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

تصحيح العقدِ باستبعادِ الأجزاءِ الباطلةِ فيه

م.د. كرار ماهر كاظم المقصوصي
كلية القانون- جامعة واسط
karrar205@uowasit.edu.iq
07714880941

مستخلص البحث.
تكمنُ فكرةُ البحثِ في أنَّ الشُّروطَ النَّموذجيَّةَ تتستَّرُ تحتَ رداءِ المشروعيَّةِ في التَّعاقدِ، الذي أجازَ القانونُ من خلالِه فرضَ التزاماتٍ على الطَّرفِ المُتعاقدِ، وتُعدُّ في الوقتِ نفسِه السَّببَ المباشرَ في اختلالِ التَّوازنِ بينَ المُتعاقدين.وفي هذا السِّياقِ، نصَّ القانونُ المدنيُّ العراقيُّ في المادَّةِ (2/86) على أنَّه: "إذا اتَّفقَ الطَّرفانِ على جميعِ المسائلِ الجوهريَّةِ في العقدِ، واحْتَفَظَا بمسائلَ تفصيليَّةٍ يتَّفقانِ عليها فيما بعدُ، ولم يَشترِطا أنَّ العقدَ يكونُ غيرَ مُنعقدٍ عند عدمِ الاتِّفاقِ على هذه المسائلِ، فيُعتبرُ العقدُ قد تمَّ، وإذا قامَ خلافٌ على المسائلِ التي لم يتمَّ الاتِّفاقُ عليها، فإنَّ المحكمةَ تقضي فيها طبقًا لطبيعةِ الموضوعِ، ولأحكامِ القانونِ والعُرفِ والعدالة". وهو ما أكَّدتهُ المادَّةُ (150)، التي تُقابلُها المادَّةُ (2/148) من القانونِ المدنيِّ المصريِّ، وكذلكَ المادَّةُ (1194) من القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ.وقد بالغَ المُشرِّعُ العراقيُّ في الاعتمادِ على الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ، إذْ نصَّ في المادَّةِ (163) على أنَّ: "المعروف عُرفًا كالمشروطِ شرطًا، والتَّعيين بالعُرفِ كالتَّعيينِ بالنَّصِّ".وقد خالفَ المُشرِّعُان: الفرنسيُّ والمصريُّ - في قانونِ حمايةِ المُستهلكِ- القواعدَ العامَّةَ المُقرَّرةَ في القانونِ المدنيِّ؛ إذ ألزمَا المهنيَّ المُحترفَ، الذي تُملي عليهِ مهنتُه أو حرفتُه الإلمامَ بكلِّ خصائصِ البضاعةِ وشروطِ البيعِ، أن يُبصِّرَ المُستهلكَ بشروطِ العقدِ النَّموذجيَّةِ، وأن يُدوِّنَها بطريقةٍ وأسلوبٍ معيَّنَين، بما يضمنُ صدورَ رضاءٍ مُستنيرٍ من المُستهلكِ، مع توفيرِ ضمانةٍ إضافيَّةٍ لهُ، تتمثَّلُ في مَنْحِهِ حقَّ التَّروِّي للتَّفكيرِ واتِّخاذِ القرارِ خلالَ مدَّةٍ زمنيَّةٍ مُحدَّدةٍ.
ويُحسَبُ للمُشرِّعِ الفرنسيِّ - في القانونِ المدنيِّ، وقوانينِ حمايةِ المُستهلكِ- حرصُهُ على المحافظةِ على الرَّابطةِ العَقْديَّةِ، من خلالِ إحياءِ العقودِ الميِّتةِ وإنقاذِها من البُطلانِ، وذلكَ باتِّباعِ فكرةِ إبطالِ الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ المُتعسِّفةِ، دونَ النَّظرِ في إمكانيَّةِ تعديلِها برفعِ التَّعسُّفِ عنها، أو باتِّباعِ نيَّةِ الأطرافِ، سواءٌ بانتقاصِ العقدِ أو تصحيحِه بحُكمِ الاتِّفاقِ.
أمَّا المُشرِّعُ العراقيُّ - في القانونِ المدنيِّ، وقانونِ حمايةِ المُستهلكِ رقم (1) لسنةِ 2010- فلم يتضمَّنْ أحكامًا تُوفِّرُ الحمايةَ للمُستهلكِ من شروطِ العقدِ النَّموذجيَّةِ، وذلكَ نتيجةً لسيطرةِ مبدأِ سلطانِ الإرادةِ على قانونِ حمايةِ المُستهلكِ؛ ممَّا يُتيحُ للمهنيِّ المُحترفِ الاحتجاجَ على المُستهلكِ بالشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التي أقرَّتْها القواعدُ العامَّةُ في القانونِ المدنيِّ، دونَ أن تُبطِلَها القواعدُ الخاصَّةُ.

الكلمات المفتاحيَّة: الشُّروط النموذجيَّة، المستهلك، المهنيُّ المحترف.

المقدمة:

أوَّلًا: موضوعُ البحث:

إنَّ الدُّولَ المعاصرةَ تنقسمُ إلى نوعينِ رئيسينِ: دولٍ ذاتِ اقتصادٍ موجَّهٍ، أيْ: قائمٍ على سيطرةِ الدَّولةِ وتدخُّلِها في الحياةِ الاقتصاديَّةِ، ودولٍ تعتمدُ اقتصادَ السُّوقِ، الذي يقومُ أساسًا على دورِ القطاعِ الخاصِّ في إدارةِ النَّشاطِ الاقتصاديِّ.وفي ظلِّ اقتصادِ السُّوقِ، يُصبحُ المُستهلكُ في حاجةٍ ضروريَّةٍ إلى الحمايةِ، بدرجةٍ تَفُوقُ ما هو عليهِ في النِّظامِ الاقتصاديِّ الأوَّل؛ وذلكَ لأنَّ هذا النِّظامَ يُقسِّمُ الفاعلينَ الاقتصاديِّينَ إلى مجموعتينِ: مجموعةِ المُستهلكينَ، ومجموعةِ المهنيِّينَ المُحترفينَ، الذين يتمتَّعونَ بقوَّةٍ معرفيَّةٍ وقانونيَّةٍ واقتصاديَّةٍ تفوقُ بكثيرٍ ما لدى المُستهلكينَ.

ونتيجةً لهذا التَّفاوتِ، أصبحَ التَّفاوضُ حولَ شروطِ العقدِ - ولا سيَّما الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ منها- أمرًا شبهَ معدومٍ؛ ممَّا يُحتِّمُ تدخُّلًا تشريعيًّا يُعيدُ التَّوازنَ بينَ الطَّرفينِ، ويُوفِّرُ الحمايةَ للطَّرفِ الأضعفِ في العلاقةِ التَّعاقديَّةِ.

ثانيًا: مشكلة البحث.

ترتبطُ مشكلةُ البحثِ بالتطوُّراتِ الأخيرةِ، ولا سيَّما الاقتصاديَّةِ منها، التي أدَّت إلى عددٍ من التغيُّراتِ، من أبرزِها انتشارُ عقودِ الاستهلاكِ، التي تُطرَحُ في السُّوقِ على هيئةِ عقودٍ نموذجيَّةٍ تُعدُّ سابقًا من قِبَلِ أحدِ أطرافِ العقدِ (المهنيِّ المُحترفِ). وقد أصبحتْ هذه العقودُ تتضمَّنُ شروطًا موحَّدةً ونموذجيَّةً، تُحرَّرُ أحيانًا وتُعدُّ من قِبَلِ مختصِّينَ في صياغةِ بنودِ العقدِ، بما يجعلُها قادرةً على استيعابِ جميعِ الاحتمالاتِ.وعليهِ، فإنَّ هذه الشُّروطَ النَّموذجيَّةَ تُعدُّ جزءًا من منظومةِ التَّعاملِ لدى المهنيِّ المُحترفِ، وتسري على عقودِه الحاليَّةِ والمستقبليَّةِ، سواءٌ ذُكِرتْ صراحةً في التَّعاقدِ أم لم تُذكر، ما دامتْ قد أصبحتْ عُرفًا أو عادةً لدى طائفةِ المهنيِّينَ المُحترفينَ. وتَفرِضُ هذه الشُّروطُ على المُستهلكِ التزاماتٍ، وإنْ لم يكنْ عالمًا بها، حتَّى وإنْ لم تُدرَجْ في العقدِ.

وفي بعضِ الحالاتِ، قد تَرِدُ هذه الشُّروطُ بطريقِ الإحالةِ إلى وثائقَ تتكوَّنُ من نُسَخٍ عديدةٍ، ممَّا يُصعِّبُ الاطِّلاعَ عليها، أو تُعلَّقُ في أماكنِ إبرامِ العقدِ لا يُمكنُ مشاهدتُها بسهولةٍ. وقد يراها المُستهلكُ دون أن يعلمَ مضمونَها، أو يعلمَ مضمونَها ويَرضى بها ويُبرمَ العقدَ مع المهنيِّ المُحترفِ لحاجتِه الضَّروريَّةِ إلى السِّلعِ والخدماتِ، كما هو الحالُ في الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التي تَقْضِي بعدمِ ردِّ السِّلعةِ أو استبدالِها أو طلبِ إصلاحِها.وعلى الرَّغمِ من تعسُّفِ هذه الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ، فإنَّه يجبُ تنفيذُها وفقًا لأحكامِ المادَّةِ (150) من القانونِ المدنيِّ العراقيِّ، التي تُقابلُها المادَّةُ (148) من القانونِ المدنيِّ المصريِّ، والمادَّةُ (1194) من القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ.

ورغمَ الإشكالاتِ التي يُثيرُها هذا الموضوعُ، نلاحظُ عدمَ كفايةِ القواعدِ الواردةِ في قانونِ حمايةِ المُستهلكِ العراقيِّ رقم (1) لسنةِ 2010، وكذلكَ القواعدُ العامَّةُ في القانونِ المدنيِّ العراقيِّ رقم (40) لسنةِ 1951، في توفيرِ الحمايةِ المدنيَّةِ للمُستهلكِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ في العقودِ التي درجَ المهنيُّ المُحترفُ على اتِّباعِها، والتي تُحقِّقُ لهُ ميزةً فاحشةً على حسابِ غيرِ المهنيِّ (المُستهلكِ).

ثالثًا: أهداف البحث.

يَهدفُ البحثُ إلى سدِّ العديدِ من الثَّغراتِ التي شابتِ القواعدَ العامَّةَ في إطارِ حمايةِ المُستهلكِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ في التَّعاقدِ، كما يسعى إلى معالجةِ الجدلِ الفقهيِّ المُثارِ حولَ هذا الموضوعِ،

وإحياءِ العقودِ الميِّتةِ وإنقاذِها من البُطلانِ، وذلكَ نتيجةً للأعرافِ والعاداتِ التي أوجدَها المهنيُّونَ المُحترفونَ في عقودِهم مع المُستهلكينَ، وكانتْ سببًا رئيسًا في إبرامِ تلك العقود.

وعليهِ، فإنَّ الغايةَ من هذا البحثِ تتمثَّلُ في حمايةِ عقودِ المُستهلكِ، من خلالِ الاستفادةِ من التَّجربةِ السَّائدةِ في القانونِ الفرنسيِّ والمصريِّ، التي تُقدِّمُ نماذجَ تشريعيَّةً أكثرَ تطوُّرًا في مواجهةِ الشروطِ النموذجيَّةِ المُتعسِّفةِ، وتُسهمُ في تحقيقِ التَّوازنِ العقديِّ بينَ الطَّرفين.

رابعًا: منهجيَّة البحث.

إنَّ نطاقَ البحثِ يَشملُ المقارنةَ بين القانون الفرنسيِّ، والمصريِّ والعراقيِّ، وإنَّ العقدَ محلَّ البحثِ هو العُقودُ التي يكونُ أحدُ أطرافِها مهنيًّا (المحترف)، والآخر (المستهلك).

خامسًا: خطَّة البحث.

المبحث الأوَّل: مفهوم الشُّروط النَّموذجيَّة والمستهلك.

المطلب الأوَّل: تعريف الشُّروط النَّموذجيَّة، وتمييزُها عن مصطلحاتٍ قانونيَّة أخرى.

المطلب الثَّاني: تعريف المستهلك وتمييزه عن المهنيِّ المحترف.

المبحث الثَّاني: آليَّة تصحيح العقود النَّموذجيَّة الباطلة.

المطلب الأوَّل: تصحيح العقود النَّموذجيَّة الباطلة وفقًا للقواعد العامَّة.

المطلب الثَّاني: تصحيح العقودِ النَّموذجيَّة الباطلة وفقًا للقواعد الخاصَّة.

المبحث الأوَّل

مفهوم الشُّروط النَّموذجيَّة والمستهلك

إنَّ الخليَّةَ الاقتصاديَّةَ كانتْ في الأصلِ تتمثَّلُ بأفرادِ الأسرةِ، إذْ تُنتِجُ كلَّ ما تَستهلِكُ، وتَستهلِكُ كلَّ ما تُنتِجُ. ومعَ التَّطوُّراتِ الحديثةِ، اختفتْ ملامحُ "المهنيِّ المُحترفِ"، الذي كان يُمارسُ مهنتهُ اعتمادًا على ما يمتلكُه من فنٍّ ومهارةٍ وجهدٍ بدنيٍّ، ليحلَّ محلَّهُ الشَّركاتُ العملاقةُ، التي غالبًا ما يتجاوزُ نشاطُها حدودَ البلدِ الواحدِ[1].وفي هذا الإطارِ، فإنَّ الأصلَ في العقودِ أنَّ "العقدَ شريعةُ المُتعاقدين"، وهو مبدأٌ يرتكزُ عليهِ جوازُ اتِّفاقِ العاقدينِ على تحديدِ مضمونِ العقدِ وتأطيرِ نطاقِه، وعلى تضمينِه ما يشاؤونَ من الشُّروطِ، بشرطِ ألَّا تتعارضَ هذه الشُّروطُ مع النِّظامِ العامِّ والآدابِ العامَّةِ، وإلَّا عُدَّ كلُّ اتِّفاقٍ يُخالفُها باطلًا.وقد يعتادُ أحدُ طرفي العقدِ، أو كلاهما، على اشتراطِ كلِّ ما مِنْ شأنِه أن يُحقِّقَ مصلحتَهُ من إبرامِ العقدِ، أو ما يُحافظُ عليها على الأقلِّ، وهو أمرٌ طبيعيٌّ. إلَّا أنَّ هذا الأمرَ قد يَتَّخذُ شكلًا مستمرًّا في العقودِ النموذجيَّةِ، التي تحملُ صفاتٍ أو سماتٍ مشتركةً، ممَّا يُفضي إلى افتراضِ كتابةِ هذه الشُّروطِ أو إدراجِها في العقدِ، بحيثُ يُصبحُ الأخذُ بحُكمِها أو القولُ بافتراضِ وجودِها أمرًا معتادًا ومتعارَفًا عليهِ لدى المُتعاقدين، حتَّى وإنْ لم تُكتبْ، على اعتبارِ أنَّها شروطٌ نموذجيَّةٌ دَرَجَ المهنيُّ المُحترفُ على إدراجِها في عقودِ الاستهلاكِ التي يُبرمُها مع غيرِ المهنيِّينَ (المُستهلكينَ).وعادةً ما تُدرَجُ هذه الشُّروطُ النموذجيَّةُ في وثيقةِ العقدِ المُبرمِ، وتُشكِّلُ جزءًا منهُ يُلزمُ الطَّرفَ الآخرَ عند التَّوقيعِ على وثيقةِ العقدِ ككلٍّ. ومن الممكنِ أيضًا إيرادُ هذه الشُّروطِ في وثيقةٍ منفصلةٍ عن العقدِ، مع ضرورةِ الإشارةِ إليها بوضوحٍ من قِبَلِ الجهةِ التي تنوي استخدامَها[2].وقد يأخذُ التَّعاقدُ بموجبِ شروطٍ نموذجيَّةٍ أشكالًا أخرى، تتمثَّلُ في تدوينِ هذه الشُّروطِ ضمنَ إحدى وثائقِ العقدِ، أو الإشارةِ إليها في بياناتِ الأسعارِ أو

الإعلاناتِ، أو في اتِّفاقٍ شفويٍّ بمعزلٍ عن الوثيقةِ العقديَّةِ المكتوبةِ (الموقَّعةِ من الطَّرفِ الضَّعيفِ)[3].

وعليه تمَّ تقسيمُ هذا المبحثِ إلى مطلبين، هما:

المطلب الأوَّل: تعريفُ الشُّروطِ النَّموذجيَّة، وتمييزُها عن مصطلحاتٍ قانونيَّة أخرى.

المطلب الثَّاني: تعريفُ المستهلكِ وتمييزه عن المهنيِّ المحترف.

المطلب الأوَّل

تعريف الشُّروط النَّموذجيَّة وتمييزُها عن مصطلحاتٍ قانونيَّة أخرى

الشرطُ لغةً هو: إلزامُ الشَّيءِ والتزامُه في البيعِ ونحوِه؛ يُقالُ: شَرَطَ عليهِ كذا، وجمعُه: شُرُوطٌ. وللشَّرطِ في اللُّغةِ معانٍ عديدةٌ، منها أنَّهُ يأتي بمعنى العلامةِ، كما وردَ في قولهِ تعالى: (فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا)، أيْ: جاءتْ علاماتُها التي تدلُّ على قربِها[4].

وأمَّا الشرطُ اصطلاحًا، فيُقصَدُ به عمومًا أحدُ معنيين:

أوَّلُهما: "الأمرُ المُستقبلُ غيرُ مُحقَّقِ الوقوعِ، الذي يُعلَّقُ عليهِ نشوءُ الالتزامِ أو زوالُه"، وهو ما يُعرفُ بالشرطِ كوصفٍ في الالتزامِ، والذي قد يكونُ شرطًا واقفًا أو فاسخًا، تبعًا لتعليقِ نشوءِ الالتزامِ أو زوالِه على الأمرِ المشروطِ؛ فإنْ تعلَّقَ عليهِ نُشوءُ الالتزامِ كانَ شرطًا واقفًا، وإنْ تعلَّقَ عليهِ زوالُه كانَ شرطًا فاسخًا[5].

وأمَّا المعنى الثَّاني - وهو الذي يُهمُّنا في هذه الدِّراسةِ- فيُرادُ بهِ: "كلُّ التزامٍ بأمرٍ مُستقبلٍ ممكنٍ مشروعٍ، يُضيفُه المُتعاقدانِ إلى العقدِ المُبرمِ بينَهما، بحيثُ يتقيَّدُ به حُكمُ العقدِ تغييرًا أو تعديلًا أو إضافةً". وتتمثَّلُ الشُّروطُ المُقترنةُ بالعقدِ، بما فيها الشُّروطُ النَّموذجيَّةُ، في أعباءٍ معيَّنةٍ أو التزاماتٍ مُحدَّدةٍ تُفرَضُ على أحدِ طرفي التَّصرُّفِ أو على كليهما.

وبناءً عليهِ، فإنَّ العقدَ المُقترنَ بالشُّروطِ النَّموذجيَّةِ يقومُ دُونَها مُستوفِيًا لجميعِ أركانِه من رِضًا ومحلٍّ وسببٍ، ما دامتْ لم تكنْ من الأمورِ الجوهريَّةِ في التَّعاقدِ. ويكونُ هذا الشرطُ صحيحًا إذا كانَ ممَّا يقتضيهِ العقدُ أو يُلائمُه، أو جرى بهِ العُرفُ والعادةُ، أو كانَ فيهِ منفعةٌ لأحدِ المُتعاقدينِ أو كليهما، ما لم يكنْ ممنوعًا قانونًا أو مُخالفًا للنِّظامِ العامِّ أو الآدابِ العامَّةِ؛ إذْ تنتفي صحَّتُهُ في هذه الحالةِ، ويُعدُّ باطلًا[6]. واستنادًا إلى ما يُحقِّقُهُ المعنى الأخيرُ للشَّرطِ من مصلحةٍ لأحدِ المُتعاقدينَ، فقد يعتادُ مَنْ يَسْعَى إلى تحقيقِ هذه المصلحةِ إدراجَ شروطٍ معيَّنةٍ في عقودِ الاستهلاكِ التي يُبرمُها مع المُستهلكينَ، ويُكرِّرُها بشكلٍ يجعلُ من وجودِها أمرًا عاديًّا، ولا سيَّما إذا استندَ في ذلكَ إلى ما تُحدِّدهُ الأعرافُ أو العاداتُ التي تَحكُمُ هذه العقودَ وتُنظِّمُها؛ ممَّا يجعلُ من هذه الشُّروطِ شروطًا مألوفةً فيها، وقد يشوبُها التَّعسُّفُ[7].ويُقصَدُ بالشُّروطِ النموذجيَّةِ: أنَّها توحيدٌ للقواعدِ القانونيَّةِ المُعمولِ بها في نطاقِ عقودِ الاستهلاكِ، عند إبرامِ العقودِ الخاصَّةِ بالسِّلعِ أو الخدماتِ، من خلالِ اتِّباعِ نمطٍ موحَّدٍ للشُّروطِ النموذجيَّةِ، ممَّا يُقلِّلُ من الإنفاقِ على الجهدِ

الإنسانيِّ المبذولِ في خدمةِ المُستهلكِ[8]. فهي تُؤكِّدُ الأعرافَ والعاداتِ التِّجاريَّةَ، وتُسهمُ في إنشائِها وتقنينِها، وتُعدُّ وسيلةَ إثباتٍ يلجأُ إليها المُتعاقدانِ متى أرادا ذلك.

فالشُّروطُ النموذجيَّةُ أحكامٌ عامَّةٌ، أُعدَّتْ سلفًا من قِبَلِ أحدِ أطرافِ العقدِ، المُتمتِّعِ بمقدرةٍ فائقةٍ على التَّفاوضِ، كي تُشكِّلَ شروطًا عقْديَّةً للاستخدامِ العامِّ والمتكرِّرِ، دون إجراءِ مفاوضاتٍ مع الطَّرفِ الآخرِ حولَها[9].ويقتضي هذا المفهومُ توافرَ عدَّةِ أمورٍ لقيامِ العقدِ على أساسِ الشُّروطِ النموذجيَّةِ، وهي:

١ . أن يُوجَّهَ العقدُ إلى العامَّةِ، أيْ: إلى عددٍ غيرِ مُحدَّدٍ من الأفرادِ.

٢ . أن يُعدَّ العقدُ مُسبقًا من أحدِ أطرافِه.

٣ . أن يتمتَّعَ الطَّرفُ الذي يضعُ الشُّروطَ النموذجيَّةَ (المهنيُّ المُحترفُ) بمقدرةٍ نافذةٍ على التَّعاقدِ.

٤ . أن يَقبلَ الطَّرفُ الآخرُ العقدَ كما وردَ من الطَّرفِ القويِّ، دون أن يكونَ لهُ الحقُّ في التَّفاوضِ حولَ بنودِه، فإمَّا أن يقبلَ، أو يدعَ.

٥ . ألَّا يُخالِفَ الشَّرطُ النموذجيُّ النِّظامَ العامَّ، وإنْ كانَ بعضُ الفقهِ يذهبُ إلى جوازِ مخالفةِ الشَّرطِ النموذجيِّ لبعضِ النُّصوصِ التَّشريعيَّةِ الآمرةِ، وهو ما أيَّدهُ القضاءُ العراقيُّ[10].

وتُثيرُ دراسةُ الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ مفاهيمَ أخرى تتَّفقُ معها في بعضِ الخصائصِ، مثلَ: عقودِ الإذعانِ، والعقودِ النموذجيَّةِ، والشُّروطِ المألوفةِ، ومبادئِ التِّجارةِ الدَّوليَّةِ.

أوَّلًا: تمييزُ الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ عن عقودِ الإذعانِ:

إنَّ عقدَ الإذعانِ يُعدُّ عقدًا حقيقيًّا تتوافقُ فيه إرادتا الطَّرفينِ، غيرِ أنَّ الطَّرفَ الأقوى اقتصاديًّا يَهيمنُ على شروطِ العقدِ، دون أن تكونَ هناكَ مُكْنةٌ أو فُرْصةٌ للطَّرفِ الضَّعيفِ لتعديلِ أيِّ شرطٍ من شروطِه. ويتمتَّعُ الطَّرفُ القويُّ باحتكارٍ قانونيٍّ أو فعليٍّ، ويَشملُ العقدُ جميعَ المسائلِ الجوهريَّةِ والتَّفصيليَّةِ المتعلِّقةِ به. ورغمَ أنَّ الطَّرفَ الضَّعيفَ يَفقدُ حقَّهُ في التَّفاوضِ، فإنَّ ذلكَ لا يُعدِمُ حرِّيَّةَ التَّعاقدِ.ويتعلَّقُ عقدُ الإذعانِ غالبًا بسلعٍ أو مرافقَ ضروريَّةٍ لا غِنى عنها للنَّاسِ، ممَّا يَضعُ الطَّرفَ الضَّعيفَ في موقفٍ يَضطرُّهُ إلى التَّعاقدِ بشأنِها. ويُشكِّلُ هذا العقدُ إخلالًا بالتَّوازنِ العقديِّ؛ نظرًا للتَّفاوتِ في المقدرةِ الاقتصاديَّةِ، ومن هنا تَظهرُ خصوصيَّةُ عقدِ الإذعانِ، بوصفِه استثناءً على مبدأِ سلطانِ الإرادةِ[11].أمَّا الشُّروطُ النموذجيَّةُ، فلا تُشكِّلُ عقدًا حقيقيًّا قائمًا بذاتِه، بل هي شروطٌ واردةٌ في العقدِ المُرادِ إبرامُه، تُغطِّي في مضمونِها جميعَ المسائلِ المتعلِّقةِ به، أو تَقتصرُ على بعضِها وتَترُكُ الباقيَ للأعرافِ والعاداتِ. ولا يُشترطُ في العقدِ المُبرمِ بموجبِ شروطٍ نموذجيَّةٍ أن يتعلَّقَ بسلعةٍ ضروريَّةٍ، حتَّى وإنْ لم يكنْ لها بديلٌ؛ إذْ يُسخِّرُ الطَّرفُ الأقوى اقتصاديًّا ومعرفيًّا وقانونيًّا قدراتِه، مستفيدًا من الطَّلبِ المُتواصلِ على السِّلعةِ، لتحقيقِ مصلحتِه، دونَ النَّظرِ إلى مصالحِ الطَّرفِ الأقلِّ قوَّةً.ولا يَفقدُ الطَّرفُ الضَّعيفُ في العقدِ حقَّهُ في التَّفاوضِ؛ إذْ لهُ إمكانيَّةُ ذلكَ، إلَّا أنَّ النَّقصَ المعرفيَّ والقانونيَّ والاقتصاديَّ الذي يُعاني منهُ المُستهلكُ يُضعفُ قدرتَهُ على التَّفاوضِ. كما أنَّ الشُّروطَ النَّموذجيَّةَ لا تُعدُّ قيدًا على مبدأِ سلطانِ الإرادةِ، كما هو الحالُ في عقدِ الإذعانِ.وبناءً عليهِ، فإنَّ الشُّروطَ النَّموذجيَّةَ تُشكِّلُ جزءًا لا يتجزَّأُ من عقودِ

الإذعانِ، وإنِ اختلفتْ عنها في بعضِ الخصائصِ؛ فهي لا تعدو أن تكونَ أحكامًا عامَّةً لا ترتقي إلى مرتبةِ عقدٍ حقيقيٍّ[12].ونستنتجُ ممَّا سبقَ أنَّ كلا المفهومينِ وليدُ للتَّقدُّمِ الاقتصاديِّ والتِّكنولوجيِّ؛ إذْ يتمُّ تكوينُهما بانفرادِ الطَّرفِ الأقوى اقتصاديًّا بوضعِ الشُّروطِ ورسمِ إطارِ الآثارِ التَّعاقديَّةِ، وليسَ للطَّرفِ الضَّعيفِ إلَّا أنْ يقبلَ هذه الشُّروطَ أو يَرفُضَها، دونَ مناقشتِها.

ثانيًا: تمييزُ الشَّرطِ النَّموذجيِّ عن الشَّرطِ الجزائيِّ:

هناكَ فرقٌ جوهريٌّ بينَ الشَّرطِ النَّموذجيِّ والشَّرطِ الجزائيِّ، رغمَ وجودِ بعضِ أوجُهِ التَّشابهِ بينهما؛ فكلاهما يُعدُّ من الشُّروطِ المُقترنةِ بالعقدِ، إذْ لا يُؤثِّرُ وجودُهما على انعقادِ العقدِ. ويَرِدُ الشَّرطُ الجزائيُّ بصُورةٍ صريحةٍ في العقدِ، وكذلكَ قد يُدرَجُ الشَّرطُ النَّموذجيُّ بصُورةِ اتِّفاقٍ صريحٍ؛ فمصدرُهما الاتِّفاقُ لا القانونُ، وكلاهما قد يُدرَجُ في العقدِ الأصليِّ أو في أوراقٍ مُلحقةٍ به[13].أمَّا من حيثُ الاختلافِ، فإنَّ الشرطَ النموذجيَّ يُستعملُ أداةً لا تَهدفُ إلى التَّعويضِ الاتِّفاقيِّ، بل تُخفِّفُ أو تُعفي أحيانًا من المسؤوليَّةِ التَّعاقديَّةِ عن المهنيِّينَ المُحترفينَ، وتُشدِّدُ في المقابلِ من مسؤوليَّةِ المُستهلكِ، وقد تكونُ في حالاتٍ نادرةٍ من مصلحةِ المُستهلكِ[14].

وتَبرزُ الصِّفةُ الاحتياطيَّةُ للشَّرطِ الجزائيِّ، إذْ يُعدُّ تعويضًا لا يُمكنُ المطالبةُ به أو إعمالُه إلَّا إذا كانَ التَّنفيذُ العينيُّ للالتزامِ غيرَ مُمكنٍ. أمَّا الشَّرطُ النموذجيُّ، فيُطبَّقُ بغضِّ النَّظرِ عن إمكانيَّةِ التَّنفيذِ العينيِّ؛ لأنَّهُ يُعدُّ من مستلزماتِ العقدِ. ويَحِقُّ لمن اشْتَرَطَ الشَّرطَ الجزائيَّ المطالبةُ بهِ عند عدمِ التَّنفيذِ أو الإخلالِ أو التَّأخُّرِ فيهِ من قِبَلِ الطَّرفِ الآخرِ، في حين أنَّ الشَّرطَ النَّموذجيَّ يُطبَّقُ لحمايةِ من اشترطَهُ في حالِ عدمِ التَّنفيذِ أو الإخلالِ أو التَّأخُّرِ، أيْ: إنَّ الشَّرطَ الجزائيَّ يُقدِّرُ التَّعويضَ الذي يستحقُّهُ الدَّائنُ، بينما الشَّرطُ النَّموذجيُّ يُعفِي المدينَ من المطالبةِ بالتَّعويضِ.

ويُعدُّ الشَّرطُ الجزائيُّ التزامًا تابعًا للالتزامِ الأصليِّ، فبُطلانُ الالتزامِ الأصليِّ يَستتبِعُ بُطلانَ الشَّرطِ الجزائيِّ، دونَ العكسِ. أمَّا الشَّرطُ النَّموذجيُّ، فقد يُؤدِّي بُطلانُهُ إلى بُطلانِ العقدِ نفسِه؛ لأنَّهُ قد يُشكِّلُ الباعثَ والدَّافعَ لإبرامِ العقدِ، على خلافِ الشَّرطِ الجزائيِّ الذي لا يُعدُّ سببًا في إبرامِ العقدِ، بل يُدرَجُ فيهِ لمعالجةِ حالاتِ عدمِ التَّنفيذِ أو التَّأخُّرِ فيهِ[15].كما يُكيَّفُ الشَّرطُ الجزائيُّ على أنَّهُ تعويضٌ اتِّفاقيٌّ لوجودِ ضررٍ، وليسَ قضائيًّا، أمَّا الشَّرطُ النموذجيُّ، فهو شرطٌ بالمعنى الدَّقيقِ، جرتْ عليهِ العاداتُ المهنيَّةُ، وليسَ تعويضًا عن ضررٍ، بل يَهدفُ إلى تخليصِ المدينِ من التَّعويضِ، وإنْ أصابَ الدَّائنَ ضررٌ[16].وللقاضي سلطةٌ تقديريَّةٌ في تخفيضِ الشَّرطِ الجزائيِّ أو زيادتِه أو عدمِ الحكمِ بهِ، ما دامَ لم يُصِبِ الدَّائنَ أيُّ ضررٍ. أمَّا الشَّرطُ النموذجيُّ، فلا يملكُ القاضي إلَّا تطبيقَهُ، إذْ لا يتمتَّعُ بالسُّلطةِ التَّقديريَّةِ التي يملكُها في الشَّرطِ الجزائيِّ؛ لأنَّهُ من مستلزماتِ العقدِ. ويُشترطُ لاستحقاقِ الشَّرطِ الجزائيِّ توفُّرُ الإعذارِ في جميعِ الأحوالِ التي يجبُ فيها إعذارُ المدينِ، إلَّا في الحالاتِ التي لا يُشترطُ فيها الإعذارُ. فإذا لم يَقُمِ الدَّائنُ بإعذارِ المدينِ في الأحوالِ التي يجبُ فيها ذلكَ، لم يستحقَّ التَّعويضَ. أمَّا الشَّرطُ النَّموذجيُّ، فبما أنَّهُ من مستلزماتِ العقدِ، فإنَّ القاضيَ يُطبِّقُهُ دونَ حاجةٍ إلى الإعذارِ[17].ويجوزُ لأيِّ طرفٍ - سواءٌ كانَ

مهنيًّا أو غيرَ مهنيٍّ (أي: مُستهلكًا)- أن يَشترِطَ الشَّرطَ الجزائيَّ، في حين أنَّ الشَّرطَ النموذجيَّ من صُنعِ المهنيِّينَ المُحترفين.

المطلب الثَّاني

تعريفُ المُستهلكِ وتمييزُه عن المهنيِّ المُحترِف

حَظِيَ تعريفَ المُستهلكِ - في بدايةِ الأمرِ- باهتمامِ علماءِ الاقتصادِ، دراسةً وتحليلًا، على اعتبارِ أنَّهُ يُمثِّلُ المصبَّ الأخيرَ لعمليَّاتِ الدَّورةِ الاقتصاديَّةِ المُتمثِّلةِ بالاستهلاكِ[18]. إلَّا أنَّ هذا المصطلحَ بدأَ يَحظى باهتمامِ رجالِ القانونِ شيئًا فشيئًا، حتَّى أصبحتِ الأهميَّةُ القانونيَّةُ لمصطلحِ المُستهلكِ تفوقُ أهميَّتَهُ الاقتصاديَّةَ، وظهرتْ ثلاثةُ اتِّجاهاتٍ في تعريفِه.

ونَقصِدُ بالمُستهلكِ، كطرفٍ ضعيفٍ: ذلكَ الطَّرفَ الذي يكونُ مركزُهُ العقديُّ ضعيفًا بالنِّسبةِ للطَّرفِ المُتعاقدِ الآخرِ، ويَنتُجُ هذا الضَّعفُ التَّعاقديُّ عن زيادةِ التزاماتِ الطَّرفِ الضَّعيفِ عقديًّا، أو تقليلِ حقوقِه، أو عنهما، أو تقليلِ التزاماتِ المهنيِّ المُحترفِ أو إعفائِه منها، أو زيادةِ حقوقِه عند النَّظرِ في مضمونِ العقدِ وشروطِه، فتظهرُ بذلكَ ظاهرةُ اختلالِ التَّوازنِ العقديِّ. وهذا الضَّعفُ العقديُّ قد يكونُ ذاتيًّا أو نسبيًّا أو معرفيًّا، والضَّعفُ المعرفيُّ هو ما يهمُّنا في مجالِ هذا البحث.ويذهبُ الاتِّجاهُ الأوَّلُ لتعريفِ المُستهلكِ إلى الاعتمادِ على معيارِ "الفعلِ المادِّيِّ للاستهلاكِ"، فالمُستهلكُ، وفقًا لهذا الاتِّجاهِ: هو الشَّخصُ الذي يَرُومُ الحصولَ، عن طريقِ الشِّراءِ، على متطلَّباتِه الأساسيَّةِ أو الكماليَّةِ، ليس فقط لسدِّ حاجاتِه الشَّخصيَّةِ والعائليَّةِ، وإنَّما لتلبيةِ حاجاتِه المهنيَّةِ أيضًا[19].

إلَّا أنَّ هذا الاتِّجاهَ لا يُمكنُ الاعتمادُ عليهِ في تعريفِ المُستهلكِ؛ لكونِه تعريفًا عامًّا وشاملًا، وغيرَ مانعٍ من دخولِ فئاتٍ أخرى غيرِ مُستهلِكةٍ. فهذا التَّعريفُ يشملُ المُستهلكينَ والمهنيِّينَ المُحترفينَ من حيثُ الأشخاص، كما يشملُ جميعَ العقودِ من حيثُ الموضوع، وإنْ لم تكنْ عقودًا استهلاكيَّةً. فضلًا عن أنَّ القوانينَ الصَّادرةَ بهدفِ حمايةِ المُستهلكِ تُعدُّ نصوصًا استثنائيَّةً، والاستثناءُ لا يجوزُ التَّوسُّعُ فيهِ[20].

أمَّا الاتِّجاهُ الثَّاني لتعريفِ المُستهلكِ، فقد اعتمدَ على معيارِ "غايةِ المُستهلكِ من التَّعاقدِ"، حيثُ يُعرّفُ المُستهلكُ بأنَّه: "كلُّ شخصٍ يتعاقدُ للحصولِ على حاجاتِه الشخصيَّةِ أو العائليَّةِ"[21].

ويُلاحظُ أنَّ أغلبَ التَّعاريفِ الواردةِ في هذا الاتِّجاهِ تَستعملُ لفظَ "الشِّراءِ"، ممَّا يُوحي بأنَّ المُستهلكَ يقتصرُ على المُشتري، وفي حدودِ عقدِ البيعِ فقط، وهو ما يُؤدِّي إلى تضييقِ النِّطاقِ الموضوعيِّ لعقدِ الاستهلاكِ. كما أنَّ أغلبَ الآراءِ التي أخذتْ بهذا الاتِّجاهِ قد ضيَّقتْ تعريفَ عقدِ الاستهلاكِ من حيثُ الأشخاص، فقصرَتْ المُستهلكَ على الشَّخصِ الطَّبيعيِّ دونَ المعنويِّ. كذلكَ، لم يضعْ هذا الاتِّجاهُ حدودًا واضحةً لمفهومِ "العائلةِ"، فهل تشملُ القرابةَ المُباشرةَ وغيرَ المُباشرةِ، أو إحداهما دونَ الأخرى؟

أمَّا الاتِّجاهُ الثَّالثُ لتعريفِ المستهلكِ، فقد اعتمدَ على معيارِ "مهنةِ المتعاقدين"، حيثُ عرّفَ المستهلكُ بأنَّه: "كلُّ شخصٍ يَتصرَّفُ لتحقيقِ أغراضٍ لا تدخلُ في نشاطِه المهنيِّ"[22]. وعليهِ،

فإنَّ هذا الاتِّجاهَ قد وضعَ معيارًا للتَّمييزِ بينَ المستهلكِ والمهنيِّ المحترفِ، وهو معيارُ مهنةِ الطَّرفينِ المتعاقدين، إذ قصرَ تعريفَ المستهلكِ على الأشخاصِ الذينَ يتصرَّفونَ خارجَ مجالِ مهنتِهم.وفي هذا السِّياقِ، تجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ الاتِّجاهَ الرَّاجحَ هو الاتِّجاهُ الذي اعتمدَ معيارَ مهنةِ الطَّرفينِ المتعاقدين. أمَّا فيما يتعلَّقُ بتعريفِ المهنيِّ المحترفِ، فقد أكَّدَ بعضُ الفقهِ أنَّ صفةَ المهنيِّ لا تُكتسبُ إلَّا عن طريقِ الاحترافِ، ولا يُستثنى من ذلكَ إلَّا الشركاتُ، إذ إنَّها تكتسبُ وصفَ المهنيِّ بمجردِ تكوينِها، وذلكَ وفقًا للمادَّتينِ (22) و(183) من قانونِ الشَّركاتِ العراقيِّ رقم (21) لسنة 1997 المُعدَّل[23].ولا يُقصَدُ بالمهنيِّ المحترفِ التَّاجرُ فقط، كما عرَّفهُ قانونُ التِّجارةِ العراقيُّ رقم (30) لسنة 1984 في المادَّةِ (7)، بل يشملُ كلَّ شخصٍ احترفَ الأعمالَ التِّجاريَّةَ، ولو لم يكتسبْ وصفَ التَّاجرِ. وبناءً عليهِ، يدخلُ ضمنَ موضوعِ البحثِ أصحابُ المهنِ الصَّغيرةِ، والشَّخصيَّاتُ المعنويَّةُ العامَّةُ التي لم يمنحْها المشرِّعُ وصفَ التَّاجرِ في المادَّتينِ (10) و(11) من القانونِ ذاتهِ، مع استبعادِ المهنيِّ المحترفِ الذي يُمارسُ عملَهُ من خلالِ الوظيفةِ العامَّةِ.ومن جهةٍ أخرى، نلاحظُ أنَّ المشرِّعَ العراقيَّ قد وسَّعَ من مفهومِ المهنيِّ إلى حدٍّ كبيرٍ، إذ لم يَشترطِ الاحترافَ أو أيَّ عنصرٍ من عناصرِ تفوُّقِ المهنيِّ على المستهلكِ. وقد عدَّدَ المشرِّعُ الأشخاصَ الذينَ يَصدقُ عليهم وصفُ المهنيِّ، وهم: المنتجُ، والموزِّعُ، كما أنَّ عبارةَ "بائعِ السِّلعةِ ومقدِّمِ الخدمةِ" تجعلُ من المهنيِّ المحترفِ فقط من يدخلُ في عقدِ البيعِ مع المستهلكِ، متجاهلًا بذلكَ عقودَ الاستهلاكِ الأخرى[24].وفي المقابلِ، عرَّفَ المشرِّعُ المصريُّ المهنيَّ في المادَّةِ (1) من قانونِ حمايةِ المستهلكِ رقم (67) لسنة 2006، حيثُ وردَ فيها: "المورِّد: كلُّ شخصٍ يقومُ بتقديمِ خدمةٍ، أو بإنتاجٍ، أو باستيرادٍ، أو توزيعٍ، أو عرضٍ، أو تداولٍ، أو الاتِّجارِ في أحدِ المنتجاتِ، أو التَّعاملِ عليها، وذلكَ بهدفِ تقديمِها إلى المستهلكِ، أو التَّعاقدِ أو التَّعاملِ معهُ عليها بأيَّةِ طريقةٍ من الطُّرقِ". ويُؤخذُ على هذا التَّعريفِ أنَّه لم يتَّخذْ معيارًا محدَّدًا لتحديدِ مفهومِ المهنيِّ المحترفِ، إلَّا أنَّه يُحسبُ للمشرِّعِ المصريِّ أنَّه شملَ جميعَ عقودِ الاستهلاكِ، ولم يَقْصُرْها على عقدِ البيعِ فقط.أمَّا المشرِّعُ الفرنسيُّ، فإنَّه لم يضعْ تعريفًا للمهنيِّ المحترفِ، ويبدو أنَّه تركَ تحديدَ المفهومِ للقضاءِ، بحيثُ يخضعُ تقديرُ تعريفِ المهنيِّ المحترفِ لظروفِ القضيَّةِ المعروضةِ، ومدى امتلاكِ الشَّخصِ لقدرةٍ ومعرفةٍ تفوقُ المستهلكَ في موضوعِ التَّعاقدِ[25].

المبحث الثَّاني
آليَّة تصحيح العقود النَّموذجيَّة الباطلة

تقسيم:

نتناولُ هذا المبحثَ في مطلبين:

المطلب الأوَّل: **تصحيحُ العُقودِ النَّموذجيَّة الباطلة** وفقًا للقواعدِ العامَّة.

والمطلب الثَّاني: **تصحيحُ العُقودِ النَّموذجيَّة الباطلة** وفقًا للقواعدِ الخاصَّة.

المطلب الأوَّل
تصحيحُ العُقودِ النَّموذجيَّة الباطلة وفقًا للقواعدِ العامَّة

نتيجةً لوجودِ طرفٍ ضعيفٍ في عقدِ الاستهلاكِ، وهو المستهلكُ، سرعانَ ما التفتَ فقهاءُ القانونِ إلى ضرورةِ إيجادِ وسائلَ تشريعيَّةٍ ضمنَ القواعدِ العامَّةِ، تهدفُ إلى حمايةِ المستهلكِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التي ربَّما لا يكونُ على علمٍ بها؛ إمَّا بسببِ عدمِ اطِّلاعِه على مستنداتِ العقدِ، أو نتيجةً لسريانِ تلكَ الشُّروطِ عليهِ، ولو لم يتمَّ ذِكرُها صراحةً في عقودِ الاستهلاكِ.

وقد انقسمَ الفقهاءُ الذينَ استندوا إلى القواعدِ العامَّةِ إلى فريقينِ:

الفريقُ الأوَّلُ - وفيه أغلبُ فقهاءِ القانونِ- اعتمدَ في نظريَّاتِه على عيوبِ الإرادةِ؛ بهدفِ إعادةِ التَّوازنِ العقديِّ لعقدِ الاستهلاكِ، وحمايةِ المستهلكِ من أيِّ شروطٍ مُجحفةٍ، وذلكَ من خلالِ الاعتمادِ على نظريَّةِ الغلطِ، والتَّغريرِ، مع الغبنِ الفاحشِ (التَّدليسِ)، والاستغلالِ.

أمَّا الفريقُ الثَّاني، فقد اتَّجهَ إلى رفضِ الاعتمادِ على نظريَّةِ عيوبِ الإرادةِ؛ نتيجةً للانتقاداتِ المُوجَّهةِ إليها، واعتمدَ بدلًا من ذلكَ على نظريَّةِ العيوبِ الخفيَّةِ، وقواعدِ العدالةِ، ومبدأِ تفسيرِ الشكِّ لمصلحةِ الطَّرفِ المُذعنِ.

وفي ضوءِ هذهِ النَّظريَّاتِ، اعتمدَ الفقهُ على أحكامِ انتقاصِ العقدِ وسيلةً لحمايةِ المستهلكِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التَّعسُّفيَّةِ، بما يُحقِّقُ قدرًا من الإنصافِ والتَّوازنِ في العلاقةِ التَّعاقديَّةِ بينَ الطَّرفينِ.

وعليه تمَّ تقسيمُ هذا المطلبِ إلى نقطتين:

أوَّلًا: نظريَّةُ عيوبِ الإرادة.

ثانيًا: انتقاصُ العقد.

أوَّلًا: نظريَّة عُيوبِ الإرادة.

اعتمدَتِ الأغلبيَّةُ على عُيوبِ الإرادةِ وسيلةً مباشرةً لمعالجةِ الشُّروطِ المُجْحِفةِ بحقِّ المستهلكِ، وذلكَ من خلالِ الاستنادِ إلى نصوصِ عيوبِ الإرادةِ التي جاءَ بها التَّشريعُ. وقد اتَّفقَ أنصارُ هذا الاتِّجاهِ على أنَّ الضُّغوطَ العمليَّةَ التي يتعرَّضُ لها المتعاملونَ لقبولِ شروطِ التَّعاقدِ المُجْحِفةِ لا يمكنُ تكييفُها على أنَّها إكراهٌ يَعِيبُ العقدَ؛ لأنَّ مثلَ هذا التَّكييفِ يُفضي إلى الإضرارِ باستقرارِ المعاملاتِ، وانهيارِ عقودِ الاستهلاكِ.وعليهِ، فإنَّه لا شكَّ في أنَّ حمايةَ المستهلكِ في هذه العقودِ تُعَدُّ ضرورةً اقتصاديَّةً تستجيبُ لاحتياجاتِ التَّعاملِ المُستمرِّ، لا سيَّما في ظلِّ مُستحدَثاتِ الحياةِ المعاصرةِ. ومن ثمَّ، يمكنُ القولُ: إنَّ عيبَ الإكراهِ لا يُسعفُنا في حمايةِ المستهلكِ من الشُّروطِ التَّعسُّفيَّةِ[26].وقد اتَّفقوا على أنَّ فرضَ الشُّروطِ التَّعسُّفيَّةِ النَّموذجيَّةِ من قبلِ المهنيِّ المُحترفِ لا يُعدُّ إلَّا استغلالًا لحاجةِ المستهلكِ وقِلَّةِ خبرتِه، أو أنَّ العقودَ النَّموذجيَّةَ ما هي إلَّا وسائلُ احتياليَّةٌ للتَّغريرِ بطائفةِ المستهلكينَ، من خلالِ إخفاءِ الشُّروطِ التَّعسُّفيَّةِ ضمنَ بنودٍ نموذجيَّةٍ وإضفاءِ صفةِ المشروعيَّةِ عليها. كما يُمكنُ اعتبارُ المستهلكِ، الذي يكونُ ضحيَّةً لهذه الشُّروطِ، واقعًا في غلطٍ عندَ توقيعِه على العقدِ النَّموذجيِّ؛ نتيجةَ ضعفِ خبرتِه القانونيَّةِ والمعرفيَّةِ والاقتصاديَّةِ.

إلَّا أنَّهُ يصعبُ تأسيسُ إحياءِ العقدِ "الميِّت" من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ على نظريَّةِ الغلطِ، وذلكَ بسببِ صعوبةِ الإثباتِ؛ إذ يُشترطُ لإبطالِ العقدِ للغلطِ أن يُثبِتَ المستهلكُ وقوعَه في غلطٍ جوهريٍّ دفعَه

إلى التَّعاقدِ، وأن يكونَ هذا الغلطُ متَّصلًا بالطَّرفِ الآخرِ، كما وردَ في نصِّ المادَّةِ (119) من القانونِ المدنيِّ العراقيِّ، والمادَّةِ (120) من القانونِ المدنيِّ المصريِّ، وهو ما يَصعُبُ على المستهلكِ إثباتُه[27].فضلًا عن ذلكَ، فإنَّهُ في حالةِ وقوعِ المستهلكِ في غلطٍ، ربَّما لا تكونُ مصلحتُه دائمًا في المطالبةِ بإبطالِ العقدِ؛ إذ قد يرغبُ في الإبقاءِ عليهِ مع الاحتفاظِ بحقِّه في التَّعويضِ. إلَّا أنَّ أحكامَ الغلطِ لا تُسعفُه في ذلكَ؛ إذ يكونُ أمامَه إمَّا الإبقاءُ على العقدِ دونَ المطالبةِ بالتَّعويضِ، أو المطالبةُ بالبطلانِ مع التَّعويضِ إن كانَ له مُقْتضٍ.كما أنَّهُ في حالةِ إجازةِ العقدِ المَعيبِ بالغلطِ، فإنَّ العقدَ يُصحَّحُ مع بقاءِ العيبِ دونَ زوالِه، أيْ: إنَّنا نكونُ أمامَ زوالِ التَّهديدِ بالبطلانِ نتيجةَ تنازُلِ المستهلكِ عنه، دونَ أن يُتاحَ له المطالبةُ بتصحيحِ العقدِ والإبقاءِ عليهِ مع تعديلِ عنصرٍ من عناصرِه، وتنفيذِه بالشَّكلِ الذي توهَّمَه. فمثلُ هذا التَّصحيحِ يعتمدُ على قبولِ المهنيِّ المُحترفِ، ممَّا يجعلُ المستهلكَ تحتَ رحمتِه.وفي هذا السِّياقِ، نكونُ أمامَ شرطٍ مألوفٍ يصلحُ معهُ استخدامُ وسيلةِ تصحيحِ العقدِ عن طريقِ الاستبعادِ لا التَّغييرِ[28].

وممَّا تقدَّمَ يتبيَّنُ أنَّ أحكامَ التَّغريرِ مع الغبنِ في القانونِ المدنيِّ العراقيِّ لا تُقدِّمُ حمايةً كافيةً للمستهلكِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التَّعسفيَّةِ؛ وذلكَ لأنَّهُ يجبُ على المغرَّرِ به أن يُثبتَ أنَّ غَريمَهُ قد مارسَ تغريرًا ضدَّه، ممَّا أدَّى إلى تأثُّرِ إرادتِه بالتَّغريرِ ودَفْعِه إلى التَّعاقدِ. وهذا الإثباتُ يتطلَّبُ عنصرينِ أساسيَّينِ:

ما يتعلَّقُ بالفعلِ المادِّيِّ للتَّغريرِ، وهو سهلُ الإثباتِ؛ لكونِه يرتبطُ بأفعالٍ ملموسةٍ.

وما يتعلَّقُ بالعنصرِ المعنويِّ، وهو صعبُ الإثباتِ؛ لأنَّهُ يتعلَّقُ ببواعثِ النَّفسِ وكوامنِها.

وعليهِ، فإنَّ المستهلكَ، وإن تمكَّنَ من إثباتِ التَّغريرِ الذي أصابَه، فإنَّ من حقِّه نقضَ العقدِ وإقامةَ دعوى ضدَّ غريمِه، وهي دعوى البطلانِ، التي تقتضي إعادةَ المتعاقدينِ إلى الحالةِ التي كانا عليها قبلَ إبرامِ العقدِ. وهذا الإجراءُ لا يَخدُمُ مصلحةَ المستهلكِ؛ إذ إنَّهُ غالبًا ما يكونُ بحاجةٍ إلى الأموالِ المقدَّمةِ إليهِ بموجبِ العقدِ، فضلًا عن تحمُّلِه النَّفقاتِ والجهدَ لإقامةِ الدَّعاوى أمامَ القضاءِ.كما أنَّ التمسُّكَ بالتَّغريرِ مع الغبنِ أو التَّدليسِ يمنحُ الحقَّ لمن وقعَ عليهِ إمَّا بإجازةِ العقدِ خلالَ ثلاثةِ أشهرٍ، أو بنقضِه مع المطالبةِ بالتَّعويضِ. أي: إنَّهُ لا يَحقُّ له طلبُ التَّعويضِ إلَّا إذا نقضَ العقدَ، وربَّما لا يُحقِّقُ هذا حمايةً كافيةً للمستهلكِ، الذي قد يُفضِّلُ الاحتفاظَ بالسِّلعةِ محلِّ العقدِ مع تعويضِه عمَّا لحقَهُ من ضررٍ.ومع ذلكَ، فإنَّ تركَ المشرِّعِ للقاضي أمرَ تكييفِ وجودِ التَّغريرِ يُفضي إلى تردُّدِ المستهلكِ في اللُّجوءِ إلى القضاءِ؛ إذ إنَّ بيانَ ما إذا كانَ التَّغريرُ مشروعًا أم لا؟ يُعدُّ من الأمورِ المنوطةِ بالسُّلطةِ التَّقديريَّةِ للقاضي.ويُضافُ إلى ذلكَ أنَّ مَنْحَ المشرِّعِ القاضيَ سُلطةَ تكميلِ العقدِ عن طريقِ الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ، لا سيَّما مع اشتراطِ عدمِ مشروعيَّةِ وسائلِ التَّغريرِ، يُشكِّلُ عقبةً أمامَ لجوءِ المستهلكِ إلى الحمايةِ القانونيَّةِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التَّعسُّفيَّةِ التي يَضَعُها المهنيُّ المُحترفُ[29].

ثانيًا: انتقاصُ العقد:

إنَّ عقودَ الاستهلاكِ تحتوي عادةً على مجموعةٍ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ، وقد تتَّسمُ تلك الشُّروطُ بطابعٍ تعسُّفيٍّ. وبالرُّجوعِ إلى أحكامِ القانونِ المدنيِّ العراقيِّ، نجدُ أنَّ المشرِّعَ العراقيَّ لم يتناولِ الشُّروطَ النَّموذجيَّةَ التعسُّفيَّةَ بصورةٍ مباشرةٍ، إلَّا إذا وُجدتْ في عقدِ الإذعانِ، وهي الأحكامُ التي بيَّنَّا قُصورَها عن حمايةِ المستهلكِ؛ لأنَّها لا تسري في حالِ كانَ الشَّرطُ واضحًا ومألوفًا؛ لافتراضِ علمِ المستهلكِ به.إلَّا أنَّ القانونَ المدنيَّ العراقيَّ والمصريَّ يتضمَّنُ - في أحكامِ انتقاصِ العقدِ، التي أشارَ إليها في المادَّةِ (131) من كلا القانونينِ- قواعدَ يُمكنُ أن تُستخلصَ منها حلولٌ لحمايةِ المستهلكِ من الشُّروطِ النموذجيَّةِ التعسُّفيَّةِ.لكن، ما مدى سلطةِ القاضي في اعتبارِ الشَّرطِ تعسُّفيًّا من عدمِه؟

للإجابةِ عن هذا الاستفهامِ، نَصَّ القانونُ المدنيُّ العراقيُّ في المادةِ (2/167) على أنَّهُ: "إذا تمَّ العقدُ بطريقِ الإذعانِ، وكانَ قد تضمَّنَ شروطًا تعسُّفيَّةً، جازَ للمحكمةِ أن تُعدِّلَ هذه الشُّروطَ أو تُعفيَ الطَّرفَ المُذعنَ منها، وذلكَ وفقًا لما تقتضيهِ العدالةُ، ويقعُ باطلًا كلُّ اتفاقٍ على خلافِ ذلك"، ويُقابلُ هذا النصَّ المادَّةُ (149) من القانونِ المدنيِّ المصريِّ.

ويتَّضحُ من ذلكَ أنَّ للقاضي سلطةَ التدخُّلِ لتعديلِ الشَّرطِ التعسُّفيِّ أو إلغائِه، وإعفاءِ الطَّرفِ المُذعنِ منه، متى ما تبيَّنَ له أنَّ الشَّرطَ يُرهِقُ المتعاقدَ الآخرَ. ويخضعُ لرقابةِ محكمةِ التَّمييزِ مدى تقديرِ القاضي لهذا الشَّرطِ من حيثُ كونهُ تعسُّفيًّا أم لا[30].

غير أنَّ هناكَ من يرى أنَّ مدى اعتبارِ الشَّرطِ تعسفيًّا، يخضعُ لسلطةِ محكمةِ الموضوعِ، ولا رقابةَ لمحكمةِ التَّمييزِ عليها[31]، وهو ما أيَّدتْه محكمةُ النَّقضِ المصريَّةُ؛ إذ قضتْ في أحدِ قراراتِها بأنَّهُ: "إذا وَجَدَ القاضي تعسُّفًا في شروطِ العقدِ، جازَ له أن يُعفيَ الطَّرفَ المُذعنَ منها، حتَّى وإن كانتْ شُروطُ العقدِ صريحةً وواضحةً في معناها؛ لأنَّ الأصلَ في الشَّرطِ العدالةُ في لزومِه بما يَفرِضُه نصُّه"، وهذا ما نصَّتْ عليهِ المادَّةُ (1/149) من القانونِ المدنيِّ المصريِّ.

فإذا تمَّ العقدُ بطريقِ الإذعانِ، وكانَ يتضمَّنُ شروطًا تعسُّفيَّةً، فللقاضي أن يُعفيَ الطَّرفَ الآخرَ منها، وفقًا لما تقتضيهِ العدالةُ. ومحكمةُ الموضوعِ هي التي تَملِكُ سلطةَ التَّقديرِ فيما إذا كانَ الشَّرطُ تعسُّفيًّا أم لا، وإذا انتهتْ إلى اعتبارِ الشَّرطِ الواردِ في البندِ الثَّاني المطعونِ فيه شرطًا تعسُّفيًّا، وجبَ الإعفاءُ منه. ومن ثمَّ، فإنَّ ما يُثيرُه الطَّاعنُ في هذا الشَّأنِ من جدلٍ موضوعيٍّ يُعدُّ غيرَ مقبولٍ.

وعليهِ، فإنَّ اعتبارَ الشَّرطِ النَّموذجيِّ تعسُّفيًّا يُعدُّ من مسائلِ الواقعِ، التي لا رقابةَ لمحكمةِ التَّمييزِ على سلطةِ القاضي في تقديرِها[32].

المطلب الثَّاني
تصحيحُ العُقودِ النموذجيَّة الباطلة وفقًا للقواعدِ الخاصَّة

إنَّ الآراءَ التي اعتمدتْ على القواعدِ العامَّةِ أساسًا لحمايةِ المستهلكِ من الشُّروطِ النموذجيَّةِ في التَّعاقدِ، وما وُجِّهَ إليها من انتقاداتٍ، كانت سببًا في دفعِ الفقهاءِ والباحثينَ إلى البحثِ عن أُسسٍ أكثرَ رصانةً لحمايةِ المستهلكِ من تلكَ الشُّروطِ، تكونُ أقوى من الأسسِ التي اعتمدتْ على القواعدِ العامَّةِ.ولذلكَ، سعى أغلبُ الفقهِ الحديثِ والباحثينَ إلى الاعتمادِ على النُّصوصِ الخاصَّةِ في قوانينِ حمايةِ المستهلكِ المُقارنةِ، أساسًا لحمايةِ المستهلكِ من تلكَ الشُّروطِ، بالنَّظرِ إلى ما تَحمِلُهُ تلكَ القوانينُ من أحكامٍ تُعدُّ من النِّظامِ العامِّ، لا يجوزُ الاتِّفاقُ على خلافِها[33].

ومن أهمِّ الأسسِ التي اعتمدها الفقهُ الحديثُ: الالتزامُ بالتَّبصيرِ، وحقُّ التَّروِّي للتَّفكيرِ واتِّخاذِ القرارِ؛ إذ إنَّ هذه الأسسَ تتعلَّقُ بمحلِّ العقدِ وشروطِه، وذلكَ وفقًا لأحكامِ قانونِ حمايةِ المستهلكِ الفرنسيِّ والمصريِّ، في حين أنَّ قانونَ حمايةِ المستهلكِ العراقيِّ يقتصرُ في تطبيقِه على محلِّ العقدِ فقط، دونَ شروطِه.وتحقيقًا لأهدافِ هذه الدِّراسةِ، اقتضى الأمرُ البحثَ في حقِّ المستهلكِ بالتَّبصيرِ بجملةٍ من البياناتِ التي تخصُّ العقدَ وشروطَه، ومنها الشُّروطُ النموذجيَّةُ، مثل: كيفيَّةِ تسليمِ المنتجِ، وشروطِ الضَّماناتِ التِّجاريَّةِ، وخدماتِ ما بعدَ البيعِ، وبيانِ حقِّ المستهلكِ في ردِّ الأموالِ واستبدالِها، وطرقِ ومواعيدِ التَّسليمِ، وتنفيذِ العقدِ، ونتائجِ عدمِ إنجازِ الالتزاماتِ، وطرقِ تحديدِ الأسعارِ للأموالِ المتعاقَدِ عليها... إلخ.وفيما بعدُ، سنتناولُ مكنةَ المستهلكِ في التَّروِّي للتَّفكيرِ واتِّخاذِ القرارِ، استنادًا إلى نصِّ المادَّةِ (16/121) من قانونِ حمايةِ المستهلكِ رقم (21) الصَّادرِ في 6 يناير 1988، الخاصِّ بالبيعِ عبرَ المسافاتِ، والتي أصبحتْ تُشكِّلُ المادَّةَ (1-20/121) من قانونِ حمايةِ المستهلكِ الفرنسيِّ رقم (949) لسنة 1993، والمعدَّلةِ بالقانونِ رقم (406) لسنة 2006، الصَّادرِ في 5 أبريل 2006. كما أنَّ هذا الحقَّ يجدُ أساسَهُ في المادَّةِ (8) من قانونِ حمايةِ المستهلكِ المصريِّ.ونتيجةً لذلكَ، ومن أجلِ حمايةِ المستهلكِ، لجأَ الفقهُ إلى فكرةِ "إحياءِ العقودِ الميِّتةِ" من خلالِ استبعادِ الشَّرطِ النَّموذجيِّ، بهدفِ حمايةِ الطَّرفِ الضَّعيفِ من الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التَّعسُّفيَّةِ.

وعليه تمَّ تقسيمُ هذا المطلب إلى نقطتين:

أوَّلًا: الالتزامُ بالتَّبصير.

ثانيًا: تصحيحُ العقد.

أوَّلًا: الالتزام بالتَّبصير.

يُعرَّفُ الالتزامُ بالتَّبصيرِ بأنَّهُ: التزامٌ قانونيٌّ سابقٌ على عقودِ الاستهلاكِ، يَلتزمُ بموجبِهِ المهنيُّ المُحترفُ، بما لديهِ من معلوماتٍ، أن يُدلِيَ بها للمستهلكِ لجهْلِه بها، وبالطَّريقةِ التي تتلاءمُ مع طبيعتِه، والمتَّصلةِ بالمالِ محلِّ العقدِ أو بشروطِ التَّعاقدِ؛ وذلكَ لأنَّ هذه البياناتِ تُؤثِّرُ في إرادتِه، من أجلِ إيجادِ رضًا حرٍّ وسليم[34].

وعليهِ فإنَّ من أهمِّ شروطِ الالتزامِ بالتَّبصيرِ ما يأتي:

1- علمُ المهنيِّ بالشُّروطِ النموذجيَّةِ أو افتراضُ علمِه بها: وهو أمرٌ بديهيٌّ؛ إذ لا يُمكنُ إلزامُ المهنيِّ المُحترفِ بالإفصاحِ عن معلوماتٍ لا يَعلمُ بها أو لا يُفترضُ علمُه بها. ويقعُ عبءُ الإثباتِ، فيما إذا كانَ المهنيُّ لا يعلمُ بالبياناتِ، على عاتقِه، كما يقعُ عليهِ عبءُ إثباتِ أنَّهُ قد نفَّذَ التزامَهُ بالتَّبصيرِ.

وتجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ العلمَ بتلكَ البياناتِ قد يكونُ مفترضًا؛ فقد ذهبتْ محكمةُ النَّقضِ الفرنسيَّةُ في أحدِ قراراتِها إلى أنَّ: "صفة الاحترافِ في أحدِ المتعاقدين تُعدُّ من أهمِّ القرائنِ التي يُستفادُ منها علمُ المدينِ بالمعلوماتِ التي يَتطلَّبُ تكوينُ رضًا مستنيرٍ للمستهلكِ". كما أكَّدتْ المحكمةُ ذاتُها في حكمٍ آخرَ أنَّهُ: "ليس للبائعِ المهنيِّ أن يَحتجَّ بجهلِه بالعيبِ، أو أن يَزْعُمَ أنَّ العلمَ به كانَ مستحيلًا عليهِ"، ممَّا يعني أنَّ المهنيَّ المُحترفَ لا يستطيعُ الاحتجاجَ بالسَّببِ الأجنبيِّ الذي حالَ دونَ علمِه بالبياناتِ التي تُؤثِّرُ على إرادةِ المستهلكِ، وهذا ما أكَّدهُ الفقهُ أيضًا[35].

2- أن يكونَ من شأنِ العلمِ بالشُّروطِ النَّموذجيَّةِ التَّأثيرُ على إرادةِ المستهلكِ: فليسَتِ العبرةُ بعلمِ المستهلكِ بالشُّروطِ النموذجيَّةِ، وإنَّما العبرةُ بمدى تأثُّرِ عنصرِ الإرادةِ في ركنِ الرِّضا عندَ قبولِ العقدِ؛ إذ قد تكونُ هذه البياناتُ أو الشُّروطُ غيرَ ذاتِ معنًى أو غيرَ جوهريَّةٍ عندَ قبولِ المستهلكِ للتَّعاقدِ. ويُعدُّ تقديرُ جوهريَّةِ البياناتِ من مسائلِ الواقعِ التي يستقلُّ بتقديرِها قاضي الموضوعِ[36].وقد ذهبَ بعضُ الفقهِ إلى أنَّ قلَّةَ خبرةِ المستهلكِ تُحتِّمُ عليهِ، حمايةً لمصلحتِه، أن يستعلمَ عن كلِّ ما يتعلَّقُ بإرادتِه ويرتبطُ بحقوقِه والتزاماتِه، فإن لم يفعلْ، يُعدُّ متنازلًا عن ممارسةِ حقِّه، ويُفترضُ أنَّ العقدَ مطابقٌ لإرادتِه، ومن ثمَّ لا يحقُّ له الاحتجاجُ بجوهريَّةِ هذه البياناتِ أو الادِّعاءُ بجهلِه بها، للتوصُّلِ إلى عدمِ نفاذِها بحقِّه. وهذا تطبيقٌ للمادَّةِ (2/81) من القانونِ المدنيِّ العراقيِّ.في المقابلِ، ذهبَ آخرونَ إلى عدمِ اعتبارِ السكوتِ قبولًا؛ لأنَّ الأصلَ أنَّهُ لا يُنسبُ للسَّاكتِ قولٌ، والقولُ بخلافِ ذلكَ يُفضي إلى التزامِ المستهلكِ بشرطٍ مألوفٍ لم يكنْ ليَلتزمَ به لو علمَ بوجودِه[37]. ونحنُ نرى وجاهةَ هذا الرَّأيِ، خاصَّةً وأنَّ التَّعبيرَ عن القبولِ يتمُّ بطريقتينِ: إمَّا بشكلٍ صريحٍ، كاللفظِ أو الكتابةِ أو الإشارةِ، وإمَّا بشكلٍ ضمنيٍّ يُستفادُ من الظُّروفِ الإيجابيَّةِ، أمَّا السُّكوتُ فهو موقفٌ سلبيٌّ لا يُمكنُ عدُّه موقفًا إيجابيًّا يُحمَلُ على القبولِ، كما أشارتْ إليهِ المادَّةُ (1120) من القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ، بعدمِ اعتبارِها السُّكوتَ قبولًا.ويُلاحظُ أنَّ إلزامَ المستهلكِ بالاستعلامِ يُمكنُ القولُ بمجانبتِه للصِّحَّةِ فيما استندَ إليهِ من حججٍ؛ لأنَّ الأصلَ هو التزامُ الشَّخصِ بما تمَّ الاتفاقُ عليهِ فعلًا، وبما ثبتَ انصبابُ رضاهُ عليهِ بالذَّاتِ، لا بما يُفترضُ فيه ذلك. ومن جهةٍ أخرى، فإنَّ فرضَ سريانِ الشُّروطِ النَّموذجيَّةِ بحقِّ المستهلكِ، سواءٌ على أساسِ عدِّ عقودِ الاستهلاكِ من عقودِ الإذعانِ أم لا، هو قولٌ محلُّ نظرٍ؛ ذلك أنَّ وصفَ هذه العقودِ بعقودِ إذعانٍ يعني عدمَ وجودِ تطابقٍ حقيقيٍّ بين إرادتَي طرفيها، وأنَّ العقدَ يتعلَّقُ بسلعٍ أو خدماتٍ محلِّ احتكارٍ، وحتَّى على فرضِ وجودِه، فإنَّهُ لا ينصرفُ إلَّا إلى أمرِ التَّعاقدِ بحدِّ ذاتِه دونَ شروطِه.

كذلك فإنَّ قلَّةَ خبرةِ المستهلكِ تُوجبُ من بابِ أولى عدمَ فرضِ لزومِ قيامِه بالاستعلامِ عن هذه الشُّروطِ حمايةً لمصلحتِه؛ لأنَّهُ أصلًا لا يكونُ قادرًا على تقديرِ وجودِها ومدى أهميَّتِها، وما يُمكنُ

أن تفرضَهُ عليهِ من التزاماتٍ، وهو بخلافِ ما يمتازُ بهِ المهنيُّ المُحترفُ في مجالِ خبرتِه وتخصُّصِه. وهذا ما أكَّدهُ بعضُ الفقهِ، إذ ذهبَ إلى أنَّ الاستعلامَ المطلوبَ من المتعاقدِ قد يكونُ مستحيلًا، بحيثُ يكونُ جهلُ المتعاقدِ بهذه المعلوماتِ جهلًا مبرَّرًا ومشروعًا، يُبرِّرُ التزامَ المهنيِّ المُحترفِ بالإفصاحِ عنها، ويُوجِبُ عليهِ واجبَ التَّبصيرِ من باب أولى، وفقًا لمبدأ: "المهنيُّ المُحترفُ يعلمُ أكثر"[38].

3- **جهلُ المستهلكِ بالمعلوماتِ:** لا شكَّ أنَّ الالتزامَ بالتَّبصيرِ وُجِدَ لكي يستفيدَ منهُ المستهلكُ الجاهلُ بالتَّعاقدِ، وهذا هو السَّببُ في توفيرِ الحمايةِ القانونيَّةِ له. وبالنسبةِ للقانونِ المدنيِّ العراقيِّ، فقد نصَّ في المادَّةِ (81) على إمكانيَّةِ العلمِ للمستهلكِ، وهو ما سارَ عليهِ بالنِّسبةِ لعقدِ الإذعانِ والتَّأمينِ.أمَّا القضاءُ العراقيُّ بهذا الصَّدد، فربَّما لا تجدُ المحكمةُ في الشُّروطِ الواردةِ في عقدِ الإذعانِ ما يستوجبُ الإعفاءَ منها؛ وبهذا قضتْ محكمةُ التَّمييزِ سنة 1969 بأنَّهُ: "إذا كانَ في عقدِ الإذعانِ شرطٌ لا يُعدُّ تعسُّفيًّا، فلا يستوجبُ الإعفاءَ منهُ عملًا بالمادَّةِ (167)، ما دامتْ واضحةً ودقيقةً، فإنَّها تفرضُ نفسَها على محكمةِ الموضوعِ، التي لا يمكنُ لها تجاهلُ هذه الشُّروطِ دونَ أن تُعرِّضَ أحكامَها للنقضِ".كما أكَّدَ القضاءُ العراقيُّ أنَّ اتفاقَ الطَّرفينِ على المستندِ اللاحقِ وسريانَ آثارِه، يجعلُهُ بما وردَ فيهِ من شروطٍ جزءًا من التَّعاقدِ، ولا يُمكنُ بعدَ ذلكَ لأيٍّ منهما أن يدَّعِيَ عدمَ علمِه به؛ وبناءً على ذلكَ، قضتْ محكمةُ تمييزِ العراقِ في قرارٍ لها بأنَّهُ: "...لا يُسمَعُ قولُ المؤمنِ لها بعدمِ الاعتدادِ بالملحقِ، ما دامَ قد اعتُبرَ جزءًا من عقدِ التَّأمينِ"[39]. وبالتَّالي، فإنَّ القضاءَ العراقيَّ يذهبُ إلى افتراضِ العلمِ، لا إلى العلمِ الحقيقيِّ (التبصير).

وأمَّا القانونُ المدنيُّ المصريُّ، فقد نصَّ على إمكانيَّةِ العلمِ بالنِّسبةِ لعقدِ التأمينِ والإذعانِ، وهو ما سارَ عليهِ القضاءُ المصريُّ أيضًا[40].وأمَّا القانونُ المدنيُّ الفرنسيُّ، فلم يُخصِّصْ نصًّا محدَّدًا لإمكانيَّةِ علمِ المتعاقدِ بالشَّرطِ، وإنَّما أوجبَ التَّبصيرَ في المادَّةِ (1119) منه، على أنَّهُ: "ليسَ للشُّروطِ العامَّةِ التي يتمسَّكُ بها أحدُ الأطرافِ أيُّ أثرٍ إزاءَ الطَّرفِ الآخرِ، إلَّا إذا تمَّ تبصيرُ هذا الأخيرِ بها، وقامَ بقبولِها".وبالنسبةِ لموقفِ القوانينِ المُقارنةِ من الالتزامِ بالتَّبصيرِ، فقد أكَّدَ عليهِ القانونُ المصريُّ الخاصُّ بحمايةِ المستهلكِ لسنة 2006، وكذلك قانونُ حمايةِ المستهلكِ الفرنسيُّ، إذ ألزمَ المهنيَّ المُحترفَ بتبصيرِ المستهلكِ بشروطِ التَّعاقدِ.أمَّا بالنسبةِ لقانونِ حمايةِ المستهلكِ العراقيِّ، فلم يتضمَّنْ تبصيرَ المستهلكِ بشروطِ التَّعاقدِ، على الرَّغمِ من أنَّ المادَّةَ (6) منهُ قد أوجبتْ تبصيرَ المستهلكِ بمعلوماتِ محلِّ العقدِ، دونَ أن تُشيرَ إلى شروطِ التَّعاقدِ. ومن هنا، ندعو المشرِّعَ العراقيَّ إلى مدِّ نطاقِ هذا الالتزامِ ليشملَ شروطَ العقدِ، لا محلَّهُ فقط.

ثانيًا: تصحيح العقد:

تتضمَّنُ فكرةُ "إحياء العقد الميِّت" (تصحيح العقد) ثلاثَ وسائلَ لإنقاذِ العقودِ من البُطلان، وهي: استبعادُ الجزءِ الباطلِ، أو استبدالُه، أو الإضافةُ إليه. وتنصبُّ دراستُنا على الوسيلة الأولى، وهي استبعادُ الجزءِ الباطلِ، وبناءً عليه، فإنَّ فكرة إحياءِ العقودِ الميِّتة تتمُّ عن طريقِ استبعادِ الشَّرطِ النموذجيِّ الذي ألِفَه المهنيُّ المحترفُ بإدراجه في عقود الاستهلاك، ويتمُّ هذا الاستبعادُ بطريقين:

الاستبعاد بحكمِ الاتِّفاق؛
والاستبعاد بحكمِ القانون.
وقبلَ الغوصِ في أعماقِ البحث، يجبُ الإجابة عن تساؤلٍ أثار خلافًا حادًّا بين الفقهاء والباحثين، وهو: هل يجوزُ تعديلُ الشَّرطِ التعسُّفيِّ، بدلًا من تطبيقِ أحكامِ انتقاصِ العقد؟
في هذا السِّياق، ظهرت وجهتان فقهيَّتان:
الرَّأي الأوَّل: يُجيزُ تعديلَ الشُّروط النموذجيَّة التعسُّفيَّة بما يُعيد التَّوازنَ العقديَّ بين طرفي العقد، ويُراعِي مصلحةَ المستهلك دون المساس بجوهر العقد[41].
الرَّأي الثَّاني: يرفضُ تعديلَ هذه الشُّروطِ، ويُفضِّل استبعادَها؛ لأنَّ التَّعديل يُحقِّقُ حمايةً شكليَّة لا موضوعيَّة. فهذه الشُّروط وُصِفتَ بالتعسُّفيَّة؛ لأنَّها تَحمِلُ ميزةً فاحشةً لشارطها، ولو كانت معنويَّةً غيرَ ماديَّة. كما أنّ تعديل هذه الميزة لا يُزيل العنصرَ الثَّانيَ من عناصرِ التعسُّفيَّة، والمتمثِّل في النُّفوذِ والقوَّةِ الاقتصاديَّة لمن اشترطها، أو جَعلَ من اشتراطِها أمرًا مألوفًا في عقودٍ معيَّنة، ممَّا يجعلُ التَّعديل غيرَ ذي جدوى فعليَّةٍ للمستهلك. وبالتَّالي، فإنَّ المستهلكَ سيكونُ مضطرًّا غالبًا للرُّضوخِ لما يقدِّمُه المهنيُّ المحترفُ، وسيرضخُ للتَّعديلات، ولو كانت شكليَّة؛ لأنَّه إنْ قَبِلَ بالشُّروطِ منذ البداية، فمن باب أولى سيَقبلُ بما يُطرَحُ عليه من تعديلاتٍ، ولو كانت طفيفةً تُقلِّلُ من اختلال التَّوازن دون أن تُزيلَه.ومن هنا، فإنّ البطلانَ الذي جاءت به التَّشريعاتُ المقارنةُ هو بطلانٌ مطلقٌ، لا يحتاجُ إلى النَّظر في بقيَّة شروط العقد أو نيَّة الطَّرفين. ويبدو أنَّ ما ذهب إليه أصحابُ هذا الاتِّجاه فقهًا وتشريعًا هو الأقربُ للواقع؛ إذ لا يُمكنُ تصوُّرُ أنَّ المستهلكَ يكونُ على إلمامٍ كافٍ بمدلول وأبعاد الشَّرط الذي تَعاقَدَ عليه، ومن ثَمَّ يُحدِّدُ ما هو في مصلحته، فيطلبُ الإبقاءَ عليه أو تعديلَه. فلو كانت هذه الإمكانيَّةُ متوفِّرةً للمستهلك، لَمَا كانتْ هناك حاجةٌ إلى توفير حمايةٍ له، ما دام قادرًا على التَّمييز بين ما يُحقِّق مصلحتَه وما يَتعارَضُ معها.
كما أنَّ المشرِّعَ الفرنسيَّ، عندما استخدم عبارة "كأن لم يكن، كأن لم يُكتب"، لم يَقصِدْ بها اعتبارَ الشَّرط باطلًا بطلانًا مطلقًا فحسب، بل أراد الإيحاءَ إلى أنّ هذا الشَّرطَ لا يُنتِجُ أيَّ أثرٍ، سواءٌ باعتباره تصرُّفًا أو واقعةً قانونيَّةً، على خلاف ما هو معروفٌ من ترتيب بعض التصرُّفات الباطلة لآثار قانونيَّة[42].إضافةً إلى ذلك، فإنَّ إطلاقَ سريانِ الحكم العامِّ في النُّصوص التَّشريعيَّة التي عالجتْ أمرَ الشُّروط التعسُّفيَّة في عقود الإذعان على كافَّة أنواع العقود هو أمرٌ غيرُ دقيق، خاصَّةً في ظلِّ بقاء النُّصوصِ الواردةِ في القواعد العامَّة على حالها، وهي - كما رأينا- قاصرةٌ عن حماية المستهلك؛ إذ إنَّ عقودَ الاستهلاك لا تُعدُّ من عقود الإذعان التي يجوزُ تعديلُها طبقًا للمادَّة (149) من القانون المدنيِّ المصريِّ، والمادَّة (167) من القانون المدنيِّ العراقيِّ[43].
لذلك، نُرجِّحُ موقفَ القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ في المادَّة (1171)، وهو ما ذهبتْ إليه القوانينُ الخاصَّة بحماية المستهلك، كقانون حماية المستهلك الفرنسيِّ لسنة 1993[44]، وقانونِ حمايةِ

المستهلكِ المصريِّ لسنة 2006[45]؛ إذ نصَّتْ على استبعاد الشَّرطِ بحكم القانون، دون الدُّخول في إمكانيَّة تعديلِه.كما أنَّ تحديدَ هذه الحمايةِ بسُلطة القاضي، من حيث إمكانيَّة تعديلها أو إلغائها، يجعلُها مقيَّدةً بهذه السُّلطة، ومشروطةً برفع الدَّعوى أمام القضاء، وهو ما يجعلُها قاصرةً على المستهلكين الذين يلجؤون إلى القضاء دون غيرهم، ممَّا يَحصُرُها في نطاقٍ ضيِّقٍ، خاصَّةً إذا ما لاحظْنا قلَّة لجوءِ المستهلكين إلى القضاء، مقارنةً بالممتنعين عن ذلك[46].

فضلًا عن ذلك، فإنَّ من شأن تعديلِ الشَّرطِ النموذجيِّ من قبلِ القضاءِ أن يُحوِّلَه إلى سلطةٍ تشريعيَّةٍ في تحديد ما إذا كان الشَّرطُ تعسفيًّا أم لا، وفي ذلك مجاوزةٌ للسُّلطاتِ الثَّابتة للقضاء، التي تَقتصِرُ على تفسيرِ العقدِ، وتكميلِه، وتكييفِه[47].

الخاتمة

في ختامِ هذا الموضوع، واستنادًا إلى ما تمَّ عرضُه وتحليلُه من إشكاليَّات الشُّروط النَّموذجيَّة في عقود الاستهلاك، يمكنُ تلخيصُ أهمِّ النَّتائج التي توصَّلتْ إليها الدِّراسة، مع تقديمِ أبرز التَّوصيات التي يُستحسَنُ الأخذُ بها لتعزيز حماية المستهلك غير المهنيِّ:

أوَّلًا: النَّتائج:

1- قصورُ نظريَّة انتقاصِ العقد في مواجهة الشُّروط النموذجيَّة: إنَّ تطبيقَ نظريَّة انتقاصِ العقد، التي تقومُ على نيَّة المتعاقدين، لا يُعدُّ مُجْديًا في معالجةِ الشُّروطِ النموذجيَّة، بخلاف فكرة تصحيحِ العقدِ عن طريق استبعادِ الشَّرط النموذجيِّ بحكم القانون، والتي تُسهم في الحفاظِ على العقدِ من البطلان. كما أنَّ إبطالَ الشَّرط ليس الأثرَ الوحيدَ لحماية المستهلك، بل هناك أثرٌ بالغُ الأهميَّة يتمثَّل في جبرِ الضَّرر الذي لَحِقَ بالمستهلك، عن طريق التَّنفيذ العينيِّ، في حالِ استحالتِه أو تَرتُّبِ إرهاقٍ على المهنيِّ المحترف، وعن طريقِ التَّعويضِ العينيِّ القانونيِّ (كالاستبدال أو الإصلاح)، وإن تعذَّر ذلك أو لم يكن نافعًا للمستهلك، يُصارُ إلى التَّعويضِ النقديِّ الذي يُقدِّره القاضي.

2- إمكانيَّة سريانِ الشُّروط النموذجيَّة: رغمَ عدمِ ذكْرِها صراحةً في العقد يمكنُ إعمالُ الشُّروطِ النموذجيَّة، حتَّى وإن لم تُذكَرْ صراحةً في العقد، في حال وجودِ تعامُلاتٍ سابقةٍ بين المتعاقدين تَحكُمُها ذاتُ الشُّروطِ المرادِ الاحتجاجُ بها، أو إذا كانت هذه الشُّروطُ قد تَمخَّضتْ عن منفعةٍ للمستهلك، أو إذا تمَّ تبصيرُ المستهلكِ بها، وكانت غيرَ تعسُّفيَّة، وغيرَ مخالفةٍ للنِّظام العامِّ والآداب.

3- التَّمييز بين الإدراج الصَّريح والضِّمنيِّ للشُّروط النموذجيَّة: قد يتمُّ إدراجُ الشُّروط النموذجيَّة بطريقتين:

الإدراج الصَّريح: بذكرِها في العقد بشكلٍ واضحٍ وبارزٍ ومقروء، وفي هذه الحالة تسري على المستهلكِ بشرط ألَّا تكونَ تعسُّفيَّة، وأن يُثبِتَ المهنيُّ المحترفُ اطِّلاعَ المستهلكِ عليها بعد أن قامَ بتبصيرِه بها.

والإدراج الضمنيّ: وفي هذه الحالة تُهمَلُ الشُّروطُ، حتَّى وإن لم تكن تعسُّفيَّةً أو مخالفةً للنِّظام العامِّ والآداب، ما لم يُثبِت المهنيُّ المحترفُ أنَّه قامَ بتبصيرِ المستهلكِ بها.

4- عدم التَّكافؤ في العقود الدَّوليَّة المتضمِّنة شروطًا نموذجيَّة: تُبرَمُ العقودُ الدَّوليَّةُ التي تتضمَّنُ شروطًا نموذجيَّةً بين أطرافٍ تختلفُ مصالحُهم الاقتصاديَّة وتتعارَضُ أحيانًا، وهو ما ينشأ نتيجةً لغياب التَّكافؤ بين المتعاقدين، ممَّا يُعزِّز الحاجةَ إلى حماية الطَّرف الأضعف، وهو المستهلِكُ غيرُ المهنيِّ.

ثانيًا: التَّوصيات:

1- إعادةُ تعريفِ المستهلِكِ في التَّشريع العراقيِّ: نوصي المشرِّعَ العراقيَّ بإعادة النَّظرِ في تعريف "المستهلِك" الواردِ في قانون حماية المستهلك؛ إذ جاء بصيغةٍ عامَّةٍ تشملُ جميعَ الأشخاص، سواءٌ أكانوا عاديِّين أم مهنيِّين، مع التَّركيز على "فعل الاستهلاكِ الماديِّ". ونقترحُ تبنِّيَ اتِّجاهٍ وسطٍ في تحديدِ مفهومِ المستهلك، يتمثَّلُ في وصفه بـ"غير المهنيِّ"، وذلك بالاعتماد على مهنة الطَّرفين، بما يضمنُ حصرَ الحماية في الفئة الأضعف تعاقديًّا.

2- تعديلُ تعريفِ المهنيِّ أو المجهِّز – كما أسماه المشرِّعُ العراقيُّ- في المادَّة (6/1) من قانون حماية المستهلك، ونصُّها: "المجهِّز: كلُّ شخصٍ طبيعيٍّ أو معنويٍّ، منتِجٍ، أو مستورِدٍ، أو مصدِّرٍ، أو موزِّعٍ، أو بائعِ سلعةٍ، أو مقدِّمِ خِدمةٍ، سواءٌ كانَ أصيلًا أم وسيطًا أم وكيلًا". نقترح تعديل نصِّها ليكون كما يلي: "المُجهِّز: كلُّ شخصٍ طبيعيٍّ أو معنويٍّ، يُمارِسُ على وجهِ الاحترافِ نشاطًا ما، متعلِّقًا بإنتاج السِّلع أو توزيعِها، أو التَّعاملِ بالأموال، أو يكونُ في مركزٍ يَفوقُ مركزَ المستهلِكِ المقابِلِ له من النَّاحيةِ العلميَّة أو التقنيَّة أو الفنيَّة". وذلك بهدف قصر صفةِ المهنيِّ على المحترف الذي يتمتَّع بمركزٍ معرفيٍّ أو فنيٍّ متفوِّقٍ على المستهلك، بما يشملُ جميعَ عقودِ الاستهلاك.

3- اعتمادُ أسلوبِ القوائمِ في تحديد الشُّروط التعسُّفيَّة: نظرًا لغموض مفهوم "الشَّرط التعسُّفيِّ" وصعوبةِ تعريفه، نوصي بعدم إيراد تعريفٍ جامدٍ له، والاكتفاءِ باتِّباع أسلوبِ القوائمِ كما فعلت التَّشريعاتُ الحديثةُ، مع تخويل لجنةٍ مختصَّةٍ لمراجعةِ هذه القوائمِ وتحديثِها دوريًّا، وإنشاءِ قائمةٍ سوداءَ للشُّروط التعسُّفيَّة تُذكَرُ فيها على سبيل الحصر، ويجبُ على القاضي الحكمُ بتعسُّفِها دون إمكانيَّة نفْي ذلك، وإنشاءِ قائمةٍ رماديَّةٍ تُذكَرُ فيها الشُّروطُ التعسُّفيَّة على سبيل المثال، ويكونُ للقاضي سلطةٌ تقديريَّةٌ في اعتبارها تعسُّفيَّةً أو لا، ويَحقُّ للمهنيِّ المحترفِ إثباتُ عدمِ تعسُّفِها. وفي حال اعتبار الشَّرطِ تعسُّفيًّا، يَبطُلُ وحدَه دون أن يؤثِّر ذلك على العقد ككلٍّ، ولو كان هو الباعث الأساسي للتعاقد، أسوةً بالمشرِّع الفرنسيِّ.

4- تنظيمُ سلطةِ المحكمة في تعديل وتفسير العقود النموذجيَّة: نوصي المشرِّعِينَ في العراق ومصر وفرنسا بتنظيمِ سلطةِ المحكمة عند تعديلِ العقدِ، وتفسيرِه، وتكميلِ النَّقصِ في الشُّروط النَّموذجيَّة، من خلالِ نصوصٍ تشريعيَّةٍ صريحةٍ، تضمنُ عدمَ تجاوُزِ القضاءِ لدوره التفسيريِّ إلى دورٍ تشريعيٍّ.

5- إصدار لائحةٍ تنفيذيَّةٍ لقانون حماية المستهلِكِ وتفعيلُ اللِّجانِ المختصَّة: نوصي المشرِّعَ العراقيَّ بإصدارِ لائحةٍ تنفيذيَّةٍ لقانون حماية المستهلك، تتضمَّنُ الآليَّاتِ المقترحةَ في هذه الدِّراسة، وتفعيلِ مجلس ولجان حماية المستهلك المنصوص عليها في القانون؛ لمتابعة ومراقبة السُّوق العراقيَّة باستمرار، بهدفِ حمايةِ جمهور المستهلكين من الشُّروط النموذجيَّة التعسُّفيَّة التي تتخفَّى تحت رداء المشروعيَّة.

6- تفعيل دورِ النِّقابات واللِّجان في توعية المهنيِّين المحترفين: نهيبُ بالنِّقابات المهنيَّة ولجانِ حماية المستهلكِ إصدار مذكِّراتٍ ولوائحَ توجيهيَّة للمهنيِّين المحترفين، تُلزِمُهم بالامتناع عن فرضِ التزاماتٍ على المستهلكينَ أو سلبِ حقوقِهم، من خلال عاداتٍ وأعرافٍ مهنيَّةٍ تُدرَجُ ضمنَ العقودِ باعتبارِها شروطًا مألوفة، حتى وإن لم تُذكر صراحةً أو لم يَعلَمْ بها المستهلك.

قائمة الهوامش.

(1) د.أكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري، ط2، مطبعه العاني، بغداد، 1972 ، ص112وما بعدها.

(2) حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتَّحدة للنشر، بيروت، 1980، ص85.

(3) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص60.

(4) سورة محمد، آية 17. كذلك بطرس البستاني، محيط المحيط، ط1،مكتبة لبنان، بيروت، 1998، ص312.

(5) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 2002، ص231.

(6) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرُّفات القانونيَّة، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1988، ص123.

(7) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، ط3،دون دار للنشر، بيروت، 2000، ص 254.

(8) عرب سلامة فارس، وسائل معالجة الاختلال في توازن العقود التجارية، ط1، دون ذكر الناشر، مصر،1999، ص386.

(9) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، 1991، ص55.

(10) د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص93. إذ صدر قرار من محكمه بداءة البصرة بتاريخ 2001/2/24، أجازت للأعراف التجاريَّة أن تخالف نصوص قانون التنفيذ. نقلا عن نعيم كاظم جبر، الامتيازات البحريَّة المقرَّرة على السفينة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة النهرين،2001، ص98.

(11) نص المادَّتين (149 و150) من القانون المدني المصري.

(12) عرب سلامة فارس، وسائل معالجة الاختلال في توازن العقود التجارية، مصدر سابق، ص133.

(13) د. إبراهيم سيد أحمد، الشَّرط الجزائيُّ في العقود المدنية، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص52.

(14) هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 93.

(15) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرُّفات القانونيَّة، مصدر سابق، ص211.

(16) زكي الدين شعبان، نظريَّة الشُّروط المقترنة بالعقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص21.

(17) د. منصور حاتم، العلاقة بين الشرط التعسُّفي والشرط الجزائيِّ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع4، س7، 2015، ص172.
(18) إيمان كاظم عباس، تحليل أنماط الاستهلاك، ط1،من غير الإشارة للناشر، واسط، العراق، 2012، ص10.
(19) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص20.
(20) وسار على ذلك قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 والذي نصَّ في المادَّة الأولى منه على أنَّ المستهلك هو "الشَّخص الطبيعيُّ أو المعنويُّ الذي يتزوَّد بسلعةٍ أو خدمةٍ بقصد الاستفادة منها". وعبارة (الإفادة) مبهمةٌ وغامضةٌ وعامة، فأيُّ شخصٍ يطلب سلعةً أو خدمةً يقصد الإفادةَ منها، فمن غير المتصوَّر أنَّ شخصًا يطلبُ سلعةً أو خدمةً مَن غير أن يكون قصده الإفادة منها، فالمشرِّع لم يبيِّن نوعَ الإفادةِ هل لأغراض شخصيَّة أو عائليَّة أو مهنيَّة .
(21) د .كوثر سعيد عدنان، حمايه المستهلك الإلكتروني، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، 2012، ص35.
(22) د .بدران شكيب الرفاعي، عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الكتب القانونيَّة، مصر، 2011، ص33.
(23) د. أكرم محمد حسين ، التنظيم القانوني للمهني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص26.
(24) د.علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1990، ص32.
(25) د.علاء عمر محمد، الآليَّات القانونيَّة لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونيَّة، ط1، من غير الإشارة للناشر، لبنان 2014، ص93.
(26) سميرة حسن محسن، الغبن وأثره في تعيب العقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، مج 1،ع2، 2009، ص125.
(27) د. حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص70.
(28) د. منصور حاتم، فكرة تصحيح العقد، ط1، دار شتات للنشر، مصر، 2010، ص285.
(29) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وطه البشير، مصادر الالتزام، ج1،دار الكتب، بغداد، 1986، ص123.
(30) قرار محكمة التمييز رقم 1040،ح، بتاريخ 1969/11/17، قضاء محكمة التمييز،ع4،س3، بغداد، مطبعة الحكومة، 1972، ص337.
(31) د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد،ج1،ط2، شركة الطبع والنشر الأهليَّة، بغداد، 1998، ص159.
(32) الطعن رقم 388، س 57جلسة 1989/12/12، س40،ع3، ص288. إشاره إليه د. أحمد سعيد شعلة، قضاء النقض في التأمين، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006، ص13.
(33) د. ممدوح محمد علي، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص156.

(34) وليد طعمة مفتن، الالتزام بالأعلام قبل التعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة البصرة، 2014، ص8.

(35) د. حجازي محمد، الالتزام بالإعلام، بحث منشور في مجلة جامعه الأنبار للعلوم السياسية والقانونية، ع8، س12، 2012، ص249.

(36) د. حجازي محمد، المصدر السابق، ص250.

(37) د. حمدي أحمد سعد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانيَّة، ط1، دار الكتب القانونية، مصر،2007، ص102. تطبيقا للمادة (81) من القانون المدنيِّ العراقيِّ، والمادَّة (98) من القانون المدني المصريِّ، والمادَّة (1120) من القانون المدني الفرنسي.

(38) د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط1، دار النهضة العربية، مصر،2003، ص24.

(39) قرار محكمة التمييز رقم 291، ح 1969بتاريخ17/ 8/ 1970، النشرة القضائية، ع3،س1، 1971،ص 113.

(40) نقض مدني مصري، بتاريخ 5/22/ 1969أشار إليه د. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونيَّة لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع4،س30، 1996، ص482.

(41) د .امانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط 1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010، ص239.

(42) د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتّفاقي للمفاوضات العقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص113.

(43) د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص85.

(44) تنصُّ المادة (1/132) من قانون حمايه المستهلك الفرنسي رقم 96 لسنه 1995على أنَّه "في العقود المبرمة بين المهنيِّين و غير المهنيِّين أو المستهلكين، يجوزُ مقتضى مراسيمَ من مجلس الدولة بناءً على اللجنة المنصوص عليها في المادة (2/132) وتبعًا لطبيعة السِّلع والخِدْمات، حظر أو تقييد أو تعديل الشروط المتعلِّقة بتحديد الثمن و الوفاء به، أو بمكوِّنات الشَّيء أو تسليمه، أو تبعة المخاطر ونطاق المسؤوليَّة والضَّمان، أو بشروط تنفيذ أو تجديد العقود، وذلك عندما تكون هذه الشُّروط مفروضة على غير المهنيِّين أو المستهلكين، بسبب إساءة استغلال النفوذ الاقتصاديِّ للطَّرف الآخر، و تخول الأخير مزيَّة مجحفة، و مثل هذه الشُّروط التي ترد بالمخالفة للأحكام السَّابقة، تعتبر كأن لم تكن".

(45) المادة(10) من قانون حماية المستهلك المصريِّ.

(46) د. طرح البحور، عقود المستهلكين الدوليَّة، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص34.

(47) د. عبد الفتاح بيومي، حماية المتعاقد عبر الإنترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص204.

قائمة المصادر

أوَّلًا: المعاجم اللغويَّة.

1. بطرس البستاني، محيط المحيط، ط1، مكتبة لبنان، بيروت، 1998.

ثانيًا: المصادر العربيَّة.

1. د .أكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري، ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1972.

2. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، 1980 .

3. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة،1991 .

4. د. عبد المنعم البدراوي، النظريَّة العامَّة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 2002.

5. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرُّفات القانونية، ط1،مطبوعات جامعية الكويت، 1988.

6. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، ط3، دون دار للنشر، بيروت، 2000.

7. عرب سلامة فارس، وسائل معالجة الاختلال في توازن العقود التجارية، ط1، دون الناشر، مصر،1999.

8. د. إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنيَّة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2003.

9. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

10. د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.

11. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

12. إيمان كاظم عباس، تحليل أنماط الاستهلاك، ط1، من غير الإشارة للناشر، واسط، العراق، 2012.

13. د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2007.

14. د .كوثر سعيد عدنان، حمايه المستهلك الإلكتروني، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

15. د .بدران شكيب الرفاعي، عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

16. د. أكرم محمد حسين، التنظيم القانوني للمهني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

17. د.علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1990.

18. د.علاء عمر محمد، الآليَّات القانونيَّة لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، من غير الإشارة للناشر، لبنان 2014.

19. د. حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
20. د. منصور حاتم، فكرة تصحيح العقد، ط1، دار شتات للنشر، مصر، 2010.
21. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وطه البشير، مصادر الالتزام، ج1، دار الكتب، بغداد،1986.
22. د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1،ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1998.
23. أحمد سعيد شعلة، قضاء النقض في التأمين، الإسكندريَّة، منشأة المعارف ،2006.
24. د. ممدوح محمد علي، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
25. د. حمدي أحمد سعد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
26. د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط1، دار النهضة العربية، مصر،2003.
27. د .امانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط 1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010.
28. د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقديَّة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
29. د. طرح البحور، عقود المستهلكين الدولية، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.
30. د. عبد الفتاح بيومي، حماية المتعاقد عبر الإنترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

ثالثًا: الرسائل العلميَّة.

1. نعيم كاظم جبر، الامتيازات البحريَّة المقرَّرة على السفينة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة النهرين، 2001.
2. وليد طعمة مفتن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة البصرة، 2014.

رابعًا: البحوث والمجلات.

1- د. منصور حاتم، العلاقة بين الشرط التعسُّفيِّ والشرط الجزائيِّ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع4،س7، 2015.
2- سميرة حسن محسن، الغبن وأثره في تعيب العقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، مج 1،ع2، 2009.
3- د. حجازي محمد، الالتزام بالإعلام، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم السياسيَّة والقانونيَّة، ع8،س12، 2012.
4- د. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشُّروط التعسُّفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع4،س30، 1996.