

العدالة التعاقدية في العقود النموذجية - دراسة تحليلية مقارنة -

Doi: 10.23918/ilic2020.23

أ. م. د. سامان فوزي عمر
جامعة التنمية البشرية/ العراق

المقدمة

نتيجة للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة فقد تطورت صيغ العقود أيضاً وانتشرت ما يسمى بالعقود النموذجية أو النمطية التي ينفرد أحد أطرافها الذي هو طرف قوي بوضعها وتضمينها شروط التي قد تحد من حقوق القابل مما يؤدي ذلك أحياناً إلى اختلال التوازن العقدي. لأن تباين القوة التفاوضية بين طرفي هذه العقود والطريقة التي تتخذ بها من حيث وجود نماذج عقدية جاهزة وافتقارها إلى المجاذبة بين المتعاقدين على شروط العقد، تسهل تضمين مثل هذه الشروط- التعسفية- رغم وجود الحرية التعاقدية والرضا الشكلي من قبل القابل.

وهذا ما جعل بعض الفقهاء ينتقدون مبدأ سلطان الإرادة وبطلان إعادة النظر في الحرية التعاقدية والعدالة التبادلية التي تفترض وجود ارادتين متساويتين في العلاقة التعاقدية، وإحلال العدالة التوزيعية بدلاً عنها التي تسمح بتدخل القانون لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية بحثنا هذا في أننا نبحث في موضوع دقيق ألا وهو كيفية ضمان تحقيق التوازن بين غايتين من غايات القانون الا وهما العدالة والامان القانوني- استقرار المعاملات- في تلك العقود النموذجية التي ينفرد أحد أطرافها -والتي عادة هو طرف قوي من الناحية الاقتصادية أو الفنية- بوضعها وتضمين شروطها، وما على الطرف الاخر الا أن يقبلها رغم ان بعض بنودها مجحفة بحقه أو يرفضها برمتها دون المناقشة رغم حاجته اليها.

ومن جانب آخر تكمن أهمية بحثنا هذا في أنه يحاول أن يضيء الطريق أمام القضاء في كيفية تفسير النصوص القانونية بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وعدم حصر أنفسهم خلف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بحذافيرها، لأنه لم يعد المقولة الشهيرة التي تقول (من قال عقداً فقد قال عدلاً) مقبولاً في يومنا هذا في ظل النزعة الاجتماعية والافكار الإنسانية التي تساند الطرف الضعيف.

اسباب اختيار الموضوع:

يوماً بعد يوم تزداد العقود النموذجية ويزداد الكلام حول سلطة القضاء لتعديل أو الغاء الشروط المجحفة بحق الطرف الضعيف رغم ان القانون المدني يقوم على مبدأ سلطان الإرادة وينص على ان العقد اذا كان صحيحاً لازماً لا يمكن نقضه أو تعديله إلا بالتراضي أو بموجب نص في القانون و أنه لم يعط هذا الحق للقضاء الا في بعض حالات محدودة كحالة عقد الإذعان التي يرى كثير من الفقهاء- دون سند قانوني- بأنه يشترط فيه ان يكون متعلقاً بالسلع والخدمات الضرورية محل احتكار قانوني أو فعلي، وهذا الشرط قد لا يتوفر في كثير من العقود النموذجية. وهذا ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع للبحث عن الحلول اللازمة وإيجاد اليات مناسبة لضمان تحقيق العدالة العقدية في تلك العقود النموذجية.

علماً أثناء عملنا في هذا البحث لاحظنا أن هنالك بعض دراسات سابقة حول الموضوع بصورة عامة مثل: متطلبات العدالة العقدية و سلطة القاضي في تعديل العقد وكذلك سلطة القاضي في فسخ الشروط التعسفية... الخ ، ورغم استفادتنا منهم لكن ما نحن قننا به هو اجراء بعض اضافات على الموضوع والتعمق في نقطة معينة فيه الا وهي العقود النموذجية وعلاقتها بعقود الإذعان وكيفية ضمان العدالة فيها، أي ان ما يميز بحثنا عن تلك الدراسات السابقة هو اننا نركز على العقود النموذجية وعلاقتها بعقود الإذعان وتقييم قدرة النصوص القانونية الحالية في ضمان العدالة فيها.

منهجية البحث:

لغرض تحقيق الاهداف المرجوة لبحثنا هذا فقد استخدمنا المنهج التحليلي (Analytical method) ولذلك لتحليل النصوص المتعلقة بالموضوع في القانون المدني وغيرها من القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك لبيان مدى كفاءتهما لضمان العدالة العقدية في العقود النموذجية. واستخدمنا أيضاً المنهج المقارن (Comparative method) وذلك لمقارنة القانون العراقي بغيره من القوانين وخصوصاً الفرنسية والمصرية لإيجاد مكامن القوة والضعف والقصور في ضمان تحقيق ذلك العدالة في العقود النموذجية.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة بحثنا في ما يأتي:

- 1- ان القانون المدني التي يفترض أن يكون قانون التوازن بحيث يهتم بشكل متواز بالمصالح التي يتناولها دون تفضيل مسبق لفريق أو لأخر، كيف يستطيع ان يوازن بين الحرية التعاقدية وقوة العقد الالزامية وبين طموحات العدالة التعاقدية التي يتوق ضمير المعاصر الى اخذها بنظر الاعتبار.
- 2- كيف نستطيع تحقيق العدالة العقدية بمفهومها الحديث في العقود النموذجية التي قد تفرض الطرف القوي شروط تعسفية على الطرف الاخر، وهل ان نصوص القانون المدني ضامنة لتحقيق تلك العدالة.
- 3- هل يمكن الاستعانة بالحماية المقررة لعقد الإذعان لضمان العدالة العقدية في العقود النموذجية.

المبحث الأول: في معنى العدالة العقدية والعقود النموذجية

نتناول في هذا المبحث عن معنى كل من مصطلحي العدالة العقدية والعقود النموذجية لتحديد نطاق بحثنا تمهيداً لبحث كيفية تعامل القانون المدني العراقي معهما في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية الهائلة.

المطلب الأول: في معنى العدالة العقدية

كما هو معلوم أن العدالة هي أحد الاهداف الاساسية التي يرمي القانون الى تحقيقها- بجانب الاهداف الاخرى كالامان القانوني والنفع العام- وهي العنصر الاله في تكوين جوهر القاعدة القانونية، مما يجب على القانون الوضعي ان يستقيم احكامه مع مبادئها. فعندما يعترف القانون بالعقود المبرمة بين الافراد انما يبغى بذلك الى تحقيق العدالة. ولكن يختلف مفهوم هذه العدالة العقدية من وجهة نظر انصار النزعة الفردية من نظرة انصار النزعة الاجتماعية. ومن هنا سوف نقف عند مدلول العدالة العقدية في ظل نزعتي الفردية والاجتماعية التي لهما أكبر الاثر في تكوين القانون وتوجيهه.

الفرع الأول: العدالة التعاقدية في ظل النزعة الفردية

تقوم النزعة الفردية على اساس ان الفرد هو هدف القانون الاسمي، فلا يوجد القانون الا لحماية حقوق الافراد وتمكينهم من التمتع بها. فالفرد هو كل مستقل قائم بذاته، لان طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره. فعماد هذه النزعة هي الحرية والمساواة المطلقة بين الافراد، أما تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية فهو استثناءً ومقصود على القدر الضروري لتمكين كل فرد من التمتع بحريته وذلك عن طريق رفع التعارض بين حرية الفرد مع حرية الاخرين^(١). ان النزعة الفردية نزعة عريضة في وجودها، ولكنها برزت وسيطرت في الفكر القانوني بعد انتعاش فكرة الحقوق الطبيعية للانسان في الفكر الفلسفي لدى بعض فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر وخصوصاً (جان جاك روسو) ونظريته الشهيرة في العقد الاجتماعي^(٢) الذي كان له أثر كبير على قيام الثورة الفرنسية التي نادت بتحرير الفرد من ظلم الحكام وطيغان الدولة. أما من الناحية الواقعية التطبيقية فقد برزت هذه النزعة كتعبير عن تغيير طبيعة العلاقات التي كانت سائدة في مجتمع العصور الوسطى والتي كانت تسوده طبقة النبلاء والتي تستند الى نسبها في تمتعها بمكانتها وامتيازاتها، بظهور طبقة اجتماعية جديدة من اواسط افراد الشعب- وهي الطبقة البورجوازية- سعت الى ان يكون لها مكاناً في المجتمع من خلال ما حصلته من الاموال عن طريق التجارة في المرحلة الاولى أو من خلال الصناعة في المرحلة الثانية مما جعلت لها القدرة على التأثير في مقررات المجتمع وتوجيهه. وقد ساند الفكر الحر في هدم أسس المجتمع الاقطاعي الطبقي، لذا تم اطلاق الحقوق والحريات في جميع المجالات سواءاً كانت التجارية أو الصناعية أو حتى الفكرية والقانونية^(٣).

ومن أهم الاسس التي يقوم عليه هذه النزعة في نطاق القانون هو الايمان بأن القانون تقتصر مهمته على تأمين حماية حقوق وحريات الافراد. فالافراد -وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أياً كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم- يستطيع كل منهم ان يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الارادة. وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لاقامة الوصايا على الافراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بمصالحه. فما دام التكافؤ قائماً بين المتعاقدين والتساوي محققاً بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما، فما يقضي به العقد هو العدل الملزم^(٤). لان كل التزام عماده الرضا والاختيار يتفق مع الحرية الشخصية التي تعتبر جوهر مبادئ القانون الطبيعي^(٥). يستنتج من ذلك ان النزعة الفردية تؤمن وتثق بأمكانية الاعتماد على تلقائية العلاقات بين الافراد في تحقيق العدل التبادلي فيما بينهم الذي هو العدل الذي يتحقق في شكل واجبات متقابلة تقع على عاتق الافراد لمصلحة الاخرين ويقوم على اساس من قياس الافراد بمقياس حسابي موحد ومن قيام روابطهم على اساس التكافؤ فيما بينهم. وعلى الدولة ان تترك الحرية للافراد لممارسة نشاطهم دون ان تتدخل لتوزيع العدل بينهم عن طريق القانون^(٦).

وهنا يظهر أن الاخذ بالنزعة الفردية في الحياة القانونية يؤدي الى تسلط مبدأ سلطان الارادة في دائرة الروابط العقدية، فإرادة طرفي العقد حرة في ابرام ما تشاء من عقود ذكرها القانون او لم يذكرها، وهي حرة في صنع شروطها وترتيب آثارها مادامت تتقيد بما فرضه القانون من حدود وقيود متعلقة بالنظام العام والاداب العامة لكي ينشأ العقد صحيحاً. واذا نشأ العقد صحيحاً فرض مضمونه على عاقيه وأصبح شريعة لهما فلا يجوز لأحدهما أن يفرد في تفسيره أو أن يتحلل بأرادته وحدهما من آثاره، الا باتفاق الارادتين^(٧). لان العقد هو العدل بعينه ومن هنا جاءت العبارة الشهيرة (من قال عقداً ، فقد قال عدلاً). ولا ينفع من التهرب منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غين فاحش أو لزمه شروط جائرة مرهقة، لان ذلك هي سنة الحياة وسنة قانون السوق^(٨). وفي تبرير لهذا المبدأ يشير الاستاذ روسكو باوند الى كلام للفقهاء الفرنسيين الكبار (بلانبول) الذي عاصر وضع القانون المدني الفرنسي بأن: القوة الالزامية للعقود يرتكز على نقطتين هما: فكرة اخلاقية هي احترام الكلمة الصادرة عن المرء، ومصصلحة اقتصادية هي ضرورة وجود الائتمان^(٩).

وقد أثرت هذه النزعة الفردية على الثورة الفرنسية ومكتسباتها منها اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٩١ وكذلك القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ حيث رسخت فيهما مبدأ سلطان الارادة و اندمجت في كثير من موادها، منها

- (١) - الدكتور حسن كبره، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة طبع، ص١٦٦-١٦٧
- (٢) - يقصد بالعقد الاجتماعي لدى روسو هو العقد العقلي وليس العقد بمعنى الارتباط القانوني الاداري، وهذه النظرية يفترض تحقق توافق الافراد على الحاجة الى الانتقال من الحالة البدائية غير منظمة الى حالة التجمع المنظم.
- (٣) - الدكتور همام محمد محمود زهران، المدخل الى القانون- النظرية العامة للقانون- دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ٢٠٠٦، ص٧٨-٧٩
- (٤) - الدكتور حسن كبره، المصدر السابق، ص١٦٨
- (٥) - الحاكم فريد فتیان ، مصادر الالتزام- شرح مقارن على النصوص- مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٧، ص٢٧
- (٦) - الاستاذ عبد الباقي البكري و المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٥، ص١٦٥-١٦٦
- (٧) - نفس المصدر، ص١٦٨
- (٨) - الدكتور همام محمد محمود زهران، المصدر السابق ، ص٧٩ هامش(١).
- (٩) - روسكو باوند، مدخل الى فلسفة القانون، ترجمة: الدكتور صلاح دباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٦٧، ص١٨٣-١٨٤

المادة (١١٣٤) من القانون المدني التي تنص بأن: (الاتفاقات التي تمت بصورة مشروعة تكون قانون الاطراف المتعاقدة) وتفسير ذلك واضح ويعني ان كل التزام اذا نشأ برضاء حر فيجب أن يحمي القانون، ويفرض على اطرافه تنفيذه باعتبار قانون المتعاقدين.

وقد وجهت انتقادات لاذعة الى النزعة الفردية بصورة عامة وبمبدأ سلطان الارادة والعقد شريعة المتعاقدين بصورة خاصة، باعتبار ان القول بأن العقد بعد ابرامه برضا الحر لا يمكن المساس به والظن في بنوده حتى اذا كانت محففة لاحد الاطراف! قول يفترض التكافؤ بين طرفي العقد في التعبير عن ارادتهما وليس بوجود ارادة قوية وأخرى مجبرة بشكل أو بآخر لاصحاب الجاه الذي جاءت (مدونة نابليون) لحمايتهم، تلك المونة التي يعنته البعض بمدونة الطبقة البورجوازية^(١). هذا من جانب ومن جانب آخر وكما يقول الفقيه الفرنسي (نبوايه) كيف يمكن التسليم لفكرة ان ارادة المتعاقدين تكون أعلى من القانون أو حتى موازية له! بل يجب ان تتحرك الارادة ضمن الدائرة التي يحددها المشرع المختص^(٢).

وفي ظل هذه الانتقادات وغيرها خفت من شدة النزعة الفردية على أرض الواقع وتراجعت أثر مبدأ سلطان الارادة على القانون، ويظهر ذلك جلياً من خلال فرض بعض قيود قانونية عليه تحقيقاً للعدالة وحماية للطرف الضعيف ومصالح المجتمع^(٣). فمثلاً رغم ان بعض القوانين وبنائهم من القانون الفرنسي قد أكدت على مبدأ سلطان الارادة ومنها القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ اذ نصت المادة (١/١٤٧) منه بأنه: (١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، أو للاسباب التي يقرها القانون). وكذلك القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ الذي نص في مادته (١/١٤٦) بأنه: (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). الا انهما- القانون المصري والعراقي- وبتأثير من النزعة الاجتماعية واستجابة للانتقادات الموجهة الى مبدأ سلطان الارادة والقانون الفرنسي فقد نصا ايضاً على بعض البنود للتخفيف من حدة مبدأ سلطان الارادة، رغم أن هذه البنود لم تكن موجودة حينذاك في القانون الفرنسي كنظرية الظروف الطارئة وعقد الاذعان، كما سنأتي الى ذلك لاحقاً.

الفرع الثاني: العدالة التعاقدية في ظل النزعة الاجتماعية

نتيجة للانتقادات الكثيرة التي وجهت الى النزعة الفردية وخصوصاً مبدأ سلطان الارادة في انشاء العقود واستجابة للتغييرات الاجتماعية والاقتصادية، فقد انحسرت النزعة الفردية وظهرت نزعة أخرى لتفسير اساس العلاقات الاجتماعية وبالاخص العلاقات القانونية، وهي النزعة الاجتماعية. ويقصد بها في مجال القانون، اتجاه أو منحى قانوني يقوم على انكار الدور المغالي فيه للارادة في انشاء التصرفات القانونية وتعمل على تضيق من حرية الافراد لاعتبارات التضامن الاجتماعي، وتغلب مصلحة المجتمع على مصالح الافراد عند تعارضهما، وذلك بتضمين القانون لبعض المبادئ العامة بهدف مساعدة الضعيف وتحقيق المساواة بين الافراد.

فالحرية - كما يقول انصار النزعة الاجتماعية- ليست فقط عبارة عن تقدير المرء ما يجب ان يتقبله ويصعب به سلوكه وحياته تقديراً نابعاً من داخله وغير مفروض عليه من أية قوة خارجية! فهذه هي نقطة سلبية في الحرية لا بد ان نتعدها، متطوئين الى ايجابية فعالة تصفي نمانها على الآخرين وتثري الحياة المشتركة، اي يجب ان يكون للحرية هدف اجتماعي ترتبط وتستمد منه حيويتها وانسانيتها وألا تكون مجرد اداة للوصول الى امتيازات واحتكارات للاقلية على حساب الاغلبية^(٤).

وقد كانت للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الجديدة دور كبير في وضوح هذه النزعة مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، حيث بدأ الشك يتطرق الى الدعامتين اللتين يقوم عليهما مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد، أولى هاتين الدعامتين هي أن الفرد أقدر من يعرف مصلحته لذلك يجب ان يترك حراً في تصرفاته القانونية. وثانيهما أن الافراد عندما يقدمون على التعاقد فيما بينهم فهم يخدمون بذلك المصلحة العامة. ولكن دلت التجارب عكس هاتين الدعامتين اذ لا يكون الفرد حريصاً متوقفاً على الدوام لنتائج تعهداته لانه كثيراً ما يتعاقد تحت ضغط الحاجة الملحة مع عاقد قوي وميسور. أما بخصوص الدعامة الثانية فليس من الصالح العام ان تستغل فئة محدودة الطبقة الكادحة أو الطبقة الضعيفة لان في ذلك فوضى اخلاقية تقضي مع الزمن الى فوضى سياسية^(٥).

لذا شاع استعمال تعابير النزعة الاجتماعية في القانون و التضامن الاجتماعي في كتابات الفقهاء ولكن بمعاني مختلفة بعض الشيء وان كانت متقاربة. ويرجع العميد (ليون دوكي) الى فكرة الوظيفة الاجتماعية تلك القوانين الصادرة في فرنسا خلال الحرب العالمية الاولى التي أجازت التدخل في العلاقات العقدية وفي كيفية استغلال الملكية الفردية. ويذهب الاستاذ (جوسران) الى ان النزعة الاجتماعية تتميز بتدخل المشرع في العلاقات التعاقدية و يجعل العقد يتوقف على ارادة المجتمع وليس على ارادة المتعاقدين^(٦).

و بعد انتشار الصناعات الضخمة واتساع الافكار الاشتراكية والنزعة الانسانية فقد بات أمراً مؤكداً ان يتأثر العقد بالوضع الاقتصادي والاجتماعية الحديثة، فتطورت النظرية التقليدية للعقد والقائمة على مبدأ سلطان الارادة والعقد شريعة المتعاقدين وحلت محلها مبادئ جديدة تميزت بالدعوة الى احلال العدالة الاجتماعية في العلاقات التعاقدية محل العدالة الصورية القائمة على حرية التعامل والتعاقد. ويمتاز هذا التطور ايضاً باتباع الدول لسياسة (التعاقد الموجه) حيث تتدخل الدولة في توافق الارادتين فتحل

(١) - الدكتور منذر الشاوي، الانسان والعدالة، ص ٣٦٢

(٢) - المشار اليه عند: الدكتور منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٣٦١

(٣) - الدكتور أحمد سليمان شبيب السعداوي والدكتور جواد كاظم جواد سميح، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الاسلامي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان ٢٠١٧، ص ٣٣

(٤) - نقلاً عن: الدكتور نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٦٥، ص ٣١-٣٢

(٥) - الدكتور حسن محمد هند والدكتور نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية- دراسة مقارنة مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا- دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٦، ص ٦١-٦٥

(٦) - الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان الخاصة-أربيل، الطبعة الاولى، اقليم كردستان- العراق، ٢٠١١، ص ٧٣

ارادتها محل ارادة الطرفين احلالاً جزئياً^(١). ذلك لان تحليل مبدأ الالتزام بمنأى عن أطراف التعاقد أو بأخذ شخوص الاطراف في الاعتبار دون الانتباه لعلاقات الجذب والطررد القائمة بينهم يؤدي الى نتائج خطيرة وغير سليمة، فلا يمكن تقييم مدى تحقق العدالة العقدية في عقد دون معرفة الظروف الواقعية للمتعاقدين^(٢). وبهذه المناسبة يقول أحد الفقهاء

(As a procedural principle of justice in contract formation, contractual freedom includes not only voluntariness of each party's consent, but also, arguably, equal bargaining power⁽³⁾)

مما يعني ان تنفيذ العقد بدرجة واحدة في جميع الحالات دون الاخذ بالفروق الواقعية الموجودة بين الافراد في الحياة قد يؤدي الى التعسف والظلم وهذا هو السبب في ان القيمة الحقيقية للارادة كما يقول البعض تتوقف على مقتضيات العدالة وحسن النية^(٤). وبعبارة أخرى ان من أهم اثار النزعة الاجتماعية في مجال القانون هو انكماش دور الارادة في دائرة الروابط العقدية وانتفاء تحكمها في ابرام العقود ووضع شروطه وترتيب أحكامه، فقد أضحي من حق الدولة التدخل في تنظيم العقود على منوال مبدأ سلطان الارادة، بدافع الاعتقاد بأن العقد ليس ضماناً كافياً لتوليد الالتزامات عادلة نظراً لانعدام التكافؤ بين مراكز وقوى المتعاقدين ولان المصلحة العامة تقتضي تدخل القانون لتحقيق العدل العام وتحرير الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي^(٥)

ومن هنا برز العدل التوزيعي وهو الذي يأتي توزيعه نتيجة تدخل الدولة بقواعد أمره في التنظيم القانوني بوضع قيود على الحرية التعاقدية وتوزيع الحقوق والالتزامات مراعاةً للطرف الضعيف و حماية للمصالح العليا في المجتمع، على حساب تراجع العدل التبادلي الذي كان تنادي به النزعة الفردية.

وفي هذا الخصوص ذهب قانون اصلاح النظام القانوني في العراق لسنة ١٩٧٧^(٦) الى اعادة النظر في مبدأ سلطان الارادة، حيث جاء فيه: اعطاء الاولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة في الدولة على مصلحة الافراد، المتمثلة في مبدأ سلطان الارادة، في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية. وكذلك التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وابطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء بما يحقق هذا التوازن وذلك تحقيقاً للعدالة وحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وغصاً من شوكة سلطان الارادة في دائرة العلاقات العقدية^(٧). وكذلك أهتمت محاولات تعديل القانون الفرنسي بالعدالة العقدية على حساب الحد من الحرية التعاقدية وقوة العقد الالزامية حيث قدم عدة اقتراحات لذلك، الى أن صدر مرسوم عام ٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي وتبنى بعض من هذه الاقتراحات^(٨).

وبالفعل وبتأثير من النزعة الاجتماعية فقد فُرضت قيود كثيرة على حرية ارادة الافراد في تنظيم الروابط العقدية في قوانين كثير من الدول كالقانون العراقي والمصري والفرنسي ومنها ظهور نظرية الظروف الطارئة واتساع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق واستحداث عيب الاستغلال في الرضا واصفاء الصفة الامر على كثير من أحكام عقد العمل بحيث لا يجوز اتفاق على مخالفتها حماية للعامل الذي هو الطرف الضعيف في علاقة العمل واناطت الدولة بالقضاء الحق في معاودة النظر في شروط طائفة من العقود كعقد النقل والتأمين وعقد الاذعان وذلك باعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية.. الخ.

وأياً كان الامر، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين النزعتين الفردية والاجتماعية واقامة قواعد القانون على هدى هذا الجمع، بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية له كيانه المستقل وحرية، وبين طبيعته الاجتماعية كونه عضو في الجماعة. وبما يتيح صالح الفرد وحرية دون اهدار صالح الجماعة، والخطأ إنما يأتي من قصر النظر الى حقيقة دون أخرى، الى التمسك بمبدأ سلطان الارادة والقوة الملزمة للعقد دون اعتبارات العدالة وحماية الطرف الضعيف^(٩). أو التمسك باعتبارات العدالة والانصاف دون الحرية التعاقدية والامان القانوني.

المطلب الثاني: في معنى العقود النموذجية

نتناول في هذا المطلب عن معنى العقود النموذجية وذلك من خلال بيان مفهومها وخصائصها التي تميزه عن غيرها من العقود وعلاقتها بعقد الاذعان، وكل ذلك من خلال الفرعين الآتيتين:

الفرع الأول: مفهوم العقود النموذجية وخصائصها

ان تطور العقود على مر العصور هو ثمرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ففي حين كان العقد يتصف بالشكلية الشديدة في العصور القديمة، ولكن في أواخر العصر الروماني ومجيء عصور الوسطى اصبح للأفراد حرية الواسعة في انشاء

(١) - الدكتور عبدالحى حجازي، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، بحث مقدم الى الحلقة الثالثة للبحوث في القانون العام والعلوم السياسية المنعقدة في بغداد عام ١٩٦٩، ف١٧، ص١٢-١٣. والمشار اليه عند: الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص٧٤

(٢) - الدكتور محمد محسوب، ازمة العدالة العقدية في القانون الروماني-دراسة تحليلية مقارنة في الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٧. المشار اليه عند: لدكتور فيصل محمد البحيري، أثر النهضة العلمية الحديثة على الفكر القانوني- دراسة في فلسفة القانون، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، مصر ٢٠١٥، ص٤٥٥

(3) Florian Rodal, Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory). Journal of Law and Contemporary Problems. Duke Law – University, UK. V. 76, Issue 2. (2013)P:61-62.

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4360&context=lcp>

(٤) - نفس المصدر، نفس الصفحة.

(٥) - الأستاذ عبدالباقى البكري والمدرس زهير البشير، المصدر السابق، ص١٧٨

(٦) - رغم ان هذا القانون كان بمثابة الفلسفة القانونية للدولة في المرحلة اللاحقة الا انه لم ينفذ منه شيء يذكر و لم يبلغ لحد الان بصورة قانونية واضحة الا انه يمكن القول انه قد الغي بصور عملية على أرض الواقع.

(٧) - ينظر: البند(١) من الفصل الثاني الخاص بالتشريعات المدنية من قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم(٣٥) لسنة١٩٧٧.

(٨) - بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، ترجمة: كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف في بيروت المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الاولى، بيروت ٢٠٠٩، ص٢٧،٢٨. وكذلك ينظر: المادتان(١٢١٨، ١١١٠) الخاصة بالعقود النموذجية ونظرية الحوادث العامة الطارئة من مرسوم ١٠ فبراير عام ٢٠١٦.

(٩) - الدكتور حسن كبره، المصدر السابق، ص١٧٦

شتى انواع العقود^(١) شريطة ان لا يكون ذلك العقد مخالفاً للنظام العام والاداب العامة حتى وصلت هذه الحرية التعاقدية أوجها بعد الثورة الفرنسية، وبذلك أصبح الاصل في العقود هو الرضاوية أما العقود الشكلية فقد بقيت كاستثناء وفي اضيق الحدود وذلك فقط عندما ينص المشرع على شكليتها بصورة واضحة لاعتبارات تنظيمية متعلقة باستقرار المعاملات.

ونتيجة للتطورات الصناعية والتكنولوجية الهائلة وخصوصاً بعد اكتشاف القوة البخارية وظهور شركات السكك الحديدية وظهور تنوع في المنتجات والخدمات وما رافقه من تعدد اساليب التسويق المعاصرة انتشرت العقود النموذجية بحيث يقوم أحد أطرافها بتنظيمها ووضع شروطها بشكل منفرد دون ان يكون للطرف الاخر الا حق قبولها أو رفضها دون مناقشة محتواها، وذلك بهدف ابرام عدد أكبر من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود. علماً ان هذه العقود النموذجية رغم انها قد استخدمت قبل عصر الحديث وخصوصاً في منتصف العصر الفكتوري وذلك من قبل المحامين وغيرهم، إلا أنه وفي رحي هيكل معقد للمجتمع المعاصر أصبحت هذه العقود هي السائدة والطاغية^(٢).

وهذه العقود سميت بتسميات مختلفة كالعقود النمطية^(٣) أو العقود الاحادية التحرير أو العقود النموذجية^(٤)، ونحن نفضل التسمية الاخيرة لأنها أدق من التسميات الاخرى واقرب الى مضمونها واكثرها شيوعاً من قبل الفقهاء. علماً أننا لا نقصد من النموذجية معنى المثالية بل نقصد بها وجود نموذج عقد أو قالب عقد تتعدّد بمجرد موافقة القابل عليه.

فإذا كان الوضع المألوف في العقود البسيطة يكون بعرض ايجاب صادر من أحد المتعاقدين متضمنة للشروط والبيانات التفصيلية والجهرية يلحقه قبول من الطرف الاخر الذي وجه اليه الايجاب، الا انه قد لا يتعدّد أغلب العقود بهذه البساطة وخصوصاً للسلع والخدمات المهمة أو الباهضة القيمة حينها يكون العقد مسبوقاً بالمفاوضات التي تجعل الايجاب من صنع كلا الطرفين. ولكن ما نراه في العقود النموذجية ان الموجب يعرض ايجابه المتعلق بالسلع والخدمات الضرورية أو الباهضة القيمة متضمنة للشروط والبيانات التفصيلية دون ان يسمح للطرف الاخر بمناقشتها، فما على الطرف الاخر الا ان يقبله أو يرفضه وكما يقول العبارة الانكليزية (Take it all or leave it all)، وذلك بسبب النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية التي تحتاج الى ابرام أكبر عدد من العقود بأقل وقت وأقل مجهود.

والعقود النموذجية انتشرت اليوم انتشاراً واسعاً بحيث لم يعد يقتصر على عقد التأمين وعقد النقل بالقطار والبواخر بل أصبحت اكثرية التبادلات المهمة يتم الاتفاق عليها بواسطة العقود النموذجية كعقد شراء خط موبايل وعقد شراء البيت في المجمعات السكنية وعقد تدريس في المعاهد والجامعات الالهية^(٥)، والعقود المتعلقة باستخدام البرامج الالكترونية. الخ ومن خلال ما عرضناه سابقاً من تعريف للعقود النموذجية نجد انه يتميز بالخصائص الاتية:

أولاً. يكون الايجاب محرراً من قبل طرف واحد في شكل قالب نمذجي متضمناً للشروط المطلوبة.

ثانياً. يكون الايجاب عاماً موجهاً الى الجمهور كله أو الى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة، وليس ايجاباً موجهاً الى شخص معين أو أشخاص معينين.

ثالثاً. الطرف الذي يوجه اليه الايجاب لا يكون أمامه الا حق رفضه أو قبوله برتمته. أي لا يسمح له بمناقشة شروطها بحيث يقبل البعض و يرفض البعض الاخر أو يطالب بمناقشتها.

الفرع الثاني: علاقة العقود النموذجية بعقود الاذعان

أنقسم فقهاء القانون في تعريف عقد الاذعان و بيان شروطه الى قسمين:

القسم الاول الذين يشكلون أغلبية الفقهاء في مصر^(٦) والعراق^(٧) يُصنّفون من معنى عقد الاذعان و يرون بأنه: هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقاً بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق. وهذه الفقهاء يذكرون عقد التأمين وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطيران و عقد اشتراك المياه والنور.. الخ كأثلة شائعة لعقد الاذعان. ثم يعرضون ثلاثة شروط له: أولهما، أن يكون الموجب في مركز اقتصادي يسمح بفرض شروطه. وثانيهما، أن يكون العقد متعلقاً بسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة الحديثة. وثالثهما، أن يصدر الايجاب للناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، وعادة يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لايجوز النقاش فيها.

- (١) - الدكتور فايز محمد حسين والدكتور طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ٢٠٠٧، ص ٢٠٠، ١٧٢، وكذلك الدكتور صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، الطبعة الثانية، بغداد ١٩٧١، ص ٢٣٢-٢٣٣
- (٢) - ج.س. شيبشير و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الانكليزي، ترجمة: القاضي هنري رياض، دار الجيل في بيروت و مروى بوكشوب في خرطوم، ١٩٨٧، ص ٧٢
- (٣) - علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة الشرق الاوسط، الاردن سنة ٢٠١١، ص ٤١-٤٢. وكذلك الدكتور محمد علي الفري، عقود الاذعان، بحث مقدمة الى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الاسلامي، متاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.kantakij.com/media/5764/34701.htm>
- (٤) - خولة كاظم محمد راضي، الايجاب في عقد الاذعان، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١) السنة السادسة، ص ٢٢ من البحث، وكذلك ج.س. شيبشير و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون، المصدر السابق، ص ٧٢-٧٣
- (٥) - ليس هنالك اتفاق بين الفقهاء حول تكييف عقد التدريس الجامعي فيما اذا كان من عقود العمل اذ ان الحماية التشريعية المقررة في القانون العمل لحماية العامل كفيلة بحماية الطرف الضعيف في مثل هذا العقد ايضاً، أو فيما اذا كان يعتبر ضمن عقد المقاوله أو عقد من عقود غير مسماة اذ ان لا يسعنا النصوص المقررة لحماية الطرف المدّعن والضعيف في قانون العمل.
- (٦) - الدكتور عبدالمنعم فرج صده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٤، ص ١٣٤. وكذلك الدكتور سمير عبدالسيد تناوغ، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر ٢٠٠٥، ص ٤٣.
- (٧) - الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة بدون سنة طبع، ص ٤٤. وكذلك الدكتور درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٦، ص ١٠١-١٠٢. وكذلك الدكتور محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي- نظرية الالتزام، الجزء الاول- في مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٥، ص ١١٧-١١٨. وكذلك الحاكم فريد فتیان، مصادر التزام- شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٧، ص ١٩٦. وكذلك: الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، العاتك للطباعة والنشر، بغداد ٢٠١٢، ص ٦٤

وهذا ما ذهب إليه أغلبية قرارات محكمة التمييز العراقية، فقد جاء في أحداها: (ان عقد الاذعان يكون موضوعها سلع أو مرافق ضرورية يحتكرها شخص طبيعي أو معنوي يصدر ايجاباً موجهاً الى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة، ويكون الطرف الآخر مضطراً لقبول تلك الشروط لانه في حاجة الى الشيء الذي يتعاقد عليه)^(١). وبموجب هذا الاتجاه يكون هنالك إختلاف واضح بين عقد الإذعان وعقود النموذجية لانه لا يشترط في الاخير أن يكون العقد متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي!

والقسم الثاني -والذي نحن نؤيدهم- يؤيدون المعنى الواسع لعقد الاذعان ويقربون بينه وبين عقد النموذجي باعتبار ان النقطة الجوهرية فيهما هي التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة، ويقولون أن نص القانون المدني المصري أو العراقي خالية من أية اشارة الى ضرورة ان يكون العقد متعلق بسلعة أو مرفق قانوني^(٢)! فالقانون المدني المصري تطرق الى عقد الاذعان في معرض كلامه عن القبول في ركن الرضا لانعقاد العقد حيث نص بأنه^(٣): (القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) أما القانون المدني العراقي فقد تأثر بالقانون المصري ونص بأنه^(٤): (١- القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة).

وهنالك بعض قرارات قضائية نادرة تؤكد محتوى رأي القسم الثاني من الفقهاء الذين يهتمون شرط تعلق العقد بالسلع والخدمات الضرورية ذات احتكار قانوني أو فعلي، وتؤكد هذه القرارات على النقطة الجوهرية في عقود الاذعان التي هي التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة ففي قرار لمحكمة التمييز العراقية جاءت: (ان تعهد المدعي بأن يتنازل للبلدية عن قيمة البناء الذي ينوي تشييده لقاء منحها الاجازة يبينه لايعتبر من عقود الاذعان وليس فيه تعسف من قبل البلدية لانه ليس تسليماً بمشروع عقد ذي نظام يضعه الموجب لا يقبل المناقشة وانما جرى باختيار المدعي بعد ان وازن مصلحته بين الانتظار لحين نفاذ الكورنيش وبين تقديم التنازل وقد اختار التنازل بكامل ارادته وكان له ان ينتظر أو بلجاً للقضاء لمنع معارضة البلدية في منحه الاجازة)^(٥)، أي ان القرار اعلاه عند وصفه لعقود الاذعان لم يشر الى خاصية تعلق عقود الاذعان بسلع وخدمات ضرورية محل احتكار قانوني أو فعلي.

ويبدو أن أغلبية انصار الرأي الاول يعتمدون على آراء الدكتور عبدالمنعم فرج صده الذي كان عقد الاذعان موضوع أطروحة في بداية أربعينيات القرن الماضي ويعتمدون على تعريفه الشهير لهذا العقد والخصائص المميزة له مما أثر ذلك على واضعي القانون المدني المصري حيث ذكرت شرط تعلق هذا العقد بسلعة أو مرفق ضروري في مذكرة المشروع التمهيدي للاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري^(٦)، وكذلك في مؤلفات واضعي تلك القانون. ولكن عندما بحثنا في اصل أطروحة رأينا ان المرحوم لم يقصد بذلك الشرط أن لا يكون هنالك اختيار أمام الطرف الضعيف! بل في معرض كلامه عن أهم عقدي اذعان وهما عقد التأمين وعقد العمل يقول: (ففي عقد التأمين يجد الشخص نفسه أمام شركات قوية تتمتع باحتكار فعلي وتفرض عليه شروطاً لا يملك مناقشتها أو تعديلها. لاشك أن الشخص حينما يشعر بحاجة الى التأمين يمكنه ان يختار بين شركات مختلفة، بل ان هذه الشركات قد يكون بينها من منافسة ما تحاول كلا منها اجتذاب زبائنهن بتقديم شروط تبدو أفضل من غيرها، ولكن هذه الميزات الظاهرة التي تحاول كل شركة أن تجتذب بها زبائنهن لا تمنع من كون وثائق التأمين في اساسها متماثلة بحيث اذا كان للشخص ان يختار الشركة فليس له ان يختار العقد. وما قيل عن مؤمن له يمكن ان يقال بصورة أقوى، عن العامل. يجد العامل نفسه أمام أجر غير كاف، مع ذلك يقبله. هو يمكنه ان يرفضه قانوناً، ويذهب الى منافس آخر لصاحب العمل الذي عرض هذا الاجر الزهيد، ومع ذلك فلن يجد عنده سوى أجر يتقارب من الاجر الذي رفضه الخ^(٧) وعن ضرورة اجتماع جميع شروط ومميزات هذا العقد دفعة واحدة يقول(الصدده) في موقع آخر في مؤلفه: (يجب ان نلاحظ أن المميزات التي نعرضها الان لا تتوفر جميعها حتماً في كل عقد من عقود الاذعان، فأحدها قد يضعف وقد لا يوجد، وحينئذ يجب ان نبحث عن بقية المميزات، فاذا توفرت بوضوح كان العقد عقد إذعان.. ومع كل فأن خصيصة التفوق الاقتصادي تعتبر المميز الهام لعقد الاذعان، الى الحد الذي جعل بعض الشراح يقرر أن الطابع الوحيد المشترك لعقود الاذعان، هو أنها تتضمن جميعها التفوق الاقتصادي لأحد المتعاقدين على الآخر^(٨)).

علماً أن ورود شرط تعلق العقد بمرفق أو سلعة ضروري في مذكرة المشروع التمهيدي للاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري غير ملزمة للقضاء لان هذه المذكرة من المصادر التفسيرية للقضاء. بل وأكثر من ذلك ان عدم الاخذ بهذا الشرط في القانون رغم ورده في تلك المصادر التفسيرية قد يكون دليلاً على نية المشرع في مخالفتها.

وإذا رجعنا الى المصدر التاريخي للقانون العراقي والمصري، فرغم اننا لا نرى اية اشارة لعقد الاذعان في القانون المدني الفرنسي سواء كان بتعريفه أو ببيان أحكامه، ذلك لان القانون الفرنسي يسبقهم بحوالي قرن ونصف حيث صدر عام ١٨٠٤ أبان قدسية مبدأ سلطان الارادة، ولم يكن مثل هذه العقود منتشرة في حينها لان عقد الاذعان و غيرها من العقود النموذجية من آثار

(١) - قرار رقم ٧٤/م في ٢١-٥-١٩٦٥ منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد (٢) السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٢٠.
(٢) - الدكتور منصور حاتم محسن و الدكتورة ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية- جامعة بابل، العدد (١) لسنة ٢٠٠٩، ص ٤٦. وكذلك سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الاذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، العدد (٤٧) المجلد (١)، الجزائر ٢٠١٧، ص ٣٨٢-٣٨٣.
(٣) - ينظر المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ العام ١٩٤٨.
(٤) - ينظر المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.
(٥) - قرار رقم ٥٥٨/م منية اولي/٩٧٥ في ٢١-١-١٩٧٥، المنشور لدى القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود- قسم القانون المدني، الجزء الرابع، مكتبة بادكار للنشر والتوزيع، السليمانية/العراق ٢٠١٩، ص ٢٨٨-٢٨٩.
(٦) - القاضي محمد كمال عبدالعزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر ١٩٦٢، ص ٧٢.
(٧) - عبدالمنعم فرج الصده، في عقود الاذعان في القانون المصري- دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦، ص ٥٩.
(٨) - نفس المصدر، ص ٦٥، ٦٣.

الثورة الصناعية والتطورات الاقتصادية في عصر الحديث. ولكن حاول المشرع الفرنسي وبتأثير من آراء بعض الفقهاء^(١) مواكبة هذا الامر من خلال تشريعات خاصة لتنظيم بعض العقود وخصوصاً تلك التي أصدرها بعد الربع الاول من قرن العشرين، كعقد التأمين والنقل والعمل.

علماً أن الفقه والتشريعات الفرنسية عندما بدأت بتناول عقد الاذعان لم يكن ذلك بهذا المفهوم الضيق الذي يشترط فيه أن يكون متعلقاً بالسلع أو الخدمات الضرورية محل ابتكار قانوني أو فعلي، بل ولم يكن بأسم الاذعان ايضاً، بل كان ذلك تحت تسمية عقود الانضمام (Adhesion contracts) الذي ابتدعها وبحث فيها مفصلاً لأول مرة الفقيه الفرنسي (سالي) عام ١٩٢٩^(٢). وان تبدلته بأسم الاذعان كان من قبل الاستاذ العلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري^(٣) بداية في كتابه القيم (نظرية العقد)^(٤) التي صدر في عام ١٩٣٤ ومن ثم في القانون المدني المصري والعراقي الذي كان هو رئيس لجنة وضعهما. فاذا كان هنالك من الفقهاء من يؤيد هذه التسمية الاخيرة ويعتبرها اكثر انسجاماً مع محتواها^(٥)، الا ان هنالك من ينتقد ذلك ويرى بأنه من الناحية اللغوية تسمية (الانضمام) هي الادق من (الاذعان) كون الانضمام أعم من الاذعان لانه قد يقع الانضمام دون ان يتوفر فيه معنى الاذعان^(٦). ويبدو هذا التغيير في التسمية هو احدى اسباب الذي ادى بالفقهاء والقضاء في البلدان العربية وخصوصاً في مصر والعراق الى هذا الفهم الضيق له.

اضافة لما قلناه وتأكيداً لكلامنا حول عدم اشتراط تعلق عقد الاذعان أو الانضمام بالسلع والخدمات الضرورية محل ابتكار قانوني أو فعلي، فقد عرفه الاستاذ جاك غستان بقوله^(٧): (انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم اليه الفريق الآخر بدون امكانية حقيقية لتعديله). أما لجنة وضع المشروع التمهيدي لتعديل القانون الفرنسي الذي تشكل بقرار من وزير العدل عام ٢٠٠٣ فقد أقرت تعريف هذا العقد بأنه: هو العقد الذي تكون شروطه غير قابلة للمناقشة وقبل بها أحد الفريقين فيما يكون الفريق الآخر قد حددها مسبقاً بمفرده، لكن يجوز أن يتضمن ايضاً مثل هذا العقد شروطاً خاصة يمكن مناقشتها^(٨).

ويؤكد فقهاء الانكليز على هذا المعنى ويقولون في معرض كلامهم حول العقود النموذجية بأنها تأتي بمعنى عقود الاذعان- ويقصد هنا عقود الانضمام Adhesion contracts- في القانون الفرنسي، وان المصطلحتين مترادفتين و يستخدمان للدلالة على نوع العقد الذي تتحدد فيه الشروط من جانب أحد الطرفين مقدماً، وهي معروضة للقبول من جانب آخر دون أن يكون خاضعاً للمناقشة^(٩).

ولهذه الاسباب ولأن القاضي ملزم باتباع التفسير المتطور للقانون^(١٠) ندعو الى هجر الفكرة التقليدية لعقود الاذعان الذي يحصره فقط بالسلع والخدمات الضرورية، وتبني المفهوم الواسع له بقصد بسط الحماية القانونية للطرف الضعيف المستهلك الذي بات بأمر الحاجة الى هذه الحماية امام التطور العلمي والتكنولوجي الذي ساعد على وجود انتاج متدفق من السلع والخدمات واتسام المعاملات وخاصة التعاقدية بالسرعة الفائقة والتي لا تدع مجالاً للمناقشة والتفاوض بصدها مما يجد المستهلك نفسه أمام عقد أذعان من الناحية الواقعية.

فتعريف عقد الاذعان بمفهومه الواسع هو: عقد يستقل فيه أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً في صيغة مفصلة على شكل مشروع لانحي وينضم الى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الاول، فيقتصر القبول على مجرد التسليم بهذه الشروط من دون مناقشة^(١١). اكثر انسجاماً مع النصوص القانونية. واذا فهمنا عقد الاذعان بهذا المفهوم الواسع انذاك يمكن ان يعتبر جميع العقود النموذجية من عقود الاذعان وخصوصاً اذا تضمن العقد النموذجي لشروط مفروضة من قبل الطرف القوي بحيث ما كان للطرف القابل أن يقبلها برضائه اذا سنحت له فرصة مناقشتها.

المبحث الثاني: ضمان تحقيق العدالة العقدية في العقود النموذجية

بعد ان تناولنا في المبحث الاول عن معنى مصطلحي العدالة العقدية والعقود النموذجية، نحاول في هذا المبحث أن نتعمق في سبل تحقيق العدالة العقدية بمعناها الحديث- في العقود النموذجية التي باتت تزداد يوم بعد يوم في مختلف المجتمعات وخصوصاً مجتمعنا العراقي. لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحت في الاول عن ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة ابرام العقد، وفي المطلب الثاني عن ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة تنفيذ العقد.

(١) - يبدو ان الفقيه سالي هو أول فقيه فرنسي لفت الى هذه العقود عندما لاحظ ان محتواها كان يفرضه في الواقع أحد الفريقين على الآخر الذي يكفي باعطاء انضمامه. ينظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الثانية، بيروت ٢٠٠٨، ص ٩٥ والمصادر الفرنسية المشار إليها.

(٢) - الدكتور عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد- النظرية العامة للالتزام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر ١٩٣٤، ص ٢٧٩. وكذلك جاك غستان، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٣) - المحامي أحمد فوزي، سيرة وحكايات ٦ رجال فكر وقانون، الطبعة الاولى، مطبعة الانتصار-خالد البربوني، بغداد ١٩٨٥، ص ٥٢.

(٤) - الدكتور عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد- النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص ٢٧٩.

(٥) - المستشار حسن جادلي، شرح القانون التجاري العراقي، مشار اليه عند المحامي أحمد فوزي، المصدر السابق، ص ٥٢. وكذلك الدكتور عبدالمنعم فرج صده، المصدر السابق، ص ١٣٥ و هامش رقم (١).

(٦) - محمد فواز صباح الألويسي، التعسف في عقود الاذعان، بحث منشور في مجلة جامعة الإنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، العراق ٢٠١٧، ص ١٩٢.

(٧) - جاك غستان، المصدر السابق، ص ٩٧.

(٨) - ينظر: بيار كاتالا، المصدر السابق، ص ١١٦.

(٩) - ج.س. شيبير و س. ه. فيفوت و م. ب. فيرمستون، المصدر السابق، ص ٧٣.

(١٠) - نصت المادة (٣) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ بأن: (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه).

(١١) - الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر ١٩٦٦، ص ١٣١ المشار اليه عند: الدكتورة راقية عبدالجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد- دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان ٢٠١٧، ص ١٥١.

المطلب الأول: ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة ابرام العقد

نتناول في هذا المطلب عن ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة ابرام العقود النموذجية، إذ تقسم هذا المطلب الى فرعين، نبحت في الاول عن سلطة القضاء لتعديل أو الغاء الشروط التعسفية، و نبحت في الفرع الثاني عن كيفية الاعتماد بالارادة الحقيقية للمتعاقدين لتحقيق العدالة العقدية.

الفرع الأول: تخويل القضاء بتعديل أو الغاء الشروط التعسفية

اشار مشرع القانون المدني العراقي للشروط التعسفية في عقد الاذعان دون غيره من العقود، وقد قلنا في المبحث الاول ان بعض الفقهاء -ودون استناد الى اي سند قانوني- يعتقدون انه يشترط في عقد الاذعان ان يكون محله متعلق بسلعة أو خدمة ضرورية محل احتكار قانوني أو فعلي! وإلا لا يعتبر من عقود اذعان ولايستفيد الطرف الضعيف من الحماية التي اصفاها المشرع لضمان تحقيق التوازن و العدالة العقدية في عقد الاذعان، ومنها تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دانناً كان أو مديناً وكذلك تخويل القاضي بالغاء الشروط التعسفية أو تعديلها! في حين اننا نتفق مع من يرى^(١) انه لكي نكون أمام عقد اذعان يشترط توافر شرطين لا ثالث لهما: أولهما، قيام أحد المتعاقدين -أي الموجب- بوضع شروط العقد وعرضها على المتعاقد الآخر أي الموجه اليه. وثانيهما، عدم قبول الموجب مناقشة هذه الشروط من الطرف الآخر الذي عليه أما أن يقبل بها جملة أو يرفضها جملة. فمادام الامر كذلك فإننا نقترح على القضاء تطبيق أحكام عقود الاذعان على جميع العقود النموذجية الاخرى التي تتوافر فيها هاذين الشرطين اعلاه لضمان تحقيق العدالة التي هي غاية القانون وحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية تطبيقاً للنص الذي يقول: (٢) - اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك.٣- ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دانناً^(٣).

ويقترح بعض الفقهاء^(٤) بضرورة تدخل المشرع لمعالجة الشروط التعسفية ليس فقط في عقود الاذعان أم عقود النموذجية فقط بل في جميع انواع العقود كلما تضمنت مثل هذه الشروط، وذلك من خلال تطوير نصوص القواعد العامة للقانون المدني الخاصة بمعالجة هذه الشروط أو بايراد نصوص قانونية خاصة وكذلك باعطاء سلطة واسعة للقاضي للحد من هذه الشروط وذلك بغية حماية الطرف الضعيف في العقد وتحقيقاً للعدالة التعاقدية.

وهنا يثار سؤال حول المقصود بالشروط التعسفية الموجودة في النص حتى يكون باستطاعة القاضي و بالاستناد الى نص القانون ان يتدخل فيها بتعديلها أو بالغاؤها!؟

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشروط التعسفية وفي بيان عناصرها، والسبب في ذلك يرجع الى ان كل منهم عرفها بحسب الزاوية التي ينظر اليها وطبيعة كل معاملة تعاقدية وظروف كل حالة، فمثلاً يرى البعض بأنه: الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الاكثر قوة حيث يمنح لهذا الاخير ميزة فاحشة عن الطرف الاخر^(٤)، ويرى بعض آخر بأنه: هو الشرط الذي يفرضه الطرف القوي سواءً كان ذلك من الناحية الاقتصادية أم من الناحية الفنية على الطرف الاقل خبرة أو كفاءة مما يؤدي الى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب ومصلحة الطرف الاخر^(٥).

ويظهر من هذه التعاريف ان الشروط التعسفية يقع أكثر ما يقع في العقود النموذجية وخصوصاً أنه يتم اعدادها وطباعتها مسبقاً لينضم المتعاقدون اليها بغض النظر عما قد يستشعرونه فيها من تعسف أو عدم التوازن. ولا تكفي المزايا المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي وتؤدي الى اختلال الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد للقول بوجود الشرط التعسفي وانما يجب ان يكون هذا الاختلال ناشئاً عن استعمال الطرف القوي لمركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على الطرف الضعيف شروطاً تخل بالعدالة العقدية^(٦).

ورغم اعتداد قوانين بعض الدول بمعيار التفوق الاقتصادي لمعرفة الشروط التعسفية الا ان بعضهم- كقانون حماية واعلام المستهلك الفرنسي- لم يكتفوا بذلك، بل و ذكروا ايضاً بعض امثلة لمثل هذه الشروط وخصوصاً تلك المتعلقة بتحديد الثمن و تسليم الشيء و وشروط تنفيذ العقد والفسخ والضمانات^(٧).

وبصورة عامة ولمعرفة هذه الشروط التعسفية نستطيع ان نضرب الامثلة الاتية:

- اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع.
- الالتزام التام من المشتري بالاداء الفوري مقابل اقتران التزام البائع بشرط معلق على ارادته المنفردة.
- تغيير الثمن وفق عناصر مرتبطة بالارادة المنفردة للبائع أو مقدم الخدمة.
- انفراد البائع بتحديد أو تغيير تاريخ تسليم السلعة أو وقت تنفيذ الخدمة.
- اشتراط ان يكون لاحد الاطراف وبارادة منفردة حق في تغيير شروط المتفق عليها وفي أي وقت كان.
- اشتراط ان يكون العقد جائزاً من جهة الطرف القوي و لازماً من جهة القابل به، رغم ان أصله هو عقد لازم للطرفين بطبيعته.

(١) - الدكتور منصور حاتم محسن و الدكتورة ايمان طارق مكي، المصدر السابق، ص٤٦

(٢) - ينظر المادة(١٦٧) من القانون المدني العراقي و المادة(١٤٩) من القانون المدني المصري.

(٣) - فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع ومكتبة دار السلام القانونية، العراق ٢٠١٧، ص١٨٤

(٤) - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك أزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤، ص٢١٢

(٥) - دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد،- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان في جزائر سنة ٢٠١٥-٢٠١٦، ص١٦٩-١٧٠

(٦) - سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة صدام، العراق ٢٠٠٢، ص٣٠ والمشار اليها عند: محمد فواز صباح الأوسي، المصدر السابق، ص٢٠٢

(٧) - لاحظ: المادة(٣) من قانون حماية واعلام المستهلك الفرنسي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨.

- البند الذي يضعه جامعة أهلية في عقد تدريسيها بأنه: اذا ترك التدريسي عمله قبل انتهاء السنة الدراسية فإنه يكون ملزماً بارجاع ثلاثة أمثال مبالغ له خلال ذلك السنة.

و قد توقع المشرع المدني أن يعمد الطرف القوي في عقد الإذعان الى ادراج شرط لسلب سلطة القضاء في التدخل بتعديل العقد أو بإلغاء الشروط التعسفية فيه فيتعطل بذلك الحماية التي يراد تحقيقها للطرف المذعن، ولهذا اشار في النص المادة(١٦٧) اعلاه ببطلان كل اتفاق يسلب القاضي مثل هذه السلطة حتى ولو كان على شكل شرط واضح منصوص في العقد.

بقي أن نقول أن المشرع الفرنسي ومواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية حاول أكمل النقص الموجود في القانون المدني فيما يتعلق بالشروط التعسفية وتحديدها من خلال إصدار العديد من القوانين التي عنت بحماية المستهلك^(١) الى أن قام بتعديل القانون المدني أيضاً واكمل هذا النقص فيه^(٢). وكذلك الامر فيما يتعلق بالمشرع المصري حيث قام بأصدار قانون حماية المستهلك لعام ٢٠٠٦ والذي تناول فيه العديد من المسائل وخصوصاً فيما يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية^(٣)، أما المشرع العراقي فرغم إصداره لقانون حماية المستهلك لعام ٢٠١٠ إلا أنه لم يتطرق فيه الى تحديد ومعالجة الشروط التعسفية وترك أمر ذلك للقانون المدني^(٤) رغم وجود اختلافات واسعة بصدد مفهوم عقد الإذعان، لذلك نقترح على المشرع العراقي تكملة هذا النقص في قانون الاستهلاك وذلك بتعديله على هدى قانون الاستهلاك الفرنسي والمصري.

الفرع الثاني: الاعتراف بالارادة الحقيقية للمتعاقدین

إذا كان العقد عبارة عن توافق ارادتين على انشاء أثر قانوني، فأنا يجب أن نكشف عن هذه الارادة المشتركة للمتعاقدین والذي قد لا يكون سهلاً ويحتاج الى من يملك العلم والفطنة لذلك. وعادة يخصص المشرع المدني بعض المواد والقواعد التفسيرية التي يمكن للقاضي الاستفادة منها^(٥)، لان عملية تفسير العقد من المهام المخولة للقاضي الذي له أن يستعين بنوعين من الوسائل وكالاتي:

أولاً: الوسائل الداخلية للكشف عن الارادة الحقيقية للمتعاقدین:

وتكون ذلك بالرجوع الى عبارات العقد ذاته واستخدام مجموعة من القواعد التي تساعد في استخلاص الارادة المشتركة للمتعاقدین من عبارات العقد. وهنا قد يثور سؤال فيما اذا كانت العبارات الواضحة للعقد يحتاج الى التفسير من عدمه؟ يجابو الفقهاء بنعم، لان ما لا يحتاج الى التفسير هو الارادة الواضحة وليس العبارات الواضحة التي قد يحمل أكثر من معنى ولا تعكس النية الحقيقية للطرف ، فقد نصت المادة(١٥٥) من القانون المدني العراقي (العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني) اي معرفة النية المشتركة للمتعاقدین من خلال البحث عما قصده المتعاقدان من الالفاظ التي استعمالها في التعبير عن ارادتهما، ولكن انذاك يجب على القاضي أن يسبب حكمه. ولكن لا يعني أن ينحرف القاضي عن معنى الظاهر للعبارات الى معنى آخر وبخالف بذلك مبدأ سلطان الارادة ، بل عليه ان يأخذ بالارادة التي دلت عليها العبارة الواضحة والا سوف يكون حكمه معرضاً للنقض^(٦).

ثانياً: الوسائل الخارجية للكشف عن الارادة الحقيقية للمتعاقدین:

نقصد بالوسائل الخارجية أي العوامل الخارجة عن نطاق العقد كالعرف وطبيعة المعاملة للوصول الى بيان ما ينتجه العقد من حقوق وما يولده من التزامات. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي بأنه: (ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)^(٧). ويقصد بالقانون الواردة في النص اعلاه اي القواعد المفسرة التي يأتي وتكمل ارادة المتعاقدین وتكمل نطاق العقد وتكشف عن ارادتهما اذا لم يكونا قد توقعا ما يعرض لهما، ومثال على ذلك: اذا لم يتضمن العقد النموذجي على نفقات تسليم المبيع فالقانون يأتي ويحدد ذلك.

أما العرف الذي يتعين على القاضي ان يأخذه بعين الاعتبار لاستكمال نطاق العقد ومستلزماته فيشترط فيه ان يكون عامة وغالبة وغير مخالف للنظام العام، حينها يعتبر من الشروط المألوفة في العقد اذ ينص القانون المدني بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٨). فالقاضي له سلطة واسعة في تفسير العقد وفقاً لما يقتضيه العرف وبالاخص العرف التجاري وان كانت بنود العقد لا تشير صراحة اليه. فيفترض في المتعاقدین أن يكونا على علم به وان يكون قد رضيا به في التعاقد باعتباره من الشروط المألوفة والا صرحا بمخالفته.

(١) - وآخر هذه التشريعات الخاصة هو قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٦٤٩) لسنة ١٩٩٣.

(٢) Mustapha Mekki, The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing, Journal of civil law studies, Louisiana State University, Volume 10, Number 1, 2017, P243.

<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=jcls>

(٣) - ينظر: المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك المصري رقم(٦٧) لعام ٢٠٠٦.

(٤) - للتفصيل حول قوانين حماية المستهلك في هذه الدول، ينظر: محمد فواز صباح الألويسي، المصدر السابق، ص٢٠٥-٢٠٦. وكذلك: بلال محمود محمد، حماية المستهلك في مواجهة قوانين تشجيع الاستثمار-دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر، الطبعة الاولى، مصر ٢٠١٦، ص١٨٨.

(٥) - خصص القانون المدني الفرنسي ما لا يقل عن عشر مواد (١١٥٤-١١٦٤) والمشرع المدني المصري خصص ما لا يقل عن مادتين (١٥١-١٥٢) أما المشرع العراقي وبتأثير من الفقه الاسلامي و مجلة الاحكام الاعلانية فقد خصص ما لا يقل عن ثلاثة عشرة مادة (١٥٥-١٦٧).

(٦) - وفي هذا المعنى تنص المادة(١٥٠) من القانون المدني المصري بأنه:(اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدین) ورغم عدم وجود مثل هذا النص في القانون العراقي ولكن لانرى مانعاً من العمل به. وكذلك: دالي بشير، المصدر السابق، ص٢٨-٣١، ٢٩، والقرارات القضائية المشار اليها.

(٧) - في نفس المعنى ينظر المادة(١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٨) - المادة(١٦٣) من القانون المدني العراقي، وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي وبالاخص من مجلة الاحكام العديلية.

في حين ان العدالة التي نصت الفقرة اعلاه بالزام القاضي على الاخذ بها -بجانب القانون والعرف- لتحديد مستلزمات العقد هي في بالغ الاهمية للوصول الى العدالة العقدية، وبالتالي من أهم آليات علاج النقص في القانون^(١)، ولا تنفق مع من يرى ان كثير من الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون^(٢)، بل لتعقيد الحياة الاقتصادية والاجتماعية فاننا نحتاج الى العدالة لكي يفتح يد القاضي في احقاق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف. ولكن ما المقصود بالعدالة؟

ان الفلاسفة والمفكرون منذ أقدم العصور وحتى يومنا هذا قد بحثوا في معنى العدالة ألا أنهم لم يصلوا الى تعريف جامع و مانع بصدها رغم كثرة تداول هذه الكلمة من قبل الناس لوصف فعل أو حكم أو قانون معين بأنه عادل أو غير عادل. لذلك تنفق مع من يصف العدل بأنه: احساس يتجلى فينا على هيئة استحسان أو استهجان، سرور أو ألم، ازاء واقعة ما عند موافقة هذه الواقعة لضميرنا الاخلاقي أو مخالفتها له، لذلك ففضيلة العدل ذات صفة خلقية ومن هنا كان العدل داخل في نطاق الاخلاق بقدر تعلقه بالقانون، فيقال عن قاعدة قانونية أنها عادلة حين يكون مطابقة لهذه الفضيلة الخلقية وتكون ظالمة اذا هي عارضتها وخرجت عليها^(٣). علماً ان العدالة فكرة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن ايقاع الضرر بالغير وعلى اعطاء كل ذي حق حقه، وانما هي تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وابعد ذلك هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفاءة النظام اللازم لسكينة المجتمع الانساني وتقدمه. ومن هنا فالعدالة مصلحة انسانية عليا ذات صلة وطيدة بالاخلاق^(٤).

ولكن اذا كان على القاضي ان يستعين بقواعد العدالة لتحديد مستلزمات العقد، الا أنه لا يجوز له ان يغفل ارادة المتعاقدين الواضحة ما دامت في حدودها ولم يخالف النظام العام والاداب العامة، بدعوى ان هذه الارادة لا تتفق مع قواعد العدالة، لان العدالة هنا تكمل ارادة المتعاقدين ولكن لا تعدلها او تنسخها. والا سوف نكون قد خالفنا غاية الامان القانوني الذي يعتبره بعض الفقهاء ك(روبير) الغاية الاولى للقانون التي تأتي قبل غاية العدالة^(٥). وبالتالي ان مصطلح العدالة في المادة اعلاه لا يسعفنا في تحقيق العدالة العقدية الا بالنسبة لما لم يتفق المتعاقدان عليه في العقد بصورة واضحة، حينها يرجع القاضي الى القواعد المكتملة في القانون لتكملة ارادتهما واذا لم يوجد فيرجع الى العرف والعدالة لتكملة ارادتهما.

المطلب الثاني: ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة تنفيذ العقد

نتناول في هذا المطلب عن ضمان تحقيق العدالة العقدية في مرحلة تنفيذ العقود النموذجية، وذلك من خلال فرعين اثنين، نبحت في الاول عن دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كضمانة من ضمانات تحقيق العدالة العقدية، ونبحت في الثاني عن احوال تعديل العقد النموذجي من قبل القاضي لضمان تحقيق تلك العدالة.

الفرع الاول: حسن النية في تنفيذ العقد النموذجي

نصت الفقرة الثانية من المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي بأنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). وهذه الفقرة قد نقل حرفياً من الفقرة الاولى من المادة(١٤٨) من القانون المدني المصري، والذي استمدته الاخير بدوره من المادة(١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

وقد اختلف الفقهاء في بيان معنى حسن النية في تنفيذ العقود، ففي حين يربطه البعض بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وضرورة الالتزام بتنفيذ بنود العقد باعتباره: تنفيذ العقد على الوجه الذي يوجبه حسن النية يقتضي احترام قانون العقد، بأن ينفذ كل طرف من أطراف العقد ما رتبته العقد هذا من التزامات عليه، والوفاء بكل مضمون الالتزام بعيداً عن الالتواء والمماطلة^(٦). يتجاوز بعض آخر من الفقهاء هذا المعنى ويقولون أنه: عبارة عن النية الخالية من الغدر والخداع أو القصد السيء، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية والغش أو الرغبة في الاضرار بالغير. وهو مفهوم واسع يعبر عن كل احساس بالامانة واستقامة الضمير^(٧). الا ان ادق هذه التعاريف و أوضحها هو الذي يرى بأن حسن النية هو: توجيه الارادة في تحقيق الغرض المباشر من ابرام العقد بحيث ينسجم مع مصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل^(٨). ذلك لانه يربط حسن النية بالعدالة التعاقدية من خلال مراعاة المصالح المشروعة للطرف المقابل.

وهذا يعني أنه يمكن للقاضي من خلال هذا المبدأ أن يحقق بعض الاهداف المهمة التي تنصب في خدمة العدالة التعاقدية بمفهومها الحديث، منها: تمكين الطرف المتضرر من الحد -قدر المستطاع- من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي، وفرض معايير النزاهة والامانة في العلاقات التعاقدية، وتغلب على الاشكالات التي قد تعترض التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية مثل مبدأ سلطان الارادة، والحد من استخدام الشروط التسفوية في العقود النموذجية^(٩). وفي هذا السياق نص المشرع الاوروبي على بطلان اي شرط تعسفي متى ما خالفت هذا الشرط مبدأ حسن النية^(١٠).

(١) - الدكتور وائل حسن عبدالشافي، مشكلة النقص في القانون، المكتب الجامعي الحديث، مصر ٢٠٠٩، ص ٣٦٩

(٢) - الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم و الأستاذ عبدالباقى البكري و الأستاذ المساعد محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ١٦٠

(٣) - الدكتور حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٥، ص ١٦٣

(٤) - الدكتور نعيم عطية، ص ٣٦ والمصادر المشار إليها.

(٥) - ينظر الدكتور احمد ابراهيم حسن، غاية القانون- دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر ٢٠٠١، ص ١٧٨ والمصادر المشار إليها.

(٦) - القاضي موفق حميد البياتي، شرح المتن- الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان ٢٠١٧، ص ١٨٤

(٧) - الدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار نارس للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، كوردستان العراق ٢٠٠٦، ص ٢١٥

(٨) - الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود- دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن ٢٠٠٨، ص ٤٧٨

(٩) - دالي بشير، المصدر السابق، ص ٨٠

(١٠) - ينظر المادة(٣) من التوجيه رقم(١٣) لسنة ١٩٩٣ الخاص بالشروط التسفوية في عقود الاستهلاك.

وما هو جدير بالملاحظة والانتقاد ان المشرع اشترط حسن النية لتنفيذ العقود وسكت عن اشتراط ذلك لابرام العقد، لذلك فقد دعا الفقهاء بضرورة وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة ابرام العقد ايضاً وليس فقط في مرحلة تنفيذه^(١). وقد تبني التقنين المدني الفرنسي في تعديله الجديد للمادة(١١٠٤) عام ٢٠١٦ هذا الاتجاه الفقهي الحديث في ضرورة اعدام دور حسن النية في كافة مراحل العقد وليس فقط في مرحلة تنفيذه، حيث جاء فيه: (يجب أن يتم التفاوض في العقود و ابرامها وتنفيذها بحسن النية، ويعد هذا الحكم من النظام العام)^(٢). ونحن بدورنا نقترح هذا التعديل للمشرع العراقي ايضاً لانه بالاعتماد على هذا المبدأ يستطيع القاضي بشكل افضل اعادة العدالة العقدية الى نصابها اذا ما اختلفت الظروف المحيطة في تنفيذ العقد أو اذا اختلفت العدالة التعاقدية بسبب سوء نية أحد المتعاقدين وقطع الطريق أمام الحرية التعاقدية من أن يؤدي الى المظالم، بل وايضاً يستطيع القاضي بواسطة استخدام مبدأ حسن النية استنباط كثير من الحلول منه بهدف اخضاع الالتزام لمبدأ الانصاف القانوني حماية لمصلحة الطرفين و المصلحة العامة ايضاً^(٣). وما النظرة الميسرة -اي اعطاء المدين حسن النية مهلة اضافية لتنفيذ العقد- الا استنتاج تشريعي من استنتاجات مبدأ حسن النية^(٤) في حين-على عكس من ذلك- يعاقب القانون المدين سيء النية فيجعله مسؤولاً عن تعويض الضرر حتى تلك التي لم يكن متوقفاً وقت التعاقد^(٥).

الفرع الثاني: تعديل العقد النموذجي لضمان العدالة العقدية

استثناءً على مبدأ سلطان الارادة و العقد شريعة المتعاقدين ففي بعض الاحوال أجاز المشرع للقاضي أن لا ينفذ ما أتفق المتعاقدان عليه في العقد، بل يقوم بتعديل محتوى العقد تحقيقاً للعدالة التي هي غاية العقد والقانون برتمته. ومن أهم هذه الحالات المتعلقة بكافة العقود^(٦) وذات الصلة بموضوع بحثنا هي حالة تعديل الشرط الجزائي ونظرية الظروف الطارئة. فالشرط الجزائي الذي يمكن توقعه بكثرة في العقود النموذجية حيث يستغل الطرف القوي حاجة الطرف الضعيف ويشترط عليه مثل هذه الشروط، يعرف بأنه: تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الذي قد يصيب الدائن بسبب اخلال المدين في تنفيذ العقد. فقد جاءت في المادة(١٧٠) من القانون المدني العراقي بأنه: (١- يجوز للمتعاقد ان يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق.. الخ. ٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة)^(٧).

وكما يظهر من هذه المادة فإنه يعطي الصلاحية للقاضي لاعفاء المدين من دفع التعويض المتفق عليه مسبقاً من قبل المتعاقدان اذا لم يلحق الدائن اي ضرر، أو يعدل القاضي مبلغ التعويض المتفق عليه مسبقاً اذا كان ذلك المبلغ مبالغ فيه و لم يتناسب مع الضرر، هذا اذا كان المدين قد أخل بالتزامه، أما اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه لم يكن بخطئه انذلك لا يستحق الدائن اي تعويض، لان الخطأ ركن من أركان المسؤولية.

وحسناً فعل المشرع عندما عالج هذا الموضوع معالجة صريحة، لان الاشتراط على مبلغ التعويض دون وجود ضرر أو كان الضرر اقل بكثير منه يعد من تطبيقات الشروط التعسفية. الا انه كان من الاولى ان يسمح المشرع للقاضي ان يتدخل لتعديل مثل هذه الشروط التعسفية بصورة عامة في العقود وخصوصاً في العقود النموذجية، وعدم الوقوف فقط على تطبيق من تطبيقات الشروط التعسفية.

ولكن من أبرز الاستثناءات الحديثة^(٨) على مبدأ سلطان الارادة لضمان تحقيق العدالة العقدية واعادة التوازن الى حقوق والتزامات طرفي العقد الذي أختل لاسباب خارج ارادة المتعاقدين هي نظرية الحوادث الاستثنائية. فالقانون المدني بعد ان أكد في المادة(١٤٦) على مبدأ سلطان الارادة، جاء وادخل في نفس المادة استثناء فيها الا وهي حالة تغيير الظروف التي ابرم فيها العقد. فقد نصت (١- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. ٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وهذه المادة بفقرتها تكاد تكون قد نقل حرفياً من المادة(١٤٧) من القانون المدني المصري، ولكن لم ينص القانون المدني الفرنسي الى هذا الامر وذلك متأثراً بمبدأ سلطان الارادة ولكونه قد وضع قبل وقت طويل من استحداث نظرية الظروف الطارئة التي ترجع ظهورها الى سنوات

(١) - جاك غستان، المصدر السابق، ص٢٦٨، وكذلك: الدكتور حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد(٢٦) المجلد(٢) سنة٢٠١١، ص٢٤٥ و البحث متاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&id=46550>

(٢) - التعديل الصادر بموجب المرسوم الصادر في ٢٠١٠-٢-٢٠١٦ والنافذة في ١٠-١-٢٠١٦ وللتفصيل اكثر في هذه التعديلات ينظر: رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي- قراءة في مرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦ المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات، متاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://9anonak.blogspot.com/2016/05/Mises-a-jour-des-droit-civil-Francais.html>

(٣) - فوان ، حسن النية مفهومها ودورها ، رسالة دكتوراه قدمت الى جامعة ليل الفرنسية عام ١٩٢٧ ، ص٨٦ و المشار اليها عند: عبدالمنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود-دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان ٢٠٠٦، ص٨٩

(٤) - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية لجامعة بابل، العدد(٣) المجلد (٢٦)، العراق ٢٠١٨، ص٢١

(٥) - ينظر المادة(١٦٩) من القانون المدني العراقي والمادة(٢٢١) من القانون المدني المصري. والمادة(١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي.

(٦) - نقصد بالحالات العامة أي تلك الحالات غير متعلقة بعقد معين لأن هنالك حالات اخرى نص عليها القانون المدني أو القوانين الخاصة مثل: تعديل الاجرة في عقد الايجار وتعديل اجرة الوكيل والامتداء القانوني لعقد الايجار.. الخ

(٧) - ويقابله المادة() من القانون المدني المصري والمادة() من القانون المدني الفرنسي.

(٨) - رغم أن أغلبية الفقهاء يرى بأن هذا الاستثناء قد ظهر عام ٢٠١٦ ابان الحرب العالمية الاولى في مجال القانون الاداري وهو من ابداع مجلس الدولة الفرنسي الذي كان يتمتع بالدور المشرع للقانون الاداري، الا ان بعض الاخر مثل الدكتور سمير عبدالسيد تناغوا يرى بان لهذا الاستثناء جذور قديمة يرجع الى القانون الروماني، ولكن لم يكن ذلك كقاعدة عامة بل ضمن احكام بعض العقود كعقد الايجار. للمزيد حول الاصل التاريخي لنظرية الظروف الطارئة، ينظر: الدكتور سمير عبدالسيد تناغوا، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر ٢٠٠٥، ص١٥٧-١٦٠.

الحرب العالمية الاولى وبالتحديد عام ١٩١٦ حيث اجتهاد العظيم لمجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بورودو في ذلك العام^(١)، الي أن أدخل هذه النظرية فعلياً في القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦^(٢).

وكما يظهر من مفهوم المادة اعلاه أن المحكمة حتى تعمل بهذا الاستثناء وتعديل أحكام العقد رغم عدم اتفاق المتعاقدين على ذلك التعديل، يشترط توافر اربعة شروط: أولهما، ان يمر بعض الوقت بين انعقاد العقد وتنفيذه. وثانيهما، ان تطرا أثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة. وثالثهما، أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة وقت أبرام العقد. ورابعهما، أن تؤدي هذه الحوادث العامة الى جعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً لا مستحيلاً.

وهذا الاستثناء على مبدأ سلطان الارادة و العقد شريعة المتعاقدين هو من أهم الاستثناءات التي تهدف الى أرجاع التوازن والعدالة العقدية الى عقد الذي أختل توازنه الاقتصادي بسبب حوادث عامة لا دخل لارادة المتعاقدين فيها. حيث يمكن الاستفادة منه بصورة خاصة في العقود النموذجية كعقد التدريس الجامعي أو عقد شراء الوحدة السكنية من شركات المشاريع السكنية. ولايستطيع المتعاقدان الاتفاق على عدم تأثير الحوادث الاستثنائية العامة على عقدهما، لان هذا الاستثناء يعتبر من النظام بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها وابعاد حكمها، كما هو اوضح من منطوق نهاية النص.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا حول العدالة العقدية في العقود النموذجية، توصلنا الى عدة استنتاجات، كما أبدينا بعض المقترحات، على النحو الاتي:

أولاً: الاستنتاجات

١- في تحديد وظيفة القانون في العلاقات التعاقدية بين الافراد تتجاذب نزعتان: النزعة الفردية التي ترى بأن وظيفة القانون تقتصر على تأمين ممارسة جميع الافراد للحقوق والحريات دون تضاربها، ولا يجوز التدخل في علاقات الافراد الحرة. فما دام التساوي محققاً بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما، فما يقضي به العقد هو العدل الملزم ومن هنا يأتي العدالة التبادلية. أما النزعة الاجتماعية فتري أنه من حق الدولة التدخل في تنظيم العقود على منوال مبدأ سلطان الارادة وبدافع الاعتقاد بأن الحرية التعاقدية ليس ضماناً كافياً لتوليد الالتزامات عادلة، نظراً لانعدام التكافؤ بين مراكز وقوى المتعاقدين و لان المصلحة العامة تقتضي تدخل القانون لتحقيق العدل العام وتحرير الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي. ومن هنا يتحقق العدالة التوزيعية.

٢- في ظل المفهوم الضيق لعقود الاذعان الذي يؤيده أغلبية الفقهاء لايمكن للقانون المدني العراقي ضمان حماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة التعاقدية في العقود النموذجية.

٣- يرى أغلبية الفقهاء بأنه يشترط في عقد الاذعان وجوب تعلقه بسلع وخدمات ضرورية محل احتكار قانوني أو فعلي، الا أننا نخالف هذا المفهوم التقليدي لعقد الاذعان ونرى بأن هذا الشرط لا سند له في النصوص التشريعية. لذلك نؤيد المفهوم الواسع له الذي يرى بأنه: عقد يستقل فيها أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً على شكل مشروع لائحي وينضم الي هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الاول، فيقتصر القبول على مجرد التسليم بهذه الشروط من دون المناقشة. و انداك يتشابه معناه بمعنى العقود النموذجية الى حد كبير. ويعتبر العقود النموذجية من ضمنه الى حد كبير.

٤- لم يشر المشرع المدني الى الشروط التعسفية التي هي تلك الشروط الذي يفرضه الطرف القوي على الطرف الاخر ويؤدي الى عدم التوازن في حقوق والتزامات الطرفين، الا ضمن أحكام عقد الاذعان. وهذا يعتبر نقص يستوجب تداركه.

ثانياً: المقترحات

١- بهدف تحقيق العدالة العقدية نقترح على المشرع ضرورة التدخل لحماية الطرف الضعيف في العقود النموذجية من الشروط التعسفية التي قد يفرضه الطرف القوي اقتصادياً أو فنياً على الطرف الاخر، وذلك لعدم ورود مصطلح(الشروط التعسفية) في القانون المدني الا في موضوع عقد الاذعان الذي قد يقصره البعض -دون سند تشريعي- على تلك العقود المتعلقة بالسلع والخدمات الضرورية ذات احتكار فعلي أو قانوني من قبل أحد أطرافها.

٢- لحين التدخل التشريعي لحماية الطرف الضعيف في العقود النموذجية، نطالب القضاء العراقي بامتداد الحماية القانونية لعقد الاذعان لتشمل كافة العقود النموذجية مادامت تتوافر فيها الشروط المذكورة في القانون. أما مسألة شرط تعلق العقد بمرفق أو بسلع ضرورية ذات احتكار قانوني أو فعلي، فهذا اجتهاد قضائي لا يوجد نص يسانده وبالتالي لا يعتبر القضاء ملزم به.

٣- نهيي بالمشرع العراقي تعديل القانون المدني في ظل توجهات الضمير العالمي نحو مزيد من ضمانات تحقيق العدالة العقدية على حساب الحد من الحرية العقدية و القوة الملزمة للعقد، وبالاخص فيما يتعلق بعدم قصر مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود بل وايضاً اشتراطه في كافة مراحل العقد من المفاوضات الى الابرام وحتى التنفيذ، حتى يكون ذلك وسيلة بيد القضاء لاعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف الذي هو من غايات الاساسية للقانون.

٤- الاستفادة من توجهات الاتحاد الاوروبي في تعاملهم مع الشروط التعسفية لضمان حماية المستهلك وتعديل قانون حماية المستهلك العراقي لسنة ٢٠١٠ في ظلها.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

-الدكتور أحمد ابراهيم حسن ، غاية القانون- دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر ٢٠٠١

(١) - الدكتور هدى عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٥١

(٢) - جان سمنس و كارولان كالم، الاصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة: الدكتور نبيل مهدي زوين، بحث منشور في مجلة جيل للابحاث القانونية المعقدة، العدد(٢٠) الاردن ٢٠١٧، ص ١٢٢. وكذلك

- الدكتور أحمد سليمان شهيب السعداوي والدكتور جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الاسلامي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان ٢٠١٧.
- المحامي أحمد فوزي، سيرة وحكايات ٦ رجال فكر وقانون، الطبعة الاولى، مطبعة الانتصار-خالد البربوني، بغداد ١٩٨٥.
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك أزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤.
- بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات و التقادم في القانون الفرنسي، ترجمة: كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف في بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الاولى، بيروت ٢٠٠٩.
- بلال محمود محمد، حماية المستهلك في مواجهة قوانين تشجيع الاستثمار-دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر، الطبعة الاولى، مصر ٢٠١٦.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الثانية، بيروت ٢٠٠٨.
- ج.س. شيشير و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الانجليزي، ترجمة: القاضي هنري رياض، دار الجيل في بيروت و مروى بوكشوب في خرطوم، ١٩٨٧.
- الدكتور حسن كبره، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة طبع، ص ١٦٦-١٦٧.
- الدكتور حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٥.
- الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، العاتك للطباعة والنشر، بغداد ٢٠١٢.
- الدكتور حسن محمد هند والدكتور نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية- دراسة مقارنة مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا- دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٦.
- الدكتور درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٦.
- الدكتور راقية عبدالجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد- دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان ٢٠١٧.
- روسكو باوند، مدخل الى فلسفة القانون، ت: د. صلاح دباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٦٧.
- الدكتور سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر ٢٠٠٥، ص ٤٣.
- الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود- دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن ٢٠٠٨.
- الدكتور صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، الطبعة الثانية، بغداد ١٩٧١.
- الاستاذ عبدالباقي البكري والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٥.
- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد- النظرية العامة للالتزام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر ١٩٣٤.
- الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع .
- عبدالمنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود-دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان ٢٠٠٦.
- عبدالمنعم فرج الصده، في عقود الادعان في القانون المصري- دراسة فقهية و قضائية مقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦.
- الدكتور عبدالمنعم فرج صده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٤.
- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشوات جامعة جيهان الخاصة-أربيل، الطبعة الاولى، اقليم كردستان-العراق، ٢٠١١ .
- علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الادعان، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة الشرق الاوسط، الاردن سنة ٢٠١١.
- د.فايز محمد حسين ود. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ٢٠٠٧.
- فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع ومكتبة دار السلام القانونية، العراق ٢٠١٧.
- الحاكم فريد فتیان ، مصادر الالتزام- شرح مقارن على النصوص- مطبعة العاني ،بغداد ١٩٥٧.
- الدكتور فيصل محمد البحيري، أثر النهضة العلمية الحديثة على الفكر القانوني- دراسة في فلسفة القانون، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، مصر ٢٠١٥ .
- الدكتور محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي- نظرية الالتزام، الجزء الاول- في مصادر الالتزام، مطبعة العاني،بغداد ١٩٥٥.
- القاضي موفق حميد البياتي، شرح المتون- الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان ٢٠١٧.
- الدكتور منذر الشاوي، الانسان والعدالة، الذاكرة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، بغداد ٢٠١٦.
- الدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ناراس للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، كردستان العراق ٢٠٠٦.
- الدكتور نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٦٥.

- الدكتور همام محمد محمود زهران، المدخل الى القانون- النظرية العامة للقانون- دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ٢٠٠٦.

- الدكتور وائل حسن عبدالشافي، مشكلة النقص في القانون، المكتب الجامعي الحديث، مصر ٢٠٠٩.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد،- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان في جزائر سنة ٢٠١٥-٢٠١٦.

ثالثاً: الأبحاث

- الدكتور حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد (٢٦) المجلد (٢) سنة ٢٠١١.

و البحث متاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=46550>

- خولة كاظم محمد راضي، الايجاب في عقد الاذعان، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١) السنة السادسة ، ص ٢٢ من البحث

- جان سمنس و كارولايين كالوم، الاصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة: د. نبيل مهدي زوين، بحث منشور في مجلة جيل للابحاث القانونية المعمقة، العدد (٢٠) الاردن ٢٠١٧.

- رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي- قراءة في مرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦ المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات، المتاح على العنوان الالكتروني الاتي:

<https://9anonak.blogspot.com/2016/05/Mises-a-jour-des-droit-civil-Francais.html>

- سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الاذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، العدد (٤٧) المجلد (١)، الجزائر ٢٠١٧.

- محمد فواز صباح الألوسي، التعسف في عقود الاذعان، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، العراق ٢٠١٧.

- الدكتور محمد علي القري، عقود الاذعان، بحث مقدمة الى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الاسلامي، متاح على العنوان الالكتروني الأتي: <https://www.kantakji.com/media/5764/34701.htm>

- منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية لجامعة بابل، العدد (٣) المجلد (٢٦)، العراق ٢٠١٨.

- الدكتور منصور حاتم محسن و الدكتورة ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية- جامعة بابل، العدد (١) لسنة ٢٠٠٩.

رابعاً: المصادر باللغة الانكليزية

- Mustapha Mekki, The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing, Journal of civil law studies, Louisiana State University, Volume 10, Number 1, 2017 .

<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=jcls>

- Florian Rodal, Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory). Journal of Law and Contemporary Problems. Duke Law – University, UK. V. 76, Issue 2. (2013).

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4360&context=lcp>

خامساً: القوانين

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.

- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.

- القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤.

- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

- قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

- قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لعام ٢٠١٠.

- قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

- قانون حماية واعلام المستهلك الفرنسي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨.

- التوجيه الاوروبي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٣ الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

- مرسوم ١ فبراير عام ٢٠١٦ الخاص بتعديل القانون المدني الفرنسي.

سادساً: القرارات القضائية

- قرار رقم ٧٤/م في ٢١-٥-١٩٦٥ منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد (٢) السنة السادسة.

- قرار رقم ٥٥٨/مدنية اولى/٩٧٥ في ٢١-١-١٩٧٥ المنشور عند: القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود- قسم القانون المدني، الجزء الرابع، مكتبة يادكار للنشر والتوزيع، السليمانية/العراق ٢٠١٩.

الملخص

نتيجة للنشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية فقد تغيرت أنماط العقود وازداد ما يسمى بالعقود النموذجية التي ينفرد أحد أطرافها بوضعها و تضمين شروطها على شكل مشروع عقد وما على الطرف الآخر الا ان يقبله أو يرفضه كوحدة واحدة دون المناقشة. وعادة ان الذي ينفرد بوضعه هو الطرف القوي اقتصادياً أو فنياً الذي يحاول جاهداً تحقيق مصلحته حتي بوضع شروط تعسفية مخالفة للعدالة والتوازن العقدي، ومن هنا جاء بحثنا الموسوم (العدالة العقدية في العقود النموذجية) لبيان هل ان المحكمة ملزمة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين اعمالاً بمبدأ سلطان الارادة وتحقيقاً لغاية الامان القانوني، أو تستطيع أن تجد مخرجاً لاعادة التوازن الى مثل هذه العقود حماية للطرف الضعيف و تحقيقاً للعدالة التي هي ايضاً من الغايات الأساسية للعقد والقانون؟ فهل ان القانون المدني العراقي كفيل لضمان التوفيق بين هاتين الغايتين وتحقيق التوازن العقدي أو نحتاج الى تدخل المشرع لذلك.

Abstract

As a result of the increasing activity in the economic life has changed the pattern of contracts and increased so-called typical contracts, which is unique to one of its parties and include their conditions in the form of a draft contract and the other party only to accept or reject it as one unit without discussion. Usually, the one who is distinct in his position is the strong side economically or technically trying hard to achieve his interest by setting arbitrary conditions contrary to justice and contractual balance. Hence our research (Contractual Justice in typical Contracts) to indicate whether the court is bound by the contract is the contractual sharia rule pursuant to the principle of the will of power for the sake of legal security or you can find a way to rebalance such contracts as a protection of the weak party and to the achievement of justice, which is also one of the basic purposes of the contract and the law, and whether the Iraqi Law is a guarantor to ensure the reconciliation of these two and to achieve the contractual balance or we need legislator involvement?.

Keywords: typical contracts, Contractual Justice, the Iraqi Law.