

إقليم كوردستان / العراق

مجلس القضاء

رئاسة محكمة استئناف منطقة اربيل



Council of the Judiciary

ههريمی كوردستان / عيراق

ئهنجومهني دادوهري

سهروكايه تي دادگاي تيهه ئچوونه وهی ناوچهی ههولير

عقود الازعان

ودور القاضي في حماية الطرف المدعن

والاحكام القضائية المتعلقة بالموضوع

بحث مقدم الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان العراق

من قبل القاضي

(سمكوروستم سمين)

قاضي محكمة البداءة في خةبات

لغرض الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من صنف القضاة

باشراف القاضي

(عبدالباسط عبدالله فرهادي)

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة اربيل

رئيس محكمة الجنايات الاولى في اربيل

٢٠٢٠

توصية المشرف

بسم الله الرحمن الرحيم

كلفنا بالاشراف على البحث المقدم من قبل زميلنا القاضي (سمكو روستم سمين) عن موضوع (عقود الاذعان ودور القاضي في حماية الطرف المدعن) كجزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثالث من صنوف القضاة ، فلاحظت بذله لجهود جيدة وقيامه بالاعتماد على مصادر موثوقة في هذا المجال وإستهل معلوماته من أمهات كتب شراح وفقهاء القانون المدني وإنه قد بحث في موضوع مهم نجده في الدعاوي والخصومات القائمة والمطروحة أمام المحاكم في هذا الظرف وإنه قد أغنى المكتبة القانونية والقضائية بمصدر آخر يمكن الرجوع اليه.

فأود أن أشير إلى زميلنا القاضي (سمكو) الذي عرفته أيام عملي في رئاسة محكمة أحداث أربيل وهو كان عضواً في المحكمة المذكورة وكان دائم السؤال والاستفسار والمناقشة وهو بحق مجتهد ومتابع جيد لكل ما يستجد في مجال التشريع والقضاء ، عليه أرجو من لجنة المناقشة قبول بحثه والله من وراء القصد.

المشرف

القاضي : عبدالباسط فرهادي

الفهرست

الصفحة	الموضوع
٦	<u>المقدمة</u>
٩	<u>اهمية البحث</u>
	<u>الفصل الاول</u>
	<u>المبحث الاول</u>
١٠	ماهية عقود الازعان
١١	<u>المطلب الاول</u> : تعريف عقود الازعان
	<u>الفرع الاول</u> : تعريف عقد الازعان لغة
	<u>الفرع الثاني</u> : تعريف عقد الازعان اصطلاحا
١٤	<u>المطلب الثاني</u> : خصائص عقود الازعان
	<u>الفرع الاول</u> : تفاوت المركز الاقتصادي بين طرفي العقد
	<u>الفرع الثاني</u> : تعلق العقد بسلعة او مرفق تعتبر من الضروريات
	<u>الفرع الثالث</u> : الاحتكار القانوني من قبل الموجب
	<u>الفرع الرابع</u> : الاحتكار الفعلي من قبل الموجب
	<u>الفرع الخامس</u> : الايجاب عام ودائم
١٥	<u>المطلب الثالث</u> : الايجاب في عقود الازعان
	<u>الفرع الاول</u> : صدور الايجاب في شكل نمطي محدد
	<u>الفرع الثاني</u> : ايجاب عام ودائم وموجه الى جمهور اشخاص غير محددين
	<u>الفرع الثالث</u> : الايجاب قطعي وحتمي
١٧	<u>المطلب الرابع</u> : القبول في عقود الازعان

عدم إمكانية المساومة والمناقشة من قبل الطرف المذعن

١٧ المطلب الخامس : الرضا في عقود الاذعان

المبحث الثاني

١٩ الطبيعة القانونية لعقود الاذعان

المطلب الاول : النظرية غير العقدية

المطلب الثاني : النظرية العقدية

الفصل الثاني

المبحث الاول

٢٢ الشروط التعسفية

ماهية الشروط التعسفية وإختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

٢٣ المطلب الاول : التعريف بالشروط التعسفية

الفرع الاول : تعريف الشرط التعسفي لغة

الفرع الثاني : تعريف الشرط التعسفي إصطلاحا

٢٤ المطلب الثاني : الشروط التعسفية في ظل نظرية عقود الاذعان

٢٥ المطلب الثالث : معايير الشروط التعسفية وأساليب تعيينها

الفرع الاول : تعسف النفوذ الاقتصادي

الفرع الثاني : الميزة الفاحشة

٢٦ المطلب الرابع : أنواع الشروط التعسفية

الفراع الاول : الشروط التعسفية بذاتها

الفراع الثاني : الشروط التعسفية بحكم إستعمالها

الفصل الثالث

دور القاضي في معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان للحد من
ظاهرة الشروط التعسفية

٢٩

٣٠

المبحث الاول

معالجة الشروط التعسفية في ظل القانون المدني
المطلب الاول : سلطة القاضي في تفسير العقد (المبادئ العامة في تفسير
العقد)

٣١

الفرع الاول : تفسير الشك لمصلحة المدين

الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في العقود

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد

٣٢

الفرع الاول : في حالة وضوح عبارات العقد وشروطها

الفرع الثاني : في حالة غموض عبارات العقد وشروطها

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تعديل او الغاء الشروط التعسفية

٣٧

الفرع الاول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

الفقرة الاولى : إنعدام المصلحة في الالتزام المفروض على الطرف
المذعن

الفقرة الثانية : حسن نية الطرف المذعن

الفرع الثاني : سلطة القاضي في الغاء الشروط التعسفية

الفقرة الاولى : عدم العلم بالشروط التعسفي من قبل المذعن

الفقرة الثانية : استحالة التنفيذ بسبب أجنبي

المطلب الرابع : مدى فاعلية قواعد القانون المدني في معالجة الشروط
التعسفية وتقييم الحماية التقليدية من الشروط التعسفية

٤١

٤٣

المبحث الثاني

المطلب الاول : معالجة الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك
المطلب الثاني : معالجة الشروط التعسفية في ظل قانون المنافسة ومنع
الاحتكار

٤٦

الخاتمة والنتائج والمقترحات

المقدمة

إن مبدأ حرية الفرد في التعاقد يمنح طرفي العقد الحرية الكاملة في إبرام العقد أو عدم إبرامه ، كما أنهما يتمتعان بالحرية في التعبير عن إرادتهما على النحو الذي يرغبان به وفق مبدأ رضائية العقود ، ومن ثم يكونان ملزمين بما إتفقا عليه إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود .

ولما كان طرفي العقد متساويان أمام القانون ، ولكن في بعض العقود هذه المساواة أصبحت ضعيفة في ظل التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين المتعاقدين نتيجة التطور الصناعي والتكنولوجي ، وأصبح أحد طرفي العقد يفرض إرادته على الطرف الآخر الذي يكون مضطراً الى القبول ، ومن هنا ظهرت نظرية عقود الإذعان بعد أن أصبحت حماية الطرف المذعن واجباً على المشرع والقضاء ، ولم يعد العقد وحده شريعة المتعاقدين في بعض الحالات ، بل أصبح القانون يتضمن مبادئ يتصف بطابع الحماية لأحد المتعاقدين ضد المتعاقد الآخر ، سواء عند إبرام العقد أو وقت تنفيذه .

حيث أن التشريعات الحديثة حاولت الحد من سلطان إرادة المتعاقدين والتدخل لمصلحة الطرف المذعن في العقود التي تبرم على شكل عقود إذعان ، كما هو الحال على سبيل المثال في عقود التأمين والنقل ، والعقود المصرفية ، وعقود تقديم الخدمات مثل الكهرباء والماء والهاتف والعقود الالكترونية .

وتقوم نظرية الإذعان على تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية وعدم وجود تفاوض بين طرفي العقد ، فأحدهما يتمتع باحتكار إقتصادي قانوني أو فعلي يمكنه من الانفراد بصياغة العقد وفرض شروطه ، بينما يرضخ الطرف الآخر لهذه الشروط دون مناقشة ، ويعتبر إنعدام التفاوض أساساً لاعتبار الطرف المذعن طرفاً ضعيفاً في العقد وجديراً بالتدخل التشريعي والقضائي لحمايته من الشروط التعسفية التي تتضمنه عقود الإذعان (١).

فالعقد الإذعان هو صيغة من صيغ إبرام العقود يعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف

١- انس محمد عبدالغفار ، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٣ ، ص ٤.

الأخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مناقشة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد ومن هذا وصفت هذه العقود باذعان وكان نتيجة للتقدم التكنولوجي والاقتصادي الذي عرفه العالم في العقود الأخيرة كتوحيد نماذج وأنماط السلع والمنتجات وتعقد صناعاتها والتوزيع بالجملة في أماكن متفرقة (١).

فعقود الإذعان غالباً ما تفتقر بشروط تعسفية يفرضها الموجب على القابل ويستبعد معها كل نقاش ، كون هذه العقود تتعلق بخدمات و سلع لا غنى عنها ، ويثير مفهوم التعسف في عقود الإذعان غموضاً من حيث تعريفه ومعياري تحديده وبيان أنواعه ، فكونه مفهوماً حديثاً لم يزل حظه من التحديد والتعريف ولازال ينازعه عدة نظريات وأفكار تقليدية ، إذ الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة بين أطراف العقد وهذا هو شأن العقود جميعاً ، ولكن عندما ظهرت عقود الإذعان إستبعدت كل نقاش ذلك أن أحد الطرفين شعر بقوته الاقتصادية القانونية أو الفعلية فاصبح يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذه جملة أو يدعه دون تعديل مما يضطر الطرف الآخر الى أن يقبل التعاقد لأن المسألة تتعلق بمرفق أساسي لا غنى له عنه فهو بذلك يرضخ و يذعن لمشيئة الطرف القوي (٢).

ولا بد من الإشارة بأن الدين الاسلامي وفقهاء الاسلام عرفوا مبدأ حماية الطرف الضعيف في العقود قبل الانظمة الحديثة ، فوضع الشرع والسنة أحكاماً تضبط ممارسات البيع والشراء والتعاملات المالية بين الناس فأعتبر التراضي أساساً لصحة عقود المعاوضات كما جاء في الآية الكريمة "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (٣) ، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما البيع عن تراض" (٤) ، وحرمة الغش إعمالاً للحديث النبوي الشريف "من غشنا فليس منا" (٥) ، كما حرم العقود التي قد تؤدي

١- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ١٠٠ .

٢- عبدالفتاح عبدالباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، بدون دار نشر، لسنة (١٩٨٤) ، ص ٢٠٤ .

٣- سورة النساء اية (٢٩)

٤- السنن الكبرى للبيهقي ، المكتبة الشاملة ، الجزء السادس ، ص ١٧ .

٥- جلال الدين السيوطي ، جامع الاحاديث ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء الحادي والعشرون ، ص ٩١ .

الى ممارسات غير عادلة لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يبيع بعضكم على بيع بعض" (١) ، وكذلك العقود غير الواضحة النتائج كبيع الثمر على الشجر قبل أن يبدو صلاحه (٢) ، وقد إتمدت الدول الاسلامية على آليات عديدة لحماية الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في عقود الاذعان مثل نظام الحسبة ومضمونه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، كما أن مجمع الفقه الاسلامي بين موقفه من عقود الاذعان وقرر بأن عقود الاذعان مصطلح قانوني عربي حديث ونظم له تعريفاً وحدد خصائصه ، وذكر بأنه ولاحتمال تحكم الطرف المسيطر في الاسعار والشروط ، وتعسفه الذي يفضي الى الاضرار بعموم الناس ، فإنه يجب شرعا خضوع جميع عقود الاذعان لرقابة الدولة ابتداء ، أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس ، من أجل إقرار ما هو عادل منها ، وتعديل او إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المذعن وفقاً لما تقضي بها العدالة شرعاً (٣).

١- جلال الدين السيوطي ، جامع الاحاديث ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء السادس عشر ، ص٤٩٨ .

٢- النسائي ، السنن الكبرى ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء الثالث ، ص١٠٤ .

٣- انس محمد عبدالغفار ، المصدر السابق ، ص٥١ .

أهمية البحث

إن التطور الصناعي وما صاحبه من تفاوت إجتماعي وإقتصادي كبير بين الافراد أدى الى بروز نوع جديد من العقود والتي هي عقود نمطية معدة مسبقا تبرم بين أفراد تتمتع بقوة إقتصادية وأفراد ضعيفة إقتصادياً ، وتسمى بعقود الازعان ، حيث أن الطبقة الضعيفة إقتصاديا وهم الغالبية لا يستطيعون مناقشة شروط العقد التي وضعتها الطبقة القوية إقتصاديا وهم الاقلية ، ويجب قبول العقد برمته او رفضه برمته ، ولما كانت هذه العقود تتصل بسلع وخدمات لا غنى عنها للفرد في حياته اليومية ، كالتعاقد مع مصالح الماء والكهرباء والهاتف والنقل والمصارف وبعض المستشفيات ٠٠٠ الخ ، فالشخص الذي يريد الحصول على هذه السلع والخدمات مضطر الى قبول ما يعرض عليه ، وهذا الاضطرار لا يعتبر إكراها يعيب الرضى بل هو إذعان لارادة الطرف القوي إقتصاديا ، عليه فان عقود الازعان عقود صحيحة إلا أنها تتضمن عادة شروط تعسفية يضعها الطرف القوي ولمصلحته .

لذلك نقوم في هذا البحث بتسليط الضوء على المواد القانونية في التشريع والمبادئ التمييزية التي تتعلق بعقود الازعان وآراء فقهاء القانون التي تبنت الموضوع ، لتعريفها وبيان خصائصها لغرض تحديدها ومن ثم معالجة الشروط التعسفية المصاحبة لها من خلال منح القانون للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية او إلغائها .

فتناولنا في الفصل الاول من البحث عقود الازعان والتعريف بها وتحديد خصائصها التي تميزها عن باقي العقود من حيث الايجاب والقبول والرضا والطبيعة القانونية لهذه العقود ، وفي الفصل الثاني تناولنا موضوع الشروط التعسفية والتعريف بها والمعايير المميزة لها لغرض تعيينها ومعرفة أنواعها ، وفي الفصل الثالث بينا دور القاضي في معالجة الشروط التعسفية المصاحبة لعقود الازعان عن طريق السلطة التي منحه القانون في تفسير العقد للوقوف على الشروط التعسفية ومن ثم تعديلها او إلغائها ، ومعرفة مدى فاعيلة القواعد القانونية وسلطة القاضي في معالجة هذه الشروط ، والطور التي تبنتها قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة ومنع الاحتكار النافذ في الاقليم .

الفصل الاول

المبحث الاول

ماهية عقود الازعان

إن تطور المجتمعات وما صاحبته من إتخاذ النهج الصناعي بدلا من النهج الزراعي والتطور الهائل والسريع في المجال التكنولوجي بشكل عام ووسائل الاتصال بشكل خاص ونمو الحالة الاقتصادية للفرد ، أدى الى الحاجة لابرام عدد كبير من العقود لغرض إشباع الحاجات المختلفة للأفراد ، وأن هذه الرغبات تطلب إبرام عدد هائل من العقود في أقصر مدة وبأقل كلفة ومجهود وإنفراد عدد محدود من الشركات بإمكانية توفير الحاجات الضرورية للأفراد بسبب التكلفة العالية لهذه المشاريع او الحاجة الى مستوى من المعرفة او النفوذ في بعض الاحيان ، مما أدى الى بروز تفاوت إقتصادي كبير بين طرفي العقد بسبب إحتكار الموجب قانونيا او فعليا للحاجات الضرورية وإنفراده بوضع الشروط وحسب مصالحه وإضطرار القابل الى إبرام العقد بالرغم من عدم رضائه ببعض شروطه لتعلقه بمرفق أساسي لا غنى له عنه .

ولما كان تعريف المدين حسب القانون المدني هو الشخص الملزم بعمل او بعدم القيام بعمل ، وأن الدائن هو صاحب الحق في المطالبة بالقيام بالعمل او عدم القيام بعمل ، وإن محل الرابطة القانونية هو ما يجب أن يقوم به او يتركه المدين ، وهو ما يسمى الالتزام على المدين وحق شخصي للدائن ، وإن هذا التحليل ينطبق على جميع الروابط القانونية (١)، ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) (٢) ، وأن العقد عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه (٣) ، وأن مبدأ سلطان الارادة نظرية تدخل في نطاق فلسفة القانون وتتسم بالفردية والاراء الحرة والتي نبع عنها إعلان حقوق الانسان وتتلخص في أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق ويسمح لهم بأن يأتوا ما يشاؤون من التصرفات بشرط عدم الاضرار بالغير، وأن القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون فيجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام والاداب ، وأن من نتائج تطبيق مبدأ سلطان

١- عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة نديم ، بغداد ، الطبعة الخامسة ، بدون سنة نشر ، ص٦ .

٢- المادة (٦٩) الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣- المادة (٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

الارادة هي حرية الافراد في التعاقد وإبرام ما شأؤوا من أنواع العقود وأن يضمنوها الشروط التي يرتضونها ، وعدم جواز فرض قيود قانونية عليها إلا إستثناء لحماية النظام العام والآداب ، وإحترام الارادة التعاقدية وعدم جواز تعديل العقد او وقف تنفيذه إلا باتفاق الطرفين وعدم الجواز للقانون او القاضي التدخل في حياة العقد ، وبسبب تجاهل مبدأ سلطان الارادة فكرة التضامن الاجتماعي وضرورة تدخل المشرع والقاضي في حياة العقد عند حصول إختلال التوازن بين التزامات طرفي العقد عليه وجهت إنتقادات كثيرة الى هذا المبدأ وأن من نتاج هذه الانتقادات صدور قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ والتي تقتضي تغييراً جذرياً في مفهوم مبدأ سلطان الارادة ومنها التركيز على التوازن في العقود بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وإبطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء بما يحقق هذا التوازن وذلك تحقيقاً للعدالة ومنعاً للتحكم وغضا من شوكة سلطان الارادة في دائرة العلاقات العقدية إذا أضحت مصدراً للإستغلال (١). وبعد هذا التوضيح المقتضب عن تطور المجتمع والحاجة الى إبرام بعض العقود حتى وإن تضمن شروطاً غير مرغوب فيها ، وبالتالي تغيير مبدأ سلطان الارادة تبعاً لتطور المجتمع ، نأتي على ذكر العقود التي برزت نتيجة هذه التطورات والتي تسمى (بعقود الاذعان) والتي أشار اليها في بادئ الامر الفقيه الفرنسي (سالي) وسمي بعقود الانضمام في القانون المدني الفرنسي ومن ثم نقله الى العربية الاستاذ عبدالرزاق السنهوري وسماه بعقود الاذعان لما فيها من معنى الاضطرار في القبول ، وقد لاقت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من الفقه والقضاء ، وانتقلت الى القوانين المدنية العربية ، ومنها القانون المدني العراقي (٢) .

المطلب الاول

تعريف عقود الاذعان

إن القانون المدني العراقي لم يتضمن تعريفاً شاملاً لعقد الاذعان بحيث يبين جميع المقومات المميزة له بل اقتصر فقط على وصف القبول في مثل هذه العقود (المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي) ، وكذلك الامر بالنسبة الى قوانين الدول العربية ومنها القانون المدني المصري والذي أخذ منه القانون المدني العراقي المبادئ التي أعتمد عليها في وصف عقود الاذعان ، فبالنظر الى البحث عن التعريفات التي صاغتها فقهاء القانون والتي من خلال دراستها نرى تغلب النزعة

١- عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الاول ، ١٩٨٠ ، ص ٢٠ و ٢١ و ٢٢ .

٢- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٨٤ .

الاقتصادية على نظرية الاذعان وبسببها واجهت تعريفها صعوبات على صعيد الفقه والتشريع القانوني ، فناحية الاذعان في العقد كانت نتيجة إختلال التوازن الاقتصادي فيه ، وهذا الإختلال في التوازن أدى الى أن يتمتع أحد الطرفين بمركز إقتصادي متفوق ، وهذا التفوق أتاح للطرف القوي إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطا لا تقبل لها تعديلاً او تغييراً ، وهذا الطرف القوي قد تيسر له ذلك لانه يحتكر إحتكاراً فعلياً او قانونياً لسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الاولية للجمهور ولا بد له أن يتعاقد بشأنها (١).

وعلى ضوء ما سبق سنتناول في الفرع الاول من هذا المطلب تعريف عقد الاذعان لغة ومن ثم نأتي على تعريف عقد الاذعان لدى فقهاء القانون او ما يسمى اصطلاحاً.

الفرع الاول

تعريف عقد الاذعان لغة

الاذعان هو الاسراع مع الطاعة والخضوع والانقياد والإقرار (٢) ، من ذعن يذعن ذعناً، أذعن الرجل إذا انقاد ، والاذعان للحق الاعتراف به وهو الإقرار (٣) ، إذأ فإن الاذعان في اللغة هو الانقياد بسرعة مع الطاعة والإقرار والخضوع.

الفرع الثاني

تعريف عقد الاذعان اصطلاحاً

١- تعريف (الفقيه الفرنسي سالي) : وهو أول من لفت الى فكرة الاذعان في فرنسا وعرف عقد الاذعان بأنه (محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة ، وتملي قانونها ، على مجموعة غير محددة من الافراد ، وتفرضه مسبقاً ومن جانب واحد ، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد) (٤) ، ومن هذا التعريف

١- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم والسياسة ، المجلد الثاني ، لسنة ٢٠١٧ ، ص١٩١. متوفر على الرابط الالكتروني <https://www.uoanbar.edu.iq/CMS.php?>

٢- احمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، معجم عربي عربي ، طبعة اولى ، القاهرة ، دار الحديث ، ٢٠٠٠ ، ص١٣٠.

٣- جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، في عامر احمد حيدر منشورات محمد علي بيضون ، طبعة اولى ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ ، ص١٧٢.

٤- لعشب محفوض بن حامد ، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، عن سالي ، الاعلان عن الارادة ، مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الالمانى ، باريس ، ١٩٩٣ ، ص١٩. اشار اليه محمد فواز صباح الالوسي ، المصدر السابق ص١٩١.

يتبين بأن سالي قد ركز على الإرادة المنفردة لواضع العقد، ولطريقة انضمام الافراد الى هذه الإرادة دون أن يتعرض لموضوع العقد ومن هنا يطلق عليه في القانون المدني الفرنسي تسمية (عقد الانضمام) ، بإعتبار أن من يقبل العقد ينضم اليه دون مناقشة.

٢- تعريف (عبد الرزاق السنهوري): وعرف عقد الاذعان بأنه (صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو او رفضه كلياً دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه او الشروط او الاحكام التي يتضمنها ولا يدخل في مجازبة او مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد) . ومن هذا التعريف يتبين بأن السنهوري تطرق الى القبول في عقد الاذعان فأعتبر أنه قد يكون القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب فالقابل في العقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ او يدع لما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غنى عنه ، فهو مضطر الى القبول ، فرضائه موجود ولكنه مفروض عليه ، لذلك أطلق عليه اسم عقود الاذعان(١).

٣ - تعريف (عبد المنعم فرج الصدة): عرف عقد الاذعان بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني او فعلي او تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها). كما أعتبر تسمية عقد الاذعان أصح من تسمية عقد الانضمام لان معنى الاذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الاذعان إذ يشمل عقد الاذعان وغيره من العقود التي ينضم اليها القابل دون مناقشة (٢).

وبعد الإشارة الى رأي فقهاء القانون حول تعريف عقد الاذعان ، فإن الدكتور (عبدالمجيد الحكيم) يرى بأن تعبير (عقد الاذعان) محل نظر ذلك أن ما تضاف اليه كلمة (عقد) إنما هو لبيان الوظيفة الاقتصادية للعقد ، فيقال (عقد بيع) و(عقد ايجار) وهكذا ، أما تعبير (عقد اذعان) فلا يبين هذه الوظيفة وإنما يشير الى أن رضاء المتعاقد لم يكن حراً تماماً ، والى أن أحد المتعاقدين قد فرض إرادته على الآخر ولم يكن أمام الآخر إلا القبول او الرفض ، ولكن التسمية أستقرت وأنتشرت على السنة

١- عبدالرزاق السنهوري ١٩٨٣، الموجز في نظرية الالتزام ، القاهرة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ص ٦٨ .

٢- عبدالمنعم فرج الصدة ، عقد الاذعان ، بحث منشور في مجلة الامن والقانون ، العدد الاول ، السنة الرابعة ، كلية شرطة دبي ، دبي ، ١٩٩٦ ، ص ٢٤٣ .

الفقهاء وفي نصوص القوانين (١).

المطلب الثاني خصائص عقود الاذعان

لقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٦٧) في القانون المدني العراقي على انه (القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة) ، وجاء في قرار لمحكمة التمييز (إن عقود الاذعان يكون موضوعها سلع او مرافق ضرورية يحتكرها شخص طبيعي او معنوي يصدر إيجاباً موجهاً الى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محددة ويكون الطرف الآخر مضطراً لقبول تلك الشروط لأنه في حاجة الى الشيء الذي يتعاقد عليه) (٢) ، إذأ فان محكمة تمييز العراق حددت خصائص عقود الاذعان ب (١- تعلق العقد بسلع او مرافق من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين او المنتفعين ٢- إحتكار الموجب لهذه السلع او المرافق إحتكاراً قانونياً او فعلياً او على الاقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ٣- صدور الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة مفصلة اكثرها لمصلحة الموجب) (٣) ، ولإعتبار العقد من عقود الاذعان يجب أن يتوفر فيه مجموعة من الخصائص مجتمعة وإلا فلا يعتبر من عقود الاذعان ، وهذه الخصائص هي (٤):

الفرع الاول : تفاوت المركز الاقتصادي بين طرفي العقد

إن الموجب في عقود الاذعان يكون في مركز اقتصادي قوي بحيث يمكنه من وضع شروطه وأن يفرضها دون تحفظ وإن القابل يكون عادة في مركز اقتصادي ضعيف.

الفرع الثاني : تعلق العقد بسلعة او مرفق تعتبر من الضروريات

إن عقود الاذعان يتعلق بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى القابل او على الاقل ذات فائدة كبيرة بالنسبة اليه .

- ١- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٨٤ .
- ٢- القرار رقم ٧٤/م/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٥/٢١ ، الصادر من محكمة التمييز العراقية ، مجلة الاحكام العدلية، عدد/٢، السنة/٦، ١٩٧٥ ، ص ٢٠.
- ٣- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ .
- ٤- تم استخلاص خصائص عقود الاذعان من : عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، القانون المدني واحكام الالتزام الجزء الاول . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، في مصادر الالتزام ، محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان . هانية محمد علي فقيه ، الرقابة القضائية على عقود الاذعان ، المصادر السابقة .

الفرع الثالث : الاحتكار القانوني من قبل الموجب

يتمتع الموجب باحتكار قانوني مثل ما هو الحال في عقود تزويد الكهرباء والمياه والهاتف فإن الشركات التي تقدم هذه الخدمات تتمتع بإمتياز قانوني تخضع لتنظيم خاص بينها وبين السلطة العامة .

الفرع الرابع : الاحتكار الفعلي من قبل الموجب

يتمتع الموجب باحتكار فعلي مثل ما هو الحال عند وجود شركة هاتف واحدة او قليلة العدد في المنطقة تتفق فيما بينها .

الفرع الخامس: الايجاب عام ودائم

يكون الايجاب في قالب نموذجي وعماماً ودائماً ويوجه الى الجمهور ولمدة غير محددة.

فكما بينا سابقاً فإنه لا بد من توفر الخصائص المذكورة مجتمعة في العقد حتى يعتبر من عقود الازعان وبالتالي تطبيق المواد القانونية من قبل القاضي والتي شرعت لغرض الحد من سطوة الموجب إن كان متعسفاً بحق الطرف المذعن .
ولكون الايجاب والقبول في عقود الازعان يتميزان ويختلفان عن العقود الاخرى لذلك سنتناول الحديث عنهما في مطلبين ومن ثم نأتي على موضوع الرضى في عقود الازعان في مطلب آخر.

المطلب الثالث

الايجاب في عقود الازعان

إذا كان الايجاب والقبول حسب المادة (٧٧) من القانون المدني (لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر فهو إيجاب والثاني قبول) ، فإن الايجاب في عقود الازعان يكون صادراً من الطرف القوي ويكون موجهاً الى الجمهور كافة او الى فئة لا حصر لها وبشروط متماثلة ومفصلة ومستمرة لمدة طويلة وبصيغة مطبوعة عادة ولا تجوز فيها المناقشة واكثرها لمصلحة الموجب فهي تخفف تارة من المسؤولية التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف القابل الذي يكون مضطراً للقبول لتعلقها بسلعة او مرفق لا غنى عنها تكون محل إحتكار قانوني او فعلي او تكون المنافسة فيها محدودة النطاق (١)، فالقبول في هذه العقود إنما هو إذعان من القابل لارادة الموجب ، فالموجب يعرض إيجابه في شكل نهائي

١- خولة كاظم محمد راضي ، الايجاب في عقود الازعان ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السادسة ، ٢٠١٤ ، ص٣٧٣ ، متوفر على الرابط

لا يقبل فيه مناقشة ، وإن الطرف الآخر مضطر الى القبول لحاجته الى الماء والكهرباء والتلفون والسفر ٠٠٠٠ الخ (١) ، والايجاب والقبول يكونان كالاتي:

الفرع الاول : صدور الايجاب في شكل نمطي محدد

يكون الايجاب الصادر في عقود الازعان بشكل نمطي ومطبوعا في الغالب يعده أحد طرفي العقد بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو او رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه او الشروط والاحكام التي يتضمنها ، ويتضمن الايجاب الكثير من الشروط المعقدة بحيث يصعب فهمها من قبل الشخص العادي وقد لا يكلف نفسه مشقة قرائتها ، وهذه الشروط في صالح الموجب بحيث أنها تخفف من مسؤوليته او تعفيه منها او قد تزيد من التزامات الطرف القابل (٢) ، وإذا ما أستعمل المتعاقد نموذجاً مطبوعاً لعقد وأضاف إليه بخط اليد او بأية وسيلة أخرى شروطاً تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقد (٣) .

الفرع الثاني : إيجاب عام ودائم وموجه الى جمهور أشخاص غير

محددین

صدور الايجاب يكون الى الناس كافة وبشروط واحدة ومستمرة الى أجل غير محدد ، فهو إيجاب غير شخصي أي أن شخصية المذعن ليست محل إعتبار فالايجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء موجه الى كل الناس الراغبين في الاشتراك دون الاهتمام بمهنتهم او صفاتهم الشخصية (٤) .

الفرع الثالث : الايجاب قطعي وحتمي

الايجاب في عقد الازعان يصدر في صورة قاطعة ويشتمل على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية ولا يكون الموجب على إستعداد للمناقشة فيه وبذلك لا يحتاج إلا الى قبول المذعن ويعتبر بمثابة التسليم بمشروع العقد ، ويكون حتمياً أي أن الموجب يكون ملزماً بتقبل كل من يتقدم للقبول ما دام الامر يتعلق بسلعة ضرورية او مرفق ضروري (٥).

-
- ١- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٨٤
 - ٢- شيماء مصطفى احمد الشخلي، عقد الازعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة النهريين ، ٢٠٠٠، ص ٣٦، اشار اليه محمد فواز صباح الالوسي، التعسف في عقود الازعان، المصدر السابق، ص ١٩٣ .
 - ٣- ابراهيم سيد احمد ، عقود الازعان فقها وقضاء ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٣٥ .
 - ٤- عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الازعان ، نفس المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .
 - ٥- عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الازعان ، نفس المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

المطلب الرابع

القبول في عقود الاذعان

عدم إمكانية المساومة والمناقشة من قبل الطرف المذعن

إن القبول في عقود الاذعان يختلف عن القبول في العقود الاخرى في إنه لا يعبر عن إرادة حقيقية بالقابل حيث يكون القبول إذعانا ورضوخاً وتسليماً بالشروط التي جاء بها الايجاب فالموجب يصدر إيجاباً نهائياً ولا يكون عنده استعداد لقبول بحثه او مناقشته (١).

وقد يتبادر الى الذهن الى اعتبار هذا النوع من القبول إكراهاً وبالتالي عيباً من عيوب الرضى الذي يؤدي الى بطلان العقد ، إلا أنه لا وجه للقياس بين عقود الاذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضاء مشوباً بعيب الاكراه ذلك لان الارادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما لانها تنعدم تحت وطأة الاكراه ، في حين إن عقود الاذعان لا تعدم الارادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بتحديد شروط التعاقد ، وإن القبول يكون على بينة وإختيار .

وهناك حالات إستثنائية يتم فيها رفض القبول من قبل الموجب كما هو الحال عند النص صراحة على عدم نفاذ الايجاب بحق فئة معينة كرفض تأمين شخص معرض للأخطار بنوع خاص ، او ضمناً عندما يكون للموجب قدرة محددة للتعاقد مع عدد محدود من القابلين كرفض المسافرين بعد نفاذ المقاعد ، إلا أنه في حالة الاحتكار القانوني للمرافق كالماء والكهرباء فإن الموجب لا يستطيع رفض القبول (٢).

المطلب الخامس

الرضا في عقود الاذعان

الاصل في العقود أن تتم نتيجة مفاوضة بين أطرافها بعد مناقشة شروطها الى أن يتوصلوا الى التراضي على جميع الشروط ، إلا أن الأمر يختلف في حالة عقود الاذعان حيث إن الايجاب والقبول يتميزان ويختلفان عن العقود الاخرى وكما تم شرحها ، فبالاضافة الى وجوب تمتع الطرفين بأهلية التعاقد وأن يكون الرضا

١- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، (١٩٥٢) ، الجزء الاول ، ص ٢٢٩ .

٢- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ١٩٨ .

خالياً من العيوب وإلا فيعتبر العقد باطلاً ، فإن رضا الموجب في عقد الإذعان يكون جبراً عليه عندما يكون محتكراً قانونياً للمرفق الذي لا يمكن له رفض قبول المتعاقد ، وإن رضا القابل يكون بأرادة ناقصة عندما يكون مضطراً الى قبول شروط لم يكن ليرضى بها إن كان له الحرية في التعاقد مع موجبين آخرين .

وكما ذكرنا سابقاً فإنه لا اعتبار العقد من عقود الإذعان يجب أن يتوفر فيه الخصائص المذكورة .

ومن أبرز عقود الإذعان وأكثرها شيوعاً في الوقت الحاضر هو عقد تجهيز خدمة الاتصالات للهاتف النقال حيث تقوم الشركة المقدمة لخدمة الاتصالات بوضع عقود نموذجية وبعد ملئها والتوقيع عليها من قبل المشترك تصبح عقود الزامية وتكون شروط العقد موجهة للكافة دون تمييز بين أي شخص وتأخذ شكلاً قطعياً لا يقبل المناقشة ومن ثم تقوم بعرضها على الجمهور وإن المشترك لا يملك حق التفاوض على بنود هذا العقد فليس أمامه إلا أن يبرم العقد او يرفضه ولكون هذه الخدمة تعتبر من ضروريات الحياة فليس للمشارك خيار إلا الإذعان وقبول شروط العقد ، والشركة التي يتعاقد معها المشترك تبقى هي الطرف الأقوى والظاهر في مواجهة المشترك بسبب قوتها الاقتصادية في مقابل المركز الاقتصادي الضعيف للمشارك عادة ، وإن الشركات المقدمة لخدمة الاتصالات تعتبر محتكرة قانونياً لحصولها على إمتياز من قبل السلطة ومحتكرة فعلياً لوجود عدد قليل من هذه الشركات وإن شروط التعاقد معها متشابهة الى حد بعيد وإن لم يكن بينها إتفاق (١) ، وقد أعتبرت محكمة التمييز العقود المبرمة مع مصلحة إسالة الماء ومع مصلحة السكك الحديدية لنقل البضائع عقود إذعان ، كما أعتبرت الشرط الذي يجيز للمصلحة مضاعفة أجور الخزن في حالة تراكم البضائع والتأخر في إخراجها شرطاً تعسفياً يجوز للمحكمة تعديله (٢) ، وفي قرار آخر لم تعتبر العقود الجارية عن طريق المزايدة العلنية من عقود الإذعان (٣).

كما إننا نرى بأن العقود الخاصة ببيع او إستئجار الوحدات السكنية والتجارية في المجمعات السكنية والمراكز التجارية الكبيرة المنتشرة في مدن الإقليم والتي تكون عادة مملوكة لشركات ذات نفوذ ورأس مال كبير وكذلك عقود الخدمات التي تقدمها هذه الشركات كالحراسة والتنظيف والصيانة وخدمات الماء والكهرباء في

١- عصمت عبدالمجيد ، اثر التقدم العلمي في العقد ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٢٦ .

٢- النشرة القضائية ، العدد ٤ ، السنة ١ ، ص ٥٦-٦٠ .

٣- ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات مركز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، رقم القرار ١٢٢/موسعة اولاً/١٩٨٤ في ١٩٨٥/٥/٢٩ ، الصادر من محكمة التمييز العراقية ، ص٥٠٣ .

هذه المجمعات تكون جميعها بشروط وأسعار محددة من قبل الشركة وموجهة الى جميع المشتركين الذين لا يملكون حق مناقشة او تعديل هذه الشروط ، وإن المشترك يكون مضطراً للقبول وذلك لكونه لم يكن على دراية وعلم بشروط العقد في بعض الحالات وإن عدم القبول يتسبب له بخسارة كبيرة بعد أن دفع الاقساط ولفترة طويلة من الزمن ، او إن هذه العقارات مفروضة على المشترك من قبل السلطة عند تبديل محلات السكن او العمل للمصلحة العامة ، وإن هذه الشركات تكون محتكرة فعلياً لهذه الخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها ، وبرغم وجود عدد كبير من الدعاوي حول النزاعات الناشئة بسبب هذه العقود فإن المحاكم في الاقليم ومنها محكمة التمييز لم تطبق الاحكام الخاصة بعقود الازعان على هذه العقود ومن ثم إعطاء الحق للقاضي في إلغاء او تعديل الشروط التعسفية محل النزاع بحق الطرف المدعن (١).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الازعان

بسبب وجود خصائص تميز عقود الازعان عن العقود الأخرى فإن فقهاء القانون اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود فمنهم من أنكر صفة العقد عنها وهم فقهاء القانون العام ، ومنهم من اعتبرها عقود حقيقية كسائر العقود وهم فقهاء القانون الخاص .

١- انظر القرار رقم ١٨٦٤/ب/٢٠١٣ في ٢٩/١٢/٢٠١٣ الصادر من محكمة البداية الخامسة في اربيل المتضمن طلب الشركة تخلية الدكان الكائن في سوق اربيل العصري بسبب عدم الاستعمال من قبل المتعاقد معها وتم اصدار الحكم بالتخلية ومن ثم نقض بالقرار المرقم ١١٩/ت/٢٠١٤ ٢٠١٤/٢/٢٧ الصادر من رئاسة محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية لعدم قيام المحكمة التثبت من صلاحية الدكان للاستعمال من حيث كون الدكاكين المجاورة مستعملة وهل يمكن للمواطنين الوصول اليه ام لا ، فتم رد الدعوى اتباعاً للقرار التمييزي ، وتم اصدار القرارات المرقمة ٢٢٦٧ و ٢٢٧١ و ٢٢٨٥ و ٢٢٩٣/ب/٢٠١٣ في ١/٦/٢٠١٤ بناء على نفس المبدأ ، غير منشورات ، والقرار رقم ٧٦/ب/٢٠١١ في ٢٥/٤/٢٠١١ الصادرة من محكمة البداية الثانية في اربيل والمصدقة تمييزاً بالقرار المرقم ٣٧٥/مدنية اولى/٢٠١١ في ١/٦/٢٠١١ الصادر من محكمة التمييز في الاقليم والمتضمن رد دعوى المدعي بطلب الغرامات التأخيرية لعدم تسليم دكان في سوق نيشتمان في اربيل بسبب عدم قيام المدعي بتادية كامل الاقساط الى الشركة ، غير منشور ، ففي الدعاوي المذكورة فاننا نرى بانه كان بالامكان تطبيق الاحكام المتعلقة بعقود الازعان وبالتالي إعادة التوازن المختل الى طرفي العقد والحد من تسلط وهيمنة الشركة على المواطنين المتعاقدين معها إلا ان محاكم البداية والتمييز في الاقليم لم تأخذ بهذا المبدأ في مثل هذه الدعاوي .

المطلب الاول النظرية غير العقدية

إن فكرة أنصار هذه النظرية تقوم على أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية وإختيار وفي عقود الاذعان فإن القبول ليس سوى إذعان ورضوخ ، وأن الفكرة تدور عموماً حول إرادة واحدة وهي إرادة الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تضعها الشركات التي تحتكر المرافق العامة والسلع وتفرض على الناس اتباعها فارادة الموجب هي التي تتفوق تفوقاً تاماً بحيث تملي مشيئتها لا على فرد واحد بل على مجموعة غير محددة من الافراد لا تملك سوى الخضوع لما فرض عليها فهي إذاً تصرفات ذات طبيعة لائحية (١) ، وهم يرمون من وراء ذلك الى وجوب تفسير هذه العقود كما تفسر القوانين ، ومراعات مقتضيات العدالة وحسن النية في تطبيقها ، والنظر الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت هذه العقود لتنظيمها ، وما دام عقد الاذعان ينظم منفعة عامة فيجب مراقبة هذه المنفعة من حيث توجيهها لكي لا تحيد عن الغرض منها (٢) .

المطلب الثاني

النظرية العقدية

إن فقهاء القانون الخاص يذهبون الى أن عقود الاذعان هي عقود حقيقية تتم باتفاق إرادتين ، ولا فرق بينها وبين غيرها من العقود . أما ما يقال من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فهذا لا يمكن توقيه ولا أثر له في طبيعة العقد ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الجانب الضعيف ما دام لم يستغل ، والذي يبرر التدخل إنما هو إستغلال الضعف لا الضعف ذاته (٣) ، فإن إتفاق الارادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الارادتين دور معادل لدور الاخرى ، ولا يشترط قانوناً لاتفاق الارادتين إتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين ، وكل ما يرد على حرية القابل في عقد الاذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي ، وإن السلطة اللائحية التي يراد إعطائها للموجب سلطة خطيرة لأنها تؤدي الى الاضرار بمصالح الطرف المذعن (٤) ، وإن وجد أحد المتعاقدين في مركز ضعيف أمام الآخر ، فإن

١- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، نقلا عن سالي ، التعبير عن الإرادة ، ص ٢٢٩ .

٢- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٨٥ .

٣- عبد المجيد الحكيم ، نفس المصدر السابق ، ص ٨٦ .

٤- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ١٢٥ .

هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، ولا يكون علاج الامر بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، وينضوي تحت تعريف العقد بانه تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام او اكثر ، بل أن هذه العقود تفضل على العقود المعتادة لانها واحدة للجميع فيقل فيها خطر الغلط والتدليس ، ولأنها تمكن السلطات العامة من مراقبة شروطها ، وعلى هذا لا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها وهذا الرأي هو الذي ساد في فقه القانون المدني (١) .

١- انس محمد عبدالغفار، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص٥٨.

الفصل الثاني

المبحث الاول

الشروط التعسفية

ماهية الشروط التعسفية وإختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

لقد نص القانون المدني العراقي على حماية الجانب الضعيف في عقود الازعان فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون للمحكمة أن تعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود او أن تعفي الطرف المذعن منها ، وفي ذلك حماية للمستهلكين من الشروط التعسفية التي تفرضها شركات الاحتكار، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً يعود الى القاضي إذا كانت عبارات العقد تحتل المعنى الذي أخذ به ، ولا يخضع في ذلك الى رقابة محكمة التمييز ، وليس على القاضي من حدود في ذلك إلا ما يفترضه العدل ، وإذا أتفق المتعاقدان نزع هذه السلطة من القاضي فاتفقهما باطل لمخالفته للنظام العام (١) ، إلا أن مصطلح الشروط التعسفية يثير الغموض في مفهومه ، وتعريفه ، وتحديدده ، وطرق معالجته فضلاً عن ذلك فان ما يعد شروطاً تعسفية هي شروط صحيحة في إطار النظام العقدي فهي ليست مخالفة للنظام العام ولا للاداب وهي شروط تعاقدية ، فكيف يستطيع المشرع والقاضي أن يتجاهل شرطاً صحيحاً متفق عليه بين الطرفين ، ومن هنا بدأت فكرة الشروط التعسفية تخاصم النظام القانوني باكملة على نحو يوحي باعادة صياغة نظرية العقد (٢) ، لذلك سنقوم في المطلب الاول بالتعريف بالشروط التعسفية ومن ثم نتحدث في المطلب الثاني عن الشروط التعسفية في ظل نظرية عقود الازعان وبعدها ناتي في المطلب الثالث على ذكر المعايير التي تحدد هذه الشروط وفي المطلب الرابع نبين أنواعها .

المطلب الاول

التعريف بالشروط التعسفية

إن القانون المدني العراقي قد خلا من تعريف الشرط التعسفي وهو حال معظم القوانين في البلاد العربية بإستثناء المشرع الجزائري والمغربي ، ولاهمية مسألة تعريف الشرط التعسفي فإننا سنتناول الموضوع من جانب التشريعات التي جاءت بتعريف للشرط التعسفي وتعريف فقهاء القانون .

٢- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .

٣- محمد فواز صياح الالوسي ، التعسف في عقود الازعان ، المصدر السابق ، ص ٢٠٠ .

الفرع الاول : تعريف الشرط التعسفي لغة

تعني كلمة الشرط لغة : إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه (١).

أما معنى كلمة التعسف لغةً : تعسف ، تعسفاً ، عسف عن الطريق مال عنه وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا روية ، إستخدمه وتعسف في القول أخذ على غير هداية حمله على معنى لا تكون دلالاته عليه ظاهرة (٢) .

الفرع الثاني : تعريف الشرط التعسفي إصطلاحاً

الشرط التعسفي هو: كل شرط تعاقدى يحقق منفعة او ميزة لمصلحة المشتري على حساب المتعاقد الضعيف .

او الشرط التعسفي هو: الشرط الذي يفرض على غير المهنيين ، او على المستهلك من قبل المهني ، نتيجة التعسف من قبل الاخير لسلطته الاقتصادية ، بغرض الحصول على ميزة مجحفة .

او الشرط التعسفي هو: الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي الذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر .

وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة (٣٥) من القانون رقم ٢٣/٧٨ الصادر في ١٠ كانون الثاني سنة ١٩٧٨ بأنه ذلك الشرط الذي يفرض بواسطة المحترف على غير المحترف او على المستهلك من خلال التعسف في إستخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها .

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشرط التعسفي بموجب القانون رقم ٠٤-٠٣ حزيران ٢٠٠٤ بأنه كل بند او شرط بمفرده او مشتركاً مع بند واحد او عدة بنود او شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد (٣).

١- ابن منظور ، لسان العرب ، المصدر السابق ، ص ٣٢٩ .

٢- قاموس المنجد الابجدي ، بيروت ، مطبعة دار الشرق ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٦٣ .

٣- د.حسين عبدالله عبدالرضى الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢٢٢ وما بعدها ، متوفر على الرابط الالكتروني

<https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-318946>

أما المشرع المغربي فقد عرف الشرط التعسفي بموجب القانون رقم ٣١-٠٨-٢٠١١ لحماية المستهلك بأنه يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه إختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك (١) .

المطلب الثاني

الشروط التعسفية في ظل نظرية عقود الاذعان

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي : (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك) كما نصت الفقرة الثالثة : (ولا يجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً) ، يتبين من المادة القانونية السابقة إن المشرع قام بصياغة نظرية الاذعان من أجل تقييد إرادة الطرف القوي من خلال منح السلطة للقاضي بتعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها كما لم يجز تفسير العبارات الغامضة بما يضر مصلحة الطرف المذعن ، عليه يقوم القضاء بمعالجة الآثار السيئة الناجمة عن عدم التكافؤ بين الإرادتين وإختلال التوازن الناجم عنها تطبيقاً لفكرة العدالة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي ، وتقدير ما إذا كانت الشروط تعسفية أو غير تعسفية منوط بالقاضي (٢) . وترتبط الشروط التعسفية إرتباطاً وثيقاً بعقود الاذعان فيجمعهما وصف مشترك ، بحيث إذا ذكر أحدهما ذكر الآخر ، ويعتبر الشرط التعسفي بنداً من بنود عقد الاذعان ، لذلك تعتبر النصوص القانونية المنظمة لعقود الاذعان أفضل طرق لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية .(٣)

١- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ .

٢- عبدالجبار ناجي الملا صالح ، مبدا حسن النية في تنفيذ العقود ، الطبعة الاولى ، مطبعة اليرموك ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠٢ . اشار اليه د.حسين عبدالله عبدالرضي الكلابي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ .

٣- انس محمد عبدالغفار - اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان ، المصدر السابق ،

المطلب الثالث معايير الشروط التعسفية وأساليب تعيينها

إن المشرع العراقي بين طائفة من الشروط التعسفية التي تكون باطلة في بعض عقود الاذعان مثل عقد التأمين وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي ، إلا أنه وبشكل عام ترك الامر بيد القاضي ليتولى هو تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا وذلك لأن مهمة القاضي هي تحقيق التوازن بين الطرفين وبسط العدل لذلك فهو أقدر من المشرع في تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي تبعاً لظروف القضية وحالة كلا المتعاقدين وظروفهما ، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي فتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً منوط بالقاضي ولا تملك محكمة التمييز التعقيب على هذا التقدير فاذا ما كشف القاضي شرطاً تعسفياً كان له أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيه ويعفي الطرف الآخر منه ، ويتحقق إختلال التوازن في العقد وإعتبار الشرط تعسفياً من خلال معيارين أولهما إقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي والثاني معيار قانوني وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني ، وهذين المعيارين متلازمان ومترابطان ببعضهما البعض إرتباط السبب بالنتيجة أي أن أحدهما يعتبر نتيجة للآخر (١).

الفرع الاول : تعسف النفوذ الاقتصادي

إن الاختلال بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد لا تكفي للقول بوجود الشرط التعسفي ، وإنما يجب أن يقترن هذا الاختلال بالتفاوت بالقدرة الاقتصادية لطرفي العقد وأن يسيئ المحترف إستعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على غير المحترف شروطاً تخل بالتوازن العقدي فخضوع غير المحترف لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بشروط تذهب بمصالحه (٢) ، وهذا الشرط مرتبط برابطة السببية مع معيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني وهي نتاج الميزة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا المهني وتؤدي الى خلل عقدي واضح يتمثل في حرمان الطرف الآخر أحد حقوقه كلياً او جزئياً ، إن القوة التي يستطيع بموجبها المحترف فرض شروطه على الطرف الآخر ليست القدرة الاقتصادية فحسب وإنما الكفاءة الفنية فالمحترف وقد أعتاد على إبرام العقود في مجال حرفته يعرف ابتداء ما يترتب على هذه العقود من آثار وهو يعرف ايضاً ما يجري عليها العمل في حرفته وهو يمتلك من الوسائل ما تمكنه من تحديد التزاماته التي يستطيع تنفيذها

١- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢.

٢- سليمان براك دايع الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، المصدر السابق ، ص ١١.

والشروط التي يستطيع فرضها مع من يتعاقد معه (١)

الفرع الثاني : الميزة الفاحشة

حتى يمكن إعتبار الشرط تعسفياً فإنه لا يكفي أن يكون الشرط وارداً في عقد مبرم بين المهني وغير المهني وإنما يجب أن يكون الشرط قد فرض من جانب الطرف الاوّل باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي هذا الشرط ميزة فاحشة للمهني ، ويعتبر هذا المعيار نتيجة للمعيار الاوّل أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة او المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية ومرتبطةً معه بعلاقة سببية (٢) ، وهذه الميزة الفاحشة لا تكون نقدية فقط بل هي عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمحترف كيفما يكون هذه المزايا ما دامت تؤدي الى تفوق طرف على حساب طرف آخر (٣) .

المطلب الرابع

أنواع الشروط التعسفية

تتعدد الشروط التعسفية بحسب ما إذا كانت متعلقة بمرحلة إبرام العقد وتسمى بالشروط التعسفية بالذات او بمرحلة تنفيذه وتسمى بالشروط التعسفية بحكم الاستعمال .

الفرع الاوّل : الشروط التعسفية بذاتها

تظهر التعسف في هذا النوع من الشروط في مرحلة تكوين العقد منذ إدراجها في العقد ، وتكشف عنه ذات ألفاظه ، فتأتي متناقضة مع جوهره .

ومن هذه الشروط التي تتعلق بتحديد التزامات الموجب كشرط الإعفاء من الضمانات وشرط فسخ العقد بإرادة منفردة ، والشرط الذي يرد في العقود المصرفية والذي يتضمن عدم مسؤولية المصرف في حال عدم إعلام العميل في أي تغيير في محل إقامته بكتاب خطي موقع عند عدم وصول المراسلات على آخر عنوان لديه ، والشرط الذي يلزم المشتركين في الخدمات العامة بدفع رسوم الاشتراك الشهرية سواء أستخدمت الخدمة او لم تستخدم ، والشرط الذي يقضي بسقوط حق المضمون

١- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ .

٢- احمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٢٢٠ . اشار اليه محمد فواز صباح الالوسي المصدر السابق ص ٢٠٣ .

٣- د.حسين عبدالله عبدالرضي الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ .

بسبب مخالفته القوانين واللوائح وغيرها (١) ، وكذلك إشتراط التنازل عن اللجوء الى القضاء لفض النزاع وجعل العقود جائزة في حق الطرف القوي والبراءة من كل عيب والمبالغة في حماية حقوق طرف على حساب الآخر (٢) ، كما أنه يتم غالباً كتابة الشروط بألفاظ غريبة وغير معهودة وبمصطلحات قانونية معقدة وبصورة مختلفة عن المعتاد لا توحى في ظاهرها بما تؤدي إليه من خلل في الالتزامات التعاقدية كأن يعفي نفسه من المسؤولية او الضمان بطريقة غير مباشرة كتحديد مدة الضمان او تخفيف العناية التي يجب أن يبذلها في تنفيذ العقد فإن عديم الخبرة الذي يقبل التعاقد يكون جاهلاً بها ، وكتابة الشروط بخط صغير وفي مكان من صفحات العقد الكثيرة لا ينتبه لها عديم الخبرة او يحيل الى شروط عامة تخص المحترف ووضعا بنفسه ولا يعلم بها الطرف الآخر عادة وكذلك طول النص وصياغته المبهمة في الغالب بالنسبة الى غير المطلعين (٣) .

وكما بينا سابقا فإن عقود الاشتراك في خدمة الهاتف النقال في الاقليم يعتبر من عقود الاذعان وأن هذه العقود تتضمن العديد من الشروط التي تعتبر تعسفية بحق المشترك المذعن ، حيث أن المشترك ليس له أي حق من حقوق الملكية على رقم هاتفه الخليوي المحدد لانتفاعه ويمكن أن يتم تغييره وإعادة تخصيصه تبعاً لمتطلبات الشركة ويجوز للشركة لأسباب تعود للأمن والسلامة او بشروط الرخصة الممنوحة لها أن تعلق أي من الخدمات الممنوحة للمشارك بعد الإعلان عن ذلك مسبقاً او أن تطلب من المشارك عدم إستعمال الخدمة مؤقتاً ولها أن تعلق الاشتراك عند عدم تعبئة الرصيد وأن تفسخ عقد الاشتراك دون إشعار المشارك ويحق للشركة تغيير أسعار مكالماتها الداخلية والدولية (٤).

الفراع الثاني : الشروط التعسفية بحكم إستعمالها

وهي شروط لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجه بالعقد ولكنها تظهر في مرحلة تنفيذ العقد ، وذلك بالتمسك بحرفيته وإهمال روح النص .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط شرط إعفاء البائع من الالتزام بضمان العيوب الخفية او تحديد وقت قصير لفحص السلعة ، والشروط الذي يعطي المصرف

- ١- هانية محمد علي فقيه ، الرقابة القضائية على عقود الاذعان ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ .
- ٢- د.حسن عبدالباسط جمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٢١ . اشار اليه انس محمد عبدالغفار ، المصدر السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .
- ٣- سليمان براك دايج الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، المصدر السابق ، عن جاك جستان ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، تكوين العقد ، ص ١١ .
- ٤- ينظر في نماذج العقود المبرمة مع شركات الاتصالات في الاقليم .

الحق في الحسم التلقائي لاي مبلغ أُضيف على الحساب كمصاريف البريد والمصاريف التي تتعلق بإمساك الحساب دون الرجوع للطرف الآخر والشرط الذي يسمح للطرف القوي بتعديل بنود العقد متى يشاء دون إشعار المتعاقد بذلك ، او شرط عدم تنفيذ الموجبات العقدية كسقوط الحق في الضمان عند تأخر المضمون في الإبلاغ عن الحادث او عند التأخر في تقديم المستندات التي تبين إن التأخير كان لعذر ما (١) .

ولأننا إعتبرنا العقود المبرمة مع الشركات حول الوحدات السكنية والتجارية في المجمعات السكنية والتجارية الحديثة في الاقليم من عقود الاذعان لتوفر خصائصها فيها فإن بعض الشروط التي تتضمنها هذه العقود تعتبر تعسفية بحكم إستعمالها فعدم بيان تفاصيل المأجور في العقد ومن ثم تسليم وحدة سكنية او تجارية لا يتوفر فيها شروط المتانة الهندسية او لا تصلح لمزاولة المهنة بسبب موقعها ومن ثم فرض غرامات او أجور كبيرة عند عدم فتح المحل وطلب تخليتها فهذه شروط تعسفية تفرض على الطرف الضعيف إلا ان المحاكم في الاقليم لم تطبق أحكام عقود الاذعان بشأنها (٢) .

١- سليمان براك دايج الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، المصدر السابق ، ص٩٦ و١٠٩ .
٢- انظر القرارات رقم ١٧٠٩/ب٣/٢٠٠٩ في ٢٧/٤/٢٠١٠ الصادر من محكمة البداية الثالثة في اربيل ، ورقم ٢٠٠٧/ب٤/٢٠١١ في ٢٧/٢/٢٠١٢ الصادر من محكمة البداية الرابعة في اربيل ، ٢٢٧١ و٢٢٦٩ و٢٢٣٩/ب٥/٢٠١٣ في ١/٦/٢٠١٣ الصادر من محكمة البداية الخامسة في اربيل ، فهذه القرارات تتعلق بعقود بين الشركة والمستاجر لداكين في سوق نيشتمان العصري في اربيل ولم يتم تحديد مقدار الاجرة او تفاصيل المأجور عند ابرام العقد ، غير منشورات ، وهنا ايضا نرى امكانية تطبيق أحكام عقود الاذعان من اجل الغاء او تعديل الشروط التعسفية الي تفرض على الطرف الضعيف اثناء تنفيذ العقد .

الفصل الثالث

دور القاضي في معالجة الشروط التعسفية في عقود الاذعان للحد من ظاهرة الشروط التعسفية

الأصل كما هو الجاري العمل به ، أن القضاء يحجم عن التدخل في الرابطة العقدية إحتراماً منه لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، طالما تمتع طرفا العقد بأهليتهما في التعاقد ، بيد أن القضاء أخيراً بدأ يتراجع عن التطبيق الدقيق لهذا المبدأ مسائراً منه للتطور الحديث الذي طرأ على العلاقات التعاقدية ، فالعقد وسيلة للتعبير عن إرادة أطرافه وتنظيم العلاقة القانونية التي يقيمونها فيما بينهم ، فإذا حصل خلاف حول ما قصدوه من العبارات الواردة فيه ، لجأوا الى القضاء طلباً لتفسيره ، فالتفسير إذاً الوسيلة القضائية لاطهار إرادة المتعاقدين في العقد (١) ، وإظهار هذه الإرادة هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وتعني كل ما أتفق المتعاقدان عليه ، وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه فعبراً عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونه (٢) .

ومن خلال هذا المنطلق ، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لإستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد ، على أن يكون ذلك عن طريق إستعمال المعايير المنصوص عليها في القانون ، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ، طالما كان حكمه مستمداً من أوراق الدعوى ، ولا يخالف الثابت فيها ، وفي حدود ما تقتضيها العدالة . لذا سوف نقوم في هذا الفصل بتناول موضوع معالجة الشروط التعسفية في عقود الاذعان في ظل مواد القانون المدني ، ومن ثم نأتي على موضوع معالجة الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وقانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ وقانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في اقليم كردستان وذلك في ثلاث مباحث منفصلة .

المبحث الاول

معالجة الشروط التعسفية في ظل القانون المدني

إن التفاوت الاقتصادي بين مركز المتعاقدين وإنفراد الجانب القوي منهما بوضع شروط العقد أمر ليس في الوسع تجاهله ومن العدالة أن ينص القانون على الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف لكي لا يكون ضحية جور الطرف القوي وتعسفه ، وليس بوسع القضاء بغير سند تشريعي أن يحقق هذه الحماية على وجه

- ١- لفنة هامل العجيل ، دور القاضي في تعديل العقد ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص٨٦.
- ٢- نبيل عبدالرحمن حسن ، دور القاضي في تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود ، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية ، السنة / ٥ ، العدد / ٢ ، ١٩٧٩ ، ص٤٩٨ .

فعال فالعقد شريعة المتعاقدين ولا مناص من أخذ المتعاقد بكل شروط العقد مهما بدت جائرة ومتعسفة ما دامت لا تتضمن مخالفة للنظام العام والاداب (١) ، فقد نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي) ، إلا أن المشرع العراقي تدارك حالة إختلال التوازن العقدي وما يصاحبه من إدراج شروط تعسفية في عقود الاذعان وذلك من خلال منح القاضي السلطة لمعالجة الشروط التعسفية فنصت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك) كما نصت الفقرة الثالثة (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً) .

كما أن القانون المدني العراقي قد نص على بعض الشروط التعسفية التي تكون باطلة في عقد التأمين وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨٥) حيث ذكرت : يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية (١) - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والانظمة ، إلا إذا أنطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمدية ، ٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات ، او في تقديم المستندات ، إذا تبين من الظروف إن التأخر كان لعذر مقبول ، ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الاحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط ، ٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة ، لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ، ٥- كل شرط تعسفي آخر ، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه) .

عليه ففي عقود الاذعان ومنها عقد التأمين إذا ظهر للقاضي من خلال التفسير وجود شروط تعسفية فله صلاحية تعديل العقد بتعديل الشرط التعسفي او بألغائه وإن سلطة تعديل عقد الاذعان مشروطة بمراعاة مقتضى العدالة بما يرفع الضرر عن المتضرر ولا يضر الطرف الآخر.

١- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، المصدر السابق ، ص١٩٢ .

المطلب الاول

سلطة القاضي في تفسير العقد (المبادئ العامة في تفسير العقد)

قد يرد في العقد بعض العبارات الغامضة او التي لا تكشف عن القصد الحقيقي للمتعاقدين ، وبالتالي قد يؤدي الى نزاع بين الاطراف ، لذا يتوجب تفسير العقد لتحديد مضمونه والوقوف على التزامات الطرفين ، وإن أول ما يبدأ به القاضي عند تفسيره للعقد هو محاولة تحديد مضمونه على ضوء الارادة الظاهرة ، أي التعبير عن الارادة او العبارات التي استعملها العاقدان في إبرام العقد ، فإذا أعسر عليه الامر إتجأ الى الارادة الباطنة ، أي الى ما قصده المتعاقدان من الالفاظ التي استعملها في التعبير عن إرادتهما ، وبعبارة أخرى يلجأ القاضي الى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فهناك قواعد عامة في التفسير في الفقه الإسلامي يسترشد بها القاضي ، يقال لها قواعد كلية ، وقد تضمن القانون المدني العراقي تسع عشرة قاعدة (١) ، ومن هذه القواعد هناك قاعدتين منحت للقضاء عند تفسيره للعقد بإستبعاد الشروط التعسفية ، وهما تفسير الشك لمصلحة المدين ، وحسن النية في العقود.

الفرع الاول : تفسير الشك لمصلحة المدين

إذا كانت القواعد العامة للتفسير تصح إعتماها بوصفها أساساً في تفسير العقود بصورة عامة ، فقد جرى تعديلها على النحو الذي يضمن لها الفعالية والانسجام والملائمة مع خصوصية بعض العقود التي تحاول من خلال نظرية التفسير حل إشكالية عدم التكافؤ بين مراكز المتعاقدين ، ولا سيما مع بروز أفكار قانونية حديثة تدعو الى حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي (٢) ، فإن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين تنهض بها الاصول العامة في القانون ، لان الاصل في الشخص هو براءة الذمة (٣) ، وعندما يقوم شك حول مدى التزام المدين ، فانه يجب تفسير هذا الشك بالطريقة التي تجعل الالتزام في أضيق الحدود ، لان عبأ الاثبات في مدى الوفاء بالالتزام يقع على عاتق الدائن ، فإذا قام شك في حقيقة هذا المدى فيعني ذلك أن الدائن لم يستطع الاثبات بشكل كاف لذا لا بد أن يؤخذ بالمدى الضيق للالتزام (٤) ، وفيما يخص تحديد المقصود من لفظ المدين في إطار

١- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ .

٢- فاطمة نازي ، توجهات القضاء في العقود الجبرية ، مكناس ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣ . بحث منشور على

الرابط الالكتروني ، <http://mastercontentieuxmekne.blogspot.com>

٣- المادة (٦) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

٤- المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

هذه القاعدة ، فعلى الرغم من أن المتفق عليه هو المقصود به المدين في الالتزام ، لكن لا يصح هذا القول بالنسبة للعقود التي تتضمن شروطاً تثير الشك في تفسيرها ، فهنا يراد به المدين في الشرط أي الطرف الذي يضرار من أعمال الشرط محل التفسير ، وهكذا فإن تفسير النص الذي ينتابه الشك لمصلحة المدين في الالتزام ليس ملزماً للقاضي ، خصوصاً إذا عرفنا أن الدائن هو الطرف الأقل خبرة او كفاءة وقدرة إقتصادية ، فهنا يجب أن توفر الحماية في مواجهة الطرف الذي بيده المبادرة في شأن الاشتراط ، وتطبيقاً لذلك في العقود المعدة مسبقاً من جانب المحترف وإذ تتضمن شروطاً تعسفية ، لا بد من تفسير الشرط الذي يحمل عباراته الشك ضد مصلحة المحترف المشتراط ، ولا سيما إذا عرفنا أنه في العقود المعروضة على المستهلكين قد يعتمد المحترفون عادة صياغة العبارات العقدية بصورة مبهمه من خلال وضع شروط قد تحتل أكثر من معنى من دون إمكانية ترجيح أحد المعاني على المعنى الآخر ، فلا يمكن تصور وجود شرط يثقل عبء المحترف ، وإن المستهلك دائماً هو المدين وإن ذلك يتفق وما تقتضيه العدالة ، لأن المستفيد من الشرط يتحكم في صياغته وهو من المفترض أن يتحمل نتائج عدم وضوح عباراته ما دام المستهلك لن يتمكن من التدخل بقوة في صياغة الشروط وقد يقبل بها دون علم كاف بأثارها وعدم المقدرة على مناقشتها (١) ، ومن هذا المنطلق أجرى القانون إستثناء على قاعدة (الشك يفسر لمصلحة المدين) وهذا في مجال عقود الادعان حيث إستبدالها بقاعدة (الشك يفسر لصالح المذعن سواء كان دائماً او مديناً) مراعيأ في ذلك حالة الطرف الضعيف في مثل هكذا عقود بغية حمايته من تعسف وجور الطرف القوي في العقد .

الفرع الثاني : مبداء حسن النية في العقود

تنص الفقرة الاولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي : (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية) ، فأطراف العقد يجب أن تتعامل طبقاً لهذا المبدأ بأن لا يستغل أحد الاطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لارهاقه والاجحاف بحقوقه لذلك فالمهني يجب أن يراعي ذلك في وضعه المسبق لشروط العقد ومبدأ حسن النية ، وهذا المبدأ يشمل جميع مراحل التعاقد ، الامر الذي يمكن معه إتخاذه وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المهني والمستهلك (٢) ، ففي العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين نجد أن

١- امانح رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، كلية القانون والسياسة ، السليمانية ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، ٢٠١٠ ، ص٢١٩ .

٢- عبدالجبار ناجي الملا صالح ، مبداء حسن النية في تنفيذ العقود ، الطبعة الاولى ، مطبعة اليرموك ، ١٩٧٤ ، ص٣٠. اشار اليه د.حسين عبدالله عبدالرضي الكلابي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

الالتزام بما تقضيه قاعدة حسن النية يكون مطلوباً من جانب المحترف أكثر من المستهلك ، لأن هذا الأخير لا يملك من المقومات ما يمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية ، لأن المستهلك عموماً يجد نفسه في مركز ضعيف أمام المحترف ، حيث يلمس الأول مدى عجزه أن يحدد بقدراته وإمكاناته الخاصة عناصر وشروط التعاقد فضلاً عن طابع السرعة في أكثر تعاملاته وعدم توفر الوقت الكافي عنده للفحص والدراسة والتأمل والالمام بكل النتائج المترتبة على تعاقداته (١) .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد

تفسير العقد هو تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها ، وذلك بهدف تحديد ما أنصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين وتحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها (٢) ، وعبارات العقد موضوع التفسير إما أن يكون واضحاً أو يكون غامضاً .

الفرع الأول : في حالة وضوح عبارات العقد وشروطها

إن الغرض من صياغة العقد بين المتعاقدين هو لأجل تنفيذه من دون نزاع حول مضمونه ، وبالتالي فعند حصول خلاف بين المتعاقدين فإن القاضي عند وضوح عبارات العقد يستند إلى القواعد العامة في تفسيره ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها حيث جاء (الأصل في تفسير عبارات العقد أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني ، إلا إذا تأكد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين) (٣) ، وبناء على ذلك فإن إلزام المتعاقد بالشروط الواردة في العقد يتطلب أن تكون العبارات واضحة بحيث يكون من الممكن فهم وإدراك مضمونها ويفترض علم المتعاقد بها ورضاه ، عليه فمتى كانت الألفاظ المستعملة في العقد واضحة الدلالة وجب الأخذ بها ، ويمتنع على القاضي تفسيرها على خلاف معناها الظاهر تحت ستار التفسير ، لأن الخروج عن المعنى الظاهر هو إنحراف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لكن القضاء قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة للعقد مهما بلغ وضوحها وبساطة

١- امير فرج يوسف ، عالمية التجارة الالكترونية وعقودها واساليب مكافحة الغش التجاري الالكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٠ .

٢- امانج رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ .

٣- القرار رقم ٤٣/موسعة اولي/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٤/٢٨ الصادر من محكمة التمييز العراقية ، منشور في الموسوعة العدلية ، العدد ٢٠٠٠/٦٧ ص ٢-٣ .

معناها وأرتفع عنها اللبس والابهام وذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الارادة (١) ، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على إن المتعاقدين أساء استعمال التعبير الواضح فقصد معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى ، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح ، وإنما يجب أن يعدل عنه الى المعنى الذي قصده المتعاقدين ، كما تجدر الإشارة أنه يجب النظر الى عبارات العقد مجتمعة عند التفسير لأن كل عبارة جزء من كل العقد ، ومن ثم تفسر بعضها البعض (٢) ، فالمقصود بوضوح عبارة العقد ليس وضوح كل جملة على حدة ، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات ، لأن الاصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة الى تفسيره او تطبيقه ، لذا قد يقع في بعض الاحيان أن يتسم العقد بالغموض بالرغم من وضوح عباراته كما لو كان هناك تعارض بين بعض العبارات الواضحة ، او كانت العبارة الواضحة لا تتفق مع مضمون الاحكام الكلية للعقد ، ولا جناح على القاضي في مثل هذه الحالة إذا عرض عن العبارة الواضحة وبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد (٣) ، وبهذا الصدد تضمن قرار لمحكمة التمييز (نقض الحكم ورد دعوى المدعي الذي يطالب مدير عام مصلحة إسالة الماء بإعادة مبلغ من المال قام بدفعه خطأ ومنع معارضته من قطع مجرى ماء ، وذلك لأن المدعي سبق وأن قدم إستمارة موقعة منه وافق فيها تحمل مصاريف تجهيزه بالماء والتخريب والتبليط ، حيث أن هذا العقد وإن كان عقد إذعان إلا أن الشرط الذي تضمنه وافق عليه المدعي ولا يعد شرطاً تعسفياً حتى يتوجب إعفائه منه لان مد الانبوب وتخریب التبليط جاء لمصلحته وبناء على طلبه) (٤) ، وبالتالي فان محكمة التمييز ترى بأنه على المحكمة الاخذ بالشروط الواضحة في العقد ووافق عليه المتعاقد ولا يجوز إهداره بحجة أنه جاء ضاراً به ، وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز (قد أتخذت المحكمة من عدم إظهار شرط الاعفاء من المسؤولية وتمييزه عن الشروط الأخرى ذريعة لإعفاء المتعاقد منه كونه لم يعلم به ، لانه كتب بطريقة لم تسترع الانتباه) (٥) ، حيث إن المادة (٩٨٥) من القانون المدني تضمن (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة

- ١- فاطمة نازي ، توجهات القضاء في العقود الجبرية ، المصدر السابق ، ص١٧.
- ٢- عبدالرزاق ايوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي ، دراسة مقارنة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ٢٠٠٣ ، ص٦٧.
- ٣- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٣٧٣ .
- ٤- القرار رقم ١٠٤٠/١٠٤٠/١٩٦٩ في ١٧/١١/١٩٦٩ الصادر من محكمة التمييز العراقية ، منشور في موقع قاعدة التشريعات العراقية ، الاحكام المرتبطة بالمادة (١٦٧) من القانون المدني .
- ٥- القرار رقم ٩٧٧/مدنية اولى/١٩٧٨ في ١٣/٥/١٩٧٨ ، ص٣٢ ، الصادر من محكمة التمييز العراقية ، مجموعة الاحكام العدلية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ، ١٩٧٨ .

التأمين من الشروط الاتية : ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الاحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط)، فنجد أن القرار تبنت المادة المذكورة لإعفاء المتعاقد من شرط الإعفاء من المسؤولية وفسرت عدم إظهاره وتمييزه عدم العلم به من قبل المتعاقد ، عليه فإذا كان العقد واضحاً في مضمونها وتضمن شروط تعسفية وكان عقد إذعان فعلى القاضي معالجتها من خلال الصلاحيات الممنوحة له من قبل المشرع وتعديل او إستبعاد هذه الشروط المفروضة على الطرف الضعيف .

الفرع الثاني : في حالة غموض عبارات العقد وشروطها

نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائماً) ، وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأن (الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين ، عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله ، وقد أستثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المدعى دائماً كان او مديناً ، فالمفروض إن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى عند التعاقد شروطاً واضحة وبيّنة فاذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه او تقصيره وحمل تبعته لانه يعتبر متسبباً في هذا الغموض) (١) ، فإن القاضي يسترشد بطبيعة التعامل والعرف والامانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين ، وينبغي أن ينصب التفسير ، هنا أساساً ، على العبارات الغامضة في العقد لازالة غموضها ، والغموض المقصود به ، هو أن تحتل عبارة العقد اكثر من معنى ولكن قد يظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود ، لان لكل معنى وجه ينهض به ، ولأنه لا وجه لترجيح معنى آخر (٢) ، لذلك يحاول القاضي عند تفسيره للعقد تحديد مضمونه على ضوء الارادة الظاهرة ، أي التعبير عن الارادة وفق العبارات التي إستعملها المتعاقدان في إبرام العقد فإذا أعسر عليه الامر لجأ الى الارادة الباطنة ، أي الى ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي إستعملها في التعبير عن إرادتهما أي إن القاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (٣) ، وعليه فإنه متى ما تضمن العقد شروطاً تعسفية ، وكانت هذه الشروط غامضة فإن

- ١- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وزارة العدل ، القاهرة ، الجزء الثاني ، ص٣٠٠. متوفر على الرابط الالكتروني <http://abdelmagidzarrouki.com>
- ٢- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، بيروت ، ١٩٧١ ، فقرة ٢٩٤ ، ص٣٨١.
- ٣- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٣٧٣ .

القاضي ملزم بتوضيح الغموض بما تتيح له قواعد التفسير ، مستجلباً النية والارادة الحقيقية للمعاقدين ، وبإمكانه أن يعدل او يعفي الطرف الضعيف من الشرط التعسفي لغموضه ، لأن الطرف القوي قد وفر له جواً مناسباً لتضمين العقود شروطاً وملاحق لا يعلم الطرف الآخر شيئاً عنها ، في حين إننا نلزم الاخير باداء معين او تقلل من حقوقه و ضماناته (١) ، ففي قرار لمحكمة التمييز جاء (وأمام هذه الصياغات المبهمة والغامضة لشروط العقد لا يمكن إفتراض علم المتعاقد بها ، ولا يمكن أن يعد التوقيع على العقد رضاً بما تضمنه من شروط صيغت بطريقة لا تبيح له فهم المقصود ، ولا تعبر عن حقيقة ما أتجهت اليه إرادته عند إبرام العقد ، ومن هنا ينهض دور القضاء في حماية المتعاقد من خلال تفسير شروط العقد وإستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين وتفضيل الشروط التي تتفق مع قصدهما المستخلص من عبارات العقد ، وظروف التعاقد ، والغرض منه إهدار الشروط التي لا تمثل إلا إرادة واضعها) (٢) ، وفي قرار آخر قررت محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها الاصلية (فسخ قرار محكمة بداءة الكراة رقم ١٤٥١/ب/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٩/٢ حيث طلب المدعي بإيقاف المطالبة بتسديد ديون الكهرباء بعد أن تم تقديرها جزافاً من قبل لجنة من وزارة الكهرباء ، وبعد أن تم رد الدعوى ، طعن المدعي في القرار لدى محكمة الاستئناف ، فأصدرت قرارها بأنه وحتى على إفتراض أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة إذعان فان المادة ١٦٧/٢ مدني أجازت للمحكمة أن تعدل او تعفي الطرف المدعن وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك ، وبما أن تقدير الاستهلاك جاء جزافاً فإن من حق المحكمة ، وحسب صلاحياتها أن تقدر قيمة إستهلاك الطاقة من قبل المستأنف ، فقدرت القيمة بعد أن ركنت الى تقدير الخبراء ٠٠٠٠ الخ ، وتجدر الاشارة بأن وزارة الكهرباء قامت بتقدير الديون المترتبة على المدعي بعد توقف المقياس جزافاً بعد إجراء الكشف من قبل اللجنة بناءً على التعليمات الصادرة من قبل وزارة الكهرباء (٣) .

-
- ١- د.جمال النكاس ، حماية المستهلك واثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة عشرة ، العدد الثاني ، ١٩٨٩ ، ص ٤٥ .
 - ٢- القرار رقم ٢٨٢/موسوعة اولى/٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٢٩ الصادر من محكمة التمييز العراقية ، مجلة القضاء ، السنة/٤٣/العدد/٣-٤/١٩٨٨ ، ص ٣٨٣-٣٨٥ .
 - ٣- المادة (٢٥) من التعليمات رقم ١ لسنة ١٩٩٩ الصادر من وزارة الكهرباء ، في ١٩٩٩/٨/٣٠ .

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تعديل او الغاء الشروط التعسفية

منحت المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي السلطة للقاضي لغرض التدخل وتعديل او الغاء الشروط التعسفية الذي قد يرد في العقود التي تبرم بطريق الازعان وذلك من أجل إعادة التوازن الى العقد ، وأن هذه السلطة تكون في حدود ما تقتضيه العدالة ولا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على نزعها من القاضي ، لذلك سنبحث مسألة تعديل الشروط التعسفية او إلغائها في فرعين .

الفرع الاول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

إن سلطة تعديل الشروط التعسفية التي منحت للقاضي تخرجه عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير وتطبيق القانون على الواقعة المطروحة أمامه الى سلطة تعديل بعض بنود العقد لمصلحة أحد المتعاقدين و رغماً على إرادة المتعاقد الآخر (١) ، وأن المشرع قد قدر ضرورة الخروج على القواعد العامة إستجابة لما يتطلبه الطرف الضعيف من الحماية لكونه طرفاً ضعيفاً في إطار علاقته التعاقدية مع الطرف الآخر (٢) ، فليست الظروف الخاجية هو ما يبرر تدخل القاضي في العقد حماية للطرف الضعيف وليس ضعف المتعاقد هو ما يجب منعه وتحريمه من لدن القاضي ، بل إن المبرر الوحيد في تدخل القاضي في حياة العقد هو التعسف الذي ينتج عن التفاوت بين المركزين ، من جراء إستغلال ضعف المتعاقد ، والمسألة مرجعها في كل الأحوال لسلطة القاضي التقديرية (٣) ، وإن ذلك يظهر في حالة إنعدام المصلحة في الإلتزام المفروض على المدعن او حسن نية المدعن .

الفقرة الاولى : إنعدام المصلحة في الإلتزام المفروض على الطرف

المدعن .

إن بعض الشروط التي يفرضه الطرف القوي في عقود الازعان يتضمن عقوبة قاسية على الطرف الضعيف عند مخالفته ، ولكون الطرف الضعيف مجبر على

١- امانح رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد ، المصدر السابق ، ص٢٢٧.

٢- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، المصدر السابق ، ص١٩٨.

٣- دراقية عبدالجبارعلي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦، ص١٧٤.

قبول العقد بسبب تعلقه بسلعة او حاجة ضرورية ، فإذا أنتفت المصلحة في هذه الشروط بالنسبة الى الطرف القوي فإن الإلتزام بها من قبل الطرف الضعيف يفقد حكمته وتجرد الجزاء المشترط من أساسه (١) ، ففي عقد التأمين الذي يعتبر من عقود الاذعان عندما يغفل المؤمن له ذكر ظرف ما ليتمكن تقدير علم المؤمن بالفكرة التي يكونها عن الخطر ، فقد أُلزم الفقرة (ب) من المادة (٩٨٦) من القانون المدني العراقي المؤمن له أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له ، والتي يهيم المؤمن معرفتها من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، ويعتبر مهماً في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة .

فالظروف التي لا أهمية لها والتي قد لا يذكرها المؤمن له ، قد تكون سبباً في أن يفقد الإلتزام المفروض على المذعن كل فائدة ، وبالتالي يفقد شرط السقوط الأساس الذي يقوم عليه ، ومن ثم لا يسقط حق المؤمن له في التعويض ، لأن البيانات التي يقدمها المؤمن له يجب أن تكون من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الخطر المؤمن منه ، فإذا لم يكن من شأنه أن يغير من محل الخطر ولا ينتقص من تقدير المؤمن لجسامة الخطر فإن المؤمن له لا يكون ملزماً بتقديمه ولو طلب المؤمن ذلك منه ، وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ، بإبطال الشرط الوارد في وثيقة التأمين ، والمتضمن سقوط حق المؤمن له بمبلغ التأمين ، بأنه (ليس للمؤمن - شركة التأمين- الإمتناع عن دفع مبلغ التأمين الى ورثة المؤمن له بحجة إصابته بأمراض أخفاها عن المؤمن ، لأن إجراء المؤمن الفحوصات الطبية على المؤمن له دليل على موافقته على عقد التأمين) (٢).

الفقرة الثانية : حسن نية الطرف المذعن

إن حسن نية الطرف المذعن له أثره في عدم سريان الشرط التعسفي بحقه ، فلقد كان القضاء ولازال يهتم إهتماماً شديداً بحسن او سوء نية الطرف المذعن في العقد بغية الحكم بسريان او عدم سريان الشرط التعسفي بحقه ، فإذا ما ثبت للقضاء مخالفة المذعن لشروط القعد التي صدرت عن حسن نية منه ، قضي حينئذ بعدم سريان تلك الشروط بحقه (٣) ، فحسن النية يتبلور في عقد التأمين ، بإعتباره من التطبيقات في عقود الاذعان الذي يتسم بحسن نية المتعاقد فيه ، وبهذا لا يلتزم طالب التأمين بالتصريح بجميع الظروف المتعلقة بالخطر المؤمن منه ، وإنما يلتزم فقط

١- عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الاذعان في القانون المصري ، المصدر السابق ، ص٢٩٨ .
٢- القرار رقم ٦٧١/مدنية ثانية/٩٧٣ في ٢٢/١٠/١٩٧٣ الصادر من محكمة تمييز العراقية ، النشرة القضائية ، بغداد ، العدد/٤/السنة/٤ ، ص٦٩ .
٣- راقية عبدالجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص١٧٠ .

بالتصريح في الأمور والظروف التي تؤثر على تقدير المؤمن للخطر ، وهو ما أُصطلح على تسميته (الوقائع الجوهرية) التي يعلم بها فعلاً ، او التي من المفروض أن يكون عالماً بها (١) ، وبهذا ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار صادر عنها والذي يقضي بأن (الشرط الذي يعطي للمؤمن الحق في تحديد تأريخ سريان عقد التأمين يعد شرطاً تعسفياً ، لانه يخالف مبدأ حسن النية) (٢) .

الفرع الثاني : سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

إن سلطة القاضي في إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية يكون لغرض إعادة التوازن الاقتصادي او القانوني المختل الى العقد ، وذلك بالاستناد الى الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني التي نصت على (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك) ، وأن هذا الاختلال يكون بفعل الشرط التعسفي المفروض على الطرف الضعيف بسبب عدم العلم بالشرط التعسفي من قبل المذعن ، او إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي .

الفقرة الاولى : عدم العلم بالشرط التعسفي من قبل المذعن

إن المقصود بحالة عدم العلم بالشرط او عدم إمكان العلم به ، هي الحالة التي لا يتم للطرف المذعن فيها العلم بالشرط ولا يتيسر له إمكان العلم به قبل تمام العقد ، فالشروط التي يعرفها الطرف المذعن او التي يكون بالإمكان أن يعرفها هي التي تسري عليه فقط (٣) ، ولهذا ينظر القضاء الى هذا الشرط على أساس عدم وجود الإرادة لدى الطرف المذعن في العقد ، أما لأنه لم يعلم بالشرط الوارد في العقد البتة او لم يكن في إستطاعته العلم به ، وأما لأنه علم به في وقت لاحق لإبرام العقد (٤) ، فمثل هذا الشرط لا يكون باطلاً ، وإنما لا يسري بحق الطرف الآخر وهذا تطبيق من تطبيقات قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ، فبموجب هذه القاعدة لا يحق لأحد المتعاقدين أن يعدل من شروط العقد ، وأن يوسع من نطاقها ، فإن هذا التعديل او التوسيع من نطاق شروط العقد لا يسري بحق المتعاقدين الآخر إلا بإتفاق جديد

١- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، المصدر السابق ، ص٢٠٨ .

٢- القرار رقم ٧٧٧/مدنية اولى/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/٢٥ الصادر من محكمة تمييز العراقية ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص ٤٠ .

٣- عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الاذعان في القانون المصري ، المصدر السابق ، ص ٢٨٥ .

٤- راقية عبدالجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ .

بينهما (١) ، بيد أن جهل الطرف المذعن بالقراءة والكتابة لا ينهض في نظر القضاء عذراً يبين عدم كفاية علمه بالشرط او عدم قدرته على وزنه وتقديره ، وقضت محكمة التمييز في قرار لها (لا يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل ، لأنه لم يكن واضحاً ، ولم يكتب بطريقة تسترعي الانتباه ، وتتخلص وقائع الدعوى بأن عقد نقل أبرم بين الناقل والمرسل وتضمن العقد شروطاً تقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عما يصيب البضاعة من ضرر ، وقد ورد هذا الشرط ضمن شروط العقد الأخرى الواردة في محرر مطبوع ، فأعتبرت محكمة التمييز من عدم إظهار الشرط وتمييزه عن شروط العقد الأخرى ذريعة لإعفاء المرسل منه لكونه لا يعلم به) (٢)

الفقرة الثانية : إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي

قد تقع في أثناء تنفيذ العقد أحداث طارئة تجعل التنفيذ مستحيلاً ، ومثل هذه الحوادث إذ لم يكن المدين قد توقعها ولم يكن له يد في إيجادها من قريب او بعيد ولم يستطع دفعها فهي أسباب أجنبية عنه تعفيه من تنفيذ الالتزام (٣) .

وهذه الحالة تختلف عن سابقتها في أن الشرط الذي يتضمنها العقد قد قبل به العاقد وتعاقد عليه وهو على علم تام به ، ومع ذلك يعفي العاقد من سريان هذا الشرط بحقه ، ذلك لأنه قد حالت قوة قاهرة بينه وبين القيام بالالتزام الواجب عليه بمقتضى هذا الشرط ، كأن تقرر شركة التأمين وقف تنفيذ العقد ، لتخلف المؤمن له عن أداء الاقساط المستحقة في ذمته (٤) .

ويجب عدم الخلط بين الظروف الطارئة وكل من الإستغلال والاذعان في عقود الاذعان ، فهذان الأخيران يقومان في مرحلة تكوين العقد ، أما الظروف الطارئة فتقوم عند تنفيذ العقد ، وتتفق الظروف الطارئة مع نظيرتي الاستغلال والاذعان في الجزاء الذي تفرضه ، وهو إعادة التوازن الإقتصادي المختل ، ولكنها تختلف عنهما في الوسيلة التي تتبعها لإعادة هذا التوازن ، فنظيرتا الاستغلال والاذعان تعيدان التوازن الإقتصادي عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي عند

١- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الإقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، المصدر السابق ، ص١١٧ .

٢- القرار رقم ٩٧٧/مدنية اولى/١٩٧٨ في ١٣/٥/١٩٧٨ الصادر من محكمة التمييز العراقية ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد/٢/السنة/٩ ، ١٩٧٨ ، ص٣٢ .

٣- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الإقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، المصدر السابق ، ص٢٢٠ .

٤- راقية عبدالجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، المصدر السابق ، ص١١٩ .

تنفيذ العقد ، أما نظرية الظروف الطارئة فتعيده عن طريق الاخذ بيد المتعاقد الضعيف عند تنفيذ العقد ، على أن إختلال التوازن في نظرية الظروف الطارئة يرجع الى ظروف لا يد لأبي من المتعاقدين فيها ، وفي النظريتين الاخرين يرجع إختلال التوازن الى إستغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن (١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي بأنه يقع باطلاً (الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات او في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول) ، وتلزم الفقرة (ج) من المادة (٩٨٦) من نفس القانون ، المؤمن له (أن يخطر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أحوال من شأنها أن تؤدي الى زيادة هذه المخاطر) ، وبموجب ما تقدم ، نجد عند إبرام عقد التأمين يعتمد المؤمن في تقدير قبوله على صحة البيانات التي يدلي بها المؤمن له عن ماهية الخطر والظروف المحيطة به ، لذا يتوجب على المؤمن له أن يتحرى عند الإدلاء بتلك البيانات ، كما يجب عليه الامتناع عن كل ما من شأنه زيادة الخطر ، وعليه إخطار المؤمن بكل ظرف يؤدي الى زيادة درجة إحتمال وقوع الخطر او زيادة جسامته ، وعلى المؤمن له أيضاً أن يعمل على الحد من آثار الخطر إذا تحقق .

وبذلك إن بطلان شرط السقوط يرجع الى ما ينطوي عليه الشرط من تعسف إذا وجد عذر مقبول يبرر تأخر المؤمن له في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات او تقديم المستندات ، إذا ما ثبت للقضاء أن الإخلال بالتزامه المتضمن الاعلام عن وقوع الخطر المؤمن منه ، إنما يرجع في الحقيقة الى حدوث قوة قاهرة حالت دون حصول هذا الأعلام بأقرب وقت ممكن (٢) .

١- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٦٣١ .

٢- راقية عبدالجبارعلي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .

المطلب الرابع

مدى فاعلية قواعد القانون المدني في معالجة الشروط التعسفية وتقييم الحماية التقليدية من الشروط التعسفية

نرى من خلال المادة (١٦٧) من القانون المدني والتي تم ذكرها بالتفصيل أن المشرع العراقي قد أعطى القضاء سلطة الرقابة على العقود التي تبرم بشكل عقود إذعان ، ومنحته حق تعديل او إلغاء الشروط التعسفية الواردة فيها وتفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان او مديناً وعلى النحو الذي يحقق له الحماية من الشروط التعسفية ، وذلك من خلال إعادة التوازن الاقتصادي والقانوني المختل الى طرفي العقد ، وان القاضي لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه إنما بناءً على طلب الطرف المذعن الذي يحميه القانون ويعطيه الحق الطلب من القضاء رفع الضرر الذي قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية وذلك بتعديل تلك الشروط او إلغائها على نحو ما تقتضيه العدالة وفي أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع (١)، إلا أن قصور هذه النظرية تكون واضحة عندما لا يتوفر في العقد خصائص عقد الإذعان فلا يستطيع القاضي تطبيق نظرية الإذعان على العقد وإن توفر فيها شروط تعتبر تعسفية لعدم تطابق الحالة المعروضة أمامه مع المعايير القانونية التي تمنحه حق التدخل في حياة العقد عن طريق تفسير العقد لغرض الوقوف على نية المتعاقدين لمعرفة الشروط التعسفية ومن ثم إلغاء او تعديل هذه الشروط من أجل إعادة التوازن الاقتصادي المختل بين المتعاقدين ، فلا يجوز توسيع الحماية القضائية وإمتدادها الى عقود أخرى غير عقود الإذعان لأن هذه الحماية وردت على سبيل الاستثناء وما ورد على خلاف الأصل لا يجوز التوسع فيه او قياس غيره عليه ، وعليه يتعذر على القاضي أن يمارس السلطة الممنوحة له في مواجهة الشروط التعسفية على عقود أخرى غير عقود الإذعان ، وبصورة عامة فإن مبدأ (سلطان الإرادة) و(العقد شريعة المتعاقدين) هو الغالب في القانون المدني العراقي ويخلو من المبادئ التي تواجه الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي ، إضافة الى غياب الوسائل الوقائية لتجنب الشروط التعسفية ، كما في حالة وجود إختلال توازن في الالتزامات مع غياب الإحتكار او في ظل مناقشة صورية لبنود العقد عند عدم وجود الكفاءة الفنية والقانونية والتي لا تسمح بتقدير الآثار القانونية والمالية من قبل الطرف الضعيف ، فهذه العقود خالية من السند التشريعي الذي يحكم الشروط التعسفية في عقود الإذعان لحماية الطرف الضعيف .

١- عبدالفتاح عبدالباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٢١٢ .

المبحث الثاني

المطلب الاول

معالجة الشروط التعسفية في ظل قانون حماية المستهلك

إن الغاية من قيام المشرع العراقي بسن قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ هي حماية المستهلك من خلال المساواة بين المجهزين ومستهلكي السلع ومتلقي الخدمات والمحافظة على سلامتهم عن طريق الحد من ممارسات الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما يتم درجه عليها من بيانات ومواصفات (١) .

وقد تم إنفاذ قانون حماية المستهلك في إقليم كردستان العراق بموجب قانون إنفاذ قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ في إقليم كردستان رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/٧ .

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة السادسة من القانون على جملة من الحقوق التي ينبغي للمستهلك الحصول عليها من المجهز وهو :

- ١- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة .
- ٢- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلعة والتعرف على الطرق السليمة لإستعمالها وباللغة الرسمية .
- ٣- الدلائل الثبوتية لقيامه بشراء السلعة او تلقي الخدمة .
- ٤- الضمانات للسلعة التي تستوجب طبيعتها الضمان .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد نصت على حق المستهلك لإعادة السلعة الى المجهز والتعويض عن خسائره في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوصة في الفقرة السابقة من هذه المادة ، أي المطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية .

أما المادة الثامنة من القانون فقد نصت على مسؤولية المجهز تجاه المستهلكين عن بضاعته او خدماته ، وتبقى المسؤولية طيلة فترة الضمان ، وأن ما ورد في هذه المادة يعتبر تطبيقاً لنظرية الادعان حول الشروط التعسفية من إعفاء المجهز من الضمان او إخفاء المعلومات .

وقد بين القانون في المادة الثامنة والمادة التاسعة مجموعة من الواجبات

-
- ١- الاسباب الموجبة في تشريع قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ .
 - ٢- ينظر المواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ من قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ .

والمحظورات التي يجب على المجهز والمعلن الالتزام بها وفي مجملها لم يتضمن شيئاً جديداً من الواجبات والمحظورات المفروض إتباعها من قبل المصنعين والتجار ومقدمي الخدمات .

وتضمنت المادة العاشرة العقوبات الجزائية التي تفرض على من يخالف أحكام القانون (١).

ومن الملاحظ بأن المشرع قد حاول من خلال قانون حماية المستهلك معالجة الشروط المشوبة بالتعسف في العقود الإستهلاكية التي تبرم بين المجهزين والمستهلكين ومتلقي الخدمات ، وقد حصر ذلك بالتعويض للمستهلك عما لحق به او بأمواله من ضرر ، وكذلك فرض عقوبات جزائية على المجهز في حالة مخالفته لأحكام القانون ، إلا أنه لم يمنح القاضي سلطة التدخل في العقد بالتعديل او الإلغاء في حالة وجود شروط تعسفية .

المطلب الثاني

معالجة الشروط التعسفية في ظل قانون المنافسة ومنع الإحتكار.

لقد تم تشريع قانون المنافسة ومنع الإحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ و قانون منع المنافسة ومنع الإحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في إقليم كوردستان ، من أجل ضمان حرية المنافسة ومنع إحتكار السلع والخدمات في الاسواق لغرض خلق حافز لتخفيض الكلفة والسعر وتحسين الجودة بالنسبة للسلع والخدمات في السوق مما يؤدي الى تشجيع القطاع العام والمختلط والخاص وتطويرها دعماً للإقتصاد الوطني وحسن الانسيابية للسلع والخدمات ، وتضمنت المواد المتعلقة بالهدف من القانون تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمجتمع التي يقوم بها المستثمرون او المنتجون او المسوقون او غيرهم في جميع النشاطات الإقتصادية (٢)

وقد عرف القانون الإحتكار بأنه (كل فعل او إتفاق او تفاهم صدر من شخص او أكثر طبيعي او معنوي او ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر او نوعية السلع والخدمات بما يؤدي الى إلحاق الضرر بالمجتمع) .

وحضرت القانون إندماج الشركات إذا كانت تسيطر على نسبة كبيرة من

١- ينظر المادة ١٠ من قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ .
٢- الاسباب الموجبة في تشريع قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ والمادة ٢ من القانون ، وقانون منع المنافسة ومنع الاحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في اقليم كوردستان والفقرة السادسة من المادة الاولى

مجموع مبيعات سلعة او خدمة ، او الإتفاق على تحديد أسعار السلع والخدمات او تحديد كميته او التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة او إرغام العميل على الامتناع على التعامل مع جهة منافسة لها او رفض التعامل مع عميل دون مسوغ او السعي الى إحتكار سلعة او خدمة لغرض رفع سعرها او تعليق بيع او تقديم خدمة بشراء سلع أخرى او بشراء كمية محددة ٠٠٠٠ الخ .

والزم القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ مجلس القضاء في بغداد ، والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ مجلس القضاء في اقليم كردستان تشكيل محاكم للنظر في النزاعات الناشئة عن حماية المستهلك والمنافسة ومنع الإحتكار وغيرها من الممارسات التجارية (١).

وهنا أيضاً يلاحظ بأن المشرع في المركز والإقليم قد حاول من خلال قانون المنافسة ومنع الإحتكار معالجة الشروط التعسف في الإتفاقات التي تبرم بين الشركات لغرض حماية الطرف الضعيف ، وحصراً حق المتضرر بمطالبة التعويض فقط ، وكذلك فرض عقوبات جزائية على مخالفة أحكام القانون ، إلا أنه لم يمنح القاضي سلطة التدخل في العقد بالتعديل او الالغاء في حالة وجود شروط تعسفية .

١- ينظر المواد ١ و ٩ و ١٠ و ١٣ و ١٥ من قانون المنافسة ومنع الإحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ ، والمواد ١ و ٨ و ١٣ و ١٧ من قانون منع المنافسة ومنع الإحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في اقليم كردستان .

الخاتمة

إن مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون يتلخص في أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوون في الحقوق لذلك فإن كل شخص حر فيما يأتيه من تصرفات بشرط عدم الإضرار بالغير ، وأن النتيجة المنطقية لهذه الفلسفة الفردية الحرة هي أن تعتبر الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد ، أما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الإلتزام الذي أرتضاه الطرفان ، وهذا مايعبر عنه بأن (العقد شريعة المتعاقدين) ، إلا أنه وبسبب الإنتقادات التي وجهت الى هذا المبدأ بسبب تجاهله فكرة التضامن الإجتماعي وما نتج عنه من إختلال التوازن بين التزامات طرفي العقد فإن المشرع والقضاء تدخلا في بعض الأحيان في حياة العقد إستناداً لبعض الأسس القانونية وعلى الاخص (قواعد النظام العام والأداب العامة ومبادئ حسن النية وعدم التعسف في إستعمال الحق) وذلك تحقيقاً للعدالة ومنعاً للتحكم وغضاً من شوكة سلطان الإرادة في دائرة العلاقات العقدية إذا أضحت مصدراً للإستغلال وتغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإيماناً بواجب الدولة في الرقابة على العلاقات القانونية ، وتمكين القضاء من إعادة النظر في مضمون العقد في الحذف او الأضافة على نحو يكفل إخضاع العقد للنظام العام ، فإن التشريع وضع قيوداً على حرية الإرادة في حالة إختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة للظروف الطارئة ، فيسمح للقاضي بتعديل إلتزامات الطرفين بحيث يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ، وفي بعض الحالات يراعي القانون الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن في تشريع العمال ونظرية الاستغلال وعقد الأذعان .

فعقود الأذعان ظهرت نتيجة التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة وظهرت طبقتين من الناس ، طبقة قوية وطبقة ضعيفة ، وفيها لا يستطيع الضعيف إقتصادياً مناقشة شروط العقد بل عليه أن يقبلها كما يعرض عليه المتعاقد الآخر القوي إقتصادياً ، ولكون هذه العقود تتصل بسلع وخدمات لا غنى عنها للفرد في حياته اليومية ، كالتعاقد مع مصالح الماء والكهرباء والهاتف ٠٠٠ الخ ، فإن الطرف الضعيف يكون مضطراً الى قبول ما يعرض عليه الطرف القوي ، وبالشكل الذي يعرضه عليه دون أن يكون له حق تغييره .

لذلك حاول المشرع من خلال نظرية الأذعان حماية الطرف الضعيف في العقود التي تبرم على شكل عقود الأذعان وذلك من خلال منح القاضي سلطة تعديل

او إلغاء الشروط التعسفية التي تضعها الطرف القوي وعدم جواز تفسير العبارات الغامضة ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائماً .

إلا أنه وبنتيجة تطور النظم الاستهلاكية في العقود الأخيرة ، ظهرت أنواع من العقود لا ينطبق عليها وصف الازعان وبالتالي لا تشملها الحماية المقررة في نظرية الازعان وإن كانت في حقيقة أمرها وطبيعتها هي عقود إزعان وذلك لأن المتعاقد يضطر الى الموافقة على جميع الشروط دون المناقشة وذلك لحاجته دون أن يكون هناك تفوق إقتصادي بين طرفي العقد وهذا النوع من العقود يكون عادة في عقود الإستهلاك ، مما جعل الحماية من الشروط التعسفية التي نظمتها نظرية الازعان قاصرة عن توفير الحماية في ظل عقود الإستهلاك والعقود الأخرى التي تتم بمثل هذه الطريقة .

لهذا قام المشرع العراقي بإصدار قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وتم إنفاذ القانون في إقليم كردستان بموجب قانون إنفاذ قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ في إقليم كردستان رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ في ٧/٨/٢٠١٠ ، وقانون المنافسة ومنع الإحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ ، وعلى غرار ذلك قام المشرع في إقليم كردستان إصدار قانون المنافسة ومنع الإحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ ، لغرض حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود التي تبرم بين المحترف والمستهلك او غير المحترف .

النتائج

يتبين لنا من خلال هذا البحث بأن المشرع العراقي تطرق الى موضوع عقود الازعان في القانون المدني بوصف القبول فيها من دون وضع تعريف محدد وشامل لها ، ولم تحدد الخصائص التي تميز هذه العقود عن غيرها وبالتالي بيان المعايير التي تحدها ، كما أنها لم تضع تعريفاً لمفهوم الشروط التعسفية في إطار عقود الازعان لغرض تمييزها عن مفهوم التعسف في إستعمال الحق الذي حدد بعض الشروط التي إذا توفر في العقد يكون سبباً لبطلانه ، بينما منح القانون للقاضي في حالة عقود الازعان سلطة تعديل او إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على الطرف المدعن وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ، كذلك أوجب القانون بعدم جواز تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائماً .

وبالتالي فإن القاضي ولغرض رفع الغموض حول مفهوم نظرية الاذعان والشروط التعسفية يستند الى ما ورد في القرارات التمييزية وآراء فقهاء القانون ، ففي الحالة المعروضة أمامه عليه البحث فيما إذا كان ينطبق عليها وصف الاذعان من خلال تحديد خصائصه ، ومن ثم بيان فيما إذا كان الاختلال ناجماً عن شرط تعسفي مفروض من قبل الموجب عن طريق إستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من خلال عبارات العقد وتفسيره وفقاً للمعايير القانونية طبقاً للمبادئ العامة في التفسير ومبدأ تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ومبدأ حسن نيته ، وبعدها القيام بتعديل الشرط الى الحد الذي يرفع الضرر عن الطرف المذعن ولا يؤدي الى الاضرار بالطرف القوي ، او إعفاء الطرف المذعن من الشرط .

وبذلك يكون القرار الصادر من القاضي عادلاً ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ، طالما كان حكمه مستمداً من أوراق الدعوى ، ولا يخالف الثابت فيها ، وفي حدود ما تقتضيه العدالة .

الاقتراحات

من خلال ما تقدم يتبين بأنه وبسبب التطور السريع للمجتمعات في العقود الأخيرة وزيادة حاجات الأفراد بشكل مضطرد والحاجة الى إبرام عقود جديدة يختلف كلياً عن المفهوم التقليدي للعقد ، وتوسع مهام الدولة وتشعبها وإضطرارها الى توكيل تقديم بعض الخدمات الى الشركات بسبب الكلفة العالية للمشاريع وتنوعها او الحاجة الى مستوى من المعرفة لا تتوفر إلا عند أشخاص او شركات معينة ، وهذه التطورات خلق علاقات قانونية جديدة بين أطراف العقد وأصبح القوانين التي تحكمها النظريات التقليدية قاصرة في تنظيمها وعاجزة عن معالجة الإختلال الحاصل بين أطرافها ، ولم يستطع المشرع مواكبة التطور الحاصل لسن قوانين تنظم العلاقات القانونية الجديدة .

وفي ضوء ما تقدم نقترح على المشرع في الاقليم ما يلي:

١- تنظيم قانون يتبنى موضوع العقود التي تتسم بطابع الاذعان ، يتضمن تعريفاً واضحاً لصيغة الاذعان والشرط التعسفي ، ويحدد خصائصها بحيث يشمل كافة العقود ويواكب التطور الحاصل في المجتمع من الناحية الاقتصادية والاجتماعية .

٢- تفعيل السلطة الرقابية لمؤسسات الدولة على الأشخاص الطبيعية والمعنوية لعدم إستغلال مراكزها الاقتصادية والاجتماعية لفرض إرادتها على الأفراد عند التعاقد معهم ، من أجل تطبيق القوانين بشكل يضمن عدم درج شروط تعسفية في العقود قبل عرضها للتعاقد ، بسبب صعوبة معالجتها عند تنفيذها .

٣- تفعيل السلطة الرقابية على مؤسسات الدولة لغرض تقديم الخدمات للمواطنين بشكل قانوني سليم ومراعات القوانين عند إصدار التعليمات لكي لا تتضمن شروط تعسفية ، فعلى سبيل المثال إن عقد تجهيز الكهرباء ينظم إستناداً الى التعليمات رقم ١ لسنة ٢٠١٨ الصادرة من وزارة الكهرباء في الإقليم وقد تضمن في المادة (٢٤) قيام الدائرة بقطع الكهرباء عن المشترك إذا لم يتم قراءة المقياس لثلاث دورات ولم يتم المشترك بإخبار الدائرة ويتم إلزامه بتأدية القرض دفعة واحدة ، ففي هذه الحالة فإن الدائرة هي المقصرة وليس المشترك في حين يتم محاسبة المشترك ، كما تضمنت الفقرة (٣) من المادة (٢٦) في حالة عطل المقياس يتم إحتساب القراءة جزافاً وعلى أن لا يقل القراءة عن نفس المدة للسنة السابقة ، وفي هذه الحالة أيضا لم يراعى ظروف المشترك الذي قد يختلف في إستعمال الكهرباء عن الفترة السابقة .

٤- بالرغم من صدور قانون إنفاذ قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ في إقليم كردستان رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ ، وصدور قانون المنافسة ومنع الإحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في إقليم كردستان ، إلا أنه لم يتم تشكيل مجلس حماية المستهلك ولجان التفتيش التابعة له في الإقليم كما لم يتم تفعيل مجلس شؤون المنافسة ومنع الإحتكار واللجان التابعة له في الإقليم ، وبالتالي يجب العمل من أجل تشكيلها وتفعيلها لغرض تنفيذ قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة ومنع الإحتكار على أرض الواقع ومن ثم ملاحظة مدى فاعليته وأوجه قصوره في حماية المستهلك .

قائمة المصادر

الكتب والابحاث

- ١- القرآن الكريم
- ٢- مصادر الاحاديث النبوية :
 - ١- السنن الكبرى للبيهقي ، المكتبة الشاملة ، الجزء السادس .
 - ٢- جلال الدين السيوطي ، جامع الاحاديث ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء الحادي والعشرون .
 - ٣- جلال الدين السيوطي ، جامع الاحاديث ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء السادس عشر .
 - ٤- النسائي ، السنن الكبرى ، المكتبة الشاملة ، كتب المتون ، الجزء الثالث .
- ٣- ابراهيم سيد احمد ، عقود الازعان فقها وقضاء ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٠ .
- ٤- امانج رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، كلية القانون والسياسة ، السليمانية ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، ٢٠١٠ .
- ٥- امير فرج يوسف ، عالمية التجارة الالكترونية وعقودها واساليب مكافحة الغش التجاري الالكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
- ٤- انس محمد عبدالغفار ، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الازعان ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٣ .
- ٥- جمال النكاس ، حماية المستهلك واثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة عشرة ، العدد الثاني ، ١٩٨٩ .
- ٦- حسين عبدالله عبدالرضى الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١١ .
- ٧- خولة كاظم محمد راضي ، الايجاب في عقود الازعان ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السادسة .
- ٨- سليمان براك دايج الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٢ .
- ٩- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ١٩٨٧
- ١٠- عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الاول ، ١٩٨٠ .
- ١١- عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧
- ١٢- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، في مصادر الالتزام ، مطبعة نديم ، بغداد ، الطبعة الخامسة ، بدون سنة نشر .

- ١٣- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، (١٩٥٢) .
- ١٤- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، موضوع عقد الاذعان ، دار الفكر العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ١٥- عبدالرزاق ايوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي ، دراسة مقارنة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ٢٠٠٣ .
- ١٦- عبدالفتاح عبدالباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ١٧- عبدالمنعم فرج الصدة ، عقد الاذعان ، بحث منشور في مجلة الامن والقانون ، العدد الاول ، السنة الرابعة ، كلية شرطة دبي ، دبي ، ١٩٩٦ .
- ١٨- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، بيروت ، ١٩٧١ .
- ١٩- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .
- ٢٠- عصمت عبدالمجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقود ودور القاضي في معالجته ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٨ .
- ٢١- عصمت عبدالمجيد ، اثر التقدم العلمي في العقد ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
- ٢٢- فاطمة نازي ، توجهات القضاء في العقود الجبرية ، مكناس ، ٢٠٠٩ .
- ٢٣- لفقة هامل العجيل ، دور القاضي في تعديل العقد ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
- ٢٤- محمد فواز صباح الالوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثالث عشر ، المجلد الثاني ، ٢٠١٧ .
- ٢٥- نبيل عبدالرحمن حسن ، دور القاضي في تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود ، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية ، السنة الخامسة ، العدد الثاني ، ١٩٧٩ .
- ٢٦- هانية محمد علي فقيه ، الرقابة القضائية على عقود الاذعان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٤ .
- ٢٧- ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات مركز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
- ٢٨- النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الاولى .
- ٢٩- النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة .
- ٣٠- مجلة القضاء ، السنة / ٤٣ ، العدد الثالث ، ١٩٨٨ .
- ٣١- مجموعة الاحكام العدلية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ، ١٩٧٨ .
- ٣٢- الموسوعة العدلية ، العدد ٦٧ لسنة ٢٠٠٠ .
- ٣٣- موقع قاعدة التشريعات العراقية على الانترنت ، الاحكام المرتبطة بالمادة (١٦٧) من القانون المدني .
- ٣٤- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وزارة العدل ، القاهرة ، الجزء الثاني .

القوانين والتعليمات

- ١- القانون المدني
- ٢- قانون الاثبات
- ٣- قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ .
- ٤- قانون انفاذ قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ في اقليم كردستان رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/٧ .
- ٥- قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ .
- ٦- قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ في اقليم كردستان .
- ٧- تعليمات رقم ١ لسنة ٢٠١٨ الصادرة من وزارة الكهرباء في اقليم كردستان .
- ٨- التعليمات رقم ١ لسنة ١٩٩٩ الصادر من وزارة الكهرباء ، في ١٩٩٩/٨/٣٠ .

المراجع الاخرى

- ١- قاموس المنجد الابددي ، بيروت ، مطبعة دار الشرق
- ٢- ابن منظور ، لسان العرب ، دار بيروت للطباعة والنشر