AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

أثر النظام العام في حماية الطرف الضعيف في العقد

الباحثة: انوار جبار بوهان
anwar.ppl22@ced.nahrainuniv.edu.iq
أ.د. شروق عباس فاضل
Shroq.fadel.nahrain2015@gmail.com
كلية الحقوق/ جامعة النهرين كلية الحقوق/ جامعة النهرين

The impact of public order in protecting the weak party in the contract

Researcher: Anwar Jabbar Bohan
Prof. Dr. Shurooq Abbas Fadhel
College of Law/ AL-Nahrain University

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

المستخلص :شدد المشرع العراقي على أهمية النظام العام ، وانه قام بذلك في سبيل الحد من مبدأ سلطان الإرادة الذي سيطر على العلاقة التعاقدية على مدى عقود من الزمن، حيث ان إعادة النظر في العقد لأجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي المختل اصبح اليوم ضرورة اجتماعية واقتصادية في آن واحد ، وأصبحت مسالة التدخل المتزايد لفكرة النظام العام في تنظيم العقود امرا مسلما به ، وهذا يتماشى مع أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام عقد متوازن بين المتعاقدين بعيدا عن الغبن او الاستغلال لاحد الأطراف تجاه الطرف الاخر، فالحفاظ على عقد متناغم ومنسجم من حيث حقوق وموجبات اطرافه يؤمن مصلحتهم فضلا عن مصلحة المجتمع ، ويعطيه حياة افضل واستمرارية تؤدي الى تحقيق ما كان يصبوا اليه اطراف العقد جميعا .

الكلمات المفتاحية : النظام العام ، الطرف الضعيف ، الإذعان ، المستهلك

Abstract :The Iraqi legislator stressed the importance of public order, and that he did so in order to limit the principle of the authority of will that dominated the contractual relationship for decades, as reviewing the contract in order to protect the weak party and restore the disturbed contractual balance has become a social and economic necessity today, and the issue of the increasing intervention of the idea of public order in organizing contracts has become a given, and this is in line with the basis of contractual obligation and with the correct contractual idea that is based on establishing a balanced contract between the contracting parties

away from injustice or exploitation of one party towards the other party, as maintaining a harmonious and consistent contract in terms of the rights and obligations of its parties secures their interests as well as the interests of society, and gives it a better life and continuity that leads to achieving what all parties to the contract aspire to.

Keywords: public order, weak party, compliance, consumer

المقدمة

اتخذت فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي نطاقا ضيقا حيث اقتصرت على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع ، وبالتالي لم تشهد حرية التعاقد في ظلها سوى قيود محددة ، تركزت بصفة أساسية حول حرية ابرام العقد ، بينما ظلت حرية الأطراف في تحديد اثاره بمنأى عن التقييد ، الا انه مع نهاية القرن التاسع عشر بدأت فكرة النظام العام تشهد اتساعا كبيرا في مضمونها وتطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع وذلك على اثر انتصار المذاهب الاشتراكية ، وما صاحبه من تزايد تدخل الدولة في شتى جوانب الحياة الاجتماعية ، الامر الذي أدى الى ان تشهد حرية التعاقد قيودا عديدة لإجبار الافراد على احترام قواعد كثيرة تتعلق بالنظام العام .

أهمية البحث قصدت فكرة النظام العام بداية حماية الطبقات الفقيرة والضعيفة في المجتمع من خلال الحد من حرية التعاقد بهدف حماية الجانب الضعيف وتحقيق التوازن العقدي ، وفي مرحلة لاحقة نهضت فكرة النظام العام لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تتبعها ، لذا شهدت الإرادة التعاقدية قيودا أخرى بهدف اجبار الافراد على احترام سياسة الدولة سواء في اطار العقود التي تبرم بين افراد عاديين او بين منتجي وموزعي السلع ، او بين شركات صناعية وأخرى استثمارية .

إشكالية البحث ان البحث في اثر النظام العام في حماية الطرف الضعيف في العقد يثير جملة من التساؤلات تتمثل بما يأتي :

١- معنى الطرف الضعيف والطرف القوي في العقد ، وماهي الوسائل المتبعة في حماية الطرف الضعيف في العقد، وهل نظمها القانون بنصوص خاصة .

٢- كما و يثار التساؤل عمّا تولده هذه الوسائل من أثار سواء تعلقت بالطرف الضعيف ام الطرف القوي .

منهجية البحث اعتمدنا في دراستنا لأثر النظام العام في حماية الطرف الضعيف في العقد ، المنهج التحليلي للنصوص القانونية في القانون المدني العراقي والنصوص القانونية في القوانين الأخرى ذات الصلة بموضوع البحث ، فضلا عن المنهج المقارن متى ما اقتضت الحاجة ذلك .

هيكلية البحث ان الإجابة عن كلّ هذه التساؤلات في هذا البحث ، يتطلب الامر تقسيمه على مطلبين: نخصص المطلب الأول للدور الحمائي للنظام العام في عقود الإذعان والايجار ، ثمّ ندرس الدور الحمائي للنظام العام في عقود الاستهلاك في المطلب الثاني .

المطلب الأول

الدور الحمائي للنظام العام في عقود الإذعان والايجار

ينشأ ضعف التوازن العقدي عن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد مما يُنشئ مركزا ضعيفا لاحدهما من الناحية العملية في مواجهة المتعاقد الاخر، وهذا الضعف يؤثر على إرادة المتعاقد بقدر يتفاوت من حيث الجسامة، حيث نكون امام إرادة قوية تقابل إرادة ضعيفة اقتصاديا، وهذا سينعكس في الغالب على نطاق العقد وشروطه وبالتالي على اثاره.

ولبيان مدى تأثير النظام العام في حماية هذه الأطراف الضعيفة في بعض العقود والتي يظهر فيها بوضوح تدخل فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد ، من خلال فرض وتشديد من قبل المشرع لقواعد حمائية للطرف الضعيف ، حيث إن ظهور فكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية كان نتيجة إجماع العديد من العوامل المترابطة والمتكاملة فيما بينها ، أهمها تراجع الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا ، مما أدى إلى تشكل معطيات وقواعد جديدة تدير العقد و تحمي الطرف الضعيف.

عليه سوف نقسم المطلب على فرعين: ندرس في الفرع الأول حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ثم نخصص الفرع الثاني لحماية الطرف الضعيف في عقد الايجار.

الفرع الأول

حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان

ابتداءً لابد من معرفة المقصود بالطرف الضعيف في العقد ، حيث ذهب بعض الفقه الى انه ((الطرف الذي تنقصه القوة الجسمية او المعنوية)) [١] ، وان الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف بحكم ضعف احدهما لأسباب متعددة كضعف المؤهلات الجسمية والنفسية او المؤهلات التقنية [٢] ، وقدر تعلق الامر بموضوع البحث ، فما

[١] – محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، المغرب ،٢٠٠٧ ،ص ٨ .

[٢] –Frederic Leclerc، La protction de la partie faible dans les contrats internationaix، Etude de conflits de lois، Tome 1، Université Rebert de Strasbourg، p 11 .

يهمنا في هذا الجانب هو الضعف التعاقدي والمتمثل بالضعف الذاتي والضعف الاقتصادي والضعف المعرفي، فالضعف الذاتي هو المرتبط بشخص المتعاقد والمتمثل بحالات تتعلق بانعدام التمييز او نقصه لدى المتعاقد لسبب يعود الى صغر سنه أو اصابته بعارض من عوارض الاهلية، او قد تتعلق بتعيب إرادة المتعاقد بسبب عارض استثنائي أَلَمَ به وهو ما يحدث في عيوب الإرادة [١] .

اما الضعف الاقتصادي فيتحقق عندما يضطر احد المتعاقدين الى قبول شروط جائرة تفرض عليه من قبل الطرف الاخر دون ان يكون له الخيار بين قبول الشروط او رفضها ، وذلك بأن يتمتع احد المتعاقدين بنفوذ وإمكانية اقتصادية كبيرة وسيطرة على السوق بما يمكنه من فرض شروط العقد ، اما الطرف الاخر فقد يكون ضعيف بسبب الحاجة والعوز ، فنكون امام طرف قوي يسعى الى الإفادة من الحالة التي يوجد فيها الطرف الضعيف .[٢]

في حين يتحقق الضعف المعرفي بانعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة والدراية بالمعلومات والبيانات الخاصة بالعقد فكثيرا ما يعتري المتعاقد ضعفا ناشئا عن جهله بمعلومات وبيانات متعلقة بالعقد يحوزها المتعاقد الآخر، أو عن قلة خبرته الشخصية بموضوع

ويتمثل الضعف الذي يلحق المؤهلات الجسمية، اما في كون الشخص عديم الاهلية او ناقصها وذلك بموجب المادة (٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل حيث نصت على ((١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجوز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢- ويخضع فاقدوا الاهلية وناقصوها لأحكام الولاية والوصاية والقوامة طبقا للشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون)). اما فيما يتعلق بالجانب النفسي فأن الضعف يتمثل اما في إصابة الشخص بمرض نفسي او عقلي او غير ذلك من الحالات المشابهة، بينما يتعلق الضعف في المؤهلات التقنية اما في ضعف التجربة او الخبرة او الكفاءة او الحاجة، وقد يكون الضعف نتيجة جهل المتعاقد الضعيف بالقانون أو الواقع نتيجة تعاقده خارج اختصاصه. ينظر محمد الهيني، مصدر سابق، ص ١٨١.

[١]- د. شروق عباس فاضل، النظرية الشخصية في تحديد نطاق العقد، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه / قسم القانون الخاص في كلية الحقوق / جامعة النهرين ، العام الدراسي ٢٠٢٢-٢٠٢٣ ، منشورة على الموقع الالكتروني: http://law.nahrainuniv.edu.iq

[٢]- د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٤.

التعاقد، بينما يتمتع المتعاقد الآخر بخبرة طويلة في هذا الجانب، فيكون الفارق القائم بينهما ليس فارقا اقتصاديا وانما هو فارقا في العلم أو المعرفة والدراية . [١].

وبالتالي ينشا الاختلال في التوازن العقدي نتيجة التوزيع غير العادل في الأداءات المتقابلة للأطراف، مما يؤدي إلى إفراز نوع فريد من التعاقد يتمحور في مجمله حول طرفين لا يملكان نفس الإمكانيات في التعاقد نتيجة لعدم التكافؤ في مراكزهما القانونية والاقتصادية ، الأمر الذي يؤدي بالطرف الضعيف إلى الخضوع لإرادة الطرف القوي والذي في كثير من الأحيان ينفرد بفرض شروط العقد التي تنطوي بعضها على قدر كبير من الظلم والتعسف في حق الطرف الضعيف بالعقد كما هو الحال في عقود الإذعان. [٢]

ففي إطار النظرية الحديثة للعقد ظهرت مجموعة من القواعد تسعى إلى حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية ومن بين هذه القواعد الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة، حيث أصبحت الدولة تقف موقفاً ايجابياً عن طريق التدخل في العلاقات التعاقدية تشريعياً وقضائياً من اجل حماية الطرف الضعيف، وذلك من خلال تحقيق المساواة ومنع التعسف، وبهذا لم يبقى العقد أمراً يخص المتعاقدين، و إنما أصبح أمراً يهم المشرع و القاضي على اعتبار أن دورهما أساسي لتحقيق التوازن العقدي. [٣]

---

[١]– د. شروق عباس فاضل، د. سارة نعمت احمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية (عقد الكفالة – عقود الاستهلاك – عقد العمل) أنموذجا ، الطبعة الأولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ص ١٧.

١– [٢]– إن التراضي في العقود معناه قبول العقد وشروطه بكل حرية لان الإرادة حرة وسائدة غير أن إطلاق الحرية للإرادة دون تقييد لا يعني قبول شروط العقد بكل حرية ، والدليل على ذلك هو أن التطور الكبير في المجال الصناعي والتكنولوجي الذي نتج عنه كثرة الإنتاج واشتداد المنافسة ، لهذا تطورت أساليب البيع والتي حولت العقود إلى عقود إذعان ، يملي فيها الطرف القوي شروطه وما على الطرف الآخر إلا القبول ولا يستطيع مناقشة الشروط أصلا، كما عرف البعض عقد الإذعان بأنه ((العقد الذي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها ، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها)) . ينظر د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ، الطبعة الرابعة ،العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١٠، ص ٤٤ .

[٣]– د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي – الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد ، الطبعة الأولى، مكتبه الوفاء القانونية ، ٢٠١٤ ، ص ١٠.

لذلك فأن عقود الإذعان تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العقد بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الاخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه، دون ان يكون له القدرة على تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الاحكام التي يتضمنها.

فضلا عن ان عقود الإذعان تطرح إشكالية أخرى وهي الاستغلال الذي يعمد اليه الطرف القوي تجاه الطرف المذعن مستغلا حاجة هذا الأخير الى الخدمات أو السلع المقدمة، فيبادر الى فرض الشروط التعسفية وهو على يقين بأن الطرف المذعن ليس امامه إلا ان يذعن لهذه الشروط.

وأوّل من نادى بالأخذ بفكرة عقد الإذعان لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية هو الفقيه سالي، والذي أطلق عليه اصطلاح (عقد الانضمام)، باعتبار أنّ أحد طرفي العقد ينضم إلى إرادة الطرف الآخر، أمّا اصطلاح عقد الإذعان فيرجع في أصل نشأته إلى الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أنّ قبول الطرف الضعيف في عقد الإذعان يأتي نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر. [١]

ولاشك ان نظرية عقود الإذعان بهذا المعنى تتضمن مفهوما خاصا لفكرة الطرف الضعيف في العقد، حيث يتحدد معنى الإذعان في العقود بالنظر الى معيارين:

١- المعيار الاقتصادي: يتمثل في أن احد طرفي العقد وهو الموجب يتمتع بنفوذ اقتصادي هائل في مواجهة الطرف الاخر بحيث تنعدم المساواة الفعلية بين مركزيهما .

٢- المعيار القانوني: يتمثل في ان ينفرد احد طرفي العقد أي الموجب بصياغة العقد وتحديد شروطه بصورة قاطعة على نحو لا تقبل المناقشة او المساومة فيها من الطرف الاخر . [٢]

وعلى العموم لا يمكن الحديث عن حماية حقيقية للطرف الضعيف دون الحديث عن حمايته من الشروط التعسفية [٣]، لأن مناط الالتزام هو الإرادة وإن كان لتلك الإرادة كقاعدة عامة أن تشترط

---

[١]- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٧٧.

[٢]- د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ٨٤.

[٣]- عرّف المشرّع الفرنسي الشروط التعسفية في المادة (٢١٢ / ١) من قانون الاستهلاك بأنّها: ((الشروط التي تهدف أو يكون من شأنها إنشاء اختلال كبير في التوزان بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب غير المهني أو المستهلك.))

Article 212-1

ما تشاء لتحافظ على مصالحها في العقد، فإن الطرف المذعن لن يجد ما يحول دون صياغة شروط قد تبدو سليمة بمنطق الحرية التعاقدية، ولكنها بميزان العدل وحسن النية هي شروط تعسفية تعكس حقيقة الهوة بين إرادة انكبت على تحضير عقد يطغى عليه هاجس الربح السريع والمصلحة، وإرادة الطرف الضعيف بالعقد التي لم تستطيع عدم قبول هذه الشروط المجحفة ، إما لعدم كفاءتها وقصور خبرتها أو ضعف مكانتها الاقتصادية.

فالشرط التعسفي هو الذي يهدد التوزان العقدي، فيزيد التزامات أحد أطراف العقد وينقص من حقوقه بصورة تجعل المتعاقد الذي انفرد بصياغة العقد يحصل على ميزة فاحشة، ويتم تحديد الشرط التعسفي من خلال النظر إلى العملية التعاقدية بمجموعها، وما أحاط بها من ظروف، فإذا تبين أنّ أحد الشروط هو الذي نتج عنه الإخلال بالتوازن العقدي جاز وصفه بالشرط التعسفي. [١]

فقد نصت المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على ((اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)).[٢]

وبهذا النص يكون المشرع قد كفل للطرف المذعن حماية أكيدة في مواجهة الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط على نحو يرفع عن الطرف المذعن ما بها من تعسف ، فضلا عن سلطته في إعفاء الطرف المذعن منها أذا وجد إن ذلك هو السبيل الى إزالة ما بها من تعسف وحماية للطرف المذعن بكونه الطرف الضعيف في العقد ، فقد اعتبرت المادة (٢/١٦٧) من القانون المني العراقي كل اتفاق يقضي بخلاف ما تضمنته بشأن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية باطلا .

"Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties' au contrat".

وقد حل هذا النص محل المادة (١/١٣٢) من قانون الاستهلاك، وذلك اعتباراً من أول يوليو ٢٠١٦ بمقتضى المرسوم رقم (٣٠١) لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١٦. كما عدّل بمقتضى المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦.

[١]– د. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد ٧، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١٥، ص ١٥٨.

[٢]– تقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري.

وللقاضي وفقاً لنص المادة (١٦٧) من القانون المدني الحقّ في أن يهدر الشروط التعسفية ، أو يخفِّف منها بما يرفع الإجحاف عن الطرف المذعن، ويتم ذلك بعد مراجعة شروط العقد وتقدير ما إذا كان الشرط الذي يطلب المتعاقد تعديله أو إلغاءه من قبيل الشروط التعسفية التي يترتب على بقائها اختلال التوازن العقدي.

ومما يلاحظ على نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بأن تدخل القاضي للتصدي للشروط التعسفية ليس إلزامياً، حيث تجعل من تدخل القاضي أمراً جوازياً، وهذا الأمر يحول بين القاضي وممارسة دوره في المحافظة على التوازن العقدي والتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان وتوفير الحماية للطرف المذعن.

فعدم النص على إعطاء القاضي سلطة التصدي للشروط التعسفية من تلقاء نفسه يقلّل بشكل كبير من فاعلية الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها بتبنيه فكرة عقد الإذعان ضمن نظرية العقد، وربط العقد بفكرة النظام العام الحمائي الذي يفرض على المتعاقدين احترام القيم والمبادئ التي يجب أن تسود العلاقات التعاقدية، وإقامة التوازن الاقتصادي والمعرفي بين طرفي العقد، وضمان عدم إضرار أحدهما بالآخر.

والاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى تنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية. [١]

ويُمكِّن القاضي من إضفاء تلك الحماية على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية غير المتوازنة، والتي يكون الطرف المذعن فيها جاهلاً بحقوقه، أو يصعب عليه مجابهة الطرف القوي أمام المحاكم عند مطالبته بتنفيذ الشروط التعسفية في العقد وللقاضي عند تقديره بأنّ العقد المطلوب تعديله من عقود الإذعان، أن يخفف من الالتزامات التي يرتبها العقد على الطرف المذعن بما يرفع عنه إجحافها، أو أن يعفي الطرف المذعن مما تضمنه العقد من شروط تعسفية بشكل كامل، وذلك بما يتفق ومصلحة الطرف المذعن وفقاً لما تقضي به العدالة.

وسلطة القاضي في إعفاء الطرف المذعن ليست مطلقة، بل تقيّدها طبيعة الشروط التي يتضمنها العقد، فهناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي البتة إعفاء الطرف المذعن منها، لأنّ إلغاءها

[١]- جيلالي بن عيسى وأمين بن قردي، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد ١، العدد ١، ديسمبر ٢٠١٩، ص ١٠.

من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار، أو الثمن في عقد البيع، ومثل هذه الشروط وإن رأى القاضي أنّها تعسفية، إلاّ أنّه لا يملك إلاّ تعديلها والتخفيف منها بالقدر الذي يعيد فيه التوازن للعقد ، وتعديل الشروط الواردة في عقد الإذعان يعني الإبقاء على العقد مع رفع أوجه التعسف فيه، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً من عدمه مسألة وقائع يبت فيها القاضي في ضوء الظروف التي أحاطت بعملية التعاقد، واستعراض التزامات وحقوق طرفي العقد وجميع الشروط التي تضمنها، فمتى ما تبين له وجود اختلال واضح بين الالتزامات المتقابلة تصدى للشرط التعسفي، وعمد إلى تقويم ذلك الاعوجاج، وإعادة التوزان للعلاقة التعاقدية.

ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة، إذ جعلت المادة (١٦٧) من القانون المدني حماية الطرف المذعن متعلقة بالنظام العام، بنصها على بطلان كل اتفاق يحول دون المطالبة بتعديل عقد الإذعان [١].

حيث إنّ الحماية التي يبتغي المشرع توفيرها للتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان، والمحافظة على التوازن العقدي في علاقة تربط طرفين أحدهما يتمتع بالقوة والنفوذ الاقتصاديين والتفوق المعرفي، والآخر يقبل على التعاقد دون إمكانية المناقشة أو الاطلاع على سائر شروط وبنود العقد، لن تؤتي ثمرها إلاّ إذا أعطي القاضي بالإضافة إلى سلطة تعديل الشروط التعسفية والإعفاء منها، سلطة أوسع في تفسير عقد الإذعان.

ولعل التوسيع على القاضي عند ممارسته لسلطته في تفسير العقد، سيساعده بشكل كبير عند قيامه بدوره في التصدي للشروط التعسفية، فصياغة عقد الإذعان ليست كصياغة سائر العقود التي يسعى أطرافها إلى بيان ما تم الاتفاق بشأنه، وتحديد شروط العقد بصورة واضحة وبطريقة تنقل المعنى المراد كاملاً، على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول الخلاف المحتمل بين طرفيه [٢]، إذ يسعى الطرف القوي الذي تولى صياغة عقد الإذعان إلى فرض الشروط التي تحقق مصلحته ، ويتم ذلك في العادة بصياغة تعزز الاعتقاد بإلزاميتها

[١] – د. عبد المجيد خلف العنزي، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة ،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، أبحاث المؤتمر السنوي ٨ ، ملحق خاص ،العدد ١٠ ،الجزء ١ ، نوفمبر ٢٠٢١ م ،ص ١٩٨.

[٢] – د. منصور حاتم محسن ود. إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد ١، العدد ١، يونيو ٢٠٠٩، ص ٤٠٧.

وضرورة امتثال المتعاقد المذعن لها [١]، كما أنّ واضع عقد الإذعان يعمد في أغلب الأحيان إلى صياغتها بشكل يجعل المتعاقد الآخر غير قادر على فهمها وإدراك مضمونها وإن تسنى له الاطلاع عليها .[٢]

ومن هنا تبرز أهمية التفسير كوسيلة معاونة للقاضي عند قيامه بواجب التصدي للشروط التعسفية التي لم تتجه إرادة الطرف المذعن إلى قبولها، والتي لا تمثّل سوى إرادة الطرف الذي تولى صياغتها، ويتم ذلك من خلال استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، واستبعاد الشروط التي لم تتفق مع قصدهما وتفسير أي شك حول تلك الشروط في مصلحة الطرف المذعن.

لذلك لم يجعل المشرِّع العراقي تفسير عقد الإذعان محكوماً بالضوابط والقيود ذاتها التي تحكم القاضي عند ممارسته لدوره في تفسير العقود التي حدّدتها المادة (١٦٦) من القانون المدني في تفسير الشك لمصلحة المدين ، ونص صراحة على تمتع عقد الإذعان بخصوصية تجعل القاضي ملزماً عند تصديه لتفسير عقد الإذعان، بتفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً، سواء أكان دائناً أم مدينا، وهذا يمثل خروجا على الأصل العام. [٣]

وخروج المشرِّع عن الأصول التي تحكم تفسير العقود بشكل عام، وتخصيص عقد الإذعان بقاعدة خاصة تجعل الشك يُفسّر دائماً لمصلحة الطرف المذعن، جاء بسبب الطبيعة الخاصة لعقد

---

[١]– وهذه الشروط قد تتعلق بطريقة الوفاء بثمن السلعة أو بتسليمها وصيانتها وضمانها، أو بالاشتراك في خدمة وما تتضمنه من شروط مجحفة تمنع الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء، أو تلزمه بأداء الشرط الجزائي الجائر عند عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته وغير ذلك من الشروط التعسفية.

[٢]– أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،السنة١٦، العدد١، ١٩٩٢،ص٢٦٢ ود. منصور حاتم محسن ود. إيمان طارق مكي، مصدر سابق، ص ٤٠٩.

[٣]– نصت الفقرة (٣) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي على ((ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا)) . حيث ان الأصل أن يُفسّر الشك في مصلحة المدين، عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله ، وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى بأن يُفسّر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن، دائناً كان أم مديناً، فالمفروض أنّ العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما تُمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحةً بيّنةً، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته؛ لأنّه يعتبر متسبباً في هذا الغموض، فضلا عن اختفاء الإرادة المشتركة للأطراف في عقد الإذعان، لكون أن الطرف المذعن لم يصدر قبوله بعد مفاوضات، وإنما قام بالتسليم مباشرة بالشروط التي وضعها الموجب دون مناقشة. ينظر: د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ١٩٨٥ ، ص233.

الإذعان التي تجعل المتعاقد الآخر الطرف القوي هو الذي يتولى منفرداً صياغة العقد وتحديد شروط التعاقد؛ لذلك فهو يتحمّل تبعة أي غموض يرد في عبارات العقد وفي شروطه؛ لأنّ بإمكانه تلافي ذلك الغموض عند صياغة شروط العقد .

ومن الجدير بالذكر إن حالات الغموض في عبارات العقود وبنوده تكون في كثير من الأحيان مقصودة من الطرف القوي في العقد، لاستعمالها كوسيلة احتيالية لتمرير وفرض بعض البنود التعسفية، وهنا نجد أن المشرع من خلال قواعد النظام العام الحمائي قد وجه القاضي نحو ضرورة تفسير الشك في العبارة الغامضة لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا، فعندما تستدعي الحاجة ينبغي النظر إلى كل شرط من شروط العقد على حدة عندما تقوم الحاجة إلى تفسير أي منها، فإذا قام الشك فُسر هذا لمصلحة الملتزم بخصوص الشرط الذي شابه الغموض. [١]

وهذا ما يدل على اهتمام النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ومنع أي غموض من شأنه أن يحمل في طياته شروطا تعسفية مجحفة في حقه، فيمكن القول إن السلطة الممنوحة للقاضي في ظل قواعد القانون المدني تُعد خروجا عن المألوف إذ أن القاضي يستطيع تعديل الشرط ولو كانت عباراته واضحة، فوضوح العبارة لا يمنع التعديل ما دام قد شابه الطابع التعسفي، فالغموض ليس شرطا للتعديل بل صفة التعسف إذا اقترنت بأي جانب من العقد فإنها تخضع لسلطة القاضي، أما الشرط الغامض فيفسر عند الشك لصالح الطرف المذعن فيلزم القاضي عند قيامه بتفسير بنود العقد . [٢]

فالقاضي يفسر العقد ويستعين في هذا التفسير بالنظام العام كفكرة مرنة، طبقا لمقتضيات الزمان والمكان، وبذلك يستطيع أن يصل إلى تفسير العقد وفق فكرة النظام العام ، كون ما لا يتفق مع مفهوم هذا الاخير يضر بمصلحة الطرف الضعيف، ومما يجب أخذه بعين الاعتبار هو إن القاضي أما أن يقصد التخفيف في التزامات المتعاقد الضعيف أو زيادة التزامات المتعاقد القوي، فعن طريق تفسير العقد يستطيع القاضي أن يستنطق بنوده ويستكشف منها الالتزامات الضمنية ، فضلا عن مد نطاق الالتزامات المتفق عليها صراحة، وبالنسبة للطرف القوي بالإمكان أن يقيد من مدى بعض الشروط على نحو يخرجها عما تقتضيه ألفاظها أو روح الاتفاق أو حتى تجاهلها كلياً

[١] – د. عبد الحكم فوده، **تفسير** العقد، في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥ ، ص ٢٥٠.

[2] -Gérard Farjat**,** L’ordre public économique, These de doctorat, Dijon, 1961, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, paris, 1963**.** p 171.

. [١] كما تستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن على اعتبارات العدالة المتمثلة في محاولة حماية الطرف الضعيف لتحقيق التوازن العقدي. [٢]

الفرع الثاني

حماية الطرف الضعيف في عقد الايجار

انطلاقا من فكرة تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، يلتزم المؤجر بتسليم هذه الأخيرة في حالة تصلح للاستعمال المعد لها [٣] ، وحتى يكون الانتفاع هادئا وكاملا يلتزم فضلا عن ذلك بالضمان، ويتفرع هذا الالتزام على نوعين، ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، و يتحقق التعرض عندما يقوم المؤجر أو غيره بعمل أو تصرف يؤثر سلبا على انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وبالتالي على حيازته لها، وهو نوعان تعرض شخصي من المؤجر وتعرض صادر عن غيره، وعليه يلتزم المؤجر بالامتناع عن كل تعرض شخصي للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة أو بملحقاتها، ويشمل هذا الضمان التعرض القانوني [٤] والتعرض المادي [٥] وهذا ما نصت عليه

---

[١]– د. محمد مصطفى غازي زيدان، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٠٣.

[٢]– د. مقني بن عمار، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد ١٠ ، السنة ٢٠١٤ ، ص ١٦٢.

[٣]– نصت المادة (٨) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ((على المؤجر ان يسلم المأجور للمستأجر بحالة تصلح للانتفاع به وفق العقد)) .

[٤]– التعرض القانوني: هو ادعاء المؤجر حق يتعارض مع حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، ومثال ذلك أن يقوم شخص بتأجير عين غير مملوكة له، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب كسب الملكية كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي، وهنا لا يجوز للمؤجر أن يحتج في مواجهة المستأجر بهذه الملكية بعد الإيجار بهدف استرداد العين المؤجرة منه، لكن إذا حصل هذا الاحتجاج فللمستأجر أن يدفع دعوى المؤجر بالتزامه بضمان تعرضه الشخصي. ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص ٣.

[٥]– التعرض المادي: يقصد به كل فعل صادر عن المؤجر يخل بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو بملحقاتها كليا أو جزئيا، دائما أو مؤقتا ويتحقق معه التعرض دون أن يستند في القيام به إلى حق يدعيه، ويميز بعض الفقهاء بين نوعين من التعرض المادي، تعرض قائم على أعمال مادية محضة، ومن أمثلته دخول المؤجر الأرض الزراعية المؤجرة لقطف بعض ثمارها. ينظر د. رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٠ ، ص ٨٥٥. وتعرض قائم على أعمال قانونية.

ومن امثلته كأن يبيع المؤجر العين المؤجرة، وهنا يمكن للمشتري أن يُخرِجَ المستأجر منها إذا لم يكن تاريخ الإيجار أسبق من تاريخ البيع، ولا يتحقق التعرض عندئذ إلا إذا قام الغير فعلا بمباشرة الحق الذي آل إليه من المؤجر، كأن يقوم المشتري

المادة (١/٧٥٣) من القانون المدني العراقي [١]، ويترتب على تحققه حق المستأجر في التنفيذ العيني، أو الفسخ، أو إنقاص بدل الإيجار[٢]، كما يضمن المؤجر التعرض القانوني الصادر عن الغير، وفي هذه الحالة يكون للمستأجر الحق في التعويض والحق في رد التعرض باستعمال جميع دعاوى الحيازة في مواجهة المتعرض،[٣] وإذا أخفق المؤجر في صد هذا التعرض، واستحق المتعرض العين ما أدى إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بها وجب عليه ضمان هذا الاستحقاق ، ويكون لهذا الأخير الحق في فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض. [٤]

وقد جعل المشرع التعرض الصادر من المؤجر والتعرض الصادر من تابعيه على قدم المساواة، إذ عَد هذا التعرض الأخير بمثابة التعرض الشخصي الصادر من المؤجر.

فضلا عن ذلك يضمن المؤجر كل عيب يوجد في العين المؤجرة يؤدي إلى حرمان المستأجر من استعمالها أو ينقص من هذا الاستعمال إنقاصا محسوسا، ويقصد بالعيب الموجب للضمان كل آفة تلحق بالعين المؤجرة تحول دون انتفاع المستأجر بها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا معتبرا، ويضمن المؤجر جميع العيوب بإستثناء تلك التي جرى العرف على التسامح فيها، كما يضمن خلو العين من الصفات التي تعهد بها،[٥] ويترتب على تحقق العيب حق المستأجر في إنقاص بدل الإيجار، أو الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى .

بإخراج المستأجر من العين. ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، طبعة جديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٧ ١٥٨.

[١]– نصت المادة (١/٧٥٣) من القانون المدني العراقي على ((لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ، ولا ان يحدث في المأجور تغييرا يمنع من الانتفاع به او يخل بالمنفعة المعقود عليها)).

[٢]– د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الايجار – المقاولة) ،الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص ٢٤٤ .

[٣]– نصت المادة (٢/٧٥٣) من القانون المدني العراقي على ((ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه او من اتباعه بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر اخر ، او من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر.)).

[٤]– نصت المادة (٢/٧٥٤) من القانون المدني العراقي على ((فإذا ترتب على هذا التعرض ان حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الواجب بعقد الايجار له تبعا للظروف ان يطلب الفسخ او انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتضى)).

[٥]– نصت المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي على ((١– يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح

ومن الجدير بالذكر بأن هذه الاحكام والتي تُعد من القواعد العامة وكون عقد الايجار من العقود الرضائية التي تنعقد بتوافق إرادة المتعاقدين والتي يجوز الاتفاق على خلافها ، إلا ان المادة (٧٥٩) قيدت هذه الاحكام بنصها على ((يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب ، اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان)) ، وهذا النص ما هو الا تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء وان أي اتفاق على الاعفاء من الغش غير جائز لمخالفته النظام العام ، وهذا ما ينطبق على العيب أيضا فعلى الرغم من اشتراط ان يكون العيب خفيا لكي يضمنه المؤجر إلا انه يضمنه حتى لو لم يكن خفيا إذا كان قد أكد للمستأجر خلو العين المؤجرة من العيب او تعمد اخفاءه غشا منه . [١]

إضافة الى ان حق المؤجر في صيانة المأجور تقتضي أن يتمكن من الاطلاع عليه، فلا بد أن يلتزم حدود هذا الحق، وأن يمارسه في إطار الغرض منه، وإلا يمكن أن يعد متعسفا في استعمال حقه [٢]، وعليه لابد من إخطار المستأجر بالوقت الذي يطلع فيه على المأجور ، وان يكون هذا الوقت ملائما للمستأجر ليتخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على خصوصيته، كما يجب أن يكون الاطلاع في حدود الغرض منه، وهو التثبت من حالة المأجور[٣] ، فان تجاوز ذلك، عُدّ للمستأجر

فيها . ٢- وهو مسؤول أيضا عن خلو المأجور من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع به ، كل هذا مالم يقضِ الاتفاق بغيره)).

[١]- د. سعيد مبارك و د.صاحب عبيد الفتلاوي و طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة (البيع – الايجار- المقاولة)، ط١، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٢٨١.

[٢]- ان التزام المؤجر في الشريعة الإسلامية مصطبغ بصبغة سلبية ، لانهما لا يلزمان المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع ، بل يقتصر التزامه على مجرد ترك المستأجر ينتفع ولا يلزمانه بشيء من صيانة العين المؤجرة في اثناء مدة انتفاع المستأجر بها ، على عكس القانون الذي يقضي بالتزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة اثناء مدة انتفاع المستأجر بها . ينظر د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني – العقود المسماة – المجلد الثاني – عقد الايجار ،ج٣، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٩٩.

[٣]- ولما كان من شأن ما تقدم أن يفوت على المستأجر الغرض الرئيس من إبرام عقد الإيجار أو بعضه، فانه يشترط لممارسة المؤجر حقه في إجراء الصيانة شرطان هما ١- يجب أن تكون هذه الإصلاحات ضرورية أي ان يكون اجراؤها لازما وضروريا لحفظ المأجور ،وهذا ما نصت عليه المادة (١/٧٥٢) من القانون المدني العراقي بنصها على ((إذا احتاج المأجور لعمارة ضرورية لصيانته فليس للمستأجر أن يمنع المؤجر عن إجرائها فأن ترتب على ذلك ما يضر بالسكنى او يخل بالمنفعة جاز للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار او انقاص الأجرة)) ، تقابلها المادة (٥٤٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨. ٢- يجب أنْ تكون الصيانة أو الإصلاحات مستعجلة، فلا يمكن لهذه الصيانة أنْ يكون ممكنا للمؤجر تأجيلها.

متعسفا في استعمال حقه في الصيانة، أو يمكن عدّ فعله هذا تعرضا ماديا للمستأجر في الانتفاع بالمأجور ومن ثم تثبت للمستأجر جميع الحقوق المقررة لضمان التعرّض المادي الصادر من المؤجر شخصيا.[١]

اما فيما يخص تخلية العقار والتي نصت عليها المادة (١٧) من قانون ايجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل [٢] فقد اشترط المشرع العراقي عدة شروط لتخلية العقار المستأجر لغرض اضافة بناء عليه ، وذلك من اجل حماية المستأجر من خلال بيان المصلحة في طلب التخلية والاجراءات الادارية لغرض الحصول على الموافقات الرسمية في إضافة هذا البناء وكيفية تبليغ المستأجر بالتخلية وحقوق المستأجر في ذلك،[٣] فقد اشترط المشرع هذه الشروط الواردة في المادة (١٩) من قانون ايجار العقار لغرض حماية المستأجر من تحكم المؤجر وتعسفه في استعمال سلطته أو التحايل من أجل إخراجه من المأجور. [٤]

وبما أن من مقتضيات العقود الملزمة للجانبين تنفيذ الالتزامات العقدية بين المتعاقدين وإلا اعتبر ذلك إخلالا بالالتزامات العقدية، يترتب عليه وفقا للقواعد العامة في القانون المدني الحق في طلب الفسخ والمسؤولية العقدية إذا ما تضرر الطرف الآخر. ويعتبر عقد الإيجار أحد هذه العقود التي تخضع للقواعد العامة، حيث أن التزامات المؤجر تجاه المستأجر تقتضي تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وفي مقابل ذلك يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة وفقا لما هو متفق عليه في عقد الإيجار.

---

[١]– كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد الإيجار ، ج ١ ، ط ٢ ، بدون مكان طبع، ١٩٧٦ ،ص ١٥١ وما بعدها .

[٢]– نصت الفقرة (١١) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ((لا يجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لاحد الأسباب الاتية : ١١– اذا أراد المالك إضافة طوابق جديدة الى بناء قائم وكانت تخلية المأجور كلا او جزءا ضرورية بالقدر الذي تقتضيه طبيعة العمل)) .

[٣]– د. شروق عباس فاضل ، د.قحطان سلطان موسى ، الاحكام القانونية لتخلية العقار في عقد الايجار "دراسة مقارنة" ، الطبعة الأولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، ٢٠٢٤، ص ١٥٩ وما بعدها.

[٤]– نصت المادة (١/١٩) من قانون ايجار العقار العراقي النافذ رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩على ((يشترط لتطبيق الفقرتين (١٠– ١١) من المادة السابعة عشر من القانون ان يوجه المالك إنذاراً الى المستأجر مرفقة به صورة مصدقة من اجازة البناء قبل مدة لا تقل عن (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ طلب التخلية وأن يشرع بالهدم والبناء خلال مدة لا تزيد على (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ التخلية الفعلية)) .

وان دور القاضي ينحصر بكون مهمته تتمثل في احقاق الحق باعتباره الغاية المثلى، وليس تطبيق النصوص الجامدة في القانون، فالقاضي يمتلك اساسا قانونيا يبيح له تحديد محتوى النظام العام، لأنه تقع على عاتقه مسؤولية الدفاع عن المبادئ الاساسية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي يحكم فيه.

وبالتالي يتوجب على القاضي أن يبحث فيما وراء النصوص والقواعد مستلهما روح التشريع ومعناه وما هي السياسة التشريعية والغاية التي ارادها المشرع من تشريع المبادئ والقواعد، فغالبا ما تكون علة الحكم خارج منطوق النص والفاظه من اجل تحقيق المصلحة والعدل التي ارادها الشارع من تشريعه، تحقيقا لما اراد في اوسع نطاق ومدى، هذا مع الاخذ بعين الاعتبار الظروف والملابسات التي تحيط بالأشخاص والوقائع واثرها في تشكيل علة الحكم ضمانا لمشروعية نتائجه، فالعبرة بالنتائج العملية الواقعة او المتوقعة، وهذا يعني ان محتوى النظام العام لا يحدده فقط التشريع، وانما يقوم ايضا بتحديده القضاء في الحالة التي يغيب فيها النص على اعتبار القاعدة موضوع النزاع هي من النظام العام او في حالة غياب القاعدة كليا، حيث ان هناك توافق على ان هناك مصادر اخرى للنظام العام غير القانون. [١]

علما ان الدور الذي يقوم به القاضي هو من قبيل الرقابة الاجتماعية على القانون تجري من خلالها عملية فحص او قبول او رفض المصالح المتنافسة، لان وظيفة المحاكم باعتبارها الوكيل الاسمى للقانون فرض الرقابة الاجتماعية . [٢]

حيث ان السلطة القضائية في مجال تحديد الابعاد الغائية لمفهوم فكرة النظام العام تقوم بدور مهم، من خلاله تعمل على وزن وقياس مدى مشروعية التصرفات الفردية والجماعية والمؤسسية من منظور قيم وافكار وفلسفة الجماعة. [٣]

وبالتالي يترك للقاضي مهمة تفسير هذه القيم والافكار من خلال الروح السائدة في المجتمع، الامر الذي يفضي الى اعتبار القاضي مشرعا أو يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة التي

---

[١]– جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د. فيصل كلثوم ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ص ١١٣ .

[٢]– دينيس لويد ، فكرة القانون ، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، ١٩٨١ ، الكويت ، ص ٢٥١.

[٣]– عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

تسمح لـه التقيد بكليات ومصالح امته ، فكانت القواعد الكلية في القانون المدني خير موجه ومرشد ودليل للقاضي في بلوغ العدل والمصلحة حفاظا على مقتضيات النظام العام من خلال تأسيس حكمه عليها و وصوله الى الغاية التي شرعت من اجلها واحقاق الحق، فمثلا بالرجوع الى قاعدة (الأمور بمقاصدها) ، بمعنى في اصله مشروعا حتى يكتسب المشروعية لا بد ان يكون الباعث عليه مشروعا، فمثلا عقد الايجار الذي يتم بين المستأجر والمؤجر مستكملا شروطه واركانه مشروعا بأصله، لكن اذا كان باعث المستأجر من الاجارة هو فتح بيت للدعارة مثلا، يكون التصرف باطلا بالنظر الى باعثه .

بينما بالرجوع الى قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني) يستطيع القاضي من خلالها التوصل الى حقيقة العقد وتكييفه بغض النظر عن مسماه من قبل الاطراف، فالقاضي لا يتقيد عند تكييفه للعقد بالوصف الذي اطلقه عليه المتعاقدان، ولو كانت عبارة الوصف واضحة، فالوصف الظاهر قد لا يطابق حقيقة العقد رغبة من المتعاقدين في اخفاء حقيقة التعاقد او لخطأ ارتكباه، وفي الحالتين يكون واجب القاضي تحديد الوصف القانوني الحقيقي للعقد ، لأنه يتوقف على هذا التحديد معرفة القواعد القانونية التي تحكم التعاقد .

فضلا عن رجوعه الى قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، يلاحظ ان هذه القاعدة تعد الاساس في منع الضرر مطلقا قبل وقوعه وبعده، وترتب نتائجه والتعويض عليه، والضرر أما أن يكون واقعا فعلا فتجب أزالته سواء نشأ عن فعل مشروع أو غير مشروع في الاصل، وقد يلجأ القاضي الى الموازنة فيدفع الضرر الاشد بالضرر الاخف، وأما ان يكون الضرر متوقعا فيجب دفعه لان ذلك اولى من أزالته بعد الوقوع عملا بأحكام القاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان) ، ودفع الضرر قبل وقوعه أو إزالته بعد الوقوع قد ينتج عنه ضرر آخر، فيتعارض الضرر المراد أزالته أو دفعه مع ضرر ينشأ عنهم.

وأخيرا فأن هذه القواعد وغيرها يستأنس القاضي بها للوصول الى الاساس الذي يمكن ان يبني عليه حكمه، فهي خير موجه له في تطبيق نصوص القانون و قواعده بناء على الغاية من تشريعها وصولا الى العدل والعدالة وحماية لمقتضيات النظام العام .

المطلب الثاني

الدور الحمائي للنظام العام في عقود الاستهلاك

ينبغي ابتداءً ان نتطرق الى تساؤل مفاده مدى كفاية فلسفة توظيف اعتبارات النظام العام القائمة في القانون المدني الحالي لتوفير الحماية المطلوبة للمستهلك في عقود الاستهلاك؟

في واقع الامر يجب أن يوضع في الاعتبار إن جانبا من احكام القانون المدني يمكن تطبيقها في مجال عقود الاستهلاك ، ليس فقط لكونه الشريعة العامة المنظمة للعلاقات العقدية وانما لكون تلك الاحكام أيضا تنظم حلولاً مناسبة لعدد من الإشكاليات القائمة في مجال عقود الاستهلاك ، لذلك فإن تلك العقود في النهاية لا يمكن فصلها عن طبيعتها كعقود تخضع لمظلة القانون المدني ، ولكن لا يجب اغفال إن عقود الاستهلاك قد أخرجت إشكاليات مستحدثة لم تدر في خلد القانون المدني ، ومن هنا ظهرت الحاجة لوضع حلول تشريعية لتلك الاشكاليات وهو الطريق الذي سار عليه المشرع العراقي بإصداره قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

حيث ان التطور التكنولوجي الذي تحقق في منتصف القرن العشرين كان من نتاجه ازدحام الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من قبل من السلع الاستهلاكية ومنها الحاسبات الالية ووسائط النقل مختلفة الأنواع والاشكال وكل ما حققه هذا التطور من فوائد لجمهور المستهلكين من تحقيق الرفاهية وسهولة الحياة ، إلا انه وعلى الرغم من ذلك فأن الامر لم يخلو من المضار بالنسبة اليهم ، لذلك كان من الطبيعي ان تجد مشكلة حماية الطرف الضعيف من الاضرار التي تسببها المنتجات اهتماما ملحوظا في الدول الصناعية الكبرى لإيجاد الاليات القانونية لتوفير اكبر قدر من الحماية، مما حدا بالمشرعين في مختلف الدول الأجنبية والعربية الى اصدار قوانين لحماية المستهلك.[١]

[١]- عرف المشرع العراقي المستهلك في نص المادة (١/خامسا) بأنه ((الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة او خدمة بقصد الإفادة منها)) . تقابلها المادة (١/١) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ بنصها على ((كل شخص طبيعى أو اعتبارى يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص)).ومن الملاحظات الواردة على تعريف المشرع العراقي هي امتداد مصطلح المستهلك ليشمل الشخص الطبيعي والمعنوي ، كما انه لم يفرق بين المهني وغير المهني ، فضلا عن عدم بيان الغرض من التزود بالسلعة ، هل هو لإشباع الحاجات الشخصية ام للأغراض المهنية . ينظر د. شروق عباس فاضل ، دراسة في قانون حماية المستهلك العراقي ودوره في تنمية الوعي القانوني ، دار المسلة ، ٢٠٢١ ، ص ٨ .كما عرفت لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي المستهلكين بأنهم ((الأشخاص الطبيعيون او المعنويون الذين ينتمون للقانون الخاص ويكتسبون او يستعلمون الأموال او الخدمات لغرض غير مهني)) . بينما عرف القضاء الفرنسي المستهلك بانه ((كل شخص يدخل طرفا في علاقة عقدية للتزود بالسلع والخدمات بغية اشباع حاجاته الشخصية)). ينظر د. عبد الحميد الدياسطي عبد الحميد ، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧-٢٨ .

ولم يرد تعبير عقد الاستهلاك في قانون حماية المستهلك العراقي ، اما في قانون الاستهلاك الفرنسي فاكتفى بذكر مصطلح (عقد الاستهلاك) في نص المادة (٢/٢١١) دون وضع تعريف له [١] ، على الرغم من ان عقد الاستهلاك يُعد من أكثر العقود تداولا على الساحة الاقتصادية ويتميز بكونه غير متوازن بين أطرافه حيث يتواجد المحترف في مركز قوة بينما يتواجد المستهلك في مركز ضعف ، وبالتالي فالطرف الضعيف هنا هو المستهلك نتيجة جهله بالكثير من عناصر المنتوجات المعروضة عليه من جهة ومن جهة أخرى تغير تلك المنتوجات في الأسواق بوتيرة سريعة جدا ، بالإضافة إلى اعتماد المحترف على احدث وسائل التسويق لإغراء المستهلك بإبرام عقود استهلاكية دون اخذ مهلة كافية للتفكير .

بينماعرفته المادة (٦) من التشريع الأوروبي رقم (٥٩٣) سنة ٢٠٠٨ بأنه ((العقد المبرم بين شخص طبيعي (المستهلك) من جهة من اجل الحصول على ما يلزمه من سلع وخدمات لغرض خارج مطاق تجارته او مهنته مع شخص اخر (المهني/ المحترف) الذي يمارس نشاطه كمهني / محترف لغرض تجارته او مهنته)) [٢].

وعليه نقترح تعريف عقد الاستهلاك بأنه ((عقد يبرم بين طرفين المستهلك والمهني بمقتضاه يتلقى الأول سلعا او منتجا او خدمةً من الثاني بهدف اشباع حاجاته الاستهلاكية ، الشخصية او العائلية مقابل ثمن معلوم)) .

ونظرا لعدم توازن العلاقة التعاقدية بين المستهلك و المهني والتي اطلق عليه المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك بالمجهز [٣] لما يملكه المهني المحترف من قوة اقتصادية و تفوق علمي ، بينما يُعد المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و تُعد عقود الاستهلاك مجالا لاستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة من خلال الشروط التي يضمنونها لعقودهم ، بحيث لا يكون للمستهلك سوى الخضوع لهذه الشروط التي تخدم مصالح المهنيين، وبسبب سعي و طمع المنتجين و التجار إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح و بلوغ أعلى نسبة من التسويق ولو كان

١- Article 211-2

"Les conditions générales applicables aux contrats de consommation mentionnent" ...

٢-عبد الرحمن عدنان صيداوي ، البند التعسفي في العقد ، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٢١ ، ص ٧٢.

٣- عرف المشرع العراقي المجهز في نص المادة (١/سادسا) بأنه ((كل شخص طبيعي او معنوي منتج او مستورد و مصدر او موزع او بائع سلعة او مقدم خدمة سواء اكان اصيلا او وسيطا او وكيلا)) .

هذا على حساب المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، وهذا ما جعل المشرع يتدخل في تنظيم هذا النوع من العقود ليضمن الحماية الفعالة للمتعاقد الضعيف ، فقد اصدر قانون حماية المستهلك الذي وضع عدة التزامات على عاتق المهني حمايةً للمستهلك.

وفي بداية الامر كان الانضباط الذاتي هو المصدر الوحيد لحماية المستهلك فالمنتج يسعى الى نيل ثقة المستهلك من جهة لان هذه الثقة هي العامل الوحيد لنجاحه والمستهلك يفضل القيم المضافة فيما وراء حصوله على المنتج ذاته او استفادته بالخدمة المقدمة من جهة أخرى [١].

وقد سبقت الإشارة الى ان قواعد النظام العام الحمائي تهدف في الأساس الى حماية بعض الفئات الضعيفة خصوصا في علاقات الاستهلاك التي عادة ما تكون بين طرفين احدهما قوي اقتصاديا وتقنيا والذي يبرم العقود مع المستهلكين مستغلا مركزه وخبرته القانونية في ادراج الشروط التي تحقق مصالحه ، والطرف الاخر المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد والذي يكون في مركز ضعف نظرا لافتقاره للمعلومات التقنية من جهة، وتأثره بوسائل الدعاية والإعلان المضلل من جهة أخرى، وتحت ضغط إغراءات وتسهيلات المهني، فلا يجد سبيلا سوى الإقبال على طلب السلعة أو الخدمة وإتمام التعاقد .

حيث ان من الثابت في عقود الاستهلاك ان المستهلك يجد نفسه امام عقد نمطي مُعَد سلفا من جانب المهني وعلى المستهلك ان يقبل بهذا العقد بكل شروطه او يرفضه جملة ، ولا يجد المستهلك امام حاجته الملحة للسلعة او الخدمة إلا أن يقبل العقد بكل شروطه ولو كانت شروطا تعسفية مجحفة بحقه ،[٢] وبذلك تتحقق للطرف القوي في العقد ميزة مجحفة ، ولما كان تقدير هذه الميزة اذا كانت مجحفة او لا هو تقدير نسبي غير محدد ، ولكن يمكن القول بأنه يتحدد على أساس النظر الى مجموع العقد [٣].

---

[١]– د. أسامة احمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥ .

[٢]– د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٩٩ .

[٣]– د. عبد الله حسين علي محمود ، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي (دراسة مقارنة بين دول الامارات العربية المتحدة والدول الأجنبية) ، بدون سنة نشر ، ص ١٤٤ .

ومن هنا فكثير ما تؤدي هذه العلاقات الى اختلال واضح بين اداءات الأطراف من جهة كما قد تنتهي بالحاق اضرار قد تكون مادية تنصب على الشيء محل التعاقد وقد تبلغ هذه الاضرار درجة اخطر حين تلحق بالمستهلك اضراراً جسمانية في شخصه او لاحد افراد عائلته .

وعليه فقد عمدت اغلب التشريعات الحديثة الى التدخل عن طريق قواعد النظام العام الحمائي بمجموعة من الاليات تهدف الى دعم الطرف الضعيف ومن ذلك التدخل وإقرار التزامات قانونية على عاتق الطرف القوي كتلك الالتزامات التي يفرضها قانون حماية المستهلك على المجهز والمعلن ، تحت طائلة عقوبات مدنية بل وحتى جنائية لحمله على الوفاء بها كالالتزام بالإعلام والضمان [١]. ومن الجدير بالذكر بأن جزء كبير من الشروط التعسفية يكون الهدف منها هو التخفيف من التزامات المهني والحد من مسؤوليته وفي بعض الأحيان اعفاءه من هذه الالتزامات بشكل مطلق وإلغاء مسؤوليته، ويدخل ضمن هذا الجانب على سبيل المثال :

- احتفاظ المهني لنفسه فقط بالحق في ان يغير خصائص المنتوج او السلعة المزمع تسليمها او الخدمة المزمع تقديمها .
- اعفاء المهني من المسؤولية القانونية او الحد منها في حالة وفاة المستهلك او اصابته بأضرار جسمانية نتيجة اهمال من جانب المهني .
- جعل التزام المهني خاضعا لشرط مرهون تحقيقه بإرادته وحده .
- إعطاء الحق للمهني في فسخ العقد دون منح الامكانية ذاتها للمستهلك .
- منح المهني الاذن في انهاء العقد غير محدد المدة دن اعلام سابق وفي اجل معقول .
- تخويل المهني الحق في تحديد ما اذا كان المنتوج او السلعة او الخدمة مطابقة لما منصوص عليه في العقد مع سلب هذا الحق من المستهلك . [٢]

ومما تقدم ذكره نلاحظ بانه على الرغم من ان نظرية المسؤولية العقدية تعطي لأطراف العلاقة التعاقدية كمبدأ عام جواز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية في اطار مبدأ سلطان

---

[١]– اما في الشريعة الإسلامية فقد كان نظام الحسبة من اهم أنظمة حماية المستهلك ، ويقصد بالحسبة في اللغة : ادخار الاجر والثواب عند الله . اما في الاصطلاح : فيعني ((وظيفة دينية من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين ، يعين لذلك من يراه اهلا له فيتعين فرضه عليه ويتخذ الاعوان على ذلك)) . ينظر مقدمة بن خلدون ، عبد الرحمن بن خلدون ، الجزء الثالث ، ١٩٧٠ ،ص ٢٠١ .

[٢]– د. عبد الرفيع علوي ، حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك – تأصيلا ونشأة وتطورا ومالا، الطبعة الأولى ، دار الافاق المغربية ، المغرب ، ٢٠٢٣ ، ص ١٠٠–١٠١ .

الإرادة ، إلا ان هذه الحرية ليست مطلقة في هذا الميدان انما هي مقيدة بمجموعة من الضوابط القانونية والمتمثلة بقواعد النظام العام الذي يعد قيدا على حرية المتعاقدين في الشروط المجحفة والمعفية من الضمان والمسؤولية .

وبما ان المستهلك يُعد طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية فعلى هذا الأساس تقررت حمايته في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك ، عليه سنقسم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول حق المستهلك في الاعلام ، ونخصص الفرع الثاني لحق المستهلك في العدول عن التعاقد .

الفرع الأول

حق المستهلك في الإعلام

شهد التقدم الصناعي والتقني الذي أصبح يطبع مختلف السلع والخدمات تطورا هائلا في هذا المجال، الذي رتب جملة من التعقيدات القانونية والتي باعدت الفجوة بين المهني صاحب الخبرة والاحتراف والذي يملك القدرة المالية غير المحدودة، وبين المستهلك الذي يجهل المعلومات والبيانات المتعلقة بالمنتج، ولتدارك هذه الفجوة اعطى المشرع للمستهلك مجموعة من الحقوق من بينها إعلام المستهلك بكافة المعلومات اللازمة لتبصيره وجعله على بينةٍ من أمره عند إتخاذ قراره بالتعاقد [١].

حيث إن عدم التكافؤ بين المستهلكين والمهنيين يعود بالدرجة الأولى إلى عدم مساواة إعلامهما، فالمهنيون يعرفون المنتجات والخدمات المعروضة في السوق أكثر من المستهلكين ، في حين أن المستهلكين معظمهم غير قادرين على الحكم على المنتجات أو الخدمات ، فإعلام المستهلك عامل لشفافية السوق وتطوير المنافسة، فإذا كان المستهلك عالما بالمنتج كانت له سلطة وحرية الاختيار، أما إذا كان يعوزه العلم أو كانت له معرفة غير كافية، حال ذلك دون حرية واستقلال القرار لديه، لذا صار الإعلام حقا أساسيا للمستهلك، باعتباره شرطا لحرية الاختيار، والإعلام قد يكون من جانب المهنيين، كما قد يكون من جانب أجهزة حماية المستهلك [٢].

ويقصد بالالتزام بإعلام المستهلك هو((التزام يرمي إلى تنوير المستهلك وتمكينه من الإقدام على اقتناء المنتج أو الخدمة عن إرادة حرة وسليمة، فهو لا يستطيع تحديد أوصاف المنتج ومكوناته إلا

[١]– نصت المادة (٦/أولا/أ) على ((للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :أ– جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة)) .

[٢]–د.شروق عباس فاضل ،دراسة في قانون حماية المستهلك العراقي ودوره في تنمية الوعي القانوني ،مصدر سابق،ص٣٢– ٣٦ .

بناء على البيانات التي تعطى له، وهو التزام يجد مصدره في القانون مثله مثل الالتزامات الأخرى.)) [١]

وبما ان المستهلكين يمثلون الفئة الغالبة في المجتمع وهم يقتنون ما يحتاجون إليه من سلع وخدمات بشكل كبير، والغالبية منهم لا يتسمون بالإدراك والوعي الاستهلاكي الذي يسمح لهم بمعرفة حقوقهم على عكس طرف المهنيين الذين يتسمون بالاحتراف خاصة وان هؤلاء هدفهم الوحيد هو تحقيق الربح، مما يجعلهم يحيدون عن الأُسس والقواعد القانونية الكفيلة بحماية المستهلك وما عليهم من التزامات اتجاههم.

ونظرا لتزايد عدد المستهلكين وزيادة الطلب على حاجياتهم لم يعد تدخل الدولة مقتصرا على توفير هذه الحاجيات، بل لابد من حماية هذه الفئة من صانعين و منتجين محترفين لأن الكفة غير متوازنة بين الطرفين، وتحقيقا لهذه المعادلة استوجبت النصوص القانونية على المهنيين إعلام المستهلكين بكل الخصائص المتعلقة بالمادة الاستهلاكية من سلع وخدمات والمعلومات المتعلقة بها، كخطوة أولى لحماية المستهلك وهذا ما حرصت عليه التشريعات الوضعية [٢].

والإعلام قد يكون قبل التعاقد من جهة وقد يكون بعد التعاقد من جهة أخرى فالإعلام قبل التعاقد يطلق عليه تسمية الإشهار، و يكون إما بوسائل مرئية كالتلفاز أو السمعية كالإذاعة كما يمكن أن تكون عن طريق الكتابة في الجرائد، و الهدف من كل هذا هو تكوين لدى المستهلك فكرة على ذلك المنتج حتى يتمكن من اختيار الشيء الذي يتناسب مع احتياجاته الخاصة.

ويعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه التزام احد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة وكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة ولازمة لتكوين رضا سليم كامل مستنير ليكون على علم بكافة تفصيلات هذا العقد وهذه المعلومات قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو إلى صفة أحد طرفيه، أو محله ذو طبيعة معينة ، وبالتالي يلتزم، بناءً على جميع هذه الاعتبارات الالتزام بالإدلاء بالبيانات [٣].

---

[١]– د. بوعبيد عباس، الالتزام بالإعلام في العقود ، الطبعة الأولى ، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة ، مراكش ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤.

[٢]–المادة (٦/اولا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .تقابلها المادة (٤) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ حيث نصت على ((يلتزم المورد بإعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات، وعلى الأخص مصدر المنتج وثمنه وصفاته وخصائصه الأساسية، وأى بيانات أخرى ...)) .

[٣]– د. بوعبيد عباس ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ وما بعدها .

ويتبين من هذا التعريف أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام نشأ عن عدم وجود التكافؤ في المعلومات بين المتعاقدين.

وهناك خصائص يتسم بها هذا الالتزام تتمثل في أنه يعد الالتزام عاماً سابقاً على التعاقد ويؤدي دوراً وقائياً هو العمل على حماية العقود في المستقبل من دواعي الإبطال.

وأما مبررات نشوء هذا الالتزام فتتمثل بالاتي :

– مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد من حيث مستوى العلم والدراية.

– قصور الوسائل التقليدية المتمثلة في نظرية عيوب الرضا في توفير الحماية الازمة للمستهلك.

ومن موجبات تقرير الالتزام م قبل التعاقد بالإعلام قيام أحد الطرفين بتقديم معلومات حول مضمون وتفصيلات العقد المراد إبرامه إلى الطرف الأخر ليكون على بينة من أمره وهو بصدد تقرير أمر قيامه بالتعاقد .

أما الالتزام التعاقدي هو ذلك الذي يكون أثناء تنفيذ العقد، ففي هذه المرحلة يجب على المهني أن يقوم بتزويد كل البيانات الضرورية عن المنتج للمستهلك، ويكون ذلك بصفة شاملة لكل المخاطر وسبل الاستعمال، وهذا يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

وعليه نلاحظ أن المشرع العراقي قام بتوضيح إلزامية الإعلام في العقود العادية، وترك العقود الإلكترونية دون نصوص أو توضيح في ذلك، عكس المشرع الفرنسي الذي ضمن في قانون المستهلك ما يعرف بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد.

وبناء على ذلك يكون محل هذ ا الالتزام هو هذه المعلومات والبيانات التي يقدمها أحد الطرفين لآخر قبل إبرام العقد ويقاس مدى وفاء المدين بهذا الالتزام بمدى كفاية المعلومات المقدمة للمستهلك واللازمة لتنوير رضائه في المرحلة قبل التعاقدية. وعليه يجب أن تتعلق المعلومات التي يدلي بها المهني للمستهلك بالجوانب القانونية المتصلة بالشيء وبشروط التعاقد وبحالة الشيء في ذاته، وهنا يظهر الدور الحمائي للنظام العام واضحا في نص المادة (٦/اولا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ [١]، والتي نصت على حق المستهلك وحمايةً له الحصول

[١]– تقابلها المادة (٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت ((على كل مورد ومعلن امداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي الى خلق انطباع غير حقيقي او مضلل لدى المستهلك او وقوعه في خلط او غلط ...)) .وتقابلها المادة (١/١١٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي .

Article 112-1

“Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à titre onéreux, le professionnel ...communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible,”

على جميع المعلومات التي تحافظ على حقوقه ومصالحه المشروعة ومواصفات السلع والطرق السليمة لاستعمالها .

ومن أهم الوسائل التي توجه المستهلكين وتساعدهم في اقتناء المنتجات التي يحتاجونها هو الإشهار، كما أنه يساعد في التعرف على العلامات التجارية والقدرة على التفرقة فيما بينها

ومن الجدير بالذكر ان المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ في المادة (٢٨) منه نص على انه ((يقع باطلاً كل شرط يرد فى عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أى من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها.)) .فالمادة المذكورة أدرجت كل شرط يعفي المنتج او المورد من أي من التزاماته المقررة في القانون ضمن الشروط التعسفية ورتبت بطلان الشرط مطلقا وذلك حكم من النظام العام لا يجوز للمتعاقدين مخالفته . ومن هنا نلاحظ ان المشرع المصري كان اوفق من المشرع العراقي من خلال نصه بصورة صريحة على الشروط التعسفية التي قد يفرضها المهني على المستهلك حيث جاء قانون حماية المستهلك العراقي خاليا من الإشارة الى هذه الشروط .

الفرع الثاني

حق المستهلك في العدول عن العقد

إن الحق في التراجع عن التعاقد يهدف بصفة أساسية إلى حماية رضا المستهلك، خاصة في ظل انتشار فوضى الاعلانات التجارية التي تكون في بعض الأحيان كاذبة ومضللة وخادعة، لذلك فإن المشرع لم يتوانى عن منح المستهلك حق الرجوع عن العقد الذي أبرمه وبمحض إرادته في مثل هذه الظروف، وبذلك يكون المشرع قد وسع من دائرة الاعتداء على مبدأ القوة الملزمة من خلال خيار الرجوع الممنوح للمستهلك، حيث يعد حق الرجوع او العدول عن العقد وسيلة قانونية اوجدها المشرع لتوفير الحماية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لابرام العقد أي مرحلة تنفيذ العقد [١].

[١]– د.منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم ، العدول عن التعاقد في العقد الاستهلاكي الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العدد الثاني، المجلد الرابع ، ٢٠١٢ ، ص ٥٣.

وقد عرف المشرع العراقي العدول او الرجوع بأنه ((ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحا دون أن يترتب عن ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الاخر عما يصيبه من اضرار بسبب الرجوع)).[١]

كما عرفه البعض بأنه احدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في هذه مرحلة تنفيذ العقد. [٢]

ولحق الرجوع خصائص وميزات يختص بها عن باقي الحقوق الأخرى المقررة للمستهلك ومن أهم هذه الميزات أنه حق منظم بقواعد آمرة لكونه متعلق بالنظام العام، لتفادي النزول والتنازل عنه مسبقا في إبرام العقود الاستهلاكية، كما أنه يرد على العقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار دون العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد كالوصية والهبة ، فضلا عن كونه يتميز بالصفة التقديرية للمستهلك في استعمال هذا الحق أي انه حق يتقرر بالإرادة المنفردة دون اللجوء او الحاجة لأخذ رأي الطرف الآخر او دون موافقته وبدون اللجوء للقضاء ، حيث يمنح للمستهلك الحرية في تقدير استعمال حقه في العدول عن التعاقد، ومن خصائص الحق في العدول انه ينبغي أن يكون مقيدا بمدة قانونية محددة يمارسه فيها المستهلك إذ يجب عليه أن يعبر عن نيته وارادته في العدول عن التعاقد خلال مهلة قانونية محددة وذلك ضمانا وحفاظا على استقرار المعاملات.

فضلا عن صيغة الأمر التي جاءت بها النصوص القانونية والتي تنظم حماية المستهلك وكل الحقوق المخولة له سوآء الأمر بأداء والتزام سلوك معين أو النهي عنه، والعدول أحد الحقوق المكفولة في تشريعات حماية المستهلك وهو أقل ما يمكن ضمان توفيره من الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في أطراف العلاقة العقدية في العقد الاستهلاكي من الطرف الآخر المتمثل في المحترف او التاجر ، مما يعني أن النصوص المنظمة لحق العدول تندرج ضمن القواعد الآمرة ، ومن ثم لا يجوز التنازل عنه مسبقا أو يقيد بغير ما قيده به المشرع ، ويقع باطلا بطلانا مطلقا كل شرط أو اتفاق يقيد من ممارسة هذا الحق أو ينقص منه [٣] .

---

[١]– د.سليمان براك الجميلي ، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق ، جامعة النهرين، العدد الرابع، المجلد الثامن ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٨.

[٢]– محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥ ، ص ٥٥.

[٣]– د. شروق عباس فاضل ، د. سارة نعمت احمد ، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية (عقد الكفالة – عقود الاستهلاك – عقد العمل) أنموذجا، مصدر سابق ، ص ٢٤١.

حيث انه يدخل ضمن القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد واضفاء نوع من التوازن على أطراف العلاقة العقدية الذي من المفترض توفره في العقد الاستهلاكي ، كما تهدف إلى حماية رضا المستهلك والتي من شأنها تضليل المستهلك ولا تمنحه الوقت والفرصة من أجل الاطلاع والإحاطة بكافة شروط وعناصر العقد، وجمع البيانات والمعلومات على العنصر المتعاقد عليه مما يزيد ويضاعف من جانب الخطر والمغالطة والخداع الذي يمكن أن يسقط ضحيته المستهلك في الأخير، فيجد نفسه وقع ضحية الإمضاء على عقد يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وملزم بتنفيذه والتقيد به فمنحه المشرع حق العدول في عقود الاستهلاك حماية لمبدأ الرضائية و إعادة لتوازن العلاقة العقدية لأطراف لعقود الاستهلاكية التي يُعد فيها المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ولو لم يكن حق العدول من النظام العام لاستطاع المحترف التغلب والتسلط على المستهلك، كما انه لا ينفي أن الصفة الآمرة للقواعد المنظمة لحق العدول وجود شرط التحكيم في العقد كوسيلة لحسم النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك كعقد التأمين إذ لا يحول ذلك دون ممارسة المستهلك لحقه في العدول. [١]

وبالتالي نستنتج مما سبق بأن العدول يؤدي الى اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مما يقوم المستهلك برد السلعة أو المنتج أو الخدمة ، ويكون العدول مرهونا بارادة المستهلك وحده، ولادخل لارادة الطرف الآخر فيه، كما لا يطلب من المستهلك تقديم المبررات الى القضاء بغية اللجوء الى العدول، بل يكفي وجود الاختلاف بين ما اعتقده المستهلك عبر الاعلان و بين ما هو المنتج عليه في الواقع، وذلك لحماية المستهلك من الخداع، حيث هو الطرف الضعيف في العلاقة، كما ان المستهلك لايتمتع بما يتمتع المحترف المهني من خبرة و دراية، مما يصبح المستهلك في نهاية المطاف فريسة سهلة له.

وبما ان قوانين الاستهلاك تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة ، وتقليص الفجوة الموجودة بين أطراف العلاقة ، فقد ثبت حق العدول بنصوص تشريعية، كما و أتت تلك القوانين

[١]– مصطفى – أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٦ ، ص ٤٢ ، ٤.

بنصوص آمرة بغية تنظيمها، وبالتالي اقرّت التشريعات بالعدول او الرجوع و جعلته هو و ممارسته من النظام العام، بحيث لايمكن النزول عنه مسبقا [١].

وقد ادركت التشريعات التي سمحت بعدول المستهلك عن العقد خطورة الأمر و أثره على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ لا يجوز لأحد الأطراف أنهاء العقد بإرادته المنفردة دون مبرر، وعليه لا يسمح للمستهلك بالعدول في جميع الاوقات ولا الأحوال، بل هو مقيد بمدة يمارس خلالها و بحالات لا يسمح فيها بالعدول، اضافة الى ذلك فإنه ينبغي أن يكون المستهلك على علم بخياره في العدول.

لقد ثبت العدول لحماية المستهلك، لذلك يعد استثناءً من القواعد العامة، حيث يلزم العقد بمجرد ابرامه ولا يجوز لاحد الاطراف أن ينهيه بإرادته المنفردة، الا انه لا يعني ذلك قيام المستهلك بإعمال خيار العدول متى ما شاء، فلا يمكن أن يبقى العقد معلقا لفترة طويلة من الزمن، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات.

وبالتالي ينقضي خيار العدول إما باعماله خلال المدة المحددة لممارسته أو بفواتها أما قانونا أو اتفاقاً، والقول بغير ذلك سيؤدي الى الاضرار بالاستقرار الواجب للمعاملات، وبالتالي اخلالاً بقواعد النظام العام .

وفي الحقيقة لابد من أن تكون المدة كافية، ليدرك المستهلك أمر رؤية المنتج و يتخذ قراره على البصيرة و دون التسرع أو الاندفاع.

ونظراً لأهمية مدة العدول لقد حرصت التشريعات على تحديد هذه المدة، وقد اختلفت بخصوص مقدارها، لقد حدد قانون حماية مستهلك اللبناني هذه المدة ب ١٠ أيام، حيث نص على انه ((يجوز للمستهلك، الذي يتعاقد وفقا لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة ايام تسري اعتبارا إما من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة...)) [٢].

---

[١]– المادة (٦/ثانيا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠. تقابلها المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨. وتقابلها المادة (٣/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي .Article 121-3-5

" Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

5- L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi".

[٢]– المادة (٥٥) من قانون المستهلك اللبناني رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥.

كما حدد القانون التونسي أيضا تلك المدة بـ (١٠) أيام عمل حيث نص على انه ((يمكن العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب بالنسبة الى البضائع بدايةً من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك. و بالنسبة الى الخدمات بدايةً من تاريخ ابرام العقد.[١]

ويلاحظ في القانون التونسي بانه قد حدد المدة بأيام العمل، وقد احسن بموقفه هذا، إذ يمكن الأمر المستهلك ليستفيد من المدة بشكل أكبر، حيث تطرح أيام الاجازات الرسمية من المدة المقررة.

كما وقد حدد القانون المصري هذه المدة بـ (١٤) يوم من تاريخ تسلم السلعة. [٢]

وفيما يتعلق بقانون حماية المستهلك العراقي فإنه لم يحدد مدة ليقوم المستهلك باعادة السلع خلالها رغم سماحه للمستهلك بها [٣].

فقد نصت المادة (٦/ثانيا) على انه ((للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك)) .

نلاحظ مما سبق بان المشرع العراقي قد سكت تجاه هذا الأمر، وقد اكتفى بترك الأمر للمطالبة القضائية.

وبذلك يلاحظ ان قانون حماية المستهلك العراقي لم يتعرض لالتزام المهني المحترف برد الثمن، كما و قد سلك مسلكا دون غيره من القوانين باعطاء الحق للمستهلك و صاحب المصلحة بإعادة السلع والمطالبة بالتعويض قضائياً، وعند الاخذ بالمفهوم المخالف لهذه المادة نجد انها تمنع المستهلك وكل ذي مصلحة من الرجوع جنائيا على من اخل باحكام هذه الفقرة، فضلا عن غموض النص فيما يخص مصطلح (وكل ذي مصلحة) .

---

[١]– الفصل (٣٠) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

[٢]– المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ نصت على ((للمستهلك الحق فى استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أى أسباب ودون تحمل أى نفقات خلال أربعة عشر يومًا من تسلمها...)) بينما نصت المادة (٢١) منه على ((للمستهلك الحق خلال ثلاثين يومًا من تسلم السلعة فى استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو للغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله . ويلتزم المورد فى هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك باستبدال السلعة أو استردادها مع رد قيمتها دون أى تكلفة إضافية على المستهلك ...)) .

[٣]– المادة (٦/ثانيا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

نخلص مما تقدم بأن التشريعات الحمائية قررت للمستهلك الحق في العدول عن العقد سواء قبل إبرامه أو بعد إبرامه، وقد أعطى القانون هذا الحق للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية نظراً لجهله وعدم خبرته و لضمان التوازن في العقد وعدم استغلاله من قبل الطرف القوي في العقد، والضعف المقصود هنا ليس الضعف الاقتصادي وإنما الضعف الناشئ عن جهله وعدم خبرته بموضوع العقد.

وتتمثل صور العدول عن العقد في صورتان هما:

الصورة الأولى: مهلة التفكير السابقة على العقد وفي هذه الصورة يكون من حق المستهلك العدول عن العقد قبل إبرامه ويعرف بالحق في الانسحاب ويكون هذا الحق خلال مدة زمنية يعينها القانون وهي مهلة يترتب على فواتها انعقاد العقد.

الصورة الثانية: مهلة التفكير اللاحقة على التعاقد وتعرف هذه الصورة بمهلة العدول وفيها يحق للمستهلك أن يقرر العدول عن العقد بعد إبرامه وبالتالي يكون له الحق في نقد العقد الذي أبرمه بإرادة منفردة. ويمكن القول بأن هذا الحق يجد أساسه القانوني اقرب الى فكرة العقد غير اللازم[١] فالعقد رغم إبرامه صحيحاً لا يكون نافذاً إلا في مواجهة أحد الطرفين فقط، أما الطرف الآخر وهو المستهلك الذي تقرر له هذا الحق فلا يلزمه العقد.

الخاتمة

بعد أن أنهينا أخيراً دراستنا لبحثنا الموسوم بـ (أثر النظام العام في حماية الطرف الضعيف في العقد) توصلنا إلى اهم النتائج التي يتّوجب علينا أن نذكرها، ومن ثمّ نعرض المقترحات بشأن هذا الموضوع.

أولا: النتائج

١- ان دور المشرع يتمثل في وضع نظام قانوني يحمي من خلاله الخطة السياسية التي تضعها الدولة للتنظيم الاجتماعي الذي تبنته، ويكون النظام العام معبرا عنها وعن روح النظام القانوني الذي يحميها، فالمشرع عندما يضع النظام القانوني يجعله منسجما مع الخطة السياسية التي تضعها الدولة ومنسجما مع النظام العام الذي يعبر عنها، وذلك من خلال خطة شاملة يظهر فيها روح نظامه القانوني والنظام العام وفكرة القانون الذي وضعه اسوة بالتشريع الإسلامي وخططه التي تسعى لأحقاق الحق والعدل وضمان وصول التصرفات الى غاياتها.

[١]- يقصد بالعقد غير اللازم هو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه او كلاهما فسخه ويعود حق الفسح اما الى طبيعة العقد مثل الوكالة والعارية والوديعة، او يعود الى خيار من الخيارات مثل خيار الرؤية او خيار التعيين وغيرها .ينظر : ينظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، مصدر سابق ، ص ١١٩.

٢- لاحظنا نص بعض القوانين على تحديد مدة يلزم المهني بإرجاع الثمن خلالها الى المستهلك كما في القانون التونسي، في حين لم تنص قوانين أخرى عليها كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي واللبناني، وهذا ما يتعارض مع متطلبات حماية المستهلك.

٣- كما لاحظنا ان قانون حماية المستهلك المصري فيما يخص حق المستهلك في العدول قد انفرد بإعطاء الحق في امكانية الاختيار بعد رد السلعة بين استرداد الثمن وبين استبدال السلعة بغيرها ، وقد احسن المشرع بموقفه هذا، لطالما يعد خياراً لصالحه و يشكل مزيداً من الحماية، اما فيما يخص المشرع العراقي فقد اكتفى بإعطاء الحق للمستهلك بالتعويض قضائيا في قانون حماية المستهلك العراقي ، وذلك دون أن ينص على الزام المهني باعادة المبالغ التي استلمها من المستهلك، وهذا يعد نقصا تشريعيا ينبغي معالجته، وعليه ان موقف المشرع العراقي أقرب الى تطبيق القواعد العامة بدلاً من أن يكون العدول عن التعاقد.

ثانيا : المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي معالجة النقص التشريعي الخاص بإعادة المبالغ من قبل المهني التي استلمها من المستهلك عند عدوله عن التعاقد ، فضلا عن تحديد مدة للعدول من اجل ضمان استقرار المعاملات وعدم الاضرار بالمهني ، عليه نقترح تعديل المادة (٦/ثانيا) لتصبح ((للمستهلك الحق خلال ثلاثين يومًا من تسلم السلعة فى استبدالها أو إعادتها كلا او جزءاً مع استرداد قيمتها النقدية، في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة ، ويلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك باستبدال السلعة أو استردادها مع رد قيمتها دون أي تكلفة إضافية على المستهلك)) .

٢- نقترح على المشرع العراقي النص في قوانين حماية المستهلك على مهلة التفكير وتنظيم احكامها من حيث بدء سريانها من اليوم التالي لإبرام العقد مع الإشارة الى أيام العطل.

قائمة المصادر

أولا: الكتب

١-أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)،دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

٢-بن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون، الجزء الثالث، ١٩٧٠، ص ٢٠١.

٣-بوعبيد عباس، الالتزام بالإعلام في العقود، ط١، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، ٢٠٠٨.

٤-جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

٥-جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الايجار – المقاولة)، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر.

٦-خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٢.
٧-دينيس لويد،فكرة القانون،تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو،عالم المعرفة،١٩٨١، الكويت
٨-رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٠.
٩-سعيد مبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي وطه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة (البيع – الايجار– المقاولة)، ط١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
١٠-سليمان مرقس، شرح القانون المدني – العقود المسماة – المجلد الثاني – عقد الايجار، ج٣، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٨.
١١-سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، طبعة جديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
١٢-سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي – الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد، الطبعة الأولى، مكتبه الوفاء القانونية، ٢٠١٤.
١٣-شروق عباس فاضل، دراسة في قانون حماية المستهلك العراقي ودوره في تنمية الوعي القانوني، دار المسلة، ٢٠٢١.
١٤-شروق عباس فاضل، سارة نعمت احمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية (عقد الكفالة – عقود الاستهلاك – عقد العمل) أنموذجا، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٢.
١٥-شروق عباس فاضل، قحطان سلطان موسى، الاحكام القانونية لتخلية العقار في عقد الايجار "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ٢٠٢٤.
١٦-عبد الحكم فودة،تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن،منشأة المعارف الإسكندرية،مصر،١٩٨٥.
١٧-عبد الحميد الدياسطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٠.
١٨-عبد الرحمن عدنان صيداوي، البند التعسفي في العقد، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٢١.
١٩-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ٢٠٠٠.
٢٠-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

٢١-عبد الرفيع علوي، حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك – تأصيلا ونشأة وتطورا ومالا، الطبعة الأولى، دار الافاق المغربية، المغرب، ٢٠٢٣.

٢٢-عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي (دراسة مقارنة بين دول الامارات العربية المتحدة والدول الأجنبية)، بدون سنة نشر.

٢٣-عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١٠.

٢٤-كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد الإيجار، ج ١، ط ٢، بدون مكان طبع، ١٩٧٦.

٢٥- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب ،٢٠٠٧.

٢٦-محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٢٧-محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٢٨-محمد مصطفى غازي زيدان، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.

٢٩-مصطفى – أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، ط ١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٦.

ثانيا: البحوث

١- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة ١٦، العدد ١، ١٩٩٢.

٢- جيلالي بن عيسى وأمين بن قردي، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد ١، العدد ١، ديسمبر ٢٠١٩.

٣- سليمان براك الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد الرابع، المجلد الثامن، ٢٠٠٥.

٤- عبد المجيد خلف العنزي، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي ٨، ملحق خاص، العدد ١٠، الجزء ١، نوفمبر ٢٠٢١

٥- مقني بن عمار، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد ١٠، السنة ٢٠١٤.
٦- منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد ٧، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١٥.
٧- منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في العقد الاستهلاكي الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العدد الثاني، المجلد الرابع، ٢٠١٢.
٨- منصور حاتم محسن ود. إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد ١، العدد ١، يونيو ٢٠٠٩.

ثالثا: التشريعات والقوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢- قانون ايجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٣- قانون المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
٤- القانون المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٥- قانون حماية المستهلك رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨.
٦- قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.
٧- قانون الاستهلاك الفرنسي.
٨- قانون المستهلك اللبناني رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥.
٩- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

رابعا: الاطاريح والرسائل الجامعية

١- عماد طارق البشري، فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٥.

رابعا: المواقع الالكترونية

1- http://law.nahrainuniv.edu.iq

خامسا: المصادر الأجنبية

1--Frederic Leclerc، La protction de la partie faible dans les contrats internationaix، Etude de conflits de lois ،Tome 1، Université Rebert de Strasbourg.
2- Gérard Farjat, L'ordre public économique, These de doctorat, Dijon, 1961, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, paris, 1963.