مركـــز رواق بـغـــداد
REWAQ BAGHDAD CENTER

تقدير موقف | آب 2022,30

التحليل القانوني للعلاقة التعاقدية بين مصرف الرافدين و شركة بوابة عشتار

د. اسامة شهاب حمد الجعفري

مقدِّمة

القرار القضائي ليس قراراً عادياً يُنهي النزاع و يفصل في الخصومة فحسب , و انما هو اكبر من ذلك , إنه يضع اسس الحياة الاجتماعية و يقيم بناء اجتماعي متوازن متين وفق فلسفة الحق, و القرارات القضائية التي لا تراعي هذه الرؤية القانونية الاجتماعية تثير حفيظة الرأي العام .فكان من الطبيعي ان تظهر تداعيات الاجتماعية على اثر قرار محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية و القاضي بالزام (مصرف الرافدين –شركة عامة-) بدفع مبلغ 600 مليون دولار الى شركة بوابة عشتار للنظم و خدمات الدفع الالكتروني عن قيمة الشرط الجزائي المثبت بالعقد رقم 2021/1 المؤرخ في 2021/3/4 بالدعوى ذات العدد 205/تجارية/2021. و من اجل بيان معالم الاسس القانونية للعلاقة التعاقدية بين مصرف الرافدين – شركة عامة و شركة بوابة عشتار – شركة خاصة لابد من تحليل العلاقة التعاقدية القائمة بين الطرفين وفق الاشكاليات القانونية الاتية :

ما الطبيعة القانونية للعلاقة التعاقدية التي يكون المال العام طرفاً فيها ؟

البطلان هو عدم نفاذ آثار التصرف القانوني , وهو ليس نظاماً عقابياً , ذلك لان في نطاق القانون المدني لا محل لفكرة العقاب , فهذا القانون باعتبار ان موضوعه تبادل القيم المالية بين الافراد في المجتمع لا يهتم بقصد المخالف لقواعده و لا يجري وراء معاقبة هذا القصد بقدر ما يتحرى سلامة الوسائل التي يتم بها هذا الانتقال , فالبطلان وصف للتصرف القانوني الذي يخالف القانون ويمنعه من انتاج اثاره , و القانون المدني إذ يقرر هذا الحكم

المتشدد فإن غايته حماية مصلحة اجتماعية عامة هي الدفاع عن الاطراف الضعيفة التي لا تستطيع الدفاع عن نفسها و ربط عملية الدفاع هذه بالنظام العام الذي يسعى القانون المدني الى ان يكون البوابة لفرض العدالة العقدية و منع الاستغلال في تبادل القيم المالية التي تتم عبر التصرفات القانونية و منها العقد , لذا نرى ان القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 قرر فرض الحماية القانونية المشددة للمال العام إذ نصت الفقرة (2) من المادة (124) منه على الاعتداد بالغبن الفاحش الذي يصيب مال الدولة وأعتبره سبباً كافياً لبطلان العقد؛ إذ نصت المادة (124) على أنه (2 – على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً.) , ويُلحظ أن الفلسفة التشريعية لهذا الحكم المشدد قائمة على أن هذه الأموال مخصصة للنفع العام ولا تستطيع الدفاع عن نفسها في العقود التي تبرم لمصلحتها ومن ثم تكون عرضه لإطماع الطامعين بها والذين قد يجدون من يتواطأ معهم من القائمين عليها لذلك قرر القانون أشد الجزاءات المدنية وهو البطلان حكماً لأي غبن فاحش يلحقها. و احكم القانون المدني حمايته للمال العام من خلال ربط كل الاحكام القانونية المتعقلة به بالنظام العام الذي لا يمكن مخالفته باي حال من الاحوال حتى و ان كانت المحكمة.

إن الحكم ببطلان العقد الحكومي الذي كان سببه الغبن الفاحش للمال العام جاء لتقرير حماية لمصلحة اجتماعية عامة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام وفقاً للمادة (2/130) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه : (2 - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف

في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في), لذا يمكن للقاضي أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه دون .الظروف الاستثنائية الحاجة لتمسك الدولة بذلك وذلك استناداً للمادة (141) من القانون المدني والتي نصت على أنه (اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان, وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.) , كما يمكن لكل ذي مصلحة الطعن بهذا العقد الحكومي المصاب بعيب الغبن الفاحش كهيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية والادعاء العام وأي مواطن عراقي يستطيع الطعن بهذا العقد أمام القضاء بموجب الواجب الدستوري في حماية المال العام المفروض على كل مواطن عراقي بموجب المادة (27/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ والتي نصت على أنه (للأموال العامة حُرمة , وحمايتها واجب على كل مواطن.) , فضلاً عن الشخص المحمي نفسه و هي الدولة ومؤسساتها التي هي طرف في العقد الحكومي فكلٌ مما تقدم من الأشخاص يكون ذو صفة بالطعن ببطلان العقد الحكومي المشوب بالغبن الفاحش , و يكون في مواجهة الغابن المستفيد. ولا يحق لوزارات الدولة ومؤسساتها ودوائرها إجازة هذا النوع من العقود , لأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة استناداً للمادة (141) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر , فالبطلان لا يزول بالإجازة ولكون الدولة كيان مؤسساتي نائباً عن المالك الحقيقي للمال العام و هو الشعب .

إذن: من خلال تقرير القانون المدني العراقي حكم البطلان للعقد الذي يتضمن غبن يصيب المال العام و هو اشد الاحكام القانونية جزاءاً, و ارتباط هذا الحكم بالنظام العام و فتح الباب واسعاً للتمسك بالبطلان امام القضاء لكل ذي

مصلحة, و حيث ان هذا الحكم تقرر لحماية مصلحة اجتماعية عامة كان لكل افراد المجتمع الحق بالتمسك به امام القضاء بما في ذلك المحكمة نفسها , فان ذلك يدل على رغبة المشرع العراقي في الدفاع عن المال العام باعتباره طرفاً ضعيفاً لا يستطيع الدفاع عن نفسه فيقوم القانون بتزويده بقواعد قانونية دفاعية ملزمة للقضاء و يحشد المجتمع و القضاء معاً الى جانب الطرف الضعيف ليكون انصاره في الدفاع , و من هنا نفهم ان المال العام عندما يدخل في علاقة تعاقدية مع الغير فان طبيعة هذه العلاقة التعاقدية هي علاقة غير متوازنة و مختلة نتيجة لضعف احد اطرافها و هو "المال العام". لذا فإن العقد الذي ابرمه مصرف الرافدين – شركة عامة مع شركة بوابة عشتار للدفع الالكتروني هو عقد مختل اصلاً و غير متوازن لان احد اطرافه المال العام و من ثم يلتزم القاضي بالدفاع عن الطرف الضعيف من خلال تدقيق مدى تناسب و عدالة الشروط الواردة فيه .

الشرط الجزائي الفادح في التقدير هو شرط تعسفي

اجازت الفقرة(1) من المادة (170) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق. فقد يخل احد المتعاقدين بالتزاماته من خلال عدم تنفيذها او التأخير في التنفيذ, مما يستحق للطرف المتضرر الحق في التعويض , و الاصل في طريقة تحديد مقدار التعويض هي من مهام القضاء , و لكن قد يحدد الطرفان مقدماً مقدار التعويض اذا ما اخل المدين بالتزامه و يدرج هذا الاتفاق على مقدار التعويض في العقد الاصلي كشرط من شروطه و هذا هو "الشرط الجزائي" و طبيعته القانونية انما هو تعويض اتفاقي على مقداره.

و تتعدد الاغراض من الشرط الجزائي الا ان اهم غرض يهدف اليه ادراج الشرط الجزائي في العقد هو تجنب تحكم القضاء او التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض و تحاشي النزاع الذي قد يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده او انعدامه و من حيث طبيعته. لذا هو يتضمن تحايل على احكام القانون , لان الاصل في تقدير التعويض هو ان يتولاه القضاء فان الشرط الجزائي يعد طريقاً استثنائياً لتحديد التعويض , لذا يجب تفسير النصوص القانونية التي تنظم الشرط الجزائي بكل دقة و عمق دون ان يستسهل تطبيق هذا الطريق الاستثنائي و اعتباره طريقاً عادياً و احلاله محل وظيفة القضاء في تقدير مقداره و ان يقتصر تطبيقه على الحالات التي قصدها الطرفان دون توسع .لذا إن الشرط الجزائي يمكن ان يكون شرطاً تعسفياً فيكون الشرط الجزائي ذا التقدير الفادح مصداقاً للشروط التعسفية التي يجب مقاومتها و منعها من ادرجها في العقد , وهذا التوجه يتفق مع الاجتهاد القضائي الفرنسي , حيث يرى ضرورة حماية الفريق الضعيف اقتصادياً في العقد من تعسف الفريق القوي من البنود الجزائية التعسفية وذلك بوسيلة تطبيق الجزاء المترتب على البنود التعسفية أي حذفها او اعتبارها غير مكتوبة , ولم يأخذ بالاعتبار حالات تخفيض او زيادة قيمة الشرط الجزائي , و يرجع الى الاصل في ان القضاء هو الجهة المختصة بتقدير التعويض لا اطرافه.

لذا فان مبلغ 600 مليون دولار كشرط جزائي في العقد يدفع الى شركة بوابة عشتار عن الاخلال بتنفيذ اعمال خدمة الكترونية هي "التحويل المصرفي الالكتروني من خلال اجهزة موجودة عند المصرف" هو مبلغ عالي جداً و مغالى في تقديره لانه لا يتناسب ابداً مع طبيعة الاعمال المراد تنفيذها و قيمتها فالعقد ليس من العقود الاستراتيجية الضخمة التي تستهدف

الاقتصاد الوطني من فتح شبكة شوارع او اقامة مستشفيات او بناء مدارس في عموم الدولة و غيرها من العقود التي تستهدف اعادة تشكل الاقتصاد الوطني , مما يعني انه لا يتناسب مع الضرر الذي اصاب هذه الشركة , و انه ميزة منحت لصالح شركة عشتار من دون وجه حق , و من ثم يستلزم اعادة النظر في قيمته خاصة و ان العقد احد اطرافه طرف ضعيف "المال العام" يحتاج الى حماية قضائية .

لماذا لم تقضي المحكمة بتخفيض قيمة الشرط الجزائي التعسفي

إن المغالاة في تقديره تكون سبباً لتحول الشرط الجزائي الى شرط تعسفي غير عادل لاحد الاطراف مما تصدى القانون المدني العراقي لتنظيم احكامه و منح القاضي سلطة الرقابة على الشرط الجزائي, من خلال ملاحظته في مدى تناسب او عدالة قيمة الشرط الجزائي , فمن حق القاضي ان يتدخل و يخفض قيمة الشرط الجزائي اذا ما كان فيه مغالاة في تقديره و اثبت المدين انه كان فادحاً بموجب الفقرة (2) من المادة (170) من القانون المدني العراقي.

اذن لماذا القضاء لم يمارس صلاحيته في تخفيض مقدار الشرط الجزائي و البالغ 600 مليون دولار في عقد شركة بوابة عشتار بالوقت الذي يسمح القانون بذلك ؟ هناك فلسفة تقليدية تقول ان "العقد شريعة المتعاقدين" و لا يحق للقاضي التدخل في بنود العقد و شروطه لانه سيقوم بفرض التزامات لم يرغب اطراف العقد الاتفاق عليها و العقد مؤسسة تتلاقى بها ارادة طرفيه فقط بكل حرية و لا يحق لاي احد التدخل في تنظيم هذه العلاقة او التحكم

بها حتى و ان كان ذلك الشخص هو "القاضي" لانها علاقة خاصة ما بين طرفين و مقتصرة عليهما و يقتصر دور القاضي الحكم وفق بنود العقد الذي يعبر عن الارادة المشتركة لطرفيه , لان السماح للقاضي بالتدخل في العقد معناه فرض شخص خارج نطاق العقد و هذا خلاف حرية الارادة التي تقضي بحرية الافراد في تنظيم شؤونهم الخاصة بالوجه الذي يشاؤون, التي هي احد المبادئ العامة للقانون المدني.

الا ان هناك اتجاه فقهي حديث ظهر في فرنسا و المانيا تزعمه الفقيه القانوني الفرنسي الاستاذ الدكتور (جاك غستان Jacques Ghestin) استاذ القانون المدني بجامعة باريس يدعو الى التخلي عن هذه النظرة التقليدية لان العقد هو مؤسسة اجتماعية و ليست فردية بحتة لانه ينعقد في وسط المجتمع و ينعكس اثاره على المجتمع و خاصة اذا كان العقد احد اطرافه الدولة التي تتوسل بالعقد كطريقة لاشباع حاجات المجتمع , فالعقود الكبرى التي من خلالها تقوم الدولة بانشاء مشاريع ضخمة كانشاء محطات كهربائية ضخمة و فتح شبكة شوارع جديدة و مطارات فهذه العقود ابرمت لصالح المجتمع ممثلاً بالدولة , اضافة الى ان مراكز المتعاقدين قد تكون غير متساوية فيفرض طرفه القوي (القوي اقتصادياً – القوي معرفياً) شرطاً يتضمن ميزة فاحشة لنفسه مما يخل بمبدأ المساواة في العقد , و من هنا وجب تغيير مفهوم قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الى مفهوم حديث فـ "العقد شريعة المتعاقدين" بما يحويه من شروط عادلة و منفعة متبادلة لا بما يحوي من ميزة فاحشة و شروط مجحفة لاحد اطرافه , فاذا لم يكن العقد "عادلاً" و "نافعاً" للطرفين فلا قدسية له و يكون مبرراً قوياً لتدخل القاضي في العقد لإعادة التوازن بين طرفي العقد من خلال فرض "العدالة العقدية" على

الطرفين بعدما عجزوا عن ذلك . و يبدو ان المحكمة عندما حكمت بالشرط الجزائي الوارد في عقد الدفع الالكتروني بالدعوى (205/تجارية/2021) دون تخفيضه جاء حكمها مكرساً للاتجاه الفقهي القانوني التقليدي الذي يبعد القاضي عن العقد لانه شأن خاص و يحكم وفق ما جاء فيه دون النظر في مدى "عدالة العقد" و مدى تناسب و عدالة الشرط الجزائي المتفق عليه بين الاطراف. و ترك الاتجاه القانوني الحديث الذي تزعمه الفقيه القانوني الفرنسي (جاك غستان) الذي يقيم القوة الملزمة للعقد على عاملين (العدالة) و (المنفعة) و القاضي ملزم وفق هذا المبدأ التدخل في العقد معدلاً شروطه و التزاماته وفارضاً شروطاً و التزامات جديدة لم تنصرف ارادة المتعاقدين اليها لإعادة احياء العقد في المجتمع مزدهراً بالعدالة و يحقق المنفعة المتبادلة . فلا تنفرد ارادة اطراف العقد بتنظيم بنوده و انما يتدخل القانون لفرض العدالة العقدية ليكون العقد مؤسسة اجتماعية عادلة.

و المال العام وفق الفلسفة القانونية العامة هو الطرف الضعيف في اي عقد يبرم و يلتزم القاضي بالدفاع عنه و يقرر القانون بطلان العقد اذا ما تضمن "غَبِنْ" اي "عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد و ما يأخذ" اذا ما كان المال العام هو المغبون من هذا العقد , و الحكمة من ذلك التشدد بالحكم هو ان المال العام لا يستطيع الدفاع عن نفسه في العقود التي تبرم لمصلحته فيطمع الطامعون عادة.و هذا الحكم المتشدد من قبل القانون المدني يدعو القاضي الناظر في الدعوى التي يكون احد اطرافه "مال عام" ان يستحضر الفلسفة القانونية القاضية بان لا يقف على الحياد و ان يقيم "العدالة العقدية" و ان لا يستسلم لبنوده المجحفة التي تنال من المال العام .

هل سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي هي سلطة جوازية ام وجوبية؟

بمعنى ان القاضي يملك الحرية المطلقة في تقييم الشرط الجزائي من حيث مدى فداحته؟ نصت الفقرة (2) من المادة (170) على انه : (... و يجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه و يقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة). اي ان هذه الفقرة منعت اي اتفاق بين الطرفين يقضي بعدم جواز تخفيضه, مما يعني ان مبدأ "عدالة الشرط الجزائي " هو من النظام العام و يحقق المصلحة العامة و اي نص قانوني من النظام العام انما هو نصٌ آمر لا يجوز مخالفته , و اعتبرت الفقرة (2) من المادة (130) من القانون المدني العراقي ان الاحكام المتعلقة بالمال العام هي من "النظام العام" , و بما ان العقد احد اطرافه "مال عام" و ان الشرط الجزائي المقرر ضد المال العام هو غير عادل في قيمته , و اذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة ترجح المصلحة العامة التي تحقق النظام العام فيكون الحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي المغالى في تقديره هي سلطة غير جوازية و انما هي وجوبية و على المحكمة ان تخفض قيمته من تلقاء نفسها بعدما تطلب من المدين اثبات فداحته, لا هناك تعارض بين السلطة الجوازية بسبب ورود كلمة "يجوز" و بين نهاية الفقرة في اعتباره مبدأ "تخفيض الشرط الجزائي غير العادل" من النظام العام و نص الفقرة (2) من المادة (130) من القانون المدني التي وضعت مبدأ عام "احكام التصرف بالمال العام من النظام العام" و بسبب هذا التعارض الظاهري يغلب "النظام العام" على غيره فتكون سلطة القاضي بتخفيض الشرط الجزائي هي سلطة وجوبية

تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها .و تكلف المدين (المصرف) بإثبات فداحة التقدير من خلال طلب انتداب خبراء ماليين و محاسبيين لتقدير قيمة الضرر الفعلي الذي لحق شركة بوابة عشتار مع قيمة الشرط الجزائي مع اخذ بالاعتبار الالتزامات المنفذة و الرجوع للاصل العام في ان يتولى القضاء تقدير الضرر و ليس ادعاء احد الاطراف.

مركـــز رواق بغـــداد

REWAQ BAGHDAD CENTER