

اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة

د. حسين عبد الله عبد الرضا
الكلابي
كلية القانون - جامعة
بغداد

ملخص

لم يعد نطاق الشروط التعسفية قاصر على عقد الاذعان بالمفهوم التقليدي بل امتد اثر هذه الشروط الى كل العقود ضائية كانت او نموذجية وهذا هو أمر خطير لما فيه من اثر كبير في اختلال التوازن العقدي الذي بدوره يجعل تفاوتاً كبيراً بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية نتيجة فرض احد المتعاقدين شروطاً تعسفية على المتعاقد الآخر اما مستغل لمركزه الاقتصادي الذي هو فيه ، كما هو الحال في عقود الاذعان او استغل حاجة المتعاقد ورغبته الشديدة للبيع أو الشراء فيفرض عليه شروطاً تعسفية للحصول على ميزة مفرطة او فاحشة تجعل احدهما تحت رحمة الآخر.

ويجب إن لا يغيب عن البال إن الشروط التعسفية لا ينفرد البائع وحده في فرضها أو المؤجر لماله من سلطة في بداية التعاقد على أساس كونه المالك بل من الممكن ان يكون مصدر هذه الشروط تعسفية هو المشتري او المستأجر وذلك نتيجة استغلاله حاجة المالك الملحة للبيع أو للتأجير فيستغل المشتري أو المستأجر الحالة ويفرض بعض الشروط على البائع أو المؤجر كما تجعل البائع أو المؤجر تحت رحمة المشتري أو المستأجر.

فلما لهذا الموضوع من أهمية كبيرة في الحياة اليومية وخصوصاً بالنسبة للعقود التي تعقد وهي مقرونة بشروط تعسفية التي لها اثر كبير في

اختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين ، فسوف نحاول بحثه بطريقة حديثة تختلف عن الطريقة التقليدية التي تناولها الفقه العربي وهي بحث اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان فقط ولم يتناول بالبحث العقود الرضائية عقود الاستهلاك واثـر الشروط التعسفية فيها ، محولين تسليط الضوء على التطورات التشريعية التي حصلت في العالم .

summary

Is no longer the scope of abusive clause is confined to a bow in the traditional sense but also expanded through the impact of these conditions to all contracts consensual was or model and this is dangerous because it involves a big impact in the imbalance of nodal, which in turn makes the discrepancy between the contractors in terms of legal status as a result of the imposition of one contractors abusive clause on the contractor to be either exploited for the economic position which is where, as in contracts of adhesion, or took advantage of a need for the contractor and his strong desire to buy or sell conditions are imposed by the abusive feature for excessive obscene or make one of them at the power of the other.

It must be borne in mind that the abusive clause not unique to the seller and alone in the imposition or the lessor of his money from the authority in the contract on the basis of being a landlord, but could be the source of these clause are abusive is the buyer or tenant as a result of exploitation need the owner pressing for sale or rental exploited buyer or tenant of the situation and impose certain conditions on the seller or lessor also makes the seller or lessor at the mercy of the buyer or tenant.

When this topic of great importance in daily life, especially for contracts that hold a combined clause of abusive, which has a significant impact on the imbalance nodal between the contractors, will try his research in a modern way different from the traditional way addressed by the Principles of the Arabian Research imbalance nodal caused by conditions arbitrary in the contract of adhesion was not only examines the contracts consensual contracts of consumption and the impact of Abusive clause which, turning to shed light on the legislative developments that took place in the world.

المقدمة :-

إذا انعقد العقد صحيحاً نافذاً ، أصبح ملزم لطرفيه ، ومن ثم يجب التزامهما به ، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأي منهما إن يعدل العقد بالاضافة او الالغاء أو الأعفائه الا بالاتفاق بينهما على ذلك ، أو لسبب يقرره القانون ، وقد نصت المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي على انه (أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) وقضت المادة (١/١٤٦) منه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) وتقضي المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري على انه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله، الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون). كما ان القاضي ملزم باحترام العقد ولا يجوز له تعديل مضمونه أو تغيير شروطه.

اذ الاصل المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة بين أطراف العقد وهذا هو ش أن العقود جميعاً ، وبصفة عامة وفي ظروف كان فيها النشاط الاقتصادي محدود والوقت متسع لاجراء المناقشات والمفاوضات بين المتعاقدين . إلا انه كان من نتائج انتشار النشاط الاقتصادي وظهور الصناعات الكبيرة واستغلال الموارد الطبيعية أن ازدادت وتتنوع حاجات أفراد المجتمع من السلع والخدمات فتكونت من جراء ذلك كثيراً من المرافق والمصالح لكفالة هذه الحاجات وإشباعها ، كان من أهم ما نشأ من مرافق عامة تتعلق بتوزيع الماء والغاز والكهرباء والقوى المحركة الأخرى ، وكانت هذه المرافق والمصالح تقوم في البدء على عقد تبرمه الدولة مع شركة أو فرد من الافراد يعهد خلاها بان يؤدي لعملائه من الأشخاص الخدمات التي التزم بتأديتها في مقابل اجر يقبضه منهم .

وقد ترتب على قيام المرافق التي تؤدي في الأغلب الأعم خدمات ضرورية لجمهور المستهلكين إن نشأ احتكار لهذه الخدمات مكن أصحابه من فرض ما يشاؤون من شروط على عملائهم المنتفعين بهذه الخدمات ولم يكن ليصبح هؤلاء المنتفعين عندما يكونون بحاجة لمثل هذه الخدمات أحرارا في تعاقدهم مع ملتزمين المرافق المذكورة فكان قبولهم بعقودها ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه ملتزموا هذه المرافق ولا يقبلون فيه مناقشة مما يؤدي إلى جعل المنتفعين بالمرافق المذكورة في مراكز قانونية ضعيفة عند التعاقد.

فارتفعت الاصوات جميعها تنادي باصلاح الحال، فتقدم القانون ل يحمي الجانب الضعيف في التعاقد ، فقيد من الارادة في تكوينها لمثل هذه العقود وأجاز للقاضي تعديل الشروط فيها أو الاعفاء منها اذا تضمنت مثل هذه الشروط ولم يجيز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيها ضارا بمص لحة المستهلك حتى وان كان دائنا ولم يقتصر القانون فيما فرضه من هذه القيود على العقود التي تصفها المرافق والمصالح المذكورة بل صاغ من الأذعان نظرية عامة ينسحب حكمها على جميع العقود التي تتوافر فيها شروط الأذعان فقد نص القانون المدني المصري على هذه النظرية بالمادة ١٤٩ والقانون المدني العراقي بالمادة ١٦٧. ولكن القضاء هو الذي يتولى معالجة الآثار السيئة الناجمة عن عدم التكافؤ بين الإرادتين وقد مر زمن كان ينظر فيه إلى جميع الأفراد على أنهم متساوا في الحقوق المدنية والسياسية وان هذه المساواة النظرية هي السبب في اعتبار إرادتي المتعاقدين متكافئتين ولكن هذه المساواة النظرية لم تكن تخفي واقع اختلال التوازن في بعض الحالات مما جعل أصحاب الإرادات الضعيفة يرفعون أصواتهم إلى المشرع والقضاء لانصافهم وحمايتهم مما يهددهم من استغلال فكانت فكرة العدالة هي المبور لتدخل المشرع والقضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط

التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي^١ ولم يعد يقتصر تطبيق نظرية الإذعان على العقود التي تمت بطريق الإذعان بل امتد أثرها إلى العقود جميعا حتى الوضائية منها وتطبيقا لنظرية الإذعان قضت المحاكم الفرنسية بلفناص أجور الوكلاء اذا كانت خدماتهم لا تتناسب الأجور المتفق عليها مراعيًا ضعف العميل والثقة التي أودعها في الوكيل ، ومن الوكلاء الذين أنقصت أجورهم المحامون وأصحاب المصارف و الوكلاء بالادارة^٢ وقد نص القانون المدني العراقي صراحة على ما يأتي^٣ (اذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير المحكمة الا اذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة) . ويمكن إن يعد هذا النص تطبيقا خاصا لنظرية الإذعان في عقد الوكالة يسوغ للقضاء ان ينقص اجور الوكيل كما فعل القضاء الفرنسي كل مرة ثبت له إذعان الموكل نتيجة ضعفه امام ارادة الوكيل القوية .

لذلك وبعد هذا التصور لم يعد مدار الشروط التعسفية قاصر على عقد الإذعان بالمفهوم التقليدي بل امتد اثر هذه الشروط الى كل العقود رضائية كانت أم نموذجية وهذا هو أمر خطير لما فيه من اثر كبير في اختلال التوازن العقدي الذي بدوره يجعل تفاوتًا كبيرًا بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية نتيجة فرض احد المتعاقدي ن شروطا تعسفية على المتعاقد الآخر اما مستغل لمركزه الاقتصادي الذي هو فيه ، كما هو الحال

١ - عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الطبعة الأولى ،

مطبعة اليرموك ١٩٧٤ ص ٣٠٢

٢ - انظر ريبير ، القاعدة الخلفية في الالتزامات ٦٥٥ ص ١٣٣ نقلا عن المرجع السابق ص ٣٠٢.

٣ - المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي.

في عقود الإذعان أو استغل حاجة المتعاقد ورغبته الشديدة للبيع أو الشراء فيفرض عليه شروطا تعسفية تجعل احدهما تحت رحمة الآخر .
ويجب إن لا يغيب عن البال إن الشروط التعسفية لا ينفرد البائع وحده في فرضها أو المؤجر لماله من سلطة في بداية التعاقد على أساس كونه المالك بل من الممكن أن يكون مصدر هذه الشروط تعسفية هو المشتري أو المستأجر وذلك نتيجة استغلاله حاجة المالك الملحة للبيع أو للتأجير فيستغل المشتري أو المستأجر الحالة ويفرض بعض الشروط على البائع أو المؤجر كما تجعل البائع أو المؤجر تحت رحمة المشتري أو المستأجر ، لأن يشترط المشتري على البائع بأن يكون له الحق فسخ البيع متى شأ الأول ودون تحقق سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الفسخ أو يشترط المشتري على البائع ضمان المبيع طول حياة المش تري، ومثال المستأجر كإن يشترط هذا الأخير أن يضع في العين المؤجرة للسكن معدات ومكائن ثقيلة تهدد من سلامة البناء ومثانته فيضطر المؤجر للموافقة لحاجاته مثلا لبدل الإيجار .

لذلك بعد هذا التطور فلا يمكن القول إن الشروط التعسفية مقتصرة على الطرف القوي اقتصاديا أو المالك ، فلما لهذا الموضوع من أهمية كبيرة في الحياة اليومية وخصوصا بالنسبة للعقود التي تعقد وهي مقرونة بشروط تعسفية التي لها اثر كبير في اختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين ، فسوف نحاول بحثه بطريقة حديثة تختلف عن الطريقة التقليدية التي تناولها الفقه العربي وهي بحث اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان فقط ولم يتناول بالبحث العقود الرضائية عقود الاستهلاك واثر الشروط التعسفية فيها .

وهذا سوف نحاول تسليط الضوء عليه في موضوع بحثنا المتواضع هذا ولهذا سوف نقسم خطة البحث إلى ثلاثة فصول سوف نبين في الفصل

الأول ما هية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ونقسمه إلى مبحثين نبين في المبحث الأول ما هية اختلال التوازن العقدي ومن ثم نبين في المبحث الثاني ما هية الشروط التعسفية لكي نعطي للقارئ فرصة اكبر في تحديد معنى الاختلال ومن ثم الاحاطة والتصوير الشمولي لمدلول الشروط التعسفي .

أما الفصل الثاني سوف نخصه لبيان الحماية التقليدية من الشروط التعسفية ولذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في العقد أما المبحث الثاني سوف نتناول فيه مدى فاعلية قواعد القانون المدني لمعالجة الشروط التعسفية اما بالنسبة للمبحث الثالث سوف نخصه لتقييم الحماية التقليدية من الشروط التعسفية.

أما في الفصل الثالث سوف نتناول تطور هذه الحماية من الشروط التعسفية ، لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول التنظيم التشريعي لاستبعاد الشروط التعسفية في فرنسا ، أما في المبحث الثاني سوف نتناول التنظيم التشريعي لاستبعاد الشروط التعسفية في القانون الانكليزي | المبحث الثالث سوف نعرض فيه موقف المشرع العراقي من التطور التشريعي بشأن الشروط التعسفية، وأخيرا ننهي بحثا المتواضع هذا بخاتمة نبين فيها أهم المقترحات والنتائج التي سوف نتوصل إليها من خلال البحث.

الفصل الأول

ما هية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

كان العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية في جوهره عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين تبحثان وتناقشان بحرية في شروط العقد ، فلمذهب التقليدي لم يكن يتصور العقد إلا متكونا من اتفاق توصل إليه الطرفان بالتباحث المتساوي ، أما في الواقع فإن هذه المساواة ممكنة ولكن حرية المناقشة نادرة وقد حدث في المذهب المذكور تطور كبير ، نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ فيها فحرية الشخص في أن يتعاقد مع غيره أو لا يتعاقد قد قيدت كثيرا لأنه يجد إمامه متعاقد آخر قويا قد انفرد بوضع جميع شروط العقد وليس له إلا ان يقبل أو يرفض وهذا ما يحصل في عقود الإذعان .

فالقابل للعقد لا يستطيع إن يناقش ، لأنه ضعيف اقتصاديا بل عليه ان يقبله كما هو لأنه محتاج إليه في حياته اليومية وان كان حرا من الناحية النظرية في التعاقد وعدمه.

والواقع ان الطريقة التي يتم بها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدية ذلك التطور الذي جاء نتيجة لتطور في الحياة الاقتصادية الحديثة.

ولهذا فان هذه الطريقة لم يقتصر على عقد الإذعان بل نجدها في عقود أخرى كثيرة تتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه كما هو الحال في المشتريات بأسعار محددة من المحال الكبرى والإكراه الاقتصادي أي

حالة الضرورة التي تحمل المتعاقد على التعاقد، لا يعتبر ضغطاً غير مشروع ولا اثر له في صحة التراضي^١.
ولما لهذا الموضوع من أهمية سوف نخصص مبحثين ، المبحث الأول لبيان ما هية اختلال التوازن العقدي والمبحث الثاني لبيان ما هية الشرط التعسفي.

المبحث الأول

ما هية اختلال التوازن العقدي

سوف نتناول ضمن هذا المبحث الفقرات التالية :-
أولا التعريف باختلال التوازن العقدي ثم خصائص اختلال التوازن العقدي.

المطلب الاول

التعريف باختلال التوازن العقدي

نتناول اولاً تعريف اختلال التوازن العقدي ثم نميزه عن غيره من الاوضاع القانونية الاخرى.

أولاً:- تعريف اختلال التوازن العقدي.

الاختلال لغة :- اختل ، اختللاً (خل) عقله، زاغ واختل الأمر، وهن فسد ، اختل توازنه فقد توازنه^٢. والاختلال العقدي في القانون هو نوع من الاكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا اثر له في صحة الرضا، لذلك يلاحظ وجود تقارب واضح بين مركزي المتعاقد المدعن والمكروه، فهما يواجهان ضغطاً عند تكوين العقد ولذا فأنهما بحاجة إلى

^١ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد ، سنة ١٩٥٨ ، ص ٩٨ .

^٢ - قاموس المنجد الأبجدي ، الطبعة الخامسة ، بيوت ، مطبعة دار الفنون ص ٣٠ .

حماية لتحقيق العدالة^١. ومع ذلك يتميز عقد الإذعان بجملة خصائص لا وجود لها في الإكراه.

أو هو الحالة التي أدت إلى ان يتمتع احد المتعاقدين بمركز اقتصادي متفوق ، هذا التفوق أتاح له إرادة متغلبة يمكنها ان تضع شروطا لا تقبل لها تعديل أو تحويرا وقد تيسر للطرف القوي ، ذلك لأنه يحتكر احتكارا قانونيا أو فعليا تقديم سلع أو خدمات تعتبر من الضرورات الأولية للجمهور ولا بد ان يتعاقد بشأنها^٢ .

والواقع ان التعريف الأول تناول الاختلال العقدي من جانب الإكراه، وحقيقية ان هناك فرق كبير وواضح بين الإكراه واختلال التوازن العقدي حيث الإكراه يعدم الرضا في حين إن الاختلال العقدي لا علاقة له بالرضا ثم انه الإكراه هو احد عيوب الإرادة التي نص عليها القانون المدني أما الاختلال فهو غير ذلك .

أما التعريف الثاني فقد تناول اختلال التوازن من زاوية عقود الإذعان فقط في حين انه أصبح مفهوم اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يمثل عقود الإذعان والعقود الرضائية على حد سواء ، كعقود الاستهلاك مثلا لذا يمكننا تعريف اختلال التوازن العقدي بأنه الحالة التي تكون فيها التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أولا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر.

١ - د. عصمت عبد المجيد بكر ، أطروحة دكتوراه ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، كلية القانون - جامعة بغداد ، سنة ١٩٧٨ ص ٨٦.

٢ - عبد المنعم فرج الصدة ، في عقود الإذعان في التشريع المصري ، جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦ فقرة ٥٣ ص ٧٦-٧٧.

ثانياً :- الفرق بين اختلال التوازن العقدي عند تكوين العقد وعند تنفيذه:-

قد تتوازن التزامات المتعاقدين عند إبرام العقد ، إلا أن ذلك ليس كافياً وإنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة التنفيذ أيضاً فإذا تبدلت الظروف الاقتصادية التي تم في نطاقها العقد، تبدلاً كبيراً ترتب عليه إرهاب أحد المتعاقدين واستفاد الآخر من هذا الإرهاب ، فقد زال التوازن بين التزامات الطرفين ووجب إعادة التوازن المختل بحيث نضمن بقاء المساواة بين التزامات المتعاقدين وإلا أصبح المتعاقد مرهقاً مغبوناً واستفاد المتعاقد الآخر من هذا الغبن المعاصر لتنفيذ العقد ، و هو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة^١. بعد هذا العرض الموجز لنظرية الظروف الطارئة يتبين لنا إن ثمة فرق واختلاف كبير بين اختلال التوازن العقدي عند تكوين العقد- في حالة فرض شروط تعسفية من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر- واختلال التوازن العقدي نتيجة لظروف اقتصادية غير متوقعة. ويمكننا أجمالاً أوجه الاختلاف بين كلا الحالتين في النقاط التالية .

١- اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ناتج عن إرادة أحد المتعاقدين أي أنه عمل إرادي إما اختلال التوازن العقدي الناجم عن الظروف الاقتصادية فهو خارج عن إرادة المتعاقدين ويرجع إلى ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية ، كالفيضانات والحرب أو الحصار الاقتصادي مثلاً .

^١ - انظر د . عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٢٧ . وما بعدها . وكذلك انظر أستاذنا د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٧٦ ص ١٥٠ وما بعدها وكذلك لاحظ نص الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ مدني عراقي .

- ٢- اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ناتج عن تعسف احد المتعاقدين على الآخر، يفرض ما يشاء من شروط إما الاختلال العقدي الناجم عن الظروف الاقتصادية يكون نتيجة تغير في الظروف الاقتصادية.
- ٣- اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يحدث عند تكوين العقد إما الاختلال الاقتصادي يحدث عند تنفيذ العقد.
- ٤- نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلا على العقود المتراخية التنفيذ في حين إن معالجة التوازن العقدي الناجم عن الشروط يشمل العقود الفورية التنفيذ و المتراخية التنفيذ معا .
- ٥- لا يجوز المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد تنفيذ العقد في حين انه يجوز الطعن بالعقد بعد تنفيذه إذا كان هناك اختلال عقدي عند تكوين العقد كما في حالة الاستغلال^١.
- ٦- اختلال التوازن العقدي في حالة الظروف الطارئة غير متوقع عند تكوين العقد إم في حالة الشروط التعسفية فالاختلال متوقع عند تكون العقد.
- ٧- في معالجة التوازن في حالة الظروف الطارئة تكوين بزيادة حقوق ال مدين المرهق أو إنقاص التزاماته ا ما في حالة الشروط التعسفية تكون المعالجة إما بالتعديل أو الإلغاء لهذه الشروط.
- إلا انه لا ينكر إن هناك ثمة تشابه بسيط بين الاختلال الاقتصادي والاختلال التعسفي وهو انه المشرع أجاز للقاضي التدخل في العقد لغرض معالجة التوازن العقدي المختل حيث أجاز له في المادة (١٤٦) مدني عراقي في حالة الظروف الاقتصادية التدخل لمعالجة التوازن العقدي

١ - المادة (١٢٥) مدني عراقي تنص [إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلققه من تعاقدته غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت التعاقد إن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول.....]

المختل . وكذلك في المادة ١٦٧^١ مدني أجاز المشرع للقاضي في حالة الاختلال العقدي من الشروط التعسفية التدخل لمعالجة هذا الاختلال وكذلك أيضا انه تقدير ما إذا كانت الظروف متوقعة أو غير متوقعة أو ما إذا كانت الشروط تعسفية أو غير تعسفية منوطا بالقاضي أيضا.

المطلب الثاني

خصائص اختلال التوازن العقدي

يتحقق اختلال التوازن في العقد من خلال امرين اولهما المزايا المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف اما ثانيهما فهو قيام المحترف في ضوء نفوذه الاقتصادي باستغلال حاجة الطرف الضعيف.

اولا:- المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف

ان المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل التعسف باستعمال نفوذه الاقتصادي او الفني تؤدي الى اختلال التوازن بين الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد .
وهذه المزايا لا تكون نقدية فقط ذلك انه و تحقيقا لحماية اشمل للمستهلكين اراد الفقه ان لا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال

^١ - تنص المادة ١٦٧ على انه [٢-] إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة إن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق عل خلاف ذلك .
٣- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقد ود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا [.

الضيق فنظر إليها بحسب الاثر الذي تخلفه في العقد و هو عدم التوازن بين حقوق و التزامات اطراف العقد^١.

وان الميزة المفرطة قد تعني انعدام سبب العقد ولو جزئيا ، وانه يجب ان يؤخذ في نظر الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة ل شرط الوارد بالعقد.

وتوجد في الواقع صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد او تقدير الميزة المفرطة، لذلك يتسال البعض^٢ كيف يتم قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات وهل يكون بالنظر الى الشرط ذاته وضرورة ان ينشاء عدم التوازن بشكل مباشر عن الشرط التعسفي او انه يجب النظر الى جميع بنود العقد لتحديد هذا الاختلال .

يرى هولاء^٣ بضرورة النظر الى مجموع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال وليس النظر الى كل شرط على حده فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكن يكون مبررا اذا نظرنا اليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبةها، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين.

ونعتقد ان الميزة المفرطة هي عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمحترف كيفما يكون نوع هذه المزايا مادامت تؤدي الى تفوق طرف على حساب طرف اخر.

^١ - عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٠٦.

^٢ - موفق حماد عبد ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٩، ص ١٩٩.

^٣ - المصدر السابق ذكره ، الصفحة نفسها . وكذلك انظر منير البصري و احمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور على شبكة الانترنت في الموقع :

<http://droitcivil.over-blog.com/article-5145525.html>

ثانياً: - تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف.

لاتكفي المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف و التي تؤدي الى اختلال الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد للقول بوجود اختلال في التوازن العقدي وانما يجب ان يكون الاختلال ناشئاً عن تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف وذلك بان يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطاً تخل بتوازن العقد.

و لكن هل تعد المقدرة الاقتصادية هي العنصر الاكثر اهمية وهل يستطيع المحترف فرض شروطه لانه الاقوى اقتصادياً ؟

يرى البعض¹ الى ان المقدرة الاقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية و التقنية الحديثة اكثر منها القوة الاقتصادية و ان هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، فالمحترف وقد تعود ابرام العقود يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد وهو مايجري عليه العمل في حرفته فيمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلاً عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه.

بينما يرى البعض الاخر² ان التقنية الحديثة و القوة الاقتصادية يكمل احدهما الاخر لان من يكون متفوقاً اقتصادياً يكون كفوءاً فنياً اي ان التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية.

ونعتقد بان التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لايمكن اثباته حالة باخرى وانما يتم استخلاصه من الصفة الخاصة باطراف العقد لذلك نستطيع القول بانه عنصر شخصي ، لان عنصري الاختلال اي استعمال القوة الاقتصادية للمحترف ، وحصول المحترف بسبب هذا الشرط على ميزة

¹ - انظر د.حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٧٠.

² - موفق حماد عبد ،المصدر السابق، ص ٢٠٠.

مفرطة ، هما في الح قيقة عنصرين متحدين و تربطهما علاقة سببية تامة، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الاخير و هكذا فان احد العنصرين يعد نتيجة طبيعية للعنصر الاخر.

المبحث الثاني

ما هية الشروط التعسفي

نتناول ضمن هذا المبحث التعريف بالشروط التعسفي و نميزه عن غيره من الشروط ثم نبحت في اثر الشرط التعسفي و خصائصه.

المطلب الاول

التعريف بالشروط التعسفي و تميزه عن غيره من الشروط

نتناول اولاً تعريف الشرط التعسفي ، و ثانياً تميز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي .

أولاً :- تعريف الشرط التعسفي :-

تعني كلمة الشرط لغة :- إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه^١ .
إما معنى التعسف اللغوي :- تعسف، تعسفاً (عسف) عن الطريق مال عنه وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا روية . وتعسف فلانا ظلمة ، استخدمه وتعسف في القول اخذ على غير هداية حملة على معنى لا تكون دلالاته عليه ظاهرة^٢ .

^١ - ابن منظور - لسان العرب - دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر ج ٧ ص ٣٢٩ .

^٢ - قاموس المنجد الأبجدي ، الطبعة الخامسة ، بيروت ، مطبعة دار الشرق، ص٢٦٣ .

إما الشرط التعسفي في الاصطلاح فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والشرط الذي يؤدى إلى جهالة في المعقود عليه واشتراط أمر غير مشروع^١.

ولتعريف الشرط التعسفي ينبغي الولوج في موقف التشريعات من تعريفه، ثم بيان موقف الفقه إزاء تعريف الشرط التعسفي.

١ التعريف التشريعي للشروط التعسفية:

ان تعريف الشروط التعسفية لم تأت به اغلب التشريعات في القانون المدني، اذ ان تعريفه غالبا مانجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك . فقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة (٣٥) من القانون^٢ رقم ٢٣/٧٨ الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ بانه ذلك الشرط الذي يفرض بواسطة المحترف على غير المحترف او على المستهلك من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها.

ثم اعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة ١٩٩٥ بموجب الفقرة الاولى من المادة ١٣٢ من القانون رقم ٩٥ - ٩٦ الصادر في شباط ١٩٩٥ و التي تنص على انه : "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين او المستهلكين ، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها او اثارها اضرارا بغير المحترفين او المستهلك ، عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات اطراف العقد".

^١ - موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي ج ١١ . ص ٢٥١ يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر ، مطابع الأهرام التجارية.

^٢ - ستكون لنا وقفة طويلة في الفصل الثالث بخصوص هذا القانون .

اما بالنسبة للتشريعات العربية فانها - باستثناء المشرع الجزائري^١ - لم تتناول مسألة التعريف وربما يكون الدافع الى ذلك هو حداثة الفكرة من جانب ، و تجنبها الخوض في التعاريف لان ذلك يعد من عمل الفقه لاعمل التشريع من جانب اخر .

٢ - التعريف الفقهي للشروط التعسفية:

تعددت اراء الفقه بتعريف الشروط التعسفية و اختلفت باختلاف زاوية النظر للشروط التعسفي ، ويمكن القول بانه برزت ثلاثة اراء بتعريف الشرط التعسفي:

الراي الاول:- ينظر انصار هذا الراي للشرط من جهة اطراف العلاقة العقدية فيه و مصدره، حيث عرف بانه : " الشرط الذي يفرض على غير المهني او على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الاخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"^٢.

الراي الثاني:- ينظر انصار هذا الراي للشرط من حيث طريقة فرضه فقد عرف بانه : " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ

^١ - حيث قام المشرع الجزائري بموجب القانون رقم ٠٤-٠٢ في ٢٣ حزيران ٢٠٠٤ الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بتعريف الشرط التعسفي بقوله : " شرط تعسفي كل بند او شرط بمفرده او مشتركا مع بند واحد او عدة بنود او شروط اخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد".

^٢ - السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد ،دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٣٢. و بالمعنى نفسه عرف ايضا بانه : " انه الشرط الذي يفرض على غير المهني او المس تهلک عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي، ويحول هذا الاخير ميزة فاحشة ". انظر عاطف عبد الحميد حسن ، حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦، ص ٩٦.

الاقتصادي القوي ، والذي يخوله ميزة فاحشة عن ا لطرف الاخر " ١ . كما عرف ايضا بالمعنى نفسه بانه " كل شرط تعاقدى يحقق منفعة او ميزة لمصلحة المشتري على حساب المتعاقد الضعيف" ٢ .

الراي الثالث :- ينظر انصار هذا الراي للشرط من حيث اثره على العلاقة العقدية و توازنها حيث عرف بانه " شرط في العقد ، يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني و المستهلك، و المترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجه المتعاقد الاخر و هو المستهلك" ٣ .

ونرى بانه الشرط التعسفي هو ذلك الامر او الاتفاق الذي يضعه احد المتعاقدين ، او بالاتفاق مع المتعاقد الآخر في العقد ، وهو متعسفا فيما يملكه من قدرة اقتصادية او خبرة قانونية او فنية ، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق و التزامات الاطراف في كل مرحلة ، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الاقوى فيشكل ذلك عباء على الطرف الاخر دون مقتضى .

ثانيا :- تميز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي .

يتضح لنا من نص المادة (١٣١) مدني عراقي ان حكم الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحا في حالات محددة وفيما عدا ذلك يكون باطلا والشروط الصحيحة التي جاء بها النص هي :-

١ - الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد .

١ - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٨، ص ٥٠ .

٢ - سليمان براك الجميلي ، الشرط التعسفي في العقود ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة النهدين، ٢٠٠٢، ص ١٠ .

٣ - عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، المصدر السابق ، ص ٤٠٢

- ٢ - الشرط الذي يكون جاريا به العرف والعادة.
- ٣ - الشرط الذي يلاءم مقتضى العقد .
- ٤ - الشرط الذي يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للغير اذا لم يكن مخالفا للنظام العام او الاداب^١.
- اما الشروط التعسفية فلم يتعرض لها النص بذات الوضوح الذي رأيناه في الشروط الصحيحة باستثناء الشرط الذي يكون مخالفا للنظام العام او الاداب ، ولكن من الممكن ان نتوصل اليها من خلال المفهوم المخالف لنص المادة (١٣١) ومن خلال القواعد العامة في العقد كالاتي:-
- ١- الشرط الذي يخالف مقتضى العقد.
- فالشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يؤكده ولا يلائمه ولا يكون العرف قد جرى به لا يسعنا الا ان نقول عنه انه شرط تعسفي مخالف لمقتضى العقد.
- ٢- الشرط الذي ليس فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للغير.
- فشرط كهذا يعتبر عبثا ، اذ ليس له مطالب فيبطل وف ضلا عن كون هذا الشرط يوحى به المفهوم المخالف للنص فانه يعد تطبيقا للقواعد العامة اذ لا بد لكل التزم من سبب مشروع.
- ٣- الشرط الذي يرد على محل معدوم او مستحيل.

^١ - انظر علي هادي علوان . شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية .رسالة ماجستير . جامعة بغداد، ١٩٩٠ ، ص٢٢ وكذلك انظر نص المادة ١٣١ مدني عراقي حيث نصت "١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة .
٢- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للاداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا " .

٤ - الشرط الذي يرد على محل مجهول جهالة فاحشة.

ولا يسعنا في هذا المقام ان نشرح هذه الانواع من الشروط وانما الذي يعيننا هو وضع الحدود الفاصلة بين الشروط العادية والشروط التعسفية. وقد تولى المشروع العراقي بيان طائفة من الشروط التعسفية التي تكون باطلة في بعض عقود الازعان مثل عقد التامين وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨٥) مدني عراقي . ونرى عدم تقييد مدلول الشرط ال تعسفي في نص ذلك لترك الامر بيد القاضي حيث يتولى هو تقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا ام لا وذلك لانه مهمة القاضي هي تحقيق التوازن بين الطرفين وبسط العدل لذلك فهو اقدر من المشروع في تميز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي تبعا لظروف القضية وحالة كلا المتعاقدين وظروفهما . وهذا ما سار عليه القضاء العراقي فتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا منوطا بالقاضي ولا تملك محكمة التميز التعقيب على هذا التقدير فاذا ما كشف القاضي شرطا تعسفيا كان له ان يعدله بما يزيل اثر التعسف بل له ان يلغيه ويعفي الطرف الاخر منه^١.

الا انه يرى البيع ض^٢ بانه من الممكن ادراج اهم الشروط التي يمكن جعلها تعسفية بطبيعتها ضمن قائمة محددة يطلق عليها القائمة السوداء ومن اهم هذه الشروط التي يدرجونها هي:-

أ- الشروط التي تؤكد قبول المستهلك لجميع بنود العقد على الرغم من انه لم يعلم بها (كلها او بعضها) او لم يتمكن من الاطلاع عليها او فهم المقصود منها فهما واضح وقت ابرام العقد.

^١ - أستاذنا د. حسن علي الذنون . المرجع السابق ذكره . ص ٦٦ .

^٢ - عامر قاسم احمد . الحماية القانونية للمستهلك . رسالة دكتوراه . جامعة بغداد مطبوعة على الرونيو . ١٩٩٨ . ص ١٣٩ .

- ب- الشروط التي من ش أنها ربط سعرالسلعة او الخدمة محل التعاقد بارادة المنتج او من يقوم بتنظيم العقد بارادته المنفردة.
- ج- الشروط التي تؤدي الى اعفاء المنتج او الطرف المنفرد في تنظيم العقد من الالتزامات التعاقدية او الضمانات القانونية (كضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية). كما هو الحال في العقود التي تنظمها مكاتب بيع السيارات وفي عقود بيع الإطارات والبطاريات والشروط التي تؤدي الى الاعفاء او التخفيف من المسؤولية في حالة التخلف عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية او التأخر في تنفيذها او تنفيذها معيبا او جزئيا كما هو الحال في العقود التي تنظمها مكاتب السفر والسياحة.
- د- الشروط التي تؤدي الى تمكين المنتج او الطرف الذي ينفرد بتنظيم العقد من تحديد زمان ومكان تنفيذ التزاماته التعاقدية بارادته المنفردة.
- هـ- الشروط التي تسمح للمنتج او الطرف الذي يقوم بتنظيم العقد بتسليم سلعة او خدمة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها او الواردة في ملحقات العقد والوثائق المصاحبة له الا اذا ترتب على وجودها تخويل الطرف الاخر حق فسخ العقد.
- و- الشروط التي من شأنها منح المنتج او القائم بتنظيم العقد سلطة فسخ العقد بارادته المنفردة بدون منح المستهلك ذات السلطة بينما يرى البعض الأخر انه لا مندوحة عن تدخل المشرع بين حين واخر بطريق النص على بطلان الشروط المجحفة التي تجري شركات الاحتكار عادة على ادراجها في عقود الازعان ، ففي فرنسا صدر مثلا ق انون في سنة ١٩٠٥ يقضي ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية في عقود النقل ، كما صدر قانون في سنة ١٩٣٠ يقضي ببطلان طائفة من الشروط التي جرت شركات التامين على

ادراجها في عقود التأمين^١. وبطبيعة الحال وان كنا نميل الى ان يكون تقدير الشرط التعسفي منوطا بالقاضي فانه لا مانع يمنع من ادراج مثل هذه الشروط التعسفية ضمن قوائم معينة على ان تكون هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر كما انه أيضا لا غنى عن تدخل المشرع بين الحين والآخر لابطال الشروط التعسفية ، وذلك لتخفيف العبء عن القضاء بالإضافة الى مواجهه جميع انواع الشروط التعسفية التي قد توجد مستقبلا وتوفير القدر الاكبر من الحماية للمتعاقدين من الشروط التعسفية.

المطلب الثاني

اثر الشرط التعسفي و خصائصه

نتاول اولاً اثر الشرط التعسفي و ثانياً خصائص الشرط التعسفي

اولاً:- اثر الشرط التعسفي .

اذا كان الشرط صحيحاً في العقد فانه ينشئ التزاماً بذمة الـ مشروط عليه ويجب على هذا الاخير ان يفي بهذا الالتزام وبخلافه يكون قد اخل بالعقد فيجب على التنفيذ عينا فان تعذر هذا التنفيذ او عدل عنه الدائن (المشترط) فان لهذا الاخير الحق في فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى^٢.

ولكن ما هو الشرط التعسفي في العقد؟

من دون شك ان الشرط التعسفي لا ينشئ التزاماً بذمة المدين ولكن ما هو حكم العقد الذي يقتزن به هذا الشرط التعسفي هل يبطل ام يبقى العقد صحيحاً .

^١ - د. حلمي بهجت بدوي . أصول الالتزامات . الكتاب الأول نظرية العقد . مطبعة نوري

بالقاهرة . ١٩٤٣ فقرة ١٤٤ ص ٢٢٦

^٢ - انظر علي هادي علوان . مصدر سابق ذكره . ص ٢٤ .

في الواقع ان الفقه القانوني^١ منفق على انه الشرط التعسفي لا يؤدي الى بطلان العقد وانما يزال اثر التعسف من العقد وذلك اما بطلان الشرط

١ - الا ان الموقف في الفقه الاسلامي مختلف حيث لم يتفق فقهاء الشريعة على تحديد مدى حرية المتعاقدين في اضافة ما يشأون من شروط للعقد ، فهناك مذهب ضيق إلى ابعاد الحدود وهو مذهب أهل الظاهر وهناك مذهب للحنيفة وأخر للشافعية الذين لا يكادون يفترون في الأسس والأصول عن الأحناف ثم هناك ، ثم هناك مذهب للمالكية الذي وسعوا على الناس أكثر من الأحناف وهناك اخيرا مذهب للحنابلة والأمامية الذين جروا في التوسع والتيسير إلى آخر الشرط . اما أهل الظاهر فالأصل في العقود واحكامها وما يقترن بها من شروط عندهم هو الحظر وعدم الاباحة ، وعلى هذا فأنهم لم يصححوا لا عقدا ولا شرطا الا ما ثبت جوازه بنص او اجماع فان لم يثبت بهذا او ذاك فهو باطل عندهم والبطلان يلحق في هذه الحالة كلا من العقد والشرط ، وفي ظل هذا التصور للشروط عند المذهب الظاهري لا يمكن تصور الشرط التعسفي في العقد ابدا لأنهم يبطلون كل شرطا وعقدا ، قد تضمن شرطا لم يأتي به النص او الاجماع و بطبيعة الحال لا يمكن ان يرد شرطا تعسفيا بالنص والاجماع وذلك لسماحة الشريعة الاسلامية وتسيورها على الناس . واما أصحاب المذهب الحنفي فانهم يقسمون الشروط التي تقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام:- صحيحة وفسادة وباطلة .

(١)- الشروط الصحيحة:-

أ - هو الشرط الذي كان موافقا لمقتض العقد كان يشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع .

ب - الشرط الذي جاء به النص كاشتراط خيار الشرط .

ت - الشرط الذي يؤكد مقتض العقد كاشتراط البائع اخر كفيل او رهن .

د- او الشرط الذي جرى به العرف ك شراء ساعة او التلفزيون او ثلاجة بشرط ان يتعهد البائع بالأصلاح مدة معينة .

(٢)- الشرط الفاسد :- هو الشرط الذي لم يأت به نص ، ولم يجر عليه عرف وليس من مقتض العقد او ما يؤكد (وفيه منفعة) لأحد المتعاقدين او لأجنبي مثال ذلك : ان تباع سيارتك لشخص وتشتترط عليه ان تستعملها شهرا بعد البيع او ان تبيعه أرضا وتشتترط عليه ان تزرعها عنه .

(٣)- الشرط الباطل :- هو الشرط الذي لم يأت به نص ، ولا جرى به العرف وليس من مقتضى العقد او مما يؤكد ، (وليس فيه منفعة) لأحد مثال ذلك ان ان تباع دارك لشخص وتشتترط عليه عدم سكناه مدة معينة ، او ان تباع سيارتك وتشتترط على المشتري الا يستعملها يوما كل أسبوع وان هذا الشرط في حقيقة ما هو الا شرطا تعسفيا وحكم هذا الشرط التعسفي انه لغو لا قيمة له ولا اثر له على العقد اذ يبقى العقد صحيحا ويلغوا الشرط. ولا يكاد المذهب الشافعي يخرج من هذا الاطار العام الذي رسمه فقهاء المذهب الحنفي للشروط التي تقترن بالعقد اما المالكية فان الشرط الصحيح عندهم اوسع بكثير من الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفي هذا يتفق المذهبان . ويصحح المالكية كل شرط لا يناقض مقتضى العقد وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب ابي حنيفة . اذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلاءم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان كذلك في مذهب ابي حنيفة ويصحح مالك كذلك الشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه او يلائمه ما دام الشرط لا يناقض مقتضى العقد ، ومثل هذا الشرط فاسد عند ابي حنيفة كما تقدم بيانه . ولعل ابعده تطور للفقهاء الإسلامي في مسألة اقتران الشرط بالعقد كان في المذهبين الحنبلي والجعفري اذ يجيز فقهاء هذين المذهبين كل شرط يشترطه احد المتعاقدين في العقد الا في حالتين :-

١- ان يكون الشرط مخالفا للمقصود من العقد كان يشترط البائع على المشتري الا يبيع ما اشتراه او الا يؤجره ، وان هذا الشرط في حقيقة هو شرط تعسفي يضيفه البائع دون فائدة له او لغيره وليس من مقتضى العقد .

٢- اذا كان الشرط يناقض الشرع فيحل الحرام او يحرم الحلال ، مثال ذلك ان يبيع شخص عبدا لمن يريد شراءه لعتقه ويشترط على هذا المشتري ان يكون الولاء له (أي البائع) لان هذا الشرط يناقض ما ورد عن الرسول (ص) من ان الولاء لمن اعتق ، وهذا الشرط في حقيقة هو الشرط الباطل .

لذلك يلاحظ ان موقف الشريعة الاسلامية من الشرط التعسفي بان لا تجيز هذا الشرط وتبطله مع بقاء العقد صحيحا وذلك لانه لا تجيز الشريعة السماح ان ين شاء من تطبيقها ضرر ، وتفرعت قواعد اساسية في الشريعة الاسلامية التي كانت مصدر لكثير من الاحكام ، كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) (والضرر يزال) و (المشقة تجلب التيسير

التعسفي او تعديله او اعفاء المتعاقد منه ، لذلك يبقى العقد صحيحا نافذ فلا تأثير للشرط التعسفي عليه بعد إزالة هذا الشرط التعسفي من مضمون العقد. الا انه هناك حالة تؤدي الى بطلان العقد الذي تضمن شرطا تعسفيا وهي انه اذا كان الشرط التعسفي هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد في هذه الحالة وذلك بدلالة الفقرة ٢ من المادة ١٣١ ".... ما لم يكون الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا".

ثانيا: - خصائص الشرط التعسفي.

يمكن اجمال خصائص الشرط التعسفي بما ياتي:-

- ١ - ان الشرط التعسفي شرط صحيح ، غير مخالف للنظام العام او الاداب العامة وغير مخالف للقواعد الامرة في القانون.
- ٢ - ان قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر الى كل شرط من شروط التعاقد على حده بل بالنظر الى مجموع تلك الشروط ففقط يكون احد الشروط وفر مزية او منفعة للمشتري المحترف ففي حين يكون هناك شرط اخر قد اعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة او المنفعة.
- ٣ - ان الحماية من الشروط التعسفية انما وجدت للفتاوت في القدرة الفنية و الاقتصادية بين المحترف و المستهلك فاذا كانت الاطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الاقتصادية و الفنية فلاسيب لاثارة موضوع الشروط التعسفية لان على كل متعاقد واجب السهر و المحافظة على حقوقه لانه ليس بحاجة للحماية.

(و (الأمر اذا خاف اتسع) و (الضرر يدفع بقدر الإمكان) .^١ - اعتمدنا في ذكر اراء فقهاء الشريعة الإسلامية على العلامة السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الأول ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ص ١٠١ وما بعدها . وكذلك على أستاذنا د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٤٠ و ما بعدها

٤ - ان لمصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلولاً يختلف عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق ذلك ان وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف او افتراضه سواء انطوت نية المشترط الى الحاق الضرر بالطرف الضعيف ام لم تنتطو ، و لا يشفع للمشرط المحترف حسن نيته لاننا بصدد حماية المتعاقد لمستهلك ولسنا اثبات التعسف يكون بافتراضه من خلال وجود المنفعة التي حولها الشرط للمحترف^١.

^١ - انظر سليمان براك الجميلي ، المصدر السابق ، ص ١٢ .

الفصل الثاني

الحماية التقليدية من الشروط التعسفية

ان التفاوت الاقتصادي بين مركز المتعاقدين وانفراد الجانب القوي منهما بوضع شروط العقد ، أمر ليس في الوسع تجاهله ومن العدالة ان ينص القانون على الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف لكي لا يكون ضحية جور الطرف القوي وتعسفه . وليس بوسع القضاء ، بغير سند تشريعي ان يحقق هذه الحماية على وجه فعال ، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا مناص من اخذ المتعاقد بكل شروط العقد ، مهما بدت جائرة ومتعسفة ما دامت لا تتضمن مخالفة للنظام العام والاداب ^١ . الا انه البحث في تعديل والغاء الشروط التعسفية كجزء من النظام التقليدي لحماية المتعاقد يبدو مقصورا على عقود الاذعان ، وهو ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع او مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني او فعلي او تلك ون المناقصة محدودة النطاق بشأنها ^٢ . واذا كان تطبيق النظرية التقليدية يبدو أكثر قبولا بالنسبة للعقود التي يتم ابرامها في ضوء تساوي اطراف العقد او بدون اذعان من احدهما للأخر فان تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة حينما يتعلق الامر بعقود يخل فيها التوازن بين المتعاقدين خصوصا في عقود الاذعان التي ينصاع فيها المتعاقد لما يميله عليه الطرف الاخر من شروط ، لذا ينبغي ان نبحت اولاً في سلطة القاضي في تفسير الشروط

^١ - د. عصمت عبد المجيد بكر ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٢ .

^٢ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، في عقود الاذعان في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٦٤ .

الواردة في العقد و من ثم نبحت بمدى فاعلية قواعد القانون المدني لمعالجة الشروط التعسفية ومن ثم نقيم الحماية التقليدية.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في العقد

تدخل القاضي في مجال الشروط التعسفية محكوم بمبدأ يهمن على المنظومة القانونية هو مبدأ سلطان الإرادة.

لذلك ان تدخل القاضي في هذا المجال التعاقدى لن يكون الا في اطار ما يسمح به المبدأ، لهذا ينبغي البحث اولا في سلطة القاضي بتعديل الشروط او استبعادها و ثانيا دور القاضي في تفسير شروط العقد الغامضة.

المطلب الاول

امكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

ان المشرع الفرنسي لم يضع نصا تشريعا خاصا بمواجهه الشروط التعسفية التي توجد في العقود التي تمت بطريق الازعان فما جعل الامر القضاء يستكمل هذا النقص التشريعي ، الا انه كلا المشرعين العراقي والمصري قد تدخل في ذلك ، حيث تدخل المشرع المصري تدخلا مباشرا لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الازعان فقضت المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري انه (اذا تم العقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفي الطرف المدعن منه وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). وكذلك تدخل المشرع العراقي فنص في المادة ١٦٧ الفقرة الثانية على انه (اذا تم العقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها

وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .
يتضح من النصين ان المشرعين ارادا ان يحميا الطرف المذعن حماية
فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا
تعسفية لا يملك الطرف المذعن الا القبول بها ، والحقيقة ان عدم وضوح
الشرط او غموضه بما يجعل من الصعب على المذعن التعرف على
مضمونه او مداه ، لذلك حاول المشرع ان يلتمس للمتعاقد المذعن مخرجا
للتخلص من الشروط التعسفية.

ان المشكلة التي تبقى تواجهنا في كلا المشرعين المصري والعراقي
في عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي فهو إذا يترك لقاضي الموضوع
سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف بالنظر إلى الظروف وملابسات كل
حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف الشخصية لاطراف العقد^١ .
وينتقد بعض الفقه المصري توجه المشرع لديهم الى التوسع في حماية
الطرف المذعن على هذا النحو لانهم يعتقدون ان ذلك لا يتواءم مع
الأصول المعتمدة في التفسير القانوني والتي تقضي بالالتزام بالمعاني
المستفاد من عبارات التعاقد متى كانت واضحة ، هذا الاتجاه يسوغ وضعه
بان السلطات التي من حها المشرع للقاضي تتجاوز السلطة الثابتة للقضاء
عند تفسير العقود والتي تقتصر وفقا للقواعد العامة على مجرد التفسير دون
أي تدخل باجراء التعديلات على الشروط التعاقدية او من باب اولى التدخل
باهدار الشرط كليا ويؤدي تفسير نص المادة ١٤٩ من القانون المدني

١ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، شرح القانون المدني ج ١ دار النهضة العربية
١٩٦٧ ص ٢٣ .

المصري على هذا النحو تجاوز هذه الحدود عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروطينة التعاقدية بل واهدارها دون أي قيد او تعقيب^١ .

يمكن القول انه لا يمكن نقد السلطة المعطاة للقاضي بحجة انها تخرج عن القواعد العامة في التفسير والمطالبة بضرورة الالتزام بما ترد به الشروط واحة العبارات لان المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن احكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقضي ذلك ، ومما لاشك فيه ان خضوع الطرف المذعن في عقود الازعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة في عقود الازعان ، فتساوي الازعان من الناحية العملية مع انت فله الارادة هو الذي دعا ببعض الفقه إلى انكار وصف العقد على ما يسمى بعقود الازعان^٢ . وبذلك اصبح في متناول القاضي اداة قوية يحمي بها الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تكون في العقد وذلك نتيجة لتمكن احد المتعاقدين اقتصاديا وتفوقه على المتعاقد الاخر والقاضي هو الذي يملك تقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا ، ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي اخذ به فاذا كشف شرطا تعسفيا في عقد اذعان فله ان يعدله بما يزيل اثر التعسف، بل له ان يلغيه ويعفي المذعن منه ولم يرسم المشرع للقاضي حدودا في ذلك الا ما تقتضيه العدالة ولا يجوز للمتعاقدين ان ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص فان مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام^٣ . إضافة إلى ذلك انه

١ - عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية العقد والارادة المنفردة موسوعة القانون المدني المصري ١٩٨٤ ص ٢١٤ .

٢ - محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ص ٣١٣ .

٣ - السنهوري ، الوسيط ج ١ فقرة ١١٨ ص ٢٥٠ .

لو أجزى مثل هذا الاتفاق لأصبح في امكان الطرف القوي تضمين العقد
مثل هذا الشرط ولأصبحت الحماية التي يقرها المشرع للطرف المذعن
بغير فائدة^١ ، الا انه ومع ذلك فقد حاول المشرع العراقي ان ينص على
بعض الشروط التعسفية التي تكون باطلة في عقد التامين حيث اراد ان
يبطل كل شرط تعسفي يرد في وثيقة التامين وهذا ما نصت عليه المادة
(٩٨٥) مدني عراقي بقولها (يقع باطلا كل ما يرد وثيقة التامين من
الشروط الاتية :-

- ١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التامين بسبب مخالفة القوانين
والأنظمة ، الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمديه.
- ٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في إعلان الحادث
المؤمن منه الى السلطات او في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف ان
التأخر كان لعذر مقبول.
- ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلق بحاله من الأحوال التي
تؤدي إلى البطلان او السقوط .
- ٤- شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في
صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .
- ٥- كل شرط تعسفي اخر، يتبين انه لم يكن لمخالفت ه اثر في وقوع الحادث
المؤمن منه).

الا انه اذا كان هذا بالنسبة الى عقد التامين تدخل المشرع مباشرة
للنص على بطلان الشروط التعسفية ينبغي لنا ان ننسا عل اذا ورد شرط
تعسفي في غير الطائفة المذكورة في نص المادة (٩٨٥) هل من الممكن

^١ - رمضان ابو السعود . مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني الدار الجامعية .
١٩٨٦ ، ص ٨٩ - ٩٠ .

الغاء هذا الشرط او تعديله وذلك بالاستناد الى نص المادة ١٦٧ ؟ الجواب
بالايجاب وذلك لانه عقد التامين من عقود الاذعان وقد ورد نص المادة
١٦٧ مطلقا شمل كل عقود الاذعان والقاعدة تقول المطلق يجري على
اطلاقه فلذلك تشمل الحماية المنصوص عليها في المادة ١٦٧ عقد
التامين.

الا انه ينبغي لنا ان نردف سؤالنا الأول بسؤال آخر وهو هل ان
الحماية المنصوص عليها في المادة ١٦٧ تشمل العقود بصورة عامة
بمعنى اخر ما هو حكم عقد البيع او الايجار اذا تضمن شرطا تعسفيا ،
وكان العقد قد تم بطريق المفاوضات كما يحصل في بعض المحلات
التجارية التي تضع عبارة "المباع لا يرجع ولا يبذل" او عبارة "الكهربائيات
لا تبذل ولا ترجع" هل فعلا هذه الشروط تعفي البائع من الضمان ام لا أي
هل تعتبر شروطا تعسفية وتكون باطلة او تعدل او تستبعد طبقا لنص
المادة المذكورة ام تبقى الشروط وتنفذ لانه نص المادة لا يشمل العقود
الرضائية؟ في الحقيقة عند النظرة الاولى لنص المادة ١٦٧ وخصوصا الفقرة
الاولى يتبادر الى الذهن ان نص المادة المذكور لا يشمل العقود الرضائية
كالبيع والايجار وغيرها . وبذلك لا تشمل الحماية المنصوص عليها في
المادة المتعاقد اذا قبل مثل هذه العقود بشروطها الا انه عند النظر الدقيق
المتعمق للنص المذكور وبالذات الى نص الفقرة الثانية سوف نلاحظ انها
تقول (اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز
.....) حيث يتبين لنا من هذا النص ان المقصود هي الطريقة التي تم به ا
التعاقد وليس العقد بحد ذاته ، اذ الاذعان يكون بالطريقة التعاقدية أي
الطريقة التي لا يستطيع المتعاقد سوى القبول او الرفض وبنا على هذا نرى
انه من الممكن ان تشمل المادة المذكورة بالحماية جميع العقود سوى كانت
رضائية او عقود اذعان لانه المشرع لم يحصر الحماية فقط بعقد الاذعان

بل قال اذا تم بطريق الازعان وفي الحقيقة قد يضطر المشتري او البائع في عقد البيع الى قبول بعض الشروط وان كانت تعسفية وذلك كان تكون له حاجة ماسة في الحصول على السلخ كالمشتري او تلهف البائع في الحصول على الثمن فيضطر الى قبول شروط المشتري.

ويبدو ان هذه الصورة هي التي كانت حاضرة في ذهن المشرع العراقي عند نص المادة المذكورة الا انه لم يكن موقفا في صياغتها مما يؤدي الى البس والغموض ، وكان الأجر بالمشرع العراقي ان يضع النص مطلقا ولا يقيده بالطريقة التعاقدية التي يتم بها العقد وذلك رفعا للغموض والبس الذي يحصل ونرى بان يكون نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ على النحو الاتي (اذا تضمن العقد شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي المتعاقد منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) لانه كما تقتضي العدالة بطلان الشرط التعسفي في عقد الازعان فانه العدالة ايضا تقتضي بطلان الشرط التعسفي في العقد الرضائي.

الا انه على الرغم من السلطات الواسعة التي منحها كل من المشرع المصري او العراقي للقضاء في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية الا ان أيا منها لم يتم بعد بالاهتداء بالخطوة التي خطاها المشرع الاوربي عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لاجراء التعديل في الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد ومنها ما ينطبق عليه وصف الازعان ، اذ على الرغم من ان عقود الازعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيه التوازن العقد ي بين اطراف العقد من حيث القدرة والخبرة الا ان هذه العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود اذعان، وفي هذا ما يجعلها وحدها غير كافية لحماية المتعاقد من خطر الشروط التعسفية.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة

سبق ان رأينا في المطلب السابق أن الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد شروطا واضحة وصريحة ، ولكن القاضي ، وهو في سبيل إعادة التوازن العقدي المختل ، يبذل جهده من اجل منع سريان تلك الشروط على المتعاقد المذعن ووسيلته في ذلك أما تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد منه ألا ان هذه الأساليب ليست وحدها التي منحها المشرع للقاضي لغرض معالجة التوازن العقدي المختل ، بل أن الفقرة (٣) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا). ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأن (الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين ، عند غموض عبوة التعاقد غموضا لا يتيح زواله، وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الأذعان ففضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن دائما كان أو مدينا، فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة وبينة فاذا لم يفعل ذلك اخذ بخطئه او تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض)^١ وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (١٥١) فقرة ٢ (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن) . على انه اذا كان المشرع المصري قد نجح في صياغة الفقرة الأولى من المادة ١٥١ بإيراد لفظ (الشك) مطلقا فان اتجاها فقهييا قد ذهب إلى القول

^١ - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٠٠

إن المشرع المصري قد قيّد بلا مبرر سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان حينما حدد ممارسة هذه السلطة في حدود (الشروط الغامضة) ، فمن المعروف ، يضيف هذا الاتجاه قائلًا إن التفسير وفقا لما استقر علي هـ الفقه والقضاء في مصر لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة وإنما قد يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى ما كان منها واضحا طالما انه يمكن للقاضي استنباط عدم توافق هذه الشروط مع الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين^١.

وفي ضوء هذه المكناات للطرف القوي في عقود الإذعان فقد توجه الفقه المصري إلى تبرير موقف المشرع في تفسير الغموض لمصلحة الطرف المذعن بأنه قد أخذ المقصر بخطئه وحمله مسؤولية عن صياغة شروط العقد باعتباره هو المتسبب في الغموض أو ما يحيط بشروط التعاقد من شك بل أنه قد ذهب إلى أن مسؤولية الطرف القوي في عقد الإذعان عن صياغة بنوده تؤدي إلى اعتبار غموض أي بند من هذه البنود خطأ مرتبًا لمسؤوليته ومؤديا إلى التزامه بتعويض الضرر الذي يصيب الطرف المذعن من جراء هذه الشروط^٢.

لذلك يسترشد القاضي بطبيعة التعامل والعرف والأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين ، وينبغي أن ينصب التفسير - هنا- أساسا على العبارات الغامضة في العقد لإزالة غموضها ، والغموض المقصود به ، هو أن تحتل عبارة العقد أكثر من معنى ولكن قد يظل القاضي في شك من

^١ - عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعة ، ١٩٨٨ ، القاهرة ، ص ٦٨ .

^٢ - عبد الفتاح عبد الهادي ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

حقيقة المعنى المقصود ، لان لكل معنى وجه ينهض به ، ولأنه لا وجه لترجيح معنى آخر^١.

والقاعدة هنا أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، لان الأصل في الشخص براءة الذمة ، فإذا قام شك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك بالأسلوب الذي يجعل الالتزام في أضيق نطاق ، ثم أن الدائن هو المكلف باثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه ، وعجز الدائن عن أثبات المدى الواسع للالتزام ، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل ، كما أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأ هو وجب أن يفسر لمصلحة المدين^٢.

ولكن ماذا يمكن أن يقال بشأن القانون العراقي ؟

على الرغم من أن جميع الدلائل تفيد توجه نص المادة ١٦٧ فقرة ٣ إلى حماية الطرف المدعى ألا أن صياغته جاءت على نحو يمكن أن تشير إلى التباسا حول مدى هذه الحماية فنص المادة ١٦٦ منه قد ورد على انه (يفسر الشك لصالح المدين) بينما وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٦٧ منه بان تفسير العبارات الغامضة لا يجوز (أن يكون ضارا بمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائنا). وهذا الالتباس يتجسد في أن اختلاف الصياغة بين المادتين قد يفهم منه أن القواعد العامة تقضي بتفسير الشك في مصلحة المدين في جميع الأحوال بينما جاءت الفقرة الثالثة من المادة ١٦٧ باستثناء يجب أن يتم تفسيره في أضيق نطاق وهو الا بتعاد عن التفسير لمصلحة المدين عندما يتعلق الأمر بشرط غامض من شروط عقد

^١ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون

المصري، بيروت، ١٩٧١، فقرة ٢٩٤، ص ٣٨١.

^٢ - السنهوري ، الوسيط ج ١ فقرة ٣٩٨ ص ٦٨٦.

الاذعان وكل ما في الأمر أن هذا التفسير يجب الا يؤدي إلى الإخلال بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائنا^١. لذلك يكون تفسير العبارات الغامضة في هذه العقود لمصلحة الطرف المدعن دائنا كان أو مدين. فإذا كان هناك بين القواعد العامة قاعدة تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين (١٦٦) فإن مجال تطبيقي هذه المادة هي عقود المساومة التي يقف فيها كل من الطرفين موقف الند من الطرف الأخر. أما في عقود الإذعان فليس الأمر كذلك فأحد الطرفين يملئ أرائته على الطرف الأخر وينفرد بوضع مشروع العقد، فإذا كانت هذه الشروط والصيغ التي أملاها غامضة مبهمة كان ذلك دليلاً على تقصيره وخطأه بل وعلى سوء نيته، فيفسر الغموض في مصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل عبارته واضحة لا لبس فيها وعلى هذا الأساس قضت المحاكم الفرنسية بأن الضمان المعطى لصاحب المشروع بالنسبة للحوادث التي تقع لمستخدميه أثناء أعمال الطلاء أو تركيب الزجاج يمتد إلى الحوادث التي تصيب هؤلاء العمال أثناء هدم حاجز من الألواح إذا ثبت أن هذا العمل كان اعداداً وتهيئة لأعمال الطلاء^٢. وكذلك قضت إحدى المحاكم المصرية بأن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له إذ ان المؤمن الذي حرر العقد كان يمكنه أن يتلافى كل غموض في تحديد مدى الخطر المؤمن ضده، وهكذا فقد رفضت المحكمة تشبيه الخطأ الجسيم بالغش وقضت بالتعويض لشخص قاد السيارة وهو في حالة سكر بالرغم من أن عقد التأمين ينفي المسؤولية عن الشركة إذا كانت الأضرار ناشئة عن غش المؤمن^٣. لذلك

^١ - د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام الكتاب الاو ل، مطبعة

المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٦٥.

^٢ - أستاذنا د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٦٧.

^٣ - المصدر السابق، نفس الصفحة.

يحاول القاضي ، عند تفسيره للعقد ، تحديد مضمونه على ضوء الإرادة الظاهرة ، أي التعبير عن الإرادة أو العبارات التي أستعملها المتعاقدان في أبرام العقد ، فاذا أعسر عليه الأمر لجاء إلى الإرادة الباطنه، أي إلى ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعم لهما في التعبير عن أردتهما ، أي أن القاضي يلجأ إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، ويسترشد القاضي في تفسير العقد بقواعد عامة نصت عليها المواد (١٥٥-١٦٧) من القانون المدني العراقي^١.

المبحث الثاني

مدى فاعلية قواعد القانون المدني لمعالجة الشروط التعسفية

إن الحديث عن فعالية قواعد القانون المدني في مقاومة الشروط التعسفية يتطلب منا بحثاً واسعاً ومطولاً لا يسمح المجال به لذا سيتم تناوله بكيفية موجزة مع محاولة أن نركز على القواعد التي لها علاقة مباشرة بعقود الاستهلاك . أول ما سنبدأ الحديث عنه هو غياب مبدأ عام في القانون المدني يمكن من مواجهة الشروط التعسفية، وتحقيق التوازن العقدي بصفة عامة كأبرز عامل محدد لعدم الفعالية إضافة إلى غياب وسائل وقائية على تجنب هذه الشروط . إضافة إلى قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق هذا الهدف والمقاومة المحددة ببعض الشروط.

^١ - د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ١٩٦٩ ص ٣٧٣.

المطلب الاول

غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن و مواجهة الشروط التعسفية

إن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد فبمجرد إبرام العقد يصبح هذه الأخير قانون الطرفين.

في الحقيقة لا وجود لمبدأ عام لا في القانون المدني العراقي ولا في نظيره الفرنسي و المصري يسعى إلى إقامة توازن عقدي بصفة مباشرة . لكن هذا لا يمنع من أن نجد في القانون المدني عدة نظريات يمكن أن تؤمن التوازن العقدي و لو قد تم تقييدها والتضييق من مجال تطبيقها وفي بعض الأحيان عدم إثارته في مجال عقود الاستهلاك . إن هذا ما ينطلق على نظرية السبب ومبدأ حسن النية والتعسف في استعمال الحق والإثراء بلا سبب .

اولاً:- نظرية السبب:

انطلاقاً من هذه النظرية^١ يمكن القول بأن الإلتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن^٢ فالعقد بدون سبب عقد باطل^١.

^١ - انظر في نظرية السبب د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٣، ص ٣٣٨ ومابعدها. وكذلك د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، المصدر السابق، ص ١١٧ ومابعدها.

^٢ - تنص المادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي " ١- يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب م منوع قانونا و مخالف للنظام العام او الاداب . ٢- و يفترض في كل التزم ان له سببا مشروعاً و لو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقيم الدليل على غير ذلك . ٣- اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . "

السؤال المطروح في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن ومواجهة الشروط التعسفية هو هل يمكن الاعتماد عليها كمبدأ عام في هذا الإطار بالنظر إلى نصوص القانون المدني يتبين أن نظرية السبب لا يمكن الاعتماد عليها في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تثار أصلاً من الناحية العملية فالمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين وليس إثارة غياب السبب الذي تبني عليه والشرط غير المتوازن لا يمكن أن يبطل بناء على غياب السبب .

ثانياً:- مبدأ حسن النية .

تنص المادة ١٥٠ الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " ، ف أطراف العقد يجب أن تتعامل طبقاً لهذا المبدأ بأن لا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لإرهاقه والاحفاف بحقوقه لذلك فالمهني يجب أن يراعي ذلك في وضعه المسبق لشروط العقد ومبدأ حسن النية، هذا كما يتضح من المادة اعلاه يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد ، إلا أن الفقه أجمع على أن مبدأ حسن النية هو مبدأ شامل لجميع مراحل التعاقد^١، الأمر الذي يمكن معه إتخاذ هذا المبدأ وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المهني والمستهلك .

^١ - انظر د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٣، المصدر السابق، ص ٣٩٤ .

^٢ - عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المصدر السابق ، ص ٣٠ .

لكن القضاء الفرنسي وكما ذكر ذلك الفقيه AuLOY¹ يستعمل هذا المبدأ في مواجهة الشروط التعسفية، وهو ما جعله غير فعال في مواجهة هذه الشروط، وبالتالي فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة للتوازن العقدي .
ورغبة في تحقيق نوع من التوازن في العلاقات العقدية بين الطرف الضعيف والطرف القوي يقترح البعض في اتجاه تحقيق عدالة أفضل، إعادة النظر في مبدأ حسن النية التعاقدية كأسس العدالة ومنطقها السليم يفرضان بالضرورة في نظرهم، أن يكون مبدأ احترام الإرادة مقيد أصلاً بعدة مبادئ يفرضها مبدأ العدالة في ذاته ومن أول هذه المبادئ ، مبدأ ظاهرة الباعث كقيد نفسي أخلاقي يضمن حماية التوازن بين الحقوق والواجبات من عبث الأناثية الفردية بقوة القانون² .

ثالثاً: - التعسف في استعمال الحق .

أما فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحق، فيمكن الاستناد إليه نظرياً لمواجهة الشروط التعسفية، فأئلى شخص له الحق في أن يعرض على جمهور المستهلكين مختلف نماذج العقود لشراء السلع والخدمات، لكن لا يكون له الحق أن يتعسف في استعمال هذا الحق بتضمين هذه العقود شروط تعسفية، إن ارجاع التعسف الى نظرية التعسف في استعمال الحق لا يخلو من النقد، لان الربط الكلي بين الفكرتين غير ممكن وذلك لان التعسف في استعمال الحق ينحصر في ثلاث حالات كما تشير الى ذلك المادة السابعة

¹ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 4 ed, 1996, p169.

² - خالد عيد، تاملات في القانون المغربي، المجلد المغربي للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 2، ص 71.

من القانون المدني العراقي^١ وفي هذا تجميد لفكرة الشروط التعسفية التي لاينبغي حصر دائرتها و حالاتها في صور معدودة و محدودة، فتتحصّر مع ذلك الحماية الواجب توفرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط.

رابعاً:- الإثراء بلا سبب.

الذي يقضي بانه لا يسمح لأي شخص بان يثرى على حساب الغير بدون سبب^٢، فلا يضمن أي فعالية كحماية المستهلك من الشروط التعسفية فهو يستلزم غياب سبب الإثراء، وهذا الأخير موجود في العلاقة بين المستهلك والمهني وهو العقد، لذلك لايمكن الاعتماد على هذا المبدأ في إقامة التوازن العقدي.

المطلب الثاني

عجز نظرية عيوب الارادة في مواجهة الشروط التعسفية

من خلال مراجعة عيوب الارادة^٣ يتضح عدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك، فالمؤثرات الحقيقة^١ التي تدفع المستهلك إلى التعاقد في وضع يميل فيه ميزان الالتزامات التعاقدية إلى ما يحقق مصلحة المهني لا تعتبر عيوباً للإرادة وهي على الخصوص، احتياج

-
- ^١ - تنص المادة ٧ من القانون المدني " ١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائزاً وجب عليه الضمان. ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:
- أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.
- ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة."
- ^٢ - انظر المواد ٢٣٣ - ٢٤٤ من القانون المدني العراقي.
- ^٣ - انظر المواد ١١٢ - ١٢٥ من القانون المدني العراقي.

المستهلك إلى التعاقد للحصول على السلع والخدمات من جهة، وضعف وعدم خبرته من جهة أخرى^١.

ويبقى للمستهلك أن يلتجأ إلى عيوب الرضا للقول بأن رضاه لم يكن سليماً حتى يستطيع إبطال العقد الذي يتضمن شرط تعسفي، والأمر يتعلق هنا بعيب الإكراه والغلط .

أولاً: - الإكراه

إن الإكراه باعتباره عيب للإرادة تضمنته قواعد القانون المدني لا يمكن أن نتخذه كوسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، لأن ما يتم العمل به في مجال السلع والخدمات ، لا يبين أن هذه العقود تتم تحت ضغط الإكراه كما جاء في القانون المدني أي كإجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون بحمل بواسطته شخص شخصاً آخر عن أن يعمل عمل بدون رضاه^٢. لكن الإكراه الذي يتعرض له المستهلكون من قبل المهني هو أكثر تأثير، ولم يأخذه في الحساب واضعوا القانون المدني . فالإكراه الاقتصادي (الحاجة إلى التعاقد) والإكراه الناتج عن ضعف القدرة والخبرة لا يخول إبطال العقد وفقاً للقانون المدني .

ومن هذا المنطلق فإن ما يتعرضوا له المستهلكون من ضغوط واقعية وعملية لا يمكن تكييفها على أنها إكراه من شأنه أن يعيب الإرادة وبالتالي يسمح بإبطال العقد .

ثانياً: - الغلط

^١ - د.حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ على شروط العقد، المصدر السابق، ص ٦٠.

^٢ - تنص المادة ١١٢ من القانون المدني العراقي " ١- الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه."

باعتباره عيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال العقد، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى التراضي^١.

حاول القضاء في فرنسا^٢ تفعيل نظرية الغلط عن طريق فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المهني بشكل يؤدي إلى استبعاد احتمال وقوع المستهلك في غلط بشأن الشروط التعسفية، حيث ربط الاجتهاد القضائي بين الالتزام بالإعلام حول الشرط والغلط، فإذا لم يتم إعلام المتعاقد حول الشرط فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الشرط، ومن ثم إبطال العقد بسبب الغلط.

رغم إن كل هذا تبقى هذه النظرية قاصرة في توفير حماية للمستهلك، وذلك لان هناك عديد من الشروط التعسفية يعلم بها المستهلك و يوافق عليها مضطرا تحت تعسف المحترف.

ثالثا:- الغبن

انطلاقا من قراءة المواد المنظمة للغبن في القانون المدني^٣ يظهر عدم فعاليتها في مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية، فنحن نعرف بأن الغبن لا يمكن أن ينتج عنه إبطال الا إذا نتج ذلك عن تغيير الطرف الاخر^٤.

^١ - تنص المادة ١١٧ من القانون المدني العراقي " ١- اذا وقع الغلط في محل العقد و كان مسمى و مشار اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى و بطل لانعدامه . وان اتحد الجنس و اختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه و ينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد ."

^٢ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 4 ed, 1996, p169.

^٣ - انظر المواد ١٢١ - ١٢٥ من القانون المدني العراقي .

^٤ - المادة ١٢٢ مدني عراقي

إذن مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ، ما عدا الاستثناء الذي نصت عليه المادة ١٢٤ الفقرة الثانية^١ من القانون المدني العراقي حيث يمكن أن ينتج عن مجرد الغبن إبطال للعقد في حالة ما إذا كان الطرف المغبون قاصر أو ناقص الأهلية أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فان العقد يكون باطلا.

من هذا المنطلق يتضح أن نظرية الغبن في التشريع العراقي لها نطاق جدا ضيق إلى حد كبير بحيث لا يمكن الإعتماد عليها لمواجهة عدم التوازن العقدي، لأنه لا يمكن أن يحتوي عدم التوازن المطروح في العلاقة بين المستهلك والمحترف، اذا لا يمكن أن يعتد به الا إذا نتج عن تغيير الطرف الآخر فنطاق الغبن جد ضيق لا يمكن أن يشمل إلا حالات محدودة جدا .

المبحث الثالث

تقييم الحماية التقليدية من الشروط التعسفية

بعد هذا العرض السريع لمفهوم الحماية التقليدية ألا ينبغي لنا أن نتساءل الان هل أن هذه الحماية التقليدية من الشروط التعسفية كفيلة بإعادة التوازن العقدي المختل بسببها وخصوصا في العقود التي لا ينطبق عليها وصف الازعان بمعنى آخر هل هذه الحماية كافية . نستطيع أن نقول بأنه هذه الحماية لا تكفي وذلك لتطور العلاقات التعاقدية وتطور الحياة الاقتصادية أضحي من الممكن أن يشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة ، لذلك فهذه الحماية غير كافية إذا ما قورنت بالتطورات الاقتصادية التي حدثت ومن أمثلة ذلك المحلات

^١ - تتصل المادة ١٢٤ الفقرة ثانيا "على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلا"

والمنشآت الكبرى التي تعرض بضائعها أو خدماتها على الجمهور بأسعار وشروط معينة لا تقبل مناقشة فيها ولا تحديد عنها ، فيتعين على من يقبل التعامل معها بهذه الأسعار والشروط أن يذعن لها ويقبل شروطها دون مساومة^١.

لذلك فنظرية الاذعان هي ليست أكثر من محاولة غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من خطر الشروط التعسفية وبالذات حماية المستهلك ، من ناحية فان القول بوجود عقود لها وصف الاذعان يعني في حد ذاته تحقيق الحماية لأطراف هذه النوعية من العقود فحسب ، من ناحية أخرى فان عقود الاذعان تتطلب احتكار او تفوقا اقتصاديا حتى يمكن الاعتراف لها بهذا الوصف ، بينما المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق لان الاحتكار قد لا يكون واضحا كما انه قد يكون فعليا ويصعب من ثم التعرف عليه او تحديده قانونا.

أن الصورة الحديثة للعقود تدل على أن خضوع المتعاقد لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود وإنما يتحقق تقريبا في معظم الصور المعاصرة للتعاقد ، إذ أن مفهوم الخبرة الفنية أثناء شراء حاسبة الكترونية (كومبيوتر) مثلا يدفعان بالمشتري لقبول العقد دون علم كاف بظروف العقد وما يرتبط به من شروط تعاقدية كما أن عدم الدراية بالقانون قد يدفع المشتري إلى قبول العقد دون أدراك ما فيه من ترجيح كفه الطرف الآخر على حسابه الذي يتمتع بخبرة عملية أو بمشورة قانونية ، والتعاقد يقود إلى هذا الاختلال في الحاليتين السابقتين بالرغم من أن المشتري من المحتمل أن يكون قد قرأ العقد بصورة متمعنة وإذا كان البحث في العقود التي تتغلب فيها قدرات احد

^١ - د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الأول الطبعة الرابعة ، مطبعة السلام سنة ١٩٨٧ فقرة ٩٣ ص ١١٧

طرفيها على الآخر قد يوحي بان هذه العقود هي بالضرورة من عقود
الاذعان ألا أن الحماية تبقى مطلوبة في أنواع أخرى من العقود من
ناحيّتين:- الأولى ليس عقد الاذعان مرادفا بالضرورة لشروط التعسف فريم ا
يكون العقد من عقود الاذعان ولكن يحرص الطرف الأقوى فيه (الادارة
العامة مثلا) على توفير السلع أو الخدمة بأقل تكلفة وأفضل جوده ، من
ناحية ثانية فان تفاوت القدرة بين أطراف العقد لا يعني بالضرورة إذعان
احد اطراف العقد للأخر خلاصة القول هنا أن النظرية (نظرية عقد
الاذعان) لا تفي بالغرض المطلوب لتوفير الحماية من الشروط التعسفية
لأننا لا نستطيع أن نقول أن كل ما يرد في ميدان تفوق احد أطراف العقد
يعد من قبيل ا لأذعان كي يستأ هل الحماية التي قررها المشرع بصدده هذه
العقود وإنما قد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب
الاحتكار وفي ظل أمكانية نظرية لمناقشة بنود العقد ألا أن الذي يحدث
عملا هو أن عدم الكفاءة الفنية والقانونية لا تمكن من مناقشة بنود العقد
كما أن عدم الخبرة القانونية لا تسمح بتقدير آثار هذه البنود على المركز
القانوني أو المالي للمتعاقد ، أما الشروط التعسفية فهي لا تترادف دائما
الشروط غير المشروعة فالشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد موعد تسليم
المبيع أو مكان هذا التسليم في يد البائع ، والشرط الذي يؤدي إلى الأعفاء
من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عن التأخير في تنفيذها
ليسا من ال شروط غير المشروعة على الرغم من أنهما بطبيعتهما من
الشروط التعسفية فإذا كانت الشروط غير المشروعة باطلة بطلانا مطلقا
فان الشروط المشروعة تثير صراعا بين من قام باشتراطها ومن يقع عليه
الضرر بسبب التزامه بها ، فالبائع يتمسك بها أعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية
، والمشتري يرغب في استبعادها تحقيقا للعدالة التي تقضي التوازن في
الالتزامات المترتبة على العقد . على ان مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين

وما ورد عليه من تخصيص بشأن المتعاقد المذعن يؤدي إلى أعمال الحماية لمواجهة الشروط التعسفية في الأوضاع الاستثنائية التي تكون هذه الشروط مكتوبة بطريقة تدعو إلى الشك في دلالتها على المقصود منها ، لذلك في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية من الشروط التعسفية في معظم دول العالم فإنه يمكن ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها في نوع معين من أنواع العقود أو بشأن نمط معين من أنماط أعدادها وهذا هو ما سوف نحاول توضيحه في الفصل التالي .

الفصل الثالث

تطور الحماية من الشروط التعسفية

لقد توجهت دول الاتحاد الأوربي إلى حماية المتعاقدين من خلال توفير البيانات والمعلومات الكافية للمتعاقد مع العمل على استبعاد الشروط التعسفية من عقود الاستهلاك وفي هذا الشأن فقد صدر عن المجلس الأوربي قرار في ١٤ نيسان ١٩٧٥ أطلق عليه (البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوربي نحو حماية وإعلام المستهلكين) كما صدر قرار آخر عن المجلس في ١٩ مايس ١٩٨١ أطلق عليه (البرنامج الثاني للتجمع الاقتصادي الأوربي من اجل تنظيم حماية وإعلام المستهلكين) ، في ضوء هذه السياسات العامة التي رسمتها القرارات الصادرة عن المجلس الأوربي فقد استشعرت دول الاتحاد الأوربي الحاجة إلى إصدار تشريعات متخصة بهدف مقاومة الشروط التعسفية ، فقد صدر في ألمانيا تشريع اتحادي متخصص في مقاومة الشروط التعسفية الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية وذلك بتاريخ ٩ كانون أول ١٩٧٦ ثم صدر بعد ذلك في انكلترا قانون خاص بالشروط المجحفة في العقد ، ثم صدر بعد ذلك القانون الفرنسي المهم رقم ٢٣/٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ وتتابع بعد ذلك القوانين الأوربية في مجال مقاومة الشروط التعسفية فصدرت عدة قوانين^١

^١ - القانون الايرلندي ١٩٨٠. و قانون لوكسمبورك :- قانون ٢٥ أب ١٩٨٣ والخاص بالحماية للمستهلكين .و القانون الاسباني :- قانون حماية المستهلكين في ١٦ تموز ١٩٨٤ .والقانون البرتغالي :- مرسوم بقانون ٨٥/٤٤٦ في ٢٥ تشرين أول ١٩٨٥ لحماية المستهلكين .و القانون الهولندي :- قانون حماية المستهلكين في ١٨ حزيران ١٩٨٧ . و القانون البلجيكي :- قانون ممارسة التجارة وإعلام وحماية المستهلكين.

وسوف نبحت في هذا الفصل أهم المحاولات التشريعية لحماية المتعاقدين من خلال استبعاد الشروط التعسفية التي ظهرت في القانون الفرنسي في مبحث أول ثم نعرض لأهم ملامح التشريعات المماثلة في القانون الانكليزي في مبحث ثاني ثم موقف المشرع العراقي في مبحث ثالث.

المبحث الأول

التنظيم التشريعي لاستبعاد الشروط التعسفية في فرنسا

يظهر موقف المشرع الفرنسي من خلال صدور القانون رقم ٢٣/٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ ، وبصدور اللائحة التنفيذية الأولى الصادرة في ٢٤ آذار ١٩٧٨ ، وكذلك من خلال قانون الاستهلاك رقم ٩٦/٩٥ في ١ شباط ١٩٩٥ .

المطلب الاول

قانون حماية واعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات رقم

٢٣/٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨

حيث يعالج هذا القانون الحماية من خلال خمسة فصول يحمل الفصل الرابع منه عنوان (حماية المستهلكين من الشروط التعسفية) . ويعد هذا القانون خطوة جريئة ، بحق في مجال مقاومة الشروط التعسفية في فرنسا حيث خصصت المادة (٣٥) من القانون المذكور لبيان أن خطر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معين وإنما يغطي جميع العقود التي يتم إبرامها بين محترف ومستهلك أو مع غير محترف أي كان .

ويعرف نص المادة (٣٥) من هذا القانون (الشروط التعسفية بأنها تلك التي تبدو مفبوضفة بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقصاد ي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها).

وبوضح ذات النص أن القانون يهدف إلى مقاومة أدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك كما يصرح هذا القانون للسلطة التنفيذية أن تصدر ما تشاء من اللوائح عن طريق مجلس الدولة بما يسمح بمنع أو تقيد أو تنظيم الشروط المتعلقة بدفع الثمن أو يتحمل تبعية الهلاك والمخاطر أو بمدى المسؤولية ونطاقها ثم بكل الشروط التي تتعلق بالضمانات وشروط فسخ العقد وإنهائه أو تجديده طالما ثبت أن هذه الشروط تعسفية^١.

لذلك تقوم لجنة الشروط التعسفية^٢ ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في الأسواق على غير المحترفين كما تضطلع بكل ما يهدف إلى بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية ويقوم الوزير المنوط به مهمة حماية المستهلك بنشر هذا التقرير^٣.

^١ - أنظر نص المادة ٣٥ من القانون . وكذلك أنظر عامر قاسم أحمد المرجع السابق ، ١٢٢.

^٢ - تتكون هذه اللجنة من خمسة عشر عضوا ممثلين عن القضاء و المهنيين و المستهلكين و دور اللجنة استشاري فني يساعد على كشف و تنظيم الشروط التعسفية، حيث حدد المشرع الفرنسي مهام هذه اللجنة بالبحث من خلال نماذج الاتفاقات التي تقترح من قبل المهنيين على المستهلكين و رفع توصية بها بهدف الغائها أو تعديلها (المادة ٣٦ من القانون) و اعطاء رايها بشأن مشروعات اللوائح، وكذلك تصدر تعليقا بنشاطها مقترحة التعديلات التشريعية أو التنظيمية (المادة ٣٨ من القانون).

^٣ - المواد ٣٦ - ٣٨ من القانون نفسه.

على أن القانون على الرغم من ذلك قد نص على الوسائل التي تمكن من تحقيق هذه النتيجة حينما ترك للسلطة التنفيذية من خلال مجلس الدولة وبعد استشارة لجنة الشروط التعسفية أن تعد اللوائح الكفيلة بحظر الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي ، وهكذا صدرت اللائحة التنفيذية الأولى في ٢٤/٣/١٩٧٨ رقم ٧٨-٤٦٤ تنفيذًا للقانون المشار إليه بعد وقت قصير جدا من إصدار هذا القانون وقد نصت اللائحة على بطلان العديد من الشروط بوصفها تعسفية ومن ذلك الشروط التي تسمح له بالتعديل في الشئ المتفق عليه ، وكذلك الشروط المعفية أو المعدلة للضمان وقد كان الجزاء المترتب على أيراد مثل هذه الشروط في مشروع اللائحة مدني فقط إذ تعد هذه الشروط كأنها لم تكن ، ولكن الصورة النهائية لللائحة صدرت بإضافة جزاء جنائي إلى الجزاء المدني وهو الغرامة التي لا تقل عن ١٠٠٠ فرنك ولا تزيد عن ٢٠٠٠ فرنك فرنسي نتيجة لادراج أي من الشروط المحظورة في العقود المبرمة بين المحترف وغير المحترف^١.

وعلى خلاف المتوقع فقد الغي مجلس الدولة نص المادة الأولى من اللائحة والذي كان قد ورد بأنه (في العقود المبرمة بين محترفين وغير محترفين أو مستهلكين يحظر أدراج الشروط التعسفية وفقا للمفهوم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ٣٥ والتي يخضع المستهلك بموجبها لشروط عقدية لا تظهر في الوثيقة المكتوبة التي يوقع عليها) ، وقد أستند المجلس لإصدار قرار الإلغاء إلى أن الحكومة وفي المادة الأولى الملغاة تحظر شروطا تختلف عن تلك التي ورد بها الحصر في نصوص القانون نفسه وأن الشروط محل المنع لا تؤدي بذاتها في جميع الحالات إلى التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي ولا تعطي بذاتها مزايا مبالغ فيها للمحترف ،

١ - لزيادة الأيضاح أنظر عامر قاسم أحمد ، المرجع السابق ذكره ص ١٢٣ وما بعدها حيث يوجد شرح مفصل بخصوص ذلك.

وقد كان تطبيق المادة الأولى من اللائحة قد أدى إلى صعوبات عملية خصوصا فيما يتعلق بشرط أحالة المتعاقد إلى وثائق أخرى غير وثيقة العقد محل التوقيع وهو الشرط الذي حظر العمل به مما ن تَج عنه ضرورة توقيع المستهلك على كل أوراق التعاقد ، وقد ترتب على تطلب التوقيع على كافة الوثائق صعوبات عملية خصوصا حينما تكون الوثائق كثيرة العدد أو ضخمة كما هو الحال في عقود التأمين مثلا^١ . عليه فأن الشروط التعسفية محل الحظر في اللائحة أصبحت تنحصر فيما يأتي:-

١- الشروط التي تهدف إلى تعطيل أو انقاص حق المستهلك أو غير المحترف في التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء تقصير المحترف في القيام بأي التزام من التزاماته^٢ .

٢- الشروط التي تسمح للمحترف بإرادته المنفردة بتغيير المواصفات المتعلقة بالشئ أو بالسلطة محل التعاقد^٣ .

٣- الشروط المعفية أو المقيدة للمسؤولية عن الضمانات المتولدة من العقد كضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية^٤ .

الا انه ومع ذلك فإنه هذا القانون لا يخلو من مشاكل حيث تتعلق المشكلة الأولى بتعريف الشرط التعسفي حيث نجد صعوبة كبيرة في اعتبار هذا

^١ - Thomas Wilhelmsson , La proposition de Directive sur les clauses abusives dans les Contrats Conclus avec les Consommaturs une perspective Nordique , Rev. euro peen de droit de la consommation , 1992 , p. 59.

نقلا عن المصدر السابق، ص ١٢٤

^٢ - المادة (٢) من اللائحة.

^٣ - المادة (٣) من اللائحة.

^٤ - المادة (٤) من اللائحة.

الشرط التعسفي أو غير تعسفي . والمشكلة الثانية تتعلق بنطاق تطبيق القانون:-

١- مشكلة تعريف الشرط التعسفي

نجد أن المادة (٣٥) من القانون المذكور عرفت الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط التي يعرضها المحترف على المستهلك أو غير المحترف وتقوم على التعسف في استعمال المقدرة الاقتصادية وتؤدي إلى استقادة المحترف بمزايا مبالغ فيها ، الأ أنه هذا التعريف ينقصه التحديد با لاضافة إلى كونه عاما ولعل صعوبة تعريف الشرط التعسفي هي التي دفعت المشرع إلى وضع المعالم الرئيسية المميزة لهذه الشروط وترك سلطة حصرها وتنظيمها للإدارة من خلال اللوائح التي يتم إصدارها تحت رقابة مجلس الدولة. ولقد كان المشروع التمهيدي لهذا القانون يعالج تنظيم الشروط التعسفية بشكل مختلف ، فقد قام المشروع بعد التعريف العام للشروط بتنظيمها بنفسه وفضلا عن ذلك فقد ترك المشرع لجهة الإدارة سلطة تنظيم عقوبات جنائية توقع على المخالفين ، ولكن نظرا لان عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي يؤدي إلى اعتبار مثل هذه النصوص غير دستورية لأنها تطلق سلطة التجريم وإنشاء الجرائم دون تحديد ركنها المادي بدقة ، لذلك فقد عدل المشرع عن تمكين الإدارة وعن طريق اللائحة من التجريم وفرض العقوبات بمناسبة مخالفة نصوص القانون^١.

^١ - Oliver Kuhnmuñch Le Dispositif d' 'e' Limination des Clauses abusive , Rev . de La Concurrence et de La Consommation , 1992 , p.23 .

نقلا عن المرجع السابق ص ١٢٥ .

أذن لا بد من وجود عناصر يجب توافرها لجعل الشرط تعسفيا حيث يتضح من تعريف المادة (٣٥) للشروط التعسفية أن هناك عنصرين رئيسيين يجب توافرها في الشرط ، عنصر مادي وآخر ذاتي لكي نعتبر هذا الشرط أو ذلك تعسفيا.

العنصر الأول :- العنصر المادي

مقتضاه ضرورة توفير مزايا مبالغ فيها للمحترف تؤدي بالضرورة إلى اختلال التوازن العقدي بين الالتزامات المترتبة على العقد ولكن لا ينبغي لنا أن نتساءل هنا هل أن هذه المزايا المنصوص عليها في المادة (٣٥) نقدية أم أنها تغطي جميع أنواع المزايا ؟ في الحقيقة نرى أن هذه المزايا تشمل النقدية وغير النقدية حيث تغطي جميع أنواع المزايا ، وذلك لأنه الغرض من القانون بحد ذاته هو حماية المستهلكين أو غير المحترفين من خطر الشروط التعسفية لذلك فإن الحماية من المزايا غير النقدية ربما تكون أهم من الحماية من المزايا النقدية وذلك لأنه في مجال المزايا النقدية يعرف المتعاقد المبلغ الذي يدفعه أما في مجال المزايا غير النقدية فقد تكون مبهمة بالنسبة للمستهلك أو غير المحترف وما يؤيد وجهة النظر هذه هي قائمة الشروط التعسفية المرفقة بالمادة (٣٥) التي تبين عمومية لفظ المزايا وعدم اقتصا ره لحي المزايا النقدية .

العنصر الثاني :- العنصر الذاتي

ليس العنصر المادي السابق بيانه كافي لجعل الشرط من الشروط التعسفية، فالمادة (٣٥) تتطلب أن تكون هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي لذلك فإنه شخصية المتعاقد المستهلك أو غير المحترف تكون محل اعتبار، لغرض جعل الشرط تعسفي. أما بالنسبة للمشكلة الثانية وهي نطاق تطبيق القانون

حيث ينظم الفصل الرابع من القانون حماية للمستهلكين ضد الشروط التعسفية والمشكلة هي تحديد النطاق الذي يطبق فيه هذا القانون على وجه التحديد فاللائحة الصادرة عن مجلس الدولة تستطيع أن تحدد وتنظم بل وتمنع الشروط التعسفية ، ولكن في أي نوع من العقود يتدخل مجلس الدولة الفرنسي؟

لأول وهلة تبدو الإجابة على السؤال السابق واضحة ، فالتعريف الوارد في القانون للشرط التعسفي يؤدي إلى أن الشرط يكون عادة واردا في عقد من عقود الأذعان حيث لا يستطيع الطرف المذعن مناقشة شروط العقد ويؤكد هذا التصور ما ورد في المادة (٢٨) من مشروع القانون والتي تقابل نص المادة (٣٥) من القانون الحالي ، إذ حددت العقود التي ترد فيها الشروط التعسفية بأنها تلك العقود المبرمة بين مستهلك ومحترف و يفرض فيها المحترف على المستهلك شروطه من خلال عقود نموذجية لا يستطيع المستهلك أن يعدل فيها ، ولما كان هذا النص المقترح في المشروع قد ألغي ولم يعتمد في اصدار القانون فقد ثار التساؤل مجددا حول إمكانية السيطرة على مضمون العقد وشروطه حتى ولو لم تكن من عقود الأذعان ؟

أجاب على هذا السؤال (الأستاذ غستان) بالإيجاب ومد نطاق السيطرة على الشروط التعسفية إلى جميع العقود حتى ولو لم تكن من عقود الأذعان^١ ، وبطبيعة الحال هو اتجاه جدير بالتأييد ، بل نمضي إلى ابعده من ذلك ونرى بان تشمل الحماية المستهلك وغير المحترف وك ذلك المحترف وذلك لما فيه من حماية للمتعاقد وعقاب وردع لوضاع الشروط التعسفية.

^١ - Ghestin , Le Contract , precit , paris , no. 596. نقلا عن المرجع السابق

وعليه أخيرا لا يسعنا الا القول أنه على الرغم من هذه المبادرة الجريئة
للمشرع الفرنسي فإنه المشكلات التي صادفها تطبيق هذا التشريع كانت
كثيرة وخصوصا ما ذكرناه بالنسبة إلى تعريف الشرط التعسفي وتميز الشرط
التعسفي عن الشروط غير التعسفية وكذلك بالنسبة إلى تحديد من هم
المستهلكين أو من هم الذين يشملهم هذا القانون إضافة إلى المشكلات
الأخرى ، ومع ذلك فإنه هذه المبادرة الجريئة تعتبر طفرة في عالم القانون
لحماية المتعاقد من خطر الشروط التعسفية ولإعادة التوازن العقدي المختل
بسببها ، لذلك أعدت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك والتي صدر قرار
بإنشائها عام ١٩٨١ مشروعا لقانون الاستهلاك عام ١٩٨٥ وأعيدت
مراجعته وتنقيحه عام ١٩٩٠ و تم تشريعه عام ١٩٩٣ و تم الغاءه و
تشريع قانون جديد للاستهلاك في عام ١٩٩٥ ينسجم مع التوجه الاوربي^١ .
ثاني:- قانون الاستهلاك رقم ٩٥-٩٦ في ١٩٩٥ .

قام المشرع الفرنسي باصدار قانون الاستهلاك رقم ٩٥ - ٩٦ في ١
شباط ١٩٩٥ من خلال اعادة النظر في عدة مسائل ، كان قد نظمها من
قبل في قانون ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلكين بالسلع و الخدمات، و
قانون الاستهلاك الصادر في ٢٦ تموز ١٩٩٣ كما استحدث احكاما لم
يألفها الفقه القانوني.

و قد كان الهدف من هذا التعديل جعل لقانون الفرنسي موافقا و متناسقا مع
التوجه الاوربي رقم ٩٣-١٣ الصادر في ٥/٤/١٩٩٣ المتعلق بالشروط
التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين^٢ .

^١ - أنظر عامر قاسم أحمد ، المرجع السابق ، حيث يوجد شرحا مفصلا بخصوص مشروع
القانون الفرنسي .ص١٣٣ وما بعدها.

^٢ - Terre et autres ,Droit civil Les obligations, Dalloz, paris,8e ed,
2002 P322

ولانحاول في هذا المقام الالمام بجميع جوانب التعديل بل سيتم التركيز على مايتعلق باختلال التوازن العقدي نتيجة الشروط التعسفية انطلاقا من تعريف المادة ١/١٣٢ من القانون.

فقد جاء تعريف الشروط التعسفية في المادة المذكورة انفا من قانون الاستهلاك لسنة ١٩٩٥ على النح و الاتي : " في العقود المبرمة مابين المحترفين و غير المحترفين او المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها او اثارها ضررا لغير المحترفين او المستهلك من خلال عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات اطراف العقد".

ولعل الملاحظة البسيطة تكشف ان هناك تغييرا في تعريف الشروط التعسفية مقارنة بقانون ١٩٧٨ ويعود سبب ذلك حسب مشروع قانون ١٩٩٥ هو عدم مطابقة تعريف القانون السابق مع التعريف الذي جاء بالتوجيه الاوربي في المادة ٣-١ التي نصت على ان " الشرط في العقد الذي لم يكن محل مناقشة شخصية يعتبر تعسفيا عندما يكون مخالفا لمقتضيات حسن النية ويرتب ضررا للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق و الالتزامات الناتجة عن العقد بين اطرافه".¹

لكن يظهر ان المشرع الفرنسي خلافا لمشروع قانون ١٩٩٥/٢/١ لم يأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر المكونه لتعريف الشروط التعسفية فلم يورد النص على " مبدا حسن النية" وعقود الادعان ".

وحسب قانون ١٩٧٨ فان معايير الشروط التعسفية اربعة ، وهي تعسف المحترف في استعمال تفوقه الاقتصادي ، وحصوله من جراء ذلك على ميزه مفرطة ، وضرورة ان يكون الشرط ضمن القائمة التي وردت

¹ - A. Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, P 248.

بالمادة ٣٥، وان يصدر بالشرط مرسوما عن مجلس ال دولة بعد اخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

والظاهر من نص المادة ١/١٣٢ انه قد تم التخلي عن معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي و معيار الحصول على الميزة الفاحشة، المنصوص عليهما في القانون ١٩٧٨ بالمادة ٣٥ منه او بالاحرى التخلي عن المعيار الاول وهو التبع سف في استعمال التفوق الاقتصادي، و الابقاء على المعيار الاخر وهو الحصول على الميزة الفاحشة، لكن في شكل اخر عبر عنه المشرع الفرنسي بعدم التوازن الظاهر "Desequilibre significatif" بين حقوق و التزامات الاطراف^١.

ويرى البعض^٢ ان سبب العدول عن معيار ا لتعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لعدم ملائمته للتعريف الموضوع من قبل التوجيه الاوربي، الذي لم يورد هذا المعيار في تعريفه للشرط التعسفي، وكذلك الامر بالنسبة لتفضيل المشرع الفرنسي لعبارة " عدم التوازن الظاهر " عن عبارة " الميزة الفاحشة "، حيث اراد المشرع الفرنسي يكون تعريفه موافقا للتعريف الذي جاء به التوجيه، دون النظر ان كان لهذا التغيير اثر و اهمية من الناحية العملية^٣.

و قد قلل الفقه الفرنسي^٤ في تعليقاتهم من شان هذا التعديل، بقولهم ان الغاء عبارة "مفروضة بسبب التفوق او التعسف في استعمال التفوق

١ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, op. Cit, p 170.

٢ - A. Karimi, les clauses abusives, OP.CIT, P 250.

٣ - Y. Picod, et H. Davo, Droit de la consommation, Armand Colin, éd, Dalloz, 2005, P 152.

٤ - Voir, A. Karimi, les clauses abusives, OP.CIT, P 250.

الاقتصادي"من تعريف الشروط التعسفية غير ضروري ، ذلك ان كل شرط تعسفي لابد ان يفرض بموجب تفوق ، وبالتالي فان التعسف في استعمال التفوق سواء تم النص عليه ام لا فانه موجود لانه مرتبط بطبيعته الشروط التعسفية ، اذلا يمكن تصور وجود شرط يوصف بانه تعسفي ولم يكن قد فرض من قبل الطرف الاقوى في العقد.

ويضيف الفقه الفرنسي^١ الى ان التعسف حقيقة لا ياخذ دائما شكل التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، بل قد يتعلق باشكال اخرى من التفوق، كالتفوق الاجتماعي او التقني او القانوني، لذلك التوجيه الاوربي شانه شان القانون الفرنسي للاستهلاك في حمايتهما للمستهلك كان لهما غاية تتمثل في مكافحة الشروط التعسفية الناتجة عن التفوق الاقتصادي.

وقد اضاف ايضا الفقه الفرنسي^٢ ان الغاء معيار التفوق الاقتصادي لم يؤكد الا حالة راهنة موجودة من قبل وانه لم يغير شيئا مهما من الناحية العملية.

ويبدو ان مذهب اليه الفقه الفرنسي من انتقاد مسلك المشرع الفرنسي بشا الغاء معيار التفوق الاقتصادي لا يخلو من الوجاهة على انه لا ينبغي التسليم به مطلقا فما دام هذا الفقه يقر بان التفوق لا يقتصر على التفوق الاقتصادي فلما التكر لموقف المشرع حين الغائه لمعيار التعسف ف في التفوق الاقتصادي و قد يكون قصده من ذلك عدم ربط الشرط التعسفي بشكل واحد من اشكال التفوق.

^١ - OP.CIT, P 250.

^٢ - Voir, F.Térré et autres, Droit civil, OP.Cit, P 226. et Y.Picod et H.Davo, Droit de la consommation, OP.Cit, P 152.

ثم ان الفقه الفرنسي يقر بنه لايمكن افتراض وجود شرط تعسفي الا بافتراض وجود طرف اقوى من الاخر مما يعني افتراض وجود تفوق ما، و بالتالي فان النص عليه وعدمه سياتي و سيبدو ان المشرع الفرنسي قد حقق غاية مهمة من خلال موقفه فهو لم يربط الشرط التعسفي بالتفوق الاقتصادي فقط، بل حتى انه لم يشترط كمييار للتعسف اي تعسف الموقف لانه مفترض ، لئلا يحصر دائرة التفوق بشكل او اشكال معينة من التفوق.

لذلك يبدو ان مسلك المشرع ال فرنسي في عدم ربطه الشرط التعسفي بمعييار تعسف التفوق كان موقفا لما سبق بيانه.

المبحث الثاني

التنظيم التشريعي لاستبعاد الشروط التعسفية في القانون الانكليزي

بدأ المشرع الانكليزي في إصدار مجموعة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من عام ١٩٧٠ على أنه أهم هذه التشريعات هو القانون الصادر عام ١٩٧٧ بأسم قارون الشروط التعاقدية غير العادلة The unfair Contracts Terms act 1977 وسوف نتناول نطاق الحماية في هذا القانون ومن ثم نقيم موقف المشرع الانكليزي.

المطلب الاول

نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

أن قانون الشروط التعاقدية غير العادلة لا يرضع قائمة بالشروط المحظورة كما تفعل بعض التشريعات الأوربية الأخرى ولكنه يحظر بعض أنواع الشروط المعفية أو المقيدة من مسؤولية المحترف في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية^١. وسوف نعرض لهذا الحظر ثم نوضح المبدأ العام الذي جاء به هذا التشريع لمواجهة الشروط التعسفية .

اولاً:- معالجة بعض أنواع الشروط التعسفية.

يضمن هذا القانون حماية فعالة للمتعاقد مع الاستمرار في احترام المبدأ الرئيس في النظام القانوني الانكليزي (Common Law) الذي يقضي بحرية التعاقد وما يؤدي إليه هذا المبدأ من أماكن استبعاد المسؤولية بموجب الشروط التعاقدية ، وينحصر نطاق تطبيق تشريع ١٩٧٧ في معالجة مسؤولية المحترف ، أي المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزامات من يتعاقد لأغراض مهنية أو حرفية ، ومع ذلك فإن تحديد معنى الاحتراف المقصود في هذا القانون كان مصدراً لمشكلات عديدة ، ويهتم القانون الانكليزي المنظم للشروط التعاقدية غير العادلة بتحديد المدى والحدود التي يستطيع فيها المتعاقد المحترف اشتراط تقييد مسؤوليته الناجمة عن الأحوال أو الإعفاء منه ، كذلك يهتم هذا القانون بتحديد مدى وحدود اشتراط الإعفاء أو التقييد من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن السلع والخدمات محل عقود الاستهلاك ومن أهم ما يعالجه هذا القانون حظر التقييد أو الإعفاء

M. H . Whincup, Consumer Legislation in The united Kingdom -^١ and The Republic of Ireland , van Nostrand Reinhold Company , London, 1980 p.122 .

نقلا عن عامر قاسم أحمد ، المرجع السابق ذكره ، ص ١٣٦

من مسؤولية المحترف حينما ينجم عن خطئه وفاة المستهلك أو المتعاقد معه أو أصابته بأضرار جسدية (المادتان ٦ ، ٧ من القانون)^١.

لهذا يراقب هذا القانون الطرف القوي في ثلاث محاور :-

١- بنود العقد الرامية الى تقيد او اعفاء من المسؤولية الناجمة عن الالهمال، ويندرج تحت ذلك الاخفاق اتخاذ العناية المعقولة في تنفيذ العقد.^٢

٢- شروط العقد الرامية الى تقيد او اعفاء من المسؤولية الناجمة عن الاحكام الضمنية في العقد.

٣- شروط العقد التي تخول طرفا تنفيذ العقد بطريقة تختلف عما كان يتوقعه الاخر او تخوله عدم تنفيذ العقد اساسا.^٣

ثانيا:- المبدأ العام المخصص لمواجهة الشروط التعسفية.

من أهم ما وردة به قانون ١٩٧٧ في انكلترا ذلك المبدأ العام الذي يحكم به هذا التشريع المادة (٢) من القانون ، ثانيهما العقود النموذجية ، ويقضي المادة الثانية من هذا التشريع ان تكون الشروط الواردة في هاتين المجموعتين من العقود (شروط معقولة)، وبمقتضى هذا الشرط فان الشرط التعاقدي لا بد ان يكون عادلا ومعقولا في ضوء ظروف التعاقد ومجموع شروط التعاقد ، هذا ويقع عبئ اثبات معقولية الشرط على عاتق المحترف في عقود الاستهلاك او من حرر العقد عندما يكون العقد نموذجياً^٤.

لذلك اوجد هذا القانون الية مستندا على شرط الاعفاء من المسؤولية الواردة في نماذج العقود فعندما يرد احد هذه الشروط المحظورة في نموذج عقد فلا

^١ - المرجع السابق ص ١٢٤ - ١٢٦.

^٢ - المادة الثانية و الرابعة و الخامسة من القانون .

^٣ - المادة ٣ من القانون .

^٤ - . المرجع السابق ، نفس الصفحة .

يملك الطرف القوي وي تنفيذه حال رفع الامر الى القضاء من الطرف الضعيف، الا اذا اثبت الطرف القوي ان الشرط محل النظر يفي بمتطلبات المعقولة.¹

اذا في حال تضمين نموذج العقد شرط اعفاء او تقيد من المسؤولية يتعين على الطرف الاقوى معد العقد ان يكون قادرا على اثبات عدالة هذا الشرط و الا غدا هذا الشرط غير ذي جدوى. لهذا يرى البعض² ان المعيار الذي يهتدى به للوقوف على مدى فاعلية شرط الاعفاء من المسؤولية هو ما اذا كان عادلا و معقولا حتى يدرج في العقد، يكون بالنظر الى الظروف المعروفة او التي يتعين معرفتها وفق السياق الطبيعي للامور او من المتوقع معرفتها من قبل اطراف العقد. ويؤكد البعض الاخر³ بان الظروف التي لم تكن معلومة من احد الطرفين لا تجعل الشرط معقولا ، لان في هذه الحالة سلامة رضى هذا الطرف و نيته محل نظر ، ويتعين رد سوء نية الطرف الثاني عليه و تحميله المسؤولية.

¹ - المادة ١١ الفقرة ٥ من القانون.

² - G.Goldsworth , "Unfair contract terms act 1977", New Law journal ,8,1977,1207-1210.

³ - عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك دراسة قانونية، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، لبنان ، ٢٠٠٧، ص ٤٤١

المطلب الثاني

تقييم موقف المشرع الانكليزي

إذا كان الهدف من قانون الشروط التعاقدية غير العادلة الانكليزي هو حماية المتعاقد في مواجهة عدم التوازن الناتج عن العقود المكتوبة مسبقا بارادة احد الطرفين و لمواجهة ما يؤدي اليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحاي ل على مبدأ حرية التعاقد الذي جاء النظام القانوني الانكليزي به.

اذ ان المشرع في هذا القانون لايرفض الشروط العامة بل يشجع على وجودها طالما كانت موجهة لخدمة المصالح الاقتصادية المعقولة وقد تبنى هذا التشريع ما سار عليه القضاء من فرض رقابته على هذه الشروط و اذا كانت رقابة القضاء تقوم من خلال:-

١ مراقبة الشروط التي تبدو غير متوقعة او مجحفة ويتطلب وضوحها بشكل كاف يتيح للمتعاقد الذي لم يتدخل في وضعها ان يتعرف عليها ويعلم بما تحتويه.

٢ من خلال التوسع في استغلال قواعد التفسير امكن للقضاء الزام المستفيد من الشروط العامة بتحمل تبعية غموض هذه الشروط، علاوة على تضليل الشروط المتفق عليها و الشروط العامة في جميع الاحوال.

وان ذلك يؤدي الى منح القضاء سلطة واسعة للرقابة على العقود حيث للقاضي بطلان مثل هذه الشروط اذا كانت تتعلق باستبعادالمسؤولية في حالات الغش و الخطا الجسيم، مع ضرورة الابقاء على العقد صحيحا على الرغم من بطلان شرط او اكثر من الشروط العامة ، وبالتالي فان المشرع الانكليزي لم يحل المشكلة بل قام بنقلها من نطاق التشريع الى القضاء اذ لم يضع معيارا واحدا فاصلا للقاضي لتحديد كون هذا الشرط تعسفي ام لا انما جعل ذلك من مسؤولية القاضي.

لهذا يرى البعض^١ انه عند امعان النظر في جوهر هذا المعيار " المعقولية " نلاحظ ان المشرع الانكليزي استعان بالمبادئ التقليدية العامة و على وجه الخصوص نية المتعاقد مما شكل اعاقا للقاضي في تطبيق المعيار ، مستندا لما شكل من تراث لدى المحاكم تحت ظل المبادئ العامة ، حول نية التعاقد و ما تثيره من مسائل عند ابرام العقد.

المبحث الثالث

موقف المشرع العراقي

في ظل التطورات القانونية والاقتصادية التي حصلت في العالم في تطوير نظم وأنماط العلاقات التعاقدية وخصوصا في ما يتعلق بحماية المستهلكين من إخطار الشروط التعسفية لذلك تعالت الصيحات لحماية المتعاقدين وبالذات المستهلكين وهذا هو ما حصل في بلدان العالم المتطور من تشريع قوانين خاصة بحماية المتعاقدين وبالذات المستهلكين من الشروط التعسفية وذلك ما تم إيضاحه في المبحثين السابقين وقد حاول المشرع العراقي مواكبة التطور التشريعي في العالم المتعلق بحماية المستهلك و يتجلى موقف المشرع العراقي من خلال قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وكذلك قانون المنافسة و منع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ وسنتناول هذين القانونيين كل في مطلب مستقل.

المطلب الاول

قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠

يعالج هذ القانون الحماية من خلال سبعة فصول ، يتناول الفصل الثالث منه حقوق المستهلك و الفصل الرابع واجبات المجهز و المعلن اما

^١ - المصدر السابق ، الصفحة نفسها.

الفصل الثالث فقد تناول تشكيل مجلس حماية المستهلك وحدد الجهات التي يتكون منها.

وإذا كانت الاسباب الموجبة لهذا القانون هي حماية المستهلك و اقرار مبدأ العدل و المساواة بين المجهزين و مستهلكي السلع ومنتقي الخدمات و الحفاظ على سلامتهم و للحد من ممارسات الغش الصناعي و التلاعب بعملية التعبئة و التغليف الصناعية و ما درج عليها من بيانات ومواصفات^١.

الا انه للأسف فقد جاء هذا القانون مخيبا للا مال حيث لم يتطرق بالاشارة الى الشروط التعسفية صراحة و حماية المستهلك من خطرهما و لم يورد مبدأ عام في هذا القانون حول معالج ة العقود الاستهلاكية المشوبة بشروط تعسفية.

الا ان المشرع في المادة ٦ الفقرة اولا من القانون^٢ و المتعلقة بحقوق المستهلك فقد بين ان للمستهلك الحق في الحصول على ماياتي :-
١- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه و مصالحه المشروعة.

-
- ^١ - انظر الاسباب الموجبة في تشريع قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
- ^٢ - تنص المادة ٦ من قانون الاستهلاك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ على انه " أولاً : للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :-
- ١- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة .
 - ب- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة با لشكل واللغة الرسمية المعتمدة .
 - ج - ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها.
 - د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز ، دون تحميلها نفقات إضافية."

٢- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلعة و التعرف على الطرق السليمة لاستعمالها.

٣- ما يثبت شراءه للسلعة.

٤- الضمانات للسلعة التي تستوجب طبيعتها الضمان .

كما نص ال مشرع في المادة ٨ من القانون نفسه بان يكون المجهز مسؤولاً مسؤولاً كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته او سلعته او خدماته وتبقى المسؤولية قائمة طيلة فترة الضمان .

ويلاحظ ان ماورد اعلاه من حقوق منحها المشرع للمستهلك ماهي الا تطبيقات نظرية الشروط التعسفية فكل شرط يعفي البائع من الضمان يعتبر شرط تعسفي و كذلك شرط اخفاء المعلومات او عدم تقديم المعلومات الكاملة ، حيث يستطيع المستهلك المطالبة بالتعويض امام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به او بامواله من جراء ذلك^١.

وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يضع مبدأ عاماً في ا لقانون يعالج موضوع الشروط التعسفية بدلا من ان يورد تطبيقات عملية عليها حيث ان التي ذكرها في المادة ٦ و ٨ من القانون ماهي الا تطبيقات للشروط التعسفية و ان هذه الحالات قد اوردها المشرع العراقي على سبيل الحصر فلا يستطيع القضاء اضافة حالات اخرى .

كما ان المشرع العراقي قد جانب الصواب حينما قيد من سلطة القضاء العراقي من خلال حصر دور القاضي بالحكم بالتعويض للمستهلك عما لحق به او بامواله من ضرر و كان الاجدر بالمشرع ان يمنح القضاء

^١ - تنص الفقرة ثانيا من المادة ٦ على انه " ثانياً : للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك."

سلطة اوسع من خلال امكانية الغاء بعض شروط العقد التعسفية كما ان هذا النص الذي اورده القانون يتنافي مع القواعد العامة في القانون المدني ، اذ في اماكن عديد اجاز المشرع العراقي في القانون المدني للقضاء بالغاء بعض الشروط التعسفية او تعديلها^١.

كما ان القانون لم يوضح لنا الالية او الكيفية التي يتم بها اعادة التوازن العقدي اذا اختل نتيجة الشروط التعسفية ، كما ان المشرع قد جعل من مجلس حماية المستهلك الذي نص عليه في المادة الرابعة مجلسا شكليا يتولى رسم سياسات برامج عمل^٢ و يعمل على رفع مستوى الوعي الاستهلاكي^٣ وبالقيام بدراسات وبحوث و متابعة عمل لجان التفتيش بالاضافة الى بعض المهام التي لا ترقى الى مستوى حظر وتحديد الشروط التعسفية^٤ ، حيث كان الاولى بالمشرع ان يمنح ذلك المجلس صلاحية ادراج قائمة بالشروط التعسفية او صلاحيات تنفيذية اوسع على غرار ما قام به المشرع الفرنسي.

عليه نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر بقانون حماية المستهلك

وان يتم الاخذ بالمبادئ التالية:-

١- اقرار مبدأ عاما يتيح للقضاء تقييم مدى التوازن الذي يحققه العقد وإعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه.

٢- إن يكون تقييم القضاء لتحقق التوازن في العقد أو الاختلال من خلال النظر إلى العقد بمجمله اي بمعنى آخر النظر إلى جميع الالتزامات

١ - انظر نص المادة ١٦٧ من القانون المدني.

٢ - انظر نص المادة ٥ / أ / اولاً من القانون.

٣ - انظر نص المادة ٥ / أ / ثانياً من القانون.

٤ - انظر نص المادة ٥ من القانون.

والحقوق للطرفين فمثلا ، الشرط المقيد من مسؤولية الضمان لن يعد تعسفا إذا كان الثمن الذي يدفعه المستهلك في هذا العقد أقل من ثمن المثل المعلن عنه في الأسواق.

٣- ان يترك للقضاء سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفي أو غير تعسفي حيث يقدر القضاء مدى العدالة والمعقولية في ضوء ظروف التعاقد وصفه المتعاقدين ، هذا ويؤخذ في نظر الاعتبار مركز كل من أطراف التعاقد وقدرتهم على التفاوض والمقدرة الاقتصادية والخبرة الفنية والقانونية لكل منهم.

٤- أن يكون عبأ أثبات عدم ال تعسف يقع على المحترف بالنسبة لعقود الاستهلاك وعلى منظم العقد بالنسبة للعقود النموذجية (عقود الإذعان) .لذلك يعفى المستهلك والمذعن من عبأ أثبات التعسف في الشرط الذي تضمنه العقد ، وبهذا يقع عبأ الإثبات على واضع الشرط .

المطلب الثاني

قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠

شرح قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ من اجل ضمان حرية المنافسة ومنع الاحتكار وذلك لرؤية المشرع العراقي لما للمنافسة ومنع الاحتكار من اهمية في خلق حافز لتخفيض الكلفة و السعر وتحسين الجودة بالنسبة للسلع و الخدمات المع روضة في السوق مما يؤدي الى تشجيع القطاع العام والخاص والمختلط وتطوير و دعم لاقتصاد الوطني وحسن انسيابية السلع و الخدمات^١.

^١ - انظر الاسباب الموجبة الى تشريع قانون المنافسة و منع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧ في ٩/٣/٢٠١٠.

و قد تضمن هذا القانون خمسة فصول ويتناول الفصل الثاني منه انشاء مجلس شؤون المنافسة و منع الاحتكار و يتناول الفصل الثالث المحظورات، حيث تنص المادة العاشرة من الفصل الثالث على حظر اي ممارسات او اتفاقات تحريرية او شفوية تشكل اخلال بالمنافسة و منع الاحتكار او الحد منها او منعها، و قد ادرجت المادة انفا عدد من المحظورات^١ منها:-

- ١- تحديد اسعار السلع و الخدمات او شروط البيع و ما في حكم ذلك .
- ٢- ارغام عميل لها على الامتناع على التعامل مع جهة منافسة لها .
- ٣- رفض التعامل دون مسوغ قانوني مع العميل بالشروط التجارية المعتادة .
- ٤- تعليق بيع او تقديم خدمة بشراء سلعة اخرى او شراء كمية محددة منها او طلب تقديم خدمة اخرى .
- ٥- ارغام جهة او اطراف او حصول ايا منها على اسعار و شروط بيع او شراء حاجة غير مبررة بشكل يؤدي الى اعطاء ميزة المنافسة او الى الحاق الضرر به .

ويمكن القول ان الشئ الذي تميز به هذا القانون انه في المادة ١٠ / الفقرة ١١ حظر ادراج اي شروط بيع او شراء خاصة غير مبررة بشكل يؤدي الى منحه ميزة في المنافسة او الحاق الضرر به .

حيث تناول المشرع العراقي في هذه الفقرة معياريين لحظر هذا

الشرط:-

المعيار الاول:- معيار الميزة في المنافسة ، وهذا المعيار هو شبيهه بمعيار الميزة المفترطة او الفاحشة التي اوردها المشرع الفرنسي لاعتبار الشرط تعسفي ام لا .

^١ - انظر نص المادة ١٠ من القانون .

المعيار الثاني- معيار الحاق الضرر بالآخر ، و المشرع العراقي بهذا المعيار لم ياتي لنا بشئ جديد فجميع القوانين هي تمنع الحاق الضرر بالآخرين و توجب المساءلة و التعويض على كل من يلحق ضرر بالآخر سواء في نطاق المعاملات الاستهلاكية او غيرها من المعاملات المدنية . و قد كان الاولى بالمشرع العراقي ان ياخذ بمعيار عدم التوازن العقدي فكل تفاوت بين التزامات و حقوق الطرفين يتطلب من المشرع وقفه لغرض اعادة هذا التوازن المختل .

وايضا المشرع في هذا القانون لم يضع مبدأ عاما بشأن مواجهه و معالجة الشروط التعسفية و انما اكتفى بادراج تطبيقات عملية عن ا لشروط التعسفية.

وقد قيد المشرع من دور القضاء حيث يستطيع المتضرر اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى دون ان يكون للقضاء دور ازالة او الغاء او تعديل الشروط التعسفية لغرض اعادة التوازن العقدي المختل^١.

كما انه جعل من مجلس شؤون المنافسة و منع الا احتكار مجلسا شكليا يقتصر على نشر ثقافة لمنافسة و منع الاحتكار و حمايتها و تشجيعها ، و اصدار توجيهات بالمسائل المتعلقة بالعمل و اصدار دليل بكل مايتعلق بقضايا الاحتكار^٢.

ويمكن القول بان القانون جاء على غرار قانون حماية المستهلك لذلك تضمن الهفوات نفسها التي وق ع بها قانون حماية المستهلك ، لذلك توجه الانتقادات ذاتها التي سبق و ان سقناها لقانون حماية المستهلك و التي نامل من المشرع التدخل و بشكل جدي لمعالجة هذه الثغرات .

^١ - انظر المادة ١٣ /ثانيا من القانون .

^٢ - انظر المادة ٧ من القانون .

الخاتمة

لقد تبين من خلال هذا البحث المتواضع إن موضوع اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية من المواضيع المهمة والخطيرة وذلك لما فيه من آثار جانبية على حرية التعاقد بالاضافة إلى الآثار السيئة التي تتصل بالناحية الاجتماعية والاقتصادية والقانونية حيث يصبح المتعاقد الضعيف تحت رحمة وطائلة القوي اقتصاديا في العقد وليس لهذا الحد فقط بل قد يقع المشتري تحت تعسف البائع وذلك ليس نتيجة إلى ضعفه اقتصاديا وإنما لعدم خبرته الفنية في مجال التعاقد . لهذا تعالت الصيحات لغرض حماية المتعاقد من خطر الشروط التعسفية وذلك لما فيه من حماية اجتماعية للمجتمع بذاته والحفاظ على الأمن والاستقرار الاستهلاكي في المجتمع والتخلص من طائلة الاحتكار والتعسف . لهذا ظهرت عدة محاولات للاطاحة بمبدأ سلطان الإرادة ، وتقييد الإرادة من إن تفرض ما تشاء من شروط في العقد دون مناقشتها أو تعديلها أو استبعادها .

لذلك تمكن الفقه والقضاء والتشريع من إيجاد نظرية الإذعان وذلك لحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا من خطر الشروط التعسفية وكان ثمر ذلك تنظيم عقد الإذعان والنصوص التي قدمها المشرع لغرض حماية المتعاقدين في ظل التعاقد بمثل هذه الظروف ، إلا انه ومع ذلك المشرع الفرنسي لم يتدخل مباشرة لحماية المتعاقدين في ظل نظرية الإذعان بل تولى الحماية القضاء الفرنسي .

ولقد كان من نتيجة تطور العلاقات التعاقدية والنظم الاستهلاكية في العالم إن ظهرت أنواع من العقود لا ينطبق عليها وصف الإذعان وبالتالي لا تشملها الحماية المقررة في نظرية الإذعان وان كانت في حقيقة أمرها وطبيعتها هي عقود اذعان وذلك لأنه الم تعاقد يضطر إلى الموافقة على

جميع الشروط دون مناقشة وذلك لحاجته دون إن يكون هناك تفوق اقتصادي بين طرفي العقد وهذا النوع من العقود يكون عادة في عقود الاستهلاك ، مما جعل الحماية من الشروط التعسفية التي نظمتها نظرية الاذعان قاصرة عن توفير الحماية في ظل عقود الاستهلاك واي عقود أخرى تتم بمثل هذه الطريقة .

لهذا ظهرت المحاولات التشريعية في العالم لغرض استبعاد الشروط التعسفية على نحو ما رأينا في الفصول السابقة بصدور التشريع الفرنسي رقم ٢٣/٧٨ في ١٠ كانون ثاني ١٩٧٨ ، وكذلك قانون الاستهلاك رقم ٩٥-٩٦ في ١٩٩٥ ، وكذلك القانون الانكليزي الصادر عام ١٩٧٧ المسمى باسم قانون الشروط التعاقدية غير العادلة . إما بالنسبة للتشريع العراقي فانه لا يوجد سوى بعض المواد القليلة المتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية سوى ما ورد منها في المادة ١٦٧ مدني عراقي أو بالمادة (٩٨٥) مدني وجميع ما ورد من نصوص لغرض معالجة الشرط التعسفي فانها تدور حول الاطار التقليدي للشروط التعسفية وهي مجال ورودها في عقد الاذعان حيث لا يوجد ما يشير في القانون المدني العراقي الى انه المشرع قد وسع من مجال الحماية لتشمل عقود الاستهلاك والعقود الاخرى التي تبرم بين محترف وغير محترف بل ما يزل اطار الحماية مقصور على العقود التي تتم بطريق الاذعان ، لهذا قام المشرع باصدار قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ و قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ الا ان كلا القانونيين يشوبهما النقص وقد اوردنا بعض المقترحات التي من الممكن الاخذ بها لغرض توفير حماية اكبر من الشروط التعسفية وذلك لمسايرة التطورات القانونية التي حصلت في العالم من جهة واطفاء اكبر قدر من الحماية على العقود التي تبرم من قبل محترف مع مستهلك او غير

محترف من جهة اخرى وندرج في ادناه اهم المقترحات التي تم التوص ل
اليها في هذا البحث:-

اولا:- تعديل قانون حماية المستهلك ونورد فيما يأتي أهم المبادئ العامة التي
يمكن الاهتداء بها عند تعديل قانون حماية المستهلك.

أ- ان تكون هناك قائمة تضمن عددا من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية
كشروط عدم الضمان ، وشروط تعد يل الثمن من قبل البائع الخ، ولكن
يجب ان تكون هذه القائمة التي ينظمها التشريع المقترح على سبيل المثال
لا الحصر.

ب- ان يتضمن التشريع المقترح مبدأ عاما يتيح للقضاء تقييم مدى التوازن الذي
يحققه العقد واعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال
التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه .

ج- ان يكون تقييم القضاء لتحقيق التوازن في العقد او الاختلال من خلال
النظر الى العقد بمجملة أي بمعنى آخر النظر الى جميع الالتزامات
والحقوق للطرفين المتعاقدين .

د- ان يكون تقدير التعسف بالشروط من عدمه منوطا بالقضاء حيث يتولى
قاضي الموضوع تقدير ما اذا كان الشرط تعسفي ام غير تعسفي .

هـ- ان يكون عبّ الاثبات على عاتق من وضع الشرط سواء كان محترفا
بالنسبة لعقود الاذعان ، فلا يطلب من المستهلك او غير المحترف او
المدعن ان يثبت التعسف في ذلك الشرط، وانما بمجرد رفع الدعوى فانه
القاضي يطلب من واضع الشرط ان يثبت عدم التعسف قي ذلك الشرط فاذا
عجز واضعه عن اثبات عدم التعسف في الشرط فانه على القاضي ان
يعتبر ذلك الشرط تعسفيا وبالتالي يتخذ الاجراءات اللازمة بشأنه حتى وان
لم يطلب المدعي ذلك بدعواه .

ثانياً:- نقترح تعديل نص المادة (١٦٧) فقرة (٢) بحيث يكون نص المادة المذكور على النحو الآتي (اذا تضمن العقد شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي المتعاقد منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وذلك لانه هذا التعديل المقترح لا يسبغ الحماية من الشروط التعسفية في عقد الإذعان فقط بل يمتد أثرها إلى جميع العقود الأخرى ، اذعان كانت ام رضائية ومساومة.

ثالثاً:- ان يكون بجانب قانون حماية المستهلك سياسة سعريه تتولى تحديد أسعار البضائع والمنتجات المهمة واليومية ، التي تدخل في حياة الفرد والمجتمع ، وتقوم هذه السياسة السعريه بدراسة الهيكل السعري لمختلف السلع والخدمات واقتراح التعديلات التي يلزم ادخالها على مكونات الأسعار حتى يتحقق التوازن في العلاقات النسبية للأسعار وفقاً لهذه السياسة المقررة.

ومن الله التوفيق

المصادر

اولاً:- الكتب والمراجع القانونية

- ١- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- ٢- د.حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
- ٣- د. حلمي بهجت يدوي، اصول الالتزامات الكتاب الاول نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة ، ١٩٤٣ .
- ٤- خالد عيد، تاملات في القانون المغربي ، المجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد ، العدد ٢ .
- ٥- سعيد سعد عبد السلام ، التوازن العقدي في عقود الاذعان ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٨ .
- ٦- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الاول الطبعة الرابعة ، مطبعة السلام ، سنة ١٩٨٧ .
- ٧- سليمان براك الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠٢ .
- ٨- د. رمضان ابو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني الدارالجامعية ١٩٨٦
- ٩- عاطف عبد الحميد حسن ، حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٦ .
- ١٠- د.عامر قاسم احمد ، الحماية القانونية للمستهلك رسالة دكتوراه، جامعة بغداد سنة ١٩٩٨ .
- ١١- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٩ .

- ١٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية، الجزء الاول، ١٩٦٧.
- ١٣- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول.
- ١٤- د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني نظرية العقد، سنة ١٩٥٨.
- ١٥- د. عبد المنعم فرج الصدة ، في عقود الاذعان في التشريع المصري مطبعة جامعة فؤاد الاول ، ١٩٤٦.
- ١٦- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، بيروت ١٩٧١.
- ١٧- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة موسوعة القانون المدني المصري، ١٩٨٤.
- ١٨- د. عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دارالمطبوعات الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٨.
- ١٩- عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الطبعة الاولى ، مطبعة اليرموك ١٩٧٤.
- ٢٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الا قتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته. رسالة دكتوراه جامعة بغداد، ١٩٧٨.
- ٢١- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٩٣.
- ٢٢- علي هادي علوان ، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية رسالة ماجستير، جامعة بغداد ١٩٩٠
- ٢٣- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

- ٢١- د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام الكتاب الاول
مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠.
- ٢٢- السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، دراسة
مقارنة ، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- ٢٣- د.محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية مطبعة جامعة
القاهرة سنة ١٩٧٨.
- ٢٤ - مجموعة الاعمال التحضيرية. للقانون المدني المصري الجزء الثاني .
- ٢٥- منير البصري و احمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية،
بحث منشور على الانترنت في الموقع:-[http://droitcivil.over-](http://droitcivil.over-blog.com/article-5145525.html)
[blog.com/article-5145525.html](http://droitcivil.over-blog.com/article-5145525.html)
- ٢٦- د. منذر الشاوي، فلسفة القانون ، مطبوعات المجمع العلمي العراقي سنة
١٩٩٤.
- ٢٧- موفق حماد عبد ،الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة
الالكترونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-
جامعة النهرين، ٢٠٠٩.
- ٢٨- موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي يصدرها المجلس الاعلى
للشؤون الاسلامية بمصر ، مطابع الاهرام التجارية - ج ١١ .
- ثالثا :- مراجع أخرى**
- ١- قاموس المنجد الابجدي ، الطبعة الخامسة ، بيروت ، مطبعة دار الشرق .
- ٢- قاموس المنجد الابجدي ، الطبعة ١٨ المطبعة الكاثوليكية بيروت .
- ٣- ابن منظور لسان العرب ، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر ج ٧ .
- ٤- جريدة الوقائع العراقية عدد ٤١٤٧ في ٩/٣/٢٠١٠

رابعاً: - المراجع باللغة الفرنسية

- 1- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 4 ed, 1996, p169.
- 2- Terre et autres ,Droit civil Les obligations, Dalloz, paris, 8e ed, 2002 P322.
- 3- A. Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, P 248.
- 4- Y. Picod, et H. Davo, Droit de la consommation, Armand Colin, éd, Dalloz, 2005, P 152.