ملخص البحث

الشرط التعسفي والشرط الجزائي شروط تقترن بالعقد ، ويترتب على كل منهما إختلالاً في التوازن العقدي ، وتطبق على هذا الاختلال القواعد القانونية الواردة في القانون المدني ، إلا ان الشرط التعسفي اذا كان مقترن بعقد من عقود الاستهلاك ، فأن احكام هذا الشرط تخضع للقواعد القانونية التي جاءت بها قوانين حماية المستهلك في العراق ومصر ولبنان التي جاءت باحكام اكثر فائدة للمتعاقد الضعيف وهو المستهلك . لذا اعتبر القانون ان الشرط التعسفي يعد باطلاً وفي بعض القوانين يستبعد الشرط وحده بحكم القانون دون الاعتداد بارادة المتعاقدين وقصدهما ، كما هو في القانون الفرنسي واللبناني ، ويحكم بالبطلان من قبل المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة لطلب يقدم اليها من قبل احد اطراف العقد ، بينما في الشرط الجزائي يقتصر دور المحكمة على تعديل قيمة الشرط الجزائي بناءً على طلب يقدم من قبل الدائن أو المدين.

المقدمة

يتناول بحثنا الموسوم بـــ(العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي- دراســة مقارنــة) الشروط التعسفية والجزائية التي تقترن بالعقد ومدى نطاق العلاقة بينهما ، حيث ان كلاً منهما يؤدي الى اختلال في التوازن العقدي ، لذا يجب بيان مفهوم كــلاً منهمــا ،والاخــتلاف فــي الاحكام المتعلقة بأعادة التوازن العقدي في كلاً منهما، ومدى تطبيق القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية على الشرط التعسفي والشرط الجزائي ووجود الاحكام القانونية الــواردة فــي القوانين الخاصة التي تتعلق ببعض الشروط التعسفية ، وذلك كله من اجــل حمايــة المتعاقــد الضعيف في العلاقة العقدية التي تفتقد الى التوازن بين طرفي العقــد ، ســواء فــي الــشرط الجزائي او الشرط التعسفي.

وسيكون دراسة الموضوع أعلاه ، ضمن الاحكام القانونية الواردة في القــوانين المختــارة للمقارنة وهي القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المــصري رقــم ١٣١ لــسنة ١٩٤٨ وقانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بالاضافة الى القوانين الخاصة بحماية المستهلك وهو قانون الاســتهلاك فــي فرنــسا رقــم ٩٤٩/٩٣ في ٢٦ تموز ١٩٩٣ ، والمعدل بقــانون ١ شــباط رقــم ٩٥-٩٦ لــسنة ١٩٩٥

بالاضافة الى القانون السابق رقم ٢٣/٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ ، اما في لبنان فتم دراسة هذه الاحكام وفق قانون حماية حق المستهلك رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ ،وفي مصر على وفق قانون حماية المستهلك ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ، اما في العراق فعلى وفق قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ ، بالاضافة الى موقف الفقه والقانون المدني وبعض القرارات القضائية في هذه الدول .

اما خطة البحث فانها سنقسم البحث الى مقدمة وثلاثة مباحث ، سيخصص المبحث الاول لدراسة الشرط التعسفي وذلك ببيان مفهومه وأثر اقتران العقد به ، في مطلبين ، اما المبحث الثاني فسيكون مخصصاً لدراسة الشرط الجزائي وذلك ببيان احكامه وسلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي وذلك في مطلبين ، أما المبحث الثالث فسيكون عنوانه اهمية التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي وذلك في مطلبين الاول يخصص لدراسة المقومات المشتركة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي ، اما المطلب الثاني فسيكون عنوانه الاختلاف بينهما من حيث مدى سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي ونختم البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات بشأن موضوع البحث وكما يلي:

المقدمة

المبحث الاول : الشرط التعسفي

المطلب الاول : مفهوم الشرط التعسفي.

المطلب الثاني : اثر اقتران العقد بالشرط التعسفي .

المبحث الثاني : الشرط الجزائي.

المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي.

المطلب الثاني : سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي.

المبحث الثالث : أهمية التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي.

المطلب الأول : المقومات المشتركة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي.

المطلب الثاني: الاختلاف بينهما في مدى سلطة المحكمة في إعادة التوازن العقدي.

الخاتمة

المصادر

الخلاصة

المبحث الأول
الشرط التعسفي

ان مبدأ الرضائية يقضي بأن للإرادة دوراً في مرحلة أبرام العقد وتنفيذه وتحديد آثاره ، فللمتعاقدين أن يتفقا على إدراج الشروط التي يرونها تحقق أكبر فائدة لهما في تحقيق ما يبغيان الحصول عليه من العقد ، ولكن قد يكون احد المتعاقدين يتمتع بسلطة أو نفوذ مهني أو معرفي أو اقتصادي يجعل من الاتفاق المبرم بين الطرفين يحقق منفعة لهذا المتعاقد اكبر بكثير من المنفعة التي يحققها المتعاقد الآخر وهذا هو مضمون الشرط التعسفي . لذا نبين أولاً مفهوم الشرط التعسفي وبعدها نبين اثر إقتران العقد بالشرط التعسفي.

المطلب الأول
مفهوم الشرط التعسفي

الشرط التعسفي هو كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين والتي تكون دائما في مصلحة الطرف الذي يتمتع بالمهنية او المعرفية أو الحرفية أو النفوذ الاقتصادي [١]. وهذا التعريف نراه يتضمن كل حالة يكون فيها عدم التوازن وبغض النظر عن سببه اقتصادياً كان أم غيره . بينما قصره البعض الاخر على عدم التوازن الاقتصادي حيث ذكر انه الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الاخر [٢] . ومن الفقهاء من عرف الشرط التعسفي بأنه ((يعد الشرط تعسفياً اذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك شرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى مع حسن النية الواجب في المعاملات وهو يكون تعسفياً على الاخص إذا كان مخالفاً أو غير متوافق مع الفكرة الاساسية للتنظيم القانوني او محدداً للحقوق والواجبات الناشئة عن صيغة العقد بما يتنافى مع روح الحق والعدالة)) [٣] .

أما بشأن التشريعات فنرى بأن المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ ، لم ينص على مفهوم الشروط التعسفية أو أنواعها ولم يبين حكمها تاركاً ذلك للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تعالج الشروط التعسفية في عقود الاذعان ، بينما جاء قانون حماية حق المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ في مصر بنص واضح يمكن عده مواجهة تشريعية مباشرة للشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك إذ جاء في المادة (١٠) منه " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك

، اذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون " . في حين نظم المشرع اللبناني الشرط التعسفي تحت مفهوم البند التعسفي في المادة ٢٦ / الفقرة الاولى من قانون حماية المستهلك رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ اذ جاء فيها " تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير " ، فيما نظم المشرع الفرنسي تلك الشروط التعسفية في القانون رقم ٩٣ /٩٤٩ في ١٩٩٣/٧/٢٦ قانون الاستهلاك حيث جاء في المادة ١/١٣٢ المعدلة بموجب قانون ٩٦/٩٥ الصادر في ١٩٩٥/٢/١ ((في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو مستهلكين تعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شأنها انشاء عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد على حساب غير المهني او المستهلك)).

وقد نشأ خلاف في الفقه القانوني حول المعيار الذي يمكن من خلاله وصف الشرط أو البند بالتعسفي ، حيث ذهب جانب من الفقه الى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق والمعايير التي جاءت بها ، فعندما يتضمن موضوع الشرط احد هذه المعايير يكون شرطاً تعسفياً [٤] .

إلا ان الرأي الراجح لايميل الى هذا الرأي ، إذ يذكر في هذا الصدد ان مايتعلق بعقود الاذعان لايعد حقاً شخصياً ينطبق عليه قواعد التعسف في استعمال الحق ، لان المشترط (أي من وضع البند التعسفي) يمارس هذه السلطة من خلال الواقع وليس من خلال هذا الشخص ، لذا يذهب الرأي الراجح في الفقه الى تعسف الموقف الذي نتج عنه الاختلال في التوازن العقدي ، إذ بالرجوع الى نصوص القوانين يتضح بأن هناك معياران الأول هو المعيار الاقتصادي الذي يرتبط به حرفة أحد المتعاقدين أو مهنته والمعيار الثاني الذي يتعلق بما يحصل عليه أحد طرفي العقد من ميزة فاحشة لايمكن عادة أن يحصل عليها في هذا العقد ، لو كان الأخير خالياً من الاختلال في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد . وعلى وفق المعيار الاقتصادي نكون امام التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية والتقنية للمهني ، أي هناك إختلال ناشيء عن فرض أحد طرفي العقد شروطه على الطرف الاخر لكون الاول ذو نفوذ اقتصادي معين أو يمتلك معرفة مهنية أو تفوقاً تقنياً لايتوفر للطرف الآخر الذي يكون في حالة ضعف مما ينشأ عنه عدم التعادل أو التناسب بين حقوق والتزامات طرفي العقد [٥] .

أما المعيار الثاني وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها أحد طرفي العقد نتيجة الاختلال في التوازن بين طرفي العقد فهو يرتبط بالمعيار الأول ويكاد يكون نتيجة له ، ولكن هنا يجب

النظر الى العملية التعاقدية بمجموعها أي شروط العقد جميعاً لتحديد هذا الاختلال وأضفاء الصفة التعسفية على الشرط [٦] .

ولكن هل يمكن على وفق هذين المعيارين المتقدمين تحديد وحصر الشروط التعسفية ؟ ان المادة ١٣٢/ف١ من قانون الاستهلاك في فرنسا قد بينت الآلية التي يمكن من خلالها تحديد الشروط و البنود التعسفية ، إذ جاء فيها " ويمكن بواسطة مراسيم تتخذ بعد استطلاع رأي مجلس الدولة وبعد أخذ رأي اللجنة المشكلة على وفق الفقرة الثانية من هذه المادة ، أن تحدد نماذج البنود التعسفية بمفهوم الفقرة الاولى من هذه المادة ..... واكملت النص حول ذلك بالقول .... يتم تقدير الطابع التعسفي للبند بالرجوع الى جميع الظروف التي أحاطت بأبرام العقد وقت ابرامه وكذلك جميع بنود العقد الاخرى ، ويتم تقدير الطابع التعسفي أيضا بالنظر الى البنود التي يتضمنها عقداً آخر عندما يتعلق قانونياً إبرام هذين العقدين أو تنفيذهما الواحد بالآخر " [٧] علماً ان هذه المادة كانت نتيجة التعديل الذي حصل عليها على وفق قانون ١ شباط /١٩٩٥ وذلك بدفع من توجيه أوربي في ٥ نيسان ١٩٩٣ والذي بموجب هذا التعديل ظهرت صياغة المادة ١/١٣٢ من قانون الاستهلاك بالمضمون الذي هو عليه الآن . وعلى وفق هذا النص وبتكريس الاجتهاد الفقهي والقضائي فأنه قد تم تحديد الشروط التي يكون بموجبها البند تعسفياً ،والسلطة الممنوحة للقاضي لأعادة التوازن الى العقد ، إذ يقصد بهذه البنود هي التي يكون موضوعها اختلال التوازن بين حقوق الطرفين والتزاماتهما [٨] .

وعلى اساس ما تقدم ، جاءت الفقرة الثالثة من هذه المادة (أي ١٣٢ استهلاك فرنسي) متضمنة بحسب التعديل المشار اليه اعلاه ، لائحة غير حصرية من البنود التعسفية إذا توافرت فيها الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية على وفق الفقرة الاولى منها ، والتي من أهمها اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد . وهذه الطريقة في ذكر البنود التعسفية تتضمن إعترافاً ضمنياً للقضاء الفرنسي وفقاً للنصوص أعلاه بسلطة مستقلة في اعلان البند التعسفي ، اذ تتضمن هذه اللائحة على قائمة استرشادية وليست حصرية خاصة ان الفقرة ما قبل الأخيرة في هذه المادة قد تضمنت عبارة ((البنود التي يحكم أنها بنود تعسفية)) وهذا يعني ان هذه الفقرة تضع معياراً عاماً لمفهوم الشرط التعسفي يتمثل بكون الشرط من شأنه أن ينشأ ضد مصلحة الطرف الضعيف الذي يظهر فيه تفاوياً بين حقوقه والتزاماته مقارنة مع الجانب الآخر في العقد ، مما يتضمن خللاً مؤثراً في التوازن العقدي ، فالقاضي يستطيع ان يعلن هو نفسه ان البند الذي يخلق اختلال واضح في التوازن يعد تعسفياً حتى لو لم يكون ضمن أي مرسوم أو أي لائحة أو ملحق البنود للمادة ١٣٢ الفقرة الثالثة منها

. كما ان هذه القائمة ليست سوى بيان لكيفية حصول الاختلال فلا تعفي المستهلك من تقديم البينة على الجانب التعسفي في البند [٩].

يتضح من النصوص المتقدمة بأن معيار تعسف الفريق الأقوى إقتصادياً لم يعد هو المعيار الذي يلزم القاضي في التحقق من وجوده ، بمعنى ان غياب هذا المعيار لايحول دون وصف البند بالبند التعسفي ، إذ يكفي توافر الخلل المؤثر في التوازن الاقتصادي لإضفاء صفة التعسف على الشرط او البند ، وهذا المعيار هو معيار موضوعي أي يأخذ بعين الاعتبار بنود العقد وليس صفة المتعاقدين ، فالبند او الشرط التعسفي هو الذي يعطي لأحد الاطراف منفعة مبالغ فيها . وهذا ما أشارت اليه بوضوح الفقرة الاولى من المادة (٢٦) من قانون حماية حق المستهلك في لبنان حيث ذكرت بأن البنود التعسفية هي البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الخلل في التوازن بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير، فهنا حدد المشرع اللبناني مجموعة من الشروط غير الحصرية وصفها بالتعسف ومنها البنود النافية لمسؤولية المحترف ، أو تنازل المستهلك عن أي حق من حقوقه القانونية ، منح المحترف بصورة منفردة حق الغاء العقد غير المحدد المدة دون ابلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مدة معقولة ... وغيرها .

أما بالنسبة للمشرع المصري في المادة الثانية من قانون حماية المستهلك ، فيمكن القول بانه يأخذ على نحو غير مباشر بنظام القائمة الاسترشادية كأسلوب لتعيين الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وذلك بالنص على طائفة من الحقوق على سبيل المثال لا الحصر [١٠] . حيث اعتبر المشرع المصري هذه الحقوق حقوق اساسية للمستهلك بحيث يحظر على المهني ابرام أي اتفاق مع المستهلك من شأنه الأخلال بهذه الحقوق لان المشرع عند ذكرها فأنه لم يقصد ذكرها حصراً بدليل انه وردت عبارة ((بحقوق المستهلك الاساسية وخاصة)) في هذه المادة . وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع العراقي في المادة (٦) من قانون حماية حق المستهلك ، عندما عدد حقوق المستهلك اضافة الى تحديد مسؤولية المجهز عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته ، وذلك في المادة (٨) منه .

وأخيراً يمكن القول مما تقدم بأن التشريعات المتقدمة قد واجهت الشروط التعسفية ببيان المعايير الواجب توافرها في الشرط حتى يعد تعسفياً إلا انها تضمنت من جانب آخر حكم الشرط التعسفي واثره على العقد المقترن به . وهذا ماسنبينه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

اثر اقتران العقد بالشرط التعسفي

اتضح لنا من خلال المطلب السابق بأن الشرط التعسفي يتحقق عندما يكون اختلال بين الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد ، لذا تدخل المشرع وفقاً للقواعد العامة بتعديل الحقوق والالتزامات حتى يعاد التوازن العقدي . أما في عقد الاستهلاك فأن وصف التعسف يعتمد على وجود تحقق منفعة مبالغ فيها للمحترف، وهذا ما جعل المشرع يقضي ببطلان الشرط التعسفي سواء في التشريع الخاص بحماية المستهلك في لبنان او في مصر او في فرنسا ، أما قانون حماية حق المستهلك في العراق فلم ينص صراحة على ذلك وانما اكتفى ببيان مسؤولية المجهز عن الإخلال بواجباته وبيان واجبات المعلن ، ولكن يستشف حكم بطلان هذه الشروط على وفق القواعد العامة المتعلقة بأسباب البطلان.

وعلى هذا ، وحتى يحكم ببطلان الشرط التعسفي يجب على القاضي أن يتحقق من وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها الشرط للمحترف ، أي إن وجود البند التعسفي يعطي للمحترف وصفاً لايتحقق له بالمقارنة مع وضعه عند عدم ادراج هذا البند [١١] . فكثير من القرارات القضائية الصادرة استناداً الى قانون الاستهلاك الفرنسي قد قضت بأبطال الشروط التعسفية حماية للطرف الضعيف كما هو الحال في إبطال البنود الواردة في عقود بين نفطيين وضخاخين التي تنص على رد البراميل المعارة للضخاخ عيناً [١٢] .

أما أثر اقتران عقد الاستهلاك بالشرط التعسفي ، فنرى بأن المشرع اللبناني في المادة (٢٦) منه التي سبق ذكرها ، قد نصت على ان البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً على ان تنتج احكام العقد الاخرى كافة آثارها . وهذا يعني ان البطلان قاصر على الشرط دون ان يؤثر على العقد المقترن به . في حين ان المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك قد نص على هذا الجزاء بصورة اكثر وضوحاً واكثر فائدة للمستهلك حيث اعتبرت المادة (١٣٢) الفقرة الاولى منها ، إن ((البنود التعسفية تعد كأنها غير مكتوبة ويبقى العقد قابلا للتطبيق في جميع احكامه غير تلك التي اعتبرت تعسفية اذا كان استمراره ممكناً من دون هذه البنود)) وهذا ما تضمنه بوضوح قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الدائرة التجارية في ١٠/٢٢/ ١٩٩٦ ((ان إشتراط المدين اعفاءه من المسؤولية الناشئة عن اخلاله بألتزام اساسي يجب اعتباره كأنه غير مكتوب لانه يتناقض ومدى تعهد اتخذه هذا المدين)) [١٣] وبذات الاتجاه قضت في قرار آخر ((يجب أن يستبعد قضاة الموضوع بنداً تعاقدياً يتعارض مع التوازن الاقتصادي للاتفاقية)) [١٤] .

وبطلان الشرط اعلاه يتعلق بالنظام العام الاقتصادي الذي يمكن أثارته من كل صاحب مصلحة ويستطيع القاضي اثارته من تلقاء نفسه لان المشرع هدف الى حماية فئة المستهلك وهي فئة أدنى تجاه المتعاقد المحترف وإحلال المساواة في الروابط التعاقدية عندما تكون مصلحة احد الفرقاء مهددة وهي هنا مصلحة المستهلك [١٥] .

وحماية النظام العام بأستبعاد الشرط التعسفي من العقد والابقاء على العقد مرتباً لآثاره ، هو تغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل جزئياً ، يتحقق بأثارة الطابع التعسفي للشرط من قبل قاضي الموضوع من تلقاء نفسه دون حاجة لأقترانه بطلب أحد اطراف الدعوى وهذا ما تضمنه قرار (OCEANO) بتاريخ ٢٧ حزيران ٢٠٠٠ الصادر من محكمة العدل الاوربية يتضمن صراحة ذلك ، وفي وقائع القضية [١٦] إن عدداً من المواطنين الأسبان أبرموا كل منهم لأهداف شخصية ، عقد شراء موسوعات بالتقسيط ، وقد تضمنت كل العقود التي أبرموها بنداً يحدد صلاحية الفصل في أي نزاع ينشأ عن هذه العقود لمحاكم برشلونة التي لم تكن موطناً لأي مشترٍ ولكن يوجد في نطاقها مركز الشركات البائعة . عند عدم دفع الأقساط المستحقة أقامت الشركات الدعوى امام محاكم برشلونة ، فقررت الأخيرة التوقف عن البت في النزاع على اساس الشك في اختصاصها في أثارة الطابع التعسفي للبند ، واذا كان بأمكان القاضي الوطني أثارة الطابع التعسفي لبند موضوع تحت تقديره . أصدرت محكمة العدل الاوربية قراراً بشأن ذلك ، حيث اعطت الاختصاص لمحاكم برشلونة في النظر في الدعوى حيث محل اقامة الشركات البائعة ، وبمقتضى القانون الاسباني يعد بنداً تعسفياً كل بند يُدرج في العقود المبرمة بين المستهلك والممتهن ويعطي صراحة الاختصاص الى محكمة اقامة المستهلك أو محل تنفيذ التزامه ويقضي اعتباره تبعاً لذلك بنداً غير مكتوب ومن ثم لمحاكم الموضوع أي للقاضي الوطني الاسباني أثارة الطابع التعسفي للبند .

وقد تكرس مضمون القرار أعلاه في قرارات عدة صدرت لاحقاً من المحاكم الفرنسية . أعطت الحق للقاضي في إثارة الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه وهو ماتضمنته المادة ١/١٣٢ التي قضت بأن البند التعسفي يعد غير مكتوب وهذا مايسمح بترجيح مصلحة المستهلكين بمواجهة المحترفين والممتهنين في حال طلبوا تنفيذ هذا البند وهذا هو هدف قوانين حماية المستهلك [١٧] .

يتضح من النصوص القانونية الواردة اعلاه في اطار التشريعات الخاصة بحماية حق المستهلك في لبنان وفرنسا إنه يترتب على توفر الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك بطلان هذا الشرط واستبعاده بحكم القانون دون النظر الى ما ستتجه اليه إرادة المتعاقدين أو احدهما ، ويهدف ذلك الى توفير أكبر حماية للمستهلك بالابقاء على العقد مرتباً لاثاره والحصول

على المنفعة المبتغاة منه رغم مخالفة جزء منه للنظام العام وحتى يتجنب الطرف الضعيف الضرر الذي يصيبه عند الحكم ببطلان العقد بأكمله . بينما المشرع المصري في قانون حماية المستهلك نص في المادة العاشرة منه على بطلان الشرط التعسفي دون ان يبين مصير العقد المقترن به أي أنه يجب الأخذ بقصد المتعاقدين أو أحدهما عند إستبعاد الشرط التعسفي في حين لم ينص المشرع العراقي في قانون حماية حق المستهلك على نص خاص بحكم الشرط التعسفي المقترن بعقد الاستهلاك وانما رتب مسؤولية المعلن او المجهز ومكتفيا بذلك بالقواعد العامة التي تنظم المسؤولية والقواعد العامة المتعلقة بأقتران العقد بشرط مخالف للنظام العام او الاداب التي تقضي بها المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي الفقرة الثانية منها [١٨] .

يتضح مما تقدم في هذا المبحث ، أن البطلان هو مصير الشرط التعسفي الذي يقترن بعقد الاستهلاك في جميع القوانين. ويستبعد الشرط بحكم القانون في بعض القوانين ويتوقف إستبعاده والأبقاء على العقد على قصد المتعاقدين في قوانين أخرى . ولكن صفة التعسف لاترتبط بالشرط الذي يقترن بعقد الاستهلاك فقط وانما يمكن ان يكون في عقود الأذعان التي لايمكن وصفها عقود استهلاك أي لاتتوافر فيها الشروط التي حددها القانون لذلك . فأختلال التوازن لايقتصر على عقد الاستهلاك وانما يمكن ان يكون في صورة عقد آخر ، وعندها يخضع للقواعد العامة التي تنظم عقود الاذعان وفقا للمادة ١٦٧ / ٢ قانون مدني عراقي والمادة ١٤٩ قانون مدني مصري ولكن هل يمكن ان يتصف الشرط الجزائي بالتعسف وتنطبق عليه احكام الشرط التعسفي أم يبقى مجرد شرط جزائي يخضع للانقاص والزيادة بحسب الحالات التي جاء بها المشرع ؟ هذا ماسنراه في المبحث القادم .

المبحث الثاني
الشرط الجزائي

الشرط الجزائي إتفاق يحدد بموجبه الطرفان مقدماً المبلغ الذي يجب على المدين أن يدفعه اذا لم ينفذ التزامه أو عقده بعد ميعاده [١٩] . والأصل في هذا الشرط هو تنفيذه كما اتفق عليه الطرفان أي يجب على المدين دفع ما التزم به بموجب هذا الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي ، إلا في حالات معينة اجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي بأنقاصه او بزيادته حسب الاحكام التي جاء بها المشرع . لذا نبحث في مطلب أول أحكام الشرط الجزائي وفي مطلب ثاني سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الأول
أحكام الشرط الجزائي

في بعض الحالات قد يحدد المتعاقدان مقدماً في أحد بنود العقد مقدار التعويض الذي يجب على المدين ان يدفعه الى دائنه في حالة عدم تنفيذه لالتزامه او في حالة التأخر في تنفيذه ، وهذا الشرط صحيح وملزم لكونه غير مخالف للنظام العام وهو يتضمن تعويضاً اتفاقياً يقدره المتعاقدان ويتفقا عليه ، وكذلك سمي بالشرط الجزائي لان مبلغ التعويض يقدره المتعاقدان جزافاً وقد يكون في اغلب الحالات اكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخر فيه فهو اتفاق يتعهد به المدين مقدما وبشكل جزافي بدفع مبلغ من المال معين في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه او تأخره في تنفيذه [٢٠] وسبب استحقاق التعويض هنا ليس هو الشرط الجزائي وانما التعويض ينشأ عن العقد لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي او التأخر في تنفيذه ، اما الشرط الجزائي فهو مجرد تقدير لهذا التعويض مقدماً يتفق عليه المتعاقدان في العقد [٢١] .

وشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض ، أي وجود خطأ من المدين يتمثل بعدم تنفيذ التزامه او التأخر فيه وضرر يصيب الدائن نتيجة ذلك وعلاقة سببية على الخطأ والضرر أي ان الضرر الذي يصيب الدائن ناشئ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخر فيه اما الشرط الرابع فهو يجب ان يوجه الدائن اعذار لمدينه بوجوب تنفيذه التزامه ....

ويلاحظ بان القانون المدني قد تطرق الى الشرط الجزائي في المادة (١٧٠) منه اذ جاء فيها ((١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ ، ٢٥٦، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . ٢- ولايكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة . ٣- أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلايجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً)) . اما القانون المدني المصري فقد جاء بهذه الاحكام المتقدمة بثلاث مواد هي ٢٢٣، ٢٢٤ ، ٢٢٥ [٢٢] .

اما قانون العقود والموجبات اللبناني فيسمي التعويض الاتفاقي بـ (التعيين بالاتفاق أو البند الجزائي) وقد نظم الاحكام المتعلقة به في المادتين ٢٦٦ و ٢٦٧ [٢٣] .

بينما القانون المدني الفرنسي فقد جاء بذات الاحكام المتقدمة في المواد ١٢٢٦ الى المادة ١٢٣١ بالاضافة الى المادة ١١٥٢ منه . وقد اطلق المشرع الفرنسي على التعويض الاتفاقي مصطلح ((البند الجزائي)) فقد جاء في المادة ١٢٢٦ تحديد لمعنى البند الجزائي اذ نصت على ((البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه ، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية ، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ)).

فهذه المادة قد حددت ايضا تبعية الشرط الجزائي للالتزام الاصلي ، فالغاية التي يقصدها المتعاقدان ليست الشرط الجزائي وانما وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه فهو مجرد تعويض قدره المتعاقدان مسبقا قبل وقوع الاخلال . اما المادة ١٢٢٧ منه فقد رتبت على هذه التبعية ، بطلان البند الجزائي عند بطلان الالتزام الأصلي المترتب في ذمة المدين والذي بمناسبته أُشترط البند الجزائي ، اذ جاء فيها ((يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان البند الجزائي ولايؤدي بطلان هذا الأخير الى بطلان الالتزام الاصلي)) وايضا اكد الشطر الأخير من هذه المادة على ان التابع هو البند الجزائي لذا فعدم مشروعيته لايؤثر على الالتزام الاصلي اذ يمكن سقوط الفرع وبقاء الاصل قائما لكن العكس غير جائز . ومادام الاصل هو الالتزام الاصلي اذ يحق للدائن بدلاً من المطالبة بتنفيذ الالتزام الاصلي وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٨ . وكذلك جاءت بهذه الاحكام المادة ١٢٢٩ الذي منعت على الدائن الجمع بين تنفيذ الالتزام الاصلي والبند الجزائي معاً اذ جاء فيها ((١- ان البند الجزائي هو تعويض عن العطل والضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الاصلي . ٢- لايحق للدائن المطالبة بالالتزام الاصلي وبالجزاء في آن واحد معاً ، ما لم يكن مشترطاً لمجرد

التأخير في تنفيذه)). اما المادة ١٢٣٠ فقد بينت بوضوح وجوب توجيه الدائن لمدينه اعذار بوجوب تنفيذ الالتزام الاصلي فقد نصت على انه ((سواء تضمن ام لم يتضمن الالتزام الاصلي أجلاً يفترض ان يتحقق الالتزام خلاله فأن الجزاء لايفرض إلا بعد توجيه الانذار الى من التزم بالتسليم او بالتسلم أو بالعمل)).

بينما أجازت المادة ١٢٣١ للقاضي ان يخفض قيمة التعويض الاتفاقي في حالة تنفيذ المدين لالتزامه جزئياً إذ جاء فيها ((يحق للقاضي في حال تنفيذ التعهد تنفيذا جزئيا ان يخفض الجزاء المتفق عليه حتى من تلقاء نفسه بنسبة استفادة الدائن من التنفيذ الجزائي ودون اخلال بتطبيق احكام المادة ١١٥٢ وكل نص مخالف يعتبر كأنه لم يكن)).

رأينا من خلال الاحكام القانونية التي تضمنتها النصوص القانونية بأن للمحكمة دوراً في اعادة التوازن العقدي للعقد المقترن بالشرط الجزائي أما لكون الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي مبالغ فيه أو زهيداً بحيث لايعد تعويضاً . ولكن ماهي السلطة الممنوحة للمحكمة وهل هي مطلقة أم مقيدة بقيود ما ، فسلطة القاضي ستكون محور دراسة المطلب القادم .

المطلب الثاني
سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي

ان اهم حكم من احكام الشرط الجزائي هو من السلطة الممنوحة للقاضي من اجل تعديل قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الاخلال بالالتزام للدائن ، لكون الشرط الجزائي هو تقدير جزافي مسبق للتعويض هن الاخلال بالالتزام الاصلي وهذه الصلاحية الممنوحة للقاضي تعد من النظام العام ولايمكن الاتفاق بين الدائن والمدين على سلبها من القاضي او تعديلها كما يتضح من النصوص القانونية التي سبقت الاشارة اليها وهي (١٢٣١ ق.م.فرنسي ، ٢٢٤ /ف٣ ق.م.مصري ، ١٧٠/ف٢ ق.م.عراقي) ، فالسلطة الممنوحة للقاضي تمثل ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب فيها التعويض الاتفاقي فلا يمكن ان يتحول الى أداة للاستغلال [٢٤] . فالهدف الاقتصادي للعقد والقاعدة الاخلاقية من جانب آخر يتطلبان بالضرورة التعادل والتناسب بين الاداءات ويشكلان اساساً لمبدأ العدالة التعاقدية وهي عدالة تستند الى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن التوازن بين الالتزامات العقدية [٢٥] . وهذا ماأشار اليه بوضوح الفقيه الفرنسي جاك غستان حيث ذكر بأنه ((صحيح ان مبدأ سلطان الادارة مبدأ يقضي بأحترام ما أشترطه المتعاقدان من بنود في العقد ، إلا إن المنفعة والعدالة تشكلان أساساً للقدرة الملزمة للعقد والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة

يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها ، بعبارة اخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله ، فالعقد لايتمتع بالقوة الملزمة إلا لانه نافع وعادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية ، مما يعني بطريقة غير مباشرة ان العقد يجرد عن قوته الالزامية اذا لم يكن نافعاً اجتماعياً او اذا لم يحترم العدالة التعاقدية التي تقضي بالتوازن بين الاداءات [٢٦])) .

وعليه فانه يجوز للمحكمة ان تخفض من قيمة الشرط الجزائي او تزيد فيه وفقاً للحالات التي جاءت بها التشريعات المقارنة ، ومنها ان تخفض من قيمة الشرط الجزائي اذا كان التقدير مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو نفذ المدين التزامه تنفيذاً جزئياً . وله زيادة قيمة الشرط الجزائي اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام الاصلي ينسب الى غش أو خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي وكذلك للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي اذا كانت قيمته من التفاهة بحيث لايعد تعويضاً جدياً عن الضرر وهذا ما جاءت به الاحكام الواردة في المواد (١٧٠/ف٢، ٣ق.م.عراقي)، (٢٢٤ ، ٢٢٥ ق.م.مصري) ،(٢٦٦، ٢٦٧ ق. الموجبات والعقود اللبناني) ، (١٢٣١/ف١ ق.م.فرنسي) ، والتي سبقت الاشارة اليها . حيث اجازت هذه الاحكام للقاضي ان يتدخل في تعديل بنود العقد والاتفاقيات المبرمة بين طرفيه التي تقدر التعويض اذا كانت تتضمن تقديراً عالياً او تقديراً زهيداً لايتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه ، فاذا تحققت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته ، وينبغي على المحكمة ملاحظة التناسب بين القيمتين وليس التساوي ، اما التعديل في قيمة الشرط الجزائي فيكون عند اختلال مابين القيمتين [٢٧] .

إلا ان تدخل القاضي وسلطته في تعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة بل هي مقيدة في الحالات التي جاء بها المشرع اولاً ، ومن جهة اخرى لايستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بأجراء التعديل لاعادة التوازن الى العقد وتحقيق العدالة التعاقدية وانما يشترط لذلك طلب احد طرفي العقد ذلك واثبات ما أشترطه المشرع لاجراء ذلك التعديل ، وفقاً للمواد (١٧٠/ف٢، ف٣ ق.م.عراقي ، ٢٦٦ ، ٢٦٧ ق الموجبات والعقود اللبناني ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ق.م.مصري)، الا ان المشرع الفرنسي قد سار على منهج آخر وهو الاوفق لتحقيق العدالة التعاقدية التبادلية وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد حيث أجرى تعديلاً على المادة ١٢٣١ ، والمادة ١١٥٢ منه وذلك في القانون رقم ١٠٩٧/٨٥ في ١١/تشرين الاول ١٩٨٥ والتعديل الصادر في ٩ /تموز /١٩٧٥ برقم ٧٥/ ٥٩٧ وبموجب هذا التعديل اصبح بامكان القاضي الفرنسي اثارة مسألة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب من

احد اطراف الدعوى ، المدين أو الدائن ، كما كان معمولا به قبل التعديل ، وقد سبق الاشارة الى المادة ١٢٣١ التي تضمنت هذا التعديل اما المادة ١١٥٢ فقد اكدت على ذلك أيضاً بقولها ((١- عندما تنص الاتفاقية على ان المتعاقد الذي يتخلف عن تنفيذها ملزم بدفع مبلغ معين بمثابة تعويضات ، لايمكن الحكم للمتعاقد الاخر بمبلغ يزيد او ينقص عن هذا المبلغ . ٢- غير انه يمكن ان يعمد القاضي حتى من تلقاء نفسه الى تخفيف قيمة البند الجزائي المتفق عليها او زيادتها ، وذلك في حال كانت قيمة البند الجزائي باهظة او زهيدة ويعتبر كل شرط مخالف كأنه لم يكن)) ولكن يشترط وفقا لهذا النص حتى يمكن للقاضي الفرنسي التدخل في تعديل قيمة البند الجزائي ان تكون قيمة باهظة او زهيدة ، وهذا ما جاءت به قرارات محكمة النقض الفرنسية ،((لايمكن لقضاة الموضوع وبهدف تخفيض قيمة الشرط الجزائي ان يقتصروا في قرارهم على التصريح بأنها كانت مرتفعة قليلاً وانما يجب ان يبحثوا في ما اذا كانت تلك القيمة باهظة بشكل ظاهر)) [٢٨] بينما كان الحكم قبل التعديل الصادر في ١٩٨٥ يستلزم تقدم احد اطراف الدعوى لاجراء التعديل أي كما هو معمول به في القوانين المدنية العربية محل المقارنة العراقي واللبناني والمصري . وقد أوجب القضاء الفرنسي ان يقوم قضاة الموضوع بتعليل وبيان الاسباب عندما يحددوا التدخل في التعديل بالزيادة او النقصان ، ويجب عليهم تبرير ما اذا كانت قيمة الشرط الجزائي باهظة تستوجب نقصانه ام زهيدة تستوجب زيادته وهذا ما رأيناه صراحة في القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية رقم ٤ الصادر في ١١/١٤/ ١٩٩٥ والذي سبق ذكر نصه اعلاه . اما اذا كان قرار محكمة الموضوع برفض تعديل قيمة الشرط الجزائي بالزيادة او النقصان فلا يكون قاضي الموضوع ملزماً بتبرير قراره في رفض تعديل والتدخل في زيادة قيمة الشرط الجزائي او انقاصه وهذا واضح في قرار لمحكمة النقض ينص ((ان قاضي الموضوع ليس ملزما بتعليل قراره تعليلاً خاصاً عندما يرفض لمجرد تطبيق الاتفاق ان يعدل قيمة البند الجزائي المحددة فيه جزافاً))[٢٩] . ويرجع هذا الاختلاف في وجوب التعليل والتسبيب بين حالة قبول القاضي التعديل وبين حالة رفضه تعديل العقد ، يرجع الى ان سلطة القاضي في التدخل في تعديل بنود العقد بزيادة او انقاص قيمة الشرط الجزائي تعد ذو طابع استثنائي لان الاصل هو مبدأ سلطان الارادة وان العقد يجب ان ينفذ كما اتفق عليه ، لذا فأن غياب التعليل الكافي والواضح يعرض قرار محكمة الموضوع للنقض من قبل المحكمة العليا [٣٠] .

أما قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق فأنها تبين وجوب تنفيذ الشرط الجزائي كبند من بنود العقد والشروط الواجب توافرها فيه كونه تعويض يجب توافر شروط استحقاقه الاربعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية وتوجيه الاعذار وحالات تعديل العقد. أما تدخل

القاضي بتعديل العقد من تلقاء نفسه ام لا ، وسلطته في تعليل احكامه عند التدخل في تعديل العقد بزيادة قيمة الشرط الجزائي او تخفيضه فلم تبينها هذه القرارات، ومنها ، القرار الصادر في ١٩٧٤/١/٢٢ [٣١] ((لايحكم المدين بالتعويض الاتفاقي اذا اثبت ان الدائن لم يلحقه ضرر)) والقرار الصادر في ١٩٧٤/٧/٢٣ الذي جاء فيه ((لايجوز الحكم بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إلا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيم)) [٣٢] .

ولكننا نستغرب من قرار لمحكمة التمييز الذي جاء فيه ((ان بطلان بيع الماكنة لعدم تسجيله لدى الكاتب العدل لايبطل الشرط الجزائي المدرج في عقد البيع اذ يجب المضي في الدعوى المقامة ضدها))[٣٣] ، لان هذا الحكم يخالف المبادئ القانونية المستقرة والتي تقضي بأن الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الاصلي فاذا كان الالتزام الاصلي باطلاً استتبع ذلك بطلان الشرط الجزائي .

وكذلك الحكم بالنسبة للقضاء المصري فهو الاخر لم يبين سوى بيان حالات الشرط الجزائي من زيادة او نقصان وتوافر شروط استحقاق الشرط الجزائي الاربعة اما مسألة تدخل القاضي من تلقاء نفسه وسلطته في تعليل احكامه عند التدخل في تعديل العقد بالزيادة او النقصان فلم تبينها هذه القرارات [٣٤] .

يتضح مما تقدم بأن للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي اما بزيادة الشرط الجزائي او نقصانها وحسب الحالات التي حددها المشرع ولكنها مقيدة في القوانين المدنية محل المقارنة بطلب يقدم الى المحكمة من احد اطراف الدعوى ، المدين او الدائن . اما في القانون المدني الفرنسي ووفقاً للمادتين ١١٥٢ ، ١٢٣١ فأنه يمكن للقاضي من تلقاء نفسه اجراء التعديل على قيمة الشرط الجزائي لتتناسب مع الضرر الحاصل للدائن حتى يعيد التوازن العقدي ويحقق العدالة التعاقدية . ولكن هل يمكن ان يُعطى القاضي سلطة ابطال الشرط الجزائي كما هو الحال في الشروط التعسفية اذا توافرت في الشرط الجزائي صفة التعسف بمعنى تطبيق احكام الشرط التعسفي على الشرط الجزائي ، حيث سنحدد المقومات المشتركة ونقاط الاختلاف بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي في المبحث القادم .

المبحث الثالث

أهمية التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي

تم دراسة مفهوم كل من الشرط التعسفي والشرط الجزائي في المبحثين المتقدمين وأحكام كل منهما وسلطة المحكمة في التدخل لاعادة التوازن العقدي في كل من الشرطين ، وقد تبين لنا من خلال الصفحات المتقدمة ان هناك مقومات مشتركة بين الاثنين ، من حيث كونهما شروطاً تقترن بالعقد وتقيد حكمه وتؤدي الى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد ، ومن جهة اخرى يوجد اختلاف بين الاثنين من حيث مدى سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي ، وهذا ماسيتم بيانه في مطلبين نخصص الاول لدراسة المقومات المشتركة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي ، اما الثاني فسيكون محوراً لبيان الاختلاف بينهما من حيث مدى سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي.

المطلب الأول

المقومات المشتركة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي

يشترك كل من الشرط الجزائي والشرط التعسفي من حيث كونهما شروطاً تقترن بالعقد وهي شروط تقييدية تقيد حكم العقد المقترنة به ، وكذلك مضمون كلاً منهما يؤدي الى اختلال التوازن العقد مما يتطلب اعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية للعقد .

فالشرط الجزائي والتعسفي شرطان يقترنان بالعقد ويقيدان حكمه ، فالشرط المقترن العقد هو التزام في التصرف القولي لاتستلزمه طبيعة التصرف والقيد هنا هو الشرط الذي إلتزم به المتعاقد علاوة على ماالتزم به في الحكم الاصلي للعقد ، فالعقد في حالة التقييد هو منجز ليس معلقاً وجوده على شيء ، لان معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد [٣٥] . وهي شروط مقترنة بالعقد كونها تتعلق بما يتفق عليه المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من التزامات وحقوق [٣٦] . فالشرط بهذا المعنى هو جزء من العقد وبنداً من بنوده ، فأي تغيير عليه يعد تغييراً في جزء من اجزاء العقد ، لذا فقد تم تعريفه بأنه ((التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تغييراً او تعديلاً أو أضافة)) [٣٧] .

والمضمون المتقدم لمفهوم الشرط المقترن بالعقد ، سواء كان شرطاً جزائياً ام شرطاً تعسفياً ، أكده القانون المدني العراقي في المادة (١٣١) بفقرتيها ((١- يجوز ان يقترن العقد بشرط

يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة . ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، وإلا لغا الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا)) [٣٨] .فهذه المادة أصلها التاريخي هو الفقه الاسلامي والفقه الغربي ، فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد أن يشترط البائع دفع الثمن نقداً أو يشترط المشتري تسليم المبيع في وقت ابرام العقد ، فتعجيل الثمن وتسليم المبيع في الحال من مقتضى عقد البيع المطلق فأشتراطه يأتي مؤكداً له ، ويكون متفقاً مع آثار العقد . ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد ان يكون البيع بثمن مؤجل أو يشترط البائع على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً لضمان وفاء الثمن ، فهذا الشرط ملائم لمقتضى العقد لانه وثق أستيفاء الثمن [٣٩] .ومثال الشرط الذي جرى به العرف والعادة فهو الشرط الذي يستمر اتباعه في العقود بحيث يولد اتباعه شعوراً بعدم مخالفته ، فهو شرط جرى العرف على ادراجه في العقود دون الحاجة الى اعادة النص عليه صراحة لاستقرار العمل به وجريان العرف على ذلك ، مثال ذلك ان يشترط المشتري قيام البائع بأيصال المبيع الى محل المشتري أو بتصليح الآلة او السيارة اذا حصل بها خلل بعد البيع مباشرة [٤٠] .وهذه الشروط المتقدمة بالعقد بحسب ما جاء بها القانون المدني العراقي في الفقرة الاولى من المادة ١٣١ ، تعد شروطاً معتبرة وصحيحة وهي شروط تقييدية برأي بعض الفقه المدني العراقي [٤١] .

إلا اننا لانؤيد هذا الرأي ونعتقد بانه هذا النوع من الشروط المتقدمة أعلاه هي ليست شروطاً تقييدية فهي لاتقيد حكم العقد بالاضافة أو التغيير أو التعديل فمضمونها لايغير من حكم العقد وانما متفق معه ، لذا نعتقد بأن هذه الشروط الصحيحة تعد قسماً من اقسام الشروط المقترنة بالعقد ولاتعد جميعها . لان القسم الثاني من الشروط المقترنة بالعقد هو الشروط التقيدية وهو ماجاء به في الفقرة (٢) من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي ، والتي يكون الشرط الجزائي والتعسفي من انواعها فهي تقيد حكم العقد بالتغيير او بالاضافة او التعديل فهي شروطاً تقييدية مقترنة بالعقد ، وهذا النوع من الشروط المقترنة بالعقد هو الذي فيه نفع لاحد العاقدين او للغير ، كأشتراط البائع في عقد البيع الانتفاع بالمبيع مدة معينة كما لو كانت دار معدة للسكن ويشترط البائع ان يسكن فيها لمدة سنة من تاريخ ابرام عقد البيع . وهذا الشرط هو الشرط الذي فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير قد يتضمن تغييراً في حكم العقد بأشتراط اثر يختلف عن الاثر الذي يرتبه العقد عادة ، كما لو اقترن شرط الخيار بعقد البيع ، وهو الشرط الذي يعطي لمشترطه الحق في فسخ العقد او امضائه خلال مدة يتفق عليها [٤٢] .

وقد يقيد حكم العقد بالتعديل في اثر العقد أي تعديل مدى الالتزامات التي يفرضها العقد او كيفية تنفيذ هذه الالتزامات او الاضافة على اثر العقد [٤٣] .

وعلى وفق ما تقدم فان الشرط الجزائي بما يتفق عليه المتعاقدان من تعويض عند اخلال المتعاقدين يعد شرطاً مقترناً بالعقد فيه منفعة لأحد المتعاقدين وهو الدائن في أغلب الحالات ويكون شرطاً صحيحاً اذا كان هذا التعويض متناسباً مع الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخر فيه . اما اذا كان لايتناسب مع الضرر فبأمكان القاضي التدخل لاعادة التناسب بين قيمة الشرط الجزائي والضرر ، فهذا التقييد في حكم العقد الناتج عن اقترانه بالشرط الجزائي قد لايستوجب تدخل القاضي في احيان وقد يستوجب في احيان اخرى تدخل القاضي لاعادة التوازن العقدي . من جهة أخرى فأن الشرط التعسفي الذي يتوافر فيه اختلال التوازن الناشئ عن حصول احد المتعاقدين على منفعة مبالغ فيها اكثر مما يحصل عليها لو نفذ العقد بدون اقتران العقد بهذا البند ، وسواء كان الاختلال ناشئاً عن تفوق معرفي او مهني او اقتصادي فمضمون الشرط التعسفي يتضمن تغييراً في حكم العقد أي تغيير في آثار العقد لايتضمنها العقد عادة ، فهنا يقيد حكم العقد ، ويجب على القاضي التدخل لأعادة التوازن العقدي في عقود الاستهلاك في القانونين الفرنسي واللبناني كما رأينا في المبحث الاول من هذا البحث . ويتدخل القاضي بناء على طلب المتعاقد الضعيف في عقود الاستهلاك للحكم ببطلان الشرط التعسفي في القانونين العراقي والمصري . وهذا ماسنبينه في المطلب القادم .

فالشرط المقترن بالعقد ، المقيد لحكمه ، جزائيا كان أم تعسفياً يقيد آثار العقد وهذا الشرط هو الذي يكون محلاً للتغيير فيه سواء كان بالانقاص منه أو الزيادة فيه او بأستبعاده نهائياً من العقد . ومقومات هذا الشرط هي ان يكون امراً مستقبلاً أي ان الشرط يكون لاحقاً للعقد لا سابقاً ولامعاصراً لوقت ابرامه ولكنه امر مستقبل يعبر مضمونه عن مضمون الارادة ذاتها فالارادة لها دور في تحديد وقت تحقق الشرط أي ليس أمر محتمل الوقوع [٤٤] .

وكذلك يجب ان يكون مشروعاً لايخالف النظام العام والآداب او النصوص القانونية الآمرة [٤٥] الا أن أهم مقوم في الشروط المقرنة بالعقد المقيدة لحكمه هو التقييد في حقوق او الالتزامات التي يفرضها العقد على احد الطرفين سواء بالتغيير او الاضافة او التعديل . وهذا التقييد في الشرط الجزائي والتعسفي يكون السبب في اختلال التوازن العقدي فكلاً منهما كما رأينا في المبحثين المتقدمين يجعلان عدم التناسب قائما بين حقوق والتزامات طرفي العقد ، وأختلال التوازن العقدي في حالة الشرط الجزائي يقتضي تدخل القاضي في التخفيض من قيمة الشرط الجزائي او زيادته حسب الحالات ، أما أختلال التوازن العقدي او انعدامه في حالة البند التعسفي فأنه يقتضي الحكم ببطلان الشرط التعسفي في القوانين الخاصة بحماية المستهلك . وهذا يعني اننا نكون امام أختلال في التوازن العقد سواء كنا في الشرط الجزائي

او في الشرط التعسفي[٤٦]. إذ إن الاختلال يكون اكبر في الشرط التعسفي ، لذا فأن المشرع يقضي ببطلانه في القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، وهذا الحكم يجب تطبيقه حتى في الشرط الجزائي المقترن بعقد الاستهلاك اذا كان يعطي لصالح الطرف الاكثر خبرة أو قدرة من المحترفين ضعف ما كان ليحصل عليها عند عدم وجود الشرط الجزائي عند تقدير التعويض من قبل القضاء ، أي عند عدم وفاء المتعاقد الضعيف – أي المستهلك – بألتزامه او التأخر فيه . كما هو الحال لو كان التعويض الاتفاقي يتضمن دفع المستأجر قيمة المعدات الجديدة في عقد الايجار الائتماني في حالة فسخ العقد من جانب المستأجر ، او التعويض الاتفاقي الذي يترتب في ذمة المستأجر بما يساوي خمسة اضعاف أجر المثل في حالة بقاء شغل الدار من قبل المستأجر بعد انتهاء عقد الايجار [٤٧] .

المطلب الثاني

الاختلاف بينهما في مدى سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي

يعد كل من الشرط التعسفي والشرط الجزائي بنوداً تقترن بالعقد تؤدي الى امكانية تدخل القاضي لاعادة التوازن العقدي إلا إن التدخل القضائي يرتبط بكون الاخلال بالتوازن العقدي هل يعد من النظام العام ام لا . وفيما اذا كان تدخله تلقائياً أم يتوقف على طلب أحد اطراف العقد ، وهل يكون هذا التدخل لأعادة التوازن بين طرفي العقد ، تصحيح للعقد أم تعديلاً له ، حيث يخضع الاخلال بالتوازن العقدي في العقد المقترن بشرط جزائي الى أحكام تختلف عن الاحكام المتعلقة بالشرط التعسفي ،فوفقاً للاحكام المتعلقة بالأخير يكون مجرد اقتران العقد بشرط تعسفي مخالفاً للنظام العام في كل القوانين التي جاءت لحماية المستهلك كما رأينا في المبحث الأول ، بينما في الشرط الجزائي فأن الأخير هو التزام تابع للالتزام الاصلي فهو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة اذا لم يكن التناسب متحققاً بين قيمة التعويض الاتفاقي والضرر الذي يصيب الدائن [٤٨] . إلا ان السلطة المعطاة للمحكمة في التدخل لتعديل العقد واعادة التوازن العقد في حالة الشرط الجزائي متعلقة بالنظام العام فكل اتفاق يحرم المحكمة من هذه السلطة يعد باطلاً [٤٩] إلا انه لايعد الشرط الجزائي باطلاً. اما تدخل القاضي في التعديل فليس من تلقاء نفسه بل لابد من تقديم احد اطراف العقد الدائن او المدين طلباً بذلك ، فالمحكمة لاتتحرك من تلقاء نفسها إلا بناء على هذا الطلب [٥٠] . بينما الجزاء المترتب في الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك يتضمن تدخل القاضي من تلقاء نفسه لاعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بالنص

على بطلان الشرط الجزائي في القانونين العراقي والمصري ، كما رأينا سابقاً ، إلا ان هذا الجزاء قد تم تشديده في كل من القانون الفرنسي واللبناني الخاصة بحماية المستهلك والتي اعتبرت ان الشرط التعسفي باطل لمخالفته النظام العام وأضافت الى ذلك بأنه يعد غير مكتوب ، وبالتالي فأن بطلان الشرط التعسفي هو بطلان يتعلق بالنظام العام الذي يمكن اثارته من كل صاحب مصلحة ومن ثم يستطيع القاضي اثارته من تلقاء نفسه . وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه ، حيث اعتبر ان الأخذ بالبطلان كجزاء يعد أكثر دقة لأن ترك طلبه بيد المستهلك فقط يجعل من هذا البطلان جزء غير فعّال[٥١] . بينما لم يصل وجود الشرط الجزائي في العقد الى مرحلة البطلان ، وانما يجعل التوازن العقدي مختلاً مما يقتضي تدخل القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي اذا كان زهيداً وإنقاص قيمته اذا كان مبالغاً فيه ، لذا فأن التغيير فيه لايعد تصحيحاً للعقد المقترن به وانما تعديلاً له [٥٢] . إلا انه اذا اقترن عقد الاستهلاك بشرط جزائي فأن القضاء الفرنسي [٥٣] يجعل ذلك الشرط تعسفياً ويحكم ببطلانه ولايكتفي بتعديله اذ يقضي بأخضاعه لاحكام المادة (١٣٢/ف١) التي تجعل منه بنداً غير مكتوب ذلك لان وجود ذلك البند الجزائي يؤدي الى خلل مؤثر في التوازن العقدي الذي اشارت اليه قوانين الاستهلاك لان هذا الخلل يقتضي تطبيق القواعد التي تقتضي ببطلان الشرط الجزائي الذي اكتسب وصف التعسف ، وامكانية إستبعاده عن طريق تصحيح العقد.

وهذا ما أكده الاتجاه التشريعي الاوربي قم ١٣ الصادر في ١٩٩٣/٤/١٥ بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ، حيث اعتبر البند الجزائي في العقود الاستهلاكية بنداً تعسفياً اذا كان يلزم المستهلك الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته تعويضاً ذو قيمة مرتفعة جداً ومبالغاً فيها ، فهو ينص على بطلان البند الجزائي [٥٤] .

وهذا التوجه يتفق مع الاجتهاد القضائي الفرنسي ، حيث يرى ضرورة حماية الفريق الضعيف اقتصادياً في العقد من تعسف الفريق القوي من البنود الجزائية التعسفية وذلك بوسيلة تطبيق الجزاء المترتب على البنود التعسفية أي حذفها او اعتبارها غير مكتوبة ، ولم يأخذ بالاعتبار حالات تخفيض او زيادة قيمة الشرط الجزائي ، اذ يعد البند الذي يحدد تعويضاً عن الفصل من الخدمة المدرج في عقد العمل بالبند التعسفي [٥٥] .

وهذا ايضاً يتفق مع القانون الفرنسي الذي وصف البنود الجزائية بالبنود التعسفية في المرسوم الصادر في ٢٤ آذار ١٩٧٨ ، الذي نص على ان من البنود التي تحذف او تخفض الحق في التعويض لغير المحترف او المستهلك عندما يتخلف المحترف عن تنفيذ احد التزاماته ، وكذلك الحكم ذاته في المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك في مصر والمادة (١٣٢) في الملحق التابع للفقرة الثالثة منها ، والمادة (٢٦) من قانون حماية المستهلك في لبنان اما في

العراق فأن ذلك يتبع على وفق القواعد العامة في عقود الاذعان ، كما رأينا في المبحث الاول ، في حين إن القوانين العربية نصت على بطلان الشرط .

يتضح مما تقدم بأن يكون مصير الشرط التعسفي المقترن بالعقد هو البطلان بينما لايكون مصير الشرط الجزائي هو البطلان وانما نكون امام التغيير في قيمته زيادة أو انقاصاً ، لذا فأن تدخل القاضي لاعادة التوازن في حالة الشرط التعسفي يكون ضمن مفهوم تصحيح العقد ، بينما تدخله في حالة الشرط الجزائي يكون ضمن مفهوم تعديل العقد ، من جانب آخر يكون تدخله وجوبياً في حالة الشرط التعسفي لانقاذ المتعاقد الضعيف وذلك عن طريق استبعاد الجزء الباطل وهو الشرط التعسفي دون حاجة لاقتران التدخل بطلب يقدم من قبل المتعاقد الضعيف ، بينما في حالة الشرط الجزائي فأن القاضي لايتدخل في تعديل العقد واعادة التوازن إلا بناء على طلب يقدم من الدائن لزيادة قيمة الشرط الجزائي أو من المدين لطلب انقاصه ، مع ملاحظة ان البطلان المنصوص عليه في حالة الشرط التعسفي متعلق بالنظام العام إلا انه يخضع لطريقين الاول ضمن القواعد العامة في القوانين المدنية التي عالجت تلك الشروط في عقود الاذعان او في عقد التأمين ، اما الطريق الثاني الذي شدد ذلك الجزاء في عقود الاستهلاك في القوانين الخاصة التي جاءت لحماية المستهلك سواء في لبنان أو مصر أو العراق ضمن قواعد البطلان .

لذا فأن نطاق تطبيق النصوص القانونية الواردة في القوانين الخاصة تكون في عقد الاستهلاك دون غيره من العقود ويمكن الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني لاكمال مانقص من احكام ، بينما في العقود الاخرى التي يكون المتعاقد غير المستهلك اذا واجه شرطاً تعسفياً في عقد ابرامه ليس امامه سوى القواعد العامة الواردة في القانون المدني سواء في عقد الاذعان أو إذا كنا امام عقد تأمين عندها نرجع الى القواعد الواردة في هذا العقد [٥٦] .

بينما القواعد العامة في القانون المدني هي التي تحكم تعديل العقد في حالة الشرط الجزائي الذي يقترن بالعقد بزيادته او انقاصه ، لذا نكون امام السلطة التقديرية للقاضي في حالة الشرط الجزائي بينما لاتوجد السلطة التقديرية للقاضي في إبطال الشرط التعسفي اذا توافرت شروطه وحسبما تبين لنا ذلك من خلال البحث ، وذلك يعود الى وصف الخلل الناتج من وجود الشرط التعسفي لكونه خللاً مؤثراً في التوازن العقدي يجعل احد اطراف العقد يحصل على منفعة مبالغ فيها ، بينما الشرط الجزائي هو تعويض فيقدر هذا التعويض من قبل قاضي الموضوع بما يتناسب مع مقدار الضرر الحاصل للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه ، ومع ذلك ، نعتقد بوجوب تطبيق احكام الشرط التعسفي على البند الجزائي الذي

يقدر التعويض في عقد الاستهلاك وذلك لتوفير اكبر قدر من الحماية للمتعاقد الضعيف وهـو المستهلك او غير المحترف.

الخاتمة

من خلال بحثنا الذي اتخذنا له عنوانا هو ((العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي – دراسة مقارنة)) توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والتوصيات وكمايلي :

اولاً : الاستنتاجات

١- لم يقتصر بيان احكام الشرط التعسفي على القواعد العامة الواردة في القانون المدني سواء في عقد الاذعان أو بما يتعلق بعقد التأمين ، وانما جاءت احكامه الرئيسة التي وفرت قدر اكبر من الحماية للمتعاقد الضعيف في القوانين الخاصة بحماية المستهلك .

٢- يشترك كل من الشرطين بكونهما شروطاً مقترنة بالعقد تؤدي الى اختلال في التوازن العقدي من حيث الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد ، إلا ان مفهوم الاختلال في التوازن العقدي يختلف بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي ، حيث يوصف الاختلال بوجود الشرط التعسفي بكونه ضمن القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، بينما لم يتحقق هذا الاختلال المؤثر في الشرط الجزائي ولم نصل الى مرحلة بطلانه ، وانما اكتفى المشرع بأعطاء الصلاحية للقاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة أو إنقاصاً.

٣-لايمكن اعطاء وصف التعسف للشرط على وفق معيار واحد ، وانما كانت عدة معايير لجأ اليها الفقه القانوني ، فالبعض ذهب الى النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق ، في حين ان الرأي الراجح يذهب الى ان التعسف يكون متوافراً اذا كنا أمام ميزة او منفعة مبالغ فيها يحصل عليها أحد اطراف العقد يجعل الخلل في التوازن العقدي خللاً مؤثراً ، بينما الشرط الجزائي هو مجرد تعويض اتفاقي يقدره المتعاقدان مسبقاً ، لذا فأن للقاضي السلطة التقديرية في بيان مدى التناسب بين التعويض الاتفاقي وبين الضرر الذي حصل للدائن .

٤- إن سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي في العقد المقترن بالشرط التعسفي تختلف عن سلطتها في الشرط الجزائي ، فأعادة التوازن العقدي يكون وجوبياً على المحكمة في حالة العقد المقترن بشرط تعسفي على وفق القوانين الخاصة بحماية المستهلك الامر الذي يختلف عن سلطتها على وفق القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بعقد الاذعان ، وهذا الأمر يختلف تماماً عن سلطتها في تعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي حيث ان سلطتها التقديرية تكون في تعديل قيمة الشرط الجزائي وفقاً للحالات التي نص عليها المشرع وبناء على طلب احد طرفي العقد ، عندها نكون امام تعديل للعقد ، بينما في الشرط التعسفي فنكون امام تصحيح

للعقد بأستبعاد الشرط الباطل المخالف للنظام العام بحكم القانون ودون حاجة لطلب المتعاقد الضعيف وذلك على وفق القوانين الخاصة بحماية المستهلك .

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي تعديل قانون حماية حق المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وذلك بتوفير اكبر قدر من الحماية للمستهلك وعدم الاكتفاء بتحديد مسؤولية المجهز أو المعلن عن الاخلال بالتزاماته ، وانما نقترح وجوب تقرير بطلان الشرط التعسفي و المحافظة على العقد محققاً لغايته وذلك بالحكم ببطلان الشرط لوحده دون أن يؤثر ذلك على العقد المقترن به دون الاعتداد بقصد المتعاقدين أسوة بالاحكام التي جاء بها المشرع الفرنسي واللبناني في القوانين الخاصة بحماية المستهلك .

٢- التأكيد بنصوص صريحة على ان الشرط الجزائي اذا ورد في عقد من عقود الاستهلاك فأنه يكتسب وصف التعسف ويكون شرطاً تعسفياً يخضع لاحكامه من حيث البطلان ومن حيث سلطة المحكمة في اعادة التوازن العقدي حماية للمتعاقد الضعيف .

..... **ومن الله التوفيق** .....

الهوامش

١-قريب في هذا المعنى ، د. ريما فرج مكي – تصحيح العقد / دراسة مقارنة – الطبعة الاولى / الموسسة الحديثة للكتاب / لبنان / ٢٠١١/ ص٣٥.

٢-د. سعيد سعد عبد السلام / التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان –دراسة فقهية مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٨/ص٥٠.

٣-د. محمد بوادلي / حماية المستهلك في القانون المقارن –دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي / دار الكتاب الحديث / القاهرة / ٢٠٠٦/ ص٢٣٥.

٤-انظر المادة (٧) من القانون المدني العراقي المتعلقة بالمبدأ العام للتعسف في استعمال الحق والمعايير الثلاث التي تضمنها النص ، والمقابلة للمادة (٥) من القانون المدني المصري . وانظر كذلك في الفقه القانوني ، ابراهيم سيد احمد / التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاءً / الطبعة الاولى / دار الفكر الجامعي / الاسكندرية / ٢٠٠٠/ص٢١٦. ود.رشوان حسني رشوان / اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد / اطروحة دكتوراه في كلية الحقوق/ جامعة القاهرة / ١٩٩٤/ ص٢٨٨.

٥- د. محمد بوادلي / مكافحة الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / دار الفجر للنشر والتوزيع / الطبعة الاولى / القاهرة / ٢٠٠٧ / ص١٢٧-١٢٨ . د. سعيد سعد عبدالسلام / مصدر سابق / ص٥٦-٥٧ . د. محمد حسين عبد العال / مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية / دراسة تحليلية مقارنة / دار النهضة العربية /القاهرة / ٢٠٠٧/ ص١٢٣-١٢٤.

٦-انظر تفصيل ذلك / د. محمد بوادلي / مكافحة الشروط التعسفية في العقود / مصدر سابق / ص١٣٠، د. سعيد سعد عبد السلام / مصدر سابق / ص٥٧.إسراء خضير مظلوم / حماية المستلك في نطاق عقود الاذعاء –دراسة مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون /بابل/٢٠١٢/ ص١٠٠-١٠١.

٧-نقلاً عن دالوز لعام ٢٠٠٩ بالعربية / قانون الاستهلاك تعليقا على المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي.

٨- انظر في ذلك في الفقه الفرنسي ، آلان بينابنت / القانون المدني / الموجبات ، الالتزامات / ترجمة منصور القاضي / الطبعة الاولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / ٢٠٠٤ / ص١٣٤-١٣٥.

٩-آلان بينابنت / مصدر سابق /ص١٣٥. ويمكن الرجوع الى معرفة هذه البنود في الملحق التابع للفقرة الثالثة من المادة ١٣٢/ ١ من قانون الاستهلاك الفرنسي ، وذلك في نسخة دالوز ٢٠٠٩ / العربية تعليقا على المادة ١١٣٥،ومن هذه البنود :

((أ-استبعاد أو الحد من المسؤولية القانونية للممتهن في حال وفاة المستهلك أو الاضرار الجسيمة الجسدية المسببة له والناتجة عن فعل أو اهمال صادرين من الممتهن .

ب- استبعاد او الحد بطريقة غير ملائمة من حقوق المستهلك القانونية حيال الممتهن أو حيال فريق آخر في حال عدم التنفيذ التام أو الجزئي أو التنفيذ السيء من قبل الممتهن...)).

١٠- ومن هذه الحقوق ، الحق في الحصول على المعلومات عن المنتجات التي يشتريها والحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها الجودة المطابقة للمواصفات والمطالبة بالتعويض العادل عن الاضرار الناشئة عن عدم التزام المحترف وغيرها .

11-Cass, 1er , fév 2005 , J.C.P.G 2005 ,IV,1531 ,D.2005,p.640.

نقلاً عن د. ريما فرج / مصدر سابق /ص٤٩.

١٢-قرار الغرفة المدنية الاولى في ١٩٩٤/١/٦ / مصنف الاجتهاد الدوري / الاسبوع القانوني / الجزء الثاني / ص٩٩ . نقلاً عن الفقيه الفرنسي آلان بينابنت / مصدر سابق /ص١٣٦.

١٣-١٤- نقلا عن دالوز ٢٠٠٩ العربية / تعليقا على المادة ١١٣٥.

15-J.Calais –Auloy,Droit de la consummation ,Dalloz ,1981,no.14.

نقلاً عن د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٧٢، ٧٤ .

١٦- مشار اليه في د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٧٨-٧٩.

17_C.Roubaix,15avr,2004,GAZ,PAL,2004,2591,T.I.Bourganeuf,8,déc,2004,DALLZ, 2005.A.J.227

نقلاً عن د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٧٩.

١٨-اذ نصت على " كما يجوز ان يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً".

١٩-د. صلاح الدين الناهي / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / بغداد / ١٩٤٩ / ص٢٩٤ ، ومن امثلة الشرط الجزائي في عقد الايجار اتفاق المتعاقدين ان يقوم المستأجر بدفع مبلغ معين من المال اذا قام المستأجر بإيجار العين من الباطن ، او في عقد المقاولة اذا أخل المقاول بالتزامه فأن لصاحب العمل ان يطلب تطبيق احكام الشرط الجزائي بقدر ما تحقق من ضرر بشرط ان يسبقه اعذار رب العمل للمقاول بوجوب تنفيذ التزامه .

٢٠- د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الثاني / احكام الالتزام / مع المقارنة بالفقه الاسلامي / طبعة ثانية / شركة الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٦٧ / ص٣٢.

٢١- د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الثاني / نظرية الالتزام بوجه عام / الطبعة الثانية الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠٠٠ / ص٨٥٥، ص٨٥١ ويقول في هذا الصدد بانه سمي بالشرط الجزائي لانه يوضع عادة كشرط من شروط العقد الذي يستحق التعويض على اساسه .

٢٢-فالمادة ٢٢٣ نصت على ((يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق . ويراعى في هذه الحالة احكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠)) . اما المادة ٢٢٤ فقد جاء فيها ((١- لايكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ٢- ويجوز للقاضي ان يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه . ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين السابقتين)). واخيراً نصت المادة ٢٢٥

على الاحكام التالية ((اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلايجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا أثبت إن المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً)).

٢٣-فقد جاء في المادة ٢٦٦ ((١- للمتعاقدين أن يعينوا مقدما في العقد او في صك لاحق قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله او بعضه . ٢- وقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له ان يطالب بالاصل والغرامة معاً إلا اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل اكراه المديون على الايفاء . ٣- ويحق للقاضي ان يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة ، وللقاضي ان ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الاصلي)). اما المادة ٢٦٧ فقد جاء فيها ((ان البند الجزائي صحيح معمول به وان كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة ، وانما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون)).

٢٤-د. حسني محمد جاد الرب / التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه / دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي / دار الفكر الجامعي/ الاسكندرية / ٢٠٠٧ / ص٢٠٦.

٢٥- د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣١٨، ٣٢٥.

26-J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,D.1982 ,p.14.

نقلاً عن د. ريما فرج مكي /مصدر سابق ،ص٣٧٢.

٢٧- د. عبدالمجيد الحكيم ، الاستاذ عبدالباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير / القانون المدني واحكام الالتزام / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / بغداد /١٩٨٠ /ص٦٧.

٢٨-نقض محكمة النقض الفرنسية / الفرقة المدنية الاولى /١٩٩٥/١١/١٤ في النشرة المدنية الاولى /رقم ٤١٢ نقلا عن دالوز ٢٠٠٩ العربية / تعليقا على المادة ١١٥٢ .

٢٩-قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الفرقة المدنية الاولى / ٢٦ /٦/ ٢٠٠١ / النشرة المدنية الاولى رقم ١٩١ . نقلا عن دالوز /٢٠٠٩ العربية /تعليقا على المادة ١١٥٢ .

٣٠- د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص١٢٤، ١٢٥.

٣١-منشور في النشرة القضائية / العدد الاول / السنة الخامسة / ص٩٤. نقلا عن ابراهيم المشاهدي / المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز / بغداد / ١٩٨٨/ص٢٧٤.

٣٢- منشور في النشرة القضائية / العدد الثالث / السنة الخامسة / ص٣٣. نقلا عن ابراهيم المشاهدي / مصدر سابق/ص٢٧٧.

٣٣- منشور في النشرة القضائية / العدد الاول / السنة الرابعة / ص٥٧. نقلا عن ابراهيم المشاهدي / مصدر سابق/ص٢٧٠.

٣٤- نقض ١٩٦٣/٦/١٢ رقم ١١٣ في مجموعة احكام النقض /السنة ١٤ / ص٨٠٤ . دار القضاء العالي /عام ١٩٦٣ / نقض ١٩٦٧/١١/١٤ / مجموعة احكام النقض /السنة ١٨ / دار القضاء العالي عام ١٩٩٨.

٣٥-د. عصمت عبد المجيد بكر / نظرية العقد في الفقه الاسلامي / دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة / دار الكتب العلمية / بيروت / ٢٠٠٩/ ص٧٠.

٣٦- د. محمد رفعت الصباحي / الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة طنطا / ١٩٨٣/ ص١١٢.

٣٧-ايمان طارق الشكري / أثر الشرط في حكم العقد / دراسة مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بابل/ ١٩٩٨/ ص١١.

٣٨- لا مقابل لها في القوانين محل المقارنة .

٣٩-د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الاول / في مصادر الالتزام / الطبعة الخامسة / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧ / ص٢١٢.

٤٠-د. مصطفى احمد الزرقا / المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية / ط١ / الجزء الثاني / مطبعة الجامعة السورية / ١٩٥٢ / ص٣٤٢. د. رياض القيسي / علم اصول القانون / ط١ / مطبعة الفرات / بغداد / ٢٠٠٢/ ص١٤٥-١٤٦.

٤١-د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير / الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي / الجزء الاول / في مصادر الالتزام / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ بغداد / ١٩٨٠ / ص١١١.

٤٢- انظر المادة ٥٠٩ ، ٥١٣ من القانون المدني العراقي.

٤٣- انظر ايمان طارق الشكري / مصدر سابق / ص٤٢ ومابعدها.

٤٤- ايمان طارق الشكري / مصدر سابق / ص١١.

٤٥ د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / ج٣ / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / لبنان / ٢٠٠٠/ ص١٦.

٤٦-د. حسن عبد الباسط جميعي / اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية / دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠-١٩٩١ / ص٢٢٣-٢٢٤.

47-Cour d'appel de paris ,23 juin 1989, D.1989 , p.224. Cass, civ, 18janv,1989,bull,civ,111,No,15, p.8.

نقلاً عن د. حسن عبد الباسط جميعي / مصدر سابق / ص٢٢٩.

٤٨-قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٨٦/٥/٦ رقم ٢٤١٨ / سنة ٥٢ / نقلاً عن ابراهيم سيد احمد / الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي / دراسة مقارنة فقهاً وقضاءاً / الطبعة الاولى / المكتب الجامعي الحديث/ الاسكندرية / ٢٠٠٣ / ص٨٤ .

٤٩- ابراهيم سيد احمد / مصدر سابق / ص٤٨-٤٩.

٥٠- ابراهيم الدسوقي ابو الليل / الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقاً للقانونين المصري والكويتي / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٨٢/ ص٢١١.

51-J.Calais – Auloy , Droit de la consummation ,précis,Dalloz ,1981, no.14.

نقلا عن د. ريما فرج مكي /ص٧٢.

٥٢- د. راقية عبد الجبار / سلطة القاضي في تعديل العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية / جامعة بغداد / ٢٠٠٠/ ص.

53-Cass.soc, 27 fév ,1986 Bull, civ, v, p.221, D.1986.

نقلا عن د. ريما فرج مكي /ص٨٦.

٥٤- انظر النص الكامل للتوجيه الاوربي باللغة الانكليزية على الموقع الالكتروني:

www.ec.europe .eu.

55-cass, civ ,13 juin ,1991, J.C.P.G., 1992, II, 21819.

نقلا عن د. ريما فرج مكي /ص٨٧.

٥٦- د. ايمن سعد سليم / الشروط التعسفية في العقود / دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / القـــاهرة / ٢٠١١/ص٤-٦ .

المصادر

اولاً : الكتب

١- ابراهيم الدسوقي ابو الليل / الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقاً للقانونين المصري والكويتي / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٨٢.

٢-، ابراهيم سيد احمد / التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاءً / الطبعة الاولى / دار الفكر الجامعي / الاسكندرية / ٢٠٠٠.

٣- ابراهيم سيد احمد / الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي / دراسة مقارنة فقهاً وقضاءاً / الطبعة الاولى / المكتب الجامعي الحديث/ الاسكندرية / ٢٠٠٣ .

٤- د. ايمن سعد سليم / الشروط التعسفية في العقود / دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ٢٠١١.

٥- د. حسن عبد الباسط جميعي / اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية / دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠-١٩٩١ .

٦- د. حسني محمد جاد الرب / التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه / دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي / دار الفكر الجامعي/ الاسكندرية / ٢٠٠٧ .

٧- د. رياض القيسي / علم اصول القانون / ط١ / مطبعة الفرات / بغداد / ٢٠٠٢.

٨- د. ريما فرج مكي – تصحيح العقد / دراسة مقارنة – الطبعة الاولى / الموسسة الحديثة للكتاب / لبنان / ٢٠١١.

٩-د. سعيد سعد عبد السلام / التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان –دراسة فقهية مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٨.

١٠- د. صلاح الدين الناهي / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / بغداد / ١٩٤٩ .

١١- د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الثاني / نظرية الالتزام بوجه عام / الطبعة الثانية الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠٠٠ /

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

١٣- د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الاول / في مصادر الالتزام / الطبعة الخامسة / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧ .

١٤- د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبدالباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير / الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني واحكام الالتزام / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / بغداد /١٩٨٠ .

١٥-د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير / الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي / الجزء الاول في مصادر الالتزام / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / بغداد / ١٩٨٠.

١٦- د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الثاني / احكام الالتزام / مع المقارنة بالفقه الاسلامي / طبعة ثانية / شركة الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٦٧ .

١٧- د. عصمت عبد المجيد بكر / نظرية العقد في الفقه الاسلامي / دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة / دار الكتب العلمية / بيروت / ٢٠٠٩.

١٨- د. محمد بوادلي / حماية المستهلك في القانون المقارن –دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي / دار الكتاب الحديث / القاهرة / ٢٠٠٦.

١٩- د. محمد بوادلي / مكافحة الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / دار الفجر للنشر والتوزيع / الطبعة الاولى / القاهرة / ٢٠٠٧ .

٢٠- د. محمد حسين عبد العال / مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية / دراسة تحليلية مقارنة / دار النهضة العربية /القاهرة / ٢٠٠٧.

٢١- د. مصطفى احمد الزرقا / المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية / ط١ / الجزء الثاني / مطبعة الجامعة السورية / ١٩٥٢ .

ثانياً : المجموعات القضائية

١-المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز / ابراهيم المشاهدي / بغداد / ١٩٨٨.

٢- مجموعة احكام النقض المصرية / السنة ١٤ / دار القضاء العالي / ١٩٦٣.

٣- مجموعة احكام النقض المصرية / السنة ١٨ / دار القضاء العالي /١٩٨٨

ثالثاً: القوانين

١- القانون المدني الفرنسي.

٢-قانون الاستهلاك الفرنسي ٩٣/ ٩٤٩ في ١٩٩٣/٧/٢٦ والقانون المعدل له في ١٩٩٥/٢/١ رقم ٩٥/ ٩٦.

٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤-القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٥- قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ١ لسنة ١٩٣٢.
٦- قانون حماية حق المستهلك في العراق رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
٧- قانون حماية حق المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥.
٨- قانون حماية حق المستهلك في مصر رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

رابعاً: الرسائل

١- إسراء خضير مظلوم / حماية المستلك في نطاق عقود الاذعاء –دراسة مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون /بابل/٢٠١٢.
٢- ايمان طارق الشكري / أثر الشرط في حكم العقد / دراسة مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بابل/ ١٩٩٨
٣- د. راقية عبد الجبار / سلطة القاضي في تعديل العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية / جامعة بغداد / ٢٠٠٠/
٤- د.رشوان حسني رشوان / اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد / اطروحة دكتوراه في كلية الحقوق/ جامعة القاهرة / ١٩٩٤.
٥- د. محمد رفعت الصباحي / الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة طنطا / ١٩٨٣.

الفقه الفرنسي المترجم للعربية

آلان بينابنت / القانون المدني / الموجبات ، الالتزامات / ترجمة منصور القاضي / الطبعة الاولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / ٢٠٠٤ .

الفقه الفرنسي

1--J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,D.1982 .
2-J.Calais – Auloy , Droit de la consummation ,précis, Dalloz ,1981.

ABSTRACT

Arbitrary Condition clause conditions associated with the contract , and they both lead to an imbalance in the nodal balance , apply to this imbalance of legal rules contained in the civil code .But the arbitrary requirement if it is associated with acontract by contract consumption , the provisions of this clause is subject to legal rules that came in the consumer in Iraq ,Egypt ,Lebanon and the protection that came tighly more beneficial to the contractor vulnerable laws .So the law was considered that the arbitrary requirement is void in some laws exclude evili alone the rule of law without relying on the will of the contractors , as it in french law and lebanon . invalidity by the court on its own without the need to submit a request by the parties .

The relationship between the arbitrary requirement and penalty clause

a comparative study

P.Dr. Mansoor hatem mohsen