The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law
مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية
https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

الحماية القضائية المترتبة على فرض الفوائد في العقود المصرفية (دراسة مقارنة)

م. م. دعاء ناصر كاظم
باحث دكتوراه في القانون الخاص
d.n.kadhem@gmail.com

أ. د. محمد جاسم محمد
أستاذ القانون التجاري/ جامعة ذي قار-كلية القانون
lawcouncil4@utq.edu.iq

مستخلص البحث:

رغم الدور الذي تلعبه الفائدة في نِطاق العقود المصرفية، إلا انها لم تلقَ الإهتمام من لدّن القوانين، فجاء تكييفها ضمن القواعد العامة في نطاق القانونين (المدني والتجاري) مما جعلها في بعض المواضع تعسفية وتُفرض على الطرف الآخر مما يجعله في وضع الطرف المُذعن، لذا حاولنا في هذا البحث أن نستعرض الدور القضائي في فرض الفوائد التي تتصف بكونها تعسفية مستعرضين بذلك الآراء الفقهية والمُعالجات التشريعية التي طُرحت في القوانين العراقية والمُقارنة، للوصول الى المعالجة الواقعية والدقيقة للفائدة في فرضها على العقود المصرفية.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين سيدنا مُحمد صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين وسلم تسليمًا كثيرًا، وبعد:

– أولاً: التعريف بموضوع البحث:

تعدّ الحِماية القضائية لأطراف العقد من الأمور المُهمة التي يرتكن إليها أطراف العقدِ أو أحدهُما عند حصول نزاع مُعين أو في حال لحق أحد أطراف العلاقة التعاقُدية ضررٍ ما، كما تعدّ هذهِ الحماية للعلاقة التعاقدية بمثابة صمام الأمان لها؛ لما لها دورٌ فعال في تحقيق التوازن للعلاقة التعاقدية، فمن خلال فرض الحماية القضائية سيكون هُنالك توازنًا ما بين هيمنة المصارِف من جهةٍ وضُعف العُملاء من جهةٍ أُخرى، وهذهِ الحِماية تنبع من حُرص المُشرع على منحهِ للقضاء سُلطة واسعة نوعًا ما ومرنةً في تفسير العقود سيما –العقود المِصرفية- والتي في أغلب الأحيان تُوصف بالإذعانِ لمصلحة الأطراف الضعيفة في العلاقة العقدية الا وهمّ العُملاء؛ لعدم وجود إمكانية تُتيح لهم مُناقشة بنود العقد في حال أرادوا تعديل جُزء منها أو زيادة بند أو إنقاص بندٍ منه.

– ثانيًا: أهمية موضوع البحث:-

إنطلاقًا من كون العقدِ وما تضمنهُ من شروطٍ هو قاصرٌ على أطرافه دون الحق للغير بالتدخُل، إلا ان للمُشرع نظرةٌ مُغايرة عن هذا؛ وذلك بجوازه لتدخل الغير في العلاقة العقدية وهذا يتمثلُ بالمحكمة –أي القاضي- وهو الغير هُنا، ورُبما كان القصد من وراء ذلك للمُشرع بجوازه لتدخل المحكمة في إصلاح العلاقة العقدية ما هو إلا إعطاء دورٍ فعالٍ للمحكمة لسد النقص التشريعي إن وجد، فالعقدِ في الوقت الحاضر لم يعد مُجرد علاقة بين الطرفين، وإنما أصبح يُمثل قيمةً إقتصاديةً في آنٍ واحد، كما وأصبح القانون يتدخل في العلاقةِ العقدية؛ لتحقيق الأهداف الإقتصادية والإجتماعية العقدية، لذا ومن وراء ذلك أصبح للقانون دورٍ فعال في إعطاء القوة المُلزمة للعقد ليُكمل بذلك إرادة المُتعاقدين؛ إذ تُشكل الحماية القضائية من فرض الفوائد

ومقدارها في العقود المصرفية إحدى أبرز القضايا التي تواجه الأطراف المتعاقدة في المجال المصرفي. إذ تثير هذه الحماية تساؤلات حول مدى انطباق القوانين على العقود المصرفية، وخصوصًا تلك التي تحمل طابع الأعمال المختلطة، وكذلك حول سلطة القضاء في التدخل لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية المتعلقة بالفوائد.

- ثالثًا: إشكالية موضوع البحث:-

على الرغم من التدخل التشريعي في مُعالجة الآثار السيئة التي تترتب نتيجة عدم التكافؤ بين طرفيّ العقد، إلا إن هذهِ المُهمة تُترك للقاضي، ويتحقق من خلال تدخله لإنصاف الأطراف الضعيفة وحِمايتهم مما يُهددهم من إستغلال الطرف الأقوى لهم؛ لذا كانت فكرة تحقيق العدالة من خلال القضاء هي سبيل ذلك الطرف –الاضعف- في العلاقة العقدية من تحقيق الحماية له، وعلى الرغم من أن تحقق العدالة في إطار القانون ما هي الا فكرةٌ فسلفيةٌ، إلا ان لها إرتباطٍ وثيق بالقانون من خلال إرساء قواعدها عِبر النُظم القانونية، لكن كيف بالإمكان تحقق هذه القواعد في إطار حماية الطرف الأضعف في العقود المصرفية لا سيما فيما يتعلق بفرض الفائدة عليه؟

- رابعًا: منهجية البحث:-

سوف نتبع في كتابة بحثنا المنهج التأصيلي، والمنهج المقارن، إذ سوف نعتمد على المنهج التحليلي في آراء فقهاء القانون مع إجراء دراسة مقارنة مع القانون العراقي والتشريعات المقارنة.

- خامسًا: خطة البحث:-

أما فيما يتعلق بخطة البحث، ولغرض الإحاطة بالموضوع، فسوف نعتمد خطة البحث الآتية:-

المبحث الأول: تحديد القانون واجب التطبيق على الأعمال المختلطة

المطلب الاول: مفهوم وطبيعة الأعمال المختلطة ومدى انطباقها على العقد المصرفي

المطلب الثاني: التوجه القضائي في تحديد الأحكام القانونية التي تخضع لها المعاملة المختلطة

المبحث الثاني: سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تكوين وتنفيذ العقد المصرفي

المطلب الاول: سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تكوين العقد المصرفي

المطلب الثاني: سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تنفيذ العقد المصرفي

المبحث الأول
تحديد القانون واجب التطبيق على الأعمال المختلطة

يُعد تحديد القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة من القضايا القانونية ذات الأهمية الخاصة في العقود المصرفية؛ وذلك نظرًا لتداخل طبيعة الأعمال المصرفية بين الطابع التجاري والمدني، مما يثير إشكالات تتعلق بتحديد الأحكام القانونية التي تنطبق على هذهِ العقود، فيُمثل هذا الموضوع حجر الزاوية في تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المدنية والتجارية، كما يُبرز ضرورة وجود إطار قانوني واضح يضمن حماية الحقوق وتحقيق الاستقرار في المعاملات الاقتصادية. لذا سنُبين في هذا المبحث أولاً: مفهوم وطبيعة الأعمال المُختلطة ومدى إنطباقها على العقد المِصرفي، ومن ثمّ نتناول التوجه القضائي في تحديد الأحكام القانونية التي تخضع لها المُعاملة المُختلطة، وكالآتي:-

المطلب الأول
مفهوم وطبيعة الأعمال المختلطة ومدى انطباقها على العقد المصرفي

قدّ يتُم العمل القانوني بين شخصين ويعدّ لِكليهما عملًا تِجاريًا موضُوعِيًا أو بالتبعيةِ، ولا يُثير هذا النوع من الأعمالِ أية صعوبة فيما يتعلق بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق عليه، إذ لا سُلطان عليه لغير القانون التجاري؛ لِكون العمل من طبيعةٍ تِجارية خالصة في مواجهة طرفيه، وقد يقع العمل بين شخصينِ ويكون مدنيًا بالنسبةِ لكُل منهما ولا يوجد ثمة شك في خضوع هذهِ العلاقة إلى القانون المدني بحكم هذا النوع من الاعمال نظرًا لصفتهِ المدنية البحتة، وقد يكون العمل بين شخصين ويعد بالنسبة لأحدهما عملًا تِجاريًا وبالنسبةِ للآخر عملًا مدنيًا ويطلق على هذا النوع من الأعمالِ إسم -الأعمال المُختلطة-؛ نظرًا لصفتهِ القانونية المُزدوجة بالنسبةِ الى اطرافه، وأمثلة هذهِ الأعمال لا حصر لها، إذ يكفي ان نذكر على سبيلِ المثال ذلك العدد الضخم من المُستهلكين لِلسلع الّذين يشترُون حاجياتهم يوميًا من التُجارِ أو المُسافرين الّذين يتعاقدون مع الناقلين لِنقلهم من مكانٍ إلى آخر أو من المؤلفين الّذين يبرمُون مع الناشرين عقود طبع ونشر مؤلفاتهم[1]. إذا الأعمالِ المختلطة هي تلك التي تنطوي على طبيعتين مختلفتين، بحيث يكون أحد أطرافها تجاريًا والآخر مدنيًا. ومن هنا، يظهر التساؤل حول مدى اعتبار العقد المصرفي من الأعمال المختلطة وما يترتب على ذلك من أحكام قانونية، فالأعمال المختلطة هي الأعمال التي تشمل طرفًا يتصرف بموجب قواعد القانون التجاري وطرفًا آخر يتصرف بموجب قواعد القانون المدني. هذهِ الأعمال تظهر عندما يتعامل أحد الأطراف في إطار تجاري من أجل تحقيق ربح أو ممارسة نشاط مهني أو تجاري، بينما الطرف الآخر يتصرف بموجب قواعد القانون المدني لأغراض شخصية أو غير تجارية[2]. فالعمل المختلط: هو "كل عمل يكون أحد أطرافه في وضعية تجارية بصفته تاجرًا أو مؤسسة تجارية، بينما الطرف الآخر لا يُمارس نشاطًا تجاريًا بل يتصرف بمُوجِب القواعد المدنية"[3]. وان طبيعة العمل التجاري وفقًا للتشريعات ففي القانون التجاري: إذا كان أحد أطراف العلاقة يُزاول نشاطًا تجاريًا، فإن العقد يخضع لأحكام القانون التجاري، فقد يتضمن ذلك معاملة بيع وشراء أو قرض تجاري أو عمل مصرفي تجاري[4]، أما في القانون المدني: إذا كان الطرف الآخر يتصرف بموجب القواعد المدنية لأغراض شخصية أو خاصة، فيتخذ العقد طابعًا مدنيًا، كالعلاقة بين البنك والعملاء:

في حالة أن البنك هو الطرف التجاري الّذي يُزاول النشاط المصرفي والعميل هو فرد غير تاجر، فإن العقد سيكون مُختلطًا بين تجاري ومدني[5]، وأحيانًا يتم تحديد طبيعة العقد المُختلط بناءً على الغرض من التعاقد، فإذا كان الغرض تجاريًا بالنسبة لطرف والبقية مدنيًا، فقد تُطبق بعض القواعد من القانون المدني في جزء من العقد، بينما تُطبق القواعد التجارية في الجزء الآخر[6].

ويعد التصنيف بين الأعمال التجارية والمدنية جزءًا أساسيًا في تحديد نطاق تطبيق القوانين، وتخصيص القواعد القانونية التي تحكم كُل نوع من أنواع الأعمال. الأعمال المختلطة تثير تساؤلات حول إمكانية تطبيق قواعد قانونية مُدمجة تجمع بين طبيعتيّ القانون المدني والقانون التجاري[7]، وإن معرفة العمل فيما إذا كان هذا عملًا تجاريًا أم لا يعدّ من النظام العام، فالقانون هو من يُحدد نوعية –طبيعة- هذا العمل لا الأفراد، كما ويستقل قاضي الموضوع بإثبات الوقائع اللازمة لِوصف طبيعة العمل، ولكن وصف هذهِ الوقائع مسألة قانونية تخضع للرقابة القضائية مُتمثلة بمحكمة التمييز الاتحادية ومحاكم النقض في القانون المُقارن، فالعمل التِجاري يجب أن تتوافر فيه خصائص مُعينة حتى يُعتبر هذا العمل تجاريًا، وإختلف الشُراح بهذا الشأن؛ كون المُشرع –العراقي والمقارن- لم يُحدد على سبيل الحصر الأعمال التي تُعد تجارية من غيرها، لكن يكاد الفقه يتفق على عُنصر –المُضاربة- أي القصد من وراء العمل التجاري هو تحقيق الربح حتى يعدّ هذا العمل تجاريًا[8].كما أن النظام القانوني يختلف من نوعٍ لآخر ضمن هذهِ الأعمال من عدّة وجوه، فقواعد الإثبات مُختلفة لكِلا النظامين كذلك فيما يتعلق بالإختصاص القضائي لكُل من النِظامين يختلف هو الآخر وهكذا الأمر بالنسبة للفوائد، الرهن، الإفلاس، العرف، الأعذار والعادات التجارية، ففي ما يتعلق بالإثبات فأن طُرق الإثبات في القانون المدني تكون مُقيدة، فلا يُمكن إثبات التصرف بالبينة الشخصية أو بقرائُن أخرى إذا زاد هذا التصرف على قيمة مُحددة وضعها المُشرع، وهي (5000) الاف دينار عراقي والتي حددتها المادة (77) بفِقراتها من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل النافذ، أما القانون التجاري فأنه يأخذ بقاعدة الإثبات الحُر، أي يُجيز إثبات الأعمال التجارية بجميع طُرق الإثبات، بما في ذلك من طُرق الإثبات (البينة والقرائن)، حتى لو زادت قيمة التصرف على الحدّ الّذي حددهُ القانون[9].

أما فيما يتعلق بالتضامن في العلاقةِ العقدية، فأن التضامن لا يُفترض في التعامل المدني وإنما يكون أما بناءً على إتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية أو يكون مُحدد بنص قانوني، بينّما في حال كان هذا التعامل هو تعاملاً تِجاريًا فأن هذهِ القاعدة لا تُطبق، فالتضامنً يُفترض في التعاملاتِ التِجارية، ولكن هذا الأمر لم يستقر لدى الفقه التجاري، ففي الفقه الفرنسي فقد جرى العُرف التِجاري على إفتراض التضامن بين المدينين بإلتزامٍ تِجاري، إذ لا يحتاج الأمر الى إتفاقٍ بين الدائن والمدين في العلاقة العقدية –التجارية- أو إلى نص قانوني يُقرر التضامن بين المُتعاقدين، وهذا العُرف عُرف قبل سّن التقنينات التجارية والمدنية في فرنسا وقدّ أستقر هذا المبدأ في الفقه الفرنسي حتى بعد سّن تلك القوانين[10]، أما في القانون المصري فأن إفتراض التضامن في المسائل التجاري ليس مُسلمًا به فقهًا أو قضاءً، فأن التضامن لا يُفترض في المسائل التجارية؛ وهذا لأن القانون التجاري ينص في بعضًا من نصوصهِ على التضامن مما يُفهم من ذلك بأن التضامن لا يُفترض في المُعاملات التِجارية بل يجب أن يُنص عليه[11]، وكذلك الحال فيما يتعلق بالقانون العراقي.

فيما يتعلق بفرض الفوائد كذلك يختلف الأمر ما بين العمل التجاري والعمل المدني، فتختلف نظرية الفوائد في النطاق المدني إختلافًا جوهريًا عما هي عليه في النطاق التجاري، فعلى سبيل المثال ان الفائدة لا يمُكن أن تتجاوز السعر المُحدد لها قانونًا كما هو الحال في التقنين العراقي والمصري وهي 4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية وفي حال أتفق طرفا العقد على زيادة ذلك يجب ألا تتجاوز هذهِ الزيادة الـ 7% من الفوائد، في حين نجد المُشرع العراقي قد أستثنى ذلك فيما يتعلق بالفوائد التي تترتب على الحساب الجاري بنصهِ في المادة 175 على: "الفوائد التجارية التي تسرري على الحساب الجاري يختلف سِعرها القانوني بإختلاف الجهات، ويتبع في طريقة إحتساب الفوائد المُركبة في الحساب الجاري ما يقضي بهِ العُرف التِجاري"، كذلك فيما يتعلق بالمُطالبة بهذهِ الفوائد فأن الفوائد التي تترتب على المُعاملات المدنية تُستحق من تاريخ المُطالبة القضائية، وهذه هي القاعدة العامة التي تسري على جميع المُعاملات سواء كانت تلك المُعاملات مدنية أم تجارية، لكن في حال كان هُنالك عِرف تجاري يقضي بغير ذلك فيتم العمل بهذا العُرف كأن يكون إستحقاق الفوائد من تاريخ حلول الأجل وليس من تاريخ المُطالبة القضائية، كذلك فيما يتعلق بالفوائد المُركبة أو تقاضي فوائد على مُتجمد الفوائد أو تجاوز الفائدة لرأس المال فهذا يُحظر في نطاق التعامل المدني بينما يُمكن الأخذ بذلك في نطاق التعامل التجاري[12]. أما فيما بمسألة الإعذار فن القاعدة في القانون المدني أن الإخلال بالإلتزاماتِ العقدية لا يثبت إلا بعد أن يقوم الدائن بإعذارِ المدين بضرورة تنفيذ إلتزاماته، إذ لا يُمكن للدائن أن يطلب فسخ العقد إستنادًا على هذا الإخلال أو أن يُطالب بتعويضٍ ما لحقهُ من ضررٍ إلا بعد توجيه إنذارًا رسميًا في المُعاملات المدنية، أما في المسائل التِجارية فقد إستقر العُرف التِجاري على عدم وجوب توجيه ورقة رسمة بإنذار المدين والإكتفاء بمُطالبة المدين بالوفاء حال حلول تنفيذ الإلتزام[13].أما فيما إذا كان ما ذُكر أعلاه ينطبق على العقود المصرفية من عدمهِ، نجد أن نص المادة 5 من قانون التجارة النافذ رقم 80 لسنة 1984 قدّ نص على: تُعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح. ويُفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثالث عشر/ عمليات المصارف"، كذلك النصوص الواردة في قانون المصارف رقم 94 لسنة 2004، منها المادة الاولى (تعريف المصطلحات): "تُعرّف "الأعمال المصرفية" بأنها استلام الودائع النقدية أو الأموال الأخرى المستحقة السداد من الجمهور لأغراض إيداع ائتمانات أو استثمارات في الحساب الخاص بها"، والمادة 27: "تُحدد الأنشطة المصرفية المسموح بها للمصارف، وتشمل قبول الودائع، تقديم القروض، إصدار الضمانات، وتقديم خدمات الدفع والتحويل"، والمادة الاولى من قانون البنك المركزي العراقي، (تعريف المصطلحات): "تُعرّف "الأعمال المصرفية" بأنها الأعمال المتعلقة باستلام الودائع النقدية أو الأرصدة المستحقة الأخرى من الجمهور لأغراض إجراء الائتمان أو الاستثمارات لحسابهم". أما مدى انطباق الأعمال المختلطة على العقد المصرفي، فأن العقد المصرفي هو عقد يتم بين طرفين: البنك والعميل، وهذا العقد يعد من الأنواع المميزة التي تجمع بين عناصر قانونية مدنية وتجارية بناءً على الوضع القانوني للأطراف، فطرفا العقد هما: البنك والعمل والبنك: شخص معنوي يمارس نشاطًا تجاريًا بصفة رئيسية (إيداع الأموال، منح القروض، تقديم الخدمات المالية)، أما العميل: قد يكون شخصًا طبيعيًا (أفراد) أو معنويًا (شركات)، والعميل الشخصي: إذا كان العميل يستخدم الخدمة لأغراض

غير تجارية (مثل الإيداع الشخصي أو القروض الإستهلاكية)، فالعلاقة قد تأخذ طابعًا مدنيًا، أما العميل التجاري: إذا كان العميل يتعامل مع البنك لأغراض تجارية (مثل الحصول على قرض لتمويل نشاط تجاري)، فإن العقد يكون تجاريًا، فيعتمد التصنيف النهائي للعقد المصرفي على نوع المعاملة والغرض منها، إذا كان البنك يقدم خدمة تجارية مثل القروض التجارية أو الحسابات الجارية التي تخص شركات، يكون العقد تجاريًا، أما إذا كان البنك يقدم خدمات مصرفية للأفراد من أجل أغراض شخصية مثل الإدخار أو القروض الشخصية، يصبح العقد مدنيًا[14].

المطلب الثاني

التوجه القضائي في تحديد الأحكام القانونية التي تخضع لها المعاملة المختلطة

أختلفت الأنظمة القانونية بخصوص الأعمال التجارية المُختلطة في عدّة إتجاهات قانونية، فهُناك النظام المُزدوج –اللاتيني- وهُناك النِظام الموحد –الجرماني-، وهُناك تشريعاتٍ سكتت عن تنظيم الأحكام القانونية –نظرية الأعمال- للأعمال التِجارية المُختلطة، كما هو الحال لدى المُشرع العراقي في القانونين –المدني والتجاري-، وتُثار مُشكلة الإختصاص القضائي في الدول التي تأخذ بنِظام القضاء المُزدوج، أي هُنالك قضائين أحدهما تجاري والآخر مدني، أما بالنسبةِ للدول التي تأخذ بنظام القضاء المُوحد فإن المشكلة تخّف حدّتها إلى مدى بعيد، فيقوم النظام القضائي في فرنسا على أساس وجود نوعين من المحاكم، همّا المحاكم التِجارية والمحاكم المدنية، في حين تُعتبر المحاكم المدنية صاحبة الإختصاص العام، بمعنى أنها تختص بنظر جميع الدعاوى التي لم يجعلها المُشرع من إختصاص محاكم أخرى، لذا فأن إختصاص المحاكم التِجارية هو إختصاص مُحدد[15].وقد أخذ المُشرع المصري بنظام القضاء الموحد، فالقضاء المدني هو صاحب الولاية العامة إذ يختص بنظر المُنازعات المدنية والتِجارية على حدٍ سواء، وذلك بإستثناء إختصاص المحكمتين الجزئيتين اللّتين تم إنشائهما في عام ١٩٤٠ بالقاهرة والإسكندرية، فإختصاصهُما بنظرِ المُنازعات التِجارية يتعلق بالنظامِ العام، إذ يُمكن الدفع أمامها في حالة ما إذا كان النزاع مدنيًا بعدمِ الإختصاص، والقاعدة العامة في الإختصاص هي اللجوء إلى محكمة المُدعى عليه، وفي المُعاملاتِ المُختلطة، يتعين على القضاء تحديد الأحكام القانونية المُناسبة طبقًا للطبيعة المزدوجة لهذهِ المُعاملات. على سبيل المثال، في العقودِ المصرفية المُختلطة، يتم تحديد القانون الواجب تطبيقه بناءً على تحليل العناصر السائدة في المُعاملة، والعقود المصرفية، غالبًا ما تتضمن العناصر المدنية والتجارية، ومن ثُم يتعين على القضاء أن يُحدد ما إذا كانت المُعاملة تندرج ضمن نطاق المُعاملات التِجارية أم المدنية، في حال كان العقد يشتمل على معاملات مالية تتطلب معالجة خاصة وفقًا للقانون التجاري، مثل القروض المصرفية، فيُطبق القانون التجاري. بينما إذا كان العقد يحتوي على عناصر مدنية تتعلق بالعلاقة بين الأفراد بشكل مباشر، يُطبَّق القانون المدني[16].وان القانون الواجب التطبيق في حالة تعارض القوانين: قد يتعامل القضاء مع تعارض القوانين في المعاملات المختلطة بناءً على مبدأ التغليب، حيث يتم تطبيق القانون الأكثر صلة بعناصر المعاملة. مثلاً، في حالة وجود نزاع بين طرف مصرفي وطرف غير تجاري، قد يُعتبر الطرف المصرفي هو الطرف الأقوى، مما يجعل القضاء يميل إلى تطبيق الأحكام التي توفر حماية أكبر للطرف الأضعف في العلاقةِ العقدية

(المُستهلك)، وعلى ذلك فإن المحكمة المُختصة بنظر النزاع الناشئ عن العملِ المُختلط تتحدد بحسب طبيعة العمل بالنسبة للمُدعى عليه، فإذا كان العمل بالنسبة للمُدعى عليه مدنياً فإنهُ يجب على المُدعي رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية، أما إذا كان العمل بالنسبة للمُدعى عليه تجارياً جاز للمدعى رفع الدعوى أمام المحكمة التِجارية أو المدنية، وأن الحكمة من الخروج على القاعدة العامة في تحديد الاختصاص تبعاً لصفة المُدعى عليه والتي بمُقتضاها يجب على المدعي المدني رفع دعواه ضد التاجر أمام المحكمة التجارية هي عدم إجبار غير التاجر على عرض نزاعه على محكمة تِجارية لم يعتاد المثول أمامها[17]. وطبقاً لنص المادة 226 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل النافذ، فإن سِعر الفائدة القانونية في المسائل التجارية هو 5% وفى المسائل المدنية 4% وبالنسبة للأعمال المُختلطة فقدّ ثار خلاف بين الفقه والقضاء حول سعر الفائدة الواجب التطبيق، هل هو سعر الفائدة التجارية أم سعر الفائدة المدنية، فذهبت أحكام القضاء المصري إلى تطبيق سعر الفائدة التجارية، بينما يذهب بعض الفقه إلى ضرورة النظر إلى طبيعة الدين بالنسبة للمدين، فإذا كان الدين مدنياً بالنسبة للمدين تعيّن تطبيق السعر المدني للفائدة، وإذا كان الدين تِجارياً بالنسبة للمدِين تعين تطبيق السعر التجاري للفائدة[18].وفي القانون الكويتي فأن عمل المصارف لا يعتريه خلافًا؛ كونه عملاً تجاريًا بنص المشرع عليه في المادة 5/ 1 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 النافذ والتي نصت على: "تعد اعمالاً تجارية الأعمال المُتعلقة بالأمورِ الآتية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته: 1- مُعاملات البنوك ...". فضلًا عن أن المصرف يعدّ تاجرًا؛ لأنه يُباشر أعمالًا تجارية على وجه الاحتراف، فضلًا عن أنه يتخذ شكل الشركة كذلك حتى لو زاول اعمالاً مدنيةً تبقى صفة التاجر قائمة وفقًا لنص المادة 13/ من القانون ذاته والتي نصت على: "...، 2- وكذلك يعتبر تاجرًا كل شرة، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية". وكما هو الحال في القانون المقارن والقانون العراقي يُثار الجدل فيما إذا كان العميل تاجرًا ام لا، ففي عملية الإقراض –عقد القرض المصرفي- بلا شك ان المحترف (المصرف) هو تاجرًا بموجب نص القانون أما العميل فهُنا نكون أزاء إحتمالين أما أن يكون تاجرًا وأما لا، فالقانون الكويتي يحظر الفائدة على المُعاملات المدنية وذلك بموجب نص المادة 547/ 1 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 النافذ بنصِها على: "1- يكون الإقراض بغير فائدة. ويقع باطلًا كُل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. 2- ويعتبر في حكم الفائدة كُل منفعة يشترطها المُقرض"، هذا في حال كان القرض مدنيًا أما إذا كان القرض تِجاريًا أجار المشرع الكويتي بِفرض فائدة حدد مقدارها كما وحدد المُشرع الكويتي متى يعد هذا العقد تِجاريًا في نص المادة 101 من قانون التجاري أعلاه بنصها على: "يكون القرض تِجاريًا إذا كان القصد منهُ صرف المبالغ المُقترضة في أعمالٍ تجارية"، وعلى أساس هذهِ النصوص يكون القرض تجارياً بالنسبة للعميل، ومن ثم يستحق المصرِف الفائدة مالم يُتفق على غير ذلك، اما اذا كان غرض العميل أو المستهلك هو مدنيًا فهذا يعني ان القرض مدنيًا بالنسبة للعميل ومن ثم لا يستحق المصرِف الفائدة حتى وان أُتفق عليها تطبيقا لنص المادة 305 و 547 مدني كويتي، وتطبيقًا لذلك قضت محكمة الاستئناف الكويتية في حكمها بالعدد 301/ 87 تجاري بتاريخ 2988/2/20 بقرارها على: "كان المقرر قانونًا ان القانون المدني حرم تقاضي الفائدة على القرض المدني، وجعل باطلًا كل شرط يقضي بخلافهِ

على ما قررتهُ المادتان 305/ 1 و547/ 1 مدني، وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين موظف في وزارة الكهرباء وان الدفعات التي كان يوردها للبنك (سداد للقرض) كانت من رواتبه، وكان من المقرر ان يكون القرض تجاريًا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المُقترضة في أعمالٍ تجارية (المادة 101 تجارة كويتي) وكانت للمحكمة حسب صلاحيتها تستشف من أوراق الدعوى، مدنية القرض محل النزاع مما تكون معه المطالبة بالفائدة، مُخالفة للقانون وتستوجب لرفض، وإذ أخفق المستأنف في إستئنافه، لذلك حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وبرفضهِ موضوعًا"[19]. أما في العراق فأن المحاكم التِجارية تعدّ جزءاً من النظام القضائي، وهي المحكمة المُختصة بالفصل في القضايا ذات الطابع التجاري، الا إن محكمة البداءة بشكلٍ عام هي صاحبة الاختصاص النوعي والقيّمي العام سواء كان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية، إلا إنهُ ونتيجةً لِتوسع التعامل التجاري في العراق والإنفتاح الإقتصادي ونشاط حركة السوق التِجارية والإستثمارات الأجنبية، فضلًا عن صدور قانون الإستثمار رقم (13) لسنة 2006 وقانون الإستثمار الخاص في تصفية النفط رقم (64) لسنة 2007 ولِغرض تشجيع جذب المُستثمرين الأجانب للعمل في العراق ضمن بيئة صالحة للعمل التجاري يطمأن فيها الطرف الأجنبي بوجود قضاء مُتخصص يعمل على حل المُنازعات أثناء مُباشرتهم أعمالهم في العراق[20].لذا تشكلت محكمة البداءة المُختصة بالنظرِ بالدعاوى التجارية للنظر بالدعاوى التجارية التي يكون أحد أطرافها أجنبياً غير عراقي وذلك بمُوجِب البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى المؤرخ 2010/11/1 وإن اختصاص هذهِ المحكمة (نوعياً) محلهُ الدعاوى التجارية و(شخصياً) محلهُ أن يكون أحد أطراف الدعوى اجنبياً، وبذلك ينعقد الإختصاص لهذهِ المحكمة، فيقع على عاتق قضاة هذه المحكمة عبء تكييف هذه الدعوى وتقرير تجاريتها من عدمه مستندين في ذلك إلى المعايير التي تُميز الأعمال التجارية من الأعمالِ المدنية الواردة في القانون التجاري[21].كذلك البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى المُرقم (74/ ق/ أ) والمؤرخ في 2020/11/10 الّذي تقرر بموجب مضمونه بأن: ((تكون محكمة بداءة الرِصافة والمُختصة بالنظرِ في الدعاوى التِجارية النظر في المُنازعات المُتعلقة بالقروض المُتعثرة وكافة المُنازعات التي تنشأ بصددها)). تعليقًا على ما ورد بالبيانِ أعلاه فأن المجلس لَم يُحدد في حال يُطبق ذلك على الأعمالِ المُختلطة أم لا، والجدير بالذكر أن البيان قد حددّ متى تكون المحكمة مُختصة بالنظر في الدعاوى التِجارية، وذلك في الأحوالِ الآتية:-

1. الدعاوى التِجارية التي يكون أحد أطرافها من غير العراقيين.
2. المُنازعات المُتعلقة بالعقودِ الإستثمارية الحاصلة على إجازةِ إستثمار وفق قانون الإستثمار رقم 13 للسنة 2006 المُعدل.
3. دعاوى العقود الحكومية التي تكون دوائر الدولة طرفًا فيها على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014.
4. القضاء المُستعجل والأوامر على العرائض بخصوص المواضيع ذات العلاقة بالإختصاصاتِ في الفِقرات (1و2و3) أعلاه.

ففي العقود المُختلطة، سّيما تلك التي تشمل التعاملات المصرفية، غالبًا ما يكون أحد الأطراف بموضعٍ أضعف إقتصاديًا وقانونيًا من الآخر، لا سّيما في حال كان العميل مُستهلكًا

مُقابل مؤسسة مصرفية ضخمة. لذلك، يولي القضاء اهتمامًا خاصًا لِحماية الطرف الأضعف من خلال تطبيق نصوص قانونية تضمن تحقيق العدالة بين الطرفين فيقوم القضاء العراقي بتطبيق مبدأ حماية الطرف الأضعف في العقود المختلطة وفقًا للمعايير العامة التي تضمن المساواة بين الأطراف. ويأخذ في الاعتبار القوانين الخاصة بحماية المستهلك، مثل قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010، الّذي يُعزز من حماية الأفراد في المُعاملات المصرفية، كذلك يتبع القضاء العراقي في قضايا المعاملات المختلطة منهجًا يوازن بين المصالح التجارية والمدنية. وفي العديد من الحالات، تتم مراعاة القوانين التي تركز على حماية الحقوق الأساسية للأفراد، خاصة إذا كانت المُعاملات تتضمن خدمات أو شروطًا غير واضحة قد تضر بالأفراد[22].

وهناك العقود المصرفية المختلطة التي تدمج عناصر من عدة أنواع من العقود تتطلب تحديدًا دقيقًا للأحكام القانونية الواجب تطبيقها. على سبيل المثال، قد تتضمن هذه العقود بنودًا مدنية وتنظيمات تجارية تتعلق بالقروض، والخدمات المصرفية، والضمانات، وما إلى ذلك. في هذه الحالات، يعتمد التوجه القضائي على تحديد نوع العلاقة القانونية السائدة، وبناءً عليه يتم اختيار القانون المناسب، فإذا كان العقد المصرفي يتضمن عمليات تجارية أو معاملات مالية معقدة، فإن القانون التجاري هو الذي يحدد الإطار القانوني لعلاقة الأطراف. كما يتم الأخذ في الاعتبار ما إذا كانت المعاملة تشتمل على عمليات مصرفية تتطلب إجراءات قانونية خاصة، مثل العقود المتعلقة بالائتمان أو التحويلات المالية[23].

المبحث الثاني

سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تكوين وتنفيذ العقد المصرفي

تُعتبر سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الفوائد المفروضة في العقود المصرفية من الوسائل الأساسية لتحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة، وتتنوع هذه السلطة بين مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه، فإذا نشأ العقد دون أن يعترّي بنوده أية شائبة فهُنا نكون أما عقدٍ صحيح ومُلزم لأطرافه، وتبعًا لذلك سيأخذ العقد قوته المُلزمة نحو التنفيذ، ومن ثم وجب على أطراف العقد التقيد بهِ، وكذلك في حال عُرض على القضاء طالما أن العقد نشأ صحيحًا، لذا سنناقش في هذا المبحث سلطة القضاء سواء في الإلغاء أو التعديل لتلك الشروط الموصوفة بالتعسف، ومن ثم نناقش هذه السلطة في مرحلة تنفيذ العقد من خلال بيان دور الاستغلال في ذلك ومن ثم الإجراء الحِمائي الّذي يقي منه، وعلى وفق التقسيم الآتي بيانه:-

المطلب الأول

سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تكوين العقد المصرفي

إن عدم التوازن في العلاقةِ العقدية بين طرفيّ العلاقة العقدية (المُستهلك والمُحترف) تعدّ من أبرز صور تحقق صِفة الإذعان في العقود المصرفية، ما أدى ذلك الى ضرورة وجود نظام حِمائي يهدف الى توفير الحماية القانونية للطرف الأضعف في العلاقة العقدية والّذي هو بلا شك (المُستهلك) ليس في مواجهة سوء نية المُحترف فقط، بل في مواجهة تعسفه في إستغلال مركزهُ الإقتصادي. ويتحقق ذلك في مرحلة تكوين العقد كما هو في مرحلة تنفيذه، ويتم ذلك من خلال وجود إلتزامين يعدّان من العوامل الأساس في توفير الحماية للمستهلك في مرحلة تكون العقد وهما:

- أولًا: الالتزام بالتبصير:-

يعد العقد المصرفي من أكثر العقود التي تتسم بالخصوصية في الأنظمة القانونية الحديثة؛ إذ يتعامل مع أموال الأفراد والشركات، ويعكس العلاقة المالية بين البنك (أو المؤسسة المالية) والعملاء. في هذا السياق، تسعى الأنظمة القانونية إلى ضمان حماية الأطراف الضعيفة في هذه العلاقة، سّيما في ما يتعلق بالفائدة التي يحددها الطرف الأقوى (البنك)، بناءً على ذلك، تمتلك المحكمة سلطة إلغاء أو تعديل هذه الفائدة في حال كانت غير عادلة أو متعارضة مع المصلحة العامة أو مصلحة الطرف الضعيف. فيُلزم القانون الطرف الأقوى بتوضيح شروط العقد للطرف الأضعف لضمان وعيه بكافة التفاصيل المتعلقة بالفوائد[24].ويعد "الالتزام بالتبصير" من المبادئ القانونية الهامة التي تفرض على البنوك والمؤسسات المالية توعية عُملائها حول الشروط والأحكام الخاصة بالعقد المصرفي، سّيما فيما يتعلق بالفائدة والرسوم الأخرى. ويرتكز هذا الالتزام على فكرة أن العقد لا يُعتبر ملزمًا للطرف الضعيف (العميل) إلا إذا كان قد تم إطلاعه على جميع التفاصيل الأساسية التي قد تؤثر على التزاماته المالية[25].

وأن إلتزام المصرف لا يتوقف عند مجرد اعلام العميل بالبيانات المُتعلقة بالخدماتِ المصرفية المُقدمة من قبلهِ والمطلوبة من الطرف الآخر –المُستهلك-، بل يمتد إلى ضرورة تبصير العميل بمدى مُناسبة الخدمة المصرفية التي يُريد الحصول عليها مع مركزهِ وحالته المالية، لذا فأن فترة ما قبل التعاقد تستلزم من المصرِف أن تحقق مرحلتين هما تقديم المعلومات الواضحة والكافية للعميل من خلال إعلامه بذلك ثم بعد ذلك يقوم المصرِف بتقديم إيضاح للعملياتِ المصرفية التي قدّم عنها معلوماتٍ للعميل[26]. إلا أن الفقه والقضاء قد أختلفا بصدد مسؤولية المصرف عن تبصير وإرشاد المُستهلك، فذهب الى ذلك القضاء المُتمثل بالغرفةِ التجارية لمحكمة النقض الفرنسية فمن غير المُتصور قيام مسؤولية المصرف لِمنحه خدمة مصرِفية للعميل مع عدم عِلم المصرف بالبيانات والمعلومات الخاصة عن واقع المركز المالي للمُستهلك، ومن الممكن أن يكون المصرِف مسؤولًا متى ما كان يعلم بالحالةِ المالية للمُستهلك ولم يقم بتبصيرهِ ومن ثم وقع المتعاقد –المستهلك- في عقدِ مصرِفي لا يمكنهُ الخروج من شروطه وقيوده، فهنا يكون المصرِف مسؤولاً وما عدا ذلك لا يُمكن أن يكون المصرِف مسؤولا أمام العميل[27]، بينما ذهبت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الى ان رجوع المستهلك على المصرِف بالمسؤولية يُمكن تبريرهُ من الناحية القانونية إستنادًا الى مستوى الخبرة والمهارة والنشاط المتطور للمصرِف، فالمصرِف يعدّ محترفًا ويحتل الصدارة في مجال تقديم الإئتمان والتسهيلات المصرِفية، ومن ثم فأن المصرِف لا يمنح خدمة إئتمانية ولا يدخل معهُ في علاقة تعاقدية ما لم يجرِ تحرٍ دقيق ودراسة واقعية لطلب المُستهلك ومدى ملائمته لما تنطوي عليه الخدمة المصرِفية المطلوبة، لذا يجب أن يلتزم المصرِف بالحيطةِ والحذر عند الاستجابة لطلابات العُملاء[28]. اما بالنسبة للقضاء العراقي فأنه يكاد يفتقد إلى أحكام قضائية تؤسس منهجًا لمسؤولية المصرِف عن إلتزامهِ بالتبصير، وبذات الوقت فأن النصوص التشريعية المُنظّمة للعمل المصرِفي لم تُبين بشكلٍ صريح وواضح لهذا الإلتزام، إلا أن البنك المركزي العراقي في خطواتهِ لِحماية المُستهلك. وأن الهدف من هذا الالتزام هو منع الاستغلال أو الإخفاء المتعمد للمعلومات الأساسية عن العميل، خاصةً فيما يتعلق بالشروط المالية. فمعدل الفائدة في العقد المصرفي قد

يكون عاملًا أساسيًا في تحديد قدرة العميل على السداد ومدى تأثير العقد على وضعه المالي المستقبلي. كما أن هذا التبصير يجب أن يكون شاملاً لجميع الجوانب المتعلقة بالعقد، مثل آلية حساب الفائدة، المبالغ الإضافية المحتملة، وأي جزاءات مالية قد تُفرض في حال عدم الوفاء بالالتزامات[29].

- ثانيًا: حق العدول (الرجوع):-

يعدّ خيار المستهلك في العدول من الركائز الأساس التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة سّيما في العقود المصرفية، فالعلة من تقرير هذا الالتزام تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية نظراً لظروف إبرام هذه العقود والمتمثلة بانعدام القدرة على مُناقشة شروط العقد صراحة، والمستهلك يمارس هذه المكّنة بإرادتهِ المُنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون إشتراط مُوافقة المحترف حتى لو لم يخل الأخير بالتزاماتهِ، كما أنّ هذا الخيار يدخل ضمن الخيارات المؤقتة التي تنقضي أما باستعماله أو بسريان المدة المحددة لممارسته، وأنّ التشريعات التي أقرت هذا الخيار في أغلب الأحيان جعلت الأحكام المنظمة لهذا الخيار متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا تجيز للمستهلك النزول عنه ويقع باطلاً أي شرط يقضي بغير ذلك[30]. وإن خيار العدول في العقد المصرفي، إنما هو تصرف من قبل المستهلك يمارس خلال مدة معينة بالإرادة المنفردة لهذا الأخير، وهذا التصرف منحه المشرع لحماية رضا المستهلك من عيب التسرع وعدم التمهل في الإقدام على إبرام العقد، لذلك ساد خلاف في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لخيار العدول في العقد، وفيما إذا كان حقاً أو مكنة (رخصة)؟ وإذا ما قلنا بأنه حق هل هو حقاً شخصياً أم حقاً عينياً؟ الحق هو ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميهِ طرق قانونية، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال اقر القانون بانتمائه إليه، سواء بوصفه ملكاً له، أو بوصفه شيئاً مستحقاً له في ذمة الغير[31]. إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي، أي لا يُمكن عدّ خيار العدول حقاً شخصياً؛ ذلك إن الشخص الّذي له خيار العدول (المستهلك)لا يملك أي سُلطة في مواجهة المتعاقد الآخر؛ إذ لا يُمكن مُطالبتهِ بأي أداء سلبياً كان أم إيجابياً، ولا يقع على الطرف الآخر أي أداء يقوم به فهو لا يلتزم بشيء، لذلك فلا يكون للحق الشخصي المدعى به محل ولا موضوع، ومن ثم فلا وجود له، ومن جانب آخر، فإن المتعاقد صاحب خيار العدول لا يقع عليه أداء أي مقابل (كأصل عام)، وهذا يؤكد عدم وجوده؛ لأن خيار العدول لا يخول صاحبه سلطة اقتضاء أداء معين، وبصفة عامة لا يمنحه السلطات التي يمنحها الحق الشخصي لصاحبه لكونه لا يفرض القيام بأداء معين، ولا يواجه شخص المدين بالمعنى المميز للحق الشخصي، فلا يمكن عدهُ (العدول) حقاً شخصياً، خاصة وأن مع خيار العدول يكون المتعاقد الآخر(البائع) قد نفذ بالفعل تعهده[32] ، ويذهب رأي آخر إلى عدّ العدول حقاً عينياً، إذ أنه يرى بأن العدول يقع على عينٍ مُعينة بحيث تُمَكن صاحبها سُلطة مُباشرة على الشيء محل التعامل يتمثل بإمكانية نقض العقد أو إمضائه[33]. لذا يعد حق العدول أو الرجوع عن العقد وسيلة قانونية نظّمها المُشرع للمستهلك وسمح له من خلالها بأن يعيد النظر في شروط العقد قبل إبرامه، ويعطي هذا الحق للمُستهلك مُهلة زمنية محدودة للتفكير في بنود العقد وآثاره، وبإمكانه الرجوع عن إلتزامهِ خلال مُدة زمنية، وإن هذا المبدأ هو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وخاص بعقود الاستهلاك دون غيرها، ويرجع السبب في إقرار هذا الحق إلى أن المستهلك يعدّ

الطرف الضعيف في العقد وذو خبرة ومعرفة قليلة مقارنةً بخبرة الطرف الآخر في العقد – المصرِف-، إضافة إلى عدم وجود ما يحمي مصالحه في النظرية العامة للعقد، لذا لجأت القوانين إلى حماية المُستهلك بتقريرِ هذا الحق[34]. ويتجسد هذا الحق في القوانين بعدد من النقاط التي تهدف إلى توفير حماية أكبر للمستهلك أو العميل في العقود المصرفية. في حال كانت الفائدة التي تم الاتفاق عليها مُرتفعة بشكلٍ غير مُبرر، أو إذا كانت شروط العقد غير واضحة أو غير معقولة، فإن العميل يحق لهُ مُطالبة المحكمة بإلغاء أو تعديل هذهِ الشروط بما يتناسب مع المصلحة العامة أو مع العدالة التعاقدية[35]. ويشمل هذا الحق عدّة جوانب، فيستطيع العميل إلغاء العقد إذا تبين لهُ أنه وقع تحت ضغط أو خداع أو لم يتم تبصيره بالشروط الجوهرية الخاصة بالعقد، كذلك في بعض الحالات، قد يقرر القاضي تعديل الفائدة إذا كانت مبالغًا فيها أو غير متوافقة مع المعايير المعترف بها في السوق، ويُعتبر هذا الحق أداة حماية قانونية ضد استغلال الأطراف الضعيفة، سيما في بيئة اقتصادية غير متوازنة إذ قد يتعرض العميل للضغط للحصول على تمويل بشروط غير مناسبة، ويعد هذا الحق جزءًا من الحماية القانونية للمستهلكين في العديد من الأنظمة القانونية، بما في ذلك التشريع العراقي، إذ يستند إلى فكرة العدالة التعاقدية وحماية المتعاملين الضعفاء من الشروط المجحفة[36]. من كل ما تقدم تتضح أهمية دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقود المصرفية، حيث يملك القاضي السلطة لتعديل أو إلغاء الفائدة التي تكون غير عادلة أو تضر بمصلحة العميل. من خلال التزام البنك أو المؤسسة المالية بالتبصير، وكذلك منح العميل حق العدول، يسعى النظام القانوني إلى ضمان التوازن في العقود المصرفية، وتجنب الاستغلال المالي. هذا الأمر يعزز العدالة ويضمن أن الأطراف الضعيفة لن تقع ضحية للعقوبات المالية الباهظة أو الفوائد غير المناسبة التي قد تضر بمصالحها المالية على المدى الطويل.

المطلب الثاني

سلطة القضاء في الإلغاء أو التعديل للفائدة خلال مرحلة تنفيذ العقد المصرفي

إن تحديد الفائدة في العقود المصرفية يعكس التوازن بين حقوق المصرف ومصالح العميل، ولكنه قد يصبح محلاً للإشكاليات القانونية في حال تغير الظروف الاقتصادية، أو عند وقوع خلل في بنود العقد، أو وجود شبهة استغلال أو إجبار على أحد الأطراف. في مثل هذه الحالات، يُثار التساؤل حول حدود صلاحيات القضاء في التدخل لإعادة التوازن للعقد بما يحقق العدالة التعاقدية دون الإخلال بالمبادئ الأساسية لحرية التعاقد، ويُعتبر عيب الاستغلال من أبرز الوسائل التي يُمكن للقضاء من خلالها تعديل شروط العقد بما يحقق التوازن بين الأطراف، فيتدخل القضاء لإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية المفروضة في العقود المصرفية التي تضع الطرف الضعيف في موقف غير متكافئ.

- أولًا: دور عيب الاستغلال في تقرير حماية الطرف الضعيف:-

يُعدّ عيب الاستغلال من الأدوات القانونية التي تمنح القضاء السُلطة لتعديل أو إلغاء بعض شروط العقد المصرفي التي قد تكون غير عادلة أو تسبب ضررًا لأحد الأطراف، لا سّيما في حالات ضعف أحد المتعاقدين، مثل العميل المصرفي. وعيب الاستغلال يتجسد في استغلال طرفٍ ما لموقف الطرف الآخر الضعيف للحصول على شروط غير عادلة أو قاسية[37].

وفقًا للقانون المدني العراقي، وتحديدًا في المادة 126، يُمكن أن يُعدّ العقد باطلًا إذا كان أحد الأطراف قد استغل ضعف الطرف الآخر لتحقيق فائدة غير متكافئة، يشمل ذلك ما يُعرف بالـ "استغلال الحاجة"، إذ يتعرض الطرف الضعيف للضغط أو الاستغلال بسبب الظروف الخاصة التي يمر بها، مثل ظروف مالية صعبة أو حالة طارئة، فيُمكن أن يتدخل القضاء في مثلِ هذهِ الحالات لِضمان العدالة بين الأطراف، وأن دور القضاء في هذا السياق يتمثل في تعديل أو إلغاء الشروط التي بإمكانها من أن تضرّ بالطرف الضعيف في العقدِ، ويُستند في هذه الحالة إلى مبدأ حماية الطرف الضعيف في العقود، وهو ما ينسجم مع المبادئ القانونية التي تدعو إلى ضرورة حماية المُستهلك أو العميل في مواجهة المؤسسات المصرفية الكبرى أو الأطراف ذات السُلطة الاقتصادية الأقوى.

- ثانيًا: إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية:-

يتدخل القضاء لإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في العقود المصرفية عندما تكتشف المحكمة أن هناك بندًا أو شرطًا في العقد يخلّ بتوازن المصالح بين الأطراف، خصوصًا إذا كان ذلك يُضرّ بأحد الأطراف الضعيفة. وتعتبر الشروط التعسفية هي تلك التي تُفرض من جانب واحد، دون موافقة فعلية أو حرّة من الطرف الآخر، وتهدف إلى تحميل الطرف الضعيف أعباء أو شروطًا غير عادلة[38].والشروط التعسفية قد تظهر على شكل فائدة مرتفعة للغاية، قد تفرض المصارف فوائد مبالغ فيها على القروض أو بطاقات الائتمان، ما يجعل العميل في وضع لا يُحسد عليه، كذلك فرض رسوم غير مبررة، بعض العقود المصرفية قد تفرض رسومًا عالية على الخدمات أو على التعاملات، دون أن يكون لها مبرر عادل، وبنود تحكيم جائرة إذا كانت بعض العقود المصرفية تنص على بند تحكيم في جهة غير محايدة أو في مكان يصعب الوصول إليه للطرف الضعيف، فهذا يُعدّ شرطًا تعسفيًا[39]، فيمكن للقضاء أن يقيّم مدى تعسف الشروط بناءً على المبادئ العامة للعدالة التي يُستند إليها في معظم الأنظمة القانونية الحديثة. إذا وجد أن أحد الشروط يمثل ضغطًا غير عادل على الطرف الضعيف، يُمكن للقضاء تعديل هذه الشروط أو إلغاءها تمامًا لضمان توازن العقد. في القانون المدني العراقي، يتناول هذا النوع من التدخل في المواد المتعلقة بالعقود التي تضرّ أحد الأطراف، والمادة 136 تحديدًا قد تُستخدَم كأداة قانونية في هذه الحالات، فإذا وقع شخص عقدًا مع مصرف للحصول على قرض بنكي بفائدة مرتفعة للغاية، وكان هذا الشخص في موقف صعب يحتاج إلى المال بشكل عاجل، فإنه يمكن التدخل القضائي لإلغاء هذا الشرط أو تعديله إذا كانت المحكمة تجد أن المصرف قد استغل حاجة العميل لضمان فائدة غير متكافئة، يتبين من ذلك أن القضاء له دور محوري في الحفاظ على التوازن العقدي وضمان العدالة بين الأطراف، خاصة في حالات التفاوت الكبير بين القوة الاقتصادية لأطراف العقد، ويُعدّ عيب الاستغلال والشروط التعسفية أدوات قانونية فعّالة لحماية الطرف الضعيف.

الخاتمة

- أولاً: النتائج:-

1. أن الأعمال المختلطة هي تلك التي تنطوي على طبيعتين مختلفتين، بحيث يكون أحد أطرافها تجاريًا والآخر مدنيًا، ويعد التصنيف بين الأعمال التجارية والمدنية جزءًا أساسيًا في تحديد نطاق تطبيق القوانين، وتخصيص القواعد القانونية التي تحكم كل نوع من أنواع الأعمال.
2. إن معرفة العمل فيما إذا كان هذا عملًا تجاريًا أم لا يعدّ من النظام العام، فالقانون هو من يُحدد نوعية –طبيعة- هذا العمل لا الأفراد، كما ويستقل قاضي الموضوع بإثبات الوقائع اللازمة لِوصف طبيعة العمل، ولكن وصف هذهِ الوقائع مسألة قانونية تخضع للرقابة القضائية مُتمثلة بمحكمة التمييز الاتحادية ومحاكم النقض في القانون المُقارن.
3. أختلفت الأنظمة القانونية بخصوص الأعمال التجارية المُختلطة في عدّة إتجاهات قانونية، فهُناك النظام المُزدوج –اللاتيني- وهُناك النِظام الموجد –الجرماني- وهُناك تشريعاتٍ سكتت عن تنظيم الأحكام القانونية –نظرية الأعمال- للأعمال التِجارية المُختلطة، كما هو الحال لدى المُشرع العراقي في القانونين –المدني والتجاري.
4. إن عدم التوازن في العلاقةِ العقدية بين طرفيّ العلاقة العقدية (المُستهلك والمُحترف) تعدّ من أبرز صور تحقق صِفة الإذعان في العقود المصرفية، مما أدى ذلك الى ضرورة وجود نظام حِمائي يهدف الى توفير الحماية القانونية للطرف الأضعف في العلاقة العقدية والّذي هو بلا شك (المُستهلك) ليس في مواجهة سوء نية المُحترف فقط، بل في مواجهة تعسفه في إستغلال مركزهُ الإقتصادي.
5. يُعدّ عيب الاستغلال من الأدوات القانونية التي تمنح القضاء السلطة لتعديل أو إلغاء بعض شروط العقد المصرفي التي قد تكون غير عادلة أو تسبب ضررًا لأحد الأطراف، خاصة في حالات ضعف أحد المتعاقدين، مثل العميل المصرفي. وعيب الاستغلال يتجسد في استغلال طرفٍ ما لموقف الطرف الآخر الضعيف للحصول على شروط غير عادلة أو قاسية.
6. يتدخل القضاء لإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في العقود المصرفية عندما تكتشف المحكمة أن هناك بندًا أو شرطًا في العقد يخلّ بتوازن المصالح بين الأطراف، خصوصًا إذا كان ذلك يُضرّ بأحد الأطراف الضعيفة. وتعتبر الشروط التعسفية هي تلك التي تُفرض من جانب واحد، دون موافقة فعلية أو حرّة من الطرف الآخر، وتهدف إلى تحميل الطرف الضعيف أعباء أو شروطًا غير عادلة.

- ثانيًا: المقترحات:-

1. ان الأعمال المختلطة تثير تساؤلات فقهية وقضائية حول إمكانية تطبيق قواعد قانونية مدمجة تجمع بين طبيعتي القانون المدني والقانون التجاري، لذا نأمل بأن يعالج المشرع مسألة الاعمال المختلطة ضمن أُطر قانونية صريحة تحدد ماهية هذه الاعمال.
2. ان تصنيف العمل المختلط وتحديد فيما اذا كان يغلب عليه الطابع المدني أم التجاري سيُساعد في تحديد القانون الّذي يُطبق عليه، لذا نرى من الضرورة أن يتم تحديد ماهية الأعمال التجارية بنص قانوني ونقترح بأن يكون كالآتي: (تعد الأعمال أعمالاً تجاريةً إذا كان الدافع إلى التعاقد تِجاريًا بشكلٍ صريح من خلال النص عليه في العقد).

3. نأمل بأن يحذو المشرع العراقي عما هو عليه في القانون الكويتي (القانون المدني) بحظر فرض الفائدة على العقود المدنية وكذلك على العقود التجارية كالقرض المصرفي في حال كان العميل لا يروم من صرف تلك البالغ على عملٍ تجاري.
4. كذلك نقترح على المشرع العراقي بأن يورد نصًا في القانون التجاري يبين فيه متى يعتبر العمل مختلطًا وكذلك معالجة لهذا العمل في حال كان المستهلك مدنيا هنا ستسري عليه قواعد القانون المدني كما هو الحال في قانون التجارة الكويتي وقانون حماية المستهلك الفرنسي.
5. تتضح أهمية دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقود المصرفية، حيث يملك القاضي السلطة لتعديل أو إلغاء الفائدة التي تكون غير عادلة أو تضر بمصلحة العميل. من خلال التزام البنك أو المؤسسة المالية بالتبصير، وكذلك منح العميل حق العدول، يسعى النظام القانوني إلى ضمان التوازن في العقود المصرفية، وتجنب الاستغلال المالي. هذا الأمر يعزز العدالة ويضمن أن الأطراف الضعيفة لن تقع ضحية للعقوبات المالية الباهظة أو الفوائد غير المناسبة التي قد تضر بمصالحها المالية على المدى الطويل.

([1])د. محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، دراسة في القانون الكويتي بشأن الحكم الاستئنافي رقم 308/ 87، 1988، ص149. د. عصام حنفي محمود، القانون التجاري، ج1، نسخة إلكترونية، ص213.
([2])جمال حمدي، القانون التجاري وأحكامه العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 2005، ص 89
([3])إبراهيم الشحات، الأعمال التجارية المختلطة والتزاماتها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2010، ص 130-135
([4])أحمد محمد، دراسات في العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 101
([5])يوسف عبد الله، الاقتصاد والمصارف والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 24
([6])خليفة طارق، العقود المختلطة بين القانون التجاري والمدني، مجلة القانون المدني، العدد 20، 2017، ص58.
([7])علي محمد صادق، النظرية العامة للعقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص211.
([8])د. محمد لبيب شنب، الأعمال التجارية المُختلطة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مج 6، ع 2، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1964، ص3.

([9])د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، ج1، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1998، ص4.
([10])د. باسم محمد صالح، شرح القانون التجاري، ج1، ط7، المكتبة القانونية، بغداد، 1954، ص48.
([11])د. مصطفى كمال طه، المصدر السابق، ص7.
([12])د. اكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، العقود التجارية، ج1، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1958، ص32.
([13])د. علي البارودي، شرح القانون التجاري، ط2، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012، ص23.
([14])عادل جلال، الوسيط في شرح قانون المعاملات التجارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015، ص21.
([15])د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص12.
([16])د. محمود مختار بريري، قانون المُعاملات التِجارية، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص101.
([17])د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط1، دار النهضة العربية، مصر،1989 ، ص170.
([18])د. محمد فريد العريني، د. هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص68.
([19])د. سميحة القليوبي، المصدر السابق، ص173.

(20)القاضي تغريد عبد المجيد ناصر، محكمة البداءة المتخصصة بالنظر بالدعاوى التجارية، بحث منشور على منصة مجلس القضاء الاعلى الالكترونية بتاريخ 2020/2/11، تأريخ الزيارة 2024/12/24.
(21)علي عبد الله الزيدي، نظريات العقد المختلط في القانون المدني العراقي، منشورات جامعة الموصل، 2020، ص 78.
(22)حسن التميمي، الحماية القضائية للطرف الأضعف في المعاملات التجارية، مجلة القانون الدولي، جامعة بغداد، 2019، ص 122.
(23)المصدر نفسه، ص123.
(24)سعاد الشريف، مفهوم التبصير في العقود المالية، دار الفكر الجامعي، 2018، ص88.
(25)عادل الجندي، التوعية القانونية في العقود المصرفية، دور الالتزام بالتبصير في حماية المستهلك، مجلة الدراسات القانونية، جامعة القاهرة، 2020، ص50.
(26)أستاذنا الدكتور محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الاذعان على العمليات المصرفية، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021، ص155.
(27)خالد عطشان الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 49، سنة 26، 2012، ص423.
(28)المصدر نفسه، ص424.
(29)باسم غسان، العقود المصرفية بين الشفافية والاستغلال، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر القانون والتنمية، جامعة الموصل، 2021، ص25.
(30)د. سليمان براك الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد الرابع، 2005، ص 168.
(31)نارام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 33-34.
(32)المصدر نفسه، ص37.
(33)د. ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد، مجلة الحقوق البحرينية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد التاسع، العدد الأول، ص 339.
(34)من أبرز حقوق الطرف الضعيف في العقد المصرفي هو حق العدول أو الرجوع عن العقد في حال كانت شروطه غير عادلة أو غير متوافقة مع مصالحه، وهذا الحق يشمل إمكانية إلغاء العقد أو تعديله إذا كانت الفائدة المقررة غير متوافقة مع قدرة الطرف الضعيف على السداد أو مع القوانين والأنظمة المتعلقة بمعدل الفائدة. ينظر: هالة عبد الكريم، "حق العدول في العقود المصرفية: من التشريع إلى القضاء"، مجلة الحقوق المالية، جامعة بغداد، 2021، ص. 112.
(35)أحمد سالم، دراسة تحليلية لحق الرجوع في العقود المصرفية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القانون والمصرف، جامعة النهرين، 2019، ص75.
(36)ايمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد "دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل، 1998، ص11.
(37)جمال محمد، التحليل القانوني لعيوب الإرادة في العقود، دار الفكر العربي، مصر، 2019، ص56.
(38)محمد عبد الفتاح الشيمي، العيوب في العقود، الجامعة العربية، الأردن، 2011، ص142.
(39)عبد المجيد بديع، الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص93.

- مصادر البحث: **Refrance:**

- أولاً: الكتب القانونية:-

1. عصام حنفي محمود، القانون التجاري، ج1، نسخة إلكترونية.
2. جمال حمدي، القانون التجاري وأحكامه العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 2005.
3. أحمد محمد، دراسات في العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
4. يوسف عبد الله، الاقتصاد والمصارف والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.
5. علي محمد صادق، النظرية العامة للعقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
6. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، ج1، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1998.
7. باسم محمد صالح، شرح القانون التجاري، ج1، ط7، المكتبة القانونية، بغداد، 1954.
8. اكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، العقود التجارية، ج1، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1958.
9. علي البارودي، شرح القانون التجاري، ط2، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012.
10. عادل جلال، الوسيط في شرح قانون المعاملات التجارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015.
11. محمد حمود مختار بريري، قانون المُعاملات التِجارية، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
12. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط1، دار النهضة العربية، مصر،1989.
13. محمد فريد العريني، د. هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
14. محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الاذعان على العمليات المصرفية، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021
15. سعاد الشريف، مفهوم التبصير في العقود المالية، دار الفكر الجامعي، 2018.
16. ئارام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، الكتب القانونية، مصر، 2010.
17. جمال محمد، التحليل القانوني لعيوب الإرادة في العقود، دار الفكر العربي، مصر، 2019.
18. محمد عبد الفتاح الشيمي، العيوب في العقود، الجامعة العربية، الأردن، 2011.
19. عبد المجيد بديع، الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

- ثانيا: الرسائل والاطاريح:-

1. ايمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل، 1998.
2. إبراهيم الشحات، الأعمال التجارية المختلطة والتزاماتها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2010.

- **ثالثا: المجلات والدوريات:-**
1. أحمد سالم، دراسة تحليلية لحق الرجوع في العقود المصرفية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القانون والمصرف، جامعة النهرين، 2019.
2. هالة عبد الكريم، حق العدول في العقود المصرفية، مجلة الحقوق المالية، جامعة بغداد، 2021.
3. ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد، مجلة الحقوق البحرينية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد التاسع، العدد الأول.
4. سليمان براك الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد الرابع، 2005.
5. باسم غسان، العقود المصرفية بين الشفافية والاستغلال، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر القانون والتنمية، جامعة الموصل، 2021.
6. خالد عطشان الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 49، سنة 26، 2016.
7. عادل الجندي، التوعية القانونية في العقود المصرفية، دور الالتزام بالتبصير في حماية المستهلك، مجلة الدراسات القانونية، جامعة القاهرة، 2020.
8. حسن التميمي، الحماية القضائية للطرف الأضعف في المعاملات التجارية، مجلة القانون الدولي، جامعة بغداد، 2019.
9. علي عبد الله الزيدي، نظريات العقد المختلط في القانون المدني العراقي، منشورات جامعة الموصل، 2020،.
10. محمد لبيب شنب، الأعمال التجارية المُختلطة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مج 6، ع 2، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1964.
11. خليفة طارق، العقود المختلطة بين القانون التجاري والمدني، مجلة القانون المدني، العدد 20، 2017.
12. محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، دراسة في القانون الكويتي بشأن الحكم الاستئنافي رقم 308/ 87، 1988.

- **رابعًا: المواقع الالكترونية:-**
1. تغريد عبد المجيد ناصر، محكمة البداءة المتخصصة بالنظر بالدعاوى التجارية، بحث منشور على منصة مجلس القضاء الاعلى الالكترونية بتاريخ 2020/2/11، https://sjc.iq/ .

Abstract:
Despite the role that interest plays in banking contracts, it has not received sufficient attention from the laws. Instead, it has been categorized under the general rules of civil and commercial law, which in some cases has led to its imposition in a manner that can be considered arbitrary, forcing one party into a position of submission. Therefore, in this research, we aim to explore the judicial role in imposing interest that is characterized as arbitrary, examining the legal opinions and legislative treatments proposed in both Iraqi and comparative laws, with the goal of reaching a realistic and accurate solution to the issue of interest imposition in banking contracts.