

الإذعان بين العقد والنظام القانوني

- دراسة تحليلية مقارنة -^(*)

أ. منهل عبد الغني قلندر

مدرس القانون المدني المساعد

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

المستخلص

تبينت اراء فقهاء القانون حول تكييف التصرف الذي يكون فيه احد الطرفين مذعنًا، بين ان يكون عقدا او نظاما قانونيا او ينضم القابل الى عقد جماعي يسمى عقد الانضمام. والسبب في ذلك يرجع الى ارادة كل من القابل والذي تكون ضعيفة جدا بسبب الحاجة الماسة لسلعة او خدمة لا تستقيم الحياة بدونها وارادة الموجب التي تكون قوية بسبب انفراده او بمنافسة محدودة لإنتاج تلك السلعة او تقديم تلك الخدمة الضرورية.

Abstract

Varied opinions of jurists on air behave when the one parties rather, between to have a contract or a legal system or stainless joins the collective contract called a contract to join. The reason for this is due to the will of both disposable and which are very weak because of the urgent need for a good or service is not life without upright and positive will be strong because of lead at or limited competition for the production of that commodity or necessary to provide that service.

*) أسلم البحث في ٢٠١٣/٨/١٦ *** قبل للنشر في ٢٠١٣/٩/١٧ .

المقدمة

تعد العقود بين الناس من الوسائل المهمة في المجتمع لأنها يسد الحاجات المختلفة للناس، وبما أن الإرادة هي جوهر تلك العقود عليه يتوجب توفير المستلزمات والظروف المناسبة كلها لكي تظهر لدينا إرادة واعية حرة يعتد بها بشكل متكامل بين الناس ومعترف بها قانوناً.

ويلحظ أن الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية هي عوامل متغيرة بحسب الزمان والمكان، وتعتمد على توجيهات المشرع إذ أن هذه التوجهات قد انتقلت من نظام التدخل المتواصل في تنظيم تلك العقود إلى نظام الصلاحيات الواسعة للأفراد في إبرام ما يشاءون من العقود على أن لا تخالف النظام العام والأداب العامة في الدولة.

ونجد في الوقت الحاضر وجود عديد من العقود التي تبرم بين الناس في وسط اختلال التوازن الاقتصادي والمركز القانوني للمتعاقدين لوجود إرادة ضعيفة وأخرى قوية للحاجة الماسة إلى إبرام تلك العقود التي ستؤدي إلى حالة من الإذعان من أحد أطراف العلاقة التعاقدية.

وبناءً على ما تقدم فإن مشكلة البحث تكمن في التساؤل الآتي: هل يمكن التسلیم – على أساس أن العلاقة الناشئة بين المتعاقدین غير المتساویین من حيث المركز القانونی قویة وضعفًا – هي علاقة عقدية تمليها طبيعة العقد. و هل يمكن تكييفها بأنها عقد أم أن تلك العلاقة يجب أن يحكمها نظام قانوني. وجاء نص المادة (١٦٧) قانوني مدنی عراقي بنص أمر حول عقد الإذعان وهذا استثناء من قاعدة القانون المدني العقد شریعة المتعاقدین والتي تكون نصوصه مكملاً ومفسرة.

وتبرز أهمية الدراسة في وجود نوع من الاقتراب بين الإذعان وعيوب الرضا كالإكراه والاستغلال فلا بد من توضيجه ووضع الفيصل بينهما. واختلاف آراء الفقهاء في تحديد طبيعة هذا العقد فضلاً عن اختلاف موقف القانون المدني العراقي مع غيره من القوانين المقارنة.

وسنوضح بيان هذه المسائل وغيرها في الدراسة التحليلية المقارنة بنص عقد الإذعان في القوانين الآتية: كالقانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والقانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ والقانون المدني اليمني

رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ من جهة، وبين القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ من جهة أخرى.

وبناءً على ما تقدم س يتم دراسة موضوع البحث في الخطة الآتية :

المبحث الأول : الإرادة في العقد.

المطلب الأول : الإرادة الباطنة.

المطلب الثاني: الإرادة الظاهرة.

المبحث الثاني : مفهوم عقد الإذعان والموقف الفقهي والتشريعي القانوني منه.

المطلب الأول : مفهوم عقد الإذعان.

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من عقود الإذعان.

المطلب الثالث: الموقف التشريعي من عقود الإذعان.

المبحث الأول

الإرادة في العقد

إن الإرادة مصدر العقود وأساسها القانوني وهي القاعدة في القانون المدني تقول (العقد شريعة المتعاقدين) أي أن تشكل إرادة طرف العقد قانوناً لهم وليس عليها سلطان إلا القيود التي تتعلق بالنظام العام والأداب العامة للدولة. أما بخصوص نصوص القوانين المدنية تكون نصوصها مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين أي إذا لم يكون هناك نص في العقد لمعالجة جانب معين منه فإن نصوص القانون المدني تنهض لتفسير إرادة المتعاقدين أو تكميلها. إلا أنه في دائرة عقود الإذعان فإن الأمر قد يختلف ويخرج عن أساس نصوص القانون المدني بأنها نصوص مفسرة ومكملة واستثناء منها يكون النص ولو كان من نصوصه فإنه نص أمر لا خلل إرادة أطرافه قوياً وضعفاً ويستوجب علينا بيان مراحل كل من قسمي الإرادة ودورها في العقود لكي تتضح لدينا الإرادة في عقود الإذعان وهذا نراه يفيد بحثنا.

تقسم الإرادة إلى قسمين الإرادة الباطنة وهي تلك الإرادة الكامنة في النفس ولا يعلمهها إلا صاحبها. والإرادة الظاهرة هي تلك الإرادة التي يظهرها صاحبها بالقول أو الفعل يفهمها الطرف الثاني في العقد، وتظهر الإرادة عادة بعد تفكير وتدبر وتأمل وحساب للمنافع والخسائر

والبواضث من شخص يتمتع بحرية واهلية في اتخاذ القرار^(١)، ولا مشكلة إذا تطابقت الإرادات الباطنة والظاهرة ونتجت عن حرية وخلالية من العيوب وعوارض الأهلية التي تشوب الإرادة. أما المشكلة إذا اختلفت الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة وهذه مشكلة عقود الإذعان وتكون في بعض الأحيان أقرب إلى عيوب الرضا إذا تكون قريبة جداً من الإكراه والاستغلال لذا سوف نوضح مراحل وعناصر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة كليهما لأن القاعدة العامة أنه يلزم لصحة العقود وجود عنصرين هما الإرادة وهي أمر نفسي ولا تنتج أثراً قانونياً طالما ظلت حبيسة في ذات المتعاقدين، أما العنصر الثاني فهو التعقيد وهو أمر خارجي ظاهر يمكن فيه فهم العنصر الأول الذي يجعل الإرادة الباطنة إرادة قانونية يحفل بها المشرع^(٢).

لذا سوف نوضح مراحل الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة كليهما في المطلبين الآتيين المذكورين في أدناه ليتسنى لنا معرفة إرادة كل من طرف في عقد الإذعان وتشخيصها وتحليلها.

المطلب الأول : الإرادة الباطنة.

المطلب الثاني: الإرادة الظاهرة.

(١) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ١٣٧.

(٢) د. أنس محمد عبد الغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ط ٢٠١٣ دار الكتب القانونية، مصر ، ص ٥ .

الطلب الّذو

الإرادة الباطنة

الإرادة الباطنة هي شعور كامن في النفس فیأخذ التعبير عنها على أنه يدل على الإرادة الحقيقة ولكن دليل يقبل إثبات العكس^(١).

وتمر الإرادة الباطنة بثلاث مراحل قبل أن يبادر الإنسان بالتعبير عنها بأحد طرائق التعبير والإفصاح وهذه المراحل هي: الباعث والت Rooney والعزم وستتناولها بالبحث على وفق ما يأتي:

أولاً- الباущ :

ويسمى أيضاً الدافع إلى التعاقد وقبل أن يفصح المتعاقد عن الإرادة يكون هناك شعور بحاجة نفسية إلى إبرام عقد ما ويعود هذا الشعور الخطوة الأولى أو المرحلة الأولى للإرادة ويسمى الباущ أو الدافع.

ويتأثر الباущ قوة وضعفاً بأمور عديدة مثل الحاجة والمصلحة فإذا كانت الحاجة أو المصلحة قوية قوي معها الباущ وإذا لم تكن كذلك قد ينقضي الباущ ويقف عند هذا الحد وقد يتلاشى وبذلك لا يكتب للإرادة أن تولد وتتطور، ويتأثر الباущ بالقدرة وترتبط القدرة هنا بموازنة هذا الباущ وربطه باستطاعة الفرد، لينتهي الأمر إلى أحد الطريقين أما صرف النظر عن هذا الباущ أو المضي في طريق تنفيذ ما دعته إليه نفسه^(٢).

إن الإنسان عند إبرام أي عقد يتولد في نفسه شعور أنه بحاجة إلى مثل هذا العقد فإذا كان بحاجة قوية إلى إبرام العقد مع قدرته المالية على إبرامه فإن الباущ إلى إبرام العقد قد تولد عنده. ومن ذلك نستنتج أن للباущ عنصران هما الحاجة أو المصلحة والثاني هي القدرة المالية ويتناسبان طردياً أي كلما كانت الحاجة قوية والقدرة المالية كبيرة كلما قوي الباущ والعكس صحيح وهذه في العقود جميعها التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، واستثناءً نجد أن

(١) أ. د. عبدالمجيد الحكيم، أ. عبد الباقى البكري، أ. م. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنى العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٨٠، ص ٣٦.

(٢) د. ندى سالم ملا علو، اثر الامراض النفسية في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠١ ، ص ٤٦ .

ما تقدم قد لا ينطبق على عقود الإذعان إذ قد تكون الحاجة ماسة وقوية وملحة ولا يمكن الاستغناء عنها مع ضعف القدرة المالية. ومع ذلك نرى أن الإنسان يستغنى عن بعض حاجاته الخاصة ليوفر قدرة مالية لإبرام عقد من عقود الإذعان، مثلاً عقد شراء الماء والكهرباء وغيرها من عقود الإذعان، لذا نعتقد أن الحاجة أو المصلحة في عقود الإذعان هي أقوى ما يكون من باقي العقود لأن الحاجة هي لا غنى عنها وهي حاجة ضرورية جداً لحياة الإنسان لذا يكون الدافع (الباعث) في عقود الإذعان قوي جداً حتى وإذا كانت القدرة المالية ضعيفة.

ثانياً- التروي :

التروي هي المرحلة الثانية للإرادة الباطنة وهي مرحلة انتقال الحالة من نفسية إلى عقلية إذ يقوم الإنسان بالتفكير بالأصلح له والأنفع لإبرام العقد من عدمه أو هناك بديلاً عنه وأيضاً ما أنساب له وتسمى هذه المرحلة بمرحلة الترجيح والتدبر^(١)، أما بالنسبة لمعظم العقود إلا أنها نعتقد أن هناك استثناءً بالنسبة إلى عقد الإذعان فقد تكون مرحلة التروي شبه معدومة لأن الحاجة ضرورية جداً لا غنى عنها لإبرام عقد الإذعان ولا يوجد بديل عنها.

قد يكون التروي والتفكير من حيث ترجيح الحاجة أو المصلحة إلا أن في عقد الإذعان لا يوجد بديل عن تلك الحاجة. وقد يكون التفكير في عقد الإذعان حول الاستطاعة أو القدرة المالية لإبرام العقد ولكن في عقود الإذعان على الإنسان توفير القدرة المالية لإبرام العقد حتى لو تطلب ذلك الاستغناء عن بعض الحاجات الأقل أهمية أو تكون ضرورية لكن بمستوى أقل من تلك الحاجة التي لا يستقيم العيش بدونها لذا قد تكون بعض عقود الإذعان ليس فيها تروي للحاجة الماسة لإبرامه فكلما كان إبرامه أسرع كلما استقامة الحياة معه والعكس صحيح.

ثالثاً- العزم :

العزم هو الثبات والشدة فيما عقدت النية عليه وهذه المرحلة الثالث للإرادة الباطنة ويتحقق العزم بعد الباعث النفسي والتروي أي التفكير وترجيع المصلحة. والعزم هو الاستقرار عند رأي معين وعقد النية على التنفيذ والتصميم على إبرام العقد وعدم التراجع عنه ويتحقق

(١) د. ندى سالم ملا علو، المرجع السابق، ص ٤٦ .

العزم عندما يكون صادقاً ولا يكون فيه مجالاً لميل آخر أي ترجيح أو ضعف أو تردد^(١). وأن العزم هو الإقبال والمبادرة على إبرام العقد وهو مرحلة أخيرة من مراحل الإرادة الباطنة إذ يفصح الإنسان بعدها عن إرادته لإبرام العقد وتحول إلى الإرادة الظاهرة ويكون التعبير عنها أما بالقول أو الفعل. وهذا بالنسبة للعقود أغلبه. أما بخصوص عقد الإذعان فإننا نعتقد أن مرحلة العزم هي من أقوى المراحل لإبرام عقد الإذعان لأن الحاجة إلى إبرام عقد الإذعان ضرورية جداً ولا يستطيع الإنسان أن يدع ولم يبرم تلك العقود لأنَّه مضطر إلى إبرامها لذا يكون عزمه على إبرامها أقوى ما يكون من إبرام أي عقد آخر لأنَّ الإنسان بحاجة ماسة إلى الكهرباء والماء والهاتف والنقل وعقد التامين لكي تستقيم الحياة ولا تستقيم من دونها لذا يكون عزمه على إبرام تلك العقود قوي جداً.

ومع ذلك تبقى الإرادة الباطنة شيئاً خفياً في نفس الإنسان ولا يعتد بها إلى أن تتحول إلى الإرادة الظاهرة وتتجه الإرادة إلى إبرام العقود حتى يعتد بها قانونياً ونعتقد بعد اكتمال المراحل الثلاث للإرادة الباطنة قد يتراجع الإنسان إلى إبرام عقد معين لظرفٍ ما أو سوء معاملة الطرف الثاني أو أي طارئ آخر أو قد لا يتفق الإنسان مع الطرف الآخر لشرطٍ ما إذن تراجع الإنسان عن إبرام العقد قد يكون بأحد حالتين أما قبل أن ينتقل من الإرادة الباطنة إلى الإرادة الظاهرة بسبب طارئ قد يتذكر أمرٍ ما يغنيه عند شراء تلك الحاجة أو قد يحدث أمر مثلاً قيل له بتوفر تلك الحاجة بسعر أقل بنوعية أفضل. أما الحالة الثانية هو التراجع عن إبرام عقد بعد الإفصاح عن الإرادة الظاهرة وهي أما يكون ناتج عن عدم الاتفاق مع الطرف الثاني أو سوء معاملة الطرف الثاني أو وجود شرط لا يقبله الإنسان لإبرام العقد مع الطرف الثاني. ومما تقدم قد يحدث في بعض حالات إبرام العقود. إلا أننا نجد أن في عقد الإذعان يفصح الإنسان عند إبرامه لتلك العقود حتى لو لم تتطابق الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة لحاجة الإنسان لتلك العقود على الرغم من سوء معاملة الطرف الثاني وعدم اقتناع الإنسان بشروط الموجب أو وجود شرط تعسفي فإن الشخص سوف يقدم على إبرام عقد الإذعان لحاجة الماسة إليه لذا

(١) د. ندى سالم ملا علو، المرجع السابق، ص ٤٧ .

تكون الشروط في عقود الإذعان مفروضة على الإنسان لإبرامه ويتقبلها ويعزم على إبرام العقد. فرضاً الشخص موجود ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه^(١).

المطلب الثاني

الإرادة الظاهرة

بعد أن تتم مراحل الإرادة الباطنة وتتجه إلى إبرام عقد ما تظهر الإرادة الظاهرة وهي كل ما يصدر عن الشخص من قولٍ أو فعل لإبرام العقد وتكون الدليل على رغبته ورضاه في ترتيب الآثار القانونية والأصل أن الإرادة الظاهرة هي التي تدل وتشير على الإرادة الباطنة. ويعد المشرع أحياناً بالإرادة الظاهرة ولو خالفت الإرادة الباطنة تأميناً لاستقرار التعامل ويتربى على ذلك أن ينعقد العقد ولو كان المتعاقد لا يريد في الحقيقة أن يتعاقد لذا تعد نظرية الإرادة الظاهرة قيداً خطيراً على حرية المتعاقد في ألا يتعاقد^(٢).

وت تكون الإرادة الظاهرة من عناصر الاختبار والرضا وهي ترتبط وجوداً وعديماً بهذين العناصر و تكون الإرادة سليمة وصالحة لترتيب الآثار القانونية عليها إذا كانت مستكلمة لعناصرها أما إذا فقدت أحدهما فإن ذلك يخل بسلامتها و يجعلها معيبة^(٣).

أولاً- الاختيار :

يعني الاختيار القصد إلى أمر متعدد بين الوجود وعدم في داخل قدر الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر أو هو التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه^(٤).
ومن التعريف الذي تقدم يتضح أن الإنسان في عنصر الاختيار قد تقدم وحتم على إبرام العقد، ونعتقد أن عنصر الاختيار يكون قوي جداً في عقود الإذعان لأن لا مجال لغير ذلك

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، نظرية العقد، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص ٢٧٩ .

(٢) أ. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار الكتاب، دمشق، ١٩٧٦، ص ٥١ .

(٣) د. ندى سالم ملا علو، المرجع السابق، ص ٤٩ .

(٤) د. ندى سالم ملا علو، المرجع السابق، ص ٥٠ .

وللسبب نفسه للحاجة الماسة إلى هذا العقد ولكن وجود صعوبة الترجيح بين فعل الشيء أو تركه لأن الأمر مفروضاً عليه ولا بد من إبرام العقد.

ان القابل مضطراً إلى القبول فرضاه موجود ولكنه مفروض عليه لأنه بحاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه^(١).

يتبيّن مما تقدم أنه وجود صعوبة الترجيح لإبرام العقد من عدمه في عقد الإذعان واحتمالية الانصياع إلى شروط الموجب التي لا مجال للقابل المناقشة فيها أو تغييرها إذ لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ونعتقد أنه أي القابل أو الطرف الثاني سوف يأخذ أي يبرم العقد بأية حال من الأحوال ولم يدع هذا العقد وذلك للحاجة الماسة لإبرامه.

ثانياً - الرضا :

وهو العنصر الثاني من عناصر الإرادة الظاهرة ويقصد به، امتلاء الاختيار وبلغته نهايته إذ يفضي إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها. إذ هي الرغبة في الفعل والارتياح إليه. إذن لا يكفي أن يكون الشخص مختاراً للفعل لكي تتعلق به إرادته بل يجب أن يكون راضياً به ومرتاحاً إليه^(٢).

يتضح مما تقدم أن راحة الإنسان ورضاه هي تفسير الرضا في إبرام العقود إلا أننا نعتقد أن هذا الأمر غير موجود في الإنسان الذي يبرم عقداً من عقود الإذعان لأنه لم تكون له حرية كافية لإرادته في إبرام مثل هذه العقود فهو مجبر على إبرام عقد الإذعان حتى وإن لم يكن مرتاحاً أو راضياً على شروط الموجب وهي في الأغلب تكون الشروط لصالح الموجب فالقابل في عقد الإذعان يبرم العقد حتى إذا لم يكن رضاه تماماً لعدم مناقشته للشروط أو تدخله في شروط العقد فهو بمثابة أما أن يبرم العقد أو لا وهذه في الظاهر ولكنه سوف يبرم العقد للحاجة الماسة إليه. إن القابل رضي بما سوف ينجم عن العقد من حقوق والالتزامات ويعيد أن الأساس الأول لانعقاد العقد هو الحاجة بعكس باقي العقود التي يكون بها الأساس الأول لانعقادها هو الاختيار.

(١) د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، المرجع السابق، ص ٤٨ .

(٢) د. ندى سالم، المرجع السابق، ص ٥٠ .

ثالثاً- المبادرة :

يمكن القول انه بعد تحقق العنصرين السابقين من الإرادة الظاهرة ننتقل الى مرحلة المبادرة، ونقصد بالمبادرة ظهور الإرادة الظاهرة بالقول أو الفعل لإبرام العقد والدخول مع الطرف الآخر في مناقشات للاستحسان منه على أفضل الشروط لإبرام العقد. وهذا بالنسبة للعقود عامة أما بالنسبة لعقد الإذعان فإن المبادرة تكون قوية جداً للسبب نفسه في إبرامه للحاجة الماسة له وعدم وجود بديل له ولكن هنا المبادرة من غير الدخول مع الطرف الآخر في مناقشات لشروط العقد لأن الطرف الآخر قد وضع شروطاً نهائية ولا يسمح للقابل مناقشته بها . ونعتقد أن الزمن بين الدافع (الباعث) والمبادرة لإبرام عقد الإذعان يكون قليل جداً قياساً بباقي العقود لإسراع الإنسان للحصول على السلعة أو الخدمة الضرورية له لكي تستقيم أموره الحياتية.

المبحث الثاني

مفهوم عقد الإذعان

والموقف الفقهي والتشريعي القانوني منه

لقد ظهر الإذعان في العقود في مطلع القرن الماضي لأوضاع اقتصادية أفرزتها الثورة الصناعية. إذ ظهرت المشروعات الضخمة التي تتمتع بنفوذ اقتصادي ويتصف هذا المناخ بأنه احتكاري للسلع والخدمات التي يحتاجها الأفراد.

وقد استغلت هذه المشروعات حاجة الأفراد وقامت بفرض عقود على عملائها قد انفرد هي بتحديد شروطها وصياغة مضمونها من دون أن تقبل أي مفاوضة أو منافسة لهذه الشروط من قبل الطرف الآخر الذي يمثله العميل ومن ثم لا يكون أمام العملاء سوى قبول التعاقد جملة أو رفضه كليه^(١). وسوف نبحث هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم عقد الإذعان .

المطلب الثاني : موقف الفقه القانوني من عقود الإذعان .

المطلب الثالث : الموقف التشريعي من عقود الإذعان .

(١) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص ١٥ .

النطّب الْكَوْلِ

مفهوم عقد الإذعان

عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويتعلق ذلك بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكاري قانوني أو فعلي أو موضع منافسة محدودة النطاق.

وعقد التأمين وعقد النقل بالسُّكُوك الحديدية والبواخر والطيران وعقد اشتراك المياه والنور تعد من عقود الإذعان، إذ أن القابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه^(١).

ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (*Contrats d'adhesion*) لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه من دون مناقشته وهذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي *Saleilles*^(٢).

وهناك رأي^(٣) بأن لفظة الإذعان أدق من الاصطلاح الفرنسي وهو الانضمام إذ يعني الإذعان الاضطرار للقبول، وهو سمة هذا النوع من العقود أما في الانضمام فقد ينضم القابل للعقد من دون أن يكون مضطراً وهناك رأي للدكتور رفيق المصري عبارة عقود الإذعان ترجمة عربية للعبارة الفرنسية (*Comtrat d'adhesion*) وهي من اختيار الدكتور عبد الرزاق السنهاوري وأن رأي الدكتور رفيق المصري لا يوافقه على هذه الترجمة العربية التي يعدها مسؤولة حتى يومنا هذا عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود.

فالফقيه المعاصر، كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم، لأن لفظ الإذعان تأبه النفوس الحرة الباحثة عن الحرية والرضا الحقيقي

(١) د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهاوري، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .

(٣) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق ، ص ١٨ .

المتبادل، فلفظ أذعن كما في معاجم اللغة يعني ذلَّ وخضع وانقاد، فهي ترتبط إذن بمعاني الذل والإكراه والامتثال والانصياع، وربما تكون هذه المعاني حاجبًا للقيقه من أن يغوص وراء اللفظ ليتبينى معناه الحقيقي، لذا غالباً ما يتخد موقفاً نفسياً مسبقاً يميل فيه إلى النفور والتحريم. واقتصر الدكتور رفيق المصري تسمية هي (عقود الانضمام) بدلاً من عقود الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام^(١).

لا تكون عقود الإذعان إلا في دائرة معينة. فهي لا توجد إلا عندما يصدر الإيجاب من متعاقد محتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً، شيئاً يعد ضرورياً للمستهلك، ويصدر الإيجاب عادةً إلى الناس كافة بشكل مستمر ويكون واحداً بالنسبة للجميع ويغلب أن يكون مطبوعاً، والشروط التي يملها الموجب شروط لا تناقض، وأكثرها لمصلحته، فهي تارةً تخف من مسؤولية التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها لا يستطيع أن يستوعب فهمها الرجل العتاد^(٢).

وقد سرد الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري أمثلة لعقد الإذعان مثل شركات النور والماء والغاز ومصلحة البريد والتلغراف والتلفون وعقد النقل البري والبحري والجوي والتعاقد مع شركة التأمين وعقد العمل .

ونحن نعتقد مع تطور التكنولوجيا وأصبحت حاجة الإنسان إلى المحدثات منها لمعيشة عصرية التي أصبحت ضرورية منها الفقال والانترنت والأجهزة الطبية الضرورية المحدودة الامتنالك ، يعد التعاقد معها إذعان إذا بقيت شركات ذات منافسة محدودة .

ونجد كلما تعددت الشركات المنتجة أو الخدمية لحاجة معينة كلما كان هناك تنافساً أكبر بينها مما يقلل الإذعان للشخص المتعاقد عليها. إذ يستطيع الإنسان التعاقد مع شركة تتناسب نوعاً ما مع الشروط التي يطمح الوصول إليها لتلبى لهُ الحاجة ذاتها.

إذ كانت الدول تعد الوحيدة في أن تكون الطرف الموجب لعقود الإذعان وذلك لمقدرتها الاقتصادية ولكن بعد التطور الذي حدث في إدارة الدولة أصبحت الشخصية وامتلاك

(١) د. نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٧ ص ٢٣٢ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٨٠ .

الأفراد المشاريع الكبرى وسعت هذه الشركات لتعظيم الأرباح سعياً لتقليل تكاليف الإنتاج والنفقات الإدارية واتبعت في ذلك عمليات التعاقد بما يسمى بعقود الإذعان. إذ نلحظ في الوقت الحاضر أن عقود الإذعان تمارس من الإدارة العامة والشركات الخاصة.

المطلب الثاني

موقف الفقه القانوني من عقود الإذعان

لقد أنكر قلة من الفقه الفرنسي - وكما سيأتي بيانه - صفة العقد على علاقة الإذعان بين الأفراد وقرروا أنها لا تمثل سوى علاقة اقتصادية ومن ثم تخضع للقواعد النظام الاقتصادي الصناعي التي تحدد الحقوق والواجبات بين طرفين هذه العلاقة من دون الدخول في تحديد النظام القانوني لها^(١).

إن رأي الأستاذ سالي وتابعه فقهاء القانون العام مثل دييجيه وهورييو منهم ينكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية اختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة ولا يمكن أن يقال أن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند من الند، بل هو لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم هذه الشركات ، فالرابطة القانونية فيما بينه وبينها قد خلقها في الواقع إرادة المحتكر وحدها وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون أخذت شركات الاحتكار الناس يتابعه شأن كل قانون ، فتفسير العقد الإذاعاني وتحديد الالتزامات التي يولدها يجب أن يكون في ظل هذه الاعتبارات، فيفسر العقد كما يفسر القانون ليس على أساس أنه وليد إرادة الأفراد ، فنعني بتفسير هذه الإرادة، على أساس أنه ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون له فينطبق هذا القانون التعاقي تطبيقاً تراعي فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزم الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها.

(١) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص ٣٦ .

ويرى الأستاذ ديموج، ويتفق في هذا معه فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعني في تطبيقه لصالح العمل أولاً ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرف العقد^(١).

وينوي هذا الرأي من الفقهاء ونكر صفة العقد على عقود الإذعان لأن العقد يتم عن حرية واختيار وأن طرفا العقد يجب أن تكون إرادتهما سلمية ونعتقد أن هناك ضغط نفسي أشبه بالإكراه أو الاستغلال للحاجة الماسة للشخص من السلعة أو الخدمة المحتكرة.

وتتجدر الاشارة ان الاستغلال يتكون من عنصرين: الاول: مادي وهو اختلال التعادل بين ما يحصل عليه العاقد من فائدة بموجب العقد وبين ما يتحمله بمقتضاه من التزامات او هو فقدان التعادل بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه، والثاني: نفسي وهو استغلال العاقد لما في الطرف الآخر من ضعف نتيجة الحاجة^(٢).

يضطر القابل في عقود الإذعان إلى الإذعان والقبول فرضاؤه موجود ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه، على أن هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضا، بل هو إكراه يتصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية^(٣).

ونحن نقول أن هذا الإكراه هو كذلك غير الإكراه في عيوب الرضا إذ أن الحاجة الماسة للإنسان تكرهه على التعاقد في عقد الإذعان، ويأتي الإكراه في عيوب الرضا نتيجة ضغط خارجي أي تأثير الشخص القائم بالإكراه فيولد للإنسان رهبة للدخول في العقد.

ولحظنا فيما سبق بالباحث الأول حول بحث الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة أنها في مراحلها النفسية وعناصر ظهورها للمتعاقد في العقود عامة تختلف بخصوصية معينة في عقد الإذعان. وأن الإرادة الباطنة في عقود الإذعان وتختلف عن الإرادة الظاهرة كون المتعاقد مجبراً على التعاقد وليس لديه إرادة حرة وسليمة في التعاقد والعقود عامة هي تحت قاعدة (العقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٨٤ .

(٢) د. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرار في نطاق المعاملات المالية والاعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٩١ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٧٩ .

شريعة المتعاقدين) أي أن المتعاقدين هما الذين ينشأن قانوناً لهما أمن في عقد الإذعان فإن الذي ينشأ القانون هو الموجب وحده بالشروط المفروضة على القابل ولهذه الأسباب نعتقد أن عقد الإذعان ليس عقداً بل هو نظام قانوني ينظم إليه القابل يفسر وفقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية.

أضفى فقهاء القانون المدني أغلبهم صفة العقد على عقود الإذعان ولا يرون التحجج بعدم اعتباره عقداً وإنما هو صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرف العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه من دون أن يكون له القدرة على تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقة على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد ويعيد أهم عنصر في هذه العقود طريقة عرضه من قبل معده على الطرف الآخر أن لسان حاله يقول "أقبله كما هو أو اتركه كما هو" ^(١).

وأن هذا الفريق الذين أضفى صفة العقد على عقود الإذعان هم فقهاء القانون المدني أغلبهم فهم لا يرون الحاجة التي يتقدم بها الرأي الأول الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان مقنعة لأن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه، بل أنه أقل ضرراً في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الإذعان يسرى على جميع من يتعاقدون مع المحتكر إذ الكل سواء أمامه، فإن الإيجاب معروض على الكافة في أن يكون هناك محل للغلط أو التدليس وعلى أن ما يقال أن المحتكر لهُ الغلبة في التعاقد مبالغ فيه كثيراً. أليس هو أيضاً يخضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، فهي التي تملي عليه شروط التعاقد ، وليس هو الذي يمليها على الطرف الآخر فهو مضطرب في تحديد الشروط على وفق ما تقضى به القوانين الاقتصادية وقد يكون في بعض الظروف في موقف أضعف من موقف المستهلكين إذا تألف عليه هؤلاء واجتمعت كلمتهم كلهم على محاربته .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر

(١) د. أنس محمد عبد القادر، المرجع السابق، ص ٣٧ .

فهذا لا أثر له في طبيعة العقد ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الضعيف ما دام لم يستغل والذي يبرر التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته^(١).

وذهب جانب ثالث من الفقه للقول بأن هذا النوع من العقود هو نقطة الإذعان، لأنها لا تكون من عقود الإذعان إلا إذا نظمت شروطًا ما كان للطرف الآخر أن يقبل بها لو أعطي حرية المساومة ومن ثم يمكن القول بأن الرضا فيها معيبًا. أما إذا ثبت حصول الرضا فيها لم تعد من الإذعان بأي وصف كانت^(٢).

وهناك جانب من الفقه الحديث حاول توسيع مفهوم عقود الإذعان لزيادة قدرتها على استيعاب الشروط التعسفية وإعادة التوازن بين أطراف العقد فقرر أن عقود الإذعان لم تعد العقود التي تقوم على الاحتكار الفعلي أو القانوني لسلعة أو خدمة معينة، بل امتد مفهوم هذه العقود ليشمل العقود التي تعد من أحد المتعاقدين سلفًا، من دون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها^(٣).

المطلب الثالث

الموقف التشريعي من عقود الإذعان

نصت التشريعات العربية المقارنة في هذا البحث على عقد الإذعان وحكمه واعتبرته عقد كسائر العقود ونحن في هذا بحثنا أيدينا الرأي الذي يقول بأنه يكون نظام قانوني ولكن قد درج تسميته بعقد الإذعان في التشريعات العربية أغلبها ما عدا التشريع الفرنسي والذي سمي بعقد الانضمام.

يعد عقد الإذعان هو ظاهرة اقتصادية أفرزتها الثورة الصناعية والتطورات التكنولوجية في الحياة المعاصرة وكذلك وجود شركة متحركة لسلعة أو خدمة معينة أو شركات تنافس محدودة مما يتتيح لها فرض شروطها على القابل. ونعتقد أن كلما تعددت شركات الاحتكار لسلعة معينة أو خدمة معينة كانت شروطها تقريبًا في طموح القابل أية ترضيه إلى إرادته وبذلك يقلل في الإذعان فمثلاً كانت شركة النقال آسيا سيل في بداية خدمتها تقريبًا

(١) د. عبد الرزاق السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٣٨٥ .

(٢) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص ٣٧ .

(٣) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص ٣٧ .

الشركة الوحيدة فالاشتراك بخدمتها كان تقريباً (١٠٠) دولار أمريكي وذلك بشراء ما يسمى (السيم كارت) أو الشريحة عند دخول شركات منافسة لها في هذه الخدمة أصبح الاشتراك معها بمبلغ ٣٠٠٠ دينار مع وجود رصيد أبي تقريباً مجانيه . وتبقى الشركات الوحيدة في الإنتاج أو الخدمة في الشروط ذاتها لعدم وجود منافس لها.

ونعتقد أن الإذعان قد يكون في بداية إنشاء العقد وكذلك قد يكون هناك إذعان مستمر فالواجب يفرض شرطاً إضافية عند الاستمرار في تنفيذ العقد كلما تطلب مصلحته من دونأخذ موافقة القابل كالزيادة في سعر التعريفة الواحدة مثلاً للماء أو الكهرباء وما على القابل إلا تأديتها خوفاً من قطع هذه الخدمة عنه . وهذا خلافاً لما يكون عليهسائر العقود.

إذ نصت الفقرة الأولى المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي "إذ نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" يتضح من هذا النص أن تعديل العقد أو إنهائه لا يجوز إلا بالتراضي وهذا غير موجود أصلاً في عقود الإذعان وكذلك تفسير العقد من ناحية الشك في أحد بنوده وغموضها فهو يفسر في العقود عامة لمصلحة المدين وهذا ما أكدته نص المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي "يفسر الشك في مصلحة المدين إلا أننا في صدد تفسير الشك في نص آخر يخص عقد الإذعان منفرداً في تفسير العبارات الغامضة وهذا ما نصت عليه الفقرة ثالثاً من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بأنه" ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً" إذ يتضح بأن الشك في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لها خصوصية وهي قد يفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائناً أو مديناً وهذا يختلف عن تفسير الشك في العقود عامة لأن تفسير الشك في العقد لمصلحة المدين، وعلى سبيل المثال عن تفسير الشك في عقود الإذعان إذا تعاقد شخص مورد مع مستشفى لتوريد الأغذية لها، ومن ثم قام هذا الشخص بالتزامه بأن قام بتوريد الأغذية المتفق عليها إلى المستشفى، وبالمقابل لم تقم المستشفى بتنفيذ التزامها بدفع الثمن مثلاً فالمستشفى في هذا العقد هي الطرف القوي إذ أنها أصدرت إيجاب محدد الشروط وإلى الكافة والمورد في هذا العقد هو الطرف الضعيف أو المذعن حيث أن قبوله تمثل في التسليم أو الإذعان للشروط التي أورتها المستشفى وبما أن المورد قام بتنفيذ الالتزام المترتب عليه،

من دون أن تقوم المستشفى بتنفيذ التزامها ، فإن المذعن هنا يكون دائناً وبالتالي إذا قام خلاف بين المستشفى والمورد (المذعن) حول شرط من شروط العقد كالشرط الذي يحدد كيفية دفع الثمن مثلاً وعرض الأمر على القاضي بحيث لم يتمكن من التوصل إلى المقصود من الشرط أو إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين بحيث قام الشك والتردد في نفسية القاضي ، فإنه يتوجب عليه تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن والذي هو الدائن في هذا المثال^(١) ، وقد يكون المذعن دائناً في عقود التأمين، إن المواطن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الذي ينتج من التحرير المسند إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير هو تحديد نطاق التزاماته البحثة ، فالمحكمة إذا تفسر الغموض ضد شركة التأمين على الرغم من أنها المدينة في الشرط^(٢).

إن شروط إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن هي :

١- أن يكون العقد الذي يقصد التفسير في عقود الإذعان على وجه الذي حدده المشرع.

والوجه الذي حدده المشرع له معايير إذا توفرت فإننا يقصد عقد من عقود الإذعان

وهي :

أ- المعيار الأول : احتكار السلع والخدمات المقدمة للمستهلك فلا يوجد عقد الإذعان إلا في ظل الاحتكار الذي يتمثل في قدره المحتكر على فرض شروط العقد مع التيقن في عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لن يجد بديلاً للمتعاقد المحتكر.

ب- المعيار الثاني : ضرورة السلعة أو الخدمة ، وتعريف السلعة الضرورية بأنها السلع التي لا غنى للناس عنها التي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونوا في وضع يضطربون إلى التعاقد بشأنها.

ج- المعيار الثالث: عمومية الإيجاب واستمراريته ، فيجب أن يكون الإيجاب في عقود الإذعان في صورة قاطعة ويشتمل على شروط العقد الجوهرية والتفصيلية كلها ولا

(١) محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١١، ص ١٥٧ .

(٢) محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص ١٥٨ .

يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه ومن ثم لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من

مجرد قبول أو تسليم لما صدر من الموجب^(١).

ومما سبق من معايير تكون مجتمعة حتماً تكون إرادة القابل محدودة جداً وهي القبول بالشروط المفروضة عليه للحاجة الماسة للسلعة أو الخدمة فإن الأمر مفروض عليه وأشبه ما يكون مكرهاً أو مستغلاً لذا أن الأمر يستلزم إعادة النظر في عقود الإذعان يكفل قدر كافي من الحماية للطرف المذعن ونجد بأن يكون هناك نظام قانوني للإذعان يوازن بين الطرفين ولو كان نسبياً ويسمح للإدارة العامة بتسهيل الصعوبات الفنية والمشكلات الاقتصادية التي تواجه الموجب في إنتاج السلعة أو تقديم الخدمة الضرورية للضغط عليه للتخفيف من الشروط والذي سيؤدي إلى التخفيف من الإذعان تحقيقاً للتوازن النسبي بين طالب السلعة أو الخدمة الضرورية ومنتجها ومقدمها.

وهذا ما حصل إذ أن الإدارة تتدخل في عقود المولدات الأهلية بتحديد سعر الأمبير الواحد وكذلك في تحديد عدد ساعات التزويد بالكهرباء بعد تزويدها بمادة الوقود مجاناً أو بسعر مدحوم من قبلها، وكذلك السماح لأصحابها بنصبها في أماكن معينة وتسهيلها لهم من قبل مديريات البلديات والتي قد لا تسمح لغيرهم بالتجاوز على هذه الأماكن للاستفادة منها لتعارضها مع التخطيط العمراني للمدينة .

-٢- وجود مسوغ للتفسير، فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا محل لتطبيق هذه القاعدة ما عدا ما نص عليه المشرع من جواز إعفاء الشروط التعسفية أو تعديلها التي يملئها الطرف الموجب.

-٣- وجود شك في تفسير العبارات الغامضة في الشروط على الرغم من استخدام وسائل التفسير المنصوص عليها قانوناً .

-٤- انتفاء سوء النية أو الإهمال من المذعن فوجود أي منهما يتنافي مع المسوغ أو الأساس الذي قامت عليه القاعدة، إذ لا حماية للمذعن سيء النية أو المهمل، بل الحماية للمذعن حسن النية الذي لا ذنب له في الغموض الذي كان على الموجب أن يزيله .

(١) د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص ٣٤.

ونعتقد أن مسوغات تفسير الشك في عقود الإذعان واختلافها عن باقي العقود الذي يفسر الشك لمصلحة المدين هو لاعتبارات العدالة وحسن النية وهي كما يفسر القانون والنظام القانوني.

ورأى الاستاذ سالي انه ينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمه^(١).

ذكرت التشريعات المدنية العربية ولا سيما العراقية عقد الإذعان وخصته بنص مما يدل على أن التشريعات أخذت بالإرادة الباطنة للطرف المذعن (القابل) واعترفت ضمنياً رضوخه لهذا العقد وأشبه ما يكون مكرهاً أو مستغلًا من الطرف الآخر (الموجب) بالنسبة للشروط المقررة مسبقاً من قبله ولهذا وضعت نصوصاً أمراً خلافاً لقاعدة نصوص القانون المدني فهي مفسرة أو مكملة لإرادة الطرفين ومخالفاً لقاعدة القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين واعترافاً من المشرع بوجود إرادة قوية هي إرادة الموجب واعترافاً من المشرع بوجود إرادة ضعيفة هي إرادة القابل.

فقد نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي على أنه :

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 تقضي به العدالة ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك .

٣- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الفامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائمًا " .

يتضح من نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي أنه نص أمر وأنه اعترف ضمنياً بالإرادة الباطنة للطرف القابل ، ونعتقد أنه يعب على هذا النص أنه تدخل في أمر

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٢٣١.

القضاء لأن المشرع لا يجوز له التدخل في أمر القضاء فهو يحدد نص لمشكلة اجتماعية معينة والقضاء يتولى بعد ذلك عمله عندما ت تعرض عليه مشكلة ينطبق عليها نص القانون. ويتحقق المشرع العدل أي المساواة أما القاضي فهو يحقق العدالة أي الإنصاف.

سيكون تطبيق فكرة العدل على القاعدة القانونية وعلى العقد، على حد سواء، فيقال عن قاعدة وضعية أنها عادلة حين تكون مطابقة لقاعدة العدل ويقال عن العقد أنه عادل حين يكون متوازناً أو مطابقاً لقاعدة العدل، وتكون القاعدة ظالمة أو العقد ظالماً إذا لم تكن مطابقة لقاعدة العدل. أي حين تقضي بنقيض ما تقضي به قاعدة العدل أو يقود عدم التوازن إلى الظلم^(١).

يقوم العدل والعدالة كلاهما على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل مساواة مجردة تمتد بالوضع الغالب، من دون الاكتئاث بتفاصيل الظروف الخاصة بالناس وباختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة ، أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فمساواة واقعية تقوم على أساس التماذل في الأحكام المنصرفة إلى الحالات المتماثلة شرطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم متى تتحقق التماذل بين هذه الحالات أو بين هؤلاء الأشخاص في جزئيات المسائل والظروف التفصيلية الخاصة. وتعني فكرة العدل المساواة المجردة، وتنطوي فكرة العدالة على معنى الإنصاف، والإنصاف يعني وضع الحلول لسريانها على الأشخاص ولتطبيقها على الحالات مع مراعاة البواعث الخاصة والاهتمام بدقة الظروف وجزئيات المسائل، وإذا كان في وسع القانون تحقيق العدل إلا أنه يعجز عن تحقيق العدالة^(٢).
أما التشريعات العربية ومنها القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ إذ نص في المادة ١٠٤ منه على أنه "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

(١) د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠، ص ١٧٦.

(٢) عبد البافي البكري، زهير بشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ٤١.

وقد نص القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ في المادة ١٠٠ منه على "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ونص القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ في المادة ١٠١ منه على أنه: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ونص القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ١٦٢ منه على أنه "إذا كان الموجب قد وضع شروطاً مقررة لا تقبل المناقشة فيها فإن القبول يقتصر على التسليم بهذه الشروط وهو ما يعبر عنه بالإذعان".

يتضح من نصوص تشريعات القانون المدني العربية التي تم ذكرها أنها متشابهة والاعتراف بالطرف القوي الذي يملئ الشروط وهو الموجب واعتراضها بالإرادة الضعيفة للطرف القابل الراضخ لهذه الشروط.

ونجد مما تقدم أن هذه التشريعات عندما نصت على عقد الإذعان اختلفت عن التشريع العراقي لأن القابل في هذه النصوص هو الذي يسلم إلى شروط مقررة يضعها الموجب فهو أقرب إلى النظام القانوني وأبعد من العقد أما المشرع العراقي بنص المادة ١٦٧ من القانوني المدني بقول التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر فهو أقرب إلى عقد من النظام لأن ذكره مشروع عقد يخطر إلى الذهن أن هناك فسحة مناقشة العقد بين طرفيه وهذا منافي للحقيقة في عقود الإذعان.

وذكره بعد التسليم بمشروع عقد ذكر أنه ذي نظام مقرر بمعنى أنه ذو شروط مسبقة مقررة من الموجب وما على الشخص إلا الأخذ بها أو تركها ومن المستبعد عدم الأخذ بتلك الشروط للحاجة الماسة إلى السلعة أو الخدمة لكونها ضرورية من ضروريات الحياة ولا يمكن الاستغناء عنها. ويتبين أن هناك تناقضاً بين ما ورد بنص المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي بما يوحى للذهن أن هناك مجال لمناقشة شروط العقد بين الموجب والقابل وبين أن العقد قد نظمه الموجب مسبقاً.

النتائج والتوصيات

أولاً- النتائج :

- يعد بحثنا لموضوع الإذعان بين العقد والنظام القانوني النتائج الآتية:
- ١- تمر الإرادة الباطنة بثلاث مراحل عند الإقدام لإبرام عقد ما وهي الباعث والتروي والعزم.
 - ٢- تختلف الإرادة الباطنة التي تتجه لإبرام عقد ما بالنسبة للعقود العامة بالنسبة لقوى أو الضعف عن إبرام عقد الإذعان لحاجة الإنسان الضرورية إلى السلعة أو الخدمة .
 - ٣- للإرادة الظاهرة عنصران وهما الاختيار والرضا وهي ترتبط وجوداً وعديماً بهذين العنصرين فإن فقدت أحدهما يخل بسلامتها و يجعلها معيبة.
 - ٤- تختلف قوة عنصرا الإرادة الظاهرة وضعفها وهما الاختيار والرضا بالنسبة للعقود عامة عن عقد الإذعان.
 - ٥- توسيع مساحة عقود الإذعان بعد التطورات التكنولوجية وال الحاجة الماسة إليها كالهاتف النقال والإنترنت حتى بعض الأجهزة الطبية المحددة الامتلاك.
 - ٦- هناك اختلاف بين أراء الفقهاء حول عقد الإذعان فمنهم من لا يعترف بأن عقد الإذعان هو عقد لعدم وجود إرادة حرة لدى الطرف القابل وعدم التوازن بين الطرفين ومنهم من يعتقد أنه عقد على الرغم من عدم التوازن بين الطرفين ويرجعه للتطور الاقتصادي ومن الفقهاء من يقول أن الرضا في عقود الإذعان معيناً لأن الطرف الآخر لا يقبل بالشروط التي أوجبها الموجب إذا أعطي حق المساومة. ومنهم من وسع دائرة عقود الإذعان لتسويغ الشروط التعسفية فقرروا أن عقود الإذعان لم تعد العقود التي تقوم على الاحتكار الفعلي أو القانوني لسلعة أو خدمة معينة بل امتد مفهوم هذه العقود ليشمل العقود التي تعد من قبل أحد المتعاقدين سلفاً من دون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها.
 - ٧- هناك اختلاف في موقف المشرع العراقي بالنسبة لتفصير الشك بين العقود عامة وعقد الإذعان، إذ يكون تفسير الشك بالنسبة للعقود لمصلحة المدين أما بالنسبة لعقود الإذعان فيكون تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائمًا كان أم مديناً.

-٨ اختلاف نص القانون المدني العراقي بالنسبة لعقد الإذعان عن باقي التشريعات العربية كالقانون المدني المصري والسوسي والأردني واليمني بالنص بأن عقد الإذعان هو التسليم بم مشروع عقد وهو أقرب إلى كونه عقداً أما التشريعات العربية فتنص بالقول بأن عقد الإذعان هو التسليم بشروط مقررة وبهذا القول أنها أقرب للنظام القانوني من العقد.

-٩ هناك تناقض بفقرات نص المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي إذ ذكر التسليم بم مشروع عقد وهذا يتبارد للذهن أن هناك فسحة لمناقشة شروط العقد وبين ما ذكر في فقرة متتالية بأن العقد ذي نظام مقرر أي لا يمكن المناقشة بشروط العقد كونه مقرراً.

ثانياً- التوصيات :

بعد أن بحثنا موضوع الإذعان بين العقد والنظام القانوني نوصي المشرع العراقي والباحثين والمحترفين بما يأتي:

-١ بعد تحقق عنصري الإرادة الظاهرة هناك مرحلة المبادرة لإبرام العقد وهو تمثل الخطوة الأولى نحو إبرام العقد وهذه المرحلة تكون قوية جداً بالنسبة لأندفاعة الإنسان نحو إبرام عقد الإذعان لأنها بحاجة ماسة إلى السلعة أو الخدمة المحتكرة ولا غنى عنها.

-٢ يعد الإذعان نظاماً قانونياً وليس عقداً كون العقد له خصوصية ولا سيما بالنسبة للإرادة حيث تكون إرادة طرف العقد حرة وسليمة من كل عيب أما بخصوص عقد الإذعان فإن الإرادة ليست حرة وقريبة من عيوب الإرادة وهي الإكراه والاستغلال. لوجود طرف قوي يملي شروطاً ولا يقبل المناقشة فيها ووجود طرف ضعيف ما عليه إلا أن يقبل بها .

-٣ تشريع نظام قانوني يسري على عقود الإذعان جميعها الا اذا كان هناك نص خاص لبعض عقود الإذعان لطبيعتها وخصوصيتها، مثل عقود الإذعان الخاصة بالعمل وعقود الإذعان الخاصة بالتأمين، ويسمح هذا النظام بتدخل الادارة لتسهيل الصعوبات الفنية والمشكلات الاقتصادية لإنتاج السلعة او تقديم الخدمة الضرورية التي تتجهها او التي تقدمها الشركات التي ليس لها منافسة او التي لها منافسة

ولكنها محدودة للضغط عليها للتخفيف من شروطها الذي سيؤدي الى تخفيف الازعان ومن ثم يتحقق نوعا ما توازنا نسبيا بين طالب السلعة او الخدمة الضرورية ومنتجها او مقدمها.

٤- رفع نص المادة ١٦٧ في القانون المدني العراقي بكونه نصاً لأمر لأن نصوص القانون المدني مفسرة ومكملة لأن قاعدة القانون المدني هي (العقد شريعة المتعاقدين) ولا وجود لهذه الحالة بالنسبة لعقد الإذعان لأن الشروط موضوعة مسبقاً ولا تقبل المناقشة.

المصادر:

أولا: الكتب.

١. د. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧
٢. د. أنس محمد عبد الغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ط ٢٠١٣
دار الكتب القانونية، مصر .
٣. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٨
٤. عبد الباقي البكري ، زهير بشير ، المدخل لدراسة القانون ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٩
٥. د. عبد الرزاق السنوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، نظرية العقد، ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨
٦. د. عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢
٧. أ.د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ. م. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٨٠

٨. أ. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتاب، دمشق، ١٩٧٦.
٩. د. نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٧.

ثانياً: البحوث المنشورة في الدوريات

- ١- محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١١.

ثالثاً: الرسائل والأطابير الجامعية

١. د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الارادة التعاقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٠.
٢. د. ندى سالم ملا علو، أثر الامراض النفسية في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠١.

رابعاً: القوانين.

١. القانون المدني العراقي المعدل المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢. القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ .
٣. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٤. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
٥. القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ .