

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

التراضي في عقود الإذعان

ندين نظير يوسف خوري

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1440 هـ - 2019م

التراضي في عقود الإذعان

إعداد:

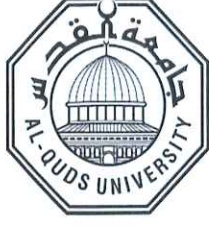
ندين نظير يوسف خوري

بكالوريوس قانون ، جامعة الأزهر / فلسطين

المشرف: د.جهد الكسواني

قدمت هذه الأطروحة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، عمادة الدراسات العليا - جامعة القدس - فلسطين.

2019 هـ - 1440



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج ماجستير القانون الخاص

إجازة الرسالة

التراضي في عقود الإذعان

اسم الطالب : ندين نظير يوسف خوري

الرقم الجامعي: (21611717)

المشرف : الدكتور جهاد الكسواني

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2019\6\22 من لجنة المناقشة المدرجة اسماؤهم وتوقيعهم:

التوقيع:.....
التوقيع:.....
التوقيع:.....

د. جهاد الكسواني

د. محمد خلف

د. علي السرطاوي

1- رئيس لجنة المناقشة

2- ممتحنًا داخليًا

3- ممتحنًا خارجيًا

القدس-فلسطين

1440هـ-2019

الإهداء

إلى من علمت أناملِي كيف يُمسك القلم.... ومن أسقت رُوحِي التّعطش للعلم

أمي الغالية...

إلى من زرع فيّ إصراراً على تحقيق الآمال..ومن جعل قلبي يهوى صعود الجبال

أبي العزيز...

إلى من كان خير رفيقاً للدرب ومن علمني كيف أحلق بأحلامي خارج السرب

زوجي الحبيب...

إلى أجمل زهرتين في الحياة.. إلى الضحكات..والأمل...والبراءة..... وكل الحب

ابنتي الجميلتان....

إلى كلية الحقوق في جامعة القدس.

إقرار

أقر أنا معدة الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة، أو معد آخر.

التوقيع:

اسم الطالبة: ندين نظير يوسف خوري.

التاريخ: 2019/6/ 22

شكر وتقدير

أُتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى المعلم القدير الدكتور جهاد الكسواني على قبوله لعنوان هذه الدراسة وإشرافه ومتابعته، وعلى كل ما بذله من جهد مشكور من أجل إتمام هذه الدراسة، وإلى كل من ساعدني من أجل إتمام هذه الدراسة.

كما وأُتقدم بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة كل من الدكتور علي السرطاوي كمناقش خارجي والدكتور محمد خلف كمناقش داخلي على قبولهم لمناقشة رسالتي، وما أبدياه من ملاحظات قيمة.

المخلص

نعيش تعاقدياً أكثر فأكثر، وأكثر العقود انتشاراً عقود الإذعان التي باتت مفروضة على الأفراد والجماعات، وقد أصبحت هذه الطائفة من العقود التي تنعدم فيها المساومة على شروط العقد بمثابة أصل العلاقات التعاقدية، نظراً لما تتسم به الحياة المعاصرة من وجوب توافر متطلبات السرعة والإتقان وزيادة الإنتاج إلى أقصى حد ممكن.

وينهض مفهوم عقد الإذعان على أساس وجود عقود نمطية معدة مسبقاً تنعدم فيها المساومة على شروط العقد، مما يجعل التساؤل حول دور التراضي بصورته التقليدية في عقود الإذعان بصورتها المعاصرة، لا سيما في ظل وجود إرادة واحدة تحتكر صناعة الإيجاب، لتضع ما تشاء من شروط تضمن لها أكثر استفادة وريح ممكنة من عملية بيع الخدمة أو السلعة.

ولا يقتصر هذا الاحتكار على صناعة العقد فحسب بل على احتكار المعرفة الفنية أو التقنية المتعلقة بالسلعة موضوع التعاقد، مما يجعل القابل يتعاقد غافلاً عن شروط التعاقد من جهة، وعن أساسيات السلعة أو الخدمة محل العقد من جهة أخرى.

وقد تطرقت هذه الدراسة إلى دراسة التراضي في عقود الإذعان في وقتنا الحاضر، من خلال دراسة انطباق القواعد التقليدية على التراضي في عقود الإذعان، والذي لم يعد قاصراً على ما تنتجه إرادة أطراف العقد بل تحول مفهوم عقود الإذعان لمنظومة إجبار لإرادة المتعاقدين، تبدأ من خلال إذعان الطرف القوي لقواعد قانونية متضمنة لشروط وتحديدات ملزمة، فيذعن الموجب لنصوص القانون الملزمة في تحديد مضمون الإيجابه ومدته وسقوطه، ويذعن القابل لشروط العقد.

وإن هذه الخصوصية التي يتمتع بها التراضي في عقود الإذعان لا تتعارض وضرورة أن ينصب التراضي ضمن منظومة العقد التقليدية من خلال اشتراط توافر أركان العقد وتوافر صحة الإرادة وأهلية التعاقد.

إلا أن هذه المنظومة التقليدية تقف قاصرة أمام حماية التراضي، أمام ما يفرضه الطرف القوي من شروط للتعاقد، تتنوع أشكالها وصيغها وأهدافها بشكل مستمر، مما يجعل الإرادة بصفتها الدرع الحامي للنظام العقدي قاصرة عن حماية مصالح المتعاقدين في عقود الإذعان، وعن تحقيق التوازن العقدي.

فحَقاً قد أصبح العقد هو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة واستثناء في آن واحد، حيث يعد التطبيق الحرفي المنظم والمعد بشكل مدروس هو ذاته السبب الأساس في اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان، مما يستوجب العمل على توفير سبل خاصة لحماية التراضي في عقود الإذعان في جميع أشكال التعاقد التي لا تقبل المساومة والنقاش ضمن شروط عقود معدة مسبقاً وتحتوي على شروط تعسفية تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

The Consensual in the Adhesion Contracts

Prepared by: Nadine Nazeer Yousef Houry

Supervisor: Jihad AL-keswani

Abstract

Increasingly, we live in a more contractual way. The most common types of contracts used nowadays are “Adhesion Contracts” that individuals and groups are obliged to enter into.

Such contracts in which no terms and conditions are allowed to be negotiated by weaker parties have become the basis for contractual relations. This partially stems from speedy and proficiency characteristics of modern life, and partially from the need for increasing productivity to the maximum extent possible.

Contracts of Adhesion are usually standardized and pre-arranged contracts, where little or no opportunities to negotiate the terms and conditions of the contract is provided. This raises the question of the role of the natural sense of equity and disparity of the present forms of Adhesion Contracts. One party usually has all preponderant bargaining power, and uses it to draft the contract primarily to his advantage in offering goods or services.

The party with greater bargaining power not only has more overall power in drafting the terms and conditions of the contract, but also in using the technical and technological information related to the goods or services which are the subject matter of the primary contract. On one hand, this lowers the chance of such terms and conditions being read and also means they are likely to be ignored even if they are read by the party of lesser bargaining power. On the other hand, it makes the party of lesser bargaining power ignorant of the basic services and goods which are the subject matter of the primary contract.

This study deals with the natural sense of fairness and equity applied in the current Contracts of Adhesion. The terms, conditions, duration, termination and

acceptance of the contract are set by one dominant party, and the other party has little or no ability to negotiate more favorable terms, and is thus placed in a “Take It or Leave It” position. Therefore, the weaker party has no choice but acquiesce to the terms of the contract.

Unfairness or inequity of Adhesion Contracts doesn't imply, however, that these contracts are invalid. There is nothing unenforceable or even wrong about Adhesion Contracts, if the basic elements and conditions of the contract in addition to competence of the contracting persons are available.

Contracts of Adhesion prevailed nowadays are unfair in that the party with greater bargaining power always imposes his various terms and conditions on the weaker party. This implies that Contracts of Adhesion, in their present forms, lack justice which is the basic element for protecting the interests of persons entering into such contracts.

In conclusion, Contracts of Adhesion are entirely well thought out, prepared and literally implemented to achieve the goals and protect the interests of the party with dominant bargaining power. Also, they exclude the needs of the weaker party on a “Take It or Leave It” basis. It is this unjust that causes imbalance in such contracts. Thus, we should work to protect fairness in all types of Adhesion Contracts whose pre-arranged terms, provisions and conditions cannot be bargained and discussed by weaker parties. This is in addition to arbitrary requirements that lead to imbalance in such contracts.

المقدمة:

تعد المعاملات التي تنظمها عقود الإذعان عماد النظام الاقتصادي للدول المعاصرة، فهي تنظم قطاعاً واسعاً من المعاملات المالية والتجارية مثل قطاع الاتصالات والتأمين والبنوك والمصارف وقطاع الكهرباء، حيث أصبح النمط العقدي التي تتخذه عقود الإذعان نمطاً يساير سرعة العصر بحيث هذا جانب كبير من الشركات والمهنيين في الأخذ بالعقود النمطية المعدة مسبقاً كوسيلة للتعاقد لما فيه من توفير للوقت والجهد والتكاليف، مما جعل من مفهوم عقود الإذعان يتطور ليجاري التطورات الاقتصادية الضخمة.

وإن جميع هذه التطورات التي غيرت من منظومة التعاقد المعاصرة امتدت لتؤثر على مفهوم التراضي في العقود، حيث لم يعد العقد قاصراً على ما تخلقه الإرادة من شروط ومحددات يقبل الفرد أن يلتزم بها، وتحدد علاقته التعاقدية، بل يتحدد بموجب قواعد قانونية آمرة تنظم العلاقات التعاقدية، سيما الناشئة في ظل عقود الإذعان.

ويعرف التراضي لغةً: " بأنه الرغبة في الفعل أو القول مع الارتياح له"¹، وقد استعمل الفقه اصطلاح التراضي بذات المعنى اللغوي، بحيث يعرف التراضي بأنه: "اتفاق العاقدان على إنشاء العقد دون إكراه أو غيره من عيوب الرضا"²، أما اصطلاحاً فالتراضي هو: "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد"³، ويقول اليزيدي عن التراضي بأنه: "امتلاء الاختيار وبلوغ نهايته، بحيث يضيفي إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه"⁴.

أما العقد لغةً فهو العين والقاف والبدال أصل واحد يدل على شدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، والجمع أعقاد وعقود، وقد قال الله تعالى: "أوفوا بالعقود، والعقدة في البيع إيجابه"⁵، العقد نقيض الحل، ويطلق العقد على عدة معان:

¹ إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط: ط.4، مكتبة الشروق الدولية، مصر 2004، ص. 1662.

² د. نزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الاتفاق، ط. 1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية 1993م، ص.244.

³ د. موسى أبو ملح، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، مصادر الالتزام، ط.1، كلية الحقوق - جامعة الأزهر، غزة 2002-2003، ص. 17.

⁴ د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص. 52، عن كشف الأسرار ج.4، ص.383.

⁵ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبدالسلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1979م، ص. 86.

الربط والشد: يقال عقدت الحبل عقداً فانعقد.

التوكيد: يقال: عقدت اليمين وعقدتها بالتشديد والتوكيد.⁶

العهد: يقال: عاقده عاهده، وتعاهد القوم تعاهدوا، ومنه قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁷.

الالتزام: فقول عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته باستيثاق.⁸

أما تعريف العقد بموجب الاصطلاح الشرعي فهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمعناه اللغوي، حيث أن للعقد مدلولان من الناحية الشرعية، أولهما مدلول عام وهو: " كل ما ألزم به المرء نفسه" ، أما المدلول الخاص فهو يعني "إرتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"⁹، والمقصود بالإيجاب والقبول كل ما دل على إرادة المتعاقدين ورضائهما بإمضاء العقد سواء كان قولاً أو فعلاً. وقد عرفت المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية¹⁰ العقد بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

ويعرف العقد اصطلاحاً بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو على نقله"¹¹، أو أنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله".

أما الإذعان فيعرف لغةً: الذال والعين والنون، أصل واحد يدل على الانقياد، وبنائه: ذعن، إلا أن استعماله أذعن، والإذعان هو: " الخضوع والانقياد والإسراع في الطاعة" ، ومنه قوله تعالى: " وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين"¹² ويقال أذعن الرجل أي: انقاد وذل وخضع، وناقاة مذعان: أي سلسلة الرأس مقادة لقائدها¹³.

⁶ أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دارالحديث، القاهرة 2003، ص.250.

⁷سورة المائدة: الآية 1.

⁸ عامر رحمون ، رسالة ماجستير بعنوان عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة، الجزائر 2012، ص.4.

⁹ علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج.1، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض 2003، ص. 105.

¹⁰ مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ.

¹¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص. 137.

¹² سورة النور: الآية 49.

¹³ ابن منظور، لسان العرب المحيط، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط.3، مادة (ذعن)، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب الذال والعين وما يتلثهما.

ويعرف عقد الإذعان شرعاً بأنه هو: "ما ينحصر القبول فيه بمجرد التسليم بمشروع ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة".¹⁴

وقد اقتصر القانون المدني الفلسطيني الصادر في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 على وصف القبول في عقود الإذعان في المادة 89 منه على " يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وبطبيعة الحال فإن مجلة الأحكام العدلية لم تنظم هذا النوع من العقود.

أما القانون المدني المصري فقد عرف عقود الإذعان بموجب المادة 100 بأنها: " العقود التي يكون القبول فيها مقتصرًا على مجرد التسليم بشروط مقررة، يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

أما فقهاء القانون فقد تعددت تعريفاتهم لعقد الإذعان، حيث عرفه جاك غستان (Jacques Ghestin) بأنه: "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".¹⁵

وقد عرف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان، وفقاً للاتجاه التقليدي لعقود الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد طرفيه بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو خدمات أو مرافق أو منتج تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها".¹⁶

وبنظرة فاحصة متأنية لعقود الإذعان وفقاً للفقهاء التقليدي، يلاحظ أنها محكومة بخصائص وشروط تميزها عن غيرها ومن ضمنها:

أ. أن يكون مقدم الإيجاب، أو عارضه في مركز اقتصادي قوي، إما لاحتكاره للسلع أو الخدمات إحتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو لكون المنافسة فيها محدودة النطاق.

ب. أن يتعلق العقد بخدمة أو بسلعة أو مرافق، تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، في حدود ما وصلت إليه المدنية الحديثة، ولا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل

¹⁴.د. شيخ علاء الدين الزعتري: فقه المعاملات المالية المقارن، صياغة جديدة، وأمثلة معاصرة، دار العصر، دمشق، 2007، ط.1، ص. 17.

¹⁵ جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط.1، بيروت 2000، ص.97.

¹⁶ د.عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1946، ص.77.

مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان مادامت السلع التي يرد عليها التعاقد لا تعد من الأوليات ولا تتعدم فيها المنافسة.¹⁷

ت. صدور الإيجاب عاماً موحداً في تفاصيله وشروطه على نحو مستمر، لا يقبل الموجب مناقشة فيه، ويكون في أغلب الأحيان صادراً بواسطة قالب نموذجي، أو عبر وثيقة مطبوعة، تتطوي على كثير من الدقة والتعقيد ولا يفهمها الشخص العادي.¹⁸

إلا أن الاتجاهات الفقهية الحديثة تنادي بضرورة امتداد الحماية القانونية لتشمل طوائف من العقود يتم إعداد شروطها بشكل مسبق دون أن يكون أحد الطرفين محتكراً لسلعة أو خدمة ضرورية، فقلصت الشروط الواجب توافرها لاعتبار العقد من عقود الإذعان في الإعداد المسبق لشروط العقد بشكل لا يقبل المناقشة أو التعديل¹⁹، فلم يعد عقد الإذعان قاصراً على عقود التزود بالخدمات مثل الماء والكهرباء، بل توسعت ضروريات الحياة المعاصرة لتشمل عقود التأمين والنقل بكافة أنواعه والعمليات البنكية، والبيع الحصري بالامتياز، وعقود الخدمات التي يبرمها أصحاب المرائب وتأجير المركبات ووكالات السفر والفنادق، والتعاقد بواسطة الإتصالات الحديثة جميعها من عقود الإذعان.²⁰

ويعد عقد الإذعان كمصطلح قانوني من العقود حديثة النشأة والتسمية، وقد استقر مصطلح عقود الإذعان في الفكر القانوني بداية القرن العشرين، وقد عرف القانون المدني الفرنسي عقود الإذعان وأطلق عليها عقود الانضمام (contrats d'adhesion)²¹، ومن ثم عرفته التشريعات العربية حيث أطلق عليه مصطلح عقود

¹⁷د. جلال علي عدوي: أصول الالتزامات، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1997، ص.55.
¹⁸عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص.230.

¹⁹عبد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.1، عمان 2012، ص. 118 عن غسان عمر: التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، ص.5.
²⁰جاك غستان، المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط.2، لعام 2008، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص.95.

²¹وقد كان الفقيه الفرنسي سالاوي (saleilles) أول من لفت الأنظار إلى هذه الطائفة من العقود، عندما لاحظ أن محتواها يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر الذي يكتفي بالتعبير عن انضمامه، فيرى أن عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، على مجموعة غير محددة من الأفراد، وتفرضه مسبقاً ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد، هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت 2014، ص.12.

الموافقة وفقاً للتشريع اللبناني، وقد كان أول من أطلق مصطلح عقود الإذعان هو الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري²².

وتاريخياً فقد ظهرت عقود الإذعان بداية القرن العشرين بسبب تسارع وتيرة الانتاج، مما أدى إلى بروز طبقة اجتماعية واقتصادية تحتكر الأسواق والسلع والخدمات، قامت باستغلال قدرتها الاقتصادية من أجل زيادة رؤوس الأموال، من خلال إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت ممكن، فظهرت العقود النموذجية²³ التي ترسمها إرادة الطرف الموجب وتطرح لمن يرغب من الجمهور بالتعاقد، فأصبحت هذه العقود تحدد الإيجاب والقبول بعد أن كانت المساومة هي الغالبة على المعاملات التعاقدية بسبب يسر الحياة.

ويعتبر التراضي هو التطبيق الفعلي للمبدأ الفلسفي الذي ينادي بسلطان الإرادة في العقود²⁴، الذي يعطي للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي ترتبها، بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية،²⁵ وقد وصل هذا المبدأ لذروته ما بين القرن السابع عشر وأواخر القرن التاسع عشر نظراً لانتشار المذهب الفردي الذي ينادي بحرية الفرد في كافة نواحي الحياة، بعيداً عن الإكراه والمساومات التي يمكن أن تتناول الأفراد بشكل ملموس في الواقع.²⁶

وإن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة يعني بأن الإرادة وحدها مجردة عن أي شكلية كافية لإنشاء التصرف القانوني، وترتيب الآثار القانونية الناجمة عنه، وهذا يعني بأن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فكل فرد حر في إجراء المفاوضات قبل التعاقد حيث يكون له حرية المساومة ومناقشة شروط العقد، إلا أن أعمال مبدأ سلطان

²² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص. 229.

²³ يعرف العقد النموذجي بأنه: "هو عبارة عن مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلع"، د. نغم حنا رؤوف: بحث بعنوان العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 6، حزيران 2006، والمنشور على الموقع الإلكتروني <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=44623>، تاريخ الزيارة 2019/3/29، الساعة 17:20.

²⁴ عرف الفقيه "كانت" سلطان الإرادة بأنه: "صفة تلحق الإرادة، ومؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها"، أجدود أزواو و آيت موهوب نونور: دورة الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية 2017، ص. 1.

²⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص. 85.

²⁶ جاك غستان: ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط. 1، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000، ص. 45.

الإرادة وما صاحبه من تطور الحياة الاقتصادية، أدى إلى إفران نتائج عملية تتنافى وجوهر هذا المبدأ، حيث أصبح هذا المبدأ أداة في يد الأقوياء يتحكمون به في الضعفاء، ما أدى إلى ظهور المذهب الاجتماعي الذي غالى في تكريس الإرادة لخدمة الصالح العام، وقد كانت هذه المذاهب هي الأرض الخصبة التي نهلت منها القوانين المعاصرة لتضع قواعدها التي تنظم الإرادة بما لا يتعارض مع المصلحة العامة.²⁷

وقد ساهمت تحولات المجتمع على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، حيث أدت الحرية الاقتصادية إلى تقييد الحرية التعاقدية كنتيجة لظهور عقود الإذعان²⁸، والتي ارتبطت بالتطور الاقتصادي والصناعي، واستتبع ذلك قيام شركات ضخمة تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي للسلع أو الخدمات التي تعتبر من ضروريات المستهلك²⁹. مما أدى إلى ظهور طائفة من العقود ينفرد بصياغتها أحد أطراف العقد بحيث جعلت الطرف القوي يتحكم بتحرير العقد وصياغته دون مناقشة بنود العقد وشروطه من قبل الطرف المتعاقد³⁰، وذلك لما يتمتع به الطرف القوي من قوة اقتصادية وفنية تسمح بفرض ما يشاء من شروط تحت ستار قاعدة العقد سريعة المتعاقدين، فأنحسر مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية، والذي لم يعد مرآة للتوازن العقدي ليبرز بدلاً منها مبدأ الحاجة.

فاقتصادياً أدى استخدام عقود الإذعان لإعلان إنشاء نظام إقطاعي جديد، حيث أصبحت الشركات الضخمة لا تحتكر الصناعات والخدمات والسلع موضوع التعاقد فحسب، بل أصبحت تحتكر صناعة العقد وترسم ما تشاء من شروط تصب في مجملها لصالح الطرف القوي، الأمر الذي ترتب عليه تمكين الشركات الضخمة من التحكم في الثروات والخدمات والسلع بما تشاء من أسعار، حيث تنشط هذه العقود في ظل الأنظمة الاقتصادية التي تقل فيها المنافسة الحرة، حيث أن وجود المنتج أو الخدمة لدى مزود بشروط أفضل، ينفي

²⁷. حسن كيره: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط. الخامسة، الإسكندرية 1974، ص. 747.

²⁸العشب محفوظ بن حامد: رسالة بعنوان "عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن"، جامعة الجزائر 1984، ص. 10.

²⁹ يعرف المستهلك وفقاً لنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 على أنه: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة".

³⁰عشب بن محفوظ بن حامد، رسالة بعنوان "عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن"، جامعة الجزائر 1984، ص 8.

صفة الإذعان عن العقد، وتنتشط في ظل الأنظمة التي تركز الثروات والخدمات والسلع في يد الدولة أو في يد شركات تتبع القطاع الخاص.³¹

كما لم تعد عقود الإذعان المعاصرة قاصرة على عقود التأمين واستهلاك الكهرباء والنقل والبنوك إلا أن هذه العقود اتسعت رقعتها لتشمل طائفة من العقود الإلكترونية وعقود شراء البرامج الالكترونية التي صاحبت دخول الإعلام الآلي في العلاقات القانونية، وساهم بشكل مباشر في تفاقم هذه الظاهرة، لأنه ليس بوسع المرء أن يناقش جهاز حاسوب.³²

أما من النواحي الاجتماعية، فإن السلع والخدمات التي تنظمها عقود الإذعان أضحت من ضروريات الحياة المعاصرة، التي أصبح مفهوم الضروري فيها مفهوماً واسعاً وشخصياً بحيث لم يعد استخدام عقود الإذعان بمفهومها الواسع والذي يتضمن شروطاً مجحفة بحق المتعاقد يقتصر على الضروريات من أمور الحياة، بل توسع استخدام هذه العقود في مجالات واسعة حيث اتسمت العلاقات التعاقدية المعاصرة بالاتجاه إلى وجود عقود مكتوبة وجاهزة للتعاقد وبشروط موحدة لدى جميع المنافسين، مما جعل المتعاقد يقع كفريسة سهلة لشروط العقد، وأحياناً لمغمراته التي غيرت في الكثير من المفاهيم الاجتماعية.

كما تؤثر عقود الإذعان المعاصرة في تغيير مفهوم المسؤولية الاجتماعية حيث تساهم عقود التأمين في تخليص الفرد من التبعات القانونية الناتجة عن الفعل الضار، مما يؤدي إلى تقليص الدور العشائري في الحفاظ على ترابط المجتمع وتكافئه، نظراً لوجود شركات ضخمة تتحمل تبعه التعويض.

أما فيما يتعلق بعقود الاقتراض من البنوك، فقد صورت للفرد بأنه قادر على تحقيق أحلامه بمجرد التوقيع على ذيل العقد، مما ساهم في تغيير المفاهيم المتعلقة بالأشياء حيث أضحت الكماليات في نظر المتعاقد هي من أساسيات الحياة المعاصرة التي لا يجوز التضحية بامتلاكها، فأصبح الاقتراض غير متعلق بأساسيات الحياة التقليدية من مأكّل ومشرب ومسكن وتوفير حياة كريمة وسداد الاحتياجات الملحة، بل امتدت حاجة الفرد للمال لتعزز حب التملك اتجاه كماليات الحياة والتي من الممكن الاستغناء عنها، مستغلاً حاجة الإنسان الطبيعة وفطرته الإنسانية لحب التملك، مما أوجد طبقة اجتماعية جديدة لا تمتلك المال لتوفير الاحتياجات

³¹د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص. 259.

³²د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص. 230.

الأساسية إلا أنها تسعى بشكل مستمر لاستعمال عقود الإذعان لغايات توفير كمالياتها، مما يخلق مشكلات إجتماعية وأسرية عميقة.

وتخالف هذه الطائفة من العقود أهم قواعد التعاقد التي أنشأتها النظم القانونية المختلفة على مر العصور، ابتداءً من مخالفته لقاعدة سلطان الإرادة في العقود التي تستلزم أن يتم التعاقد برضا المتعاقدين، ولا يخرج العقد عن هذه القواعد إلا لمصلحة تقتضيها الضرورة أو الحاجة الماسة³³.

وقد أدى استخدام العقود النموذجية غير القابلة للتفاوض لانعدام مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد³⁴، والتي تعد من أهم الضمانات التي تساعد في تحقيق التوازن العقدي، وقد أدت المتغيرات التي صاحبت ظهور عقود الإذعان وانتشارها، إلى تغيير مفهوم التراضي ذاته بحيث أن جل ما يرغب به المتعاقد هو التعاقد ذاته للحصول على الخدمة أو السلعة موضوع هذا العقد، الأمر الذي جعل من الفقه القانوني على مدار السنوات المتتابة بالعمل على انتقاد هذا النوع من العقود مبين أوجه القصور فيه.

أهمية الدراسة:

تتبين الأهمية العملية لهذه الدراسة، من خلال تطور مفهوم عقود الإذعان في الوقت المعاصر وتوسع العمل به، حيث أن سرعة إنجاز المعاملات التجارية دفعت بأصحاب المهن والتجار إلى العمل على تنميط العقود التي يتم من خلالها التعاقد، مما جعل من إرادة الطرف القوي هي البارزة في العقد، واقتصرت إرادة الطرف الآخر على القبول بالشروط المعدة مسبقاً.

وقد ازدادت هذه الأهمية من خلال تطور المفهوم القانوني لعقود الإذعان، حيث أن عقود الإذعان لم تعد تقتصر على العقود التي يحتكر بموجبها طرف قوي الخدمات والسلع الضرورية والتي لا غنى عنها للطرف

³³د. عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص 328.

³⁴ تعرف المفاوضات بأنها عبارة عن مناقشة مشتركة لمشروع عقد، وتهدف هذه المناقشة إلى تقديم إيجاب وقبول مشتركين للمتقاضين، وقد تنشأ هذه المفاوضات بموجب اتفاق يسمى بعقد التفاوض أو بدونه"، أ.د. طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.137.

المذعن، بل تطور ليشمل العقود والنماذج النمطية والتي يقوم بصياغتها خبراء بهدف التملص من أي تبعات قانونية والتزامات قد تنتج عن التعاقد، كما وتشمل عقوداً الكترونية وطائفة من العقود التي أصبح الفرد يتعامل بها في جميع مناحي الحياة، بالإضافة إلى ازدهار الاقتصاد الفلسطيني الذي أدى إلى تزايد أعداد الشركات التي تعمل في المجالات المختلفة، وتقدم خدماتها للجمهور.

ولقد أضحت عقود الإذعان هي المحرك الأساس لمجال العلاقات التعاقدية المعاصرة، والتي تتسم بالسرعة والتعقيد في ذات الوقت، فأصبح كل منا يدخل في علاقاته التعاقدية بعدد من العقود التي تتخذ من النمطية والإعداد المسبق وسيلة لإعدادها، ليقف أمام إرادة لا تحتكر الخدمة بل تحتكر صناعة العقد ورسم محدداته، ليواجه شروط تحد من مسؤولية الطرف الموجب، مما جعل التعاقد المعاصر يحكمه مبدأ الحاجة لا التوازن العقدي.

وتتبع الأهمية العلمية لهذه الدراسة من خلال الحديث عن أهمية وجود نظرية عامة يتبناها المشرع الفلسطيني بخصوص العقود المعدة مسبقاً والتي لا تظهر فيها إرادة الطرف القابل، حتى يتسنى توسيع نطاق الحماية القانونية للمتعاقد الضعفاء، وتعديل نصوص قانون حماية المستهلك الفلسطيني، ومحاولة تسليط الضوء على ازدواجية النظام القانوني الفلسطيني، فقد أدى عدم وجود قانون مدني فلسطيني يطبق على العلاقات التعاقدية بشكل موحد في شقي الوطن إلى اختلاف قرارات القضاء في شأن اعتبار الشروط الواردة في أي من العقود بأنها شروط تعسفية أم أن تولي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أولوية التطبيق.

إشكالية الدراسة:

تعد فكرة التراضي فكرة نابعة من مبدأ سلطان الإرادة، حيث أن إرادة طرفي العقد الحرة هي التي تقوم بإنشاء العقد وتحديد الآثار القانونية المترتبة عليه، فالأصل أن الإرادة الحرة الواعية هي التي تختار ما يلزمها من شروط.

إلا أن الإرادة التي تظهر عند التعاقد في عقود الإذعان هي إرادة الطرف الذي احتكر تحرير العقد ووضع شروطه، حيث تبدل مفهوم عقود الإذعان من مفهوم احتكار السلعة أو الخدمة إلى مفهوم احتكار صناعة

العقد وتحديد شروطه، ليقصر دور القابل في التسليم بهذه الشروط لا عن إرادة واقتناع بل نظراً لحاجة أو رغبة للسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد.

ويخالف التراضي في عقود الإذعان أهم القواعد التي أسسها القانون المدني باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، باعتبار أن التراضي هو مرآة الإرادة الحرة التي تختار العقد وشروطه.

مما يثير التساؤل حول دور التراضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان؟

حقيقة الأمر إن التراضي في عقود الإذعان يقف قاصراً عن تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مما يستلزم توفير سبل خاصة لحماية التوازن العقدي في عقود الإذعان، ويتبين ذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

تقسيم الدراسة:

الفصل الأول: قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي.

الفصل الثاني: وجوب حماية التراضي في عقود الإذعان.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على عنصر التراضي في عقود الإذعان وفقاً للتشريعات المعمول بها في فلسطين والتشريعات المقارنة، ودور التراضي في اختلال التوازن العقدي الناتج عن تحكم الطرف القوي في صناعة العقد، وبيان حاجة المتعاقد إلى الآليات التي تضمن حماية التراضي الذي يقوم عليه العقد، وذلك من خلال وضع آليات قانونية تعمل على حماية الرضا الحقيقي لدى المتعاقد، وذلك من خلال دراسة التشريعات المدنية المعمول بها في فلسطين ومدى كفايتها في مواجهة ظاهرة عقود الإذعان، ومسايرتها للتطور المتسارع على نظام عقد الإذعان، وذلك بهدف الوصول إلى أفضل الحلول التي على المشرع الفلسطيني أن يحذو حذوها عند إقرار القانون المدني الفلسطيني.

منهجية الدراسة:

تقوم هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن لقواعد القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 المطبق في قطاع غزة ومجلة الأحكام العدلية المطبقة في الضفة الغربية وقانون حماية المستهلك الفلسطيني وعدد من القوانين ذات العلاقة، بخاصة الأحكام ذات الصلة بنظرية العقد وبطلانه والتراضي وحماية المتعاقدين، وذلك للوقوف على التحديات التي تواجه المتعاقد من الناحية التشريعية والقضائية.

وتم الاستناد إلى المصادر والمراجع والمقالات والأبحاث المتوفرة طباعة أو إلكترونياً، ومن خلال عدد من الأدوات المتاحة.

الفصل الأول

قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان

يتحدد التراضي في العقود بتوافر عناصر الرضا، والأصل أن الإنسان يختار بمحض إرادته الحرة ما يلزمه من شروط العقد بما يتماشى ومصالحه، حيث لا ينشأ إلا نتيجة للتراضي الذي يتحقق بتلاقي اتجاه إرادتين أو أكثر إلى ترتيب نفس الآثار القانونية، ويتحقق هذا التراضي عندما يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، حيث يهدف التصرف القانوني الإرادي إلى إحداث آثار قانونية محددة.³⁵

حيث يعد العقد نتاجاً للإرادة، فلا بد أن يتفق مع صالح الأطراف، وهذا ما يقودنا إلى فكرة "كانط" عن التوازن ما بين المصالح للأطراف المتعاقدة، فالمصلحة الفردية هي المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية.³⁶

ولا يقصد بالتوازن العقدي التساوي الحسابي ما بين ما يدفعه المتعاقد مقابل ما يحصل عليه من حقوق، ويختلف تصور التوازن وفق الفلسفة التي ينشأ في ظلها العقد، حيث لطالما كان مبدأ سلطان الإرادة وحماية الرضا كفيلاً بتحقيق التوازن العقدي.³⁷

وينتج اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان عن تحكّم أحد طرفي العقد بشروطه غير القابلة للمساومة، وإن هذا الاختلال يصاحب العقد منذ لحظة تكوينه ونشأته حتى لحظة تنفيذه وأحياناً انتهاءه، وهو يختلف عن

³⁵د. جلال علي العدوي: أصول الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 24.

³⁶المستشار إبراهيم سيد أحمد: عقود الإذعان فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص. 12.

³⁷عرعارة عسالي: أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص بعنوان التوازن العقدي عند نشأة العقد، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص. 5.

اختلال التوازن العقدي في نظرية الظروف الطارئة، والتي تكون خارجة عن إرادة أطراف العقد ولا تكون مصاحبة للعقد عند نشأته وتكوينه.³⁸

حيث أن الفرد هو من يختار بمحض إرادته التعاقد بناءً لحاجته للسلعة أو الخدمة، فينشأ العقد صحيحاً في أركان انعقاده، إلا أن صحة أركان الانعقاد لا تحمي المنظومة العقدية من اختلال التوازن العقدي، فمعضلة عقود الإذعان لا تكمن في حرية الإرادة في إبرام العقد من عدمه، وإنما في انعدام الحرية في اختيار شروط العقد، مما يضع منظومة التعاقد أمام ظاهرة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

مما يفرض التساؤل حول مدى قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان، وحقيقة الأمر إن قصور دور التراضي في حماية التوازن العقدي يتبين من خلال بيان أوجه القصور (المبحث الأول)، كما يتبين من خلال البحث عن حدود القصور (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

أوجه قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي

يتحقق التراضي في سائر العقود الرضائية بارتباط الإيجاب للقبول، وإن طائفة عقود الإذعان في الغالب الأعم هي عقود رضائية لا تتطلب شكلاً معيناً لانعقاد العقد، بل يكفي ارتباط الإيجاب والقبول لانعقاد العقد، وإن كانت بالغالب هي عقود مكتوبة نظراً لطبيعة هذه العقود وما تتضمنه من شروط والتزامات يصعب إثباتها إلا بالكتابة، فإن الكتابة لا تعد شرطاً من شروط انعقاد العقد، وذلك لأهمية المعاملات التي يقع عليها

³⁸د. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي: مقال بعنوان اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ع. 26، س. 2011، بغداد، ص. 2016.

عقد الإذعان، فإنه بالغالب يتخذ الكتابة كوسيلة لإبرام العقد، حيث أن الجل الأعظم من عقود الإذعان هي عقود رضائية يكفي بها تحقق الإيجاب والقبول لانعقاد العقد³⁹.

إلا أن منظومة التراضي التقليدية أظهرت قصورها أمام عقود الإذعان، حيث أن العقد لا يعبر عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، بل إن إرادة الطرف القوي فرضت نفسها على تكوين العقد، الأمر الذي يثير التساؤل عن أوجه قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي؟

يؤثر مفهوم التراضي الخاص بعقود الإذعان على التوازن العقدي ما بين التزامات وحقوق كل من المتعاقدين، الناشئ من وجود فئة من العقود تتسم بالطابع التعاقدية وتخضع لمبادئ الإرادة في تحديد أركان العقد، دون أن تكون الإرادة المشتركة هي التي ولدت العقد، بل هي إرادة أحد أطرافه الذي يتسم بتفوقه الاقتصادي لدرجة تجعله قادراً على فرض ما يشاء من شروط ومحددات للتعاقد تؤدي بالنتيجة إلى اختلال التوازن العقدي.

حيث تتبين أوجه القصور في دور التراضي في حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان من خلال احتكار الموجب لصناعة العقد (المطلب الأول)، ومن خلال إذعان القابل لشروط العقد (المطلب الثاني).

³⁹ ومن ضمنها عقد التأمين فهو عقد رضائي لا يشترط فيه شكلاً خاصاً للتعاقد بحيث ينعقد بتوافر الإيجاب والقبول دون الحاجة لأي إجراء آخر، لكن في حال علق الطرفان انعقاد العقد على توقيع وثيقته من الطرفين، أو في حال دفع القسط الأول ففي هذه الحالة ينعقد عقد التأمين إلا أنه لا يرتب آثاره إلا بدفع القسط الأول، د. عبد الرزاق أحمد السنهاوي: الوسيط في شرح القانون المدني، عقد التأمين والمقامرة والرهن والمرتب على الحياة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط. 1 الإسكندرية دون سنة نشر، ص. 1075.

المطلب الأول:

احتكار الموجب لصناعة العقد.

يحتكر الموجب في عقود الإذعان صناعة العقد، حيث أن الطرف القوي لا يصنع الإيجاب⁴⁰ فحسب بل يصنع عقداً متكاملًا يحدد الإيجاب والقبول، مما يجعل التراضي في عقود الإذعان خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، والذي يقتضي أن يكون للأفراد الحرية في مناقشة شروط العقد وأن يكون لهم كامل الحرية في إنشاء ما يشاؤون من عقود.

ويتميز الإيجاب في عقود الإذعان بأنه يكون موجهاً إلى الجمهور أو لطائفة معينة من الناس، كما يجب أن يكون الإيجاب باتاً أي أن مجرد قبوله من قبل من وجه إليه يكون كافياً لانعقاد العقد، ويكون صادراً بشكل لا يدعو للشك في نية الموجب للتعاقد.⁴¹

ونظراً لأن الإيجاب يكون موجهاً للكافة بشروط واحدة للجميع وعلى نحو مستمر، مما يجعل للإيجاب طابع الاستمرار والدوام، فإنه يصدر على نحو مستمر بحيث يكون ملزماً للموجب لمدة أطول من الإيجاب في العقود الأخرى.⁴²

⁴⁰ يعرف الإيجاب وفقاً للمادة 101 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"، كما يعرف بأنه: "تعبير بات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير، فإذا حصل على هذا القبول انعقد العقد، د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج.1، 1968، ص.103، أما الإيجاب وفقاً للمادة 14 من اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فقد نصت على: "يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محدداً بشكل كاف، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام في حال القبول"، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نيويورك، 2011، ص.39، أما المادة 74 من القانون المدني الفلسطيني الصادر في قطاع غزة فتتضمن بأن: "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده".

⁴¹ عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، عمان 2009، ص.62، 63.

⁴² عامر رحمون: رسالة ماجستير بعنوان عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة-، الجزائر، 2013/2012، ص.23.

ويتميز الإيجاب في عقود الإذعان بأنه يكون مستمراً لوقت طويل ولا يكون موجهاً لشخصاً محدداً بل بشكل عام ودائم، حيث يكون صادراً للجمهور بشكل عام دون تخصيص لفرد معين أو لفئة معينة تتوافر بها شروط محددة ولا يوجه إلى شخص معين بذاته.

ويمكن تعريف الإيجاب في عقود الإذعان بأنه تعبير عن إرادة باثة لشخص طبيعي أو اعتباري من خلال عقود نمطية معدة مسبقاً لا تقبل المناقشة بحيث يحدد الإيجاب إنشاء العقد وبيان شروطه وتحديد آثاره القانونية، بحيث إذا اقترن بقبول انعقد العقد.

ويثور التساؤل حول الأوجه التي تؤدي إلى احتكار الموجب لصناعة العقد في عقود الإذعان؟ حقيقة الأمر إن صناعة العقود النمطية أصبحت حاجة معاصرة تتلائم مع سرعة العصر وما يتطلبه من سرعة في إنجاز المعاملات، إلا أن احتكار الموجب لصناعة العقد في عقود الإذعان يعود لأسباب عدة أهمها الحاجة المعاصرة لصناعة العقود النمطية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تمتع الموجب بالتفوق الاقتصادي والمعرفي في موضوع التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: احتكار الموجب لصناعة عقود نمطية

يحتكر الطرف الموجب في عقود الإذعان صناعة العقد، حيث ينظم الطرف القوي من خلال ما يمتلك من خبراء وفنيين العقد ليشمل كافة الشروط والمحددات التي يتضمنها التعاقد، وإن الطرف القوي عادة ما يكون شخصاً اعتبارياً يبيع سلعة معينة أو يدير مرفقاً أو خدمة هامة للجمهور.

حقيقة الأمر إن استخدام العقود النمطية لا يعتبر شرطاً متلازماً لاعتبار أن العقد هو من عقود الإذعان، بل يجب أن يكون هذا العقد غير قابل للمناقشة أو المساومة، بالإضافة إلى وجود اختلال في التوازن العقدي.

مما يستوجب بيان مفهوم العقود النمطية في إطار عقود الإذعان (أولاً)، و التمييز بين العقود النمطية في إطار عقود الإذعان وما يشتهب بها من عقود (ثانياً).

أولاً: مفهوم العقود النمطية في إطار عقود الإذعان

يحتكر الموجب في عقود الإذعان صناعة العقد من خلال احتكاره لصناعة العقود النمطية التي ينصب بها الإيجاب والقبول، وهي عبارة عن عقد يستقل فيه أحد الطرفين بإعداد مضمون الاتفاق وشروطه، مع غياب المفاوضات السابقة لتبادل الرضا.

ويصدر الإيجاب بصيغة مطبوعة تنطوي على كثير من الشروط، حيث يغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز النقاش فيها وأكثرها لمصلحة الموجب، وتكون في صيغة معقدة بحيث يصعب فهمها على أساس أوساط الناس.

ترد عقود الإذعان المعاصرة في صورة عقود نمطية تشتمل على شروطاً عامة في قائمة ترفق مع العقد والذي يحيل إليها صراحة أو ضمناً، أو يتخذ صورة عقد مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع على الراغب في التعاقد، كما قد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محال استقبال الجمهور، كما هو الحال فيما تضعه شركات التأمين من بين يدي الزبائن من نشرات وكتيبات أو مطبوعات تتضمن الشروط العامة للتعاقد، وقد ترد هذه الشروط في وصل التسليم أو فاتورة، أو وصل الضمان أو في التذكرة.⁴³ حيث يصدر الإيجاب في عقود الإذعان متضمناً كافة العناصر الجوهرية والتفصيلية للتعاقد، وذلك نظراً لاحتكار الطرف الموجب لصناعة العقود النمطية الجاهزة، بالإضافة لطبيعة الخدمات أو المرافق أو السلع محل عقد الإذعان، والتي تشكل حاجة للناس جميعاً مثل التزود بخدمات الكهرباء أو الهاتف أو عقود التأمين.

⁴³ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص231.

مما يجعل هذه العقود هي تعبيراً عن إيجاب قاطع بالتعاقد، لاسيما أن معظم هذه العقود هي عقود ينتفع بموجبها القابل لمدة طويلة من الزمن.

وعليه فيعرف العقد النمطي بأنه عبارة عن عقد مكتوب يتضمن كافة أحكام التعاقد من إيجاب وقبول ومحل والتزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات وأسباب انتفاء المسؤولية وما على المتعاقدين إلا إدراج اسميهما والتوقيع.

وغالباً ما تتخذ عقود الإذعان العقود النمطية كوسيلة لإبرام العقد، وذلك نظراً لأن عقود الإذعان تنظم قطاعات كبيرة وشديدة الأهمية للحياة الاقتصادية المعاصرة، فتشمل عدداً من الشروط والمحددات والاستثناءات التي يشملها التعاقد، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم إبرام كل عقد على حدا. إلا أننا لا يمكن أن نعتبر أي عقد نمطي هو عقد إذعان إلا إذا انتقت المساومة والمفاوضة على شروط العقد وتضمن العقد النمطي في حد ذاته شروطاً تعسفية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، فالعقود النمطية التي تنظم العلاقات التعاقدية في عقود الإذعان هي عقود لا تقبل المناقشة أو المساومة على أي من بنود التعاقد، كما تشمل هذه العقود على بنود وشروط من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي.

وتتضمن عادة هذه العقود شروطاً في صالح الموجب، وعادة ماتكون هذه الشروط محققة للموجب أقصى انتفاع ممكن، في الوقت الذي تضع عنه أكبر عدد ممكن من الالتزامات إلى حد الإعفاء من المسؤولية الملقاة على عاتقه، وتشتمل هذه العقود على كافة شروط التعاقد الجوهرية والتفصيلية، ولا يكون الموجب مستعداً لمناقشة أي من البنود الواردة في هذه الصيغ الجاهزة.

إلا أن عقود الإذعان المعاصرة والتي تبرم من خلال عقود نمطية معدة مسبقاً، يتم صياغتها وصياغة شروطها من خلال الطرف القوي الذي ينفرد بصياغة العقد، ويقتصر دور الراغب بالتعاقد بالتسليم بهذه الشروط المقررة مسبقاً دون وجود إمكانية حقيقية لتعديل بنودها.

فقد أدت الحرية الاقتصادية إلى الحد من الحرية التعاقدية⁴⁴، نظراً لحاجة المتعاقد للسلعة أو الخدمة فليس له إلا الموافقة على شروط التعاقد كما هو أو رفضه دون أن يغير في العبارات المدرجة به أو الشروط والأحكام التي يتضمنها.⁴⁵

⁴⁴ لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.9.

وقد أضحت العقود النمطية هي أساس وسائل التعاقد المعاصر، مما يثير التساؤل حول تمييز العقود النمطية التي تتخذها عقود الإذعان كوسيلة للإبرام عن غيرها من الأنظمة التعاقدية المعاصرة.

ثانياً: تمييز عقود الإذعان عما يشتهر بها من أنظمة تعاقدية

تتشابه عقود الإذعان مع عددٍ من الأنظمة التعاقدية، حيث أن العقود النمطية التي تيرم من خلالها عقود الإذعان، وما تشتمله من شروط ومحددات مكتوبة يختلط مفهومها مع الإيجاب المشروط والعقود النموذجية. إن الإيجاب في عقود الإذعان يقوم على أساس مفاده أن الموجب يقوم بصناعة العقد كاملاً، إلا أن الإيجاب المشروط هو الإيجاب المعلق على شرط بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه، وهو المسمى بالشرط الجعلي، مثل قول البائع أبيعك سيارتي إن اشتري لي والدي سيارة جديدة،⁴⁶ حيث أن الإيجاب لا يلزم من صدر عنه إلا في الحدود التي يفصح فيها عن رغبته في أن يلتزم، فالإيجاب يؤخذ بجميع شروطه وتحفظاته الصريحة منها والضمنية، ويجوز أن يتضمن الإيجاب شروطاً أو تحفظات ضمنية نتيجة للظروف العامة للموجب.

وقد أجاز القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة أن يعلق نفاذ الالتزام أو زواله على شرط، ويطلق على الشرط في المعنى الاصطلاحي: "هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته،

⁴⁵ وقد أثارت هذه الطائفة من العقود جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون حول طبيعتها، وذلك لما لهذه العقود من خصوصية تحدد التراضي في هذه العقود، بحيث ذهب جانب من الفقه القانوني بأن هذه العقود لا يمكن أن تكون عقداً ناتجاً عن توافق إرادتين لأنها في حقيقة الأمر هي إرادة الطرف القوي والتي تمثلت في الشروط المحددة في العقود المعدة سلفاً، وقد اعتبر أصحاب هذا الرأي بأنها تعد بمثابة نظام أو تنظيم لائحياناً، حيث أنها استبعدت المناقشة بين الطرفين، بحيث يقوم الطرف القوي بإعداد لائحة تتضمن كافة الشروط المطلوبة، ومن ثم يقدمها للطرف الآخر الذي يكون مخيراً بين أمرين أولهما أن يقبل هذه الشروط فيتعاقد أو يرفضها فلا يتعاقد.

بينما يرى جانب ثالث من الفقه أن عقود الإذعان هي عقوداً حقيقية ملزمة لأطرافها كونها تتم بتوافق إرادتين بالرغم من أن أحد أطراف العقد في موقف اقتصادي أفضل من الآخر بشكل يجعله يفرض ما يشاء من شروط وصياغة العقود من خلال مجموعة من الخبراء القانونيين بشكل يصب في مصلحته، وإن التراضي يتحقق في هذه العقود كون أن الطرف الآخر يتعاقد برضاه دون جبر أو إلزام حيث أن بوسعها ألا يتعاقد، كما أن القانون لم يتطلب التساوي بين أطراف العقد، كما يدل القائلون بهذا المذهب بأن القانون لا يشترط وجود مناقشة لشروط العقد قبل التفاوض، لمزيد من التفصيل عن طبيعة عقود الإذعان راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص. 137 وما بعد.

⁴⁶ مقال بعنوان الإيجاب الممتد وإمكانية استخدامه بديلاً عن الوعد في التمويلات المصرفية الإسلامية <https://www.aliqtisadalislami.net>، تاريخ الزيارة 2019/7/5 الساعة 4:09 مساءً.

ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء، ويعرف الشرط بأنه التزام مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه.⁴⁷

وتتميز عقود الإذعان عن الإيجاب المشروط في أن الموجب يصنع الإيجاب فقط على خلاف عقود الإذعان التي يحتكر بها الطرف الموجب صناعة عقد متكامل من خلال صياغة الإيجاب والقبول وما على القابل إلا التوقيع على العقد، كما أن استبعاد الشرط الذي علق عليه الإيجاب يؤدي بالنتيجة إلى بطلان العقد لعدم تحقق ركن التراضي، على خلاف الشرط الوارد في عقود الإذعان فإن قرار القاضي باستبعاده لا يؤدي إلى بطلان العقد.

أما العقود النموذجية فهي عبارة عن صيغ مكتوبة أعدت سلفاً من قبل المنظمات المهنية الدولية، متضمنة مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات التجارة الدولية، ومطبوعة بأعداد ضخمة تُستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل.⁴⁸

وتتميز العقود النموذجية عن عقود الإذعان بصفتها الاختيارية حيث أن أطراف التعاقد غير ملزمين بتطبيق هذه النماذج، فأطراف البيع الدولي غير ملزمين باتباع أحكامها إلا باتفاقهم وإرادتهم بشكل صريح أو ضمني، فإما تتم الإشارة إلى تطبيق أحكام أي عقد نموذجي على اتفاقهم، وإما أن تتم الإحالة إلى تلك الأحكام كتابةً، وفي كلا الحالتين يفترض بالمتعاقدين مع أي هيئة أو جمعية نظمت ذلك العقد، أنه قد اطلع على ما ورد فيه من شروط وارتضى بها.⁴⁹

ولطرفي العقد الحق في تعديل أحكام العقد النموذجي بالشكل الذي يناسبهما، واستبدالها بأحكام أخرى بما يلائم مصالحهما، هذا ما يؤكد وجود مرحلة من المفاوضات والمناقشات بينهما، كما أن العقود النموذجية تُستخدم بمعرفة أطراف ذات قوة نفوذية متساوية، وغالباً ما يتم تعديل هذه العقود لتحقيق توازن في المصالح الاقتصادية بينهم⁵⁰، على خلاف عقود الإذعان والتي لا يحق للطرف القابل أن يعدل بأي من أحكام أو شروط العقد.

⁴⁷د. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة: الوجيز في شرح القانون الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، دار وائل للنشر، عمان 2006، ص. 241.

⁴⁸سهي نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008، ص. 40، عن سلامة أحمد عبد الكريم: قانون العقد الدولي، ص. 133.

⁴⁹سهي نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، المرجع السابق، ص. 134.

⁵⁰سهي نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، المرجع السابق، ص. 134.

ويتميز الإيجاب في عقود الإذعان عن الإيجاب في البيع بواسطة النشرات والإعلانات وغيرها من وسائل الدعاية المرفق بها بياناً تفصيلياً يبين سعر كل سلعة من ناحية الإلزام، حيث أن الإيجاب في البيع بواسطة النشرات يكون مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بتوافر السلعة، وإن نفاذ السلعة هي سبباً موجباً لسقوط الإيجاب أو الرجوع عنه.⁵¹

كما أن العلاقات التعاقدية التي تبرم في ظل منظومة عقود الإذعان هي علاقات تعاقدية تقتصر إلى تساوي النفوذ الاقتصادية، مما يؤدي بالنتيجة إلى قصور في دور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي.

الفرع الثاني: تفوق الموجب الاقتصادي والمعرفي

يرجع قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي لأسباب متعددة، بحيث لا تقتصر على احتكار الموجب لصناعة العقود النمطية، بل يساهم التفوق الاقتصادي والمعرفي للموجب في تحقيق هذا الاختلال العقدي. مما يثير التساؤل حول دور التفوق الاقتصادي والمعرفي في قصور التراضي في عقود الإذعان عن تحقيق التوازن العقدي؟

حقيقة الأمر إن منظومة التراضي هي تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، والذي كان مقبولاً بالنسبة إلى علاقات تعاقدية اتسمت بالبساطة أدت إلى وجود قدر من التوازن العقدي والقدرة على التفاوض وإمكانية الشخص العادي الإمام بظروف التعاقد، فإن تطبيقه يبدو في غاية الخطورة عندما يواجه مبدأ سلطان الإرادة عقوداً لا يكاد المستهلك العادي يعرف محتواها ولا المقصود منها، بالإضافة إلى ضعفه من الناحية الاقتصادية.⁵² حيث يساهم التفوق الاقتصادي في احتكار الموجب لصناعة العقد (أولاً)، كما يساهم التفوق المعرفي في احتكار الموجب لصناعة العقد (ثانياً).

⁵¹د. خليل أحمد قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، 2003، جامعة الأزهر، ص.61.

⁵²د. سه نكه رعلي رسول: حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، س.2016، ص.66.

أولاً: أثر التفوق الاقتصادي في احتكار الموجب لصناعة العقد.

لعبت التطورات الاقتصادية التي شهدتها حقبة الستينات من القرن الماضي نمواً اقتصادياً غير مسبوق، أدى إلى تضاعف الأموال والخدمات، ونمو المؤسسات الاقتصادية وتوسعها، مما أدى إلى تعقد المنتجات والخدمات ونمو الائتمان والإشهار والتسويق، الأمر الذي أوجد زيادة في عدم التوازن بين قوة وسطوة المحترفين.⁵³

حيث ساهم التفوق الاقتصادي للطرف القوي في قدرته على فرض ما يشاء من شروط ومحددات للتعاقد، نظراً لهيمنته الاقتصادية وقدرته على التحكم بالعرض والطلب داخل السوق، مما يجعل المتعاقد الراغب في السلعة أو الخدمة يتعاقد دون قدرة حقيقة على تغيير شروط التعاقد، مما جعل منظومة التراضي غير قادرة عن حماية التوازن العقدي نظراً لرضا المتعاقد الضعيف بمجموعة من الشروط التي تؤثر على انتفاعه بالخدمة أو السلعة محل التراضي.

وتأخذ غالبية الدول المعاصرة بمبدأ حرية مباشرة الصناعة والتجارة عملاً بنظام الاقتصاد الحر، والذي يستلزم العمل بمبدأ حرية المنافسة الحرة التي تهدف بالأساس إلى إتقان العمل وزيادة الانتاج وتخفيض الأسعار ودفع عجلة التقدم الاقتصادي، وإن الفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم، بهدف تحقيق علاقات تعاقدية أكثر عدلاً وأكثر فائدة، وإن هذه العدالة تستلزم وجود مساواة بين أطراف العقد، إلا أن تباين قوة العرض والطلب جعلت للمنافسة آثاراً سيئة على الاقتصاد وعلى المستهلكين.

حيث لا يكفي قبول المتعاقد للعقد وشروطه وانتفاء وجود أي عيب من عيوب الإرادة تشوب إرادة المتعاقد عند التعاقد للقول بالقوة الملزمة للتراضي، حيث أن المركز الاقتصادي المتفوق للموجب يجعله يتعسف في فرض ما يشاء من شروط تعسفية تؤدي إلى الإختلال الواضح ما بين الحقوق والالتزامات.

⁵³د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق 2006، ص38.

ونظراً لأهمية الدور الذي يلعبه التفوق الاقتصادي في اختلال التوازن العقدي وعدم قدرة التراضي على حماية المنظومة العقدية، فقد أصبح التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي من أهم المعايير التي تحدد الشروط التعسفية، حيث اعتبرت المادة 35 من القانون الفرنسي للاستهلاك رقم 10-1-1987 التفوق الاقتصادي سبباً من أسباب التفوق الاقتصادي، وذلك في إطار تحديده للشروط التعسفية فقد إعتبر الشرط تعسفياً في حال كان وارداً في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، ومتى يظهر أن الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر.

إلا أن الفقه القانوني قد اختلف في تحديد معيار هذا التعسف ما بين اعتبار التحرير المسبق للعقد حقاً للطرف القوي يجعله يتعسف في استعمال هذا الحق بإدخال شروط تعسفية نظراً لتفوقه الاقتصادي، إلا أنه لا يمكن القول بأن التحرير الأحادي الجانب من الطرف الموجب للعقد هو حقاً بل هو ضرورة تستلزمها طبيعة التعاقد، ولا يعد معيار التفوق الاقتصادي هو معياراً وحيداً لتعسف الطرف في فرض شروط تعسفية، حيث قد يرجع فرض الشروط التعسفية لتفوق الموجب المعرفي.

وقد حاول البعض إرجاع فكرة التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي إلى فكرة تعسف الموقف، لأن التعاقد الضعيف تحت سيطرة المحترف الذي يكون أكثر قوة من المتعاقد الضعيف، إلا أن هذه الفكرة الحديثة يجب أن تنظم ضمن نصوص قانونية تخرج عن إطار النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق.⁵⁴

ومن المؤثرات التي يمكن اعتمادها لمعيار التفوق الاقتصادي، وضع المحترف في السوق لا بالنظر إلى حصته التي يصعب تحديدها في عالمنا المعاصر، حيث يمكن لتاجر صغير أو حرفي بسيط بحكم وضعه المسيطر أن يستخدم نفوذه في فرض ما يشاء من شروط عند التعاقد.⁵⁵

وذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التعسف يقدر ابتداءً من الوضع المسيطر للمحترف، الناتجة عن السلطة التي يملكها في المشروع من واقع نفوذه الاقتصادي، بحيث يتبنى تصرفات مستقلة اتجاه المنافسين

⁵⁴ أرباحي أحمد: مقال بعنوان أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد 5، ص. 353.

⁵⁵ أرباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 353.

والمستهلكين تجعله قادراً على إبطال تأثير نفوذ خصومه وجعلهم مجبرين على الخضوع له، فالتعسف في استعمال التفوق الاقتصادي في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير نطاق الشروط العقدية.⁵⁶

وقد عاد قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995 واستبعد التفوق الاقتصادي من تعريف الشرط التعسفي بموجب الفقرة الأولى من المادة 132، بحيث عرفه بأنه: " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضراراً بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

وبالرغم من استبعاد القانون الفرنسي للتفوق الاقتصادي من تعريف الشرط التعسفي، إلا أن ذلك لا يستبعد التفوق الاقتصادي كسبب من الأسباب التي تؤدي إلى تفاوت المراكز القانونية وتحد من قدرة التراضي على تحقيق التوازن العقدي.

ثانياً: أثر التفوق المعرفي في احتكار الموجب لصناعة العقد

تعد المعرفة الفنية محرك الإنتاج في عالمنا المعاصر، حيث أصبحت المعرفة الفنية والتقنية هي جوهر العلاقات التعاقدية من خلال تحويل المعرفة إلى سلع وخدمات قابلة للتداول.

وقد أدى هذا التطور في المعرفة الفنية إلى تفاوت المراكز الاقتصادية للمتعاقدين، بحيث أصبح الطرف الذي يملك المعرفة الفنية في مركز اقتصادي قوي يسمح بإدخال ما يشاء من شروط على العقد، بحيث لم يعد الطرف القوي يحتكر صناعة العقد بل يحتكر المعرفة الفنية بشأن السلعة أو الخدمة محل العقد.

حيث أن العقود التي تبرم بين المهني وعديم الخبرة عادة ما تكون عقوداً نموذجية ينفرد المحترف بإعدادها وبصورة مسبقة سواء كان الإيجاب فيها موجهاً للكافة أو للمتعاقد الآخر، وينفرد أيضاً بكتابتها وكتابة الشروط بطريقة معقدة وذكية، مستنداً في إعدادها لخبراء ومؤسسات قانونية متخصصة، ومتمرسه ولها خبرة يقابله

⁵⁶ أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص. 219.

جهل، وعدم خبرة المتعاقد الآخر بالألفاظ والمصطلحات القانونية الدقيقة، وما ترتبه من آثار قانونية تخل بالتوازن العقدي الذي يبني على توقعاته.⁵⁷

ويعد التحرير الأحادي الجانب للعقود النموذجية ضرورة تفرضها طبيعة المعاملات الحديثة، ونتيجة لخلاصة الخبرة الفنية والقانونية الأمر الذي يؤدي إلى توحيد الشروط الموضوعية العامة، حيث أن قبول المتعاقد وتوقيعه على قائمة الشروط، لا يشترط فيها علمه وفهمه الصحيح لكل ما ورد فيها، حيث قد يتم كتابة الشروط بخط صغير وفي مكان من صفحات العقد الكثيرة لا ينتبه لها عديم الخبرة، أو أن يكون مصاغاً بلغة غير اللغة العربية وبمصطلحات فنية وبمصطلحات قانونية معقدة وبصورة مختلفة عن المعتاد، أو بطريقة غير مباشرة لا توحى في ظاهرها بما تؤدي إليه من نتائج تعفي من المسؤولية عن الضمان.

وكذلك الأمر في العقود التي يبرمها المستهلك مع المحترف، بحيث ينتهي الأمر إلى فرض المحترف لإرادته وشروطه على المستهلك مستغلاً بذلك تفوقه الاقتصادي والمعرفي والفني.⁵⁸

كما ساهم استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في التأثير على التراضي في العقود بشكل عام وعقود الإذعان بشكل خاص، حيث أصبح رضا المتعاقد الضعيف لا يقتصر على وجود عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض، بل ساهم تطور مجال الإعلان⁵⁹ في التأثير على رضا المتعاقد، حيث اجتهد الصناعيون في توسيع نطاق المجتمع الاستهلاكي على اعتبار أن نقل الأنماط الاستهلاكية أيسر بكثير من نقل أساليب ومهارات الإنتاج⁶⁰، حيث عمد الصناعيون على استخدام الفرد وإثارة غرائزه بخلق حاجات جديدة⁶¹.

ويساهم التفوق المعرفي والتقني في اختلال المراكز القانونية للمتعاقدين، بحيث يكون القابل على غير دراية كافية بشروط العقد ومحدداته الأمر الذي يؤدي إلى غموض في مفهوم تطابق الإيجاب والقبول، مما يؤدي إلى قصور التراضي بصفته انعكاساً لمبدأ سلطان الإرادة، عن حماية منظومة العقد واختلال التوازن العقدي.

⁵⁷مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية: مقال بعنوان الإيجاب في عقد الإذعان، العدد الأول، سنة 2014، العدد السادس، ص.382. والمنشور على

الموقع الإلكتروني www.mouhakiq.com/numbers.aspx?articles=14 تاريخ الزيارة 2018/3/12 الساعة 15:56.

⁵⁸د. سه نكه رعلي رسول: حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، س.2016، ص.62.

⁵⁹ يعرف الإعلان بأنه: "مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو خدمة محددة لحثهم على شرائها أو طلبها"، نائل عبد الرحمن صالح: حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط.1، مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، الأردن 1991، ص.57.

⁶⁰ يعد الإعلان أكثر العناصر إدراكاً وملاحظة ضمن الأنشطة الترويجية للشركات وهو أيضاً أعلاها تكلفة، ففي العام 2006 تجاوز إجمالي المصروفات والنفقات الإعلانية في جميع أنحاء العالم 600 مليار دولار، للمزيد راجع شارون أن - بترسون و ستيفن سيلفر: تسويق التأمين، جمعية إدارة مكتب التأمين على الحياة، 2010، ص. 314.

⁶¹د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 10.

المطلب الثاني

إذعان القابل لشروط العقد

يعتبر القبول وفقاً للنظرية التقليدية للعقد بأنه تعبير صريح عن نية المتعاقد في إبرام العقد، أما القبول في عقد الإذعان فيتميز بطبيعة خاصة تنتج عن طبيعة عقود الإذعان ذاتها، حيث أن أفراد الطرف الموجب بوضع شروط هذا العقد دون إمكانية مناقشة هذه البنود والتفاوض بشأنها، يجعل القبول في عقد الإذعان مقتصرًا على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها مقدم الخدمة أو مالك السلعة ولا يقبل مناقشتها، فإما أن يقبل الشخص المحتاج لهذه الخدمة، هذه الشروط جملة وتفصيلاً دون أي مناقشة فينعقد العقد، أو يرفضها فلا ينعقد.

أما القبول لغة فهو: " الموافقة، أو الرضا بالشيء وميل النفس إليه"⁶²، أما اصطلاحاً فيعرف بموجب المادة 102 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: " ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد"، كما يعرف بأنه: " التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، بحيث يطابق القبول الإيجاب وأي تباين عنه يعتبر إيجاباً جديداً"⁶³.

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فتعتبر القبول: " أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد بالموافقة على الإيجاب أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً"⁶⁴، حيث قررت حماية المتعاقدين من خلال إلزامهم بإبرام التصرفات من خلال تعبير صريح أو تصرف مفاده القبول.

وتشترط القواعد العامة للقبول أن يصدر ولا زال الإيجاب قائماً وأن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب، وإن ما تتمتع به عقود الإذعان من تحرير إنفرادي للعقد تثير التساؤل حول انطباق القواعد التقليدية على الإيجاب

⁶² معجم المعاني الجامع، انظر الموقع الإلكتروني <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-> ، تاريخ الزيارة 2018/9/24 الساعة 22:07.

⁶³ محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني الأردني، النظرية العامة للالتزام، ج.1، ط2، ص73.

⁶⁴ المادة 18 من اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي، 1980.

والقبول في عقود الإذعان، وذلك لأن مبدأ سلطان الإرادة لم يكن له دوراً فاعلاً في رسم العقد وتحديد شروطه والآثار المترتبة عليه.

ويشترط في القبول حتى ينتج أثره القانوني أن يكون الإيجاب ما زال قائماً، بحيث إذا سقط الإيجاب قبل ارتباطه بقبول فلا يمكن أن ينعقد العقد، وإن الأصل في القبول ألا يصدر فور صدور الإيجاب، وذلك لإعطاء القابل الفرصة في التفكير والتدبر إلى نهاية مجلس العقد، وفقاً لقاعدة حق القبول والمقررة بموجب أحكام مجلة الأحكام العدلية وقد أخذ بها القانون المدني الأردني والمصري والجزائري.⁶⁵

وقد اعتبر السنهاوري أن القبول في عقود الإذعان " هو مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل في العقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، لما كان في حاجة إلى التعاقد على كل شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان".⁶⁶

ويتبين قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان من خلال التسليم بما يرد في العقد من شروط (الفرع الأول)، ومن خلال رفض القبول في عقود الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التسليم بالشروط المعدة مسبقاً

يختص القبول في عقود الإذعان بخصائص تميزه عن القبول في سائر العقود الأخرى، وإن هذه الخصوصية التي يتمتع بها القبول في عقود الإذعان، قد أثارت الشك حول اعتبار هذا التسليم قبولاً ينعقد به العقد، أو اعتبار العلاقة ما بين الطرف القوي والمذعن علاقة لائحية ينظمها القانون، إلا أن الراجح في فقه القانون المدني أن الضغط الواقع على الطرف المذعن لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو يفسده، فهو قبول حقيقي.⁶⁷

⁶⁵ خليل أحمد قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، 2003، جامعة الأزهر، ص.63.
⁶⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص.229.
⁶⁷ لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.36.

ويتحقق القبول في عقود الإذعان بموافقة القابل المتعاقد على الشروط والنماذج التي فرضها الطرف القوي، وقد اعتبرت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني أن القبول في عقود الإذعان هو أقرب إلى التسليم منه إلى المشيئة.

ويتميز القبول في عقود الإذعان بأن الرضا فيه إذعائياً، حيث لا تقبل هذه الطائفة من العقود المساومة على شروط التعاقد (أولاً)، كما أن القبول لا يقوم على بيئة صحيحة من مضمون العقد مما يؤدي إلى غموض مفهوم تطابق الإرادتين (ثانياً).

أولاً: عدم قابلية المساومة على شروط التعاقد.

يتميز القبول في عقود الإذعان بمفهوم خاص كون أن الموجه إليه الإيجاب لا يملك أن يعدل أو يزيد من الإيجاب، وعليه أن يقبل الإيجاب كما هو دون تعديل أو تغيير، فالإنسان لا يستطيع أن يستغني عن وسائل النقل أو عن الماء والكهرباء، فليس له إلا قبول التعاقد مع من يوفرها دون مناقشة أو تفاوض، أو أن يرفض التعاقد برمته.⁶⁸

وبالرجوع لأحكام القانون المدني الفلسطيني الصادر في قطاع غزة⁶⁹، فقد نصت المادة 89 منه على أن:

" يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها."

كما يعتبر المشرع المصري الإذعان صورة من صور القبول، حيث قررت المادة 100 من القانون المدني المصري بأن: " القبول في عقود الإذعان يقتصر على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وإن هذا التسليم هو جوهر عنصر القبول في عقود الإذعان.⁷⁰

⁶⁸د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص 76.

⁶⁹صدر القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م عن المجلس التشريعي الفلسطيني في غزة، ونشر في الوقائع الفلسطينية الصادرة عن ديوان الفتوى والتشريع في قطاع غزة العدد الثالث والثمانون بتاريخ 24 يوليو 2012، وأصبح نافذاً بعد مرور 30 يوم من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، في إطار توضيح المادة 100 من القانون بأن: "تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها - في عقد الإذعان - ضرباً من ضروب القبول، فثمة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة التعاقد."

وقد جازمت النصوص القانونية السابقة بأن القبول في عقد الإذعان وبالرغم من طبيعته الخاصة فهو قبولاً لا ينعقد العقد إلا بتمامه، كما أن القابل لا يملك تعديل أي شرط من تلك الشروط وإنما يقبل بها دون مناقشة أي يدعن لها، هذا ويرى الفقه التقليدي بأن شخصية المذعن لا تكون محل اعتبار في عقد الإذعان.⁷¹

ويقول الدكتور سليمان مرقس: "مع أن الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها، فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصاً معينين إلى إبرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في إبرامه أو عدمه أو في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر".⁷²

وإن هذا التسليم هو جوهر الرضا في عقود الإذعان، كون أن المتعاقد قبل بالشروط المعدة مسبقاً لرغبته في التعاقد، لا لرغبته في شروط العقد ذاتها، حيث تتعدم المساومة أو الحوار المسبق على شروط العقد، بشكل يحدد محتوى العقد ومضمونه.

إلا أن هذا لا يعني أن الإذعان لا يعتبر قبولاً من الناحية القانونية، فهو قبول لا ينعقد العقد بدونه، يستند إلى إرادة صاحبه في إتمام التعاقد، وهذا القبول هو صورة خاصة من صور القبول،⁷³ وبالرغم من أن إرادة القابل لا تستطيع تحديد شروط التعاقد، وإنما تعتبر ركيزة أساسية في إثبات وصف العقد على هذه الطائفة من العقود.⁷⁴

وإن عقد المساومة هو العقد الذي تكون شروطه نتاج المناقشة الحرة بين أطرافه، أما عقد الإذعان فينفرد طرف بوضع شروط التعاقد بحيث يقتصر دور الآخر على مجرد قبول تلك الشروط دون مناقشة أو مساومة،

⁷⁰د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقد توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، سنة 2015، ص. 329.

⁷¹د. محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، 2011، ص. 61.

⁷²لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 24، عن د. سليمان مرقس: 124.

⁷³د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان في القانون المصري، مرجع سابق، ص. 92.

⁷⁴لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 27.

وذلك كنتيجة لظهور مشروعات ضخمة تطلب السرعة والدقة في إعداد العقود، وكذلك تزايد أعداد المتعاقدين وعدم توافر الوقت الكافي لمناقشة شروط كل عقد على حدة، مما أدى إلى إعداد الشروط مقدماً، ومن يريد التعاقد عليه التوقيع على العقد المعد مسبقاً.

وعلى من يريد الدخول في علاقة تعاقدية بشأن السلعة أو الخدمة محل التعاقد، فعليه أن يقبل الشروط مجتمعة دون أية مناقشة بشأن هذه الشروط، وإن انتفاء المساومة لا ينفي وجود الإرادة ولا يعد بذاته عيباً فيها،⁷⁵ كما يتميز القبول في عقود الإذعان بعدم وضوح مفهوم تطابق الإرادتين.

ثانياً: غموض مفهوم تطابق الإرادتين

يتميز القبول في عقود الإذعان، بقبول المتعاقد ورغبته بالتعاقد ذاته دون أن يقبل بشروط التعاقد، لاسيما الضارة منها بمصلحته، وذلك راجعاً لجهل القابل بشروط التعاقد وإن كان قد اطلع عليها، حيث أن بعضاً من شروط العقد قد تأتي بصورة غامضة، لا يمكن للفرد العادي أن يدرك فحواها.

مما يؤدي بالضرورة إلى عدم وضوح مفهوم التطابق بين الإرادتين في عقود الإذعان، حيث أن التطابق الوحيد هو حاجة الطرف الضعيف للسلعة أو الخدمة، أما الثمن في عقود الإذعان غالباً ما يحدد وفق قوانين أو تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة، فليس هناك تطابق أو توافق ما بين الإرادات بشأن العقد، وإن التطابق لم ينصرف إلا لموضوع واحد فقط وهو التعاقد ذاته، أما شروط التعاقد فلا يحصل بشأنها تطابق بين الإرادات، حيث نكون أمام إرادة واحدة فقط، وهي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة، لأن الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه وأكثرها لمصلحته.⁷⁶

فإن الشخص الذي يتقدم للتعاقد مع شركة التأمين فإنه يرغب في التعاقد ذاته، وأن الثمن يكون محدداً بموجب قرارات صادرة عن الجهات المختصة، والمحددة في فلسطين بموجب قرارات هيئة سوق رأس المال

⁷⁵ د. جلال علي عدوي: أصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص. 56.

⁷⁶ مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية: مقال بعنوان الإيجاب في عقد الإذعان، العدد الأول، سنة 2014، العدد السادس، ص. 375، والمنشور على الموقع الإلكتروني www.mouhakiq.com/numbers.aspx?articles=14 تاريخ الزيارة 2018/3/12 الساعة 15:56 .

السلطانية، وإن الشروط موضوع التعاقد تكون محددة بموجب عقد صادر عن شركة التأمين تحدد شروطه وتحدداته، وإن الراغب في التعاقد ما عليه إلا أن يوقع على عقد التأمين.

فالقابل يقدم على التعاقد في ضوء عقد يصدره الطرف القوي، ولا يقوى على مناقشته بشروط التعاقد التي حددها الموجب، وليس له بديل عن التعاقد لأن الإذعان يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة، وعليه فيستوي بالنسبة للطرف المذعن الشروط التي علم بها، لأن العلم بالشيء وعدم الاعتراض عليه صراحة يعني الرضا به ضمناً، مما يؤدي إلى هدم توازن العقد، لهذا تظهر الحاجة إلى حماية الطرف المذعن لإعادة التوازن الاقتصادي أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه.⁷⁷

حيث أنه سناً للقواعد العامة يجب أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، ولا يجوز أن يأتي القبول بما يزيد أو يعدل على الإيجاب وإلا اعتبر إيجاباً جديداً، كما يفترض تحديد كافة المسائل الجوهرية للتعاقد بحسب ما تقتضيه طبيعة التعاقد، بحيث يجب تطابق الإيجاب والقبول في الثمن والمبيع في عقد البيع، ويترك تحديد المسائل التفصيلية لتحل باتفاق لاحق أو للقضاء في حال ثار خلاف حول المسائل التفصيلية، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة للتمييز ما بين الأمور الجوهرية من التفصيلية للتعاقد.⁷⁸

فلا يكفي تبادل التعبيرين لكي يوجد التراضي، بل يجب أن يندمج التعبيران ليكونا إرادة مشتركة، والتي تستلزم أن يكون كلا الطرفين عند تمام التراضي يريد النتيجة الكلية التي يؤدي إليها العقد بطبيعته، بمعنى أن ما يريد أحد الطرفين إعطاءه أو عمله أو الامتناع عن عمله، هو عين ما يريد الطرف الآخر أن يحصل إعطاؤه أو عمله أو الامتناع عن عمله، أي أن المسلك الإيجابي لأحد الطرفين يقابله تقبل لدى الطرف الآخر.⁷⁹

إلا أن القبول في عقود الإذعان يعد تطبيقاً دقيقاً لقاعدة التطابق، ولكن بشكل مرسوم بمنتهى الدقة والحرفية وفقاً لإرادة طرف يتحكم في صناعة العقد وصياغة أدق تفاصيله، فيأتي القبول موافقاً للإيجاب دون أن يعدل فيه أو يبدل، وإن هذه الحرفية في التطابق تجرد التطابق من هدفه القائم على أسس مبدأ الرضا في العقود ليجعل عقد الإذعان تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين واستثناء في آن واحد.

⁷⁷ د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص. 240.

⁷⁸ د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 4، 2009، ص 72.1

⁷⁹ حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 35.

يتبين مما تقدم أن للقبول في عقد الإذعان أوصاف يتميز بها عن غيره من العقود، حيث لا يحق للطرف المذعن القابل المساومة أو المناقشة في شيء من شروط العقد، وأن القابل في العقد أمام خيارين إما القبول أو الرفض، كذلك الطرف القوي في عقد الإذعان، ملزماً بالتعاقد إذا قبل الطرف المذعن، ولا بد من توافق الإيجاب والقبول في عقد الإذعان كغيره من العقود، كما يكون موجهاً لعامة الناس أو لفئة معينة منهم دون تحديد لأشخاص بذاتهم، بحيث يستمر لفترة أطول من الإيجاب في العقود الأخرى، وإن هذه الخصوصية للقبول في عقد الإذعان يثير التساؤل حول إمكانية رفض القبول.

الفرع الثاني: احتكار الموجب لرفض القبول في عقود الإذعان

يستلزم الأصل بأن ارتباط الإيجاب بالقبول المطابق له انعقاد العقد، إلا أنه لا يتحتم على الموجب قبول المتعاقد الذي وجه القبول، بل له الحرية في القبول أو الرفض، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة في جميع الأحوال، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، لا سيما إذا كان الموجب قد وجه الدعوة للتعاقد بعد أن حدد شروطه، فإن رفض القبول دون وجود أسباب مشروعة والا كان متعسفاً في هذا الرفض، ويستوجب عليه تعويض المتضرر.⁸⁰

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات تمخضت عن الممارسة العملية التي يقوم بها الموجب وطبيعة عمله ومنها ما سارت على نهجه أحكام القضاء، حيث لا يكون الموجب ملزماً بالتعاقد في حال وجود تحفظ صريح أو ضمني (أولاً)، وقد يكون الاعتبار الشخصي سبباً لرفض القبول (ثانياً).

أولاً: وجود تحفظ صريح أو ضمني

يبين الواقع العملي أن للموجب في عقود الإذعان سلطات مطلقة في رفض القبول، نابعة من تميز مركزه الاقتصادي والمعرفي عن المركز القانوني للقابل، بحيث لا يحتكر الموجب رفض القبول بسبب وجود تحفظ

⁸⁰ سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: انظر الموقع الإلكتروني <http://law.uobabylon.edu.iq/lecture.aspx?fid=7&lcid=23411>، تاريخ الدخول 2018/11/30 ساعة الدخول 9:08 مساءً.

صريح أو ضمني فقط، كما هو الحال في القواعد التقليدية مثل اشتراط الحصول على القرض وجود موافقة من البنك على المستندات المقدمة، أو طاقة المشروع، أو وجود شاغر على متن الطائرة أو القطار، إلا أنه قد يرفض القبول بسبب التاريخ الائتماني للقابل أو بسبب تاريخه في تحقيق الخسارة.

ويعتبر القضاء الفرنسي أن الشرط الضمني أو ما يسمى بالتحفظ الضمني هو كل ما يفهم من ظروف العقد ويقتضيه سير العمل، بحيث يعتبر الفقيه ساليه إلى أن التحفظات تعود إلى ما يسمى بالفن التعاقدية، والذي يعرف بأنه مجموعة من القواعد المعترف بها ضمناً والمقبولة على أنها تكملة ضرورية للطريقة المستعملة، فهي تحكم زيادة على الموضوع الالتزامات التي تنتج عن الاتفاق الشكل الذي يعبر عن الإرادة.⁸¹

إلا أن هذه التحفظات الضمنية تصبح شروطاً مجحفة في إطار عقود الإذعان، بحيث يستغل الموجب تفوقه الاقتصادي والمعرفي في رفض القبول وفقاً لشروط يحددها مسبقاً في العقد، ويعد من قبل هذه الشروط رفض شركات الكهرباء تركيب عداد كهرباء بنظام الفاتورة واستبداله بعدد الدفع المسبق، في حال كان للشخص ديون متراكمة من السابق للشركة، وكذلك الأمر فيما يتعلق بعدد الدفع المسبق من سلطة المياه، ونظام الدفع المسبق لشركات الإتصالات الخليوية بالرغم من اختيار القابل لنظام الفاتورة.

كما يعد رفضاً متعسفاً للقبول، رفض بعض شركات التأمين التعاقد مع المركبات العمومية أو الدرجات النارية نظراً لارتفاع معدل الخسارة على هذه الفئة من المركبات.

وعليه فإن للقاضي صلاحية استخلاص إذا ما كان رفض القبول يستند إلى أسباب ومبررات سائغة، أم هو تعسف في استعمال الحق يستلزم التعويض عن الضرر الذي سببه الموجب نتيجة رفض القبول، حيث أن الواقع العملي يبين أن الإيجاب الموجه للجمهور، يتضمن دائماً تحفظات ضمنية لم تجر العادة بإعلانها ولا حتى ممكن هذا الإعلان، حيث أن عقد التشغيل وعقد الإيجار يقوم على اعتبارات شخصية بشكل مستمر، والإيجاب الموجه من صاحب الفندق يستلزم وجود أشخاص مؤهلين لدخول هذا المكان حفاظاً على

سمعته.⁸²

⁸¹د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر 1946، ص. 90.

⁸²د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر ، 1946، ص. 96.

وتعد هذه الممارسات من أهم الأسباب التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي في عقود الإذعان، حيث أن الطرف القوي يتمتع بمركز سيطرة يسمح له فرض ما يشاء من شروط على المتعاقدين واختيار من يشاء من المتعاقدين.

ثانياً: وجود الاعتبار الشخصي

لا يعد الاعتبار الشخصي سبباً في رفض القبول في عقود الإذعان فحسب، بل أيضاً هو سبب من الأسباب التي تغير طبيعة عقود الإذعان لتجعلها عقود مساومة ومشئمة أيضاً، حيث أن أهم ما يميز عقد الإذعان وجود طرف قوي يتحكم بوضع شروط العقد، في حال كان القابل طرفاً على قدر من المساواة الاقتصادية مع الطرف القوي فإن صفة الإذعان تنتفي عن العقد المبرم.

وأصبح الاعتبار الشخصي في وقتنا الحاضر يتحكم في صناعة شروط العقد ومحدداته، حيث أن نسبة الفائدة في البنوك تتحدد بموجب قوانين، إلا أن على أرض الواقع وجود مقترض ذو نسبة ملاءة مالية يغير من شروط العقد ومحدداته، وكذلك الأمر فيما يتعلق بأسعار بوالص التأمين وإن كان محدد البعض منها بموجب قرارات تصدر عن هيئة سوق رأس المال الفلسطينية إلا أن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً بارزاً في تحديد السعر في حال وجود مؤمن له على درجة من الأهمية الاقتصادية للشركة.

لا بل لا يتوقف الاعتبار الشخصي على الثمن بل يمتد لمكونات العقد وشروطه، بحيث يتمكن المتعاقد القوي من تغيير بنود وشروط العقد قد يصل أحياناً إلى قدرته على فرض ما يشاء من شروط ومحددات على الموجب.

وإن ما يهمنا هو قدرة الاعتبار الشخصي في القبول على منح مبرر سائق للطرف الموجب على رفض القبول، حيث يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن اعتبار العرض الصادر من الراغب بالتعاقد في العقود التي تقوم على اعتبار شخصي إيجاباً حتى وإن حدد شروط الإيجاب، ويعتبر أصحاب هذا الرأي بأن هذا العرض يعد دعوة للتعاقد مثل عقود الإيجار والشركة.

إلا أن الرأي الراجح من الفقه يذهب إلى أن الاعتبارات الشخصية بالعقود هي نوع من أنواع التحفظات الضمنية التي لا يمكن الإعلان عنها، حيث أن الإيجاب بالتشغيل لا يوجه إلا لأفراد لهم من الصفات الطبيعية والمهنية ما يتضمنه التشغيل الموجب به.

حيث يجب أن يستند رفض القبول إلى دوافع وأسباب معقولة يبررها سير العمل أو طبيعة التعاقد، على أن يكون للموجب مصلحة مشروعة من رفض التعاقد، وتكون للمحكمة صلاحية النظر في مدى مشروعية رفض التعاقد من عدمه حيث لا يجوز رفض التعاقد بسبب الجنس أو اللون أو الأفكار السياسية أو الدينية.⁸³ فالإيجاب بالتشغيل هو إيجاب موجه للجمهور، إلا أنه يحتوي على تحفظات صريحة منها وضمنية تتعلق بشخصية القابل، حيث لا يوجه إلا إلى أشخاص لهم من الصفات الطبيعية والمهنية ما يستلزمه موضوع الإيجاب.

وقد حظرت المادة 22 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على البائع أو المزود الامتناع عن بيع أية سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك دون سبب مشروع، بحيث تتجلى تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في رفض التعاقد دون وجود مسوغ سليم تحتمه طبيعة العمل، حيث يسأل الموجب عن الرفض التعسفي وللقاضي الخيار بين أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال أو يصل إلى اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك، حيث نصت المادة 113 من القانون المدني المصري على ذلك.⁸⁴ وفي هذا السياق تفرض قوانين التأمين في الولايات المتحدة الأمريكية تشريعات تشتمل على بنود مكافحة التمييز غير العادل، بحيث يضع بنوداً صممت خصيصاً لضمان المعاملة بالمثل لجميع المكتتبين لنفس فئة التأمين، بحيث تمنع شركة التأمين من التمييز غير العادل خصوصاً فيما يتعلق بالأسعار المفروضة أو المزايا والمنافع المستحقة الدفع أو أي من الأحكام والشروط، كما تحظر رفض تأمين الأفراد أو تقييد أو تحديد مبلغ غطاء التأمين المتوفر بسبب الجنس أو الحال الاجتماعية أو العرق أو الدين أو الأصول العرقية أو غير ذلك.⁸⁵

وعليه يتبين بأن التراضي في عقود الإذعان هو تراضي من طبيعة خاصة، حيث أصبح التراضي في عقود الإذعان له خصوصية يستمدّها من العقد ذاته بحيث تحول الرضا من اعتباره حالة نفسية في نفس المتعاقد

⁸³د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص. 97 وما بعد.

⁸⁴لعشب بن محفوظ: عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. 81.

⁸⁵شارون ألن - بترسون و ستيفن سيلفر: تسويق التأمين، جمعية إدارة مكتب التأمين على الحياة، 2010، ص. 334.

ظهرت من خلال الإرادة الظاهرة المتمثلة في القبول الحر الواعي، إلى اعتبار التراضي ذو مفهوم عملي يستدل عليه من قيام الطرف المذعن برضاه بالتعاقد، دون أن يكون على بينة من شروط التعاقد ذاته، مما يستوجب بيان حدود قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي.

المبحث الثاني:

حدود قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان

ينتج اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان بسبب وجود أحد المتعاقدين في مركز اقتصادي ومعرفي متفوق، بحيث تجعل الطرف المتفوق يفرض ما يشاء من شروط دون تعديل أو تغيير، تجعل هذا الطرف يحصل على ميزات تعاقدية تفوق ما يقدمه من حقوق للطرف الآخر، حيث يقف التراضي عاجزاً أمام ما أفرزته المنظومة العقدية للرضى من اختلال للتوازن العقدي في عقود الإذعان.

ويتحدد قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي من خلال ما يفرضه الطرف الموجب من شروط تعسفية تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي (المطلب الأول)، كما يتحدد من خلال قصور القواعد المتعلقة بحماية الرضى عن حماية التراضي في عقود الإذعان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي نتيجة فرض الشروط التعسفية

يتميز عقد الإذعان باحتوائه على شرط تعسفي يفرضه الجانب القوي على الجانب الضعيف اقتصادياً، بغرض الحصول على ميزة مجحفة، حيث يعد تعسف الطرف القوي في فرض شروطه على التعاقد من أهم أسباب الاختلال العقدي في عقود الإذعان.

وإن انفراد الطرف القوي بتحرير شروط العقد، يسمح بإدخال الشروط التي يراها تحقق مصلحته الخاصة، مستفيداً من عدم توازن المراكز الاقتصادية مما يسمح بالنص على شروط تخفف المسؤولية، ويكون رضى الطرف المذعن شكلياً لا يمتد إلى مضمون العقود وشروطها، مستغلاً بذلك الطرف القوي حاجة الطرف المذعن للسلعة.

وقد تطورت تقنية استخدام الشروط النموذجية أثناء التعاقد، بحيث برزت بشكل ملحوظ في عقود الاستهلاك، بحيث أصبح المهني يفرض شروطه على المستهلك، مستغلاً ما يتمتع به من تفوقاً مهنيّاً، الأمر الذي أدى إلى اتساع فجوة التفاوت الاقتصادي ما بين المتعاقدين، وما أثر بشكل واضح على التوازن العقدي، مما جعل لعقود الإذعان صوراً وتطبيقات جديدة.⁸⁶

وللوقوف على الشروط التعسفية باعتبارها أحد أسباب اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان، نتطرق لمفهوم الشروط التعسفية (الفرع الأول)، وأنواع الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

تعد الشروط التعسفية⁸⁷ التي ترد بالعقود النموذجية بشكل عام من أهم الموضوعات التي تناولها الفقه والقضاء، حيث عملت التشريعات المعاصرة والدراسات الفقهية على دراسة هذه الشروط وبيان دورها في اختلال التوازن العقدي.

⁸⁶ سهى نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008، ص. 1.

⁸⁷ تعني كلمة تعسف لغة في معجم اللغة العربية المعاصرة: في مادة ع س ف : في يتعسف، تعسفاً، فهو متعسف، والمفعول متعسف فيه، تعسف في الأمر: ظلم وجار واستبد، تعسفت الدول العظمى في تعاملها مع الدول الصغيرة- شخص متعسف في قراراته، تعسف في الكلام: - عسف فيه، فعله

وبالرجوع إلى القواعد العامة للشروط بموجب أحكام مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني المعمول به في فلسطين، فقد تناولت في الفصل الرابع منها الشروط التي لا يجوز تضمينها في عقد البيع، حيث اعتبرت أنه لا يجوز تضمين عقد البيع شرطاً ليس فيه نفعاً لأحد المتعاقدين، مثل اشتراط البائع على المشتري أن يبيع له المبيع مقابل إقراض شخص ثالث، فيكون في هذه الحالة العقد صحيحاً والشرط لغوا لاقيمة له. إلا أن مجلة الأحكام العدلية أجازت أن يتضمن عقد البيع شروطاً تساعد على بيان مقتضيات العقد حيث نصت في المادة 186 على أن: "البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر، لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد". كما يجوز أن يتضمن عقد البيع شروطاً تؤيده، مثل تضمين العقد شروطاً تضمن دفع الثمن لأنها تتفق مع مقتضيات العقد، كما أجازت أن يتضمن العقد شروطاً جرى العرف على اعتبارها في عقد البيع.88 ولبيان مفهوم الشروط التعسفية في عقود الإذعان، يجب الوقوف على تعريف الشرط التعسفي (أولاً) ، ومعايير الشرط التعسفي (ثانياً).

أولاً: تعريف الشرط التعسفي

تعددت التعريفات القانونية لمصطلح الشرط التعسفي⁸⁹، نظراً للمعيار الذي سلكه كل اتجاه لتعريف الشرط التعسفي، فاعتبرت بعض التعريفات بأن الشرط يعد تعسفياً إذا كان مناقضاً لمبدأ حسن النية في المعاملات،

بلا روية ولا تدبير (آراء متعسفة)، - حمله على معنى لا تكون دلالاته عليه ظاهرة " تخريج متعسف فيه".د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص. 44 ، عن معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، الناشر عالم الكتب، ط. 1، سنة 2008م، ص. 192، أما مصطلح التعسف بموجب الاصطلاح الشرعي يقصد به : أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على حق يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية، المناقض لقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصول، انظر د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ط.4، سنة 1988، ص.26.

⁸⁸د. خليل أحمد قداه: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، جامعة الأزهر، غزة 2003، ص.65 وما بعد.

⁸⁹لقد ظهرت فكرة الشرط التعسفي أو الشرط غير العادل clause Unconscionable أولاً في الولايات المتحدة الأمريكية في العام 1962، حيث وضع القانون الأمريكي اجتهاداً قضائياً للقانون العام بجيز للقاضي إبطال أي شرط يبدو تعسفياً وذلك ضمن أحكام قانون التجارة الموحد، ثم انتقلت هذه الفكرة إلى أوروبا حيث بدأت التشريعات تضع نصوصاً لمكافحة هذا النوع من الشروط، حيث ظهرت في السويد في العام 1971 ومن ثم في بريطانيا في العامين 1973 و 1977 حيث عرفت بـ (unfair contract terms act 1977) ، والدنمارك 1974 وألمانيا 1976 ، و فرنسا 1978، انظر د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، هامش ص.233.

وأخرى مبنية على مصدر فرض الشروط التعسفية وطريقة فرضها، وأخرى معتمدة على أطراف العلاقة التعاقدية، وأخرى ركزت على أثر الشروط التعسفية على أطراف العلاقة التعاقدية، وأخرى لم تورد تعريفاً وإنما أوردت قائمة بالشروط التعسفية.

عرف الشرط التعسفي الذي يرد على العلاقة التعاقدية بالاستناد إلى مصدر الشرط بأنه: " الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة".⁹⁰

كما يعرف بأنه: " تلك الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظراً لضعف مركزه الاقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها".⁹¹

ويعرف الشرط التعسفي بموجب الاتجاه الذي يتخذ من طريقة فرض الشرط معياراً لتعريفه، بأنه: " الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر".⁹²

أما الشرط التعسفي من حيث أثر الشرط على العلاقة العقدية وتوازنها فيعرف بأنه: شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك تتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك.⁹³ كما يعرف جانب من الفقه الشرط التعسفي بأنه: "يعتبر كل شرطاً تعسفياً كل شرط بالنظر إلى الميزة القاصرة على المهني والذي يؤدي إلى عدم توازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد".⁹⁴

ويعرف د. عبد المنعم خليفة الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي لم يكن محلاً للمفاوضة والنقاش الفردي الفعلي بين طرفي العقد، والذي يترتب عليه إيجاد حالة من عدم التوازن والتكافؤ بين الحقوق والالتزامات التي

⁹⁰ د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص. 47، عن د. محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص. 32، ص. 96.

⁹¹ د. أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.63.

⁹² د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص. 50.

⁹³ د. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، ص.402.

⁹⁴ د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص. 49.

تنشأ عن العلاقة التعاقدية، وأن يكون هذا الشرط مكتوباً بصفة مسبقة دون أن يكون لرأي المستهلك أو مشورته أي تأثير في مدى إمكانية تغيير هذا البند، ويستوي أن تكون هذه الحالة التعاقدية بسبب البين في القوة الاقتصادية بين الطرفين أو بسبب المعرفة الفنية أو بسبب القانون".⁹⁵

وقد تناولت بعض التشريعات تعريفاً للشرط التعسفية، ومنها من لم يتناول التعريف بل اقتصر على بيان الشروط التعسفية، ومن حيث موقف قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 فلم يورد تعريفاً للشروط التعسفية بشكل عام أو تحديداً لها، تاركاً الأمر لصلاحيات المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك لتقدير الشرط التعسفي⁹⁶، أما المشرع المصري وضع نظرية عامة التطبيق تشمل كافة نواحي القانون دون أن يورد تعريفاً محدداً⁹⁷، أما قانون الاستهلاك المغربي فقد نص في المادة 24 منه على أنه: "يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط في العقد لم يكن محلاً للمفاوضة الفردية، ولم يراع في التنصيص عليه متطلبات حسن النية والذي يترتب عليه من جانب المستهلك عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ويعتبر شرطاً غير خاضع للمفاوضات الفردية كل شرط تمت كتابته مسبقاً دون أن يكون للمستهلك أي تأثير على محتوى العقد وخصوصاً في إطار عقد الإذعان".

⁹⁵د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص.50.

⁹⁶ تنص المادة 23 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على أنه يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك.

⁹⁷ وقد أوضح المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني بأن: "المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لما لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة، بل شمل التطبيق نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية، كما تنطبق على الروابط المالية، وإنها تسري في شأن الحقوق العينية، سريانها في شأن الحقوق الشخصية، وإنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام، ولذا أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضماً عاماً حيث نصت المادة الخامسة من القانون المدني المصري على: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، ب. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ج. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة."، وقد أخذ القانون المدني السوري بذات النص في المادتين الخامسة والسادسة"، مجموعة الأعمال التحضيرية، ص 207 وما بعد.

أما القانون الفرنسي رقم 78/23⁹⁸ الخاص بحماية وإعلام المستهلك، فقد اعتبر أن الشروط التعسفية لا تنحصر في طائفة معينة من العقود حيث يمكن أن ترد في عقود التراضي أو في عقود الإذعان، وقد عرف الشروط التعسفية بأنها: "الشروط التي ترد في العقود المبرمة ما بين المحترف والمستهلك، والمتعلقة بدفع الثمن أو بتحمل تبعة الهلاك والمخاطر أو بمدى المسؤولية أو نطاقها، إضافة إلى الشروط المتعلقة بالضمانات وشروط فسخ العقد وإنهائه أو تجديده تكون تعسفية، متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذه الأخيرة ميزة فاحشة"، كما و حدد قائمة سوداء من الشروط التعسفية⁹⁹.

وقد أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة 1-132 من القانون رقم 95/96 الصادر بتاريخ 1995/2/1 والتي عرفت الشروط التعسفية بأنها: "تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها وآثارها إضراراً بغير المحترفين أو المستهلكين، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

أما الشرط التعسفي وفقاً للتوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 1993/4/5، في المادة الثالثة منه فهو: "الشرط في العقد الذي لم يكن محل مناقشة فردية، يعتبر تعسفياً عندما يكون مخالفاً لمقتضيات حسن النية، ويرتب ضرراً للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد بين أطرافه".

وقد زخرت أحكام المحاكم في مختلف البلدان بقرارات تبين مفهوم الشرط التعسفي من وجهة نظر القضاء، حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية تارة الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر

⁹⁸الصادر بتاريخ 1978/1/10.

⁹⁹بحيث حظرت المادة 35 من قانون حماية المستهلك الفرنسي ثلاثة شروط وهي:

1. الانضمام لشروط غير واردة في العقد الموقع من طرف المتعاقدين.
2. تحديد أو الإعفاء من المسؤولية في عقود البيع.
3. التعديل المنفرد للمنتج المراد تسليمه أو الخدمة المراد أدائها.

العقد¹⁰⁰، واعتبرته من جهة أخرى أنه: " الشرط الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصادياً في العقد".¹⁰¹

أما القضاء الفرنسي فيعتبر أن الشرط التعسفي يوجد إذا كان الشرط يتضمن تصرفاً غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي.¹⁰²

وعليه يتبين بعدم وجود اجماع على تعريف الشرط التعسفي نظراً لتنوع الشروط وتعدد موضوع العقد الذي يرد فيه ذلك الشرط، ويستحسن أن يورد التشريع قوائم بالشرط التعسفي في كل نوع من العقود على سبيل المثال لا الحصر، على أن ينص التشريع على العناصر الواجب توافرها في الشرط التعسفي.

ثانياً : معايير الشرط التعسفي

تتوعد النظريات والمعايير التي اتخذتها التشريعات المختلفة لتحديد الشرط التعسفي، وتعد من أهم المعايير التي درج الأخذ بها معياري تعسف الطرف القوي باستعمال نفوذه باعتباره معياراً شخصياً لتحديد الشرط التعسفي، ومعيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي باعتباره المعيار الموضوعي في الشرط التعسفي.

ويراد بمعيار تعسف الطرف القوي في استعمال نفوذه، توافر القوة الاقتصادية أو الفنية أو المعرفية لدى المتعاقد القوي جعلته في موقف تعاقدى أفضل بحيث استطاع فرض ما يشاء من شروط ما كان يقبلها الطرف الآخر لولا سلطة الطرف القوي، ويستخلص هذا المعيار من الصفة الخاصة بأطراف العقد.

فلا يتوقف اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان على عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات، لأن التفاوت بين الحقوق والالتزامات تتضمنها بعض العقود التي لا تحتوي على شروط تعسفية مثل عقود التبرع، بل

¹⁰⁰الطعن رقم 296 لسنة 25 ق. ، محكمة النقض المصرية، جلسة 1960/4/21، مجموعة المكتب الفني، بند 50، ص. 330.

¹⁰¹نقض مدني، الطعان 396 و398 لسنة 37 ق. ، جلسة 1974/3/1، مجموعة المكتب الفني، بند 80، ص. 492.

¹⁰²د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، سنة 2015، ص. 63، عن T.G.I., Paris, 25 oct., 1989, n.200. Bull. D'info. C. Cass n, 298.25 fe`v. 1990.

يمكن في تعسف أحد طرفي العقد في استعمال حقه التعاقدية نظراً لتفوقه على الطرف الآخر الذي لا يستطيع مقاومة إرادة المتعاقد القوي الذي يستطيع فرض ما يشاء من عقود تتماشى مع مصلحته الاقتصادية.¹⁰³

كما أن عدم التوازن في الالتزامات التعاقدية لا يرجع في كل الأحوال إلى التفاوت بين مركزي الطرفين من الناحية الاقتصادية نتيجة احتكار قانوني أو فعلي، بل قد يعود عدم التوازن في ظل العقود التفاوضية أيضاً نتيجة لعدم وجود مقومات الخبرة والمعرفة بين طرفي العقد، ووجود متعاقد على قدر من القوة ليس الاقتصادية فحسب، وإنما سيطرته على عدد من الآليات لقانونية والفنية التي تساعد على تكريس عدم المساواة بين أطراف العقد،¹⁰⁴ إذ لا توجد مساواة اقتصادية أو اجتماعية بين المتعاقدين، وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه عقود الإذعان، إذ أن أحد أطراف العقد يتمتع بخدمات وسلع وأموال يرغب فيها المتعاقد الآخر، ومن هنا يأتي تفوقه لا سيما أن الطرف المتفوق يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي.¹⁰⁵

وقد أخذ المشرع الفلسطيني في القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 المطبق في قطاع غزة، في المادة 5 منه بهذا المعيار متأثراً بالقانون المصري والقانون الأردني¹⁰⁶، ويتخذ هذا المعيار بعدد من الوسائل والمؤشرات التي يستدل منها على الوضع الاقتصادي للمتعاقد، مثل وضعه في السوق وحالة السوق، وتقدير شروط المحترف ومدى تأثيرها على السوق، ووضع المستهلك الذي لا يملك إلا الموافقة والإقدام على التعاقد أو الرفض، وقدرته على مناقشة بنود العقد.¹⁰⁷

¹⁰³ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.187، عن A.Karimi, les clauses abusive et la theorie de l'abus de droit, op. cit, P.12.

¹⁰⁴ د. سه نكه رعلي رسول: حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، س.2016، ص.68.

¹⁰⁵ لعشيب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، س.1990، ص.60.

¹⁰⁶ حيث تنص المادة 5 من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 على: "يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية:

1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، 2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، 3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، 4. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف"، وتقابلها المادة رقم 5 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة 66 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

¹⁰⁷ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.191، عن O.Carmet, reflexions sur les clauses abusive au sens de la loi N 78/23 du 10/1/1978, /R.T.D. Com.1982,art I,P.16.

ويعتبر المعيار الشخصي غير ذي جدوى من الناحية العملية لصعوبة اثباته، ولترادفه مع معيار القوة بحيث أن الطرف القوي لا بد له من استعمال نفوذه للحصول على الميزة المفرطة وهو المعيار الموضوعي، حيث يرتبط معيار الميزة المفرطة ارتباطاً وثيقاً بالمعيار الشخصي بعلاقة سببية¹⁰⁸.

و يقصد بالميزة المفرطة بأنها: "المقابل المغالى فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري"¹⁰⁹، ولا تقتصر الميزة المفرطة على المنافع النقدية وإنما يشمل الإلتزامات التي تلقى على عاتق المتعاقد الضعيف أو التي تخفف من التزمات الطرف القوي.¹¹⁰

إلا أن معيار الميزة المفرطة لا يعد كافياً من الناحية العملية لتقدير الشرط التعسفي لعدة أسباب، لا سيما أن المشرع لم يحدد مقداراً معيناً في تفاوت الإلتزامات التي يمنحها الشرط التعسفي على غرار الغبن¹¹¹، كما أن البند التعسفي قد يكون مبرراً إذا تم النظر إليه بالنسبة إلى مجمل العقد، وفي ضوء الإلتزامات التي ظهر بمناسبتها، وعليه فلا يمكن الأخذ بأحد المعيارين منفرداً في تحديد الشرط التعسفي.¹¹²

إلا أن المشرع الفرنسي استعاض عن تلك المعايير بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي والمستمد من التوجيه الأوروبي¹¹³، والذي يتطلب لتحديد الشرط التعسفي ألا يتم النظر للشرط بصفة منعزلة وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد والشروط المختلفة التي يتضمنها.¹¹⁴

¹⁰⁸ د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص. 57.

¹⁰⁹ مريم بوحظيش و إبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص. 32، عن نصيرة خلوي عنان: الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، 2013، ص. 33.

¹¹⁰ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، سنة 2014، ص. 193.

¹¹¹ مريم بوحظيش و إبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص. 33.

¹¹² هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، سنة 2014، ص. 194.

¹¹³ حيث اتخذت المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95 لسنة 1996 معيار الإخلال الظاهر بالتوازن ما بين حقوق وواجبات أطراف العقد، تماشياً مع التوجيه الأوروبي رقم 93/13 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، مريم بوحظيش و إبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص. 30.

¹¹⁴ محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص. 96.

وقد حرص المشرع الفرنسي على التأكيد بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد بأن التوازن العقدي لا يستلزم ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة.¹¹⁵

وإن قانون حماية المستهلك الفلسطيني لم يتطرق كما أردنا سلفاً لأي تعريف للشروط التعسفية، ولم يتضمن أي معيار تاركاً الأمر في المادة 23 منه لمجلس الوزراء لإصدار نظام خاص يحدد فيه المعايير الواجب اتخاذها لاعتبار الشرط تعسفياً- وهو الذي لم يصدر بعد- تاركاً الأمر في تقدير الشروط التعسفية لسلطة القاضي التقديرية في حال أثير أمامها من الطرف المدعن.

الفرع الثاني: أنواع الشروط التعسفية

تتنوع عقود الإذعان في وقتنا الحاضر، حيث أصبحت الكفاءات الفنية والقانونية تتفنن في صياغة الشروط التي تصب لمصلحة الطرف القوي في العقد، وإن حصر الشروط التعسفية بشكل دقيق هو أمر من ضروب الخيال، نظراً لتنوعها وتعددتها وتشابك العلاقات التعاقدية الحديثة.

بحيث تنقسم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها (أولاً) وهي التي تظهر في مرحلة تكوين العقد، مثل الشروط التي تقضي بدفع غرامات مالية باهظة للعامل في حال ارتكابه خطأ، وشروط تعسفية بحكم استعمالها (ثانياً).

¹¹⁵ مريم بوحظيش و إبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص.35.

أولاً: شروط تعسفية بذاتها

تعرف الشروط التعسفية بذاتها وفقاً لتعريف محكمة النقض المصرية بأنها: "الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد فتأتي مخالفة للنظام العام"¹¹⁶، وحقيقة الأمر إن الشرط الذي يخالف النظام العام يبطل التصرف أما في حال كان الشرط مخالفاً للقانون يبقى العقد ويبطل الشرط، حيث وتظهر حالة التعسف في هذا النوع من الشروط منذ إدراجها في العقد، أي في مرحلة تكوينه، فتأتي ألفاظه متناقضة مع مضمونه، ويعد هذا الشرط تعسفياً بغض النظر عما إذا تم تطبيقه من قبل واضعه أم لا.¹¹⁷

ومن الأمثلة العملية على هذه الشروط، الشرط الذي يدرجه رب العمل في النظام الداخلي للمؤسسة ويفرض بمقتضاه غرامات مالية باهظة على العامل الذي يرتكب خطأ أثناء تأديته للعمل أو بمناسبة العمل، وحتى لو كان هذا الخطأ بسيطاً، فيعد هذا الشرط تعسفياً لأن هذه الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل.¹¹⁸

ومن الأمثلة العملية على هذا النوع من الشروط الشرط الذي يلزم المشتركين في الخدمات العامة بدفع رسوم الاشتراك الشهرية سواء استعملت الخدمة أو لم تستعمل.¹¹⁹

كما يعد من قبل الشروط التعسفية بذاتها الشرط الإرادي وهو الشرط الذي يجعل تنفيذ الإلتزام متوقفاً على حدث ما والذي يكون بوسع أحد الأطراف تحقيق هذا الحدث أو عدم تحقيقه، حيث اعتبر القانون المدني

¹¹⁶ عبد الحكم فوده: تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص. 434.
¹¹⁷ حسن عبد الباسط جمعي: حماية المستهلك في مصر بالمقارنة أوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ط.1، دار الفكر، مصر 1996، ص. 111.

¹¹⁸ د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص. 52.
¹¹⁹ حيث قررت محكمة النقض الفلسطينية: " ولما أن الإثراء بلا سبب هو الحصول على مال الغير دون قيام ذلك على سبب مشروع، وحيث أن محكمة الموضوع خلصت من خلال تقديرها ووزنها للبيانات من أن تحصيل بدل الرسوم الاشتراك الشهري لا تقوم على أي أساس من القانون أو العقود وهي بذلك تكون غير مستندة إلى سبب مشروع، وبالتالي فإن ما تحصله الطاعنة بدل رسوم اشتراك شهري هو إثراء بلا سبب على حساب المشتركين والمستفيدين". قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، في النقض المدني 2014/777، الصادر بتاريخ 2015/11/16.

الفرنسي أن أي التزام قد تم التعاقد عليه تحت شرط إرادي من جانب ذلك الذي يلتزم يكون باطلاً¹²⁰، وقد اعتبر المشرع الفلسطيني في القانون المدني المطبق في قطاع غزة هذا النوع من الشروط باطلاً¹²¹.

وتتقسم الشروط الإرادية إلى شرط إرادي بسيط يلحق بإرادة طرفي الالتزام دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة بل تتقيد بإرادة أخرى غير معينة، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية أو ملابسات أخرى¹²²، وشرط إرادي محض وهو الذي يتوقف بموجبه تحقق الالتزام على محض إرادة المدين أو الدائن، فإذا تعلق الشرط بمحض إرادة الدائن كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن إن شاء تقاضي المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله منه، أما إذا كان وجود الالتزام معلقاً على محض إرادة المدين أيضاً ومن ثم يكون الشرط باطلاً وهو في الغالب الملتزم بتقديم سلعة أو خدمة لصالح المستهلك.¹²³

ويجعل الشرط الإرادي المحض الإلتزام غير حقيقياً أو وهمياً، فيعتبر الشرط الوارد في عقد الإيجار بمنح المؤجر صلاحية تحديد مبلغ الإيجار حتى السنة السادسة يجعل الشرط غير حقيقي أو وهمي، وكثيراً ما يرد الشرط الإرادي ضمن الشروط العامة للبيع بصدد الإلتزام بالتسليم.¹²⁴

وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحل من العقد أو توقف تنفيذه إذا كانت لصالح من وضعها، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدة وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو قيود

¹²⁰ مريم بوحظيش وإبتمام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص.78، عن سلمة بن سعدي، رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص.129.

¹²¹ حيث تنص المادة 281 من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 المطبق في قطاع غزة على: "لا يكون الإلتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم".

¹²² مريم بوحظيش وإبتمام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص.79.

¹²³ مريم بوحظيش وإبتمام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص.80، عن سلمة بن سعدي: سلمة بن سعدي، رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص.130.

¹²⁴ أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، دار المهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص. 289.

تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء إذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطياً".¹²⁵

ثانياً: شروط تعسفية بحكم استعمالها

تظهر الشروط التعسفية بحكم استعمالها كأنها شروط عادية لا تشوبها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر صفة التعسف بها عند تنفيذ أو تطبيق العقد.¹²⁶

وتبرز هذه الطائفة من الشروط التعسفية عند تنفيذ العقد لا عند إدراجها فيه، بحيث يتمسك الطرف القوي بحرفية الشرط وإهمال روح النص، مثل الشرط الذي يدرجه المؤمن في عقد التأمين والذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض إذا لم يبلغ الشركة خلال ثلاثة أيام من تاريخ وقوع الحادث.¹²⁷

وتتقسم الشروط التعسفية بحكم استعمالها إلى شروط تعسفية ترد في مرحلة تنفيذ العقد أو في مرحلة فسخ العقد، ومن أمثلة الشروط التعسفية التي ترد في مرحلة تنفيذ العقد الشرط الذي يرد في عقد البيع ويعفي البائع من الإلتزام بضمان العيوب الخفية، أو الشرط الذي يحدد وقتاً قصيراً لفحص السلعة.

كما تعد شروطاً تعسفية الشرط الذي يعطي المصرف الحق في الحسم التلقائي لأي مبلغ أضيف على الحساب كمصاريف البريد، أو أي مصاريف تتعلق بإمساك الحساب، دون الرجوع للطرف الآخر، أو الشرط الذي يسمح للطرف القوي بتعديل بنود العقد متى يشاء دون إشعار المتعاقد بذلك.¹²⁸

وتتدرج ضمن هذا النوع من الشروط التعسفية، الشرط الذي يدرج لإعماله في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات العقدية، والذي يدخل ضمنه الشرط المتعلق بإجراءات الفصل في النزاع وطرق حله، مثل إلزام الطرف

¹²⁵ المادة 150 من القانون المدني الأردني، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954.

¹²⁶ عبد الحكم فوده: تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص 434.

¹²⁷ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص 188.

¹²⁸ منال جهاد خلة: رسالة ماجستير بعنوان أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة 2008، ص 240.

الضعيف باللجوء إلى التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء لتسوية أي نزاع يطرأ نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد¹²⁹، وعليه اعتبر قانون التأمين الفلسطيني إبطال شرط التحكيم الوارد في وثيقة التأمين، في حال وروده ضمن الشروط العامة المطبوعة وليس الخاصة.¹³⁰

كما يعد من قبيل الشروط التعسفية اشتراط البائع تحديد ثمن المبيع من جانبه بصفة انفرادية، واحتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن.¹³¹

وقد ترد هذه الشروط في مرحلة فسخ العقد مثل الشرط الذي يعطي الحق للطرف الأقوى بفسخ العقد، أو حتى الشرط الذي بمقتضاه، يمكن فسخ العقد من جانب واحد دون إبداء الأسباب.¹³²

تخضع الشروط التعسفية لسلطة القاضي التقديرية، حيث اعتبرت محكمة التمييز الأردنية بأن الشروط التي تقلل من درجة مسؤولية المهني تعد شروطاً تعسفية يجب إلغاؤها.¹³³

¹²⁹ سهى نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، جامعة بيرزيت، فلسطين 2008، ص.109.

¹³⁰ المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005.

¹³¹ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص.251.

¹³² هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت 2014، ص.190.

¹³³ قرار تمييز حقوق، رقم 97/856. صادر عن محكمة التمييز الأردنية، 1997.

المطلب الثاني

اختلال نظام حماية التراضي

تقف النظريات التي أسسها القانون المدني عاجزة أمام تطور النظام القانوني للعقد في العصر الحديث، لاسيما بعد دخول التعاقد الإلكتروني إلى منظومة العقد الحديثة، حيث تؤدي الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان إلى اختلال التوازن العقدي.

وقد عمل القضاء في بادئ الأمر على مواجهة التعسف والإجحاف الذي قد يلحق بالطرف المذعن في العقد من خلال النظريات التقليدية للقانون المدني، إلا أن التشريعات المدنية التي تضمنت أسس الحماية العامة للتراضي في العقود، تم وضعها بالنظر إلى علاقات تعاقدية سادت في الوقت الذي لم يكن التطور الصناعي والاقتصادي والتقدم العملي والتكنولوجي قد وصلا إلى ما يشهده عالمنا المعاصر.¹³⁴

ويتحدد قصور التراضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، من خلال نجاح التراضي في عقود الإذعان من الإفلات من سيف القواعد التقليدية لحماية الرضى، حيث ظهر قصور شروط التراضي وصحته عن حماية التراضي في عقود الإذعان (الفرع الأول)، وقصور النظريات المستمدة من القضاء عن حماية التراضي في عقود الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قصور شروط التراضي وصحته

تقوم نظرية العقد على أساس وجوب توافر شروط ومحددات ينعقد بموجبها العقد، حيث أن هذه المحددات وضعتها التشريعات منذ قديم الزمان لضمان حماية العقد من أي جور أو إجحاف قد يلحق بأحد المتعاقدين تحقيقاً لمصالح المتعاقدين الخاصة، دون أن تهمل الشروط والمحددات اللازمة لضمان مصلحة المجتمع.

¹³⁴د. سه نكه رعلي رسول: حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، س.2016، ص.66.

ويثور التساؤل عن دور هذه الشروط والمحددات في ضمان حماية التراضي في عقود الإذعان، وحقيقة الأمر لقد أثبت الواقع العملي قصور الشروط والمحددات اللازمة لانعقاد العقد وضمن صحة الإرادة في حماية التراضي في عقود الإذعان، ويتبين هذا القصور من خلال قصور نظرية السبب عن حماية التراضي (أولاً)، وقصور نظرية عيوب الإرادة عن حماية التراضي (ثانياً).

أولاً: قصور نظرية السبب

تعجز نظرية السبب عن حماية التراضي في عقود الإذعان، حيث ذهب اتجاه من القضاء الفرنسي الحديث للاعتماد على نظرية سبب الالتزام لإبطال الشروط التعسفية، للحكم ببطلان الشرط التعسفي لانعدام سبب الالتزام، نظراً لأن عقود الإذعان من قبيل عقود المعاوضة¹³⁵ التي ترتب التزامات متقابلة على طرفي العقد. وتتص في هذا الخصوص المادة 135 من القانون المدني الفلسطيني - المطبق في قطاع غزة - على أنه: "لا ينشأ الالتزام إذا لم يكن له سبب ويبطل العقد"، ولكن يثور التساؤل حول فعالية سبب الالتزام في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان.

حقيقة الأمر فقد تطلب القانون أن يكون سبب الإلتزام موجوداً وقت نشوء العقد، فإن انعدم وقت نشوئه وقع العقد باطلاً، فإذا لم يكن للالتزام الذي إلتزمه العاقد الأول التزاماً مقابلاً، فيكون سببه غير موجود، وعليه يقع العقد باطلاً بطلاً مطلقاً.¹³⁶، ولا محل للتحري عن العوامل الشخصية التي دفعت العاقد الأول إلى التعهد بموجبه.

¹³⁵ يقصد بعقود المعاوضة بأنها تلك العقود التي يأخذ كل من المتعاقدين مقابل ما يعطي، ويعطي مقابل ما يأخذ، انظر د. عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص. 42.

¹³⁶ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، 2014، ص. 28 عن عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات صادر الحقوقية، ص. 320.

حيث أن كل طرف يلتزم بقدر ما يأخذ، فعلى سبيل المثال ففي عقود الفرنشايز¹³⁷ فإن جوهرها هو نقل المعرفة العملية الناتجة عن الخبرة والتجربة التي اكتسبها المانح، وإن الإخلال بهذا الالتزام الأساسي يترتب عليه بطلان العقد لفقدان السبب.¹³⁸

وبالرغم من أن هذه النظرية تحمل وجهة المنطق، إلا أنها لا تعد وسيلة فعالة لإزالة اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان، لا سيما أن العقود لا تبين بشكل واضح أسباب الالتزامات المتقابلة لكل من العاقدين، مما يشكل صعوبة كبيرة في استخلاص سبب الالتزام، وبالنتيجة إن إنعدام سبب الالتزام وقت نشوء العقد يؤدي إلى بطلان العقد، وهو ما لا يبتغيه الطرف المذعن لحاجته إلى السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

ولهذا اتجه جانب من القضاء لاعتبار الشروط التي تخالف سبب الالتزام الأساسي للعقد شرطاً باطلاً، فقد قررت محكمة النقض الفلسطينية بأن: "الشرط الوارد في إتفاقية توريد الكهرباء والتي تنص على حق المورد في قطع التيار الكهربائي عن المشترك بعد مرور شهر على التخلف عن دفع أثمان الكهرباء، هو شرط تعسفي وارد في عقد من عقود الإذعان الأمر الذي يسوغ للقضاء استبعاد الشروط التعسفية، ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد، التي يتجلى فيها الغرض منه".¹³⁹

وقررت في ذات السياق محكمة النقض الفرنسية بأنه: "يعتبر خرقاً لنص المادة 1131 من القانون المدني ما ذهب إليه المجلس القضائي من تطبيق لشرط يتضمن تحديداً لمسؤولية شركة البريد عن التأخير والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى اعتباره كأنه غير مكتوب".¹⁴⁰

¹³⁷ عقد الفرنشايز: هو علاقة تعاقدية ما بين طرفين هما المانح فرانشيزر والممنوح له فرانشيزي، يلتزم بمقتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية والتدريب للممنوح له، الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف، أو شكل أو إجراءات مملوكة مسيطر عليها من قبل المانح، بحيث يقوم الممنوح له باستثمار أمواله الخاصة في العمل، بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه ويحملها وحدها دون غيره، دعاء طارق البشناوي: رسالة ماجستير بعنوان عقد الفرنشايز وآثاره، مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص.20.

¹³⁸ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، 2014، ص.34 عن سامي منصور: مقال بعنوان الحماية القانونية للفرنشايزي في النظام القانوني اللبناني، منشور في العدل، 1999، ع.1، ص.42.

¹³⁹ حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 52 لسنة 2003، تاريخ الفصل 2004/1/29، المقضي.

¹⁴⁰ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.256، عن Com.,22 Octobre

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار سبب العقد وفقاً للنظرية الحديثة للسبب التي تشترط أن يكون الباعث مشروعاً وسيلة فعالة لإقامة التوازن العقدي¹⁴¹، إلا أن نظرية مشروعية السبب تعني أن يكون السبب غير مخالفاً للنظام العام والآداب، وكون أن عقود الإذعان تقوم على أسباب مشروعة.

ونظراً لأن الباعث هو أمر داخلي في نفس المتعاقد، فقد افترض القانون أن الباعث على التعاقد هو باعث مشروع، وأن من يدعي عدم المشروعية وهو الطرف الضعيف في هذا العقد عليه أن يثبت وجود الباعث غير المشروع، مما يؤدي بالضرورة إلى صعوبة اثبات هذا الباعث غير المشروع.

وعليه لا يمكن للقضاء أن يستند على نظرية مشروعية الباعث لإعادة التوازن العقدي، نظراً لأن الثابت أن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية جائزة ومشروعة بالأصل، لذا فإن نظرية السبب تقف قاصرة أمام حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان.¹⁴²

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مفهوم النظام العام والآداب العامة مفهوماً مرناً متغيراً بتغير الأسس التي يقوم عليها المجتمع، وبالتالي لا يمكن اعتبار مفهوم ذو طبيعة متغيرة أساساً لفرض حماية دائمة للتوازن العقدي.

ويتبين بأن نظرية السبب وإن كانت تشكل أساساً قانونياً يتيح للقاضي الرقابة على العقد، إلا أن هذا الأساس غير كافياً وقاصراً في مجال حماية التراضي في عقود الإذعان، هذا العقد الذي تتوافر فيه كافة شروط صحة السبب¹⁴³، وإن إعمال نظرية انعدام السبب تؤدي إلى إبطال العقد برمته، وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك التي تستلزم إبطال الشرط وحده والإبقاء على العقد¹⁴⁴، مما جعل الفقه يؤكد على دور نظريات عيوب الإرادة في حماية التراضي في عقود الإذعان.

¹⁴¹ عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971، ص.213.

¹⁴² د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.258.

¹⁴³ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، 2014، ص.34 عن سامي منصور:

مقال بعنوان الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، منشور في العدل، 1999، ع.1، ص.45.

¹⁴⁴ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.258.

ثانياً: قصور نظرية عيوب الإرادة

يؤسس القانون المدني صحة التراضي بناءً على خلوه من العيوب المحددة وفقاً لأحكام القانون، والتي تعيب إرادة المتعاقد، إن هذه العيوب متى تحققت شرائها القانونية تجيز لمن لحقت إرادته عيب من تلك العيوب، إبطال العقد.

وقد ذهب جانب من الفقه القانوني للقول بأن هذا الدور الأساسي لنظرية عيوب الإرادة ينطبق على التراضي في عقود الإذعان، ولا حاجة لقواعد متميزة لاسيما أن هذه الطائفة من العقود لا تخرج عن منظومة العقد، مما يثير التساؤل حول كفاية نظرية عيوب الإرادة في حماية التراضي في عقود الإذعان.

يذهب البعض إلى اعتبار الإذعان إكراهاً، حيث أن المتعاقد الضعيف لم تكن إرادته حرة في اختيار شروط التعاقد، فلم يكن أمام المتعاقد الضعيف إلا أن يقبل أو يرفض وهو لا يستطيع الرفض، لأن الأمر يتعلق بسلعة أو خدمة لا يمكن الاستغناء عنها، لذا سيكون مضطراً للقبول.¹⁴⁵

حقيقة الأمر لا يمكن اعتبار الإذعان للتعاقد إكراهاً يعيب الرضا، بل هو نوع من الإكراه الذي تتفاوت فيه المراكز بين المتعاقدين الذي لا أثر له في صحة التراضي بل مجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد، وكون القوة التفاوضية بين طرفي العلاقة التعاقدية متفاوتة لأن معدها هو دائماً الطرف الأقوى، ويرجح فيها مصالحه وهو غير مستعد لإحداث أي تغيير فيها، وفي كثير من الأحيان لا تقبل حتى مناقشة محتوياتها بصورة تفصيلية.¹⁴⁶

كما أن تضمن العقد لشروطاً قد لا يرتضيها الطرف الثاني عندما يكون له الخيار، لا يعني أن الطرف المذعن قد تعرض للإكراه الذي يهدد حياته أو يتلف عضواً من أعضائه¹⁴⁷، حيث أن الإكراه في عقود الإذعان هو نوع من الإكراه الاقتصادي الناتج عن حاجة المتعاقد للخدمة أو السلعة محل العقد، لا يمكن

¹⁴⁵د. عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، 1994، بدون طبعة، ص.46.

¹⁴⁶عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 1946، ص. 24.

¹⁴⁷منال جهاد خلة: رسالة ماجستير بعنوان أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص. 60 عن القرني بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه، ع.14 (325/3)، الندي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع. 14، (417/3).

اعتباره من قبيل الإكراه المادي الذي تستند إليه المحكمة لإبطال العقد أو إيقافه¹⁴⁸، مما يخرج الإذعان من عيب الإكراه.

أما دور عيب الغلط في حماية التراضي في عقود الإذعان، فهو دور محدود النطاق، كون أن العقد يتعلق بسلعة أو خدمة يحتاجها المتعاقد، وهو من توجه إلى الطرف المزود لهذه الخدمة أو السلعة رغباً بالتعاقد وأن شروط العقد تحدد بشكل واضح ومفصل شروط السلعة أو الخدمة، وقد ذهب القابل لقبول العقد بالرغم مما هو وارد في شروط التعاقد المعدة مسبقاً، ويشترط في الغلط أن يكون جوهرياً وأن يتصل علم العاقد الآخر لوقوع التعاقد في الغلط، أو أن يقع كلاهما به بحيث يكون مشتركاً أي أن يقع فيه كلا العاقدين وهو أمر لا يمكن تصوره في عقود الإذعان، ويترتب على توافر عيب الغلط إقامة دعوى لفسخ العقد برمته فيكون لزاماً على الطرف الضعيف أن يحرم نفسه من سلعة هو بحاجة إليها.

أما نظرية التعبير فإن هذه الوسيلة هي من مسائل الواقع التي ينفرد بتقديرها قاضي الموضوع، استخلاص بإبطال العقد كغيرها من عيوب الإرادة، في ظل عقد يحتاجه المتعاقد مما يؤدي إلى قصور دورها في هذا النوع من العقود، وإن الاستغلال وسيلة غير مجدية في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، وذلك لأن الاستغلال يتعلق بمحل العقد وهو عدم التوازن العقدي، أما الإذعان فهو يتعلق بالإرادة، ومن ثم لا يجوز أن نحكم في فكرة متعلقة بالكيف بواسطة فكرة ذات طابع كمي¹⁴⁹، كما أن وجوب إقامة دعوى إبطال العقد يصاحبه تكاليف وصعوبة في الإثبات، حيث يقع على المتعاقد الضعيف عبء إثبات العنصر النفسي إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي، لا مستخلص منه ولا مفروض.¹⁵⁰

وكان الأجدد على المشرع الفلسطيني أن يسير على منوال المشرع الكويتي¹⁵¹ بالنص على إمكانية إقامة دعوى إنقاص الإلتزامات أو زيادة إلتزامات الطرف الآخر حتى يمكن أن تكون أداة فاعلة في تحقيق التوازن

¹⁴⁸ عيد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.1، سنة 2012، ص.118 عن غسان عمر: التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، ص.54.

¹⁴⁹ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.253.

¹⁵⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، ج.1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص.359.

¹⁵¹ حيث تنص المادة 159 من القانون المدني الكويتي على: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً أو هوى جامحاً أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه ويجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه

العقدي، مما أدى إلى قصور نظرية عيوب الرضا في حماية التراضي في عقود الإذعان، وأدى بالفقه إلى محاولة البحث عن حماية التراضي من خلال نظريات أخرى.

ونظراً لقصور النظريات المتعلقة بانعقاد العقد وشروط صحته في حماية التراضي، ذهب جانب من القضاء إلى استخدام نظريات ومبادئ قانونية للعمل على إعادة التوازن العقدي.

الفرع الثاني

قصور نظريات ممارسة الحق عن حماية التراضي

عمل القضاء إلى استحداث العمل بمبادئ ونظريات قانونية لتطبيقها على التراضي في عقود الإذعان، بغرض الإبقاء على العقد لما فيه مصلحة للمتعاقد الضعيف، على أساس اعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق أساساً لإعادة التوازن العقدي، وذهبت قرارات أخرى إلى تطبيق مبدأ حسن النية في العقود. وتذهب القوانين المقارنة وتبعها القضاء في ذلك التوجه بالإبقاء على العقد، عن طريق فرض جزاءات تتمثل في استبعاد الشروط التي تخل بمبادئ حسن النية والتعسف في استعمال الحق، دون إلغاء العقد كتعويض على التعسف في استعمال الحق أو إلغاء البنود التعسفية، فلا يجوز أن يعيق عدم احترام العدالة تنفيذ العقد. إلا أن هذه النظريات أثبتت قصورها أمام تطور نظام العقد، ويتبين هذا القصور من خلال قصور نظرية التعسف في استعمال الحق (أولاً)، وقصور مبدأ حسن النية في حماية التراضي (ثانياً).

بمقتضاه ، وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تذكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته أو يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد".

أولاً: قصور نظرية التعسف في استعمال الحق.

ترتب على تطور المفهوم القانوني لنظرية العقد شريعة المتعاقدين ظهور نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث لم يعد صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه، بل أصبح مقيداً باستعماله استعمالاً مشروعاً.

وإن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق¹⁵²، حيث تعد نظرية التعسف في استعمال الحق أحد أوجه المسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الشخصي، بحيث تتمثل في الفعل الإيجابي أو السلبي الضار الخارج عن التصرفات العادية التي يقوم بها الرجل العادي.¹⁵³

وقد اعتبر جانب من الفقه بأن نظرية التعسف في استعمال الحق قد تكون أداة فعالة في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، حيث يعود الحق للطرف الموجب في أن يعرض على المتعاقدين مختلف عقود الإذعان في صورة نموذجية معدة مسبقاً، وأن هذا الحق بالتحريم المسبق لا يمنحه الحق في تضمين العقود شروطاً تعسفية.

وللوقوف على جدوى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على التراضي في عقود الإذعان، يجب أن نتطرق إلى تساؤل مفاده، هل يعد التحريم المسبق للعقد حق من حقوق الطرف القوي؟

وإن الرد على هذا التساؤل يستلزم اعتبار استئثار الطرف القوي بصناعة العقد وتحديد شروطه مسبقاً بأنه حقاً شخصياً¹⁵⁴، وإن اعتبار التحريم المسبق حقاً شخصياً يجعل كافة البنود الواردة في التعاقد والتي تضر بمصلحة الطرف الآخر هي شروط تعسفية، وهو ما يؤدي إلى عدم استقرار العلاقات التعاقدية، ويترتب عليه احجام الشركات عن تقديم الخدمات.

¹⁵² د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط. الخامسة، سنة 1974، ص. 768.

¹⁵³ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، سنة 2014، ص. 156.

¹⁵⁴ يعرف الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين تخول أحدهما وهو الدائن بمطالبة الآخر وهو المدين، بأداء معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، د. علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط. 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 21.

وحقيقة الأمر أن التحرير الأحادي للعقد هو ضرورة اقتضتها طبيعة المعاملات الحديثة¹⁵⁵، حيث أن ما تنسم به المعاملات المعاصرة من السرعة والدقة، وما تحتاجه هذه الطائفة من عقود التعاقد من متطلبات فنية، أدى إلى اتجاه القضاء إلى القول بأن مبدأ حسن النية هو السبيل لإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان.

ثانياً: قصور مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية¹⁵⁶ من المبادئ القانونية التي استحدثها القانون المدني للتخفيف من وطأة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد تناولت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع¹⁵⁷ مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ أخلاقي دون إعطائه معنى قانوني فالمقصود به انصرافه إلى الالتزام بالأصول الحميدة في المعاملات التجارية الشريفة.¹⁵⁸

وقد تبنى المشرع الفلسطيني مبدأ حسن النية في العقود كمبدأ عام، حيث تنص المادة 148 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 على: "1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2.".

رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية في فرنسا، وما توحى به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي، أما القانون المدني الألماني فقد تبنى هذا المبدأ بوصفه مبدأ عاماً بشرط أن لا يؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات، بحيث تستعمل المحاكم

¹⁵⁵ أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.17.

¹⁵⁶ اعتقاد الموفى له استحقاقه لما يستعمله والأصل هو افتراض حسن النية فأن ادعى المرضى عكس ذلك وجب عليه إثبات ادعائه وأن جاز الإثبات بكافة الطرق لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية وتقدير حسن أو سوء نية الموفى له من مسائل الواقع التي يستغل بها قاضي الموضوع، د. أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص.451.

¹⁵⁷ اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي، لعام 1980.

¹⁵⁸ أ.د. طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.189.

الألمانية هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود، عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته.¹⁵⁹

وقد اختلفت الاتجاهات القانونية من حيث موقفها من حيث اعتبار مبدأ حسن النية مبدأ يراعي تكوين العقد أو انعقاده، واتجاه آخر يرى أن مبدأ حسن النية مبدأ عام يشمل العقود جميعها، سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو تنفيذها.¹⁶⁰

بحيث يجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط، وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك أي في مرحلة وضع الشروط التعاقدية، ويتحقق ذلك بصياغة الشروط صياغة فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي.¹⁶¹

والتساؤل الذي يطرح نفسه يتعلق بدور مبدأ حسن النية في إنشاء وتنفيذ وفسخ العقد في حماية التراضي في عقود الإذعان؟

حقيقة الأمر إن مبدأ حسن النية هو مبدأ أخلاقي فرض نفسه كمبدأ قانوني ليشكل درجة متوسطة ما بين القانون والأخلاق، ولا يمكن أن ننكر الضرورة القانونية لوجوب إنشاء الإلتزامات وتنفيذها بحسن نية، إلا أن هذا المبدأ العام بحاجة إلى تفصيل وتحديد، لا سيما أن النية هو أمر داخلي من مكونات النفس، ولا يمكن الاستدلال عليه إلا من خلال ما ظهر من وقائع عند التعاقد بينت وجود سوء نية من أحد الأطراف.

كما أن مفهوم مبدأ حسن النية هو مفهوم واسع وفضفاض يشمل الإلتزام بالأخلاق السوية في التعامل والعدالة وعدم الغش والخداع، ولم يتفق الفقه المعاصر على تعريف شامل لهذا المبدأ حيث اعتمد عدة معايير في تمييز حسن النية ومنها معيار شخصي يعتمد على سلوك المتعاقد بحسب ما ظهر من دلائل عند التعاقد، وموضوعي يتطرق إلى موضوع السلوك الذي اتخذه المتعاقد هل يشمل تضليل أو خداع أو يراعي حسن النية

¹⁵⁹ د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.255.

¹⁶⁰ مريم بوحظيش و إيتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام

الدراسي 2015-2016، ص.104.

¹⁶¹ انظر : د. محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.84.

من عدمها، وآخر قانوني يرجع إلى مخالفة هذا السلوك للقواعد القانونية الواجب اتباعها¹⁶²، وبالتالي فإن تحديد حسن النية في العقد يرجع بالنتيجة إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وإن هذا الأمر هو محدود في عقود الإذعان حيث أن ما يمتلكه الطرف القوي من وسائل بالنظر إلى القانون المدني الفلسطيني فإنه كغيره من التشريعات الأخرى لم يتضمن جزاء على مخالفة مبدأ حسن النية، مما يجرّد هذا المبدأ من أية فاعلية قانونية في حماية التراضي بشكل عام وعقود الإذعان بشكل خاص.

ويتبين مما تقدم بأن فرض الشروط التعسفية وقصور قواعد القانون المدني في حماية التراضي في عقود الإذعان، هي أهم المبررات التي تستدعي وجود نظام خاص لحماية التراضي في عقود، مما يستلزم الوقوف إلى سبل حماية التراضي في عقود الإذعان.

¹⁶² لمزيد من التفصيل حول معايير حسن النية راجع روزان طالب محمود السويطي: رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، جامعة القدس، فلسطين 2018، ص. 7 وما بعد.

الفصل الثاني

وجوب حماية التراضي في عقود الإذعان

تقف قواعد القانون المدني التقليدية قاصرة أمام حماية التراضي في عقود الإذعان، نظراً لأن الغالبية العظمى من العقود المعاصرة تتم عن طريق عقود نمطية ينفرد بصياغتها الطرف الأقوى، مما جعل مبدأ سلطان الإرادة عاجزاً عن تفسير التصرف القانوني من خلال البحث عن نية المتعاقدين، لأن الإرادة التي ظهرت خلال التعاقد هي إرادة الطرف القوي.

وتساهم عقود الإذعان في تغييب مفهوم سلطان الإرادة تحت شعار العقد شريعة المتعاقدين، حيث تنعدم الإرادة المشتركة لطرفي عقد الإذعان، نظراً لأن إرادة الطرف المذعن تتوارى خلف عقود تتضمن شروطاً لم يناقشها ولم تكن له القدرة الحقيقية على تعديلها،¹⁶³ كما أنها تتضمن عدداً كبيراً من الشروط الفنية، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال تغيير طبيعة التراضي في هذه الطائفة من العقود ليتم المساومة على كل جزئيات التعاقد والمفاوضة بشأنها، حيث أن القول بذلك يتطلب وجود جيوش من العاملين في الشركات تقوم بالتفاوض والمناقشة لكل شرط من شروط التعاقد لمحاولة اقناع المتعاقد، الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج عسكرية ويؤثر بالسلب على الجانب الاقتصادي للمجتمع.

¹⁶³ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت 2014، ص.200، عن بدر جاسم اليعقوب: أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط. 1، مطابع دار القبس، الكويت 1981، ص. 287.

تتعدد مظاهر قصور القواعد التقليدية للقانون المدني في حماية التراضي في عقود الإذعان، حيث أن تحكم الطرف القوي بصناعة العقد وإن كان له مبرراته العملية، إلا أنه يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، كنتيجة حتمية لتحكم طرف قوي في العقد وشروطه وعدم قابليته للمساومة.

ولقد أصبح القول القائل بأن أفضل القواعد التي تحكم العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد هي القواعد النابعة من اتفاقهم الحر، كونهما قد ارتضيا بتلك القواعد لتنظم علاقتهما وهي التي تحدد العدالة والتوازن العقدي قولاً جامعاً غير مانعاً، حيث أن القول بحرية الإرادة في انشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره القانونية يستلزم أن يكون طرفي العقد على قدم المساواة، وهو أمر غير محقق في عقود الإذعان.

وواقع الحال فإن انطباق القواعد التقليدية لانعقاد العقد في عقود الإذعان واكتمال شروط صحته، لا يعني بالضرورة كفاية القواعد التقليدية للقانون المدني لتنظيم العقد وحماية الرضا، فانطباق القواعد التقليدية التي تطلبها القانون لانعقاد العقد لا تؤدي بالنتيجة إلى نجاعة النظم التقليدية في حماية الرضا.

لا سيما أن الرضا في عقود الإذعان وإن استطاع أن ينجو من معايير تطلبها القانون لصحة التراضي من عيوب الإرادة، إلا أن النتيجة الصعبة تبين أن الإرادة الحرة لم تكن هي من حددت شروط التعاقد، حيث أن شروط التعاقد أصبحت عبارة عن قوالب جاهزة تنصب بها إرادة أطراف العقد.

وإن قبول المتعاقد لهذه الشروط هو ناتجاً للحاجة إلى السلعة أو الخدمة محل التعاقد، فأصبح العقد يستعمل الإكراه المدني كوسيلة للتعاقد بدلاً من مبدأ سلطان الإرادة، نظراً لعدم وجود تكافؤ واستقلال ومساواة بين طرفي التعاقد، إلا أنه وبكل ما أنتجته التصرفات العقدية المعاصرة من نتائج سلبية حيال مبدأ سلطان الإرادة، ليس لعيب في هذا المبدأ إلا أن هذه المثالية لا يمكن أن تنطبق إلا على علاقات تعاقدية مثالية تبرز فيها المساواة والعدل وتكافؤ المراكز الاقتصادية، ولا نستطيع أن ننكر الدور الفعال لهذا المبدأ في مجالات أخرى للتعاقد.

ويثور التساؤل حول السبل اللازمة لحماية التراضي في عقود الإذعان؟

يستلزم الحديث عن سبل حماية التراضي في عقود الإذعان، أن نتطرق إلى السبل التشريعية والقضائية في حماية التراضي (المبحث الأول)، بالإضافة إلى الحديث عن السبل المؤسسية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية التشريعية للتراضي في عقود الإذعان.

تنوعت السبل التي اتخذتها التشريعات المختلفة رغبة في حماية التراضي في عقود الإذعان، نظراً لقصور القواعد العامة في القانون المدني في توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية، أثناء تعاقداتهم مع المحترفين، ومسايرة للاتجاه التشريعي الحديث الذي اتبعته أغلب النظم القانونية، حيث سارعت الدول المختلفة إلى إصدار تشريعات متخصصة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية.

تهدف التشريعات المعاصرة إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية والحد من آثارها، وقد اتجهت القوانين المعاصرة إلى تعريف الشروط التعسفية نظراً لحدائها مفهوماً وتشعب العلاقات القانونية التي قد تتضمن شروطاً تعسفية.

وقد أخذ التشريع الفلسطيني بوضع عدداً من السبل القانونية التي تهدف لحماية التراضي في عقود الإذعان، ولم تقتصر هذه الحماية على نصوص قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005¹⁶⁴، إلا أن هذه الحماية تتم من خلال عدد من النصوص القانونية المختلفة، حيث وجدت هذه الأدوات في نصوص قانون العمل والتأمين والقانون المدني الفلسطيني - المطبق في قطاع غزة-، وللوقوف على مدى كفاية السبل التشريعية في حماية التراضي في عقود الإذعان، يستوجب الوقوف على الالتزامات الإجبارية التي فرضها التشريع (المطلب الأول)، والوقوف على حظر الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

¹⁶⁴ المنشور في العدد 63 من مجلة الوقائع الفلسطينية، الصادرة بتاريخ 2006/4/27، ص.29.

المطلب الأول

فرض إلتزامات إجبارية على الموجب

عملت التشريعات المعاصرة على وضع أدوات قانونية تعمل على تحسين رضا المتعاقد الضعيف، وتهدف بشكل أساسي إلى تحقيق التوازن العقدي في إطار عقود الإذعان.

وقد أخذ التشريع الفلسطيني بوضع عدد من السبل القانونية التي تهدف لحماية التراضي في عقود الإذعان، وذلك من خلال نصوص قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، بالإضافة إلى نصوص قانون العمل والتأمين والقانون المدني الفلسطيني - المطبق في قطاع غزة-، إلا أن هذه السبل المتاحة هي سبل عاجزة عن تحقيق حماية حقيقية للتراضي وتحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان.

وبالنظر إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فقد عرّف المستهلك بأنه: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"، حيث اعتمد قانون حماية المستهلك مفهوماً موسعاً للمستهلك وذلك لغايات توسيع مجال الحماية، وقد اعتمد قانون حماية المستهلك عدة آليات لحماية المستهلك، حيث ألزم المزود بأن يحمي صحة وسلامة المستهلك من خلال حظر استيراد أو بيع المنتجات منتهية الصلاحية، وإلزام المزود بضرورة الإعلام عن مضار السلعة أو الخدمة، والنص على حق المستهلك في ضمان العيوب الخفية في المنتج، ووضع قائمة من الأفعال يترتب عليها مخالفات جزائية.

ولبيان دور الإلتزامات الإجبارية التي يفرضها القانون على الطرف الموجب، يستلزم الوقوف على الإلتزام بالإعلام والتبصير (الفرع الأول)، كما يستوجب التطرق للإلتزامات الموجب بخصوص مدة الإيجاب وعلانيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام والتبصير

يعد الإلتزام بالإعلام أحد أهم الأدوات القانونية المعاصرة، بالرغم من ورود هذه الإلتزامات في القوانين المدنية بشكل عام حيث ألزمت مجلة الأحكام العدلية إعلام المشتري بالثمن¹⁶⁵ ورتبت جزاءً على عدم تسمية الثمن فساد العقد، ومن حيث إعلام المشتري عن مكان التسليم وإلا فقد منح المشتري الخيار ما بين إبقاء العقد أو فسخه، كما أوجبت ضرورة تعيين محل العقد تعييناً نافياً للجهالة¹⁶⁶.

إلا أن هذه القواعد غير كافية حيث أنها لم تلزم الطرف القوي بتعيين أوصاف الخدمة أو السلعة، كما أن الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص يجعل العقد باطلاً، وهو ما لا يبرجوه الطرف المتعاقد لحاجته لهذه الخدمة أو السلعة.

وللوقوف على دور الإلتزام بالإعلام والتبصير في التشريعات المعمول بها في فلسطين يستوجب الوقوف على مفهوم الإلتزام بالإعلام والتبصير (أولاً)، ودور الإلتزام بالإعلام في التشريعات المعمول بها في فلسطين (ثانياً).

أولاً: مفهوم الإلتزام بالإعلام والتبصير

يعد الإلتزام بالإعلام من أهم الإلتزامات التي استحدثها القضاء الفرنسي استناداً لبعض الأحكام العامة في القانون المدني، بهدف حماية الطرف الضعيف وتنويره ليتمكن من التعاقد عن إرادة حرة وسليمة، حيث اعتبر القضاء الفرنسي في العام 1950 بأن الموثقين مدينون بالإلتزام بالنصح اتجاه زبائنهم، وتم تمديد الإلتزام اتجاه المحامين والمقاولين وعدة مهن أخرى.¹⁶⁷

¹⁶⁵ تنص المادة 237 على أن " تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً"، كما اشترطت المادة 238 من المجلة على أن: "يلزم أن يكون الثمن معلوماً".

¹⁶⁶ حيث تنص المادة 201 من مجلة الأحكام العدلية على: "يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره. مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحورانية أو باعه أرضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع."، كما تنص المادة 130 من القانون المدني الصادر في قطاع غزة على: "1. إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً".

¹⁶⁷ انظر رضوان الكبا: بحث بعنوان حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام، منشور على الموقع الإلكتروني <https://platform.almanhal.com>، تاريخ الزيارة 2019/3/24.

وقد عمل المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، على إقرار الإلتزام بالإعلام، حيث اعتبر أن عبء إثبات القيام به يقع على عاتق الملتزم بالإعلام، وأن على الشخص المتضرر اثبات وجود إلتزام بالإعلام على البائع، ويترتب على الإخلال بهذا الإلتزام المطالبة بإبطال العقد، كما أكد بأنه لا يجوز تقييد هذا الإلتزام أو استبعاده بإرادة الأطراف.¹⁶⁸ ويهدف هذا الإلتزام إلى ضمان الوصول إلى رضا سليم لدى المتعاقد الآخر، مما أدى إلى ميلاد إلتزام عام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد، ومن ثم اتجهت القوانين المختلفة إلى فرض التزامات خاصة بالإعلام. ويقصد بالالتزام بالإعلام هو إخبار المستهلك أو تبصيره أو تحذيره بالمعلومات التي من شأنها إلقاء الضوء على واقعة أو عنصر المعروض عليه من أجل التعاقد حيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه.¹⁶⁹

وقد اختلف الفقه في محاولة تكييف الأساس القانوني الذي يستمد منه الإلتزام بالإعلام ما بين اعتباره تطبيقاً لمبدأ حسن النية، ومن اعتبره فعلاً يستلزم أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية ومن اتجه إلى اعتباره عيباً من عيوب الإرادة، والحقيقة إن الإلتزام بالإعلام هو التزام مستقل بدأ يأخذ حيزاً في قوانين حماية المستهلك الحديثة، بحيث أن المهني في مركز قانوني ومعرفي يفرض عليه عبء إعلام المتعاقد بكافة البيانات الضرورية للتعاقد.¹⁷⁰

كما اختلف الفقه القانوني حول طبيعة الإلتزام بالإعلام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، فيرى جانب من الفقه بأن هذا الإلتزام هو التزام ببذل عناية لأن البائع أو المحترف لا يتحكم في نتيجة قرارات المتعاقد،¹⁷¹ ويرى اتجاه آخر بأن هذا الإلتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث أنه يهدف إلى إيصال البيانات والمعلومات إلى المستهلك، ولا يكفي أن يثبت المزود بأنه بذل العناية اللازمة لإعلام المستهلك، لأن هذه المعلومات هي بيانات إجبارية واردة في نصوص تشريعية وتنظيمية.¹⁷²

¹⁶⁸ رجوان كمال: مقال بعنوان مستجدات القانون المدني الفرنسي ، على الموقع الإلكتروني www.9anonak.blogspot.com ، تاريخ الزيارة 2019/3/20 الساعة 8:30.

¹⁶⁹ ماني عبد الحق: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية بعنوان حق المستهلك في الإعلام، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2008 ص.32.

¹⁷⁰ د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.65.

¹⁷¹ د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.75.

¹⁷² مريم بوحظيش و إبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016، ص.115.

وفي هذا السياق وحتى نستطيع الوقوف على طبيعة الالتزام بالإعلام، يجب التطرق إلى الهدف الذي أنشئ من أجله هذا الالتزام، ألا وهو تحقيق الحماية القانونية للتراضي، وإن تحقيق هذه الحماية في ظل عقد لا تتكافئ فيه القوة الاقتصادية من ناحية والخبرة والمعرفة من ناحية أخرى، يجعل من السهل على المحترف التذرع بأنه قد بذل العناية اللازمة لإعلام المتعاقد، بذات الوسائل التي استعملها لوضع ما يشاء من شروط للتعاقد.

وبالتالي فإنه من مبررات العدالة اعتبار هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في إيصال كافة البيانات المتعلقة بالخدمة أو السلعة إلى الراغب بالتعاقد، أما من حيث استيعاب المستهلك لهذه المعلومات واختياره للمنتج بعد إعطائه المعلومات الكافية يعد التزاماً ببذل عناية¹⁷³، وهذا الأخير هو ما يطلق عليه واجب النصح الذي يوجب على الملتزم به أن يقدم الحل الأفضل لمصلحة المتعاقد.¹⁷⁴

وفي إطار حركة التشريع المتعلقة بالنص على الالتزام بالإعلام، فقد اشترط القانون الألماني بأن الاعتداد بأي شرط في العقد يوجب أن يكون الطرف المذعن قد أعلم بها صراحة، ولا يعتبر الشرط الوارد في الشروط العامة غير الاعتيادية بالنسبة للظروف المحيطة بالعقد، كما جعل تفسير العقد في صالح الطرف المذعن.¹⁷⁵

كما أدرج قانون الأوراق المالية الفيدرالي الأمريكي بشكل رئيسي متطلب المكاشفة بالحقائق والمصارحة بالمعلومات الكاملة والدقيقة واللائمة، من أجل اتخاذ قرار بشأن شراء أو عدم شراء منتج تأمين متغير أو ورقة مالية أخرى وحظر الادلاء بأي معلومات مضللة بالإضافة إلى ضرورة تزويد المتعاقد بنشرة معلومات خاصة عن المنتجات أو الخدمات، كما تبنت وكالة الأوراق المالية والبورصة ضرورة استخدام قاعدة "الإنجليزية الواضحة" بحيث يتم كتابة الصفحة الرئيسية للعقد والأقسام الرئيسية بلغة واضحة ومفهومة وبعيداً عن أي لبس.¹⁷⁶

¹⁷³ ماني عبد الحق: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية بعنوان حق المستهلك في الإعلام، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2008، ص.32.

¹⁷⁴ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.73.

¹⁷⁵ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.234.

¹⁷⁶ كما يلزم أن تتضمن نشرة المعلومات الخاصة بالمنتج أو الخدمة التأمينية معلومات عن وضع الشركة وأنواع الخدمات المختلفة التي تقدمها الشركة، وجدول يبين تفاصيل النفقات المختلفة ومثال افتراضي يبين إجمالي المبالغ المتوقع دفعها، وجدول يبين الأداء لكل حساب فرعي، ومعلومات

كما فرض على الشركات التزاماً يقضي بتزويد المستهلك بمعلومات عن المواد الطبية أو الحاسب الآلي أو المكنائ وجعل الاخلال بهذا الالتزام إخلالاً بالتزام تعاقدى.¹⁷⁷

ويعد الالتزام بالإعلام أحد المبادئ التي اعتمدت الأمم المتحدة لحقوق المستهلك التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 248/39 لسنة 1985، واشتمل على ثمانية حقوق للمستهلك لتكون بمثابة مبادئ عالمية لحماية المستهلك بهدف وضع إطار يستخدم في وضع وتعزيز سياسات وتشريعات حماية المستهلك وتشجيع التعاون في هذا الميدان،¹⁷⁸ وتشمل هذه الحقوق حق إشباع الحاجات الأساسية، حق الأمان، الحق في التنقيف والإعلام، حق الاختيار، حق التمثيل، حق التعويض، حق التنقيف والتوعية، الحق في بيئة سليمة ونظيفة.¹⁷⁹

أما إقليمياً، فقد أقرت اتفاقية Maastricht التي أنشأ بموجبها الاتحاد الأوروبي بتاريخ 7 فبراير 1992 نصوصاً خاصة لحماية المستهلكين، حيث أجازت للأعضاء العمل على وضع قوانين تهدف لحماية المستهلك ومصالحه الاقتصادية¹⁸⁰، كما صدر التوجيه الأوروبي رقم 144/99 الصادر في 25 مايو

عن الشركة واستثماراتها وتصنيف المنتجات البديلة وحقوق مالك الوثيقة ووصف تفصيلي للإجراءات الخاصة بالوثيقة، بالإضافة إلى إفادة مالية محددة من محاسب عام مستقل، شارون ألن - بترسون و ستيفن سيلفر: تسويق التأمين، جمعية إدارة مكتب التأمين على الحياة، 2010، ص. 345 وما بعد. 177 د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص.35.

¹⁷⁸ حسن عبد الباسط جمعي: حماية المستهلك في مصر بالمقارنة مع أوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ط.1، دار الفكر، مصر، س.1996، ص. 51.

¹⁷⁹ وقد أقرت الأمم المتحدة تلك الحقوق، وفقاً لعدد من المبادئ التوجيهية حيث أوجبت توفير السلامة المادية للمستهلك من خلال اعتماد الحكومات للسياسات والنظم القانونية وأنظمة السلامة، والمعايير الوطنية والدولية، كما نادى بتعزيز المصالح الاقتصادية للمستهلك وحمايتها من خلال تنفيذ السياسات الحكومية، التي تمكن المستهلك من الحصول على الفائدة المثلى، من موارده الاقتصادية، والعمل على ضمان السلامة وجودة السلع الاستهلاكية والخدمات، من خلال وضع معايير ومواصفات إلزامية وطوعية وتشجيع تنفيذها لضمان السلامة والجودة في السلع والخدمات وإعادة النظر فيها دورياً، بما ينسجم مع القواعد الدولية الموضوعية لسلامة الغذاء، وقد أقرت المبدأ الخاص بتحقيق تسهيل التوزيع للسلع الاستهلاكية والخدمات الأساسية من خلال قيام الحكومة باعتماد السياسات التي تضمن كفاءة توزيع السلع، والخدمات للمستهلكين، وتشجيع التدابير التي تمكن المستهلكين من الحصول على تعويض، ويتم ذلك من خلال التعاون مع المستهلك لتعريفه بالإجراءات المتبعة لحل الخلافات التجارية، وواجباته في هذه الحالة، كما حثت على وضع برامج التنقيف والإعلام بهدف توعية المستهلك، وخلق قدرة له على الاختيار، والمفاضلة بين السلع والخدمات، ووضع تدابير خاصة متعلقة بالمواضيع التي تعطي الأولوية للمستهلك، باسم مكحول و نصر عطيان وشاكر خليل: مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية(ماس)، 2004، ص. VI.

¹⁸⁰ د. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006، ص.44.

1999 بشأن حماية المستهلك في عمليات البيع وخانات الأموال الاستهلاكية،¹⁸¹ والتعليمات الصادرة في 1984/9/10 حول الإشهار والإعلان الخادع، والتوجيه الأوروبي رقم 1993/13 المتعلقة بالشروط التعسفية التي تفرض من جانب المزود المحترف والصادرة في 5 أبريل 1993¹⁸².

ثانياً: مضمون الالتزام بالإعلام في التشريعات الفلسطينية

نص قانون حماية المستهلك الفلسطيني على حق المستهلك بالإعلام وحقه بالحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها حيث تنص المادة 3 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على: "يتمتع المستهلك بالحقوق الآتية: 5.....: الاختيار الحر للسلع والخدمات من بين بدائل سلعية أو خدماتية، وكذلك الحق في الحصول على الصفقات العادلة، مثل ضمان الجودة والسعر المعقول ورفض الصفقات الإجبارية. 6. الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والوعي بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق". كما أوجب أن تتضمن عقود الاستهلاك على نسخة مصاغة باللغة العربية وبعبارات واضحة ومفهومة وحق المستهلك في الاطلاع على أي نصوص أو وثائق يحيل إليها العقد قبل التوقيع عليه، وقيمة الثمن بشكل واضح وصريح مع بيان مكان التسليم وآلية التسديد، وتسليم المستهلك نسخة من العقد.¹⁸³

¹⁸¹ عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر 2006، ص.25.

¹⁸² نشأت السوق الأوروبية بموجب معاهدة روما بتاريخ 25 مارس 1957، ولم تتضمن ابتداءً أية نصوص تعالج التوازن العقدي ما بين المحترفين والمستهلكين، إلا أن قمة باريس لزعماء ودول السوق الأوروبية في العام 1972 بشرت ببداية مرحلة جديدة من الاهتمام بشئون المستهلكين، من خلال التوصية بضرورة وضع نصوص من شأنها حماية المستهلك، وقد تبلور عن هذه التوصيات الإعلان في العام 1975 عن خمسة حقوق أساسية للمستهلك وهي حق المستهلك في حماية صحته وسلامته، وحق المستهلك في حماية مصالحه الاقتصادية ومن أهم التعليمات الصادرة في هذا الإطار التعليمات الصادرة في 1984/9/10 حول الإشهار والإعلان الخادع، والتوجيه الأوروبي رقم 1993/13 المتعلقة بالشروط التعسفية التي تفرض من جانب المزود المحترف والصادرة في 5 أبريل 1993 كالشرط الذي يعفي المزود من ضمان العيوب الخفية، بالإضافة إلى حق المستهلك في التعويض عن الأضرار التي يتعرض لها، وحق المستهلك في الإعلام والتربية من حيث وسم المنتجات وبيان مصدرها وتحديد أسعارها، وأخيراً حق المستهلك في التمثيل والتقاضى، عبد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.1، عمان 2012، ص. 118 عن غسان عمر: التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، ص.50.

كما تضمنت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك¹⁸⁴ عدداً من النصوص التي تؤكد على حقوق المستهلك بالإعلام والتبصير، حيث تنص المادة 4 من اللائحة التنفيذية لمجلس الوزراء على: " إضافة إلى ما كفلته القوانين الأخرى من حقوق للمستهلك، يتمتع المستهلك بالحقوق التالية: 1. حرية اختيار السلعة أو الخدمة دون وضع أية شروط أو معوقات. 2. الحصول على معلومات صحيحة وواضحة ووافية تتعلق بالسلعة أو الخدمة والشروط المتعلقة بأي منهما، إضافة إلى ثمنها وميزاتها وطرق استعمالها والأخطار التي قد تنتج عن هذا الاستعمال. 3. حق المستهلك في الحصول على ما يثبت شرائه أية سلعة أو تلقيه أية خدمة وقيمة وتاريخ الشراء ومواصفات السلعة التي تم شراؤها وعددها أو كميتها أو الخدمة التي تم تلقيها ونوعها.".

بالإضافة إلى إلزام المزود توضيح كيفية استخدام السلع، حيث تنص المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك على: " يجب على المزود أن يبين للمستهلك، الطريقة الفضلى لاستعمال السلعة أو الخدمة، باللغة العربية وبشكل واضح ومقروء"، وإلزام المهني بالإعلام عن تقدير المخاطر المتعلقة بالسلعة وإشهار الأسعار وحظر الإعلانات المضللة.

ولم تقتصر النصوص القانونية المتعلقة بالالتزام بالإعلام على قانون حماية المستهلك، بل أورد قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني¹⁸⁵ في المادة 28 منه إلزام الشركات المرخص لها بالإعلان المسبق عن أسعار الخدمات وكيفية تحصيلها¹⁸⁶، كما ألزمت المادة 59 الشركات المرخص لها بعدم تغيير أسعار الخدمة إلا بعد إعلام الوزارة والإعلان عن الأسعار الجديدة قبل مدة شهر.¹⁸⁷

¹⁸³ حيث نصت المادة 24 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 على أنه: " 1 . يجب أن يتوافر في عقود الاستهلاك ما يلي:- (أ) نسخة مصاغة باللغة العربية وبعبارة واضحة ومفهومة . (ب) حق المستهلك في الاطلاع على أية نصوص أو وثائق يحيل إليها العقد، على أن يتم ذلك قبل التوقيع عليه. (ج) قيمة الثمن بشكل واضح وصريح وتاريخ وكيفية التسديد، وكذلك تاريخ ومكان تسليم السلعة أو الخدمة. 2. على المزود تسليم المستهلك نسخة عن العقد الموقع معه."

¹⁸⁴ قرار مجلس الوزراء رقم (13) لعام 2009م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك، المنشور في العدد 86 من جريدة الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2010/6/9 ص. 80.

¹⁸⁵ قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية، المنشور في العدد 12 من جريدة الوقائع الفلسطينية، الصادر بتاريخ 1996/4/23، ص. 7.

¹⁸⁶ وتنص المادة 28 من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم 3 لسنة 1996 على: " تصدر الرخصة بقرار من الوزير على أن ينظم بموجبها عقد ويتضمن الشروط التالية، بالإضافة إلى أي شروط أخرى منصوص عليها في هذا القانون:-

أ- العوائد المستحقة للوزارة عن الرخص ومدتها وعوائد تجديدها وأي عائدات أو حقوق مالية مقطوعة أو دورية يتوجب على المرخص له دفعها.
ب- التزام المرخص له بتقديم المعلومات والبيانات المتصلة بموضوع الرخصة التي تطلبها الوزارة من المرخص له من حين لآخر أو بشكل دوري،

كما ألزمت التعليمات الصادرة عن هيئة سوق رأس المال بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية¹⁸⁸ الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، أن تعلم العميل وقبل التعاقد كافة الخدمات التي تقدمها والعمولات والنفقات التي تكبدها جراء التعامل معها¹⁸⁹.

وبالإطلاع على النصوص القانونية التي أوردتها التشريعات المعمول بها في فلسطين وأهمها قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فإنها نصوص تهدف في جوهرها إلى حماية المستهلك وتسعى إلى العمل على ضمان التعاقد بناء على علم تام، وإن الجزاءات المترتبة على مخالفتها قد انحصرت في بيع أو عرض منتجات ينطوي استعمالها على خطورة دون تحذير المستهلك، وعلى مخالفة النصوص المتعلقة بضمان المنتجات،¹⁹⁰ دون وضع آلية لتفعيل دور الالتزام بالإعلام أو العقاب على مخالفته، أو حتى النص على

ولموظفي الوزارة التحقق بصحة المعلومات.

ج- التزام المرخص له بأي تعليمات تصدرها الوزارة تنفيذاً للسياسة العامة للاتصالات بما في ذلك شروط عقود الاشتراك بين المستفيدين والمرخص لهم.

د- التزام المرخص له بتوفير التأمينات المالية اللازمة لرد ما يستحقه المشتركون من الرسوم والتأمينات في حال إلغاء الرخصة .

هـ- تعهد المرخص له بالموافقة على ربط أي شبكة اتصالات مرخصة أو معدات اجازت الوزارة استعمالها وأن يقوم بالإعلان المسبق عن شروط الربط وإيداع نسخة من هذه الشروط لدى الوزارة.

و- تعهد المرخص له بتوفير خدمات اتصالات الطوارئ مجاناً للمستفيدين بالترتيبات والحدود التي تقرها الوزارة بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة .

ز- التزام المرخص له بتقديم التسهيلات اللازمة للجهات المختصة لتنفيذ الأوامر القضائية والإدارية المتعلقة بطابع الاتصالات المحددة لتلك الأوامر .

ح- تعهد المرخص له بتقديم الخدمة لطالبيها أو المستفيدين منها على قدم المساواة بينهم باستثناء ما يتطلبه الأمن الوطني أو ما يعتبر من قبيل التسامح لأسباب تشغيلية أو اجتماعية أو إنسانية.

ط- التزام المرخص له بالإعلان المسبق عن أسعار الخدمات وطرق تحصيلها.

ي - تعهد المرخص له بالتعاون مع خدمة الدليل وفقاً للتعليمات التي تصدرها الوزارة.

ك- مدى حق المرخص له تأجير أو إعادة بيع الخدمات الفائضة عن حاجته إلى الغير .

ل- التعاون مع جميع حاملي الرخص الآخرين من أجل تسهيل تقديم الخدمات للمستفيدين.

م- التزام المرخص له بتقديم الخدمة المرخصة إلى طالبيها خلال مدة معقولة والعمل على تغطية كامل المنطقة الجغرافية المعينة له بالخدمة المرخصة."

¹⁸⁷ حيث تنص المادة 59 من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم 3 لسنة 1996 على: "مع مراعاة أحكام المادة (7) الفقرة (6) من هذا القانون لا يجوز للمرخص له أن يقدم على تغيير لائحة أجوره أو أسعاره إلا بعد إبلاغ الوزارة والإعلان عن الأسعار الجديدة قبل سريانها بمدة لا تقل عن شهر واحد، شريطة أن لا تزيد أسعاره عما ورد في شروط اتفاقية الترخيص."

¹⁸⁸ تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006م بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية، المنشور على الصفحة 161 من العدد 68 من جريدة الوقائع الفلسطينية، الصادر بتاريخ 2007/3/7.

¹⁸⁹ حيث تنص المادة 58 من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006م على: "1. على الشركة أن تبين مسبقاً لعميلها وقبل

التعاقد معه كافة الخدمات التي تقدمها والعمولات والنفقات التي سيتكدها من جراء تعامله معها. 2.....".

¹⁹⁰ تنص الفقرة الثالثة من المادة 27 على أن يعاقب كل من عرض أو باع منتجاً ينطوي على استعماله خطورة ما، دون أن يؤشر أو يرفق به تحذير

يبين وجه الخطورة، والطريقة المثلى للاستعمال أو الاستخدام، وكيفية العلاج في حال حدوث ضرر ناتج عن الاستخدام، أو خالف أحكام المادتين (11)

وضع عبء إثبات قيام المزود بواجبه بالإعلام على عاتق المزود، مما يستلزم وضع آليات فعالة لمراقبة قيام المزود بواجبه المستمد من نصوص القانون بالإعلام.

الفرع الثاني: فرض التزامات تتعلق بمدّة الإيجاب وعلنيته.

أخذت النظم القانونية المعاصرة بوضع التزامات إجبارية على عاتق الموجب، بهدف تحديد سلطة الموجب، حيث ألزم القانون الموجب بقواعد تحكم الإيجاب من خلال إلزام الطرف الموجب بالبقاء على إيجابه (أولاً)، وإلزام الموجب بعلنية الإيجاب (ثانياً).

أولاً: إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه

يحتكر الطرف القوي سحب وتعديل الإيجاب، حيث يفتقر الإيجاب في الفقه التقليدي إلى الإلزام¹⁹¹، حيث يسقط الإيجاب في العقود بموجب القواعد العامة بعدول الموجب أو سقوطه لسبب خارج عن إرادته، وقد منح القانون للموجب الحق في العدول عن إيجابه طالما لم يرتبط بقبول.

وإذا كان المشرع قد أعطى الحق للموجب بالعدول عن إيجابه، إلا أن ذلك لا يمنع من مسألته عن الضرر الذي يسببه للغير إذا تعسف في استعمال حقه بالعدول، حيث يرجع المتضرر على الموجب على أساس المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار، لا على أساس المسؤولية العقدية والتي لا تقوم إلا بناء على العقد.¹⁹²

وحيث أن الإيجاب في عقود الإذعان يكون موجهاً للجمهور، وإن الرجوع عن الإيجاب يجب أن يتم بذات الطريقة التي وجه به، وذلك ليتحقق علم الغير بسقوط الإيجاب وإلا تحمل الموجب مسؤولية الضرر، وفي

19، من هذا القانون، بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن ألف دينار أردني، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

¹⁹¹د.موسى أبو ملح، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، ط.1، كلية الحقوق - جامعة الأزهر، 2002-2003، ص. 63.

¹⁹²د.عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص.66.

ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن إخطار المؤمن لدى شركة التأمين بالحريق بعد أن أخطرها بعدم رغبته في تجديد التأمين يعد عدولاً ضمناً عن الإيجاب الموجه منه للشركة بعدم رغبته في تجديد العقد طالما أن الشركة لم ترد عليه بالقبول.¹⁹³

ويجوز للموجب تعديل إيجابه طالما لم يرتبط بقبول، حيث أن الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم لمن صدر منه، فيجوز أن يعدل الإيجاب طالما لم يقترب بقبول مطابقاً له تمام الانطباق، وهذا ما يطلق عليه خيار العدول في مجلة الأحكام العدلية وقد أخذ كلاً من القانون الأردني والمصري والجزائري بهذه القاعدة.¹⁹⁴ وقد نصت المادة 82 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على أنه يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه في أي وقت في حال لم يتضمن ميعاداً للقبول¹⁹⁵، وكان الأولى على المشرع الفلسطيني وضع نصوص قانونية تلزم الموجب في عقود الإذعان بالبقاء على إيجابه لمدة لا تقل عن ثلاثون يوماً على غرار المشرع الفرنسي.

والأصل أن يتمتع الإيجاب في عقود الإذعان بقوة ملزمة، وذلك لأن من يزاول تجارة أو يمتن حرفة ينطوي موقفه على دعوة الجمهور إلى التعاقد، وإذا صدر منه إيجاب كان ذلك بمحض إرادته واختياره، إلا أن تطور الحياة المعاصرة وغياب الاحتكار القانوني للسلع والخدمات، أدى إلى غياب الإلزام في الإيجاب، مما يستلزم وجود نصوص قانونية تحدد مدة لبقاء الموجب على إيجابه.

فالإيجاب في الحالات التي يكون فيها ملزماً لا يجوز الرجوع فيه، وإنما ينعقد العقد رغم هذا الرجوع، وحتى في الحالات التي يكون فيها الإيجاب غير ملزم يجوز الرجوع فيه، فإن العقد ينعقد إذا التقى القبول بالإيجاب قبل أن ينتج الرجوع عن الإيجاب أثره.¹⁹⁶

¹⁹³د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص66.

¹⁹⁴د. خليل أحمد قده: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، 2003، جامعة الأزهر، ص.62 وما بعد.

¹⁹⁵حيث تنص المادة 82 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على: "1. إذ أصدر الإيجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول، فإن للموجب أن يعدل عن إيجابه في أي وقت ما لم يصدر قبول مطابق له قبل أن ينفذ المجلس. 2. إذا لم يعدل الموجب ولكن مجلس العقد انفض بمغادرة الموجب له المكان أو بصدور فعل أو قول منه يدل على إرضاه عن الإيجاب فإن ذلك يعد رفضاً له."

¹⁹⁶د. جلال علي العدوي: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 85.

فحيث يكون الإيجاب ملزماً لا يعتد برجوع الموجب عن إيجابه وإنما ينعقد العقد، ولا يمكن تفسير هذا الإلزام بأنه إجبار على التعاقد، حيث أن هذا الإجبار ناتجاً عن القوة الملزمة للإرادة التي أداها الموجب.¹⁹⁷ أما في حال تضمن الإيجاب ميعاداً معيناً للقبول فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة¹⁹⁸، حيث تنص المادة 96 من القانون المدني الأردني على أن: "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعتراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك".

وبالرجوع إلى المادة 27 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، والتي تضمنت في أحد بنودها نصاً يعاقب الامتناع عن عرض أو بيع السلع التموينية فقط، مما يبين باعتبار الإيجاب في السلع التموينية هو إيجاباً حتمياً، دون أن يتضمن أية نصوص تلزم الموجب بالتعاقد، وقد وفق قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 بالنص في المادة 16 منه على وجوب تحديد المزود للمدة التي تتوافر فيها السلعة أو الخدمة، في حال عدم التحديد يعتبر العرض سارياً لمدة شهر من تاريخ أول إعلان. ويعترف القضاء الفرنسي بالإيجاب الملزم، ولذلك أدخل المشرع الفرنسي الإيجاب الملزم في قانون حماية المستهلك الصادر في 1978/10/1 حيث ألزم المقرض في عقد مخفض لشراء سلع منقولة بالبقاء على عرضه في القرض مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام المستهلك لعرض الإيجاب، ومدة ثلاثون يوماً في القانون الصادر في عام 1979 في القروض المتعلقة بشراء العقارات، حيث لا يعتد بالعدول قبل نهاية المدة.¹⁹⁹

وتفتقر التشريعات المعمول بها في فلسطين إلى قواعد تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه لمدة معينة، مما يؤدي إلى خلل في الأسس التشريعية التي تعمل على حماية التراضي وتحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان.

¹⁹⁷د. جلال علي عدوي: الإيجاب القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965، بدون طبعة، ص.15.

¹⁹⁸ نصت المادة 81 من القانون المدني الفلسطيني الصادر في قطاع غزة على أنه: "1. إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2. يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة."

¹⁹⁹د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص.67.

ثانياً: إلزام الموجب بعلائية الإيجاب

يتميز الإيجاب في عقود الإذعان بوجود توافر عنصر العلانية، وذلك بسبب طبيعة هذه العقود وما تنظمه من سلع وخدمات هامة للمتعاقد.

فقد تضمن قانون التأمين الفلسطيني نصوصاً في جوهرها تحت على الالتزام بالإعلام، حيث نصت المادة 46 من قانون التأمين على: "ينظم عقد التأمين في فلسطين باللغة العربية لجميع أنواع التأمين، ويجوز إدراج ترجمة دقيقة للعقد بلغة أخرى، وفي حالة الاختلاف حول تفسير العقد يعتمد النص العربي". كما ألزمت المادة 187 من قانون التأمين الفلسطيني، هيئة سوق رأس المال باعتبارها المسؤولة عن تنظيم أعمال قطاع التأمين في فلسطين، بنشر جميع القرارات والتعليمات والأوامر الصادرة عن الهيئة والمدير بموجب أحكام القانون في الجريدة الرسمية، وذلك لضمان إعلام المتعاقد بأية قرارات تتعلق في أعمال شركات التأمين، إلا أن التباين ما بين النصوص القانونية والتطبيق يخلق فراغاً في دور التشريع في تحقيق التوازن العقدي.

كما أضاف القانون المدني الفلسطيني -المطبق في قطاع غزة- نصاً يتعلق في العقود المعدة على نماذج لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية، فقد منح الأولوية للشروط المضافة على هذه النماذج على اعتبار أن إرادة المتعاقدين قد جاءت لتعدل الشروط المطبوعة، ولو لم يتم شطب الشروط المطبوعة.²⁰⁰

حيث أن علانية لا تعني بالضرورة نشر الإيجاب بل يكفي أن يتم الإشارة إلى وجود شروط الإيجاب في مطبوعات يسهل الرجوع عليه، حيث يفترض علم المتعاقد بشروط الإيجاب بمجرد تعاقد طالما كان بإمكانه الإطلاع على الشروط²⁰¹، عملاً بالقاعدة الفقهية إن المقصر أولى بتقصيره، إلا أن القواعد القانونية الحديثة أصبحت تضع التزاماً على الطرف الموجب في عقود الإذعان والاستهلاك التزاماً قانونياً بالإعلام، إلا أن الالتزام بالإعلام هو استثناء على الأصل الذي يلزم المتعاقد بالاستعلام عن شروط السلعة أو الخدمة.

²⁰⁰ انظر المادة 148 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة.

²⁰¹ د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر 1946، ص. 87.

ونجد أن ضرورة علانية عقود الإذعان دفعت المشرع إلى إدخال نصوصاً تلزم الطرف القوي بنشر الإيجاب، ومن ذلك القبيل ما ورد في المادة 91 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000، حيث نصت على: "وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه تصدر المنشأة التعليمات الخاصة بالسلامة والصحة المهنية ولائحة الجزاءات الخاصة بها مصدقة من الوزارة، وتعلق هذه التعليمات في أماكن ظاهرة في المنشأة"، حيث يتبين من نص المادة السابقة بأن قانون العمل الفلسطيني قد ألزم رب العمل باعتبار أنه الطرف القوي في عقد العمل بأن يقوم بنشر لوائح السلامة المهنية بشكل ظاهر، وذلك حتى يعتد باتخاذ الاجراءات التأديبية بحق العامل في حال مخالفة هذه التعليمات.

كما ألزم قانون حماية المستهلك الفلسطيني المزود في عقود الإستهلاك بأن يكون إيجابه علنياً، وذلك من خلال إلزام المزود بصياغة العقد من خلال نسخة مصاغة باللغة العربية بلغة مفهومة، وحق المستهلك في الاطلاع على أي نصوص أو وثائق يحيل إليها العقد قبل إيداء القبول، وبيان قيمة الثمن وتاريخ التسديد وكيفية التسديد، ومكان تسليم السلعة.²⁰²

وإن طابع الاستمرارية والعمومية هام في العقد بحيث يحتفظ به لمدة غير محدودة، لا سيما أن عقود الإذعان تتعلق بسلعة أو خدمة قد تكون محل احتكار في الغالب، فإن تنظيم أسعار هذه الخدمات وهذه العقود يكون صادراً من السلطة العامة في الدولة، مثل التزود بخدمة التيار الكهربائي أو الاتصالات السلكية أو الخليوية وغيرها، وقد قررت المحاكم بأن المشروعات العامة للنقل تكون في حالة إيجاب دائم نحو المسافرين²⁰³.

إلا أن تطبيق الالتزامات التي تفرض على عاتق الموجب فيما يتعلق بعلانية الإيجاب بموجب التشريعات المطبقة في الأراضي الفلسطينية، دون نشر الوعي المجتمعي حول الشروط التعسفية وتفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني، يكون عقبة أمام تحقيق التوازن العقدي، حيث أن نشر الإيجاب دون وجود قوى ضاغطة

²⁰² المادة 24 من قانون حماية المستهلك على: "1. يجب ان يتوافر في عقود الاستهلاك ما يلي:-

(أ) نسخة مصاغة باللغة العربية وبعبارات واضحة ومفهومة.

(ب) حق المستهلك في الاطلاع على أية نصوص أو وثائق يحيل إليها العقد، على أن يتم ذلك قبل التوقيع عليه.

(ج) قيمة الثمن بشكل واضح وصريح وتاريخ وكيفية التسديد، وكذلك تاريخ ومكان تسليم السلعة أو الخدمة.

2. على المزود تسليم المستهلك نسخة عن العقد الموقع معه."

²⁰³ د. عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946، ص. 84.

ودور لمؤسسات المجتمع المدني وجمعيات حماية المستهلك تعمل على تعديل الشروط المجحفة بحق الأفراد، يؤدي إلى نتيجة عكسية مفادها سريان الشروط المجحفة بحق الأفراد طالما تحققت علانية الإيجاب وعلم المتعاقد بشروط العقد.

المطلب الثاني

دور التشريع في حظر الشروط التعسفية

تعد الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان من أهم المبررات الداعية لتدخل المشرع بنصوص قانونية أمره بهدف إعادة التوازن العقدي وحماية التراضي، حيث أنه من غير المقبول القول بأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن المتعاقد قد قبل طواعية الشروط التي تؤثر على مركزه القانوني في التعاقد. وقد ذهبت التشريعات المعمول بها في فلسطين، مسيرة للاتجاهات التشريعية في مختلف دول العالم²⁰⁴ إلى النص على قواعد قانونية تحظر الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان.

²⁰⁴ أما القانون المدني المصري فقد وضع نصوصاً هامة بقصد حماية المؤمن لهم، بهدف إعادة التوازن العقدي إلى عقد التأمين، حيث شرع نصوصاً خاصة تنظم عقد التأمين والتي تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له وجعل هذه النصوص من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إلا إذا كان لصالح المؤمن له، وفي حال مخالفتها يترتب بطلان الاتفاق، حيث نصت المادة 753 من القانون المدني المصري على أن: "يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد" ويقابلها المادة 719 من القانون المدني السوري، والمادة 753 من القانون المدني الليبي، والمادة 991 من القانون المدني العراقي، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب على الحياة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط.1، ص. 1075، كما أورد نصاً صريحاً ببطلان بعض الشروط التعسفية التي ترد في عقود التأمين، حيث تنص المادة 750 من القانون المدني المصري على أنه: "يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. 2. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. 3. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. 4. شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين الشروط العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. 5. كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"

كما اتجهت الدول المعاصرة إلى التدخل في العقد باعتبار أن العقد يمس النظام الاجتماعي والاقتصادي للدولة، بهدف حماية التوازن الاقتصادي والاجتماعي على مستوى الفرد والمجتمع، حيث تدخل المشرع لحماية العامل في مواجهة رب العمل، كما تدخلت لحماية المستأجر للحد من التعسف في إخلاء المستأجر، حيث أدى تدخل المشرع إلى وضع قيوداً على إنشاء العقود، وتدخل عن طريق خلق قواعد خاصة في بعض العقود ومنها عقود الإذعان.²⁰⁵

ويتنوع الدور الذي أسسه التشريع لحظر الشروط التعسفية ما بين دور إيجابي يتمثل بتدخل التشريع في وضع عدداً من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها في القوانين التي يتمتع بها الموجب بموقع اقتصادي أقوى على الطرف الضعيف (الفرع الأول)، وما بين دور سلبي يحظر به المشرع عدد من الشروط التعسفية ليحظر العمل بها في أنواعاً معينة من العقود، على اعتبار أن هذه النصوص هي استثناء على الأصل، فعمل على حظر الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد الآمرة

تلعب القواعد القانونية في العصر الحديث دوراً إيجابياً في المنظومة العقدية، حيث تقلص دور مبدأ سلطان الإرادة باعتبارها القانون الذي يحكم العقد، فعملت التشريعات المعاصرة على حماية التوازن العقدي لما له من أثر كبير على سير عجلة الاقتصاد والتنمية في المجتمعات المعاصرة.

وإن المشرع الفلسطيني وبالرغم من حداثة المنظومة التشريعية الفلسطينية، إلا أنها عملت على مواكبة عجلة التشريع في العالم، متنبهة لدور العقد في تنفيذ سياسات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مما حدا بالتشريع الفلسطيني أن ينظم عدداً من العقود التي يختل بها التوازن العقدي من خلال النص على قواعد أمرة لا يجوز للمتعاقدین مخالفتها.

²⁰⁵د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009، ص35.

وللوقوف على كفاية القواعد الآمرة التي نظمتها التشريعات المعمول بها في فلسطين في تحقيق التوازن العقدي، سنعرض لدور القواعد الآمرة في التشريعات ذات الطابع الاجتماعي (أولاً)، ودور القواعد الآمرة في التشريعات ذات الطابع الاقتصادي (ثانياً).

أولاً: القواعد الآمرة ذات الطابع الاجتماعي

يعد قانون العمل من أهم القوانين التي تنظم العقود ذات الأثر الاجتماعي، وقد نظم المشرع الفلسطيني أحكام قانون العمل من خلال القانون رقم 7 لسنة 2000، وهو ينظم العلاقات التعاقدية ما بين العامل²⁰⁶ وصاحب العمل²⁰⁷.

وتنص المادة 6 من قانون العمل بأن الأحكام الواردة في ذلك القانون تمثل الحد الأدنى للعامل ولا يجوز التنازل عنها، كما أجاز تطبيق أي تنظيم خاص لعلاقات العمل يمنح العامل حقوقاً أفضل من الحقوق الواردة في القانون.

وقد منح المشرع للعامل عدداً من الحقوق بموجب قانون العمل تتمثل في حقوقه بالإجازات الرسمية السنوية والأعياد الدينية، ونص على حقوقه المتمثلة في مكافئة نهاية الخدمة، وقد نظم إنهاء عقد العمل الفردي بحيث لا يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل الفردي دون إشعار العامل إلا في حالات محددة، وعدها يعتبر إنهاء عقد العمل غير مبرر ويوجب التعويض.

وبالنظر إلى قانون العمل الفلسطيني فقد وفق المشرع في صياغة النصوص القانونية التي توفر التوازن العقدي ما بين العامل بصفته الطرف الضعيف وما بين رب العمل، وذلك نظراً للدور الذي لعبته نقابة العمال أثناء وضع نصوص القانون، فقد جاء متوافقاً وتطلعات الطرف الضعيف مما يحقق حماية قانونية للتراضي والتوازن العقدي في إطار عقد العمل.

²⁰⁶ تعرف المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 بأن العامل هو: " كل شخص طبيعي يؤدي عملاً لدى صاحب العمل لقاء أجر ويكون أثناء أدائه العمل تحت إدارته وإشرافه.

²⁰⁷ يعرف صاحب العمل بموجب المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 على أنه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري أو من ينوب عنه يستخدم شخصاً أو أكثر لقاء أجر.

ولم يقتصر مجال القواعد الآمرة في القوانين ذات الطابع الاجتماعي على قانون العمل الفلسطيني، حيث تقوم الفكرة العامة التي تحكم عقد الإيجار، بموجب قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 62 لسنة 1953²⁰⁸ المطبق في الضفة الغربية وتعديلاته²⁰⁹، حيث حظرت المادة 4 من القانون المذكور²¹⁰ إخراج المؤجر للمستأجر من العقار، إلا بعد إصدار قرار من المحكمة أو مأمور الإجراء بإخراج المستأجر في حالات محددة فقط، وذلك حماية لاستقرار الحياة الاجتماعية للمستأجر، وحفاظاً على الأبعاد الأسرية والاجتماعية التي يؤثر عليها عقد الإيجار.

وقد وفقت التشريعات الاجتماعية المعمول بها في الأراضي الفلسطينية في تحقيق التوازن العقدي في إطار عقودها، مما يستوجب الوقوف على دور القوانين الاقتصادية في فرض القواعد الآمرة التي تؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي.

ثانياً: قصور القواعد الآمرة في القوانين ذات الطابع الاقتصادي

تقف القوانين ذات الطابع الاقتصادي قاصرة أمام حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان، وذلك نظراً للدور الذي لعبته الشركات المتعاقدة في صياغة مسودة بعض القوانين من جهة، ولنقص في القواعد التي توفر الحماية للطرف الضعيف.

وبالنظر إلى قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني فقد تضمن نصاً يحظر على الشركة المرخصة بتقديم الخدمات السلكية واللاسلكية حجب الخدمة إلا لأسباب محددة، وبعد أن يتم إخطاره خطياً دون أن تحدد المدة اللازمة للإخطار²¹¹، الأمر الذي يؤدي إلى تحكم شركات الاتصالات في قطع الخدمة عن

²⁰⁸ المنشور في العدد 1140 من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1953/4/16، صفحة 661.

²⁰⁹ تم تعديل أحكامه بموجب القانون رقم 7 لسنة 1958، المنشور في العدد 1366 من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1958/2/1، ص. 100، كما تم تعديله خلال فترة الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية بموجب الأمر العسكري رقم 1271 لسنة 1989، المنشور في العدد 77 من المناشير والأوامر والتعيينات بتاريخ 1991/2/13، ص. 165.

²¹⁰ المعدلة بموجب المادة 2 من قانون معدل لقانون المالكين والمستأجرين رقم 7 لسنة 1958.

²¹¹ تنص المادة 63 من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية على: "لا يجوز حجب الخدمة الهاتفية أو إلغاؤها عن أحد المشتركين، ما لم يكن المشترك قد تسبب بأضرار مادية على الشبكة، أو استخدم الهاتف استخداماً منافياً للقانون، أو تخلف عن دفع الرسوم والأجور المستحقة على الرغم من إنذاره خطياً".

المتعاقد، وكان الأجر على المشرع أن يحدد مدة معينة لا يجوز على شركة الاتصالات فصل الخدمة خلالها.

أما قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005، فقد تطرق إلى عدد من القواعد الآمرة التي لا يجوز للمؤمن أن يخالفها حيث نظم الفصل السادس من قانون التأمين الفلسطيني عدداً من عقود التأمين، مستهلاً الفصل بنص المادة 22 والتي تنص على: "يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد"، بحيث نظمت المواد اللاحقة التأمين التعاوني أو التبادل.

كما نظم هذا الفصل التأمين من الحريق فأوجب قيام مسؤولية شركة التأمين عن الأضرار المؤمن عليها الناتجة عن حريق أو بدايته، كما اعتبر بأن مسؤولية شركة التأمين تقوم في حال وجود خطأ غير متعمد من المؤمن له أو المستفيد، وتنتفي في حال كان فعلاً عمدياً أو غشاً، كما وسع من مسؤولية شركة التأمين لشمول التعويض عن الأضرار الناتجة عن فعل الأشخاص التابعين للمؤمن له بغض النظر عن نوع الخطأ ومداه، وعن مسؤوليتها عن التعويض في حال كان الحريق ناتجاً عن عيب في الشيء المؤمن عليه.

كما وألزمت المادة 31 من قانون التأمين الفلسطيني شركة التأمين بعدم دفع أية مبالغ أو تعويضات للمؤمن له إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن إلا بموافقة الدائنين، وذلك حماية للغير، حيث أن دفع المبالغ للمؤمن له دون موافقة الدائنين يعرض الشركة المؤمنة لتعويض الغير على أساس المسؤولية التقصيرية.

كما ألزم شركة التأمين بدفع المبالغ المتفق عليها بموجب بوالص تأمين الحياة عند وقوع الحادث المؤمن منه أو حلول الأجل، دون الحاجة لإثبات ما لحق بالمؤمن له أو المستفيد من ضرر، كما ألزم شركة التأمين بدفع التعويض المقرر في حال كان انتحار المؤمن عليه نتيجة مرضاً أفقده الإرادة.

كما أجاز للمؤمن له التحلل من دفع الأقساط اللاحقة في بوالص التأمين بموجب الأقساط الدورية، شريطة إرسال إخطار كتابي لشركة التأمين.

كما منحت المادة 45 من قانون التأمين الفلسطيني للمتضرر من الغير الحق في إقامة الدعوى المباشرة اتجاه شركة التأمين في حدود قيمة التأمين المحددة بالعقد.

وإن هذه النصوص مجملها هي قواعد قانونية آمرة لا يجوز بأي شكل من الأشكال الاتفاق على مخالفتها، وإن تم الاتفاق على أي شرط من شروط التعاقد يخالف هذه القواعد الآمرة يعد شرطاً باطلاً، حيث أن إرادة

أطراف العقد محددة بموجب نص القانون، وإن القواعد السابقة ترتب التزاماً بتحقيق نتيجة تتمثل في تطبيق الشروط والأحكام الواردة في هذه النصوص.

إلا أن افتراض كل ما هو قانوني هو عادل هو أمر يحتاج إلى نظر، حيث أنه بلا شك بأن القانون هو مرآة للمجتمع وإن القوانين تعكس الأوضاع السائدة في المجتمع، ولا جدال في أن مجتمعاتنا المعاصرة أعوز ما تكون إلى تحقق العدل الاجتماعي والاقتصادي، وبالتالي إن القواعد القانونية تعكس بلا شك الحفاظ على المصالح الاقتصادية لأصحاب رؤوس الأموال.

ولم يقتصر دور التشريع على فرض قواعد أمر، بل امتد لوضع نصوص قانونية تحظر إدراج عدداً من الشروط في العقود.

الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية

عملت التشريعات المعمول بها في فلسطين على مواكبة التطورات التشريعية، فعملت على حظر بعض الشروط التعسفية الواردة بموجب مبدأ عام، بالإضافة إلى النص على عدد من الشروط التعسفية في بعض القوانين الخاصة.

وقد اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها في الأسلوب الذي تنتهجه لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان، ويتبين ذلك من خلال بيان موقف التشريعات المعمول بها في فلسطين من حظر الشروط التعسفية (أولاً)، وموقف التشريعات المقارنة في حظر الشروط التعسفية (ثانياً).

أولاً: موقف التشريعات الفلسطينية من تحديد الشروط التعسفية

اتخذ القانون المدني المطبق في قطاع غزة مبدأ عاماً يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تنص المادة الخامسة على: "يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية: 1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار

بالغير. 2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. 3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. 4. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

إلا أن هذا النص لا يمكن الاعتماد عليه نظراً لأن التحرير الأحادي المسبق للعقد من جانب الطرف الموجب لا يمكن اعتباره حقاً وإنما أمر يقتضيه طبيعة هذه العقود، مما يستوجب إدخال نصوص قانونية تعمل على حظر الشروط التعسفية بشكل صريح.

ولقد اتجه قانون التأمين الفلسطيني إلى وضع عدداً من النصوص القانونية والتي تحظر إدراج قائمة محددة من الشروط التعسفية، حيث اعتبرت المادة 12 من قانون التأمين الفلسطيني²¹² أن الشروط الباطلة هي الشروط التي يحاول المؤمن من خلالها التخلص من المسؤولية عن التعويض كون أن المؤمن له قد خالف الأنظمة أو القوانين إلا الجرائم العمدية، والشروط المتعلقة بعدم مسؤولية المؤمن في حال تأخر المؤمن له في تبليغ الشركة، بالإضافة إلى الشروط التي ترد ضمن الشروط العامة في وثيقة التأمين، وتهدف إما إلى حرمان المؤمن له من التأمين كلياً أو الانتقاص منه، أو تقييد حقه في اللجوء إلى القضاء، وكل شرط مطبوع ولم يبرز بشكل واضح يؤدي إلى سقوط حق المؤمن في الضمان.

كما تطرق قانون التأمين لبطلان الشرط الذي يلزم المؤمن له باللجوء إلى التحكيم عند نشوء أي خلاف يتعلق بوثيقة التأمين، إذا لم يرد ضمن اتفاق مفصل ومنفصل على الشروط العامة بالخاصة ببوليصة التأمين، وذلك لأن الشرط يحرم المؤمن له من اللجوء للقضاء، ونظراً لطبيعة عقود التأمين وما تحتويه من أمور فنية أجاز القانون وضع شرط التحكيم بشرط أن يكون بموجب اتفاق منفصل.

وقد يذهب البعض بالقول بأن هذه الشروط قد ذكرت صراحة على سبيل الحصر، إلا أنه بالرجوع إلى البند الخامس من المادة 12 فقد اعتبرت أن كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن

²¹² حيث تنص على: "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية.
- 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول.
- 3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- 4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في اتفاق منفصل عن الشروط العامة.
- 5- كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"، وتقابلها المادة 875 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة.

منه، تاركة المجال أمام اجتهاد القضاء في تقدير الشروط التعسفية واستبعادها، وهذا ما دفع محكمة النقض الفلسطينية إلى اعتبار "أن الشرط الوارد في البوليصا بتحديد اسم صاحب البوليصا لا يسري بحق الطفل المصاب كونه شخصاً ثالثاً لعلاقة له بشهادة التأمين ما دام لم يثبت أن السائق المذكور كان يقود المركبة المتسببة بالحادث المؤمن منه لدى الشركة دون إذن أو أمر من صاحب البوليصا، حيث لا يرد القول بأن التأمين لا يغطي الحادث بإعتبار أن اسم السائق لم يكن مدرجاً في البوليصا وبالتالي غير مخول بقيادتها."²¹³.

كما نصت المادة 141²¹⁴ من قانون التأمين الفلسطيني على عدد من الشروط التعسفية التي ترد في بوالص تأمين المركبات، والتي لا يجوز أن يضعها المؤمن وهي الشروط المتعلقة بتقييد استعمال المركبة عن طريق اشتراط حد أدنى لعمر سائق المركبة لسريان التغطية التأمينية، وتحديد لحالة المركبة من حيث جدتها أو قدمها شريطة ألا تكون رخصتها منتهية لمدة تزيد عن 90 يوم، بالإضافة إلى اعتبار الشروط المتعلقة بتحديد عدد ركاب المركبة الخاصة شروطاً تعسفية، وذلك مراعاة للوضع الاجتماعي للأسرة الفلسطينية والتي قد يزيد عددها عن خمسة أشخاص، إلا أنها أجازت هذا القيد فيما يتعلق بالمركبات العمومية حفاظاً على غاية أسمى هي تحقيق الأمن والأمان في المجتمع، وحتى لا يستخدم السائق العمومي هذه الإباحة لغايات تحقيق الربح المادي.

واعتبر المشرع الفلسطيني بأن القيود التي قد يضعها المؤمن لتقييد استعمال المركبة في أوقات معينة أو مناطق جغرافية محددة، واشتراط وسم المركبة بعلامات معينة، أو تطلب شرط الخبرة لدى سائق المركبة فجميعها شروطاً تعسفية لا يجوز للمؤمن إدراجه في بوالص التأمين.

²¹³ قرار نقض مندي، رقم 2004\81 صادر عن محكمة النقض الفلسطينية، 2004.

²¹⁴ والتي تنص على: "لا يجوز للمؤمن أن يضع في وثيقة التأمين أي شرط يقيد استعمال المركبة من حيث:

1. عمر الأشخاص الذين يقودون المركبة.
2. حالة المركبة فيما عدا المركبة التي انتهت رخصتها مدة تزيد على تسعين يوماً.
3. عدد الأشخاص الذين تقلهم المركبة الخصوصية فقط.
4. الأوقات والمناطق التي تستعمل فيها المركبة.
5. وسم المركبة بعلامات مميزة فيما عدا العلامات الواجب وسمها بموجب القانون.
6. رخصة قيادة سارية المفعول مهما كانت المدة التي مضت على إصدارها."

كما تطرق قانون العمل الفلسطيني إلى عدد من الشروط بعضاً منها قد يرد في مرحلة تكوين العقد مثل اشتراط اعتبار عقد العمل محدد المدة لمدة تزيد عن سنتين متتاليتين²¹⁵، كما تعد شروطاً تعسفية التي ترد أثناء تنفيذ عقد العمل، بحيث حظرت المادة 32 من قانون العمل الفلسطيني تكليف العامل بعمل يختلف اختلافاً بيناً عن طبيعة العمل المتفق عليه في عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة منعاً لوقوع حادث أو في حالة القوة القاهرة على ألا تتجاوز مدة شهرين.²¹⁶

وقد نصت المادة 39 من قانون العمل على أن هناك حالات لا يمكن اعتبارها أسباباً سائغة لإنهاء عقد العمل، بحيث يعد إنهاء عقد العمل بموجبها هو إنهاء تعسفي يستوجب التعويض، وهي الإنهاء بسبب الانخراط النقابي خارج أوقات العمل أو أثناء العمل بموافقة صاحب العمل، وإنهاء العمل بسبب إقدام العامل على طلب ممارسة نيابة تمثيلية عن العمل أو كونه يمارس النيابة في الوقت الحاضر أو سابقاً، وإنهاء عقد العمل بسبب إقدام العامل على رفع قضية أو مشاركته بأي إجراءات ضد صاحب العمل.²¹⁷

أما قانون حماية المستهلك الفلسطيني فقد أورد في المادة 22 عدداً من الأعمال المحظورة على المزود وهي تتمحور حول الغش في علامات الجودة والامتثال عن بيع السلعة أو تقديم الخدمة دون سبب مشروع، وتقييد حرية التعاقد في تحديد كمية لشراء الخدمات أو السلع، بالإضافة إلى استيراد أو تداول سلع مجهولة المصدر أو منتهية الصلاحية²¹⁸، إلا أن هذه المحظورات هي عبارة عن مخالفات ولا يمكن اعتبارها شروط

215 تنص المادة 25 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 على: لا يجوز أن تزيد المدة القصوى لعقد العمل محدد المدة لدى نفس صاحب العمل بما في ذلك حالات التجديد على سنتين متتاليتين".

216 تنص المادة 32 من قانون العمل الفلسطيني على: "لا يجوز تكليف العامل بعمل يختلف اختلافاً بيناً عن طبيعة العمل المتفق عليه في عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة بما لا يتجاوز شهرين".

217 حيث تنص المادة 39 من قانون العمل الفلسطيني على: "لا يمكن اعتبار الحالات التالية بوجه الخصوص من الأسباب الحقيقية التي تبرر إنهاء العمل من قبل صاحب العمل: 1. الانخراط النقابي أو المشاركة في أنشطة نقابية خارج أوقات العمل، أو أثناء العمل إذا كان ذلك بموافقة صاحب العمل. 2. إقدام العامل على طلب ممارسة نيابة تمثيلية عن العمال، أو كونه يمارس هذه النيابة حالياً أو مارسها في الماضي. 3. إقدام العامل على رفع قضية أو مشاركته في إجراءات ضد صاحب العمل بادعاء خرق القانون، وكذلك تقديمه لشكوى أمام الهيئات الإدارية المختصة".

218 تنص المادة 22 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على: "يحظر على كل مزود ما يلي: 1- تسليم أو استعمال أو محاولة استعمال علامات الجودة بقصد الغش. 2- الادعاء أو الإيهام بأن السلعة تتمتع بشهادة الجودة. 3- الامتناع عن بيع أية سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك دون سبب مشروع. 4- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو بشراء سلع أو خدمات أخرى في الوقت نفسه إلا إذا أعطى للمستهلك الحق في شرائها منفصلة بسعر مختلف. 5- اشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى أو بشراء سلعة. 6- إخفاء أية مادة أو سلعة مخزونة لدى المزود عن أي شخص يود شراءها دون سبب مشروع. 7- بيع سلعة أو تقديم خدمة بسعر أو بريح يزيد عن السعر المعلن عنه. 8- استيراد أو تداول السلع مجهولة المصدر، أو المخالفة للتعليمات

تعسفية إلا فيما يتعلق باشتراط بيع كمية معينة أو اشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى، وكان الأجدر على قانون حماية المستهلك الفلسطيني أن يحذو حذو قانون حماية المستهلك الفرنسي بأن يضع قائمة بالشروط التعسفية بحسب الهدف الذي يسعى إليه الشرط التعسفي.²¹⁹

ويتبين مما سبق بأن التشريعات المعمول بها في فلسطين وضعت أسس لحظر الشروط التعسفية، إلا أن هذه الأسس غير كافية حيث يجب تفعيل التزام الطرف الموجب بالإعلام، بالإضافة إلى وضع قوائم بالشروط التعسفية ضمن قانون حماية المستهلك، وتفعيل الدور المناط بالهيئات الإدارية والقضائية في حماية التراضي في عقود الإذعان.

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من تحديد الشروط التعسفية

يختلف النهج الذي تنتهجه الأنظمة القانونية المختلفة من تحديد الشروط التعسفية، ما بين نظم تتخذ من النظام التشريعي أسلوباً في الحد من الشروط التعسفية بحيث يضع المشرع قائمة محددة تحدد الشروط التعسفية المحظور العمل بها، وما بين نظم تنتهج أسلوباً قضائياً للحد من الشروط التعسفية بحيث تمنح القاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي للشروط وقد تبني المشرع الأمريكي هذا النهج.

أما المشرع الألماني فجمع ما بين الأسلوبين معاً، حيث كانت ألمانيا من أوائل الدول التي عملت على وضع قانون لمحاربة الشروط التعسفية، حيث أصدرت بتاريخ 9 ديسمبر من العام 1976 القانون المتعلق بالشروط

الفنية الإلزامية، أو الممنوعة قانوناً. 9- استيراد أو إدخال سلع انقضت على تاريخ إنتاجها أو تعبئتها أكثر من ثلث مدة الصلاحية، إلا إذا كانت السلعة متبرع بها، على أن يحظر تداولها بالأسواق".

219 حيث تنص المادة 132/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 على أن: "الشروط التعسفية هي الشروط التي يكون هدفها أو يترتب عليها: أ. استبعاد أو تحديد الحقوق مسؤولية المزود، في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسيمة، بسبب فعل أو إهمال من المزود. ب. استبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح المزود أو لصالح طرف آخر، في حال عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المزود لأحد التزاماته التعاقدية، ويشمل ذلك المقاصة بين دين للمزود وبين ينشأ في مواجهته.

ج. النص على التزام قاسٍ على عاتق المستهلك في حين أن واجبات المزود يتوقف تنفيذها على الإرادة المنفردة للمزود.

د. السماح للمزود بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها المستهلك الذي عدل عن إبرام أو تنفيذ العقد، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض من المزود يعادل المبلغ الذي دفعه المستهلك، فإذا كان المزود هو الذي عدل عن التعاقد"، عبد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ط.1، سنة 2012، ص.125.

العامّة للعقود، والذي بموجبه تم وضع قائمة بالشروط الباطلة بالإضافة إلى منح القاضي الدور في تقدير الشروط التعسفية، ومنحه سلطة الإبقاء على العقد دون الشروط التعسفية إذا أمكن، أو الحكم بإبطال العقد متى كان إلغاء الشرط يولد التزاماً غير مقبول على أحد أطرافه.

وقد قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية إلى نوعين من الشروط الباطلة وفقاً لقابليتها للتقويم، القسم الأول أطلق عليه القائمة السوداء ويشمل ثمانية أنواع من الشروط التعسفية والتي فتح القانون المجال لإمكان تقويمها، وهي تتعلق بتمديد المحترف لأجال التسليم وحقه في إبطال العقد دون أساس جدي مبرر، وحق المحترف في مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه، والحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، أما القائمة الرمادية من الشروط التعسفية فهي تشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة، والتي لم يعط القانون إمكانية لتقويمها، وهي تشمل عشرة أصناف وتعلق بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها خلال أربعة أشهر، وباستبعاد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة، وحق المستهلك في استبعاد أو تحقيق حق الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، بالإضافة إلى استبعاد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.²²⁰

حيث اتخذت فرنسا في بادئ الأمر من الأسلوب الإداري أسلوباً لتحقيق التوازن العقدي، بحيث يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية سلطة التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة²²¹، وقد أفرد المشرع الفرنسي قانون Scrivener في العام 1978 لاستبعاد الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك، والذي كان تطبيقاً لمبدأ حسن النية في التعاقد، ومن ثم أدخل القانون الفرنسي دعوى حذف الشروط التعسفية في العام 1988، ومن ثم صدر قانون الاستهلاك لعام 1993.

إلا أنه وعاد للنص على وضع نظرية عامة تتيح للقاضي استبعاد الشروط التعسفية الواردة في جميع العقود النموذجية، حيث نصت المادة الجديدة 1171 من التقنين المدني الفرنسي في الفقرة الأولى من هذه المادة (أي شرط في عقد نموذجي ينشأ عدم توازننا بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعد كأنه غير مكتوب).

²²⁰ د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص234 وما بعد.

²²¹ د. محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص233.

وإن ما انتهى إليه التشريع الفرنسي من توسيع في مجال الحماية المتعلقة بعقود الإذعان لتشمل كافة العقود النموذجية، يعد تطوراً في نظام العقد في القانون المدني، يستحق أن تنتهجه التشريعات الأخرى.

المبحث الثاني

الحماية القضائية والمؤسسية للتراضي في عقود الإذعان

تتنوع الأساليب التي تتم بها مواجهة الشروط التعسفية، بحيث لا تكفي الأساليب التشريعية لإعادة التوازن العقدي، حيث تلعب الأساليب المؤسسية دوراً كبيراً في تحقيق التوازن العقدي.

وتتنوع الأساليب ما بين أسلوب قضائي (المطلب الأول)، وما بين دور تلعبه جمعيات حماية المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية القضائية للتراضي في عقود الإذعان

منحت التشريعات المختلفة القاضي حق الرقابة على العقد وعلى تفسيره وتنفيذه وفقاً لما تقتضيه مبادئ حسن النية والإنصاف والعرف، مما يوجب على القاضي العمل على استبعاد أي من الشروط الواردة في العقد ومخالفة للنظام العام والآداب العامة والقانون، وقد أثار هذا الدور حفيظة المنادون بمبدأ سلطان الإرادة معتبرين أن هذا التدخل يعتبر انتقاصاً من الدور الذي تلعبه الحرية التعاقدية في تشكيل العقد²²²، إلا أن

²²² أجمود أزواو وأيت موهوب نونور: دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017، ص. 90.

التشريعات قد اختلفت فيما بينها من حيث منح القاضي سلطة التصدي للشروط التعسفية من تلقاء نفسه، وما بين تشريعات منحت القاضي سلطة التصدي بناء على طلب الطرف المدعى.

وبالنظر إلى دور القضاء الفلسطيني في حماية التراضي وإعادة التوازن العقدي، فقد لعب دوراً محدوداً في إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان، وذلك لعدم وجود قانون مدني يطبق على شقي الوطن من جهة، ولعدم توافر الكفاءات القانونية اللازمة لإعمال حماية التراضي في عقود الإذعان، مما دفعه إلى اللجوء إلى السوابق القضائية المطبقة في الدول المجاورة محاولاً العمل على تحقيق التوازن العقدي.

ويتبع القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية الفلسطينية، بتبين التأثير السلبي الذي يلعبه غياب وجود نظرية تحدد مفهوم عقد الإذعان في النظام القانوني الفلسطيني، حيث اختلفت قرارات المحاكم الفلسطينية في تحديد مفهوم عقود الإذعان، حيث ذهبت محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة برام الله باعتبار " عقد التأمين عقد كباقي العقود خاضع لإرادة الطرفين"²²³، بينما ذهبت محكمة النقض الفلسطينية في قرار آخر إلى تكيف عقد التأمين بأنه عقد إذعان، بسبب تسليم العاقد للشروط المقررة فيها مسبقاً²²⁴.

وبالنظر إلى القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة نجد أن المادة 150²²⁵ منه قد منحت القاضي الحق بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي تتم عن طريق الإذعان (الفرع الأول)، كما منح القاضي بموجب نص المادة 166 منه، سلطة تفسير الشروط الواردة في العقد. (الفرع الثاني).

²²³ محكمة الاستئناف المنعقدة برام الله في الدعوى الحقوقية رقم (492) لسنة 2000م ، 2005/5/22 ،المقتفي ، وانظر في ذات السياق قرار محكمة استئناف القدس الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، استئناف حقوق 2011/141، تاريخ الحكم 2011/5/16، والذي جاء فيه : " محل العقد بوليصة التأمين الصادرة عن المدعى عليها، وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين فإن ما يحكم هذه العلاقة بين طرفي الدعوى هي بوليصة التأمين والشروط الواردة فيها"، وفي قرار آخر اعتبرت محكمة الاستئناف العليا المنعقدة في مدينة غزة بأنه ما دام المستأجر قد وقع على العقد وقبل هذا الشرط فهو ملزم بتنفيذ العقد والالتزام بشروطه وكل ما ورد فيه لأن العقد شريعة المتعاقدين وما ورد فيه هو الذي يحكم العلاقة بين طرفيه" ، قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في مدينة غزة، الاستئناف المدني 2000/75، الصادر بتاريخ 2001/6/25، المقتفي.

²²⁴ قرار نقض مدني، رقم 2003\124، صادر عن محكمة النقض الفلسطينية، 2009.

²²⁵ حيث تنص على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعى منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك"، ويقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري.

الفرع الأول: صلاحية القاضي في إلغاء وتعديل الشروط التعسفية.

ترتب على محدودية الأثر الذي تتمتع فيه القواعد التقليدية في القانون المدني في مجال حماية التراضي في عقود الإذعان، وجود الحاجة إلى قواعد متميزة يسير على هديها القاضي المدني عند فرض رقابته على عقود الإذعان.

لذلك منح المشرع الفلسطيني أسوة بالتشريعات المدنية المقارنة للقاضي الحق في إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها، وإن احترام هذه الأسس والمبادئ القانونية تستوجب على القاضي بما يتمتع به من واجب تطبيق العدالة، أن يستبعد الشروط التعسفية التي يملها الطرف القوي على الطرف المذعن (أولاً)، أو أن يعدل هذه الشروط بالقدر اللازم لإعادة التوازن العقدي (ثانياً).

أولاً: صلاحية الإلغاء.

يملك القاضي الفلسطيني وفقاً لنصوص القانون المدني الفلسطيني سلطة جوازية في الحق بإلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، حيث يجوز للقاضي عند الفصل في اعتبار الشرط تعسفياً من عدمه أن يقف على المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه نية المتعاقدين ابتداءً، عملاً بالقاعدة القانونية " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني...".²²⁶

وتتحصر سلطة القاضي في النظر إلى شروط العقد والبحث على النية الحقيقية للمتعاقدين دون التقيد بظاهر النص، وإعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح بالاستناد إلى عناصره، وعليه فإن القاضي ملزم عند بحثه في عقد شروطاً تتضمن نتائج غير عادلة أن يقف عند إرادة الفرقاء وما اتجهت إليه نيتهم من التعاقد، وذلك من خلال دفع من أحد الأطراف يفيد بوجود شروط تعسفية.

²²⁶ المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية.

ويترتب على وجود الشرط التعسفي ضمن العقد اختلال التوازن العقدي، بحيث يتمتع أحد أطراف العقد في مركز يجعله يجني منافع مفرطة، دون حصول الطرف الآخر على مقابل هذه المنفعة، وإن هذه المنفعة و توازن التزامات الطرفين، هي الأساس الواجب أن يتبعه القاضي عند تقدير الشرط التعسفي.

فلا يكفي أن يكون الشرط موضوع النزاع وارداً ضمن عقد من عقود الإذعان وضاراً بمصالح الطرف المذعن ليتصف بالتعسف، بل على القاضي أن يتوخى موازنة مصالح الأطراف المتعاقدة والمصلحة العامة، وأن يراعي مقدار ما حصل عليه الطرف المذعن من حقوق مقابل ما دفعه، وفي حال ترجيح عدم وجود التعسف في الشرط فإن على القاضي إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.²²⁷

ولم يقتصر الخلاف القضائي على تحديد مفهوم الشرط التعسفي بل امتد للاختلاف في تحديد المعايير الواجب اتباعها لتقدير الشرط التعسفي، حيث اعتمدت بعضها على اعتبار النظام العام والآداب هو المقياس الأساس في اعتبار الشرط التعسفي من عدمه، حيث قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في رام الله بأن الشرط الوارد في بوليصة التأمين والمتعلق بوضع قيد على من يقود المركبة ليس من شأنه مخالفة النظام العام أو الآداب، سيما ونحن نتحدث في هذه الدعوى عن أضرار مادية وبالتالي فإن القيد لا يتعارض مع المادة 141 من قانون التأمين الفلسطيني.²²⁸

واعتبرت في قرار آخر بأن مناط اعتبار الشرط تعسفياً يتعلق بغموضه، حيث قررت محكمة النقض الفلسطينية بأن العقد شريعة المتعاقدين وأن بوليصة التأمين ووثيقة تأمين إصابات العمل ورد بموجبها استثناءات بأن الشركة لا تكون مسؤولة عن أي إصابة ناتجة عن حوادث سير، وجاء هذا الشرط صريحاً وواضحاً ولا غموض فيه".²²⁹

كما اتخذت في قرار آخر بأن مناط تمييز الشرط التعسفي هو مخالفته لجوهر العقد، حيث أن توافق الشرط مع جوهر العقد ينفي صفة التعسف عن الشرط الوارد في عقد الإذعان، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف

²²⁷ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.202.

²²⁸ قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، استئناف حقوق 2014/125، تاريخ الحكم 2014/12/25.

²²⁹ قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، نقض مدني 2013/493، تاريخ الحكم 2015/4/15.

السلطانية بأن: "إن التزم شركة التأمين بتحديد اسم السائق بموافقة المؤمن والرسوم المدفوعة عن التأمين الأمر الذي يرتبط بمدى الخطر ومدى احتمال وقوعه بالنسبة للشركة المؤمنة.²³⁰

كما ذهبت محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله في قرار آخر لها على اعتبار نظرية الإثراء بلا سبب هي الأساس في تحديد الشرط التعسفي: "إن ما تحصله الطاعنة بدل رسوم اشتراك شهري هو إثراء بلا سبب على حساب المشتركين والمستفيدين وأن ما توصلت إليه المحكمة واستخلصته له أساس في بيانات الدعوى ووقائعها المادية ولا رقابة لمحكمة النقض عليها".²³¹

ويعد هذا الدور المناط بالقاضي، هو استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، اقتضته الحاجة إلى وجود جهة تراقب عدالة الاتفاقات العقدية، نظراً للأهمية البالغة لمنظومة العقد في النظام الاجتماعي والاقتصادي، وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الفلسطينية أن الإرادة هي المرجع الأعلى فيما يترتب على التزامات العاقدين من أثر وتأثير الأمر الذي تغدو معه أسباب الإباحة أو المنع في تحديد شروط العقد هي الأصل، وإن أسباب المنع هي الاستثناء والاستثناء لا بد أن يرد على سبيل الحصر ولا يصح أن نقيده من تأثير العقد فيما تضمنه من شروط وبنود، ولو قلنا بعكس ذلك لأدى ذلك إلى شل تأثير العقد وآثاره ويدخله في دائرة المسخ و التثويه".²³²

ويترتب على إلغاء القاضي للشرط التعسفي، تجريد العقد من أي أثر ترتب على هذا الشرط ويعتبر كأن لم يكن²³³، إلا أن هذا الدور يبقى قاصراً لأنه محدد بوجود دفع من الطرف المدعى من جهة وفقاً للقانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة، بالإضافة إلى أن مجلة الأحكام العدلية المطبقة في الضفة الغربية لم تتضمن في أحكامها سلطة لقاضي الموضوع فيما يتعلق بالشروط التعسفية.

²³⁰ قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الاستئناف المدني 2000/492، الصادر بتاريخ 2005/2/22، المقتفي.
²³¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، في النقض المدني رقم 2014/777، تاريخ الفصل 2015/12/21، المقتفي.
²³² قرار محكمة استئناف القدس الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، استئناف حقوق 2014/125، تاريخ الحكم 2014/12/25.
²³³ مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية: مقال بعنوان الإيجاب في عقد الإذعان، العدد الأول، سنة 2014، العدد السادس، ص.388. والمنشور على الموقع الإلكتروني www.mouhakiq.com/numbers.aspx?articles=14 تاريخ الزيارة 2018/3/12 الساعة 15:56 .

ثانياً: صلاحية التعديل.

يملك القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي، بحيث يستطيع الإبقاء عليه مع رفع التعسف الذي شابهه، وإن المعيار الواجب أن يتبعه القاضي عند فرض رقابته على الشرط التعسفي، يجب أن يكون محكوماً بغاية أسمى وهي تحقيق العدالة، وإن سلطة القاضي في تعديل العقد لايجوز الاتفاق على نزعها من القاضي، لأنها من النظام العام، وهي من أوجه حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان.

ويجب أن تتم هذه الرقابة التي يمارسها القاضي بناء على طلب الطرف المدعن أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض، كما لم يجز القانون للقاضي التدخل من تلقاء نفسه.²³⁴

وإن مجمل هذه النصوص القانونية، تعد أداة غير كافية وذلك لأنه يجب أن يتم منح هذه الصلاحية للقاضي من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم، مادامت أن عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذه به، فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المدعن منه، ولم يرسم الشارع حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي هذه السلطة باتفاق خاص على ذلك، وأي اتفاق على نزع السلطة من القاضي يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام، ولو صح للجأت إليه الشركات وجعلته شرطاً مألوفاً في عقودها.²³⁵

ولا يتعلق الأمر بحماية الطرف المدعن بقدر ما يتعلق بدعوة القاضي إلى تفسير العقد والوقوف على النية الحقيقية من التراضي، أخذاً بعين الاعتبار الإرادة التنظيمية لأطرافه، من خلال الوقوف على القصد المشترك للطرفين.²³⁶

²³⁴ د. عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، 1994، بدون طبعة، ص. 47، 48.

²³⁵ د. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015، ص.

324 وما بعد.

²³⁶ لعشيب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. 10.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة

يملك القاضي في إطار حماية التراضي في عقود الإذعان، سلطة تمكنه من تفسير الشروط الغامضة الواردة في عقد الإذعان، حيث تنص المادة 165 من القانون الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على أنه لا يجوز على القاضي الانحراف عن عبارات العقد في حال وضوح عباراتها وألفاظها، بحال كانت العبارات واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين.²³⁷

وسنداً للقاعدة القانونية لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح،²³⁸ فإن الانحراف عن عبارات العقد عن طريق تفسيرها يعتبر تحريفاً لها²³⁹، وقد قررت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يجوز للقاضي الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة المتعاقدين، وإن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ، ويجب على المحكمة أن تأخذ بما تفيد به العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة".²⁴⁰

أما في حال كان هناك غموض في عبارات العقد فيجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للجانبين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ²⁴¹، عملاً بالقاعدة القانونية العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني²⁴²، حيث يستشف القاضي النية المشتركة للمتعاقدين من خلال قرائن قانونية أهمها طبيعة العقد، والعادة والعرف.²⁴³

²³⁷ وفقاً لنص المادة 239 من القانون المدني الأردني، وتقابلها المادة 150 من القانون المدني المصري.

²³⁸ المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية.

²³⁹ حيث تنص المادة (165) من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"، وتقابلها المادة 150 من القانون المدني المصري، والمادة 239 من القانون المدني الأردني.

²⁴⁰ نقض مدني، في الطعن رقم 1843 لسنة 49 ق. إبراهيم سيد أحمد: عقود الإذعان فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010، ص. 12، الصادر بتاريخ 1983/3/22، انظر إبراهيم سيد أحمد: عقود الإذعان فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010، ص. 46.

²⁴¹ المادة 165 من القانون المدني المطبق في قطاع غزة، يقابلها المادة 279 من القانون المدني الأردني.

²⁴² المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية.

²⁴³ د. خليل أحمد قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، 2003، جامعة الأزهر، ص. 79-80.

ويعتبر الشرط غامضاً عندما يتضمن من الكلمات ما يحتمل أكثر من تأويل، أو كان من الإبهام ما يجعل الفكرة المعبر عنها غير واضحة المعالم، مما أوجد الالتباس حول ما أراده الفرقاء من استعمالها، أو كانت الكلمات الواردة فيه من المتداولة عرفاً دون وجود أي معنى قانوني لها محدد، لا سيما أن عقود الإذعان تصاغ بعبارات تحتوي على مصطلحات غامضة ينفرد بوضعها الطرف القوي في التعاقد، مما يستلزم منح القاضي سلطة تفسير هذه العبارات.²⁴⁴

وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله بأنه: "ولا تملك المحكمة تفسير العقد إذا جاءت عباراته واضحة ولا يجوز لها الانحراف عن طريق التفسير".²⁴⁵

ويتدخل القاضي في تفسير العقد والشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان بناء على دفع تقديم من الطرف الضعيف أمام محكمة الموضوع ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكم النقض²⁴⁶، ولا تملك محكمة النقض النظر في سلطة قاضي لموضوع التقديرية حيال تفسير العقد إلا إذا قرر قاضي الموضوع فسخ العقد²⁴⁷.

بحيث منحه التشريع سلطة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى (أولاً)، كما استخلص القضاء عدداً من القواعد الواجب تطبيقها عند تفسير الشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان (ثانياً).

²⁴⁴ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.213.

²⁴⁵ قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله، بتاريخ 2015/12/21، في النقض المدني 2014/777، كما قررت في ذات السياق محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2005/3971 أن: "تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. وحيث أن عقد التأمين موضوع هذه القضية يشمل جسم السيارة ونقصان قيمتها من جراء تحقق الخطر المؤمن ضده وبما أن عقد الأمين شامل لجسم المركبة المؤمن ليها وأن الضرر اللاحق بها هو نتيجة الخطر المؤمن ضده". أحمد ظاهر: مجموعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمتي التمييز الأردنية والنقض الفلسطينية في مجلة الأحكام العدلية، ج.1، دون ناشر، فلسطين 2014، ص.17.

²⁴⁶ إلا أن منع محكمة النقض من فرض رقابتها على تفسير العقد لا يعد قاعدة عامة، حيث أن فسخ محكمة الموضوع للعقد يؤدي إلى جواز فرض رقابة محكمة النقض على هذا التفسير، وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1983/395 بأن: "لا يرد القول أن محكمة التمييز لا تتدخل في تفسير محكمة الموضوع للعقد إلا إذا كانت محكمة الموضوع في تفسيرها قد فسخت العقد، لأن الفقرة ج من المادة 248 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية قد فضت محكمة التمييز أن تصوب تفسير محكمة الموضوع للعقد إن هي أخطأت في تأويل مفاده ولا مساع لاجتهاد في مورد النص"، أحمد ظاهر: مجموعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمتي التمييز الأردنية والنقض الفلسطينية في مجلة الأحكام العدلية، ج.1، دون ناشر، فلسطين 2014، ص.35.

²⁴⁷ د. جلال علي العدوي: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 57 وما بعد.

أولاً: سلطة القاضي في تفسير الشك لمصلحة المدعى.

يعد التفسير وسيلة يلجأ إليها القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين، ليستخلص معنى العقد عن طريق ما قصدته الإرادة المشتركة لمتعاقديه، نظراً لخصوصية عقد الإذعان المتمثلة في تسليم القابل للشروط التي يضعها الموجب بشكل منفرد دون قدرة حقيقية على المفاوضة على شروط التعاقد.

بحيث تجعل من الإرادة المشتركة عنصراً مفقوداً في التعاقد، لذلك أوجب القانون في حال تعذر القاضي من الوقوف على النية المشتركة، وفي حال وجود حاجة لتفسير الشرط لغموضه ، فلا يجوز تطبيق القاعدة القانونية "يفسر الشك لمصلحة المدين"، حيث لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى²⁴⁸.

حيث ذهبت جل التشريعات المدنية المعاصرة إلى وضع نصوص توجب على القاضي عند تفسيره عقد الإذعان أن يغلب مصلحة الطرف المدعى دائماً كان أم مديناً، حيث أن أعمال القاعدة العامة التي تفيد بأن الشك يفسر لمصلحة المدين يؤدي إلى نتائج غير متوازنة في عقود خلت من التوازن العقدي، حيث أنه غالباً ما يكون الطرف القوي هو المدين لا سيما في دعاوى المطالبة بالتعويضات التي يقيمها المؤمن له على شركات التأمين، وكذلك الأمر في الدعاوى التي يقيمها العامل على رب العمل.

ولقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 2/1602 على أن: "الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع"، إلا أن الفقه الفرنسي أورد قيدين أولهما، أن هذا النص لا يسري إلا إذا أعوز القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع، والقيد الثاني أنه لا يسري في تفسير الشروط الطبيعية المألوفة في

²⁴⁸ تنص المادة 166 من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على: "1. يفسر الشك في مصلحة المدين. 2. ومع ذلك لا يجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى"، المادة 1/151 من القانون المدني المصري، وتقابلها المادة 112 من القانون المدني الجزائري، مادة 3/167 من القانون المدني العراقي، المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي.

عقد البيع، فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته يجب الرجوع إلى القواعد العامة، ليصار لتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع.²⁴⁹

وإن الطرف المدعى لم يكن طرفاً في صياغة العقد ابتداءً بل اقتصر دوره على التسليم والرضوخ لإرادة الطرف القوي، وإن الطرف القوي هو من وضع هذه الشروط الغامضة فعليه أن يتحمل تبعه تقصيره في صياغة هذه الشروط، سنداً للمبدأ القانوني " المقصر أولى بتقصيره"، وإن هذه القاعدة القانونية قد شرعت لمصلحة الطرف الضعيف بالعقد، ويقع عليه واجب إثارة الدفع المتعلق بعدم جواز تفسير العقود بشكل يضر بمصلحته أمام محكمة الموضوع.²⁵⁰

ثانياً: قواعد التفسير

يمتلك القاضي حيال تفسير الشرط الغامض عدداً من السبل تهدف في غايتها إلى الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ويجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال على إرادة المتعاقدين عند التعاقد، حيث تمتلك المحكمة حق تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومصلحة العاقدين، ولها بهذه السلطة أن تعدل من المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين ذلك في حكمها.²⁵¹

حيث أن الأصل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى المحكمة أن تلجأ في تفسير العقد إلى عباراته فإن لم تكن واضحة فتلجأ إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق استرشادها بالعرف الجاري لتبني منه

²⁴⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، ج. 1، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص. 54.

²⁵⁰ حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر مصلحة الطرف المدعى طبقاً لنص المادة 151 من القانون المدني غير مقبول، لأن ذلك يعتبر دفاعاً جديداً لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع، إبراهيم سيد أحمد: عقود الإذعان فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010، ص. 47.

²⁵¹ قرار محكمة الاستئناف المنعقدة في مدينة رام الله رقم 1987/230 الصادر بتاريخ 1987/7/2، وكذلك قرار محكمة استئناف رام الله رقم 1987/272 الصادر بتاريخ 1987/5/25، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف بمرام الله في الدعاوى الحقوقية لعام 1987، جمع وترتيب القاضي نصري عواد، دار الشروق للنشر والتوزيع، ج. 1، رام الله 1999، ص. 324 وما بعد.

العادة التي جرى عليها بخصوص الشرط المتنازع عليه، وكذلك عن طريق الكيفية التي نفذ بها المتعاقدان عقدهما.²⁵²

تقتضي الحماية القضائية النظر إلى علم المتعاقد بالشرط، بحيث لا تسري الشروط التي لم يكن الطرف المذعن يعلم بها وقت التعاقد، على أساس أن عدم العلم بهذه الشروط ينفي التراضي عليها، ووجوب استخلاص نزول الطرف القوي عن الشروط التي يجري على عدم تطبيقها على أساس أنه قد اتخذ بذلك موقفاً لا تدع الظروف شكاً في دلالاته على نزوله عنها.

أما في حال وجود تعارض ما بين الشروط العامة المطبوعة مسبقاً والشروط الخاصة بالعقد ذاته والمكتوب بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، فيجب أن يتم تغليب الشرط الخاص على الشرط العام، لأنه لا يمكن الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين بناء على شروط مطبوعة ومعدة مسبقاً بواسطة طرف واحد، حيث أن الشرط العام المطبوع يكون مدرجاً ما بين مجموعة كبيرة من الشروط، بحيث لا يمكن تمييز هذا الشرط عن غيره من الشروط المدرجة بالعقد، بينما الشروط المدرجة بخط اليد أو الآلة الكاتبة والمضافة على العقد هي الشروط التي يمكن تمييزها، وهي بمثابة الإضافة المتعمدة على العقد الناتج عن نية طرفي العقد.²⁵³

ويقصد بالشروط العامة تلك الشروط التي تقدم في صورة قائمة وترفق بالعقد، أو تلك التي يعتمد عليها العقد كمرجع وتكون هذه الشروط معدة من أحد طرفي العقد، كما تظهر في صورة لوائح داخلية أو في صورة ملصقات، ويحاول طرفا العقد في أن يتخلص كل منهما من المسؤولية التي من الممكن أن تقع على أحدهما بما يسمى بحرب الصيغ، لإثبات وجود الشرط من عدمه، كما اتسع استعمال هذه الشروط في كافة التصرفات اليومية التي يبرمها الفرد.²⁵⁴

على القاضي عند نظره أي من الدعاوى التي تتضمن شروطاً عاماً أن يعود إلى التشريع المطبق في النوع المتعلق بهذه العقود، ليقارن هذه الشروط بالتشريع النافذ حتى يكون على بينة من اعتبار هذا الشرط تعسفياً من عدمه، وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأنه: "طالما أن الشرط الوارد في بوليصة التأمين لا

²⁵² وكذلك قرار محكمة استئناف رام الله رقم 1987/338 الصادر بتاريخ 1987/8/27، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف برام الله في الدعاوى الحقوقية لعام 1987، جمع وترتيب القاضي نصري عواد، دار الشروق للنشر والتوزيع، ج.1، رام الله 1999، ص.337.

²⁵³ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.230.

²⁵⁴ لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.102.

يتعارض مع نص المادة 15 من الأمر العسكري رقم 678 والتي حصرت القيود والاستثناءات التي من شأنها التأثير على الالتزامات الخاضعة للتأمين كون عقد التأمين عقد كباقي العقود خاضع لإرادة الطرفين ولا يجوز الأخذ بأن المصاب من الغير لأن ذلك يخالف ما اتفق عليه طرفي العقد التي قيدت عدم تغطية البوليصه.²⁵⁵

كما يقتضي تفسير بنود العقد تفسيراً ضيقاً²⁵⁶ وفقاً لما استقر عليها الاجتهاد في الدول المعاصرة، حيث يفسر القضاء الشرط المدرج في وثائق التأمين والذي يقضي بإعفاء شركة التأمين من المسؤولية عند ارتكاب المؤمن له خطأ، بأن المقصود من هذا الشرط هو الإعفاء عند ارتكاب خطأ متعمد وليس خطأ جسيم.

وفي هذا السياق فقد اعتبرت محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله بأن لجوء المؤمن للقول بأن الحريق يعتبر من قبيل الأعمال الناشئة من التخريب أو الشغب أو الإرهاب والتي استثناها عقد التأمين قول مردود وفي غير محله.²⁵⁷

وكذلك الأمر المتعلق بورود شرط يعفي الطرف القوي من جميع مسؤولياته، فيفسر الشرط تفسيراً ضيقاً بحيث يعفي الطرف القوي عن كافة مسؤولياته في حال قيام المسؤولية العقدية دون المسؤولية التصديرية، كما توجب العدالة البحث عن نية الطرفين في كافة الوثائق المتعلقة بالعقد، بحيث لا يقتصر البحث على شروط العقد العامة، وإنما أيضاً البحث ضمن الوثائق الأخرى التي اعتبرت أساساً للعقد، حتى يصار للوصول إلى نية المتعاقدين.²⁵⁸

²⁵⁵ قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الاستئناف المدني 2000/492، الصادر بتاريخ 2005/2/22، المقتفي.

²⁵⁶ قررت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2008/1703: "إذا تضمن الإبراء والمخالصات الإشارة إلى بوليصة التأمين رقم 13011081 ولم تتضمن الإشارة إلى البوليصه موضوع الدعوى رقم 8161647 فإن الإبراء يكون من ناحية التفسير بأضيق الحدود ويجب عدم التوسع عند الأخذ به والبحث عن الإرادة الحقيقية لطرفي الاتفاق مع الأخذ بالاعتبار أن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:" أحمد ظاهر: مجموعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمتي التمييز الأردنية والنقض الفلسطينية في مجلة الأحكام العدلية، ج.1، دون ناشر، فلسطين، 2014، ص.16.

²⁵⁷ قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية 1995/238، الصادر بتاريخ 1996/5/7، المقتفي.

²⁵⁸ مها عبد العال: الحماية القانونية للطرف المدعى في عقد التأمين، بحث منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني <https://courts.gov.ps/userfiles/file/2017>، تاريخ الزيارة 2019/2/12، عن بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، ط1 (عمان: دار الثقافة، 2007)، 493.

وقد تطرق المشرع الليبي²⁵⁹ في المادة 150 من القانون المدني إلى الشروط العامة حيث نصت على: " تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين إذا كان على علم بها وقت إبرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتى لو أعارها انتباه الشخص العادي."

كما يشترط لإعمال الشرط أن يكون مقروءاً بحيث يكون مكتوباً بأحرف كبيرة وواضحة حتى يسهل قرائته، كما يستوجب أن يكون واضحاً في التعبير والمعنى، بحيث أصبح القضاء يراقب رضى المتعاقد وعلمه من خلال شكل الشرط ووضوحه،²⁶⁰ وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار الشرط المدسوس في صفحة من صفحات عقد كبير شرطاً باطلاً، كما اعتبرت الشرط التالي لتوقيع الطرفين أو المذكور في محل غير المحل الذي يجب أن يرد فيه شروطاً باطلة.²⁶¹

وإن هذه الآليات الممنوحة للقاضي هي استثناء على القاعدة الأساس " العقد شريعة المتعاقدين"، وما ورد على خلاف الأصل لا يجوز التوسع فيه أو قياس غيره عليه، مما يحد من الدور الفاعل لرقابة القضاء على العقد، فطالما كانت الشروط المدرجة واضحة بحيث يتبين من خلالها وضوح الإرادة فلا يمكن للمحكمة فرض رقابتها، كما أن غياب الكوادر المتخصصة يؤدي إلى الحد من سلطة القضاء في حماية التراضي.

وعليه فإن رقابة القضاء على عقود الإذعان هي رقابة لاحقة لإنشاء العقد، وإن دور القضاء الفلسطيني في إعادة التوازن العقدي هو دور محدود، لا سيما أمام تطور النظام القانوني للعقد وتسريع نمط الحياة التعاقدية المعاصرة.

²⁵⁹ نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954.

²⁶⁰ حيث اعتبرت المادة 12 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005 بطلان الشروط المطبوعة وغير الظاهرة بشكل بارز، حيث نصت على: " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 3. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط."

²⁶¹ هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، سنة 2014، ص.238، عن Cass civ, 19/2/1974, Bull. C. 1974. III, N. P. 60, Cass civ, 28/4/1971, j. c. p. 1972, ii, P. 17280, note. Rabut. Boitard.

المطلب الثاني:

السبل المؤسساتية لحماية التراضي في عقود الإذعان

يترتب على صحة التراضي في عقود الإذعان بالرغم من وجود اختلال في التوازن العقدي، والذي لا يمكن تفاديه من خلال القواعد التقليدية للقانون المدني من أهم الظواهر العقدية المعاصرة، بحيث تستوجب تضافر الجهود في سبيل تحقيق القدر من الممكن من العدالة العقدية، وإن هذا الأمر لا يمكن أن يتم إلا من خلال تفعيل الدور الذي تلعبه المؤسسات المختصة في حماية التراضي وإعادة التوازن العقدي ما بين طرفي العقد.

وبالنظر للتشريعات الفلسطينية المتعلقة بحماية المستهلك، فإن القانون الفلسطيني أسس لدور تلعبه المؤسسات المختلفة في حماية المستهلك، وذلك ما بين دور تلعبه المؤسسات العامة العاملة في فلسطين (الفرع الأول)، ودور تختص به جمعيات حماية المستهلك (ثانياً).

الفرع الأول: السبل الإدارية في مواجهة الشروط التعسفية

تعد التشريعات الاقتصادية المعمول بها في فلسطين تشريعات حديثة النشأة نسبياً، وبالرغم من حداثة إلا أنها أوردت في العديد من التشريعات المختلفة عدداً من القواعد القانونية تهدف لتحقيق حماية المستهلك وحماية مصالحه الاقتصادية.

إلا أن هذه التشريعات تعد قواعد قاصرة عن حماية التراضي في عقود الإذعان، وذلك بسبب عدم النص على نصوص واضحة تفرض على الطرف الموجب في صناعة العقود.

وللوقوف على دور المؤسسات العامة العاملة في فلسطين وبيان أوجه القصور فيها يستوجب التطرق إلى دور المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك في حماية التراضي في عقود الإذعان (أولاً)، ودور الهيئات المتخصصة (ثانياً).

أولاً: قصور دور المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك عن حماية التراضي.

أنشأ قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، جسماً قانونياً استشارياً يسمى "المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك" مكون من خمسة عشر عضواً، خمسة منهم ممثلين لجمعيات حماية المستهلك وأربعة أعضاء ممثلين عن أصحاب الأعمال، وتسعة أعضاء ممثلين لعدد من الوزارات.

وقد أوكل قانون حماية المستهلك للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك مهاماً تتعلق بحماية حقوق المستهلك الاقتصادية، وضمان عدم تعرضه إلى أية مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتقاعه بالسلع والخدمات المقدمة له²⁶²، إلا أن هذه المهام في مجملها هي مهام استشارية وتوعوية ولا تؤدي بشكل مباشر إلى فرض حماية حقيقية للمستهلك.

وبالرغم من أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني قد أجاز للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك في المادة 23 منه أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، إلا أن هذا الدور يقف قاصراً أمام حماية التراضي في عقود الإذعان وتحقيق التوازن العقدي. 263

262 تنص المادة الخامسة من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 على: "يهدف المجلس إلى حماية حقوق المستهلك الاقتصادية وضمان عدم تعرضه إلى أية مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتقاعه بالسلع والخدمات المقدمة له وذلك من خلال الآتي:

1. المشاركة في رسم العلاقة وتنسيقها ما بين كافة الجهات ذات العلاقة بحماية المستهلك.
2. دعم وتعزيز دور المستهلك في الاقتصاد الوطني.
3. المشاركة في رسم سياسات تأمين سلامة السلع والخدمات والعمل على رفع جودتها.
4. اعتماد البرامج التثقيفية لتوعية وإعلام وإرشاد المستهلك وحثه على استعمال أنماط الاستهلاك الناجعة واعتماد السلع والخدمات التي تحافظ على البيئة .
5. إعداد الخطط والبرامج الخاصة بشأن الدفاع عن المستهلك وضمان حقوقه.
6. متابعة السياسات الحكومية وحث جهات الاختصاص على توفير الحماية للمستهلك
7. الاشتراك في المنظمات والاتحادات المماثلة في أهدافها وغاياتها عربياً ودولياً.
8. التأكد من عدم احتكار السلع ورفع التوصيات للوزارة.
9. التأكد من مواصفات وجودة السلع."

263 والتي تنص على: " يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك."

ويرجع قصور الدور المناط بالمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك إزاء مواجهة الشروط التعسفية وحماية التراضي، إلى اعتبار هذا الدور هو أمراً جوازياً للمجلس لا إجبارياً من جهة، كما يفتقد القرار الذي يصدره المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك عند مراجعته لأي من العقود النموذجية من الصفة الإلزامية، مما يجرّد هذه الأداة من أية قيمة قانونية في مجال حماية التراضي وتحقيق التوازن العقدي.

وكان الأجدر بالمشرع الفلسطيني أن يمنح للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك دوراً أساسياً في الاطلاع على كافة العقود النموذجية قبل طرحها للتعاقد، وإلزام الموجب بضرورة عرض العقود النموذجية على المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك للاطلاع عليها والتأكد من عدالة الشروط الواردة فيها، ومنحه موافقة مسبقة باستخدام هذه العقود.

ومن جهة أخرى فإن مفهوم الشروط التعسفية ومدى تأثيرها على التوازن العقدي، هو أمر شديد الدقة ويحاجة إلى دراسات فنية كافية من خبراء مختصين لاسيما في مجال العقود التي يكون موضوعها تقديم خدمة، مما يستلزم العمل على رفع الكفاءات الفنية لدى المجلس فيما يتعلق بالخبراء والفنيين حتى يتم تقدير الشروط الواردة في العقود ومدى ملائمتها مع الثمن الواجب دفعه، وذلك بهدف الوصول إلى تطبيق مفهوم التوازن العقدي.

ثانياً: قصور دور الهيئات المتخصصة

تتنوع المجالات التي تنشأ علاقاتها التعاقدية من خلال عقود الإذعان، بحيث لم تعد تقتصر على الكهرباء والمياه، الأمر الذي دفع المشرع الفلسطيني أسوة بالتشريعات الأخرى أن يعمل على تنظيم القطاعات الاقتصادية الكبيرة من خلال قوانين خاصة بها، ووضع جهة رقابية تشرف على أعمال هذه القطاعات.

وتعد هيئة سوق رأس المال الفلسطينية²⁶⁴ من أهم الهيئات التي تنظم القطاعات المالية الكبيرة، بشكل خاص سوق الأموال المالية وشركات التأمين وشركات التأجير التمويلي والرهن العقاري²⁶⁵، ويعد دور الهيئة دوراً رقابياً وإدارياً اتجاه القطاعات المالية المدرجة من ضمن اختصاصاتها الواردة في المادة 3 من قانون هيئة سوق رأس المال، حيث كان على المشرع منح هيئة سوق رأس المال سلطة الموافقة على العقود النموذجية الصادرة عن الشركات المدرجة تحت رقابتها، وذلك حتى تتمكن الهيئة من تحقيق أقصى فائدة للمتعاملين مع هذه الشركات.

وقد منح قانون التأمين الفلسطيني هيئة سوق رأس المال الفلسطينية دوراً²⁶⁶ فاعلاً في الإشراف والرقابة على سوق التأمين الفلسطيني، وقد تمخض عن هذا الدور إصدار هيئة سوق رأس المال لعدد من القرارات تلزم

²⁶⁴ والتي أنشأت بموجب القانون رقم 13 لسنة 2004، المنشور على الصفحة 60 من العدد 53 من جريدة الوقائع الفلسطينية، الصادرة بتاريخ 2005/2/28.

²⁶⁵ تنص المادة 3 من قانون هيئة سوق رأس المال رقم 13 لسنة 2004 على: "تهدف الهيئة إلى تهيئة المناخ الملائم لتحقيق استقرار ونمو رأس المال، وتنظيم وتطوير ومراقبة سوق رأس المال في فلسطين، وحماية حقوق المستثمرين، وعليها في سبيل تحقيق هذه الأهداف القيام بما يلي وفقاً لأحكام القانون 1: الإشراف على:

- أ. سوق الأوراق المالية بما يكفل سلامة التعامل.
- ب. شركات التأمين.

- ج. شركات التأجير التمويلي.

- د. شركات تمويل الرهن العقاري.

2. التنظيم والرقابة والإشراف على نشاطات المؤسسات المالية غير المصرفية بما فيها تداول الأوراق المالية والخدمات المالية غير المصرفية.

3. تنظيم الإفصاح عن أية بيانات أو معلومات تخص القطاع المالي غير المصرفي.

4. مراقبة تطور المؤسسات المالية غير المصرفية بما يضمن سلامة عملها.

²⁶⁶تنص المادة 4 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005 على الدور الذي تقوم به هيئة سوق رأس المال في تنظيم قطاع التأمين وهو:

تقوم هيئة سوق رأس المال بتنظيم أعمال التأمين المنصوص عليها في هذا القانون من أجل:

1. الإشراف والرقابة على تطبيق أحكام هذا القانون وأية قوانين وأنظمة وتعليمات متعلقة بأعمال التأمين، واتخاذ الإجراءات والقرارات والتعليمات اللازمة لذلك.

2. وضع سياسات مفصلة لتطوير وتنمية قطاع التأمين وإعداد الأنظمة اللازمة لتنفيذها، واتخاذ الإجراءات والقرارات اللازمة لذلك في حدود صلاحياتها المحددة في هذا القانون، بالتعاون والتشاور مع الجهات المختصة.

3. القيام بكل ما يلزم لتوفير المناخ الملائم لنمو وتقدم قطاع التأمين بما يعود بالنفع على النشاط الاقتصادي في فلسطين، بالتعاون والتنسيق مع الجهات المعنية.

4. حماية حقوق المؤمنين والمستفيدين من خدمات التأمين، والرقي بهذه الخدمات وتحقيق المنافسة الكاملة بين المؤمنين بما يكفل حماية حقوقهم ومصالحهم من خلال تنفيذ القوانين والأنظمة والتعليمات والسياسة العامة لتطوير قطاع التأمين.

شركات التأمين بالعمل وفق نماذج البوالص الموحدة الصادرة عن هيئة سوق رأس المال²⁶⁷، إلا أن هذه النماذج العقدية وإن كانت قد أغلقت الباب أمام إدخال شروط تعسفية جديدة إلا أنها تعد تطبيقاً لذات النماذج العقدية الصادرة عن شركات التأمين، وبحاجة لدراسة جادة من خلال خبراء لبيان مدى تحقيقها للتوازن العقدي ما بين طرفي العقد.

كما يعد دور مجلس تنظيم قطاع الكهرباء الفلسطيني بصفته الجهة الموكل إليها مهمة تنظيم قطاع الكهرباء في فلسطين²⁶⁸ دوراً محدوداً في مجال حماية التراضي نظراً لخلو التشريع المنشأ له من صلاحية مراجعة عدالة النماذج العقدية الصادرة عن شركات الكهرباء العاملة في فلسطين.

وعليه فإن الهيئات المتخصصة والمؤسسات العامة العاملة في الأراضي الفلسطينية غير قادرة على حمل راية الطرف الضعيف، وإعادة التوازن العقدي لعقود الإذعان وذلك لوجود خلل في التشريعات المنشأة لها، والتي لم تمنحها دوراً فاعلاً في حماية التراضي من خلال مراجعة النماذج العقدية والوقوف على عدالة الشروط الواردة فيها، بالإضافة إلى افتقار هذه الجهات لكوادر ذات خبرات فنية كافية فيما يتعلق بالشروط التعسفية ودورها في تحقيق التوازن العقدي، كما لا يمكن للأساليب القضائية والإدارية تحقيق الحماية اللازمة للطرف الضعيف في عقود الإذعان، وذلك لطول الإجراءات القضائية من جهة، وللنقص التشريعي في تنظيم الدور الإداري في فرض رقابته الفاعلة على منظومة العقد من جهة أخرى، الأمر الذي يستلزم خلق دور رقابي للمجتمع من خلال جمعيات حماية المستهلك.

267 ومنها إقرار البوليصة الموحدة والتي تغطي الإصابات الجسدية وأضرار الفريق الثالث في اجتماع مجلس الإدارة بتاريخ 2012/12/17 رقم 2012/15 ، وبموجب هذا الاجتماع تم إقرار العمل ببوليصة الإلزامي والفريق الثالث الموحدة لكافة شركات التأمين، حيث تم توحيد كافة الشروط التي تتضمنها عقود التأمين التي تغطي الإصابات الجسدية وهي منظمة بحسب أحكام قانون التأمين الفلسطيني، وتوحيد الشروط الواردة في العقود التي تغطي أضرار الفريق الثالث والتي لم ينظمها قانون التأمين الفلسطيني، وقد نشر القرار في الجريدة الرسمية في العدد 102 الصادر بتاريخ 2013/10/22، والقرار رقم (1) لسنة 2007م بشأن الوثيقة الموحدة لتأمين العمال المنشور على الصفحة 153 من العدد 88 من جريدة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2010/12/15.

²⁶⁸ وقد أنشأ بموجب قرار بقانون رقم 13 لسنة 2009 بشأن قانون الكهرباء العام.

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في حماية التراضي

يتطلب تحقيق حماية فاعلة لدور التراضي في تحقيق التوازن العقدي، وجود دور للجماعات والمؤسسات المجتمعية تعمل على تحسين رضى الطرف الضعيف، والعمل على توفير السبل المناسبة لحمايته.

وتعد جمعيات حماية المستهلك²⁶⁹ من أهم الجماعات التي تعمل في مجال حماية الحقوق الإقتصادية للأفراد، وهي تنشأ بموجب أحكام القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية وبعد قرار مجلس الوزراء رقم (26) لعام 2010م²⁷⁰ الخاص بنظام جمعيات حماية المستهلك هو الإطار القانوني الناظم لدور جمعيات حماية المستهلك في فلسطين.

ويثور التساؤل حول دور جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية في حماية التراضي وتحقيق التوازن العقدي؟

حقيقة الأمر إن جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية هي جمعيات حديثة النشأة، وتعاني من صعوبات وإشكالية كبيرة تحد من فعاليتها في حماية التراضي في عقود الإذعان، إلا أن قرار مجلس الوزراء قد حدد عدد محدد من المهام والاختصاصات يمكن أن تقوم بها جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية، أساليب الحماية المدنية (أولاً)، إقامة الدعاوى والانضمام إليها (ثانياً).

أولاً: أساليب الحماية المدنية

²⁶⁹ تعرف جمعيات حماية المستهلك وفقاً لنص المادة رقم 1 من قرار مجلس الوزراء رقم (26) لعام 2010 المتعلق بنظام جمعيات حماية المستهلك بأنها: " كل جمعية غير ربحية تؤسس لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية، وتهدف إلى ضمان حقوق المستهلك وتوعيته، وفقاً لأحكام القانون وهذا النظام. وفقاً لنص المادة رقم 1 من قرار مجلس الوزراء رقم (26) لعام 2010 المتعلق بنظام جمعيات حماية المستهلك.

²⁷⁰ المنشور في العدد 90 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2011/3/30، ص.143.

تتوعد المجالات التي منحها قرار مجلس الوزراء رقم 26 لسنة 2010²⁷¹ للجمعيات فيما يتعلق بحماية حقوق المستهلك والدفاع عنها، حيث تركز الصلاحيات الممنوحة لجمعيات حماية المستهلك بموجب قرار مجلس الوزراء المذكور بالدور الاستشاري، والتنقيفي، ودوره في تلقي الشكاوى.

ويتمثل دور جمعيات حماية المستهلك الاستشاري من خلال الصلاحيات الممنوحة لها في تقديم المعلومات للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك من خلال ممثليه عن المشاكل المتعلقة بحقوق المستهلكين وتقديم الاقتراحات لحل هذه الإشكاليات.

ويعاب على هذا الدور غياب الاستقلالية لجمعيات حماية المستهلك في بيان المشاكل المتعلقة بحقوق المستهلكين وطرق حلها، حيث أنه يجب أن تتمتع هذه الجمعيات باستقلالية تضمن شفافية عملها للوصول إلى أقصى حماية للمستهلك، لا سيما أن القرارات التي تصدر عن مجلس حماية المستهلك ذاته هي توصيات تفتقد إلى أي صفة إلزامية بأن الشروط التعسفية، مما يجرّد الدور الاستشاري من أي قيمة قانونية في مجال حماية التراضي وتحقيق التوازن العقدي.

أما من حيث الدور التنقيفي لجمعيات حماية المستهلك، يتم من خلال تنقيف المستهلك على استعمال أنماط الاستهلاك الناجمة واعتماد السلع والخدمات التي تحافظ على البيئة، ومن خلال عقد الدورات التنقيفية أو المحاضرات وإصدار النشرات الدورية لتوعية المستهلك بحقوقه وكيفية الدفاع عنها والتعاون مع وسائل

²⁷¹ تنص المادة 2 من قرار مجلس الوزراء رقم 26 لعام 2010 على: "تمارس الجمعيات المهام والاختصاصات التالية: 1. حماية حقوق المستهلك والدفاع عنها، وتمثيل مصالحه لدى كافة الجهات ذات العلاقة وخاصة المجلس، وفق أحكام القانون واللوائح والأنظمة الصادرة بمقتضاه. 2. الإشتراك مع جمعيات حماية المستهلك العربية والدولية المماثلة في أغراضها وغاياتها، بالتنسيق مع المجلس. 3. تقديم معلومات للمجلس من خلال ممثليه عن المشاكل المتعلقة بحقوق المستهلكين ومصالحهم وتقديم الإقتراحات لعلاجها. 4. تلقي شكاوي المستهلكين والتحقق منها ومتابعتها مع أي جهة حكومية أو غير حكومية ذات علاقة بحماية المستهلك، والعمل على إزالة أسبابها، وفق أحكام القانون. 5. تلقي الشكاوي بشأن تداول منتجات المستوطنات ومتابعتها مع الدائرة المختصة في الوزارة، وأي جهة أخرى ذات علاقة. 6. الإسهام في تسوية المنازعات الناتجة عن استهلاك السلع والخدمات. 7. معاونة المستهلكين، اللذين وقع عليهم الضرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة، في تقديم الشكاوي للجهات المختصة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم، وفق أحكام القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه. 8. حث المستهلك على استعمال أنماط الاستهلاك الناجمة واعتماد السلع والخدمات التي تحافظ على البيئة. 9. المشاركة في إعداد السياسات الهادفة إلى حماية المستهلك. 10. المشاركة في الفعاليات الخاصة باليوم الفلسطيني لحماية المستهلك. 11. عقد الدورات التنقيفية أو المحاضرات وإصدار النشرات الدورية لتوعية المستهلك بحقوقه وكيفية الدفاع عنها والتعاون مع وسائل الإعلام المختلفة. 12. النظر في الشكاوي المعروضة عليهم من قبل المستهلكين ورفعها للدائرة المختصة، بناء على توصية أي من الجهات المذكورة في المادة (9) من هذا النظام، لإتخاذ الإجراءات بشأنها وفق أحكام القانون وهذا النظام."

الإعلام المختلفة، ويعد هذا الدور من أهم الأدوار التي تلعبها جمعيات حماية المستهلك في رفع مستوى ثقافة الفرد الاقتصادية، وذلك لمحاولة تحجيم التفاوت المعرفي ما بين المراكز القانونية للمتعاقدين. ولكن التساؤلات التي تطرح نفسها بخصوص هذا الدور التثقيفي هي مدى وجود الخبرات الفنية لدى جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية فيما يتعلق بالشروط التعسفية وأثرها على الاختلال العقدي؟ وهل يكفي مجرد رفع مقدار الوعي لدى المتعاقد الضعيف بخصوص التبعات القانونية المترتبة على تحقيق التوازن العقدي؟

حقيقة الأمر إن موضوع تقدير التوازن العقدي واعتبار الشرط تعسفياً من عدمه هو أمر في غاية الدقة، وبحاجة إلى خبراء وفنيين لتقدير الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد، مما يؤدي بالضرورة إلى تجنب جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية حديثة النشأة عن التطرق لمثل هذه العقود. ومن جهة أخرى لا يمكن للدور التثقيفي منفرداً أن يصلح منظومة إذعان واحتكار لصناعة العقود غير قابلة للتفاوض، مما يتطلب وجود أدوار أكثر فاعلية في حماية رضى المتعاقد الضعيف. مما يثير التساؤل حول مدى فاعلية دور جمعيات حماية المستهلك في تلقي الشكاوى ومتابعتها في حماية التراضي في عقود الإذعان؟

لقد منح قرار مجلس الوزراء جمعيات حماية المستهلك صلاحية تلقي شكاوى المستهلكين والتحقق منها والنظر فيها ومتابعتها مع أي جهة حكومية أو غير حكومية ذات علاقة بحماية المستهلك والعمل على إزالة أسبابها أو رفعها للدائرة المختصة، بالإضافة إلى الإسهام في تسوية المنازعات الناتجة عن استهلاك السلع والخدمات، ومعاونة المستهلكين اللذين وقع عليهم الضرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة، في تقديم الشكاوي للجهات المختصة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم. وحقيقة الأمر إن الدور المناط بجمعيات حماية المستهلك في تلقي الشكاوى ومتابعتها ورفعها للجهات المختصة هو دور هام لحماية المتعاقد الضعيف في عقود الإذعان، إلا أن هذا الدور يمر بعدد من المراحل التي تؤدي في النهاية إلى تجريد هذا الدور من أية قيمة عملية في مجال حماية المستهلك، حيث تقوم جمعيات حماية المستهلك بالنظر بالشكاوى ورفعها إلى لجنة ممثلي جمعيات حماية المستهلك المشكلة وفق نص المادة 7 من قرار مجلس الوزراء رقم 26 للعام 2010، وتقوم الأخرى بدورها برفع هذه الشكاوى إلى الإدارة العامة لحماية المستهلك في وزارة الاقتصاد الوطني للتحقق من هذه الشكاوى، والتي تقوم برفعها إلى

مجلس حماية المستهلك ليصدر توصياته غير الملزمة بشأنها إلى وزير الاقتصاد الوطني أو الوزارة المختصة.

ونظراً لطبيعة العقود المعاصرة وما تتطلبه من سرعة في إبرامها ولحاجة المتعاقد للسلعة أو الخدمة محل هذه العقود، يبقى دور حماية المتعاقد الضعيف من خلال الشكاوى دوراً محدوداً في مجال ضمان الأضرار التي قد تحصل للمستهلك جراء استخدام الخدمة أو السلعة.

مما يتبين قصور الدور المناط بجمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك والدفاع عن حقوقه في إطار عقود الإذعان وفقاً للنصوص القانونية الناظمة لهذا الدور، حيث كان الأجر على المشرع الفلسطيني منح جمعيات حماية المستهلك دوراً فاعلاً من خلال منحها الاستقلالية اللازمة بحيث يمكنها أن تلعب دوراً فاعلاً من خلال الدعوة إلى مقاطعة المنتجات للشركات التي تفرض شروطاً تعسفية بحق المتعاقد الضعيف، وتفعيل دور الإعلام في التسليط على الاختلال في التوازن العقدي في العقود الصادرة عنها، مما يساهم في خلق حالة ضاغطة على الشركات والمحترفين، ومراجعة الشروط المجحفة بحق المستهلك الضعيف، بالإضافة إلى حث المشرع على ضرورة التدخل لوضع نصوص قانونية عادلة، وحث الجهات الرقابية ذات العلاقة.

إلا أن القصور الذي يلحق بدور جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية لا يقتصر على نقص في الأساليب المتاحة بموجب التشريعات الناظمة لعملها، بل يمتد ليشمل ضعف الموارد المالية لجمعيات حماية المستهلك وضعف الكوادر الفنية اللازمة لمواجهة منظومة الإذعان.

ثانياً: إقامة الدعاوى والانضمام إليها

أجاز قرار مجلس الوزراء رقم 23 لسنة 2010 لجمعيات حماية المستهلك الانضمام إلى الدعوى المقامة من المستهلك ضد مسبب الضرر أو بشكل مستقل، حيث تنص المادة 15 منه على: "يجوز لجمعيات حماية المستهلك الانضمام إلى الدعوى المقامة من المستهلك ضد مسبب الضرر، كما لها الحق

بإقامة الدعوى بشكل مستقل، بناءً على طلبه، وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية المعمول به".

وبالنظر إلى نص المادة السابقة يتبين بأن قرار مجلس الوزراء قد أجاز لجمعيات حماية المستهلك الإنضمام إلى الدعاوى المقامة أمام المحاكم المدنية لا الجزائية، حيث حدد صلاحية إقامة الدعوى أو الانضمام إليها وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فقط.

ويثور التساؤل حول مدى فاعلية منح جمعيات حماية المستهلك صلاحية إقامة الدعوى أو الإنضمام إليها في حماية التراضي في عقود الإذعان؟

بداية فإن منح المشرع الفلسطيني لجمعيات حماية المستهلك صلاحية إقامة الدعاوى هو أمر محمود، وذلك لما يلعبه هذا الدور من تشجيع للمستهلكين على إقامة الدعاوى على الطرف القوي من خلال جمعيات متخصصة في حماية المستهلك، ويزيل عقبات التخوف من إقامة الدعاوى على المحترفين.

إلا أن هذا النص القانوني غير كافٍ لحماية تراضي الطرف المذعن وإزالة الشروط العسفية وذلك لعدة أسباب، أهمها أنه استلزم وجود ضرر ألمّ بالمستهلك، وإن طبيعة عقود الإذعان التي ترتب عدم وجود تكافؤ بين الحقوق والالتزامات لا يعد ضرراً وفقاً للمفهوم القانوني.

هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يحدد قرار مجلس الوزراء آلية إقامة الدعوى هل تتم بناء على وكالة من الطرف المتضرر، أو بموجب أحكام حوالة الحق؟ وهل يجب أن تحصل جمعيات حماية المستهلك على توقيع جميع المستهلكين، أو تتطلب تحديد جميع المتضررين مثل دعوى التمثيل الزوجية الفرنسية؟

حقيقة الأمر فإن القانون قد منح لجمعيات حماية المستهلك رخصة مباشرة في إقامة الدعوى، بحيث لا يستلزم تقديم وكالة عن الطرف المتضرر، إلا أنه قد حدد الدعاوى التي تقام إزاء مسبب الضرر، مما يجعل الدعاوى الواجب إقامتها تستند لقانون المخالفات المدنية المعمول به في فلسطين²⁷²، الأمر الذي يستلزم وجود خطأ من قبل المتعاقد أدى إلى ضرر وعلاقة سببية ما بين الفعل والضرر.

²⁷² قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، المنشور على العدد رقم 1380 من الجريدة الرسمية للانتداب البريطاني، بتاريخ 1944/12/28، ص.149.

مما يجعل دور جمعيات حماية المستهلك قاصراً عن حماية التراضي في عقود الإذعان، مما يستلزم من المشرع القيام بإدخال تعديلات جوهرية على التشريع الناظم لعمل هذه الجمعيات، وذلك من خلال منحها استقلالاً في الأدوار والأساليب التي تستخدمها، والعمل على تفعيل الدور التنقيفي بناء على تزويد جمعيات حماية المستهلك بالخبرات اللازمة في مجال الشروط التعسفية، بالإضافة إلى ضرورة الحد من المغالاة الواضحة على سير شكاوى المواطنين.

كما يستلزم الأمر إدخال أساليب ضاغطة جديدة من خلال تفعيل أسلوب المقاطعة للشركات التي تفرض شروطاً تعسفية والدعاية المضادة، لما لهذه الأساليب من دور فاعل في التأثير على الطرف الموجب، بالإضافة إلى إدخال نص صريح يقضي بحق الطرف الضعيف وجمعيات حماية المستهلك في إقامة دعوى إزالة الشروط التعسفية.

الخاتمة

يتبين من خلال دراستنا للتراضي في عقود الإذعان، بأن التراضي في هذه الطائفة من العقود يعد قاصراً عن حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان، حيث تطرقت هذه الدراسة إلى بيان أوجه قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي في عقود الإذعان، فقد أصبح التراضي ينصب في قالب العقود النمطية التي تعد مسبقاً، لتشتمل على شروط معدة مسبقاً، وهي غالباً ما تكون معدة لمصلحة الطرف الأقوى في العقد.

وقد أصبح التراضي قاصراً عن التعبير عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، والتي تتبين من خلال احتكار الموجب لصناعة العقد من خلال عقود نمطية ناتجة عن تفوقه الاقتصادي والمعرفي، ومن خلال تسليم القابل لشروط العقد غير القابلة للمساومة.

ويتحدد قصور التراضي عن حماية التوازن العقدي من خلال فرض الموجب لشروط تعسفية من خلال منظومة التراضي التقليدية والتي صممت لحماية المتعاقدين، مما جعلها تتهاوى أمام سطوة المال واحتكار العقد، حيث أفلحت عقود الإذعان في أن تنجو من قواعد صحة الرضا، لتجعل من التراضي في عقود الإذعان تطبيق واستثناء لمبدأ سلطان الإرادة في آن واحد، فأصبح التراضي في منظومة العقد الحديثة يتمثل في مفهوم الحاجة.

حيث أثبت الواقع العملي عدم توافر التساوي بين طرفي العلاقة التعاقدية في ظل عقود الإذعان، كما أن الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للرابطة العقدية لا تعنيان بالضرورة أن إرادة الطرفين مستقلة ولها سلطان، حيث ينتج عن التراضي في عقود الإذعان غياب التطابق ما بين الإرادتين بشأن العقد، وذلك بسبب صعوبة التفاوض في هذا النوع من العقود، بحيث تكون الحقوق والالتزامات التي تترتب على كل طرف من أطراف العقد غير متعادلة.

وقد اتسعت رقعة عقود الإذعان وما تتضمنها من شروط، حيث أصبح بمثابة ظاهرة عالمية دفعت التشريعات المختلفة إلى العمل على إيجاد الأنظمة التي تعمل على حماية التراضي في عقود الإذعان وتحقيق التوازن العقدي، ولا تقتصر سبل حماية التراضي على التشريع والقضاء، بل كان لزاماً على المجتمعات المعاصرة أن تنشئ هيئات إدارية وهيئات مستقلة، تعمل على حماية التراضي في العقد وتحقيق التوازن العقدي، حيث أن تحقيق التوازن العقدي كفيل أن يحقق التوازن الاقتصادي والاجتماعي في الدول المعاصرة.

وقد هذه الدراسة تتطرق إلى واقعنا الفلسطيني، لنقارن بين ما يتم تطبيقه من قرارات القضاء في سبيل حماية التراضي ومدى الحاجة إلى وجود منظومة قانونية تهدف لحماية منظومة العقد.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج، حيث نستعرضها فيما يلي:

أولاً: النتائج.

1. يقف نظام التراضي قاصراً عن حماية التوازن العقدي نظراً لاحتكار الموجب لصناعة العقد وتسليم القابل لشروط الموجب غير قابلة للنقاش، نظراً لما يتمتع به الموجب من تفوق اقتصادي و/أو معرفي على الطرف القابل، مما يستلزم وجود نظام خاص لحماية التراضي في عقود الإذعان، وذلك من خلال وضع التزامات إجبارية على الطرف الموجب تتمثل في الإعلام والتبصير والالتزام بحسن النية أثناء مرحلة إنشاء العقد.

2. قصور القواعد التشريعية المطبقة في فلسطين في توفير حماية قانونية للطرف المذعن، وذلك نظراً للاعتبارات التي ألمت بظروف وضع التشريعات، فالعديد من التشريعات تفتقر للعدالة في النصوص القانونية التي تحمي الطرف المذعن، مما يجعل التشريع أداة تعزز سطوة المال والمعرفة اتجاه الطرف المذعن.

3. قصور دور القضاء الفلسطيني عن حماية التراضي في عقود الإذعان، نظراً لعدم وجود نصوص قانونية تجعل القاضي يتدخل في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي من تلقاء نفسه، كما أن سلطة التفسير هي سلطة استثنائية يتمتع بها في مواجهة الشروط الغامضة وهي شروط قليلة نظراً لما يتمتع به الطرف الموجب من خبرة فنية في مجال صناعة العقد والإلمام بشروطه، مما أدى إلى تضارب قرارات المحاكم الفلسطينية اتجاه عقود الإذعان وتحديد مفهوم الشروط التعسفية.

4. قصور دور المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك عن حماية التراضي في عقود الإذعان، حيث أن السلطة الممنوحة له اتجاه الشروط التعسفية هي سلطة جوازية، وما ينتج عنه من قرارات في هذا الشأن هي توصيات غير ملزمة لوزير الاقتصاد أو الجهة مصدرة العقود.

5. قصور دور الهيئات المتخصصة المنشأة بموجب التشريع عن حماية التراضي وإعادة التوازن العقدي لعقود الإذعان، وذلك لوجود خلل في التشريعات المنشأة لها، والتي لم تمنحها دوراً فاعلاً في حماية التراضي من خلال مراجعة النماذج العقدية والوقوف على عدالة الشروط الواردة فيها، بالإضافة إلى افتقار هذه الجهات لكوادر ذات خبرات فنية كافية فيما يتعلق بالشروط التعسفية ودورها

في تحقيق التوازن العقدي، حيث أصبحت هذه الهيئات تُشرع الشروط التعسفية من خلال قرارات ملزمة.

6. قصور دور جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية عن حماية التراضي في عقود الإذعان، نظراً لعدم وجود أساليب حماية حقيقية ضمن المهام المحددة، كما أن دورها من خلال الانضمام إلى الدعاوى المقامة من المستهلك أو من خلال إقامة الدعاوى بدلاً من المستهلك، تستوجب وجود ضرر ناتج عن خطأ أو إهمال من الجهة مصدرة العقود ولا يمكن تفعيلها في مجال حماية التراضي.

ثانياً: التوصيات.

1. لا يمكن الانطلاق في سرد التوصيات إلا من خلال التأكيد على ضرورة، وجود قانون مدني فلسطيني موحد في شقي الوطن يعمل على تبني النظرية الحديثة في عقود الإذعان، حتى يستطيع المتعاقد أن يستفيد من الآليات المتميزة لحماية التراضي في عقود الإذعان في جميع أشكال التعاقد التي لا تقبل المساومة والنقاش ضمن شروط عقود معدة مسبقاً وتحتوي على شروط تعسفية تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، ومن خلال النص على إلتزامات إجبارية بالإعلام والتبصير والالتزام بالعدالة في التعاقد وتطبيق مبدأ حسن النية على إنشاء العقد، وتحديد مدة الإيجاب وعلنيته، ومنح الطرف المذعن الذي شاب إرادته عيب الاستغلال، بشكل يؤدي إلى عدم توازن الإلتزامات العقدية، أن يطب من المحكمة إنفاص إلتزاماته أو زيادة إلتزامات الطرف الآخر بشكل يعيد التوازن العقدي.
2. وجوب إعادة النظر في عدالة التشريعات المطبقة في فلسطين، وذلك من خلال وضع دور فاعل لجمعيات حماية المستهلك في مراحل وضع التشريع، وضرورة النص على قائمة بالشروط التعسفية ضمن قانون حماية المستهلك على غرار قانون حماية المستهلك الفرنسي.
3. وضع نصوص قانونية تمنح القاضي صلاحية التعرض للشروط التعسفية الواردة في العقود من تلقاء نفسه، بالإضافة إلى ضرورة وجود كوادر قضائية مدربة في مجال الشروط التعسفية وتقدير التوازن العقدي.
4. تفعيل دور المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك في مجال مراجعة الشروط التعسفية، وذلك من خلال تعديل نص المادة 23 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني، بحيث يُمنح المجلس صلاحية مراجعة

العقود النموذجية قبل طرحها للتعاقد والمصادقة عليها، على أن يكون قرار المجلس في هذا الشأن قراراً نهائياً لا يتطلب مصادقة أي من الجهات الإدارية.

5. ضرورة مراجعة آلية عمل الهيئات المتخصصة في مجال حماية التراضي في عقود الإذعان، من خلال وجوب مراجعتها للعقود النمطية التي تطرح للتعاقد والتأكد من تحقيق التوازن العقدي من خلال خبراء مختصين في مجال العقود.

6. تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية وذلك من خلال منحها حرية اختيار الأساليب الممكنة لحماية المستهلك والدفاع عن حقوقه الاقتصادية، وتفعيل دور المقاطعة والإعلان المضاد في مواجهة الجهات والشركات التي تطرح التعاقد من خلال عقود يشوبها اختلال في التوازن العقدي، بالإضافة إلى النص على دعاوى متخصصة في مجال الشروط التعسفية بحيث لا يتطلب إقامة الدعوى وجود ضرر فعلي قد لحق بالمتعاقد، حيث يكفي اختلال التوازن العقدي في اثبات وجود الضرر.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر الدينية:

- القرآن الكريم.

ثانياً: القواعد والاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا"، 1980، دخلت حيز التنفيذ كمعاهدة متعددة الاطراف بتاريخ 1 يناير 1988.

ثالثاً: القوانين المدنية المحلية والمقارنة:

1. مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ.
2. القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
5. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
6. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
7. القانون المدني الليبي لسنة 1954.

رابعاً: قوانين وقرارات أخرى:

1. قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000.
2. قانون هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم 13 لسنة 2004.
3. قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005.
4. قانون حماية المستهلك الفلسطيني 21 لسنة 2005.
5. قرار بقانون رقم 27 لسنة 2018 بشأن تعديل أحكام قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.
6. قرار مجلس الوزراء رقم 13 لسنة 2009 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.
7. قرار هيئة سوق رأس المال وقد نشر القرار في الجريدة الرسمية في العدد 102 الصادر بتاريخ 2013/10/22.
8. قرار هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (1) لسنة 2007م بشأن الوثيقة الموحدة لتأمينات العمال المنشور على الصفحة 153 من العدد 88 من جريدة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2010/12/15.
9. قرار بقانون رقم 13 لسنة 2009 بشأن قانون الكهرباء العام.
10. قرار رقم (9) لعام 2010م ، بنظام أسس الترخيص لشركات الكهرباء، المنشور في العدد 88 من جريدة الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2010/12/15.
11. تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006م بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية، المنشور على الصفحة 161 من العدد 68 من جريدة الوقائع الفلسطينية، الصادر بتاريخ 2007/3/7.

خامساً: مشاريع القوانين:

- المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، عام 2003.

سادساً: الكتب والمراجع:

1. إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط: ط.4، مكتبة الشروق الدولية، مصر 2004، ص. 1662.
2. إبراهيم سيد أحمد: عقود الإذعان فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010.
3. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبدالسلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1979م.
4. أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دارالحديث، القاهرة 2003.
5. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مطبعة عباد الرحمن، مصر 2006.
6. أحمد ظاهر: مجموعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمتي التمييز الأردنية والنقض الفلسطينية في مجلة الأحكام العدلية، ج.1، دون ناشر، فلسطين 2014.
7. أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
8. أحمد محمد محمود خلف: الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.
9. اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج.1، 1968.
10. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط.1، عمان.
11. أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998.
12. أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

13. جاك غستان، المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط.2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت 2008.
14. جلال علي عدوي: الإيجاب القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية 1965.
15. جلال علي عدوي: أصول الالتزامات ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1997.
16. حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك في مصر بالمقارنة أوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ط.1، دار الفكر، مصر 1996.
17. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، 1998.
18. حسن كيره: المدخل إلى القانون، ط. الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1974.
19. حسني عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2008.
20. حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.
21. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، ط.، الدار الجامعية، مصر 2007.
22. خليل أحمد قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، عقد البيع، ط.4، جامعة الأزهر، غزة 2003.
23. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
24. سه نكه رعلي رسول: حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2016.
25. السيد نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، ط.1، دار الشروق، جدة 1982.

26. شارون ألن - بترسون و ستيفن سيلفر: تسويق التأمين ، جمعية إدارة مكتب التأمين على الحياة، الولايات المتحدة الأمريكية 2010.
27. طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012.
28. عبد الحكم فوده: تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.
29. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة: الوجيز في شرح القانون الأردني، آثار الحق الشخصي ، أحكام الالتزام، دار وائل للنشر، عمان 2006.
30. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1971.
31. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الإلتزام، ج. 1، دون طبعة ، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952.
32. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب على الحياة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط.1، الإسكندرية.
33. عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
34. عبد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012.
35. عبد المنعم أحمد خليفة: الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015
36. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

37. عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، 1994، بدون طبعة.
38. عدنان إبراهيم السرحان وآخرون: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.4، 2009.
39. عصمت عبد المجيد بكر: نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت 2015.
40. علاء الدين الزعتري: فقه المعاملات المالية المقارن، صياغة جديدة وأمثلة معاصرة، ط.1. دار العصر، دمشق 2007.
41. علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج.1، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض 2003.
42. علي محيي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية. بيروت 2008.
43. علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط. 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.
44. عمر عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، مصر، منشأة دار المعارف، الإسكندرية 2004.
45. نصري عواد: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف برام الله في الدعاوى الحقوقية لعام 1987، ج.1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله 1999.
46. نصري عواد: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف برام الله في الدعاوى الحقوقية لعام 1987، دار الشروق للنشر والتوزيع، ج.2، رام الله 2000.
47. محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006.
48. محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان 2011.

49. محمد وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1979.
50. موسى سلمان أبو ملح: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، جامعة الأزهر، غزة 2003.
51. موسى سلمان أبو ملح: المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، ط. 1، جامعة الأزهر، غزة 2001 .
52. موسى أبو ملح، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، ط.1، جامعة الأزهر، غزة 2002 - 2003.
53. موسى الصياد وآخرون : شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني وتطبيقاته العملية، دون ناشر، فلسطين 2015.
54. نائل عبد الرحمن صالح: حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط.1، مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، الأردن 1991.
55. نزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الاتفاق، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط.1، الولايات المتحدة الأمريكية 1993م.
56. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1 ، بيروت 2014.

سابعاً: رسائل علمية:

أ. دكتوراه

- عبد المنعم فرج الصدة: رسالة دكتوراه بعنوان في عقود الإذعان في القانون المصري، جامعة القاهرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر. 1946.

ب. ماجستير

1. أجدود أزواو وأيت موهوب نونور: دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017.
2. بوفلجة عبد الرحمان: رسالة ماجستير بعنوان دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.
3. دعاء طارق البشتاوي: رسالة ماجستير بعنوان عقد الفرشايذ وآثاره، مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008.
4. روزان طالب محمود السويطي: رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، جامعة القدس ، فلسطين 2018.
5. عامر رحمون ، رسالة ماجستير بعنوان عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة، عام 2012.
6. عشب بن محفوظ بن حامد، رسالة بعنوان "عقد الإذعان في القاتون المدني الجزائري والمقارن"، جامعة الجزائر، 1984.
7. عرعارة عسالي: أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص بعنوان التوازن العقدي عند نشأة العقد، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
8. سهى نمر الشنطي: رسالة ماجستير بعنوان التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008.
9. صلاح علي إبراهيم: رسالة ماجستير بعنوان السبب والمقابل وأثره في العقود، جامعة الخرطوم ، السودان، 2002.

10. لخضر حليس: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2016.
11. ماني عبد الحق: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية بعنوان حق المستهلك في الإعلام، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2008 .
12. مريم بوحظيش وإبتسام عمارة: رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، العام الدراسي 2015-2016.
13. منال جهاد خلة: رسالة ماجستير بعنوان أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008.

ثامناً: الأبحاث ومقالات:

1. أحمد فوزي أبو عقيلين: بحث بعنوان عوارض الأهلية دراسة موازنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري، والمنشور على الموقع الإلكتروني <http://www.gp.gov.ps/>، تاريخ الزيارة 2019/4/6 الساعة 21:30.
2. باسم مكحول وآخرون: مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله 2004.
3. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي: مقال بعنوان اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ع. 26، بغداد 2011.
4. عادل بسيوني: مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة 1976.
5. رياحي أحمد: مقال بعنوان أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد 5.

6. نغم حنا رؤوف: بحث بعنوان العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 6، حزيران 2006، والمنشور على الموقع الإلكتروني <https://www.iasi.net/>، تاريخ الزيارة 201/3/29، الساعة 17:20.
7. يزيد أنيس نصير: بحث بعنوان الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس عشر، يناير 2002.

تاسعاً: مواقع على شبكة الإنترنت:

1. عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي،
تاريخ الزيارة <http://sieges.com/forum/showthresd.php?t=2140>،
12:30.
2. <https://lawsmaster.blogspot.com/>، تاريخ الزيارة 2018/11/21، الساعة 8:14 مساءً.
3. <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الزيارة 2018/11/24، الساعة 8:32 مساءً.
4. مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية: مقال بعنوان الإيجاب في عقد الإذعان، العدد الأول، سنة 2014، العدد السادس، ص. 382. والمنشور على الموقع الإلكتروني www.mouhakiq.com/numbers.aspx?articles=14 تاريخ الزيارة 2018/3/12 الساعة 15:56
5. جان سمتس وكارولان كالوم : مقال مترجم إلى اللغة العربية بعنوان الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة نبيل مهدي زوين، والمنشور على الموقع الإلكتروني <http://jilrc.com> تاريخ الزيارة 2019/4/12 الساعة 2:15.

6. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: انظر الموقع الالكتروني

، تاريخ الدخول <http://law.uobabylon.edu.iq/lecture.aspx?fid=7&lcid=23411>

2018/11/30 ساعة الدخول 9:08 مساءً.

7. معجم المعاني الجامع، انظر الموقع الإلكتروني

، تاريخ الزيارة 2018/9/24 الساعة <https://www.almaany.com/ar/dict/ar>

.22:07

8. رجوان كمال: مقال بعنوان مستجدات القانون المدني الفرنسي ، على الموقع الإلكتروني

، تاريخ الزيارة 2019/3/20 الساعة 8:30. www.9anonak.blogspot.com

فهرس المحتويات

Contents

الإهداء.....	د
إقرار.....	أ
شكر وتقدير.....	ب
الملخص.....	ج
Abstract.....	هـ
المقدمة.....	1
أهمية الدراسة.....	8
الفصل الأول.....	12
قصور التراضي عن تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان.....	12
الفرع الثاني: تفوق الموجب الاقتصادي والمعرفي.....	21
المطلب الثاني.....	26
إذعان القابل لشروط العقد.....	26
الفرع الأول: التسليم بالشروط المعدة مسبقاً.....	27
الفرع الثاني: احتكار الموجب لرفض القبول في عقود الإذعان.....	32
المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي نتيجة فرض الشروط التعسفية.....	37
الفرع الثاني: أنواع الشروط التعسفية.....	45
المطلب الثاني.....	50
اختلال نظام حماية التراضي.....	50
الفرع الأول: قصور شروط التراضي وصحته.....	50
الفرع الثاني.....	56
قصور نظريات ممارسة الحق عن حماية التراضي.....	56

61	الفصل الثاني
61	وجوب حماية الترااضي في عقود الإذعان
64	المطلب الأول
64	فرض التزامات إجبارية على الموجب
65	الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام والتبصير
72	الفرع الثاني: فرض التزامات تتعلق بمدة الإيجاب وعلنيته
- 77 -	المطلب الثاني
- 77 -	دور التشريع في حظر الشروط التعسفية
- 78 -	الفرع الأول: القواعد الأمرة
- 82 -	الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية
- 80 -	المطلب الأول: الحماية القضائية للترااضي في عقود الإذعان
- 82 -	الفرع الأول: صلاحية القاضي في إلغاء وتعديل الشروط التعسفية
- 86 -	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة
- 93 -	المطلب الثاني
- 93 -	السبل المؤسساتية لحماية الترااضي في عقود الإذعان
- 93 -	الفرع الأول: السبل الإدارية في مواجهة الشروط التعسفية
- 98 -	الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في حماية الترااضي
- 104 -	الخاتمة
- 108 -	قائمة المصادر والمراجع