عدم استقرار المعاملات أو اضطراب العلاقات الاقتصادية بل على العكس تماماً ولا سيما في ظل رقابة محكمة التمييز للأحكام القضائية الصادرة في عقود الإذعان وخاصة أن هذه الرقابة في القانون العراقي لا تميز بين ما يعده من مسائل الواقع ، وما يعده من مسائل القانون فسلطة محكمة التمييز تنبسط على جميع المسائل وتراقب تطبيق القانون فإذا أخطأت محكمة الموضوع في تطبيق القانون فأن حكمها يكون قابلاً للنقض سواء تعلق بمسألة واقع أو مسألة قانون (3) .

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص204 .

(2) سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص158 .

(3) انظر نص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية ، رقم 83 لسنة 1969 .

الفرع الثاني

تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

إنّ إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية ليست الأساليب الوحيدة التي منحت للقاضي العراقي لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان من الشروط التعسفية بل هناك وسيلة أخرى منحت إليه وهي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وهذا ما جاءت به نص المادة (167) ف3 منه إذ نصت على أنه (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارة بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائماً (1). وجاءت هذه المادة على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين (2). وهذه القاعدة تشير إلى أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، لان الأصل في الإنسان هو براءة ذمته ، فإذا قام شك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك بالأسلوب الذي يجعل الالتزام في أضيق نطاق ، ثم أن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه وعجز الدائن عن إثبات المدى الواسع للالتزام فلا يبق أمامه إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل 0 وكما أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ووجب أن يفسر الشك لمصلحة المدين (3).

وإذا أجرينا مقارنة مابين نص المادة (166) مدني عراقي وبين الفقرة الثالثة من نص المادة (167) مدني عراقي وما يقابلهما من نصوص في القانون المدني المصري يلاحظ إن المشرعين في النص الأول أطلق لفظ (الشك) بدون قيد هذا من جانب ، ومن جانب آخر جعل التفسير لصالح المدين ، في حين أن المشرع في النص الثاني قيد التفسير بالعبارة الغامضة وان لا يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن وهذا الاختلاف في صياغة هذين النصين قد أثار خلافاً فقهيّاً بشأنه .

فذهب جانب من الكتاب إلى أن الاختلاف في صياغة هذين النصين يجب أن نفهم منه أن المبادئ العامة في التفسير تقضي بتفسير الشك في مصلحة المدين في جميع الأحوال بينما إذا تعلق الأمر بعقد الإذعان فإنه يكون استثناء وينبغي تفسيره في أضيق نطاق والابتعاد عن التفسير لمصلحة المدين عندما يتعلق الأمر بشرط غامض من شروط عقد الإذعان وكل ما في الأمر أن لا يؤدي هذا التفسير إلى الإخلال بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائماً (4) ، وذهب جانب آخر من الفقه إلى خلاف ذلك وقالوا بأن التفسير يكون لصالح المدين إما إذا تعلق الأمر بعقد

(1) يقابلها نص المادة (151) ف2 مدني مصري حيث تنص على أنه (مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارة بمصلحة الطرف المذعن) .

(2) أنظر نص المادة (166) مدني عراقي و (151) ف أ مدني مصري و (1162) مدني فرنسي.

(3) د. السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 186 .

(4) للتوسع انظر عامر قاسم أحمد ، مصدر سابق ، ص 33 .

إذعان بأنه يجب أن يفسر في مصلحة المذعن واستندوا أنصار هذا الرأي إلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري حيث قالت (الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد 000 وقد أستثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ففضى بان يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائن أم مدين) ⁽¹⁾ ، ويرجح البعض الرأي الثاني لكون الطرف القوي في عقود الإذعان غالباً ما يستقل بوضع شروط وبنود العقد وبالتالي إذا كان هناك شرط غامض أو مبهم من بين هذه الشروط التي أستقل بوضعها فأن تفسير هذا الشرط الغامض أو المبهم يكون لمصلحة الطرف الآخر لكونه تسبب بهذا الغموض وهو الذي يتحمل مسؤولية خطاه وتقصيره ⁽²⁾ ، وبالتالي يكون التفسير لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً . وبهذا المعنى قضت إحدى المحاكم المصرية بأن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له إذا كان المؤمن هو الذي حرر العقد وكان بإمكانه أن يتلافى كل غموض في تحديد مدى الخطر المؤمن ضده ⁽³⁾ ، وأخيراً نجد أن المشرع العراقي وكذلك المصري قيذا سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان بحدود الشروط الغامضة .

ونرى أن هذا القيد لا مبرر له ولا سيما أن التفسير وفقاً لما أستقر عليه الفقه والقضاء لا يقتصر على الشروط الغامضة وإنما يمتد ليشمل كل شروط العقد حتى ما كان منها واضحاً طالما أمكن للقاضي استنباط عدم توافق هذه الشروط الواضحة مع الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين ⁽⁴⁾ ، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه القضاء لا يعتد بالمعنى الظاهر من شروط العقد وله أن يبحث عن النية الحقيقية لإطراف العقد ⁽⁵⁾ ، كما أن العبرة ينبغي أن تكون بوضوح الإرادة لا بوضوح اللفظ وهذا ما أستقر عليه القضاء المصري ⁽⁶⁾ ، لذلك يجوز للقاضي على الرغم من وضوح العبارة أن يقوم بتفسيرها إذا تبين له بأن المتعاقدين قصداً بالعبارة الواضحة غير معناه الظاهر ⁽⁷⁾ .

(1) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص 67 .

(2) السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 686 .

(3) عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 68 .

(4) د. حسن علي الذنون ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 67 .

(5) CASS. CIV. 13 MAI. 1970.

أشار إليها سليمان براك أجميلي ، المصدر السابق ، ص 131 ، هامش رقم (1) .

(6) نقض مدني 1982/11/28 في 1982/2/24 ، أشارت إليها شيماء مصطفى أحمد ،

مصدر سابق ، ص 130 ، هامش رقم (3) .

(7) د. سمير عبد السيد تناعوه ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1959 -

1960 ، ص 132.

المطلب الثالث

تقدير الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية

إذا كان المشرع العراقي قد أناط للقضاء سلطة الرقابة على شروط العقد في عقود الإذعان ومنحه السلطات الواسعة في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية أو تفسير النصوص الغامضة في عبارات تلك العقود لمصلحة الطرف المذعن على النحو الذي يحقق الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية (1).

هل يمكن امتداد تلك الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان إلى العقود النموذجية؟ ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية توسيع تلك الحماية القضائية ومد نطاقها إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان، لكون تلك الحماية التي وفرها المشرع للقضاء هي حماية استثنائية وما ورد على خلاف الأصل لا يجوز التوسع فيه أو قياس غيره عليه (2).

وعليه يتعذر على القاضي أن يمارس الصلاحيات الممنوحة له لمواجهة الشروط التعسفية على عقود أخرى غير عقود الإذعان ومن ضمنها العقود النموذجية، إلا أن هناك جانب آخر من الفقه ذهب إلى إمكانية امتداد تلك الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان إلى العقود النموذجية وسندهم في ذلك أنه من أهم الآثار الناجمة عن العمل بعقود الإذعان هي نشوء علاقة عقدية غير متوازنة يتسم أحد أطرافها بضعف في مواجهة الطرف الآخر على نحو ما يبرر الحاجة إلى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف فيها وهذا ما يتحقق في العقود النموذجية التي تتميز بوجود قدر من الاختلال في التوازن العقدي ما بين أطرافها (3).

ومن أهم مظاهر هذا الاختلال في تلك العقود هي :

أولاً : قيام مجموعة من الخبراء المتخصصين في مجال المعاملة بأعداد هذه النماذج العقدية وبالتالي تضمينها بالعديد من الشروط التي تحقق الفائدة لمصلحة أحد أطرافها على حساب الطرف الآخر وبالتالي تنشأ علاقة عقدية غير متكافئة شأنها شأن العلاقة التي تنشأ عن عقود الإذعان (4).

(1) انظر نص المادة (167) مدني عراقي .

(2) د. حسن علي الذنون ، تفسير النصوص ، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير في كلية النهريين للحقوق للعام الدراسي 1995 – 1996 ، غير منشورة ، أشار إليها سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص 161 هامش رقم (1) .

(3) د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 324 وما بعدها .

(4) د. حسن عبد الباسط الجميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، مصدر سابق ، ص 110 .

ثانياً : إنفراد أحد أطراف هذا العقد بوضع شروط العقد في ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها ومن ثم إيراد تلك الشروط بما تحقق أهدافه ومصلحته (1) .

ثالثاً : السرعة التي يتم بها إبرام هذه العقود وبالتالي لا تتيح للطرف الضعيف فرصة الإطلاع عليها وما تتضمنه من شروط أو بنود وبالتالي فإن هذا الطرف يتعاقد دون الإلمام الكافي بها أو على الأقل تقدير معرفة أثارها أو مدها ، وما ينتج عن هذا من وقوع الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي (2) .

ومن خلال ذلك يتضح وبصورة واضحة مظاهر الاختلال بالتوازن العقدي في العقود النموذجية ووجود طرف ضعيف يستحق الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان ولا سيما أن هذه العقود خالية من السند التشريعي الذي يحكم الشروط التعسفية فيها وحماية الطرف الضعيف فيها ، عليه فأن على القضاء العراقي التوسع في امتداد الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان لتشمل العقود النموذجية ويكون ذلك أما بتدخل تشريعي بوضع نصوص قانونية توسع تلك الحماية أو بتساهل القضاء العراقي في اشتراط المعايير المحددة في العقد لكي ينطبق عليها وصف الإذعان ومن ثم تشملها بتلك الحماية وتستترشد بما ذهبت إليه الأنظمة القضائية الأوروبية من توسيع نطاق الحماية المقررة لعقود الإذعان لتشمل عقوداً أخرى لم تكن موصوفة من ضمن عقود الإذعان ولا سيما أن المعايير المحددة لنطاق عقود الإذعان هي معايير فقهية لم يرد بها نص فالمشرع لم يستلزم أن يتعلق العقد بمرفق أو بسلعة ضرورية ولم يستلزم أن يكون الطرف القوي في عقد الإذعان متمتعاً بأحتكار قانوني أو فعلي وإنما جاء ذلك بناء على اجتهادات فقهية وأخذ بالغالب الشائع من حالات عقود الإذعان (3) .

(1) د. احمد محمد الرفاعي ، مصدر سابق ، ص 4 .

(2) د. حسن عبد الباسط الجميعي ، توجبه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي ، ص 6 .

(3) د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص 159- 160 .

المبحث الثالث

المعالجة التشريعية للشروط التعسفية

نجد اتجاهين في التشريع لمعالجة الشروط التعسفية في العقود النموذجية ، الأول يكتفي بالقواعد القانونية العامة لمعالجة الشروط التعسفية و هذا ما يعبر عنه بالوسيلة غير المباشرة لمعالجة الشروط التعسفية ، و الثاني يذهب إلى إصدار قوانين خاصة لتوفير تلك الحماية ومواجهة الشروط التعسفية وهذا ما يمكن أن يعبر عنه بالوسيلة المباشرة لمعالجة الشروط التعسفية ، لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

الوسيلة غير مباشرة لمعالجة الشروط التعسفية

وتتحدد هذه الوسيلة غير مباشرة لمعالجة الشروط التعسفية بعيوب الرضا التي جاء بها المشرع العراقي¹ بنظريه متكاملة وتولى تنظيمها بشكل مفصل ما يضمن صدور الإرادة بشكل واع مختار صحيح و غير معيب ، لذا سوف نستعرض هذه العيوب بقدر ما لها من صلة بتوفير الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية ومدى فعاليتها في تحقيق ذلك ، لذا سوف نقسم هذا المطلب على أربعة فروع وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

عيب الإكراه

هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه⁽²⁾ ، ويترتب على الإكراه بنوعية الملجئ وغير الملجئ في قانوننا المدني عقداً موقوفاً⁽³⁾ . ولكن هل يمكن اعتبار حاجة الطرف الضعيف للسلع أو الخدمات المقدمة إليه في العقد ومن ثم القبول بالشروط التعسفية فيها من قبيل الإكراه الذي يجعل العقد موقوفاً ؟

ذهب البعض إلى إن الطرف الضعيف في العقد عندما يكون بحاجة للسلع أو الخدمات المقدمة إليه من قبل الطرف القوي فإنه يكون مضطراً للقبول بالشروط

¹ - انظر نصوص المواد (112- 125) مدني عراقي

⁽²⁾ انظر نص المادة (1 / 112) .

⁽³⁾ انظر نص المادة (115) مدني عراقي .

المجحفة فيها حاجته الماسة لتلك السلع والخدمات ، ومن ثم يمكن تكييف هذا الاضطرار على انه إكراه يوقف العقد (1).

إلا انه ومن الناحية النظرية مجرد الاضطرار لا يصلح أن يكون سبباً للطعن في العقد بالإكراه وهذا ما ذهب إليه البعض في الفقه العراقي (2) ، لكون الإكراه يشترط فيه أن يكون صادراً من شخص معين سواء كان متعاقداً أم غير متعاقد وفي حالة الاضطرار تهيأت الظروف مصادفة (3) ، وعليه فان الضغوط العملية التي يتعرض لها المتعاملون لقبول شروط التعاقد المجحفة أو التسليم بما يطرحه الطرف القوي لا يمكن تكييفها على أنها إكراه يعيب العقد وذلك لان مثل هكذا تكييف يؤدي إلى الإضرار باستقرار المعاملات وانهايار العقود التي تبرم على هذا النحو ومن ضمنها العقود النموذجية ، ومما لا شك فيه إن الإبقاء على هذه العقود تمثل ضرورة اقتصادية تستجيب لاحتياجات التعامل المستمر وخاصة مع مستحدثات الحياة المعاصرة وبالتالي يمكن القول بأنه لا يوجد في عيب الإكراه ما يخدم حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية .

الفرع الثاني عيب الغلط

عرف الفقهاء الغلط بأنه (وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور الأمر على غير حقيقته أي على غير الواقع أي أنه الوقوع في الغلط يعني أن يكون لدى الشخص اعتقاد مخالف للحقيقة) (4) .

واشترط المشرع العراقي في الغلط حتى يعتد به كعيب من عيوب الرضا شرطان أولهما أن يكون الغلط جوهرياً وثانيهما أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر (5) .

وفيما يتعلق بموضوع بحثنا عادة " ما نجد وقوع الطرف غير المحترف (الطرف الضعيف) في العقود النموذجية في غلط بشأن فهمه لشرط من شروط التعاقد وما تحقق له من مزايا ، والسبب في ذلك هو أما لعدم خبرته بشؤون التعاقد سواء أكان ذلك من الناحية القانونية أم من الناحية الفنية أو بسبب الصياغة المعقدة والغامضة لتلك العقود ، وعليه فهل يمكن للطرف الضعيف في تلك العقود التمسك بالغلط لمواجهة التعسف التي قد تتصف به هذه الشروط ؟

(1) عامر قاسم احمد ، مصدر سابق ، ص 13 .

(2) د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 171 .

(3) انظر نص المادة (113) مدني عراقي .

(4) انظر : د. السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 238 . و د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص 175 .

(5) انظر نص المادتين (118 ، 119) مدني عراقي يقابلها نص المادتين (120 ، 121) مدني مصري .

يمكن لغير المحترف (الطرف الضعيف) أن يتمسك بالغلط إذا ما وقع في فهم خاطئ لشرط من شروط العقد بشرط أن يثبت إن الغلط الذي وقع فيه هو غلط مغتفر وان يثبت أيضاً أن غلطه قد انصب على صفة جوهرية في الشيء محل العقد (1)، فيما يتعلق بالشرط الأول على الطرف الضعيف أو الطرف الأقل خبرة أو كفاءة أن يثبت إن الغلط الذي وقع فيه يقع فيه الشخص المعتاد، وهو الشخص الذي يوجد في ذات الظروف التي يوجد فيها الطرف الضعيف (2). وعليه فإن المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد كون الغلط مغتفر أو غير مغتفر هو معيار موضوعي وهو معيار الشخص المعتاد فإذا وقع الشخص المعتاد في نفس الغلط كان الغلط مغتفر وإلا لا يكون كذلك (3).

أما ما يتعلق بالشرط الثاني فأن من يدعي بالغلط لابد أن يثبت ورود الغلط على صفة جوهرية في الشيء محل العقد (4)، إلا أنه ذلك ليس بالأمر اليسير في تحديد الصفة الجوهرية فهل تكون جوهرية لأنها انصببت على محل العقد، أم لكونها ذات أثر على رضا المتعاقد، فإذا قلنا إنها تعد جوهرية لأنها أثرت في إرادة التعاقد الذي وقع بالغلط في شأنها وهذا ما ذهب إليه الفقيه جنستيان (5)، فإن من شأن ذلك يقاس الغلط بمعيار شخصي لا بمعيار موضوعي لكن هذا لا يمكن الأخذ به في ظل أحكام القانون المدني العراقي الذي يشترط لوقف العقد للغلط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان عالماً بوقوع التعاقد في غلط، أو كان من السهل عليه أن يعلم بذلك (6)، لأن من شأن قياس الغلط بمعيار شخصي يفتح الباب أمام الادعاء بالغلط، وما ينتج عن ذلك من زعزعة وعدم استقرار في التعامل (7).

إلا أن الفهم الخاطئ لشرط من شروط التعاقد الذي يقع فيه الطرف الضعيف في العقد النموذجي بسبب السرعة التي تتم بها إبرام هذه العقود والغموض الذي يكتنف تحرير العقود النموذجية هو بحد ذاته يؤدي إلى الغلط في صفة جوهرية من أوصاف الشيء محل العقد وخاصة إن عدم الاحتراف أو عدم الخبرة التي يتميز بها الطرف الضعيف في تلك العقود يعدان من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقرير

(1) د. إسماعيل محمد المحاقري، مصدر سابق، ص 258.

(2) د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ف 163.

(3) ولقد أقام القضاء الفرنسي التفرقة بخصوص الغلط المغتفر بين المحترف وغير المحترف فتشدد تجاه الأول وتساهل تجاه الثاني في قبول الدفع بالغلط على أساس من أن انعقدت له صفة الاحتراف يفترض فيه توفر قدر من الحرص، ويلزمه الحصول على المعلومات الضرورية التي تجنبه الوقوع في الغلط، ومن أوجه التشديد على المحترف كذلك إقرار القضاء الفرنسي بوجود التزام على المحترف إلا وهو الإعلام بحقيقة المقصود بشروط التعاقد ولا سيما الغامضة منها أو شديدة التعقيد. انظر: د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، 1987، ص 231. وذاك جنسيتان، المطول في القانون الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 546.

(4) بهذا قضت محكمة التمييز من أنه (يشترط أن يكون الغلط في الشيء غلطاً في صفة جوهرية وتكون الصفة جوهرية إذا كانت من الجسامة بحيث حملت المتعاقد على إبرام التصرف القانوني).

رقم القرار 1057/1057/1057. أورده سلمان البيات، القضاء المدني العراقي، ج 1، 1962، ص 108.

(5) Ghestin (J): Droit Civil, les obligation, le contract, L.G.D.J., Paris, 1980, P. 475.

(6) المادة (119) من القانون المدني العراقي.

(7) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، ص 219.

مدى وقوع التعاقد في الغلط الجوهري وعلية فان الغلط في فهم شرط من شروط التعاقد الذي يقع فيه الطرف الضعيف يؤدي بحد ذاته إلى الغلط في صفة جوهرية في محل العقد وبالتالي إمكانية التمسك بالغلط لمواجهة التعسف في تلك الشروط (1).

بيد انه هل يمكن اعتبار الاختلال في التوازن العقدي في العقود النموذجية صفة جوهرية في العقد وبالتالي يمكن للطرف الذي لحقه ضرر من جراء هذا الاختلال أن يدعي وقوعه بالغلط؟ تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على مدى اعتبار الغلط في القيمة عيباً يترتب عليه وقف العقد في القانون المدني العراقي ، فإذا رجعنا إلى أحكام القانون المدني العراقي نجده قد حصر حالات الغلط في الصفة الجوهرية في نظر المتعاقدين ، أو يمكن اعتباره كذلك للظروف التي ابرم فيها العقد ، أو لما ينبغي في التعامل من حسن نية أو الغلط في ذات المتعاقد أن كانت شخصيته محل اعتبار أو صفة من صفاته أو إذا وقع الغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات (2) ، وإذا أمكن عد الغلط في القيمة من الأمور التي تبيح نزاهة المعاملات (3) ، فهذا يعني إن المتعاقد المغبون يستطيع نقض العقد إذا كان هناك اختلال في آثار العقد ، لكن بشرط أن يثبت وقوع المتعاقد الآخر في نفس الغلط أو اثبات علمه بوقوع المتعاقد المغبون في غلط ، أو كان من السهل عليه أن يعلم بذلك ، أو من الواجب عليه العلم بذلك (4).

وعليه فان أحكام الغلط وان أمكنها أن تقدم لنا حماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية في حالات معينة ألا أنها تبقى معالجة ناقصة وقاصرة و السبب في ذلك يرجع إلى صعوبة الإثبات الذي يقع على عاتق من يدعي بها حيث ذهب بعض الفقه (5) إلى أن لا يكفي أن يثبت الشخص الذي وقع في الغلط خطاه فحسب بل يجب توضيح لماذا الصفة المغلوط فيها تبدو بالنسبة إليه أساسية، والسبب الآخر يتعلق بالجزاء الذي يترتب على إثبات وقوع الغلط ، وهو إمكانية إبطال العقد في القانونين الفرنسي والمصري و أيقافه في القانون المدني العراقي وما يترتب على ذلك من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، إلا انه ومن الناحية الواقعية نجد الطرف الضعيف يفضل التمسك بالعقد والبقاء عليه على الرغم ما فيه من شروط تعسفية أفضل من حرمانه من السلع والخدمات ألمقدمه إليه محل العقد ، عليه فأن نظرية الغلط على الرغم من نجاحها في بعض الأحيان ألا أنها تبقى وسيله قاصرة في تحقيق الحماية الفعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية (6).

(1) J.C.P. 15 May 1975 Paris ، أشار إليه المصدر السابق نفسه ، ص 342 ، هامش رقم (770) .

(2) انظر نص المادة (118) مدني عراقي .

(3) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص 82 .

(4) انظر نص المادة (119) مدني عراقي .

(5) Mazeaud (h-le) et chaps, n 166, p. 158.

أشار إليه د. عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 341 ، هامش رقم (766) .

(6) حسن عبد الباسط أجمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، مصدر سابق ، ص 70.

الفرع الثالث

عيب التغيرير مع الغبن

لم يعرف القانون المدني العراقي التغيرير بوصفه عيبا من عيوب الرضا كما فعلت بعض التشريعات التي جعلت التغيرير عيبا من عيوب الرضا كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، فالتغيرير عند المشرع العراقي لايعتبر عيبا مستقلا مالم يقترن به غبن فاحش يلحق بالطرف الآخر لذا سوف نبين أحكام التغيرير مع الغبن في القانون العراقي مع الإشارة إلى أحكام القوانين المقارنة وعلى النحو الآتي :

أولا : التغيرير (1)

نصت المادة (121) ف أ من القانون المدني العراقي على انه (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحش كان العقد موقوفا على أجازة العاقد المغبون) (2) . ولكي ينتج التغيرير أثره بما يؤثر على إرادة المغبون وتعييب رضائه لابد من أن تكون الوسائل المستخدمة في التغيرير غير مشروعة، وان يتصل استخدامها بعلم المتعاقد الآخر، وان يكون تغيريرا دافعا إلى التعاقد (3) . لذا سوف نبحث هذه الشروط وعلى النحو الآتي :

أ. استعمال وسائل غير مشروعة

تأتي صفة عدم مشروعية الوسائل المستخدمة في التغيرير من نية الغار ، فإذا كانت لديه نية التضليل بالمتعاقد الآخر بهدف إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد تكون الوسائل المستخدمة غير مشروعة ، لذلك يميز البعض بين نوعين من التغيرير ، أحدهما مشروع مثل المبالغة في بيان مميزات محل العقد بقصد الترغيب فيها دون أن تكون

(1) عرف الفقه التدليس بأنه (تعتمد احد المتعاقدين وهو المدلس استخدام الحيل أو الوسائل الاحتيالية ليقوع المتعاقد الآخر وهو المدلس عليه في غلط من شأنه أن يدفعه إلى التعاقد) .

انظر د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص 207 .

(2) يقابلها نص المادة (125) مدني مصري إذ نصت بأنه (يجوز أبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد) .

ونص المادة (1116) مدني فرنسي إذ نصت على انه (التدليس لا يفترض ويجب على من يدعيه أثبات فإذا ثبت استخدام احد طرفي التعاقد لوسائل ومناورات احتيالية فأن هذا يؤدي إلى أماكن المطالبة بأبطال العقد بشرط أن يثبت على وجه اليقين أن من تعرض للتدليس لم يكن ليتعاقد ألا بسبب هذه الوسائل التدليسية) .

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، النظرية العامة للالتزام ، الدار الجامعية ، المكتبة القانونية ، 1987 ، ص 122 .

هناك نية الخداع والتضليل وبالتالي لا يعد تغريراً، وثانيهما غير مشروع إذا كان مصحوباً بنية الخداع والأضرار بالغير (1).

وبيان فيما إذا كان التغرير مشروعاً من عدمه أمر منوط بالسلطة التقديرية للقضاء ويستهدي القاضي بشأنها بعرف المهنة والتعامل (2).

إلا أن اشتراط عدم مشروعية وسائل التغرير يعتبر عقبة للجوء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي لكون ترك أمر تكييف التغرير بأنه مشروع من عدمه للسلطة التقديرية للقضاء يؤدي إلى الاختلال بالتعامل وتردد المتعاقدين في اللجوء للقضاء هذا من جانب، ومن جانب آخر أن لجوء قاضي الموضوع إلى عرف التعامل ليستهدي به في تكييف التغرير أمر غير محمود به لأن الطرف المنسوب إليه الفعل التغريري هو بذاته الطرف المسيطر في العقود النموذجية وهو الذي يتحكم بعرف المهنة.

بيد أنه هل يعد المبالغة في بيان مميزات محل العقد كذباً وبالتالي يعتبراً تغريراً ؟ للإجابة على ذلك نقول أن الأصل مجرد الكذب لا يعد تغريراً ما لم يبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة على الرغم من هذا الكذب (3)، إلا أن القضاء الفرنسي مؤخراً أخذ يقبل التدليس بالكذب المجرد عن المظاهر الخارجية عندما يكون المدلس عليه في وضع ضعيف لقلة خبرته أو طيشه (4). وأصبحت القوانين الحديثة تتطلب التزام مبدأ حسن النية عند تكوين العقد وتنفيذه مما قلص من الكذب وبالتالي لم يبق سوى الكذب المتسامح فيه الذي لم يشكل خطأ يقع فيه المتعاقد الآخر (5)، وإن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل أخذت القوانين الأوروبية بتنظيم الدعاية الكاذبة وقمعها (6)، وبالتالي يمكن من خلال هذا توفير حماية للطرف الضعيف من الكذب المبالغ فيه الذي يؤدي إلى إيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد.

ب. أن يتصل التغرير بعلم المتعاقد الآخر :

اشتراط المشرع العراقي بأن يكون التغرير صادر من أحد العاقدین ضد الآخر ، أما إذا كان التغرير صادراً من الغير ففي هذه الحالة يكون العقد صحيح ونافذ ، إلا إذا

(1) د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، 1986 ، ص 104 .

(2) المصدر السابق نفسه ، ص 115 .

(3) السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 346 .

(4) نقض مدني فرنسي 20 تموز عام 1981 . أشار إليه : د. إسماعيل محمد المحاقري ، مصدر سابق ، ص 272 ، هامش رقم (112) .

(5) جاك جنستان ، مصدر سابق ، ص 602 .

(6) ومن القوانين الأوروبية التي شرعت قوانين لتنظيم الدعاية الكاذبة تشريع 2 يوليو عام 1963 الصادر في فرنسا المعدل بقانون 27 كانون الأول عام 1973 الذي نص فيه على تحريم زعماء "كاذباً" أو إغواء للوقوع في الغلط ؛ كما جاءت المادة (44) من القانون الصادر في 27 ديسمبر عام 1973 في فرنسا على معاقبة الدعاية الكاذبة من دون اشتراط سوء النية .

انظر السيد محمد عمران ، مصدر سابق ، ص 83 .

كان المتعاقد عالماً بالتغريب ، أو كان من السهل عليه العلم به (1) ، ومما لاشك فيه إن هذا الحكم يستجيب مع متطلبات واستقرار التعامل في العقود موضوع البحث لكون المحترفين أو المنتجين في العقود النموذجية لا يتعاملون بصورة مباشرة مع المستهلكين وإنما عن طريق مورديهم أو نوابهم أو وكلائهم وعليه لا يمكن للمحترف في تلك العقود أن يتمسك بأن الفعل التغريبي لم يكن صادراً منه وإنما صدر من عماله أو نوابه أو وكلائه وبالتالي فإن مالك المحل أو الشركة يكون مسئولاً عن جميع الأفعال التغريبية الصادرة من بائعيهم أو تابعيهم أو نوابهم (2) . أما إذا لم يكن المحترف عالماً بالتغريب وليس من السهل عليه أن يعلم به فإنه لا يبقى أمامه إلا الرجوع على من غرر به لتعويضه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (3) .

ج. أن يكون التغريب دافعاً للتعاقد

ليس كل تغريب يوقف العقد وإنما ينبغي أن تبلغ الوسائل التغريبية حداً من الجسامة بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد ، والمعيار المعتمد في بيان فيما إذا كان التغريب دافعاً إلى التعاقد من عدمه هو معيار شخصي (ذاتي) بحث على خلاف معيار الغلط الذي يؤخذ فيه معيار الشخص المعتاد لكون التغريب غالباً ما يوجه إلى أشخاص يسهل التغريب بهم أو التأثير بهم ومن ثم يكونون بأمس الحاجة إلى حمايتهم (4) ، فيجب طبقاً لهذا المعيار الاعتداد بالحالة الذهنية والنفسية للشخص مع الأخذ بنظر الاعتبار جنس المتعاقد وسنه ومقدار ثقافته وخبرته (5) . ويثير هذا الشرط التساؤلات الآتية :

السؤال الأول : يتعلق بالتغريب الذي يغري المتعاقد للقبول بشروط باهظة هل يمكن عده تغريباً "دافعاً" إلى التعاقد ؟ أنقسم الفقهاء بصدد كون التغريب دافعاً إلى التعاقد من عدمه إلى فريقين ، ذهب الأول إلى وجوب التفرقة بين التغريب الجوهرى والتغريب غير الجوهرى فالجوهرى هو الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد وبدونه ما كان المتعاقد ليقدم على التعاقد ، وهذا يجعل العقد موقوفاً إذا اقترن به غبن فاحش، أما التغريب غير جوهرى هو الذي لا يتصل إلا ببعض شروط التعاقد وليس من شأنه أن يجعل العقد موقوفاً حتى إذا اقترن به غبن فاحش بل يكون للمغرور حق الرجوع على الغار بالتعويض عما إصابه من ضرر طبقاً لإحكام المسؤولية التقصيرية (6) . أما الفريق الثاني فلم يقيم أنصاره بالتفرقة بين التغريب الجوهرى والتغريب غير الجوهرى بل يكفي عندهم أن يكون هناك تغريب اثر في إرادة المتعاقد أياً كان موضوع التغريب سواء

(1) انظر نص المادة (122) مدني عراقي . وانظر : عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الموجز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص 90 .

(2) د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 105 .

(3) انظر المادة (123) مدني عراقي . وانظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 166 .

(4) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص 119 .

(5) د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 169 . د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام، ج2 ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة، 1954 ، ص 421 .

(6) للتوسع في تلك الآراء ، انظر : د. حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص 175 .

انصب على التعاقد ذاته أم على شرط من شروطه⁽¹⁾. وهذا الرأي تبناه القضاء الفرنسي حينما سمح بتمسك المدلس عليه بإبطال العقد عندما يتعلق التدليس بشرط من شروط العقد⁽²⁾. ومما لا شك فيه أن الرأي الثاني يوفر حماية أكثر فعالية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية إذ يكفي له لكي ينقض العقد وفقاً لهذا المفهوم أن يثبت أن الأفعال التدليسية تعلق بشرط من شروط العقد وأنه أصابه غبن من جراء ذلك ولا ضرورة بعد ذلك التمييز بين ما يؤدي إليه التدليس من تمكين المدلس عليه من إبطال العقد عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وبين ما يخول المدلس عليه من المطالبة بالتعويض فقط عندما يتعلق بشرط من شروط التعاقد بل يجب فسح المجال أمام قليل الخبرة ليختار بين نقض العقد أو إبقائه مع المطالبة بالتعويض، كما أنه لا يجبر على قبول عرض المدلس بتخفيض الثمن عوضاً عن الإبطال⁽³⁾.

التساؤل الثاني : هل يقع التغيرير بالكتمان وبدون حاجة إلى صدور أقوال أو أفعال ايجابية ؟ أن الأصل وطبقاً للقواعد العامة في القانون المدني العراقي لا يعد الكتمان تغريراً إلا في عقود الأمانة⁽⁴⁾ ، أو إن القانون قد نص على وجوب الإفضاء بأمر ما⁽⁵⁾ . أما في غير هاتين الحالتين لا يعد الكتمان تغريراً ، وهذا ما كان سائداً في القضاء الفرنسي عام 1985 الذي لم يعتبر الكتمان تدليساً⁽⁶⁾ ما لم يقترب به ظروف خارجية سببته أو على الأقل أسهمت في خلق الغلط في جوهر الشيء المعقود عليه وتطبق عليه عندئذ أحكام الغلط وكان كذلك الوضع في القانون المدني المصري⁽⁶⁾ . إلا إن القضاء الفرنسي الحديث حاول التقليل من غلواء الحكم السابق وقبل الكتمان التدليسي عندما يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق بالإعلام وقبلت المحاكم أيضاً بالكتمان التدليسي عندما تقتضي طبيعة العلاقة ثقة خاصة⁽⁷⁾ ، بل وقرر القضاء في حالات كثيرة القيام بواجب على المحترفين بنصح المتعاقدين معهم وتوعيتهم بظروف التعاقد وغيرها من المسائل التي يتحدد في ضوءها رضا المتعاقد الآخر⁽⁸⁾ . ولهذا يمكن للطرف الضعيف في العقود النموذجية الاستفادة من تلك الأحكام القضائية التي وفرت له الحماية من الطرف القوي لكون الأخير مجرد عدم إفصاحه بأمور التعاقد للطرف الآخر أو عدم توضيح لبنود العقد غير واضحة هذا يشكل بحد ذاته كتماناً وبالتالي يعد تدليساً يحق

(1) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص 219 .

(2) نقض مدني فرنسي في 28 تشرين الأول لسنة 1980 . أشار إليه : جاك جنستان ، مصدر سابق ، ص 622 .

(3) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 387 ، ف 209 .

(4) انظر نص المادة (2 / 121) مدني عراقي . وانظر : عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 165 .

(5) انظر نص المادة (1 / 987) من قانون مدني عراقي .

(6) انظر : د. محمود عبد الرحيم الويب ، الحيل في القانون المدني . أشار إليه : د. إسماعيل محمد المحاقري ، مصدر سابق ، ص 274 ، هامش رقم (122؛ 123) .

(7) المصدر السابق نفسه ، ص 123 .

(8) د. محمد أبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، 1989 ص 172 .

للطرف الضعيف المطالبة بنقض العقد وهناك العديد من الأحكام القضائية التي اعترفت بالكتمان التدليسي (1) .

ثانياً (الغبن) :

كما ذكرنا سابقاً " بان التعبير لوحده لا يعد عيباً " من عيوب الإرادة ما لم يقترب به غبن فاحش والغبن هو عدم تعادل بين ما يعطيه وبين ما يأخذه (2) ، أو هو الضرر المادي الذي يقع على احد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه (3) . والتساؤل الذي يطرح هنا عن كيفية حساب الغبن فهل ذلك يكون لكل شرط من شروط العقد أم ينظر إلى عملية التعاقد بأكملها ؟

إن القصد من وراء إبرام العقد هو حصول الأطراف المتعاقدة على المنافع التي يخلوها العقد لطرفيه لقاء التزام بما ينشئه العقد من التزامات ، فإذا ورد شرط في عقد يعطي احد الطرفين منفعة لا يقابلها التزام على هذا الطرف هذا لا يعني أن هذا الشرط قد لحق غبناً بأحد الطرفين ، فقد يكون هناك شرط آخر في العقد يعيد التوازن لهذه الالتزامات ولهذا فإن لاحتساب الغبن لابد من النظر الى مجموع شروط العقد وهذا ما يؤدي إلى تحقيق عدالة العقد واستقرار المعاملات (4) .

مما تقدم نجد أن أحكام التعبير مع الغبن في القانون المدني العراقي لأتقدم حماية كافية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية والسبب في ذلك يرجع إلى سببين: الأول يتعلق بالإثبات والثاني يتعلق بالجزاء ، فيما يتعلق بالسبب الأول فيجب على المغرور أن يثبت إن غريمه قد مارس تغريراً " ضده مما أدى إلى تأثير بإرادته ودفعته للتعاقد ، وهذا يتطلب لإثباته عنصرين الأول يتعلق بالأفعال التغريبية وهذا سهل إثباته لكونه يتعلق بالأفعال المادية إما الثاني فإنه يتعلق بالعنصر المعنوي وهذا صعب إثباته لأنه يتعلق ببواعث وكوامن النفس ، أما السبب الثاني فإنه يتعلق بالجزاء فان الطرف الضعيف وان تمكن من إثبات التغرير الذي أصابه فان من حقه نقض العقد وإقامة دعوى ضد غريمه . وهي دعوى البطلان وهذا يعني إعادة المتعاقدين إلى الحال الذي كان عليه قبل إبرام العقد (5) . وهذا لا يخدم الطرف الضعيف في العقود لكونه بحاجة

(1) انظر في تلك الأحكام القضائية ، د. إسماعيل محمد المحاقري ، مصدر سابق ، ص 227 وما بعدها .

(2) د. السنهوري ، نظرية العقد ، دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1934 ، ص 446 .

(3) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 168 .

(4) سليمان براك دايج ، مصدر سابق ، ص 180-181 .

(5) انظر نص المادة (2/138) مدني عراقي . وانظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وطه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص 123 .

إلى السلعة والخدمات المقدمة إليه محل العقد علاوة على تحمله النفقات والجهد لإقامة الدعاوي أمام القضاء.

الفرع الرابع

عيب الاستغلال

عيب الاستغلال : الاستغلال هو أمر نفسي يعد الغبن مظهرًا ماديًا له وعرف بأنه (استفادة احد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا دون إن يقابله منافع لهذا الأخير أو يتجاوز بدرجة كبيرة ما يعود عليه من منفعة) (1) لذا فقد نص المشرع العراقي في ألماده (125) من القانون المدني العراقي على إنه (إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحشه ،جازه له خلال سنة من وقت العقد إن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول فإذا كان التصرف الذي صدره منه تبرعا جاز له في هذه ألمده إن ينقضه) (2) .

بيد انه هل يمكن لنا أن نتصور إن موقف الطرف الضعيف (الطرف الأقل خبره أو كفاءة) في العقود النموذجية هو ذات موقف (المستغل) وموقف الطرف الآخر هو موقف (المستغل) الذي دفعه (المستغل) إلى التعاقد بشروط مجحفة مما أدى إلى عدم التوازن بالالتزامات التعاقدية وبالتالي يستفيد الأخير من حكم نص المادة أعلاه وتتحقق حمايته من الشروط التعسفية التي قد تصيبه من جراء هذا الاستغلال ؟ يمكن القول أن موقف الطرف الضعيف أو الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة في العقود النموذجية هو ذات موقف المستغل إلا انه لا يستفيد من حكم نص المادة أعلاه وذلك للأسباب الآتية :

1. إن نص المادة أعلاه يتطلب لتطبيقها أثبات استغلال الطرف القوي لعيب أو ضعف في إرادة الطرف المغبون ، وهذا يعني أن المغبون ينبغي عليه أن يثبت ما اضعف إرادته ، وأن يثبت أن المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف ليلحق به غبناً ، فضلاً عن إثباته ما أصابه من غبن حتى يمكن للمحكمة أن تقضي برفع الغبن الفاحش وهذا لايمكن الطرف الضعيف من القيام به لصعوبة ذلك بالإضافة الى صعوبة الإثبات فأن الطرف القوي أو الأكثر خبره أو الكفاءة في

(1) د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، أطروحة دكتوراه ، 1957 ، ص9.

(2) يقابلها نص المادة (129) مدني مصري حيث تنص على :

إن (1- إذا كانت التزامات احد الطرفين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الالتزامات المتعاقد الآخر وتبين إن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً" أو هوى جامحاً" ،جاز للقاضي بناءاً" على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو إن ينقض التزامات هذا المتعاقد 2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة 3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا ما عرض ما يراه القاضي كافياً" لرفع الغبن) .

العقد لا يهدف في بالضرورة استغلال عيب في اراده من يتعاقد معه وإنما يهدف الى الحصول على اكبر المكاسب في العقد في ضوء ما يسمح به القانون (1) .

2. اشترط المشرع العراقي أن يكون عدم التعادل بين الالتزامات فاحشاً ، و المعيار المعتمد في تحديد ذلك هو معيار موضوعي لا يأخذ بنظر الاعتبار الظروف الشخصية لطرفي العقد ولا الظروف الملائمة لإبرام العقد وهو ما يدخل في تقويم المقوميين ومالا يدخل ، والركون الى معيار جامد وهو تحديد نسبة معينة من قيمة العقد (2) ، وهذا يعني استبعاد العقود حينما يقدر القاضي بأن عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيماً وان توافرت فيها كافة شروط الاستغلال .

ولهذه الأسباب نجد ليس في حكم الاستغلال ما يحقق لنا الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية وهذا يبدو منسجماً مع سيطرة مبدأ استقلال الإرادة وحرية التعاقد فليس من المتوقع في ظل سيطرة هذا المبدأ أن يبحث المشرع في تقييد حرية المتعاقدين في أبرام العقود بحجة عدم التوازن المادي بين أثار العقد (3) ، نخلص من ذلك أن عدم قدرة الأحكام الخاصة بعيوب الرضا من معالجة الشروط التعسفية و حماية الطرف الضعيف منها ولا سيما في العقود النموذجية والسبب في ذلك هو أن حاجة الشخص إلى التعاقد وحصوله على السلعة أو الخدمة في تلك العقود والسرعة التي تتم بها إبرام هذه العقود مع ضعف خبراته أو قدرته واثراً ذلك على التوازن الاقتصادي للعقد لا يمكن إن تعالج بموجب أحكام قانونية يتضمنها تشريع يقوم على أساس مبدأ استقلال الإرادة ، فالحاجة وعدم الخبرة التي يتميز بها الطرف الضعيف في العقود النموذجية لا يعتبران بحد ذاتهما من عيوب الإرادة .

فالعيوب التي ينبغي مواجهتها في العقود النموذجية هو اثر اختلاف ألقدره أو الكفاءة بين طرفي العقد ، حينما يؤدي الإقدام عل أبرام العقد دون معرفة عناصر العقد وشروطه واثراً ذلك على توازن العقد (4) . فالتفوق الفني أو التكنولوجي للمحترف على الطرف الآخر لا يمكن أن يصيب في حد ذاته أرادة الطرف الأقل خبره أو الكفاءة ، وعليه فان أحكام عيوب الرضا كشفت لنا قصورها من توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقود التي يبرمها مع المحترف ما دام التوازن العقدي في ضوء مبدأ استقلال الاراده لا يقاس من خارج العقد وإنما يتحقق ذاتياً وبمعيار شخصي (5) .

(1) عامر قاسم احمد ، مصدر سابق ، ص 25.

(2) أنظر : نص المادة (2/ 1077) مدني عراقي . وانظر عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح

القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 155.

(3) د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال ، مصدر سابق ، ص 207 ، وما بعدها .

(4) سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص 185 .

(5) Ghestin (J) le con tnacj option 355 . أشار إليه المصدر السابق نفسه ، ص 185 ،

هامش رقم (1) .

المطلب الثاني

المعالجة التشريعية المباشرة للشروط التعسفية

إزاء قصور القواعد العامة في توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية ظهرت تشريعات حديثة ترسي نظام حماية ضده هذه الشروط عن طريق التدخل المباشر لحظر هذه الشروط التي تبدو تعسفية في نوع معين من أنواع العقود أو بشأن نمط معين من أنماط إعدادها ويتمثل ذلك في قوانين حماية المستهلك وكانت الدول الأوروبية سباقة في هذا المجال ولاسيما التشريع الفرنسي الذي يعتبر من أهم هذه القوانين لذا سوف نتناول قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 10 يناير عام 1978 وبعض قوانين الدول الأوروبية⁽¹⁾ في فرع ومن ثم محاولة وضع مشروع لقانون حماية المستهلك في العراق في فرع ثان .

(1) لاحظ المشرع في بعض بلدان الأوروبية قصور القواعد العامة في توفير الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية ولاسيما في العقود التي لاينطبق عليها وصف الإذعان حتى يستطيع هذا الطرف الضعيف الاستفادة من الحماية المقرر له في نطاق هذه العقود لذا رأى من واجبه التدخل لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية لذا تسارعت تلك الدول إلى إصدار تشريعات متخصصة في الحماية من الشروط التعسفية ،فصدر في ألمانيا تشريع خاص في مقاومة الشروط التعسفية الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية عام 1976 ؛ ثم تبعة المشرع الانكليزي فاصدر قانونا " خاص بالشروط المجحفة في عقود الإذعان عام 1977 ؛ وتلتها تشريعات أخرى في دول السوق الأوروبية المشتركة حيث صدر قانون بيع البضائع وعرض الخدمات الايرلندية عام 1980 وقانون حماية المستهلك الاسباني لعام 1984 وقانون حماية المستهلك البرتغالي لعام 1985 والبلجيكي لعام 1991 .

الفرع الأول

تشريعات حماية المستهلك في بعض البلدان الأوروبية

كانت البلدان الأوروبية سباقة في إصدار تشريعات خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقود التي يبرمها مع الطرف القوي ولما كان قانون حماية المستهلك الفرنسي من أهم هذه القوانين لذا سوف نتناول في فقرة أولى ومن ثم ندرس بعض القوانين الأوروبية التي أصدرت تشريعات متخصصة لحماية الطرف الضعيف في فقرة ثانية .

أولا : قانون حماية المستهلك الفرنسي لعام 1978

يعد صدور هذا القانون خطوة تشريعية غير مسبقة نظرا الى الظروف صدور القانون المدني الفرنسي الذي عد تجسيدا "للفكر اللبرالي على صعيد القانون وفي ظل نظام قانوني يعطي للإرادة الأهمية الأولى يأتي تشريع جديد يقيم حدودا" جديدة لهذه الإرادة هذا ما حدا بأحد الفقهاء أن يصف صدور هذا التشريع بأنه طفرة تشريعية (1) . ولغرض الإحاطة بالإحكام القانونية التي جاء بها هذا التشريع ومدى ما وفره من حماية للطرف الضعيف في العقود التي يبرمها مع الطرف الآخر فلا بد من استعراض هذه الأحكام وتقييمها ، وهذا ما سوف نتناوله في النقاط الآتية :

1. نظام الحماية في التشريع الفرنسي :

يعالج هذا القانون الصادر في 10 يناير عام 1978 المعنون بعنوان (إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات) (2) الحماية من خلال خمسة فصول وما يهمنها طبقا "لتوجيهات البحث هو الفصل الرابع الذي حمل عنوان (حماية المستهلكين من الشروط التعسفية) فعرف الشرط التعسفي في المادة الخامسة والثلاثين منه ، ثم نص في المادة (36) على إنشاء لجنة الشروط التعسفية ولما كنا قد تناولنا تعريف الشرط التعسفي في المبحث الأول من هذا الفصل لذا سنقتصر دراستنا على لجنة الشروط التعسفية وطبيعة الجزاء المترتب على وجود الشرط التعسفي وعلى النحو الآتي :

أ. لجنة الشروط التعسفية :

أنشئت هذه اللجنة بالقانون الصادر في 10 يناير عام 1978 وتتكون من خمسة عشر عضواً بعضهم يمثل طائفة المستهلكين وبعضهم يمثل طائفة المهنيين بالإضافة إلى عدد من القضاة وأساتذة القانون ، والهدف من إنشائها هو مراقبة الشروط التعسفية في مجال العقود النموذجية المبرمة بين شخص مهني وآخر غير مهني (3) . وتختص هذه اللجنة بثلاث وظائف : أ. إعداد مشروعات لقرارات إدارية موضوعها

(1) Calais-auoy, les cleause drait p. 116.

(2) الفصل الأول تحت عنوان ((الوسائل المستخدمة للحفاظ على امن صحة المستهلك)) والفصل الثاني تحت عنوان ((قمع الغش والتدليس في مجال السلع والخدمات)) . أما الفصل الثالث تحت عنوان ((توصيف المنتجات)) والفصل الخامس ((الإعلانات الكاذبة أو التي تؤدي إلى الغلط)) .

(3) Calais-auoy, les cleause drait, P. 125.

تنظيم أو منع أو تقييد الشروط التعسفية في العقود النموذجية ،
ب. التوجيه بإلغاء أو تعديل البنود التي تتضمن شروطاً "تعسفية في العقود النموذجية ،
ج. إعداد تقرير سنوي عن نشاطها متضمناً "اقتراحات بتعديلات تشريعية أو اللوائح
خاصة بتنظيم العقود التعسفية في مجال العقود النموذجية ، وكان من ثمار عمل تلك
اللجنة .

قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 المرقم 649/93 ، وكذلك القانون
الصادر في فبراير عام 1995 تحت رقم 96/95 ، الخاص بتنظيم البنود التعسفية في
العقود ، ولا تعتبر قرارات تلك اللجنة ملزمة للأشخاص أو المشرع ، إذ دورها
ينحصر في أبداء النصح والاقتراحات لكون سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية
سلطة يختص بها المشرع ، ومن هنا كان دور اللجنة دوراً توجيهياً بحتاً وتفقد هذه
التوصيات أثرها إذا لم يأخذ بها القانون (1) ، وقد أصدرت تلك اللجنة حتى الآن أكثر
من ثلاثين توجيهاً "اهتمت بإعادة التوازن في العقود ومن أمثلتها التوجيه باستبعاد
الشروط التي تهدف أو يترتب عليها أن يكون تعديل السعر السلعة مرتبطاً "بعناصر
تتوقف على إرادة المهني أو استناد زيادة هذا السعر إلى عناصر أو أسباب لا يمكن
للمستهلك أن يعلمها بسهولة وبممكن رؤية أمثلة كثيرة لهذه التوجيهات (2) .

ب. طبيعة الجزاء المترتب على وجود الشرط التعسفي :

نص قانون حماية المستهلك الفرنسي على جزاء مدني إلا وهو بطلان الشرط
التعسفي الذي ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة (35) منه لكن اختلف الفقه
الفرنسي في درجة بطلان الشرط التعسفي ، فمنهم من ذهب إلى أن البطلان الذي جاء
به المشرع الفرنسي هو بطلان مطلق للشرط التعسفي دون بطلان العقد ، بمعنى أن
الشرط الذي يتصف بالتعسف كأنه لم يكن ودليلهم أن المشرع الفرنسي استخدم عبارة
أن الشرط يعتبر كأن لم يكتب أو غير مكتوب لتعلقه بالنظام العام (3) ، وبالتالي يكون
البطلان جزئياً ومقرر لحماية المستهلك (4) . في حين ذهب الفريق الآخر إلى أن
البطلان الذي جاء به المشرع الفرنسي هو بطلان نسبي لمقرر لحماية المستهلك وليس
بطلان مطلق على الرغم من تعلقه بالنظام العام ، بمعنى أن المستهلك إذا جاء بشرط
تعسفي له أن يتمسك بإبطاله إذا وجد أن الشرط ليس من مصلحته وله أن يبقى عليه
وبالتالي يكون ملزماً "له ويأتي ذلك من كون الشرط وان كان يعطي منافع أو مزايا
لأحد الطرفين ألا أنه هذا غير كافٍ لعدده تعسفياً" لأنه قد يكون هناك شرط آخر في نفس
العقد يعيد هذا التوازن (5) .

وعليه فإن الرأي الثاني لا يمكن الأخذ به على الرغم من الحجج التي استندوا
إليها والسبب في أن لا يمكن أن نتصور أن المستهلك يكون على إمام كافٍ بمدلول

(1) د. أيمن سعد سليم ، مصدر سابق ، ص 24 .

(2) أنظر المزيد : حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص 145- 149 .

(3) Larronmet (eh) of cit 379n438 . أشار إليه سليمان براك لجميلي ، مصدر سابق ،
ص 231 ، هامش رقم (2) .

(4) د. حسن عبد الباسط الجميحي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ص 263 .

(5) Ghestin, Op. Cit, P. 379.

وأبعاد الشرط الذي تعاقد عليها ومن ثم يحدد بعدها ما هو في مصلحته فيطلب الإبقاء عليها أو بما يتعارض مع مصلحته فيتمسك بالإبطال لأنه لو كانت هذه الإمكانية للمستهلك متوفرة لما كانت هناك حاجة الى توفير حماية له مادام له القدرة على معرفة الشروط التي تعاقد عليها ويميز ما هو في مصلحته وبين ما يتعارض معها بالإضافة الى أن المشرع الفرنسي عندما استخدم عبارة (كأن لم يكن، كان لم يكتب) لم يقصد منها اعتبار الشرط باطل بطلانا" مطلقا" فحسب وإنما أراد الإحياء الى أن هذا الشرط لا ينتج أي أثر سواء باعتباره تصرفا" أو باعتباره واقعه على النحو المعروف من ترتيب بعض التصرفات الباطلة لبعض الآثار القانونية لا باعتبارها تصرفات صحيحة وإنما باعتبارها وقائع قانونية (1).

كما أن الفقه الفرنسي انتقد اقتصار الجزاء على وجود الشروط التعسفية على الجزاء المدني فحسب لأن هذا لا يمنع المحترفين من مواصلة أدراج شروطهم التعسفية في عقودهم ولا يردعهم من مواصلة ذلك ، لذا جاء المرسوم الصادر في 24 آذار 1978 بالجزاء الجنائي والمتمثل بالغرامة التي تفرض على المحترف حال قيامه بأدراج شروطا" تعسفية والتي لأثقل عن ألف فرنك (2).

2. تقويم التشريع الفرنسي الخاص لحماية المستهلك :

على الرغم من المبادرة الجريئة التي قام بها المشرع الفرنسي إلا أنها لم تحقق النتائج المرجوة منها وصادف تطبيقه العديد من المشاكل وبالتالي أنها لم تحد من تكرار الشروط التعسفية الموجودة بصيغ العقود ، ويمكن بيان أهم الأسباب التي أدت إلى قصور التشريع الفرنسي في تحقيق نتائجه المرجوة وهي :

1. عدم الاعتراف للقضاء بسلطة رقابية على الشروط التعسفية . أعطى المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في 10 يناير عام 1978 للإدارة وحدها سلطة تقدير الشروط التعسفية طبقا" للمعايير التي تعرف الشرط التعسفي ومن خلال إصدارها مراسيم يصادق عليها مجلس الدولة الفرنسي ولم يبق للقضاء سوى النطق بالبطلان بالشروط التعسفية (3) . وعليه وحسب هذا المفهوم لا يوجد للقضاء أي دور في أبطال الشروط التعسفية عند غياب نص أو مرسوم يسمح له بذلك وتطبيقا لذلك أصدرت محكمة استئناف باريس في 22 /مايو/ 1986 حكماً يعبر عن هذا الاتجاه (4) .

2. عدم أتباع التوصيات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية : كما أسلفنا سابقا" أن التوصيات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية ليست ملزمة ما لم يصدر بها قانون وعالية فإن غالبية التوصيات الصادرة من اللجنة لم تدخل حيز التنفيذ

(1) سليمان براك أجميلي ، مصدر سابق ، ص 232 .

(2) د. إسماعيل محمد المحا قري ، مصدر سابق ، ص 332 .

(3) Calais-Auloy (j), Op. Cit., p. 116.

(4) انظر تفاصيل تلك القضية ، د. عمر عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 437 - 438 .

وبقية مجرد مشروعات لعدم المصادقة عليها على الرغم أنها أصدرت أكثر من ثلاثين توصية لحد الآن (1) .

3. عدم صدور مراسيم جديدة :- أناط القانون مهمة إصدار المراسيم التي تحظر الشروط التعسفية الى الحكومة على ضوء التوجيهات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية الى أن الحكومة لم تقم إلا بإصدار مرسوم واحد هو مرسوم 24 آذار عام 1978 ، وقد تضمن تحريم الشرط الذي يحد من مسؤولية المهني التعاقدية في حالة عدم الوفاء بالتزاماته ولم يصدر بعده أي مرسوم جديد على الرغم من وجود مشروعات مراسيم إلا أنها لم تصدر نتيجة للضغوط التي مارسها المحترف (2) ، وإزاء هذه الانتقادات التي تعرض لها قانون حماية المستهلك الفرنسي أعدت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك مشروعاً لقانون الاستهلاك عام 1985 وأعيدت مراجعته وتنقيحه عام 1990 وقد تضمن المشرع قائمتين الأولى قائمة سوداء تضمنت ثمانية عشر شرطاً "تعسفياً" (3) ، والأخرى قائمة رمادية تضمنت ستة عشر شرطاً "يفترض فيها التعسف" (4) .

وان الشروط التي تضمنتها القائمة السوداء فهي شروط باطلة وجزاؤها الإلغاء وتعتبر كأنها لم تكتب أما الشروط التي تضمنتها القائمة الرمادية فإنه يفترض فيها التعسف وباستطاعة المحترف إثبات عكس ذلك . كما أعطى المشرع سلطة للقاضي لتقدير فيما إذا كان الشرط تعسفياً" على الرغم من عدم وروده في أي من القائمتين في حالة ماذا اظهر بوضوح وصف التعسف في هذا الشرط (5) . والشروط التي عدها المشرع تعسفية وتضمنتها القائمة السوداء فهي من شأنها إعفاء المحترف من مسؤوليته أو التخفيف منها في حالة عدم تنفيذ التزاماتها وكذلك الشروط التي يكون الغرض منها تخفيض التعويض الذي يدفعه المحترف للمستهلك في حال عدم التنفيذ والشروط التي تتضمن إعفاء البائع من الضمان أما القائمة الرمادية فهي تتضمن الشروط التي يتضمن توجيهها استبعاد الأحكام القانونية المكملة أو تلك التي لا تحترم توجيهات لجنة الشروط التعسفية، وعلى هذا فان القائمة الرمادية أعطت قيمة قانونية كبيرة للتوجيهات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية على الرغم من كونها غير ملزمة ، ومما تقدم نجد أن قانون حماية المستهلك الفرنسي على الرغم من الانتقادات التي وجهت إليه إلا أنها حققت فائدة كبيرة للطرف الضعيف وحمايته من الشروط التعسفية وذلك للأسباب الآتية :

1. أن تحديد الشروط التعسفية على شكل قوائم تكون بمثابة إعلام للطرف الضعيف بالصفة التعسفية في الشروط المعروضة عليه ليأخذ حذره منها والابتعاد عنها وما يؤدي ذلك إلى تحقيق التوازن المفقود في تلك العقود .

(1) Stark (Boris) Les Obligation 2 Contract, p. 172.

أشار إليه المصدر السابق نفسه ، ص437 هامش رقم (1) .

(2) Calais, Auloy, Op. Cit., p.118.

(3) انظر نص المادة (105) من مشروع قانون حماية المستهلك الفرنسي .

(4) انظر نص المادة (107) من مشروع قانون حماية المستهلك الفرنسي .

(5) انظر نص المادة (108) من مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي .

2. أن تحديد الشروط التعسفية على شكل قوائم من شأنها إحاطة الطرف الضعيف بما يعد من قبيل الشروط التعسفية وبالتالي تأتي أرادته خاليه من العيوب وصحيحة ، فتقلل نشوء الكثير من المنازعات .

ثانيا : تشريعات حماية المستهلك في بعض الدول الأوروبية .

نقتصر هنا على دراسة تشريعات بلدين أوربيين اثنين هما التشريع الألماني لكونه الأساس الذي استندت عليه بقية دول الاتحاد الأوربي ، وثانيهما التشريع الهولندي لكونه عالج العقود النموذجية وعلى النحو الآتي :

1. القانون الألماني :

صدر في ألمانيا قانون خاص بمعالجة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن في السادس من كانون الأول عام 1976 وكان الهدف من هذا القانون هو حماية الطرف الضعيف في مواجهة عدم التوازن في العقود النموذجية التي يستغل احد الطرفين بتحريرها وما تؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود ومن التحايل على مبدأ حرية التعاقد الذي نص عليه القانون المدني الألماني⁽¹⁾ إن المشرع الألماني لا يفرض الشروط العامة في العقود بل شجعها مادامت موجهة لخدمة المصالح الاقتصادية المعقولة وقد تبنى هذا التشريع ما سار عليه القضاء من فرض رقابة على هذه الشروط ويرى الأستاذ (Gunter Roth) أن رقابة القضاء تقوم على ما يأتي :

أولها : أن القضاء كان يراقب الشروط التي تبدو مجففة ويطلب بوضوحها بشكل كافٍ بما يسمح للمتعاقد الذي لم يتدخل بوضعها أن يتعرف عليها ويعلم مضمونها⁽²⁾. وإما ثانيهما أن القضاء توسع في قواعد التفسير على نحو أمكنه أن يلزم المستفيد من الشروط تحمل تبعه غموضها ، أما الثالثة فإن القضاء فضل عند التعارض الشروط الخاصة على الشروط العامة⁽³⁾ . وأورد المشرع الألماني في المادتين العاشرة والحادية عشرة من القانون قائمة بالشروط التعسفية أما المادة العاشرة فقد تضمنت الشروط التي يمارس فيها القضاء سلطة تقديرية في رقابة أثرها على التوازن العقدي ليقضي بعدها تعسفية من عدمه ، أما المادة الحادية عشر فتضمنت قائمة بست عشرة حالة من حالات البطلان المطلق وهذه ما يمكن تسميتها بالشروط التعسفية ومنها بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية في حالات الغش أو الخطأ الجسيم ، أما الشروط التي لم يرد ذكرها في المادتين العاشرة والحادية عشرة فيل المادة التاسعة منه تقضي بإتباع مبدأ حسن النية الذي نص عليه القانون الألماني لتقييم فيما إذا كانت عادله من عدمه ، وإذا عُدَّ الشرط تعسفي فيؤدي إلى أبطال الشرط ذاته دون أبطال العقد بأكمله هذا ما نصت عليه المادة السادسة من القانون⁽⁴⁾ .

وعليه فإن الحكم الصادر ببطلان الشرط التعسفي يعتبر حجة على كل محترف وبعدم تضمين مثل هكذا شرط في تعاقداته لذا ألزم القانون الألماني في المادة (20) منة

(1) حسن عبد الباسط أجميحي ، اثر عدم التكافؤ المتعاقدين على شروط العقد ، مصدر سابق ، ص283 .

(2) أنظر نص المادة (3؛2) من القانون المذكور .

(3) انظر نص المادتين (5؛4) من القانون المذكور .

(4) عامر قاسم احمد ، مصدر سابق ، ص135 .

بنشر هذه الأحكام في سجل خاص سمي (Bundes Kartellant) ⁽¹⁾ لغرض تسهيل العلم بالأحكام القضائية المتضمنة بطلان هذه الشروط .

2. القانون الهولندي

اصدر المشرع الهولندي قانونا في 18 حزيران عام 1987 لتنظيم الشروط العامة في العقود وأجاز بموجبه الشروط العامة ألا انه حظر منها ما يأتي:

أ. الشروط التي تؤدي إلى حرمان المتعاقد الآخر من حقه من ألمطالبه بالالتزامات

ب. الشروط التي تؤدي إلى حرمان المتعاقد الآخر من فسخ العقد عندما يتخلف المشتري من أداء التزاماته العقدية .

ج. الشروط التي تعطي المشتري حقا أكثر مما يخوله القانون أو حرمان الطرف الآخر من حقوق يقرها القانون له .

وأورد المشرع الهولندي قائمتين سوداء ورمادية بالشروط التعسفية وجعل البطلان جزءا مما حيثما وردت في العقود النموذجية ومنها ما يأتي :

1. الشروط التي تؤدي إلى اختلال واضح في آثار العقد لصالح المشتري .
2. الشروط التي تسمح للمشتري تسليم مبيع أو تقديم خدمة غير مطابقة للمواصفات

3. الشروط التي تؤدي إلى إعفاء المشتري جزئيا أو كليا من الالتزام القانوني بتعويض المتعاقد الآخر ⁽²⁾ ، ويلاحظ على المشرع الهولندي انه عالج الشروط التعسفية في العقود النموذجية وهذا يعني انه وسع من حماية الشروط التعسفية في العقود وعدم اقتصارها على عقود الإذعان لكون العقود النموذجية يمكن أن تكون عقود إذعان أو عقود استهلاك بحسب الظروف الملائمة لإبرامها .

⁽¹⁾ LaReglementen Tation, Op. Cit. p. 29 . أشار إليها سليمان براك أجميلي ، المصدر السابق ، ص 243 ، هامش (2) .

⁽²⁾ انظر نص المادة (3) و (4) من القانون الهولندي . أشارت إليهما / د. نادية محمد معوض ، مصدر سابق ، ص 82 .

الفرع الثاني

توظيف الاتجاه التشريعي الحديث لاقتراح مشروع قانون حماية المستهلك في العراق

إزاء قصور القواعد العامة في القانون المدني العراقي في توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية إثناء تعاقداتهم مع المحترفين ومسيرة للاتجاه التشريعي الحديث الذي اتبعته اغلب النظم القانونية والتي سارعت الى إصدار تشريعات متخصصة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية ، فانه لابد من اقتراح إصدار تشريع عراقي يحقق لنا ذات الحماية في هذه التشريعات بما يتناسب مع ظروف الواقع الاقتصادي والاجتماعي والقانوني في العراق . ولا نريد بطبيعة الحال في هذا المطلب أن نعرض نموذجاً لمثل هكذا تشريع وإنما نود أن نعرض المبادئ العامة التي يمكن الاستهداء بها عند وضعه مقتديين في ذلك بالنظم التشريعية الحديثة التي تناولنها وعليه فأن هذه الحماية يمكن أن تكون على النحو الآتي :

أولاً : تشجيع التعامل بالعقود النموذجية لغرض سهولة مراقبتها ودراسة الشروط التي تتضمنها بغية منعها أو إلغائها إذا كانت تعسفية.

ثانياً :- تشكيل لجان خاصة لتولي دراسة العقود النموذجية وتخويلها إصدار توجيهات بشأن الشروط التي تراها تعسفية بغية إلغائها.

ثالثاً : إنشاء جمعيات لحماية المستهلكين وذلك بعلطنها صفة تمثيل المستهلكين .

رابعاً : نشر الأحكام القضائية الصادرة بخصوص الشروط التعسفية في سجل خاص في كل محكمة لغرض تسهيل الاطلاع عليها وتضمين الحكم دفع غرامة على المحترف في حالة عدم قيامه بحذف الشرط التعسفي الصادر الحكم ضده من عقود النموذجية.

خامساً : تسهيل مهمة الإثبات على المستهلك بإعطائه قرينة التعسف في الشروط التي توفر مزايا ومنافع لأحد الأطراف دون غيره .

سادساً : إصدار قوائم سوداء ورمادية بالشروط التعسفية والنص على إلغائها حيثما وردت في العقود النموذجية على أن تتضمن القائمة السوداء الشروط التعسفية وهي:

1. الشروط التي تؤدي من شأنها الى اختلال واضح في العقد .
2. الشروط التي تسمح للمشتري بتعديل أو صاف محل العقد .
3. الشروط التي تسمح للمشتري بالتحكم في مهله التسليم أو يحدد مكان وزمان تنفيذ العقد .
4. الشروط التي تعفي المشتري من التعويض حال تأخره في تنفيذ العقد .
5. الشروط التي تعفي المشتري من ضمان عدم التنفيذ أو الإخلال به .
6. الشروط التي تؤكد قبول المستهلك لجميع بنود العقد على الرغم من انه لم يعلم بها أو يطلع عليها .

أما القائمة الرمادية فإنها تتضمن الشروط التي لا تكون تعسفية بذاتها وإنما يفترض بها تعسف ويمكن للمحترف نفي هذه القرينة وتتضمن هذه القائمة الشروط الآتية :

1. الشروط التي يتقرر بموجبها استبعاد الأحكام القانونية المفسرة .
2. الشروط التي توصي اللجنة المكلفة بمراقبة الشروط التعسفية بإلغائها .

وان الشروط الواردة في القائمتين هي شروط واردة على سبيل المثال وليس الحصر وذلك لعدم إمكانية الإحاطة بجميع الشروط التعسفية لذا فإنه ينبغي إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد فيما إذا كان الشرط تعسفي من عدمه والحكم بإلغائه إذا كان تعسفي وان لم يرد في القائمتين وذلك بتبني مبدأ عام يتيح للقضاء العراقي تقييم مدى التوازن الذي يحققه العقد وإعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال في التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه .

الخاتمة

يمكن أن نلخص أهم النتائج والمقترحات التي خرجت بها الدراسة على النحو الآتي :

أولاً : النتائج

1. إن العقد النموذجي هو عقد حقيقي كسائر العقود الأخرى وطبقاً للقواعد العامة في العقود مع عدم إنكار دور أحد أطرافها المتميز في فرض شروطه على الطرف الآخر إلا أن هذا لا يؤثر على حقيقتها العقدية وإنها أصبحت ضرورة قانونية لا يمكن تجاهلها أو التخلي عنها ويمكن أن نعرف العقد النموذجي بأنه (عقد يتم أعداده مسبقاً من قبل أحد طرفيه أو كليهما بصيغة مطبوعة ليتضمن حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مستقبلاً) .
2. يشتهر العقد النموذجي مع بعض العقود كعقد الإذعان وعقد المساومة ، فإنه يشترك مع عقد الإذعان من حيث ضعف أحد أطرافهما وتفوق الطرف الآخر ، ومن حيث تماثل ظروف التعاقد ونشأتهما ، ويختلف معه من حيث الجهة التي تنظم كل منهما ، وبعض قواعد التفسير والشروط التعسفية ، وانتهينا إلى إن العقد النموذجي لا مجال للفرق مع عقد الإذعان إذا كنا أمام عقد إذعان نموذجي ، إلا أنه هذا الفارق يظهر بوضوح إذا كنا أمام عقد مساومه نموذجي 0
3. يختص العقد النموذجي ببعض الخصوصيات ، من حيث كونه من العقود الموجهة من قبل الدولة والنقابات أو الجهات التي توصي العاملين بها باتباع صياغة معينة عند إبرام عقودهم ومن عقود حسن النية ، ومن عقود الاعتبار الشخصي التي غالباً ما يكون شخصية الدائن محل اعتبار في العقد ، ومن العقود التي يكون إيجابها ذات قالب نموذجي.
4. يتميز العقد النموذجي ببعض المميزات التي ساعدت على انتشارها في مجال المعاملات القانونية بشكل واسع ، ومن هذه المميزات السرعة في إعداد المعاملات القانونية واختصارها للوقت والتكاليف في ذلك ، ودورها في سد القصور الحاصل في التشريع لمواكبه للتطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في العقود لإعدادها من قبل أصحاب الخبرة وتعديلها بما ينسجم مع هذا التطور .
5. تتنوع العقود النموذجية باختلاف الزاوية التي ينظر منها ، فإذا نظرنا إليها من حيث الصياغة فهي تقسم على عقود نموذجية محررة من قبل أحد طرفيهما أو كليهما وإلى عقود نموذجية محررة من قبل الغير ، وإذا نظرنا إليها من حيث تدخل الدولة فيها فهي تقسم إلى عقود نموذجية مدنيه وإلى عقود نموذجية إدارية ، كما تقسم إلى عقود نموذجية كاملة وإلى عقود نموذجية ناقصة إذا نظرنا إليها من حيث بنودها
6. إن تعريف الشرط التعسفي ليس بالأمر اليسير ويحيطه الغموض لكونه من الأفكار الحديثة لذا نجد من الأفضل عدم إيراد تعريف لها وإيراد قوائم بالشروط

التعسفية أو التي يفترض فيها التعسف على أن يكون المعيار المعتمد في تحديد تلك الشروط وإيرادها في هذه القوائم ،أن يكون الشرط صحيح ومن شأنه تحقيق منفعة فاحشة للمهني أو المحترف على حساب الطرف الآخر بشرط أن تكون هذه القوائم وارده على سبيل المثال وليس الحصر.

7. إن المشرع العراقي لم يعالج مواجهة الشروط التعسفية بنصوص تشريعية لذا ارتأينا إيجاد سند تشريعي لذلك من خلال مواجهة المشرع للشروط التعسفية في عقود الإذعان إلا أنها هذه المواجهة قاصرة عن تحقيق هدفها المنشود والسبب في ذلك هو إحاطة المشرع عقود الإذعان بمعايير محدده وحصرها في نطاق ضيق وبالتالي لا يمكن امتداد الحماية القضائية المقررة لعقود الإذعان الى العقود النموذجية ، على خلاف بعض التشريعات الأوروبية ومنها التشريع الألماني الذي توسع في مفهوم عقد الإذعان وجعله يشمل كل العقود التي يستقل احد أطرافها بصياغة بنودها ومن ضمنها العقود النموذجية بهدف توسيع الحماية من الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في هذه العقود .

8. كشفت لنا الدراسة عن قصور عيوب الإرادة في تحقيق الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العقود النموذجية والسبب في ذلك يرجع إلى أن الحاجة وعدم الخبرة بأمور التعاقد التي يتميز بها الطرف الضعيف في تلك العقود لايمكن أن يعدا من عيوب الإرادة فالعيب الذي ينبغي مواجهته في تلك العقود هو اثر اختلاف القدرة أو الكفاءة وأثرها على توازن العقد ، فالتفوق الفني أو التكنولوجي لايمكن أن يصيب بحد ذاته إرادة الطرف الأقل خبرة أو الكفاءة .

ثانياً : المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي أن ينظم العقود النموذجية بنصوص تشريعية وإزالة أي خلاف فقهي بشأنها والاعتراف بالصفة العقدية لها وتشجيع التعامل بها من خلال الأخذ به عند إصدار تعديلات للقوانين النافذة وبخاصة في ظل إصدار تشريع قانون لحماية المستهلك العراقي .
 2. نقترح على المشرع العراقي إن يعالج الشروط التعسفية الواردة في العقود النموذجية وذلك من خلال أما بتوسيع مفهوم عقد الإذعان ليشمل العقود النموذجية وإعطاء القضاء سلطة تقديرية في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في العقود النموذجية وتعديل نص المادة (167) من القانون المدني العراقي وتكون على النحو الآتي (1- في العقود التي يستقل الطرف القوي فيها ، بصياغة مشروع العقد أو تحديد بنوده ، يكون للقضاء سلطة تقدير الشروط التعسفية وإلغائها أو تعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف منها طبقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .2- يكون التفسير في هذه العقود في مصلحة الطرف الضعيف في العقد ولو كان دائناً).
 - أو من خلال إصدار تشريع متخصص في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العقود النموذجية على غرار ما فعلته بعض الدول الأوربية ، على أن يتبنى التشريع سياسة تشجيع التعاقد عن طريق العقود النموذجية بهدف تسهيل مراقبتها وتقدير ما تنطوي عليه من شروط وان يحظر من الشروط ما يراها تعسفية أو تتصف بالتعسف ، وإنشاء جمعيات لحماية المستهلكين وبإعطائها الصفة التمثيلية لهم ، وتشكيل لجان بنص القانون لمراقبة العقود النموذجية وتخويلها إصدار التوجيهات بشأن الشروط التي تراها تعسفية بغية إلغائها .
 - وان يرفق بالقانون قائمتان ، الأولى قائمة سوداء تتضمن الشروط التعسفية والحكم ببطلانها وكأنها لم تكن ومنها ما يأتي :
 1. الشروط التي تؤدي إلى الاختلال الواضح في آثار العقد لصالح الطرف القوي .
 2. الشروط التي تسمح للطرف القوي في تلك العقود بتعديل أوصاف محل العقد ، أو تسليم محل غير مطابق للمواصفات ، دون أن يكون للطرف الآخر فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض .
 3. الشروط التي تسمح للطرف القوي بان يتحكم بمهلة التسليم أو أن يحدد مهلة غير مألوفة .
 4. الشروط التي تسمح للطرف القوي بأن يحدد مكان وزمان العقد .
 5. الشروط التي تعفي الطرف القوي من ضمان عدم التنفيذ أو الإخلال به .
 6. الشروط التي تقرر للطرف القوي تعويضاً عن أخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، دون أن تلزمه إذا اخل هو بتنفيذ التزامه .
- أما القائمة الأخرى فهي قائمة رمادية وتتضمن قائمة بالشروط التي يفترض فيها التعسف ويمكن للمحترف نفي هذه القرينة إذا ثبت أن هذا الشرط لا يخوله منافع أو مزايا ومنها :

1. الشروط التي يتقرر بموجبها استبعاد الأحكام القانونية المفسرة .
2. الشروط التي توصي اللجان المكلفة بنص القانون على اعتبارها تعسفية من خلال مراقبتها العقود النموذجية التي يبرمها المحترف مع المستهلكين ، وان تكون هذه القوائم وارده على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر لعدم إمكانية الإحاطة بجميع الشروط التعسفية ، وإعطاء القضاء السلطة التقديرية بالتدخل من تلقاء نفسها في إلغاء أو تعديل الشروط التي تراها تعسفية في العقود النموذجية ، على أن تنشر الأحكام القضائية الصادرة بصدد الشروط التعسفية في سجل خاص في كل محكمه لغرض سهوله الاطلاع عليها ، وتضمنين الحكم الصادر غرامة مالية على المحترف إذا لم يقوم بحذف الشرط التعسفي الصادر الحكم ضده .

وفي الختام نحمد الله عز وجل.

المراجع

أولاً : الكتب العربية

1. د. احمد حشمت أبو شيت ، نظرية الالتزام ،نظرية العقد، القاهرة ، 1945 .
2. احمد عبدا لعال أبو قرين ، نحو قانون حماية المستهلك ، دار النهضة العربية .
3. د.احمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية ، 1994 .
4. د.احمد محمد محمود خلف ، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون الفرنسي والمصري والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005
5. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ،الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، 1982 .
6. إبراهيم سيد احمد،التعويض ألاتفاقي فقهاً وقضاءً ،دار الكتب القانونية،مصر، 2005.
7. أسعد ذياب، ضمان العيوب الخفية ، دار إقرأ للكتاب ، بدون طبع .
8. د.إسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزامات، ج2 ،مصادر الالتزام،مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1954
9. د.أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر ، 1962 .
10. د.أيمن سعد سليم ، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.
11. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1984 .
12. جاك جنسيتان، المطول في القانون الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000 .
13. د.جميل الشرقاوي ،نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري مطبعة جامعة القاهرة ، 1956 .
14. د. حسام الدين الاهواني ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، 1991-1992 .
15. د. حسن عبد الباسط أجميحي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .
16. د. حسن عبد الباسط أجميحي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، 1996 .
17. د. حسن عبدا لباسط أجميحي ، توجيهه أرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، دار النهضة العربية .
18. د. حسن علي نون ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، 1976 .
19. د.حسن على ذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، 1970.
20. د.حسن على ذنون، أحكام الالتزام، شركة الرابطة ،بغداد، 1954 .

21. د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ط 1 ، مطبعة مصر ، 1949 .
22. حلمي بهجت البدوي ، أصول الالتزامات ، نظرية العقد، مطبعة نوري ، القاهرة ، 1943 .
23. د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية .
24. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، 2002 .
25. د. سعدون القشطيني، دراسة في الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 .
26. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ، 1965 .
27. د. سليمان مرقس ، عقد البيع ، مطبعة النهضة الجديدة ، 1968 .
28. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2 ، في الالتزامات ، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، 1987 .
29. د. سمير عبد السيد تناعو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1960-1959 .
30. د. السيد محمد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977 .
31. د. صالح بن عبد الله بن عاطف ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث و الدراسات الإدارية ، 1998 .
32. د. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، 1988.
33. د. عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1985 .
34. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة) دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، 1984 .
35. د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، ج 1 ، في انعقاد العقد ، شركة الطبع الأهلية، بغداد ، 1967 .
36. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، بغداد، 1963 .
37. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، 1980 .
38. د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، 1946.
39. د. عبد الودود يحيى ،دروس في مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، 1976.
40. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 .

41. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، عقد البيع ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960
42. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية .
43. د. عدنان العابد د. يوسف اليأس ، قانون العمل ، ط2 ، مطبعة العمال المركزية ، 1989.
44. د. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشآت المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
45. د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 .
46. فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي ، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، التعاقد عبر الانترنت عقود البيع التجارية ، مطبعة الحكمة ، ط1 ، بغداد ، 2003 .
47. د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط2 ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، 1976 .
48. د. محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، 1988 .
49. د. محمد شكري سرور ، سقوط الحق في الضمان ، ط1 ، دار الفكر العربي ، 1989 .
50. د. محمد شكري سرور ، دروس في الأحكام العامة في عقد التأمين ، دار الفكر العربي ، 1980 .
51. د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ، 2001 – 2002 .
52. د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، 1989 .
53. محمد نزيه الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته في بعض أنواع العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .
54. د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، 1986 .
55. د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج1 ، مصادر الالتزام ، ط2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، 1976 .
56. د. مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في شوبه الجديد ، ج1 ، المدخل الفقهي العام ، ط2 ، مطبعة الحياة ، دمشق ، 1964 .
57. د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، 2005 .

- 58.د. مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1987 .
- 59.د. مصطفى محمد الجمال ، النظرية العامة للالتزام ، الدار الجامعية ، المكتبة القانونية ، 1987 .
- 60.د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات ، المكتبة القانونية ، 1987 .
- 61.د. نائل عبد الرحمن صالح ، حماية المستهلك في التشريع الأردني ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار زهرات للنشر والتوزيع ، عمان ، 1991 .
- 62.د. نادية محمد معوض، شرط الإغفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية ، 2001 .
- 63.د.نضال إسماعيل إبراهيم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .
- 64.د. اليأس ناصيف ، البند الجزائي في القانون المقارن وعقد اليزيج ، سلسله أبحاث قانونية ، 1991 .

ثانياً: البحوث

1. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ، السنة الثلاثين، العدد الرابع ، 2006 .
2. د. احمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الثالث، 2001 .
3. د. احمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود ووسائل مواجهه الشروط المجحفة فيها دراسة مقارنة بين الفقه والقضاء الانجلوأمريكي ، بحث منشور في مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة السادسة عشر ، العدد (1.2) ، عام 1992 .
4. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، بحث منشور في مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ، السنة الثالثة عشر ، العدد (2) ، 1989 .
5. منير البصري وأحمد المنصوري ،الشروط التعسفية،بحث منشور على شبكة الانترنت <http://droitcivlover-blog.com,article-5145525.html>

ثالثاً : الاطاريح والرسائل الجامعية

1. أياد احمد البطانية، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 1999 .
2. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، أطروحة دكتوراه ، 1957 .
3. سليمان براك دايع الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة النهرين، 2003 .
4. شيماء مصطفى احمد، عقد الإذعان، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2000 .
5. عامر قاسم احمد ، الحماية القانونية للمستهلك ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 .
6. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1975 .
7. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان ، العقد في ظل النظام الاشتراكي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1981 .
8. د. عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1978 .
9. علي نوري، العقود التجارية للطاقة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة النهرين، 2001م .

رابعاً : القوانين

أ. العراقية

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2. قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983 .
3. قانون العمل العراقي رقم (70) لسنة 1987 .
4. قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 .

ب. العربية والأجنبية

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
2. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج1 ، إصدار وزارة العدل المصرية ، مطبوعات دار الكتاب العربي بمصر ، بلا سنة طبع .
3. القانون المدني الكويتي ، المرقم 67 لسنة 1981 .
4. القانون المستهلك الفرنسي لعام 1978.

خامساً : القرارات القضائية

1. مجلة القضاء ، 1945 ، الأعداد الأولى ، الثاني ، الثالث ، الرابع.

2. المكتب الفني ، محكمة النقض المصرية .
3. سلمان البيات ، القضاء المدني العراقي ، ج1، بغداد ، 1962.
4. مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، 1978
5. حسن الفاكهاني وعبد المنعم حسن ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، إصدار الدول العربية للموسوعات ، عام 1983 .

سادسا : المصادر الأجنبية

1. Calais, AULOY: Les clauses abusives en droit francais. L.G.D.J. PARIS. 1991.
2. Ghestin (j): Droit Civil. les obligation. le contract L.G.D.J Paris. 1980.
3. Sec .clivem. schmitthoff.The unification or harmon is action of law by means of standard contracts and general condition.The international comparative law quarterly, Volume 17, Part 3, July 1978.