أثر أقتران البنود التعسفية في العقد

م.د كرار حسن الغزالي
دكتوراه في القانون الخاص / القانون المدني
تدريسي في كلية الحلة الجامعة / قسم القانون

البريد الإلكتروني Email : karrarhassan069@gmail.com

الكلمات المفتاحية: الأثر ، الاقتران ، العقد ، البنود ، التعسف.

كيفية اقتباس البحث
الغزالي ، كرار حسن، أثر أقتران البنود التعسفية في العقد، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، تموز ٢٠٢٥،المجلد:١٥ ،العدد:٤ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

The effect of coupling arbitrary clauses in the contract

Dr. Karrar Hassan Al-Ghazali
PhD in Private Law / Civil Law
Teaching at Hilla University College / Department of Law

Keywords : Effect - Pairing - Contract - Terms – Arbitrariness.

How To Cite This Article
Al-Ghazali, Karrar Hassan, The effect of coupling arbitrary clauses in the contract,Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, July 2025,Volume:15,Issue 4.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

The original that the contractor is free to conclude what he wants from the contracts and agreements, and to put what achieves his interests of the items, and then the contract is a law for its parties as soon as it is held, and it can not be revoked or amended except by agreement of its parties or by virtue of the law, but this principle and as a result of the development of the global economy and industries and because of the diversity of individuals' need for it has declined a lot, as the situation led to conflicts and major differences between the interests of professionals and professionals and between individual consumers, where the owner of The commodity is the need of the individual and he sets arbitrary clauses that burden the individual, which leads to inequality between the contractual parties and causes an imbalance in the contract because of the obscene advantages contained in the arbitrary clauses at the expense of the other contractor These contracts have become developed in the form of predetermined forms and include clauses that are developed by specialized experts, it is rare to find now both parties have the possibility to discuss the terms of the contract freely enough as was the case previously, this balance has been disturbed and has become One of the parties is in a position to include clauses in the contract, and the other

contractor can only accept these clauses as they are or reject the contract in its entirety...

الملخص

الأصل أن يكون للمتعاقد مطلق الحرية في إبرام ما يشاء من العقود والاتفاقيات، ووضع ما يحقق مصالحه من البنود، ومن ثم فأن العقد يكون قانوناً لأطرافه بمجرد الانعقاد، ولا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه أو بحكم القانون، إلا أن هذ المبدأ ونتيجة تطور الاقتصاد العالمي والصناعات وبسبب تنوع حاجة الافراد اليها فقد تراجع كثيراً، حيث أدى الوضع إلى أحداث تضارب واختلافات كبيرة بين مصالح المحترفين والمهنيين وبين الافراد المستهلكين، حيث يستغل صاحب السلعة حاجة الفرد ويقوم بوضع بنود تعسفية تثقل كاهل الفرد، مما يؤدي إلى عدم المساواة بين الأطراف التعاقدية ويسبب خللاً في توازن العقد لما تضمنته البنود التعسفية من مزايا فاحشة على حساب المتعاقد الآخر لقد أصبحت هذه العقود توضع على شكل نماذج تحدد سلفاً وتتضمن بنوداً يتم وضعها بواسطة خبراء مختصين، فمن النادر أن تجد الان كلا الطرفين له الامكانية في مناقشة بنود العقد بحرية كافية كما كان الوضع سابقاً، فقد اختل هذا التوازن وأصبح أحد الأطراف في مركز يسمح له تضمين بنود في العقد، وليس للمتعاقد الآخر إلا قبول هذه البنود بما هي عليه واما رفض العقد بكامله دون حذف أو تعديل أو إضافة عليه، كما هو الحال في العقود التي يبرمها المنتجون والموزعون والقائمون على تقديم الخدمات من جهة والمستهلكون من جهة أخرى .

المقدمة

الأصل في العقد أن يكون هناك توازن بين أطراف العلاقة التعاقدية ، وهذا التوازن لا يمكن تحقيقه مالم يقم أحد المتعاقدين بأتباع مبدأ حسن النية تجاه المتعاقد الآخر. فاذا كان هذا المبدأ صالحاً للتطبيق فيما سبق ففي الوقت الحاضر أتضح أن هناك صعوبة تجابه المتعاقد ولاسيما المتعاقد الذي يكون مجبراً على القبول في ظل ظروف معينة، أما بسبب حاجته للعقد المقدم على إبرامه وأما بحكم شخصه، حيث يكون مجبراً على القبول نتيجة لعلاقة التبعية مع المتعاقد الآخر الذي يتسم بأنه ذو سيطرة اقتصادية هائلة في السوق[١]. من هنا أصبح المتعاقد المحترف يملك صلاحية ادراج ما يشاء من بنود في العقد وأن كانت تلك البنود تضر بمصلحة المتعاقد الآخر، لذا أصبحت حماية المتعاقد من البنود التعسفية الواردة في العقد تثير اهتمام المشرعين، من هنا اتجهت بعض التشريعات إلى ايراد نصوصٍ قانونيةً توجه القضاء إلى ضرورة اتباعها إذا ما اخل أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية في العقود.

بالنسبة لأهمية البحث ففي في ضوء المتغيرات الأقتصادية والاجتماعية ازدادت عمليات إبرام العقود غير العادلة بين أطرافها بسبب التفاوت الطبقي بين افراد المجتمع واستغلال المتعاقد الضعيف من قبل من هم اقوى منه اقتصادياً وفنياً. ولا ننسى أن البنود التعسفية لا ينفرد البائع أو المؤجر في تضمينها في العقد بوصفه المالك للعقار، بل من ممكن أن يكون المشتري أو المستأجر هما مصدراً للبنود التعسفية نتيجة استغلالهم حاجة مالك العقار للشيء المبيع أو المؤجر للأجر التي يتقاضاه من المستأجر، بذلك يستغل المشتري أو المستأجر ما هو عليه الحال ويفرض بنوداً تعسفية على البائع أو المؤجر. كأن يشترط المشتري على البائع أن يكون له حق الفسخ متى شاء دون تحقق اسبابه أو ضمان المبيع طوال حياة المشتري.

وكذلك المشتري يشترط أن يضع في العين المؤجرة ما يؤدي إلى تهديد سلامة العين، ولحاجة المؤجر لبدلات الايجار يذعن لتلك البنود. لذلك ولما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في حياتنا اليومية و لا سيما في العقود التي تبرم وتتخللها بنود تعسفية التي بدورها تهدد أستقرار المعاملات المالية لعدم تحقق العدالة بين أطراف العلاقات التعاقدية، وهو ما أثر بشكل كبير على العقود من حيث توازنها وما ينبغي أن يتوفر فيها من عدالة بين أطرافها، وهذا ما زاد من أهمية البحث ودفع بنا إلى أيجاد حلول لحماية المتعاقد من البنود التعسفية.

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على مدى أمكانية الاعتماد على الوسائل التقليدية التي تتوفر في القواعد العامة التي تنظم العقود في التشريعات المدنية، من ضمنها القانون المدني العراقي، لغرض تجنب المتعاقد للبنود التعسفية وحمايته منها من خلال تقييم مدى كفاءة هذه القواعد في حماية المتعاقد من البنود التعسفية التي اضحت تشكل خطراً كبيراً يهدد حقوق الأطراف الضعيفة ومصالحهم في العلاقات العقدية غير العادلة. كذلك تهدف إلى كيفية تطوير هذه الوسائل التقليدية لكي تصبح قادرة على التخلص أو التخفيف من البنود التعسفية في مواجهة المتعاقد الضعيف. وهذا ما دفعنا للتعرض إلى القواعد الخاصة التي جاءت بها التشريعات الحديثة والمتعلقة بحماية المستهلكين في كيفية مواجهة مثل هكذا بنود تتخلل العقود المبرمة من قبل المحترفين، وبيان دور هذه القواعد في إعادة التوازن إلى العلاقات العقدية غير العادلة، التي كان سببها الرئيسي هو اختلاف المركز الأقتصادي لكلا المتعاقدين ومن ثم فأن هناك أختلال توازن ينتج عن هذه البنود وهي آثار تتناقض مع قاعدة التوازن العقدي فما هي هذه الآثار وكيفية معالجة القانون والقضاء لهذا الأختلال؟. وهنا نطرح عدة أسئلة في أطار معالجة الإشكالية:

١ – ما هي الآلية أو الاجراءات المقررة لحماية المتعاقد من البنود التعسفية بموجب القواعد العامة في القانون المدني؟

٢ – ماهي السلطة التي منحها القانون للقاضي في الحد من البنود التعسفية من خلال مناقشتها أو تعديلها أو الغاءها لغرض التخفيف عن كاهل المتعاقد؟

٣ – ما هو دور القواعد القانونية العامة والخاصة منها في إعادة التوازن إلى العلاقات العقدية غير العادلة التي تخللتها البنود التعسفية؟

لذا قسمنا بحثنا على مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول ماهية البنود التعسفية بواقع مطلبين، خصصنا الأول لمفهوم البنود التعسفية، حيث تضمن التعريف بها وبيان عناصرها وتمييزها عما تشتبه به وكذلك شروطها، أما المطلب الثاني فقد تضمن نطاق البنود التعسفية (مجال البند التعسفي، وأنواعها، ومظاهر التعسف فيها). أما المبحث الثاني فقد تناول أثر أقتران العقد بالبنود التعسفية وتوزع على مطلبين : تناولنا في الأول الحماية التشريعية من البنود التعسفية، وبينا فيها نطاق هذه الحماية من خلال بيان مفهومها والوسائل التي يتم من خلالها حماية المتعاقد الضعيف، في حين تناولنا في المطلب الثاني الحماية القضائية من البنود التعسفية من خلال بيان المعالجة التقليدية لأثار البنود التعسفية في القوانين المدنية، وعلى فرعين: (الأول: سلطة المحكمة في تفسير العقد – الثاني: سلطة المحكمة في تعديل وإلغاء البنود التعسفية)، ومن ثم يتم عرض النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

ماهية البنود التعسفية

عندما ينعقد العقد صحيحاً يكون ملزم للمتعاقدين، ومن ثم يجب عليهما الالتزام به، كون العقد شريعة المتعاقدين وهو قاعدة عامة في كافة المجالات التعاقدية، إلا أن بعض المتعاقدين ممن لديه تفوق اقتصادي وفني يذهب إلى ادراج بنود تعسفية تتخلل نمط من العقود معدة سلفاً من قبلهم، مستغلين بذلك ضعف المتعاقد الآخر في العلاقات العقدية، وأن تفاوت المراكز التعاقدية لأطراف العقد تعزى إلى التطورات التي شهدتها الحياة الاجتماعية في المجال المعرفي والمجال الأقتصادي حيث أصبح أحد المتعاقدين في مركز خضوع للمتعاقد الآخر لما يمتلكه الطرف الآخر من قوة معرفية أو اقتصادية، وعلى أثر ذلك يقوم المتعاقد القوي باستغلال التفوق في مركزه الأقتصادي على نحو يرجح كفة العقد لمصلحته بتقليل حقوق المتعاقد الضعيف أو زيادة في التزاماته أو كليهما[٢].

لقد أصبحت هذه العقود توضع على شكل نماذج تحدد سلفاً وتتضمن بنوداً يتم وضعها بواسطة خبراء مختصين، فمن النادر أن تجد الان كلا الطرفين له الامكانية في مناقشة بنود العقد بحرية كافية كما كان الوضع سابقاً، فقد اختل هذا التوازن وأصبح أحد الأطراف في مركز يسمح له تضمين بنود في العقد، وليس للمتعاقد الآخر إلا قبول هذه البنود بما هي عليه واما رفض العقد بكامله دون حذف أو تعديل أو إضافة عليه، كما هو الحال في العقود التي يبرمها المنتجون والموزعون والقائمون على تقديم الخدمات من جهة والمستهلكون من جهة اخرى.

ونظراً لما يمتلك المنتج من نفوذ وقوة مقارنة بالطرف الآخر، فقد ذهب إلى وضع بنوداً تعسفيةً مسبقةً محاولاً فرضها على المتعاقد لا يطرحها للمناقشة أو تعديلها في كثير من العقود، كما هو الحال في عقد التأمين بحيث يكون للراغب في التأمين حرية مقتصرة على اختيار المؤمن فحسب، وليس له خيار آخر سوى القبول أو الرفض، دون أن تكون له إرادة في تحديد أي بند من بنود التأمين، وهو ما يدفع المؤمن إلى وضع بنوداً تعسفيةً تحقق مصالحه على حساب المتعاقد الآخر[٣].

ومن هذا المنطلق كان لابد من التعرف على ماهية هذه البنود التعسفية ومجالات استعمالها وذلك من خلال هذا المبحث حيث قمنا بتقسيمه على مطلبين تناولنا في الأول مفهوم البنود التعسفية الذي قسم على فرعين، الأول تتطرق إلى تعريف البنود التعسفية، والثاني إلى شروط البنود التعسفية.

والمبحث الثاني خصص لنطاق البنود التعسفية، الذي تم تقسيمه على فرعين، الأول مجال البند التعسفي، والمبحث الثاني أنواع البنود التعسفية وكما يأتي .

المطلب الأول

مفهوم البنود التعسفية

قد تتضمن العقود العديد من البنود التي ترهق كاهل أحد أطراف العقد، وتجعل الطرف الآخر في مركز القوة، وفي الأصل أن بنود انعقاد العقد لابد أن تتوفر فيها الحرية الكاملة ولكل طرف من أطرافه، فالمتعاقد يمتلك الحرية الكاملة بمناقشة البنود الواردة في العقد، حيث تخضع العلاقة التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة بين المتعاقدين وهو شأن جميع العقود، وفي ظروف كان فيها النشاط الأقتصادي محدوداً وأتساع الوقت لإجراء المفاوضات والمناقشات بين أطراف العقد[٤].

وقد أتفق أغلب الفقهاء والمشرعون على أن العقود الذي تحتوي على هذه البنود تسمى بعقود الإذعان فهي من تسميتها تحتوي على طرفين، يذعن طرف لإرادة وبنود الطرف الآخر، وفي

عصرنا هناك كثير من الامثلة الشائعة على هذه العقود كخدمات شركات الاتصال وخدمات الكمبيوتر وغيرها من الخدمات الأخرى[٥].

ومن خلال هذا المبحث سوف نبين تعريف هذه البنود وذلك على فرعين: الأول المقصود بالبنود التعسفية، والثاني شروط البنود التعسفية ومعاييرها.

الفرع الأول: التعريف بالبنود التعسفية

البند التعسفي هو كل بند يتفق عليه المتعاقدان ويؤدي إلى الأختلال بالتوازن فيما بين موجبات والتزامات وحقوق كل طرف التي غالباً ما تكون بمصلحة الطرف المهني الذي يتمتع بمعرفة وحرفية ونفوذ اقتصادي[٦]، نرى أن هذا التعريف يتضمن جميع الحالات التي يكون فيها عدم التوازن بغض النظر عن السبب سواء كان اقتصادياً أم غير ذلك، بينما بعضها الآخر اقتصره على عدم التوازن الأقتصادي، فقد ذكر أنها البنود المحررة مسبقاً من قبل الطرف صاحب النفوذ الأقتصادي القوي الذي يخوله الميزة الفاحشة عن المتعاقد الآخر[٧].

وعلى الرغم من تعدد التعريفات الذي تناولت تعريف البند التعسفي إلا أنها لم تقوم بإعطاء تعريف محدد له، ويرجع ذلك إلى جدل فقهاء القانون الذين ذهبوا إلى اتجاهين أحدهما ضيق من نطاق البنود التعسفية وآخرون وسعوا من نطاقها، ولبيان المقصود من البند التعسفي لابد من تعريف البند التعسفي اولاً، من ثم تمييز البند التعسفي عن البند الجزائي وذلك من خلال فرعين، الأول تعريف البند التعسفي، والثاني تميز البند التعسفي عن البند الجزائي..

اولاً: تعريف البند التعسفي .

البحث في البنود التعسفية يقودنا إلى تحديد التعريفات المختلفة التي تم تخصيصها لهذه البنود سواء أكان ذلك على مستوى التشريع أو القضاء أو الفقه القانوني، حيث تعددت وتشعبت تلك التعاريف وذلك ما سوف نتطرق إليه فيما يأتي :

١ – التعريف الفقهي للبند التعسفي

أن تعريف البند التعسفي من قبل الفقهاء يجعلنا أمام العديد من التعاريف وذلك بسبب اختلاف المفاهيم لدى الفقهاء، حيث يعرفه بعضهم ، بأنه كل بند يؤدي إلى عدم التوازن في الحقوق والالتزامات، بالنظر للميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني في مواجهة الطرف غير المهني[٨].

وعرفه بعضهم الآخر بان البند التعسفي هو " الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك الذي يؤدي اعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تعطي

للقاضي سلطة تقديرية للطابع التعسفي "[٩].

في حين يرى آخرون بان البنود التي تفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الأقتصادية بغرض الحصول على الميزة المجحفة فهو البند المحرر مسبقا من جانب الطرف ذي النفوذ الأقتصادي القوي الذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[١٠].

ومن خلال التعاريف الفقهية في أعلاه نرى بان البند التعسفي، هو البند الذي يفرضه أحد أطراف العلاقة التعاقدية على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون أن يكون باستطاعته تعديل أو مناقشة البند مما يؤدي إلى عدم التوازن في جميع الحقوق والالتزامات لطرفي العقد في كافة مراحله.

٢ – التعريف التشريعي للبند التعسفي

إن التعريف التشريعي للبند التعسفي لم يكن وأحداً انما اختلف من قانون إلى اخر، وهو في أغلب التشريعات لم يكن تعريفا إنماً مجرد توضيح معنى أو بيان الأثر المترتب على أقتران العقد ببند التعسفي، ونجد أن تشريعات قد نصت على البند التعسفي ضمن قوانين حماية المستهلك في حين تشريعات اخرى قد نصت عليه ضمن القوانين المدنية.

فنجد أن من التشريعات العربية التي تناولت البند التعسفي في القوانين المدنية هو المشرع العراقي، حيث لم ينص على مفهوم البنود التعسفية أو الاثار المترتبة عليها عند أقترانها بعقد في قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ تاركاً الامر إلى القواعد العامة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

أما التشريعات التي تناولت البند التعسفي ضمن قانون حماية المستهلك منها المشرع المصري الذي نص على البند التعسفي بأنه " يقع باطلا كل بند يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شان هذا البند اعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون "[١١].

ونلاحظ على المشرع المصري هنا بأنه لم يقم بتحديد تعريف البند التعسفي انما قام بتوضيح الأثر المترتب على اعفاء مورد السلعة أو الخدمة من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد.

ومما تقدم في أعلاه نجد أن التشريعات في تعريفها للبند التعسفي متفقة من حيث المضمون، إلا أنها لم تتفق على تعريف وأحدا للبند التعسفي انما كل منها وضعت معايير من أجل تحديد ما إذا كان البند المقترن بالعقد يعد تعسفياً أم لا، ونحن نذهب مع ما ذهبت إليه هذه التشريعات فأن

وضع تعريف محدداً وأحداً سوف يقيد القاضي ويحد من قدرته على تفسير وتكييف البند لكونه تعسفياً أم عادلاً.

٣ – التعريف القضائي للبند التعسفي

القضاء الفرنسي كان قد اورد قرينة قضائية مفادها أن بند الاعفاء من ضمان العيوب الخفية يعد بنداً تعسفياً، في حالة كون المشتري غير محترف والبائع محترف، لكون البائع مما لديه من قدرات فنية وتقنية في أمور التعاقد يكون من السهل عليه أن يعلم بوجود العيب في المبيع(١٢).

ومن ثم يكون البائع شخصاً سيئ النية، والغرض من ذلك الحاق الضرر بالمتعاقد الآخر من خلال وضع بند يبرئه من العيب الخفي مع علمه بذلك، واستند القضاء بذلك إلى قرينة علم البائع المحترف بالعيب الخفي وافتراض سوء النية عندما يريد بيع الشيء بالحالة الموجود عليها وقت البيع، ويرد هذا البند في بيع الاشياء المستعملة عادةً، والبائع لا يلتزم بإصلاح ما يظهر من عيوب في المبيع بعد تسلمه و لا يلتزم بالتعويض للمشتري عن الأضرار التي تصيبه نتيجة ظهور مثل هذه العيوب(١٣).

و قد عرفت محكمة النقض المصرية البند التعسفي بأنه البند الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد بوصفه مخالفاً للنظام العام(١٤).

لذلك نرى أن البند التعسفي هو ذلك الاتفاق أو البند الذي يضعه أحد المتعاقدين بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد وهو متعسف بما يمتلكه من قوة اقتصادية أو خبرة فنية أو قانونية، وينتج عنه أختلال في التوازن العقدي بين التزامات وحقوق المتعاقدين في جميع المراحل، ويظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المتعاقد القوي فيشكل بذلك عبء على المتعاقد الآخر، وهو أمر مشابه لما يكون عليه في البند الجزائي الذي نوضحه في الفرع القادم من خلال التمييز بينهما.

الفرع الثاني : تمييز البند التعسفي عن البند الجزائي

هناك أوجه تشابه بين البند الجزائي والبند التعسفي فمن ناحية أن كل منهما بنود تقترن بالعقد ويكون لها تأثير فيه، فالبند الجزائي هو اتفاق يحدد الطرفان بموجبه سلفاً مبلغاً يجب على المدين تأديته في حال عدم تنفيذ التزاماته أو عقده بعد استحقاق ميعاده(١٥)، والاصل في البند الجزائي هو تنفيذه و يتفق عليه المتعاقدين، أي يجب على المدين دفع ما التزم به بموجب هذا البند الجزائي أو التعويض الاتفاقي، إلا في بعض الحالات التي اجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد المقترن بالبند الجزائي بزيادته أو انقاصه بحسب ما جاء به المشرع من أحكام.

إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما فيما يتعلق بسلطة المحكمة في إعادة التوازن العقدي وأن هذا ما سوف نتناول بيانه في اولا نبين أوجه التشابه بين البند التعسفي والبند الجزائي وثانياً نبين اوجه الاختلاف بين البند التعسفي والبند الجزائي .

اولاً : أوجه التشابه بين البند التعسفي والبند الجزائي

يشترك البند التعسفي مع البند الجزائي من حيث انهما بنوداً تقترن بالعقد، وهي بنود تؤدي إلى تقييد حكم العقد الذي تقترن به، و أن مضمون كليهما يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي مما يتطلب إعادة تنظيم العقد لغرض تحقيق العدالة التعاقدية.

فالبند التعسفي والبند الجزائي هما بندان يقترنان بالعقد ويقيدان حكمه، فالبند المقترن بالعقد هو التزام في التصرفات القولية لا تستلزمه طبيعة التصرف، والقيد هنا هو البند الذي يلتزم به المتعاقد فضلاً عن ما يلتزم به في الحكم الاصلي في العقد، فالعقد في حالة التقييد يعد منجز ليس معلقاً وجوده على شيء لان معنى التقييد يشعر بوجود الامر المقيد[١٦].

فهي بنود تقترن بالعقد ، لكونها متعلقة بما يتفق عليه المتعاقدان من أجل تحديد العلاقة العقدية بينهما من حيث الحقوق والالتزامات، فالبند بهذا المعنى يعد جزءاً من العقد وبنداً من بنوده، فأن أي تغيير يطرأ عليه يعد تغييراً في جزء من اجزاء العقد، لذا فقد تم تعريفه على أنه "التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تغييراً أو تعديلاً أو أضافة "[١٧].

فالمضمون المتقدم لمفهوم البند المقترن بالعقد اياً كان سواء بنداً تعسفياً أم بنداً جزائياً وهو ما اكدته المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي [١٨] ، فأن اصل هذه المادة هو الفقه الاسلامي والفقه الغربي فمثال ذلك أن يشترط البائع دفع الثمن نقداً أو يشترط المشتري تسليم المبيع محل العقد وقت إبرام العقد، فالتعجيل بدفع الثمن وتسليم المبيع في الحال من مقتضى عقد البيع المطلق فأن اشتراطه يأتي مؤكداً له ومتفقاً مع آثار العقد ومثال البند الملائم لمقتضى العقد أن يكون البيع بثمن مؤجل أو يشترط البائع على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً لضمان وفاء الثمن، فهذا البند ملائم لمقتضى العقد لأنه وثق استيفاء الثمن[١٩].

فالبند سواء كان تعسفياً أم جزائياً والمقترن بالعقد والمقيد لحكمه فهو يقيد آثار العقد ويكون هذا البند محلاً للتغيير فيه سواء كان بالزيادة فيه أم الانقاص منه أم استبعاده نهائياً من العقد، ومن مقومات هذا البند أن يكون امراً مستقبلاً، بمعنى أن يكون لاحقاً للعقد لا سابقاً له ولا معاصراً لوقت إبرام العقد، ولكنه أمر مستقبل يعبر مضمونه عن مضمون الإرادة التي لها دور في تحديد

وقت تحقق هذا البند أي أنه أمر ليس محتمل الوقوع [٢٠].

وكذلك يجب أن يكون هذا البند سواء تعسفياً أم جزائياً أ أنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة أو النصوص القانونية الآمرة[٢١].

ثانياً: أوجه الاختلاف بين البند التعسفي والبند الجزائي.

تعد من أبرز أوجه الاختلاف ما بين البند التعسفي والبند الجزائي هو سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي، حيث أن أحكام إعادة التوزان العقدي في البند التعسفي يختلف عنه في البند الجزائي.

بحيث يكون كل من البند التعسفي والبند الجزائي بنوداً تقترن بالعقد تؤدي إلى إمكان تدخل القضاء في إعادة التوازن في العقد في القانون العراقي والمصري، إلا أن هذا التدخل من قبل القاضي يرتبط في أن الأخلال بالتوازن العقدي هل يعد من النظام العام أو لا؟ وفيما إذا كان هذا التدخل من القاضي بناءً على طلب أحد المتعاقدين أم يكون تدخلاً تلقائياً ؟، وهل يكون هذا التدخل تصحيحاً للعقد أو تعديلاً له؟، فقد يخضع الأخلال في التوازن العقدي في العقد المقترن بالبند التعسفي إلى أحكام تختلف الأحكام المتعلقة بالبند الجزائي، على وفق الأحكام المتعلقة بالبند التعسفي فأن مجرد أقتران العقد بهذا البند يكون العقد مخالفاً للنظام العام في جميع القوانين التي شرعت لحماية المستهلك، بينما في البند الجزائي فهو التزام تابع للالتزام الاصلي وهو اتفاق على جزاء الأخلال بهذا الالتزام، فأن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره على وفق القواعد العامة، واذا لم يكن التناسب محققاً بين قيمة التعويض الاتفاقي والضرر الذي يصيب الدائن[٢٢].

أما في حالة البند التعسفي فأن الجزاء المترتب عليه في العقود الاستهلاكية يتضمن تدخل القاضي من تلقاء نفسه من أجل إعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بالنص على بطلان البند التعسفي في القانون العراقي والمصري، أما المشرع اللبناني فقد شدد من هذا الجزاء في قانون حماية المستهلك الذي عدّ أن البند التعسفي باطلاً لمخالفته النظام العام، ومن ثم فأن بطلان البند التعسفي هو بطلان متعلق بالنظام العام الذي يمكن أن يثار من قبل كل ذي مصلحة وعلى القاضي اثارته من تلقاء نفسه[٢٣].

بينما البند الجزائي لم يصل وجوده في العقد إلى مرحلة البطلان وانما يؤدي إلى أختلال التوازن العقدي مما يقتضي تدخل المحكمة في انقاص قيمة البند الجزائي إذا كان مبالغاً فيه أو زيادة قيمته إذا كان زهيداً، ومن ثم فأن التغيير فيه لا يعد تصحيحاً للعقد المقترن فيه وانما تعديلاً له

فقط[٢٤].

مما تقدم يتضح لنا بأن مصير البند التعسفي المقترن بالعقد يكون البطلان، بينما مصير البند الجزائي المقترن بالعقد لا يكون البطلان وانما نكون أمام التغيير في قيمته بالزيادة أو النقصان، لذا فأن تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في حالة البند التعسفي يكون ضمن مفهوم تصحيح العقد، بينما تدخل القاضي في حالة البند الجزائي يكون ضمن مفهوم تعديل العقد. هذا من جانب ومن جانب آخر تدخله يكون وجوبياً في حالة البند التعسفي من أجل انقاذ المتعاقد الضعيف في العقد عن طريق استبعاد الجزء الباطل وهو البند التعسفي دون الحاجة لأقتران تدخل القاضي بطلب من قبل المتعاقد الضعيف، بينما في البند الجزائي لا يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد وإعادة التوازن إلا بناءً على طلب يقدم من قبل الدائن لزيادة قيمة البند الجزائي أو من قبل المدين لانقاص قيمته، مما يلاحظ أن البطلان في حالة البند التعسفي يتعلق بالنظام العام وهو يخضع لطريقتين الأولى ضمن القواعد العامة في القانون المدني التي عالجتها في عقود الإذعان أو في عقود التأمين، أما الثانية ففي عقود الاستهلاك في القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

المطلب الثاني: شروط ومعايير البنود التعسفية .

ينهض النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات الحديثة على مجموعة كبيرة من القواعد القانونية، لذا اعتمدت البنود التعسفية في مقدار تعسفها وحكمها القانوني على عدد من العناصر كانت كفيلة في تحديد البنود التعسفية، وسيتم توضيح ذلك من خلال مطلبين حيث يتضمن الفرع الأول شروط البنود التعسفية أما الفرع الثاني فيتضمن معايير هذه البنود وكما يأتي :

الفرع الأول: شروط البنود التعسفية

من خلال التعريفات التي وضعتها القوانين العربية وبعض القوانين الغربية سواء العامة أم الخاصة التي تعنى بدراسة البنود التعسفية نجد أن هناك مجموعة شروط تتكون منها البنود التعسفية التي تعد أساسا لهذه البنود حيث كان لزاماً بيانها وكما يأتي :

اولاً: أن يكون العقد استهلاكياً

من خلال دراسة القانون العراقي ودراسة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك الخاصة بتحديد البنود التعسفية كان لابد من توافر ثلاثة عناصر تحدد قواعدها وهي أن يكون العقد استهلاكياً بالاعتماد على التعريف المنسوب إلى البنود التعسفية فإنه يندرج في جميع العقود سواء كانت المحترفة التي ينظمها المحترفون أم التي ينظمها المهنيون البسطاء، فلم يرد أي نص حول مفهوم البنود التعسفية أو الأثر الناتج عنها في قانون الاستهلاك العراقي وانما يتم الاعتماد على

القوانين العامة في تحديد هذا المفهوم. [٢٥].

وقد مثل العقد الاستهلاكي عدة أطراف تمثلت في المستهلك والمهني الذين شكلوا عناصر النظام، وأن من أبرز الأسباب الضرورية التي دافعت عن فكرة حماية المستهلك هو وجود طرفين غير متكافئين على جميع الأصعدة والقدرات غير المتساوية من قبل أحد الأطراف المالك للقوة الأقتصادية والتجارية بحيث تقدم له جميع الفوائد التي تجعل منه قوي أكثر من الطرف الآخر [٢٦].

ثانياً : أن يكون العقد مكتوباً

الشرط الثاني هو وجوب الكتابة على اعتبار أن هذا البند يكون تعسفياً وبحسب القوانين الاستهلاكية، حيث أن المشرع العراقي أوجب على أن يكون البند التعسفي مكتوباً، ولما كان مجال تحقق البنود التعسفية غالباً في العقود الاستهلاكية التي يستغل فيها أحد أطراف العقد المحترف أو القوي اقتصادياً حاجة الطرف الآخر المستهلك إلى سلعة أو خدمة معينة فيلجأ إلى تحرير العقد ويضمنه بنوداً لا يستطيع المستهلك مناقشتها أو تعديلها فأما أن يقبلها كما هي أو يرفضها، كأن يمنحه حق تعديل بنود العقد أو ابطال العقد دون العودة إلى المستهلك أو حرمان الطرف الآخر من اللجوء إلى القضاء لتوفير الحماية القانونية له أو حرمان المستهلك من الحصول على الخدمة لمخالفته الانظمة والتعليمات، كما هو الحال في عقود الماء والكهرباء وعقود النقل والسكك الحديدية والتأمين[٢٧].

وإن إعطاء الحماية القانونية المقدمة إلى المستهلك وتقديم كافة الضمانات له وذلك من خلال وجوب الكتابة لتجنب البنود التعسفية التي يقوم المحترف بتضمينها، من هنا وجوب الشكلية لكون أن العقد لا ينعقد إلا باستيفاء الشكلية التي جاء بها المشرع العراقي في القانون المدني[٢٨] .

لذا فأن اهمية الكتابة تنبع من حماية المستهلك وتمكينه من معرفة ما يتضمنه العقد من بنود لكي يبدي رأيه بالقبول أو الرفض، وكذلك اعلامه بالعناصر الرئيسية بالعقد من أجل خلق تعامل يسوده الاطمئنان وتبادل الثقة بين أطراف العقد، فأن ذلك يؤدي إلى حماية المستهلك وتقديم الضمانات والحماية إلى المستهلك. وأن عبارات وجوب الكتابة كانت واضحة فقد تكون على شكل طلب أو وصل و يجوز أن تمتد الضمانات المتعلقة بالمستهلك في كيفية دفع ثمن السلعة أو طريقة التسليم أو فسخ العقد فالبنود التعسفية لم تكن محددة بشكل مخصص، وقد يجوز التعبير عن هذه الصيغة باللفظ أو الكتابة أو عن طريق إشارة متداولة لوضع حد لأي شك في حالة التراضي[٢٩].

ثالثاً : أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً

أن الإشكالات الجديدة التي تتمثل في طرح فكرة طرف العقد أن يكون مستهلكاً تتصور في كيفية تحديد الأشخاص التي تشملهم الحماية من الضرر في البنود التعسفية، حيث تشترط القوانين أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً وتجب حمايته ، وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون حماية المستهلك العراقي، وأن أغلب التشريعات القانونية منها من اعتمد نطاقاً موسعاً في حماية المستهلك وذلك بشمول جميع الأشخاص ولكن من الجهة الأخرى كانت هناك بعض التشريعات التزمت في النطاق الضيق وهذا ما عمل عليه المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك فقد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك ولم يتوسع بذلك[٣٠].

و أن المجهز أي المحترف يكون مسؤولاً مسؤولية تامة عن كافة حقوق المستهلكين في العقد من سلعة أو خدمة أو بضاعة ولم يتوقف على ذلك فقط بل تبقى مسؤولية المجهز قائمة طوال مدة الضمان المتفق عليها[٣١].

لذا فأن المشرع العراقي أوضح جميع الأطراف ، المحترف (المهني) والطرف الضعيف (المستهلك) في عقد الاستهلاك لمنع تبني فكرة أن المستهلك ما هو إلا مهني وعند قيامه بأي نشاط آخر لا يمت بصله بنوعية نشاطه فيعدّ مهنياً أما في غير ذلك النشاط فيعدّ مستهلك لذلك وجب حماية المستهلك من قبل القانون[٣٢].

رابعاً : أن يؤدي البند إلى الأختلال في التوازن العقدي

يعد من شروط البنود التعسفية في قانون حماية المستهلك هو الأخلال بالتوازن العقدي، فأن لم يكن هناك خللاً في توازن العقد فلا نكون أمام بنود تعسفية بل أمام عقد صحيح، ولابد أن يكون موضوعه على حساب غير المحترف أي المستهلك، وتشير إلى ذلك فوارق معينة بين الحقوق أو التزامات المستهلك والحصول على ميزة مفرطة بسبب التفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين وباجتماع هذين العنصرين (الميزة المفرطة والقوة الأقتصادية للمحترف) يحدث الأختلال وعدم التوازن بين التزامات الطرفين سواء بإنقاص التزامات الطرف القوي اقتصادياً أم بفرض التزامات مرهقة على المستهلك[٣٣].

في بادئ الأمر يجب فهم ظاهرة أختلال التوازن في وقت معين بسيط فكان لابد من إقرار نظام التكافؤ العام بين قيم الاداءات المتقابلة ، حيث أوضحت هذه الظاهرة أن العقد في الوضعية الأقتصادية التي تحقق الفائدة بشكل متوازن بين طرفي العقد وأن تقدير قيمة السلعة أو المنتج التي يتم الحصول عليها تتأثر بعوامل مرتبطة بقيمتها[٣٤].

وأن أختلال التوازن العقدي الناتج عن البنود التعسفية ينتج عن إرادة أحد طرفي العقد أي أنه عمل ارادي، أما إذا كان الأختلال في التوازن العقدي ناتج عن ظروف اقتصادية فهو خارج عن إرادة المتعاقدين ويرجع إلى ظروف اقتصادية أو سياسية كالحرب أو الفيضان أو الحصار الأقتصادي[٣٥].

واقر القانون المدني العراقي مبدأ التوازن العقدي في حالات كثيره ومنها المادة ١٤٦ من القانون المدني التي جاء فيها " إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص بالقانون أو بالتراضي "[٣٦].

الفرع الثاني: معايير البنود التعسفية

أغلب البنود في جميع العقود تكون لها معايير معينه تختص بها وتميزها عن مثيلاتها فالبنود التعسفية لها عدة معايير تبرز أهميتها في نماذج العقود التي يحررها المهني تجاه المستهلك خاصة في عقود الإذعان والعقود الاستهلاكية التي تبرز فيها قوة الطرف المهني في مثل هذه العقود وضعف المتعاقد الآخر، وكما يأتي :

اولاً : معيار التعسف في استعمال القوة الأقتصادية

في عالمنا اليوم لا يوجد شخص لا يمكن اعتباره مستهلكًا أو محترفًا فكل منا مستهلك في إطار إشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، وأن المزايا التي يحصل عليها المجهز بفضل قوته الأقتصادية أو الفنية فإنها تؤدي إلى أختلال التوازن في العقد بين الالتزامات والحقوق الناشئة عنه، وأن هذه المزايا لا تكون نقدية فقط ذلك لان الفقه اراد أن لا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال الضيق فقط وانما نظر اليها حسب الاثار التي يخلفها العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد[٣٧].

لقد تناولنا مشكلة التعسف في استخدام التفوق الأقتصادي من جانب المهني في ضوء النصوص القانونية التي اعتمدتها التشريعات في محاربة المصطلحات غير العادلة، وحيث يقصد بهذه الفقرة هي وضعيه المركز أو الفرد أو المؤسسة التي تملك القوه والأموال بحيث يكون لها الاستقلالية في التصرف والإدارة مع المحترف والمنافس والمستهلك حسب أرادتها بمنهجيتها المنفردة التي تجعلها تفرض البنود على المستهلك[٣٨].

ويطرح سؤالٌ هل تعد القوة الأقتصادية هي المعيار الاكثر اهمية؟ وهل يستطيع المجهز بفضل قوته الأقتصادية من فرض البنود التعسفية على المستهلك؟

بعضهم يرى أن المقدرة الأقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة

الأقتصادية، وأن التفوق الفني هو من يُمكن المجهز من فرض البنود التعسفية، فالمجهز ولكونه اعتاد إبرام العقود فانه يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد وما يسري عليه العمل في مهنته، فيملك من الوسائل ما يمكنه من تحديد التزاماته التي يستطيع تنفيذها اضافة إلى البنود التي يفرضها على المستهلكين المتعاقدين معه[٣٩].

في حين يرى آخرون أن القوة الأقتصادية والتقنية الحديثة يكمل أحدهما الآخر، لان من يكون كفوءً فنياً يكون متفوقاً اقتصادياً، اي أن التفوق الأقتصادي دليل واضح على الكفاءة الفنية[٤٠].

لذا نرى بأن التعسف باستعمال القوة الأقتصادية لا يمكن اثباته بحالة أخرى وانما يمكن استخلاصه من الصفات الخاصة بأطراف العقد، لذا نستطيع القول أنه معيار شخصي لان المعايير الأخرى من ميزة فاحشة وإختلال التوازن هما معياران متحدان تربطهما علاقة تامة، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المجهز هي نتيجة القوة الأقتصادية التي يتمتع بها المجهز.

ثانياً : معيار الميزة الفاحشة

لكي يعد البند المدون في العقد الاستهلاكي تعسفيًا يجب فرضه باستخدام القوة الأقتصادية للمحترف من ناحية وأن يؤدي هذا البند المفروض إلى نشوء ميزة مفرطة من ناحية أخرى لصالح المحترف، لذلك يبدو للوهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعد نتيجة للمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي نتيجة استخدام التأثير والنفوذ الأقتصادي للمحترف ويعد مرتبطاً به بعلاقة سببية. وأن الميزة الفاحشة قد تعني انعدام سبب العقد ولو جزئياً، ويجب الاخذ بالحسبان المنفعة التي يحصل عليها المحترف نتيجة للبنود التعسفية التي يضمنها في العقد، لذا فأن من الصعوبة تحديد العنصر الذي يعد نقطة انطلاق في تقدير أو تحديد الميزة الفاحشة[٤١].

نرى بأن فكرة الميزة الفاحشة تقترب كثيراً من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين وأن كانا يختلفان من حيث محل التعسف حيث ينصب في الغبن على الثمن أما في البنود التعسفية فينصب التعسف على البنود المتعلقة بتنفيذ العقد.

ثالثاً : معيار الأختلال في التوازن العقدي

يوصف التوازن المالي على أنه من أهم المعايير لتحقيق التكافل والعلاقات المتوازنة ولكن من الممكن أن يحدث أختلال في التوازن العقدي وذلك لعدة أسباب، منها أن يكون الشخص أو المسؤول أو الطرف المعنى في مركز اقتصادي يتمكن من خلاله إخضاع الطرف الآخر وفرض بنود عليه في العقد وذلك نظراً لضعف الطرف الآخر[٤٢].

ومنها ما يؤدي إلى الأضرار بالطرف الضعيف في العقد فيصيبه غبن من التعاقد وهذا ما أدى إلى تشريع عدة قوانين وقواعد يمكن أن تقدم الحماية الكافية إلى الطرف المتضرر وتؤدي إلى تحقيق التكافؤ العام والشامل. ولذلك تتجلى أهمية هذه القوانين في تحقيق القدر المستطاع من العدالة بين جميع الأطراف المتعاقدة، ومن خلالها لا يمكن أن يمارس الأشخاص المتنفذة اقتصادياً استغلالها ضعف الطرف الآخر في العقد مما يؤدي إلى أستقرار المعاملات والحد من ظاهرة استغلال النفوذ الأقتصادي من قبل المحترفين وتحقيق الحماية إلى المستهلك وتأمين بعض التعديلات على العقود التي تحفظ من تحقق أختلال التوازن العقدي وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي(٤٣).

إن إعمام مبدأ التكافل العام بين الأطراف هو عبارة عن وهم وذلك نظراً لمتطلبات التجارة وتحقق فرص الربح مما يولد حصول فوارق بين أطراف العقود التجارية، ولكن من الممكن أن يكون هذا الاختلاف ضئيلاً لعدم وجود فجوات كبيرة بين المكونات المشتركة في العقد، أو قد يكون هناك فارق يصل إلى حد كبير ويؤدي إلى اعتماد الهيمنة من قبل المحترفين التي تؤدي إلى حدوث أختلال في التوازن العقدي، مما أدى إلى تشريع القوانين والقواعد لغرض توفير الحماية اللازمة إلى الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية من هيمنة ونفوذ المحترفين، حيث اتاحت القوانين المدنية حق التعديل على العقود أو النقض إذا ما لوحظ مبدأ الأختلال في التوازن العقدي(٤٤).

المبحث الثاني

أثر أقتران العقد بالبنود التعسفية

أن البنود التعسفية تتحقق عندما يكون هناك أختلال بين التزامات وحقوق المتعاقدين، لذا فأن التشريعات تدخلت على وفق القواعد العامة من أجل تعديل الحقوق والالتزامات حتى يعاد التوازن العقدي في العقد، أما في العقود الاستهلاكية فأن مظهر التعسف يتحقق بوجود منفعة كبيرة للمهني وهو ما جعل بعض التشريعات تقضي ببطلان هذه البنود التعسفية ، ولكي يحكم ببطلان البنود التعسفية يجب على القضاء أن يتحقق من توفر منفعة ومصلحة كبيرة في هذه البنود للمحترف، أي أن وجود مثل هذه البنود تعطي للمحترف ميزة لا تتحقق له في حالة عدم ادراج هذه البنود في العقد(٤٥).

ولذلك سوف نبحث في الحماية التشريعية والقضائية الواجب توفرها لحماية المستهلك في العقود الاستهلاكية وذلك في مطلبين نخصص الأول للحماية التشريعية والثاني للحماية

القضائية.

المطلب الأول : الحماية التشريعية من البنود التعسفية

التفاوت الأقتصادي الحاصل بين مراكز المتعاقدين في العقود الاستهلاكية وانفراد الطرف القوي بوضع بنود العقد أمر لا يمكن تجاهله، ومن العدالة لابد أن تنص التشريعات على وسائل تكفل حماية المتعاقد الضعيف، حتى لا يكون ضحية للمتعاقد القوي بسبب جوره وتعسفه في وضع بنود العقد، وليس للقضاء أن يحقق هذه الحماية بدون سند تشريعي، فالعقد هو شريعة المتعاقدين ولا مناص من قيام المتعاقد بأخذ كافة بنود العقد، مهما تكن متعسفة أو جائرة طالما أنها لا تخالف النظام العام والآداب[٤٦].عليه سوف نبين ماهية الحماية القانونية من البنود التعسفية ومن ثم نوضح وسائل الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية على فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول : مفهوم الحماية القانونية من البنود التعسفية

أن القواعد القانونية والخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية تمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية للفلسفة القانونية والسياسية التي تسود التشريعات القانونية المعاصرة، وهي الحماية التي تقرها الاتفاقيات والمواثيق والاعلانات الدولية التي تخص حقوق الانسان، وأن هذه العناصر كانت قد انتقلت بهذه الحقوق من ميدان النظريات الفلسفية والمبادئ الاخلاقية، إلى ميدان الممارسات الواقعية، وحيث أصبح العمل يسري على أنشاء وسائل وآليات قانونية تلزم تقرير هذه الحقوق وحمايتها[٤٧].

أغلب التشريعات العربية كرست جهداً كبيراً من أجل مواجهة البنود التعسفية والقيام بوضع نظام عام وشامل لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك بوضع مجموعة وسائل من الممكن أن تسهم في مواجهة هذه البنود، وأن هذه الوسائل قد تكون مستندة إلى النظريات العامة ومنها نظرية عقود الإذعان ونظرية عيوب الإرادة، وهذه الوسائل قد وضعت في تشريعات خاصة لحماية المتعاقد الضعيف في العقد، حيث نص المشرع العراقي على نظرية عيوب الإرادة ونظرية عقود الإذعان، فهي من النصوص التي يمكن من خلالها معالجة حالات الأختلال في التوازن العقدي وتوفير الحماية القانونية للمستهلك[٤٨].

نجد أن القوانين دائما ما تؤكد على خلو رضا المتعاقد من عيوب تشوب ارادته، ومن أجل حماية الطرف الضعيف في العقد وهو (المستهلك)، فإذا أصاب رضا المستهلك عيب يعد العقد موقوفاً على اجازته أما أن يجيز العقد أم ينقضه ، ما عدا عيب الاستغلال الذي تحكمه المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي، و أن عيب التغرير إذا لم يلحقه الغبن الفاحش فانه لا يكفي لتحقيق

الحماية لوحده[٤٩].

وعلى وفق ذلك فقد أصبح المتعاقد الضعيف اليوم بحاجة كبيرة إلى توفير الحماية القانونية في ظل التفاوت الكبير الحاصل بين الطرف القوي والطرف الضعيف من حيث الخبرة والعلم، واذا كان القضاء والمشرعون مهتمون فعلاً بأنصاف المتعاقد الضعيف وحمايته وذلك من خلال إعادة التوازن العقدي في العقد عند أختلاله، فأن هذه الغاية يمكن أن تتحقق في ظل انتشار العقود النموذجية التي أصبحت نتيجة حتمية لكثافة التوزيع وتنوع الانتاج[٥٠].

إن الغاية من حماية الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية هي بسبب وجود خلل في التوازن العقدي، وذلك لوجود طرف قوي يقابله طرف ضعيف، وبالنظر لقصور النظريات التقليدية في القوانين المدنية عن توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف، ذلك لأنها محكومة بجملة من البنود يجب تحققها جميعاً لكي يصبح المستهلك تحت طائلة الحماية[٥١].

المشرع العراقي لم يعالج البنود التعسفية بصورة مباشرة لا في القانون المدني ولا في قانون حماية المستهلك على خلاف المشرع المصري واللبناني، وانما عالج البنود التعسفية الواردة في عقد الإذعان على سبيل الحصر، ومنح القضاء سلطة تقديرية واسعة، وهي في حال تحقق البنود التعسفية في عقد الإذعان، فأنه يحق للقاضي أما أن يعدل هذه البنود بحيث يساوي بين الطرفين، وأما يعفي الطرف الضعيف من هذه البنود، ، كما أن القانون الزم القاضي بتفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً[٥٢].

من خلال ذلك نخلص إلى أن المستهلك الذي يبرم عقوداً استهلاكية يستفاد من الحماية المقررة في القوانين المدنية للطرف الضعيف في العقود، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في القانون المدني، إلا أنه كان من الافضل على المشرع العراقي التطرق إلى البنود التعسفية بصورة مباشرة في قانون حماية المستهلك، وهذا يعد نقصاً تشريعياً واضحاً بحد ذاته، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن نظام الحماية على وفق القواعد العامة يكون عاجزاً عن توفير هذه الحماية بشكل كبير.

الفرع الثاني: وسائل الحماية القانونية

لقد شهد العصر الحديث تغييرات كبيرة في مجال العقود وما يمكن أن ينشأ عنه من مخاطر وأختلال في التوازن العقدي وعدم التكافؤ بين أطراف العقد، الامر الذي دفع المشرعين إلى ايجاد العديد من الوسائل التي يمكن من خلالها حماية الطرف الضعيف من خلال ادارة التوازن بين أطراف العقد[٥٣].

فالوسائل الوقائية تقوم على مبدأ الوقاية خيراً من العلاج، والهدف منها تثبيت مركز الطرف

الضعيف وحمايته، وكذلك تمكين الطرف الضعيف من الاحاطة بالمعلومات التي تتعلق بالعقد، مما يلزم بان يكون رضاؤه ناضجاً، وأن تمكين الطرف الضعيف من معرفة عناصر العقد وملابساته وتفاصيله يتحقق بفرض الالتزام بالأعلام لمصلحته على حساب المتعاقد القوي[٥٤].

النظم القضائية والقانونية أصبحت تهتم وبشكل كبير وخاصة في العقد الماضي بالحاجة إلى حماية المستهلك من المخاطر التي قد تصيبه من السلع المعيبة، وأن حماية المستهلك في القوانين والمنظمات التي وضعت لغرض ضمان حقوق المستهلكين، وكذلك المنافسة العادلة والمشروعة تضع القوانين لمنع الممارسات غير العادلة والغش، بل قد توفر حماية اضافية للمتعاقدين الضعفاء وغير القادرين على حماية ورعاية انفسهم[٥٥].ثم فقد تعالت الصيحات من أجل حماية المتعاقدين والمستهلكين منهم بالذات وهو ما حصل في أغلب بلدان العالم من تشريع قوانين خاصة بحماية المستهلكين، ومنها المشرع الذي واكب التطور التشريعي في العالم والخاص بحماية المستهلك وقد تجلى موقف المشرع العراقي من خلال اصدار قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وكذلك قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ واللذان يهدفان إلى حماية المتعاقد الضعيف من جور المهنيين ونفوذهم الأقتصادي وهو ما سنتناوله في الفرعين القادمين:

اولاً : قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠

بغية حماية المستهلك من الغش والخداع من قبل المهنيين، وإقرار مبدأ العدالة والمساواة بين المجهزين والمنتجين وبين المستهلكين للسلع ومتلقي الخدمات والحفاظ على حقوقهم، وللحد من ممارسات الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما مدرج عليها من بيانات ومواصفات يمكن أن تكون غير صحيحة، الامر الذي دفع إلى تشريع هذا القانون في العراق الذي أقره البرلمان العراقي الجديد قانون حماية المستهلك لعام ٢٠١٠ الذي يوفر هذا القانون المبادئ التي تحظر الاحتيال التجاري والخداع في التعامل مع السلع أو الخدمات، ولا سيما في مجال البنود التعسفية المدرجة من قبل المهني في مواجهة المستهلك في العقود النموذجية، فأن قانون حماية المستهلك العراقي لا يعالج المجالات الهامة الأخرى للحماية، ولا سيما حماية المستهلكين في التعاقد والمعاملات التي تنطوي على بنود غير عادلة مع استخدام الإعفاء من الالتزامات التعاقدية[٥٦].

فقد عالج هذا القانون حماية المستهلك على سبعة فصول، حيث تناول الفصل الثاني مجلس حماية المستهلك أما الفصل الثالث منه تناول حقوق المستهلك، أما الفصل الرابع منه فبين

واجبات المجهز والمعلن، وأن الاسباب الموجبة لهذا القانون تتمثل بحماية المستهلك واقرار مبدأ العدالة والمساواة بين المجهزين والمستهلكين ومتلقي الخدمات، والحد من ظاهرة ممارسة الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما مدرج عليها من بيانات ومواصفات "[٥٧].

و اورد المشرع العراقي في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك عدة تعاريف منها "المجلس والسلعة والخدمة والمستهلك وحماية المستهلك والمجهز والمعلن ولجان التفتيش" وأن ما يهمنا هنا هو المستهلك وحمايته القانونية في مواجهة المجهز.

أن المأمول من تعريف المستهلك نجد أن المشرع توسع في مفهوم المستهلك بصورة تجاوزت الغرض الذي شرعت من اجله القوانين الخاصة بحماية المستهلك، فأن هذه القوانين بالأصل وضعت لحماية شخص ضعيف من النواحي الفنية والأقتصادية والتقنية في مواجهة شخص آخر يتمتع بتفوق اقتصادي وعلمي وتقني الذي يسخرها لمصالحه ومنافعه الشخصية[٥٨].

وقد أعتبر هذا التعريف أن كل من يتزود بخدمة أو سلعة يعد مستهلكاً، فشمل الجميع حتى من يقوم بالتزود لأغراض مهنته، حتى وأن كانت الصفقة داخلة ضمن نطاق تخصصه، ومن ثم فأن تعريف المشرع العراقي للمستهلك لا يدخل ضمن أحد المفهومين المتقدمين للمستهلك، وانما كان الاجدر بأن يأخذ بأحدهما لا أن يطلق مصطلح المستهلك على كل شخص يشتري سلعة أو خدمة بقصد الاستفادة منها ومن ثم أصبح الجميع مستهلكين حتى المجهز[٥٩].

ولم يلزم هذا القانون المجهز بضمان سلامة المستهلك وهو ما يسمى (الالتزام بضمان السلامة) كما أن التقدم الصناعي والعلمي جعل من بعض العقود المبرمة من قبل المجهز أو تنفيذها من أبرز العقود التي قد تهدد سلامة المستهلك كأن يكون موضوعها منتجات غير صالحة للاستهلاك البشري[٦٠]، وحيث ساوى المشرع في هذا القانون بين المجهز والمعلن في المسؤولية في هذه الحالة، في حين أن المعلن لا يعلم بمكونات السلعة والمخاطر الناتجة عنها، لذا يتوجب اعفاء المعلن من المسؤولية في حال كانت المعلومات فنية لا يمكن الالمام بها وكان المجهز هو من مده بها.

ثانياً : قانون المنافسة والاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ .

قد يلجأ بعض المهنيين والتجار إلى تجاوز حدود الممارسات التجارية المشروعة من خلال اللجوء إلى وسائل الغش والخداع والتواطؤ واستعمال قوتهم الأقتصادية لقتل المنافسة والأضرار بالمستهلكين الامر الذي يتوجب وضع ضوابط لازمة له من أجل ضمان حرية المنافسة بإصدار

تشريعات تختص بتنظيم المنافسات لان تركها دون ضوابط تحكمها يؤدي إلى نشوء الاحتكارات التي تؤدي بدورها للسيطرة على الاسواق الامر الذي يفضي إلى زوال المنافسة بذاتها، التي تعد الطريق الوحيد لضمان المنافسة التجارية المشروعة، التي تجعل الاقتصاد قوياً يلبي حاجات المستهلك ويحفظ للمنشآت التجارية حقوقها. وقد حرصت العديد من الدول على اصدار مثل هكذا تشريعات كما فعل المشرع العراقي بموجب قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠، بحيث ترتبط المنافسة ارتباطاً وثيقاً بالنشاط الأقتصادي، بوصفها أحد الشروط التي تلازم نشاط الأطراف، بحيث تعد أمراً اساسياً وطبيعياً في هذا النشاط، كالمنافسة بين التجار والمهنيين والمنافسة بين المنتجين والموزعين والشركات الصناعية[٦١].

المنافسة تعد أمراً مرغوباً فيه في الحياة الأقتصادية، لما ينتج عنها بقاء الافضل من حيث تقديم الخدمات والسلع الاكثر جودة وارخص سعراً، ووجود التوازن بين الاستهلاك والانتاج، مما يدفع المهنيين لتقديم الافضل ويحسن من أساليب التجارة، على أن تكون المنافسة شريفة ومشروعة، أما إذا تجاوزت حدودها المشروعة فأنها تصبح شراً يجب محاربته وتصبح مضرة لا يقبلها القانون، بحيث يلزم مرتكبها بالتعويض، ويمنح القانون للمتضرر إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة على مرتكبها[٦٢].

حيث تؤدي المنافسة إلى زيادة الكميات التي يتم عرضها من منتوجات السلع والخدمات، الامر الذي يؤدي إلى خلق توازن كبير بين ثمن المنتوجات وكمية الطلب، الذي ينعكس بدوره على إقامة التوازن بين الإنتاج والاستهلاك، حتى يوفر السلع والخدمات التي يحتاجها المستهلكين[٦٣].

فما تضمنته الأسباب الموجبة لقانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي جاء فيها " لضمان حرية المنافسة ومنع الاحتكار في الأسواق ولما للمنافسة ومنع الاحتكار من أهمية في خلق حافز لتخفيض الكلفة والسعر وتحسين الجودة بالنسبة للسلع والخدمات المعروضة في السوق مما يؤدي إلى تشجيع القطاعات الخاص والمختلط والعام وتطويرها دعما للاقتصاد الوطني وحسن الانسيابية للسلع والخدمات شُرع هذا القانون"[٦٤].

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي الذي يعد من القوانين الخاصة التي اصدرها المشرع العراقي التي تهدف إلى أستقرار المعاملات التجارية وحماية المستهلكين من استغلال المحترفين لنفوذهم الأقتصادي، فأن هذا القانون جاء على غرار قانون حماية المستهلك العراقي، ولذلك فانه تضمن ذات الهفوات التي وقع بها قانون حماية المستهلك التي نأمل من المشرع العراقي التدخل بشكل جدي لمعالجة مثل هكذا ثغرات.

المطلب الثاني : الحماية القضائية من البنود التعسفية

أصبح موضوع حماية المستهلك من أهم القضايا القانونية الحالية، وقد ازدادت هذه الأهمية مع ظهور عقود الأعمال الإلكترونية النموذجية، التي تعد فريدة من نوعها في صياغتها المهنية التي يرونها مناسبة ومتوافقة مع اهتماماتهم، بحيث يكون المستهلك ضحية التسرع بسبب رغبته في الحصول على المنتج في لحظات قليلة وربما بتكلفة أقل، وبالفعل عقود الأعمال الإلكترونية على الرغم من مزاياها للمهني إلا أنها قد تنطوي على مخاطر في نفس الوقت، وهذا واضح في عدم التوازن بين الطرفين، فالمستهلك خاضع تمامًا للتواصل دون إمكانية مناقشة البنود التي يضعها المتدخل، وهذه البنود اعتباطية تضعف حقوق المستهلك أو تزيد من التزاماته، ولاسيما أن المستهلك في هذا النوع من العقود يبرم عقدًا مع تاجر غير مدرك لهويته وحيثما يصل ، و أنه لا يستطيع التأكد من مواصفات العقد ومكانه، وعلى هذا الأساس تهدف الدراسة إلى إبراز الحماية من الظروف التعسفية[٦٥].

فالقضاء يبدو للوهلة الأولى بأنه ليس لديه الدور في معالجة البنود التعسفية في ظل القواعد التشريعية التي تنص على أن العقود المبرمة بطرق مشروعة تحل محل القانون للمتعاقدين[٦٦] .

سوف نوضح سلطة القضاء في تفسير العقد في الفرع الأول ، أما الثاني نبين فيه سلطة القضاء في تعديل والغاء البنود التعسفية.

الفرع الأول : سلطة القضاء في تفسير العقد

يراد بالتفسير بشكل عام هو توضيح الالفاظ المبهمة في النصوص القانونية وتوضيح ما اقتضب منها، واكمال النقص الحاصل في الأحكام والتوفيق بين الاجزاء المتناقضة عند حصول التعارض، وأن الحاجة إلى التفسير ترجع إلى كون القواعد القانونية لا تظهر بمعناها الكامل[٦٧].

المشرع العراقي فيلاحظ أنه أخذ أحكامه في تفسير العقد من الفقه الاسلامي، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى التفرقة بين التعبير الواضح والغامض في تفسير العقود، فأن كان التعبير صريحاً خالي من اللبس والغموض اوجبوا على القاضي الاخذ بالإرادة الظاهرة، أما إذا كان التعبير غامضاً فقد الزموه بالبحث الدقيق عن قصد المتعاقدين، من خلال الركون إلى طبيعة العقد واستنباط القصد من خلال الطرق المتبعة شرعاً، ومن ثم يمكن القول بالقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " التي نجد لها نطاقاً واسعاً للتطبيق في حال كان التعبير صريحاً، لذلك فأن قاعدة " إعمال الكلام اولى من اهماله " فأن تطبيقها يتجلى في حال غموض التعبير للمتعاقدين، إلا أن نطاق تطبيقه لا ينحصر لهذا فحسب بل يتضمن اقامة الدليل على انصراف العبارات الواضحة إلى معنى غير المعنى الظاهر[٦٨].

الأصل وما جرى عليه العمل هو أن القضاء يحجم عن التدخل في العلاقات التعاقدية وذلك احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، طالما أن المتعاقدين يتمتعان بالأهلية اللازمة للتعاقد، غير أن القضاء بالفترة الأخير تراجع عن تطبيق هذا المبدأ بشكل دقيق لكونه يواكب التطور الحديث الذي يطرأ على الرابطة العقدية، كون أن العقد هو وسيلة للتعبير إرادة أطرافه وتنظيماً للعلاقات القانونية فيما بينهم، فاذا حصل الخلاف حول ما يقصداه من العبارات الواردة في العقد يلجأ الطرفان للقضاء من أجل تفسيره(٦٩).

فالتفسير يعد الوسيلة المهمة للقضاء من أجل اظهار إرادة المتعاقدين في العقد، وأن اظهار هذه الإرادة يكون من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ونعني بذلك جميع ما تّم الاتفاق عليه بين المتعاقدين، وتقابلت بذلك ارادتهما الحقيقية بشأنه فيعبرا عنه بتعبيرات متطابقة من شأنها أن تكشف مضمونه(٧٠).

من هذا المنطلق فأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية من أجل استخلاص نية المتعاقدين من عبارات العقد، على أن يكون ذلك من خلال استعمال المعايير المنصوص عليها في القانون، ولا يخضع ذلك إلى رقابة المحكمة العليا، طالما كان الحكم مستمداً من أوراق ومستندات الدعوى، و يقع على القاضي أن يتعرف على الطريقة التي يكتب فيها البند التعاقدي(٧١).

فالأداة التي استعملها القضاء هي تفسير البنود التعسفية ضد مصلحة المتعاقد القوي، على الرغم من أن مهارة وفن الصياغة التي تعني العمل على تقليل احتمالية الرجوع إلى القواعد العامة في التفسير، إلا أنه يجب أن يكون القائم بهذه الصياغة على علم ودراية بهذه القواعد(٧٢).

فعندما يقوم المتعاقد بوضع الصياغة عليه أن يضع نصب عينيه القواعد العامة للتفسير، فسوف يراعي بذلك في الصياغة تفادي الثغرات التي تؤدي إلى تطبيق هذه القواعد عليها والى منحها معنى لا يتفق مع رغبته(٧٣).

من خلال ما تقدم يتضح لنا أنه لا يمكن للقاضي أن يتدخل في ابطال بنود أي عقد إذا كانت واضحة في دلالتها ومضمونها، ما عدا العقود التي وضع المشرع قواعد خاصة بصياغة بعض بنودها، ولا سيما إذا تضمن العقد ما يفيد عدها جزءاً منه، ومعرفة المتعاقد بها، وأن لم تكن العقود متضمنة لبنود واضحة في صياغتها مثل عقود الإذعان فلا يمكن للقاضي أن يعدل أو يستبعد مثل هكذا بنود وأن كانت مجحفة أو تعسفية بحق المتعاقد الضعيف في العلاقات العقدية، فيكون دور القاضي مقتصر على حماية المتعاقد المتلقي لهذه البنود، ومن ثم نكون بحاجة إلى أساليب ووسائل أخرى لحماية المتعاقد الضعيف من البنود التعسفية، في حين يكون

الأمر مختلف فيما إذا كانت هذه البنود غامضة، فيكون دور القاضي بتفسيرها ويتسع هذا التفسير في حماية المتعاقد الضعيف منها.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تعديل أو الغاء بنود العقد

الأصل تحديد المضمون الملزم للعقد عن طريق اتفاق المتعاقدين وهو ما يقضي به مبدأ الحرية في التعاقد والنظر إلى العقد باعتباره شريعة المتعاقدين، ومن خلال هذه القاعدة فأن ما يدخل ضمن نطاق العقد يصبح ملزماً للطرفين، و لو نص عليه القانون، بمعنى أن الحقوق التي تنشئ عن العقد في ذمة المتعاقدين تكون واجبة الاحترام، كما لو كان القانون هو من انشأها، فلا يجوز لشخص أن يتحلل من التزام كان قد فرضه القانون، كذلك لا يمكن للمتعاقد أن يتحلل من الالتزامات التي انشئها العقد الذي يكون طرفاً فيه[٧٤].

عليه يمكن القول أن هذا المبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) نجد فيه اساساً أخلاقياً واقتصادياً، حيث نجد في احترام العهد المقطوع وهو يمثل الأساس الاخلاقي، أما الأساس الأقتصادي هو الرغبة في توفير أستقرار المعاملات، فاذا لم يكن هناك أستقرار في المعاملات والطمأنينة في التعامل فاذا سمح للمتعاقد بان ينقص ما تعهد به ولم ينفذ ما التزم به في العقد، فالأساسان لهذا المبدأ يضمنان له البقاء في قانون العقد كمبدأ أساسي[٧٥].

ومن ثم يتوجب على المتعاقدين تنفيذ جميع ما يشتمل عليه من التزامات وواجبات بحسن نية والتعاون بين الطرفين، ولا سيما أن فكرة حسن النية تظهر في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق وتشكل نقطة تواصل وامتزاج بينهما[٧٦].

ونلتمس من المشرع العراقي بأنه أياً كان محل العقد فأن المتعاقد يجب عليه أن ينفذ التزاماته، فاذا اتخذ العقد أصبح لزاماً تنفيذه ولا يمكن لأحد من المتعاقدين الرجوع فيه أو تعديله أو الغاء جزء منه إلا بمقتضى نص في القانون أو باتفاق الطرفين، ويتوجب تنفيذ العقد طبقاً لما يشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية[٧٧].

اولاً : سلطة القاضي في تعديل بنود العقد .

يلاحظ أن أغلب التشريعات العربية خولت القضاء سلطة تعديل العقد إذا كان قد تضمن بنوداً تعسفية، فتعديل العقد يعني الإبقاء على بنوده مع رفع أوجه التعسف منها وبالطريقة الملائمة لها، مثال ذلك ففي عقد العمل فاذا كان أحد بنود العقد المدرجة في لائحة المصنع تفرض غرامات مالية باهظة على العمال نتيجة أخطاء بسيطة فيكون على القاضي إذا ما قدر أنه من

البنود التعسفية أن يقوم بتعديله بتخفيف الغرامة لكي تتناسب مع الخطأ الواقع. وكذلك إذا كان أحد البنود يتعلق في عدم تحديد موعد للتسليم، جاز للقاضي أن يعدله بتحديد الموعد، وأن كان الثمن أو المقابل مغالى فيه جاز تعديله من القاضي بتخفيفه[٧٨].

فالمشرع العراقي يقضي بضرورة توفير الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في العلاقات العقدية، حتى تعيد له بعض التوازن الأقتصادي والفني للعقد، وأن الحماية التي وفرها المشرع للمتعاقد الضعيف كان الغاية منها تحقيق القاعدة المتعلقة بالنظام العام وهي حماية المتعاقد الضعيف، مثال ذلك في عقد الإذعان فأن الطرف المذعن يرضخ في حقيقته لإرادة الطرف المقابل ويسلم لما يتضمنه العقد من بنود دون نقاش، عندها تتركز الحماية للطرف المذعن من خلال تجنب أثر اعمال البنود التعسفية[٧٩].

نلاحظ أن المشرع العراقي قد أجاز للقاضي تعديل ما يتضمنه العقد من بنود تعسفية وفقاً لما تقتضي به قواعد العدالة، ولا يمكن الاتفاق على ما يخالف ذلك[٨٠]، ومن ثم فأن هذه السلطة تخرج القاضي عن حدود مهمته العادية التي تنحصر بتفسير العقد وتطبيق القانون على النزاع المعروض أمامه، إلى سلطة تعديل بعض بنود العقد لمصلحة أحد العاقدين على الرغم من إرادة المتعاقد الآخر[٨١].

وبناءً على ما يتطلب من حماية للمتعاقد الضعيف فقد قدر المشرع ضرورة الخروج عن القواعد العامة بسبب ضعف المتعاقد مقابل الطرف الآخر المتمكن اقتصادياً، فليس ما يسوّغ تدخل القاضي الظروف الخارجية حمايةً منه للمتعاقد الضعيف، وليس ضعف المتعاقد ما يجب منعه من قبل القاضي وتحريمه، وأن عدم المساواة لا يمكن أن يعد شراً بذاتها، بل أن ما يبرر تدخل القاضي في روح العقد هو التعسف الناتج بسبب التفاوت الحاصل بين مراكز المتعاقدين، نتيجة استغلال ضعف المتعاقد في العلاقة العقدية، ويرجع ذلك في جميع الأحوال إلى سلطة القاضي التقديرية[٨٢].

ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد إذا وجد أن العقد كان قد تضمن بنوداً تعسفية وضعها المحترف في مواجهة المتعاقد الضعيف وانها مرهقة لهذا الأخير، فيجوز لقاضي الموضوع أن يعيد التوازن إلى العقد من خلال تعديل هذه البنود على وفق ما تقضي به قواعد العدالة، ولا يمكن الاتفاق على خلاف ذلك، من أجل قطع السبيل على المتعاقد القوي والمتفوق اقتصادياً ومنعه من تحرير العقود بوضع بنود تعسفية ترهق المتعاقد الضعيف وتضمينها بنداً يسلب القاضي هذه السلطة، كما لو تضمن العقد بنوداً جزائية مبالغ

فيها، أو كان العقد يتضمن بنود تعفي البائع من الضمان، فيكون دور القضاء في هذه الاحوال هو إعادة الالتزامات إلى الحد المعقول، وذلك بسبب حسن نية المتعاقد الضعيف وانعدام مصلحته فيما يفرض عليه من بعض الالتزامات.

ثانياً : سلطة القاضي في ألغاء بنود العقد .

أن وجود البنود التعسفية في العقود يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة في العلاقات التعاقدية، فاذا تواجد مثل هذه البنود في العقد لابد من اعمال الجزاء القانوني في مواجهة هذه البنود، لان وجودها يسبب عدم التناسب والتفاوت في المنافع المتحصلة من العقد لكلا المتعاقدين، وعلى وفق القواعد العامة في القانون فأن المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي التي تقضي باستبعاد البنود التعسفية بإعفاء الطرف المذعن منها لتحقيق العدالة في العلاقة التعاقدية، وأن المشرع العراقي عندما منح القضاء سلطة الغاء البنود التعسفية وتعديلها فقد جعل معيار اعمال السلطة هي العدالة(٨٣).

تجدر الاشارة إلى أن الحكم الوارد في نص المادة ٢/١٦٧ من القانون المدني العراقي الذي يقضي بإعفاء المذعن في العلاقات التعاقدية من اثار البنود التعسفية يعني ذلك تطبيق تصحيح العقد بإلغاء البنود التعسفية، بمعنى أن المشرع العراقي قد جعل حكم هذه البنود البطلان وأن لم ينص بصراحة على ذلك، مادام قد تم تطبيق أثر البطلان وهو انعدام اثار التصرف، بمعنى أن استبعاد الاتفاق المتضمن تعسفاً هو عدم ترتيب اثاره، وهي ذات اثار بطلان التصرف(٨٤).

إلا أن أحكام بطلان البنود التعسفية المقترنة بالعقد واضحة في نص المادة ٩٨٥ من القانون المدني العراقي، اذ نصت بصراحة على بطلان كل بنود تعسفية حددت لبعض صورها في هذه المادة، وقد قضت بإلغاء الجزء الباطل واستبعاده من العقد وهي البنود التعسفية والابقاء على باقي العقد صحيحاً(٨٥).

أن سلطة القاضي في الغاء البنود التعسفية تكون فيما إذا ارتأى أن البنود الواردة في العقد هي بنودٌ تعسفية، وأن تعديل هذه البنود بتخفيف الالتزامات التي تفرض على المتعاقد الضعيف لا تفي بالغرض لتوفير الحماية الكافية له، فيستطيع تعطيل هذه البنود بإعفاء المتعاقد الضعيف منها مخالفاً بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " كما لو كان أحد البنود يتمثل بالإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي الغاء هكذا بند واخضاع العقد للقواعد العامة وبها تتمثل السلطة الاستثنائية للقاضي(٨٦).

وهناك من يرى أن سلطة القاضي بالإلغاء اشد جرأة من سلطة التعديل، وتعد سلاح في يد

القاضي بالغ الخطورة، فيكون للقاضي إذا ما وصف أن البنود بانها تعسفية يجوز تعطيله واعفاء المتعاقد الضعيف منها(٨٧).

عليه فأن القاضي يتمتع بصلاحية تعديل البنود التعسفية أو الغائها على وفق ما تقضي به قواعد العدالة، وأن هذه الصلاحية تعد ممارستها أمر جوازي للقاضي فله أن يمارسها أو لا يمارسها، وأن توافرت اسباب ممارستها، وأن ذلك لا يخضع لرقابة محكمة الطعن، غير أن هناك من الفقه من يرى الأمر موقوف على طلب المتعاقد الضعيف، فاذا ما طلب الأخير ذلك من المحكمة لها ممارسة هذه الصلاحية فلا يمكنها اغفال الطلب بل يتوجب عليها الفصل بالنزاع سلباً أو ايجاباً(٨٨).

أما في حال رفضت محكمة الموضوع الطلب فيجب عليها أن تبين اسباب ذلك، ومن حق المحكمة الاعلى منها فرض الرقابة على تسبيبها للموضوع، فاذا تبين للمحكمة العليا أن التسبيب لمحكمة الموضوع لم يكن تسبيباً كافياً أو تبين انعدام صحته، كان للمحكمة أن تنقض القرار المطعون فيه أمامها لهذه الاسباب(٨٩).

فقد يتجه القضاء إلى اعفاء المتعاقد الضعيف من البنود التعسفية في العقد من أجل إعادة التوازن الأقتصادي والقانوني والفني المختل الذي اكدته المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي، ويكون اعفاء المتعاقد الضعيف من البنود التعسفية أما لعدم علمه بهذه البنود وأما لعدم تمكنه من العلم بها، أو لعدم تمكنه من مراعاة هذه البنود بسبب اجنبي خارج العقد .

من خلال ما تقدم نجد أنه يجوز للقاضي أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين وأن يرد الالتزام المرهق للمتعاقد الضعيف إلى الحد المعقول، والاصل أن القاضي لا يملك إلا أن يفسر العبارات الغامضة في العقد وأن يحدد نطاقها على وفق القانون ، ولا يجوز له أن يعدل ما أتفق عليه المتعاقدين، إلا إذا حدث سبب قاهر على المتعاقد الضعيف فأن ذلك يجيز للقاضي أن يختار الطريقة التي يزيل بها الارهاق لتنفيذ التزام المتعاقد الضعيف.

ولا شك في أن منح القضاء هذه السلطة الاستثنائية بتعديل بنود العقد فهي تخرج عن مهامه الاعتيادية، وهو أمر خطير بحد ذاته، فالمشرع لا يبيح ذلك إلا في حالات يبدو أن العقد أصبح فيها مخالفاً لمبادئ العدالة بصورة فاضحة، تقتضي بدورها تدخل القضاء و تسوّغه ، وأن المشرع كان يهدف من منح القاضي للسلطة الاستثنائية والمسوّغ لتدخل القاضي في تعديل بنود العقد هو لغرض إعادة التوازن في العلاقات العقدية.

الخاتمة :

ومن خلال ما بحثناه فقد توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات نعرضها على النحو الآتي:

النتائج:

١ – أن أحكام البنود التعسفية لم يقتصر بيانها على القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية سواء في عقود الإذعان أو عقود التأمين، وانما وردت أحكامها الرئيسية التي وفرت حماية كبيرة للمتعاقد الضعيف في القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

٢ – أن معالجة البنود التعسفية في نطاق عقود الإذعان معالجة قاصرة عن تحقيق الأهداف المنشودة، الامر الذي يتطلب التوسيع من دائرة هذه الحماية للمتعاقد الضعيف حتى لا يكون تحت طائلة رحمة المتعاقد القوي في العلاقات التعاقدية.

٣ – حماية المتعاقد الضعيف من البنود التعسفية تتميز بكونها حماية شاملة لجميع مراحل العقد ابتداءً من المرحلة السابقة على العقد انتهاءً بمرحلة تنفيذ العقد.

٤ – بينت الدراسة ماهي الصلاحيات التي منحها القانون للقضاء في تفسير بنود العقد، في حالة وضوح العبارات وغموضها، وكذلك صلاحيات القاضي في تفسير الشك أن وجد في العقد، ومدى الحاجة إلى أن يصار إلى تفسير الشك في العقود الاستهلاكية بالطريقة ذاتها المعمول بها في عقود الإذعان.

٥ – الحماية التي توفرها قواعد القانون المدني للمستهلك في عقود الإذعان ومدى التشابه بين هذه العقود مع العقود الاستهلاكية الامر الذي تكون فيه الحاجة إلى امتداد هذه الحماية المفروضة في عقود الإذعان إلى مثل هذه العقود.

٦ – ليس للمحكمة التصدي للبنود التعسفية من تلقاء نفسها وانما يجب أن يكون هذا التدخل بناءً على طلب من المستهلك وذلك عملاً بمبدأ حياد القاضي.

المقترحات:

١ – قيام المشرع العراقي بوضع تعريف واضح وصريح لعقد الإذعان وكذلك تعريفاً للبند التعسفي وأن يقوم بتنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمعات من النواحي الأقتصادية والاجتماعية والقانونية التي افرزت الحاجة لهذه العقود.

٢ – تضمين نصوص القانون تحديد بنوداً معينة بحيث إذا توافرت هذه البنود يكون العقد من عقود الإذعان، على أن تكون هذه البنود على سبيل المثال لا الحصر حتى تتوسع دائرة حماية

المتعاقد الضعيف ولا تضيق عند بنود محددة.

٣ – تقدير التعسف بالبنود من عدمه يجب أن يكون منوطاً بالقضاء فقط حيث يتولى قاضي الموضوع التقدير فيما إذا كانت البنود تعسفية أم غير تعسفية.

٤ – أن تكون البنود الواردة في جميع العقود عادلة ومعقولة على أن يترك للقضاء سلطة تقدير ذلك في ضوء ظروف التعاقد وصفة المتعاقدين ويؤخذ بعين الاعتبار مركز كل متعاقد وقدرته على التفاوض ومقدرته الأقتصادية وخبرته الفنية والقانونية.

الهوامش

(١) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٥٠.

(٢) محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ ص٥.

(٣) محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، مصدر سابق، ص٥١.

(٤) حسين عبد الله الكلابي، أختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بغداد، مجلة العلوم القانونية، ٢٠١١، ص٢١٤.

(٥) حسين عبد الله الكلابي، أختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص٢١٧.

(٦) ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٣٥.

(٧) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، مرجع سابق، ص٥٠.

(٨) حمد الله محمد حمد لله، حماية المستهلك في مواجهة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص٥٣.

(٩) سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من البنود تعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٤، ص٥٧.

(١٠) احمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص١٩٣.

(١١) أنظر المادة في المادة ١٠ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

(١٢) زاهية حوريه سي يوسف، حماية المستهلك من البنود التعسفية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، الجزائر، العدد ١٨، حزيران، ٢٠٠٨، ص١٩٢.

(١٣) فدوى قهواجي ، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاءً ، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٣٨.

(١٤) مجموعة أحكام النقض، نقض مدني مصري، ٢١ ابريل ١٩٦٠، رقم ٥٠ ص٣٣٠.

(١٥) صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، بغداد، ١٩٤٩، ص٢٤٩.

[١٦] عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٧٠.

[١٧] ايمان طارق شكري، أثر البند في حكم العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ١٩٨٠، ص١١.

([١٨]) – تنص بالقول " ١ – يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢ – كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا الغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً "

[١٩] عيد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الألتزام، ط ٥، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٧، ص٢١٢.

[٢٠] ايمان طارق شكري، أثر البند في حكم العقد، مرجع سابق، ص٤٢.

[٢١] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص١٣.

[٢٢] ابراهيم سيد احمد، البند الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٨٤.

[٢٣] ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٧٢.

[٢٤] راقية عبد الجبار، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، سنة ٢٠٠٠، ص٨٦.

[٢٥] عبد المجيد الحكيم، الأستاذ عبد الباقي البكري، الاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص٥٢.

[٢٦] محمد قاسم، الوسيط في عقد البيع في ظل التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١١ ص٥٠

[٢٧] عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ج١، ١٩٨٠، ص٤٤.

[٢٨] انظر المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٢٩] القاضي المنصف زغاب، العقد والاعلامية، مرجع سابق، ص١٣.

[٣٠] اكرم محمد حسين، ملاحظات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون – جامعة ذي قار، العدد ١٠، ٢٠١٤، ص١٦

[٣١] انظر المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

[٣٢] حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، أختلال التوازن العقدي الناجم عن البنود التعسفية، مرجع سابق، ص٢٢.

[٣٣] حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، أختلال التوازن العقدي الناجم عن البنود التعسفية، مرجع سابق، ص٢٠٤.

[٣٤] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الألتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٥٣، ص٦٦.

[٣٥] اكرم محمد حسين، ملاحظات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون – جامعة ذي قار، العدد ١٠، ٢٠١٤ ص١٢

[٣٦] أكرم فاضل سعيد، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ندوة الحماية القانونية للمستهلك، بحث منشور في المجلات الاكاديمية العراقية، ص٣.

[٣٧] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٠٦.

[٣٨] يستخدم بعض الفقه مصطلح التوازن الأقتصادي في هذه الحالة، بينما تستمد المصطلحات الأقتصادية من اختصاص هذا البحث واهتمامهم بالأشياء.

[٣٩] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٧٠.

[٤٠] موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٠٠.

[٤١] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص٤٠٦.

[٤٢] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص٤٠٧.

[٤٣] عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، مرجع سابق، ص٣٤٢ وما بعدها.

[٤٤] سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٥.

[٤٥] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص٢٣٥.

[٤٦] عصمت عبد المجيد، أختلال التوازن الأقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص١٩٢.

[٤٧] موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٩.

[٤٨] أنظر نصوص المواد (١١٢ – ١٢٥) من القانون المدني العراقي.

[٤٩] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط٤، مطبعة السلام، ١٩٨٧، ص١١٧.

[٥٠] منصور حاتم، د. ايمان طارق الشكري، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الأولى، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص٣١٨.

[٥١] محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٠.

[٥٢] أنظر نص المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي.

[٥٣] حسين هادي الكعبي، الألتزام قبل التعاقد بالأعلام، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، ص١١.

[٥٤] محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص٤٦.

[٥٥] ضياء الجابر، حماية المستهلك بين النظرية والتطبيق، مركز آدم للدفاع عن الحقوق والحريات، كربلاء، العراق، ٢٠١١، ص١٩.

[٥٦] الطاهر دلول، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريعيين الجزائري والعراقي، المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠١٤، ص٧.

[٥٧] أنظر الاسباب الموجبة في تشريع قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

[٥٨] عبد الله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص٢٢.

[٥٩] خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٧.

[٦٠] عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص٨٨.

[٦١] محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٥.

[٦٢] احمد محمد محرز، القانون التجاري، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٩٧.

[٦٣] حسين الرماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٥٣.

[٦٤] أنظر الاسباب الموجبة لتشريع قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧، في ٢٠١٠/٣/٩.

[٦٥] زردازي عبد العزيز، مواجهه البنود التعسفية كاليه لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، العدد الرابع، ابريل ٢٠١٧، ص٧٧.

[٦٦] أنظر نص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري.

[٦٧] عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، المدخل لدراسة القانون، ط ٣، شركة العاتك للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠، ص١١٧.

[٦٨] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة مصفى الحلبي، مصر، ١٩٣٨، ص٣٣٩.

[٦٩] مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص٧٠٥.

[٧٠] محمد حسام لطفي، النظرية العامة للألتزام، مصادر الألتزام، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٨٢.

[٧١] سحر البكباشي، دور القضاء في تكميل العقد، دراسة تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢١٥.

[٧٢] عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص٥١٨.

[٧٣] احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، ط ٣، دار النصر للطباعة الحديثة، مصر، ٢٠٠٨، ص٣٨.

[٧٤] ابراهيم فتحي عنتر، حقوق العقد، دار الحامد للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠١٩، ص١٧٠.

[٧٥] حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، مطبوعات الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦، ص٣.

[٧٦] اكرم محمود حسين، أثر موضوعية الادارة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلد ١٣، عدد ٤٩، ٢٠١١، ص٤٤٣.

[٧٧] أنظر نص المواد (١٤٥، ١٤٦، ١٥٠) من القانون المدني العراقي.

[٧٨] خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠٠١، ص١٣٧.

[٧٩] راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص١١٣.

[٨٠] نصت المادة ١٦٧ ثانياً من القانون المدني العراقي على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[٨١] أمانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص٢٢٧.

[٨٢] راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص١٧٤.

[٨٣] موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٦٦.

[٨٤] جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص٥٥.

[٨٥] إذا جاء في نص المادة " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التامين من الشروط التالية:..... ٥- كل شرط تعسفي آخر، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه "، تقابلها نص المادة ٧٥٠ في القانون المدني المصري.

[٨٦] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٥٠.

[٨٧] عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص٤٣٨.

[٨٨] راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص١٢٢.

[٨٩] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٥٠.

المصادر :

الكتب القانونية

١. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨،.

٢. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – ج٢ – أحكام الالتزام، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٧٧،.

٣. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤.حسين عبد الله الكلابي، أختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بغداد، مجلة العلوم القانونية، ٢٠١١، ص٢١٤.

٥.ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

٦.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧

٧.احمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

٨.فدوى قهواجي ، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاءً ، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٩.صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، بغداد، ١٩٤٩.

١٠.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

١١.عيد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الألتزام، ط ٥، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٧.

١٢.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

١٣.ابراهيم سيد احمد، البند الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٤.ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

١٥.محمد قاسم، الوسيط في عقد البيع في ظل التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١١

١٦.عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ج١، ١٩٨٠.

١٧.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الألتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٥٣.

١٨.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

١٩. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٠. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٥.

٢١.موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٢٢.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط٤، مطبعة السلام، ١٩٨٧،.

٢٣.محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٢٤.ضياء الجابر، حماية المستهلك بين النظرية والتطبيق، مركز آدم للدفاع عن الحقوق والحريات، كربلاء، العراق، ٢٠١١.

٢٥.الطاهر دلول، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريعيين الجزائري والعراقي، المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠١٤.
٢٦.عبد الله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
٢٧. محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢٨.احمد محمد محرز، القانون التجاري، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٨
٢٩. حسين الرماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣،.
٣٠. زردازي عبد العزيز، مواجهه البنود التعسفية كاليه لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، العدد الرابع، ابريل ٢٠١٧.
٣١. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، المدخل لدراسة القانون، ط ٣، شركة العاتك للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠.
٣٢.جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة مصفى الحلبي، مصر، ١٩٣٨.
٣٣. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للألتزام، مصادر الألتزام، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٤.سحر البكباشي، دور القضاء في تكميل العقد، دراسة تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٣٥.احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، ط ٣، دار النصر للطباعة الحديثة، مصر، ٢٠٠٨.
٣٦.ابراهيم فتحي عنتر، حقوق العقد، دار الحامد للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠١٩.
٣٧.حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، مطبوعات الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦.
٣٨.خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠٠١.
٣٩. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

الرسائل والبحوث

١.سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من البنود تعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٤،.
٢.زاهية حوريه سي يوسف، حماية المستهلك من البنود التعسفية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، الجزائر، العدد ١٨، حزيران، ٢٠٠٨.
٣.ايمان طارق شكري، أثر البند في حكم العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ١٩٨٠.
٤.راقية عبد الجبار، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، سنة ٢٠٠٠.

٥.اكرم محمد حسين، ملاحظات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون – جامعة ذي قار، العدد ١٠، ٢٠١٤

٦.عصمت عبد المجيد، أختلال التوازن الأقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣.

٧.منصور حاتم، د. ايمان طارق الشكري، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الأولى، العدد الأول، ٢٠٠٩.

٨.أكرم فاضل سعيد، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ندوة الحماية القانونية للمستهلك، بحث منشور في المجلات الاكاديمية العراقية.

٩.حسين هادي الكعبي، الألتزام قبل التعاقد بالأعلام، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني.

Sources:

Legal Books

1.Said Saad Abdel Salam, Doctrinal Balance in the Scope of the Compliance Contract, A Comparative Jurisprudence Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1998.

2.Abdul Majeed Al-Hakim, Al-Mukhtasar fi Sharh Al-Qanun Al-Civil - Part 2 - Provisions of Obligation, without publishing house, without publishing place, 1977 .،

3.Mohamed Hussein Abdel Aal, The Concept of the Weak Party in the Doctrinal Association, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2007 .

4.Hussein Abdullah Al-Kalabi, Nodal imbalance caused by arbitrary conditions, a comparative study, College of Law, University of Baghdad, Journal of Legal Sciences, 2011, p. 214 .

5.Rima Faraj Makki, Contract Correction, A Comparative Study, 1st Edition, Modern Book Foundation, Lebanon, 2011 .

6.Hamdallah Mohamed Hamdallah, Consumer Protection in the Face of Arbitrary Clauses in Consumer Contracts, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 1997

7.Ahmed Essam Mansour, Legal Protection of the Consumer in the Electronic Contract, New University House, Alexandria, 2019 .

8.Fadwa Kahwaji, Guarantee of defects in the sale in jurisprudence and judiciary, Dar Al-Kutub Al-Qanoon, Cairo, 2008 .

9.Salah al-Din al-Nahi, al-Wajeez fi al-Theorem al-Ghali' al-'Awal, Baghdad, 1949 .

10.Esmat Abdel Majid Bakr, Contract Theory in Islamic Jurisprudence, A Comparative Study with Legal Jurisprudence and Contemporary Laws, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, Beirut, 2009 .

11.Eid Al-Majid Al-Hakim, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in the Iraqi Civil Law, Part 1, Sources of Commitment, 5th Edition, Al-Nadim Press, Baghdad, 1977 .

12.Abdul Razzaq Al-Sanhouri, Al-Waseet fi Sharh Al-Qanoun Al-Jadid, vol. 3, new third edition, Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut, Lebanon, 2000 .
13.Ibrahim Sayed Ahmed, The Penal Clause in Civil Contracts between the Egyptian and French Laws, A Comparative Study of Jurisprudence and Judiciary, 1st Edition, Modern University Office, Alexandria, 2003 .
14.Rima Faraj Makki, Contract Correction, A Comparative Study, 1st Edition, Modern Book Foundation, Lebanon, 2011 .
15.Mohamed Kassem, Mediator in the Sale Contract in Light of Modern Judicial and Legislative Trends and Consumer Protection Legislation, New University Publishing House, Alexandria, 2011
16.Abdul Majeed Al-Hakim, Abdul Baqi Al-Bakri, Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in the Iraqi Civil Law, Ministry of Higher Education and Scientific Research, vol. 1, 1980 .
17.Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhouri, The mediator in explaining civil law, the theory of obligation in general, Egyptian Universities Publishing House, Cairo, Egypt, 1953 .
18.Omar Mohamed Abdel Baqi, Contractual Protection for the Consumer, Knowledge Foundation, Alexandria, 2004 .
19.Hassan Abdel Basset Jumai, The Impact of Inequality between Contractors on the Terms of the Contract, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1990 .
20.Saeed Saad Abdel Salam, The Doctrinal Balance in the Scope of the Compliance Contract, A Comparative Jurisprudence Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1998, p. 25 .
21.Mowaffaq Hammad Abed, Civil Protection of the Consumer in E-Commerce, A Comparative Study, Zain Human Rights Publications, Beirut, 2011 .
22.Suleiman Markus, Al-Wafi fi Sharh al-Qanun al-Madani, Volume One, 4th Edition, Al-Salam Press, 1987.
23.Mohamed Hussein Abdel Aal, The Concept of the Weak Party in the Doctrinal Association, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2007 .
24.Diaa Al-Jaber, Consumer Protection between Theory and Practice, Adam Center for the Defense of Rights and Freedoms, Karbala, Iraq, 2011 .
25.Tahar Dalloul, Criminal Protection of the Consumer in the Algerian and Iraqi Legislatures, Iraqi Journal of Market Research and Consumer Protection, Vol. 6, No. 1, 2014 .
26.Abdullah Hussein Ali, Consumer Protection from Commercial Fraud, 2nd Edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, without printing year .
27.Mohammed Salman Al-Gharib, Monopoly and Unfair Competition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2004 .
28.Ahmed Mohamed Mehrez, Commercial Law, Golden Eagle Printing, Cairo, 1998

29.Hussein Al-Ramahi, Organizing Competition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2003 .
30.Zardazi Abdelaziz, Confronting Arbitrary Clauses for Consumer Protection, Journal of Rights and Freedoms, Mohamed Khider University, Fourth Issue, April 2017 .
31.Abdul Baqi Al-Bakri and Muhammad Taha Al-Bashir, Introduction to the Study of Law, 3rd Edition, Al-Atak Printing Company, Cairo, 2010 .
32.Jalal al-Din Abd al-Rahman al-Suyuti, Similarities and Analogies in the Rules and Branches of Shafi'i Jurisprudence, edited by Muhammad Hamid al-Fiqi, Mussafa al-Halabi Press, Egypt, 1938 .
33.Mohamed Hossam Lotfy, The General Theory of Commitment, Sources of Commitment, Golden Eagle Printing, Cairo, 2000 .
34.Sahar Al-Bakbashi, The Role of the Judiciary in Completing the Contract, An Analytical Study of the Rulings of Egyptian and Comparative Jurisprudence and Judiciary, Al-Maaref Foundation, Alexandria, 2008 .
35.Ahmed Sharaf El-Din, Principles of Legal Drafting of Contracts, 3rd Edition, Dar Al-Nasr for Modern Printing, Egypt, 2008 .
36.Ibrahim Fathi Antar, Rights of Contract, Dar Al-Hamid for Printing and Publishing, Amman, Jordan, 2019 .
37.Hassan Ali Al-Dhanoun, The General Theory of Obligations, Al-Mustansiriya University Press, Baghdad, 1976 .
38.Khaled Mohammed, Legal Protection of the Compliant Party in Compliance Contracts, Master's Thesis, Faculty of Law, Al-Quds University, Palestine, 2001 .
39.Jamil Al-Sharqawi, The Theory of the Invalidity of Legal Disposition in Egyptian Civil Law, Cairo University Press, 1956 .
10.Theses & Research
1.Salama Ben Saadi, Consumer Protection from Arbitrary Clauses in Consumer Contracts, Master Thesis in Legal Sciences, Hajj Lakhdar University, 2014.
2.Zahia Houria Si Youssef, Consumer Protection from Arbitrary Items (A Comparative Study), research published in the Journal of Social Sciences and Humanities, Algeria, Issue 18, June, 2008 .
3.Iman Tariq Shukri, The Impact of the Clause on the Ruling on the Contract, A Comparative Study, Master's Thesis submitted to the College of Law, University of Babylon, Iraq, 1980 .
4.Raqia Abdul-Jabbar, The Judge's Authority to Amend the Contract: A Comparative Study, PhD thesis submitted to the College of Law, University of Baghdad, 2000 .
5.Akram Muhammad Hussein, Notes on the Iraqi Consumer Protection Law No. 1 of 2010, research published in the Journal of Law for Legal Studies and Research, College of Law - University of Thi-Qar, Issue 10, 2014

6.Esmat Abdul Majeed, The Economic Imbalance of the Contract and the Role of the Judge in Addressing it, PhD thesis, College of Law, University of Baghdad, 1993 .
7.Mansour Hatem, Dr. Iman Tariq Al-Shukri, The binding force of the unilateral conditions in the contract, research published in the Journal of the Investigator Al-Hilli, Faculty of Law, University of Babylon, first year, first issue, 2009 .
8.Akram Fadel Saeed, College of Law, Al-Nahrain University, symposium on legal protection of the consumer, research published in Iraqi academic journals .
9.Hussein Hadi Al-Kaabi, Commitment before contracting with flags, research published in Al-Muhaqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, University of Babylon, second issue.