Kufa Journal of Arts
September 2025. No. 65, P 237-253
Faculty of Arts, University of Kufa.

مجلة آداب الكوفة
العدد ٦٥، ايلول ٢٠٢٥م، ص ٢٣٧-٢٥٣
كلية الآداب، جامعة الكوفة

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

علة الشرط التعسفي والجزائي على التوازن العقدي

م. د. هيثم محمد جواد علي السهلاني
جامعة الكوفة\ كلية القانون
Haytham.m.alsahlani@jmu.edu.iq

تاريخ الاستلام: ٤\٧\٢٠٢٤ تاريخ القبــول: ٧\٨\٢٠٢٤ تاريخ النشر: ١/٩/٢٠٢٥

الملخص:
إن الشرط التعسفي يتعلق بالقدرة الفنية والإقتصادية الزائدة لأحد أطراف العقد، إذ تكون العلاقة بين أطراف العقد غير متوازية أو متكافئة للتفاوت في القدرة لصالح الطرف الأقوى "المحترف"، مما يترتب عليه اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات "المحترف" والمستهلك الذي وجد في مركز اللا مساواة الفني. وأن الشرط الجزائي يتعلق بتقدير التعويض المستحق للدائن على المدين لا زيادة ولا نقصان، ويتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزاماته، وإذا وقع النزاع في كمية التعويض المتفق عليه، كما أن الشرط التعسفي والشرط الجزائي يؤديان إلى اختلال التوازن العقدي مما يستلزم تدخل المشرع والقاضي لإعادة العدالة التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: العقد، الشرط التعسفي، الشرط الجزائي، المحترف، التوازن العقدي.

The reason for the arbitrary and penal condition on the contractual balance

Lecturer Dr: Haytham Mohammed Jawad Ali Alsahlani
University of Kufa - Faculty of Law

Received Date: 4/7/2024, Accepted Date: 7/8/2024, Published Date: 1/9/2025

Abstract

The arbitrary condition relates to the excess technical and economic capacity of one of the parties to the contract, as the relationship between the parties to the contract is not parallel or equivalent due to the disparity in ability in favor of the stronger party, the “professional”, which results in a contractual imbalance between the rights and obligations of the “professional” and the consumer who was found in a position of disadvantage. Artistic equality. The penal condition relates to estimating the compensation owed to the creditor by the debtor, neither an increase nor a decrease. Experts intervene in estimating the compensation that the creditor is entitled to if the debtor breaches his obligations, and if a dispute occurs over the amount of compensation agreed upon. Also, the arbitrary condition and the penal condition lead to a contractual imbalance, which It requires the intervention of the legislator and the judge to restore contractual justice.

Keywords: contract, arbitrary condition, penal condition, professional, contractual balance.

DOI: https://doi.org/10.36317/kja/2025/v1.i65.16767

Kufa Journal of Arts by University of Kufa is licensed under a Creative Commons Attribution 4. 0 International License.
مجلة آداب الكوفة - جامعة الكوفة مرخصة بموجب ترخيص المشاع الإبداعي ٤,٠ الدولي.

المقدمة

يقترن الشرط التعسفي والشرط الجزائي بالمضامين العامة العقد، ويؤثر كلاهما على البنية العقدية مؤديان إلى اختلال التوازن العقدي، مما يستلزم تطبيق القواعد القانونية المنصوصة في القوانين المدنية، غير أن اقتران الشرط التعسفي بعقد الاستهلاك يدفع المشرع إلى وضع أحكام خاصة بهذا الشرط تخضع للقواعد القانونية الواردة في قوانين حماية المستهلك حيث الأحكام الأكثر فائدة للمستهلك على اعتباره متعاقد ضعيف، وبناء عليه فأن أغلب التشريعات تعد الشرط التعسفي باطلاً، وفي بعض التشريعات يستبعد الشرط التعسفي بحكم القانون دون الأخذ بإرادة المتعاقدين وقصدهما، وقد يحكم القضاء من تلقاء نفسه بالبطلان دون الحاجة لطلب يقدم من أحد أطراف العقد، بينما في الشرط الجزائي يقتصر دور القضاء على تعديل قيمة الشرط الجزائي نتيجة للطلب المقدم من الدائن أو المدين.

أهمية البحث

تبرز أهمية البحث في أن الشرط التعسفي والجزائي يؤديان إلى اختلال التوازن العقدي وغياب العدالة التعاقدية في الرابطة العقدية، وأن المشرع والقاضي يؤديان دوراً أساسياً في إعادة العدالة التعاقدية إلى نصابها السليم، حيث يتم في بعض الحالات إلغاء الشرط التعسفي مقابل تعديل قيمة الشرط الجزائي.

إشكالية البحث

تتجسد إشكالية البحث من فكرة مفادها: **"طبيعة تأثير الشرط التعسفي والجزائي على التوازن العقدي"**، إذ أن اختلال الشروط التعسفي والجزائي يؤديان إلى اختلال التوازن في الرابطة العقدية الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع والقضاء. وعليه تتبين التساؤلات التالية، وهي:

- ما هو تأثير الشرط التعسفي على التوازن العقدي من ناحية القصد والأركان والسمات؟
- ما هو تأثير الشرط الجزائي على التوازن العقدي من حيث الأهداف والمزايا والتفريق مع الأنظمة المشابه؟

فرضية البحث

يفترض البحث أن الشرط التعسفي والجزائي يؤديان إلى اختلال الرابطة العقدية والضرر في مبادئ العدالة التعاقدية، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع والقضاء إذ يمكن للقاضي إلغاء الشرط التعسفي من دون طلب يقدم من أحد الطرفين المتعاقدين، إزاء تعديل قيمة الشرط الجزائي بناء على طلب أحد الأطراف.

منهج البحث

إن الإجابة عن إشكالية البحث والأسئلة المطروحة تستلزم الاعتماد على المنهج الوصفي المدعوم بالمنهج التحليلي، بهدف تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالشرط التعسفي والجزائي، واعتماد المنهج المقارن لمقارنة موضوع تأثير الشرط التعسفي والجزائي على التوازن العقدي في التشريعات المختلفة.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

هيكلية البحث

اشتمل البحث على ملخص، ومقدمة، وخاتمة، وتضمن مطلبين، إذ في المطلب الأول: **"ضمور التوازن العقدي بعلة الشرط التعسفي"**. والمطلب الثاني: **"ضمور التوازن العقدي بسبب الشرط الجزائي"**.

المطلب الأول
ضمور التوازن العقدي بعلة الشرط التعسفي

إن الأصل في العقد أنه يقوم على مبدأ الحرية التعاقدية إذ يجوز للمتعاقدين أن يضمنا في عقدهما ما يريدون أدراجه من الشرط الملائمة للطرفين على أن لا تكون هذه الشروط محضورة في القانون، أي إذا كان المنع جاء في نص خاص أو مخالف للنظام العام والآداب، لكن بعض العقود يقوم أحد أطرافها على أدراج شروطاً تعسفية على الطرف الآخر تؤثر على سير العملية التعاقدية وعلى الاستقرار العلاقات العقدية الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية. وبناء عليه نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، هي: الفرع الأول، ماهية الشرط التعسفي فقهياً. الفرع الثاني، أركان الشرط التعسفي. الفرع الثالث، سمات الشرط التعسفي.

الفرع الأول: ماهية من الشرط التعسفي فقهياً

يعرف الشرط في اللغة إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، ويعرف التعسف بأنه الاستخدام الفاحش للشيء، فالشرط التعسفي هو المحرر سلفاً من جانب القوي الذي يعطي له ميزة فاحشة عن الآخر (خوالدة، ٢٠١١، ١٥٠). ويعرف الشرط التعسفي من الناحية لاصطلاحية بأنه التزام أحد طرفيه العقد بأمر فائض عن أصل التصرف، أو التزامات زائدة منجزة على أصل العقد تلزم العاقد بإرادته، ويتعلق أمر الشرط بالمستقبل غير محقق الوقوع يترتب وقوعه التزام أو زوال، فإذا ترتب الالتزام على وقوعه كان الشرط واقفاً، وإذا وجد الالتزام وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخاً (منصور، ٢٠٠٧، ١٥).

إن الشرط التعسفي هو أي شرط اتفق المتعاقدان عليه يؤدي إلى اخلال التوازن بين الحقوق والالتزامات للمتعاقدين، والتي تميل إلى مصلحة الطرف الذي يتميز بالمهنية، أو المعرفية، أو الحرفية، أو الخبرة، أو الإقتصادية (مكي، ٢٠١١، ٣٥)، وهذا التعريف يتطرف إلى أغلب حالات انعدام التوازن بغض النظر عن السبب. بينما يرى بعض الفقهاء أن الشرط التعسفي يقتصر على عدم التوازن الاقتصادي فهو الشرط المحرر مسبقاً من ناحية الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي حيث يخوله صفة فاحشة عن الطرف الآخر (عبد السلام، ١٩٩٨، ٥٠). وتطبيقاً لذلك يمكن أن يعد تعسفياً شروط الإعفاء من المسؤولية، والشروط الجزائية، وشروط إسناد الاختصاص.

وعرفه جانب من الفقه بأنه: "يعد الشرط تعسفياً إذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

المستهلك شرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى مع حسن النية الواجب في المعاملات، وهو يكون تعسفياً على الأخص إذا كان مخالفاً أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني، أو محدداً للحقوق والواجبات الناشئة عن صيغة العقد بما يتنافى مع روح الحق والعدالة" (بودالي، ٢٠٠٦، ٢٣٥).

إن الشرط التعسفي يتعلق بالقدرة الفنية والإقتصادية الزائدة لأحد أطراف العقد، إذ تكون العلاقة بين أطراف العقد غير متوازية أو متكافئة للتفاوت في القدرة لصالح الطرف المحترف، مما يترتب اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك الذي وجد في مركز اللا مساواة الفنية أو الإقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر (عبد، ٢٠١١، ٢٤٧، ٢٤٨). وحسب المعايير المعتمدة يختلف الفقهاء في تعريف الشروط التعسفية، فهناك تعريف يعتمد على أطراف العلاقة التعاقدية، وآخر يعتمد على مصدر فرض الشروط التعسفية، وركز الآخر على أثر الشروط التعسفية على أطراف العلاقة التعاقدية.

إن المشرع الفرنسي في قانون حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات المرقم (٧٨/٢٣) في كانون الثاني ١٩٧٨، عرف الشرط التعسفي في المادة (٣٥) بأنه: "تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف استعمال النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"، ثم أشار المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك المرقم (٩٦/٩٥) الصادر في شباط ١٩٩٥، المادة (١٣٢) الفقرة (١) بأن الشرط التعسفي هو الشرط الصادر من المهني والذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه، والتي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار أو عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد (Nebbia, 2007, 27).

ونرى أن المشرع المصري في القانون المدني لم يعرف الشرط التعسفي، وإنما أشار في المادة (١٤٩) بأنه إذا صيغ العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن (المصرية، ١٩٤٨، ١٠)، كذلك القانون المدني العراقي في المادة (١٦٧) أن العقد المبرم بالإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة تعدل هذه الشروط أو أعفاء المذعن (العراقية، ١٩٥١، ٢٠).

وعرف القانون الجزائري الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المرقم (٠٤ – ٠٢) لسنة ٢٠٠٤، الشروط التعسفية في المادة (٣) الفقرة (٥) بأنها: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى شأنه من الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" (الجزائرية، ٢٠٠٤، ٤)، وجاء القانون المصري لحماية حق المستهلك المرقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، بنص صريح يمكن اعتباره مواجهة تشريعية للشروط التعسفية إذ جاء في المادة (١٠) بأنه: "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط أعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون" (المصرية، ٢٠٠٦، ٨).

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

بينما لم ينص القانون العراقي لحماية المستهلك المرقم (١) لسنة ٢٠١٠، على مفهوم الشروط التعسفية أو أنواعها أو حكمها تاركاً ذلك للقواعد في القانون المدني التي تعالج الشروط التعسفية في عقود الإذعان. لكن نظم المشرع اللبناني الشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك المرقم (٦٥٩) لسنة ٢٠٠٥، فقد أشار في المادة (٢٦) الفقرة (١) بأنه: "تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير" (اللبنانية، ٢٠٠٥، ٧). ونشأ خلاف في الفقه القانوني حول معيار وصف الشرط التعسفي، إذ توجه جانب من الفقه إلى اعتماد المعايير في نظرية التعسف في استعمال الحق، وأخذ الرأي الراجح في الفقه إلى تعسف الموقف الذي ينجم عنه اختلال التوازن العقدي، وهناك معياران، هما: الأول، "المعيار الاقتصادي" الذي يرتبط بحرفة أحد المتعاقدين حيث التعسف في استعمال السلطة الإقتصادية للمهني، مما ينشأ عدم التعادل أو التناسب بين حقوق والتزامات طرفي العقد. والمعيار الثاني "الميزة الفاحشة" تتعلق بحصول أحد طرفي العقد على ميزة فاحشة لم يحصل عليها لولا اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات طرفي العقد (Parijs, 1995, 94).

وبناء عليه، أشار المشرع الفرنسي في قانون حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات في المادة (١٣٢) الفقرة (٣) إلى لائحة استرشادية غير حصرية من البنود التعسفية وضعت معياراً عاماً لمفهوم الشرط التعسفي الذي ينشأ ضد مصلحة الطرف الضعيف، ويؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد، مع حق المستهلك في تقديم البينة على الشرط التعسفي (بينابنت، ٢٠٠٤، ١٣٥).

كذلك أخذ المشرع المصري في قانون حماية المستهلك في المادة (٢) بنظام اللائحة الإسترشادية على اعتباره أسلوب لتعيين الشروط التعسفية، واعتبرها حقوق أساسية يحظر على المهني إبرام اتفاق مع المستهلك من شأنه الأخلال بهذه الحقوق (المصرية، ٢٠٠٦، ٨). وأن المشرع العراقي في قانون حماية حق المستهلك في المادة (٦) عدد حقوق المستهلك، وحدد في المادة (٨) مسؤولية المجهز عن حقوق المستهلكين (العراقية، ٢٠١٠، ٥).

ولم يعد معيار الطرف الأقوى هو المعيار الوحيد في التحقق من وجود الشرط التعسفي، إذ يكفي توافر الخلل المؤثر في التوازن الاقتصادي لإضفاء صفة التعسف على الشرط، وهذا المعيار موضوعي يأخذ بعين الاعتبار بنود العقد وليس صفة المتعاقدين، فالشرط التعسفي هو الذي يعطي لأحد الاطراف المنفعة المبالغة، وهذا ما أشارت إليه المشرع اللبناني في قانون حماية حق المستهلك في المادة (٢٦) الفقرة (١) إذ نص بأن البنود التعسفية هي التي ترمي أو تؤدي إلى الخلل في التوازن بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير (اللبنانية، ٢٠٠٥، ١١)، وهنا حدد المشرع اللبناني شروط غير حصرية للتعسف.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الفرع الثاني: أركان الشرط التعسفي

الفقرة الأولى: الامتيازات الاستثنائية الحاصل عليها المحترف

إن التوازن العقدي بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد يختل بفعل الفوائد المفرطة التي يحظى بها المحترف نتيجة التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والفني، ولا تكون المزايا أو الفوائد نقدية فحسب، وإنما قد تكون قانونية أو اجتماعية توقع المستهلك في عبئ الالتزامات المفرطة، لذلك يسعى الفقه إلى توفير حماية أشمل للمستهلكين من خلال عدم حصر المزايا المفرطة في المجال النقدي الضيق، إذ نظر إلى العقد من رؤية شاملة بحسب الأثر الذي تخلفه فوائد المحترف في العقد، وانعكاساتها على التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ويعتمد في قياس اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات العقدية الناشئة بين المحترف والمستهلك إلى اعتماد شروط التعسف ذاتها، والنظر إلى شروط العقد برمتها، لأن الاعتماد على شرط تعسفي واحد قد يكون غير مبرراً إذا نظرنا إليه في ظل مجموعة العمليات التي ظهر في إطارها هذا الشرط، وعلى سبيل المثال: يتم تخفيض ثمن السلعة المفروضة على المستهلكين بفرض يترتب عن شرط تحديد مسؤولية المحترف عن البضائع المقدمة إلى المستهلك (Schulze, 2009, 120).

إن الحكم على شرط منفرد بأنه تعسفياً كونه أعطى بعض المزايا للمهني يكون حكماً غير مكتمل المضامين، إذ من الممكن أن يكون في العقد شروطاً أخرى تقدم للمتعاقد الآخر ميزة معينة تجعل التزامات الطرفين المتعاقدين متعادلة، وهنا يبقى العقد في دائرة متوازنة وأن الصفة النفسية للشرط السابق تمحى، فالمشرع الفرنسي في قانون حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات المرقم (٧٨/٢٣) في كانون الثاني/يناير ١٩٧٨، أكد في المادة (١٣٢) الفقرة (١) والفقرة (٥) بأن الطابع التعسفي للشرط يقدر استناداً إلى وقت إبرام العقد، فضلاً عن جميع الظروف المحيطة بالتعاقد أثناء الإبرام، وكذا بالنسبة لشروط العقد الأخرى، كما وضعت المادة (١٣٥) قائمة بالشرط التعسفية التي لا تعفي المستهلك من تقديم البينة على الجانب التعسفي إلى جانب بجانب تسليم الشيء محل العقد (أحمد، ٢٠١١، ٣٦٤).

أما المشرع المصري في قانون حماية حق المستهلك المرقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، أشار في المادة (٢) إلى لائحة توضيحية لتعيين الشروط التعسفية، فقد نص على طائفة من الحقوق الأساسية للمستهلك يحظر على المهني إبرام اتفاق مع المستهلك بشأنه، وهذه اللائحة على سبيل المثال لا الحصر فهناك حق الحصول على المعلومات عن المنتجات، والاختيار الحر لمنتجات ذات جودة، والمطالبة بالتعويض العادل عن الإضرار الناجمة عن عدم التزام المحترف، كذلك المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك المرقم (١) لسنة ٢٠١٠، أشار في المادتين (٦، ٨) إلى تعداد حقوق المستهلك، وتحديد مسؤولية المجهز (مكي، ٢٠١١، ٤٩).

إن قياس التوازن أو التعادل بين الأداءات واكتشاف الامتيازات الاستثنائية الحاصل عليها المحترف مقابل تحتاج إلى ترابط نوعي لمضمون العقد تأخذ في الاعتبار طبيعة الشرط التعسفي مع ارتباطه بالشروط الأخرى بالعقد من أجل التوفيق من الحقوق والالتزامات العقدية.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الفقرة الثانية: تعسف المحترف بالنفوذ الاقتصادي

إن تحقق الشرط التعسفي الذي يؤدي إلى اختلال الالتزامات والحقوق العقدية يجب أن يكون ناشئاً عن تعسف المحترف الاقتصادي من خلال إساءة استعمال مركزه المتفوق اقتصادياً، إذ يلزم المستهلك شروطاً تؤدي إلى الخلل في توازن العقد، وأن العقد يتجه إلى المقدرة على اعتبارها السيطرة الفعلية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الإقتصادية، وأن التفوق الفني يمكن المحترف بفرض شروطه التعسفية (عبد، ٢٠١١، ٢٥١).

إن الشرط التعسفي الذي يفرض من المحترف على المستهلك يكون بسبب تعسف المحترف بالميزة الإقتصادية وهو معياراً شخصياً أدى إلى اختلاف فقهي فلا يوجد موقف موحد بالمقصود بكلمة التعسف، إذ يرى جانب من الفقهاء أن عنصر الإكراه عيباً يصيب الرضاء الأمر الذي يلحق الإرادة في عنصرها الاختياري، وذلك نتيجة الصياغة التي يتضمنها النص، إذ أن التعسف يرتبط بتفرد المحترف وتعسف موقفه، لأن أحد المتعاقدين وهو المهني يتمركز في موقف قوي يعطيه المساحة الأرحب في فرض شروطه على طرف المستهلك، إذ يستغل قوة الموقف ليرغم المستهلك على التوقيع على العقد غير المتوازن (الملا خلف، ٢٠٢٤، ١٩٧).

ويرى جانب آخر من الفقهاء أن المعني من التعسف هو استعمال الحق حسب القواعد العامة، لكن القدرات التي تميز المهني، والتي بموجبها يحرر العقد بشكل منفرد ومسبق يتضمن شروطاً مجحفة تقع على عاتق استلاب حقوق المستهلك، وهي ليست ناتجة من حق المستهلك في إملاء بنود العقد بقدر ما هي نتيجة لوضع المحترف القوي على المستوى الاقتصادي والتقني، والذي يستثمره في صياغة بنود العقد برمتها خدمة لمصالحه على حساب مصالح المستهلك (الروازق، ٢٠١٧، ١٢٢). لذلك يستلزم في الشرط التعسفي وضوح العنصر الشخصي عند المشرع الفرنسي إذ أشار قانون حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات المرقم (٧٨/٢٣) لسنة ١٩٧٨، في المادة (٣٥) بأن التعسف يقوم بسبب استعمال المحترف سطوته الإقتصادية (أحمد، ٢٠١١، ٣٦٤).

إن المهني يعلم سلفاً الحقوق والالتزامات والاشتراطات والمخاطر التي تترتب على العقد، فضلاً عن خبرة المحترف في التصرفات القانونية في إطارها المهنية، إذ يحدد الالتزامات التي يتمكن من تنفيذها، كما يحدد الشروط المفروضة على المتعاقد معه عن طريق الوسائل التي يمتلكها، لذلك فإن معيار التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي يحتاج إلى الكثير من الجهود لتحديد طبيعة الشرط التعسفي، فقد برهنت المزاولات أن قوة المحترف تكمن في تفوقه الفني والتقني أعمق مما تكمن في وضعه الاقتصادي.

الفرع الثالث: سمات الشرط التعسفي

أولاً: إن الشرط الذي يعد تعسفياً يجب أن يكون شرطاً صحيحاً، فالشرط الصحيح الذي لا يخالف النظام العام أو الآداب، كذلك لا يخالف القواعد الآمرة في القانون.

ثانياً: إن المقياس المعتد به في إيجاد التعسف في الشرط لا يقوم على رؤية كل شرط من شروط التعاقد على حده، بل ينظر إلى مجموع الشروط التي تشكل العقد فقد يعطي أحد الشروط ميزة أو

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

منفعة للمشترط المحترف، بينما يكون هناك شرط أخر أعطي للطرف الضعيف المستهلك فوائد تقابل الميزة أو المنفعة الممنوحة للمهني، مما يتطلب التمحيص في فحص الشروط كافة.

ثالثاً: إن الحماية من الشروط التعسفية وجدت بسبب تفاوت القدرة الفنية والتكنلوجية التي تميز المحترف، لذلك ينبغي على المتعاقد الضعيف التمحيص في شروط العقد وأن يحافظ على حقوقه قبل التعاقد (عبد، ٢٠١١، ٢٥٢).

رابعاً: إن مصطلح التعسف في الشروط دلالته في نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن وجود شرط ينتقص من حقوق الطرف الضعيف دليل على التعسف أو افتراضه سواء تضمنت نية المشترط إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم غير قاصدة إحداث الضرر، وعليه فإن وجود المنفعة التي وفرها الشرط للمحترف تفضي إلي إثبات التعسف، ولا يشفع للمشترط المحترف مبدأ حسن النية كون الهدف ليس عقاب المحترف، وإنما حماية المتعاقد الضعيف المستهلك (داود، ٢٠١٤، ٣٤).

الفقرة الأولى: بروز طبيعة عقد الإذعان

عرف الفقيه الفرنسي "رايموند سالي" (**Raymond Sally**) عقد الإذعان بأنه: "محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد، بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانوناً العقد"، وعرفه الفقيه الفرنسي "هيكتور بيرليوز" (**Hector Berlioz**) بأنه: "عقد حدد محتواه التعاقدي كلياً أو جزئياً بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد" (حامد، ١٩٩٠، ١٠). ويتفق التعرفين على الإرادة المنفردة التي تملي بنود العقد على مجموعة غير محددة، وفي الفقه الفرنسي يسمى عقد الانضمام كون الإذعان يدل على الاضطرار في القبول، والانضمام أوسع يشمل الإذعان وغيره من العقود غير القابلة للمناقشة.

وعرف عقد الإذعان جانب من الفقه العربي بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها" (الصده، ١٩٧٥، ١٠٠).

إن عقد الإذعان يكون في أنموذج معين في مدة محددة، ويحرر بشكل أحادي أو هيئة تمثل مصالح أحد الفرقين، ويطرح اللا مساواة بين طرفي العقد لكنها ليست بالضرورة بسبب احتكار أو قوة اقتصادية.

إن العقد المدني استمر يتلاءم مع صناعة الوحدة أو المقاس، والمساومة أو المفاوضة، وتوجه العقد المدني إلى أسلوب الإنتاج بسبب التطور الاقتصادي والمعرفي الحديث، إذ أن أسلوب التوزيع الواسع من الطبيعي أن يحل مكان المساومة، فالتطور الكمي والنوعي للمنتوجات دفع العقود إلى الذاتية الصناعية الموحدة، فقد أصبحت العقود تكرر الشروط ذاتها مع اختلاف طفيف في الصياغات القانونية، ويستعمل هذا النموذج من العقود لبيع السلع المتشابهة أو توفير الخدمات المتعددة، مما أنتج "العقود النموذجية أو عقود الجمهور" فهي أنموذج يكون بحكم

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

طبيعته قابل للتنفيذ على العلاقات القانونية غير المحددة سلفاً (بكر، ٢٠١٥، ١٣٣).

إن القوة الإقتصادية لأحد أطراف العلاقة التعاقدية بسبب سطوته الاحتكارية على المنتجات أو الخدمات المنتوج أعطت الطرف القوي الحرية في أن يجعل من العقود التي يبرمها عقوداً غير تفاوضية فقد أصبح العقد أنموذجاً موحداً يعده المحترف سلفاً بصفته الفردية ودون تدخل من الطرف الآخر.

وبات المحترف يملي بموجب العقود غير التفاوضية إرادته وشروطه المعدة سابقاً، وأصبح المشتري أو المستهلك ممن يرغب في التعاقد مع المحترف في موضع الضعف فلا يملك مناقشة الشروط أو المفاوضة بشأنها، ولم يتبقى المشتري أو المستهلك سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان، إذ يسلم القابل بشروط مقررة، ولا يقبل الموجب المناقشة حيالها، سواء فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون موضع احتكار قانوني أو فعلي، أو أن تكون المناقشة محددة النطاق (بودالي، ٢٠٠٦، ٢٢٩، ٢٣٠).

الفقرة الثانية: الشرط التعسفي في عقود الإذعان

إن الشروط التعسفية ترتبط بقوة مع عقود الإذعان فلا يذكر أحدهما دون الآخر إذ يكاد يجمعها وصف مشترك، وأن الشرط التعسفي إذا كان يعد بنداً من بنود عقد الإذعان، فإنه لا يصح أن يوصف بأنه ممارسة لحق شخصي أو تعبير عن سلطة مركزية تنظيمية، وعليه يتطلب وجود نتيجة منطقية مضمونها أنه ليس من المناسب تحديد وتعريف الشروط التعسفية في عقود الإذعان بناء على نظرية التعسف في استعمال الحق، حتى وأن كانت هذه النظرية تسهم في تحديد معايير التعسف، ولا تنطبق إلا في حالة مزاولة السلطة بموجب الحق شخصي (داود، ٢٠١٤، ٣٦، ٣٧). ويتميز عقد الإذعان بصفات هامة، هي (السعدي، ٢٠١٢، ١٢٣):

أولاً: إن عقد الإذعان يتعلق بالسلع أو الخدمة الضرورية التي يحتاجها الجمهور، بحيث لا يستطيع المجتمع الاستغناء عنها في حياتهم اليومية، مثل: عقود توريد المياه والكهرباء.

ثانياً: إن عقد الإذعان يتميز بصفة أساسية، هي أن يكون أحد العاقدين محتكراً للسلعة أو الخدمة سواء أكان هذا الاحتكار قانونياً أم فعلياً.

ثالثاً: إن عقد الإذعان يقوم على تقديم المهني السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور بموجب شروط مقررة مسبقاً، ولا يقبل النقاش إزائها، وغالباً تكون الشروط مطبوعة في مصلحة الموجب لتحقيق المسؤولية العقدية، وتشدد المسؤولية إلى الطرف الآخر، مثل: عقد النقل في شركات الملاحة والطيران.

وتحتفظ أغلب التشريعات العربية بخاصية الإذعان في إطار القانون المدني على اعتبارها إحدى مظاهر تفوق المحترف المهني على المستهلك لا سيما أن عقد الاستهلاك له خصوصية تميزه عن العقود المعروفة في إطار العقود العامة إلى جانب التحرير المسبق لمواد العقد، فضلاً عن عدم قدرة المستهلك كونه الطرف الضعيف في إجراء أي تغيير في مواد العقد، أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

المطلب الثاني
ضمور التوازن العقدي بسبب الشرط الجزائي

يشير الشرط الجزائي إلى تعويض الدائن عن إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية في المستقبل، وقد يؤدي الشرط الجزائي إلى اختلال التوازن العقدي بين الدائن والمدين. وبناء عليه نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، هي: الفرع الأول، التعريف الاصطلاحي والفقهي للشرط الجزائي. الفرع الثاني، أهداف ومزايا الشرط الجزائي. الفرع الثالث، متطلبات استحقاق الشرط الجزائي. الفرع الرابع، التفريق بين الشرط الجزائي وبعض الأنظمة المشابه.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي والفقهي للشرط الجزائي

يعرف الشرط لغوياً بأنه: "العلامة، والجمع شروط وشرائط، وأشراط"، والشرط اصطلاحاً: "هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه لذاته" (الزبيدي، ١٩٦٥، ١١٣٦)، ويعرف الجزاء لغوياً بأنه: "قيام الشيء مقام غيره، ومكافأته إياه"، والجزاء اصطلاحاً: "يأتي بمعنى القضاء أيضاً، وجزيته بما صنع جزاء وجازيته، بمعنى، ويقال: جازيته فجزيته، أي: غلبته" (الجوهري، ٢٠٠٩، ٢٣٠٢). ويرتبط التعويض الاتفاقي بالشرط الجزائي على الرغم من عدم وجود العنصر الجزائي، وهذا التعبير اللاتيني معناه الشرط المتضمن، وكان الاشتراط الاتفاقي يتميز بالالتزام المشروط في حالة عدم تنفيذ الموجب الأصلي، أو سوء التنفيذ، أو التأخير.

ويعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق مقدماً في العقد أو لاحقاً يكون إبرامه قبل الاختلال بالتنفيذ على تقدير تعويض الدائن نتيجة خرق المدين لالتزاماته التعاقدية في المستقبل، سواء لعدم التنفيذ أو التأخر، وإذا جاء التقدير في اتفاق لاحق بعد وقوع الضرر فلا يكون شرطاً جزائياً، وإنما يخضع للأحكام المتعلقة بعقد الصلح، ولا تطبق قواعد الشرط الجزائي، ويفهم أن الشرط الجزائي هو اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تخلف المدين عن التنفيذ أو التأخر، والجزائي قد يأتي في اتفاق لاحق يدخل في موضع العقد الأصلي (سعد، ٢٠١٩، ٧٦)، ويعد تعويض عن الإخلال بالتزام غير عقدي كل اتفاق يستحقه الدائن في فسخ العقد والرجوع في وعد، مثل: الوعد بالزواج.

وهناك نوعان من الشرط الجزائي، هما: "الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ" هو اتفاق الطرفان سلفاً على مقدار تعويض الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، مثل: التعويض الذي تقدمه السكة الحديدية إلى شركات النقل في حال فقدان شيء أو تلفه، و"الشرط الجزائي عن التنفيذ" هو اتفاق الطرفين على مقدار تعويض الدائن إذا تأخر المدين في التنفيذ، مثل: شروط عقود المقاولات.

وأشار القانون المدني المصري في المادة (٢٢٣) بأنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠"، وأكدت المادة (٢٢٤) بأنه: "١ – لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، كما أشارت المادة (٢٢٥) بأنه: إذا جاوز الضرر

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً" (المصرية، ١٩٤٨، ١٦، ١٧). وأكد القانون المدني العراقي المادة (١٧٠) بأنه: "١ – يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق. ٢ – ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣ – أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأً جسيماً" (العراقية، ١٩٥١، ٢٠، ٢١).

يتضح أن الشرط الجزائي هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديد التعويض الذي يلتزم به المدين إذا أخل بالتزامه، وجزاء لعدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو التأخر عن تنفيذه، وفي حال الاتفاق اللاحق للعقد قبل إخلال للمدين بالتزامه يعرف بالتعويض الذي يقدره القاضي.

الفرع الثاني: أهداف ومزايا الشرط الجزائي

الفقرة الأولى: إن الالتزام بالشرط الجزائي ينبثق من الالتزام الأصلي

إن الدائن يستطيع أن يعرض الالتزام الأصلي على المدين والمطالبة بتنفيذه ما دام ممكناً حيث يحق للدائن المطالبة بالشرط الجزائي من المدين، وإذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً يتمكن المدين أن يعرض الشرط الجزائي عن الدائن، وإذا كان السبب خارجي أدى باستحالة تنفيذ الالتزام الأصلي، وهنا لا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي من الدائن كون الشرط الجزائي تقدير عن تعويض مستحق (الشهاوى، ٢٠٠٣، ١٢٩، ١٣٠).

الفقرة الثانية: إن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي

إن الشرط الجزائي أداة تعويضية احتياطية يلجأ إليها في عدم تنفيذ التزام محدد، لذلك لا يستطيع الدائن إلا المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي الممكن، ولا يمكن للمدين أن يعرض على الدائن الالتزام الأصلي وفي حالة الإخلال يتم التعويض، وأن الشرط الجزئي ليس التزاماً بدلياً فإذا قدر تنفيذ الالتزام الأساسي فلا نستطيع عدم تنفيذه، وتنفيذ الشرط الجزائي بديلاً عنه، وأن الشرط الجزائي ليس التزاماً تخييرياً لأن الدائن أو المدين لا يخير بين الالتزام الأساسي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أحدهما، بل يطلب تنفيذ الالتزام الأصلي الممكن، ولا يجتمعان الشرط الجزائي والتعويض إلا إذا قصد بالشرط الجزائي تعويضاً عن تأخر التنفيذ، ولا يجتمع الشرط الجزائي مع التنفيذ العيني إلا إذا كان مشروط باعتباره تعويض عن التأخر (السعدي، ٢٠١٢، ٨١، ٨٢).

الفقرة الثالثة: إن الشرط الجزائي هو تقدير جزافي في التعويض

إن الشرط الجزائي يتميز بخاصية التقدير الجزافي المتفق عليه بالتعويض، وأن الشرط الجزائي ليس السبب في أخذ التعويض من مصدره، لأن التعويض ينشأ من مصدر عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وتبرز أهمية الشرط الجزائي في المعاملات حيث يتجنب المتعاقدين المعوقات المعقدة، أهمها:

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

أولاً: تجنب المتعاقدين الإجراءات المعقدة

إن اللجوء إلى القضاء عملية طويلة ومعقدة من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم النهائي سواء بصدوره بآخر درجة أو بفوات آجال الطعن، لذلك يفضل الدائنون الابتعاد عن المحاكم والاعتماد على الشرط الجزائي كونه طريقة ودية لحل النزاعات بين المدنيين، وتوفر المال والجهد ، وتقلل الخصومات و حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد (السعيدي، ٢٠١٨، ٤١٦).

ثانياً: ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي

إن الشرط الجزائي يتضمن مبلغاً أكبر من مبلغ الالتزام الأصلي فهو جبر الضرر الناجم عن الإخلال بتنفيذ الاتفاق، لذلك يلجأ الملتزم إلى تنفيذ التزامه دون إخلال، لأنه ملزم أن يقوم بدفع أكثر من حيث القيمة للالتزام الأصلي في حالة عدم التنفيذ أو التأخير، فالشرط الجزائي ينظم العلاقة التعاقدية ويحفظ حقوق المتعاقدين، ويبتعد عن الفوضى والمشكلات التي تنشأ بين المتعاقدين.

الفرع الثالث: متطلبات استحقاق الشرط الجزائي

الفقرة الأولى: الخطأ العقدي

إن الخطأ العقدي يدل على قيام المتعاقد بوضع خارج نطاق مواد العقد، كذلك عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في العقد أو تأخرها، ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا بعد خطأ من المدين، ويجب على الدائن إثبات خطأ المدين طبقاً للقواعد العامة، وإذا لم يقم بالخطأ فإنه لا يقوم بالتعويض، وفي حالة المدين لم يقم بالخطأ فإنه لا يجوز إعمال الشرط الجزائي كونه تقدير للتعويض الذي لم يستحق (السعدي، ٢٠١٢، ٨٢). وللخطأ عنصران، هما: "العنصر المادي أو النقدي" هو شطوط عن السلوك المتعمد أو غير المتعمد، وأن الانحراف المعتمد يكون بقصد أضرار الغير، أما غير المتعمد فيصدر عن إهمال وتقصير. أما "العنصر الإدراك التمييز" وهو أن الشخص الذي بلغ سن التمييز المحددة في القانون، وإذا كان مدركاً بالأفعال التي سببت ضرراً بالنسبة للغير فإن هذا الشخص لا يسأل عن هذه الأفعال (عيسى، ٢٠١٣، ٣٨٥). وللخطأ العقدي ثلاثة صور، هي (سعيد، ٢٠١٨، ٤٠):

١- الخطأ بالالتزام بتحقيق نتيجة: أي أن المدين لا يبرأ من الالتزام حتى وقت تنفيذ المتفق عليه في العقد.

٢- الخطأ بالالتزام ببذل عناية: وهو التزام غير مضمون بالنتيجة، وإنما بذل جهد للوصول إلى غرض قد يتحقق وقد لا يتحقق، والمهم أن المدين يبذل جهداً في الوصول إلى غرض معين بمقدار من العناية.

٣- الخطأ في العقود المتصلة بشرط جزائي: فيكون الخطأ سبب استحقاق الشرط الجزائي في حالة إخلال بالتزام عقدي وهو الأكثر وقوعاً، وإذا كان الاعتداء على حقوق الغير.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الفقرة الثانية: الضرر

إن الوصول إلى حق الشرط الجزائي يجب أن يقع الدائن تحت تأثير الضرر من طرف المدين، وأن لم يكن الضرر من طرف المدين فلا وجود للشرط الجزائي، ولتحقيق الضرر المستحق شروط، هي (السعدي، ٢٠١٢، ٨١ – ٨٣):

١- إن يكون الضرر محققاً: أي أن يكون الضرر الواقع على الالتزام مؤكد الحدوث حالياً أو مستقبلياً، وأن توفر شرط محقق الوقوع في الضرر فهنا وجب التعويض عن الضرر.

٢- إن يكون الضرر مباشر: أي إذا كان الالتزام غير مستوفي أو متأخر يؤدي إلى الضرر، ويكون تعلق الالتزام بالضرر مثل تعلق السبب بالمسبب، ونتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر.

٣- إن يكون الضرر شخصي: أي أن يقوم المتضرر بطلب التعويض شخصياً مع إثبات الضرر، وإذا كان طالب التعويض بصفة أخرى فالإثبات يكون للضرر الشخصي، والمرتد عن الضرر الأصلي.

الفقرة الثالثة: الإعذار

إن الدائن في كل الأحوال ينبغي أن يعذر المدين، وبما أن التعويض يستحق في الحالات التي يجب أن يكون فيها الإعذار، والتعويض يكون غير مستحق في حالة إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين، وإذا لم يقم الإعذار فلا يتم الوصول إلى تفعيل الشرط الجزائي (الشهاوي، ٢٠٠٣، ١٢٥).

الفرع الرابع: التفريق بين الشرط الجزائي وبعض الأنظمة المشابه

الفقرة الأولى: تمييز الشرط الجزائي عن العربون

إن العربون مبلغ أو قيمة يدفعها المتعاقد الأول إلى المتعاقد الثاني أثناء انعقاد العقد دلالة على تمام العقد، ومقيماً لحالة العدول عن العقد أي يأخذه المتعاقد، وخلال إتمام العقد يعد العربون دفعة أولى على حساب الشراء، ويتشابه الشرط الجزائي والعربون في دلالة جواز العدول، وهنا العربون يصبح بمثابة الشرط الجزائي المتفق عليه المتعاقدين عند العدول عن العقد، ويختلف الشرط الجزائي عن العربون الذي يعد دفعة أولى (العمروسي، ٢٠١٣، ٣٢١)، أما الشرط الجزائي يطبق عند عدم الالتزام الأصلي، كما أن العربون هو مقابل لحق العدول عن العقد إذ يستحق عند استعمال أحد المتعاقدين خيار العدول، وأن العربون يكون تعويضه العربون حتى وإن لم يترتب على العدول أي ضرر، أو أن كان التعويض يستحق أكثر من العربون، بينما الشرط الجزائي يتضمن تعويضاً أكثر من قيمة الالتزام الأصلي المتفق عليه.

الفقرة الثانية: تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي

إن الغرامة التهديدية ليست شرط وعقوبة على التأخير، وإنما شرط على ذمة الدائن لتسديد مبلغ من المال عن كل فترة تأخير عن التنفيذ، وهو جزاء يضاف إلى التعويض حالة عدم التنفيذ أو التأخر، وأن شرط الغرامة وسيلة ضغط على إدارة المدين لضمان التنفيذ العيني بعيداً عن التهديد بالتعويض القضائي. وهناك قواعد تفرق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية،

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

أبرزها (الشهاوي، ٢٠٣٣، ١٣٦، ١٣٧):
أولاً: إن الشرط الجزائي يتسم بالتعويض لا بالتنفيذ العيني، بينما التهديد المالي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ.
ثانياً: إن الشرط الجزائي اتفاق بين الطرفين، لكن التهديد المالي حكم القاضي لمصلحة الدائن.
ثالثاً: إن الشرط الجزائي يقاس بالضرر، بينما التهديد المالي ينظر إلى الموارد المالية للمدين.
رابعاً: إن الشرط الجزائي لا يقدر إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في التنفيذ، بينما التهديد المالي يقدر على كل وحدة من الزمن أو في كل مرة يخل المدين التزامه.
خامساً: إن الشرط الجزائي اتفاق نهائي غير وقتي وتهديدي، وأن تخفيضه تقديرياً والأصل عدم التخفيض، أما التهديد المالي فهو حكم وقتي تهديدي والأصل فيه التخفيض لأنه أزيد من الضرر الحقيقي.

الخاتمة

يرتبط الشرط التعسفي والجزائي بالإطار العام للعقد فكلاهما يؤديان إلى اختلال التوازن العقدي، الأمر الذي استوجب توضيح مفهوم كلٌ منهما، والاختلاف في الأحكام المتعلقة بإعادة التوازن العقدي في كلاهما، ومدى تطبيق القواعد العامة في القوانين المدنية والأحكام القانونية الخاصة المطبقة على الشرط التعسفي والجزائي لحماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية التي تفتقد إلى التوازن بين طرفي العقد.

الاستنتاجات

١- يقترن الشرط التعسفي والجزائي بالعقد، ويؤديان إلى اختلال التوازن العقدي في الحقوق والالتزامات.
٢- يختلف الفقهاء في توصيف الشرط التعسفي إذ يعتمد بعضهم على النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، بينما يرى آخرون أن التعسف يكون في الميزة أو المنفعة مبالغ لأحد أطراف العقد، بينما الشرط الجزائي هو تعويض يتفق عليه المتعاقدين سلفاً.
٣- إن سلطة القضاء بإعادة التوازن العقدي في الشرط التعسفي وجوبية وفق قوانين حماية المستهلك، وتختلف هذه السلطة وفق القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بعقد الإذعان، بينما تكون سلطة القضاء في تعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي سلطة تقديرية في تعديل قيمة الشرط الجزائي.

التوصيات

١- ينبغي على المشرع التأكيد الصريح في مواد واضحة تنص على أن الشرط الجزائي أذا جاء في عقد الاستهلاك فأنه يكتسب صفة التعسف، ويكون شرطاً تعسفياً يخضع لأحكامه من حيث البطلان.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

٢- يستلزم من المشرع العراقي تعديل قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٠، إذ يجب أن يتضمن وجوب تقرير بطلان الشرط التعسفي والمحافظة على العقد، وعدم الاكتفاء بتحديد مسؤولية المجهز أو المعلن عن الاخلال بالتزاماته.

1- Data Availability Statement: (The manuscript includes all the data used in the study.)
2- Conflict of Interest Statement: (The authors confirm that there are no conflicts of interest that could affect the content of this research.)
3- Funding Statement: This research was fully funded by the authors without any financial support from other entities.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

١. أحمد. هلدير أسعد. (٢٠١١). نظرية الغش في العقد: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني. دار الكتب العلمية.
٢. بكر. عصمت عبد المجيد. (٢٠١٥). دور التقنيات العلمية في تطور العقد: دراسة مقارنة. دار الكتب العلمية.
٣. بودالي. محمد. (٢٠٠٦). حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي. دار الكتاب الحديث.
٤. بينابنت. آلان. (٢٠٠٤). القانون المدني: الموجبات (الالتزامات). ترجمة: منصور القاضي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
٥. الجوهري. أبي نصر إسماعيل بن حماد. (٢٠٠٩). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية. دار الحديث.
٦. حامد. لعشب محفوظ. (١٩٩٠). عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب.
٧. خوالدة. أحمد مفلح. (٢٠١١). شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية: دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٨. داود. إبراهيم عبد العزيز. (٢٠١٤). حماية المستهلك في مواجهة الظروف التعسفية: دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك. دار الجامعة الجديدة.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

٩. الروازق. فراس جبار كريم. (٢٠١٧). الحماية القانونية من الشروط التعسفية: دراسة مقارنة. المركز العربي للنشر والتوزيع.
١٠. الزبيدي. محمد مرتضى الحسيني. (١٩٦٥). تاج العروس من جواهر القاموس. ج٣. وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت – المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب.
١١. سعد. نبيل إبراهيم. (٢٠١٩). النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ وما بعدها للتقنين المدني الفرنسي. دار الجامعة الجديدة.
١٢. السعدي. محمد صبري. (٢٠١٢). الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة في للالتزامات أحكام الالتزام: دراسة مقارنة في القوانين العربية. دار الهدى.
١٣. سعيد. بخشان رشيد. (٢٠١٨). المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية. المصرية للنشر والتوزيع (كوميت).
١٤. السعيدي. عباس عبد الرزاق مجلي. (٢٠١٨). ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص: (دراسة تحليلية – مقارنة). المركز العربي للنشر والتوزيع.
١٥. الشهاوي. قدري عبد الفتاح. (٢٠٠٣). آثار الالتزام نتائجه و توابعه. منشأة المعارف.
١٦. الصده. عبد المنعم فرج. (١٩٧٥). نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع.
١٧. عبد السلام. سعيد سعد. (١٩٩٨). التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الإذعان: دراسة فقهية مقارنة. دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع.
١٨. عبد. موفق حماد. (٢٠١١). الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية. مكتبة السنهوري.
١٩. العمروسي. أنور. (٢٠١٣). الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية. ج١. ط٥. دار العدالة.
٢٠. عيسى. رضا محمد. (٢٠١٣). الحراسة القضائية على الأموال: دراسة مقارنة. مكتبة القانون والاقتصاد.
٢١. مكي. ريما فرج. (٢٠١١). تصحيح العقد: دراسة مقارنة. المؤسسة الحديثة للكتاب.
٢٢. الملا خلف. حلا محمود شاكر. (٢٠٢٤). الحماية القانونية للمذعن في عقود الإذعان. دار اليازوري العلمية.
٢٣. منصور. محمد حسين. (٢٠٠٧). الشرط الصريح الفاسخ. دار الجامعة الجديدة.

ثانياً: الجرائد

٢٤. العراقية. جريدة الوقائع. (١٩٥١). القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. العدد ٣٠١٥. أيلول/سبتمبر.
٢٥. الجزائرية. الجريدة الرسمية للجمهورية. (٢٠٠٤). القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المرقم (٠٤ – ٠٢) لسنة ٢٠٠٤. العدد ٤١. حزيران/يونيو.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

٢٦. العراقية. جريدة الوقائع. (٢٠١٠). قانون حماية المستهلك المرقم (١) لسنة ٢٠١٠. العدد ٤١٤٣. شباط/فبراير.
٢٧. اللبنانية. الجمهورية. (٢٠٠٥). قانون حماية المستهلك المرقم (٦٥٩) لسنة ٢٠٠٥. شباط/فبراير.
٢٨. المصرية. جريدة الوقائع. (١٩٤٨). القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨. العدد ١٠٨. تموز/يوليو.
٢٩. المصرية. جريدة الوقائع. (٢٠٠٦). قانون حماية المستهلك المرقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦. العدد ٢٠ مكرر. أيار/مايو.

ثالثا: الكتب الأجنبية

30. Parijs. Philippe Van. (1995). Real Freedom for All What (if Anything) Can Justify Capitalism?. Clarendon Press.
31. Nebbia. Paolisa. (2007). Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law. Bloomsbury Publishing.
32. Schulze. Geraint Howells Reiner. (2009). Modernising and Harmonising Consumer Contract Law. sellier. european law publishers.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317