الرقم الدولي: ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

# مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

## مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

**بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:**


- وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة) — أ.د. فراس كريم شيعان، م.م.صلاح عجمي جميل
- ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة) — أ.د. إيمان طارق مكي، م.م. وسيم جبار
- الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة) — أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، راسم عايد حسن
- خلافة الدول في الديون المقيتة . — أ. د. صدام حسين الفتلاوي، م. م. محمد جبار العبدلي
- الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة) — أ.د. عبد الرسول عبد الرضا، م.م. نصيف جاسم محمد


السنة الحادية عشر العدد الثالث

2019

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377

# AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University


- Methods of controlling the procedural "Arbitrariness" in private international Relations. (A comparative study) — PP. Dr. Firas k. shiaan, A.Lec.Salah agmi gmeel
- Subjectivity of the extended Contract. (A Comparative Study) — P.Dr. Eman T. Makki, Wasseam J. AL- Shemary
- Obligations Imposed on the Drug owner. (A Comparative Study) — P.Dr. Salam A. Abdullah, Rassim A.Hassan
- Succession of States in odious debts . — P. Dr. Saddam AL-Fatlawi, A. Lec. Mohammed J .J.
- Special rights of migrants according to the law of the State of nationality .(comparative study) — P.Dr.Abdul Rasool A. J., Dr.Nsaeif J. AlKarawi


Third Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

# الفهرست


| ت | الموضوع | الباحث | الصفحة |
|---|---|---|---|
| ١- | وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة) | أ.د. فراس كريم شيعان<br>م.م.صلاح عجمي جميل | ٩-٥٠ |
| ٢- | ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة) | أ.د. إيمان طارق الشكري<br>م.م .وسيم جبار الشمري | ٥١- ٨١ |
| ٣- | الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة) | أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي<br>راسم عايد حسن | ٨٢-١٦٤ |
| ٤- | خلافة الدول في الديون المقيتة. | أ. د. صدام حسين الفتلاوي<br>م. م. محمد جبار العبدلي | ١٦٥-٢٥٤ |
| ٥- | الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة) | أ.د. عبد الرسول عبد الرضا<br>م.م. نصيف جاسم محمد | ٢٥٥- ٣١٥ |
| ٦- | إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي. | أ. د. حيدر كاظم عبد علي<br>كريم كاظم كريم | ٣١٦-٣٦٢ |
| ٧- | حدود الحق ألاستئثاري لصاحب براءة الاختراع (دراسة تحليلية مقارنة) | أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي<br>سعد حامد هادي | ٣٦٣- ٣٩٤ |
| ٨- | مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية. ( دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي) | أ.م.د. محمد جاسم محمد | ٣٩٥ - ٥٥٦ |
| ٩- | الاكتتاب العام برأسمال الشركة المساهمة في ظِل قانون الشركات رقم ٢١لسنة ١٩٩٧ المعدل . | م. م. نوفل رحمن ملغيط<br>علي عبد الحسين الياسري | ٥٥٧- ٥٩٥ |
| ١٠- | المركز القانوني للأجنبي وفقاً لقانون إقامة الأجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ | م.م. إبراهيم عباس الجبوري | ٥٩٦ - ٦١٥ |

# مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية

( دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي

مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي)

أ.م.د. محمد جاسم محمد

كلية القانون/ جامعة ذي قار

## الملخـــــص

أن التطور الاقتصادي و التكنولوجي قد ألقيا بظلالهما على الفكر القانوني لاسيما في مجال العقود، هذا التطور قد أثر في المبادئ التعاقدية التي استقر عليها الفقه والقانون و قاد إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية الذي انعكس على ظهور شروط التعسف وحالات الإذعان في العقود . ومن تلك العقود التي يحاول البحث إثبات توافر صفة الإذعان فيها هي العمليات المصرفية. إن العمليات المصرفية هي في الغالب عقودا نموذجية محررة مسبقا وبصفة انفرادية من قبل المصرف والتي تخضع لاذعان المستهلك ورضوخه دون أن تكون له إمكانية مناقشتها أو تعديلها. إن هذا الخلل في تكافؤ المواقع التعاقدية انعكس على التوازن في التزامات وحقوق طرفي عقود العمليات المصرفية والذي ادى بالنتيجة الى توافر صفة الإذعان فيها وهو ما يحاول البحث بلورته. هذه النتيجة كانت مثار جدل واختلاف فقهي وتشريعي وقضائي واسع، فاتجاه ذهب الى عدم قبوله اعتبار العمليات المصرفية من عقود الإذعان واتجاه حديث يذهب الى القول بتضمنها لصفة الإذعان. ان الإقرار بتوافر صفة الإذعان في العمليات المصرفية يستلزم توافر الحماية القانونية للأطراف الضعيفة فيها. هذه الحماية يمكن تأسيسها باتجاهين متوازيين، الأول يتمثل بالحماية التشريعية التي تسبق دخول العقد المصرفي حيز التنفيذ، اي خلال مرحلة التكوين التدريجي للعقد، بينما الثاني يتمثل بالحماية القضائية التي تفرض بعد دخول العقد المصرفي حيز التنفيذ.

## المقدمـــــــة

مما لا شك فيه أن ظهور صفة الإذعان في العقود كان نتيجة التطور الاقتصادي والإنتاج الكبير للسلع والخدمات من جهة ، والتقدم الصناعي التكنولوجي من جهة أخرى. هذا التطور قد أثر في المباد ئ التعاقدية التي استقر عليها الفقه والقانون طيلة القرون الثلاث من ١٧-١٩ والتي تبلورت في ظل مبدأ سلطان الإرادة ، حيث صاغ هذا المبدأ آليات وآثار الحرية التعاقدية بشكل ينسجم مع المنهجية الفلسفية السائدة في تلك القرون والتي جاءت على أعقاب التعنت في الإجراءات من قبل القانون الروماني. فمبدأ سلطان الإرادة يرتكز على حقيقة مفادها إن كل الالتزامات والعقود المنظمة لها ترجع في أساسها إلى الإرادة الحرة ولا يقتصر دور تلك الإرادة من أن تكون مصدراً للالتزامات بل لتحديد آثارها ونطاقها أيضاً[١].

إنّ هذه الأفكار القانونية قد تعرضت إلى عدة تغيرات لاسيما في مجال الحرية التعاقدية والمفاوضات والمنافسة بين أطراف العقد فأصبحت العقود تحمل شروطاً محررة مسبقاً تضمن السرعة والسلامة في إتمام المعاملات وتقدم ميزات اقتصادية إيجابية لواضعي تلك الشروط ومعدي العقود، ولا يملك المستهلك أمام هذا الأمر سوى القبول أو الرفض، فهؤلاء المستهلكون يذعنون تماماً للعقد بدون إطلاع على كل شروطه فضلا عن مناقشته. هذا الحال قاد إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية والذي انعكس بوضوح على ظهور شروط التعسف وحالات الإذعان في العقود الأمر الذي أدى إلى بروز مذاهب جديدة كالاشتراكية والاجتماعية عملت على الحد من مبدأ سلطان الإرادة ومواجهة اختلال التوازن في إبرام العقود وعدم تعريض المستهلك لسيطرة مطلقة من قبل أصحاب الشركات الكبرى وإذعانه في قبول عقودهم التي لا غنى عنها لجميع المستهلكين.

ان نشأة عقد الإذعان في النظام القانوني الأمريكي لم تختلف عن غيرها، فيشير الكتاب الأمريكان الى ان التطور في مجال الإنتاج والتسويق من خلال الشركات الكبرى اوجد نوع جديد من العقود سمي بالعقود النموذجية ( Standardization Contracts)، وان الفقه القانوني

الأمريكي كان قد عرف عقود الإذعان على انه احد العقود النموذجية. [٢] ان العقود النموذجية تتمحور حول قوة الشركات التفاوضية قبال ضعف وحاجة الطرف الضعيف الى البضائع والخدمات المقدمة من تلك الشركات التي تصوغ تلك العقود لما يخدم مصالحها، وبالتالي ان الفرد يجد نفسه بموقف لا يستطيع معه ان يجد شروط تعاقدية افضل اما بسبب احتكار تلك الشركات لتلك البضائع والخدمات او لعدم وجود المنافسين الذين لديهم شروط واسعار تختلف عن غيرهم. هذه العقود النموذجية سميت بعقود الإذعان. [٣] وبعد اتساع نطاق فرض العقود النموذجية والمصاغة بشكل مسبق فقد اقر الفقه الأمريكي بان وجود صفة الإذعان في العقود الاستهلاكية أصبحت ظاهرة لا يمكن غض الطرف عن معالجتها. [٤]

ومن أجل فهم نشأة صفة الإذعان وبروز العقود التي اتسمت بتلك الصفة لابد من تسليط الضوء ولو بشكل سريع على مراحل التطور التاريخي للمبادئ التعاقدية التي أنتجت صفة الإذعان بدءاً من القانون الروماني وحتى نشوء المذاهب الاجتماعية والمناداة بحماية الأطراف الضعيفة في العقود:

أولاً: القانون الروماني وشكلية العقد: لقد كان القانون الروماني يعتبر الشكلية هي أساس النظام القانوني وبالتالي إنّ عدم توافر الشكلية المحددة عند نشوء الالتزام أو عند القيام بإجراءات التقاضي يفقد الشخص حقه[٥] حتى وإن توافر الاتفاق في ما بين الطرفين، فالاتفاق المجرد لا يعتد به رسمياً مالم يكن قد تم وفق الصيغ الشكلية المحددة[٦]. لكن مع ذلك فقد تبلورت لدى الرومان لاسيما في بداية العصر الإمبراطوري[٧] بعض الممارسات التي يمكن اعتبارها بدايات التخلص من الشكلية [٨].

ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين: يقول الفيلسوف الاجتماعي ( كانت Kant١٧٢٤- ١٨٠٤) المنظر الرئيس لسلطان الإرادة [٩] : (إن الإرادة الفردية هي المصدر الوحيد لأي موجب قانوني وهي بذات الوقت المصدر الوحيد للعدالة، كما قال، عندما يقرر أحدهم شيئاً ما تجاه آخر من الممكن دائماً أن يلحق به ظلماً ما إلا أن أي ظلم مستحيل فيما يقرر لنفسه))[١٠]، من هذه الفلسفة انطلق رجال الكنيسة لتبني المذهب الفردي ولتعظيم ولتبجيل الإرادة

واعتبارها محور القانون وجوهره، فكل عقد حر بين إرادتين هو عقد صحيح وبذلك فهم قد هدموا الشكلية التي كان يتزمت بها القانون الروماني من جانب وأدخلوا فكرة افتراض وجود العدالة في العلاقات التعاقدية من جانب آخر(١١).

ثالثاً: التحولات الاقتصادية تطيح بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد: لقد تميزت الفترة ما بين أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين بسقوط المذهب الفردي تحت ضربات المنادين بالفقه الاشتراكي والاجتماعي(١٢) فقد تعرض مبدأ سلطان الإرادة إلى هجمة عنيفة من قبل الفقهاء جعلته يفقد زمام الهيمنة والسيطرة على آليات إبرام العقود والتحكم بآثارها فكما كان للعوامل الاقتصادية اثرا في نشوء وتسلط مبدأ سلطان الإرادة، فإن لتلك العوامل والتحولات الاقتصادية أثراً أكبر في الحد من تأثير ذلك المبدأ(١٣)؛ فبعد التطور الاقتصادي والتكنولوجي الكبير الذي شهده العالم أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين وبروز الصناعات الكبرى وتأسيس الشركات القوية وظهور الأسواق التجارية العالمية هذه التحولات ألقت بظلالها على الوضع الاجتماعي العام وأثر بشكل خاص في المبادئ القانونية التقليدية التي كانت راسخة، فبعد أن كان مفهوم الحرية التعاقدية هو القائم على المفاوضة والمساومة بين أطرافه هو السائد برزت نظم تعاقدية جديدة ساهمت في اختلال توازن التزامات الأطراف(١٤) مما تولد طرف قوي وآخر ضعيف يذعن إلى إرادة الطرف الأول ويقبل بشروطه دون مناقشة أو مساومة الأمر الذي أسس لنشوء صفة الإذعان في العقود وظهور مفهوم اختلال التوازن العقدي (١٥). وبسياق متصل فان النظام القانوني الأمريكي لم يكن بعيدا عن التأثر بتلك التحولات، فيشير الباحثين الأمريكان الى ان مبدأ سلطان الإرادة قد تغيب في عقود الإذعان وذلك لعدم وجود تعادل في القوة التفاوضية لإطراف عقد الإذعان.١٦

إن التنمية الصناعية التي قادتها الشركات الكبرى بأفكار وخطوات رأسمالية قد سيطرت على الأفراد وجعلتهم يقبلون التعاقد بشروط مجحفة، هذه الآلية في التعاقد قد حولت طبيعة العقد من وسيلة للتفاوض والمساومة إلى نظام قانوني تتحكم به إرادة منفردة وبتأثير اقتصادي وبالتالي أضحت الحرية الاقتصادية هي أعلى مرتبة وأقوى أثراً من الحرية

التعاقدية[١٧]؛ فالعروض التي تعلن عنها المعارض والعقود التي تنظمها وتحدد شروطها وآثارها إنما غايتها تحقيق مصالحها الاقتصادية بغض النظر عن تحقيق الالتزامات التبادلية العادلة بين طرفي العقد[١٨].

إن المنازلة التي قادها أنصار الفقه الاجتماعي لحماية الطرف الضعيف في بدايات القرن العشرين أسهمت بتبني العديد من المشرعين لخطوات تعيد العقد إلى توازنه المنشود وتحمي الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في تلك العقود الموصوفة بالإذعان[١٩].

## اولا: إشكالية الدراسة

ان التغيرات المشار إليها اعلاه قد قلبت موازين الكثير من الأفكار القانونية لاسيما في مجال الحرية والصياغة التعاقدية بين أطراف العقد فأصبحت العقود تحمل شروطاً محررة مسبقاً ولا يملك المستهلك أمامها سوى القبول أو الرفض. فهؤلاء المستهلكون يذعنون تماماً للعقد بدون إطلاع على كل شروطه فضلا عن مناقشتها. هذا الحال قاد إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية والعدالة التبادلية والذي انعكس بوضوح على ظهور شروط التعسف وحالات الإذعان في العقود الأمر الذي أدى إلى بروز مذاهب جديدة عملت على الحد من مبدأ سلطان الإرادة ومواجهة اختلال التوازن في إبرام العقود وعدم تعريض المستهلك لسيطرة مطلقة من قبل أصحاب الشركات وإذعانه في قبول عقودهم التي لا غنى له عنها. وفي ظل تلك الظروف حاولت ومازالت تحاول الكثير من التشريعات احتواء الأزمات التي تثيرها توافر صفة الإذعان في العقود التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بسبب تلك الشروط التعسفية المفروضة على المستهلكين ومن تلك العقود التي يحاول البحث اثبات توافر صفة الإذعان فيها هي العمليات المصرفية.

ان القطاع المصرفي لم يكن بمنأى من هذه التقلبات والتحولات ، فالعمليات المصرفية عموماً تعتمد الثقة و السرعة مما حدا بها إلى إيجاد صيغ تعاقدية خاصة مطبوعة ومعدة سلفاً تنطوي على شروط قد تم دراستها بعناية لتصب بمصلحة المصرف، هذه السرعة وهذه الآلية

بالتعاقد أجبرت الطرف الضعيف بالتسليم والإذعان لتلك الشروط دون قراءتها بتمعن فضلاً عن مناقشتها مع المصرف الذي لا يقبل التعديل أو التغيير. أن هذه التحديات الاقتصادية الكبيرة ساهمت بنشوء الاتحادات والجمعيات والنقابات المهنية المدافعة عن حقوق أفرادها[٢٠]، وقد اشترك أنصار الحماية الاجتماعية مع الاشتراكيين لمحاصرة آثار مبدأ سلطان الإرادة وحماية الضعفاء من خلال إعادة توازن العقد[٢١]، فالعقد وفق وجهة النظر الاجتماعية هو أحد النظم الاجتماعية الساعية إلى تحقيق التضامن الاجتماعي لا إلى تحقيق ما للإرادة من سلطان[٢٢]. فالمتعاقدين لا يمكن لهما إبرام العقود ما لم تكن ناتجة من تفاوض مبني على حسن النية وتحقيق رغبة الأطراف مع مراعاة النظام العام والآداب العامة[٢٣].

ان العمليات المصرفية التي تتمثل بالتسهيلات الائتمانية و الخدمات المصرفية عادة ما تقدم عقودا محررة مسبقا وبصفة انفرادية من قبل المصرف والتي تخضع لاذعان المستهلك ورضوخه دون أن تكون له إمكانية مناقشتها أو تعديلها. إن هذا الخلل في تكافؤ المواقع التعاقدية انعكس على التوازن في التزامات وحقوق طرفي عقود العمليات المصرفية، فتارة يكون الاختلال ناشئ من المميزات الاقتصادية والتقنية والقانونية للمصرف، وتارة من خلال الشروط التي تفرض على المستهلك والتي تكون غير قابلة للمناقشة. ان اختلال التوازن العقدي في العمليات المصرفية يؤدي بالنتيجة الى توافر صفة الإذعان فيها وهو ما يحاول البحث بلورته. هذه النتيجة كانت مثار جدل واختلاف فقهي وتشريعي وقضائي واسع، فاتجاه ذهب الى عدم قبوله اعتبار العمليات المصرفية من عقود الإذعان واتجاه حديث يذهب الى القول بتضمنها لصفة الإذعان، وبين هذين الاتجاهين يحاول البحث ان يقدم رؤية جديدة لمفهوم الاذعات ترتبط بالشروط التعسفية ومدى انعكاسها على اختلال التوازن العقدي الذي يوفر الإذعان في العقود ومنها عقود العمليات المصرفية.

## ثانيا: أهمية الدراسة

ان الإقرار بتوافر صفة الإذعان في العمليات المصرفية – كما يحاول البحث اثباته- وانقسام اطراف العلاقة فيها الى طرف ضعيف مذعن وطرف قوي يستلزم بالضرورة التأصيل الفقهي من جهة والتدخل التشريعي من جهة اخرى لتوفير الحماية القانونية لمنع تعسف الطرف القوي، هذه الحماية يمكن تاسيسها وبما يتوفر من نصوص قانونية تعنى بالقطاع المصرفي العراقي باتجاهين متوازيين، الاول يتمثل بالحماية التشريعية التي تسبق دخول العقد المصرفي حيز التنفيذ، اي خلال مرحلة التكوين التدريجي للعقد، بينما الثاني يتمثل بالحماية القضائية التي تفرض بعد دخول العقد المصرفي حيز التنفيذ. هذه الحماية تنبع من حرص المشرع على منح القضاء سلطة واسعة ومرنة في تفسير العقود الموصوفة بالاذعان لمصلحة الاطراف الضعيفة. ويمكن ان تصاغ هذه الحماية للطرف المذعن في العمليات المصرفية من خلال قواعد التفسير تارة، ومن خلال الوسائل القضائية للحد من فرض الشروط التعسفية تارة اخرى كما يحاول البحث تقديمه بشكل مفصل لما له من اثار ايجابية على حماية المستهلكين كإطراف ضعيفة وحماية اكبر للاقتصاد الوطني من هيمنة بعض المصارف وفرضها لشروط تعاقدية تعسفية.

## ثالثا: منهجية الدراسة

تعتمد الدراسة على منهج تحليلي مقارن، يستند على طرح الاراء الفقهية ومناقشتها بشكل تفصيلي مع النصوص القانونية ذات العلاقة مع بيان الراي كلما كان ذلك ممكنا لبيان مدى توافر صفة الإذعان في العمليات المصرفية. الدراسة تركز على القوانين العراقية المتعلقة بحماية المستهلك كقانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠و القطاع المصرفي كقانون المصارف رقم ( ٩٤) لسنة ٢٠٠٤ وباقي القوانين ذات الشأن المتصل، مع الإشارة والمقارنة مع قانون التجارة الأمريكي والقانون المدني الفرنسي الجديد.

**رابعا: خطة الدراسة**

حيث قسم البحث الى ثلاثة مباحث موزعة بالشكل الآتي:-

المبحث الأول: المفهوم القانوني للإذعان وعلاقته بالشروط التعسفية

المبحث الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي وأثرها في تحقق صفة الإذعان في العمليات المصرفية

المبحث الثالث: الحماية المدنية للطرف الضعيف ( المذعن) في العمليات المصرفية

## المبحث الأول

## المفهوم القانوني للإذعان وعلاقته بالشروط التعسفية

ان تحديد مفهوم الإذعان بشكل دقيق له الأثر الكبير في تحديد المعاملات التعاقدية التي تخضع للحماية التي قررها المشرع، هذا التحديد تكتنفه صعوبات عدة تتمثل بفهم مراحل نشوء هذا الفن التعاقدي وعلاقته بمبدأ سلطان الارادة من جهة، واثر الحركات الاجتماعية وانعكاساتها على رؤية المشرع التنظيمية للعقود الموصوفة بالاذعان من جهة اخرى،ومن اجل بيان صورة متكاملة لمفهوم الإذعان في اطاره المدني، قسم هذا المبحث لثلاثة مطالب، خصص الاول لبيان مفهوم عقد الإذعان،والثاني لتوضيح الخصائص المميزة لهذا النمط التعاقدي، بينما خصص المطلب الثالث لتسليط الضوء على اثر الشرط التعسفي في تحقق صفة الإذعان، على النحو الاتي:

### المطلب الأول

### مفهوم عقد الإذعان

لقد تجاذب مفهوم الإذعان اختلافات فقهية كبيرة، بعضها ناتج من المصطلح نفسه، فمنهم من اعتبره انضمام، ومنهم من اعتبره إذعان، والبعض الاخر ناتج من الالية التعاقدية التي تتضمنه،

وبالتالي تعددت الرؤى تجاه مفهوم الإذعان، لذلك كان من الضروري تسليط الضوء على تلك الاختلافات الفقهية حول التسمية، و حول التعريف القانوني لعقد الإذعان فقها وتشريعا وقضاء، وقد خصص فرع لكل موضوع على النحو الاتي:

## الفرع الأول

## مشكلة الاصطلاح: الإذعان أم الانضمام ؟

على الرغم من أن صفة الإذعان قد انطلقت من الظواهر الاقتصادية التي أفرزتها حقبة سيطرة أصحاب رؤوس الأموال على الأسواق وبروز الإنتاج والتسويق الكبير للسلع والخدمات والتي ألقت بظلالها على المبادئ القانونية إلا أنها _ صفة الإذعان_ قد ولجت مفردات الفقه القانوني عن طريق الفقيه الفرنسي ( سالي Saleilles ) ؛ ففي بداية القرن العشرين وتحديدا في سنة ١٩٠١ عندما كان الفقيه سالي يبحث حول التشريع المدني الألماني بين أن هنالك عقودا تخلو من التركيب القانوني( Legal Structure ) المعهود[٢٤] من توافق الإرادات نتيجة مفاوضة ومناقشة حرة، فأنتج هذا الوضع صيغا من العقود سميت ب (Adhesion contracts ) كتعبير عن طريقة إبرامها، إلا أن هذا المصطلح (adhesion ) كان قد أثار ضجة في الوسط القانوني العربي بفعل ترجمته الحرفية من اللغة الفرنسية إلى العربية من جانب، وبفعل الغموض وعدم الفهم الدقيق للمدلول الاصطلاحي وما يراد منه من جانب آخر. لذلك عمد جانب واسع من الفقه يمثلهم الدكتور السنهوري لتبيان الموقف وجلاء الغموض بتوضيحه، إنّ الفقيه الفرنسي سالي عندما طرح المصطلح وربطه بالعقد كان يقصد أن الأفراد بإبرامهم لتلك العقود وبتلك الآلية ينضمون إلى جهة تمثل مركز ثقل اقتصادي، والذي انعكس على قبول انضمام الأفراد لنماذج العقود التي تعدها تلك القوى الاقتصادية دون مناقشة أو مساومة. [٢٥]

إن الاتجاه الفقهي اعلاه قد بين أن مصطلح الانضمام لا يعبر عن حقيقة العملية التعاقدية المصاحبة للعقود المعروفة باسم (adhesion contracts) وعليه كان من المهم ترجمتها إلى عقود الإذعان وليس الانضمام، وهو ما ينسجم مع حقيقة الآلية التعاقدية لإبرام تلك العقود [٢٦].

وفي حقيقة الأمر إن هذا الرأي الفقهي لم يذهب بعيداً حينما غير معنى المصطلح من الانضمام إلى الإذعان، الأمر الذي تدعمه العديد من الحقائق اللغوية من جهة، و وجود الفوارق الموضوعية بين المصطلحين من جهة أخرى، والتي بلا شك كان من الممكن أن يكون لها انعكاسات على الوضع القانوني للعقود، وعلى آثارها فيما لو لم يتم تغيير المصطلح، وبقاء تفسيره على أنه انضمام، ويمكن بيان ذلك على النحو الآتي:-

١- إن الإذعان في اللغة يفيد معنى الانقياد والرضوخ والإقرار والتسليم، فهو متأت من مادة (ذ ،ع ، ن) فيقال أذعن الرجل أي سلم وانقاد. وكما هو واضح أن المعنى اللغوي للاذعان ينسجم تماما مع فكرة ومضمون عقود الإذعان، وهي بالتأكيد تتساوق مع المصطلح الذي تبناه الدكتور السنهوري بدلا من لفظ الانضمام الذي يدل على معنى الانتساب أو الالتحاق بجهة معينة.

٢- تأييدا لما طرح أعلاه، يرى بعض الفقهاء إن مصطلح الانضمام وتسمية بعض العقود به يؤدي إلى الخلط بين العقد ذاته والوسيلة أو الطريقة أو المنهج الذي يكون من خلاله، فالتعبير بعقود الانضمام قد يشعر الآخرين بوجود عقوداً تحت هذا العنوان كعقود البيع والإجارة وغيرهما، والحقيقة أن المسألة تتعلق بعقود لو تناولنا كلا منها على انفراد لكان لها تسميات خاصة أخرى ولكن الذي يجمع بينها أنها تتوحد بآلية انضمام الأفراد لها، أي بانضمام أحد أطراف العقد إلى الإيجاب الذي يعلن عنه الموجب إلى الجمهور[٢٧].

٣- إن مصطلح الإذعان أقرب إلى فهم الجميع كون العقد الذي يوصف بهذه الصفة يحتوي على شروط يقبل بها المتعاقد ويسلم بها دون أن يكون له الإمكانية التعاقدية لمناقشتها أو تعديلها، وبذلك فقبوله اقرب إن لم يكن رضوخا و إذعانا بينما الانضمام قد ينطوي على فهم يشير إلى وجود ما يجعل الفرد يرضخ ويذعن لشروط العقد وقد لا ينطوي على

شروط تستلزم الرضوخ والإذعان، وهو ما يجعل الانضمام أعم من الإذعان؛ فكل إذعان هو انضمام ولكن ليس كل انضمام هو إذعان. وبعبارة أدق إن الإذعان ينطوي على الرضوخ والتسليم، لكن ليس بالضرورة أن ينطوي الإنضمام على تلك المعاني.

٤- إن تدخل القاضي في حماية الطرف الضعيف والتحكم في تعديل بعض آثار العقد يمثل استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعليه إن اعتماد مفهوم الانضمام سيوسع من سلطة وصلاحيات القضاء بالتدخل في عقود مختلفة وواسعة وهو ما يخشاه الفقه القانوني في أن تتعرض الحرية التعاقدية التي رسخت في وجدان الفكر والتطبيق القانوني إلى خطر التقييد والتوجيه بخلاف ما اذا كان تفسير المصطلح على انه إذعان.

٥- إن مصطلح انضمام قد يشعر المتلقي بأن هنالك مساحة معتد بها للإرادة لاختيار التعاقد من عدمه في حين أن الإذعان يرسل رسالة واضحة بأن خيارات الإرادة محدودة جداً إن لم نقل معدومة فمجالات الإرادة مع الإذعان هو القبول بالشروط كما هي أو رفض التعاقد[٢٨] وهذا ما عليه واقع تلك العقود.

أما فيما يخص ما تطرق إليه بعض أساتذة القانون[٢٩] من عدم موافقتهم لما ذهب إليه السنهوري واعتقادهم أن هنالك خطأ في الترجمة قد وقع فيه من فسر الانضمام بالإذعان فهو رأي مستبعد لسببين الأول إن السنهوري لم يخطأ بترجمة المصطلح وإنما تعمد تغيير اللفظ وتبني الإذعان تبعاً لحقيقة وجوهر الآلية التعاقدية التي تستند إليها تلك العقود هو السبب الثاني.[٣٠] جدير بالملاحظة أن الغموض والإرباك الذي ولده مصطلح ( adhesion) أورد الفقيه الفرنسي سالي لم يجد أثره في البلاد العربية فحسب بل شمل كذلك بلدان أخرى فقد عانى الفقه القانوني الأمريكي التناقض والإرباك وسوء الفهم الذي خلفه المصطلح، فيقول الفقيه الأمريكي (Kessler) ان مصطلح الإذعان لم يكن معرف ضمن منظومة الفقه القانوني الأمريكي[٣١]، فقد عرف من قبل الفقيه الفرنسي سالي عندما كان يبحث في القانون المدني الالماني وعرفه بانه العقد التي صيغت وحددت شروطه من قبل الطرف الموجب في العقد فقط لعدد غير محدد من الافراد.[٣٢]

## الفرع الثاني

## تعريف عقد الإذعان

بعد أن تم تحديد التسمية المناسبة والتي هي ما درج عليها الفقه القانوني والتشريع من كونها إذعاناً أفضل وأكثر وضوحاً من الانضمام نحاول هنا مناقشة تعريف عقد الإذعان في الفقه والتشريع والقضاء على النحو الآتي:

أولا: الفقه: كما تم بيانه في إيضاح المعنى اللغوي للإذعان والذي يدل على الانقياد والرضوخ والإقرار الأمر الذي يجعله متطابقاً مع المعنى الاصطلاحي والذي انعكس على تعريف وتفسير هذا النمط من العقود ، فلقد ساد الإرباك والغموض في الفقه القانوني حيال موضوع تعريف عقد الإذعان، فبعد أن طرحه الفقيه الفرنسي سالي بين أوساط الفقه بدأت فكرته تنتقل بين الدول لكن غالباً ما كان القضاء يطوي كشحاً عن تعريفه ويتم التركيز على مميزاته وخصائصه وطريقة إبرامه، ولم يشذ عن هذه القاعدة أي مدرسة قانونية، فنرى الإرباك والغموض قد ساد الفقه القانوني الأمريكي كما يقول( Kessler ) : ان مصطلح الإذعان لم يكن مستخدما ضمن مفردات اللغة القانونية الأمريكية حتى سنة ١٩١٩ عندما قدمه الفقيه الأمريكي ( Edwin W. Patterson ) في بحثه الموسوم (The Delivery Of a Life Insurance Policy)[٣٣]. والذي اوضح بان عقود الإذعان يجب ان تفسر بطريقة مختلفة عن العقود العادية.[٣٤] هذا الوضع قد استمر فترة طويلة من الزمن كما هو الحال مع شراح القانون في البلاد العربية.

إن عدم وضع تعريف واضح لعقد الإذعان لم يكن كما يذكر الدكتور فرج الصدة ناتجاً من إهمال أو ضعف وإنما لأن طبيعة الموضوع وتركيبة العقد تضن على الباحث بتعريف[٣٥]. إن اللامساواة الاقتصادية التي يثيرها الفقهاء بصدد عقود الإذعان لا تقتصر على الأخير فقط بل تشمل عقوداً أخرى وهو أمراً أصبح متكرراً قبال كثافة الإنتاج والتسويق وظهور العقود النموذجية[٣٦]. كما إن توافر سمة عدم المناقشة والمساومة في قبول هذه العقود وكما عبر عنها الفقه الغربي بأنها عقود( خذ او دع take it or leave it ) هو أمر لا ينحصر بعقود الإذعان

بل قد يشمل عقود أخرى وعندئذ سنكون أمام مفترق طرق حول التسمية التي اطلقت على هذه العقود بالانضمام وليس الإذعان. فالانضمام نتيجة طبيعية لعدم المناقشة والمساومة وهي كذلك أعم من الإذعان لذلك ستدخل عقوداً كثيرة تحت هذا المفهوم إذا قصرنا التعريف على غياب المناقشة والمفاوضة فقط [٣٧].

أن تفوق احد الطرفين على الآخر نتيجة اللامساواة الاقتصادية بينهم والذي ينعكس على صياغة عقود نموذجية محررة من قبل جانب واحد ولا تقبل المناقشة والمفاوضة يمكن أن تكون صفات موضحة لعقد لكن من الناحية القانونية لم يكن المعنى بمستوى من الوضوح بالشكل الذي يجعل الوصف ينطبق على عقود معينة دون غيرها[٣٨]. فإن ذكر صور لعقود الإذعان لا يعني أن الفقه قد وصل لمرحلة تحديد العنصر الجوهري الذي يمنح هذه العقود الطبيعة الخاصة التي تستلزم التدخل التشريعي لحالة الطرف الضعيف[٣٩].

ان فقهاء قانون العقود الأمريكان بينوا بشكل مبكر عدم ملائمة الآليات التقليدية للتعاقد التي تعتمد على المفاوضة والمساومة الفردية النابعة من الحرية التعاقدية فجزء كبير من العقود التجارية الحديثة تبنى على قاعدة (take it or leave it ) هذا النوع من التعاقدات سمي بعقود الإذعان.[٤٠] وقد دخل الفقه القانوني الأمريكي بمناقشات معمقة حول طبيعة هذا المعاملات من حيث اعتبارها عقود حقيقية تنطوي على ايجاب وقبول حقيقيين ام غير ذلك.[٤١] فيقول الفقيه (Kessler ) ان نظام القانون العام ( Common Law) ما زال مشوش قبال كيفية التعامل مع العقود النموذجية ولا نعتقد انه يتعامل بشكل متطور مع العقود الموصوفة بالإذعان.[٤٢]

لقد حاول عدد من الفقهاء تعريف عقد الإذعان منطلقين من تصورات مختلفة فنظر أغلبهم لزوايا معينة وغابت أخرى عنهم، ومنهم من ركز على استعراض آلية التعاقد ومنهم من ركز على الخصائص أو المميزات، وبلا شك إن منشأ التفاوت والاختلاف هو طبيعة العقد غير الواضحة. ويمكن القول إن الدكتور السنهوري قد سبق الكثير في تقديم تعريف للاذعان فقال :(العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل بالعقد لم يصدر بناءً على مناقشات ومفاوضات مع الموجب بل هو في موقفه مع الأخير لا يملك إلا الأخذ أو أن يدع) [٤٣].

إن التعريف أعلاه قد أوضح آلية القبول في عقود الإذعان وصفة القابل من حيث إنها مجرد تسليم لشروط مقررة وموضوعة سلفا من قبل الموجب ولا يملك الطرف الآخر سوى القبول أو الرفض وبدون مفاوضات،. وكما هو واضح أن السنهوري لم يكن يهدف لوضع تعريف للعقد بقدر ما أراد أن يسلط الضوء على أهم خاصية في آلية التعاقد المبرمة بين طرفي عقد وصف بالإذعان وهي التسليم بالعقد دون مناقشة أو مساومة. وعلى الرغم من كون القبول وآليته عنصرا مهما في تكوين عقد الإذعان إلا أن هنالك عناصر جوهرية أخرى لم يسلط الضوء عليها. (٤٤)

كما عرفه فقهاء آخرون ( بأنه العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه ولا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشرط كلها أو أن يرفضها كلها وليس له أن يناقش هذه الشروط أو أن يضيف عليها أو ينقص منها أو يعدل فيها ) (٤٥). لقد أضاف التعريف اعلاه موضوع الشروط وبين أن القابل له أن يأخذ بها أو يتركها إلا أنه لم يبين طبيعة هذه الشروط وأوصافها وهل كل شرط يجعل من العقد إذعانا.

فقهاء آخرون (٤٦) قدموا تعريفا لعقد الإذعان بيد أنه أقرب إلى شرح المفهوم منه إلى التعريف المحدد، فيقولوا إن الأصل في المتعاقدين أن لا يبرمان العقد إلا بعد مفاوضات ومناقشات حول شروطه ولكن بفعل التطور الاقتصادي الذي ساهم بنشوء طبقتين من المجتمع طبقة قوية اقتصاديا وأخرى ضعيفة، وقد انعكس بروز هذين الطبقتين على المجال القانوني لتظهر عقود تبرم بينهما لا يستطيع الطرف الضعيف أن يناقش شروط العقد التي قدمها الطرف القوي بل عليه أن يقبلها كما هي لحاجته لها. ومن الناحية النظرية فان الطرف الضعيف اقتصاديا حر في التعاقد من عدمه إلا أن حريته تنحصر في قبول العقد أو رفضه برمته وبالتالي إن قبول ما يعرض على الطرف الضعيف ليس بالحقيقة قبولا حرا بل هو مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر ومن هنا جاءت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان. (٤٧)

لقد بين الفقهاء أعلاه إن اختلال التوازن الاقتصادي قد ألقى بظلاله على التوازن العقدي فأنتج عقودا لا يكون فيها للقابل إلا الأخذ بها أو ردها كاملة دون مناقشة مع حاجة

الأفراد واضطرارهم للتعاقد، وهذه عناصر جوهرية في عقد الإذعان بيد أن الإيضاح أعلاه خلا من موضوع الشروط وهي أساس فكرة الإذعان – كما يُعتقد- فلم يتطرق الدكتور الحكيم إلى موضوع الشروط وطبيعتها التي تجعل من الطرف الضعيف مذعنا .

و يرى بعض الفقهاء[٤٨] أن اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية اصبح احد المتعاقدين يستقل غالبا بوضع شروط العقد مقدما وبشكل لا يسمح بالمناقشة من الطرف الاخر حيث يقتصر دوره اما بقبول الصفقة كلها او رفضها كلها دون ان يكون له الحق في تعديلها وغالبا ما يضطر المتعاقد الاخر الى القبول لتعلق التعاقد بمرفق اساسي، فالاصل في التعاقد ان يتم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في ان يجعل الاخر يرتضي افضل الشروط بالنسبة اليه وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة او نقاش في شروطها وانما يضع احد الطرفين هذه الشروط ولا يكون امام الطرف الثاني الا ان يقبلها جملة او يرفضها جملة بحيث ان قبوله اياها يكون اقرب الى التسليم والرضوخ والاذعان منه الى المشيئة الحقة والرضا السليم[٤٩].

الفقيه جاك غستان في كتابه (المطول في القانون المدني) قد عرف عقد الإذعان تعريفا مقتضبا ركز فيه على نقطتين أساسيتين هما العقود النموذجية المعدة من جانب واحد وعدم مناقشة الشروط فيقول: (عقد الإذعان بأنه الانضمام لعقد نموذج أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله)[٥٠]. وعلى الرغم من كونها محاولة جادة لتعريف عقد الإذعان بعيدا عن الشرح والإطالة إلا انه تبنى وجهة النظر الفرنسية على طريقة الفقيه سالي بعدم التفرقة بين الإذعان والانضمام وهو أمر قد تم إيضاح آثاره السلبية سلفا.

ويمكن القول – وهو التعريف الذي نتبناه- ان الدكتور فرج الصدة قد ساهم بشكل فاعل بوضع تعريف شامل ومختصر لعقد الإذعان على الرغم من إقراره بصعوبة ذلك لعدم وضوح المصطلح والإرباك الذي ساد الوسط القانوني تجاه آلية التعاقد في عقود الإذعان وتعرض المبادئ القانونية الراسخة إلى اهتزاز جراء إبرام تلك العقود فيقول:(العقد الذي يسلم فيه احد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الاخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع او

مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني او فعلي، او تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها)[٥١]. لقد بين التعريف العناصر الجوهرية لعقد الإذعان وسلط الضوء على انه من العقود التي لا يكون فيها مناقشة او مساومة الا انه لم يتطرق الى موضوع الشروط وأهميتها في هذا النوع من العقود.

اما بالنسبة للفقه القانوني الأمريكي ، فقد عرف عقد الإذعان بتعاريف متعددة تتمحور اغلبها حول التعريف الآتي: (عقود الإذعان هي عبارة عن عقود نموذجية موحدة مكتوبة من قبل طرف ذو قدرة تفاوضية أعلى، مع العلم أنه لن يتم قراءتها من قبل المشتركين، وإذا كان من المرجح القراءة فسوف لن يتم فهمها. و يتم تقديمها إلى "المذعن" كمقترح "خذها أو اتركها"، ولا يعط له أي بدائل غير الالتزام الكامل بـ الشروط المقدمة أو الرفض التام ).[52]

بشكل عام ان التعاريف أعلاه قد ركز بعضها على جانب معين والبعض الآخر على جوانب أخرى إلا أن السمة العامة لها الشرح والتفصيل لآلية التعاقد ودور الإرادة المنحسر بالرضوخ والتسليم فقط ، وقد قدم الدكتور فرج الصدة تعريفا جامعا لطبيعة عقد الإذعان وخصائصه الأساسية فبين صورة الاحتكار الذي يتمتع به الطرف القوي كسبب رئيسي في صيرورة العقد إذعانا مع اضطرار الأفراد للتعاقد.

ثانيا: التشريع : أما بالنسبة إلى تعريف عقد الإذعان في التشريعات فلم يكن موقفه بعيداً عن موقف الفقه بل كان ومازال أكثر حيادية في موضوع التعريف وعدم الدخول بتفاصيله الدقيقة والاكتفاء ببيان آلية التعاقد المؤدية إلى الإذعان والتركيز على صورة القبول التي تنتج عقد يتميز بصفة الإذعان.

لقد تجنب المشرع العراقي وضع تعريف لعقد الإذعان كبقية التشريعات المقارنة لعدة أسباب من أبرزها عدم الرغبة في اقتحام المشاكل التي أثارتها التسمية بين الإذعان أو الانضمام، وكذلك ميل المشرع عادة إلى الإحجام عن تعريف الظواهر القانونية الجديدة التي تلقى نصيباً من التحليل، فالتشريع يعنى بمضمون القاعدة التنظيمية أكثر من بيان طبيعتها

الفلسفية والاكتفاء بمجهود الفقه ببيان تعريفات المصطلحات، لذلك فقد نصت المادة ١/١٦٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أن:( القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه المناقشة).

إن هذا التعريف يكشف عن مسايرة المشرع العراقي لما ذهب إليه نظيره المصري في عدم وضع تعريف يبين مفهوم وخصائص عقد الإذعان والاكتفاء ببيان آلية القبول المؤدية إلى إنشاء عقد الإذعان فالمشرع المصري في المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أورد تعريف خاص بمفهوم الإذعان حيث نصت على( القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) وكما هو واضح من النص إن المشرع العراقي قد اعتمد منهج المشرع المصري في تجنب الخوض بتعريف عقد الإذعان.[٥٣]

أما بالنسبة إلى التشريعات الأخرى فقد بين المشرع الفرنسي عقد الإذعان وكشف عن خصائصه لأول مرة في التعديل الجديد للقانون المدني المنشور في ٢٠١٦/٢/١١ في المادة ١١١٠:( هو عقد نموذجي يتضمن شروطا عامة تم وضعها بشكل مسبق من قبل طرف واحد بدون مناقشة ) [٥٤] حيث وضح آلية العقد الذي يفرض فيه أحد العاقدين الشروط العقدية بشكل مسبق دون أن يكون للعاقد الآخر حرية مناقشتها وبالتالي اعتبر المشرع الفرنسي وبحماية عالية المستوى وبموجب المادة١١٧١ [٥٥] إن تلك الشروط غير الخاضعة للمناقشة والواردة في العقود المعدة مسبقاً هي لاغية وتعتبر غير موجودة. إن تعريف المشرع الفرنسي يعكس الاتجاه الحديث المتبنى حالياً لدى التشريعات الحديثة والتي تركز على ضرورة تقديم حماية أكبر للمستهلك وبالتالي إن اقتصار تلك الحماية على العقود الصادرة من المحتكر( القانوني أو الفعلي) يمثل تحجيماً لتلك الحماية، فالاتجاه الحديث يركز على العقد ينطوي على صفة الإذعان اذا كان معد بشكل مسبق ويتضمن شروطاً غير قابلة للمناقشة ومفروضة على المستهلك بشكل تعسفي [٥٦] مما يجعل رضاء المستهلك محل شك وبالتالي يتدخل المشرع لحمايته فأن عقود الإذعان تتمحور حول وجود أو عدم وجود الشروط التعسفية فمتى ما وجدت تلك الشروط، توافرت صفة

الإذعان. وبشكل عام، لا يمكن انكار تاثر الفقه العربي بما طرحه الفقهاء الفرنسيون لما يخص بيان مفهوم عقد الإذعان والخصائص المميزة له – وهو ما تم بيانه اعلاه- الا انه بعد صدور التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي حاول المشرع الفرنسي ان يضفي بعدا جديدا للعقود التي يمكن ان توصف بالإذعان من خلال المواد ( ١١١٠ و ١١٧١ ) ، فالمادة ١١١٠ قد حددت الملامح العامة والخصائص الرئيسية لعقد الإذعان بانه العقد الذي يتم تحرير شروطه من طرف واحد ولا يقبل المناقشة، ويرى الفقه الفرنسي ان هذه المادة تمثل تحولا بنظرة المشرع الفرنسي تجاه مفهوم الإذعان[٥٧] فبعد ان كان يستلزم توافر الخصائص التقليدية للاذعان كالاحتكار للسلع الضرورية ويعتمد على المعيار الاقتصادي البحت لتقرير ماذا كان الإذعان متوفرا من عدمه فقد وسع من مفهومه ليركز على نقطتين جوهريتين تمثلان الخصائص المميزة لعقود الاذعان : الاولى بينها في المادة ١١١٠ عندما اشار الى خاصية وضع الشروط من طرف واحد فقط وعدم قابليتها للمناقشة، والثانية بينها في المادة ١١٧١ حيث اشار الى ان هذه الشروط المفروضة والتي لا تقبل المناقشة تؤدي الى تحقق اللامساواة الواقعية بين طرفي العقد والتي تؤدي بالنتيجة الى اختلال توازنه لمصلحة الطرف القوي ضد الطرف المذعن[٥٨]. وعليه فاننا نجد ان الفقه الفرنسي واستنادا الى ما قدمه المشرع من رؤية جديدة لمفهوم الإذعان قد هجر معيار الاحتكار للسلع الضرورية كخاصية اساسية وركز على موضوع اختلال التوازن العقدي الناجم من عدم مناقشة الشروط المفروضة على المستهلك من قبل الطرف القوي وهو ما ينسجم مع هدف الدراسة.

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي فهو لم يضع تعريفا صريحا لعقود الإذعان إلا انه يصنفها ضمن العقود النموذجية التي عرفها بأنها (عقود موحدة مكتوبة من قبل طرف ذو قدرة تفاوضية أعلى، مع العلم أنه لن يتم قراءتها من قبل المشتركين، وإذا كان من المرجح القراءة فسوف لن يتم فهمها. و يتم تقديمها إلى "المذعن" كمقترح "خذها أو اتركها"، ولا يعط له أي بدائل غير الالتزام الكامل بـــ الشروط المقدمة أو الرفض التام ).[59] ،فالنظام القانوني الأمريكي يعتبر ان كل عقد إذعان هو عقد نموذجي لكن ليس كل عقد نموذجي هو عقد إذعان[٦٠] ، لذلك فقد عالج

المشرع الأمريكي المعاملات التي تنطوي على صفة الإذعان ضمن العقود النموذجية - التي تعد مسبقا و لا تقبل التفاوض - ضمن قانون التجارة الموحد في القسم الخاص حول العقد او الشرط غير المعقول :

Uniform Commercial Code- Section 2-302 Unconscionable Contract ) [٦١]
(or Clause) والتوجيه الثاني في المادة ٢١١ الصادر سنة ١٩٨١ الخاص بالعقود (
Restatement (Second) Of Contracts 1981, § 211. Standardized
Agreement). وفي الحقيقة ان القانون الأمريكي لم يخرج عن اطار الفقه في اعتبار الشروط غير المعقولة التي يتضمنها اي عقد نموذجي تعتبر عقود لا تقف بعيدا من امكانية تدخل القضاء لتصحيح الوضع وحماية الطرف الضعيف.

ثالثا: أما تعريف الإذعان من حيث أحكام القضاء : وكما تم بيانه سابقاً فإن الإرباك الذي ساد الفقه في تعريف عقد الإذعان قد انعكس أيضاً على إمكانية القضاء بتقديم أو بصياغة تعريف لهذا العقد فالقضاء العراقي وعلى الرغم من استعماله لمصطلح الإذعان في العديد من الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع وبشكل مبكر قياساً بباقي البلدان العربية إلا إنه من الصعوبة بمكان القول إنه قد أوجد أو صاغ تعريفاً جامعاً مانعاً لعقد الإذعان فضلاً عن فهمه الدقيق لهذه الآلية الجديدة بالتعاقد بالشكل الذي يزيل الغموض وقد أشار جانب من الفقه العراقي الى أن بعض المحاكم العراقية- سابقا- لم تفهم معنى عقود الإذعان فصارت تفسر بعض الإجراءات الإدارية على أنها عقود إذعان ففي قضية لمحكمة بداءة بغداد بشأن عقد مبرم بين أحد الأشخاص ومصرف الرافدين، العقد تضمن شرطاً يستلزم من الشخص العمل في المصرف لمدة خمس سنوات فكيفت محكمة البداءة بعد أن تم التخاصم بين الطرفين على إن العقد هو عقد إذعان [٦٢] ، وفي قضية أخرى تتمثل بعقد مبرم بين متعهد ووزارة الدفاع العراقية لتجهيز الأخيرة بعدد من مساند التصويب وبعد أن تم التخاصم بين طرفي العقد حكمت محكمة التمييز على اعتبار العقد من قبيل عقود الإذعان كون شروط العقد غير قابلة للمناقشة والمفاوضة لكونها معدة سلفاً في

حين أن المتعاقد مع وزارة الدفاع هو الذي يجهزها بالمواد المتفق عليها وليس العكس بالإضافة إلى عدم وجود احتكار في موضوع العقد.

وفي الواقع إن هذا الغموض والإرباك كان متزامناً مع بدايات انتشار صفة الإذعان في العقود ودخولها حيز التطبيقات العملية بعد أن تم مناقشتها حديثاً من قبل الفقهاء لكن بعد رسوخ أساسيات وتفاصيل الموضوع ومناقشته بشكل مسهب من قبل أغلب الفقهاء فقد انجلى الغموض وأبدع القضاء العراقي في تبني صفة الإذعان في العقود لحماية الطرف الضعيف في العقد الذي يختل توازنه بعد أن يتضمن شروطاً تعسفية ، أما بالنسبة إلى القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الإذعان في العديد من الأحكام القضائية وبمناسبات مختلفة بعضها متعلق بالشأن الداخلي وبعضها بالشأن الدولي كما بين أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الفيصل لكشف الإرادة الحقيقية لكن في مجال عقود الإذعان يجب الاعتداد بما أعد مسبقاً من إيجاب معلن أما فيما يخص العبارات المستخدمة في العقود فيكون للمعنى العرفي الدور الأبرز عند تفسير تلك العبارات وهكذا يتضح إن القضاء الفرنسي وعلى الرغم من استعماله لمصطلح الإذعان في أكثر من حكم إلا إنه لم يقدم تعريفاً محدداً كذلك لعقد الإذعان وبالتأكيد إن هذه الصعوبة نابعة من تعدد أنواع العقود التي تبرم بطريق الإذعان من جهة ولعدم تحديد الشروط التي يمكن اعتبارها كاشفة عن صفة الإذعان في تلك العقود من جهة أخرى[٦٣] .

اما بالنسبة الى القضاء الأمريكي فان قضية *Siegelman v. Cunard White Star.* في سنة ١٩٥٥ هي أول قضية استخدم فيها القضاء الأمريكي مصطلح عقد الإذعان[٦٤]، حيث أشار القاضي الى اعتبار عقد الإذعان من العقود النموذجية التي تصاغ من قبل طرف واحد ولا تقبل المفاوضة وقد تنطوي على شروط غير عادلة بحق الطرف الضعيف.[٦٥]

## المطلب الثالث

## خصائص عقد الإذعان

إن استخلاص العناصر الضرورية التي تمثل الخصائص المميزة لعقد الإذعان من العقود الأخرى أمراً ليس بالسهل ويتشارك مع موضوع التعريف الصعوبة الناجمة من عدم وضوح المفاهيم والتباس المصطلحات. ومن أجل التعرف على الحدود الفاصلة والمميزة لعقد الإذعان من العقود الأخرى والتي تم استخلاصها من تعريفات الفقهاء والمشرعين لعقد الإذعان وكذلك من الأحكام القضائية الواردة بهذا الصدد، نقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لبيان الخصائص العامة لعقد الإذعان والفرع الثاني نبين الخصائص الذاتية أو الفنية على النحو الآتي:

### الفرع الأول

### الخصائص العامة للعقد

يتميز عقد الإذعان بخصائص عامة قد يشترك فيها مع بقية العقود ولها دور مهم في رسم ملامح تكوين العقد ويمكن بيانها بالاتي:

أولا: عقد الإذعان من العقود الرضائية [٦٦]: وكما هو معلوم إن الأصل في أغلب العقود هي الرضائية ولا يشذ عن هذا الأصل عقد الإذعان، وعلى الرغم من أن الشروط التي يتضمنها العقد هي شروط تعسفية ولا تقبل المناقشة أو التفاوض إلا إن صفة الرضائية حاضرة في هذا العقد بغض النظر عن تفاصيلها وجزئياتها وعلى الرغم من أن عقد الإذعان غالباً ما يكون معد سلفاً أي مكتوب إلا أن أساس الالتزام التعاقدي فيه هو رضائي وفي هذا الصدد يرى احد الفقهاء ضرورة عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لإثبات العقد والشكل الذي يفرضه نشوئه، فمن أجل أن يكون العقد رضائياً اشترط القانون شكلاً معيناً لإثباته مادام التراضي وحده يكفي

لانعقاده[٦٧] وهو ما عليه الحال في عقود الإذعان الذي يكفي لانعقاده ارتباط الإيجاب العام مع قبول الأفراد بعقد معد سلفاً ليكون وسيلة إثبات.

ثانيا: عقود الإذعان من عقود المعاوضة: إن عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي ويعطي مقابلاً لما يأخذ كالبيع وبخلافه الهبة كمثال أو مصداق لعقد التبرع حيث لا يأخذ المتعاقد مقابلاً لما يعطي[٦٨] . وعلى الرغم من إن التفوق الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يجعله بموقع مؤثر مما يفرض التزامات على الطرف الضعيف أكبر من التي يلتزم بها أو يحصل على حقوق ومصالح أكبر، إلا إن هذا الاختلال بالتوازن العقدي لا يزيل صفة المعوضية من العقد فلا يمكن تصور عقد الإذعان بأنه من عقود التبرع.

ثالثا: من العقود الملزمة للجانبين( عقداً تبادلياً) [٦٩]: وعقد الإذعان كما بينا هو من عقود المعاوضة وبالتالي يكون من المنطقي أن يكون من العقود الملزمة لجانبيه ، ويمكن القول إن خاصية التبادل الموجودة في عقد الإذعان تعتبر دافعاً للمشرع للمحافظة على توازن الالتزامات العقدية بين طرفيه وبالتالي إذا أصاب هذا الميزان خللاً ما بدافع التفوق الاقتصادي أو الفني الذي يمتلكه الطرف القوي يكون مبرراً لتصحيح المسار وتصحيح ذلك الاختلال لإرجاع صفة العقد إلى مسارها الصحيح في كونه عقداً تبادليا.

رابعا: عقد الإذعان من عقود المدة: يقسم الفقهاء العقود من حيث استمراريتها إلى عقود فورية التنفيذ كالبيع وعقود مستمرة كالإيجار أو دورية كعقد الوديعة( عقود المدة ) [٧٠]. وعند تفحص عقود الإذعان يمكن القول إن أغلب صوره من عقود المدة ففي مجال العمليات المصرفية فإن عقد الحساب الجاري والذي تستمر العمليات القانونية بموجبه بين المصرف والعميل فترة من الزمن ولا يشرعان بالتنفيذ إلا بعد إقفال الحساب[٧١] وكذلك العقد المصرفي المتعلق ببطاقة الائتمان حيث يعتبر كذلك من عقود المدة المستمرة في التنفيذ. إن اعتبار عقود الإذعان من عقود المدة عنصراً مهماً في حماية الطرف الضعيف خلال فترة العقد المستمرة فتدخل المشرع لتصحيح اختلال التوازن العقدي يجد أثره البالغ إن كان العقد من العقود مستمرة التنفيذ.

## الفرع الثاني

## الخصائص الذاتية لعقد الإذعان

تتميز عقود الإذعان بخصائص تميزها من العقود الأخرى، بعضها يتعلق بآلية انعقاد وتكوين العقد والبعض الآخر يتعلق بالجوانب الفنية الخاصة لمحل العقد وآثاره، هذه الخصائص بما لها من الأهمية فهي ترسم الملامح الخاصة لعقد الإذعان التي تحدد الخط الفاصل بيه وبين باقي الآليات التعاقدية، ويمكن بيانها على النحو الآتي:

أولا: الإيجاب العام والدائم: من خصائص عقود الإذعان أن إيجاب الموجب يكون عاماً للجمهور كافة أي بصفة غير شخصية فهو موجه لكل من يملك أهلية القبول إن شخصية الطرف المذعن ليست ذات أهمية بالنسبة للموجب وهذا لا يعتبر خرقاً للشروط الخاصة التي تتضمنها بعض عقود الإذعان في القابل والتي تجعله قائماً على الاعتبار الشخصي لكن يبقى الإيجاب عام لكل من تتوافر فيه تلك الشروط أو الصفات المطلوبة ويعتبر هذا الإيجاب باتاً ونهائي ولا يكن للموجب التحلل منه دون انتهاء الفترة الزمنية التي يضعها.

ثانيا: التفوق الاقتصادي أو الفني للموجب: من أهم الخصائص التي تميز عقد الإذعان والتي أجمع عليها الشراح أن يكون الموجب بمركز اقتصادي مميز يسمح له بفرض شروطه على الطرف المذعن[٧٢]. إن هذا التفوق يجد مصدره في أمور عديدة فربما يكون الموجب محتكراً لسلعة أو خدمة احتكاراً فعلياً كتفرد الموجب بالإنتاج أو قانونياً كشركات الهاتف النقال أو عقود النقل أو العمليات المصرفية أو سيطرته نتيجة المنافسة المحدودة للسلعة أو الخدمة المقدمة كما في العمليات المصرفية في البلدان التي يكون فيها العمل المصرفي مقيد بشروط وضوابط وآليات تعاملهم كذلك مقيدة ومعقدة وصارمة مما يجعل فرص الحصول على التسهيلات الائتمانية والخدمات المصرفية المتقدمة منحصراً بمجموعة محددة من المصارف ومن نافلة القول إن الاحتكار لا ينحصر بالشركات الكبرى فربما يستطيع تاجر صغير في مدينة بسيطة أن يفرض شروطاً تعسفية لبيع سلع أو خدمات يصعب على الأفراد الحصول عليها إلا من خلاله . وعلى

الرغم من هذه الخاصية ( التفوق الاقتصادي) قد تشارك بها عقود الإذعان مع بعض العقود الأخرى إلا أن ما يميزها في الإذعان الآتي:-

١- وضوح استمرار التفوق الاقتصادي مهما تنوعت العقود وتغيرت الأوقات فقد تتغير مكنة الموجب بفرض شروطه بزوال صفة الاحتكار عنه أما بزوال الترخيص القانوني أو بفعل دخول منافسين كثر وبالتالي وجود المنافسة العديدة والمتاحة لجميع الأفراد وبشروط متفاوتة ومختلفة يجعل صفة الإذعان منحسرة بمثل تلك العقود.

٢- إن التفوق لا ينحصر بالوضع الاقتصادي فقط وإن كان أبرز صوره بل يمكن أن يكون في المجال التقني لاسيما في مجال العمليات المصرفية الإلكترونية التي تحتاج إلى قدر عال من فهم آليات العمل المصرفي العادي فضلاً عنه إن كان الكترونياً وهذا ما ينعكس على نوعية الشروط التي سيدخلها الطرف القوي في العقد والتي سيقابلها جهل أو عدم إطلاع تفصيلي من قبل الطرف الضعيف.

٣- إن التفوق الاقتصادي وحده غير كاف بل لابد أن ينتج عنه شروطاً تعسفية تفرض على الطرف الضعيف كي يكون العقد إذعان، إن اشتراط التفوق الاقتصادي في العقود إن لم تكن تنطوي على فرض شروط تعسفية سوف تفقدها صفة الإذعان [٧٣]

ثالثا: محل عقود الإذعان سلع أو خدمات ضرورية للمستهلكين: يجب أن يكون محل عقد الإذعان من السلع أو الخدمات الضرورية التي لا يستغني عنها الطرف المذعن وبالتأكيد إن هذه الضرورة نسبية تختلف من مجتمع لآخر فما يكون في مجتمع ضرورياً قد يكون غير ضروري في مجتمع آخر، إن حاجة المستهلك لتلك السلعة وضروريتها لحياته أو حياة متعلقيه تلجئه للتعاقد وتحمل الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي[٧٤]. إن هذه الخاصية هي مكملة ومفسرة للخاصية السابقة فلا يكون الطرف القوي متفوقاً عقدياً إلا لكونه مختص بتقديم سلع وخدمات لا غنى للطرف الضعيف عنها.

رابعا: عقود الإذعان تصدر بعقود نموذجية معدة سلفاً: إن صدور إيجاب الطرف القوي بعقود معدة سلفاً( نموذجية) هي نتيجة طبيعية لكون الإيجاب موجه للعامة من الجمهور ويعتبر ظهور

شروط العقد في صيغ تعاقدية معدة سلفاً تطوراً في الفن التعاقدي وبهذا الصدد يقول فرج الصدة ( إن العقود النموذجية لا تعتبر بالضرورة عقود إذعان)[٧٥] وعليه إن كل عقد إذعان هو عقداً نموذجياً معد سلفاً لا يقبل المناقشة لكن ليس كل عقد نموذجي هو عقد إذعان. إن ظهور الشروط في قالب معد سلفاً نموذجي موجه إلى الجمهور كافة ينطوي على أمور مهمة تتعلق بهذه الخاصية لاسيما في عقود الإذعان نوردها على النحو الآتي:-

١- طالما كانت شروط العقد معدة سلفاً فهي بالتأكيد لا تقبل المناقشة أو المساومة كما هو الحال في بعض العقود الأخرى وبالتالي إن دور الطرف الضعيف يقتصر على قبول الشروط كلها أو تركها كلها.

٢- أغلب الشروط المعدة تكون على مستوى من الدقة والتعقيد لتحقيق مصلحة الموجب المعد لهذه الشروط وبالتأكيد إن من وضعها ستكون لمصلحته.

٣- إن أغلب الشروط المعدة من قبل الطرف القوي والتي لا تقبل المناقشة تتصف بالصفة التعسفية التي تستلزم حماية الطرف الضعيف منها وهو ما جعل المشرع ينتهج منهجاً خاصاً في معالجة تلك الشروط كما نصت على ذلك المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي.

خامسا: إن القبول في عقود الإذعان يكون تسليماً بما جاء في الإيجاب العام دون إبداء أي مناقشة أو مساومة وبالتالي إن صدور القبول من الطرف المذعن يجعله ملزماً بالعقد وآثاره إن المشرع العراقي نص على هذه الخاصية في المادة ١٦٧/ ١ بقوله( القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه المناقشة) وبالتالي يمكن القول إن القبول المتوافر في العقود المنطوية على صفة الإذعان هو قبول اضطراري ألجأت الحاجة الطرف الضعيف للتعاقد وبالتالي إن رضاءه بالمجمل موجود ولكنه مفروض عليه[٧٦] إلا أن هذا النوع من الاضطرار كما يقول الدكتور عبد المجيد الحكيم ليس هو الإكراه المعروف كعيب من عيوب الإرضاء بل هو إكراه متصل في أغلبه بعوامل اقتصادية[٧٧]. وبشكل متشابه يعتبر الفقه القانوني الأمريكي أن القبول في عقود الإذعان هو قبول شكلي وليس حقيقي لعدم

الاطلاع الفعلي على شروط العقد، فاغلب حالات القبول في عقود الإذعان يتم بدون اطلاع ومعرفة بشروط العقد حتى وان كان هناك توقيع من الطرف الضعيف.[٧٨] ويرى البعض من الفقهاء الأمريكان – بشكل منسجم مع ما طرحه الدكتور عبد المجيد الحكيم أعلاه- إن ضعف التفاوض والإذعان ناتج من الحاجة الى السلعة او الخدمة التي يحتكرها الطرف القوي التي تقود الى تحقق الإكراه الاقتصادي .[٧٩]

سادسا: تضمن العقد لشروط تعسفية: كما تم الإشارة أعلاه في النقطة المتعلقة بكون العقد معد سلفاً من أنه يتضمن على شروط تحقق مصلحة الموجب فإن هذه الشروط وكما نص المشرع على ذلك في المادة ١٦٧ هي شروط تعسفية تستلزم الحماية القانونية للطرف الضعيف منها. إن توافر الشروط التعسفية هي من أهم خواص ومميزات عقود الإذعان فبدون هذه الشروط مع تحقق كل الخصائص السابقة لا يستلزم أن يكون العقد إذعاناً، نعم صحيح أن الإذعان هي طريقة للتعاقد تكون منحصرة بالقبول الاضطراري لكن لا يمكن توافر صفة الإذعان بهذا القول فقط بل إن توافر الشروط التعسفية المضرة بالطرف الضعيف هي الخاصية الأساس والمميزة لعقود الإذعان وبالتالي من الممكن أن تكون العقود نموذجية ومعدة سلفاً ولا تقبل المناقشة لكنها لا يمكن أن تكون عقود إذعان لعدم توافر الشرط التعسفي فيها، إن هذه الخاصية هي تجسيد للرغبة التشريعية الحديثة التي جعلت من توافر الشروط التعسفية مستلزمة لإطلاق صفة الإذعان على تلك العقود مما يحقق مزيداً من الحماية القانونية للطرف الضعيف. إن التفوق الاقتصادي يجعل الموجب بمركز يستطيع من خلاله فرض الشروط وتحقيق المصلحة لكن لا يمكن لنا أن نعتبر عقود المتفوقين اقتصادياً عقود إذعان ما لم تنطوي على شروط تعسفية.

اما بالنسبة الى الفقه القانوني الأمريكي فقد حدد أيضا خصائص عقد الإذعان بشكل مشابه لما تم بيانه أعلاه، حيث الإيجاب العام، الاحتكار للبضائع والخدمات، صيغة العقد معدة سلفا و شروطه تخدم مصلحه الموجب.[٨٠] لقد أشار الباحث الأمريكي ( Vera Bolgar) الى خصائص عقد الإذعان التي لا تختلف عما تم ذكره سلفا إلا انه يؤكد على ان السلطة التفاوضية قد انحسرت عن الإفراد باتجاه واضعي شروط تلك العقود من خلال هيمنتهم على سوق السلع

والخدمات.[٨١] وبنفس السياق قدم الفقيه الأمريكي ( Todd Rakoff) تعريفا لعقد الإذعان جمع فيه سبعة خصائص لعقد الإذعان[٨٢] لا تختلف عما تم بيانه سلفا.

## المطلب الرابع

## التعسف وأثره في بلورة مفهوم حديث لعقود الإذعان

ان التعسف في فرض الشروط هي السمة المميزة لعقود الإذعان، وان العقد الذي ينطوي على شروط تعسفية هو الذي يمكن ان يوصف بتحقق صفة الإذعان فيه ويستلزم الحماية القانونية للأطراف الضعيفة، ولفهم هذا الترابط بين فرض الشروط التعسفية وتحقق صفة الإذعان لابد من بيان العلاقة بينهما بشكل تفصيلي من جهة، وتوضيح المراد بالشرط التعسفي في عقود الإذعان من جهة اخرى حيث خصص لكل موضوع فرع على النحو الاتي:

### الفرع الأول

### العلاقة بين عقود الإذعان والشروط التعسفية

إن التعاريف السابقة الخاصة بعقد الإذعان طُرحت وهي متأثرة بالظروف الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك الوقت لذلك هي ركزت على عناصر كانت تمثل الفيصل في اختلاف عقود الإذعان عن العقود الأخرى، هذه العناصر ولدت متأثرة بنشاط الشركات الاقتصادية الكبرى وهيمنتها على السوق، حيث كان إنتاج وتسويق السلع والخدمات محصوراً بشركات محدودة وبالتالي فرضت تلك الشركات أسلوبا جديداً من الاتفاق ضمن لها تحقيق المصلحة والابتعاد عن المساوات القانونية، هذا الاتفاق الذي يعتبر تغييراً في الفن التعاقدي وانتقالاً في المفاهيم القانونية، جعل من المفاوضات والمناقشات التي كانت تسبق إبرام العقد أمراً مفرغ منه، ولا يكون للأفراد سوى القبول بالإيجاب المعروض لعامة الناس بما يتضمن من

شروط أو عدم الموافقة. ونجد ان هذه المنهجية جعلت فقهاء القانون أمام تحدي فقهي يتمثل في كيفية التعامل مع ثوابت الحرية التعاقدية حتى ابتداع الفقيه الفرنسي (سالي Salielles ) لموضوع عقود الانضمام واعتبر أن هذه المنهجية هي منهجية تعاقدية خاصة قائمة على أساس انضمام الطرف الضعيف للأقوى اقتصادياً الذي يحتكر تقديم السلع أو الخدمات احتكاراً فعلياً أو قانونياً ولا يقبل المفاوضات أو المناقشة بشأن الشروط التي يعرضها للتعاقد العام.

ويمكننا القول ان فقهاء القانون العرب لم يذهبوا بعيداً عن الأفكار الرئيسية لما طرحه الفقيه سالي فأغلب تعريفاتهم كما رأينا أعلاه تمركزت حول الخصائص الآتية: (الاحتكار، عدم وجود تفاوض او مناقشة، عقد موحد للجمهور و القبول ينحصر بالتعاقد او عدمه). إن هذه العناصر دفعت المشرعين تحت تأثير بروز وانتشار أفكار المدرسة الاجتماعية ومذاهب الدفاع الاجتماعي إلى فسح المجال للقضاء من أجل التدخل لحماية الطرف الاجتماعي الضعيف قبال هيمنة وتسلط الشركات الاقتصادية الاحتكارية واطر هذا التدخل بضرورة توافر صفات الإذعان وخصائصه الأساسية في آلية التعاقد لأي عقد من العقود، لكن عند النظر بدقة إلى حقيقة وجوهر العقود الموصوفة بالإذعان نجد أن كل الخصائص التي ذكرت أعلاه لا تؤدي إلى الإذعان والرضوخ المسببين لتدخل القاضي مالم تنطوي على شروط تعسفية وهي السمة الأبرز لعقود الإذعان والتي لم يشر إليها أغلب الباحثين في ذلك الوقت.

ان اتساع نطاق المستهلكين وانتشار الجمعيات المدافعة عنهم قد ولد اتجاها فقهيا حديثا يركز على تعريف عقود الإذعان بانها ليست تلك العقود التي يقدمها المحتكرون التي لا تقبل التفاوض فقط، بل هي كل عقد تضمن شرطا يوصف بالتعسفي[٨٣] وبالتالي فاننا نعتقد ان وجود الشروط التعسفية في العقود هو الذي يجعل منها عقود إذعان وتخضع لتدخل القاضي لحماية الاطراف الضعيفة اضافة الى الخصائص الاخرى. وفي الحقيقة إن تحليل العناصر المكونة لوصف الإذعان في العقود كما طرحها الفقهاء أعلاه نجدها غير مانعة تماماً من دخول عقود أخرى ضمن ذلك الوصف فالاحتكار ليس مقصوداً لذاته بل لما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة منفردة دون أن يقبل فيها المناقشة أو التعديل،

وبالتالي إن العنصر الأساس هو فرض الشروط ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الفرض ناتج من احتكار السلع والخدمات أو نتيجة لأمر آخر، نعم، صحيح إن الاحتكار يجعل الآخرين في حالة اضطرار للتعاقد مع المحتكر، بيد إن الاحتكار لوحده ليس بالضرورة ان يؤدي إلى الإذعان مالم يتضمن العقد شروطاً تعسفية، فلو قدم المحتكر عقداً لا يتضمن شروطاً مجحفة بالجانب الضعيف ومنصفة لمصالح الطرفين، عندئذ من غير الصحيح تسمية ذلك العقد بالإذعان هذا من جهة ومن جهة أخرى، إن انعدام المفاوضات والمناقشات حول شروط العقد- لو دققنا النظر- لا يمثل العنصر الأساس الذي يجعل من العقد إذعاناً فالمحلات الكبرى التي تعرض بضاعتها لا تقبل المناقشة أو المفاوضة بخصوص أسعارها وتفاصيل عقودها لكنها لا تنطوي على شروط تعسفية، وبالتالي لا يمكن وصفها بالإذعان مما يدل على إن عدم المفاوضات ليس هو السبب الجوهري بل لوجود الشروط التعسفية وبالتالي إن العقد الذي لا يتضمن مفاوضات ولا يتضمن شروطاً تعسفية ليس بالضرورة أن يكون عقد إذعان.

لكل ما تقدم يمكن القول إن توافر الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية تجعلها عقوداً إذعانية حتى وإن لم يكن مقدمها محتكراً، إن هذا الاتجاه الحديث في توسعة مفهوم عقود الإذعان ينسجم مع فكرة البحث الأساسية في اعتبار العقود التي تطرحها المصارف للمستهلكين- في الكثير منها- تعتبر من عقود إلاذعان لانطوائها على شروط تعسفية، كما سنرى، فالعمليات المصرفية – من الناحية النظرية- لا يمكن وصف القائمين بها بالمحتكرين وذلك لافتراض وجود اكثر من خيار- وان كان منحصرا في كثير من الاحيان- من جهة، ومن جهة اخرى ان سماح المصارف لبعض العملاء من التفاوض حول بعض شروط العقد لا يعفيها من وصف الإذعان متى ما توافرت على شروط تعسفية بحق المستهلك المتعامل والذي يستلزم تدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف.

فالعقد حتى وإن انطوى على كل الخصائص التي عرف بها عقد الإذعان ولم يتضمن على شروط تعسفية سوف لن يسمح بتدخل القاضي لتحقيق الحماية، وبمفهوم المخالفة لا يوجد إذعان ولا يوجد طرف ضعيف وانما توجد الية تعاقد تشابه عشرات عقود البيع التي تتم دون

مساومة او مفاوضة لكنها ليست مجحفة بحق المتعاقد الاخر كما لو رافقها شرط تعسفي. وعليه إن كل عقد يوصف بالإذعان يستلزم بالضرورة وجود شرطاً تعسفي اضافة الى توافر الخصائص الأخرى فمتى ما وجد التعسف وجد الإذعان وهو ما نفترض وجوده في العمليات المصرفية وعقودها[٨٤].

وهذا التوجه لا يختلف عما ذهب أليه الفقه الأمريكي الذي ناقش الآليات التعاقدية التي تتم من خلالها عقود الإذعان ووجد أنها تنطوي على خصائص ( الحرية الى الإذعان وليس الحرية الى التعاقد) ومن اهم الاسباب التي تقود الى الإذعان هو توافر الشروط غير العادلة مع اختلال القدرة التفاوضية بين طرفي العقد.[٨٥]

## الفرع الثاني

## مفهوم الشرط التعسفي

أن تعريف الشرط التعسفي الذي يلازم عقود الإذعان عادة ما يرتبط بشكل وثيق باختلال التوازن العقدي و عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية وأيا كان سبب هذا الاختلال سواءً كان اقتصاديا أم معرفيا، مهنياً أم تقنياً، فالنتيجة إن احد اطراف العقد ومن خلال فرضه للشروط التعسفية سيكون له ميزة اقتصادية لا يوجد لها مقابل للطرف الضعيف، الأمر الذي يجعل من الالتزامات والحقوق المفروضة بموجب العقد يعتريها الاختلال وعدم التكافؤ بين الطرفين. وهذا ما دفع المشرع لفرض الحماية اللازمة للطرف الضعيف، لإعادة توازن العقد الموصوف بالإذعان ومراجعة شروطه [٨٦]. لقد أحيط بيان مفهوم الشرط التعسفي باهتمام كبير من الفقهاء لما له من أثر في تدخل القضاء لحماية الأطراف الضعيفة. أن تحديد مفهوم شامل للشرط التعسفي لا يتأتى فقط من خلال عرض تعاريفه في الفقه و التشريع ، وإنما ينبغي إيجاد المعايير التي يعتبر بموجبها الشرط تعسفيا من عدمه لأهمية ذلك في توسيع الحماية القانونية للمستهلك من جهة، و توحيد أحكام القضاء في هذا المجال تجنبا للمساس باستقرار المعاملات التعاقدية من جهة

أخرى. ولبيان مفهوم الشرط التعسفي من زاوية عقود الإذعان يجب إيضاح ابرز مرتكزاته والمعايير التي تحدد ملامحه على النحو الاتي:-

أولا: معيار التفوق الاقتصادي: إن ما يتمتع به المحترف من معرفة فنية وتقنية متخصصة بما يتعامل فيه من سلع أو خدمات تعزز مركزه القوي في مواجهة المستهلك الذي يفتقر إلى هذا المستوى من الخبرة والدراية ، وكذلك فان القوة الاقتصادية والكفاءة المهنية التي يمتلكها المحترف تمكنه من فرض إرادته وشروطه التعاقدية على الطرف الضعيف التي غالبا ما تكون تعسفية. إن أصل التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هي ظاهرة سابقة على نشوء العلاقات التعاقدية بين الأفراد ، فهيمنة القوة الاقتصادية على السوق واستغلالها بما قد يعرض المنافسين الآخرين للضرر شأن قديم بيد أن الأمر قد اتسع مع بروز الشركات الكبرى وظهور مجالات الإنتاج والتسويق الكبير، الامر الذي حدا ببعض الفقهاء الامريكان في ان يعتبروا اختلال توازن العقد أمرا طبيعيا فالتفوق الاقتصادي حتما سيقود الى تفوقا تعاقدي وتفاوضي.[٨٧]

لقد اتجه قسم من الفقهاء مؤثرين أو متأثرين بمواقف التشريعات ، إلى تحديد الشرط التعسفي يمكن استنادا الى فرضه من قبل طرف قوي يمتلك قوة اقتصادية تمكنه من فرض شروطه المحررة مسبقا على الطرف الضعيف، بعبارة أخرى اعتبر بعض الفقهاء أن تحرير الشروط المسبقة في العقد والتي عادة ما تقترن بعدم السماح بالمفاوضات أو المناقشات لتغيير أو تعديل الشروط هي شروط تعسفية وضعت نتيجة لهيمنة اقتصادية يتمتع بها طرف قبال ضعف طرف آخر.

إن قلة خيارات الطرف الضعيف وحاجته الملحة والتي يقابلها احتكار أو سيطرة الطرف القوي على مجال خدمي معين يجعل الأخير في موضع يستطيع معه فرض شروط غير قابلة للمناقشة، ولا يكون أمام حاجة وضعف الطرف الآخر إلا القبول، مما جعل الفقهاء يعتبرون تلك الشروط تعسفية.

إن التفوق الاقتصادي لطرف غالبا ما يقابله قلة خبرة قانونية أو فنية للطرف المقابل، مما يجعل الطرف القوي أمام مكنة اقتصادية وفنية لتنظيم العقود بالشكل الذي يحقق مصالحه و يجعل

آثاره لصالحه. ويرى البعض إن التفوق لا ينحصر بالمجال الاقتصادي فحسب، بل يمكن أن يكون تفوقا في المجال التقني كذلك، أي خبرة أحد أطراف العقد وتخصصه قبال جهل أو عدم اطلاع تفصيلي من قبل الطرف المقابل، مما يجعل الطرف الأول بمكنة لفرض شروط قد يغيب فهمها عن الطرف الضعيف نظراً لوجود تقنية خاصة بها وبآلية عملها، وابرز صور هذا الموضوع هو في مجال العمليات المصرفية الحالية، لاسيما المتسمة بالطابع الإلكتروني، فغالبا ما يجهل المتعاقد التفاصيل الأساسية، جدير بالإشارة ان التطور الالكتروني لا يعتبر بحد ذاته احد وجوه الشروط التعسفية ان لم نقل العكس لكن بعض العمليات المصرفية كمعاملات بطاقات الدفع المسبق او التحويل المالي الالكتروني او التعامل مع المصارف الالكترونية بحاجة الى فهم دقيق وممارسة مستمرة وإلا تعرض المستهلك لإخطار حسابية وقانونية جراء بساطة فهمه وعدم معرفته التفصيلية بالإجراءات التقنية لتك الخدمة المصرفية . عليه إن التفوق لا ينحصر في المجال الاقتصادي فقط، بل ربما يكون في المجال التقني كذلك. عليه إن التفوق لا ينحصر في المجال الاقتصادي فقط، بل ربما يكون في المجال التقني كذلك. كما أن فخامة المشروع ليس المظهر الوحيد الذي يمكن أن يظهر من الطرف القوي، فيمكن لتاجر صغير أن يستخدم احتكاره الفعلي لخدمة معينة، ويفرض شروطا تعسفية بحق المستهلكين مستغلا تفوقه المهني، وحاجة الأفراد إلى خدماته [٨٨].

إن استخدام التفوق اقتصاديا كان ام مهنيا أم تقنيا بفرض شروط تعاقدية غير قابلة للمناقشة وبشكل محرر مسبقا قد جعل من الفقهاء أن يعتبروها شروطا تعسفية ، كونها مبنية على غياب حسن النية وتدليس من جهة واستغلال لحاجة الطرف الضعيف من جهة أخرى [٨٩]. لذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الشرط التعسفي استنادا إلى المعيار أعلاه بتعاريف متعددة، فمنهم من عرفه على أنه ( شرط يفرضه المحترف على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة)[٩٠]. كما عرف بأنه (الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية، وشروط

إسناد الاختصاص)[٩١]. كذلك فقد عرف بأنه (الشرط الذي يرد في العقود التي تتسم بعد التكافؤ بين أطرافها في القوة الاقتصادية أو الخبرة أو الدراية الفنية أو القانونية، وبشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية)[٩٢]. وأيضا عرف بأنه ( شرط في العقد يترتب عليه اختلال التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحترف والمستهلك ويتمثل بمكافئة المحترف بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك) [٩٣]. و عرف أيضا بأنه(الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة ) [٩٤].

أما بالنسبة إلى التشريع فيمكن القول إن المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك لسنة ١٩٧٨ في المادة ٣٥ عرف الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة [٩٥] . إن التعريف الذي أورده قانون حماية المستهلك الفرنسي في المادة ٣٥ اعلاه قد أوحى لمحكمة النقض الفرنسية إن كل عقد يبرم بين مهني ومستهلك وفيه خاصية البيع فإنه يعتبر ممنوعا كونه تعسفيا الشرط الذي يكون له أثرا في إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت بموجب الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون أعلاه[٩٦]. وهذا الاتجاه القضائي في تبني المفهوم نفسه للشرط التعسفي في حكم صادر لعلاقة بين العميل والبنك، حيث رأت أن الشرط يعد تعسفا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع، ويعمل على تعديل المبادئ العامة للعقد شكل غير متوافق مع مبدأ حسن النية.[٩٧]

وإذا أردنا تقييم معيار استعمال القوة الاقتصادية، فعلى الرغم من مساهمة التعريفات أعلاه، في توضيح طبيعة الشرط التعسفي واستناده إلى التفوق الاقتصادي كمعيار محدد للشروط التعسفية في العقود إلا انه لم يسلم من الانتقاد، فقد اعتبر البعض أن المعيار يتسم بعدم الدقة والغموض . فمن حيث عدم الدقة يستند إلى صعوبة تحديد التفوق الاقتصادي للمحترف، ومن حيث الغموض لا توجد حدود واضحة ومرسومة لهذا التفوق الاقتصادي من جهة أخرى.

إن التفوق الاقتصادي هي ظاهرة سابقة للعلاقات التعاقدية، وبالتالي وجودها لا يعني وجود الشرط التعسفي، فمن الممكن أن يكون هنالك تفاوت تعاقدي بين الطرفين لكن هذه لا يستدعي وجود الشرط التعسفي وكما لاحظنا أن مصطلح التفوق لا يتحدد بالاقتصادي فربما يكون تقني أو قانوني أو غير.

أن الانتقادات التي وجهت لمعيار التفوق أيا كان مصدره وللتعريفات التي استندت إليه، لا تقلل من أهميته في كونه سببا مهم لوجود الشرط التعسفي في عقود الإذعان. بعض الباحثين يخلطون بين الشرط التعسفي ذاته وسببه، فالتفوق الاقتصادي أو التقني هو سبب يقود في الغالب إلى إدراج الشروط التعسفية في العقود. لذلك إن الفقهاء الذين يعتبرون تلك العقود فاقدة للعدالة العقدية بسبب غياب حسن النية أو التدليس أو استغلال حاجة الطرف المذعن، هم في الواقع لم يكشفوا عن حقيقة من يقف خلف هذه الدوافع فليس الشرط التعسفي هو من يغيب العدالة بل التفوق الاقتصادي أو التقني الذي مكن الطرف القوي من أن يجعل شروطه لا تقبل المفاوضة أو المساومة، وعليه فالعدالة وغياب حسن النية أمور لا يستطيع القاضي تحديدها ماديا بدقة بينما يستطيع الاتكاء على التفوق الاقتصادي لإبراز غياب العدالة في الشرط التعسفي.

ثانيا: معيار الميزة المفرطة: من الواضح أن الهدف الأساس من أن يورد الطرف القوي لشروط تعسفية في عقده هو من اجل الحصول على مزايا تفوق تلك التي يحصل عليها الطرف الضعيف، هذه المزايا التي سميت بالفاحشة ترتبط بعلاقة سبب ونتيجة بينها وبين التفوق الاقتصادي أو التقني، ويمكن لنا أن نشبه الشرط التعسفي بأنه حلقة الوصل بين التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة، فلا يمكن للقوي أن يفرض شروطه التعسفية مالم يكن متمتع بمكنات تجعله يقدم عقده بعيدا عن المناقشة والمفاوضة. هذه المكنات متأتية من التفوق والقوة الاقتصادية التي يتملكها وبالتالي إن فرضه لذلك الشرط هو من أجل الحصول على ميزات خاصة لتحقيق مصالحه. لكن هذا المعيار (الميزة الفاحشة) أثار مشاكل عملية قانونية مما جعله يتعرض للانتقاد بسبب غموضه فالفقه تردد في بيان كيفية تحديد طبيعة تلك الميزة، فهل هي مالية ترد على الثمن كالغبن، أم هي ترد على المال وغيره من المصالح الأخرى ؟ وإذا كانت

ترد على المال فكم هو مقدار الفائدة التي يجب أن تتحقق كي تعتبر أن الميزة قد انتقلت الى الوضع غير الطبيعي بفعل الشرط التعسفي ؟ [٩٨]

هنالك بعض الباحثين ممن تبنوا الميزة الفاحشة كمعيار لتحديد طبيعة الشرط التعسفي فعرفوا الأخير على أنه ( الشرط الذي يشكل عدم مساواة فاحشة بين مركز المحترف والمستهلك حيث يكون هذا الأخير في مرتبة دنيا مقارنة مع المحترف)[٩٩] وكذلك على ( أنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر)[١٠٠] وعرف أيضا بأنه ( كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الضعيف[١٠١].

ولكي يعتبر الشرط المدرج في عقود الإذعان تعسفيا فإنه يجب أن يكون مفروضا بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المحترف من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى، و من الحكمة عدم التسرع في اعتبار الشرط تعسفيا لكونه يحقق مزايا للمحترف، إذ من الممكن أن يكون هنالك شرط آخر في العقد يحقق للمستهلك مزايا تعيد التوازن إلى العقد في مجمله.[١٠٢] لهذا يرى البعض بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشروط التعاقدية لان الشرط اذا نظر إليه بصفة منفردة قد يبدو تعسفيا إلا أنه عند النظر إلى مجموع شروط العقد فقد تنتفي صفة التعسف ويتبعها التوازن العقدي[١٠٣] .

كما هو واضح أن المعيارين أعلاه لا يمكن أن يكشفا بوضوح طبيعة الشرط التعسفي، فالتفوق الاقتصادي هو سبب يؤدي إلى إيراد شرطا تعسفيا من اجل تحقيق ميزة مفرطة للطرف القوي فهي علاقة سبب ونتيجة، لكن حقيقة الشرط التعسفي تتجلى بإمكانيته على إحداث خلل في ميزان العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد بغض النظر عن سبب أو دوافع هذا الشرط.

ثالثا: معيار اختلال التوازن بين التزامات وحقوق أطراف العلاقة: إن فكرة التوازن العقدي أو العدالة العقدية ظهرت بفعل ثورة التجديد لنظرية العقد وما تلاها من خطوات لتحييد مبدأ سلطان الإرادة. إن تبني المشرع لفكرة التوازن العقدي هو من أجل حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان لتحقيق مساواة فعلية بين طرفي العقد وليس مساواة قانونية فقط.

إن الفقه القانوني حاول تأصيل فكرة الإخلال الظاهر بالالتزامات العقدية باتجاهات مختلفة بعض الفقهاء نظر إلى الاختلال من أسس أخلاقية معتمدين في ذلك على مبدأ حسن النية الذي يحافظ على نزاهة العلاقة التعاقدية[١٠٤]. جانب آخر من الفقه عرف معيار اختلال توازن العقد بناءَ على أسس اقتصادية[١٠٥]، فهم يرون أن الاختلال يقتصر على الجانب المالي في الالتزامات التعاقدية، في حين تبنى آخرون الجمع بين الرأيين السابقين بالقول إن مبدأ الاختلال بالتوازن العقدي له بعدين قانوني واقتصادي في آن واحد، فالتفوق الاقتصادي للعقد يتوقف على توازنه القانوني، فاختلال التوازن هو نتيجة اقتصادية تأخذ الصورتين، أما تحقيق الطرف القوي لمزايا اقتصادية أو هو ما يعبر عنه بعدم وضع التناسب في مضمون العقد[١٠٦].

إن الأخذ بمعيار التوازن العقدي ينسجم مع ما تم تقريره في معيار الميزة المفرطة في أن النظر إلى الشرط التعسفي يجب أن لا يكون منفردا بل تقدر الشروط بشكل مجمل وللعقد كله لتقدير وجود اختلال من عدمه، ولقد سار على هذا المعيار الكثير من الفقهاء في وضع تعريفاتهم للشرط التعسفي[١٠٧].

والملاحظ أن المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك قد أكد على أن الشرط التعسفي ينتج من استعمال المحترف لنفوذه الاقتصادي لكن التصور الجديد حسب المادة ١/٣ من التوجيه الأوربي المرقم ١٣/٩٣ الصادر في ٥ ابريل لسنة ١٩٩٣ [١٠٨] حيث اشار التوجيه الى انه لم يعد النفوذ الاقتصادي مشترطا من أجل اعتبار الشرط تعسفيا بل إن التفاوت الواضح بين حقوق والتزامات الطرفين بالاضافة الى عدم كونه محلا للمفاوضة هو من يشكل تعسفا في العلاقة العقدية بين الطرفين. وبالتالي إن المشرع الفرنسي في المادة١١٧١ من القانون المدني المعدل لسنة ٢٠١٦ اعتبر أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة بل يتركز على وضوح مظاهر عدم التوازن الملازمة لشروط العقد، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن تقدير التوازن يجب أن يكون إلى مجموع الشروط العقدية بدون النظر إلى الشرط لوحده الذي قد يبدو تعسفيا. [١٠٩]

أما فيما يخص المشرع العراقي فهو كغيره من المشرعين في البلدان العربية قد تركوا تعريف الشروط التعسفية وتحديد المعيار المميز لها إلى القضاء وهذا بحد ذاته تقصير حيث عمد اغلب المشرعين الى تجاوز هذا التقصير من خلال السير بركب التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك لتجاوز مسألة عدم كفاية القواعد العامة في القانون المدني لحماية الطرف المذعن الأمر الذي حدا بالكثير من المشرعين لإصدار قوانين حماية المستهلك، ومنهم المشرع العراقي بيد أن قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠ هو الأخر قد خلى من النصوص المنظمة لمفهوم الشروط التعسفية في العقود [١١٠].

## المبحث الثاني

## مظاهر اختلال التوازن العقدي وأثرها في تحقق صفة الإذعان في العمليات المصرفية

ان اختلال التوازن العقدي في العمليات المصرفية يؤدي بلا شك الى توافر صفة الإذعان فيها، هذا الاختلال ينتج عدم تكافؤ بين التزامات وحقوق طرفي العقد فينشأ طرفا ضعيفا يخضع لهيمنة طرف قوي، هذا الاختلال يعرض العدالة العقدية الى الانهيار ولتسليط الضوء على الاختلال المؤدي الى توافر صفة الإذعان في العمليات المصرفية قسم هذا المبحث الى مطالبين، خصص الاول لبيان مفهوم وخصائص العمليات المصرفية، بينما خصص الثاني لبيان اسباب ومظاهر ذلك الاختلال على النحو الاتي:

### المطلب الأول

### التحديد القانوني لمفهوم وخصائص العمليات المصرفية

للعمليات المصرفية مفاهيم متعددة ومن جوانب مختلفة، سنسلط الضوء في هذا المطلب على تحديد وتعريف العمليات المصرفية من الناحية القانونية، وكذلك بيان الخصائص المميزة لتلك

العمليات واثر اختلال التوازن العقدي عليها بما يؤدي الى توافر صفة الإذعان فيها على النحو الآتي:

## الفرع الأول

## المفهوم القانوني للعمليات المصرفية

ليس من السهل وضع تعريف للعمليات المصرفية يجمع أوجه النشاطات التي تمارسها المصارف كونها كثيرة التنوع والاختلاف من جهة وشديدة القابلية للتشكل والتطور من جهة أخرى، فالأعمال المصرفية مجموعة من النشاطات المختلفة التي تحترفها المصارف[١١١] باعتبارها مؤسسة مرخصة للقيام بتلك الأنشطة وفقاً لأحكام القانون النافذ . إن الأعمال المصرفية لم تكن وليدة التطورات الاقتصادية الحالية بل هي ممتدة لقرون طويلة وتطورت وتشكلت بأنواع مختلفة تتناسب مع زمانها ومكانها[١١٢]، إلا إن العمليات المصرفية لم تتبلور بالشكل الحالي المتكامل والمنسق إلا مع تكامل الفن المصرفي الذي دفعت التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي رافقت النهضة الأوربية إلى تشكله بشكل أظهر مدى التقدم في ابتكار وسائل وأدوات العمل المصرفي المقترن بمنح الائتمان والتعامل بالنقد.

إن التطور المستمر للعمليات المصرفية والاستجابة السريعة لحاجات السوق من جهة ومرونة الخصائص والقواعد التي تحكم النشاط المصرفي من جهة أخرى جعلها تتغير بأطوار متنوعة ومتلاحقة فبعد أن كانت المصارف ترتكز على العمليات المصرفية التقليدية من إيداع وإقراض وتنفيذ أوامر الدفع تحولت إلى مصارف شاملة لكل العمليات المصرفية التقليدية وغير التقليدية التي تلبي حاجة العميل المستهلك الأمر الذي جعل العمل المصرفي يفتقد إلى معيار فني دقيق لتحديد مفهومه أو طبيعته في ظل المتغيرات الكبيرة للأعمال المصرفية[١١٣] إن هذه المرونة التي تتميز بها الأعمال المصرفية قد ألقت بضلالها على الجهود الفقهية من جهة و التشريعية من أخرى في ضبطها بتعريف محدد ولم تكن هذه الصعوبة مقتصرة على العراق أو

البلدان العربية بل شملت جميع دول العالم. نعم، لم تختلف النظم القانونية في اعتبار العمليات المصرفية من الأعمال التجارية بل يعتبر تطور العمل المصرفي أثراً لازدهار التجارة ونموها بل إن القضاء الحديث قد توسع في مد الأعمال التجارية لأعمال لم يكن ليعتبرها تجارية سابقاً[١١٤] إلا أن التعريف بتلك الأعمال بقي عصي على الباحثين والتشريعات.

غير أن عدم وجود تعريف جامع مانع يضم شتات الأعمال المصرفية المختلفة لا يعني عدم وجود محاولات فقهية على ندرتها في محاولة لضبط تلك الأعمال في تعريف يحدد مفهومها وطبيعتها ويبرز خصائصها إلا أن تلك المحاولات قد نظرت إلى تلك الأعمال من زوايا مختلفة قد ركز أغلبها على صور تلك العمليات فقط، فعرفت على أنها مجموعة من الأعمال التجارية المتميزة من العقود المدنية والتي تحتفظ بأصالتها بفضل الأدوات الفنية التي تستخدمها البنوك في تسوية هذه العمليات وتنفيذها وتشمل عمليات البنوك قبول الودائع النقدية والنقل المصرفي والوفاء بالشيكات وفتح الحسابات وفتح الاعتمادات والكفالة واصدار خطابات الضمان وخصم الاوراق التجارية او تحصيلها والعمليات على الاوراق المالية والعمليات على السندات الممثلة للبضائع وعمليات الصرف وتاجير الخزائن[١١٥].

يرى احد الفقهاء إن دور البنك في فكرته الأولى تاجر نقود، فهو الوسيط بين الرأسمالي الذي يودع المال وبين التاجر الذي يحتاج الى ائتمان البنك لمباشرة أعماله التجارية، فيقرضه البنك هذا المال، ومن هذه الفكرة المبدئية الأولى تتفرع عمليات البنوك الى عمليات الائتمان المختلفة التي تقتضيها الظروف الاقتصادية، وتكتسب الطابع الذي تتطلبه التجارة الداخلية اوالخارجية وتتدخل في تمويل المشروعات وتؤثر في كمية النقود المتداول وتسيطر لذلك على الاقتصاد القوي [١١٦] وقد عرفها فقيه اخر بقوله( هي العمليات التي ترد على النقود أو الأوراق المالية والتجارية والائتمان وتعد كذلك من الأعمال التجارية سواء كانت المؤسسات المصرفية التي تباشر تلك الأعمال تعود للإفراد ام للعامة بغض النظر عن صفة المتعامل[١١٧].

أما بالنسبة للتشريعات فقد اعتبر المشرع العراقي العمليات المصرفية من قبيل الأعمال التجارية كما هو منصوص عليه في المادة الخامسة/ الفقرة ١٣ ضمن نطاق قانون التجارة رقم

٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل ولم يتضمن القانون أي تعريف للعمليات المصرفية في حين نص قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ في مادته الاولى على تعريف الأعمال المصرفية بأنها ( أعمال استلام الودائع النقدية أو أموال أخرى مستحقة السداد من الجمهور لاغراض ايداع ائتمانات او استثمارات في الحساب الخاص بها)[١١٨]، وقد عرفها قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل بتعريف ينسجم مع قانون المصارف أعلاه إذ نص في المادة الأولى: ( الأعمال المصرفية هي الأعمال التي تشمل استلام ودائع مالية أو غيرها من الأعمال القابلة للتحصيل من الجمهور بهدف فتح اعتمادات أو القيام باستثمارات لحسابهم).

كما هو واضح من التعاريف اعلاه ، إن المشرع العراقي سواء في قانون المصارف أو قانون البنك المركزي قد تجنب وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية واكتفى بذكر صور ووسائل تلك العمليات وهذا النهج ليس بجديد فقد سبق وأن عزف المشرع عن تعريف العمل التجاري بشكل عام مكتفياً بتعداد الأعمال التجارية والسبب في ذلك هو عدم رغبة المشرع في الدخول بتفاصيل المواضيع وتعريفاتها التي مازالت مسار خلاف وعدم اتفاق فقهي بالأصل وبالتالي يكتفي المشرع عادة بوضع الإطار التنظيمي لتلك الأعمال وبيان الجوانب الرسمية في من يتولى هذه العمليات وعدم الدخول بالطابع الفلسفي لتلك المصطلحات.

ويمكن القول إن العمليات المصرفية التي تمثل أساس عمل المصارف تمثل تقديم الخدمات المصرفية من طرف يمثل المصرف إلى طرف آخر هو المستهلك أو العميل، هذه الخدمات المصرفية تعمل على تحقيق المنافع المادية وغير المادية للمستهلك، والأعمال المصرفية تقسم إلى أعمال تقليدية وأخرى استثمارية، التقليدية كاستلام الودائع وإقراض الجمهور وتنفيذ أوامر الدفع كالتحويل المالي بناء على أوامر العملاء وهذه الأعمال قد تطورت لتشمل أعمالاً مصرفية استثمارية تقوم على تمويل التجارة الداخلية والدولية وإدارة المحافظ المالية وإصدار السندات المالية وتداولها إضافة إلى عمليات تمويل المشاريع [١١٩]. ويعتبر قانون المصارف العراقي أول تشريع تضمن هذا التفصيل في بيان صور العمليات المصرفية هو من أجل التغطية على عدم إمكانية وضع تعريف محدد للعمل المصرفي يمكن لتمييزه من الأعمال

المدنية الأخرى فلجأ المشرع إلى منهج التعداد وبالحقيقة إن هذا المنهج قد سارت عليه أغلب قوانين مدرسة السوابق القضائية[١٢٠].

وفي الحقيقة إن عزوف المشروع عن وضع تعريف ليس قصوراً فيه بل نتيجة لطبيعة هذه الأعمال المختلفة والمتغيرة بتغير الظروف وتطور الإمكانيات التكنولوجية. أما بالنسبة إلى النظام المصرفي الأمريكي فالعمليات المصرفية تلعب أدواراً حاسمة في الاقتصاد الأمريكي وتعمل ملاذا آمناً لأموال المودعين وكذلك دوراً بارزا في عملية التوفيق بين الإيداع والإقراض وتوفير السيولة للاقتصاد بشكل عام وفي السنوات الأخيرة تحولت الأعمال المصرفية من الوجهة التقليدية إلى الوسائل المصرفية الحديثة التي تركز على الاستثمار وإدارة الثروات وقد عضد هذا التطور التنوع الكبير في مصادر التمويل حيث برزت مصادر جديدة كمصادر رهون السكنية هذه التحولات قد أضافت تعقيداً جديداُ لإمكانية وضع تعريف محدد للعمليات المصرفية[١٢١].

إن عدم إمكانية وضع تعريف محدد للعمليات المصرفية في النظام الأمريكي يرجع ضمن أسبابه إلى تغيير معان تلك العمليات بتغيير القوانين المنظمة وتغير الأوقات ففي القرن العشرين إن خدمات العمليات المصرفية كانت منتجة ومقدمة للجمهور من قبل خليط من المؤسسات المالية كالمصارف التجارية والاستثمارية ومؤسسات الادخار وشركات التمويل والتأمين التي قدمت عروضاً مختلفة وغير متجانسة من العمليات المصرفية وتعتبر مؤسسات الإيداع النقدي ذات الأعمال المصرفية التقليدية أكبر وأكثر خدمات مالية مقدمة في وقتها لذلك ركزت أغلب تعريفات القضاء( على اعتبار أن النظام يقوم على السوابق القضائية) على الخصائص الرئيسية التقليدية للعمليات المصرفية من قبول الودائع ومنح القروض وتسديد أوامر الدفع للعملاء [١٢٢].

وفي الربع الأخير من القرن الماضي كان التغيير في طبيعة الأعمال المصرفية قد أبرزت سمات الأسواق المالية في الولايات المتحدة بفعل دخول التكنولوجيا وتنوع مصادر التمويل الأمر الذي انعكس على تحديد المفهوم النهائي للعمليات المصرفية[١٢٣]، إن هذا التنوع في مصادر التمويل ودخول التكنولوجيا أحدث تغييرات كبيرة في هيكل النظام المصرفي الأمريكي الذي استتبع تغيير في تكييف طبيعة الأعمال المصرفية[١٢٤]

إن القانون الفدرالي الأمريكي يعطي لمكتب المراقب المالي للعملة(.O.C.C) التابع لوزارة الخزانة الأمريكية السلطة لمنح المواثيق للمصارف لمزاولة العمليات المصرفية سواء كانت التراخيص صادرة من قانون الولاية أو من الحكومة الاتحادية، و يجب أن تخضع تلك العمليات إلى الإشراف والتنظيم من قبل المؤسسة الاتحادية لتأمين الودائع( F D I) ومجلس الاحتياط الفدرالي (F E D)[١٢٥] الأمر الذي جعل العمليات المصرفية في النظام الأمريكي نظاماً قوي ومتجدد كون المصارف لديها الخيار والتنوع في أن تنظم من قبل القوانين الفدرالية أو من قوانين الولاية وسمي هذا النظام بالنظام المصرفي المزدوج. هذا النظام قد سمح بإيجاد مجموعة كبيرة ومتنوعة من العمليات المصرفية التي ساهمت بتطوير الاقتصاد الأمريكي وقدمت قوانين كبيرة للمستهلكين وقدمت فوائد كبيرة للمستهلكين. أن تنوع هذه العمليات المصرفية جعلها في مكان وجب معه تأطيرها بتعريف محدد لذلك نجد أن أغلب أحكام المحاكم التي تصدر حول العمليات المصرفية تركز على خصائص تلك العمليات وما يحصق للمصارف وما لا يحق لهم من إنتاج عمليات مصرفية جديدة[١٢٦] . ومن التعريفات الخاصة بالأعمال المصرفية التعريف الذي أورده القاضي ( دينغ Denning )في قضية *Untied Dominions Trust Ltd.* v. *Kirkwood* الذي حدد الخصائص الرسمية للعمليات المصرفية بالقول : أن هناك خاصيتين للعمليات المصرفية تتمثل بقبول الأموال واستحصال الصكوك ووضعها في الاعتمادات المخصصة للعملاء وثانياً قبول الصكوك و أوامر الدفع المسحوبة على المصرف من قبل العميل عندما تعرض للوفاء وقد أضاف القاضي ( دينغ ) خاصية أخرى تتمثل بمسك الحسابات الجارية أو ما يشابهها من حيث الطبيعة في حسابات العملاء الدائنة والمدينة[١٢٧]. وقد عرف المشرع الأمريكي في قانون البنك الوطني (National Bank Acts 1863-1684 ) العمليات المصرفية ضمن 12 U.S.C.S. sS24, Seventh. بأنها خصم وتداول الأوامر الإذنية والحوالات والكمبيالات وغيرها من سندات الديون واستلام الودائع من خلال بيع وشراء الصرف العملة والسبائك عن طريق إقراض الأموال بناءً على الوثائق الشخصية ومن خلال الحصول وإصدار وتداول أوامر الدفع [١٢٨]، وكذلك ورد تعريف للعمليات المصرفية في القانون التجاري الموحد( UCC

Uniform Commercial Code) في المادة ( 4 Ss 4-105) عندما عرفت المصرف بأنه الشخص الذي يقدم اعمال مصرفية كبنوك الادخار وجمعيات القروض والادخارات واتحاد الائتمان وشركات التأمين[١٢٩].

إن العمليات المصرفية تلعب اليوم دوراً بارزاً في مجال التنمية الاقتصادية للدولة، والأنشطة المصرفية تعد من أهم القطاعات التي تمثل مجالا مهما ومقصدا أساسيا للمستهلكين. إن توجه أغلب الأفراد للتعامل اليومي مع المصارف من خلال فتح الحسابات والحصول على التسهيلات المصرفية كبطاقات الائتمان وايداع المبالغ النقدية والاقتراض الذي يمثل أهم العمليات المصرفية في العراق ناهيك عن خصم الأوراق التجارية وغيرها من الأنشطة المصرفية.

وفي الحقيقة إن قطاع المصارف وما ينتج عنه من عمليات مصرفية قد تمثل بعضها علاقة عقدية غير متكافئة بنسبة معينة بين طرفين، أحدهما بموقع الضعف والحاجة والذي هو المستهلك او العميل والآخر المصرف بمركز اقوى لامتلاكه عناصر القوة الاقتصادية من رأس مال وأدوات تكنولوجية وخبرة فنية وقانونية تفوق ما يمتلكه المستهلك. هذه القوى المختلفة بين طرفي العقد قد ألقت بظلالها على التوازن العقدي المفترض بين المستهلك والمصرف، وأن أغلب الخصائص التي تجعل من العقود موصوف بالإذعان قد نجدها متمثلة في البعض من العمليات المصرفية لاسيما في العراق، والتي عادة ما تنتج علاقة عقدية غير متوازنة تحقق مصالح الطرف القوي قبال ضعف وإذعان المستهلك إنما يعضد هذا الرأي هو ضيق مساحة العمل المصرفي واقتصاره على مجموعة مصارف حكومية وأهلية مرخصة من قبل البنك المركزي لكنها تعرض خدمات مصرفية محدودة وبعض تلك المصارف يتميز بهيمنته على مساحات مصرفية واسعة بما يمتلك من الدعم الحكومي الكبير الذي جعل له مصادر تمويل متعددة مكنتها من تقديم خدمات مصرفية متنوعة لكنها بشكل عام مقتصرة على مصرفين أو ثلاثة, ومن أمثلتها المصرف العراقي للتجارة والمصارف الحكومية المعروفة (مصرف الرافدين ومصرف الرشيد) أما باقي المصارف فهي ذات نشاط مصرفي محدود يكاد لا يغطي إلا النزر اليسير من حاجات المستهلكين لا سيما في مجالات بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع المسبق

وكذلك في مجال الإقراض والحسابات المصرفية والتحويل المالي وخطابات الضمان والاعتمادات المستندية وغيرها، وهذا الأمر يرجع لأسباب عديدة كما بيناها أعلاه من أهمها الدعم المالي الحكومي للمصارف الثلاثة أعلاه وإمكانياتهم التكنولوجية الكبيرة قياسا بالمصارف الأخرى التي ما زالت تستخدم الوسائل التقليدية، وبعضها بدائية في مسك الحسابات وتقديم التسهيلات الائتمانية البسيطة. هذا الأمر جعل من المستهلك في زاوية اختيارية ضيقة ولعل قول بعض الفقهاء[١٣٠] في أن العمليات المصرفية قد تكون من عقود الإذعان لكن يجب تفحص كل حال بحالتها قولا بالغ الصحة فربما في بعض الدول هنالك عروض كبيرة من العمليات المصرفية المقدمة للمستهلكين مما يجعلهم في فسحة اختيار واسعة وبالتالي إن فرض الشروط التعسفية عليهم قد تكون اقل ضررا قياسا بالواقع المصرفي العراقي الذي يقتصر على مصارف معدودة في تقديم الأنشطة المصرفية ذات النفع العام المقبول.

ومن أجل فهم حقيقة العلاقة التعاقدية تمهيدا لبيان مظاهر اختلال التوازن العقدي في العمليات المصرفية لا بد من إيضاح سريع لقطبيي العلاقة المصرفية وهما كل من المستهلك والمصرف: -

أولا: المستهلك: من المسلم به أن العقود المصرفية ذات طبيعة مختلفة، وهذا الاختلاف ينعكس على تكييف وصف المستهلك بتعامله مع المصرف، ومن أجل أن يحظى المتعامل مع المصرف بوصف المستهلك الذي يستلزم الحماية التشريعية والقضائية التي فرضها المشرع للمستهلكين باعتبارهم أطرافا ضعيفة في مثل هكذا عقود تفقد صفة التوازن العقدي فقد عرف المشرع العراقي المستهلك في قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ المادة ١/خامساً بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها) [١٣١]. ومما لا شك فيه أن الشخص الذي يدخل في تعاملات مصرفية وطبقا لتعريف المشرع العراقي أعلاه يعتبر من المستهلكين الذين يرومون التزود بالخدمات المصرفية، وبالتالي هم داخلون بساحة الحماية القانونية للمستهلك وهذه الحماية ليست متأتية فقط من كون المتعامل مع المصرف في العمليات

المصرفية مستهلك بل أيضا لكونه طرفا ضعيف قبال مزود الخدمة المصرفية الذي يمثل الطرف الأقوى في هذه العلاقة.

إن عدّ المتعاقد في العمليات المصرفية الطرف الضعيف وهو مستهلك بنفس الوقت ناجم من افتراض عدم كفاءته الفنية أو القانونية قياسا بالمتعاقد الآخر وهو المصرف الذي لديه كل المقدرة بتنظيم بنود العقد واثاره بما يخدم مصالحه . إن عدم خبرة الطرف الضعيف ستقوده بكل تأكيد إلى عدم تقدير واقعي ودقيق لآثار تلك العقود على مركزه القانوني والمالي وهذا الأمر يحدث في ظل حاجة المستهلك أو الطرف لضعيف للحصول على الخدمة المصرفية، الأمر الذي يكون معه مرغما على قبوله الحصول على خدمة مقابل الرضوخ لشروط التعاقد التي يستقل المصرف بوضعها دون مناقشة أو مساومة. بل أكثر من ذلك كما بينا انه يتعاقد وهو جاهل بالمعلومات المصرفية الضرورية ومقتضيات التعاقد لاسيما فهم شروط العقد واستيعاب أثاره التي عادة ما تكون معقدة وذات جوانب تقنية وقانونية وحسابية.

ثانيا: أما بالنسبة للمصرف الذي يعتبر الطرف الأقوى تعاقديا، فهذه القوى التي يمتلكها تتوزع مراكزها بأكثر من اتجاه أبرزها حصوله على ترخيصا لممارسة العمل المصرفي في العراق، وهذا الترخيص قد يصل في بعض المصارف إلى مستوى الاحتكار القانوني لما يقدمه من خدمات وأنشطة مصرفية حصرية قد لا تجد مثيلا لها في المصارف الأخرى. فعلى سبيل المثال إن اغلب المصارف العراقية ليس لديها الإمكانية القانونية و العملية لإصدار بطاقات الأتمان، باستثناء بعض المصارف كالمصرف العراقي للتجارة( TBI)[١٣٢]، وإن انحسار إصدار البطاقات الائتمانية التي تمثل مقصدا مهما للمستهلك لمصرفا واحد أو اثنين هو أقرب إلى الاحتكار الفعلي. فعلى الرغم من وجود مانع قانوني يحول دون إصدار المصارف الأخرى لبطاقات الائتمان إلا أنها من الناحية الواقعية (المصارف) لا تمتلك المؤهلات التقنية والمالية والإدارية للحصول على التراخيص المطلوبة لإصدار تلك البطاقات.

ومن مراكز القوى الأخرى، التعقيد التقني الذي يصاحب التزود ببعض الخدمات المصرفية كالصكوك الإلكترونية وبطاقات الائتمان والتحويل الإلكتروني المالي، وكذلك يمتلك

المصرف الاطلاع الكافي والدراسة المستفيضة لشروط العقد التي يقدمها للمستهلكين، وغالبا ما تكون تلك الشروط معقدة وتنطوي على عمليات حسابية يدق ويصعب على المستهلك فهمها واستيعاب مضامينها، وأمور أخرى تجعل من المصارف بمنزلة الطرف القوي الذي يختل بموجب قوته التوازن العقدي.

وقد عرف قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ في مادته الأولى المصرف بأنه ( شخص يحمل ترخيصا أو تصريحا بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشئة وفق قانون الشركات الحكومات المرقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل ). أما بالنسبة لقانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٤ فقد عرفه بموجب المادة الأولى:(الشخص الحائز على ترخيص أو تصريح بموجب قانون المصارف يخول لها الاشتراك في أعمال مصرفية أو غيرها من الأنشطة المصرفية الأخرى). والملاحظ على التعريفين إنهما ركزا على أن المصرف يكون المخول الوحيد في مباشرة الأعمال المصرفية بدلالة المادة ٢٧ من قانون المصارف النافذ وكذلك نص المادة الثالثة/١ التي تنص على( لا يحق لأي شخص في العراق ممارسة الأعمال المصرفية دون الحصول على ترخيص او تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي..... )[١٣٣].

كما هو واضح من النصوص القانونية أعلاه، ان الترخيص الممنوح للمصارف بممارسة العمليات المصرفية وتقديم خدماتها للمستهلكين يمثل قيدا قانونيا على المؤسسات المالية لممارسة الأنشطة المصرفية. وهذا القيد او الحصر القانوني الذي نظمه المشرع في قانون المصارف وقانون البنك المركزي قد يمثل بدرجة من الدرجات احتكارا قانونيا بتقديم الخدمات المصرفية وبذلك من المنطق وبلحاظ ما ذكر سلفا من اختصاصات المصارف ومكناتها يمكن القول بانطباق وصف المجهز عليها حيث عرف قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في المادة الأولى/٦ بأنه ( كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء أكان أصيلا أو وسيطا أم وكيلا ).

إن المصرف بما يمتلكه من مؤهلات اقتصادية وتقنية ومكنة قانونية وكادر وظيفي متقدم يجعله بمركز تعاقدي يفوق الطرف الآخر إذا ما لاحظنا جهل المتعاقد الضعيف بتفاصيل القانون واجب التطبيق وصعوبة فهم الشروط والوثائق التعاقدية التي غالبا ما تصاغ بأسلوب قانوني معقد ودقيق. وكذلك عدم وجود الوقت الكافي للمقارنة والمفاضلة بين شروط العقد والعقود المصرفية الأخرى. ومن جهة ثانية الحاجة الملحة للطرف الضعيف للحصول على الخدمة المصرفية ولما كان الاحتياج أو عدم الخبرة لا يعتبران في حد ذاتهما من عيوب الإرادة الأمر الذي جعل الفقه والتشريع يتجه نحو تصحيح الاختلال في التوازن العقدي الناشئ من التفاوت في الإمكانات بين الطرفين.

إن الاختلال في التوازن العقدي في العمليات المصرفية قد يتضح من الناحية النظرية كما تم التطرق إليه أعلاه وكذلك من الناحية العملية، فالمصارف العراقية غالبا ما تصدر العقود المصرفية على شكل استمارات تتضمن شروط العقد بين الطرفين بشكل محدد سلفا، هذه الشروط عادة ما تكون ذات تفاصيل قانونية وفنية وحسابية دقيقة، وتحتاج إلى شرح مفصل وفهم دقيق لاسيما عند دراسة أسعار الفائدة، ومقدار الأجل المحدد عند التقديم لاستلام قرض معين، ناهيك عن شروط التأخير بالسداد ورفع الفوائد وكذلك الحال عند تقديم طلب إصدار بطاقة ائتمان فعادة ما يواجه المستهلك بعقد محدد سلفا وبشروط معقدة غالبا ما تحقق مصلحة المصرف بوضعها لا سيما ما يتعلق بنسب الفوائد والتأمينات المطلوبة والعمولة السنوية، فضلا عن عمولة الإصدار وغيرها. وما يزيد الأمر تعقيدا أن المستهلك أو الطرف الضعيف امام خياران أحلاهما مر، وهو أما أن يوقع على هذه الشروط جملة دون نقاش أو تفاوض أو ينصرف ويترك الحصول على الخدمة المطلوبة. وتكتمل صورة نفاذ خيارات المستهلك اذا ما عرفنا أن الموظف المختص في المصرف عادة ما يكون أشبه بالجهاز الآلي الذي لا يتجاوز حدود صلاحياته المفروضة عند التعامل مع المستهلكين، وبالتالي فان العقد وشروطه لا يقبلان التعديل أو التغيير.

هذه الأمور تعكس اختلال الموازنة العقدية في الكثير من العمليات المصرفية، وتجعل من المستهلك طرفا ضعيفا وضحية حاجته الملحة للتسهيلات الائتمانية، فالعمليات المصرفية محددة

وإن تعددت تكاد تكون بشروط متشابهة الأمر الذي يجعلنا نؤكد على أنه من الممكن ان تكون العمليات المصرفية وكما ذكر سابقا من عقود الإذعان.

## الفرع الثاني

## الخصائص القانونية للعمليات المصرفية

إن العمليات المصرفية التي تتمثل بتقديم المصرف للتسهيلات الائتمانية و للخدمات المصرفية للمستهلكين هي في الغالب عقودا نموذجية محررة مسبقا وبصفة انفرادية من قبل المصرف والتي تخضع لاذعان المستهلك ورضوخه دون أن تكون له إمكانية مناقشتها أو تعديلها، وهذا راجع كما أسلفنا إلى عدة معطيات تتمثل بالقوة الاقتصادية والخبرة التقنية والإمكانية القانونية التي تمتلكها المصارف. إن هذا الخلل في تكافؤ المواقع التعاقدية انعكس على التوازن في التزامات وحقوق طرفي عقود العمليات المصرفية، فتارة يكون الاختلال ناشئ من المميزات الاقتصادية والتقنية والقانونية للمصرف، وتارة من خلال الشروط التي يفرضها المصرف على المستهلك والتي تكون غير قابلة للمناقشة.

إن الأسباب والعوامل التي جعلت من المصرف بمركز اقتصادي متميز قبال الطرف الضعيف تنعكس على الخصائص الفنية والقانونية التي تتحكم بسياق العمليات المصرفية مما جعلها أقرب في الكثير منها إلى عقود إذعان هذا التمايز أدى الى الاختلال في العدالة العقدية المفترضة بين اطراف العلاقة المصرفية الأمر الذي جعل من المشرع ان يحرص في أكثر من موقف بتبني اكثر من منهج لحماية الطرف الضعيف، فقد اصدر البنك المركزي العراقي بتاريخ ٢٠١٦/١١/١ ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور وألزم المصارف كافة واستنادا إلى قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ بتطبيقها لحماية المستهلكين من نفوذ وسطوة المصارف عند تقديمها للخدمات المصرفية[١٣٤]. وقد جاء كذلك في تقرير اللجنة العربية للرقابة المصرفية المعنون بحماية المستهلك العميل في الخدمات المصرفية: ( إيلاء العناية اللازمة لتحقيق التوازن ما بين الحقوق والالتزامات ما بين المصارف وعملائهم أطراف العقد وبحيث لا تشوبها شروطا

ترد في شروطا تعسفية كالتي ترد في عقود الإذعان النمطية والتي تحمل في طياتها شروطا غير قابلة للمفاوضة من جانب العميل المستهلك تجاه مقدمي المنتج أو الخدمة المالية. )[١٣٥].

إن الاختلال الظاهر للتوازن العقدي للعمليات المصرفية له بعدين، بعدا اقتصاديا وبعدا قانونيا والذي يترتب عليهما ارتباط التوازن الاقتصادي للعقد بتوازنه القانوني ارتباط السبب بالنتيجة، فالتوازن القانوني ما هو إلا تعبير عن التوازن الاقتصادي للعقد واختلال التوازن ما هو إلا نتيجة اقتصادية تأخذ احدى الصورتين، أما تحقيق المتعسف لأرباح اقتصادية أو تفاديه لخسارة. وهو ما يمكن القول عنه باختلال العلاقة العقدية المفترضة في العقود لاسيما في العمليات المصرفية. إن عدم تحقق العدالة العقدية في الخدمات المصرفية المقدمة للمستهلكين والذين هم بموقف الضعيف المذعن يبرز بشكل واضح عند بيان خصائص عقود العمليات المصرفية التي تميزها من باقي العقود وتقربها من عقود الإذعان.

ان التفوق الاقتصادي والتقني والخبرة القانونية التي تمتلكها المصارف قبال المتعاملين المستهلكين قد انعكس على خصائص العمليات المصرفية مما جعل بعضها اقرب الى وصف الإذعان، وعند تفحص خصائص العقود الموصوفة بالإذعان لا نجدها تختلف عن الخصائص الآتية للعمليات المصرفية وتجدر الاشارة الى ان الخصائص ادناه هي ليست بالضرورة تنطبق بشكل تام على جميع العمليات المصرفية من جهة وليست بذاتها تمثل اذعانا بل بمجموعها وتشابكها قد تجعل من العملية المصرفية قريبة من وصف الإذعان فعلى سبيل المثال ان التقدم التقني والفني للعمليات المصرفية هو ليس سبب لاذعان المستهلك بل العكس لكن لا يمكن الانكار كونه سببا للتفوق قبال المستهلك:

١- الصبغة الفنية الدقيقة التي تتميز بها العمليات المصرفية كونها تنظم مواضيع فنية دقيقة تستخدما ألفاظا ومصطلحات استقرت في العمل المصرفي على معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي لاسيما في مجال الائتمان[١٣٦]وهي في الغالب مصطلحات معقدة، يسمع بها المستهلك لأول مرة ومنها مصطلحات الحساب الجاري كالتجديد وعدم التجزئة والمقاصة و القيد العكسي' أو المصطلحات الخاصة ببطاقات الائتمان، كالحد الائتماني، والدين

المدور، والرقم السري وغيرها بحاجة إلى تبيان مطول للمستهلك وبالتالي غالبا ما يقدم على التعاقد للحصول على الخدمة المصرفية دون أن يكون لديه اطلاع معمق على تفاصيل تلك المصطلحات وشروطها.

إن المكنة القانونية التي يتميز بها المصرف والخبرة الإدارية الكبيرة يجعله بموقع الطرف القوي في العلاقات التعاقدية المصرفية الأمر الذي يمكنه من تقديم شروط مقولبة بتلك الصيغ الفنية التي عادة ما تكون بتفصيلات معقدة لا يستطيع معها المستهلك البسيط أن يفك شفرة مصطلحاتها المصرفية الخاصة. وعلى الرغم من صدور القبول الاختياري من قبل المتعاقد المصرفي لكن في حقيقته هو رضوخ وإذعان ينعكس اكيدا على عدم تحقق العدالة العقدية ويؤثر بشكل واضح على التزامات الطرفين. فعدم اطلاع المستهلك التفصيلي وفهمه لأغلب شروط العقد يجعل منه صيدا سهلا لشباك العمل المصرفي ذو الصفة التجارية فالأمر لا ينطوي فقط على التوقيع على شروط تتضمن مصطلحات فنية خاصة بل تمتد إلى آثار تلك المصطلحات، فمثلا إن آلية احتساب الفوائد على معاملات بطاقة الائتمان التي يجريها المستهلك وكذلك الفوائد المتراكمة التي تتحقق على المستهلك في القروض المتوسطة عند عدم السداد في وقتها تتطلب فهما دقيقا لأنها تتضمن مضامين حسابية فضلا عن تعقيد مصطلحاتها. هذه الأمور أنتجت في التطبيق العملي عقودا مصرفية غير متوازنة بين طرف قوي وبمكنات مختلفة وطرف ضعيف قد أذعن لخطوات الطرف الأول لحاجته الماسة للتعاقد.

٢- إن المصطلحات الفنية الخاصة والمعقدة التي تتبنها المصارف من جانب، والسرعة في إجراءاتها من جانب آخر، ولتوحيد شكل وأسلوب العمليات المصرفية، جعلها مقدمة بشكل موحد وبعقود معدة سلفا ونموذجية (Standard Contracts) فالعمليات المصرفية تعتمد على أسلوب موحد في العملية الواحدة في كافة البنوك بحيث إن بعض الشراح في فرنسا يرى أن كثيرا من عمليات البنوك لها وصف عقود الإذعان[١٣٧]. إن هذه الشكلية للعمليات المصرفية والتي استقرت في التطبيق العملي المصرفي جعلها

إيجابا عاما معلنا من قبل المصرف موجه إلى الجمهور ومن خلالها تلتقي الإرادات لإبرام العقود. كما و إن الأسلوب الذي يتبعه البنك يصطحب دائما بشكلية هي المحررات التي يطبعها البنك ويفرغ فيها علاقة الطرفين ، وهذه الشكلية يزيد فيها إن عمليات كثيرة لها شكلية خاصة ولها آثارا خاصة ومن ذلك التعامل بالأوراق ا نتيجة لذلك، إن تقديم الخدمات المصرفية على شكل عقود نموذجية هو بمثابة إيجابا عاما ودائما يوجه لأشخاص غير محددين[١٣٨]. هذا الإيجاب يصاغ بقالب نموذجي عادة ما يتضمن الكثير من الدقة والتعقيد تحقيقا لمصلحة الموجب، أما بإثقال كاهل الطرف الضعيف أو تخفيفا عن كاهل المصرف، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء ( إلى جانب القوة التي توفرت والدراسة التي أتيحت له طبيعي أن يتجه إلى أن يدخل في العقد المقترح ما شاء من شروط تثقل كاهل الطرف الآخر وتخفف من كاهله فينص على جزاء لكل تقصير محتمل من جانب المذعن ويبالغ في هذا الجزاء ويخفف من مسؤوليته في العقد وقد يعفي نفسه منها، ومن هنا كان التعسف الذي ظهر في عقود الإذعان نتيجة التفاوت المحسوس بين طرفي العقد في القوة ذلك التفاوت الذي وضع الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي)[١٣٩]. وتأسيسا على ما سلف فان تقديم المصرف للعقود المصرفية على شكل عقود نموذجية معدة سلفا تجعل من المستهلك مرغما على القبول والتوقيع على الكل او الانصراف، وهو ما يمثل اختلالا واضحا في توازن القوى العقدية في العمليات المصرفية.

٣- إن مركز المصرف المتميز تعاقديا بخلفيات متعددة يمكنه من تحديد مصطلحاته الخاصة وشروطه الدقيقة بما ينسجم مع غاياته و يمكنه أيضا من أفرغ تلك الشروط في قوالب نموذجية مقدمة للعامة ومن أجل أن تكتمل صورة هيمنة المصارف فقد انعكس عدم التوازن في مراكز القوى التعاقدية المشار إليه أعلاه على عدم السماح للمستهلكين بمناقشة تلك الشروط المقدمة باستمارات معدة سلفا وبالتالي لن يكون أمام

المستهلك إلا القبول بكل ما تتضمنه هذه الاستمارة أو صيغة العقد المعدة سلفا أو رفضها كلها.

إن اختلال توازن العقد الذي انعكس على التزامات طرفيه يتجسد في كون المستهلك بحاجة ماسة للخدمة المصرفية المطلوبة من جهة وفرض المصرف لإرادته من خلال عدم السماح بمناقشة الشروط التي وضعها من جهة اخرى وبالتالي فان قبول وتوقيع المستهلك يصبح نتيجة واضحة لهيمنة المصرف وإذعان المتعاقد . ويقول الدكتور علي جمال الدين عوض: (..... ويكون رضا العميل غالبا بمجرد الموافقة على النموذج الذي يحرره البنك ولذا يراه الشراح إذعانا لتعذر مناقشة الشروط الجوهرية في العقد ولكونها تتشابه من بنك لآخر ولكون التعامل مع البنك أصبح لا غنى عنه في الحياة المصرفية بل أنه كثيرا ما يوقع العميل على بيان يفيد انه اطلع على شروط معينة وإنه قبلها في حين أنه لم يطلع عليها فعلا أو أنه لم يفهم المراد منها)[١٤٠].

علاوة على ما تقدم، إن الشروط المطبوعة والمقدمة إلى المستهلك لإمضائها تمثل صورة واضحة لتفرد المصرف كطرف متفوق اقتصاديا بالتحكم بالعقد المصرفي وتحديد آثاره فالمستهلك يتقدم إلى المصرف وهو راضخ لكل الإجراءات سواء تلك المتعلقة بفتح الحساب الجاري أو النقل المصرفي أو الحصول على بطاقة ائتمان كما يخضع لشروط المدفوعات وبالتالي فهو لا يملك حق المفاوضة والمساومة لمناقشة تلك الشروط.

٤- اضطرار المستهلك واحتكار المصرف : هذه الخاصية تتضمن نقطتين أساسيتين الأولى حاجة المستهلك للخدم المصرفية وعدم استطاعته الاستغناء عنها كونها ترتبط بحياته ارتباطا وثيقا، نعم قد لا تكون الحاجة إلى الخدمة المصرفية بنفس المستوى لدى أفراد المجتمع لكنها تعتبر اليوم أساسية وبدونها لا يمكن إنجاز الكثير من الأعمال. أما النقطة الثانية فهي تتعلق بالاحتكار الفعلي والقانوني أو انحسار المنافسة للمصارف

بتقديم الخدمة المصرفية وهاتان النقطتان يرتبطان ببعضهما البعض بشكل أساسي فهيمنة المصرف ليس بسبب قوته الاقتصادية فقط بل لكون الطرف المذعن بحاجة ملحة للعمليات المصرفية، مما يجعله يرضخ لشروط المصرف حتى ولو كانت تعسفية بحقه.

ويمكن القول إن عقود العمليات المصرفية في غالبيتها تجعل رضا المستهلك عبارة عن إذعان لشروط المصارف، فبالرغم من وجود عدد من المصارف العراقية المنتشرة في عموم أنحاء البلاد إلا أنها ذات منافسة محدودة، وإن الإمكانات المالية والفنية تختلف وتتفاوت من مصرف إلى مصرف آخر[١٤١].

إن احتكار المنافسة بتقديم الخدمات المصرفية التقليدية وغير التقليدية تكاد تنحصر بمصرفين أو ثلاث مما يجعل الأمر أشبه بالاحتكار الفعلي الذي ينتج من انحسار المنافسة الحقيقية، والسبب في هذا الأمر هو صرامة الإجراءات المتخذة من قبل المشرع في منح التراخيص لافتتاح المصارف التجارية أو الاستثمارية بالإضافة إلى عدم وجود رؤوس أموال كبيرة تحتفظ بها هذه المصارف علاوة على انحسار نشاطاتها الاستثمارية والتمويلية وبالتالي نجد هيمنة واسعة للمصرف العراقي للتجارة على مجمل العمليات المصرفية التقليدية والحديثة مقارنة بالمصارف الحكومية أو الأهلية الأخرى [١٤٢].

أما بالنسبة لاحتكار المصارف فيتجسد بالتفوق اقتصادي وتقني وقانوني بشكل كبير كونه يحترف العمليات المصرفية ويندرج هذا الاحتراف في صحيح تعريف المشرع العراقي للمصرف. فمن الناحية الاقتصادية وبلا شك أن المصارف نشأت على وجود قوة اقتصادية مالية لدى شخص أو مجموعة من أجل استخدامها في تحقيق المزيد من الأرباح وليس بالغريب المنافسة المصرفية الكبيرة من أجل احتكار تقديم الخدمات المصرفية او ابتداع خدمات حصرية جديدة للهيمنة على القطاع المصرفي وهذه الهيمنة والسعي إلى السيطرة الاقتصادية وإبعاد المنافسين الذين يكونون تحت رحمة

المصرف المهيمن مالياً، والذي بالتأكيد سيفرض شروطا تعزز تلك الهيمنة، وكذلك تكون تعسفية بحق المستهلك أما من الناحية الفنية فالمصارف تمتلك من التقنيات التكنولوجية والأجهزة المصرفية الحديثة التي تستلزم فهما دقيقا ومفصلا عند استخدام الخدمات المصرفية لاسيما غير التقليدية التي تعتمد بشكل كبير على الوسائل والأجهزة التكنولوجية، كبطاقات الدفع المسبق بكل أنواعها (بطاقات الائتمان، وبطاقات الدين، وبطاقات السحب الآلي، وكذلك التحويل المالي الإلكتروني، والصكوك الممغنطة، والخدمات المصرفية التي تتم من خلال الهاتف الشخصي) هذه العمليات التي تعتمد بشكل أساسي على التقنية الإلكترونية تجعل المصرف بوضع تعاقدي افضل كونه يمتلك مقومات تقديم خدمات مصرفية سريعة واقل خطورة لكنها تحتاج إلى فهم قد يدق على المستهلك، ومن نافلة القول أن مستوى الحداثة والتكنولوجية في المصارف العراقية تختلف مستوياتها من مصرف إلى آخر، ويكاد يكون المصرف العراقي للتجارة الوحيد المتقدم تكنولوجيا قياسا بباقي المصارف الحكومية والأهلية بما يمتلك من أجهزة مصرفية متقدمة وارتباطات شبكية الكرتونية واسعة تمكن المتعاملين معه من إجراء معاملات مصرفية حديثة بشكل أسرع لتنفيذ عمليات البيع والخصم والتحويل بين حساب المصرف والتجار بشكل الكتروني سريع. هذه الأجهزة تجعل المصرف أشبه بالمحتكر الفعلي ؛ لعدم استطاعة باقي المصارف الحصول على هذه الأجهزة لارتفاع ثمنها من جهة وعدم وجود المتخصصين على إدارتها وصيانتها وديمومتها من جهة أخرى.

عليه يمكن القول إن الخدمات المصرفية الإلكترونية قد تكون محصورة بمصرف أو اثنين من الناحية الواقعية، وهذا ما يجعل المصرف محتكرا فعليا تبعا لتلك الخدمات المصرفية و التي يجد المستهلك نفسه مضطرا ومذعنا للتعاقد من اجل الحصول عليها، أما من الناحية القانونية فقد اعتبر المشرع العراقي عمليات المصارف في المادة ٣/٥ من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل من الأعمال التجارية الاحترافية، وبنفس الوقت شدد المشرع وفقا

لقانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ في المادة الأولى منه على أن المصرف لابد من أن يحمل ترخيصا أو تصريحا لمباشرة الأعمال المصرفية التقليدية المتمثلة باستلام الودائع النقدية أو الأموال الأخرى التي هي مستحقة السداد من الجمهور لأغراض إيداع ائتمانات أو استثمارات في الحساب في الحساب الخاص، بالتالي عدم وجود الترخيص أو التصريح يعتبر مانعا من ممارسة أي عمل مصرفي بموجب الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون المصارف التي نصت على: (لا يحق لأي شخص في العراق ممارسة الأعمال المصرفية دون الحصول على ترخيص أو تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي)، وكذلك الفقرة الرابعة من نفس المادة: (لا يجوز لأحد استخدام كلمة مصرف أو مشتقات كلمة مصرف..... دون الحصول على ترخيص أو تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي). وقد نظم المشرع العراقي في قانون المصارف ضمن الباب الثاني في المواد (٤، ٥، ٦، ٧، ٨)[١٤٣] آلية منح التراخيص أو التصاريح لممارسة الأعمال المصرفية وهي آلية معقدة جدا قد تشدد المشرع في منح الأذن في إنشاء المصارف حماية للاقتصاد الوطني من غسيل الأموال وغيرها من الأعمال التي عادة ما تتخذ العمل المصرفي واجهة لها[١٤٤]. لذلك اشترط المشرع في المواد (١٤ ، ١٥، ١٦) من نفس القانون حدا أدنى لرأس مال إنتاج المصارف وبمبلغ لا يقل عن ١٠ مليار دينار عراقي، لذلك اعتبر قانون المصارف في المادة ٥٧ بفقرتيها الأولى والثانية: (١- أي شخص يمارس أنشطة مصرفية وكعمل دون ترخيص أو إجازة مصرفية صادرة عن البنك المركزي العراقي يعتبر مذنبا ومعرضا للمقاضاة وتنطبق بحقة عقوبة الاحتيال الواردة في قانون العقوبات. ٢- تكون محكمة الجزاءات مسؤولة عن النظر قبل الدعاوى التي يقيمها المدعي العام بناءً على طلب البنك المركزي العراقي أو أي جهة معينة). إضافة لما تقدم تخضع المصارف العراقية إلى متابعة وإشراف البنك المركزي بموجب القانون المرقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤.

هذا التشدد وهذه القيود المعقدة جعلت من المصارف العاملة في العراق ذات عدد محدود وأغلب تلك المصارف تمارس أعمالا ذات طبيعة تقليدية في حين يمكن القول أن عدد محدد جدا من المصارف التي تمارس أعمالا مصرفية واسعة وتكاد تهيمن على القطاع المصرفي وبالأخص

المصرف العراقي للتجارة[١٤٥]. الأمر الذي يجعل ممارستهم المصرفية تكاد تكون ضمن نطاق الاحتكار الفعلي أو محدودي المنافسة وقد يختلف الأمر من دولة إلى أخرى حيث نجد في بعض الدول أعدادا كبيرة من المصارف التي تقدم باقة متنوعة من الخدمات المصرفية ومتفاوتة من حيث شروط العقد وأسعار الفائدة و آجال التسديد وغيرها من الشروط الجوهرية مما يجعل المستهلك أمام خيارات متنوعة قد لا يكون معها مضطرا للتعاقد مع مصرف يفرض شروطا يراها مجحفة وتعسفية ويرى البعض ان المستهلك لا يملك من الخبرة والوقت ليطلع على تفاصيل الشروط المصرفية المعروضة من أجل المفاضلة وبالتالي ان سحب الحماية القانونية منه بحجة وجود عروض مصرفية عديدة قد تعرضه لخطر الخضوع والإذعان و لسطوة التفوق الكبير للمصارف، وعلى أية حال يقول الدكتور علي جمال الدين عوض ( الصحيح في نظري هو ضرورة النظر في كل عقد وكل حالة على حدة إذ الواقع أن كثيرا من عمليات البنوك تقوم على إذعان العملاء لشروط يفرضها البنك مع اضطرار العملاء إلى اللجوء إلى البنوك في معاملاتهم وتجارتهم بحيث لا يكون لهم مفرا من قبول شروطها) [١٤٦].

ان النظرة الى عقود العمليات المصرفية على انها متضمنة للصفة الإذعانية قد تجد ما يعضدها في الفقه القانوني الأمريكي الذي يرى ان الخصائص التي تتضمنها العمليات المصرفية لا تختلف عن تلك التي تتضمنها عقود الإذعان، فالحسابات الجارية والقروض وبطاقات الائتمان وصناديق الايداع وغيرها هي عقود نموذجية معدة سلفا.[١٤٧] فقد اعتبرت المحاكم في كالفورنيا والتي لم تحكم سابقا في قضية ترتبط بالعمليات المصرفية والاذعان لكن في قضية *Tahoe Nat'l Bank v. Phillips,* اعتبرت المحكمة ان العلاقة بين المصرف والمودع هي علاقة مصرفية تنطوي على صفة الإذعان . [١٤٨] و في قضيتين متشابهتين هما *Los Angeles Investment Co. v. Home Savings Bank,* , and *Frankini v. Bank of America*) حيث تعرض العميل الى سحب مبلغ من رصيده المودع لدى البنك من خلال صك مزور ، فالمحكمة رفضت تخلي البنك عن مسؤوليته حتى وان تضمن عقد فتح الحساب بينهما شرطا يقضي بعد مسؤولية البنك عن ذلك، لقد اسست محكمة كالفورنيا حكمها بابطال هذا الشرط

التعسفي واعتبر العقد من عقود الإذعان الى ( عدم كفاية الإفصاح Inadequate Discloser ) من قبل البنك عن شروط العقد للعميل.[١٤٩]

إن جميع الخصائص سالفة الذكر ناتجة من تفوق المصرف قبال المستهلك، هذا التفوق قد ألقى بظلاله على التوازن العقدي المفترض في المعاملة المصرفية وحولها من معاملة كان يفترض فيها العلاقة العقدية التبادلية إلى علاقة عقدية ذات التزامات غير متكافئة نتيجة لهيمنة طرف وضعف وإذعان طرف آخر . إن هذا الإخلال في التوازن العقدي قد يختلف سببه وصوره من حالة إلى أخرى وهو ما سنفصله تباعا.

## المطلب الثاني

## أسباب اختلال التوازن العقدي في العمليات المصرفية

ان تحقق صفة الإذعان في العمليات المصرفية يتجسد عند تحقق الاختلال في التوازن العقدي المفترض بين المصرف والعميل، هذا الاختلال له الاثر البالغ في صيرورة اي عقد من العمليات المصرفية الى عقد إذعان لذلك كان لابد من بيان اسباب الاختلال ومظاهره في العمليات المصرفية التي تؤدي الى تحقق صفة الإذعان، حيث قسم هذا المطلب الى فرعين خصص الاول لبيان مرحلة تكوين العقد المصرفي وعيوب الارادة التي قد تعتريه، بينما تناول الفرع الثاني الشروط المصرفية التعسفية، على النحو الاتي:

### الفرع الأول

### مرحلة تكـــوين الـــــــــعقد المصرفي وعيوب الإرادة

إن اختلال التوازن الاقتصادي في عقود العمليات المصرفية يستتبع اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد (المصرف والعميل) هذا الاختلال تتجسد أبرز صوره في مرحلة تكوين العقد من

جانب والعيوب التي تصيب الإرادة المنشأة لذلك العقد من جانب اخر وسنتناولهما على النحو الآتي:-

**أولا: تكوين العقد:** إن آلية تكوين العقود التي توصف بالإذعان لا تختلف عن آلية إبرامها وتكوينها في العمليات المصرفية مما يدعونا لاعتبار اغلب العمليات المصرفية تنطوي على صفة الإذعان استنادا إلى هيمنة الطرف القوي قبال ضعف وإذعان الطرف الضعيف. إن خصائص الإيجاب ودوره في فرض إرادة الطرف القوي في عقود الإذعان تنسجم مع اثر الإيجاب المصرفي ودوره في تكوين العقد بذات الطريقة التي تتكون بها العقود التي تنطوي على صفة الإذعان والتي يجمعها الدور الأكبر للإيجاب الذي يرسم ملامح العقد وآثاره قبال الدور المكمل للقبول في إتمام العملية التعاقدية.

إن تحليل العلاقة العقدية التي ترتكز على توافق إرادتين يتبين وجود عنصرين مميزين في هذه العلاقة هما الإيجاب والقبول، هذان العنصران يلعبان دوار مهما في بلورة قناعة مشتركة وتراضي لطرفي العقد من اجل الدخول بعلاقة تعاقدية ترتب التزامات قانونية على طرفيه، هذه القناعة تترسخ من خلال مرحلة المفاوضات و العرض الذي يقدمه الموجب والذي يلحقه الطرف الآخر بتعديل يزيد أو يقل بأهميته بالنسبة لشروط الإيجاب الأصلي. وبالتالي قد يصدر أكثر من إيجاب أثناء المناقشات سواءً من الطرف الموجب أو الطرف الآخر ولربما يصدر القبول النهائي ممن ابتدأت من جانبه المفاوضات الأولية، وقد تستمر هذه المناقشات أو تقصر وصولا إلى قناعة مشتركة بين الطرفين تجسدها الموافقة والقبول النهائي الذي يستتبع تكوين العقد هذه المرحلة تسمى بمرحلة المفاوضات التي يفترض ان تمر بها أغلب العلاقات التعاقدية، لكن الأمر مختلف لدرجة كبيرة مع العقود التي تكون وتبرم بطريق الإذعان، فالإيجاب والقبول في هذه العقود لهما طابع خاص ومميز يتمحور حول الإيجاب الذي يصدر بصورة قاطعة وشاملة من الموجب والذي هو غير مستعد للدخول بمساومة أو مفاوضة حول تفاصيله وبالتالي فان الإيجاب حول عقود الإذعان قائما بنفسه لإتمام العقد ولا يحتاج إلا لمجرد قبول ورضوخ وتسليم من قبل الطرف الآخر لتكوين العقد وترتيب آثاره، وسنتناولهما كل منهما بشكل مستقل بيان خصائصهما:

١- الإيجاب: ومن أجل الوقوف على حقيقة الاختلال في التوازن العقدي في العمليات المصرفية الناجم من خصوصية تكوين العقد بطريق الإذعان نسلط الضوء على مميزات وخصائص الإيجاب المصرفي الذي يستبطن صيغ تجعل من الطرف الآخر مذعنا وراضخا للدخول بعلاقة تعاقدية غير متوازنة:

أ- عمومية الإيجاب: إن طبيعة الإيجاب أما أن يوجه لأشخاص معينين أو للجمهور بشكل غير محدد أما بالنسبة إلى عقود الإذعان فعادة ما يكون الإيجاب عاما وغير محدد بشخص معين، كما هو الحال في العروض المقدمة من قبل المصارف فهو إيجابا عاما للجمهور دون التمييز بينهم فعندما يطرح مصرف معين خدمة مصرفية فهي تكون لجميع من تنطبق عليهم الشروط وبالتالي هو إيجابا عاما، فالقرض المصرفي وفتح الحساب الجاري والحصول على بطاقة ائتمان وإجراء عملية خصم الأوراق التجارية وغيرها من التسهيلات الائتمانية تمثل إيجابا عاما موجها من المصرف إلى الجمهور سواءً كانوا من المستهلكين العملاء الذين لديهم تعاملات مسبقة مع المصرف أم جدد، فالمصارف تعلن عن توفر الخدمات المصرفية من خلال مواقعها الإلكترونية أحيانا أو من خلال البوسترات والإعلانات المرئية أو المسموعة أحيانا أخرى وبالتالي ان هذه الإعلانات المختلفة هي ليست دعوة للتفاوض كما يحصل مع عروض المحلات التجارية او مكاتب السفر والسياحة وغيرها بل إن هذا العرض المصرفي عادة ما يتضمن الشروط الجوهرية وغير الجوهرية الصريحة والضمنية وعادة ما يكون إيجابا جازما لا يقبل المناقشة أو التفاوض ولا يقبل التغيير كذلك لا في طريقة التعاقد ولا في الشروط المطلوبة وبالتالي ليس أمام المستهلك سوى القبول بدون مفاوضة او مساومة فهو أما أن ينظم لهذا الإيجاب ليشكل عقدا بقبول يستبطن الإذعان والرضوخ أو يرفض الإيجاب ولا يحصل على الخدمة المصرفية التي عادة ما تكون محصورة ضمن نطاق مصارف معدودة كما اشرنا سابقا. نعم قد تكون هنالك بعض الخدمات المصرفية التي تعتمد الاعتبار الشخصي إلا أن هذا الاعتبار الشخصي لا يغير من طبيعة الإيجاب العام وبالتالي كل شخص تتوافر فيه إمكانيات ومؤهلات الاعتبار

الشخصي بغض النظر عن شخص أو فئة معينة، يقبل بالإيجاب العام المعلن، فهو سيكون على ترحاب من قبل المصرف وقبوله بالإيجاب سيتمم العقد.

ب- ديمومة الإيجاب: إن عقود الإذعان عادة ما تكون مرتبطة بمصالح اقتصادية كبيرة ومشروعات مهمة لاسيما إن كان مقدم السلعة أو الخدمة يتمتع باحتكار قانون أو فعلي أو يمتلك مؤهلات اقتصادية عالية تمكنه من أن يكون منافس محدود في السوق التجارية وهو ما ينطبق على عمل المصارف وما تقدمه من تسهيلات ائتمانية مالية، وبالتالي اعتادت هذه القوى أن تقدم إيجابا يستمر لفترات طويلة، هذا الاعتياد يتأتى من طبيعة الإيجاب وظروفه من جهة والصفة التنظيمية الفنية الدقيقة من جهة أخرى فعندما تقدم المصارف خدمة مصرفية معينة وبالتأكيد تكون خاضعة لمراقبة وإشراف الجهات الرقابية المالية كالبنك المركزي العراقي فان طبيعة الإيجاب المصرفي يجب أن يتضمن محددات مالية واقتصادية وبالتالي أي تغيير بالإيجاب المعلن سوف يخضع لموافقة السلطة العامة وهو ما يعرقل عملية الحركة التجارية أو الاستثمارية ولذلك إن المصارف تحرص على أن تقدم إيجابا متسما بطابع الثبات والاستقرار لأطول فترة أما من حيث الصفة التنظيمية والفنية الدقيقة التي ينطوي عليها الإيجاب فان المصارف عادة ما تدرس الشروط الجوهرية التي تريد تضمينها في عقود العمليات المصرفية من قبل كادر فني ومالي وقانوني متخصص لتحديد الأسعار ونطاق المسؤولية وكل ما يتعلق بالعقد وآثاره، وبما يحقق أعلى المصالح واضمنها للمصارف وبالتالي إن مثل هذا الإيجاب كما يقول احد الفقهاء: (لا ينتظر أن ينزع صاحبه بين آونة وأخرى إلى تعديله فهذا لا يتفق مع طبيعة مشروعه ولا مع مقتضيات حسن السير فيه فان فعل فذلك لا يكون غالبا إلا على اثر تطورات اقتصادية تحمله على ذلك وهذه يفترض فيها أن لا تتم إلا ببطيء وفي فترات طويلة)[١٥٠].

ت- عدم قابليته للمفاوضة أو المناقشة: إن الإيجاب في عقد الإذعان هو الشرط الذي يضعه الطرف القوي ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة

وبالتالي إن الإيجاب المعلن شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الموجب يحقق مصلحة الأخير لا يقبل أي مفاوضة أو مناقشة[١٥١].

إن أهم ما يميز الإيجاب في عقود الإذعان هو عدم قابليته للمناقشة أو المساومة وكذلك هو إيجابا حازما قد اشتمل على كل شروط العقد الصحيحة والضمنية مما يجعله بحاجة إلى مجرد قبول لإتمام تكوين العقد. إن هذه الخاصية تظهر بشكلي جلي في شروط العمليات المصرفية فهي شروط حازمة وثابتة من قبل المصرف، والتجربة العملية تبين أن المستهلك حينما يريد أن يفتح حسابا جاريا على سبيل المثال فهو يسلم استمارة معدة سلفا تتضمن الشروط الصريحة والضمنية الجوهرية وغير الجوهرية [١٥٢] لا يسمح له بمناقشتها ، وبالتالي لا يكون له إلا حقا واحدا دائما، أما أن يوقع ويلتحق بالإيجاب العام أو لا يوقع ولا يحصل على الخدمة المصرفية.

ث- الإيجاب يرد في قالب نموذجي: من أجل أن تكتمل صورة الإيجاب كما هي في عقود الإذعان الذي يتميز بكونه عاما ويمتد لفترة طويلة ويتضمن شروطا لا تقبل التغيير أو التعديل فلا بد أن يكون هنالك إطارا تنظيميا لهذا الإيجاب وهو ما يعرف بالعقد أو الاستمارة النموذجية التي تحتوي شروط العقد والتي تكون معدة سلفا. إن وجود الشروط في قالب نموذجي يحقق للموجب سهولة ويسر نشر تلك الشروط وسهولة الاطلاع عليها من قبل المستهلكين كي لا تكون هنالك حجة بعدم العلم بها، ومن جانب آخر طالما أن الإيجاب موجه للجمهور ولفترات طويلة فلا توجد إمكانية لإفهام كل مستهلك منفردا ببنود العقد وتفاصيله علما إن العقد النموذجي كما يقدم في العمليات المصرفية ينطوي على شروط معقدة وذات أبعاد قانونية ومالية فتحتاج لتأمل ومفاضلة وقد لا يتسنى للمستهلك البسيط (وهم الأغلبية) التأكد من عدم وجود شروط تنتقص من حقوقه أو تزيد من مسؤولياته قبال تخفيف مسؤولية الموجب.

إن العقد الذي يتضمن الإيجاب بالخصائص أعلاه هو من عقود إذعان وبلا شك إن عقود العمليات المصرفية تنطوي على خصائص ذلك الإيجاب وبالتالي إن صفة الإذعان تتوافر في تلك

العقود، وعلى الرغم من أن ضعف المستهلك وإذعانه للطرف القوي الأمر الذي أنتج اختلالا في التوازن العقدي لم يكن منشأه احتكار الطرف القوي للسلع والخدمات فقط، بل إن عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد فضلا عن فهمها قبال خبرة وفنون الطرف القوي له الأثر البالغ في توافر صفة الإذعان واختلال العدالة العقدية[١٥٣] مما يجعل المشرع العراقي أمام مسؤولية لحماية المستهلك المتعامل مع المصارف سواء أخذنا بالنظرية التقليدية التي تركز على الاحتكار كأهم خصائص الإذعان أو بالنظرية الحديثة السائدة التي تتمحور حول حماية المستهلك من العقود المعدة سلفا والتي تنطوي على شروط مجحفة لا تقبل المفاوضة أو المناقشة كون المصارف بكلتا النظريتين تمثل طرفا قويا يصادر قبول الطرف المذعن وتجعله شكليا لإتمام وتكوين العقد فقط.

٢- القبول: إن المبدأ العام في القبول إنه لا إلزام بالقبول على من وجه إليه الإيجاب بل يكون حرا في أن يقبله أو يرفضه لأصل إن المتعاقدين لا يبرمان العقد الا بعد مفاوضات ومناقشات حول شروطه لكن نتيجة التطور الاقتصادي والتقدم التكنولوجي وتبلور فن التعاقد أدى إلى إيجاد أطراف اقتصادية قوية ومهيمنة على قطاعات خدمية كبيرة قبال اطراف ضعيفة بحاجة إلى تلك الخدمات، هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي قد ألقى بظلاله على التوازن والتكافؤ العقدي خلال مرحلة تكوين العقد فالطرف القوي يطرح إيجاب الذي يحمل كل خصائص القوة والسلطنة -كما تم بيانه- ليجعل من موافقة الطرف الآخر على قبولا بمعنى الرضوخ والإذعان والتسليم بالشروط كافة التي يضعها الموجب، وذلك ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية اذ جاء في احد قراراتها: (إن عقود الإذعان يكون موضوعها سلع أو مرافق ضرورية يحتكرها شخص طبيعي أو معنوي يصدر إيجابا موجها إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محددة ويكون الطرف الآخر مضطرا لقبول تلك الشروط لأنه في حاجة إلى الشيء الذي يتعاقد عليه)[154]. وهو ما عبر عنه المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة ١٦٧ في القانون المدني بالقول: ( القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر ليضعه الموجب

ولا يقبل المناقشة فيه). إن إذعان القابل لشروط الموجب لا يضر بشرعية تكوين العقد فهو قبول لا ينعقد العقد بدونه كونه مستندا إلى إرادة صاحبه إلا أن قبوله ليس حرا بل هو مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر وهنا الإذعان ينتج عنه اختلالا واضحا في التزامات الطرفين، الأمر الذي لم يعد معه تحقق مبدأ المساواة القانونية قادرا على أن يحقق التوازن العقدي في ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد لان الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد فهي التي تتحكم في تحديد مضمون العقد والالتزامات التي تقع على عاتق كل من طرفيه لان الطرف القابل يقبل بها لأنه مضطرا إلى ذلك(١٥٥)، مما جعل العدالة العقدية محل نظر تشريعي كما فصل في ذلك المشرع العراقي في المادة ١٦٧ بفقراتها الثلاث والأمر ذاته يحدث في العمليات المصرفية فالإيجاب الذي يتضمن خصائص التي تؤدي إلى الإذعان في القبول تتجسد في طريقة تكوين العقد للحصول على الخدمة المصرفية فالقابل ليس حرا في انضمامه لا يجاب المصرف بل مضطرا ومذعنا لشروطه التعسفية إن وجدت من أجل الحصول على الخدمة المصرفية والتسهيلات الائتمانية التي تكاد تكون مقيدة ومنحصرة لدى بعض المصارف لاسيما الخدمات المصرفية الحديثة ذات الطابع الإلكتروني مما يجعل الحماية التشريعية للطرف الضعيف مهمة جدا لحمايته وإعادة التوازن العقدي لتلك المعاملات المصرفية التعاقدية.

## ثانيا: عيـــــــــوب الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس مفاده أن الالتزامات التعاقدية التي يرتضيها الشخص هي فقط ما يلزمه وتكون بمثابة القانون الذي يحكم تصرفاته، ومن اجل أن تُنشأ الإرادة تلك الالتزامات التعاقدية يجب أن تكون حرة ومبصرة وخالية من كل عيب قد يشوبها(١٥٦). بعبارة أخرى إن تطابق الإيجاب والقبول لا يكفي لوحده لينتج آثاره القانونية بل لا بد أن يكون ذلك التطابق قد تم بإرادة خالية من عيوب الإرادة، ومن المسلم به أن عقد الإذعان بشكل عام إن شابه أي عيب من عيوب الرضا فان ذلك يترتب عليه من الآثار ما لا يختلف عنه بالنسبة لأي عقد من العقود الأخرى(١٥٧). إلا أن مدار البحث يتعلق فيما إذا كان ممكنا إن حدثت تلك العيوب في إرادة

الطرف المستهلك الضعيف في العمليات المصرفية يمكن أن تقدر بطريقة أشد قسوة على الطرف القوي كونه قد استغل حدوث تلك العيوب لتحقيق مصلحة اكبر بفرض التزامات أوسع على الطرف الضعيف.

إن عيوب الرضا في العمليات المصرفية يبرّز عدم التكافؤ في التزامات وحقوق طرفي العقد مما يوفر الأرضية لتوافر صفة الإذعان في تلك العقود. إن عقود العمليات المصرفية التي يبرمها المستهلكون غالبا ما تنطوي على شروط وإجراءات موضوعة سلفا مما يجعل الوقوع في عيوب الرضا أمرا مستساغ من الناحية العملية، كونها عقود معلنة للعامة من الناس والذين أغلبهم من البسطاء قبال خبرة وتمكن المصرف الأمر الذي ينتج معه اختلالا في التوازن التعاقدي لطرفي تلك العمليات. نعم إن الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا في حماية المستهلك واجهت مشاكل عديدة لاسيما المتعلق منها بصعوبة الإثبات وتشدد الشروط اللازمة لتطبيقها[١٥٨]. إلا أن القضاء قد جرى على حماية الطرف المذعن من خلال التوسع في تقرير عيوب الرضا كي يهيئ منفذا للخلاص من هيمنة الطرف القوي، وإعادة التوازن الى العقد بشكل منطقي ومقبول. ويمكن بحث تلك العيوب وأثرها على اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمصرف تباعاً:

١- الغلط [١٥٩]: يمكن القول إن عقود العمليات المصرفية تعتمد على وثائق معقدة قد يعسر فهمها، فالمصرف عادة ما يسعى الى أن يحتمي ضد الاحتمالات السلبية التي تقلل من ربحه أكثر من سعيه إلى إفهام المستهلك وبالتالي يكون من المتوقع والسهل وقوع المتعاقد في غلط يجعله طرفا في عقد مصرفي فاقد للتوازن التعاقدي. هذه الصعوبة والتشدد تزداد بصريح القول مع عقود العلميات المصرفية التي عادة ما تكون معدة سلفا ومعلنة بشكل عام للجمهور وبالتالي يفترض أن يكون المستهلك قد اطلع بشكل تفصيلي على بنود وشروط تلك العقود مما لا يدع مجال للقول بان دخول المستهلك في التعاقد مع المصرف قد يشوبه عيب الغلط [١٦٠]. لقد حاول القضاء في فرنسا تفعيل نظرية الغلط عن طريق فرض الالتزام على عاتق المحترف بشكل يؤدي 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 فان ذلك يؤدي إلى إبطال الشرط ومن ثم إبطال العقد بسبب الغلط[161].

إن الغلط وإن كان يواجه صعوبة الإثبات إلا إنه غير نادر الوقوع من الناحية العملية، لاسيما في العمليات المصرفية فالشروط التي يصدرها المصرف عادة ما تكون معقدة ومتداخلة وتنطوي على التزامات قانونية ومالية وتقنية مما يصعب فهمها على المستهلك لاسيما الأمور المتعلقة بمدة القرض المصرفي وفائدته والآثار المترتبة على الإخلال بالالتزامات وباقي الشروط التي تحمل المستهلك أعباءً كثيرة قبال أريحية التزامات المصرف وضمان حصوله على اكبر قدر من الفائدة ومسؤولية محددة [١٦٢] وبالتالي إن تعقيد الشروط وعدم وضوح الآثار قد يكون سببا لوقوعه في غلط يجعله طرفا في علاقة تعاقدية غير متكافئة وفاقدة للتوازن بين التزامات وحقوق الطرفين الأمر الذي جعل المشرع يلزم المصارف بضرورة التصرف بحسن نية مع المستهلك وكشف كل الشروط والإفصاح عن الالتزامات كي لا يقع المستهلك في غلط[١٦٣]. وغالبا ما يعمد واضعو هذه الشروط إلى صياغتها بطريقة معقدة يصعب على المتلقي فهم وادراك ما تنطوي عليه من ابعاد وآثار، وهذا التعقيد ناتج من الصياغة الدقيقة والمكثفة أو نتيجة استعمال أساليب ذكية في صياغتها بحيث يغيب عن ذهن القارئ التمييز بين الشروط الجوهرية ذات الآثار الأساسية وبين الشروط الثانوية التي ترد بشكل مشترك في مستندات العقد كشرط الإعفاء من استبدال السلع المعيبة أو عدم الضمان أو عدم الرجوع على المنتج بكل الأضرار أو عدم السماح بالمناقشة حول سعر الفائدة أو باقي الشروط المتعلقة بالاعتماد المستندي أو التحويل المصرفي أو شروط فتح الحساب الجاري وما يترتب عليها من آثار[١٦٤]. هذه المعطيات قد وفرت جوا مناسبا لتضمين العقود بشكل عام والعقود المصرفية بشكل خاص شروطا وملاحق لا يعلم المستهلك تفاصيلها في حين إنها تثقل كاهله بالتزامات وضمانات معينة، وعليه أمام هذه الصياغات المبهمة والغامضة

والمعقدة لشروط العقد لا يمكن علم المتعاقد بها ولا يمكن اعتبار توقيعه على العقد يعبر عن رضا نقي بما تضمنته من شروط وآثار[١٦٥].

٢- الإكراه: يعرف الإكراه بأنه ( ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد)[١٦٦] ، وغني عن البيان أن الإكراه يمكن أن يكون ماديا أو حسيا ويقع على الجسم كما يمكن أن يكون معنويا, أو نفسيا كالرهبة, أو المؤثرات التي تدفع لاضطرار المكره للتعاقد[١٦٧] . فهل هذا الاضطرار بالخضوع لشروط المصرف التي لا تقبل المناقشة للحصول على خدمة مصرفية كالقرض مثلا هو نفسه الإكراه المعنوي الذي يعيب الإرادة ويفسد الرضا ويجعل العقد موقوفا ؟ [١٦٨] في الواقع إن تفوق الطرف القوي( المصرف) اقتصاديا وفرضه لشروط لا تقبل المناقشة والتعديل هو ما يفسر الإخلال الواضح في التوازن العقدي في بعض العمليات المصرفية مما يجعلها توصف بالإذعان, فقبول الطرف الضعيف ليس في الحقيقة قبولا حرا بل هو مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر إلا ان الاضطرار بالتعاقد والإذعان بلا أدنى شك هو ليس الإكراه المعروف كعيب من عيوب الرضا، بل هو إكراه واضطرار متصل بعوامل اقتصادية أكثر منها أن تكون نفسية [١٦٩] ولذلك يقول الفقيه الفرنسي بلانيول: (إن الحياة لا تخلو من الضغط الاقتصادي الذي يفرضه متعاقد على آخر و اذا كان هذا الضغط يصل إلى ذروته في عقود الإذعان فإن ليس سوى إكراه اقتصادي لا يكون من شأنه أن يعيب الرضا في العقد) [١٧٠]. إن هذا الإكراه الاقتصادي قد يستند إلى شروط التعسفية التي قد تتضمنها بعض عقود العمليات المصرفية التي تجعل من الطرف المذعن مكرها اقتصاديا للدخول بتعاقد ، فالمستهلك في حالة عوز اقتصادي للتسهيلات المصرفية، وعادةً ما يكون المصرف محتكرا لهذه الخدمات ويعرضها بشروط تتلاءم وتحقيق مصلحته الاقتصادية مما يجعل المستهلك مضطرا للتعاقد غير المتوازن بسبب الحاجة الملحة له وقلة الخيارات المعروضة أمامه.

٣- الغبن: إن ضرورة العيش المشترك والدخول بتعاملات اقتصادية يكون فيها طرفا أعلى أو أزيد من طرف آخر أمرا لا مفر منه فلم يعد أضعاف الإرادة محل اعتبار وإنما الظلم

الناشئ من عدم تساوي الالتزامات وعدم التوازن هو الظلم الذي يجد مصدره في الغبن الذي يقسم الإرادات إلى إرادة مهيمنة, وأخرى مذعنة الأمر الذي يعكس اختلال التوازن الاقتصادي الذي يلقي بظلاله على التوازن العقدي. إنّ الغبن يعرض العدالة العقدية إلى خطر الاختلال يمكن بحثه من زاويتين، الأولى الغبن مع تغرير أما الثانية الغبن مع الاستغلال :-

أ- الغبن مع التغرير: إن القانون المدني العراقي لم يعتبر التغرير لوحده عيبا مستقلا من عيوب الرضا كما لم يعتبر الغبن كذلك إلا اذا وجدا سوية حسب المادة ١/١٢١ من القانون المدني والتغرير بشكل عام ينقسم إلى نوعين تغرير فعلي و قولي و الفعلي يقابله مصطلح التدليس الذي اعتمده القانون المدني الفرنسي [171] , أما التغرير القولي فيكون على قسمين أما بالقول الكاذب و المبالغة او بصيغة السكوت وعدم البيان فيسمى تغريرا عن طريق الكتمان أو تدليسا بالكتمان [١٧٢] . وعلى الرغم من تعرض المتعاقد للتغرير سواءً كان عمليا أو قوليا أو تدليسا سكوتيا في عقود الأمانة إلا أن المشرع العراقي لا يعتبر العقد موقوفا لمجرد حصول التغرير بل لابد يقترن بغبن فاحش كما نصت على ذلك المادة (١٢٣) مدني.

إن الآلية التي يتم بها عقد الإذعان قد يضيق معها استخدام أساليب التغرير للإيقاع بالطرف الآخر، فتلك العقود التي عادة ما تكون بصيغ نموذجية معدة سلفا ومتاحة للجمهور يجعل من الجميع مطلع عليها وعلى تفاصيلها مما يجعل حدوث التغرير أمرا ليس بالسهل، فضلا عن ذلك إن حدوث التغرير لوحده لم يجعل منه المشرع العراقي سببا لإبطال أو تعديل العقد ما لم يقترن بغبن فاحش وهذا ما يزيد الأمر صعوبة لكن مع ذلك فإن طبيعة العقود التي تبرم بين المستهلكين والمصارف يجعل أمر حدوث التغرير أو التدليس أمرا ليس مستبعد، نعم يلحقه الغبن وقد لا يلحقه وبكلا الحالتين إن عدم التوازن متحقق طالما قد وقع التغرير أو التدليس فعلى سبيل المثال إن المصارف عادة ما تعلن عن مميزات الخدمات المصرفية المقدمة للزبائن وتخفيضات في الفوائد وما إلى ذلك من المرغبات الشخصية للدخول بتعاقد مصرفي، لكن في الكثير من الأحيان نجد عدم تطابق وتماثل بين الشروط المعلنة وتلك التي تقدم بصيغة

نهائية. وعليه فإن الإخفاق المتعمد لبعض التفاصيل الضرورية يعتبر تغريرا أو تدليسا بالكتمان متعمدا من أجل دخول الزبون في علاقة تعاقدية غير متكافئة لحصول الطرف القوي على مميزات ومصالح اقتصادية، وقد يلحق هذا التغرير غبن فاحش بالمستهلك إلا أن هذا النوع المتعلق بالشروط المعلنة من قبل الموجب ومستوى وعي وفهم واطلاع الطرف المذعن لم يولد استقرارا قضائيا لتبنيه واعتباره تغريرا أو حتى تدليسا يؤدي إلى فساد الرضا فيقول الدكتور د. عبد المنعم فرج الصدة: إن عدم خبرة الطرف المذعن أو جهله بالقراءة والكتابة ليس محل اعتبار، فالمستهلك يجب أن لا يتذرع بالجهل للادعاء باختلال التوازن العقدي نتيجة وقوعه بالتغرير أو التدليس إذ يجب على كل متعاقد ان يبذل جهدا معقولا في التحري عن البيانات أو المعلومات المتعلقة بالعقد لاسيما في مجال العمليات المصرفية. هذا من جهة ومن جهة أخرى إن عقود الإذعان تقل فيها فرص التدليس أكثر من غيرها فكون شروطها معدة سلفا وعموميتها مما يجعل التلاعب بشروطها أو إدخال شروط أخرى لم يطلع المستهلك عليها أمر مستبعد(١٧٣). غير أن موقف الفقه والقضاء قد تطور في نظرته للتدليس أو التغرير المستخدم من قبل الطرف القوي في العقود الموصوفة بالإذعان لاسيما في مجال البحث حول العمليات المصرفية (١٧٤)، فمن حيث الشروط المطبوعة والمعدة سلفا فإنه صحيح يجب على المتعاقد أن يستعلم عنها ويطلع عليها قبل الدخول بالتعاقد إلا أن الاستعلام تقل أهميته كلما تفاوتت القدرة الفنية لأطراف العقد لاسيما في العمليات المصرفية فالمستهلك في العقود المصرفية يتطلب منه قدرة وخبرة قانونية ومالية وحتى تقنية على قدر عال من الفهم والوعي وهو مالا يتحقق بسهولة لأغلب المتعاقدين وبالتالي يجب على المصرف أن يلتزم بالإفضاء عن المعلومات بشكل كاف كي لا يدخل العميل بعملية تعاقدية غير متكافئة. وحسنا فعل المشرع العراقي عندما ألزم المتعاقد في عدم الكتمان في عقود الأمانة وجعله أمرا تدليسيا منه حسب نص المادة ٢/١٢١ مدني. وعليه فإن كتمان المصرف لمعلومات كان يجب على المتعاقد أن يعلم بها يعد تدليسا إذا كان المصرف على علم بأن المستهلك يجهل تلك المعلومات والشروط التعاقدية التفصيلية مما يكون ذلك الكتمان سببا في عقد غير متوازن بين طرف مذعن وآخر قوي. وقد

ذهب الفقه إلى اعتبار الكتمان في هذه الحالة تدليسا متى ما كان المتعاقد ملزما بواجب الإفضاء والإفصاح للمستهلك أيا كان مصدر هذا الالتزام سواء كان بنص القانون أو اتفاق الطرفين أو استنادا إلى القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الغش، وقد أخذ بهذا المبدأ القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة النقض في قضية تتعلق بكفالة لدين مستحق لصالح أحد البنوك بإبطال عقد الكفالة نتيجة مخالفة هذا البنك لالتزامه الأساسي المفروض في مرحلة المفاوضات أو ما تسمى بالمرحلة قبل التعاقدية الالتزام الذي يرتكز على الإفصاح والإفضاء للكفيل بالمركز المالي الحقيقي للمدين من حيث كونه مثقلا بالديون فالمحكمة قد كيفت هذا الكتمان على أنه تدليسي متمثل في عدم أداء البنك لالتزامه بالإفضاء متعمدا عدم إحاطة الكفيل بالمعلومات التي من شأنها أن تبعده عن التعاقد وعليه اعتبرت المحكمة إن هذا التصرف من جانب البنك يتعارض ومقتضيات حسن النية في إبرام العقود ويعد تدليسا كتمانيا وبالتالي أصدرت قرارها ببطلان عقد الكفالة استنادا لأحكام المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي[١٧٥]. وقد تنبه البنك المركزي العراقي لهذا الالتزام لذلك أصدر ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور الصادرة سنة ٢٠١٦ والتي أوجبت على المصارف تقديم المعلومات اللازمة للمتعاقد والتي من خلالها يفترض أن يكون بعيدا عن أن يكون طرفا في عملية تعاقدية مصرفية غير متوازنة وغير متكافئة[١٧٦].

ب-الاستغلال مع الغبن: إن المشرع العراقي في القانون المدني كما بينا لم يعتبر الغبن لوحده عيبا من عيوب الرضا إلا اذا رافقه تغرير ولا بد أن يكون الغبن فاحشا[١٧٧]. إلا أن التجارب العملية أفرزت حالات يتعرض فيها الشخص إلى غبن فاحش أو قد يجعله شخص آخر يتصرف لمصلحته بدون مقابل، أو عدم توازن في الاداءات المتقابلة بين المتعاقدين مما يُلحق به ضررا فاحشا، ولذلك عد المشرع الاستغلال عيبا من عيوب الرضا إذا رافقه غبن فاحش[١٧٨]. وعليه فإن الاستغلال وطبقا لما نص عليه القانون المدني في المادة ١٢٥ يتكون من عنصرين، عنصر مادي وهو الغبن الفاحش، وعنصر معنوي وهو استغلال احد المتعاقدين للآخر، فبالنسبة للغبن الفاحش تم إيضاحه سابقا وهو موضع اختلاف بين الفقهاء في تقديره،

لكن بشكل عام يترك للقاضي تقدير كون الغبن كان فاحشا من عدمه[١٧٩]. أما بالنسبة للعنصر المعنوي أو النفسي فقد نص المشرع العراقي في المادة ١٢٥ مدني على حالات معينة يعتبر معها المتعاقد طرفا ضعيفا متعرضا إلى استغلال من قبل المتعاقد الآخر، ومن تلك الحالات التي تنسجم مع موضوع البحث، لاسيما في موضوع تعاقد المستهلكين الذين يمثلون الأطراف الضعيفة مع المصارف الذين يمثلون الأطراف الأقوى في علاقة تعاقدية غير متكافئة ففي مثل هذه الحالات من الطبيعي أن يكون المصرف أكثر خبرة واطلاع من المستهلك الذي غالبا ما يكون بسيطا وغير ملم بتفاصيل العمليات المصرفية المعقدة وآثارها القانونية وبالتالي إن حالة عدم الخبرة التي وردت بنص المادة أعلاه قد تنسجم مع كون المستهلك قد يتعرض إلى غبن فاحش عن طريق الاستغلال الواقع من قبل المصرف لحاجة المستهلك وقلة خبرته، ولذلك إن استغلال الطرف الضعيف يجعل من عقده فاقدا للتوازن في الاداءات المتقابلة وبالتالي إذا كان هذا الاستغلال قد انتج معاملة مصرفية تتسم بوجود عبء مالي كبير على المستهلك جعله في موضع ممن تعرض إلى غبن فاحش جراء الاستغلال فيمكن للقاضي أن يبطل العقد بشكل عام أو ينقص مقدار الغبن الفاحش.

إن المشرع العراقي في تعامله مع موضوع الاستغلال قد ركز على الجانب الشخصي للمتعاقد اكثر من تركيزه على الجانب المادي للموضوع، بعبارة أخرى أن المشرع العراقي قد بين الحالات التي يكون معها الشخص المتعاقد قد تعرض إلى استغلال في حين لم يركز على فكرة عدم التعادل في الالتزامات كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري في المادة ١٢٩ من القانون المدني[١٨٠] الذي سار على منهج المشرع الفرنسي في المادة ١١٧١مدني الذي اعتنق النظرية المادية التي تأخذ بنظر الاعتبار عدم التعادل أو التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد والتي تركز على تقدير قيمة الشيء بقيمته المادية بخلاف النظرية الشخصية التي تعتد بظروف المتعاقد الشخصية والتي لا تكتفي بعدم التوازن العقدي بين التزامات المتعاقدين بل يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال احد الطرفين لحاجة أو طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك أحد المتعاقدين الذي ينتج غبنا فاحشا[١٨١]. وعليه إن التوجه التشريعي الحديث والمنسجم

مع حركة حماية الطرف الضعيف في العقود لاسيما المتصفة بالإذعان تذهب إلى تبني النظرية المادية التي تركز على فكرة مفادها إن انعدام التعادل بين الاداءات المتبادلة في العقد يتسع لكل حالات الاستغلال حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بتقديم أداء مقابل آخر لا يساويه في القيمة وإنما يتعلق بشروط تعسفية يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر. لكن في الحقيقة إن النظرية المادية التي تركز على ضرورة تعادل الالتزامات وعدم وجود اختلال في التوازن العقدي ترجع في حقيقتها إلى النظرية الشخصية أيضا، فإن صيرورة العقد غير متكافئ ومتضمن لالتزامات غير عادلة مرجعه إلى ضرورة وجود حالة من حالات الاستغلال التي اشرنا إليها سلفا وحسب نص المادة ١٢٥من القانون المدني أي إن وجود الشرط التعسفي في العقد الذي يؤثر على الميزان التعاقدي الذي يفترض أن يكون متكافئا بشكل ينسجم مع حقوق طرفي العقد بما يضمن تحقيق الضمان الاجتماعي ناتج بالتأكيد من وجود حالة عدم الخبرة -على سبيل المثال- للمتعاقد الضعيف مما يولد عيب الاستغلال، لكن لوحده لا ينفع ما لم يقترن بتحقق غبن فاحش للطرف الضعيف [١٨٢].

إن المستهلك الذي يبتغي الحصول على خدمة مصرفية معينة قد يقدم على التعاقد وهو غير مطلع بشكل تفصيلي على شروط العقد المصرفي وآثاره وما ينتج عنه من مسؤوليات وبالوقت نفسه فإن المصرف كطرف قوي اقتصاديا سيحقق مصلحة على حساب الطرف الضعيف، وإن إرجاع هذا الاختلال في الالتزامات التعاقدية إلى قلة خبرة المستهلك من جهة واستغلالها من المصرف من جهة أخرى أمر متوقع وهذا الاختلال ما كان ليقع لو أدى المصرف واجباته والتزاماته بشكل أساسي بتوعية ونصح وإرشاد المستهلك لكل عملية تعاقدية.

بعد أن تم استعراض دور عيوب الرضا في إحداث خلل في التوازن التعاقدي لاسيما في مجال العمليات المصرفية وكما تم الإشارة إلى عدم إمكانية الاعتماد على نظرية عيوب الرضا في إمكانية تعديل شروط العقد المشوب بصفة الإذعان وعلى الرغم من كون هذا الأمر يبقى مسألة وقائع ويمكن للقاضي أن يعمل بسلطته التقديرية بعد دراسة المعطيات المقدمة لكن من الناحية النظرية واستنادا الى النصوص القانونية والآراء الفقهية فإنه لا يستبعد الاستناد إلى

عيوب الرضا على اختلاف مستويات ظهورها في عقود الإذعان لتحقيق التوازن التعاقدي بشكل كامل ولكن يكمن القول عموما وبغض النظر عن قصور نظرية عيوب الرضا من عدمها في حماية الطرف الضعيف وتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في العقود المصرفية المتصفة بالإذعان فإن عيوب الرضا لا يوجد ما يمنع نظريا من تحققها في العمليات المصرفية.

## الفرع الثاني

## الشروط المصرفية التعسفية

لقد تم بحث موضوع الشرط التعسفي من حيث طبيعته ومعاييره من جهة واثره في صيرورة المتعاقد مذعنا من جهة أخرى في المبحث الأول، وقد وضحت العلاقة الوثقى فيما بين وجود الشرط التعسفي في العقد واعتباره عقد إذعان مفترض الحماية [١٨٣] ، صحيح أن عقد الإذعان هو الذي ينعقد بآلية خاصة تعبر عن مدى هيمنة احد الأطراف، وصحيح أن الطرف الآخر ينظم مذعنا لهذا العقد لحاجته الماسة له، لكن جوهر المشكلة والتي استدعت التدخل التشريعي لفرض الحماية القضائية هو وجود الشروط التعسفية التي جعلت كفة الميزان التعاقدي مائلا لمصلحة الطرف القوي، وقد تم بيان أثر هذه المعادلة غير المتوازنة في مجال العمليات المصرفية من خلال الهيمنة والتسلط للمصارف على العملاء[١٨٤] فلا نقاش ولا مساومة ولا تعديل وعليه فالعميل يجد نفسه أمام التوقيع والانضمام أو الترك وخسارة الحصول على الخدمة كما ورد في المصطلح الإنكليزية (take it or leave it) لكن هذا النظام التعاقدي لم يكن المشكلة الوحيدة في عقود العمليات المصرفية بل كذلك الشروط التعسفية المتعلقة بتلك العقود[١٨٥].

إن انفراد الجانب القوي بوضع شروط العقد امر لا يمكن تجاهله ومن العدل أن تكون هنالك حماية للطرف الضعيف ففي اغلب الحالات نجد أن المصرف وبصفته محترفا يكون له القدرة والدراية الكافية لان يحمي نفسه من شروط وأثار العقد على لعكس من ذلك نجد أن

المستهلك أو العميل لطالما وقع ضحية الشروط التعسفية مما جعلته في ميزان تعاقدي غير منصف.

إن الفقه القانوني قد لاحظ ما شاب مبدأ سلطان الإرادة ومدى الاختلال الخطير في الحرية التعاقدية الذي جعل من أحدا اطراف العقد يستغل الآخر في تضمين العقد شروطا تعسفية وغير منصفة بحق الطرف الضعيف وتحت مظلة الحرية ا لتعاقدية مما جعل الفقه يدفع باتجاه التدخل التشريعي والقضائي لحمايته وإعادة التوازن للعقد الذي فُقد بسبب التطورات الاقتصادية والتقنية التي ألقت بظلالها على آليات إبرام العقود فغيرت الكثير منها باتجاه الطرف القوي ومن ابرز التغييرات القانونية التي واجهت المشرع بها تلك الشروط هي نظرية عقود الإذعان المنطوية على شروط تعسفية مما حدا بالمشرع المصري في المادة ١٤٩ إلى صياغة حكم عام يسري على كل عقود الإذعان لحماية الطرف الضعيف[١٨٦]، ولم يبتعد عن ذلك كثيرا المشرع العراقي كما بينا أعلاه في المادة ٢/١٦٧.

والشرط التعسفي هو شرط في العقد يترتب عليه عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك تتمثل في مكافئة هذه المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك[١٨٧]. وقد وردت تعريفات أخرى للشرط التعسفي ضمن أحكام المحاكم فعرفت محكمة النقض المصرية الشروط التعسفية بأنها الشروط التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام[١٨٨].

أما تعريف الشرط التعسفي في التشريع [١٨٩] فالمشرع العراقي لم يتعرض إلى التعريف بشكل واضح فقد نص في المادة ١/١٣١ مدني آخذا بنظرية إن الأصل في الشروط الإطلاق أو الإباحة كل شرط يؤكد مقتضى العقد يكون جاريا به العرف والعادة و يلائم مقتضى العقد هو شرطا صحيحا حتى وان تضمن منفعة لأحد العاقدين أو للغير إلا أن يكن مخالفا للنظام العام فهو شرط غير صحيح، وبمفهوم المخالفة يمكن القول إن كل شرط يخالف مقتضى العقد أو الشرط الذي يخالف النظام العام والآداب العامة أو الذي يخالف القانون يكون شرطا غير صحيح. واستنادا إلى القواعد العامة اذا كان الشرط مخالفا للقانون أو للنظام العام فيكون شرطا تعسفيا

يجب أن يبطل ليكون العقد صحيحا إن لم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد فان كان كذلك فيكون الشرط والعقد كلاهما باطلا [١٩٠]. وعلى الرغم من إن ذلك الشرط يدخل ضمن اطار التعسف لكن الشرط التعسفي له مفهوم وصور أوسع فقد لا يكون الشرط مخالفا لما ذكر لكنه يضعف المستهلك بشكل كبير ويحقق فائدة فاحشة للطرف الآخر، أما فيما يخص قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ فلم يتعرض إلى موضوع الشرط التعسفي فضلا عن تعريفه وهذا قصور كان يمكن معالجته بالنص على الشروط التعسفية لما لها من الأهمية القانونية والاقتصادية التي تجعل من المستهلك في مواقف تعاقدية ضعيفة[١٩١]. وقد نص المشرع العراقي في قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ في المادة١٠/ ٦ ( خطر التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة بالنسبة لأسعار السلع والخدمات أو شروط بيعها وشرائها).

استنادا إلى التعريفات المختلفة الواردة بالفقه والتشريع العراقي والمقارن حول الشرط التعسفي، يمكن استخلاص عنصرين مهمين هما الميزة الفاحشة للطرف القوي كعنصر موضوعي واستغلال النفوذ الاقتصادي كعنصر ذاتي ولكل عنصر من هذه العناصر مصاديقه الخارجية التي تشكل صور التعسف التي تعمل على خلق حالة من اللامساواة القانونية التي تؤدي بلا شك إلى عدم التوازن التعاقدي ولذلك إن من أهم الأسس التي يجب العمل عليها تشريعيا وقضائيا هو تأطير مبدأ الحرية التعاقدية بشكل يضمن تحقيق العدالة العقدية وإبطال ما يخالف ذلك من أجل تغليب صفة العلاقة القانونية على العلاقة العقدية التي لا تتضمن حماية للطرف الضعيف [١٩٢].

إن العمليات المصرفية بما تتضمنه من شروط قد تكون تعسفية تمثل ابرز صور اختلال التكافؤ التعاقدي بين طرفي العلاقة فالمصرف بما يملك من هيمنة تقنية واقتصادية وقانونية والمستهلك بما يحمله من حاجة ملحة لاقتناء تلك الخدمة بالتأكيد أن هذه المعادلة ستنتج أثارا يكون ضحيتها العميل المستهلك، نعم قد لا يكون الشرط الذي يضعه المصرف مخالفا للنظام العام او الآداب العامة أو مخالفا للقانون بشكل مباشر لكنه يمكن المصرف من الحصول على ميزة مفرطة واستغلال اقتصادي واضح لحاجة المستهلك لذلك كان الأحرى بالمشرع العراقي أن يعالج

موضوع الشروط التعسفية في العقود المصرفية من خلال التشريعات المتلاحقة للتغطية على عدم وجود تحديد واضح لتلك الشروط سواء في القانون المدني او في قانون حماية المستهلك.

ان الشرط التعسفي لا يمكن أن يؤطر بتعريف يحدد مفهومه فقط بل يجب تحديد ملامح وجوده في كل الصور والحالات التي يمكن أن ينطلق منها فيمكن أن يرد الشرط التعسفي من خلال غياب السبب التعاقدي أو عدم وجود حسن نية لدى الطرف القوي أو إساءة استعمال الحق والإثراء بلا سبب [١٩٣] ويمكن بيان هذه الحالات على النحو الاتي:-

أولا: السبب : يقول الفقيه الفرنسي جونو: (يجب أن يكون هناك سبب يتناسب مع الالتزام وان يكون هناك تعادل بين الفوائد والتضحيات المتبادلة بين الطرفين فالعدالة هي الانسجام وفي العقود التبادلية هي التوازن والمساواة والميزان رمزها والعقد لا يستحق حماية القانون اذا لم يكن بين الخدمات المتبادلة تقابل عادل)[١٩٤]. وللفقيه الفرنسي ريبير كلام ينسجم مع ما ذهب إليه جونو بما يتعلق بشرط عدم قابلية عقد التامين البحري للانقسام فهو يعترض على إقرار هذا الشرط بمناسبة وثيقة التأمين التي تشتمل على نص يقرر أن القسط يستحق بالكامل بمجرد وقوع الأخطاء، حيث اعتبر القضاء ان هذا الشرط مشروعا [١٩٥].

وفي محاولة لتحقيق التوازن العقدي اعتمادا على عدم توافر السبب أو كونه غير مشروعا أو متوازنا مع الالتزام الذي يؤديه الطرف الضعيف والذي استقر عليه القضاء الفرنسي في القضية المشهورة Chronopost[١٩٦]. ففي هذه القضية إن غرفة التجارة لمحكمة النقض الفرنسية استندت على غياب السبب من اجل إبطال الشرط التعسفي وملخصها إن هنالك شركة للنقل السريع تسمى Chronopost تكفلت بنقل طرود تتضمن عرضا مقدما من شركة Banchereau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم وقد وصلت الطرود لمرتين بشكل متأخر الأمر الذي حرم الشركة من دخول المناقصة فرفعت شركة Chronopost دعوة تطالب فيها من الشركة Banchereau بالتعويض مشيرة إلى أن هنالك شرط في العقد يحدد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من العميل فقط إلا إن محكمة النقض وبموجب المادة ١٠٣١ مدني فرنسي[١٩٧] قررت أن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال

الطرود بسرعة فائقة يعتبر وكأنه غير مكتوب أي اعتبرته المحكمة باطلا. وقد اختلفت وجهات النظر الفقهية حول السبب فالبعض يقول أنه يؤدي إلى إبطال بعض الشروط فقط وليس إلى إزالة عدم التوازن العقدي برمته فضلا عن إن الاعتماد على السبب وفقا للموروث من النظرية التقليدية يؤسس إلى بطلان العقد برمته وهو ما يتضرر منه المستهلك بالتأكيد[١٩٨]. وفي الحقيقة ان الغاية المتوخاة من التدخل التشريعي أو القضائي لحماية الطرف الضعيف هو من أجل إدارة التوازن العقدي للمعاملة بتعديل كفة الالتزامات المفروضة تجاه الطرف الضعيف أمام كفة الحقوق والمميزات الاقتصادية للطرف القوي نتيجة لوجود شروط تعسفية، هذا التعديل يكون من خلال تعديل او إلغاء الشروط التعسفية أو تفسيرها بما ينسجم ومصلحة الطرف المذعن لكن اذا كانت نظرية السبب بشقيها التقليدي والحديث[١٩٩] لا تؤدي الغرض المطلوب في إعادة التوازن وإنما تتجه إلى إلغاء العقد وإبطاله برمته فهذا ما يتضرر منه المستهلك بالتأكيد فلا يمكن للأخير السعي للحصول على خدمة مصرفية كالقرض المصرفي مثلا وبعد جهد جهيد يجد نفسه واقع في كماشة الالتزامات غير المنصفة المفروضة من قبل المصرف فهو بالتأكيد بالقضاء لإعادة التوازن واستمرار العقد لا اللجوء إلى إبطال العقد وعلى أية حال تبقى المحاولة طور التنضيج والجرأة القضائية لفتح باب الحماية من الشروط التعسفية استنادا إلى غياب السبب المقابل للالتزام.

ثانيا: مبدأ حسن النية: إن أطراف العقد يجب أن تتعامل طبقا لهذا المبدأ أما الأفعال المخالفة فهي تكون في زاوية سوء النية إلا أنها أما ان تكون سلبية أو إيجابية، فامتناع المصرف عن تقديم الشرح الوافي وما يترتب على العميل من آثار عند تعاقده مع المصرف يعتبر سوء نية وإدراج المصرف لشرط تعسفي يقضي بزيادة مسؤولية العميل وإعفاءه – المصرف - من التزاماته أو مسؤولياته أو بعضا منها يمثل سلوكا لسوء النية ، ويمكن القول أن هنالك رأيين متعارضين في المراحل التي يمكن من خلالها إعمال مبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي،فالأول يرى ان يُعمل في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، وإنه من الخطورة بمكان ترك تقدير شروط العقد لسلطة القاضي التقديرية بينما الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يطال العقود جميعها سواء ما يتعلق بانعقادها وتحيد مضمونها أو تنفيذها.

إن إدراج الشرط التعسفي من قبل المصرف ( المحترف) في العقد المصرفي ما هو إلا تصرف ناتج عن سوء نية في حين كان من المحترف أن يكون الطرف القوي متمتعا بحس نية طوال فترة تشكيل وتكوين العقد لحين إتمامه وتنفيذه واي التزامات غير متوازنة تؤدي بالطرف الآخر إلى مزيد من الضعف هي ناجمة عن سوء نية الطرف القوي فحسن النية كأساس للعمل على تحقيق العدالة التبادلية في العقود مبدأ مهم فأن تعرض إلى الاهتزاز سينتج بالتأكيد اختلال بالتوازن العقدي.

ثالثا: التعسف في استعمال الحق: يقول احد الفقهاء [٢٠٠] إن الحقوق قيم اجتماعية لا بصفة مجردة أو مطلقة ولكي تستعمل دون تقدير أو تمييز وإنما لمهمة اجتماعية وتخصيص معين وغاية يجب ان لا تحيد عنها فإذا ما زاولنا هذه الحقوق و جب علينا أن نلتزم حدود روحها وأن نستوحي حكمتها وألا اخرجنا الحق عن غايته وبالتالي أسأنا استعماله وتعسفنا فيه وتترتب على ذلك مسؤوليتنا، إذ إن كل صاحب حق له أن يفرض شروطا لاستخدام أو بيع حقه لكنه ليس له الحق في أن يفرض شروطا تعسفية، غير أن إرجاع أو إعادة التوازن العقدي إلى نظرية التعسف في استعمال الحق غير ممكن كما تشير إلى ذلك المادة السابعة من القانون المدني العراقي التي حددت صور معينة من إساءة استعمال الحق التي جعلت الموضوع يختلف باختلاف السؤال الذي نحن بصدد الإجابة عليه، وهو هل إن التعسف الذي نريد أن نعيده إلى نصابه ونمنع اختلال التوازن العقدي هو تعسف ناشئ من تجاوز الغاية الاجتماعية للحق أم هو تعسف الموقف الذي يجعل من الطرف القوي منفردا في وضع شروطه التعسفية؟ إن امعنا النظر لوجدنا أن الاختلال في التوازن العقدي الذي يؤدي إلى تركيز صفة الإذعان في العقود هو ناتج من استغلال الموقف الذي يتيح للطرف القوي التحكم بالشروط وآثارها. وليس هو الحق الخاص الذي يتجاوز فيه المالك لحدوده، وبالتالي فإن الاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق يؤدي إلى تجميد فكرة إعادة التوازن وتحقيق العدالة التبادلية من خلال الحد من الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها وحمايتها في صور محدودة فتنحصر تبعا لذلك الحماية الواجب توفرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط [٢٠١].

## المبحث الثالث

## الحماية المدنية للطرف الضعيف ( المذعن ) في العمليات المصرفية

ان توافر صفة الإذعان في العمليات المصرفية وانقسام اطراف العلاقة فيها الى طرف ضعيف مذعن وطرف قوي يستلزم بالضرورة توافر الحماية القانونية لمنع تعسف الطرف القوي وفرضه لشروط مجحفة تثقل من كاهل الطرف الضعيف، هذه الحماية تتمحور حول اتجاهين متوازيين، الاول يتمثل بالحماية التشريعية التي تسبق دخول العقد لحيز التنفيذ وانما هي حماية خلال مرحلة المفاوضات ومرحلة تكوين العقد التدريجي، بينما الحماية القضائية وهي تكون بعد دخول العقد حيز التنفيذ، وقد خصص لكل محور مطلب مستقل وعلى النحو الاتي:

### المطلب الأول

### الحماية التشريعية للطرف الضعيف في مرحلة المفاوضات

إنّ عدم التوازن في العلاقة بين المستهلك والمحترف بشكل عام والتي هي ابرز صور صفة الإذعان في العمليات المصرفية أدى إلى المناداة بضرورة توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف ليس في مواجهة سوء نية الطرف القوي فحسب بل في مواجهة تعسفه في استغلال مركزه الاقتصادي ولقد حضي موضوع حماية العملاء المستخدمين للخدمات المصرفية باهتمام بالغ ومتزايد في السنوات الأخيرة من خلال جملة الجهود الرامية إلى مواجهة تداعيات الأزمة المالية العالمية وان استعادة ثقة العملاء بالخدمات المصرفية المرتكز الأساس لتعزيز الاستقرار المالي ولاشك أن تلك الثقة لن تتأتى دون تعزيز الحماية القانونية اللازمة للعملاء بإلزام

المصارف التقيد بحد أدنى من القواعد عند التعاقد مع العملاء تحد من توافر صفة الإذعان فيها وتمنع بروز الشروط التعسفية الأمر الذي يحقق قدرا منطقي من التوازن التعاقدي لحماية الأطراف الضعيفة. إن استقراء مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بعملاء الخدمات المصرفية لاسيما توجيهات البنك المركزي العراقي من جهة والقواعد القانونية العامة التي لا مناص من تطبيقها من جهة أخرى تعمل على توفير اكبر قدر من الحماية القانونية سواء كانت التشريعية أو القضائية للمستهلك كي لا يكون طرفا ضعيفا في علاقة إذعانية مع المصرف ويخضع لكل الشروط حتى التي يعتقد أنها تنطوي على جور وتعسف لكن ينبغي عدم الإغفال عن القصور الذي يمكن أن يعتبر القواعد القانونية الخاصة بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك. لقد قسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع خصص الاول لبيان الإعلان المصرفي ، و الثاني لتوضيح الالتزام بالإعلام بينما خصص الثالث للالتزام بالتبصير على النحو الآتي:-

## الفرع الأول

## الإعلان المصرفي

أنّ الإعلان التجاري بشكل عام والمصرفي بشكل خاص يلعب دوراً مهما في الحياة الاقتصادية والتجارية بل وصل الحال في بعض الأسواق إلى بلوغ الإعلان المصرفي مرحلة السيطرة والتحكم في مجال جذب العملاء واستمالة المستهلكين ونتيجة لهذه الأهمية حرصت المصارف على الإعلان عن خدماتها المصرفية بشكل واسع لجذب المستهلكين من خلال التفنن بطرق الإعلانات والترويج الكبير.

إن أغلب الخدمات المصرفية مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلام والتي هدفها جذب الزبائن بأية طريقة من الطرق مما جعل الكثير من المصارف أن تدخل بحملات إعلانية تنطوي على جانب مضلل أو مخادع. وتبعا لذلك فأن الكذب او التضليل يتحقق بأمرين أولهما الكذب في مضمون الإعلان التجاري ذاته والثاني الكذب بطريقة عرض ذلك المضمون . إن

تحديد مسؤولية المعلن بشكل عام والمصرف بشكل خاص يتطلب بيان القيمة القانونية للإعلان التجاري المصرفي فيما اذا كان الإعلان يمثل جزءا من العقد أو خارج عنه فقد ذهب اتجاها فقهي الى اعتبار الإعلان جزءً من العقد وهو يمثل إيجابا تاما وملزما من قبل المعلن وعليه يجب أن يلتزم الأخير بالوفاء بكل ما اعلن عنه ويسأل تبعا لذلك مسؤولية عقدية عن إخلاله بالتزامه [٢٠٢] . أما الاتجاه الثاني فقد اعتبر الإعلان التجاري مجرد دعوة للتفاوض ولا يشكل جزءا من العقد ومن ثم فهو لا يحمل سوى قيمة إرشادية للمستهلك ولا يترتب على الإخلال بمضمون هذه القيمة أي مسؤولية عقدية لعدم وجود العقد أصلا [٢٠٣] . وبين هذين الاتجاهين برز اتجاه آخر يرى إن كان الإعلان متضمنا للتفاصيل الدقيقة للمنتج أو الخدمة المقدمة من قبل المعلن فيعتبر إعلاما ذا قيمة قانونية وبمثابة إيجابا باتا وملزما وأما إن لم يتضمن تلك التفاصيل الجوهرية فلا قيمة تعاقدية للإعلان سوى إرشاد المستهلكين[٢٠٤] .

ويمكن القول إن حماية الطرف الضعيف في العمليات المصرفية تمثل حجر الزاوية في بحثنا وبالتالي يمكن أن نذهب مع ما ذهب إليه الاتجاه الثالث من اعتبار الإعلان التجاري ذا قيمة تعاقدية متى ما تضمن تفاصيل جوهرية دفعت المستهلك للتعاقد من اجل الحصول على الخدمة المصرفية المعلن عنها وبالتالي يجب على المصرف أن يتحمل مسؤوليته العقدية وبنفس الوقت وزيادة في الحماية التشريعية يجب على الجهات الرقابية متابعة إعلانات المصارف وما يقدموه من عروض الخدمات المصرفية التي عادة ما تتضمن مبالغة بعرض التسهيلات الائتمانية والمصرفية والتي يزعم تقديمها للجمهور والتي عادة ما يجد المستهلك التعقيد والروتين في انجازها كما في التقديم على القروض و معاملات بطاقات الائتمان وفوائد فتح الحساب الجاري يجد المستهلك نفسه ضحية إعلان تجاري مغري دفعه إلى الحصول على تلك الخدمة المصرفية ومن اجل خروج المصرف من المسؤولية القانونية وتوفير الحماية الأكبر للطرف الضعيف يجب على المصارف إتباع الشروط الآتية :

١- وضوح الإعلان المصرفي: حيث يجب أن يتضمن الإعلان التجاري المصرفي البيانات والمعلومات الكافية والواضحة عن الخدمة المصرفية التي يبتغي المصرف

عرضها على الجمهور من اجل تكوين إرادة واعية ومستنيرة لدى المستهلك قبل أن يقدم على إبرام العقد, فالمصارف ملزمة بتقديم البيانات الدقيقة الخاصة بخدماتها ومنتجاتها المصرفية سواء تم الإعلان عنها بالوسائل التقليدية أو عن طريق وسائط الكترونية وفي هذا الصدد وجه البنك المركزي العراقي جميع المصارف بضرورة مراعاة الشفافية عند النشر والإعلان فنص في ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور المحور السابع عشر الخاص بالدعاية والإعلان عن الخدمة المصرفية ( أ- على المصرف الترويج لخدماته عبر قنواته الرئيسية..... شريطة عدم المبالغة وتوخي الحذر في اسلوب ومضمون الاعلام وعدم استخدام اغرائي يضلل من تسويق المنتج وكذلك عدم تضخيم مميزات المنتج او الخدمة المقدمة. ج- عند نشر الاعلان ان يظهر اسم المصرف بشكل واضح... ...) [٢٠٥] . وكذلك المحور الحادي عشر من دليل حماية المستهلك في القطاع المصرفي العراقي [٢٠٦] الذي نص في النقطة الثانية( يتعين على المصارف ان تحرص على ان تكون المواد الاعلانية والدعائية لمنتجاتها وخدماتها كافة سهلة القراءة وقابلة للفهم من الجمهور بشكل مباشر) وكذلك النقطة الرابعة( مراعاة عدم الاعلان عن المنتجات او الخدمات التي تحتوي على مخاطر لا يدركها الا المختصون وكذلك عدم تشجيع الزبائن على الانتفاع بهذه الخدمات والمنتجات دون ايضاح مناسب عن المخاطر المتعلقة بها).

٢- أن لا يكون الإعلان المصرفي خادعا أو مظللا [٢٠٧] بأن يقدم معلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر أو صفات جوهرية للمنتج ولم يتناول المشرع العراقي موضوع الإعلان الخادع أو المظلل بشكل تفصيلي في التشريعات العراقية باستثناء ما أورده في قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ حيث أشار في المادة١/٩ على حظر قيام المزود والمعلن بممارسة الغش والتدليس والتظليل وكذلك في المادة ٥/٧ التي نصت على ( عدم الترويج باية وسيلة من وسائل الإعلام والنشر والدعاية للسلعة او الخدمة التي لا تتوفر فيها المواصفات

القياسية المحلية او الدولية المعتمدة ). وعلى الرغم من إيراد المشرع لهاتين المادتين إلا أنها تعد محاولات خجولة لحماية المستهلك قياسا بما قدمته التشريعات المقارنة من أساليب ووسائل جعلت المستهلك كطرف ضعيف بمأمن من تعاظم دور المعلن كطرف قوي (٢٠٨).

إن تسويق الخدمات المصرفية كان و لازال لصيقا بالعمل المصرفي فنتيجة لكثرة المصارف وتعدد الخدمات والتسهيلات الائتمانية المقدمة إلى الجمهور ومنها ما كان تقليديا أو غير تقليدي وبالتالي فان العمل المصرفي ليس بمنأى من استخدام الإعلانات المخادعة أو المظللة وحتى الكاذبة في بعض الأحيان لاسيما مع المصارف التجارية التي سرعان ما ينكشف زيف وجودها الاقتصادي والاستثماري وعادة ما تلجأ المصارف إلى الإعلان عن منح امتيازات وخصومات للعملاء لكل من يتقدم للحصول على خدمة مصرفية كالتقديم للحصول على بطاقة ائتمان حيث إن اغلب مصارف تقدم حزمة إعلانية من العروض إلى حاملي بطاقات الائتمان كتأجيل السداد والحصول على خصومات معينة وسفرات ترفيهية وغيرها إلا انه سرعان ما ينكشف لحامل البطاقة أن ما ينفذ من هذه العروض لا يتجاوز ١٠% وكذلك في مجال القروض الميسرة. حيث دائما ما تعلن المصارف عن منح قروض ميسرة لكن في حقيقة الأمر يجد الطرف الضعيف نفسه أمام جملة من الأحكام والشروط التي تجعله يعيش قفص الأسر لتلك الأحكام لاسيما المتعلق منها بالفوائد وآلية الدفع والآثار المترتبة على التأخير بالسداد .

هذه الإعلانات تدخل في باب تظليل وخداع المستهلك للحصول على قدر اكبر من العملاء ولم يتناولها المشرع العراقي بالمعالجة بشكل تفصيلي و المعالجات التي قدمها المشرع في قانون حماية المستهلك كانت ضعيفة ولا ترقى إلى مستوى التشريعات المقارنة، أما جانب البنك المركزي فقد قدم مجموعة ضوابط لحماية الجمهور من إعلانات ودعايات المصارف فأوجب على الأخير الترويج لخدماته بشكل يبتعد عن المبالغة وتوخي الحذر في أسلوب و

مضمون الإعلان وعدم استخدام وسائل إغرائية تحرف المنتج عند تسويقه عن حقيقته وكذلك عدم تضخيم مميزات المنتج أو الخدمة المقدمة أو الإعلان عن خدمات لا يقدر المصرف على تقديمها أو الوفاء لها [٢٠٩] وكذلك في دليل حماية المستهلك الصادر من البنك المركز العراقي في المحور الخاص بالإعلان والمواد الدعائية حيث نص في [٢١٠] .

أن خطوات البنك المركزي أعلاه بالإضافة إلى النصوص القانونية الواردة في قانون حماية المستهلك العراقي يمكن أن تشكل طوقا تشريعيا لحماية المستهلك من الدخول بمعاملة مصرفية مبنية على إعلان مظلل أو مخادع . وأيا كانت طبيعة المسؤولية التي يمكن أن تنهض في مواجهة المصرف فان المستهلك الذي دخل بمعاملات تعاقدية مع المصرف وكان للإعلان الدور البارز في دفعه للتعاقد أن يطالب المصرف بالتعويض سواء كانت مسؤوليته عقدية او تقصيرية هذا من جهة الضرر. كما يمكن له اللجوء إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني والتي تمثل ضمانة للوفاء بالالتزامات لطرفي العقد لاسيما بما التزم به المصرف من خلال مواقعه الإعلانية وحملاته الدعائية المثبتة بشكل رسمي من جهة واثبات المستهلك إن هذه الإعلانات قد دفعته للتعاقد من اجل الحصول على تلك الخدمة المصرفية المعلنة قد عرضه لغبن فاحش استنادا إلى نص المادة ١/١٢١ من القانون المدني وبالتالي إن تعرض المستهلك في تعامله مع المصرف إلى تغرير ناتج من خداع وتظليل إعلاني فان المواد والتعليمات القانونية الخاصة في حماية المستهلك وما أصدره البنك المركزي من ضوابط يمكن أن تعزز أو توفر حماية معتد بها للمستهلك..

## الفرع الثاني

## الالتزام بالإعلام

إن الاختلال والتفاوت بين أطراف عقود الإذعان واتجاه التشريعات الحديثة إلى إيجاد ضمانات اكبر للطرف الضعيف، أوجد مجموعة من الالتزامات تمثل خطوات تشريعية للحد من ذلك الاختلال، هذه الالتزامات تفرض على الطرف القوي قبل انعقاد العقد كالالتزام بالإعلام, فان عدم

التكافؤ في العلاقات الاقتصادية المبرمة بين الأطراف تعود بدرجة كبيرة إلى عدم المساواة في إعلامهما فالطرف القوي يعلم تفاصيل ودقائق الأمور الخاصة بالسلعة أو الخدمة المقدمة في حين أن الطرف الضعيف ليس له من القدرة في التمييز بين شروط وأحكام تلك الخدمات وتفاصيلها لعدم علمه بجزئياتها. إن الالتزام بالإعلام كتقنية أساسية وفعالة لتحقيق التوازن العقدي يمكن من خلاله الطرف الضعيف من الوقوف على مدى ملائمة العقد لمصالحه لذلك يعبر عن الالتزام بالإعلام في انه التزاما يكمن هدفه في وضع الطرف الضعيف بنفس مستوى المحترف من حيث المعرفة والإعلام حتى يتعامل الطرفان بأسلحة متعادلة [٢١١] ومن نافلة القول إن نظرية عيوب الإرادة كما أوضحنا سابقا لا تحقق الحماية الكافية لإرادة المستهلك ذلك إن اللجوء إلى هذه النظرية لا يسمح بإنهاء أزمة التوازن العقدي وقد تؤدي الى حرمان أطراف العقد من أهداف التعاقد نفسه ' لذلك فقد ظهرت بعض الصور الحديثة في الفقه المعاصر كالالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات حيث يقرر الفقه بان مبدا الثقة العدلية وحسن النية في العقود لم يعد كاف, بل يوجب عليه الالتزام لما قبل إبرام العقد بالإدلاء بالبيانات التعاقدية وتبصير المستهلك[٢١٢] .

وإذا كان الالتزام بالإعلام [٢١٣] من الأفكار الرئيسية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في عملية التعاقد فهو في العقود المصرفية له ميزة خاصة تكمن في الدور الوقائي المخول له في مواجهة التفاوت الاقتصادي والمعرفي الكبير بينه وبين المصرف من اجل المساهمة في استقرار العقد [٢١٤] .

يعتبر الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام التزاما قانونيا يجد مجاله في مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود ولا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فحسب بل يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات التعاقدية. وعليه فان هذا المبدأ يستلزم على المحترف إعلامه ونصح المستهلك بالبيانات الضرورية عن عملية التعاقد والا يكتم عنه أي معلومات مهمة ذا تأثير على قراره بإبرام العقد وان هذا المبدأ يجد أساسه في القانون الفرنسي استنادا إلى المادة ٣/١١٣٤ مدني فرنسي, حيث استطاع القضاء إخراج هذا المبدأ الى حيز التنفيذ في حكم يتعلق بزوجين كانا قد اقترضا من مصرف مبلغا ماليا للانتفاع الشخصي ووقع على التزام بالضمان لهذا الدين على

سبيل الكفالة زوجان آخران بنفس المبلغ، وعندما استحق الضمان عليهم لتخلف المقترضين طالب الضامنان ببطلان الكفالة استنادا إلى تدليس قد وقع من المصرف حيث لم يقم بواجبه بإخبارهم عند عمل الكفالة بان الدين كان يرتفع شيئا فشيئا ليفوق المبلغ المتفق عليه وقد رفضت محكمة الاستئناف طلبهم بالبطلان وألزمتهم بالدفع إلا أن حكم محكمة الاستئناف قد تم نقضه من محكمة النقض لعدم انسجامه مع المادة ١١٣٤ وقد سببت المحكمة الحكم بان المصرف الذي يعلم حالة مدينه المشكوك فيها والمثقل بالديون ولا يقدم هذه المعلومة أمام الضامنين لدفعهم نحو الضمان هو عمل خاطئ وتقصير بالتزامات المصرف[٢١٥] .

بالنسبة المشرع الأمريكي فقد حدد منهجا مشابه للالتزام بالإعلام فجعل اطلاع الطرف الضعيف على شروط العقد وقراءتها واجبا على الطرف القوي من خلال نص التوجيه الثاني الخاص بالعقود في المادة ٢١١ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1981, § 211. Standardized Agreements) فعدم اطلاع الطرف الضعيف وقراءة بنود العقد يعتبر قبوله كانه لم يكن. [٢١٦] وقد اثبتت دراسة امريكية قد اجريت على طلبة مدرسة القانون في Cornell ان ٤% من العينة التي تم اعتمادها لا يقرؤون شروط العقود التي يبرمونها.[٢١٧] بسياق متصل ، ان القضاء الامريكي ومن خلال القضية *Market St. Assocs.v. frey* قد الزم اطراف العقد ان يتعاملوا بحسن نية وان يكشفوا كل المعلومات وجوانب العقد من اجل الاطمئنان الى اطلاع وقراءة الطرف الضعيف لشروط العقد.[٢١٨]

إن القانون المدني العراقي قد نص على مجموعة مواد يمكن أن يفهم منها ضرورة الالتزام بالإعلام حول محل العقد وبشكل تفصيلي حيث تشير المادة ١٢٨ بفقراتها الثلاث إلى ضرورة اطلاع المشتري على محل الالتزام اطلاعا نافيا للجهالة وكذلك المادة ١/٥١٤ التي ألزمت بأن يكون المبيع معينا تعينا نافيا للجهالة. [٢١٩] وعليه ان عدم إعلام المستهلك بتفاصيل الخدمة المطلوبة قد يدخله في غلط وكذلك الحال مع عيب التغرير فيعتبر المجال الحيوي لأعمال المسؤولية تأسيسا على فكرة وجود تغرير بالكتمان قاد إلى إعابة الرضا وقد اتجه القضاء الفرنسي بداية من منتصف القرن الماضي إلى اعتبار الكتمان تدليسا يؤدي إلى إبطال العقد

استنادا إلى نص المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي[٢٢٠] . وكذلك إن التغرير عن طريق الكتمان في إخفاء المعلومات ما كان ليبرم العقد لو علم بها المتعاقد وبالتالي يجب على الطرف القوي الإفضاء بالمعلومات الجوهرية و الا عد كتمانه تغريرا (تدليسا ) الذي يؤدي إلى جعل الرضا معيبا، وقد أشار المشرع العراقي في المادة ١٢١ مدني إلى أن تعمد البائع عدم إظهار مواصفات ومعلومات الشيء المبيع قد يعتبر تغريرا بالكتمان أي تدليسا سلبيا والذي يوقع الطرف الضعيف بعلاقة تعاقدية فاقدة للتوازن المتكافئ .

إن الالتزام بالإعلام كأحد الأسس التي يقوم عليها التوازن العقدي قد أوجبه المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ لما له من مبررات قانونية وواقعية فالالتزام بالإعلام من أهم الضمانات القانونية الكفيلة لإيجاد رضا سليم وواضح للمستهلك بما يسهم في إيجاد توازن عقدي سليم، وعلى الرغم من امتداد نظرية عيوب الإرادة من غلط وتغرير وغبن وإكراه فقد اقتصرت إلى حد ما على تصحيح أوضاع ظاهرة الخلل والتي تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد القانونية وبالتالي لم تصل إلى حماية الثقة التي يقتضيها الضمير والعدالة في المعاملات المختلفة ويتجلى قصور مثل هذه الوسائل مع تطور معطيات الحياة المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي وهي جميعا تدور في فلك فلسفة أساسية وهي حماية الأطراف الضعيفة[٢٢١] .

وقد حرص المشرع العراقي في تدعيم حماية المستهلك من خلال تدابير وقائية في تشريعات مختلفة فإن صور التعاقد وأساليب قد تغيرت وتطورت ويعتبر عقد الإذعان من العقود التي يمكن القول عنها أنها واجهت تغير نوعيا في آلية إبرام العقد وبالتالي إن هذا الآلية قد انعكست سلبا على التكافؤ المفترض بين المتعاقدين وبالتالي أوجد المشرع مجموعة من التدابير الوقائية التي تعمل على حماية الطرف الضعيف قبل التعاقد من اجل المساهمة في إعادة القدر المقبل من توازن التعاقد بين الطرفين ويعتبر الالتزام بالأعلام التزام مستقلا وليس تبعيا لصدور التعبير السليم عن الإرادة وعليه لا يمكن اعتباره تطبيقا من تطبيقات الحماية القانونية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان طبقا لما ورد في القانون المدني في المادة ١٦٧ فالالتزام

بالأعلام يوفر حماية احترازية للمستهلك المتعاقد لمرحلة سابقا عن التعاقد بينما ما تتضمنه المادة ١٦٧ من قواعد حماية هي لما بعد إبرام وتنفيذ العقد .

إن الالتزام بالإعلام يجد أرضا خصبة في عقود العمليات المصرفية المحررة مسبقا فهذا الالتزام يحقق حماية تشريعية مهمة جدا للطرف الضعيف[٢٢٢]ونظرا للتعقيد المالي والقانوني والتقني في العمليات المصرفية لاسيما مع دخول التكنولوجيا على العمليات المصرفية من أوسع الأبواب جعلت من المتعاقد طرفا ضعيف لا يجد إمامه سوى حاجته التي يريد الحصول عليها من أي مصرف وبالتالي إن هذا الالتزام يحقق حماية وضمانة من أن يقع فريسة الشروط التعسفية التي تعد في نماذج العمليات المصرفية ويقصد الفقهاء إن الإفضاء للمستهلك بالبيانات المهمة في المرحلة السابقة للتعاقد له دور هام في حماية إرادة المستهلك التي يمكن اعتبارها تطبيق من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان فعدم التعادل في المراكز التعاقدية نتيجة لعوامل اقتصادية أو غيرها بين المستهلكين والمحترفين تجعل المستهلكين مذعنين لشروط المحترف من اجل الحصول على الحاجة المطلوبة دون الاستعلام الكافي عن بياناتها وتفاصيلها، وعلى الرغم من أهمية هذا الرأي إلى أن هنالك من يعتقد في أن التزام المحترف بالأعلام لا يجد له أساسا في القانون المدني العراقي وحتى المصري لحماية الطرف المذعن في المرحلة السابقة للتعاقد إلا أن القضاء وعلى عادته في حماية الأطراف الضعيفة يعمل على تحقيق عدالة عقديه بالقدر المستطاع انطلاقا من فكرة الإذعان وقياس نتائج عدم الإدلاء بالمعلومات للمستهلك على فكرة حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان لتماثل النتائج في الحالتين وهي تحقيق التوازن العقدي المفترض .

هذا الالتزام بالنسبة للعمليات المصرفية يجد أساسه في اكثر من مصدر فمن جهة وكما ذكرنا أعلاه أن الالتزام للأعلام يجد جذوره في قاعد القانون المدني العامة وعلى الرغم من عدم وجود النص الصريح على هذا الالتزام في تلك القواعد إلا انه يفهم من روح القانون المدني الذي بني على أسس أخلاقية متأثرا بأحكام الشريعة الإسلامية وعلى مبادئ حسن النية في تكوين وتنفيذ العقد وبالتالي نجد أن المشرع وقبال انعدام العميل على التعاقد مع المصرف للحصول على

الخدمة المصرفية فعلى الأخير أن يبين للعميل التفاصيل كافه المتعلقة بالخدمة المصرفية المطلوبة أما بالنسبة إلى قاعدة ضمان العيوب الخفية في قد لا تنسجم وطبيعة محل العقد المصرفي الذي يتمحور حول تقديم تسهيلات ائتمانية مالية وكذلك قد لا تستطيع نظرية عيوب الإرادة وباقي القواعد العامة المدنية أن تستوعب التزام المصرف بالأعلام تجاه الطرف الضعيف[٢٢٣] .

لذلك فقد احتاط المشرع وجرى مع الحركة التشريعية في حماية المستهلك لتعسف الأطراف القوية لما نص في قانون حماية المستهلك الذي يمثل أساس القانون الصحيح لالتزام المصرف لضرورة إعلام المتعاقد بتفاصيل العقد والخدمة المطلوبة بالشكل المنصف والعدل هذا الحماية التي تصرف إبرام العقد قد منحت زخما كبيرا للخطوات الرامية لزيادة الدفاعات الحماية عن الطرف الضعيف أن قواعد القانون المدني لاسيما فيما يتعلق بتدخل القاضي لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان هي قواعد لاحقه لأبرام العقد ودخوله حيز قانون حماية المستهلك في قوانين بدائية سابقه للتعاقد وتمثل نبذه مهمة من المشرع العراقي قد جاء فيها التطورات التشريعية المقارنة فقد نص المشرع في المادة السادسة والسابعة /أولا والتاسعة من قانون حماية المستهلك .

من هذا النصوص التشريعية يمكن اعتبار الالتزام بالأعلام عنصرا أساسيا في العلاقة المصرفية بين العميل والمصرف وبالتالي يجب على الأخير التعامل بشكل واضح وشفاف لكل ما يتعلق بالكشف والإفصاح عن معلومات وبيانات ت وخدمة المصرفية وشروط الحصول عليها قبل التعاقد وتحقيق لشفافية العلاقات التعاقدية فقد ألزم المشرع الفرنسي المحترف بتسليم عقود نموذجية للمستهلك من اجل الاطلاع عليها كما ألزمه بالأعلام لإضفاء الطبيعة التعاقدية على الشرط لابد من تعرف المستهلك عليه وقبوله أثناء مرحلة تكوين العقد وبنفس السياق فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن شروط العقد تعتبر شروط تعسفية اذا لم يطلع عليها المستهلك تفصيلا وقدمت اليه بعد إبرام العقد وعلى الرغم من توقيع المستهلك أو الطرف المذعن على الوثيقة العقدية فلا يفترض فيها انه قد قرئها ووافق عليها بشكل تلقائي أو على الأقل يكون فهمها لذلك ينبغي التمسك بالشروط التي علم بها ووافق عليها بمحض إرادته ولتجسيد العلم بشروط العقد فقد قضت محكمة

النقض الفرنسية في قرارا لها ( بأنه يتعين على قاضي الموضوع التأكد من كون وثيقة العقد قد عرضت فعليا على المتعاقد ) وعلى ما سبق فان القضاء الفرنسي الم يلزم الطرف الضعيف بالشرط الذي لم يكن بارزا له أثناء التعاقد كان يكون قد وضع في مكان متطرفا في العقد وكذلك فان المشرع الفرنسي قد الزم المحترف بتوضيح شروط العقد نظرا لكونه من ينفرد بتحديدها وعليه يجب صياغتها بصورة واضحة ومفهومة من قبل المستهلك .

إن ما يبرر فرض الالتزام بالإعلام في العمليات المصرفية ليس فقط وجود أساسه القانون في قواعد القانون المدني العامة والخاصة ولا فقط ما سار عليه المشرع في قانون حماية المستهلك على نهج التشريعات الداعمة لحمايته قبل الدخول بالمعاملات التعاقدية التي تمثل أذاعنا له بل أيضا في تعليمات وضوابط النظام المصرفي العراقي فقد نصت تعليمات تسهيل قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ المرقمة ٤ لسنة ٢٠١١ في المادة(٧٢) حول الإفصاح بالقول:( إن الإفصاح الكامل هو من ركائز الإدارة الرشيدة ويتطلب إبلاغ المساهمين وأصحاب المصالح والمتعاملين مع المصرف بالمعلومات الكافية حول هيكلية المصرف وأهدافه وسياساته التي من خلالها يمكن الحكم على فعالية مجلس الإدارة والإدارة العليا) فهذه المادة قد ألزمت المصارف بضرورة الإفصاح الكامل وتقديم المعلومات الكافية للمتعالمين مع المصرف وبنفس السياق فقد وضع البنك المركزي العراقي ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور لسنة ٢٠١٦ حيث أشارت في المحور الثاني/ النقطة ١٥:( قبل التوصية بتوفير الخدمة للزبون، يجب اعلام المستهلك بالاثار المحتملة للتقلبات في الاسعار بما فيها تقلبات اسعار الصرف واسعار الفائدة) و كذلك النقطة ١٦:(عند قيامكم باعداد العقود مع زبائنكم مرعاة ما يلي:- أ- اطلاع العميل على كل بند من بنود العقد..... والتوقيع على هذه العقود..... ت- استلام العميل نسخة مصدقة من العقود بعد توثيقها من قبل الدائرة القانونية في المصرف.) . وفي دليل حماية المستهلك الصادر من البنك المركزي العراقي نص في المبدأ الثاني من المحور الخامس على ضرورة التعامل بالإفصاح والشفافية وتوفير جميع المعلومات اللازمة للعميل من حيث الحقوق والمسؤوليات وغيرها وكذلك المحور السادس الخاص بالممارسات الخاصة بالإفصاح وتقديم

الخدمات والمنتجات المصرفية حيث يتعين على المصارف ان توفر لزبائنها نسخة مكتوبة من الأحكام والشروط العامة والخاصة المرتبطة بكل منتج او خدمة.....). ويمكن أن يستشف من هذه النصوص القانونية على أن المصرف ملزم بتحقيق الآتي: -

أ- الإدلاء بالمعلومات والبيانات المهمة ويمكن اعتباره التزاما إيجابيا على المصرف بالإفضاء للمستهلك للبيانات الجوهرية الأساسية للتعاقد وشرح مضمون العقد وتفاصيله وكل ما يتعلق بالخدمة المصرفية التي يبتغي المستهلك من الحصول عليها .

ب- الامتناع عن الكتمان وهذا الواجب يمثل التزاما سلبيا بمنع المصرف من كتمان كل ما من شأنه أن يساعد المستهلك في تكوين قناعته في إبرام العقد ذلك إن التزام الصمت من قبل المصرف وتكتمه على معلومات لو علم بها المتعاقد لما اقدم على التعاقد يعتبر احد الطرق الاحتيالية والتي تجعل من المصرف مغررا بالمستهلك كونه طرفا ضعيفا وبالتالي تقوم مسؤوليته وفقا لقواعد القانون المدني أو قانون حماية المستهلك أو طبقا لما ورد في قانون المصارف العراقي وتعليماته النافذة والتعليمات والضوابط التي يصدرها البنك المركزي العراقي، وبالاستناد إلى هذه النصوص القانونية المتعددة يكون لزاما على المصرف الكشف الكامل عن المعلومات الخاصة بالخدمات المصرفية المقدمة للمستهلك وعليه إن هذه النصوص تمثل حماية تشريعية سابقة للتعاقد [٢٢٤]، وهي مكملة لخطوات المشرع في حماية الطرف المذعن في العقود الموصوفة بالإذعان أما من حيث المسؤولية القانونية للمصرف فطبقا للاتجاهات الحديثة في تقرير مسؤولية المصرف المدنية فيخضع للقواعد العامة ولكن ظروف ممارسة المهنة ادخلها في وصف ما يسمى( بالمسؤولية المهنية للمحترفين) فيقول الدكتور علي جمال الدين عوض: ( إن القضاء ينظر إلى نشاط البنك بوصفه محترفا وهذا الوصف يشدد عليه في التزاماته وفي معيار مساءلته لأسباب أهمها انه كمحترف يكون أداءه لعمله جماعيا أي يتعين الاستعانة بأشخاص عديدين ويكون بذلك مستعدا استعدادا خاصا لتقديم خدمات لا تتوقع عادة من غير المحترف .... فعملاء البنك ينظرون منه اكثر مما ينتظرون من الشخص العادي فهم لا يتوقعون منه

عناية الشخص المعتاد في شؤونه الخاصة بل ولا عناية الرجل المعتاد في شؤون غيره وعليه فان القضاء وفي مجال محاسبة البنك إنما يراعي هذه الإمكانيات المفترضة للبنك)[٢٢٥].

أما من حيث المسؤولية المترتبة على المصرف عند الإخلال بواجب الإعلام للمستهلك، فبالإضافة إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني كما تم بيانها سابقا فان قانون حماية المستهلك العراقي قد أشار كذلك إلى الجزاءات المدنية المترتبة على الإخلال بحقوق المستهلك من جهة وإخلال المصرف بالتزاماته بوصفه محترفا للعمل المصرفي من جهة اخرى، فقد نصت الفقرة ثانيا من المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي على أن ( للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة ..... المطالبة بالتعويض أما المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك )، وعليه فان التعويض يقتصر على حالة عدم الحصول على المعلومات وهذا يعني تطبيق القواعد العاملة في القانون المدني على الحالات الأخرى التي يلحق بها ضرر بالمستهلك[٢٢٦] .

## الفرع الثالث

## الالتزام بالتبصير

إن التزام المصرف لا يتوقف عند مجرد إعلام العميل بالبيانات المتعلقة بالخدمات المصرفية المقدمة والمطلوبة من الأطراف الضعيفة بل يمتد إلى ضرورة تبصير العميل بمدى مناسبة الخدمة المصرفية التي يريد الحصول عليها مع مركزه وحالته المالية، وعليه يمكن القول إن فترة ما قبل التعاقد تستلزم من المصرف أن تحقق مرحلتين الأولى تتعلق بوجوب حصول المستهلك على المعلومات الخاصة بالخدمة المصرفية المطلوبة والمرحلة الثانية تتعلق بوجوب قيام المصرف بإيضاح تلك المعلومات بشكل تفصيلي للعميل وتبصيره بالآثار المترتبة على الدخول بذلك العقد المصرفي ومدى مناسبته لوضعه ومركزه المالي، وعليه إن التزام المصرف بتحقق

المرحلة الأولى فقط لا يعفيه من التزاماته فتقديم المعلومات في مرحلة الإعلام دون تبصير وإيضاح للعميل سوف لن يحقق غايته الأساسية في تجنيب دخول الأطراف الضعيف في علاقة تعاقدية غير متوازنة سواء كانت ناتجة من شروط تعسفية أو من خلال قلة خبرة وعدم كفاءة الطرف الضعيف لتحليل وتدقيق بنود العقد من حيث الأحكام والآثار.

لقد اختلف الفقه والقضاء بصدد مسؤولية البنك عن تبصير ونصح وإرشاد المستهلك فذهب اتجاه في الفقه الى عدم مسؤولية المصرف تجاه المستهلك لما يخص الالتزام بالتبصير والنصح، فوفقا لقضاء الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية فانه من غير المتصور قيام مسؤولية المصرف عن منح خدمة مصرفية للعميل مع عدم علم المصرف بالبيانات والمعلومات الخاصة عن واقع المركز المالي للمستهلك، من الممكن القول إن المصرف يكون مسؤولا متى ما كان يعلم بالحالة المالية للمستهلك ولم يقم بتبصيره ومن ثم وقع المستهلك في معاملة تعاقدية مصرفية لا يقوى على الخروج منها فهنا يكون تصرف المصرف بمثابة الخطأ المؤدي إلى قيام المسؤولية لكن فيما عدا ذلك يمكن استبعاد مسؤوليته[٢٢٧] .

ان مبدأ عدم تدخل المصرف في شؤون العميل يعتبر من مبادئ المصرف المستقرة التي أخذت بها أحكام الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لنفي تقصير المصرف عند الرجوع عليه ومساءلته عند تقصيره في تنفيذ الالتزام بالتبصير والنصح في حالة تقديم ائتمانا ماليا معينا للعميل لم يكن ليتلاءم مع وضعه المالي وإمكانياته الاقتصادية ففي حكم صادر سنة ١٩٩٩ اعتبرت محكمة الاستئناف إن المصرف مسؤول عن فتح حساب جاري مكشوف لأحد المقاولين لكن تعرض الحكم لنقض في محكمة النقض اعتمادا على أن المصرف لا يتدخل في إدارة أعمال المستهلك أو العميل، إلا أن التوجه القضائي الذي لا يلزم المصرف بواجب التبصير والنصح للعميل قد يكون مستندا إلى تحليل واقعي ومتوازن للعلاقة العقدية لعمليات المصارف حيث إن هذا التوجه ينسجم مع مبدأ عدم التدخل في إدارة شؤون العملاء.

أما بالنسبة للاتجاه الآخر والذي تتزعمه الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فيرى أن رجوع العميل على المصرف بالمسؤولية يمكن تبريره من الناحية القانونية استنادا إلى مستوى

الخبرة والمهارة والنشاط المتطور للمصرف، فالأخير يعد محترفا ويحتل الصدارة في مجال تقديم الائتمان والتسهيلات المصرفية ومهما كانت قدرة المؤسسات الائتمانية الأخرى وشكلها القانوني لكن تبقى للمصارف الهيمنة شبه الكاملة على سوق الائتمان، وربما يعود سبب وجود هذه القوة إلى الشكل القانوني التي تظهر عليه المصارف والتي تأخذ شكل شركة مساهمة ذات راس مال ثابت مما يعطي لأفراد المجتمع ثقة في قوتها الاقتصادية وذمتها المالية وبالتالي فان المصرف لا يمنح العميل خدمة ائتمانية ولا يدخل معه في علاقة تعاقدية مالم يجر تحر دقيق ودراسة واقعية لطلب العميل ومدى ملاءمته لما تنطوي عليه الخدمة المصرفية المطلوبة من مخاطر لذلك يجب أن يلتزم المصرف بالحيطة والحذر عند الاستجابة لطلبات العملاء فيجب أن تكون (الاستجابة) مناسبة لقدرة العميل المالية من جهة و ملاءمته لحاجات العميل الشخصية أو المهنية فالمصرف عند تلقيه لطلب الحصول على الائتمان يتوجب عليه أن يباشر دراسته بجمع المعلومات عن العميل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من أجل تمكين المصرف من تكوين قناعة بصورة صحيحة ومدى تمكن العميل من إرجاع ما بذمته بشكل الصحيح والاستفادة المثلى من الائتمان المطلوب ونتيجة لذلك ضرورة أن يلتزم المصرف بتبصير المستهلك حول آثار وأخطار التعاقد المصرفي غير المدروس والذي قد يوقع المستهلك في موازنة تعاقدية غير متكافئة وبالتالي سيتحمل أعباء مالية وقانونية إضافية نتيجة لعدم خبرته قبال الطرف القوي والمركز المالي الكبير (المصرف)، وترجع هذه الاحترافية كذلك إلى الخبرة التي تراكمت عبر الزمن و التي أدت إلى نشأت و تطور عادات وأعراف مصرفية قد انبثقت من مقتضيات النشاط المصرفي والتي ألقت بظلالها على العمليات المصرفية التي صاغت منها فنا خاصا له أصوله وأشكاله التي تتطور بشكل مستمر خاصة مع الاستعانة بالوسائل التقنية الحديثة وان المصرف عند ما يمارس نشاطه الاقتصادي فانه يمس المصلحة الاقتصادية للفرد والدولة وان هذه الممارسة تتم على الوجه الاعتيادي والاحتراف لدرجة انه قد اتخذ صورة الاحتكار الفعلي في كثير من الأحيان اذا لا غنى للناس وخصوصا التجار عن الخدمات المصرفية وبالتالي يفترض أن يكون المصرف قد استعد بشكل سليم لمباشرة هذا النشاط الاستعداد التام من حيث الإمكانيات المادية وكفاءة الأشخاص

الذين يستخدمهم في تقديم الخدمات لاسيما في الوقت الحاضر حيث تستخدم المصارف الوسائل والأساليب التقنية المتطورة لمعالجة المعلومات والعمليات المصرفية والمتلاحقة.

وفي هذا النسق قد أيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في حكم قضائي مميز سنة ٢٠٠٤ -٢٠٠٥ الذي اخذ بمسؤولية المصرف وإلزامه بتعويض مقترض كونه قد اخل بتنفيذ التزامه بتبصير ونصح العميل، حيث منح المصرف قرضا لأحد المهندسين العاملين في شركة متوقفة عن دفع ديونها حيث كانت حسابات الشركة المالية لدى المصرف وهي عاجزة عن سداد ما استحق عليها من ديون مع ذلك لم يمانع المصرف من إعطاء القرض للعميل ولم يبصره بوضع الشركة المنهار ماليا والذي بالتأكيد سينعكس سلبا على دخل العاملين فيها [٢٢٨]، وفي نفس السياق قيام الدائرة المدنية في محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم لمحكمة الاستئناف الذي استبعد مسؤولية المصرف عن منحه ثلاثة قروض متتالية لأحد عملاءه بفائدة مرتفعة نسبيا من اجل سداد الرصيد المستحق عليه في حسابه الجاري فاتجهت محكمة الاستئناف إلى اعتبار أن إرادة العميل سليمة ولم يتعرض إلى أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس فضلا عن عدم امتلاك المصرف حق التدخل في إدارة حسابات الأخير إلا أن الدائرة المدنية لمحكمة النقض قد اعتبرت عدم تبصير وتوضيح المصرف لعميله مخاطر هذا القرض والفوائد المترتبة عليه من اجل تغطية رصيده في الحساب الجاري. [٢٢٩]

أما بالنسبة للقضاء العراقي فانه يكاد يفتقد إلى أحكام قضائية يمكن أن تؤسس منهجا لمسؤولية المصرف عن التزامه بالتبصير وبنفس الوقت فان النصوص القانونية المنظمة للعمل المصرفي كذلك لم تبين بشكل صريح وواضح لهذا الالتزام ومع ذلك فان مسؤولية المصرف يمكن أن تثار استنادا إلى ما تفرضه المهنة المصرفية التي وضعت على عاتق المصارف بعض الالتزامات المهنية كالالتزام بالإعلان والالتزام بتبصير المستهلك اللذان يعتبران من أهم الالتزامات التي تحصن الأطراف الضعيفة من الدخل بعلاقات قانونية غير متكافئة

إن الالتزام بالتبصير ينطوي على معنيين احدهم إيجابي والآخر سلبي فالمعنى الإيجابي يتمثل بحث العميل على إبرام العقد بعد الاطلاع على ظروفه وملاءته المالية وإمكانيته للوفاء

بالالتزامات أما المعنى السلبي فيمثل بتبصير المستهلك بوضعه المالي الحرج وإفهامه بان إبرامه للعقد سيدخله بأزمات تعاقدية وأعباء مالية إضافية. وعند كلا المعنيين يجب على المصرف عدم الاكتفاء بتوضيح البيانات الرئيسية للخدمة المصرفية المطلوبة بل يجب النزول إلى التفاصيل الجوهرية ومقارنتها مع إمكانية العميل وهو ما يحقق تبصيره بما سيقدم عليه.

إن البنك المركزي العراقي وفي خطواته لحماية المستهلك من جهة ولتنظيم القطاع المصرفي من جهة أخرى قد اصدر سنة ٢٠١٤ تعليمات تبادل المعلومات الائتمانية بشكل الكتروني، هذا التبادل الائتماني يوجب على المصارف الارتباط الكترونيا مع البنك المركزي من اجل تمكين المصارف العراقية من تقييم المخاطر الائتمانية واتخاذ القرارات السليمة لطرفي العقد المصرفي (العميل, المصرف)، حيث تشير المادة الرابعة من التعليمات الخاصة بأغراض الاستعلام( ١- المساعدة في تقييم المخاطر الائتمانية واتخاذ قرار منح الائتمان وتقديم خدمات مصرفية ومالية واستثمارية.٣- قبول كفالة ضامنة.٤- مراجعة محفظة الائتمان ومتابعة المخاطر الائتمانية.٦- الموافقة على اصدار دفاتر صكوك للزبائن.٧- التحقق ومراجعة البيانات الشخصية والائتمانية لقبول طلب فتح الحساب.), أما المادة الخامسة من التعليمات اعلاه فقد الزمت المصارف باستخدام التقارير الائتمانية والاستعلام عن الزبون قبل منح الائتمان او تجديده وارسال المعلومات الكترونيا الى النظام التبادل المركزي[٢٣٠]. ولقد أشار البنك المركزي في المادة ٦/٩ من التعليمات إلى مسؤولية المصارف الكاملة لضمان نجاح تبادل المعلومات ويتحملون- بموجب نص المادة ١٠- العقوبات طبقا للقوانين ذات العلاقة عند عدم الالتزام بالتعليمات أعلاه .

بناءً على ذلك يستطيع المصرف التحقق من التاريخ الائتماني للعميل بسهولة من خلال السجل الائتماني الإلكتروني الذي يوفره البنك المركزي وبالتالي سيكون المصرف مسؤولا مسؤولية تقصيرية او تعاقدية عند الإخلال بهذا الواجب قبال العميل الذي لا يقدر مصلحته كما يجب كما إن البنك المركزي العراقي ومن خلال إصداره لضوابط التوعية المصرفية لسنة ٢٠١٦ الزم المصارف في المحور الثاني/ النقطة ١١ من الضوابط بضرورة توعية الزبائن وتطوير مهاراتهم لفهم المخاطر الأساسية ومساعدتهم في اتخاذ قرارات مدروسة.

إن المهنة المصرفية بعملياتها الائتمانية المختلفة تقوم على مجموعة من المبادئ العامة هذه المبادئ يجب مراعاتها أثناء مباشرة العمل المصرفي من تقديم التسهيلات الائتمانية، هذه العمليات تدخل المصارف في دائرة ما يسمى بالمسؤولية المهنية التي تؤدي إلى التشدد على المؤسسات التي تقع ضمن هذا الوصف بالتزاماتها وبمعيار مساءلتها من خلال تلك المبادئ العامة ومن أهمها مراعاة مصالح العملاء أثناء ممارسة المهنة المصرفية فعملية الائتمان عادة ما تقوم على الاعتبار الشخصي بمعنى انه على أساس شخصية العميل يمكن للمصرف تحديد إمكانية التعاقد من عدمه وطالما أن العمليات الائتمانية غالبا ما تقوم على الاعتبار الشخصي فانه يقع عليها واجبا يتمثل باتخاذ الإجراءات الحيطة والحذر خلال مرحلة التعاقد وما قبلها فأثناء مرحلة تكوين العقد يقع على عاتق المصرف الالتزام بإعلام وتبصير العميل بكل ما هو متعلق بالعملية الائتمانية المطلوبة ولتحقيق ذلك يجب عليه(المصرف) أن لا يكتفي بطلب المعلومات عن الحالة المالية للعميل بل عليه أن يسعى بنفسه للاستعلام عن باقي التفاصيل المالية ومدى قدرت العميل على سداد الأقساط المستحقة أو الفوائد المترتبة على المتعاقد من خلال إجراء بعض التحقيقات والاستفسارات للحصول على اكبر قدر من المعلومات المهمة التي يمكن الوصول من خلالها إلى مركز العميل المالي وبالأخص استخدام السجل الائتماني المشار إليه أعلاه.

ويمكن القول إن مسؤولية المصرف بالتبصير قد لا تجد الأساس القانوني المباشر للالتزام كما هو الحال مع الالتزام بالإعلام لكن استنادا إلى تعليمات التبادل الائتماني من جهة ونصوص قانون حماية المستهلك العراقي الأخرى التي أوجبت على المحترف في اكثر من موضع أن يلتزم بالوضوح والشفافية أمام المستهلك وإن عدم تبصير الأخير بمخاطر وآثار الخدمة المصرفية المطلوبة والاكتفاء بتقديم البيانات العامة سوف يتخذ قرار لن يكون من مصلحته.

## الفرع الرابع

## مهلة التفكير وحق العدول

في البدء لابد من التمييز بين مفهوم مهلة التفكير ومفهوم حق العدول، فالبعض يشير إلى أن حق مهلة التفكير يختلف عن حق العدول، والبعض الآخر يشير إلى أن كلا المعنيين واحد، لكن عند تدقيق النظر سنجد حدودا فاصلة بين المفهومين إلا أنها دقيقة قد لا ترى بسهولة فمهلة التفكير هي فترة زمنية تشترك فيها مع التزام المصرف بالإعلان وحق العميل بالعدول فجزء من هذه المهلة يتصل بفترة التزام المصرف ( المحترف) بإعلام المستهلك وتبصيره بما لا يدع مجالا خفيا في المعاملة من حيث طبيعة الخدمة المطلوبة و الآثار القانونية المترتبة ففي هذه المرحلة وبعد أن يعرض الموجب إيجابه التام والملزم بشكل نهائي تنتقل إلى مرحلة التفكير والتروي للمستهلك للمقارنة بين ما هو افضل أو اقل خطورة تعاقدية ثم تمتد هذه الفترة لتدخل مرحلة حق العدول فبعد بروز قناعة أولية للمستهلك وترجمتها عمليا لإبرام العقد مع المحترف فقد منح المشرع هنا فترة قد تطول نسبيا أو تقصر حسب نوع العقد وطبيعته يمكن خلالها للمستهلك الرجوع أو العدول عن التعاقد وكما هو واضح ان امكانية العدول ترجع الى وجود مهلة التفكير الممتدة خلال فترة التكوين التدريجي للتعاقد كما سيتم توضيحه بالاتي:-

### أولا: مهلة التفكير :

كما مر بنا سابقا ان المستهلك في ظل اتساع نطاق الاسواق التجارية وازدياد اعداد المصارف العاملة في القطاع المصرفي العام والخاص وتنوع الخدمات المصرفية المقدمة قد يجعل من المستهلك في موقف لايقدر عواقب الدخول لمعاملة تعاقدية مصرفية غير محسوبة الاثار بشكل دقيق وبنفس الوقت نجد ان الحماية القانونية المقررة بموجب القواعد العامة في القانون المدني لاسيما للاطراف الضعيفة في عقود الإذعان لاتلبي طموح المستهلك في ان تحميه من هيمنة وتسلط المصارف في فرضها لشروطها ولخبرتها في كيفية ادارة التعاقد لمصلحتها وفي هذا

الصدد تم التطرق سابقا الى امكانية اعمال نظرية عيوب الرضا لتكون بمثابة سدا حاميا للمتعاقد الضعيف وقد وجدنا عجز في هذه النظرية لتغطية كل مساحات التعاقد فيمكن لها ان تغطي بعض الحالات لكنها لا تعمل بشكل يغطي مشاكل المستهلك التعاقدية لاسيما التي تحدث خلال مرحلة التعاقد و قبل الدخول بحيز التنفيذ لذلك لابد من توفير الحماية القانونية الكافية خلال مرحلة تكوين العقد استنادا الى منح المستهلك مهلة زمنية قبل اصدار الموافقة النهائية وانعقاد العقد، وقد اطلق على هذه المهلة في الفقه والكثير من التشريعات بحق التروي والتفكير قبل اقدام المستهلك على التعاقد بشكل متسرع وغير محسوب. وعلى هذا الاساس يمكن القول أن الالتزام بمنح مهلة للتفكير مكمل للالتزام بالإعلام فالقانون وإن كان لا يجبر العميل على مهلة التفكير لكنه يلزم الطرف القوي بمنح المستهلك تلك المهلة قبل ابرام العقد مع بقاء الإيجاب قائما وهذا الالتزام يبدو اكثر إلحاحا في موضوع العمليات المصرفية حيث غالبا ما تحتفظ المصارف بعقود خاصة مع العملاء وهذه العقود غير معلنة ومتاحة للعامة مما يجعل العميل عند رغبته بالحصول على خدمة مصرفية بوضع محرج فهو أما أن يوقع ويدخل بالتعاقد او ينسحب بينما مهلة التروي والتفكير تمنحه احقية الدراسة والتمحيص لحين اتخاذ القرار النهائي على ان يقدم المصرف الخدمة المصرفية المطلوبة بنفس الشروط المعلنة وهذا ما يمثل تدعيما حقيقا لركن التراضي في العقد.

والملاحظ أن مهلة التفكير ليست المهلة التي يتمتع بها المتعاقد للتفكير قبل التصريح بالقبول وانما هي مهلة للتفكير لاحقة لابرام العقد ولكنها مازالت تندرج ضمن عملية تكوين العقد ولذلك يمكن اعتبار هذه المهلة اجل يمنحه المشرع للمستهلك عند تعاقده مع محترف يتمكن من التراجع عن التزامه بعد ابرام العقد دون تسبيب ودون فرض جزاءات او تقديم اي تعويض مما يجعل هذه المهلة حماية متميزة في العلاقة التعاقدية وهي في ذات الوقت ومضاعفة لرضا المستهلك ويمكن تمييز مهلة التفكير عن نظرية عيوب الرضا من حيث الحماية التي يوفروها للمستهلك فان عيوب الرضا تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض بينما ان مهلة التفكير لاتحمي سوى المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في علاقة غير متوازنة هذه من جهة ومن جهة اخرى فان هذه المهلة

تحمي المستهلك من نفسه لما تتدفعه اليه حاجته للحصول على الخدمة المطلوبة دون تفكير وتروي . وفي الحقيقة إن هذه المهلة تمثل آلية متقدمة لحماية العدالة العقدية والتوازن العقدي.[٢٣١]

إن المتفق عليه أن يتم إبرام العقد بمجرد تطابق الايجاب والقبول وفقا للشروط التي يضعها المتعاقدين دون فرض شروط شكلية معينة وذلك لعدم المساس لمبدأ سلطان الارادة، اما فكرة التكوين التدريجي للعقد فهي ما تفرضه متطلبات حماية المستهلك في مهلة التفكير التي تستلزم أن لا يتكون العقد بمجرد تبادل الرضا بين المحترف والمستهلك إذ قد يعبر هذا التبادل عن إرادة غير ناضجة بالنسبة للمستهلك، نعم قد يعد هذا الأمر خروج عن التكوين التقليدي للعقد يبرره فرض مزيدا من الحماية لركن الرضا وبهذه المكنة يصبح رضا المستهلك في حالة اكتمال خلال فترة التفكير وعند انقضائها دون ممارسة حق الرجوع فيكون الرضا عندها نهائيا وباتا نتيجة لذلك يمكن القول ان اقرار مهلة التفكير تشريعيا تبرر حاجة رضا المستهلك الى وقت او فترة زمنية لكي ينضج من خلال التامل والتروي لما يرغب بالتعاقد عليه. وقد اعتبر الفقه أن التكوين التدريجي للعقد ناتج عن التدرج من تكوين الرضا كالجنين حتى يولد حيا فالعقد خلال مهلة التفكير لا يرتب اثرا حتى انقضائها وهو ما جعل منها وسيلة جديدة تهدف الى تدريج في تكوين العقد الا انها لا تمس في مساس العقد الأساس فالعملية التعاقدية لا تتغير ولا تتبدل ولكن فقط تؤجل لفترة محددة [٢٣٢] .

اما بالنسبة الى المشرع العراقي فقد كان لديه فرصة في تثبيت حق التروي ومنح مهلة تفكير للمستهلك في قانون حماية المستهلك الا انه لم يبين ذلك بشكل جلي.

وكما ذكرنا انفا ان الحماية القانونية المقررة بموجب القواعد العامة لقانون المدني العراقي قد قصرت حمايتها على موضوع الرضا بان يكون سليما خاليا من العيوب والشوائب لاسيما في مرحلة تكوين العقد ونفاذه اما المرحلة السابقة على التعاقد لابد ان تبقى الحماية قائمة للرضا ليكون سليما اعتمادا على منحه مهلة للتفكير في الايجاب المعروض امامه وهذه المكنة القانونية الممنوحة للمستهلك هي اما ان تكون قانونية او اتفاقية وكما بينا سابقا ان الكثير من التشريعات قد تبنت هذه المنهج لفرض مزيد من الحماية للمستهلك وعلى الرغم من نص قانون حماية المستهلك

العراقي في المادة ٢/٦ على هذا الحق بشكل خجول:( للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءا ًإلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك ) الا ان المشرع قد اشار ومن خلال هذا النص الى احقية المستهلك في ان يحصل على المعلومات اللازمة لاكتمال رضاءه وقبوله الدخول بعملية تعاقدية، وان اكتمال رضا المستهلك يستلزم ان يقدم له المجهز المعلومات المتعلقة بالسلعة او الخدمة المطلوبة بشكل تفصيلي. هذه المعلومات المقدمة تستلزم بالضرورة ايضا ان يمنح المستهلك فترة منطقية للتفكير حول مدى ملائمة مواصفات تلك السلعة او الخدمة مع ما طلبه، وكذلك للاطلاع على شروط واثار عملية التعاقد ان تمت وبالتالي ان عدم منح المستهلك الفترة الكافية للتفكير الامر الذي اثر على قراره بالتعاقد قد مكنه المشرع من خلال نص المادة اعلاه من اعادة المادة المشتراة كلا او جزءا مع احقيته للمطالبة بالتعويض.

وبنفس السياق فان ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور لسنة ٢٠١٦ الصادرة من البنك المركزي العراقي قد الزمت المصارف( الخاصة والعامة) في المحور٢/النقطة ٨ بضرورة ان يتاح للزبائن القدرة على البحث والمقارنة بين افضل الخدمات ومقدميها و امكانية التحول بينها بسهولة وبتكلفة معقولة وقد اشار دليل حماية العميل المصرفي الصادر من البنك المركزي سالف الذكر في المحور ٢/١٣(.... يتعين على المصارف ان تقوم بإعطاء زبائن القروض مدة محددة للمراجعة تحدد وفق سياسات المصرف ويراعي اطلاع الزبون على جميع الاثار المالية المترتبة على القرض/التمويل الذي سيقدم له والشروط التعاقدية والالتزامات المترتبة عليه وفقا للعقد الذي سيتم ابرامه.....) .

**ثانيا: حق العدول:**

الأصل في القواعد العامة أن العقد إذا انعقد صحيحا نافذا فسيكون له القوة الملزمة لطرفي العقد وبالتالي لا يجوز التحلل منه بارادة منفردة إلا في حالة الاتفاق على العدول كما في شرط العربون المادة ٢/٩٢ وكذلك المادة ١٨١ مدني باتفاق الطرفين للاقالة وعليه لايمكن لأحد

العاقدين الانسحاب من العقد و اسقاط واضعاف قوته الملزمة بحجة تسرعه بإبرام العقد أو أنه لم يكن مترويا في التفكير بالإقدام عليه فهذه الأمور لا تعد عيوبا من عيوب الإرادة وبالتالي ان قواعد القانون المدني العامة في اطارها التقليدي لاتعبأ بتروي المتعاقد أو استعجاله للدخول بمعاملة غير متوازنة فهي تركز على الرضا الحر الصحيح والسليم من العيوب .

كما تم بيانه سابقا ان الفن التعاقدي بدأ يغير من ثباته الذي جاء متأصلا من القانون الروماني فبروز الشركات العامة وظهور الأصناف الكبيرة من السلع والخدمات انعكس على تغير أساليب الفن التعاقدي الذي بدأ يجذب المستهلك ويجعله خاضعا لرغبة التجار بطرق تعاقدية عديدة وقبال هذا التطور التعاقدي الذي انتج عدم التوازن العقدي بين التزامات وحقوق أطراف العقد لم تعد نظرية عيوب الارادة تغطي المساحات التي يمكن أن يتولد منها ضعفا واذعانا للمتعاقدين البسطاء لذلك سعى الفقه وتبعه التشريع والقضاء إلى حماية الطرف الضعيف بطرق استباقية جديدة تنطلق من مراحل تكوين العقد حتى تسليم ملف الحماية الى ما بعد التعاقد واثناء التنفيذ فقد تدخل المشرع بشكل جازم ومنح للمستهلك فرصة تشريعية[٢٣٣] للتروي والتفكير في عواقب المضي في اكمال تكوين العقد ودخوله حيز التنفيذ وهنا قد سمح للمستهلك أن يدخل بمعاملة تعاقدية وأن يكون له حق التفكير والتروي لدراسة العرض الذي يجب أن يبقى قائما خلال مرحلة التفكير فان قرر المضي اكتمل تكوين العقد ليدخل حيز التنفيذ وإن قرر الانسحاب ليكون له حق العدول ولا يترتب عليه أي التزام أو أثر قانوني جراءه كون الحق ثابت تشريعيا، وقد عُرف حق العدول بأنه حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة يحددها القانون دون الحاجة إلى إبداء أي مبررات مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط [٢٣٤] . وعرف جانب آخر من الفقه بأن حق العدول وسيلة قانونية بمقتضاها يستطيع المستهلك إعادة النظر في عقده الذي ساهم بإرادة في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى أي مسؤولية تقع على عاتقه[٢٣٥] .

إن حق العدول هو حق مؤقت بحسب الأصل لأنه يمارس خلال فترة زمنية محددة تماشيا مع ضرورة استقرار المعاملات وإنهاء حالة التهديد التي تصاحب وجوده ومن الطبيعي ان

تختلف مدة حق العدول باعتبار انها تواجه حالات مختلفة تستدعي النهاية لذلك فان الفقه قد اعتبر هذه المدة هي مدة سقوط وليس مدة تقادم وذلك لان احكام الوقف والانقطاع لا تطبق عليها لتعارضها مع طبيعة هذا الحق بوصفه حقا ارادیا خالصا[٢٣٦] . ان مطالبة المستهلك بتسليم المبيع او توفير خدمة، دليل على انه قد انهى حقه بالعدول, وبالتالي ان تسلم المستهلك للمبيع او الخدمة دون طلب منه فهو لاينهي حقه بالعدول اذ يمكنه الرجوع حتى مع تسلمه المبيع وان هذه الحق ثابت للمستهلك بغض النظر عن تعرضه للخداع من قبل المحترف فهو حق ارادي بموجب القانون وهو كذلك حق تقديري كونه لا يستوجب أي تبرير من قبل المستهلك عند تطبيقه لذلك هو لا يترتب عليه أي تعويض[٢٣٧] وبالتالي إن هذا الحق يعطي للمستهلك القدرة على ابرام عقود تتلاءم مع مصالحه الاقتصادية كونه سيقدم على التعاقد وهو على بينه من أمره.

وقد بينا أن نظرية عيوب الرضا لم تعد كافية لاسيما لم تعد طافية لحماية المستهلكين لاسيما مع التطور التكنولوجي وفنون الإعلان وإغراءات العروض التي تسبق المستهلك رضاه فكان الحل بمنح المستهلك مهلة للتفكير تنتج منها حقا للعدول او بالمهل وقد اعتبر بعض الفقه ان حق العدول هو ضريبة للصفة التعسفية والإذعانية التي تصطبغ بها بعض العقود وبالتالي ان هذا الحق تمثل معاملة بالمثل و وسيلة لتحقيق او لاعادة التوازن بين طرفين غير متكافئين.

ان المشرع العراقي لم يتبن موضوع حق العدول في قوانينه الخاصة نعم قد يكون هذا الحق موجود هنا او هناك الا انه غير متاح على نطاق تنظيمي ليقي المستهلك من الإجبار للاستمرار بعقد قد يضر بمركزه المالي والاجتماعي وبالأخص في مجال الأعمال المصرفية التي لا يعتقد أن فيها حق للعدول بل يجبر المستهلك على المضي قدما في كل اجراء تعاقدي قد اتخذه حتى وان كان في بداياته. ان وجود حق العدول في التشريعات وانعكاسه على العقود و بالأخص ما يرتبط منها بالعمليات المصرفية سيخلق حاجزا منيعا بالدفاع عن الطرف الضعيف في التعاقدات التي يكون فيها عديم الخبرة او قليلها وبالتالي كان يجب على المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك ان يقتفي اثر التشريعات الحديثة في النص على هذا الحق لحماية المستهلك من جهة والابتعاد عن المشاكل التعاقدية من اخرى ان الخدمات المصرفية المقدمة للمواطنين عادة ما

تنطوي على مخاطر قد تؤدي الى وجود المستهلك في مركز تعاقدي ما كان من المفترض الحلول به او بالشروط التي وافق عليها وبالتالي يجب حماية المستهلكين من خلال توفير الحماية السابقة للتعاقد وهو مافعله المشرع وماقدمناه من التزامات تفرض على التاجر او الطرف القوي منعه من فرض هيمنته على الاطراف الضعيفة وقد وجد المشرع ان الحماية المقصودة للاطراف الضعيفة المتعاقدة مع المصارف لم تلبِ حاجات الحماية الكاملة ووجد الكثير من المستهلكين بمواقع تعاقدية ضعيفة لذلك بدأ المشرع بخطوات تشريعية لحماية المستهلك خلال مرحلة تكوين العقد او التكوين التدريجي للعقد وبالحقيقة يمكن تشبيه هذه الحماية بسباق المارثون الذي يسلم فيه متسابق الرسالة من يد الى اخرى حتى يصلون الى نهاية السباق. فالحماية التشريعية تقررت في المرحلة السابقة للتعاقد من خلال الكثير من الالتزامات والموانع ومن ثم في المرحلة الفاصلة بين التفاوض والتكوين التدريجي حيث يوجد مهلة التفكير وحق العدول وصولا الى مرحلة تنفيذ العقد ووجود القواعد العامة في القانون المدني والمواد التشريعية التي تحمي الطرف المذعن والدور القضائي في مساندة ضعف الطرف المتعاقد من اجل اعادة التوازن العقدي الذي افتقد بفعل حركة السوق التجارية واختلاف اساليب الفن التعاقدي وبالتالي طيلة مرحلة حياة العقد يتواجد المشرع بحماية مهمة للطرف المذعن ان حق العدول من المهم ان يتضمن في التشريعات المصرفية وقوانين حماية المستهلك لفرض اكبر قدر من الحماية للمستهلك وان تطبيق هذا الحق سيقود الى الزام المصرف بصفة أساسية بتفعيل حق الرجوع أو العدول وفقا لما تقرره التشريعات والالتزام بالمدة التشريعية التي يحددها القانون للمستهلك من اجل العدول خلالها فإن رجع المستهلك بتعاقده خلال تلك المدة وجب على المصرف إلغاء كل الأوراق التعاقدية التي تم توقيعها بين الطرفين وفسخ العقد بينهم وارجاع الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فعلى سبيل المثال لو كانت الخدمة المصرفية تتمثل بالحصول على قرض مصرفي وفق نسبة من الفوائد وقبل الدخول بحيز التنفيذ وتسليم المبلغ للمقترض يكون أيضا من حق المتعاقد فسخ العقد والعدول وعدم منحه القرض وكذلك عدم ترتيب أي جزاءات على المستهلك.

## المطلب الثاني

## الحماية القضائية للطرف المذعن أثناء مدة تنفيذ العقد

تعتبر الحماية القضائية للطرف المذعن صمام امان كبير لتحقيق التوازن بين هيمنة وسطوة المصارف وحاجة وضعف العملاء والمستهلكين، هذه الحماية تنبع من حرص المشرع على منح القضاء سلطة واسعة ومرنة في تفسير العقود المصرفية الموصوفة بالاذعان لمصلحة الاطراف الضعيفة التي استغلت حاجتها وضعف خبرتها. هذه الحماية تتجسد تارة من خلال قواعد التفسير وتارة اخرى من خلال الوسائل القضائية للحد من فرض المصارف للشروط التعسفية، على النحو الآتي:

### الفرع الأول

### أثر قواعد التفسير في حماية الطرف المذعن في العمليات المصرفية

أولا: العقد شريعة المتعاقدين[٢٣٨] : إذا نشأ العقد سليما معافى باتفاق صحيح بين أطرافه فإن التزاماته تبعا لذلك ستأخذ قوتها الإلزامية باتجاه التنفيذ وبالتالي وجب على أطراف العقد والقاضي كذلك التقيد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه بدون مخالفة للقانون. وعليه فإن الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته وأثره الالتزام الناشئ من القانون بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله[٢٣٩]، كما يتعين على القاضي رعاية تلك العقود وحمايتها بذات المستوى من الرعاية والحماية المقررة عند تطبيق النصوص القانونية. إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي ثمرة سيطرة سلطان الإرادة على قانون العقد وطبقا لنص المادة ١١٣٤من القانون المدني الفرنسي فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قد انتجت الدعامات الرئيسية للعملية التعاقدية التي تكون منها العقد الذي لا يكون نقضه بإرادة منفردة ولا يمكن للقاضي أن يعدله بمحض إرادته وكذلك يجب أن ينفذ بحسن نية[٢٤٠] .

إن القانون يمنع حل الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين كقاعدة أساسية تمتد لتشمل في آثارها تقييد سلطة القاضي والمشرع معا، فعلى القاضي أن ينفذ إرادة المتعاقدين وألا يلحق تعديلا بشروط العقد بدعوى أن التعديل تقتضيه العدالة العقدية لأن العدالة تكمل إدارة المتعاقدين ولا تنسخهما ولأن العقد وليد إرادتين وبالتالي إنما تبرمه إرادتان لا تحكمه إرادة واحدة[٢٤١] . أما بالنسبة للمشرع فهو ملزم باحترام اتفاق أطراف العقد وإن صدر قانون جديد فيبقى اتفاق الطرفين خاضع للقانون القديم مالم تكن فيها مخالفة للنظام العام طبقا للقانون الجديد[٢٤٢] . إن نشأة الالتزام التعاقدي يبقى العنصر الأكثر أهمية بالنسبة للعقد فبدون عنصر الإلزام لا يحقق العقد غايته فالإلزام يعني أن كل طرف في العلاقة العقدية يجبر على الوفاء بتعهداته كاملة لتنفيذ العقد كتطبيق القانون يجب أن يتم بحسن نية[٢٤٣] .

إن الحرية التعاقدية القائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي هو نتاج المذهب الفردي قد انطلقت في بيئة لا يوجد فيها تساوٍ بين أطراف العقد من الناحية الاقتصادية مما كشف بروز صيغ تعاقدية جديدة قد تضمنت شروطا تعسفية بحق الطرف التعاقدي الضعيف اقتصاديا. ولقد أدى هذا الأمر إلى خلق مناخ غير مناسب لإبرام العقود والتصرفات التي يمكن للاطراف القوية ان تضع في تلك العقود شروطا تحقق مصالحها بصورة مجحفة غير مبالين بأي اضرار قد تقع على الاطراف الضعيفة الاخرى وذلك على النحو الذي يجعل من هذه الشروط شروطا موصوفة بالتعسف الى الحد الذي ينعكس سلبا على توازن العقد وعدالته المفروضة[٢٤٤] .

وتحت مطرقة الحركات الاجتماعية التي تنادي بحماية المستهلك وتقييد مبدا سلطان الارادة وسندان تعاظم الدور النقابي والجمعيات العامة فقد تبلورت خطوات تشريعية مهمة ساهمت بشكل او باخر بالحد من نفوذ الأقوياء اقتصاديا ومن ابرز تلك الخطوات والتي اعتبرت استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعادين هو الجواز التشريعي الذي منح للقاضي حق التدخل لحماية الاطراف الضعيفة من الشروط التعسفية المجحفة التي يضعها الأقوياء اقتصاديا في عقود مقولبة بطريقة لا تدع معها للطرف الاخر الى الإذعان او عدم التعاقد[٢٤٥]. وعلى الرغم من الطبيعة الخاصة للقواعد القانونية التي تحكم البيئة المصرفية الا ان العقود والتعاملات المصرفية لا

تخرج هي الاخرى عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فمجرد موافقة العميل على النموذج الذي يحرره المصرف يتكون العقد المصرفي ويلزم طرفيه ويكون له قوته الملزمة الا ان تفسير العمليات المصرفية يجب ان يراعى فيها ظروف الابرام والاهداف الاقتصادية المرجوة منها مما جعل بعض الفقه يتجه الى القول ان تفسير العقود المصرفية قد يكون اكثر تعقيدا من تفسير العقود المدنية [٢٤٦]، اذ ان ارادة طرفي العمليات المصرفية قد لا تتفق مع الأسلوب الذي اتخذه الطرفان للوصول الى غايتهما فيكون ثمة محل للموافقة بين الاثر الذي اتجهت اليه الارادة و الاثر الذي ينتج من الاسلوب الذي افرغت فيه تلك الارادة وان كانت لا تقصده لذلك كثيرا ما استعان القضاء بالعادة المصرفية وظروف ابرام العقد والهدف الاقتصادي [٢٤٧] بل جنح القضاء الى احترام الاعتبارات العملية واقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، وعلى الرغم من اتجاه المشرع في تخصيص المحاكم حسب انواع الدعاوى الا ان قواعد التفسير وفقا لما قرره القانون المدني العراقي تبقى حاكمة حتى على الطبيعة الخاصة للعمليات القانونية المصرفية، فطبيعتها الخاصة بصراحة تتأتى من الأساليب الفنية الدقيقة المتبعة لكنها بكل الاحوال لاتخرج عن الاطار التنظيمي الذي خطه المشرع في القانون المدني وبالأخص عندما يكون احد طرفي التعاقد ضعيفا لا يجد له من ناصر الا المشرع والقاضي لاغاثته وتلقفه من سيطرة وهيمنة القوة الاقتصادية التي تحاول تحقيق مصلحتها اولا وبالذات.

اما بالنسبة الى القانون الامريكي فيرى الفقه ان النظام القضائي ما زال يناضل لتحقيق الموازنة بين العدالة التبادلية والضرورات التجارية في عقود الإذعان في مجتمع قائم على التوزيع السريع والجماعي للبضائع الاستهلاكية .[٢٤٨] ان المحاكم الامريكية ما زالت تعيش صراع لتقرير النفاذ من عدمه لعقود الإذعان[٢٤٩]، وقد بذلت جهد كبير لتوفير الحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان.[٢٥٠] لقد اشار الفقيه الامريكي ( Vera Bolger) الى ان التدخل القضائي قد كان له دور في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان استنادا الى القواعد القانونية العامة للابطال او استنادا الى تفسير الغموض[٢٥١] او لعدم وجود السبب المعقول لالتزام الطرف المذعن

بشروط تعسفية او من خلال عدم وجود النية والقصد لتحقق ذلك الالتزام المجحف او لاختلال العدالة التبادلية بين طرفي العقد.[٢٥٢]

ثانيا: السلطة التفسيرية للقضاء في تحقيق الحماية: ان المشرع العراقي في القانون المدني قد منح القضاء سلطة تقديرية واسعة يستطيع من خلالها وبدافع الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الاذعان المتضمنة للشروط التعسفية ان يلغي او يعدل من تلك الشروط كما في المادة ٢/١٦٧ مدني عراقي، وبنفس السياق فقد الزم القضاء وحسب نص المادة ١٦٧ ثالثا بان يفسر الشك ان وجد في العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا او مدينا وهي حماية خاصة قد قررها المشرع للأطراف الضعيفة في عقود الاذعان حيث ان المادة ١٦٦ قد نصت على تفسير الشك في مصلحة المدين بينما المادة ٣/١٦٧ قد خصصت التفسير لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان ام مدينا، وتبعا لذلك اصبح للقضاء وفي اطار الحماية القانونية للطرف المذعن لمرحلة مابعد التعاقد اواثناء التنفيذ اداتان لمواجهة الشروط التعسفية على النحو الاتي:

١- تعديل الشروط التعسفية او الغائها: ان المشرع العراقي في القانون المدني لم يبين المعنى الدقيق للشرط التعسفي[٢٥٣] مما جعل قاضي الموضوع لديه سلطة مرنة ومطلقة في استنطاق الشروط لتحديد المتعسف منها علما ان هذا الدور الذي منحه المشرع للقضاء هو من اجل اعادة التوازن الطبيعي للعلاقات التعاقدية غير المتكافئة بين الطرف المهيمن والطرف الضعيف بغض النظر عن اسباب التفاوت ومسبباته وكذلك من اجل احقاق مبدأ العدالة العقدية التي لا تخالف الحرية التعاقدية بين الطرفين بقدر ما ترسخ حسن النية في تكوين وتنفيذ العقد الذي اختل بفرض الشرط التعسفي لقلة خبرة وعدم دراية وضعف وحاجة المتعاقد الضعيف[٢٥٤] . وبهذا فان الطرف القوي يكون قد ارتكب خطأً يوجب مساءلته بسبب ما تعرض له المذعن من اضرار مادية وغيرها الامر الذي يوجب التعويض له وان افضل تعويض للمذعن هو بتفسير الشك لمصلحته، لكن ما هو الحكم اذا قدم الطرف القوي ما يثبت ان المذعن لم تلحقه اضرارا بسبب الصياغة الغامضة التي شابت شروط العقد؟ يرى جانب من الفقه ان تفسير الشروط الغامضة لمصلحة المذعن ليس بمسؤوليته عن الغموض في

التعبير فقط بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف في عقود الاذعان وبالتالي فأساس هذا النص الاستثنائي يكمن في العدالة لا في المسؤولية فالقانون يريد ان ياخذ يد الضعيف ويحميه من جور الطرف القوي فعقود الاذعان تتميز بسمة تتمثل في انعدام التوازن في القوى وعدم التسواي بين مراكز المتعاقدين وبالتالي فان المشرع يركز على تحقيق العدالة العقدية بغض النظر عن موضوع المسؤولية وبالتالي فان المشرع يهدف الى ان على القاضي ان يستخدم الفن في التفسير لكي يعيد العدالة المفقودة في العقد[٢٥٥] ومن ابرز مصاديق تلك الشروط تجدها في عقود العمليات المصرفية التي تعج بشروط ثقيلة وباهظة على الطرف المذعن وهذه العقود تكشف عن مدى هيمنة وتسلط المصارف كطرف قوي في ادارة العملية التعاقدية مع العميل الذي لايكون له حق المناقشة والتعديل فهو اماان يقبل بجميع الشروط او يرفضها ولا يحصل على الخدمة المصرفية وبالتالي فان المصرف قد رسم وحدد آثار العقد بشكل مسبق وبالتاكيد طبقا لما تقتضيها مصلحته مستغلا حاجة وضعف وقلة دراية الطرف المذعن وعليه كان من المنطقي وبخطوة تنسجم مع تطور الحركات التشريعية التي اخذت على عاتقها حمل اللواء حماية المستهلك والدفاع عن الاطراف الضعيفة اقتصاديا بمواجهة مفتوحة مع الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود [٢٥٦].

إن هذه المواجهة قد أوجدت خلافا فقهيا حول تدخل القاضي بتحديد اثر الحرية التعاقدية و تأطير قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الذي يمثل خروجا على اصل ان العقد لا يمكن تعديله الا بارادة طرفيه، هذا الاستثناء غايته الموازنة بين التزامات الطرفين ومواجهة الشروط التعسفية لاعادة التوازن العقدي الذي فقد بهيمنة احد الطرفين وقلة خبرة وحاجة الطرف الاخر[٢٥٧] هذه المواجهة تقتضي من القضاء وهو حامي الحقوق والحريات باستعماله سلطاته اما في تعديل الشرط بالشكل الذي يسلب به اوجه التعسف المسبب لاختلال التوازن العقدي واما وهو اخر الدواء الغاء اخر الشرط ورفع تأثيره عن الطرف المذعن، وتطبيقا لذلك حكمت المحكمة الاتحادية العليا في ابو ظبي باحد قراراتها بأن العقد المبرم بين المشترك ومؤسسة الاتصالات يعتبر من عقود الاذعان التي يجوز فيها للقضاء ان يعدل ما قد

تتضمنه من شروط تعسفية او يعفي الطرف المذعن وفقا لمقتضيات العدالة [٢٥٨] . وكما هو واضح فأن القضاء لا يعمل على ابطال الاتفاق بمجمله بقدر معالجة الشرط التعسفي بالطريقة التي تنسجم وتوجه المشرع في توفير حماية اكبر للمستهلك

إن الهدف من منح القضاء سلطة الغاء الشروط التعسفية هو من اجل حماية التوازن العقدي المفترض والذي سينعكس بالتأكيد على تنظيم التوازن الاقتصادي في حالة اختلاله بين الطرفين وكلا الأمرين يصب في سبيل تحقيق العدالة القانونية التي يبتغيها المشرع حماية لارادة الاطراف الضعيفة من النفوذ الاقتصادي وغيره من قبل الطرف القوي ولذلك فقد اعتبر المشرع الفرنسي في المادة L 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ لمجلس الدولة بأن العقد الذي يتضمن شرطا تعسفيا يعتبر كأنه غير مكتوب أي يعتبر وكأنه غير موجود اساسا في العقد.

ولقد تباين موقف بعض الفقه بخصوص السلطة الممنوحة للقضاء في تعديل عقد الاذعان بين موافق ومعارض فالبعض قد اعترض في ان هذه السلطة الممنوحة للقضاء تمثل خروجا عن حدود مهمته العادية و المألوفة الا وهي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين[٢٥٩] ، وبالتالي فأن مثل هذه السلطة تعرض العلاقات التعاقدية لعدم الاستقرار المطلوب ذلك ان الافراد عندما يتعاقدون يعرف كل منهم مقدما الاثار الناجمة عن العقد وما له من حقوق وما عليه من التزامات، اما الرأي الموافق وهو الراجح فيرى ان المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن احكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات والظروف المستجدة. ومما لاشك فيه ان خضوع الطرف المذعن في عقود الاذعان وعدم السماح له بمناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في العقود [٢٦٠] وبالتالي فان التوازن قد اختل قبل تدخل القاضي الذي سياتي دوره لاعادة ما اختل من توازن الى وضعه الطبيعي من خلال رفع الشرط التعسفي [٢٦١] فالغموض الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما ولكنه في احيان كثير يكون متعمدا لتمرير شروط معينة تحت ستار الغموض والابهام [٢٦٢]. وعليه، ان قاعدة تفسير

الشك لمصلحة الطرف المذعن تستمد شرعيتها من عدة أسانيد متمثلة في ان الطرف المتعاقد هو الأضعف اقتصاديا وان رضاءه بالعقد اقرب الى التسليم الإجباري منه الى القبول الاختياري وفي المقابل فان الطرف القوي والذي يستقل بتحرير العقد ووضع شروطه فأن وجد غموض وجب الا يستفيد منه الاخير كونه المتسبب به [٢٦٣].

جدير بالإشارة الى ان سلطة القاضي في تعديل او الغاء الشرط التعسفي هي من النظام العام الذي لا يجوز مخالفتها وتغييبها ويعتبر باطلا كل اتفاق يقضي بتحديد او سلب صلاحية القضاء لاداء هذه الوظيفة كما نصت عليه المادة ١٦٧ثانيا مدني عراقي وحسب نص المادة ١/٢٠٣ بدلالة المادة٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فأن محكمة التمييز تمثل الضامن بعدم تجاوز قاضي الموضوع لصلاحياته لتفسير عقود الإذعان، وبذلك فأن هذه النص يحقق حماية حقيقة للمذعن اذا لا يمكن نزعها باتفاق الطرفين على انه يجب ان يلاحظ انه ليس معنى تعلق هذه القاعدة بالنظام العام ان يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل اوالغاء ما تتضمنه العقود من شروط تعسفية، ولكن يجب ان تكون المطالبة من قبل الطرف المذعن [(264)] .

ان الشروط التعسفية التي غالبا ما تتضمنها العقود المصرفية والتي تقابلها حاجة المذعن لها لا تجعل من علم او عدم علم الطرف الضعيف بتلك الشروط اثرا في منع القضاء من ممارسة صلاحياته في حماية المذعن فطالما كان ابرام العقد وفق اسلوب عقود الاذعان الذي لا يقبل المناقشة والتعديل اما الرفض او القبول وبالتالي سيكون الامر سيان بالنسبة للاطراف الضعيفة سواء علم بتلك الشروط المجحفة او لم يعلم، و في هذا الصدد يبين احد الفقهاء : ( اذا لم توجد الارادة لدى الطرف المذعن، اما لانه لم يعلم بالشروط قط، ولم يكن في امكانه ان يعلم بها، واما لانه علم بها في وقت لاحق لابرام العقد، فان هذه الشروط لا تكون باطلة وانما تسري عليع. وهذا تطبيق لقاعدة انه اذا تكون العقد فلا يمكن ان يلحقه تعديل من جانب واحد، وهي قاعد ان العقد شريعة المتعاقدين)[(٢٦٥)]. ويتضح من ذلك ان سلطة القاضي قبال الشروط التعسفية في عقود الاذعان سلطة واسعة فالقاضي يتبع ما من شأنه ان

يرفع ما في العقود من تعسف وجور عن طريق التعديل او الالغاء تحقيقا للعدالة' وبالنتيجة على القضاء ان يعمل بسلطته لتعديل اوالغاء الشروط التعسفية و كما بين المشرع في المادة ١٦٧ مدني عراقي بفقراته الثلاث وبغض النظر عن وضوح او غموض عبارات او كلمات الشرط التعسفي فالأمر الجوهري وجود التعسف سواء كانت عباراته واضحة او غامضة بل ان وضوح الشرط هو الذي يبرر اعمال السلطة التقديرية للقضاء تعديلا اوالغاءً كون الشرط الغامض قد حدد له المشرع آلية للتفسير يمكن من خلالها حماية الطرف المذعن اما الشرط الواضح فهو المعني بالتعديل والإلغاء[٢٦٦]. بيد انه لا يكفي ان تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها حتى تكون في غير حاجة الى تفسير وانما يجب ان تكون فوق ذلك واضحة بالنسبة الى دلالاتها على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين المشتركة اذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعتريها الغموض بالنسبة الى حقيقة مدلولها[٢٦٧] لكن القاضي على اية حال نفسه فد يجد نفسه في حاجة الى تفسير العبارات الواضحة للعقد مهما بلغ الوضوح فيها وارتفع عنها اللبس والابهام فوضوح العبارة لا يعني وضوح الارادة وقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تشير الىان المتعاقدين قد اساءا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا ينسجم معه وفي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ وانما يعدل عنه الى المعنى الذي قصده المتعاقدان[٢٦٨] .

٢- تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان او مدينا: لقد بينت القواعد الفقهية المفسرة للعقود الواردة في القانون المدني العراقي ومنها نص المادة ١٦٦ (يفسر الشك في مصلحة المدين) وفي ذات الصدد نصت المادة ٣/١٦٧ (ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا). وهذا النص يمثل استثناء من القواعد العامة في تفسير العقود فالأصل ان الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارات التعاقد غموضا لا يتيح زواله اما في عقود الاذعان فان الغموض يجب ان يؤدي الى تفسير الشرط الذي يكتنفه بما يحقق مصلحة المتعاقد المذعن سواء كان مدينا في الشرط الغامض او حتى دائنا فالغموض يفسر لمصلحته حتى لو ادى ذلك الى

الاضرار بالمتعاقد الاخر القوي وهذه خصوصية تشريعية قد منحها المشرع للعقود المبرمة عن طريق الإذعان فعلى فرض وجود الطرف المذعن بمركز دائن فان الشك والغموض الذي يتولد لدى القضاء من الايهام والتناقض او عدم التوافق او خلل في الصياغة بين الشروط يفترض ان يكون لمصلحة الطرف المذعن [٢٦٩].

إن الحماية التي قررها المشرع للمذعن لا تقف عن رقابة القضاء للشروط التعسفية بتعديلها أو إلغائها بما يعيد العدالة بين المتعاقدين بل إن القانون قد أضاف تدبيراً جديداً يمثل مصداً قضائياً لحماية الطرف المذعن يتمثل بتفسير الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ويقول الدكتور سليمان مرقس: ( إن المشرع قد خص عقود الاذعان بمزية أخرى خرج بها على القاعدة العامة في تفسير العقود وهي تقضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين' فلا يمكن للطرف القوي أن يستفيد من غموض الشروط التي وضعها هو حتى وإن كان مدينا ..... أي أن الشك في عقود الاذعان يجب أن يفسر لمصلحة المذعن دائنا كان أو مدينا) [٢٧٠] . وبهذا الصدد يقول احد الفقهاء: ( أما إذا كان العقد من عقود الإذعان فإن الإرادة المشتركة تكاد تختفي تماما حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه ولذلك المشرع تحقيقا للعدالة أن يفسر غموض عبارة العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا).[٢٧١] ويمكن القول إن العقود المصرفية هي من أكثر العقود التي يحدث فيها تناقض الشروط أو غموضها أو نقصها بسبب ادماج محرري تلك العقود بين الجوانب الفنية التقنية للخدمة المصرفية المطلوبة مع الشروط القانونية الأخرى أو استخدام مصطلحات فنية خاصة بالمجال المصرفي قد يدق فهمها على المتعاقدين البسطاء غير المتخصصين وهم الأعم الأغلب [٢٧٢] . فالعمليات المصرفية لها صبغة فنية دقيقة كونها تنظم موضوعا فنيا خاصا لذلك فإن القواعد المنظمة لعمليات المصارف تصل أحيانا إلى تنظيم التفصيلات لا تقتصر على الأصول كما تستخدم ألفاظا ومصطلحات قد استقرت في العمل المصرفي على معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي ويبدو ذلك خاصة في مواضيع الاعتمادات المصرفية[٢٧٣].

## الفرع الثاني

## الوسائل القضائية لحماية الطرف المذعن في العمليات المصرفية

إن التفاوت الاقتصادي بين مركز المصرف وبين مصرف العميل وانفراد الطرف الأول القوي بوضع شروط العقد أمرا ليس في الوسع تجاهله أو غض الطرف عنه وقد أبدع المشرع سواء في القانون المدني أو في قانون حماية المستهلك أو قانون المنافسة و منع الاحتكار أو في تعليمات بالبنك المركزي العراقي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة بينه وبين المصرف كي لا يكون ضحية هيمنة وتسلط الطرف القوي وحاجة وضعف الطرف الضعيف، الأمر الذي يجعله خاضعا للشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المصرفية، وتبدو الحاجة إلى الحماية واضحة في هيمنة بعض المصارف وتمتعها باحتكار قانوني أو فعلي مما يجعل مجال المنافسة محدود النطاق بين عدد قليل من المصارف الأمر الذي يحتم على القضاء أن يقوم بدوره وبما سمح له المشرع وبما زوده من أدوات قضائية لنجدة وحماية الطرف الضعيف كما نحاول بيانه على النحو الاتي:-

أولا: سلطة القاضي بتعديل الشروط التعسفية: لقد اجاز المشرع الى القضاء استعمال صلاحياته التشريعية في تعديل او الغاء الشروط التعسفية الواردة في العقود التي نظمت بطريق الاذعان فقد نصت المادة ١٦٧ مدني عراقي على ذلك وقد توجه المشرع تحت تأثير تطور المذاهب الاجتماعية التي قيدت من هيمنة مبدا سلطان الارادة وجعل القانون ذا هدف اجتماعي يعمل منظومة اجتماعية تهدف الى حماية الاطراف الضعيفة من هيمنة الاطراف القوية ذات المراكز الاقتصادية المتسلطة. لقد نصت المادة ١٦٧/ثانياً من القانون المدني العراقي على العدالة كمعيار اساسي لتعديل الشروط التعسفية التي ترد في العقود المصرفية أو اعفاء الطرف المذعن منها.

أن المشرع قد منح للقاضي سلطة التعديل ولكنه لم يحدد الوسائل التي يتبعها في هذا الشأن لذلك كانت العبارة فيها شيء من العمومية (.....وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة) ، فيرى جانبا من الفقه أن معيار العدالة ينطوي على جنبة أخلاقية تهدف الى تحقيق المساواة بين

الافراد بالشكل الذي يحقق التوازن التعاقدي فيما بين طرفي العقد من خلال تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان [٢٧٤].

فالعدالة يجب أن تسود مراحل العقد كافة بدأً من المفاوضات مروراً بمرحلة تكوين العقد وانتهاءً بالتنفيذ وما ينشأ عنه ويترتب عليه ولذلك إن تدخل القاضي لإيجاد العدالة في هذه المراحل يحقق مقصود المشرع ويخفف من جمود القانون ويسد ثغراته التي قد توجد بين الفينة والأخرى، ويقول الفقيه جونو في هذا الصدد( عند تغييب الإرادة الشخصية أو تكون مشكوكة في أمرها يبحث القاضي عند العدل الموضوعي فهو ليس جهازاً يسجل الكلمات ولكنه مثل المشرع في هذا الصدد يضع الوسيلة الفعالة لتطبيق القانون)[٢٧٥] .وبالتالي إن معيار العدالة يصلح أساساً يستدل به القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه كما جاء في المادة ١٦٧ مدني وكما هو واضح من نص المادة أعلاه إن الحماية التشريعية يقررها القانون هي آمرة أي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها وكل ما من شأنه تعطيلها يكون باطلاً لمخالفته النظام العام.

إن العقود النموذجية المصرفية تتضمن شروطاً يمكن القول أن أغلبها يصب في مصلحة المصرف فعلى سبيل المثال نص نموذج عقد إصدار خطاب ضمان صادر من مصرف الرافدين في فقرته الرابعة( رقم٤) ( للضامن المصرف أن يغير سعر الفائدة .....) وكذلك في الفقرة الثامنة من نموذج عقد قرض الإسكان الصادر من مصرف الرافدين( عند وفاة المقترض يصبح القرض مستحق الاداء ويجب تسديده بالكامل من قبل الورثة.....) وكذلك الفقرة الثانية من نموذج عقد التسليف الصادر من مصرف الرافدين( يتحمل الطرف الثاني الفائدة التأخيرية التي يحددها الطرف الاول – المصرف- على المبالغ المتاخرة.....)[٢٧٦] وفي الواقع إن هذه النماذج من فقرات بعض العقود المصرفية قد تنطوي بعضها على جوانب تعسفية كونها قد وضعت لمصلحة المصرف ولا تقبل المفاوضة والمساومة كونها من عقود الإذعان[٢٧٧] . وهنا يجب على القاضي أن يعمل على موازنة الالتزامات العقدية بين الطرفين الناتجة من التفاوت الاقتصادي والقانوني بينهما الموازنة تكون بتعديل تلك الشروط بما يضمن تحقيق المساواة دون الإضرار

بمصالح الطرفين وإذا أردنا أن نجد المبرر المنطقي المعقول فضلاً عن رغبة المشرع وتوجهه في حماية الطرف الضعيف في العمليات المصرفية يمكن أن تكون وفق الآتي:

أ- انعدام المصلحة في الالتزام المصرفي المفروض على الطرف الضعيف: فقد يلجأ الطرف المتفوق اقتصادياً وقانونياً وغيرها إلى فرض التزامات على العميل من أجل تقديم التسهيلات المصرفية المطلوبة لكن بنفس الوقت إن هذا الشرط لا يمثل مصلحة للطرف الضعيف إن لم نقل التزاماً غير موصف يسبب زيادة في أعباء العميل لمصلحة الطرف القوي وبالتالي يجب على القاضي أن يعيد الكفة التعاقدية إلى نصابها العادل من خلال تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

ب- حسن نية الطرف الضعيف: إن التعاملات المصرفية لاسيما العلاقة الخاصة بين مانح الائتمان وطالبه تتميز بأنها قائمة على حسن النية والثقة المتبادلة وبالتالي إذا كان المتعامل وإن كان طرفاً ضعيفاً في العلاقة المصرفية إلا أنه غير حسن النية فيفترض عدم استفادته من الحماية المقررة بموجب المادة١٦٧ مدني بخلاف ما إذا كان حسن النية.

ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي : إن المادة ١٦٧ مدني بفقرتها الثانية قد أجازت للمحكمة تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان إلا أنها في نفس الوقت قد أجازت لها الإعفاء من تلك الشروط. في بعض الأحيان القاضي يجد نفسه وقد صعب عليه أمر تعديل أحد الشروط التعسفية الموجودة في العقد لرتباطه بفقرات أخرى وبالتالي يصبح من العسير التعديل طبقا لمنهج العدالة في تحقيق سلطة القاضي لذلك يعمد الأخير إلى إعفاء الطرف المذعن منها وتدخل القاضي مرهون بوجود التعسف أما إذا لم يكن هنالك تعسفا فلا يوجب على القاضي التدخل بالتعديل أو الإعفاء، وبهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز العراقية: ( إذا كان في عقد الإذعان شرطا لا يعد تعسفيا فلا يستوجب الإعفاء منه عملا بالمادة ١٦٧ مدني)[٢٧٨]، فيجوز للقاضي أن يتدخل في ظروف خاصة لتعديل العقد كمنحه أجلا للمدين دون أن يمس جوهر الالتزام كما في المهلة القضائية كما يمكن له أن يتدخل بتعديل أحد شروط العقد كالشرط

الجزائي. ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي إن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن وهو حكم خطر خص به المشرع عقود الإذعان وخول بمقتضاه القاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إهدارها اذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر وذلك لأنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية أعمال حكم القانون فيها[٢٧٩]. ويرى الفقه إن ما تضمنه نص المادة المتعلقة بعقود الإذعان يمثل احدى الحالات البارزة في القوانين العربية الحديثة التي أعطت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية بالتفسير فإذا بان للقاضي أن عقد الإذعان يشتمل على شرط تعسفي كان له بمقتضى ذلك أن يعدّل الشرط لإزالة ما فيه من تعسف وله كذلك أن يعفي الطرف المذعن منه وليس هنالك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة[٢٨٠].

لذلك أصبح تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمرا مألوفا لتحقيق هدفين: الأول يهدف المشرع من تخويل القاضي سلطة تعديل العقد تجنب عدم العدالة التي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد، فعدم العادلة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنا عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد. اما الهدف الثاني، فكما إن تعديل العقد يقصد به تحقيق المصلحة العامة فقد يتدخل المشرع لخفض الاداءات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت، ويراد إعادة التوازن بين المتعاقدين ولكن أيضا لان المشرع يهدف من تخفيض الأسعار تحيق سياسة محاربة الانكماش. أما سلطة الإلغاء فتتمثل في رقابة القاضي على إلغاء الشرط التعسفي فهو سلاح مهم في يد القاضي يستطيع بموجبه إذا ما تبين له وجود شرط تعسفي أن يعطله ويعفي الطرف المذعن منه[٢٨١]، كما لو كان الشرط متمثلا في الإعفاء من المسؤولية. وعلى الرغم من هذه السلطة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد ما دام متفقا

مع النظام العام والآداب وإنما تنحصر سلطته في التعديل أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة.

اما بالنسبة الى الحماية التي قررها النظام الأمريكي للطرف الضعيف، فان المنهج الذي اعتمده المشرع الامريكي في القسم ( UUC. §. 2-302. Unconscionable contract or Clause ) من اجل معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان يشترك في بعض جوانبه ويختلف في اخرى عن معالجة الفقه القانوني للبلدان العربية ومنهم العراق لتلك الشروط ، فالمشرع الامريكي قد انتهج منهج يسمى ب ( Unconscionability doctrine[282]) عدم المعقولية او عدم المقبولية، هذا المنهج يستطيع القاضي من خلاله ابطال الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود النموذجية ( الإذعان )، المحاكم الامريكية تتعامل مع عقد الإذعان اما بابطال العقد كله او بابطال الشرط او تعديله فقط حسب الشروط التي تضمنها العقد كشروط الجائرة او غير الواضحة او غير العادلة او غير المنسجمة مع التشريعات النافذة لاسيما التجارية او الشروط المطبوعة بشكل غامش او خفي او التي تعفي الطرف القوي من المسؤولية وغيرها التي تخالف السياسة العامة. [٢٨٣]

ان منهج عدم المعقولية (Unconscionability) بالتعامل مع العقود النموذجية ومنها عقد الإذعان قد قدم اول مرة في قضية ( Williams V. Walker- Thomas Furniture Co.) من خلال الفقيه Arthur Leff الذي اعتبر ان هناك عدم معقولية تخص عقود الإذعان من اجل فرض مزيد من الحماية للاطراف الضعيفة هذه عدم المعقولية تتأتى من غياب الاختيار المعقول للتعاقد ووجود الشروط غير المنطقية، نتيجة لذلك فقد قسم الفقيه Leff عدم المعقولية الى قسمين الاول يختص بالالية التعقدية غير المعقولة والتي تتركز حول عدم وجود تفاوض ومساومة بين طرفي العقد وسمى هذا النوع ب (Procedural Unconscionability ) والقسم الاخر حول ينظر الى عدالة ومعقولية الشروط التي تتضمنها تلك العقود وسمي هذا النوع ب ( Substantive Unconscionability). [٢٨٤]

اما التدخل القضائي فالمنهج الامريكي لا يختلف كثيرا عما موجود في محاكمنا من خلال تفسير الشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن[٢٨٥] وليس وفقا لمصلحة الطرف الذي صاغ عبارات وشروط العقد على اعتبار انه عقد نموذجي معد سلفا ولم يقبل المفاوضة. [٢٨٦] ان التدخل القضائي في تفسير العقود هو من اجل معالجة عدم التوازن التفاوضي بين طرفي عقد الإذعان بشكل لا ينتقص من الحرية التعاقدية ولا يؤدي الى حرية الإذعان لحماية الطرف الضعيف.[٢٨٧]

## الخـــــاتـــمـــــــــة

في خاتمة بحثنا قد توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نورد اهمها على النحو الاتي:

**أولا: الاستنتاجات :-**

١- لقد بينت الدراسة إن التنمية الصناعية التي قادتها الشركات الكبرى قد جعلت الأفراد يقبلون التعاقد بشروط مجحفة، هذه الآلية في التعاقد قد حولت طبيعة العقد من وسيلة للتفاوض والمساومة إلى نظام قانوني تتحكم به إرادة منفردة وبتأثير اقتصادي وبالتالي أضحت الحرية الاقتصادية أقوى أثراً من الحرية التعاقدية والقطاع المصرفي لم يكن بمنأى من هذه التقلبات والتحولات ، فالعمليات المصرفية عموماً تعتمد صيغ تعاقدية خاصة مطبوعة ومعدة سلفاً تنطوي على شروط قد تم دراستها بعناية لتصب بمصلحة المصرف، هذه الآلية بالتعاقد أجبرت الطرف الضعيف بالتسليم والإذعان لتلك الشروط دون قراءتها بتمعن فضلاً عن مناقشتها مع المصرف الذي لا يقبل التعديل أو التغيير. إن المنازلة التي قادها أنصار الفقه الاجتماعي لحماية الطرف الضعيف في بدايات القرن العشرين أسهمت بتبني العديد من المشرعين لخطوات تعيد العقد إلى توازنه المنشود وتحمي الأطرف الضعيفة من الشروط التعسفية في تلك العقود الموصوفة بالإذعان.

٢- اوضح البحث ان الفقه القانوني لم يذهب بعيداً حينما غير معنى المصطلح ( adhesion ) الذ اورده الفقيه ( سالي ) من الانضمام إلى الإذعان، فقد بينت الدراسة العديد من الحقائق اللغوية من جهة، والفوارق الموضوعية بين المصطلحين من جهة أخرى.

٣- لقد عرضت الدراسة تعريفات عدد من الفقهاء لبيان مفهوم عقد الإذعان منطلقين من تصورات مختلفة. وبعد مناقشة مستفيضة ، وعلى الرغم من عدم ذكر خاصية الشرط التعسفي، فقد رجح البحث ما قدمه الدكتور فرج الصدة من تعريفا قد جمع بين طبيعة العقد و خصائصه الأساسية. وبنفس الوقت فإن الإرباك الذي ساد الفقه في تعريف عقد

الإذعان قد انعكس أيضاً على إمكانية التشريع و القضاء بصياغة تعريف لهذا العقد، فقد بين البحث ان القضاء العراقي وعلى الرغم من استعماله لمصطلح الإذعان في العديد من الأحكام القضائية المتعلقة وبشكل مبكر إلا إنه من الصعوبة بمكان القول إنه قد أوجد أو صاغ مفهوما محددا لعقد الإذعان.

٤- لقد تبنى البحث الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم الإذعان و أظهر ان عقود الإذعان تتمحور حول وجود أو عدم وجود الشروط التعسفية، فمتى ما وجدت تلك الشروط، توافرت صفة الإذعان التي تستلزم الحماية، وهو مفهوما موسع لضمان حماية اكبر للمستهلكين. وقد بينت الدراسة ان هذا الاتجاه في توسعة مفهوم الإذعان ينسجم مع فكرة البحث الأساسية في اعتبار العقود التي تطرحها المصارف - في الكثير منها- هي من عقود ألاذعان لانطوائها على شروط تعسفية . فالعمليات المصرفية – من الناحية النظرية- لا يمكن وصف القائمين بها بالمحتكرين لكن هذا لا يعفيها من وصف الإذعان متى ما توافرت على شروط تعسفية .

٥- لقد بينت الدراسة ان عقود الإذعان تتضمن خصائص تميزها من العقود الأخرى، بعضها يتعلق بآلية انعقاد وتكوين العقد، والبعض الآخر يتعلق بالجوانب الفنية الخاصة لمحل العقد وآثاره، هذه الخصائص لها من الأهمية في تحديد الملامح الخاصة لعقد الإذعان التي تضع الخط الفاصل بينه وبين باقي الآليات التعاقدية، وقد قارب البحث بين تلك الخصائص وخصائص العمليات المصرفية فتبين وجد تشابه معتد به.

٦- لقد تبنت الدراسة فكرة إن توافر الشروط التعسفية في عقود الإذعان – ومنها العمليات المصرفية- تعتبر من أهم خواصه ومميزاته، فبدون هذه الشروط مع تحقق كل الخصائص السابقة لا يستلزم أن يكون العقد متضمنا لصفة إلاذعان. نعم، أن الإذعان هي طريقة للتعاقد تكون منحصرة بالقبول الاضطراري لكن لا يمكن توافر صفته التي تستلزم الحماية القانونية للطرف الضعيف مالم تتوافر الشروط التعسفية، وبالتالي من الممكن أن تكون العقود نموذجية ومعدة سلفاً ولا تقبل المناقشة لكنها قد لا تنطوي على

صفة ألاذعان لعدم توافر الشرط التعسفي. لقد أوضح البحث إن هذه الخاصية هي تجسيد للرغبة التشريعية الحديثة في تحقيق مزيداً من الحماية للطرف المذعن.

٧- تبيانا الى ما ورد في النقطة أعلاه، لقد حاول البحث برهنة ان الاحتكار – العنصر الجوهري في مفهوم الإذعان التقليدي- ليس مقصوداً لذاته بل لما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة منفردة دون أن يقبل المناقشة أو التعديل، وبالتالي إن الأساس هو فرض الشروط ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الفرض ناتج من احتكار السلع والخدمات أو نتيجة لأمر آخر. فالاحتكار لوحده ليس بالضرورة ان يؤدي إلى الإذعان مالم يتضمن شروطاً تعسفية. من جهة أخرى، إن انعدام المفاوضات والمناقشات حول شروط العقد- لو دققنا النظر- لا يمثل العنصر الأساس الذي يجعل من العقد إذعاناً ، فالمحلات الكبرى التي تعرض بضاعتها لا تقبل المناقشة أو المفاوضة لكنها لا تنطوي على شروط تعسفية، وبالتالي لا يمكن وصف عقودها بالإذعان مما يدل على إن عدم المفاوضات ليس هو السبب الجوهري بل لوجود الشروط التعسفية.

٨- لقد بينت الدراسة وجود تقصير تشريعي لما يتعلق بتحديد مفهوم الشروط التعسفية وتوضيح المعيار المميز لها. لذلك عمد اغلب المشرعين الى تجاوز هذا التقصير من خلال السير بركب التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك والاطراف المذعنة لتجاوز مسألة عدم كفاية القواعد العامة في القانون المدني من خلال إصدار قوانين حماية المستهلك، ومنهم المشرع العراقي، بيد أن قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ قد خلى هو الأخر من النصوص القانونية المنظمة لمفهوم الشروط التعسفية .

٩- لقد عمل البحث على تأصيل فكرة اختلال التوازن العقدي في العمليات المصرفية من خلال بيان صوره وأسبابه ومظاهره وانعكاساتها على صيرورة العقد المصرفي من عقود الإذعان . لقد ركزت الدراسة على تأصيل فكرة الإخلال الظاهر بالالتزامات العقدية باتجاهات مختلفة، يرتكز البعض منها على أسس أخلاقية ومبدأ حسن النية في تنفيذ

العقود و البعض الآخر على أسس اقتصادية، واتجاه جمع بين الرأيين السابقين بالقول إن مبدأ الاختلال بالتوازن العقدي له بعدين قانوني واقتصادي في آن واحد.

١٠- كشفت الدراسة إن العمليات المصرفية بما تتضمنه من شروط قد تكون تعسفية تمثل ابرز صور اختلال التكافؤ التعاقدي بين طرفي العلاقة، فالمصرف بما يملك من هيمنة تقنية واقتصادية وقانونية والمستهلك بما يحمله من حاجة ملحة ، هذه المعادلة ستنتج أثارا يكون ضحيتها العميل المستهلك، وتمكن المصرف من الحصول على ميزة مفرطة واستغلال اقتصادي لحاجة المستهلك لذلك كان الأحرى بالمشرع العراقي أن يعالج موضوع الشروط التعسفية في العقود المصرفية للتغطية على عدم وجود معالجة واضحة لها سواء في القانون المدني او في قانون حماية المستهلك.

١١- لقد حاولت الدراسة اثبات الصفة الاحتكارية في عمل المصارف من خلال بيان المفهوم القانوني للمصرف استنادا الى قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ و قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة٢٠٠٤ والملاحظ إنهما ركزا على أن المصرف يكون المخول الوحيد في مباشرة الأعمال المصرفية و لا يجوز لأحد استخدام كلمة مصرف أو مشتقاتها دون الحصول على ترخيص أو تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي. لقد بين البحث ان الترخيص الممنوح للمصارف بممارسة العمليات المصرفية يمثل قيدا قانونيا، وهذا القيد او الحصر القانوني يمثل - بدرجة من الدرجات- احتكارا قانونيا بتقديم الخدمات المصرفية. اضافة الى ذلك، فقد بينت الدراسة إن الخدمات المصرفية في العراق لاسيما الإلكترونية محصورة بمصرف أو اثنين من الناحية الواقعية، وهذا ما يجعل المصرف محتكرا فعليا ايضا اضافة الى صعوبات الترخيص الذي يمكن ان يجعله محتكار قانونيا. من جهة اخرى، قربت الدراسة من انطباق وصف المجهز على عمل المصارف طبقا لقانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في المادة الأولى/٦ ، وإن تحقق وصف المجهز على المصرف استلزم توفير الحماية

القانونية للمتعاملين معه وفقا لقواعد القانون المدني وقانون حماية المستهلك لاسيما فيما يتعلق بالعقود التي تنطوي على شروط تعسفية تقود الى الإذعان.

١٢- لقد بين البحث إن إذعان القابل لشروط الموجب لا يضر بشرعية تكوين العقد فهو قبول لا ينعقد العقد بدونه الا انه ليس حرا بل هو مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر، والأمر ذاته يحدث في العمليات المصرفية فالقابل ليس حرا في انضمامه لا يجاب المصرف بل مضطرا ومذعنا لشروطه من أجل الحصول على الخدمة المصرفية والتسهيلات الائتمانية التي تكاد تكون مقيدة ومنحصرة لدى بعض المصارف لاسيما الخدمات المصرفية الحديثة ذات الطابع الإلكتروني.

١٣- لقد استعرضت الدراسة دور عيوب الرضا في إحداث خلل في التوازن التعاقدي لاسيما في مجال العمليات المصرفية ووجدت انه لا يوجد ما يمنع نظريا من تحققها وبالتالي إن من اهم أسباب اختلال التوازن العقدي وانعدام التكافؤ بين حقوق والتزامات اطراف العقد المصرفي قد تجد مظانها في حدوث حالات الإكراه أو الغلط أو تحقق غبن للمتعاقد الضعيف سواء كان الغبن نتيجة التغرير (التدليس) أو الاستغلال لقلة خبرته.

١٤- لقد بينت الدراسة ان هناك التزامات قانونية على المصرف ان اتخذت قد تبعد المستهلك من ان يكون طرفا ضعيفا ومذعنا في علاقته التعاقدية المصرفية. البحث اوضح تلك الالتزامات ابتداءا من مرحلة تكوين العقد التدريجي التي يمكن ان تبدأ من الاعلان المصرفي في ان يكون واضحا، وأن لا يكون خادعا أو مظللا ، وكذلك التزام المصرف بان يعلم ويبصر المستهلك العميل بالجوانب والآثار القانونية التي تترتب على دخوله بعملية تعاقدية. فلقد اوضحت الدراسة إن افضاء المصرف للمستهلك بالبيانات المهمة في المرحلة السابقة للتعاقد له دور هام في حماية إرادته.

١٥- لقد اوضح البحث إن المهنة المصرفية تدخل المصارف في دائرة ما يسمى بالمسؤولية المهنية التي تؤدي إلى التشدد على المؤسسات التي تقع ضمن هذا الوصف بالتزاماتها وبمعيار مساءلتها من خلال مراعاة مصالح العملاء ، فعملية الائتمان عادة ما

تقوم على الاعتبار الشخصي ولذلك فانه يقع على المصارف واجبا يتمثل باتخاذ الإجراءات الحيطة والحذر خلال مرحلة التعاقد وما قبلها فأثناء مرحلة تكوين العقد يقع على عاتق المصرف الالتزام بإعلام وتبصير العميل بكل ما هو متعلق بالعملية الائتمانية المطلوبة .

١٦- لقد اوضحت الدراسة ان المشرع العراقي كان لديه فرصة في تثبيت حق التروي ومنح مهلة تفكير للمستهلك وكذلك حق العدول في قانون حماية المستهلك قبل إبرام التعاقدات المصرفية، اسوة بباقي التشريعات الحديثة الا انه لم يبين ذلك ويثبت تلك الحقوق بشكل واضح .

١٧- اوضحت الدراسة ان المشرع العراقي في القانون المدني قد منح القضاء سلطة تقديرية واسعة يستطيع من خلالها وبدافع الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الاذعان المتضمنة للشروط التعسفية ان يلغي او يعدل من تلك الشروط كما ورد في المادة ٢/١٦٧ مدني عراقي، وبنفس السياق فقد الزم القضاء وحسب نص المادة ٣/١٦٧ بان يفسر الشك ان وجد في العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا او مدينا. ومن ابرز مصاديق تلك الشروط قد نجدها في عقود العمليات المصرفية وبالتالي يمكن للقضاء ان يمارس دوره في حماية الاطراف الضعيفة بالاستناد الى تلك النصوص. ان خضوع الطرف المذعن وعدم السماح له بمناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في العقود وبالتالي فان التوازن قد اختل قبل تدخل القاضي الذي سياتي دوره لاعادة ما اختل من توازن الى وضعه الطبيعي من خلال رفع الشرط التعسفي

**ثانيا: التوصيات :**

١- معالجة القصور التشريعي لما يخص تحديد المفهوم القانوني للشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك الذي خلى من الاشارة الى تلك الشروط واثارها في العقود.

٢- تفعيل محكمة حماية المستهلك التي اشار اليها قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ( ١٤ ) لسنة ٢٠١٠ في المادة الخامسة عشر، فقد اشار القانون الى مسؤولية مجلس القضاء

الاعلى في انشاء محكمة للنظر بالمنازعات الناشئة عن حماية المستهلك لكن لحد الان لم تفعل المحكمة.

٣- معالجة موضوع الاعلان المصرفي الخادع والمضلل باحكام تفصيلية سواء في القوانين والتعليمات المتعلقة بالقطاع المصرفي او في قوانين حماية المستهلك.

٤- ضرورة المعالجة التشريعية لحق المستهلك او العميل في الرجوع عن التعاقد المصرفي خلال مدة معينة تحقيقا لحقه في التفكير والعدول حماية له من الدخول بمعاملة تعاقدية غير متوازنة.

٥- حث السلطة القضائية على ضرورة تبني المفهوم الموسع للاذعان – طبقا للقواعد العامة في القانون المدني -الذي يستند الى فرض المصارف لشروط تعسفية غير قابلة للمناقشة والمفاوضة، هذا المفهوم سينعكس ايجابا على تعزيز الحماية القضائية للطرف المذعن.

٦- التشدد في مساءلة المصارف طبقا لمفهوم المسؤولية المهنية عند خضوع العميل للدخول بعلاقة عقدية فاقدة للعدالة التبادلية المفترضة في العقود.

## الهوامش

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٨٠.

[2]- Friedrich Kessler, The Contracts of Adhesion- Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions, Columbia Law Review, Vol. 43, 1943, p. 631.

[3]- Friedrich Kessler, مصدر سابق, ص ٦٣٢.

[4]- Mo Zhang, Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy, Akron Law Review, Vol. 41, 2007 p 17.

[5]- لقد ذكر الفقيه ( كايوس Gaius) ان احد المتعاقدين قد خسر دعواه كونه ذكر كلمة ( اشجار) بدلا من ( كروم) للتعبير عن ما قام به احد الأشخاص بقطع كرومه. ينظر د. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها- الجزء الثاني، دمشق، مكتبة الشرق ومطبعتها، ١٩٦٣ ، ص ٦٣-٦٤.

[6]- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني ، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٥٩، ص ٤٠٧.

[7]- يمتد العصر الامبراطوري ( العلمي) والذي يمثل اخر عصور الامبراطورية الرومانية من عام (١٣٠ ) قبل الميلاد حتى عام ( ٢٨٤) بعد الميلاد، انظر: توفيق حسن فرج، القانون الروماني،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٦٦.

[8]- تشير مدونة جستنيان إلى إن أول ظهور لكلمة العقد في مؤلفات الرومان وردت من قبل الفقيه ( لابيوكا ) في العصر أعلاه، وكانت تعبر عنها بعض الاتفاقات المتبادلة والتي تؤدي إلى أن يصبح الفرد دائناً والآخر مدينا. انظر صبيح مسكوني، القانون الروماني، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧١، ص ٢٣١. هذه الاتفاقات كانت تمثل الانطلاقة نحو الرضائية في العقود والتي تجسدت في أربعة عقود هي البيع والإجارة والشركة والوكالة ومع ذلك فإن فكرة العقد القائمة على حرية الإرادة في إنشاء الالتزامات لم تكن واضحة في القانون الروماني بشكل كاف كما هي عليه ضمن مبدأ سلطان الإرادة. ينظر جاك غستان، المطول في القانون المدني- تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٧. انظر ايضا: عبد المجيد الحفناوي، دراسات في القانون الروماني، بيروت، ١٩٨٦، ص ٤٩ وما بعدها.

[9]-لقد أشار فقهاء القرن الثامن عشر ومنهم الفقيه (Goust) إلى أن مفهوم سلطان الإرادة يعتمد على ثلاثة مبادئ أساسية هي ١- الحرية التعاقدية: إن أساس القوة الملزمة للعقد هي الإرادة وهي التي تحقق العدالة بين طرفي العقد بالضرورة، لذلك يجب على المشرع أن يفسح المجال لهذه الإرادة لإنشاء العقود وتحديد مساراتها. أما فيما يخص الشكلية المطلوبة لإنشاء العقود، فليس هنالك حسب مفهوم سلطان الإرادة الذي يعتبر الرضائية من أهم

مقوماته أي شكل مفروض لصحة العقد فلا تكون للإرادة حرية التعاقد إذا كانت تخضع لشكلية ما. ٢- القوة الإلزامية للعقد: فطالما إن العقد يجد ذاته في إرادة الطرفين وهذه الإرادة المشتركة هي من أنشأته فبالتالي يجب على الجميع احترامها ولا يجوز تعديل بنود العقد أو إلغاء أحدها إلا باتفاق أطرافه. ٣- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، أي أن الأثر القانوني للعقد يقتصر على طرفيه ولا يمتد إلى غيرهم. انظر عامر رحمون، عقد الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة، اطروحة ماجستير، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة، ٢٠١٣، ص ٣٥. انظر ايضا: جاك غستان، المصدر السابق، ص ٥٣-٥٥

[10]- جاك غستان، المصدر السابق، ص ٤٧.

[11]- د. عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الاذعان في القانون المصري- دراسة فقهية وقضائية مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، كلية الحقوق، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦، ص ١٣.

[12]- جاك غستان، المصدر السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

[13]- عامر رحمون، مصدر سابق، ص ٣٥-٣٦ .

[14]- محمد ابراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الاذعان، بحث مقدم في ندوة ( حماية المستهلك في الشريعة والقانون ) التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات، ١٩٩٨، ص ٤.

[15]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص١٨.

[16]- Mo Zhang, op. cit. , 4.

[17]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،١٩٩٠، ص ١٥.

[18]- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام- نظرية العقد، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، بلا تاريخ، ص ٥١.

[19]- لعشب محفوظ بن حامد، مصدر سابق، ص ١١. انظر أيضا: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ١٩ وما بعدها.

[20]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٦ وما بعدها.

[21]- جاك غستان، مصدر سابق، ص ١٣٨.

[22]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢، ص ١٤٦.

[23]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ١٨.

[24]- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ٧٣.

[25] - د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ٧٣-٧٤.

[26]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

[27]- ان اول من انتبه لهذا النقد هو الفقيه ( ديريه ) حيث ذكر في مقال نشره في مجلة القانون المدني سنة ١٩١٠ بان الانضمام هو الية وليس عقد بذاته وعلى الرغم من ان المصطلح الذي اورده الفقيه ( سالي Saleilles) لم يمض عليه اكثر من ٩ سنوات الا انه رسخ في ذهنية الباحثين واكتسب قوة العادة. انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٧٧-٧٨ .

[28]- يعبر عن هذه العقود في اللغة الانكليزية بانها عقود ( take it or leave it اي خذها كما هي او اتركها ) تعبيرا عن عدم جواز المفاوضة والمساومة.

[29] - د. رفيق يونس المصري، الخطر والتامين، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، ٢٠٠١، ص ٧٩-٨١.

[30] - وقد استقرت تسمية عقود الإذعان في الفقه القانوني العربي وانعكس أثرها في تبني أغلب التشريعات المدنية في البلدان العربية لتلك التسمية.

[31] - Friedrich Kessler, op. cit., ص ٦٣٢.

[32] -Vera Bolger, The Contract of Adhesion- A Comparison of Theory and Practice, The American Journal of Comparative Law , Vol. 20, 1972, p 54.

[33] - Friedrich Kessler, op. cit. , ص ٦٣٢.

[34]- Ana Luisa Goncalves Novais, standard terms and contractual justice, Master's Dissertation in European and Transnational Business Law, The University of Minho, Portugal , 2016, p. 17.

[35]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٧١.

[36]- جاك غستان، مصدر سابق، ص ٩٦.

[37]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٧٢.

[38]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٧٣.

[39]- جاك غستان، مصدر سابق، ص ٩٦-٩٧.

[40]- Vera Bolger, op. cit., p 53.

[41] - J. W. Looney and Anita K. Poole, Adhesion Contracts, Bad Faith and Economically Faulty Contracts, Drake Journal of Agricultural Law, Vol. 4, 1999, P 179.

[42]- Friedrich Kessler, op. cit., ص ٦٣٣.

[43]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٤٤.

[44]- وبشكل لا يختلف عما تفضل به الدكتور السنهوري، فقد عرف احد الفقهاء عقد الإذعان بأنه: (أما عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه كله). كما هو واضح فالتعريف أعلاه مشابه لتعريف السنهوري وتركيزه على إبرام العقد دون مناقشة أو مفاوضات، وإن ما يلاحظ على التعريف عدم تمييزه بين الإذعان والانضمام والظاهر أن الصورة لم تكن واضحة تماما بالشكل الذي يجعل الباحث يقطع بتبني الإذعان كتسمية مناسبة ومنسجمة مع واقع الحال . د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الاول، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٥٢، ص ٢٧.

[45]- د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ١٦٠.

[46]- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، الجزء الاول، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص ٨٢-٨٣.

[47]- وبالسياق نفسه عرف الدكتور سليمان مرقس عقد الإذعان :(مع إن الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم اثارها، فان بعض الظروف قد تضطر اشخاصا معينين الى إبرام نوع معين من العقود دون ان يكون لهم اختيار في ابرامه او عدمه او في ترتيب اثاره بشكل او باخر) ، وعلى الرغم من عدم وجود مفهوم محدد فيما بينه مرقس وإن ما طرحه هو أقرب إلى شرح آلية التعاقد وعدم وجود دور لإرادة القابل المذعن في تكوين العقد إلا أنه أضاف عنصرا مهما ، هو اضطرار المذعنين لإبرام تلك العقود، وفي الحقيقة هذا الاضطرار ناتج أما من احتكار السلعة أو الخدمة أو محدودية عرضها كما سنرى في موضوع الخصائص. د. سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٢٤.

[48] - ابو زيد رضوان، الوجيز في مبادئ الالتزام، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٧٤.

[49] - عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٠٣. ولم يخالف منهجية التعريفات أعلاه الدكتور عبد المنعم البدراني فقدم تعريفا للاذعان بطريقة الشرح ، فيرى ان عقود المساومة هي العقود التي يملك فيها المتعاقدين حرية مناقشة الشروط كما هو الحال في اغلب العقود الخاصة لكن بفعل التطور الاقتصادي اصبح احد العاقدين يحدد شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة او المساومة ولا يكون امام الطرف الاخر الا الإذعان بالقبول. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٨،ص ١٧٧-١٧٨.

[50]- جاك غستان، مصدر سابق، ٥٨-٦١.

[51]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٧٧.

[52]- Contracts of adhesion are standardized form contracts written by a party with superior bargaining power with the knowledge that they will not be read, and if read will likely not be understood, by the recipients. They are presented to the "adherent" as a "take it or leave it" proposition, giving him no alternatives other than complete adherence to the terms presented or outright rejection. Shelley Smith, Reforming the Law of Adhesion Contracts: A Judicial Response to the Subprime Mortgage Crisis, Lews & Clark Law Review, Paper No. 09-34, 2009, p.1.

[53]- ولم يقتصر الأمر على المشرع العراقي فقد تبعه الأردني في المادة ١٠٤ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة ٧٠ من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥م ، والمادة ١٠١ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ وكذلك المادة ١٥٠ و ٨٩ من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ التي بينت أن العقد إذا تم بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي التدخل لحماية الطرف الضعيف والمذعن وقد انفرد المشرع اللبناني في المادة ٢/١٧٢ بتعريف تضمن الخصائص المميزة لعقد الإذعان من غيره بعقد الموافقة وكما هو واضح فإن المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود لسنة ١٩٣٢م قد فضل استخدام مصطلح الموافقة على الإذعان ذلك لأن دور الطرف المذعن والذي يقبل بشروط العقد لا يتعدى كونه موافقة على مشروع غير قابل للمناقشة أو المساومة فالقبول فيها يستبطن معنى التسليم والرضوخ لتلك الشروط والواضح من المنهج الذي خطته أغلب التشريعات العربية أنها تركز على أمرين الأول يتعلق بصورة القبول الموجودة في هذه العقود والثاني يتعلق بآلية حماية الطرف الضعيف وكيفية تحقيق التوازن العقدي مع التزامات الطرف القوي ويبدوا إن الصعوبة والإرباك التي واجهها الفقه في تعريف عقد الإذعان انعكست على دور المشرع بوضع تعريف له.

[54] Art. 1110. –A standard form contract is one whose general conditions are determined in advance by one of the parties without negotiation. تمت ترجمة النص الفرنسي إلى اللغة الانكليزية من خلال الترجمة الرسمية المتوفر على الموقع التالي http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf

[55] Art. 1171. –Any term of a standard form contract which creates a significant imbalance in the rights and obligations of the parties to the contract is deemed not written. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf

[56]- Andrew Tetley ، Legal Revolution In France – Civil Law Reforms (Or Napoleon's Second Coming) at http://www.mondaq.com/france/x/479332/Civil+Law/Legal+Revolution+In+France+Civil+Law+Reforms+Or+Napoleons+Second+Coming. تمت زيارة الموقع في يوم ٢٠١٨/٧/٩ الساعة السادسة عصرا

[57]-Charles R. Calleros, U.S. Unconscionability And Article 1171 Of The New French Civil Code: Achieving Balance In Statutory Regulation And Judicial Intervention, Georgia Journal Of International And Comparative Law, Vol. 45, 2017, PP. 270-273.

[58]- Mustapha Mekki, France - The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing, Journal of Civil Law Studies, Vol. 10, 2017, pp. 230-243.

[59]- Contracts of adhesion are standardized form contracts written by a party with superior bargaining power with the knowledge that they will not be read, and if read will likely not be understood, by the recipients. They are presented to the "adherent" as a "take it or leave it" proposition, giving him no alternatives other than complete adherence to the terms presented or outright rejection. Shelley Smith, op. cit. , p.1.

[60]- Mo Zhang, op. cit., p 1.

[61]- UUC. §. 2-302. Unconscionable contract or Clause: (1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.
(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

[62]- القرار رقم ٦٦٩/ حقوقية/ ١٩٥٤، نقلا عن د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٨٦

[63]- لعشب محفوظ بن حامد، مصدر سابق، ص ٣١.

[64] - Vera Bolger, op. cit. ,54.

[65]- ((In such a standardized or mass production agreement, with one-sided control of its terms, when the one party has no real bargaining power, the usual contract rules, based on the idea of 'freedom of contract,' cannot be applied rationally. https://openjurist.org/221/f2d/189/siegelman-v-cunard-white-star تمت زيارة الموقع يوم ٢٠١٨/٢/١٧

[66]- العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده ارتباط الإيجاب الصادر بالقبول على الوجه المشروع أما العقد الشكلي هو الذي يحتاج إلى انعقاده شكلية معينة يفرضها القانون بالإضافة إلى الرضا هذه الشكلية عادة ما يفرضها المشرع لتنبيه المتعاقد لخطورة التصرف ولحماية الغير أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة، ص ٣٠. انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٣.

[67]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٤.

[68]- أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣٢. انظر ايضا: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٨.

[69]- العقد التبادلي هو الذي يرتب التزامات على عاتق طرفيه بخلاف العقد الملزم لجانب واحد الذي ينشأ التزامات على أحد طرفيه كعقد الوديعة بلا أجر والكفالة أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣١. انظر ايضا: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٥.

[70]- العقد الفوري هو الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه حتى لو كان التنفيذ يتم على دفعات من حيث تعدد دفعات الثمن كالبيع بالتقسيط أو تسليم المبيع بعد مدة زمنية أما العقد المستمر فهو الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وتقسم هذه العقود إلى عقود مستمرة التنفيذ ويكون الانتفاع بالمعقود عليه ممتداً في الزمن بحكم طبيعته ويقاس الثمن أو الأجر على أساس المدة كعقد الإيجار والعمل أما العقد دوري التنفيذ كعقد التوريد فالمعقود عليه يقاس بالزمن نتيجة لاتفاق الطرفين. أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣٤. انظر ايضا: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٥٤.

[71]- انظر المادة ٢١٧ من القانون التجاري العراقي النافذ.

[72]- اذ يقول الدكتور فرج الصدة( ان خيمة التفوق الاقتصادي تعتبر المميز العام لعقد الإذعان الى الحد الذي جعل بعض الشراح يقرر ان الطابع الوحيد المشترك لعقود الإذعان هو انها تتضمن جميعها التفوق الاقتصادي لاحد المتعاقدين على الاخر). انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٦٣. وكذلك انظر نص المادة ١١٧١ من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ الذي اشار بشكل واضح الى موضوع التفوق الاقتصادي في عقود الإذعان.

[73]- إن الاتجاه الحديث في فرض مزيد من الحماية للمستهلكين في علاقتهم مع المتفوقين اقتصادياً يعمل على توسعة تلك الحماية من خلال عدم حصر وصف الإذعان على الشركات الاحتكارية أو التجار الذين يحتكرون تقديم السلع أو الخدمات فعلياً أو قانونياً بل إن الحماية وصفة الإذعان يجب أن تشمل كل العقود المعدة سلفاً ولا تقبل المناقشة او المساومة والتي تنطوي على شروط تعسفية، وقد ترجم المشرع الفرنسي في المادة ١١١٠ من

التعديل الأخير لسنة ٢٠١٦عملياً في تعديله الأخير هذا الأمر بإيراد تعريف لعقد الإذعان متعلق بالشروط التعسفية المعدة سلفاً أو مسبقاً بغض النظر عن كون الطرف القوي محتكراً أم غير محتكر، لذلك إن وصف الطرف القوي بالمتفوق اقتصادياً أو فنياً أفضل من اقتصار الوصف على المحتكر لاسيما وإن الاحتكار يمثل نتيجة منطقية لوجود التفوق علماً إن أغلب التشريعات العربية لم تنص بشكل صريح على أن الاحتكار يمثل العنصر الرئيس في عقود الإذعان ومنها القانون المدني العراقي في المادة ١٦٧ على الرغم من ذهاب أغلب الأحكام القضائية القديمة إلى ضرورة وجود الاحتكار في تقديم الخدمة. انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٣١- ٢٣٢ .

[74]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

[75]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٣.

[76]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

[77]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٨٣.

[78] - Mo Zhang, op. cit. ,p. 11- 13.

[79]- Edward A. Dauer, Contracts of Adhesion in Light of the Bargain Hypothesis: An Introduction, Akron Law Review, Vol. 5: Iss. 1, 1972, p 10.

[80] - Vera Bolger, op. cit., p.54.

[81] - Vera Bolger, op. cit., pp. 55-56.

[82] - J. W. Looney and Anita K. Poole, op. cit., pp. 179-180.

[83]- د. حسام الدين كامل الاهواني، حماية المستهلك في اطار النظرية العامة للعقد- بحث منشور في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦.

[84]- عبد الفتاح سليمان، المبادئ القضائية في العمل المصرفي،منشأة المعارف، القاهرة، ٢٠١٧، ص ١١.

[85] - J. W. Looney and Anita K. Poole, op. cit., p. 180.

[86]- منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية- دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد ٢٣، العدد ٤، ٢٠١٥، ص ١٦٩٠.

[87] - Andrew Tutt, On the Invalidation of Terms in Contracts of Adhesion, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, issue 2, 2013, p. 447.

[88]- إن هذا المعيار يمكن وصفه بانه معيار شخصي كونه ينصب على تحديد الصفة الخاصة بالمتعاقدين، كما هو تعسف في الموقف المستخدم في إبرام التصرفات القانونية، وليس تعسفا في استخدام الحق، فهنالك اختلاف بين الجهتين، ففي الحالة الأولى استغلال الموقف في فرض شروط تعسفية لإبرام التصرف القانوني في حين في الثانية هو انحراف الوظيفة الاجتماعية المقررة للحق من خلال إساءة استعماله ممن له الحق بالاستعمال.

[89]- ان النظر إلى القوة الاقتصادية بهذه السلبية على إطلاقها أمر يجافي العدالة، ذلك انه من المنطق والعدل التمييز بين مشروعية الاستفادة من القوة الاقتصادية وبين التعسف في استعمالها، وذلك عن طريق وضع معيار واضح للوقوف على الاستعمال العادي والاستعمال التعسفي لها بهدف حماية العلاقات القانونية والتعاملات الاقتصادية.

[90]- احمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢١٥.

[91]- سي الطيب محمد امين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك- دراسة مقارنة، اطروحة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص ٩٦.

[92]- حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد- ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية- دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانيين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٠٨.

[93]- نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الاردني- دراسة مقارنة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩١، ص ٣٩.

[94] - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد – دراسة مقارنة، منشاة المعارف، الاسكندرية، ص ٣٢.

[95] - The 1978 Consumer Protection Law (Law n° 78- 22 of January 10, 1978).

[96] - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر١، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ١٧١.

[97] - نقلا من : احمد محمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢١٥.

[98]- محمد بودالي،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائر- دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٢٩. انظر ايضا: احمد محمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٢١-٢٢٢,٧

[99] - لعجال لامية، حماية المستهلك في معاملات التجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر١- بن يوسف بن خدة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص ٥٥.

[100]- احمد محمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢١٢.

[101]- سليمان البراك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة النهرين- كلية الحقوق، ٢٠٠٢، ص ١٠.

[102]- عامر قاسم احمد القيسي،الحماية القانونية للمستهلك- دراسة في القانون المدني والمقارن،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٤٠.

[103]- احمد محمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

[104]- فياض محمود، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدا حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد ٥٤، ٢٠١٣، ص ٢٣٣.

[105]- السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣٢.

[106]- معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، اطروحة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والسياسة، ٢٠١٥، ص ٣٤.

[107]- عامر قاسم احمد القيسي، مصدر سابق، ص ١٤٠. انظر ايضا: محمد بودالي، مصدر سابق، ص ٦٢. انظر ايضا: منصور حاتم محسن، مصدر سابق، ص ١٦٩٠.

[108]- وقد نص التوجيه الأوربي رقم ١٣/٩٣ في ٥ ابريل لسنة ١٩٩٣ المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين في المادة ١/٣: (الشرط التعاقدي الذي لم يكن موضوعا نتيجة مفاوضة فردية يعتبر شرطا تعسفيا وذلك عندما ينشأ خلافا لما يفضي به حسن النية وعلى حساب المستهلك تفاوتا بين حقوق والتزامات بين الطرفين الناشئة عن العقد)
(A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.)

[109] - انظر ص ١٣، الهامش رقم ٣ من هذا البحث.

[110]- ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، قراءة نقدية لنطاق الحماية المدنية في قانون حماية المستهلك العراقي: بحث مقارن، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٢، العدد٢٠١٥،١، ص ١٧٨.

[111]- إن أصل كلمة مصرف الذي يشكل النواة الرئيسية والذي ينطلق منها عمليات المصارف مأخوذة من الصرف بمعنى بيع النقد بالنقد وهي اسم مكان على وزن(مفعل) ويقصد بها المكان الذي تتم فيه عمليات الصرف ومن هنا يمكن ملاحظة وجود التناسب الدلالي بالمعنى بتسمية البنك مصرفاً والتي أريد لها أن تكون بديلاً عن التسمية الأوربية (بنك) واصلها يرجع إلى اللغة الإيطالية Banco وهي تعني المنضدة أو الطاولة وتم استخدام هذه الكلمة دون غيرها نتيجة استخدام المناضد الخشبية كوسيلة للصيرفة ومبادلة النقد. انظر. سامي حسن احمد حمود، تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية، مطبعة الشرق ومكتبتها، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٨٢، ص ٣١-٣٢.

[112]- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقا لاحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٦٩-٢٧١.

[113]- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢.

[114]- لمزيد من التفصيل انظر: علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ٢ وما بعدها.

[115]- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

[116]- علي البارودي، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

[117]- استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري- القسم الاول، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧، ص ٧٥.

[118]- وجاء كذلك في المادة ٢٧ من نفس القانون اعلاه تعريفا اكثر تفصيلا للانشطة المصرفية المجازة قانونا.

[119]- وعليه يمكن القول إن الأعمال المصرفية بشكل عام يمكن أن تقسم إلى مجموعتين رئيسيتين أعمال الخدمات وأعمال الاستثمار فأعمال الخدمات تشمل أوجه النشاط المصرفي كافة بما في ذلك الإقراض والحساب الجاري وفتح الاعتمادات وتأجيل الخزائن أما خدمات الاستثمار فهي تتمثل بالخدمات التي تعمل على تشغيل المال كاستثمار الودائع النقدية والإقراض الجاري والتوظيف المالي للسندات وإدارات المحفظات الاستثمارية وغيرها.

[120] - Carlo Gola and Alessandro Roselli, The UK Banking System and Its Regulatory and Supervisory Framework, palgrave macmillan, England, 2009, pp. 133-139. Ross Crnston, Principles of Banking Law, Second Edition, Oxford, 2002, pp. 4-5 .

[121]- The Business of Banking, American Bankers Association, Washington, 2014, pp. 4-11. انظر أيضا Ross Crnston, Idem, p. 4.

[122]- Ross Crnston, Idem, p. 4.

[123] -Robert DeYoung, Banking in the United States, *The Oxford Handbook of Banking*, Oxford University Press, 2009, p.1-2.

[124]- لمزيد من التفصيل حول التغييرات التي طرأت على مفهوم العمليات المصرفية بفعل التغييرات المستمرة انظر:

Robert DeYoung, Idem, pp.2-3. انظر أيضا Ross Crnston, Idem, pp. 4-5.

[125] Robert DeYoung, Idem, p. 4.

[126] -Ross Crnston, Idem, pp. 6-9.

[127] -Ross Crnston, Idem, p. 4.

[128] -https://www.law.cornell.edu/uscode/text/12/24. تمت زيارة الموقع يوم ٢٠١٨/٥/٢٠ الساعة التاسعة مساءا

[129] -https://www.law.cornell.edu/ucc/4/4-105. انظر ايضا https://www.law.cornell.edu/wex/banking تمت زيارة الموقعين يوم ٢٠١٨/٥/٢٠ الساعة التاسعة والنصف مساءا

[130]- عبد الفتاح سليمان ، مصدر سابق، ص ١١. انظر أيضا: علي جمال الدين عوض، مصدر سابق،ص ١٧-١٨.

[131]- لقد انقسم الفقه القانوني قبال مفهوم المستهلك إلى فريقين ، الأول اخذ بالمفهوم الضيق الذي يعتبر المستهلك هو كل شخص يتعاقد بقصد إشباع أو تلبية حاجاته غير المهنية من السلع أو الخدمات.. أما المفهوم الموسع للمستهلك فيعتبر الأخير كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك بغض النظر عن غاية أو هدف اقتناء السلعة أو الخدمة سواء كانت لمصلحة شخصية أو لعمله المهني. وكما هو ملاحظ من تعريف المشرع العراقي للمستهلك فهو قد أخذ بالمفهوم الموسع. فهو أولا قد اعتبر الأشخاص المعنوية احد اطراف العلاقة التي تشمل بالحماية

القانونية عند تعرضه لفرض شروط تعسفية هذا من جانب ومن آخر تشمل المحترف أو المهني بتلك الحماية حينما عبر (بقصد الإفادة منها) الواردة في نهاية التعريف والتي وردت دون قيد يفرض على التزود بالسلع والخدمات فيمكن للمستهلك التزود بالسلع والخدمات لغايات شخصية أو عائلية ويمكن للمحترف أو المهني الإفادة منها في نشاطه المهني. ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، مصدر سابق، ص ١٥٣.

[132]- الذي حصل على ترخيص من شركة الفيزا كارت سنة ٢٠٠٤ ومن الماستر كارت سنة ٢٠٠٥.

[133]- الفقرة الرابعة من المادة أعلاه نصت كذلك ( لا يجوز لأحد استخدام كلمة مصرف او مشتقات كلمة مصرف باي لغة فيما يتعلق باي اعمال او منتجات او خدمات دون الحصول على ترخيص او تصريح عن البنك المركزي العراقي.....).

[134]- ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور الصادرة بموجب كتاب البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة / قسم التوعية المصرفية وحماية الجمهور ذو العدد ٤٢٧/٧/١/٩ في ٢٠١٦/١١/٧ استنادا الى المادة ( ٤) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ والمادة (٢٦) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.

[135]- امانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، اللجنة العربية للرقابة المصرفية، حماية المستهلك (العميل) في الخدمات المصرفية، ورقة قدمت في الاجتماع السنوي الثاني والعشرين للجنة سنة 2012 ، صندوق النقد العربي، ص ١١.

[136]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ١٧. والائتمان كلمة مشتقة من الأمانة لكنها تستخدم في مجال منح الآجال للحصول على القروض والتسهيلات المصرفية الأخرى.

[137]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ١٧.

[138]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٦٦.

[139]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٦٩.

[140]- د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٢٠.

[141]- انظر مقال محافظ البنك المركزي العراقي علي محسن العلاق المعنون بـــ ( من اجل قطاع مصرفي عراقي رصيـــن ) المتوفر على موقع البنك المركزي العراقي https://cbi.iq/news/view/344 . تمت الزيارة في يوم ٤/٣/ ٢٠١٨ الساعة الثامنة مساءا.

[142]- إن المجتمع العراقي وبشكل تدريجي يعيش حالة من الانفتاح على العمليات المصرفية للاستفادة من التسهيلات الائتمانية المقدمة سواءً كانت للمحترفين أو للمستهلكين وسواء كانت عمليات مصرفية تقليدية أو غير تقليدية داخلية أو دولية، وبالتالي أصبحت الحاجة إلى تلك الخدمات من أساسيات التقدم والانتعاش الاقتصادي

وأن بقاء هيمنة المصارف يجعل من المستهلك بضعف وإذعان اكبر ويجعل من عقوده فاقدة للتوازن العقدي المنشود الذي يحقق حماية للمستهلك حسب ما تنادي بها أغلب التشريعات الحديثة.

[143]- اضافة إلى ما ذكر في تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم ( ٩٤) لسنة ٢٠٠٤ المرقمة (٤) لسنة ٢٠١١ المنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٧٢ في ٢٠١١/١/٣ ضمن المواد ( ١-٩).

[144]- أنظر المادة ( ٤٢) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ( ٥٦) لسنة ٢٠٠٤.

[145]- انظر مقال محافظ البنك المركزي العراقي علي محسن العلاق المعنون بـــ (من اجل قطاع مصرفي عراقي رصيـــن ) المتوفر على موقع البنك المركزي العراقي https://cbi.iq/news/view/344 . تمت الزيارة في يوم ٤/٣/ ٢٠١٨ الساعة الثامنة مساءا.

[146]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٢١.

[147] - The formalized relationships that banks offer to individual members of the public appear to have all the characteristics of contracts of adhesion. Arrangements for checking and savings accounts, loans, credit cards, check-cashing cards, safety deposit boxes, and other services are all likely to be embodied in standardized form contracts, . Richard P. Syber, Adhesion Theory in California: A Suggested Redefinition and Its Application to Banking, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 11, Iss. 2, 1978, p. 323.

[148] - Standard bank forms other than deposit agreements would similarly fall within the adhesion category. Thus, a bank trust deed has been held to be a contract of adhesion. Richard P. Syber, op. cit. , p 324.

[149] - Richard P. Syber, op. cit. , p 325.

[150]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٨٦.

[151]- لعشب محفوظ بن حامد، مصدر سابق، ص ٧٨.

[152]- أستاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٣١٩.

[153]- منصور حاتم محسن و ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط ألاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة ٢٠٠٩، العدد الأول، ص ٢٠٣.

[154]- القرار رقم ٧٤/م/١٩٧٥ منشور في مجلة الأحكام العدلية، السنة السادسة، العدد الثاني، ١٩٧٥، ص ٢٠.

[155]- خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقود الإذعان، ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة ٢٠١٤، العدد الأول، ص ٣٧٦.

[156]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٢٣.

[157]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

[158]- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١، ص ٩٨.

[159]- إن الغلط باعتباره عيبا يشوب الرضا هو توهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له أمرا على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد اعتمادا على ذلك الوهم . أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٩٠.

[160]- شفارة عبد النور، حماية المستهلك في الخدمات المصرفية الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر١بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ٨٩. انظر ايضا: موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ٩٨.

[161]- نقلا من حسين عبد الله الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم من الشروط التعسفية- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠١١، العدد الثاني، ص ٢٤٩.

[162]- فعلى سبيل المثال قد يقع المستهلك بغلط فيما يتعلق بالفائدة المفروضة على القرض أو الاعتماد المستندي أو بغلط فيما يتعلق بنوع البطاقة المصرفية المتقدم عليها

[163]- موفق حماد عبد، مصدر سابق، ١٣٦. انظر أيضا: لعشب محفوظ بن حامد، مصدر سابق، ٨٦.

[164]- منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي، مصدر سابق، ١٨٩- ١٩٠.

[165]- وفي بعض الأحيان يستخدم المنتجون أساليب مرغبة للمستهلكين من اجل سرعة التعاقد أو إصدار البطاقات المصرفية دون الحاجة إلى وضع مبالغ نقدية في الحسابات الخاصة بتلك البطاقات أو أن يتم إعطاء القروض المصرفية دون التشدد بالكفالات والضمانات وقبال هذه المغريات من جهة وفي ضوء التطور التكنولوجي من جهة أخرى لا يتمتع المستهلك بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه أو الحصول عليه من سلع أو خدمات.

[166]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٢٣.

[167]- أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ٨٥.

[168]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٣١. انظر أيضا: حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٨٥.

[169]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٨٣.

[170]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٥٣.

[171]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٦٣.

[172]- حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٠١.

[173]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٣٥٩.

[174]- لشعب محفوظ بن حامد، مصدر سابق، ص ٨٧.

[175]- موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٣٧.

[176]- لمزيد من التفصيل انظر النقطة أولا/ الفقرات: ( ١٥/ث، ح) وثانيا/ الفقرات ( ١٥،٨، ١٦/ب،ث ) من ضوابط التوعية المصرفية المشار اليها في الهامش رقم ١ في ص ٤٠ من البحث.

[177]- باستثناء ما نصت عليه المادة ٢/١٢٣ التي أجازت إبطال العقد بالغبن الفاحش فقط اذا كان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلا.

[178]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٧٣-١٧٦.

[179]- استاذنا حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٠٣.

[180]- ( اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لا لان المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد ا وان ينقص التزامات هذا المتعاقد).

[181]- انظر الهامش رقم ٣ في ص ١٣ من البحث. ولمزيد من التفصيل انظر: سي الطيب محمد امين، مصدر سابق، ص ٥٨-٥٩.

[182]- حمار نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة وهران- كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٨٧.

[183]- وقد نص المشرع العراقي في القانون المدني في المادة ٢/١٦٧ (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها).

[184]- وقد اتهم خبراء اقتصاديون عراقيون بعض المصارف الحكومية والاهلية باتباع سياسات تعسفية تجاه المودعين كالزامهم بتدوين معلومات وطلب مستمسكات تعجيزية يصعب تنفيذها مما يتسبب بعزوف المواطنين عن ايداع الاموال والاضرار بالمصالح الاقتصادية للبلاد، مؤكدين ان تلك الممارسات تمثل تدميرا للنظام

المصرفي وتشجع على الفساد. من مقال نشر في جريدة الزمان العراقية بطبعتها الدولية الصادرة بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢٢ تحت عنوان (خبراء:الإجراءات التعسفية تجاه المودعين تشجّع على الفساد وتضر الإقتصاد) https://www.azzaman.com/?p=223109 تمت زيارة الموقع يوم ٢٠١٨/٤/٣٠ التاسعة صباحا.

[185]- في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس في المغرب رقم ١٢٤٢، مؤرخ في ٢٠١٧/٠٧/١٣، المؤيد للحكم الصادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ ٢٠١/٠٢/١١ ،اعتبرت المحكمة أن التعديل المنفرد لسعر الفائدة من طرف البنك يعد شرطا تعسفيا، مع ما يترتب عن ذلك من آثار، وعليه قضت بإلغاء قرار المؤسسة البنكية برفع سعر الفائدة، وابطال الاقتطاعات التي تمت بالسعر الجديد، والحكم على البنك بأداء تعويض للمدعي قدره ٢٠ ألف درهم جبرا للأضرار اللاحقة به وهو القرار الذي تم تأييده استئنافيا.

[186]- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٣١.

[187]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٠٢.

[188]- مجموعة أحكام النقض المصرية، الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ١٩٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣ السنة ٣٩. قد أورد القضاء الفرنسي قرينة قضائية على الشرط التعسفي حيث عد شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية شرطا تعسفيا لما لدى البائع من الاحتراف والدراية قبال المستهلك الضعيف. فقد اعتبرت محكمة الموضوع الفرنسية في قضية تتعلق بشرط إعفاء من المسؤولية ورد في عقد وديعة الذي قضى باستبعاد مسؤولية المهني او المحترف في حالة أفلام قد أودعها لديه احد العملاء من أجل طباعتها على الورق فقد اعتُبر هذا الشرط تعسفيا ولا يمكن الاحتجاج به على العميل حسن النية، ورأت المحكمة كذلك إن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي يعتبر في وضع اقتصادي مكنه من فرض مثل هذا الشرط التعسفي الذي يجب أن يعتبر غير مكتوب ولم يكن. حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية- دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية والقوانين الأوربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٩. والقرار نقلا من منقول من احمد محمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٥١-٢٥٢.

[189]- وعرفه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لسنة١٩٩٥ (في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها بغير المحترفين أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد). انظر حسين عبد الله الكلابي، مصدر سابق، ص ٢٢١. وبالنهج نفسه فقد عالج المشرع اللبناني الشرط التعسفي في المادة ٢٦ من قانون حماية المستهلك رقم ٦٥٦ لسنة ٢٠٠٥ بالقول: (تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى إخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير.

[190]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢١١-٢١٢.

[191]- ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٨.

[192]- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني-احكام الالتزام، ج٢، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

[193]- حسين عبد الله الكلابي، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

[194]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

[195]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٣٤٦.

[196]- نقلا عن سي الطيب محمد امين، مصدر سابق، ص ٥٢.

[197]- بعد التعديل الاخير الصادر سنة ٢٠١٦ اصبحت المادة ١١٧١ هي من تعالج موضوع الشروط التعسفية التي تحدث اختلال في العلاقة التعاقدية.

[198]- سي الطيب محمد امين، مصدر سابق، ص ٥٣.

[199]- لمزيد من التفصيل انظر: استاذنا حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١١٨.

[200]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٣٦٠.

[201]- حسين عبد الله الكلابي، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

[202]- ذكرى محمد حسين الياسين، الكذب المشروع في الإعلانات التجارية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، كلية القانون، العدد الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص ٢٢٣.

[203]- وتبعا لذلك يسأل المعلن مسؤولية تقصيرية عن عدم الوفاء بما تم الإعلان عنه والضرر الذي قد يحدث للمستهلك جراء عدم الوفاء والصدق في الإعلان وحجة هذا الاتجاه تتلخص في إن عدم دقة الإعلان امر تفرضه طبيعة الإعلان نفسه من وجود الكذب المألوف الذي لا يصل لمستوى التغير أو التدليس في الترويج أو تقديم المعلومة. موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ٥١.

[204]- ذكرى محمد حسين، مصدر سابق، ٢٢٤.

[205]- المحور الأول :حماية الجمهور / النقطة التاسعة من ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور( عندما ينشر المصرف جدول بشان تغيير اسعار الفائدة يجب ان يتضمن الجدول معدل الشعر القديم والسعر الجديد والتاريخ الذي سيتم فيه تطبيق التغييرات)، وكذلك المحور الثاني : التوعية المصرفية/النقطة الاولى ( ينبغي على

البنك تحديث معلومات الخدمات والمنتجات التي يقدمها للزبائن بحيث تكون واضحة ومختصرة وسهلة الفهم وغير مضللة....) وكذلك النقطة الخامسة .

[206]- دليل حماية المستهلك في القطاع المصرفي العراقي الصادر من البنك المركزي العراقي حسب تعليماته المرقمة ٩/١/٧/٤٢٧ و المؤرخة في ٧/١١/٢٠١٦ التي تم إعمامها على المصارف كافة وشركات التحويل المالي وشركات مزودي خدمات الدفع الالكتروني..

[207]- يعرف الإعلان المظلل (ذلك الإعلان الذي يكون من شانه خداع المستهلك او يمكن أن يؤدي إلى ذلك, وعرف أيضا بانه الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع في ما يتعلق في عناصر و أوصاف جوهرية للمنتج. أما بالنسبة للإعلان الخادع فيعرف بانه ( الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك العادي وتظليله لما يتضمن لمعلومات أو بيانات تؤدي إلى خداع الجمهور أو الخدمة وعرف أيضا كل إعلان يتم عرضه بطريقة ما تؤدي إلى التظليل أو من شانها أو تؤدي إلى تظليل المخاطبين به أو المنافسين على نحو قد يلحق ضررا بمصالحهم الاقتصادية ). انظر هيلان عدنان احمد محمد الجبوري، التضليل والخداع او الكذب في الاعلام التجاري، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ٣، ٢٠١٤، ص ٢٩٩وما بعدها.

[208]- ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٤-١٧٥.

[209]- انظر المحور السابع عشر الخاص بالدعاية والاعلان عن الخدمة المصرفية من ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور الوارد ذكره سلفا.

[210]- انظر المحور الحادي عشر الخاص بواجبات المصارف ومسؤوليتها حول الاعلان المصرفي والمواد الدعائية الوارد في دليل حماية المستهلك العراقي الصادر من البنك المركزي العراقي الوارد ذكره سلفا.

[211]- عرعارة عسولي، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

[212]- نزيه محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٩.

[213]- إن الالتزام بالإعلام قد عرف بتعاريف متعددة تختلف بالألفاظ وتتحد بالمعنى الذي يتمثل بأنه الواجب الذي فرضه المشرع على المتعاقد المحترف أو الطرف القوي بتقديم كل المعلومات المتعلقة بموضوع ومحل العقد للمتعاقد الاخر، وعرف كذلك بأنه التزام عامل يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلق بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضاء حر سليم. سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، اطروحة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١١، ص ١١١.

[214]- إذ لا يقتصر التزام المحترف بتزويد المتعاقد بما لديه من بيانات وإنما عليه أن يستقصي عن والمعلومات الضرورية لعميله وهو ما يستلزم من المصرف أن يخضع نفسه للتعليم والتطور المستمر حتى يكون بمستوى مواجهة التقنيات الحديثة من اجل نقل البيانات الدقيقة لعميله وتنبيهه إلى تفاصيل السلعة أو الخدمة المقدمة وعليه فقد قُضي بخطأ المصرفي الذي لا يؤسس نظام معلوماتي فعال يسمح بتحذير جميع منافذ خدمة العملاء عند رفض احدهما الاستجابة لطلبه غير القانوني على نحو سمح للعميل بان ينتقل إلى منفذ آخر وموظف آخر مما مكنه من تمرير طلبه غير الصحيح أو كان من المفترض على المصرف أن يقيم نظاما الكترونيا يسمح بالتوقف التقني عند استعمال بطاقة ائتمان معيبة وغير هذه التدابير يعتبر مقصرا في أداء واجباته. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٩١-١٩٢.

[215]- نقلا عن حمار نسيم، مصدر سابق، ص ٥٧.

[216] - J. W. Looney and Anita K. Poole, L, op. cit. , PP.179-181

[217]- Yannis Bakos, Florencia Martotta and David R. Trossen, Does Any One Read the Fine Print ? Consumer Attention to Standard Form Contracts, the journal of legal studies, Vol. 43, No. 1, 2014, p 9.

[218]- Margaret M. Smith, Adhesion Contracts don't stick in Michigan: why Rory got it right, Ave Maria Law Review, Vol. 5, 2007, p 268.

[219]- فقد نجد أساس هذا الالتزام في عيوب الرضا وخاصة عند الغلط والتغرير فعلم المتعاقد بتفاصيل العقد ومحله وصفاته الجوهرية يحول دون ادعاءه الوقوع في غلط جوهري إذ أشارت المادة ١١٧ و١١٨ مدني عراقي إذ يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

[220]- نقلا عن دالي بشير، مصدر سابق، ص ١٩٦.

[221]- حمار نسيم، مصدر سابق، ص ٤٩.

[222]- انظر البند الرابع من المبادئ العشرة الصادرة عن مجموعة العشرين التي اعتمدت حول حماية المستهلك في مجال الخدمات المالية . www.oecd.org

[223]- إن التطبيق العملي قد كشف صعوبة وقصور نظرية عيوب الإرادة في تحقيق حماية متكاملة للطرف المذعن لمرحلة ما قبل التعاقد وذلك للشروط المعقدة والمشددة التي خلقت بيئة قانونية تقليدية يصعب معها التعامل مع الأساليب التعاقدية الجديدة التي جعلت عبارة عن توقيع فقط فلا نقاش ولا جدل أما أن يوقع أو يترك التعاقد لذلك نجد أن الالتزام بالأعلام لمرحلة ما قبل التعاقدية يمثل دورا متكاملا مع نظرية عيوب الإرادة ولمواد

المتعلقة بعقد الإذعان في حماية الطرف الضعيف سواء كان مستهلكا ضعيفا لما قبل التعاقد أو مذعنا لما بعد دخول العقد حيز للتنفيذ.

[224]- ( وهناك التزاما بالإعلان بعد تكوين العقد ودخوله حيز التنفيذ فيلتزم المصرف بإخبار العميل بفشل المطالبة في عقد الوكالة لتحصيل الأوراق التجارية فتقضي القواعد العامة إن على الوكيل أن يخطر الموكل بكل بما يطرأ على تنفيذ الوكالة متصلا بهذا التنفيذ وبالصعوبات التي تعترضه فان لم يفعل ذلك في مدة معقولة وتسبب عدم إخبار الموكل في وقوع ضررا به كان ثمة محل لمسؤولية البنك، إن القضاء الفرنسي قد عرض لهذه المسؤولية في أحكام كثيرة حيث اشتكى العميل في قضية أن البنك لم يخبره بواقعة عدم الوفاء فاستمر في التعامل مع المدين المسحوب عليه ظنا منه انه وفى دينه السابق والذي كلف به البنك لتحصيله ثم أفلس هذا المدين وقال المدعي انه لو كان قد علم لواقعة عدم الوفاء لكف عن هذا التعامل لكن المحكمة قضت انه وان كان البنك قد أهمل إهمالا كبيرا في عدم اخطار العميل الموكل إلا أن خطأه يستغرق خطأ من العميل لأنه كان عليه أن يتأكد من استيفاء حقوقه ويستعلم حقوقه من البنك) .علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٧٢٤. ويضيف الدكتور عوض ( وعليه يمكن أن يكون البنك ملزما بتقديم النصيحة إلى عميله في حالات منها أن يكون العميل قد اتفق مع البنك على ذلك كما لو كان بينهما عقد وكالة بالتحصيل فيجب هنا على البنك بمقتضى هذا العقد أن يلتزم بألفات نظر العميل إلى ما بالسكوت المطلوب تحصيلها من عيوب واذا عجز البنك عن استيفاء تلك الصكوك وجب عليه إخبار العميل بذلك واذا كان العميل يتعامل عن طريق البنك بالأوراق المالية فان على البنك يحيط بعميله بكيفية سير السوق الآجل وبالمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في مضاربته وفي وديعة الأوراق المالية لذلك على البنك التزاما بإخبار عميله بما يهدد مصالحه وكيفية حمايتها) . علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٩٤٧.

[225]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٢٢.

[226]- ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٦.

[227]- خالد عطشان عزاره الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض- دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد ٤٩، السنة ٢٦، ٢٠١٢، ص ٤٢٢.

[228]- صدر القرار في ١٢ يوليو ٢٠٠٥ . نقلا عن خالد عطشان عزاره الضفيري، مصدر سابق، ص ٤٢٧-٤٢٨. ويمكن الاطلاع على تفاصيل القضية باللغة الفرنسية في الرابط الاتي: https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2005-3094.pdf

[229]- وفي ذات السياق أصدرت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية حكمين كلاما يتعلق بموضوع منح قرض مصرفي فالحكم الأول يتعلق بمنح قرض لاحد المزارعين بكفالة أما الحكم الثاني فيتعلق بمنح معلمة قرضا بالتضامن مع زوجها من اجل فتح مطعم للأخير . محكمة الاستئناف رفضت طلبات المدعيين المزارع والمعلمة

بخصوص مسؤولية المصرف وقد نقضت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض حكم الاستئناف كون قاضي الموضوع لم يحدد ما اذا كان المقترضين محذرين أم غير محذرين من قبل المصرف عن مخاطر وآثار التعاقد المصرفي للحول على القرض ولم يبحث كذلك ما اذا كانت الصفة تلزم المصرف من عدمه بتحذيرهم وتبصيرهم بوقت التعاقد بناء على حالاتهم المالية عن خطورة الاقتراض الناتجة عن القروض الممنوحة. صدر القرار في ٢٩ يونيو سنة ٢٠٠٧. نقلا عن خالد عطشان عزاره الضفيري، مصدر سابق، ص ٤٣٤. ويمكن الاطلاع على تفاصيل القضية والقرار باللغة الفرنسية من خلال الرابط الاتي: https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/03_2016/29_juin_2007_RTD_CIV.pdf

[230]- بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢١ اصدر البنك المركزي العراقي تعليمات تبادل المعلومات الائتمانية لسنة ٢٠١٤ اساتنادا لاحكام الفقرة (٣) من المادة (٤) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل، والفقرة ( أ ) من المادة ( ١٠٤ ) من قانون المصارف رقم ( ٩٤ ) لسنة ٢٠٠٤.

[231]- عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ٧٦٦.

[232]- عرعارة عسولي، مصدر سابق، ص ٢٥٨-٢٦٠.

[233]- فقد اصدر المشرع الفرنسي العديد من التشريعات بصدد ترسيخ فكرة خيار العدول من اهمها القانون الصادر في ١٩٧١ الخاص بالتعليم بالمراسلة الذي يمكن عده اول تشريع منح المتعاقد خيار العدول خلال ثلاثة اشهر وكذلك القانون رقم ٦٠٧٢ لعام ١٩٧٢ الذي منح المستهلك خيار العدول عن التعاقد في معاملات التمويل الائتماني, والقانون رقم ١٧٣/٧٢ لعام ١٩٧٢ الذي اجاز للمستهلك المشتري العدول عن التعاقد في عقد البيع على ان لاتتجاوز مهلة التروي والتفكير لسبعة ايام من وقت التعاقد وكذلك القانون رقم ٢٢/٧٨ لعام ٧٢ والخاص بالتزام المحترف باعلان المستهلك في نطاق بعض عمليات الائتمان وقوانين اخرى صدرت عام ١٩٨٨ التي رسخت فكرة خيار العدول، وفي ذات النسق فقد حرص التوجيه الاوربي رقم ٩٧/٧ لسنة ١٩٩٠ على منح المستهلك خيار العدول واستنادا الى هذه التوجيه فقد اصرت فرنسا مرسوما ذي الرقم ٢٠٠١/٧٤١ لعام ٢٠٠١ ليرسخ هذا الخيار وكذلك فان المشرع الانكليزي قد اقر خيار العدول في تشريع البيع الايجاري الصادر سنة ١٩٤٦ وكذلك القانون الألماني لعام ١٩٦٩ بشان البيع بالتقسيط. وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني في العدول عن العقد- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ٤، ٢٠١٥، ص٨٩١. انظر كذلك: موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ٢١٦.

[234]- محمد جريفيلي، شريف بحماوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد ١١، ٢٠١٧، ص ٣٧.

[235]- وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس،مصدر سابق، ص٨٩٨.

[236]- عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٧٨٢.

[237]- وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس،مصدر سابق، ص٩٠٤ - ٩٠٥.

[238]- تعبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ( pacta sunt servand ) عن الوفاء بالعهد الذي ظهر قديما وهي تؤكد على ضرورة احترام الكلام المعطى والذي يترجم إلى التزام يقع على عاتق الشخص الذي أعطاه.

[239]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، مصدر سابق، ٦٢٣-٦٢٤.

[240]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، مصدر سابق، ص ٦٢٥. وانظر كذلك المواد ١٤٥ من القانون المدني العراقي التي نصت ( ايا كان المحل الذي يرد عليه العقد فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)، وكذلك المادة ١/١٤٦ ( اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي) والمادة ١٥٠ ( يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

[241]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، مصدر سابق، ص ٦٢٥.

[242]- استاذنا حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٥٠.

[243]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

[244]- موفق حماد عبد، مصدر سابق، ٢٦١.

[245]- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

[246]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٢٤.

[247]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٢٥.

[248] - Margaret M. Smith, op. cit., p 245.

[249] - Andrew Tutt, op. cit., p. 440.

[250]- Friedrich Kessler, op. cit., p. 633.

[251] - Margaret M. Smith, op. cit. , p. 251.

[252] - Vera Bolger, مصدر سابق, p. 61. See also. Andrew Tutt, op. cit., p 474.

[253]- ويمكن اعتبار ما جاء في المادة ٩٨٥ من القانون المدني النافذ يمثل تعاملا تشريعيا مع الشروط التعسفية، حيث نصت (يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التامين من الشروط الاتية:١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التامين بسبب مخالفة القوانين والانظمة، الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمدية. ٢– الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تاخر في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات، او في تقديم المستندات، اذا تبين من الظروف ان التاخر كان لعذر مقبول. ٣– كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تؤدي الى 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 لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

[254]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٨٨-٢٨٩.

[255]- عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٣٩.

[256]- حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

[257]- موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

[258]- المحكمة الاتحادية العليا في ١٩٨٩/٦/٦ الطعن رقم ٢٥١ لسنة ١٠ ق . نقلا عن : محمد ابراهيم بنداري، مصدر سابق، ص ١٩.

[259]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٤٠٦-٤٠٧.

[260]- حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

[261]- حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ، المصدر السابق، ص ١٢٧.

[262]- عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٤٣٨.

[263]- وفي حكم لمحكمة التمييز العراقية حول تفسير العقد يشير الى ( ان دور القضاء في التفسير يتجسد من خلال استخلاص ارادة المتعاقدين من العبارات المستعملة فيه ومن جميع ما يعرضه المتخاصمان من وقائع ). رقم اضبارة القرار ٢٧٦/ أ / ١٩٦٩ في ٤/٤/ ١٩٧٠. نشر في مجلة القضاء العدد الثاني للسنة الخامسة والعشرون.

[264]- محمد ابراهيم بنداري، مصدر سابق، ص ٢٠.

[265]- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

[266]- سليمان براك الجميلي، مصدر سابق، ١٥٦.

[267]- عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

[268]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، مصدر سابق، ص ٦٠٢.

[269]- محمد ابراهيم بنداري، مصدر سابق، ص ٢١.

[270]- سليمان مرقس، مصدر سابق، ٢٦.

[271] - بدر جاسم اليعقوب، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار القبس، ط ١، الكويت، ١٩٨١، ص ٢٨٧.

[272]- عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

[273]- علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ١٧

[274]- سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطباعة والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٧.

[275]- سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص ١٨.

[276]- تم ارفاق نسخ من العقود المصرفية المشار اليها اعلاه.

[277]- لفتة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٨٠.

[278]- قرار رقم ١٠٤٠/ حقوقية/٩٦٩ في ١٩٦٩/١١/١٧، انظر مجلة القضاء، العدد ٢، السنة الخامسة والعشرون، بغداد، ص ٣٣٧.

[279]-عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني- نظرية العقد والارادة المنفردة، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٠٠

[280]- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ٨٦.

[281]- سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص ١٥.

[282] - For more details see, Mo Zhang, op. cit., p 22.

283 - Vera Bolger, op. cit. ,p. 73.

284 - J. W. Looney and Anita K. Poole, op. cit., p. 184.

285 - Margaret M. Smith, op. cit., p. 252.

286 - Vera Bolger, op. cit., p. 76.

287 - Leon E. Trakman, Adhesion Contracts and the Twenty First Century Consumer, UNSW Law Research , Paper No. 2007-67, p. 12.

## المصادر

**أولا: الكتب**

١- ابو زيد رضوان، الوجيز في مبادئ الالتزام، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٧٩
٢- احمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤،
٣- باسم محمد صالح، القانون التجاري- القسم الاول، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧
٤- بدر جاسم اليعقوب، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار القبس، ط ١، الكويت، ١٩٨١
٥- توفيق حسن فرج، القانون الروماني،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥
٦- جاك غستان، المطول في القانون المدني- تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤوسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ، بيروت، ٢٠٠٠
٧- حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية- دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية والقوانين الاوربية، القاهرة، ١٩٩٩
٨- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة،
٩- رفيق يونس المصري، الخطر والتامين، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، ٢٠٠١
١٠- سامي حسن احمد حمود، تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية، مطبعة الشرق ومكتبتها، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٨٢
١١- سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطباعة والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢

١٢- سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٢٤.

١٣- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد – دراسة مقارنة، منشاة المعارف، الاسكندرية

١٤- صبيح مسكوني، القانون الروماني، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧١

١٥- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك- دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢

١٦- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢

١٧- عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة،

١٨- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

١٩- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢

٢٠- عبد الفتاح سليمان، المبادئ القضائية في العمل المصرفي،منشأة المعارف، القاهرة، ٢٠١٧

٢١- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام- نظرية العقد، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، بلا تاريخ

٢٢- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني- نظرية العقد والارادة المنفردة، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤

٢٣- عبد المجيد الحفناوي، دراسات في القانون الروماني، بيروت، ١٩٨٦

٢٤- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، الجزء الاول، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧

٢٥- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني-احكام الالتزام، ج٢، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، ٢٠٠٩

٢٦- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٨

٢٧- د. عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الاذعان في القانون المصري- دراسة فقهية وقضائية مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، كلية الحقوق، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦

٢٨- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤

٢٩- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقا لاحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١

٣٠- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١

٣١- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤،

٣٢- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني ، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٥٩

٣٣- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،١٩٩٠

٣٤- لفتة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠١٠

٣٥- محمد بودالي،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائر- دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

٣٦- محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الاول، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٥٢

٣٧- محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها- الجزء الثاني، دمشق، مكتبة الشرق ومطبعتها، ١٩٦٣

٣٨- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦
٣٩- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١
٤٠- نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الاردني- دراسة مقارنة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩١
٤١- نزيه محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

**ثانيا: البحوث**

١- حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد- ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية- دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانيين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١
٢- حسين عبد الله الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم من الشروط التعسفية- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠١١، العدد الثاني
٣- خالد عطشان عزاره الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض- دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد ٤٩، السنة ٢٦، ٢٠١٢
٤- خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقود الإذعان، ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة ٢٠١٤، العدد الأول
٥- ذكرى محمد حسين الياسين، الكذب المشروع في الإعلانات التجارية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، كلية القانون، العدد الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٢

٦- فياض محمود، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدا حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد ٥٤،

٧- محمد ابراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الاذعان، بحث مقدم في ندوة ( حماية المستهلك في الشريعة والقانون ) التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات، ١٩٩٨

٨- محمد جريفيلي، شريف بحماوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد ١١، ٢٠١٧،

٩- مقال محافظ البنك المركزي العراقي علي محسن العلاق المعنون بـــ ( من اجل قطاع مصرفي عراقي رصيـــــن ) المتوفر على موقع البنك المركزي العراقي https://cbi.iq/news/view/344

١٠- منصور حاتم محسن و ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط ألاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة ٢٠٠٩، العدد الأول

١١- منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية- دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد ٢٣، العدد ٤، ٢٠١٥،

١٢- ناصر خليل جلال و سميرة عبد الله مصطفى، قراءة نقدية لنطاق الحماية المدنية في قانون حماية المستهلك العراقي: بحث مقارن، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٢، العدد١،٢٠١٥.

١٣- هيلان عدنان احمد محمد الجبوري، التضليل والخداع او الكذب في الاعلام التجاري، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ٣، ٢٠١٤،

١٤- وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني في العدول عن العقد- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ٤، ٢٠١٥.

**ثالثا: الأطروحات**

١- حمار نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة وهران- كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٢
٢- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦،
٣- سليمان البراك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة النهرين- كلية الحقوق، ٢٠٠٢
٤- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، اطروحة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١١،
٥- سي الطيب محمد امين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك- دراسة مقارنة، اطروحة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٨،
٦- شفارة عبد النور، حماية المستهلك في الخدمات المصرفية الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر١بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ٢٠١٥
٧- عامر رحمون، عقد الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة، اطروحة ماجستير، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة، ٢٠١٣
٨- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر١، كلية الحقوق، ٢٠١٥،
٩- لعجال لامية، حماية المستهلك في معاملات التجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر١- بن يوسف بن خدة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٧
١٠- معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، اطروحة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والسياسة، ٢٠١٥.

## رابعا: القوانين والتعليمات

١- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٣- قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠
٤- قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤
٥- قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل
٦- تعليمات تسهيل قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ المرقمة ٤ لسنة ٢٠١١
٧- تعليمات تبادل المعلومات الائتمانية لسنة ٢٠١٤
٨- دليل حماية المستهلك في القطاع المصرفي العراقي الصادر من البنك المركزي العراقي حسب تعليماته المرقمة ٩/١/٧/٤٢٧ و المؤرخة في ٧/١١/٢٠١٦
٩- ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور الصادرة بموجب كتاب البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة / قسم التوعية المصرفية وحماية الجمهور ذو العدد ٤٢٧/٧/١/٩ في ٢٠١٦/١١/٧
١٠- قانون التجارة الموحد الأمريكي ١٩٥٢ Uniform Commercial Code
١١- قانون التوجيه الثاني الخاص بالعقود الأمريكي Restatement (Second) Of Contracts 1981
١٢- القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة ٢٠١٦.

## خامسا: المراجع الأجنبية

1- Ana Luisa Goncalves Novais, standard terms and contractual justice, Master's Dissertation in European and Transnational Business Law, The University of Minho, Portugal , 2016,
2- Andrew Tutt, On the Invalidation of Terms in Contracts of Adhesion, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, issue 2, 2013

3- Carlo Gola and Alessandro Roselli, The UK Banking System and Its Regulatory and Supervisory Framework, palgrave macmillan, England, 2009

4- Edward A. Dauer, Contracts of Adhesion in Light of the Bargain Hypothesis: An Introduction, Akron Law Review, Vol. 5: Iss. 1, 1972,

5- Friedrich Kessler, The Contracts of Adhesion- Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions, Columbia Law Review, Vol. 43, 1943.

6- J. W. Looney and Anita K. Poole, Adhesion Contracts, Bad Faith and Economically Faulty Contracts, Drake Journal of Agricultural Law, Vol. 4, 1999.

7- Leon E. Trakman, Adhesion Contracts and the Twenty First Century Consumer, UNSW Law Research , Paper No. 2007-67

8- Margaret M. Smith, Adhesion Contracts don't stick in Michigan: why Rory got it right, Ave Maria Law Review, Vol. 5, 2007

9- Mo Zhang, Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy, Akron Law Review, Vol. 41, 2007.

10- Richard P. Syber, Adhesion Theory in California: A Suggested Redefinition and Its Application to Banking, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 11, Iss. 2, 1978

11- Robert DeYoung, Banking in the United States, *The Oxford Handbook of Banking*, Oxford University Press, 2009

12- Shelley Smith, Reforming the Law of Adhesion Contracts: A Judicial Response to the Subprime Mortgage Crisis, Lews & Clark Law Review, Paper No. 09-34, 2009

13- Vera Bolger, The Contract of Adhesion- A Comparison of Theory and Practice, The American Journal of Comparative Law , Vol. 20, 1972

14- Yannis Bakos, Florencia Martotta and David R. Trossen, Does Any One Read the Fine Print ? Consumer Attention to Standard Form Contracts, the journal of legal studies, Vol. 43, No. 1, 2014

# Abstract

Economic and technological developments have cast a shadow over legal thought, especially in the field of contracts. Those developments have influenced the contractual principles that the doctrine and the law have established and led to the imbalance of the principle of contractual equality.

This imbalance is reflected in the emergence of unfair conditions and adhesion contracts. One of those contracts that the research attempts to prove is the availability of adhesion character to banking. This subject has been controversial in jurisprudence, legislation and judiciary. The doctrine of jurisprudence has gone to not regard the banking operations of the contracts of acquiescence, while a modern doctrine sees not to say that the banking is adhesive. Recognition of the availability of adhesion to banking requires legal protection for vulnerable parties which the research try to prove.

Key words: Adhesion Contract, Banking, Consumer Protection, Unfair Terms.

# Applicability of Adhesion Character to Banking A Doctrinal and Practical

*(Study In-Depth According to Iraq Legislations With Reference to the USA And French Laws)*

A. P.Dr. Mohammed Jassem Mohammed