Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (7), Issue (4) May (2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها كلية الفارابي الجامعة

دور القانون في تكوين العقد

د. اياد جواد عبيد عمران الجنابي

The Role of Law in Contract Formation

Dr. Ayad Jawad Obaid Imran Al-Janabi

Research Summary
While the precise meaning of the word "law" includes every rule, regardless of its source, the general meaning intended by the word "law" is: "A set of abstract general rules of conduct regulating social relations between individuals and accompanied by a material penalty imposed by the public authority on those who violate them." However, the term "law" may not be applied in a general sense, but rather has a specific or narrow meaning. Legal rules are the product of human needs to organize and arrange life matters in order to preserve, protect, and maintain rights. The more organized a society is, the more the word of law prevails within it. A legal rule regulates the external behavior of individuals, on the one hand, and imposes applicable behavior, on the other hand, and is characterized by a social nature, on the third hand

المقدمة

لما كان المعنى الدقيق لكلمة (قانون) يشمل كل قاعدة بصرف النظر عن مصدرها ، فان المعنى العام المقصود بكلمة قانون :"مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة المنظمة للعلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والمقترنة بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها"[١]، غير إن اصطلاح القانون قد لا ينصرف الى المعنى العام ، بل يقصد به معنى خاصا او ضيقا[٢]، وتعتبر القواعد القانونية وليد الاحتياجات الإنسانية لتنظيم أمور الحياة وترتيبها ، من اجل حفظ الحقوق وحمايتها وصيانتها ، وكلما كان المجتمع منظما كانت كلمة القانون هي العليا فيه ، فالقاعدة القانونية تنظم السلوك الخارجي للإنسان من جهة وتفرض السلوك الواجب التطبيق من جهة أخرى وتتسم بالطابع الاجتماعي من جهة ثالثة[٣]. ويوجد للقاعدة القانونية عدة تقسيمات منها قواعد ذات تكليف مطلق وأخرى ذات تكليف شرطي ، وأخرى قواعد قائمة بذاتها وأخرى غير قائمة بذاتها ومنها قواعد أمره أو مطلقة وأخرى قواعد مكملة أو نسبية ومنها قواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة[٤]. ولكل ما تقدم سنقوم بتقسيم هذه الدراسة الى مبحثين سنتناول في المبحث الأول دور القانون في تكوين العقد , ونتناول في المبحث الثاني مبدأ المساواة.

المبحث الأول دور القانون في تكوين العقد

إن الناس ولدوا أحرار متساوون في الحقوق والواجبات ، وهذه الحرية والمساواة تقضي بان يسمح لهم بان يأتوا ما شاءوا من التصرفات بشرط عدم الأضرار بالغير وهو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة ، وسنتناول هذا المبحث في مطلبين نتكلم في أولهما عن مبدأ حرية التعاقد ونفرد ثانيهما لمبدأ الرضائية.

المطلب الأول مبدأ حرية التعاقد

أن أساس التعاقد هو حرية إدارة المتعاقدين فالعقد شريعة المتعاقدين إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد ومن اجل إعطاء صورة واضحة لمبدأ حرية التعاقد لابد من معرفة مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام ومن ثم نتطرق للقيود المفروضة على حرية التعاقد وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول مبدأ سلطان الإرادة ونخصص الفرع الثاني للقيود على حرية التعاقد.

الفرع الأول مبدأ سلطان الإرادة

قد يقف في سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع قد ترجع للمنفعة العامة والنظام العامة بما يقرره المشرع فيهما من الأحكام الآمرة[٥]أي إن إرادة الفرد حرة ولا يجب للقانون ان يحد من حريته إلا استثناء ، فالإرادة الفردية هي مصدر القوة الملزمة للعقد[٦] أما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان فالأفراد أحرار في ان ينشئوا ما شاءوا من العقود وان يضمنوها الشروط التي يرتضونها فلا يجوز ان تعدل تلك الشروط أن

يوقف تنفيذ إلا باتفاق جديد بين الطرفين فلا يجوز للقانون أو القاضي أن يتدخلا في حياة العقد بالتعديل او بإيقاف التنفيذ إلا استثناءً لحماية النظام العام والآداب العامة[٧]. ويتنازع نظرية الالتزام مذهبان :احدهما: يغلب العلاقة بين طرفي الالتزام وهو المذهب الشخصي (الفردي) والذي يرى :" أن الأمر الجوهري فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين وهي نظرية القانون الروماني "[٨]. ويعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية والذي يعتبر الفرد هو محور المجتمع فالهدف من تنظيم المجتمع في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة فطالما كان الإنسان حرا فان إرادته يجب أن تكون كذلك وهذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضا تحديد آثاره بمنأى عن اي قيد يرد في القانون[٩].وثانيهما : يغلب موضوع الالتزام وهو المذاهب المادي الذي ينظر الى محل الالتزام باعتبار انه هو العنصر الأساسي فيه وينزل عنصر الرابطة الشخصية الى المكان الثاني ، فيصبح الالتزام في نظر هذا المذهب عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية هذه هي النظرية الجرمانية.وهذان المذهبان نراهما أيضا في العقد فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية والمذهب المادي يراه وليد الإرادة الظاهرة الإرادة المادية[١٠]. فإذا كان الأصل هو حرية التعاقد إلا انه في المجال الواقعي قد اتسعت دائرة النصوص الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهي التي حصرت هذه الحرية في حدود ضيقة وان أي تجاوز على تلك الحدود يعرض عقدهما للبطلان فحرية التعاقد مضمونة بنص القانون وقد أشارت إليها التشريعات المدنية كافة[١١].

الفرع الثاني القيود على حرية التعاقد

للتعرف ابتداءً على أهم القيود التي وضعها المشرع على حرية التعاقد يجب علينا أولا الإطلاع على بعض النصوص القانونية التي نص عليها القانون المدني العراقي[١٢]، والقانون المدني المصري[١٣]، وكذلك القانون المدني الفرنسي[١٤].بعد الإطلاع الى المواد أنفة الذكر نجد ان اغلب القوانين المدنية المقارنة لم تكن الغاية منها الأخذ بمفهوم المذهب الفردي على إطلاقه بل حاولت تلك القوانين مسايرة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة فقد أصبحت الاتجاهات المعاصرة تسير نحو تقييد دور الإرادة في نطاق العقد ذلك أن حرية الإرادة ترتبط بالفلسفة الفردية ولما كانت الأفكار السائدة في المجتمعات الحديثة هي الأفكار الاجتماعية فقد أدى ذلك الى زيادة القيود على سلطان الإرادة فالأفكار الاجتماعية تنادي بضرورة تدخل الدولة عن طريق أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم الخاصة تنظيما إجبارياً لايترك لإرادتهم كثيرا من الحرية في تنظيم تلك المعاملات[١٥] فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تنشأ في رحابها مبدأ سلطان الإرادة وسارت التشريعات الدول الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد فظهر أنصار المذهب الاجتماعي فالاعتداد بمصلحة الجماعة يقضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف بل ينبغي تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير (فالعامل وصاحب العمل) كلاهما يملك الإرادة الحرة في التعاقد (وكذلك المؤجر والمستأجر) إلا إنهما ليسا على قدم المساواة فإحداهما طرف قوي يملك إملاء شروطه على الطرف الآخر الضعيف ولذلك يجب تقييد إرادة (صاحب العمل والمؤجر) لمصلحة (العامل والمستأجر) وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية فأين المساواة في الإرادة الحرة بين شركة كبيرة ومستهلك ضعيف ؟ أن هذه هي مساواة نظرية فحسب فهل نجد مشتركاً (مستهلكاً) يستطيع مناقشة الشروط التي يضعها مرفق المياه أو الكهرباء؟ الواقع أن تحقيق العدل الاجتماعي يقتضي تقييد إرادة هذا المحتكر لمصلحة المستهلك[١٦].ومن الناحية الاجتماعية لم يعد يسمح للأفراد بالاتفاق أو التعاقد على أشياء قد تخالف النظام العام والآداب أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع فالصالح العام يعلو المصلحة الفردية[١٧]لم تعد حرية التعاقد مبدأ مطلقا فقد يأتي القانون ويجبر الفرد على إبرام تعاقد معين او يحرمه من تعاقد يريده ، وكذلك لم تعد الإرادة حرة في تحديد مضمون الالتزامات العقدية فقد أصبح الآن تدخل المشرع في تحديد هذا المضمون أمراً عاديا[١٨]. كما لم تعد إرادة الفرد حرة في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله ، فقد يتدخل القانون ويضع تنظيما معينا لعقد من العقود بحيث لا يجوز لإرادة الأفراد الخروج على التنظيم بالتعديل فالمصلحة العامة تخول الدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة او الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية ، حيث صدرت في مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير باجر معين وتقرر تجديد عقود الإيجار بعد فوات مدتها جبرا على المؤجرين وتحدد شروط عقد العمل وتخضع كثيرا من السلع للتسعير الجبري مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعي في تغليب صالح الجماعة[١٩].وهذه التطورات تؤكد أن أبرام العقد لم يعد مجرد عمل خاص فقد يخضع للقانون او يكون من إملاءه او من ضغط الظروف والعوامل الاقتصادية وقد تجبر المحاكم على إتباع تفسير خاص او مستمد من قواعد تفسير القوانين فقد انتهى تطور المجتمع الى أن جعل وضع العقد في ذاته يتغير الى حد أن قيل أن العقد الحر في طريقه الى أن يصبح عقدا موجها ، وإزاء تدخل المشرع في العقود بنصوص آمرة وظهور ما يسمى بالعقد الموجه فذهب جانب من الفقه بالقول

الى اختفاء الصفة الإرادية للعقد وتحوله الى مجرد (نظام شرطي) خاضعا تماما في أبرام وترتيب آثاره للشروط التي يتحكم فيها القانون لذلك يرى بعض الفقهاء[٢٠]، أن نظام العقد الحر لم يعد هو السائد اليوم فقد وجد نظام العقد المقيد ونظام عقد الإذعان[٢١].

المطلب الثاني مبدأ الرضائية في العقود

ويقصد بمبدأ الرضائية هو حرية الشخص في التعاقد وعدم التعاقد ، ويقصد به أن إرادة الفرد تكفي وحدها للتعاقد دون أي قيد إلا ما يتطلبه القانون من نظام عام أو مصلحه عامة ولذلك فان الشكلية وفقا لهذا المبدأ تعتبر تقييدا للحرية التعاقدية القائمة على الرضائية لذلك سنقوم بتوزيع هذا المطلب الى فرعين نتكلم في أولهما عن مفهوم الرضائية في العقد ونفرد ثانيهما للقيود على الرضائية.

الفرع الأول مفهوم الرضائية

العقد الرضائي : هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية كالبيع والإيجار ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة[٢٢] ، والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي[٢٣]. كما أنها القاعدة العامة في القوانين محل المقارنة[٢٤]، فالتراضي معناه تطابق القبول مع الإيجاب فالعقد الرضائي يتم بمجرد التراضي ، والرضائية ليست من النظام العام فيجوز ان يتفق المتعاقدان على جعل العقد الرضائي عقدا شكليا[٢٥].ويذهب جانب من الفقه[٢٦]، في وجوب التمييز ما بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية حيث يتعلق مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل أي بقدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد لا بمجرد كفاية الإرادة كما في مبدأ الرضائية[٢٧].أو بتعبير أخر من حيث الموضوع فان مبدأ سلطان الإرادة يؤدي الى إطلاق سراح الإرادة وفك قيودها أما مبدأ الرضائية فهو يؤدي الى إظهار جوانب النشاط التي تتسع لتلك الإرادة الطليقة فتقدير مسالة حرية الشخص بالدخول في تعاقدات مع أشخاص آخرين أو تقييد بعدم السماح له بالدخول في هذه التعاقدات يتحدد بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي ، أما بعد أن يقوم الشخص بالتعبير عن رغبته بالتعاقد ففي هذه الحالة فان مبدأ الرضائية سيحدد مدى كفاية هذا التعبير في أبرام العقد استنادا الى أحكام القانون في مدى اعتبار العقود هي عقودا رضائيا أم شكليا أم عينية[٢٨].

الفرع الثاني القيود الواردة على مبدأ الرضائية

أن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقا أو بمعنى آخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد ، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين[٢٩]. والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي والشكلية هي الاستثناء ، فلو فرضنا بان القانون اشترط الشكلية في أبرام عقد معين فسيعتبر هذا الاشتراط إحدى الحالات الاستثنائية التي تدرج ضمن القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في إثناء تكوين العقد[٣٠]، واعتبر الشكلية ركنا لازما لقيامه[٣١]بالإضافة الى الشكلية هناك قيود أخرى على الرضائية منها بعض العقود التي تبرم بناءً على الإلزام القانوني والتي يمكن تسميتها بـ (العقود الإلزامية) والتي لا يلعب فيها الرضا دورا كبيرا في مناقشة شروط العقد عند إبرامه وإنما يطبق طرفي العقد نظاما رسميا مفروضا عليهم بمقتضى القانون حيث يلاحظ بان المشرع يجبر احد الطرفين باتخاذ خطوات معينة والقيام بإجراءات محددة بغية أبرام عقد يريده المشرع أي أن المشرع يجبر احد الطرفين بالقيام بأعمال ايجابية لدفع إجراءات التعاقد الى الأمام لظهور عقد جديد الى الوجود لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية وإنسانية، ويرى البعض من الفقهاء[٣٢]، أن هذا الإلزام القانوني بالتعاقد قيدا خطيرا على حرية التعاقد وحرية التجارة إلا أننا نرى بان هذا القيد من القيود المهمة لمنع حالات الاستغلال والغبن التي قد تترتب على بعض الأشخاص في حالة عدم وجود العقود الإلزامية[٣٣]وتوجد تطبيقات كثيرة للبيوع الجبرية مثاله حق الشفعة[٣٤]، غير أن المشرع العراقي عاد وضيق من نطاق حق الشفعة كما كان مقررا في القانون المدني[٣٥]، واستنادا لما تقدم فليزم الشريك الذي باع حصته لأجنبي على التعاقد مع شريكه إذا ابدي الأخير رغبته في شراء الحصة الشائعة. كما وتعتبر جميع البيوع القضائية هي بيوع جبرية إضافة الى تملك الأجنبي الى عقار في العراق آل اليه عن طريق الإرث أو عن أي طريق آخر عند فقد احد الشروط المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري[٣٦]، وأيضا من البيوع الجبرية هي تملك الفلاح لأكثر من الحد المقرر للأراضي الزراعية المحددة[٣٧].

المبحث الثاني مبدأ المساواة

لا يقصد هنا بالمساواة الفعلية ، حيث لا يمكن تحقيقها ، بل يقصد بها المساواة أمام القانون , فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة لان المصلحة الخاصة وهي أساس المصلحة العامة لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون

في مظاهر نشاطهم[٣٨] لذلك سنقوم بتوزيع هذا المبحث الى مطلبين نتكلم في أولهما عن المساواة في عقود الإذعان , ونفرد ثانيهما للمساواة في عقود الاستهلاك.

المطلب الأول المساواة في عقود الإذعان

أن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإدارة لم يترك أي محال لمبدأ تحقق التوازن بين أطراف العقد فمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير قانون الطرفين لان المبدأ العام في العلاقات التعاقدية هو التراضي إلا أن تطور الأوضاع الاقتصادية والتفاوت في المراكز المالية بين هذه الأطراف دفع احدهم لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة وهذا النوع من العقود أطلق عليه اصطلاح عقود الإذعان وما قد يدور في تلك العقود من الشروط تعسفية أو أعداد صيغة لعقود نموذجية[٣٩]. أما المساواة القانونية أن يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة عند إقدامه على التعاقد سواء من حيث اختياره للتعبير عن إرادته أو من حيث اختياره للشخص الذي يرغب في التعاقد معه وفي القبول بشروط التعاقد التي يتحدد بموجبها مضمون العقد فضلا عن تمتعه بأهلية التصرف وسلامة إرادته من العيوب التي يمكن أن تلحق بها أو التي تؤثر في اندفاعه الى التعاقد فإذا كان الأمر كذلك لا يحق لأي متعاقد أن يتظلم من العقد بدعوى أن ضررا لحقه من وراء إقدامه على التعاقد , حتى وان كان هناك تفاوت بين الالتزامات المتبادلة فهذا التفاوت يتلاشى مع وجود إرادة صحيحة تقبل به ومن ثم تقوم المساواة القانونية بين طرفي العقد إذا فالتوازن العقدي طبقا لمبدأ المساواة القانونية ذو نزعة شخصية ومعياره التراضي بين الطرفين فما دام التراضي موجود فان التوازن العقدي يعد متحققا تبعا لذلك , لذا سنقوم بتقسيم المطلب الى فرعين سنتناول في الأول مفهوم عقود الإذعان وفي فرعه الثاني سنتطرق الى إعادة تحقق التوازن العقدي.

الفرع الأول مفهوم عقود الإذعان

قد تحتكر جهة مصدرة للعقد ما تتضمنه من خدمات احتكارا فعليا وعدم تعرضها للمنافسة ، وهكذا عقود التي يكون فيها القابل مذعنا ومسلما لما يمليه الموجب , فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو لا يملك إلا أن يأخذ أو يترك لأنه بحاجة للتعاقد للحصول على شيء لا غنى له عنه فهو مضطر للقبول والتسليم بما جاء في العقد فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه , فالإكراه موجود ومتصل بعوامل اقتصادية ، وقد يضطر الإنسان الى إبرام عقود لتحصيل طعام أو مسكن أو خدمة في علاج وغيره ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من قيمتها الحقيقية وهذا غبن فاحش سببه الضرورة والحاجة وأصبح الرضا بسبب ذلك معيبا لان النفس لا تطيب مع الإكراه والاستغلال والعقد مع الاستغلال محرم شرعا وقانونا وعقلا وواقعا وتسمى تلك العقود بعقود الإذعان فإذا تحققت بها الضوابط السابقة وجب على المشرع التداخل بتعديلها وفق مقتضيات المصلحة والعدل والمساواة بين الطرفي العقد لغرض تنظيم عقود الإذعان ضمن إطار التوازن العقدي وحماية الطرف الأضعف[٤٠]. فالأصل أن شروط انعقاد العقد تتوافر فيه الإرادة الحرة الكاملة لكل من طرفي العقد فلا ينعقد العقد إذا كانت الإرادة ناقصة كنقص في الأهلية لعدم بلوغ السن القانونية لأهلية التعاقد أو للعته أو الجنون أو الغفلة كما يفسد الإرادة ويجعلها شائبة غير صحيحة ، الغش والتدليس والغلط الذي يقوم به احد العاقدين لإيقاع الطرف الثاني به ليدفعه الى إبرام العقد فإذا شاب إرادة المتعاقد من هذه المفسدات للإرادة يكون قد أصاب أرادة المتعاقد بالخلل ويصح العقد فاسدا يمكن فسخه ولكن لا يملك حق فسخ العقد هنا الا من وقع في الغلط او تعرض للتدليس أو الإكراه أي صاحب الإرادة الناقصة أما أن رأى هذا الأخير في أن العقد له فيه مصلحة فيستطيع أن يطالب بنفاذه رغم النقص الذي أصاب إرادته عند التوقيع على العقد[٤١].وعقد الإذعان فهو عقد صحيح كامل الأركان حيث لا يتعرض أي من طرفيه للغش أو التدليس ولكنه يفقد الى مبدأ المساواة حيث يكون هناك طرف قوي في العقد يفرض شروطه على الطرف الأخر الضعيف الذي لا يملك إلا أن يقبلها لأنه يفقد الميزة التي سوف يحصل عليها من هذا العقد إذا قررت العديد من التشريعات القانونية مجموعة من الوسائل لحماية الطرف المذعن في عقد الإذعان ومنها أن تفسير الشروط الواردة في عقد الإذعان والتي تتم بالغموض يكون لمصلحة الطرف المذعن وان للقاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن من الالتزامات الناتجة عن العقد والتي تحمل طابع التعسف ومنها التحايل على الحماية المقررة للطرف المذعن [٤٢]. وقد تنص بعض القوانين على بطلان اتفاق المتعاقدين لمنع القاضي من تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، وبناء عليه فإذا ما ورد في عقد الإذعان احد الشروط التعسفية وكان من شأنه أن يلحق خسارة كبيرة بالطرف المذعن مما يؤدي الى تعرضه لإرهاق كبير أثناء تنفيذ العقد فعلى القاضي أن يرد الالتزام المرهق الى القدر المعقول الذي يتفق مع العدالة من خلال تعديل البنود والشروط التعسفية الواردة بهذا العقد ، كما يجوز للقاضي أيضا أن يلجا لوقف تنفيذ الالتزام لأحد أطراف العقد بعد التأكد من ثبوت التعسف بتلك الشروط[٤٣].

الفرع الثاني إعادة تحقق التوازن العقدي

أن إرادتي المتعاقدين التي يتكون العقد بتطابقها هي التي تمثل النية المشتركة لهما لذلك يتعين على القاضي الذي يوكل اليه تفسير العقد المتنازع فيه أن يبحث عن هذه النية المشتركة ، حيث تضمن القانون المدني العراقي نصا يعطي القضاء سلطة تقديرية يستطيع بموجبها أن يلغي أو يعدل من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان ، كما حصر القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة(٤٤). كما تضمن نصا الزم القضاء بتفسير الشك في عبارة عقود الإذعان لمصلحة المذعن دائنا كان أم مدينا (٤٥).ويبحث في الشروط التي يعلم بها الطرف المذعن أم التي لا يعلم بها نجد أن موقف القضاء الفرنسي والمصري قبل نفاذ القانون المدني الجديد قد اتخذ من البحث في علم المذعن وسيلة لإعفائه من الشرط التعسفي له ما يبرره أما موقف القضاء العراقي لا يوجد ما يبرر موقفه في شرط العلم أو عدمه لإلغاء الشرط التعسفي ذلك لان خصائص عقود الإذعان والتي تم أشارة لها لا تجعل من واقعه علمه أو عدم علمه بالشرط ذات اثر في انصراف إرادته الى التعاقد لأنه يقدم على التعاقد في ضوء إيجاب يصدره الطرف القوي ولا يقوى على مناقشة شروط العقد التي حددها الموجب وبذلك يستوي بالنسبة للطرف المذعن الشروط التي علم بها أو تلك التي لم يعلم بها ، كذلك الأمر يتعلق في الشروط الغامضة يمكن للقضاء أن يفسر في مصلحة الطرف المذعن(٤٦). وبهذا أصبح للقضاء العراقي وسيلتان لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان التعديل أو الإلغاء(٤٧). كما نلاحظ أن بعض الفقه انتقد توسع المشرع في العراق ومصر في حماية الطرف المذعن لان من شان ذلك هدم توازن العقد وإحداث اضطراب في العلاقات العقدية لكن أن دور القاضي هو إعادة التوازن للعقد عن طريق إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية.أما كونه يؤثر على سلامة العلاقات التعاقدية الاقتصادية نجد أن هذه العلاقات لا تقوم على أساس حرية التقاعد واستقلال الإرادة فحسب وإنما أيضا على أساس حسن النية والعدالة(٤٨).لذا نجد أن المشرع العراقي عندما منح القضاء هذه السلطات في الإلغاء أو التعديل في الشروط التعسفية جعل معيار هذه الأعمال هو العدالة إذن حماية الطرف المذعن من تعسف الطرف القوي(٤٩).وان سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان مشروطة بمراعاة مقتضى العدالة بما يرفع الضرر عن المتضرر ولا يضر الطرف الآخر ، وان سلطة القاضي في تعديل العقد لا يجوز استخدامها مع عدم وجود شروط تعسفية من الطرف الأخر ، كما لا يجوز الاتفاق على نزعها من القاضي لان هذه السلطة من النظام العام كما من أوجه حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن(٥٠).

المطلب الثاني المساواة في عقود الاستهلاك

مع بداية النصف الثاني من القرن الماضي أدى تطور عمليات التصنيع والرأسمالية الاقتصادية الى بروز مظاهر انهيار عوامل المساواة بحيث أصبح وجود قدر من التفاوت البين في مقومات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي العقد في مجال المعاملات أمراً غالبا وبما أفضى تحبو شواهد المساواة العقدية شيئا فشيئا فابرز ذلك وبشكل جلي مشكلة في المجال التعاقدي تتمثل في ظهور طائفتين من المتعاقدين أولهما طائفة المحترفين وثانيهما طائفة المستهلكين(٥١).عليه سنتعرض في هذا المطلب الى مفهوم المستهلك ونطاق حمايته ومبرراتها من خلال فرعين أولهما نخصصه لمفهوم المستهلك وثانيهما لنطاق الحماية ومبرراتها.

الفرع الأول مفهوم المستهلك

يعد مصطلحي الاستهلاك والمستهلك حديثي العهد بالنسبة للفكر القانوني وقديم العهد بالنسبة للفكر الاقتصادي بعد الإنتاج والتوزيع ، حيث أن الاقتصاد يهتم بفعل الاستهلاك ذاته ولكن القانون يهتم بالتصرف القانوني الذي يبرمه الشخص وحماية حقوقه التي يكتسبها من خلاله ، عليه بمكن القول بان الاستهلاك في معناه القانوني تصرف قانوني يسمح بالحصول على سلعة أو خدمة بهدف إشباع حاجة شخصية أو عائلية(٥٢). أما المستهلك فهو الشخص الذي يمارس هذه التصرفات التي لا تنحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك باستخدامها مرة واحدة كالغذاء بل تشمل كل الأشياء والسلع التي يتم الانتفاع بها باستعمالها لا باستهلاكها كالسيارات والأجهزة المنزلية والعقارات ، وكذلك التصرفات التي يكون محلها الالتزام بأداء خدمة معينة كعقود التامين(٥٣). ولابد من التطرق الى التعريف اللغوي والاصطلاحي للمستهلك ، حيث يعرف المستهلك لغة : اسم فاعل من استهلك ، المزيد فيه الهمزة والسين والتاء ، ومادته الأصلية (هلك) واستهلك في كذا : جهد نفسه فيه ويقول العرب : استهلك المال أي أنفقه وأنفذه واهلك : باعه واستهلك ما عنده من متاع أو طعام(٥٤)والمستهلك اصطلاحا :هو من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية وحاجيات من يعيلهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني(٥٥)وقد نازع تعريف المستهلك اتجاهان احدهما ضيق والأخر واسع ، حيث عرف قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المستهلك(٥٦) ، فالشخص الذي يشتري جهاز لابتوب لمكتبه من اجل احتياجاته المهنية لا يدخل في التعريف الضيق للمستهلك إنما يشمله التعريف الموسع واعتبار المهني من قبيل المستهلكين وفقا للاتجاه الموسع ، سنده أن المهني متى تصرف خارج مجال تخصصه يعتبر كغير المهنيين لأنه يبدو في الواقع كمستهلك عادي كالتاجر

الذي يقوم بتنصيب جهاز إنذار في متجره ، فهؤلاء يتصرفون خارج مجال اختصاصهم ، وبالتالي فهم في وضع مشابه لوضعية المستهلك العادي في مواجهة مهني يفوقهم قوة ، وذلك بهدف التوسيع من نطاق الحماية القانونية للمهني حينما يقوم بابرام تصرفات تخدم مهنته كما هو الحال بالنسبة للطبيب حينما يشتري المعدات الطبية أو التاجر حينما يشتري أثاث معمله[٥٧]ومن الجدير بالذكر هو أن المشرع العراقي اخذ بالمفهوم الواسع لتحديد المقصود بالمستهلك حيث أن التعريف شمل كلا من الشخص الطبيعي والمعنوي[٥٨].في حين يذهب غالبية الفقهاء الى تأييد الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك ، فيعد مستهلكا طبقا لهذا الاتجاه الشخص الذي يتعاقد من اجل حاجاته الشخصية أو العائلية دون المهنية ، فالمعيار المعتمد من قبل انصار الاتجاه الضيق هو معيار الغرض من التصرف ، ويرى هذا الاتجاه أن من يتمتع بقوانين الحماية هم المستهلكون دون المهنيين الذين يتعاقدون في غير تخصصهم لاجل مهنتهم وبذلك تكون أي عملية استهلاكية يقوم بها غير المهني لاشباع حاجاته الشخصية أو العائلية داخلة ضمن الحماية واي عملية استهلاكية يقوم بها المهني في اطار مهنته غير خاضعة للحماية ، اذا فالمستهلك وفقا لهذا الاتجاه هو كل شخص يقوم بابرام تصرفات قانونية من اجل الحصول على المال أو خدمة بهدف اشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع (التاجر) دون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها[٥٩]عليه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لإغراض مهنته أو من يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج (مهني أو غير مهني) وقد لاقى هذا الاتجاه قبولا واسعا على الصعيد الفقهي والتشريعي نظرا لكونه اقرب الى منطق الحماية القانونية المقررة أصلا لصالح الطرف الضعيف في العلاقات الاستهلاكية والذي غالبا ما يكون الشخص عاديا لا تتوفر لديه تلك الإمكانيات والمؤهلات التي يحوزها المهني مهما كان نشاطه فضلا عن تميزه بالبساطة والدقة القانونية وعدم إثارته للشكوك مما ييسر مسالة تطبيقه بما يوفر من أمان لدى المستهلك [٦٠].

الفرع الثاني نطاق الحماية ومبرراتها بالنسبة لنطاق حماية المستهلك فان القانون العراقي قد قضى بسريان قانون حماية المستهلك على جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين[٦١] ، حيث انفرد المشرع العراقي من بين القوانين المقارنة بتعريفه لحماية المستهلك [٦٢] ، وعلى الرغم من أن المشرع العراقي اراد توسيع نطاق الحماية كي يسري إضافة الى المجهز والمعلن على المصنع والمسوق ومقدم الخدمة إلا انه لم يبين فيما إذا كان يسري على مؤجري السلع وغيرهم ممن يجرون التعامل بالسلع والخدمات أن حماية المستهلك ورفاهيته تعدان من أهم أهداف أية تنمية اقتصادية ، حيث انه ومما لاشك فيه أن جرائم الاستهلاك تتناول الأشياء محله التعامل من قبل المستهلك مما يهدد بشكل خطير حياة الناس في صحته وأمنه لأنه إذا طال الغش السلعة الضرورية فان جمهور المستهلكين يصبحون غير امنين على حياتهم إضافة الى هدر ما بذمة المستهلك من أموال نتيجة إنفاقه على ما يريده من سلع أو خدمات لم تكن بالمستوى المرجوة منها ، عليه وفي ضوء ما تقدم أصبحت تشريعات حماية المستهلكين جزءا هاما من تشريعات الدول التي انتهجت نظام السوق حيث أن هناك سلوكيات في السوق الحرة تحول دون توليد مزايا هذه الحرية بل تقف عقبة في سبيل تحقق ايجابياتها خصوصا إذا عرفنا أن الانفتاح الاقتصادي يؤدي الى ظهور شركات أجنبية فعالة في السوق المحلية تسعى الى تحقيق المزيد من الربح دون أن تأخذ بنظر الاعتبار حقوق المستهلك الذي يقف أمام قوتها ضعيفا مذعنا وهكذا الحال بالنسبة للشركات الوطنية التي تهتم بالعوامل الربحية أكثر من اهتمامها بالشفافية وحقوق المستهلك[٦٣] ، واستنادا الى ما ذكر نجد المشرع العراقي وفي الأسباب الموجبة قد ذكر ذلك[٦٤].

الخـاتمة

تبين لنا من خلال دراستنا دور القانون في تكوين العقد إنَّ مبدأ حرية التعاقد المعترف به على نطاق واسع في مجال المعاملات يسمح للأطراف بأن يبرموا عقداً ويحددوا محتواه ، وقد تنشأ التقييدات المفروضة على حرية التعاقد عن تشريعات تتعلق بالأحكام غير القابلة للتفاوض المنطبقة على أنواع معينة من العقود ، أو عن قواعد تفرض جزاءات على إساءة استعمال الحقوق والإضرار بالنظام العام والإخلال بالمعايير الأخلاقية وما إلى ذلك. وقد تتراوح عواقب عدم الامتثال لتلك التقييدات من عدم قابلية العقد أو جزء منه للإنفاذ إلى تحمُّل مسؤولية مدنية أو إدارية أو جنائية.

ويُستخدَم مفهوما الإيجاب والقبول تقليديًّا لتقرير ما إذا كان الطرفان قد توصَّلا إلى اتفاق بشأن حقوقهما والتزاماتهما القانونية التي ستكون ملزمة لهما طوال مدة العقد ، ومتى توصَّلا إلى ذلك الاتفاق. وقد يفرض القانون المنطبق شروطاً معينة يتعين استيفاؤها لكي يمثل الاقتراح الداعي إلى إبرام العقد عرضاً نهائيًّا ملزماً ، (كأن يكون الاقتراح محدَّدا بما فيه الكفاية بشأن ماهية خدمات الحوسبة السحابية المشمولة وأحكام الدفع). ويُعتبر العقد مبرماً عندما يصبح قبول العرض نافذاً. وقد تكون هناك آليات قبول مختلفة فيما يخص الزبون (على سبيل المثال، بأن يَنقُر على خانة اختيار في صفحة شبكية، أو بأن يسجل اسمه إلكترونيا على الإنترنت لالتماس خدمة حوسبة سحابية، أو بأن يبدأ باستعمال خدمة حوسبة سحابية،

أو يسدد رسوم الخدمة؛ وفيما يخص مقدِّم الخدمات ، بأن يبدأ بتقديم الخدمة أو يواصل تقديمها؛ وفيما يتعلق بكلا الطرفين، بأن يبرما عقداً على شبكة الإنترنت أو على الورق). وقد تشكل التغييرات الجوهرية المدخلة على العرض (فيما يتعلق، مثلاً، بالمسؤولية أو بنوعية وكمية خدمات الحوسبة السحابية المراد تقديمها أو بأحكام الدفع) عرضا مقابلا يَلزَم أن يقبله الطرف الآخر لكي يُبرَم العقد.

المصادر

أولاً : القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

٣. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٤. قانون إيجار العقار المعدل رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩.

٥. قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠

٦. قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

ثانياً : الكتب العلمية

١. د. امانج رحيم احمد – حماية المستهلك في نطاق العقد – شركة المطبوعات للتوزيع والنشر – بيروت – لبنان – ط١ – ٢٠١٠.

٢. الإمام العلامة ابن منظور – لسان العرب – ط٣ – الجزء الخامس عشر – ١٩٩٩ – دار أحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع .

٣. بنار كريم وسمان – الرقابة على حماية المستهلك – دار الجامعة الجديدة للنشر – مصر – سنة الطبع ٢٠٢٠ .

٤. القاضي حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – الكتاب الأول – في نظرية العقد – مطبعة نوري – القاهرة – ١٩٤٣.

٥. د. عبد المجيد الحكيم – و أ. عبد الباقي البكري – محمد طه البشير – القانون المدني وأحكام الالتزام – ج٢– دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ط١–٢٠١٥.

٦. الأستاذ المتمرس . عبد الباقي البكري و المدرس . زهير البشير – المدخل لدراسة القانون – المكتبة القانونية – بغداد – شارع المتنبي – بدون سنة طبع.

٧. د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة – بدون سنة ومكان نشر.

٨. د. عبد الرزاق احمد السنهوري – كتاب الوسيط – مصادر الالتزام – ج١ – دار الأحياء التراث العربي – بيروت لبنان – ١٩٥٢ .

٩. عبد الرحمن عياد – أساس الالتزام العقدي – المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر – الإسكندرية – ١٩٧٢ .

١٠. د. عبد الخالق حسن احمد – الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية – عقد البيع – أكاديمية شرطة دبي – ٢٠٠٨.

١١. محمد علي صالح ميزان – حماية المستهلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دار الفكر والقانون – للنشر والتوزيع – مصر – ٢٠١٩

١٢. د. محمد حسين منصور – المدخل الى القاعدة القانونية – منشورات الحلبي الحقوقية – ط١ .

١٣. د. رمضان محمد أبو السعود – مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني – الدار الجامعية – ١٩٨٤ .

١٤. د. همام محمد محمود و د. محمد حسين منصور – مبادئ القانون – منشاة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٦ .

ثالثاً : البحوث

١. أ. بسام مجيد سليمان ود. أكرم محمود حسين – بحث مشترك بعنوان موضوعية الإرادة منشور على موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية – جامعة الموصل – كلية القانون .

٢. د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي – دور الإرادة في تحول العقد – بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – العدد الثاني – السنة الثالثة – بيت الحكمة – بغداد – ٢٠٠٦.

٣. م.م خولة كاظم محمد راضي – الإيجاب في عقد الإذعان – بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الأول – السنة السادسة .

٤. القاضي هيمن علي عباس – قانون حماية المستهلك في اقليم كوردستان – العراق – بحث مقدم الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان كجزء من متطلبات الترقية – ٢٠٢١ .

٥. د. سعود العماري – بحث منشور في صحيفة اليوم – العدد (١٤٨٧٨) – تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/١٩.

٦. د. عبد المنعم فرج الصدة – محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية) – التراضي – ج١– القاهرة – ١٩٥٨.

٧. م.م منى محمد كاظم – عقود الإذعان والتنمية المستدامة – مقال منشور على موقع جامعة المستقبل – كلية القانون – تاريخ الزيارة ١ / ٣ / ٢٠٢٥. https://uomus.edu.iq/NewColl.aspx?newid=63536&colid=1

هوامش البحث

١) انظر : الأستاذ المتمرس . عبد الباقي البكري و المدرس . زهير البشير – المدخل لدراسة القانون – المكتبة القانونية – بغداد – شارع المتنبي – بدون سنة طبع – ص٢٣.

٢) كان يراد به :"مجموعة القواعد العامة الملزمة التي تضعها السلطة التشريعية لتنظم أمراً ما".

٣) انظر : د. محمد حسين منصور – المدخل الى القاعدة القانونية – منشورات الحلبي الحقوقية – ط١ – ص١٤.

٤) انظر : د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة – بدون سنة ومكان نشر – ص٢٢٣.

٥) انظر : أ. بسام مجيد سليمان ود. أكرم محمود حسين – بحث مشترك بعنوان موضوعية الإرادة منشور على موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية – جامعة الموصل – كلية القانون – ص٢.

٦) انظر : المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت :"العقد شريعة المتعاقدين"، وهو ما أفادت به القوانين محل المقارنة حيث نصت المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري :"العقد شريعة المتعاقدين".

٧) انظر : د. عبد المجيد الحكيم – و أ. عبد الباقي البكري – محمد طه البشير – القانون المدني وأحكام الالتزام – ج٢– دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ط١–٢٠١٥– ص٢١.

٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري – كتاب الوسيط – مصادر الالتزام – ج١ – دار الأحياء التراث العربي – بيروت لبنان – ١٩٥٢ – ص٨١.

٩) انظر : د. رمضان محمد أبو السعود – مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني – الدار الجامعية – ١٩٨٤ – ص٢٦.

١٠) انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري – مصدر سابق – ص٨١.

١١) انظر المادة (٨٩) من القانون المدني :"يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، وانظر : المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي :"لكل فرد الحرية في التعاقد او عدم التعاقد واختيار شريكه المشترك وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون ، والحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من قواعد النظام العام".

١٢)انظر : المادة (١/٩٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت :" إذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك".

١٣) انظر : المادة (٨٩) من القانون المدني المصري والتي نصت :"يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

١٤) انظر : المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت :" لكل فرد الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار شريكه المشترك وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون ، الحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من قواعد النظام العام".

١٥) انظر : د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي – دور الإرادة في تحول العقد – بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – العدد الثاني – السنة الثالثة – بيت الحكمة – بغداد – ٢٠٠٦– ص٨٧.

١٦) انظر : أ. بسام مجيد سليمان ود. أكرم محمود حسين – مصدر سابق – ص٢.

١٧) انظر : المادة (٧٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت :"يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون آو مخالفا للنظام العام وللآداب" ، تقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري والتي نصت :"إذا كان الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، تقابلها المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت :"لا يجوز للعقد أن ينتقص من النظام العام أما بمقتضى أحكامه أو بغرضه سواء كان هذا الأخير معروفا أم لا من جانب جميع الأطراف".

١٨) انظر : د. همام محمد محمود و د. محمد حسين منصور – مبادئ القانون – منشاة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٦ – ص٢٣١.

١٩) د. عبد الرحمن عياد – أساس الالتزام العقدي – المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر – الإسكندرية – ١٩٧٢ – ص٣٦٤.

٢٠) د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص١٣٤.

٢١) العقد المقيد : "وهو العقد المقيد بشرط من قبل المتعاقدين بعدم تجزئة العقد" أما عقد الإذعان :"هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقدره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري أو حاجة تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيه محدودة النطاق". نقلا : عن د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص١٤.

٢٢) د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص١٣٤وما بعدها.

٢٣) انظر : المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت :"العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

٢٤) انظر : المادة (٨٩) من القانون المدني المصري والتي نصت :"يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين" ، تقابلها المادة (١١٧٢) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت :"العقود من حيث المبدأ توافقية".

٢٥) د. عبد الخالق حسن احمد – الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية – عقد البيع – أكاديمية شرطة دبي – ٢٠٠٨ – ص١٩.

٢٦) انظر : د. عبد المجيد الحكيم – و أ. عبد الباقي البكري – محمد طه البشير – مصدر سابق – ص٢٧.

٢٧) فالرضائية : هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف ، نقلا عن : د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص١٦٤.

٢٨) د. عبد المنعم فرج الصدة – محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية) – التراضي – ج١– القاهرة – ١٩٥٨– ص١٥.

٢٩) كما في العقود الشكلية والعقود العينية.

٣٠) قد أشار المشرع العراقي الى ذلك الاستثناء بالمادة (٩٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت :"إذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص خلاف ذلك".

٣١) انظر : المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ والتي نصت :"لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"، كما أشار المشرع الفرنسي الى ذلك بالمادة (١١٠٩) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت :"والعقد اتفاقي عندما يتم تشكيله بمجرد تبادل الموافقات مهما كان أسلوب التعبير، والعقد رسمي عندما تخضع صلاحيته الى أشكال يحددها القانون".

٣٢) د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص٢٠.

٣٣) ومن تطبيقات الإلزام القانوني ما ورد من صور للعقد الجبري في المادة (١١) من قانون إيجار العقار المعدل رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ والتي نصت :"إذا كان الإيجار من الباطن أو التنازل عنه قد تم قبل العمل بهذا القانون سواء أكان بموافقة المالك التحريرية أو بدونها حل المالك محل المستأجر الأصلي في العقد الذي ابرمه هذا مع المستأجر من الباطن أو المتنازل اليه".

٣٤) انظر : المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت :"للشريك في العقار الشائع وللخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع وللجار الملاصق أن يمتلكوا العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة".

٣٥) انظر : قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٩٧٨) في ٢٤ / ٧ / ١٩٧٨ والذي نص :"ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائع شرط ان لا يملك دارا للسكن على وجه الاستقلال".

٣٦) انظر : المادة (٢/١٥٤) من قانون التسجيل العقاري والتي نصت :" يسجل العقار الكائن ضمن حدود البلدية باسم الأجنبي وفقا للشروط الآتية :

أ. توفر مبدأ المقابلة بالمثل.

ب. أن يبعد العقار عن خط الحدود بما لا يقل عن ثلاثين كيلو مترا.

ج. عدم وجود مانع إداري أو عسكري بتأييد كل من المحافظ والسلطة العسكرية المختصة.

د. موافقة وزير الداخلية.

٣٧) انظر : المادة (٣) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ والتي نصت :"كل عقد تترتب عليه مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثانية بحيث يؤدي الى زيادة في الحد الأعلى يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله".

٣٨) القاضي حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – الكتاب الأول – في نظرية العقد – مطبعة نوري – القاهرة – ١٩٤٣–ص٦٦.

٣٩) عقود الإذعان : هي العقود التي تُبرم بين طرف قوي اقتصاديًا أو قانونيًا وطرف آخر في موقف أضعف، حيث يقتصر دور الأخير على قبول الشروط الموضوعة مسبقًا أو رفضها دون أي إمكانية للتفاوض ، نقلا عن : التدريسية م.م منى محمد كاظم – عقود الإذعان والتنمية المستدامة – مقال منشور على موقع جامعة المستقبل – كلية القانون https://uomus.edu.iq/NewColl.aspx?newid=63536&colid=1 – تاريخ الزيارة ١ / ٣ / ٢٠٢٥.

٤٠) انظر المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي تضمن إمكانية تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي ، ما يضمن عدالة التعاقد ، التحديات في عقود الإذعان حيث نصّت المادة (١٦٧) :

١. القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة .

٢. إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك

٣. ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً.

٤١) انظر : م.م خولة كاظم محمد راضي – الإيجاب في عقد الإذعان – بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الأول – السنة السادسة – ص ٣٧٦.

٤٢) انظر الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي نصّت : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

٤٣) انظر : د. سعود العماري – بحث منشور في صحيفة اليوم – العدد (١٤٨٧٨) – تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/١٩.

٤٤) انظر المادة (١٦٧ / ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي نصت :"القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة ".

٤٥) انظر المادة (١٦٧ / ٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي نصت :"إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

٤٦) انظر المادة (١٦٧ / ٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي نصت :"لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً".

٤٧) أن تعديل الشرط فتعني الإبقاء على الشرط مع رفع التعسف الذي شابه ، والإلغاء يعني أن القاضي يستطيع أن يلغي أثره ويعتبره كان لم يكن.

٤٨) انظر : م.م خولة كاظم محمد راضي – مصدر سابق – ص ٣٧٧.

٤٩) هو ما نصت عليه القوانين الوضعية من صلاحية القاضي في تعديل عقد الإذعان بأحد طريقتين:

- تعديل عقد الإذعان بتعديل الشروط التعسفية.
- تعديل عقد الإذعان بإلغاء الشروط التعسفية.

٥٠) لتفسير عقد الإذعان ثلاثة حالات هي:

الحالة الأولى :- إذا كانت عبارة عقد الإذعان واضحة يجب على القاضي في هذه الحالة الاقتصار عليها ولا يجوز الانحراف عنها.

الحالة الثانية :- إذا كانت عبارة عقد الإذعان غامضة يجب على القاضي في هذه الحالة أن يستخدم سلطته في تفسير العقد بما يزيل الغموض بأن يبحث عن الإرادة المشتركة بين الطرفين ولا يتقيد بالمعنى الحرفي للفظ.

الحالة الثالثة :- إذا كانت إرادة المتعاقدين في عقد الإذعان يكتنفها الشك هنا يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا.

٥١) تعتبر عقود الاستهلاك من العقود التي تحظى بحماية خاصة في قوانين حماية المستهلك وذلك لوجود طرفين غير متساويين من الناحية المعلوماتية والقدرة الاقتصادية في العقد ، الأول شخص ضعيف يعرف بالمستهلك والآخر شخص قوي يعرف بالمهني ولتفاوت القوة بينهما قد يؤدي ذلك الى فرض هيمنة الطرف القوي على الآخر.

٥٢) القاضي هيمن علي عباس – قانون حماية المستهلك في اقليم كوردستان – العراق – بحث مقدم الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان كجزء من متطلبات الترقية – ٢٠٢١ – ص ٨.

٥٣) د. امانج رحيم احمد – حماية المستهلك في نطاق العقد – شركة المطبوعات للتوزيع والنشر – بيروت – لبنان – ط١ – ٢٠١٠ – ص ٣٠.

٥٤) الإمام العلامة ابن منظور – لسان العرب – ط٣ – الجزء الخامس عشر – ١٩٩٩ – دار أحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع – ص١١٧.

٥٥) محمد علي صالح ميزان – حماية المستهلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دار الفكر والقانون – للنشر والتوزيع – مصر – ٢٠١٩ – ص ١٢.

٥٦) انظر : المادة (١ / خامسا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والتي عرفت المستهلك بأنه : "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها".

٥٧) محمد علي صالح ميزان – مصدر سابق – ص ١٦.

٥٨) القاضي هيمن علي عباس – مصدر سابق – ص ٩.

٥٩) بنار كريم وسمان – الرقابة على حماية المستهلك – دار الجامعة الجديدة للنشر – مصر – سنة الطبع ٢٠٢٠ – ص ١٩ ومابعدها.

٦٠) القاضي هيمن علي عباس – مصدر سابق – ص ١١.

٦١) انظر : المادة (٣) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والتي نصت : "يسري هذا القانون على جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يقومون بالتصنيع أو التجهيز أو البيع أو الشراء أو التسويق أو تقديم الخدمات أو الإعلان عنها".

٦٢) انظر : المادة (١ / رابعا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والتي نصت : "حماية المستهلك : الحفاظ على حقوق المستهلكين ومنع الضرر عنهم".

٦٣) القاضي هيمن علي عباس – مصدر سابق – ص ١٤.

٦٤) الأسباب الموجبة لتشريع قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والتي نصت : بغية حماية المستهلك واقرار مبدا العدل والمساواه بين المجهزين ومستهلكي السلع ومتلقي الخدمات والحفاظ على صحتهم وسلامتهم وللحد من ممارسات الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما مدرج عليها من بيانات ومواصفات شرع هذا القانون".