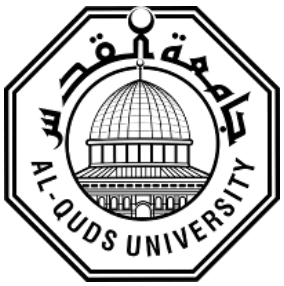
عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس



اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

نور الدين طارق توفيق رجبي

رسالة ماجستير

القدس– فلسطين

1441هـ/2020م

اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

إعداد:

نور الدين طارق توفيق رجبي

بكالوريوس فقه وقانون – جامعة الخليل – فلسطين

المشرف: د. أسامة سلعوس

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون

الخاص/عمادة الدراسات العليا/كلية الحقوق/جامعة القدس

1441هـ/2020م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج :القانون الخاص

إجازة الرسالة

اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

اسم الطالب: نور الدين طارق توفيق رجبي

الرقم الجامعي: 21612500

إشراف: د.أسامة سلعوس

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 25 / 01 /2020م من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

1- رئيس لجنة المناقة: د. اسامه سلعوس التوقيع :

2- ممتحنا داخليا: د. محمد خلف التوقيع

3- ممتحنا خارجيا: د. علاء خلايله التوقيع :

القدس – فلسطين

1441هـ/2020م

الاهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)[1]

الاهداء

انني إذ بلغت تتمة هذه الدراسة، فإنني أهدي هذا الاسهام المعرفي إلى مدينة الخليل التي تشكل لبوس وطننا الأم وحصنه وسناده.

إلى القدس عاصمة الدولة الفلسطينية المستقلة منتهى الحلم وبداية المستقبل.

إلى العقول العربية العظيمة التي خنقها الفقر والفساد أو قضت نحبها لأنها أجلّ وأكبر من الحياة.

إلى كل من آمن أن المقاومة الحقيقية هي العمل على مواكبة مسيرة الحضارة الإنسانية وكل من آمن بأن الإنسان أخو الإنسان دون أي معايير أو اعتبارات.

إلى شباب هذه البلاد الذين يصنعون من الحلم حقيقة واقعة ويستعيرون المستقبل من الغيب بالعلم والعمل.

إلى أمي امتداد المحبة لله والأرض.

إلى أبي الذي لا يحسن طيّ راحتيه.

إلى إخواني وأختيّ درة العمر ورفاق التجارب.

إلى الأصدقاء الذين يسدّون ثغر الروح ويتممون نقص النفس ويمنحون للمجتمع المعنى والغائية.

نور الدين طارق توفيق رجبي

إقرار:

أقر أنا معدّ الرسالة بأنها قدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة، أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

التوقيع:.....

الاسم : **نور الدين طارق توفيق رجبي**

التاريخ : 2020/01/25م

شكر و تقدير

مما لا بد منه بعد أن بلغت هذه الدراسة تتمتها أن أتقدم بوافر الشكر والعرفان لكل من ساهم في إنجاز هذه الدراسة ولم يدخر وسعا في أن يكون هذا العمل مستحقا لأن يكون جزءا من التراكم المعرفي الإنساني في العلوم القانونية .

وأذكر بالشكر والثناء

جامعة القدس أبو ديس التي ما زالت بارقة علمية وحضارية في جبهة عاصمة الدولة الفلسطينية المستقلة، كذلك أتقدم بالشكر الجزيل إلى **الدكتور اسامة سلعوس** الذي لم يأل جهدا في تصويب مسارات هذه الدراسة إلى أن خرجت بشكلها الحالي وما أبداه من حسن المتابعة لمراحل هذا البحث العلمي.

والشكر موصول للموقنين أن الحرية وبناء الدولة لا يقوم إلا على أركان العلم والمعرفة لنكون جزءا أصيلا من مسيرة الحضارة الإنسانية التي تتطور يوما بعد يوم، وصفحات ناصعة في سجل تاريخ الوجود الإنساني.

الملخص

إن موضوع اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يعدّ من أهم المواضيع وأخطرها؛ لما في ذلك من آثار سلبية على حرية التعاقد، حيث أصبح الطرف الضعيف في التعاقد تحت رحمة الطرف القوي وسطوته، وإن نطاق الشروط التعسفية لم يعد قاصراً على عقد الإذعان فقط، بل امتدّ أثرها إلى كافة العقود رضائية كانت أم شكلية، وهذا يؤدي إلى اختلال صارخ للتوازن العقدي بين المتعاقدين؛ لذلك كانت الحاجة إلى ضمانات تحقق حماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية؛ وذلك من أجل تحقيق الأمان للطرف الضعيف، وتحقيق الائتمان للطرف القوي في الرابطة العقدية.

وقد تضمنت هذه الدراسة الحديث عن ماهية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، والضمانات القانونية للحماية من الشروط التعسفية، وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها: إن الشرط التعسفي هو شرط صحيح وغير محصور وغير محدد بنص معين كما أن القوانين المدنية لم تتطرق لتعريفه، كما أن نظرية الإذعان قاصرة عن توفير الحماية للطرف الضعيف في ظل عقود الاستهلاك والعقود الحديثة، وإن النظريات التقليدية العامة الواردة في القانون المدني لا تشكل حماية قانونية فاعلة ومستقلة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف في ظل الشروط التعسفية، كما أنه لا يجوز لقاضي الموضوع التدخل لإعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد دون سند قانوني، وإن المشرع الفلسطيني قد عالج ظاهرة الشروط التعسفية من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة (23) منه، إلا أنه إلى يومنا هذا لم ينجز ما أقرته المادة سابقة الذكر.

وعلى ضوء نتائج الدراسة قدمت بعض التوصيات أهمها: ضرورة سن أحكام خاصة تعالج مسألة الشروط التعسفية دون الاكتفاء بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني مع مراعاة مصالح كل

من الطرف الضعيف والطرف القوي دون الإجحاف بحق أي طرف منهما، وضرورة منح قاضي الموضوع صلاحيات موسعة للبحث في الشروط التعسفية الواردة في العقود، والعمل على إيجاد أجهزة متخصصة ووسائل فاعلة ضمن قانون حماية المستهلك تضمن الحد من ظاهرة الشروط التعسفية.

Contractual imbalance resulting from arbitrary terms and conditions

Executive Summary

Prepared By: Nouraldin Tareq Tawfik Ragabi

Supervisor: Dr. .Osama mohammed salous

Abstract:

The subject of the contractual imbalance resulting from arbitrary terms and conditions is one of the most crucial and essential arguments in law, because of the negative impact it has on the freedom of contracting, where the weak party in the contract is rendered at the mercy of the more powerful party, and as the scope of arbitrary conditions is no longer limited to the contract of acquiescence, but has also extended to all contracts; consensual or formal, resulting in a glaring imbalance between contractors.

This study included an elaboration on the definition of contractual imbalance resulting from arbitrary conditions, and the legal guarantees to protect against arbitrary conditions. The study has reached several conclusions, the most notable of which is: the arbitrary condition is a valid condition and is not limited and not specified by a specific text, and the civil laws did not address the theory of submission, also limited to providing protection to the vulnerable under modern contracts. The general traditional theories contained in civil law do not constitute effective and independent legal protection to achieve the contractual balance between the parties under arbitrary conditions, nor is it permissible that the judge may intervene to restore the contractual balance between the parties to the contract without legal basis. The Palestinian legislator has addressed the phenomenon of arbitrary conditions through the Palestinian Consumer Protection Act in article (23), yet, to date, it has not fulfilled what was approved by the above article.

In the light of the study results, some recommendations were made, the most important of which were: the need to enact special provisions that address the issue of arbitrary conditions without being satisfied with the general rules contained in the Civil

Law, taking into account the interests of both the weak and the more powerful party without prejudice to either of them, as well as the need to grant the trial judge expanded powers to Urge in the arbitrary conditions contained in the contracts, and work to find specialized actors and effective means within the Consumer Protection Act to ensure the reduction of the phenomenon of arbitrary conditions.

الفهرس

Contents

الاهداء .....

اقرار ..... **خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

شكر و تقدير .....ب

الملخص ..... ج

Abstract: .....ه

الفهرس .....ز

المقدمة ..... ط

أهمية الدراسة..... ي

الفصل الأول.....1

ماهية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية 1

المبحث الأول: ماهية اختلال التوازن العقدي.....3

المطلب الأول: العوامل التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي 4

الفرع الأول: الشرط التعسفي المتعلق بتكوين العقد.....4

الفرع الثاني: الشرط التعسفي المتعلق بتنفيذ العقد.....5

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة.....6

المطلب الثاني: خصائص اختلال التوازن العقدي 9

الفرع الأول: مزايا المحترف لإحداث اختلال في التوازن العقدي.....9

الفرع الثاني: النفوذ الاقتصادي للمحترف والتعسف في استعماله. 11

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية 14

المطلب الأول: التعريف بالشرط التعسفي وتمييزه عن غيره من النظم الأخرى 14

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي.....15

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي 22

المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية وخصائصها 28

الفرع الأول: أنواع الشروط التعسفية 29
الفرع الثاني: خصائص الشرط التعسفي.....32
الفصل الثاني.....34
الضمانات القانونية اللازمة لتحقيق التوازن العقدي 34
المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من خلال القواعد العامة في القانون المدني.....35
المطلب الأول: مدى فاعلية القواعد العامة في حماية الطرف الضعيف في العقد 35
الفرع الأول: غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن العقدي في مواجهة الشروط التعسفية.....36
الفرع الثاني: عجز نظرية عيوب الإرادة عن مواجهة الشروط التعسفية.....41
المطلب الثاني: الحماية القانونية الخاصة بعقود الإذعان.....48
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.....48
الفرع الثاني: الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد الإذعان.....56
المبحث الثاني: دور القضاء والتشريعات الخاصة في تحقيق التوازن العقدي 61
المطلب الأول: دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي 62
الفرع الأول: الحلول التي توصل إليها القضاء في غياب النصوص التشريعية.....62
الفرع الثاني: الحماية بواسطة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي 66
المطلب الثاني: دور التشريعات الخاصة في تحقيق التوازن العقدي 69
الفرع الأول: تحقيق التوازن العقدي من خلال التشريعات الخاصة بعقد التأمين 70
الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي من خلال التشريعات الخاصة بحماية المستهلك 72
الخاتمة.....76
المصادر والمراجع 80

المقدمة

إن العقود المدنية من أهم الأنظمة القانونية وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، حيث أن الشخص يبرم عدة عقود في اليوم الواحد، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يحدث أثره في المعقود عليه، ويترتب التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر، وإن الأصل هو حرية التعاقد، فمن حق كل طرف في العملية التعاقدية أن يناقش شروط العقد الذي يقدم عليه وأن تتحقق المساواة بين كلا الطرفين في مناقشة شروط العقد وتحديد آثاره،[1] واقتضت طبيعة الحياة الاقتصادية المعاصرة والمعقدة، تعاظم دور المؤسسات الحكومية والخاصة على اختلاف نشاطاتها، حيث أصبحت الشخصيات المعنوية والاعتبارية للشركات وللمؤسسات دوراً كبيراً في إتمام معظم الأعمال التجارية، وطرفاً مهماً له إرادة كاملة في إبرام العقود مع الأفراد الطبيعيين والشخصيات الاعتبارية الأخرى، والأصل في العقود التي تبرم في صورتها التقليدية أن تبرم على أساس المساومة التي تفترض مناقشة شروط العقد بحرية، ولكن نتيجة للتطورات الاقتصادية الحديثة، والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين، أصبح الموجب ينفرد بوضع شروط العقد، ولا يقبل المناقشة والمساومة فيها.[2]

وقد ترتب على قيام المرافق التي تؤدي في أغلب الأحيان خدمات ضرورية وهامة لجمهور المستهلكين إنشاء احتكار لهذه الخدمات الماء والكهرباء والبترول، مما جعل أصحاب هذه المرافق والشركات يفرضون ما يشاؤون من شروط على المستهلكين، ونتيجة لضرورة تلك السلع لجمهور المستهلكين؛ تجعلهم يسلمون بكافة الشروط الواردة في التعاقد، وبالتالي جعل هؤلاء المستهلكين في مراكز قانونية ضعيفة في التعاقد، وذلك بفعل عدم مقدرتهم على تعديل شروط العقد، كما ننوه أن

[1] أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2011م، ص46-47.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص136.

المحتكر في مرحلة ما في عقود الإذعان ليس له غلبة على غيره لأنه هو أيضا خاضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، فهي تضطره وتملي عليه شروط العقد وليس هو الذي يملي شروط العقد على الطرف الآخر حقيقة، بل قد يكون المحتكر أضعف من المستهلكين كما يحصل عند اجتماع كلمتهم على محاربته، حيث أن المشتري في مرحلة ما قد يستغل حاجة البائع ويفرض عليه ما يشاء من الشروط؛ وبالتالي وجد ما يعرف باختلال التوازن العقدي، وإن الحماية القانونية يجب أن تكون للطرف الضعيف المذعن دائناً كان أم مديناً، سواء بتحقيق الأمان والاطمئنان للطرف الضعيف، أو بتحقيق الائتمان لدى الطرف القوي في الرابطة العقدية، أي أنه يجب مراعاة مصالح كل من الطرف الضعيف والطرف القوي (المستهلك والمنتج المحترف) دون الإجحاف بحق أي طرف منهما.

وقد جاءت التشريعات المعاصرة لتحمي الطرف الضعيف في التعاقد؛ حيث أجازت للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها، وجعلت كذلك العبارات الغامضة الواردة في العقد تفسر لمصلحة الطرف الضعيف دائناً كان أم مديناً، وكذلك ابتدعت هذه التشريعات وسائل حديثة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية من خلال سن قوانين لحماية المستهلك، كل ذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف.

أهمية الدراسة

من المعلوم أنه لم تعد الشروط التعسفية مقتصرة فقط على عقود الإذعان، بل قد امتدت آثار هذه الشروط إلى كافة العقود التي تبرم بين الأطراف، وهذا أمر من الخطورة بمكان؛ لما فيه من أثر كبير في اختلال التوازن العقدي الذي يؤدي إلى تفاوت كبير بين المتعاقدين من حيث مراكزهم القانونية، حيث أن الطرف القوي يفرض ما يشاء من شروط تعسفية على الطرف الضعيف استغلالاً لمركزه الاقتصادي القوي أو استغلالاً لحاجة المستهلك الشديدة لتلك السلع؛ لذلك ظهرت الحاجة إلى

إيجاد الوسائل والآليات التي تستهدف حماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية، وذلك من خلال استحداث نظم قانونية خاصة بحماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين في جميع مراحل العقد.

إشكالية الدراسة

نظراً لتطور الحياة وتعقيداتها في شتى المجالات، والتي سمحت بتفرد أحد أطراف العقد بإعداد وصياغة العقد سلفاً دون أن يكون هنالك أي تفاوض أو مناقشة من قبل الطرف الآخر، كما هو الحال في عقود الإذعان، وحيث أن الشروط التعسفية قد امتدت لكثير من التصرفات القانونية التي يبرمها الأطراف فيما بينهم؛ الأمر الذي أدى إلى اختلال صارخ للتوازن العقدي بين المتعاقدين، وهذا ما دفعنا إلى أن نثير التساؤل الرئيس التالي:

- ما مدى فعالية الحماية من الشروط التعسفية المقررة للطرف الضعيف في العقد، ومدى توفق المشرع في توفير قواعد تشريعية لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية؟

وقد ترتب على التساؤل الرئيس السابق التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما مفهوم الشروط التعسفية، وما تأثيرها على حقوق والتزامات طرفي العقد؟
2. ما تأثير الشروط التعسفية في إقامة التوازن العقدي بين الأطراف؟
3. ما علاقة الشروط التعسفية بمبدأ سلطان الإرادة والقواعد العامة في القانون المدني؟
4. ما الآليات المعتمدة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية؟
5. ما دور القضاء في إعادة التوازن بين المتعاقدين؟

منهجية الدراسة

من أجل الوقوف على الجوانب الأساسية لهذه الدراسة والإشكاليات التي يطرحها الواقع العملي في تطبيق النصوص القانونية العامة والخاصة ضد اختلال التوازن العقدي، قد تم اتباع المنهج

الوصفي من خلال ذكر النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بها والتي وردت ضمن القوانين المدنية العربية المقابلة، وكذلك المنهج التحليلي لتتبع النصوص القانونية والأحكام القضائية لاستخلاص النتائج منها، بالإضافة إلى المقارنة بينها وبين النصوص القانونية في التشريعات العربية الأخرى، وذلك من أجل مناقشة ومعرفة وحل إشكاليات هذا البحث.

تقسيم الدراسة

لقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، الفصل الأول خصص للحديث عن ماهية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية وبيان العوامل التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي، وبيان خصائص اختلال التوازن العقدي، وكذلك الحديث عن ماهية الشروط التعسفية من حيث التعريف بالشرط التعسفي وتمييزه عن غيره من النظم الأخرى، والحديث عن أنواع الشروط التعسفية وخصائصها، أما الفصل الثاني فقد خصص للبحث في الضمانات القانونية للحماية من الشروط التعسفية، إذ سيتم التطرق للحديث عن الحماية القانونية من الشروط التعسفية في القواعد التقليدية، من حيث بيان مدى فاعلية القواعد العامة الواردة في القانون المدني في معالجة الشروط التعسفية من حيث غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين في مواجهة الشروط التعسفية ومن ثم بيان مدى عجز نظرية عيوب الإرادة عن مواجهة الشروط التعسفية، ومن ثم بيان دور القضاء والتشريعات الخاصة في الحد من الشروط التعسفية، من حيث توضيح مدى سلطة قاضي الموضوع في تفسير الشروط الواردة في العقد، ومن ثم الحديث عن حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الفلسطيني، كما سيتم التطرق للحديث عن مجالات الشروط التعسفية من حيث التركيز على عقد الإذعان من حيث بيان مفهومه وطبيعته القانونية وصوره، والحماية القانونية للطرف الضعيف فيه، وذلك وفق المخطط التالي:

الفصل الأول

ماهية اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

استقر الفكر القانوني على أن العقد عموماً؛ هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، حيث نصت المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية على أن العقد[1] هو : (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)[2]، حيث أن هذا الأثر هو ثمرة تبادل الرضا بين أطرافه، ومن الناحية العملية، لا شك أن العقد هو أداة التبادل للأموال والخدمات، وهو بهذا الوصف يعد الوسيلة المثلى لإشباع حاجات الأفراد ورغباتهم، من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة، حيث يريد كل طرف تحقيق أكبر قدر من الربح في جانبه، على اعتبار أن أطراف العقد هم أعلم الناس بمصالحهم، وما داموا متساوون أمام القانون، فإنهم يصنعون عدالة العقد بأنفسهم، هذه الأفكار وغيرها شكلت ذروة الأسس التي أقام عليها أنصار المذهب الفردي تصورهم لنظرية العقد، حيث ظهر سلطان الإرادة كمبدأ مهيمن على حياة العقد من حيث نشأته وتنفيذه، وسيطرت القواعد المنبثقة عنه على كل مفاصل العقد، فالأصل كما أسلفنا أن إرادة العاقد حرة، وتكون هذه الحرية في إمكانية خروج العاقدين على كل ما ينظمه التشريع من قواعد مكملة ومفسرة، دون القواعد القانونية الآمرة، أو القواعد

[1] عرفت المادة (1101) من المرسوم رقم (2016/131) والمؤرخ في 2016/2/10م بشأن تعديل قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات في القانون المدني الفرنسي، العقد بأنه (اتفاق إرادات بين شخصين او أكثر بهدف إنشاء، تعديل، نقل أو انقضاء التزامات).
"Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

[2] نصت المادة (87) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (2645)، بتاريخ 1976/8/1م، على انه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر). انظر كذلك نص المادة (89) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، المنشور في الوقائع المصرية، العدد (108) مكرر (أ)، بتاريخ 1948/7/29م.

المتصلة بالنظام العام، حيث أن النظام العام يعد قيداً على الحرية التعاقدية، وهذا استثناء على الأصل[1]، حيث أن الأصل كما أسلفنا هو حرية التعاقد.[2]

وكان العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية في جوهره كما أسلفنا هو عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين تبحثان وتناقشان بحرية في شروط العقد، فالمذهب التقليدي لم يكن يتصور العقد إلا متكوناً من اتفاق توصل إليه الطرفان بالتباحث المتساوي، أما في الواقع فإن هذه المساواة ممكنة ولكن حرية المناقشة نادرة وقد حدث في المذهب المذكور تطور كبير، نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تنشأ فيها، فحرية الشخص في أن يتعاقد مع غيره أو لا يتعاقد قد قيدت كثيراً لأنه يجد أمامه متعاقد آخر قوياً قد انفرد بوضع جميع شروط العقد سواء أكانت شروط تعسفية أم غيرها، وليس له إلا أن يقبل أو يرفض وهذا ما يحصل في عقود الإذعان[3]. فالمقابل للعقد لا يستطيع أن يناقش، لأنه ضعيف اقتصادياً بل عليه أن يقبله كما هو لأنه محتاج إليه في حياته اليومية وإن كان حراً من الناحية النظرية في تعاقده وعدمه، مما يؤدي ذلك إلى اختلال بالتوازن العقدي بين طرفي العقد.[4]

ولأهمية الموضوع سوف نخصص مبحثين، **المبحث الأول** لبيان ماهية اختلال التوازن العقدي، و**المبحث الثاني** لبيان ماهية الشروط التعسفية.

[1] انظر نص المادة (88) من القانون المدني الأردني.

[2] ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ط2، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2011، ص42.

[3] نصت المادة (1171) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م على أنه: (أي شرط في عقد نموذجي نشأ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعتبر كأنه غير مكتوب).
"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

[4] حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، 1980، ص82.

المبحث الأول: ماهية اختلال التوازن العقدي

إن كلمة الإختلال لغةً هي: اختل اختلالاً خل عقله، زاغ واختل الأمر، اختل توازنه وفقد توازنه[1]، والاختلال العقدي في القانون هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا، لذلك يلاحظ وجود تقارب واضح بين مركزي المتعاقد المذعن والمكره، فهما يواجهان ضغطاً عند تكوين العقد، لذا فإنهما بحاجة إلى حماية لتحقيق العدالة، ومع ذلك يتميز عقد الإذعان بجملة خصائص لا وجود لها في الإكراه كما سنوضحه لاحقاً، وحيث أن الإكراه هو أحد عيوب الإرادة ويعدم الرضا وقد عالجه القانون المدني من حيث الأصل[2]، في حين أن الاختلال في التوازن العقدي لا علاقة له بالرضا وإنما ينشأ بفعل ظروف معينة سنوضحها لاحقا[3].

وبالتالي ومن حيث الأصل يجب أن يكون هنالك توازن بين مصالح المتعاقدين استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه ومن الناحية العملية قد يحدث اختلال في التوازن العقدي استناداً لعوامل محددة، سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه أو نتيجة لحدوث ظرف طارئ لا دخل لأطراف العقد به **(المطلب الأول)**، وحيث أن ذلك يحدث نتيجة لبعض المزايا التي تتوفر للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، مما يجعله يفرض ما يشاء من شروط ولا يكون أمام الطرف الضعيف إلا أن يقبلها كلها نتيجة لحاجته الماسة إليها، كل ذلك استناداً إلى معايير محددة يستند عليها الطرف القوي لإحداث السيطرة في العقد **(المطلب الثاني)**.

---

[1] قاموس المنجد الأبجدي، ط5، دار الفنون، بيروت، ص30.

[2] عالج القانون المدني الأردني موضوع الإكراه كعيب يشوب رضاء المتعاقد في المواد (135-142)، حيث عرف الإكراه أنه: (إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً)، انظر كذلك نص المادة (127) من القانون المدني المصري، ونص المادة (948) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، 1978، ص86.

المطلب الأول: العوامل التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي

قد يكون هنالك توازن بين التزامات المتعاقدين عند إبرام العقد، إلا أن ذلك ليس كافياً وإنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة التنفيذ أيضاً فإذا تبدلت الظروف الاقتصادية التي تم في نطاقها العقد تبدلا كبيراً ترتب عليه إرهاق أحد المتعاقدين واستفاد الطرف الآخر من هذا الإرهاق، فقد زال التوازن بين التزامات الطرفين ووجب إعادة التوازن المختل بحيث نضمن بقاء المساواة بين التزامات المتعاقدين وقد يحدث الاختلال بالتوازن العقدي إما نتيجة لوجود شرط تعسفي سواء أثناء تكوين العقد(**الفرع الأول**)، أو أثناء تنفيذه (**الفرع الثاني**)، أو نتيجة لحدوث ظرف طارئ دون أي تدخل من قبل أطراف العقد وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: الشرط التعسفي المتعلق بتكوين العقد

إن هذه الحالة تظهر أثناء إدراج الشرط التعسفي عند تكوين العقد، حيث يعد هذا الشرط شرطاً تعسفياً بذاته، بغض النظر إن تم تطبيقه من قبل صاحبه على أرض الواقع أم لا، حيث لا يكون أمام الطرف الضعيف هنا إلا أن يقبل العقد كله أو يرفضه، ولكن نتيجة لحاجة الطرف الضعيف لهذه السلعة أو الخدمة الضرورية فإنه يقبل بذلك العقد رغم ما به من شروط تعسفية، وإن توقيع الطرف المذعن على العقد يعتبر من حيث الأصل قرينة على قبوله بالشروط التعسفية وذلك استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين،[1] وهذا ما نصت عليه المادة (147) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003م (العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب

[1] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص111.

التي يقررها القانون)[1]، وبالتالي لا يجوز من حيث الأصل، نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي أطرافه، ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد او لسبب من الأسباب التي يقررها القانون.[2]

الفرع الثاني: الشرط التعسفي المتعلق بتنفيذ العقد

إن حماية الطرف الضعيف يجب أن لا تنحصر أثناء تكوين العقد فقط، بل يجب ان تمتد أثناء تنفيذه أيضاً ما دامت العلاقة التعاقدية قائمة بين أطرافها، حيث من الممكن أن لا يظهر الشرط التعسفي أثناء تكوين العقد، وإنما يظهر أثناء الاستعمال أي تنفيذ العقد، ومثال ذلك شرط ضمان العيوب الخفية في بعض أجزاء المبيع ولمدة قصيرة جداً، فمثل هذا الشرط لا يظهر أثره إلا أثناء تنفيذ العقد، وقد نصت المادة (19) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م على أنه:[3] (يكون المزود مسؤولاً عن اصلاح واسترجاع المنتجات المضمونة إذا تبين أن بها عيباً خلال مدة وشروط الضمان المتفق عليها مع المستهلك...)[4] ونرى أن المشرع الفلسطيني قد جانب الصواب في عدم تحديد المدة المسموح بها لاسترجاع وتبديل السلع والخدمات فيها، وكذلك جانب الصواب في عدم توضيح شروط الضمان المتفق عليها، وإنما تركها بشكل مطلق تاركاً المجال مفتوحاً للطرف القوي لفرض ما يشاء وما يراه مناسباً مع مصلحته، وبالتالي نرى انه يجب اعتبار كافة الشروط التي تقلل من درجة مسؤولية الطرف القوي تعسفية ولاغية.

وننوه إلى أنه قد يستمر وجود الشروط التعسفية في جميع مراحل العملية التعاقدية وليس فقط عند تكوين العقد أو تنفيذه بل عند إنهائه أيضاً، ومثال ذلك الشرط التعسفي الذي يمنح الطرف القوي حق تعديل العقد أو إلغائه بإرادته المنفردة وبالتالي وفي ظل تطور المعاملات التي تبرم بين الأفراد من

---

[1] ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، (https://www.lab.pna.ps)، تاريخ الزيارة 2019/11/15م، الساعة 7 مساءً.

[2] انظر كذلك نص المادة (147) من القانون المدني المصري، والمادة (106) من القانون المدني الجزائري، والمادة (1134) من القانون المدني التونسي، نقلاً عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (63)، بتاريخ 2006/4/27م، ص29.

[4] أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر،1999م، ص99.

الناحية الاقتصادية والتقنية وما يرد على ذلك من تعقيدات، فإنه يصعب علينا حصر الشروط التعسفية في قالب عام، وإن ما يملكه الطرف القوي من خبرة عملية فنية و قوة اقتصادية وإمكانيات عالية، يجعله يفرض ما يشاء من شروط تعسفية.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطراف العقد أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن هناك استثناء على هذه القاعدة مضمونه؛ أنه وفي الحالات التي تظهر فيها حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه يصبح مرهقا للطرف المدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وعند حدوث مثل هذه الحالات، فانه يجوز للقاضي وتبعا للظروف الطارئة المستجدة وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك. وقد أخذ المشرع الأردني بنظرية الظروف الطارئة فقد نص في المادة (205) من القانون المدني على أنه: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).[1]

وبالتالي إذا طرأ بعد انعقاد العقد حوادث عامة استثنائية، لم يتوقعها المتعاقدين ساعة تعاقدهما، وليس بوسعهما دفعها، وهذه الحوادث لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وإنما ما زال بالإمكان تنفيذه، لكن يترتب على هذا التنفيذ أن يصاب المدين بالإرهاق الشديد، ويترتب على ذلك أنه يجوز للقاضي بناءً

[1] انظر كذلك نص المادة (151) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة (2/147) من القانون المدني المصري، نقلاً عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

على طلب المدين أن يتدخل ليرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، كما انه يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر شروط معينة وهي، وقوع حادث استثنائي عام غير ممكن توقعه ودفعه، وأن نكون بصدد عقد متراخي التنفيذ، وننوه إلى أنه يمكن تنفيذ هذه النظرية في حالة العقود الفورية طالما تراخى تنفيذها لسبب لا يرجع إلى المدين كما الحال في عقد البيع الذي يدفع فيه الثمن مقسطاً، ويجب أن يجعل هذا الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، حيث إن كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً لا نطبق نظرية الظروف الطارئة وإنما نطبق نظرية القوة القاهرة[1]، وإن الأثر الذي يترتب على توافر الشروط سابقة الذكر؛ هو تدخل قاضي الموضوع لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بما يتفق مع العدالة، أو وقف تنفيذ الالتزام إلى وقت معين إلى حين زوال الظرف الطارئ، كل ذلك بعد الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، وننوه إلى أن سلطة القاضي في تعديل العقد وفقاً لهذه النظرية أمر يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الظروف الطارئة، أما في مجال القوة القاهرة[2] فيجوز الاتفاق على ذلك.[3]

وننوه إلى أن هنالك فرق واختلاف كبير بين اختلال التوازن العقدي– في حالة فرض شروط تعسفية من أحد التعاقدين على المتعاقد الآخر – واختلال التوازن العقدي نتيجة لظروف غير متوقعة (طارئة)[4]، ويمكن اجمال أوجه الاختلاف بين كلتا الحالتين في الآتي:[5]

1. إن اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ناتج عن إرادة أحد المتعاقدين أي أنه عمل إرادي، أما اختلال التوازن العقدي الناجم عن الظروف الطارئة فهو خارج عن إرادة

[1] نصت المادة (261) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر، كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك)، أنظر كذلك نص المادة (165) من القانون المدني المصري، والمادة (181) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] نصت المادة (1/217) من القانون المدني المصري على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة).

[3] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص172-176.

[4] انظر نص المادة (205) من القانون المدني الأردني.

[5] حسين عبد الله الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 26، ع2، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2011، ص215-216.

المتعاقدين ويرجع إلى ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية، كالفيضانات أو الحرب أو الحصار الاقتصادي مثلاً فهو هنا حدث استثنائي عام غير ممكن توقعه ودفعه.

2. إن اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ناتج عن تعسف أحد المتعاقدين على الآخر، يفرض ما يشاء من شروط، أما الاختلال العقدي الناجم عن الظروف الطارئة يكون نتيجة تغير في الظروف بشكل عام ومفاجئ.
3. إن اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يحدث في جميع مراحل العقد اما الظروف الطارئة فإنها تحدث عند تنفيذ العقد.
4. إن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلا على العقود المتراخية التنفيذ كعقد الإيجار وعقد العمل، وذلك من حيث الأصل، في حين إن معالجة التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يشمل العقود الفورية التنفيذ والمتراخية التنفيذ معاً.
5. لا يجوز المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد تنفيذ العقد في حين أنه يجوز الطعن بالعقد بعد تنفيذه إذا كان هناك اختلال عقدي ناتج عند تكوين العقد كما في حالة الاستغلال.[1]
6. اختلال التوازن العقدي في حالة الظروف الطارئة غير متوقع عند تكوين العقد أما في حالة الشروط التعسفية فالاختلال متوقع عند تكوين العقد.
7. في معالجة التوازن في حالة الظروف الطارئة تكون بزيادة حقوق المدين المرهق أو إنقاص التزاماته، اما في حالة الشروط التعسفية تكون المعالجة إما بالتعديل أو الإلغاء لهذه الشروط كما سنوضحه لاحقاً.[2]

[1] المادة (125) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م، المنشور في الوقائع العراقية، العدد (3015)، بتاريخ 1951/9/8م، ص 243، تنص (إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشة أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت التعاقد إن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول..).
[2] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص172-176.

إلا أنه لا يذكر أن هناك ثمة تشابه بسيط بين نظرية الظروف الطارئة والاختلال في التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية وهو أنه المشرع الأردني قد أجاز للقاضي التدخل في العقد لغرض معاجلة التوازن العقدي المختل، وذلك استناداً لنص المادة (205) مدني أردني[1] في حالة الظروف الطارئة، وكذلك في المادة (204) مدني أردني[2] أجاز المشرع للقاضي في حالة الاختلال العقدي من الشروط التعسفية التدخل لمعاجلة هذا الاختلال وكذلك أيضاً إن تقدير ما إذا كانت الظروف متوقعة أو غير متوقعة أو ما إذا كانت الشروط تعسفية منوطاً بالقاضي أيضاً.[3]

المطلب الثاني: خصائص اختلال التوازن العقدي

من المعلوم أنه من حيث الأصل يجب أن تكون المراكز القانونية بين أطراف العقد متكافئة، غير أنه ومن الناحية العملية قد يحدث أن يكون المركز القانوني لأحد المتعاقدين يطغى على الآخر وبالتالي يتحقق الاختلال في التوازن العقدي بين أطراف العقد وذلك من خلال أمرين أولهما المزايا المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف **(الفرع الأول)**، أما ثانيهما فهو قيام المحترف في ضوء نفوذه الاقتصادي باستغلال حاجة الطرف الضعيف **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مزايا المحترف لإحداث اختلال في التوازن العقدي

إن المزايا المفرطة أو الفاحشة تعني ضرورة توفر مزايا كبيرة للطرف القوي تؤدي إلى إحداث إخلال بالتوازن العقدي، فقد تتعلق بثمن السلعة المباعة أو بالالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق التخفيف من التزامات المحترف المهني، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى حتمية عودة المنفعة على المحترف استناداً للشرط التعسفي الوارد بالعقد، وجعل العبء ثقيلاً على الطرف الآخر

[1] انظر كذلك نص المادة (146) مدني عراقي.

[2] حيث نصت: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك).

[3] تنص المادة (167) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذا الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً).

في العقد وهو المستهلك، وبالتالي إن المزايا التي يحصل عليها المحترف تعمل على أن يتعسف هذا المحترف باستعمال نفوذه الاقتصادي أو الفني وبالتالي يؤدي إلى اختلال صريح في التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، وهذه المزايا لا تكون نقدية أي مالية فقط، ذلك أنه وتحقيقاً لحماية أشمل للمستهلكين أراد الفقه أن لا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا مجال ضيق فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد بشكل عام.[1]

وان الميزة المفرطة قد تعني انعدام سبب العقد ولو بشكل جزئي، وانه يجب أن يؤخذ في نظر الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة للشرط الوارد بالعقد، ومن الناحية العملية توجد صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، لذلك يتساءل البعض كيف يتم قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات وهل يكون بالنظر إلى الشرط ذاته وضرورة أن ينشأ عدم التوازن بشكل مباشر عن الشرط التعسفي أو أنه يجب النظر إلى جميع بنود العقد لتحديد هذا الاختلال.[2]

يرى هؤلاء بضرورة النظر إلى مجموع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال وليس النظر إلى كل شرط على حدى، فقد يبدو الشرط تعسفياً ولكن يكون مبرراً إذا نظرنا إليه في ضوء مجموع العلميات التي ظهر بمناسبتها، فمثلاً قد يترتب على شرط ما تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهليكن.[3]

وبالتالي فإن الميزة المفرطة هي عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا كبيرة للمحترف كيفما يكون نوع هذه المزايا ما دامت تؤدي إلى تفوق واضح لطرف على حساب الآخر.

---

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 406.

[2] موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009، ص199.

[3] المصدر السابق، ص 199.

الفرع الثاني: النفوذ الاقتصادي للمحترف والتعسف في استعماله.

لا تكفي المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف والتي تؤدي إلى اختلال الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد للقول بوجود اختلال في التوازن العقدي، وإنما أن يكون الاختلال ناشئ عن تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف وذلك بأن يسئ استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطاً تخل بتوازن العقد،[1] وبالتالي يعتمد هذا المعيار بشكل أساسي على صفة المهني الشخصية وقدراته الفنية والتقنية التي تمكنه من فرض شروط تعسفية تخدم مصالحه الخاصة المترتبة على إبرام العقد مع المستهلك حيث أن هذا المحترف يمثل الطرف القوي في التعاقد والذي يمتلك القدرة في تحديد الالتزامات والحقوق الناشئة عن إبرام العقد، ولكن هل تعد المقدرة الاقتصادية هي العنصر الأكثر أهمية وهل يستطيع المحترف فرض شروطه لأنه الأقوى اقتصادياً؟[2]

يرى البعض إلى أن المقدرة الاقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكّن المحترف من فرض شروطه التعسفية، فالمحترف وقد اعتاد على ابرام العقود يعرف الحقوق والالتزامات والتفاصيل التي تترتب على العقد وهو ما يجري عليه العمل في حرفته، فيمتلك من الوسائل ما يمكّنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلاً عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه.[3]

---

[1] انظر نص المادة (5) من القانون المدني المصري، ونص المادة (66) من القانون المدني الأردني.

[2] لقد اعتبر القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م في المادة (1143) منه أن الاكراه الناتج عن الظروف الاقتصادية هو عيب من عيوب الإرادة.

"Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif".

[3] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، مصدر سابق، ص270.

بينما يرى البعض الآخر أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية يكمل أحدهما الآخر لأن من يكون متفوقاً اقتصادياً يكون لديه القدرة الفنية أيضاً أي أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية.[1]

وننوه إلى أن المادة (66) من القانون المدني الأردني قد أخذت بالمعيار الشخصي من خلال تحديد حالات التعسف في استعمال الحق، حيث نصت على: (1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي. ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة).[2] إذ أن الشرط يعد تعسفياً إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف الضعيف، كما هو الحال إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الطرف القوي قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما قد يصيب الطرف الضعيف من ضرر، وننوه إلى أن اختيار المعيار الشخصي لتحديد إن كان الشرط تعسفياً أم لا؛ يبدو غير ذي جدوى من الناحية العملية، لصعوبة إثباته، كما أن المعيار الشخصي لم يعد كافياً أمام الاستخدام الواسع للشروط التعسفية في مجال المعاملات، وبالرغم من تضافر الجهود التشريعية والقضائية من أجل إيجاد بعض الوسائل والمؤشرات التي يستدل منها على النفوذ الاقتصادي للمحترف، إلا أننا نجد أن المستهلك غالباً ما يكون الطرف الأضعف في العملية التعاقدية، بعد أن أملى عليه المهني نفوذه وتقنيته، فلا يكون أمام الطرف الضعيف إلا القبول بالعقد أو رفضه، دون أي مجال للمناقشة أو المساومة وبالتالي يؤدي بالنتيجة إلى اختلال صريح بالتوازن العقدي بين الأطراف.[3]

[1] موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص 200.
[2] أنظر كذلك نص المادة (5) من القانون المدني المصري، ونص المادة (5) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[3] سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008، ص110-115.

ونرى أن كل من المعيار الموضوعي المتمثل بالميزة المفرطة والمعيار الشخصي المتمثل بالنفوذ الاقتصادي هما مكملان لبعضهما البعض، فلا يمكن الاعتماد على أحدهما دون الآخر لاعتبار الشرط تعسفياً، فالميزة المفرطة هي خلاصة نهائية لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة غير مشروعة، وبالتالي فإن المعيارين متحدان ومرتبطان مع بعضهما البعض، ومن الجدير بالذكر أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م قد أحال لمجلس الوزراء الفلسطيني سلطة إصدار نظام يحدد المعايير المعتمدة لاعتبار الشرط تعسفياً على أن يتم إزالته إذا ما تضمن اجحافاً بحق المستهلك.

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية

إن الأصل أن يكون لطرفي العقد الحرية الكاملة في إبرام ما يشاؤون من العقود، وكذلك تضمينها ما يشاؤون من شروط، على أن لا تكون هذه الشروط مخالفة لنص القانون أو النظام العام أو الآداب العامة، ومن الناحية العملية قد يحدث أن يضمن أحد أطراف العقد بعض الشروط التي توصف بأنها تعسفية؛ وبالتالي تحدث اختلالا بالتوازن العقدي بين أطرافه، حيث يجب علينا أن نتطرق للحديث عن الشروط التعسفية من حيث تعريفها وتمييزها عن غيرها من النظم الأخرى **(المطلب الأول)**، ومن ثم سنتطرق للحديث عن أثر هذه الشروط من حيث أنواعها وخصائصها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: التعريف بالشرط التعسفي وتمييزه عن غيره من النظم الأخرى

اختلفت تعريفات الفقه والقضاء والتشريع للشرط التعسفي؛ وذلك لاختلاف زاوية الرؤية لهذا الشرط، فالبعض يرى أن الشرط التعسفي هو ذاك الشرط الذي يتناقض مع مبدأ حسن النية في المعاملات، في حين يعتبر البعض ان هذا الشرط يعد تعسفياً استناداً إلى الطرف الذي فرض أو يفرض هذا الشرط من حيث قوته وضعفه ومكانته وطريقة فرض هذا الشرط، في حين أن البعض قد أورد قائمة محددة بالشروط التي تعد تعسفية وفق ما سيتم التطرق له لاحقاً. حيث سنتناول أولاً تعريف الشرط التعسفي **(الفرع الأول)**، ومن ثم سنتطرق للحديث عن تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

تعني كلمة الشرط لغةً: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.[1]

أما معنى التعسّف اللغوي: تعسف، تعسفاً (عسف) عن الطرق مال عنه وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا روية، وتعسف فلاناً ظلمة، استخدمه وتعسف في القول أخذ على غير هداية حملة على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة.[2]

أما الشرط التعسفي في الاصطلاح فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والشرط الذي يؤدي إلى جهالة في المعقود عليه واشتراط أمر غير مشروع.[3]

ولتعريف الشرط التعسفي ينبغي لنا التطرق إلى موقف التشريعات من تعريفه، ثم بيان موقف الفقه ازاء تعريف الشرط التعسفي، ومن ثم الموقف القضائي منه، ومن ثم الحديث عن ورود الشرط التعسفي ضمن قوائم.

أولاً: التعريف التشريعي للشروط التعسفية

إن تعريف الشروط التعسفية لم تأتي به أغلب التشريعات في القانون المدني، إذ أن تعريفه غالباً ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، فقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة (35) من القانون رقم 23/78 الصادر في 10 كانون الثاني 1978 بأنه: "ذلك الشرط الذي يفرض بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلك من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها".[4]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج7، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، ص329.
[2] قاموس المنجد الأبجدي، ط5، بيروت، مطبعة دار الشرط، ص 263.
[3] موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي، ج 11، ص 251، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، مطابع الأهرام التجارية.
[4] حسين عبد الله الكلابي، مصدر سابق، ص221.

كما عرفه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الصادر سنة 1993م، على أنه: "الشرط الذي يكافأ المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه (المستهلك)"،[1] ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة 132 من القانون رقم 96/95 الصادر في شباط 1995، والتي تنص على أنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضراراً بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".[2]

أما فيما يتعلق بالتشريعات العربية فإنها لم تتناول مسألة التعريف بشكل عام، وربما يكون الدافع إلى ذلك هو حداثة الفكرة من جانب، وتجنبها الخوض في التعاريف لأن ذلك يعد من عمل الفقه لا عمل التشريع من جانب آخر، فقد تطرق قانون حماية المستهلك اللبناني للحديث الشروط التعسفية بقوله: "تعتبر بنوداً تعسفية، البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى إخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير"[3]، وقد عمد المشرع المصري في نص المادة (149) من القانون المدني المصري إلى عدم تحديد المقصود بالشروط التعسفية، ونتيجة لذلك أدى إلى منح قاضي الموضوع سلطة كبيرة في بسط رقابته واستخلاص الشروط التعسفية من العقود وذلك

[1] نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، مؤسسة زهران للنشر، عمان-الأردن، 1991، ص38.

[2] نصت المادة (1171) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م على أنه: (أي شرط في عقد نموذجي نشأ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعتبر كأنه غير مكتوب).

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

[3] أنظر نص المادة (26)، من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (659)، الصادر في 4/شباط/ 2005.

من خلال الدراسة الشاملة للظروف المحيطة لعملية التعاقد، وبالتالي يكون دور القاضي هنا التدخل من أجل إعادة التوازن بين أطراف العقد، وهو ما سنوضحه لاحقاً.[1]

ثانياً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية:

تعددت أراء الفقه بتعريف الشروط التعسفية، واختلفت باختلاف زاوية النظر للشرط التعسفي، ويمكن القول بأنه قد برزت أربعة آراء بتعريف الشرط التعسفي:

الرأي الأول: ينظر أنصار هذا الرأي للشرط من جهة أطراف العلاقة العقدية فيه ومصدره، حيث عرف 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".[2]

ونرى أن هذا الاتجاه قد ركز على أطراف العلاقة التعاقدية وذلك بحصر أطراف هذه العلاقة بين المهني أو التاجر والمستهلك فقط، في حين نجد الشروط التعسفية غير مقتصرة على هكذا معاملات تعاقدية، وإنما نجدها في سائر العقود.

الرأي الثاني: ينظر أنصار هذا الرأي للشرط من حيث طريقة فرضه، فقد عرف بأنه: "الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر".[3]، كما عرف أيضاً بالمعنى نفسه بأنه: "كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الضعيف".[4]

---

[1] نصت المادة (149) من القانون المدني المصري على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفق مقتضيات العدالة..)، انظر كذلك نص المادة (204) من القانون المدني الأردني، والمادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003م.

[2] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 32.

[3] سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص50.

[4] سليمان براك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002، ص 10.

الرأي الثالث: ينظر أنصار هذا الرأي للشرط من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها حيث عرف بأنه: "شرط في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافاة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"[1]، وكذلك عرف بأنه: "كل شرط يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه"[2]

الرأي الرابع: ينظر أنصار هذا الرأي للشرط من حيث مناقضته لمبدأ حسن النية، حيث ذهب هذا الاتجاه إلى تعريف الشروط التعسفية بقوله: "يكون الشرط تعسفياً إذا كان مجحفاً، أو في غير مصلحة المستهلك بشرط مفرط و مبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وعلى الأخص إذا كان مخالفاً، أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني"، وعرف أيضاً: "الشروط التي تكون متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية".[3]

ثالثاً: التعريف القضائي للشروط التعسفية

عرفت محكمة النقض المصرية الشروط التعسفية بأنها: "الشروط التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام"[4]، وقد صدر هذا التعريف من المحكمة بمناسبة قضية تتلخص وقائعها بأن قضية متعلقة بعقد عمل وكان رب العمل قد ضمّن لائحة المصنع شروطاً جزائية تذهب بالجزء الأكبر من أجر العامل، دون أن تتناسب مع المخالفة التي يرتكبها، فحكمت تلك المحكمة

[1] عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص402.
[2] أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 212.
[3] راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراة ، كلية القانون جامعة بغداد، 2000، ص 115.
[4] الطعن رقم 1276، سنة 52 ق، جلسة 1988/3/23، س 39، ص 459، أشار إليه سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 152.

بإبطال تلك الشروط لكونها شروطاً تعسفية، وتم إبطالها طبقاً لنص المادة (149) من القانون المدني المصري.[1]

وقد اورد القضاء الفرنسي[2] قرينة قضائية مفادها أن شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، يعد شرطاً تعسفياً، إذا كان البائع محترف والمشتري غير محترف، لكون البائع مما لديه من قدرة فنية بأمور التعاقد يكون عالماً بالعيب أو من السهل عليه أن يعلم به إذا وجد في المبيع[3]، ومن ثم يكون البائع شخصاً سيء النية وأراد إلحاق الضرر بالطرف الآخر باشتراط براءته من العيب الخفي مع علمه به[4]، واستند القضاء إلى قرينة علم البائع المحترف بالعيب الخفي و افتراض سوء نيته، عندما يريد بيع الشيء بالحالة التي يوجد عليها وقت البيع وعادة ما يرد هذا الشرط في بيوع الأشياء المستعملة، ولا يلتزم البائع بإصلاح العيوب التي تظهر في المبيع بعد تسلمه ولا يلتزم بتعويض المشتري عن أي ضرر يصيبه نتيجة ظهور مثل هذه العيوب. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بتعريفه للشرط التعسفي فعرفته محكمة استئناف باريس في 2/فبراير/1929 بأنه: "كل شرط يعطي أحد الطرفين منفعة دون التزامه بمقابل". حيث صدر هذا التعريف من المحكمة بمناسبة قضية تتلخص وقائعها، في ان شرطاً ورد في وثيقة التأمين تضمن التزام المؤمن له بدفع الاقساط الربع سنوية للسنة الجارية، والتي لم تحقق في حالة فسخ العقد، أياً كان سبب الفسخ، وقالت المحكمة بشأنه: "إن التزام المؤمن له ليس له مقابل ولم يكن ممكناً رده إلى فكرة التعويض الناجمة عن الخطأ، ولا إلى الفكرة الاحتمالية في عقد التأمين، ولا إلى أي فكرة قانونية أخرى، ومن ثم يكون مجرداً من الأساس والسبب"، وعليه فإن المحكمة اعتبرت الشرط الوارد في وثيقة التأمين شرطاً تعسفياً لكونه تضمن إعطاء منفعة

---

[1] سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص50.

[2] Case. civ . 32 juin 0797 , bull . civ., 0 , no 072 , p . 027 , Cass , com . oct 32
أشار إليه حسن عبد الباسط الجميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية والقوانين الأوروبية، القاهرة، 1999، ص79.

[3] جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، الفصل الثاني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق الكويتية، س20، ع 4، 1996، ص200- 201.

[4] فدوى قهواجي، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 138.

للمؤمن دون التزامه بمقابل، فتعريف المحكمة للشرط التعسفي اقتصرته على العقود الملزمة للجانبين[1] في حين يمكن أن يرد في العقود الملزمة لجانب واحد.

من خلال ما سبق نستنتج أنه قد تعددت تعريفات التشريع والفقه والقضاء للشروط التعسفية واختلفت بتعدد زاوية الرؤية للشرط التعسفي، فجاءت تعريفات متعددة على أن الشرط التعسفي يعد تعسفياً إذا كان مناقضاً لمبدأ حسن النية في المعاملات[2]، 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 وعلى النحو الآتي:

رابعاً: ورود الشروط التعسفية ضمن قوائم

اكتفى هذا الاتجاه بذكر قوائم للشروط التعسفية من دون إيراد أي تعريف لها، وهذا ما فعلته بعض التشريعات، وهذه القوائم إما أن ترد فيها شروط تعسفية بذاتها، او ان تفترض الطبيعة التعسفية للشرط بأنه من الشروط العادية ولكن الطبيعة التعسفية هي الغالبة عليه.

وقد تبنى هذا الاتجاه بعض التشريعات الأوروبية، نذكر منها على سبيل المثال في قانون معالجة عدم التوازن في العقود النموذجية الألماني الصادر عام 1976، إذ اكتفى بوضع قائمة بالشروط التعسفية، التي يفترض فيها التعسف دون ذكر أي تعريف لها. وكذلك الأمر في قانون

[1] يقصد بالعقود الملزمة للجانبين: (تلك العقود التي تكون فيها الالتزامات متقابلة بين الطرفين، وأما العقود الملزمة لجانب واحد تلك العقود التي تكون فيها الالتزامات على عاتق أحد الطرفين دون الآخر).

[2] نصت المادة (1104) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م على وجوب توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد وإلى حين تنفيذه.

"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi".

الاستهلاك الهولندي الصادر في 18/حزيران/1987، وفي القانون الموسوم بـ "قانون الشروط التعاقدية غير العادلة"، الانكليزي الصادر في عام 1977.[1]

ومن الأمثلة على أهم الشروط التي يمكن جعلها تعسفية بطبيعتها والتي توضع ضمن قائمة محددة يطلق عليها القائمة السوداء[2] ما يلي:

1. الشروط التي تؤكد قبول المستهلك لجميع بنود العقد على الرغم من أنه لم يعلم بها (كلها أو بعضها) أو لم يتمكن من الاطلاع عليها أو فهم المقصود منها فهما واضحاً وقت إبرام العقد.
2. الشروط التي من شأنها ربط سعر السلعة أو الخدمة محل التعاقد بإدارة المنتج أو من يقوم بتنظيم العقد بارادته المنفردة.
3. الشروط التي تؤدي إلى إعفاء المنتج أو الطرف المنفرد في تنظيم العقد من الالتزامات التعاقدية أو الضمانات القانونية (كضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية).
4. الشروط التي تؤدي إلى تمكين المنتج أو الطرف الذي ينفرد بتنظيم العقد من تحديد زمان ومكان تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادته المنفردة.
5. الشروط التي تسمح للمنتج أو الطرف الذي يقوم بتنظيم العقد بتسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها أو الواردة في ملحقات العقد والوثائق المصاحبة له إذا ترتب على وجودها تخويل الطرف الآخر حق فسخ العقد.
6. الشروط التي من شأنها منح المنتج أو القائم بتنظيم العقد سلطة فسخ العقد بإرادته المنفردة بدون منح المستهلك ذات السلطة.[3]

[1] أشار إلى هذه القوانين نادية محمد معوض، شرط الإعفاء للعقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 82، وكذلك عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراة، جامعة بغداد 1998، ص133.
[2] عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مصدر سابق، ص139-140.
[3] حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، ص 226.

وبطبيعة الحال وإن كنا نميل إلى أن يكون تقدير الشرط التعسفي متروكاً للقاضي من حيث الأصل، فإنه لا مانع من إدراج مثل هذه الشروط التعسفية ضمن قوائم معينة على أن تكون هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر، كما أنه أيضاً لا غنى عن تدخل المشرع بين الحين والآخر وذلك من أجل سن تشريعات لإبطال بعض الشروط التي تكون تعسفية، وذلك لتخفيف العبء عن القضاء بالإضافة إلى مواجهة جميع أنواع الشروط التعسفية التي قد تنشأ مستقبلاً وتوفير القدر الأكبر من الحماية للمتعاقدين من الشروط التعسفية.

وبالخلاصة نجد أن تعريف الشرط التعسفي ليس بالأمر الهين ذلك لكونه من المفاهيم الحديثة، ولكن ممكن أن نقول أنه هو ذلك الأمر أو الاتفاق الذي يضعه أحد المتعاقدين، او بالاتفاق مع المتعاقد الآخر في العقد، وهو متعسفاً فيما يملكه من قدرة اقتصادية أو خبرة قانونية أو فنية، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف، ويظهر في الميزة الفاحشة والنفوذ الاقتصادي الذي يحصل عليه الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئ على الطرف الآخر دون وجه حق، وكذلك من الممكن لنا أن نتطرق لذكر قوائم للشروط التعسفية أو الشروط التي يفترض فيها التعسف على أن تكون هذه الشروط الواردة في تلك القوائم على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر من دون ذكر أي تعريف للشروط التعسفية.

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير التعسفي

من المعلوم ان هنالك تشابه بين مفهوم الشرط التعسفي مع بعض مفاهيم الأنظمة الأخرى والتي تعتبر شروطاً ممكن أن تندرج في العلاقات التعاقدية بين الأطراف، ومن هذه الأنظمة الشرط النموذجي والشرط غير المشروع، واللذان يعتبران من أكثر الأنظمة تداخلاً مع الشرط التعسفي، لذلك

سنتطرق للتمييز بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي (أولاً)، ومن ثم سنتطرق للتمييز بين الشرط التعسفي والشرط غير المشروع (ثانياً).

أولاً: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي

حيث تم بيان مفهوم الشرط التعسفي سابقاً، لذلك سنتطرق للحديث عن مفهوم الشرط النموذجي ثم نعمل على التمييز بينه وبين الشرط التعسفي.

الشروط النموذجية:[1] هي أحكام عامة أعدت سلفاً من قبل أحد أطراف العقد المتمتع بقدرة فائقة على التفاوض كي تشكل شروطاً عقدية للاستخدام العام والمتكرر، دون إجراء أي عملية تفاوضية مع الطرف الآخر. وكذلك قد تم تعريف الشرط النموذجي بأنه: "هو الشرط الذي يندرج ضمن عقد معد من قبل أحد المتعاقدين ويتضمن هذا العقد الشروط المعروضة على المتعاقد الآخر بحال رغبته في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد أي حق في المساومة أو الاختيار، وحيث تقدم هذه العقود بشكل مطبوع ولا يكون أمام هذا المتعاقد إلا قبولها كلها أو رفضها جميعها".[2]

وبالتالي إن الشرط النموذجي يعتبر صيغة معدة مسبقاً من قبل الطرف القوي في العملية التعاقدية ولا يكون أمام الطرف الضعيف هنا إلا أن يقبل بهذا العقد دون أي عملية تفاوضية أو أي مناقشة كانت، كما أن الشرط النموذجي هو شرط أساسي في العقد ولا يمكن تعديله، ومن الممكن أن يكون هنالك عدة صيغ للعقد النموذجي ولكن يبقى الشرط النموذجي ثابتاً، كما أن الشرط النموذجي يكون موجهاً لعامة الناس دون حصره بشخص واحد على الخصوص.[3] كما وننوه إلى أن الشرط

[1] سهى نمر الشنطي، مصدر سابق، ص3-4.
[2] آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص27.
[3] عبدالله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2012، ص131.

النموذجي من الممكن أن يكون مندرج ضمن عقد ما أو منفصل عنه مع ضرورة الإشارة إلى هذا الشرط صراحة من قبل الجهة التي تهدف إلى التمسك بالشرط.

وبالتالي فإن وجه التشابه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي يكون في أن كلاً من هذين الشرطين لا يقبلان التفاوض أو المناقشة أو الاختيار، لأن الطرف الضعيف هنا لا يملك أي سلطة في تعديل الشرط.

أما وجه الاختلاف فيكون في أن الشرط التعسفي لا يشترط بأن يكون معد مسبقاً سواء من قبل شركة او هيئة أو مؤسسة، وذلك على عكس الشرط النموذجي والذي يكون معد مسبقاً من قبل هيئة محددة، كما أن العقد الذي يحتوي على الشرط النموذجي يكون موجهاً لجمهور المستهلكين، في حين أن الشرط التعسفي ممكن أو يوجه للعامة او لشخص بعينه. كما أن الشرط النموذجي أخف ضرراً على الطرف الضعيف من الشرط التعسفي، وذلك لأن الشرط التعسفي دائماً يتم وضعه خلافاً لمصلحة الطرف الضعيف خلافاً لمبدأ حسن النية، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلافاً لمبدأ حسن النية.[1]

وتجنباً للخلط ينبغي علينا أن نفرق بين الشروط النموذجية والعقود النموجية، فالعقود النموذجية: هي صيغة مكتوبة أعدت سلفاً من قبل المنظمات المهنية الدولية، متضمنة مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات التجارة الدولية وتكون مطبوعة كأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل.[2] حيث تتميز العقود النموذجية بصفتها الاختيارية، فأطراف العقد الدولي غير ملزمين باتباع أحكام العقد النموذجي إلا بإرادتهم الصريحة أو الضمنية دون أي إجبار، فإما أن تتم الإشارة إلى تطبيق أحكام أي عقد نموذجي بناء على اتفاق الأطراف، أو الإحالة

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي قالمة، 2012، ص133-134
[2] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص133.

إلى أحكام عقد نموذجي ما كتابة، ولأطراف العقد الحق في تعديل أحكام العقد النموذجي وفق ما يرونه مناسبا مع مصلحتهم الاقتصادية.

وبالتالي تختلف العقود النموذجية عن الشروط النموذجية في أن العقود النموذجية هي عقود مطبوعة سلفاً تبرم بين أطراف ذات قوة تفاوضية متساوية ولهم الحق في تعديل العقد بما يتلاءم مع مصالحهم التجارية، أما الشروط النموذجية فإن من يقوم بإعدادها أحد أطراف العقد المتمتع بقدرة تفاوضية فائقة ودون أن يكون للطرف الضعيف أي حق بالمناقشة أو التفاوض، كما أن الشروط النموذجية لا يمكن وضعها بعقد قائم بذاته حيث أنها تندرج ضمن العقد أو العقود المراد إبرامها بين أطراف العلاقة، أما العقد النموذجي هو عقد قائم بذاته ويتمتع بالصفة الاختيارية، كما ننوه إلى أنه من الممكن أن تندرج الشروط النموذجية ضمن العقود النموذجية.[1]

ثانياً: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع

إن الشرط غير المشروع هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الآمرة ومخالف لقواعد النظام العام والآداب العامة، وحيث يترتب على توفر مثل هذه الشروط إما البطلان المطلق أو البطلان النسبي، فالبطلان المطلق هو الذي يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط الغير مشروع، اما البطلان النسبي فهو الذي يبطل الشرط الغير مشروع ويبقي العقد صحيحاً، وينبغي لنا أن نفرق بين الشرط الباطل الواقف والشرط الباطل الفاسخ، فإذا كان الشرط الواقف مستحيلاً فالعقد يقع باطلاً برمته لأن الشرط الواقف يعد جوهرياً ولا ينعقد العقد بدونه ويترتب على بطلان العقد انعدام الالتزام، أما إذا كان الشرط الفاسخ مستحيلاً فإن الشرط يبطل ويظل العقد صحيحاً ما لم يظهر أن العقد ما كان لينعقد

[1] حمزة حداد، الإذعان وعقد التأمين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القضاة والتأمين، مركز القانون والتحكيم، عمان، 2007، ص17.

بـدون الشـرط الفاسـخ فهنـا يبطـل العقـد برمتـه[1]، حيـث نصـت المـادة (266) مـن القـانون المـدني المصري[2] على أنه: "1- لا يكون الإلتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام هذا اذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان الشرط فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم 2- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للإلتزام".

في حين نصت المادة(397) من القانون المدني الأردني على انه: "يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل او مخالف للآداب أو النظام العام"، ويفهم من هذا النص أنه يتوجب أن

---

[1] إن الموقف في الفقه الإسلامي مختلف حيث لم يتفق فقهاء الشريعة على تحديد مدى حرية المتعاقدين في إضافة ما يشاؤون من شروط للعقد، فهناك مذهب ضيق إلى أبعد الحدود وهو مذهب أهل الظاهر وهناك مذهب للحنفية وآخر للشافعية الذين لا يكادون يفرقون في الأسس والأصول عن الأحناف ثم هناك مذهب للمالكية الذي وسعوا على الناس أكثر من الأحناف وهناك أخيراً مذهب للحنابلة والأمامية الذين جروا في التوسع والتيسير إلى آخر الشرط، أما أهل الظاهر فالأصل في العقود وأحكامها وما يقترن بها من شروط عندهم هو الحظر وعدم الإباحة، وعلى هذا فإنهم لم يصححوا لا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو اجماع فإن لم يثبت بهذا أو ذاك فهو باطل عندهم والبطلان يلحق في هذه الحالة كلا من العقد والشرط، وفي ظل هذا التصور للشروط عند المذهب الظاهري لا يمكن تصور الشرط التعسفي في العقد أبداً لأنهم يبطلون كل شرطاً وعقداً، قد تضمن شرطاً لم يأتي به النص أو الاجماع وبطبيعة الحال لا يمكن أن يرد شرطاً تعسفياً بالنص والاجماع وذلك لسماحة الشريعة الاسلامية وتسييرها على الناس، وأما أصحاب المذهب الحنفي فإنهم يقسمون الشروط التي تقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام: صحيحة وفاسدة وباطلة.

1. الشروط الصحيحة:

أ. هو الشرط الذي كان موافقاً لمقتضى العقد كان يشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع.

ب. الشرط الذي جاء به النص كاشتراط خيار الشرط.

ج. الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد كاشتراط البائع آخر كفيل أو رهن.

د. الشرط الذي جرى به العرف كشراء ساعة أو تلفزيون أو ثلاجة بشرط أن يتعهد البائع بالاصلاح مدة معينة.

2. الشرط الفاسد: هو الشرط الذي لم يأتي به نص، ولم يجر عليه عرف وليس من مقتضى العقد أو ما يؤكده (وفيه منفعة) لأحد المتعاقدين أو لأجنبي مثال ذلك، أن تبيع سيارتك لشخص وتشترط عليه أن تستعملها شهراً بعد البيع أو أن تبيعه أرضاً وتشترط عليه أن تزرعها عنه.

3. الشرط الباطل: هو الشرط الذي لم يأتي به النص، ولا جرى به العرف وليس من مقتضى العقد أو مما يؤكده، (وليس فيه منفعة) لأحد مثال ذلك أن تبيع دارك لشخص وتشترط عليه عدم سكناه مدة معينة، أو أن تبيع سيارتك وتشترط على المشتري ألا يتسعملها يوماً كل اسبوع وان هذا الشرط في حقيقة ما هو إلا شرطاً تعسفياً وحكم هذا الشرط التعسفي أنه لغو لا قيمة له ولا أثر له على العقد إذ يبقى العقد صحيحاً ويلغى الشرط، ولا يكاد المذهب الشافعي يخرج من هذا الإطار العام الذي رسمه فقهاء المذهب الحنفي للشروط التي تقترن بالعقد أما المالكية فإن الشرط الصحيح عندهم أوسع بكثير من الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي فكل شرط يقتضيه العقد صحيح، وفي هذا يتفق المذهبان، ويصحح المالكية كل شرط لا يناقض مقتضى العقد وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة، إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلاءم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان كذلك في مذهب أبي حنيفة ويصحح مالك كذلك الشرط الذي فيه منفعة لأحد العاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه ما دام الشرط لا يناقض مقتضى العقد، ومثل هذا الشرط الفاسد عند أبي حنيفة كما تقدم بيانه، ولعل أبسط تطور للفقه الإسلامي في مسألة اقتران الشرط بالعقد كان في المذهبين الحنبلي والجعفري إذ يجيز فقهاء هذين المذهبين كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين في العقد إلا في حالتين:

1) أن يكون الشرط مخالفاً للمقصود من العقد كان يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو لا يؤجره، وأن هذا الشرط في حقه هو شرط تعسفي يضيفه البائع دون فائدة له أو لغيره وليس من مقتضى العقد.

2) إذا كان الشرط يناقض الشرع فيحل الحرام أو يحرم الحلال، مثال ذلك أن يبيع شخص عبداً لمن يريد شراءه لعتقه ويشترط على هذا المشتري أن يكون الولاء له (أي البائع) لأن هذا الشرط يناقض ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أن الولاء لمن أعتق، وهذا الشرط في حقيقة هو الشرط الباطل.

لذلك يلاحظ أن موقف الشريعة الإسلامية من الشرط التعسفي بأن لا تجيز هذا الشرط وتبطله مع بقاء العقد صحيحاً وذلك لأنه لا تجيز الشريعة السمحاء أن يشاء من تطبيقها ضرر، وفرعت قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية التي كانت مصدر لكثير من الأحكام، كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) (والضرر يزال) و(المشقة تجلب التيسير) والأمر إذا ضاق اتسع) و(الضرر يدفع بقدر الإمكان). اعتمدنا في ذكر آراء الفقهاء الشريعة الإسلامية على حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزام، بغداد، 1976، ص 140 وما بعدها.

[2] وقد وافق مشروع القانون المدني الفلسطيني ما جاء به المشرع المصري، أنظر نص المادة (280) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يكون الشرط أمرا مشروعاً أي أن يكون الغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام مشروعة، ومن الأمثلة على البطلان المطلق أن يلتزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن لا يقوم بارتكاب عمل غير مشروع وبالتالي يكون العقد هنا باطلاً برمته حيث أن الشرط هنا مخالفاً للآداب وباطل، ومن الأمثلة على البطلان النسبي حيث يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً ما جاء به نص المادة (141) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، حيث أبطلت هذا المادة 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 90 يوم 3- عدد الأشخاص الذين تقلهم المركبة الخصوصية فقط 4- الأوقات والمناطق التي تستعمل فيها المركبة 5- وسم المركبة بعلامات مميزة فيها عدا العلامات الواجب وسمها بموجب القانون 6- رخصة قيادة سارية المفعول مهما كانت المدة التي مضت على إصدارها".

وينبغي التنويه أن القانون المدني الأردني لم يفرق بين الشرط الباطل الواقف والشرط الباطل الفاسخ، حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذي أورده المشرع المصري سابق الذكر، حيث أن المشرع الأردني كان واضحاً في حكمه ببطلان التصرف الذي علق وجوده على شرط مخالف للنظام العام والآداب وفق المادة (397) سابقة الذكر، دون أي تعرض للتفرقة بين الشرط الواقف والشرط لفاسخ ودون أي تفصيل، وحسناً ما فعله المشرع الفلسطيني بموافقته للمشرع المصري في هذا الصدد.[1]

وبالتالي نميز ما بين الشرط التعسفي والشرط غير المشروع في أن الشرط التعسفي هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة من حيث الأصل، وهي حرية الأطراف في تنظيم العقود فيما بينهم استنداً لمبدأ سلطان الإرادة، أما الشرط غير المشروع هو الذي يخالف النصوص الآمرة وقواعد النظام العام والآداب العامة، ومن الناحية العملية أنه في حال وجد في العقد شرط غير مشروع فإن

[1] عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2001، ص140-142.

قاضي الموضوع يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به الخصوم وفي أي مرحلة كانت عليه الدعوى، أما في حالة الشرط التعسفي فيجب على كل ذي مصلحة أن يتمسك به لكي يتسنى لقاضي الموضوع إعمال رقابته وسلطته لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف.[1] ونرى عدم تقيد مدلول الشرط التعسفي في نص معين يؤدي ذلك لترك الأمر بيد قاضي الموضوع حيث يتولى هو تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، وذلك لأن مهمة القاضي هي تحقيق التوازن بين الطرفين وبسط الرقابة؛ لذلك فهو أقدر من المشرع في تمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط، تبعاً لظروف القضية وحالة كل من المتعاقدين وظروف كل منهما، فإذا ما كشف القاضي شرطاً تعسفياً كان له أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيه ويعفي الطرف الآخر منه كما سنوضحه لاحقاً.[2]

المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية وخصائصها

من المعلوم أن عملية حصر الشروط التعسفية التي ترد في العقود بين الأطراف هي عملية صعبة جداً أو مستحيلة، وذلك استناداً لمبدأ حرية التعاقد بين الأطراف، والتي من خلال هذه القاعدة يعمل الطرف القوي على التحايل وفرض ما يراه مناسباً من الشروط في مصلحته استناداً لقوته وخبرته الفنية والعملية. واختلف الفقه في تحديد أنواع الشروط التعسفية وتقسيمها وحصرها في نمط محدد، فاتجه الفقه الفرنسي إلى وضع الشروط التعسفية ضمن قائمة تعرف بالقائمة السوداء والتي يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في العقد كونها محددة ضمن قوائم، واتجه فريق آخر إلى تقسيم الشروط التعسفية على مستوى مراحل العقد المختلفة سواء في مرحلة تكوين العقد وإبرامها أم في مرحلة تنفيذه وأخيراً في مرحلة حل النزاع بين أطرافه وفق ما تم بيانه سابقاً.

[1] نصت المادة (2/168) من القانون المدني الأردني على أنه: (..2- لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها..).

[2] حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص66.

في حين اتجه فريق آخر إلى تقسيم الشروط التعسفية إلى قسمين، القسم الأول شروط تحقق ميزة للطرف القوي وهذا لا يحقق إلا عن طريق تقليل التزامات الطرف القوي في العقد أو الزيادة من الحقوق الممنوحة له، أما القسم الثاني شروط تلحق ضرر بالطرف الضعيف ويتحقق ذلك إما من خلال زيادة أعباء الطرف الضعيف أو حرمانه من بعض حقوقه في عملية التعاقد.[1]

وبناء على ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين إذ سنتطرق إلى الحديث عن أنواع الشروط التعسفية **(الفرع الأول)**، ومن ثم سنتطرق إلى الحديث عن خصائص الشروط التعسفية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: أنواع الشروط التعسفية

إن الشروط التعسفية وبشكل عام تقسم إلى قسمين، أولهما شروط تحقق منفعة أو ميزة للطرف القوي، وثانيهما شروط تؤدي إلى إلحاق الضرر في الطرف الضعيف وذلك وفق ما يلي:

أولاً: الشروط التي تحقق منفعة أو ميزة للطرف القوي، ويكون ذلك إما من خلال تخفيف التزاماته أو من خلال زيادة الحقوق الممنوحة له.[2]

ومن الأمثلة على الشروط التي تؤدي إلى تخفيف التزامات الطرف القوي:

1. شروط تسمح للمحترف بتسليم غير مطابق للمواصفات المدرجة في العقد
2. شروط معفية أو محددة لمسؤولية المحترف
3. شروط الاعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات الممنوح لها
4. شروط تعفي المحترف من الضمان في حال التخلف عن تنفيذ التزاماته.[3]

[1] علي ماجد صاحب الجبوري، العقد النموذجي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2009، ص67-77.
[2] حمزة حداد، الإذعان وعقد التأمين، مصدر سابق، ص5.
[3] موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص254.

ومن الأمثلة على الشروط التي تؤدي إلى **زيادة** الحقوق الممنوحة للمحترف الطرف **القوي:**

1. تحديد المحترف تاريخ التسليم بصورة غير الزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته
2. تحيد الثمن طبقاً للسعر السائد وقت التسليم
3. شروط تسمح للمحترف بتعديل العقد أو انهائه بالإرادة المنفردة له وفقاً لما يراه مناسباً دون تقديم أي مبررات للتعديل أو الانهاء.[1]

ثانياً: الشروط التي تؤدي إلى إلحاق ضرر بالطرف الضعيف، ويكون ذلك إما من خلال زيادة الأعباء والالتزامات على عاتقه أو من خلال حرمانه من بعض حقوقه.

ومن الأمثلة على الشروط التي تؤدي إلى **زيادة** الأعباء على عاتق الطرف الضعيف:

1. اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتعاقد معه خلال مدة معينة
2. الشرط الذي يلزم المستهلك بدفع تعويض باهظ نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزامه
3. اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتوقيع بانه على علم بكافة تفاصيل وبنود العقد وشروطه وحالة البضاعة رغم جهله الحقيقي بذلك.[2]

ومن الأمثلة على الشروط التي تؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من بعض حقوقه:

1. الشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف.
2. الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك.
3. الشرط الذي يحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير.

[1] موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص255.
[2] المصدر السابق، ص255.

4. تنازل المستهلك عن حقوقه في انهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع فيها عدم التنفيذ إلى خطأ المحترف.

5. شرط اللجوء عند المنازعة للتحكيم أو إلى إجراءات التسوية الودية دون اللجوء إلى القضاء العادي لا سيما إذا انطوى هذا الشرط على ارهاق للمستهلك كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة دولية أجنبية.[1]

وننوه إلى أن الشرط الذي يلزم المستهلك بدفع تعويض باهظ نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزامه المذكور أعلاه هو من أكثر الشروط انتشاراً في الحياة التعاقدية بين الأطراف، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي او الشرط الاتفاقي، فالشرط الجزائي: هو اتفاق يحدد المتعاقدان فيه مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه.[2]

وقد تم تعريفه أيضاً: التعويض المتفق على التزام المدين بأدائه عند إخلاله بالتزامه نحو دائنه.[3]، ويعتبر الشرط الجزائي أحد أصناف الشروط التعسفية نظراً للمبالغة الكبيرة في تقدير قيمة التعويض والتي لا يقبلها الطرف الآخر إلا إذا كان مضطراً أو غير عالم بصيغ التعامل وما يترتب عليه من التزامات بفعل هذا الشرط.

ومن المعلوم أنه يمكن أن يدرج الشرط الجزائي كبند من بنود العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، وكذلك يمكن أن يتم الاتفاق عليه لاحقاً في اتفاق منفصل يتبع العقد الأصلي ويجب أن يشمل هذا الاتفاق اللاحق على توقيع كل من أطراف العقد.[4]

---

[1] موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص255-256.

[2] عبد المجيد الحكيم، القانون المدني، أحكام الالتزام، ط3، ج2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص60.

[3] عبد السميع أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص123.

[4] حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، شركة التايمس للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص255.

كما ننوه إلى الشرط الجزائي جائز في كل العقود من حيث الأصل وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو شديد الانتشار في عقود المقاولات[1] إذ يشترط صاحب العمل على المقاول أنه إذا أخل بالتزامه خلال الفترة الممنوحة له فإنه يلتزم بدفع مبلغ نقدي كتعويض نظراً لهذا الاخلال، حيث نصت المادة (224) من القانون المدني المصري على أنه: (لا يكون التعويض الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر 2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويق باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين)[2].

وبناء على ما سبق فإن الشرط الجزائي يأخذ وصف الشرط التعسفي لما ينتج عنه من إخلال في التوازن العقدي، وبالتي يكون هذا الشرط تعسفياً ليس فقط في حالة المغالاة في تقدير التعويض فحسب، بل أيضاً في كل حالة يكون فيها الشرط لمصلحة الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف.

الفرع الثاني: خصائص الشرط التعسفي

بناء على كل ما سبق يمكن إجمال خصائص الشرط التعسفي بما يلي:[3]

1. أن الشرط التعسفي شرط صحيح، غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وغير مخالف للقواعد الامرة في القانون.

[1] نصت المادة (646) من القانون المدني المصري على أن: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)، أنظر كذلك نص المادة (780) من القانون المدني الأردني، والمادة (737) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] أنظر كذلك نص المادة (364) من القانون المدني الأردني. ونص المواد (240-242)، من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[3] حسين عبد الله الكلابي، مصدر سابق، ص230.

2. ان قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد على حدى بل بالنظر إلى مجموع تلك الشروط، فقد يكون أحد الشروط قد وفر منفعة للمشترط المحترف ففي حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.
3. ان الحماية من الشروط التعسفية إنما وجدت للتفاوت في القدرة الفنية والقوة الاقتصادية بين المحترف والمستهلك فإذا كانت الأطراف في منزلة واحدة ومتساوية من حيث القدرة الاقتصادية والفنية فلا سبيل لإثارة موضوع الشروط التعسفية لأن على كل متعاقد واجب العمل والمحافظة على حقوقه لأنه ليس بحاجة للحماية.
4. إن لمصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلولاً يختلف عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق[1] ذلك أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه سواء انطوت نية المشترط إلى الحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تنطو على ذلك، ولا يشفع للمشترط المحترف حسن نيته لأننا بصدد حماية المتعاقد المستهلك وليس اثبات التعسف بكون بافتراضه من خلال وجود المنفعة التي خولها الشرط للمحترف.[2]

[1] نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني على: (1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع 2- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة ت- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ث- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة). وكذلك نص المادة (5) من القانون المدني المصري: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات الآتية: أ- إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير ب- إذا كانت المصالح التي يرمى 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)، انظر كذلك نص المادتان (4) و (5) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] سليمان براك الجميلي، مصدر سابق، ص 12.

الفصل الثاني

الضمانات القانونية اللازمة لتحقيق التوازن العقدي

لما باتت الشروط التعسفية منتشرة في معظم العقود التي تتم بين الأفراد في ظل هذا التفاوت الاقتصادي والاجتماعي الحديث والمعقد، وما ترتب على ذلك من التفاوت الاقتصادي والقانوني الكبير بين مركز المتعاقدين وانفراد الجانب القوي منهما بوضع شروط العقد، لذلك كان لا بد للتشريع والقضاء أن يتدخلا للحد من تلك الشروط، حيث أنه من العدالة أن ينص القانون على وسائل أو يسن تشريعات تكفل حماية الطرف الضعيف لكي لا يكون ضحية أمام قوة الطرف الآخر وتعسفه، ومن المعلوم أنه ليس بوسع القضاء التدخل بغير سند قانوني لكي يحقق هذه الحماية وفق الأصول، فالأصل العام أن العقد شريعة المتعاقدين ولا مناص من أخذ المتعاقد بكل شروط العقد، مهما بدت جائرة ومتعسفة ما دامت لا تتضمن مخالفة للنظام العام والآداب العامة.[1]

إلا أن البحث في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية كجزء من النظام التقليدي لحماية المتعاقد يبدو مقصوراً على عقود الإذعان، وهو ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقصة محدودة النطاق بشأنها.[2]

وإذا كان تطبيق النظرية التقليدية يبدو أكثر قبولاً بالنسبة للعقود التي يتم إبرامها في ضوء تساوي أطراف العقد أو بدون إذعان من أحدهما للآخر، ولكن تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة حينما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التوازن بين المتعاقدين خصوصاً في عقود الإذعان التي ينصاع فيها المتعاقد لما يمليه عليه الطرف الآخر من شروط، لذا سنتطرق للحديث عن حماية الطرف

[1] عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، مصدر سابق، ص 192.
[2] عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946م، ص 64.

الضعيف من خلال القواعد العامة في القانون المدني **(المبحث الأول)** ومن ثم الحديث عن دور القضاء والتشريعات الخاصة في تحقيق التوازن العقدي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من خلال القواعد العامة في القانون المدني

لقد باتت الشروط التعسفية ظاهرة منتشرة في الكثير من العقود المبرمة بين الأفراد وخاصة تلك العقود المتضمنة شروطاً تعسفية، وبالتالي وجب على المشرع والقضاء التدخل لمواجهة هذه الشروط لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف،[1] والذي بدوره استعان بالمبادئ العامة في نظرية العقد، وذلك لمقاومة التعسف والإجحاف اللذين يلحقان بالمستهلك، وللعمل على حمايته من آثارهما غير العادلة أثناء التعاقد. في حين أن تطبيق هذه المبادئ الموصوفة بـ "الوسائل التقليدية" في شأن العقود التي تتضمن شروطاً تعسفية وخاصة العقود الحديثة، وما تحتويه هذه العقود من شروط تتسم بالدقة والتعقيد، لا يُواكب الرغبة في تحقيق التوازن العقدي في ضوء المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها مجتمعنا المعاصر، الأمر الذي دفع المشرع والقضاء إلى ابتداع تقنيات وأساليب جديدة؛ للحد من ظاهرة الشروط التعسفية، ولتوفير حماية حقيقية للطرف الضعيف في العقد.

عليه سنتناول في هذا الموضوع مطلبين، نخصص الأول إلى الحديث عن: مدى فاعلية القواعد العامة الواردة في القانون المدني في حماية الطرف الضعيف في العقد، أما الثاني فسيكون عن: الحماية القانونية الخاصة بعقود الإذعان.

المطلب الأول: مدى فاعلية القواعد العامة في حماية الطرف الضعيف في العقد

لقد خلت التشريعات العربية سابقة الذكر من إيراد نصوص صريحة تعالج الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، مما دفع القضاء إلى تطبيق القواعد العامة من أجل العمل على المحافظة على التوازن العقدي واستقرار المعاملات بين الأفراد، وإن الحديث عن فعالية قواعد القانون

[1] توفيق حسن فرج، النظرية العامة الالتزام في مصادر الالتزام، ط3، الدار الجامعية، بيروت، 1988م، ص62.

المدني في مقاومة الشروط التعسفية يتطلب منا بحثاً موسعاً ومطولاً لا يسمح المجال به، لذا سيتم تناوله بطريقة موجزة مع التركيز على القواعد التي لها علاقة مباشرة بعقود الاستهلاك، حيث سنتطرق للحديث عن غياب مبدأ عام في القانون المدني ليتمكن من معالجة الشروط التعسفية، وتحقيق التوازن العقدي بصفة عامة **(الفرع الأول)**، إضافة إلى قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق هذا الهدف **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن العقدي في مواجهة الشروط التعسفية

إن مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد، فبمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير ملزم للطرفين من حيث الأصل، وفي الحقيقة فإنه لا يوجد مبدأ عام في القانون المدني الأردني والمصري والمشروع الفلسطيني، يسعى إلى إقامة التوازن عقدي بصورة مباشرة، ولكن هذا لا يمنع من أن نجد في القانون المدني عدة نظريات يمكن أن تعمل على إعادة التوازن العقدي ولو تم تقييدها والتضييق من مجال تطبيقها وفي بعض الأحيان عدم إثارتها في مجال العقود التي تتضمن شروطاً تعسفية وخاصة عقود الاستهلاك، لذلك سنتطرق للحديث عن نظرية السبب، ومبدأ حسن النية، والتعسف في استعمال الحق، والإثراء بلا سبب، وفق ما يلي:

أولاً: نظرية السبب:

انطلاقاً من هذه النظرية[1] يمكن القول بأن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن[2] فالعقد بدون سبب الالتزام باطل، حيث نصت المادة (165) من القانون المدني الأردني على: (1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد 2- ويجب أن يكون

[1] انظر في نظرية السبب، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام – العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – القانون، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 338 وما بعدها، وكذلك حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص 117 وما بعدها.

[2] تنص المادة (136) من القانون المدني المصري: (إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً).

موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام والآداب)[1]، كما نصت المادة (166) من ذات القانون على أنه: (1- لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه 2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة مالم يقم الدليل على غير ذلك). وبالتالي يشترط لقيام السبب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب.[2]

والسؤال الذي يطرح هنا في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن ومواجهة الشروط التعسفية هو: هل يمكن الاعتماد عليها كمبدأ عام في هذا الإطار بالنظر إلى نصوص القانون المدني؟ يتبين ان نظرية السبب لا يمكن الاعتماد عليها في مواجهة الشروط التعسفية لأن بطلان السبب يؤدي إلى بطلان العقد ككل ولا ينتج أي أثر كان، وإن مصلحة المستهلك تكون في إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد الأصلي على حاله وذلك لحاجته الضرورية لتلكم الخدمة أو السلعة محل العقد.[3]

جدير بالذكر إلى أن القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 في المادة (1128) منه قد نص على: (إن أساسيات صحة العقد تكون في اتفاق الأطراف، أهلية المتعاقدين، مضمون قانوني ومشروع)،[4] حيث الغت هذه المادة السبب كشرط أو ركن في العقد والذي كان منظماً من السابق، في القانون المدني الفرنسي، في المواد (1131-1133) واستعاض عنه بمفهوم جديد وهو مضمون العقد، إذ اشترط فيه المشرع أن يكون مشروعاً ومؤكداً وذلك استناداً لنص المادة أعلاه.[5]

---

[1] انظر كذلك نصوص المواد (135-138) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] أمين دواس، القانون المدني، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط1، ج1، دار الشروق للنشر، رام الله، فلسطين، 2004، ص110.

[3] عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص339.

[4] "Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
1° Le consentement des parties ;
2° Leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain".

[5] يبدو أن المشرع الفرنسي بإصداره للقانون رقم (131) لسنة 2016م بشأن قانون تعديل القانون المدني الفرنسي قد أحدث ثورة قانونية في العالم، إذ بموجبه تغيرت أغلب الأفكار التقليدية التي تم الاعتياد على دراستها، وذلك كون ان القانون المدني الفرنسي يعد من أهم المصادر التاريخية للعديد من القوانين المدنية في دول العالم، وخاصة الدول العربية، كما إن من شأن هذه التعديلات أن تفتح آفاقاً واسعة في مجال البحث العلمي؛ نظراً لتأثر معظم التشريعات المدنية العربية بالنظرية المدنية الفرنسية.

وإن هذا يعتبر انتصاراً لنظرية الفقيه الفرنسي بلانيول والذي يعتبر نظرية السبب التقليدية غير صحيحة وغير ذي فائدة. إلا أنه ومن خلال الاطلاع على القانون الفرنسي الجديد يتبين لنا أنه تم الاحتفاظ بركن السبب ولو بشكل ضمني وذلك استناداً إلى المادة (1162) حيث نصت: (التنازل عن شروط العقد أو عن سببه يعتبر خرقاً للنظام العام..)،[1] وكذلك نص المادة (1135) من القانون الجديد، وبالتالي قد حافظ المشرع الفرنسي على مفهوم السبب بشكل ضمني بالرغم من الإلغاء الصريح له كما أسلفنا.[2]

ثانياً: مبدأ حسن النية

تنص المادة (202) من القانون المدني الأردني على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..)[3]، فأطراف العقد يجب أن يتعاملوا وفقاً لهذا المبدأ بأن لا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لإرهاقه والإجحاف بحقوقه، لذلك فالمهني (الطرف القوي) يجب أن يراعي مبدأ حسن النية في أثناء وضعه المسبق لشروط العقد، هذا كما يتضح من المادة أعلاه أنها تقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، إلا أن الفقه أجمع على أن مبدأ حسن النية هو مبدأ شامل لجميع مراحل التعاقد، الأمر الذي يمكن معه إتخاذ هذا المبدأ وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المهني والمستهلك.[4] وهذا ما جاء به القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 فقد نص في المادة (1104)[5] منه على وجوب أن يكون التفاوض على العقد

---

[1] "Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties".

[2] رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي، مقال منشور على موقع مجلة قانونك، (https://9anonak.blogspot.com/)، تاريخ الزيارة 2019/12/14، الساعة 5 مساءً.

"L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement".

[3] أنظر كذلك نص المادة (148) من القانون المدني المصري، ونص المادة (148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[4] انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005م، ص240، انظر كذلك، حمزة حداد، الإذعان وعقد التأمين، مصدر سابق، ص19.

[5] "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi".

وإبرامه وتنفيذه بحسن نية، أي أصبح الالتزام بحسن النية واجباً منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه مروراً بمرحلة إبرامه، وحسناً ما فعله المشرع الفرنسي حيث أن ذلك سيؤدي إلى تعزيز استقرار المعاملات القانونية بين الأفراد.[1]

ثالثاً: التعسف في استعمال الحق

أما فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحق، فيمكن الاستناد إليه نظرياً لمواجهة الشروط التعسفية، فكل شخص له الحق في أن يعرض على جمهور المستهلكين مختلف النماذج والعقود لشراء السلع والخدمات، لكن لا يكون له الحق أن يتعسف في استعمال هذا الحق بتضمين هذه العقود شروطاً تعسفية، وإن الربط الكلي بين نظرية التعسف في استعمال الحق والشروط التعسفية غير ممكن ولا يخلو من النقد، وذلك لأن التعسف في استعمال الحق ينحصر في ثلاث حالات كما تشير إليها المادة (5)[2] من القانون المدني المصري[3] وهي: إذا قصد بعمله الإضرار بالغير، وإذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر، وإذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، وفي هذا تجميد لفكرة الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها وحالاتها في صور معدودة ومحدودة، فتنحصر مع ذلك الحماية الواجب توافرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط، كما إن لمصطلح الشرط التعسفي مدلول يختلف عن مدلول نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود

[1] رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي، مقال منشور على موقع مجلة قانونك، (https://9anonak.blogspot.com/)، تاريخ الزيارة 2019/12/14، الساعة 7 مساءً.
[2] أنظر كذلك نص المادة (66) من القانون المدني الأردني، نص المادتان (4)،(5) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[3] تنص المادة (5) من القانون المدني المصري "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:
أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.
ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال 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."

التعسف أو افتراضه سواء انطوت نية المشترط على إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تنطو على ذلك.[1]

ويجب أن ننوه إلى عدم الخلط بين مفهومي الشرط التعسفي والتعسف في استعمال الحق، فالتعسف في استعمال الحق هو أحد تطبيقات الفعل الضار والذي يندرج تحت المسؤولية التقصيرية، في حين أن الشرط التعسفي يندرج تحت المسؤولية العقدية وفق ما تم بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

رابعاً: الإثراء بلا سبب (الفعل النافع)

والذي يقضي بأنه لا يسمح لأي شخص بأن يثرى على حساب الغير بدون سبب، حيث نصت المادة (293) من القانون المدني الأردني: (لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فإن أخذ فعليه رده)، وكذلك نص المادة (1/294): (من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير، ما لم يقضي القانون بغير ذلك)،[2] وبالتالي ولكي يقوم الإثراء بلا سبب فإنه ينبغي توفر ثلاثة شروط وهي أن يتحقق إثراء لشخص، وأن يقابل ذلك افتقار في جانب شخص آخر، وأن لا يكون هنالك سبب مشروع لذلك[3]، وإذا تحقق الإثراء بلا سبب وجب على المدين أن يرد قيمة المال الذي اكتسبه بلا سبب وذلك وفق ما يعادل الافتقار الذي أصاب الدائن، وبالتالي فإن قاعدة الإثراء بلا سبب هي مصدر لا تعاقدي للالتزام على عكس الشروط التعسفية التي تندرج ضمن العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإن العلاقة بين المستهلك والمهني هي العقد، لذلك لا يمكن الاعتماد على هذا المبدأ في إقامة التوازن العقدي.

---

[1] سليمان براك الجميلي، مصدر سابق، ص12.

[2] انظر كذلك نص المادة (179) من القانون المدني المصري حيث نصت على: (كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خصارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد). ونص المادة (200) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص363-364، انظر كذلك، عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص242-245.

وبالتالي إن النظريات سابقة الذكر لا تشكل من الناحية العملية حماية حقيقية للطرف الضعيف في العملية التعاقدية حتى وإن كانت تلكم النظريات تسعى لذلك بشكل عام.

الفرع الثاني: عجز نظرية عيوب الإرادة عن مواجهة الشروط التعسفية.

لقد اعتد المشرع الأردني بعيوب الإرادة باعتبارها قد تؤثر بإرادة المتعاقدين أو أحدهما فتجعل الرضاء فاسداً، حيث أن الإرادة هنا متوفرة لكنها أصيبت بعيب أثر على سلامتها حيث أن التصرف لم يصدر عن الشخص وهو بكامل حريته أو أنه لم يكن على بينة بها.[1] كما أن الشروط التعسفية التي ترد في العقود والتي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف تتم بدون أي مفاوضة أو نقاش، نظراً لحاجة الطرف الضعيف لهذه الخدمة أو السلعة، وبالتالي تكون إرادة الطرف الضعيف هنا معيبة بعض الشيء.

وقد نص القانون المدني الأردني على أنواع ثلاثة من عيوب الإرادة وهي: الإكراه، التغرير المقترن بالغبن، الغلط.[2]، وبالتالي سنتطرق للحديث عن عيوب الإرادة التي قد تساهم في الحد من الشروط التعسفية الواردة في العقود وذلك لغايات إعادة التوازن العقدي بين الأطراف وفق ما يلي:

أولاً: الإكراه[3]

إن الإكراه يصيب اختيار الشخص، فهو يعلم ما هو مقبل عليه ولكنه لا يقوم بذلك وهو بكامل حريته وإنما تحت التهديد والإجبار وبالتالي يترتب على ذلك فساد الرضاء، والإكراه يكون ملجئاً وغير ملجئ[4]، وبينت المادة (138) من القانون المدني الأردني[1]: (الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد

---

[1] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص100.

[2] تناول القانون المدني المصري عيوب الإرادة في المواد (120-130) وهي الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال. وتناولها أيضاً مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد (118-129) وهي الغلط، التغرير، الإكراه، الاستغلال.

[3] عرفت المادة (948) من مجلة الأحكام العدلية الإكراه بأنه: (هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه...)، أنظر كذلك نصوص المواد (1003-1007) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] نصت المادة (136) من القانون المدني الأردني: (يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم والمال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك).

الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار)[2]، ويشترط في الإكراه أن يكون غير مشروع، وأن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يكون هنالك رهبة في نفس المكرَه تدفعه للتعاقد. وإذا تحققت الشروط سابقة الذكر يكون العقد هنا قابلاً للإبطال ولكن إذا تمت إجازته من المكرَه أو ورثته بعد الزوال الإكراه يصبح صحيحاً.[3]

وبالتالي إن الإكراه باعتباره عيب للإرادة وفق قواعد القانون المدني لا يمكن أن نتخذه كوسيلة لمواجهة الشروط التعسفية،[4] لأن ما يتم العمل به في مجال السلع والخدمات لا يبين أن هذه العقود تمت تحت ضغط الإكراه أو أنها حققت شروط الإكراه سابقة الذكر، وكما جاء كذلك في نص المادة (127) من القانون المدني المصري[5].

وإن الإكراه الذي يتعرض له المستهلكون في الواقع العملي والذي يكون من قبل المهني (الطرف القوي) هو أعظم في التأثير على رضا المستهلك، فالإكراه الاقتصادي والإكراه الناتج عن ضعف القدرة والخبرة والحاجة الملحة لا يخول إبطال العقد وفقاً للقانون المدني. وبالتالي فإن ما يتعرض له المستهلكون من ضغوط واقعية وعملية لا يمكن تكييفها على أن أنها إكراه من شأنه أن يعيب الإرادة لعدم تحقق شروط الإكراه سابقة الذكر وكون الإكراه يعدم الرضا وفق ما تم بيانه سابقاً، في حين قد ذهب القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 على اعتماد الإكراه الناشئ عن الظروف كعيب من عيوب الإرادة وذلك استناداً لنص المادة (1143)[6]، وحسناً ما فعله المشرع الفرنسي كون أن الإكراه الذي يتعرض له المستهلكون في ظروف الواقع العملي والذي يكون

---

[1] أنظر كذلك نص المادة (126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] انظر نص المادة (949) من مجلة الأحكام العدلية.
[3] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 101-109.
[4] نائل عبد الرحمن صالح، مصدر سابق، ص43.
[5] نصت المادة (127) من القانون المدني المصري في الفقرة الأولى على: (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق..).
[6] "Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif".

من قبل المهني هو أعظم في التأثير على رضا المستهلك وبالتالي يجعله يؤثر على إرادته بشكل كبير، وبالتالي واستناداً إلى التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي أصبحت الظروف الاقتصادية التي يمر بها المستهلك عيب من عيوب الإرادة.[1]

ثانياً: الغلط

إن الغلط كعيب من عيوب الإرادة هو تصور مخالف للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام العقد فيتوهم الشخص شيئاً على غير حقيقته[2] مما يدعوه إلى التعاقد عليه.[3]

وقد عالج المشرع الأردني الغلط كعيب من عيوب الإرادة في نص المادة (153): (للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفه في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أ وصفة فيه)، وبالتالي يشترط بالتمسك بالغلط كعيب من عيوب الإرادة أن يكون الغلط هو الدافع للتعاقد سواء كان الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد، او كان الغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه كما في عقد الشراكة أو الهبة، او كان هنالك غلط في القانون[4] فمن كانت حصته في الميراث النصف ثم باعها على انها الربع فيجوز له هنا المطالبة بفسخ العقد، وكذلك أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر، وبالتالي يعتبر الغلط سبباً يجيز فسخ العقد إذا تحققت شروطه وفق ما نص عليه المشرع الأردني. [5]

---

[1] جليل حسن الساعدي، ندوة علمية في مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ في 2016/10/1، المجلات والبحوث العلمية، كلية القانون، جامعة بغداد، الموقع الإلكتروني (http://colaw.uobaghdad.edu.iq/)، تاريخ الزيارة 2019/12/5م، الساعة 8 مساءً.

[2] نصت المادة (208) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (إذا باع شيئاً وبيّن جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجاً على أنه ألماس بطل البيع).

[3] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص115.

[4] نصت المادة (154) من القانون المدني الأردني على أنه: (للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين (151، 153) ما لم ينص القانون بغيره).

[5] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، 115-121.

أما المشرع المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فقد اعتبرا أن الغلط يعد عيباً في الإرادة إذا كان هو الدافع الرئيس للتعاقد وكان أيضاً متصلاً بعلم المتعاقد أو كان من الممكن أن يتبينه[1]، سواء انصب الغلط على صفة جوهرية في الشيء او في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، على أن يكون كل ذلك محل اعتبار لدى المتعاقد، وإن الغلط هنا باعتباره عيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال وفق ما يراه المتعاقد الغالط مناسباً[2]، كما نصت المادة (121) من القانون المدني المصري على أنه: (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقد، أو يجب الاعتداد بها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد).[3]

وبالتالي يعتبر الغلط سبباً يترتب عليه بطلان العقد بشكل كامل إذا تحققت شروطه وفق ما نص عليه المشرع المصري وهذا على عكس ما جاء به المشرع الأردني حيث اعتبره سبباً يجيز فسخ العقد إذا تحققت شروطه، وذلك وفق ما يراه المتعاقد الغالط مناسباً.

ومن حيث تطبيق هذه النظرية على الشروط التعسفية، فمن يقع في غلط بشأن شرط تعسفي، يستطيع التمسك به لإبطال العقد ككل، وليس لإبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد كما هو، وهذا

[1] نقض مدني رقم (60/349) جلسة 1994/7/12م، المكتب الفني45، ج2، ياسر محمود نصار، شبكة المعلومات القانونية العربية (قوانين الشرق)، معهد الحقوق، بيرزيت- فلسطين، ص1192، الموقع الإلكتروني (https://www.eastlaws.com/)، تاريخ الزيارة 2019/10/4، الساعة 6 مساءً.

[2] نصت المادة (120) من القانون المدني المصري على أنه: (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل ان يتبينه).

[3] انظر كذلك نص المادة (120) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يخالف رغبة الطرف الضعيف المتعاقد الراغب في الحصول على السلعة أو الخدمة الضرورية التي يحتاجها.[1]

وقد حاول القضاء في فرنسا[2] تفعيل نظرية الغلط عن طريق فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المهني بشكل يؤدي إلى استبعاد احتمال وقوع المستهلك في غلط بشأن الشروط التعسفية، حيث ربط الاجتهاد القضائي بين الالتزام بالإعلام حول الشرط والغلط، فإذا لم يتم إعلام المتعاقد حول الشرط فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الشرط، ومن ثم إبطال العقد بسبب الغلط، ورغم كل هذا تبقى هذه النظرية قاصرة في توفير حماية للمستهلك؛ لأن هناك عديد من الشروط التعسفية يعلم بها المستهلك ويوافق عليها مضطراً تحت تعسف المحترف.

ثالثا: الغبن والتغرير[3]

نصت المادة (143) من القانون المدني الأردني على: (التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها). وبالتالي ولكي يكون التغرير كعيب يفسد الرضاء لا بد أن تتوفر شروط معينة وهي استعمال وسائل احتيالية، وأن يكون التغرير هو الدافع للتعاقد[4]، وأن يترتب على التغرير غبن فاحش.[5] حيث نصت المادة (145) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد). وإن الغبن هو عدم التعادل الذي يعاصر العقد بين

[1] عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص79.

[2] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation,Dalloz,4 ed,1996,p169.

[3] نصت المادة (164) من مجلة الأحكام العدلية على أن التغرير هو: (توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية).

[4] نصت المادة (144) من القانون المدني الأردني على أنه: (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة). تقابل المادة (2/125) من القانون المدني المصري، والمادة (2/124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[5] أمين دواس، مصدر سابق، ص86.

الالتزامات المتقابلة، والغبن الفاحش[1] هو الذي لا يدخل في تقويم المقومين[2]، أما الغبن اليسير فهو الذي يدخل في تقويم المقومين ويتم التسامح فيه عادة ولا يؤثر على التراضي من حيث الأصل[3]. ولا بد أن يجتمع التغرير والغبن الفاحش حتى يمكن فسخ العقد من قبل المتضرر من التغرير، ولكن إذا وقع كل من التغرير والغبن الفاحش مستقلاً لا يمكن فسخ العقد، وبالتالي إن الأثر المترتب على وجود التغرير والغبن الفاحش وفق المادة سابقة الذكر هو إمكانية فسخ العقد، في حين أن المشرع المصري قد اعتبر التدليس عيباً مستقلاً في الإرادة وسبباً مباشراً لإبطال العقد من قبل الشخص المدلس عليه، حيث نصت المادة (125) مدني على أنه: (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد).[4]

وننوه إلى أن المشرع الأردني في المادة (150) قد نص على ثلاث حالات يسقط فيها الحق في فسخ العقد المتضمن التغرير والغبن الفاحش وهي موت الشخص ضحية التغرير، والإجازة الضمنية، وفي حالة عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.[5]

وإن مجرد وجود الغبن لا يمنع من نفاذ العقد، إلا في الاستثناء الذي نصت عليه المادة (149)[6] من القانون المدني الأردني، حيث يمكن أن يترتب عن مجرد الغبن فسخ العقد في حالة ما

[1] عرفت المادة (165) من مجلة الأحكام العدلية الغبن الفاحش بأنه: (غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة).
[2] انظر نص المادة (146) من القانون المدني الأردني.
[3] لقد اعتد المشرع الأردني بالغبن اليسير في بعض الحالات وذلك وفق نص المادة (147) مدني: (إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين او المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن او إجازته من الدائنين وإلا بطل).
[4] انظر كذلك نص المادة (124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[5] نصت المادة (150) من القانون المدني الأردني على أنه: (يسقط الحق بالفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق بالفسخ، وبالتصرف بالمعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجازة، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته).
[6] تنص المادة (149) من القانون المدني الأردني على انه: (لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة).

إذا كان الطرف المغبون قاصر أو ناقص الأهلية أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او مال الوقف.[1]

وانطلاقاً من قراءة المواد المنظمة للغبن والتغرير في القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976[2] يظهر عدم فعاليتها في مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية، حيث أنه لا بد وأن يجتمع كل من التغرير والغبن الفاحش معاً حتى يصار إلى إمكانية فسخ العقد من قبل ضحية التغرير، ويتضح أن نظرية الغبن في التشريع الأردني لها نطاق ضيق جداً إلى حد كبير بحيث لا يمكن الاعتماد عليها لمواجهة عدم التوازن العقدي.

ومن خلال مراجعة نظرية عيوب الإرادة يتضح عدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك،[3] فالمؤثرات الحقيقية التي تدفع المستهلك إلى التعاقد في وضع يميل فيه ميزان الالتزامات التعاقدية إلى ما يحقق مصلحة المهني لا تعتبر عيوباً للإرادة وهي على الخصوص احتياج المستهلك إلى التعاقد للحصول على السلع والخدمات من جهة وضعفه وعدم خبرته من جهة أخرى.[4] وإن ما يترتب على تطبيق نظرية عيوب الإرادة هو إمكانية فسخ العقد أو إبطاله فقط وليس تحقيق التوازن العقدي بين أطرافه.[5]

وبالتالي إن النظريات التقليدية العامة الواردة في القانون المدني سابقة الذكر لا تشكّل حماية قانونية فاعلة مستقلة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، لذلك كان لا بدّ للمشرع أن يتدخل وذلك للعمل على توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعيف في العملية التعاقدية.

---

[1] امجد محمد منصور، مصدر سابق، ص110-115.

[2] أنظر المواد (143-150) من القانون المدني الأردني.

[3] عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص334.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص 60.

[5] لقد ذهب القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 على جواز فسخ العقد بالارادة المنفردة حيث نصت المادة(1224) على انه " يترتب الفسخ اما اعمالا للشرط الفاسخ او في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة نتيجة اخطار الدائن للمدين او بموجب قرار قضائي".

"La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice".

المطلب الثاني: الحماية القانونية الخاصة بعقود الإذعان

إن الأصل العام في التعاقد يقوم على أن العقد شريعة المتعاقدين، فإرادة العاقد حرة من حيث الأصل في إمكانية الخروج على كل ما ينظمه المشرع من قواعد مكملة ومفسرة، دون القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام، لكن نتيجة للتطورات الحديثة وما ترتب عليها نتج من الناحية العملية الكثير من العقود التي لا يتم فيها التعاقد بحرية بين المتعاقدين، إذ ينفرد أحد أطراف العقد بوضع وفرض ما يشاء من الشروط على الطرف الآخر، ولا يكون أمام هذا الطرف الضعيف إلا أن يقبل بالعقد بشروطه أو يرفضه دون أي مناقشة أو مساومة وذلك نتيجة لحاجته الضرورية لهذه الخدمة أو السلعة وهذا ما يسمى بعقد الإذعان **(الفرع الأول)**، وبعدما تبين لنا فشل النظريات التقليدية في توفير الحماية الكاملة لطرف الضعيف في عقود الإذعان، كان لا بد للمشرع أن يتدخل لمواكبة التطور والنص صراحة على تكفل توفير حماية حقيقة للطرف للطرف المذعن في العقد وإعادة التوازن العقدي بين أطرافه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

إن العقود تتم عادة بطريق المساومة فيناقش المتعاقدان فيها شروط العقد ويحددون آثاره، ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالباً متساويتين ومتكافئتين[1]، هذا كأصل عام واستثناءً كنتيجة للتطور الاقتصادي، ظهر ما يعرف بعقود الإذعان وهذا ما يسوقنا لدراسة تعريف عقد الإذعان **(أولاً)** وتحديد طبيعته القانونية **(ثانياً)**.

أولاً: تعريف عقد الإذعان

لتعريف عقد الإذعان ينبغي لنا التطرق إلى موقف الفقه من تعريفه، ثم بيان موقف التشريعات القانونية إزاء تعريفه، ثم بيان موقف القضاء.

[1] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 46-47.

أ. **التعريف الفقهي لعقد الإذعان:** يجمع الفقهاء على أن ساليي هو صاحب أول فكرة للاذعان حيث يرى أن: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".[1] ويلاحظ على هذا التعريف الذي أورده الفقيه سالي أنه اهتم بالإرادة المنفردة وبطريق انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون التعرض إلى موضوع العقد. في حين أن البعض الآخر قد عرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل (المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب (التاجر ومن في حكمه) ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنه أو شأنها.[2] ويقول الدكتور سليمان مرقس: "مع أنه الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها، فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصاً معينة إلى إبرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامه أو عدمه او في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر".[3]

وبالتالي فإن عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه أحد الطرفين بشروط العقد المقررة والتي يضعها الطرف الآخر القوي ولا يسمح بمناقشتها أو المفاوضة فيها وذلك نتيجة لتعلقها بسلع أو خدمات ضرورية تكون محل احتكار الطرف القوي.

ب. **التعريف التشريعي لعقد الإذعان:** إن أغلب التشريعات العربية قد تعرضت إلى عقد الإذعان، ولكن دون أن تتعرض إلى تعريف محدد لهذه الفئة من العقود، بل أوردت كيفية حصول القبول فيها،

[1] « Les contrats d'adhésion dans les queles il y a exclusive d'une seule volonté agissant comme unilatérole qui dicte sa loi non plus a un individu mais a une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unieateralment sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi – même »

نقلاً عن محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص 23.

[2] السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص 27. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، مصدر سابق، ص91.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990م ، ص 24.

فذكر في المادة (100) من القانون المدني المصري رقم (131) لعام 1948 والتي نصت على: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)[1].

كما تناولت المادة (104) من القانون المدني الأردني عقود الإذعان حيث نصت على أنه: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها)، وقد اتخذ المشرع الفلسطيني ذات الموقف للمشرعين المصري والأردني، حيث جاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني[2] في المادة (89): (يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).[3]

ويؤخذ على هذه النصوص السابقة أنها لم تراع ما استجد في مفهوم عقد الإذعان، فلم يعد هذا العقد اليوم محصوراً في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكراً لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر عقد إذعاناً إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقاً بإعداد شروط العقد، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أما الطرف الآخر المستهلك إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.[4]

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري هو أول مشرع يخص عقد الإذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة المادة (100) من التقنين المدني المصري المذكور أعلاه محل نقاش حاد، فكان حضرات مستشاري محكمة النقض المصري قد اقترحوا أن تصاغ المادة (100) كما يأتي: (عقد الإذعان هو الذي يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها)، وذلك ليكون النص مطابقاً لمرجعه وهو المادة (172) لبناني، محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص 28.

[2] ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، (https://www.lab.pna.ps)، تاريخ الزيارة 2019/11/17م، الساعة 7 مساءً.

[3] عبد الله ذيب محمود، مصدر سابق، ص 118.

[4] المصدر السابق، ص 119.

وننوه إلى ان القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م قد عرف عقد الإذعان[1] ولأول مرة في المادة (1110) بأنه: (العقد الذي يفرض فيه أحد المتعاقدين الشروط العقدية مسبقاً دون أن يكون للعاقد الآخر حرية مناقشتها، وكل شرط أو بند يرد في عقد الإذعان يعد كأن لم يكن).[2]

"Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties".

ج. **التعريف القضائي لعقد الإذعان:** عرفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الابتدائية عقود الإذعان بانها: "التي يملي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري والبحري وعقود توريد المياه والنور إلى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقوداً مطبوعة تضمنت شروط متشابهة وضعت لجميع العملاء".[3] وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أن عقد التأمين يعتبر عقد إذعان، يقوم المؤمن بطباعته بما يتضمن من شروط لا تقبل النقاش، وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف.[4] وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية (تشمل وثيقة التأمين على شروط مطبوعة يعدها المؤمن سلفاً..).[5] في حين أن محكمة النقض الفلسطينية قالت: (إن الإذعان في العقود يعني ان هنالك طرف ضعيف لا يملك القدرة على المناقشة والمجادلة وإرادته مقيدة بالقبول..).[6]

---

[1] نصت المادة (1171) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م على أنه: (أي شرط في عقد نموذجي نشأ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعتبر كأنه غير مكتوب).
"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

[2] جليل حسن الساعدي، مصدر سابق، الموقع الإلكتروني (http://colaw.uobaghdad.edu.iq/)، تاريخ الزيارة 2019/12/5م، الساعة 8 مساءً.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص 29.

[4] تمييز حقوق رقم 291/78، مجلة نقابة المحامين، س27، ع 1-6، 1979م، ص52، انظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/2541 (هيئة خماسية تاريخ 200/3/26)، المنشور على الصفحة 93 من عدد المجلة القضائية رقم 3 بتاريخ 2000/1/1، منشورات مركز عدالة (http://www.adaleh.info/)، تاريخ الزيارة 2019/11/5، الساعة 8 مساءً.

[5] تمييز حقوق 377/73، مجلة نقابة المحامين، 1974م، ص879.

[6] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في القضية الحقوقية رقم 2015/615، المفصول بتاريخ 2017/12/3م، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/12، الساعة 10 مساءً.

وأخيراً يمكن من خلال ما سبق استنتاج التعريف التالي: "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض وجهها سلعة أو خدمة معينة".[1]

ومن خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن عقد الإذعان يتميز بخاصيتين أساسيتين هما:[2]

1- الطابع التنظيمي وذلك بطريقة فرضه من جانب الموجب (الطرف القوي)، فهذا الشكل من العقود يوجد في شكل نمطي مفصل ويضم قائمة من الشروط موجهة لعموم الأشخاص.

2- تمتع الموجب بقوة اقتصادية تجعله ينفرد بتحرير العقد وفرض شروطه، ومصدر هذه القوة عادة هو الاحتكار القانوني مثل النقل بالسكك الحديدية، الاشتراك في خدمات المياه أو الكهرباء أو الغاز، أو الاحتكار الفعلي (عقد التأمين، عقد النقل البري، عقد بيع المنقولات أو السيارات الجديدة، عقد الفرانشايز[3]).[4]

والراجح في الفقه أن لعقد الإذعان عدة خصائص هي:[5]

1- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين مثل الماء والكهرباء والغاز[6]. 2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً او فعلياً أو على الأقل

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص 30-31.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص170، انظر كذلك، عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، ع1، كلية شرطة دبي، 1996، ص244.

[3] عقد الفرنشايز (حق الامتياز): هو عقد بين طرفين مستقلين قانونياً واقتصادياً يقوم بمقتضاه أحد أطرافه والذي يطلق عليه مانح الامتياز بمنح الطرف الآخر والذي يطلق عليه ممنوح الامتياز الموافقة على استخدام حق او أكثر من حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو المعرفة الفنية، لانتاج سلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز وفقاً لتعليماته وتحت إشرافه وفي منطقة جغرافية وزمنية محددة مع إلزامه بتقديم المساعدة الفنية وذلك مقابل مادي أو للحصول على مزايا أو مصالح اقتصادية.

[4] حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 47.

[5] تقول محكمة النقض المصرية: (إن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع او المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شانها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق). نقلاً عن أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص76.

[6] عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 49.

سيطرته عليها، سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق[1]. 3- أن يصدر الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محددة وغالباً ما تكون في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها، وأكثرها لمصلحة الموجب أو المنتج مثلاً فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر وهي في مجموعها من التعقيد بحث يصعب فهمها من عامة الناس.[2]

وبالتالي فإن عقد الإذعان هو قد حقيقي تتوافق فيه إرادة أطرافه من حيث الأصل، في حين أن الطرف الأقوى هو الذي يفرض ما يشاء من الشروط في العقد الذي تم تنظيمه من قبله من السابق دون أن يكون للطرف الضعيف أي فرصة للمناقشة، وإن عقود الإذعان تتعلق بالخدمات والسلع الضرورية والتي يتم احتكارها قانوناً أو فعلاً من قبل الطرف القوي ومثال ذلك المياه والكهرباء والاتصالات والغاز، ونتيجة لذلك يحدث اختلالاً بالتوازن العقدي بين أطرافه، وهنا تظهر أهمية دراسة عقد الإذعان.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لما ظهر عقد الإذعان ظهرت معه الحاجة لتحديد طبيعته من أجل إخضاعه لنظام معين ووضعه في إطاره المناسب من الناحية القانونية[3]، وهذا ما يؤدي بنا إلى ضرورة دراسة الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 46.
[2] عبد الفتاح بيومي الحجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 34، أنظر كذلك، حمدي محمد سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرداة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص180.
[3] إيمان بوشارب، مصدر سابق، ص 31.

انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسين، فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود وفريق آخر وسط بين الرأيين السابقين وسنتناول تلكم الآراء وفق ما يلي:[1]

الفريق الأول: ينكر أنصار هذا الفريق على عقد الإذعان وصف العقد، فيرى فيه مركزاً قانونياً منظماً، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها، فهو يجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة، وأن يطبق تطبيقاً تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية.[2] وحجتهم في إنكار صفة العقد على هذه العقود هي انعدام الإرادة الحرة. وأنصار هذا الرأي على رأسهم الأستاذ سالي، ويتبعه في ذلك فريق من الفقهاء أغلبهم متخصص في القانون العام، أمثال ديجي وخوريو، وحججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية وهي الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفترضها فكرة العقد، والنقاش فيه معدوم، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية.[3]

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.[4] وأنصار هذا الرأي هم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا ومصر، وهؤلاء يفندون مزاعم الرأي الآخر فيقولون أن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان، لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثراً إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد، والمساواة القانونية وهي المطلوبة في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة، لأن اتفاق الإرادتين

---

[1] سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص40.

[2] عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان في التشريع المصري، مصدر سابق، ص 140.

[3] عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان في التشريع المصري، مصدر سابق، ص97، انظر كذلك، عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص187، حمدي محمد سلطح، مصدر سابق، ص178.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 232، انظر كذلك، عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة، مصدر سابق، ص67.

في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى، ولا يشترط قانوناً لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين.[1]

الفريق الثالث: وهو المذهب الوسط ما بين الرأيين السابقين تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يغلب عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك ديموج.

ومنهم ما يقف بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية، فيعتبر عقد الإذعان خليطاً من جزئيين أحدهما تعاقدي والآخر لا ئحي وهو رأي الأستاذ جونو، وقد اتبع رأي جونو الفقيه لويس لوكا، ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو الأستاذ ديرو.[2]

وإن الرأي السائد في فرنسا يذهب إلى اعتبار عقد الإذعان عقداً حقيقياً[3] لأن إرادة الطرف القوي لا تكفي وحدها لإبرام العقد،[4] وإننا نميل إلى ما ذهب به فقهاء القانون المدني بأن عقود الإذعان هي عقود صحيحة لأنها تتم باتفاق طرفي العقد، حيث أن المشرع المصري في المادة (100) من القانون المدني قد نص على أنه: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) بالتالي فإن المشرع المصري قد أضفى صراحة على عقود

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان في التشريع المصري، مصدر سابق، ص 141.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص 53.

[3] حيث عرفت المادة (1110) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م عقد الإذعان ولأول مرة بأنه: (العقد الذي يفرض فيه أحد المتعاقدين الشروط العقدية مسبقاً دون أن يكون للعاقد الآخر حرية مناقشتها، وكل شرط أو بند يرد في عقد الإذعان يعد كأن لم يكن).

"Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties".

[4] سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، ج1، مكتبة كلية الحقوق الجامعة الأردنية، 1978م، ص81.

الإذعان الصفة العقدية.[1] وقد سار على نهجه كذلك القانون المدني الأردني في المادة (104) منه حيث نصت: (القبول في عقود الإذعان...)، وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (89): (يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

الفرع الثاني: الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد الإذعان

إن الاختلال الخطير في حرية التعاقد التي كشفت عنها التطورات الاقتصادية الحديثة، وخاصة بعد فشل النظريات التقليدية في توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد؛ أدت إلى تدخل المشرع وذلك بالنص صراحة على قواعد تكفل حماية الطرف المذعن حماية فعالة، وإن لعقود الإذعان في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني خصوصية؛ وذلك لوجود نصوص قانونية تهدف إلى حماية الطرف المذعن في العقود التي ينطبق عليها وصف الإذعان، وذلك استثناء من القواعد العامة[2]، فقد نصت المادة (1/202) من القانون المدني الأردني على: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..)[3] حيث أن الأصل هو أن العقد شريعة المتعاقدين فإذا اتفق طرفا العقد على عناصره الجوهرية والتفصيلية بالتراضي بينهما، فإنه يسهل تنفيذه وفقاً للشروط العقدية المتفق عليها بينهما[4]، وذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ومع ذلك فقد ينشب الخلاف حول بعض المسائل التفصيلية في العقد، فتظهر الحاجة إلى تفسير تلك المسألة المختلف عليها، وقد منح المشرع القضاء سلطة إعادة التوازن العقدي بين الأطراف خصوصاً تلك التي تتم بين المهني المحترف والمستهلك، فيتمثل دور القاضي

[1] حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص66.
[2] سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص201.
[3] انظر كذلك نص المادة (1/147) من القانون المدني المصري، والمادة (1/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[4] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص57.

هنا من خلال إغاثة المستهلك (الطرف الضعيف) وإعانته في حدود ما نص عليه القانون، وما هو مستقر عليه قضاءً، وذلك بمراجعة بنود العقد وتفسيرها، وتحديد مقاصد المتعاقدين بالرجوع إلى النية المشتركة بينهما[1]، وهذا يعني أن القاضي لا يتولى إنشاء العقد عن طرفيه ولا يملك السلطة الكاملة لمراقبة عدم التوازن العقدي؛ لأن تدخله في هذا المجال التعاقدي محكوم بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الممثلة لمبدأ سلطان الإرادة؛[2] أي أن تدخله يكون نابعاً من احترام إرادة طرفي العقد.[3] وإن هذا يقيد استخدام القاضي لقواعد التفسير القانونية؛ التي تشكل الأداة الأولى في مواجهة الاختلال العقدي، لا سيما إذا كانت عبارات العقد وشروطه واضحة وصريحة ولا غموض فيها، وكذلك في حال كون الإرادة المشتركة للمتعاقدين واضحة لا شك فيها.[4]

أولاً: عندما تكون عبارة العقد واضحة

إن تفسير العقد لاستخلاص الإرادة المشتركة بين المتعاقدين عمل يقوم به القاضي وذلك وفق قواعد معينة رسمها له المشرع[5]، فإذا كانت عبارات العقد وشروطه واضحة، وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فإنه لا يجوز للقضاء التدخل في مضمون العقد لتقرير وضوحه، وما على القاضي سوى تطبيق شروط العقد دون حاجة إلى تفسيرها؛ طالما جاءت معبرة بصدق عن إرادة المتعاقدين المشتركة،[6] فإذا انحرف القاضي عن عبارة العقد الواضحة فإن ذلك يعد تشويهاً وتحريفاً ووجب نقض حكمه[7]، وقد أكدت على ذلك المادة (1/239) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: (إذا

[1] نقض مدني طعن رقم 64/4901 جلسة 1995/3/6، المكتب الفني 46، ج1، تمييز حقوق طعن رقم 1954/45، ياسر محمود نصار، شبكة المعلومات القانونية العربية (قوانين الشرق)، معهد الحقوق، بيرزيت، فلسطين، ص 604 – 695.

[2] نقض مدني طعن رقم 64/4901، جلسة 1995/7/6، المكتب الفني46، ج1، ياسر محمود نصار، شبكة المعلومات القانونية العربية (قوانين الشرق)، معهد الحقوق، بيرزيت، فلسطين، ص604.

[3] السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص 38.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مطابع دار أخبار اليوم، القاهرة، 1996، ص 121.

[5] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص164.

[6] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية رقم 2012/570، المفصول في 2013/7/7.

[7] نقض مدني طعن رقم 66/11496 جلسة 1998/7/16، المكتب الفني 49، ج2، نصار، ياسر محمود، شبكة المعلومات القانونية العربية (قوانين الشرق)، معهد الحقوق، بيرزيت، فلسطين، ص 521.

كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)[1]، وهذا يدل على إلزامية الأخذ بالعبارة الواضحة كما هي من قِبل القاضي، وقد ذهبت محكمة النقض الفلسطينية في قرار لها: (شرط العقد كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل به، فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)،[2] وإن المقصود بوضوح العبارة هو وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية: "إن لمحكمة الموضوع صلاحية تفسير العقد بشرط ألا تنحرف عند تفسيرها عن التعرف على إرادة المتعاقدين"[3]

وبالتالي يجب أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها دالة على حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والأمر متروك لقاضي الموضوع كي يحدد ذلك، فإذا تبين لقاضي الموضوع أن عبارة العقد غير واضحة فإنه يجب عليه أن يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين حتى لو خالفت الإرادة الظاهرة لهما، وله أن يستعين بكافة المستندات المصاحبة للعقد أياً كان وقد صدورها.[4]

ثانياً: عندما تكون عبارة العقد غامضة

إذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من تأويل، فإنه لا مفر من تدخل القاضي من أجل تفسيرها وذلك وفق ما توجهت له الإرادة المشتركة لكلا المتعاقدين، حيث نصت المادة (2/239) من القانون المدني الأردني على أنه: (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما

[1] أنظر كذلك نص المادة (1/150) من القانون المدني المصري، ونص المادة (1/165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في القضية الحقوقية رقم 2015/309، المفصول بتاريخ 2017/2/20م، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/14، الساعة 11 مساءً.
[3] تمييز حقوق رقم 2003/2822 (هيئة خماسية) تاريخ 2003/10/30، منشورات مركز عدالة الموجودة على أقراص ممغنطة لدى معهد الحقوق، بيرزيت، فلسطين، تمييز حقوق طعن رقم 1963/226 جلسة 1963/9/29، ياسر محمود نصار، شبكة المعلومات القانونية العربية (قوانين الشرق)، معهد الحقوق، بيرزيت- فلسطين، ص 166.
[4] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص164-165.

ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري والمعاملات).[1] فقد وضع المشرع أمام قاضي الموضوع بعض الضوابط التي يتعين عليه أن يسترشد بها للوصول إلى الإرادة المشتركة بين المتعاقدين، كطبيعة التعامل وتوافر الثقة والأمانة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات،[2] حيث أن القاضي يجب أن لا يقف أثناء تفسيره للنصوص على حرفية اللفظ وإنما على مقصد المتعاقدين[3]، فقد نصت المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية على: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني..)[4] كما أن لقاضي الموضوع الاستعانة بالقواعد العامة في تفسير العقود والتي نص عليها المشرع الأردني في المواد (214–238) من القانون المدني والمستوحاة من الفقه الإسلامي[5]، ونذكر على سبيل المثال منها ما نصت عليه المادة (216): "إعمال الكلام خير من إهماله، لكن إذا تعذر إعمال كلام يهمل". فإذا وصل القاضي إلى ما قصده المتعاقدان من عبارات العقد فيكون قد وصل لمبتغاه، وإن تقدير وضوح العبارة وعدم احتياجها إلى تفسير، وغموضها واحتياجها إليه؛ مسألة قانونية يخضع قاضي الموضوع في تحديدها إلى رقابة محكمة النقض.[6]

ثالثاً: حالة قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين

إذا تبين للقاضي أن عبارات العقد ما زال يكتنفها الغموض فهذا يعني ان هنالك شك في التعرف على إرادة المتعاقدين فعندئذ يفسر الشك لمصلحة المدين حيث نصت المادة (1/240) من القانون

[1] انظر كذلك نص المادة (2/150) من القانون المدني المصري، والمادة (2/165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، الأردن، 1999، ص132، كذلك، خالد محمد سباتين، ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، 2001، ص106، كذلك، محفوظ لعشب بن حامد، مصدر سابق، ص153، كذلك، حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص128.
[3] يجب على المحكمة عند غموض العبارة أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متكاملة، وذلك وفق ما قضت به محكمة النقض المصرية في طعن رقم 394، لسنة 31 ق، جلسة 1966/6/9، شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2006م، ص 513.
[4] انظر كذلك نص المادة (214) من القانون المدني الأردني.
[5] انظر كذلك نصوص المواد (159-164) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[6] أمجد محمد منصور،مصدر سابق، ص168.

المدني الأردني على أنه: (يفسر الشك لمصلحة المدين)[1]، وحيث أن الأصل هنا أن يفسر الشك لمصلحة المدين، ولكن إذا تعلق الشك في عقود الإذعان فإن الشك هنا يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً وهذا استثناء على الأصل،[2] فقد نصت المادة (151) من القانون المدني المصري على انه: (يفسر الشك في مصلحة المدين ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن)، وهذه المادة تقابل نص المادة (2/240) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث خرجت هذه المادة عن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين بل أوجبت على القاضي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً وذلك باعتباره الطرف الضعيف في عقد الإذعان.[3]

ونستنتج مما سبق أن سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقد تعتبر من أهم الوسائل التي نص عليها المشرع وذلك لغايات مقاومة الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي بين الأطراف، وذلك بالرغم من أن سلطة القاضي محصورة بحدود ما نص عليه القانون، حيث أن قاضي الموضوع لا يمكنه المس بمحتوى العقد ولا بشروطه استناداً لنظرية سلطان الإرادة، وإنما يقتصر دوره المحدود في حالات غموض عبارات العقد، والشك في الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إلا أن تفسير قاضي الموضوع للإرادة الحقيقية لطرفي العقد يحقق قدر مهم من العدالة والتوازن العقدي بين الطرفين، وإن ما تم بيانه سابقاً يتعلق بالحماية التي يوفرها المشرع من خلال قواعد التفسير سواء عند وضوح عبارة العقد أو عند غموضها، أو في حالة الشك في الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أما فيما يتعلق بالحماية التي توفرها السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان،

[1] انظر كذلك نص المادة (1/151) من القانون المدني المصري، ونص المادة (1/166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 165-167، انظر كذلك، خالد محمد السباتين، مصدر سابق، ص108، كذلك، محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص134، كذلك، توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 240.
[3] فتحي التميمي، مصدر سابق، ص31، أنظر كذلك، توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص304، أنظر كذلك، خالد محمد السباتين، مصدر سابق، ص101.

والحماية التي توفرها التشريعات الخاصة للطرف الضعيف في العقد، فسوف نتطرق لها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: دور القضاء والتشريعات الخاصة في تحقيق التوازن العقدي

لقد أدت التطورات الاجتماعية والاقتصادية إلى جعل المشرع يتدخل في العلاقات العقدية وذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، وكذلك محاربة الغبن والاستغلال في العقود التي تبرم بين الأفراد، وبعدما تبين لنا فشل النظريات التقليدية في تحقيق التوازن العقدي؛ كان من الواجب على التشريع والقضاء إيجاد حلول أخرى لحماية الطرف الضعيف في العقد، فقد أعطى المشرع للقضاء سلطة التدخل في العقد لإقامة التوازن العقدي إذا وجدت ظروف استثنائية بعد انعقاده لم تكن متوقعه أدت إلى جعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقاً كما في نظرية الظروف الطارئة التي تم التطرق لها في الفصل الأول من هذه الدراسة، وسلطة تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها كما سيتم بيانه لاحقاً، وكذلك تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً وفق ما تم بيانه في عقود الإذعان سابقاً، وحيث أن الأصل أن يكون طرفي العقد على قدم المساواة، وأن تتحقق لهما الحرية الكاملة في مناقشة بنود العقد، ولكن قد ينفرد أحد طرفي العقد بوضع شروط العقد بما له من قوة اقتصادية ويفرضها على الطرف الآخر، وبالتالي فإن من العدالة أن ينص القانون على وسائل أو يسن تشريعات تكفل حماية الطرف الضعيف لكي لا يكون ضحية جور الطرف القوي وتعسفه،[1] كما أنه ليس بوسع القضاء من غير سند تشريعي أن يتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي بين الأطراف، لأن تدخله في المجال التعاقدي محكوم بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الممثلة لمبدأ سلطان الإرادة؛ إلا أنه واستثناء على الأصل لجأ القضاء لتوفير بعض الحماية للطرف الضعيف في العقد كلما سنحت له الفرصة، مستنداً بذلك إلى ما تتيحه القواعد القانونية العامة من أجل تحقيق بعض الحماية للطرف

[1] عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، مصدر سابق، ص193.

الضعيف في العقد (**المطلب الأول**)، كما قد يتدخل المشرع في سن قوانين خاصة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي

لما باتت الشروط التعسفية ظاهرة منتشرة في كثير من العقود؛ كان لا بد من مواجهتها من قبل القضاء، والذي بدوره استعان بمشروحات الفقه وأحكام العدالة والقواعد العامة، وذلك من أجل تحقيق بعض الحماية للطرف الضعيف في العقد كلما سنحت له الفرصة لذلك، ومقاومة التعسف والإجحاف اللذان يلحقان به، ولحمايته من آثارهما غير العادلة (**الفرع الأول**)، إلا أن تطبيق ذلك في العقود الحديثة وما تحتويه من شروط معقدة، لا يحقق الرغبة المرجوة في تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف في ظل هذه التغيرات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة، الأمر الذي دفع المشرع إلى إيجاد وسائل جديدة؛ لتحقيق التوازن العقدي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الحلول التي توصل إليها القضاء في غياب النصوص التشريعية

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، إلا أنه واستثناءً على هذا الأصل، لجأ القضاء إلى توفير بعض الحماية للطرف الضعيف في العقد كلما سنحت له الفرصة بذلك، متأثراً بشروح الفقه والقواعد العامة وأحكام العدالة التي افتقدتها بعض شروط التعاقد، وكذلك إلى ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تفسير العقد،[1] وقد جاءت الحلول التي وضعها القضاء على النحول التالي:

[1] خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص84.

أولاً: اشتراط العلم للاحتجاج بالشروط التبعية

غالباً ما يتخذ الإذعان صورة عقد مكتوب يعده المحترف سلفاً ويعرضه على زبائنه أو عقد هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها، ويتضمن العقد المذكور شروطاً عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمناً، كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال في ما تضعه شركات التأمين 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 التذكرة، ...إلخ.[1]

والأصل أن الشخص عندما يبرم العقد فإنه يحيط بكافة تفاصيله وشروطه، لذلك فقد كانت الأحكام تصدر بضرورة إلزام الطرف الضعيف بجميع الشروط الواردة في العقد، لكن القضاء الفرنسي فيما بعد عدل عن ذلك، وأعفى الطرف المذعن من الشروط التي لم يعلم بها، ولم يكن بإمكانه أن يعلم بها، أو أنه علم بها بعد تكوين العقد، وأن عدم العلم هذا يمكن أن يكون بسبب عدم وضوح الشروط الواردة في العقد، أو أن الشروط مصاغة بطريقة غير واضحة وغير مقروءة، وبالتالي فإن القضاء الفرنسي أعفى الطرف الضعيف من هذه الشروط بالحكم بعدم سريانها بحقه، دون الحكم ببطلانها، كونها لا تخالف القانون أو النظام العام، وهذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى النص في قانون سنة 1930م المتعلق بالتأمين البري على وجوب أن تكون وثيقة التأمين مكتوبة بحروف ظاهرة.[2]

وعلى نهجه سار المشرع المصري في القانون المدني في المادة (3/750) منه، حيث نصت على: (يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:...3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث،2006م، ص 231.
[2] خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص85-87.

ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط...)[1]، وعلى نهجه كذلك سار المشرع الأردني والمشرع الفلسطيني وفق ما سيتم بيانه لاحقاً.

ثانياً: تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة عند التعارض بينها

الأصل أنه ليس هنالك فرق بين الشروط المطبوعة والشروط المخطوطة فيما يتعلق بقوتها الملزمة، لكن القضاء الفرنسي لم يلتزم بذلك في عقود الإذعان لظروفها الخاصة، وبالتالي توجه القضاء الفرنسي إلى تغليب الشرط الخاص المخطوط على الشرط العام المطبوع عند التعارض؛ وذلك يرجع إلى أن الشرط المخطوط يكون وليد نقاش بين طرفي التعاقد، بعكس الشرط المطبوع الذي يذعن له الطرف الضعيف، وعلى ذات النهج سار القضاء المصري والقضاء الأردني، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية[2]: (القاعدة أنه إذا تعارض شرط في عقد مطبوع مع شرط مكتوب باليد، فيعتبر الشرط المكتوب باليد وحده ملزماً للفريقين على أساس انه يعبر عن إرادتهما...).[3]

ثالثاً: الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة الناسخة للإرادة الصريحة السابقة

ويكون ذلك عندما ينفذ العقد على نحو مغاير لمضمونه الصريح، ويستمر العمل بذلك بين طرفي العقد لمدة من الزمن، مما يستدل به على وجود تنازل ضمني عن الشروط الصريحة الواردة في العقد. ومثال ذلك ما أخذ به القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالأقساط المستحقة في وثائق التأمين، حيث درجت شركات التأمين على إدخال شرط في وثائقها يقضي بأن الأقساط واجبة الدفع في موطن الشركة أو لدى وكيلها المعتمد، فلا تلتزم الشركة بتحصيلها في محل إقامة المؤمن له، حيث أن

[1] أنظر كذلك نص المادة (924) من القانون المدني الأردني، والمادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م، ونص المادة (875) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
[2] تمييز حقوق رقم (77/388)، مجلة نقابة المحامين، ع1، 1978م، ص195، نقلاً عن خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص90.
[3] خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص88-90.

القاعدة العامة تقضي بأن الوفاء بالدين يكون بموطن المدين[1]، مع العلم أن هذه القاعدة ليست آمرة ويجوز الاتفاق على مخالفتها، ونظراً لما يحدث غالباً من قيام شركات التأمين بتحصيل الأقساط في محل المؤمن له، فقد قضت المحكمة الفرنسية على: (قيام شركة التأمين بتحصيل الأقساط بمعرفة مندوبيها من موطن المؤمن له واستمرار هذا العمل رغم صراحة النص بإلزام المؤمن له بالوفاء بالقسط في مقر الشركة، يعد تنازلاً من جانبها عن الاستفادة بهذا الشرط)[2]، وبناء على ذلك اتجهت شركات التأمين لتدارك هذا الموقف بأن ضمنت في وثائقها شرطاً صريحاً يقضي بعدم اعتبار الاعتياد على تحصيل الأقساط بموطن المؤمن له تنازلاً عن الشرط المتعلق باعتبار الأقساط محمولة، إلا أن القضاء الفرنسي استمر بإسقاط هذا الشرط حماية للمؤمن له رغم هذا الشرط الصريح، وعلى نهجه سار القضاء المصري إذ قضت محكمة الاستئناف المختلطة على أنه: (إذا اتفق في وثيقة التأمين على أن يقوم المؤمن له بدفع الأقساط في مقر الشركة، ثم جرت العادة بينه وبين الشركة على أن يتردد محصلها على منزله لتسلم الأقساط، فهذا يعتبر عدولاً عن الشرط المذكور في الوثيقة)[3].[4]

وبالتالي إن من أهم الحلول التي توصل إليها القضاء في هذه المجال هو اشتراطه العلم للاحتجاج بالشروط التعسفية، وعند التعارض بين الشروط فإنه يقدم الشرط المخطوط على الشرط المطبوع، واعتداده بالإرادة الضمنية اللاحقة الناسخة للإرادة الصريحة السابقة. بالإضافة إلى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً وفق ما تم بيانه في المبحث الأول من هذا الفصل، وحيث أن هذه الحلول قام المشرع بتقنين بعضها فيما بعد، إلا أن هذه الحلول لا تحقق الحماية المرجوة

[1] نصت المادة (2/336) من القانون المدني الأردني على أنه: (أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء...)، أنظر كذلك نص المادة (2/347) من القانون المدني المصري، ونص المادة (378) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] نقض فرنسي في 1887/12/27م، نقلاً عن خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص91.

[3] استئناف مختلط في 1937/4/14م، نقلاً عن خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص92.

[4] خالد محمد سباتين، مصدر سابق، ص90-92.

للطرف الضعيف في العقد؛ مما دفع المشرع إلى إيجاد وسائل أخرى من أجل تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف وفق ما سيتم بيانه لاحقاً.

الفرع الثاني: الحماية بواسطة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي

إن حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقود الإذعان يجب أن تتوفر في مرحلة تنفيذ العقد، إذ لا ينعقد الاختصاص لقاضي الموضوع إلا بناءً على طلب الطرف المذعن – وهذا على عكس الشروط الباطلة التي يثيرها قاضي الموضوع من تلقاء نفسه – حيث نصت المادة (149) من القانون المدني المصري على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك)، وتقابل هذه المادة نص المادة (204) من القانون المدني الأردني ونص المادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، فإذا تبين لقاضي الموضوع أن عقد الإذعان يشمل على شرط تعسفي جاز له التدخل من أجل تعديل هذا الشرط من أجل تحقيق التوازن العقدي بين أطرافه، أو حتى الإعفاء من هذا الشرط، كما أن للقاضي أن يبطل الشرط بشكل كامل، مع بقاء العقد صحيحاً، وإن تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا أمر يدخل في إطار سلطة قاضي الموضوع دونما معقب عليه من محكمة التمييز أو النقض[1]، وقد أقر كذلك المشرع معياراً يسترشد به قاضي الموضوع في إعمال سلطته أثناء حماية الطرف الضعيف، حيث أن القانون قد أجاز للقاضي تعديل أو حتى إلغاء الشرط التعسفي ولكن ضمن معيار العدالة. كما أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب قاضي الموضوع هذه الصلاحية.[2] وهذا ما أقرته محكمة التمييز الأردنية حيث اعتبرت أن عقد التأمين

[1] نقض مدني مصري في 1966/10/18، مجموعة المكتب الفني، س17، ص1543.
[2] انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مصدر سابق، ص60.

هو عقد إذعان، وكذلك يعتبر كل شرط تعسفي وارد في عقد التأمين عقد باطل استناداً لنص المادة (204) من القانون المدني الأردني سابقة الذكر وما يقابلها من التشريعات الأخرى.[1]

وفي هذا السياق ذهبت محكمة النقض الفلسطينية[2] في قرار لها: (ولا يغير من الأمر شيئاً أن الجدول الملحق بالوثيقة والمنظم باللغة الانجليزية قد اشتمل في نهاية الصفحة الأولى منه وباللغة العربية عبارة ((تستثنى البوليصة صراحة الأضرار الناتجة عن إصابة العمل)) ذلك أن العبارة المذكورة جاءت على نحو غير ظاهر وأقرب للخفاء منها للعلن هذا فضلاً عن أنها وردت باللغة العربية في مستند منظم باللغة الانجليزية، ناهيك عن أنها لم تدون بخط اليد بل وردت مطبوعة وفق نموذج معد. كما أنها تتعارض بل تتصادم مع البند الأول من وثيقة التأمين والذي يستفاد منه وعلى نحو جازم أن الإصابة التي تلحق بالمؤمن له وهو مقاول الناتجة عن مهنته أو أثناء ممارسة المهنة مغطاة بالتأمين)، وحسناً ما أقرته محكمة النقض الفلسطينية في كذلك كون أن الشرط هنا قد ورد باللغة العربية وبشكل غامض وغير ظاهر في مستند منظم بشكل كامل باللغة الإنجليزية، وحيث أن عقود التأمين تعتبر من العقود الخصبة للشروط التعسفية والتي تعد مسبقاً لذلك، وحيث أن الطرف المؤمن له هو الطرف الضعيف في هذا العقد، ففي هذه الحالة يجب أن يكون تفسير الشك والغموض في العبارات لصالح الطرف الضعيف وهو المؤمن له.

وكذلك فقد اعتبرت محكمة النقض الفلسطينية أن وجود شرط يجيز قطع التيار الكهربائي إذا تخلف المشترك عن دفع ثمنه مدة شهر دون الحاجة إلى اخطاره بضرورة دفع رسوم الكهرباء هو شرط

---

[1] لقد ذهب القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 في المادة (1195) إلى إعطاء القاضي المدني سلطة جديدة وذلك من أجل توسيع مجالات تدخله، حيث أصبح القاضي المدني طرفاً ثالثاً في العقد يتوسط المتعاقدين، إذ أعطاه المشرع إمكانية مراجعة العقد أو انهائه.
"…le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

[2] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية 2010/584، المفصول في 2012/2/22م، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/30، الساعة 8 مساءً.

تعسفي[1]، فالشركات المزودة للتيار الكهربائي بصفتها الطرف القوي تملي على المستهلكين شروطاً تعسفية لا تترك مجالاً للمناقشة فيها، ولا يكون أمام المستهلك إلا أن يقبل بتلكم الشروط نتيجة لحاجته الضرورية للتيار الكهربائي، حيث ورد في حكمها: (إن الشرط الوارد في عقد توريد الكهرباء للأفراد والذي يجيز قطع التيار الكهربائي إذا تخلف المشترك عن دفع الثمن مدة شهر، هو شرط تعسفي من شروط الإذعان الأمر الذي يسوغ للقضاء استبعاده).[2] كما أن محكمة النقض الفلسطينية قد ذهبت بحكم آخر إلى: (إن اية مبالغ يثبت ان المطعون ضده الاول قد دفعها للطاعنة (البلدية) دون وجه حق فإن من حقه استردادها، خاصة ان الزام المكلف المطعون ضده بدفع مساهمة في ثمن محول فيه إذعان بحق هذا الاخير وان الجهة الوحيدة التي تقوم بتزويد الكهرباء هي البلديات وان من حق المحكمة ان تحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني او فعلي لا سيما أن البلدية لم تتقدم بما يثبت احقيتها في استيفاء بدل محول وان الادعاء بان البلدية تقوم بذلك منذ عشرات السنين ليس من شأنه أن يضفي على هذه المطالبة الحماية القانونية خاصة وأنها أقرت بان نظام رسوم الربط صدر بتاريخ لاحق لتاريخ استيفاء بدل المحول محل الدعوى بسنوات).[3]

وإن نصوص المواد سابقة الذكر تشكل وسائل الحماية المقررة قانوناً لحماية الطرف المذعن بالرغم من وجود بعض التحفظات عليها.

فقد استطاع المشرع المصري في نص المادة (149) سابقة الذكر وما يقابلها في التشريعات الأخرى أن يحمي الطرف الضعيف من الشروط التعسفية جميعها سواء علم بها أم لم يعلم، وكذلك فإن المشرع لم يضع تعريفاً محدداً للشروط التعسفية تاركاً المجال مفتوحاً لقاضي الموضوع من أجل حماية الطرف

[1] فتحي ماجد التميمي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2010، ص39.

[2] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية 2004/128، المفصول في 2004/9/19م، المنشور على موقع المقتفي(http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/16، الساعة 10 مساءً.

[3] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية 2012/48، المفصول في 2014/7/3م، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/26، الساعة 9 مساءً.

الضعيف من هذه الشروط،[1] ولكن يؤخذ على نص المادة (149) سابقة الذكر وما يقابلها في التشريعات الأخرى أنها تطبق فقط على عقود الإذعان، حيث أن المشرع المصري لم يقرر أية حماية للطرف الضعيف في العقود التي تخرج عن عقود الإذعان، وخاصة عقود الاستهلاك، في حين اتجهت بعض التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي[2] إلى مواكبة هذا التطور بإصدارها قانون حماية المستهلك خاصة في عقود الإذعان وامتدّ ذلك إلى باقي العقود التي يكون أحد أطرافها شخص قوي النفوذ كعقد التأمين، وتم إعطاء قاضي الموضوع صلاحيات تمكنه من التدخل لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف، وقد سار على نهجه مؤخراً المشرع الفلسطيني حيث أنه عالج ظاهرة الشروط التعسفية في عقد التأمين من خلال قانون التأمين الفلسطيني[3] رقم (20) لسنة 2005 وفي عقود الاستهلاك من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م واللوائح التابعة له[4].

وننوه أن القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016 في المادة (1195)[5] قد نص على إعطاء القاضي المدني سلطة جديدة وذلك من أجل توسيع مجالات تدخله، حيث أصبح القاضي المدني طرفاً ثالثاً في العقد يتوسط المتعاقدين، إذ أعطاه المشرع إمكانية مراجعة العقد أو انهائه.[6]

المطلب الثاني: دور التشريعات الخاصة في تحقيق التوازن العقدي

نظراً للتطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي المعقد الذي شهده العصر الحديث مؤخراً وما نتج عن ذلك من ظهور للعديد من العقود الحديثة والتي عادة ما تكون مطبوعة ومعدة من السابق وموجهة لجمهور المستهلكين لمواكبة السرعة والتطور، وحيث أن الأصل هو حرية الإرادة في التعاقد

[1] توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص62، أنظر كذلك، حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص243.

[2] رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط1، دار الهاني للطباعة، القاهرة، 1994م، ص52.

[3] قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (62)، بتاريخ 2006/3/25م، ص5.

[4] قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (63)، بتاريخ 2006/4/27م، ص29.

[5] "…le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

[6] رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي، مقال منشور على موقع مجلة قانونك، (https://9anonak.blogspot.com/)، تاريخ الزيارة 2019/12/14، الساعة 5 مساءً.

وحريتها كذلك في المناقشة والمفاوضة والمساومة بخصوص شروط العقد وأحكامه، إلا أن هذا التطور الاقتصادي أدى إلى ظهور بعض الحالات لاحتكار الخدمات والسلع الضرورية، بحيث لا يكون أمام الطرف الضعيف هنا إلا أن يقبل بشروط العقد كما هي، وبالتالي كان لا بد للمشرع أن يتدخل ويسن تشريعات؛ لمواكبة هذا التطور لحماية الطرف الضعيف في العقد وإعادة التوازن العقدي بين أطرافه، لذلك سنتطرق للحديث عن الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد التأمين **(الفرع الأول)** ومن ثم سنتطرق للحديث عن الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تحقيق التوازن العقدي من خلال التشريعات الخاصة بعقد التأمين

من المعلوم أن شركات التأمين (المؤمن) تضع شروطاً على المؤمن له، تقضي بسقوط حقه بمبلغ التأمين أو بطلان العقد في حال تخلفه عن القيام بأمر ما، ونظراً لخطورة مثل هذه الشروط، فقد أولاها المشرع عنايته؛ إذ نص على شكلية معينة لا بد من مراعاتها وإلا عد الشرط الوارد في عقد التأمين باطلاً، وإن عقد التأمين يعتبر من عقود الإذعان وذلك استناداً لما أقرته محكمة التمييز الأردنية: (إن عقد التأمين يعتبر عقد إذعان، يقوم المؤمن بطباعته بما يتضمن من شروط لا تقبل النقاش، وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف.[1] وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية (تشمل وثيقة التأمين على شروط مطبوعة يعدها المؤمن سلفاً..)[2]. حيث أن المؤمن له لا يملك أي فرصة لمناقشة الشروط التي يمليها عليه المؤمن، وحيث ان هذه الشروط ترد بشكل مطبوع وموجهة للناس كافة، ولا يكون أمام المؤمن له أي دور في المناقشة أو المساومة.[3] وقد كرس المشرع الفلسطيني حماية المؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين بالنص على بطلان بعض شروط

[1] تمييز حقوق رقم 291/78، مجلة نقابة المحامين، س27، ع 1-6، 1979م، ص52.
[2] تمييز حقوق 377/73، مجلة نقابة المحامين، 1974م، ص879، انظر كذلك، تمييز حقوق 2004/3589، (هيئة خماسية)، تاريخ 2005/2/22، منشورات مركز عدالة (http://www.adaleh.info/)، تاريخ الزيارة 2019/11/4، الساعة 8 مساءً.
[3] فتحي ماجد التميمي، مصدر سابق، ص34، انظر كذلك، خالد محمد السباتين، مصدر سابق، ص44.

العقد، فقد نصت المادة (12)[1] من قانون التأمين الفلسطيني لسنة 2005م على الشروط التي تبطل في عقود التأمين[2]: (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 متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط 4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة 5- كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه)[3].

وقد أبطلت المادة (141) من قانون التأمين سابق الذكر 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 فيها عدا العلامات الواجب وسمها بموجب القانون 6- رخصة قيادة سارية المفعول مهما كانت المدة التي مضت على إصداره).

وقد ذهبت محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم (2012/570) على أنه: (إذا كانت وثيقة التأمين تشترط وجود حراسة على المستودع على مدار (24) ساعة وجاء ذلك في ملاحظة مستقلة واضحة في العقد فإن ذلك لا يعتبر من شروط الاذعان وإن أساس مسؤولية شركة التأمين هي مسؤولية تعاقدية ناتجة عن عقد التأمين المبرم بين شركة

[1] حكم محكمة استئناف رام الله الفلسطينية، في الدعوى الحقوقية رقم 2017/505، المفصول في 2017/11/14، المنشور على موقع مقام (https://maqam.najah.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/15، الساعة 10 مساءً.

[2] أنظر كذلك نص المادة (750) من القانون المدني المصري، ونص المادة (924) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (875) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية رقم 2015/1266، المفصول في 2016/10/20، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/14، الساعة 10 مساءً.

التأمين والطرف المؤمن وهو عقد رضائي يتم ابرامه بين الطرفين بحريتهما ورضائهما وملزم لهما بكل ما ورد فيه من شروط دون أن يكون هناك أي إذعان، فإذا لم يكن هناك حراسة على المستودع وقت السرقة فان المؤمن يكون قد خالف الشرط المذكور في وثيقة التأمين وان ذلك يعفي شركة التأمين من مسؤولية التعويض عن السرقة).[1] أي أنه إذا ورد الشرط في عقد التأمين بشكل واضح وظاهر، فإن هذا الشرط لا يعتبر شرط تعسفي، وذلك استناداً إلى أن أساس المسؤولية لشركة التأمين هي مسؤولية تعاقدية ناتجة عن عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين والطرف المؤمن له وحيث أن هذا العقد هو عقد رضائي تم إبرامه بين الطرفين بحريتهما ورضائهما وملزم لهما بكل ما ورد فيه من شروط –إلا ما استثني بنص القانون– وبالتالي يعتبر هذا الشرط الظاهر والواضح غير تعسفي، وذلك استناداً إلى نص المادة (3/12) من قانون التأمين سابق الذكر.

وقد ذهب الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز الأردنية على أن الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين الشامل التي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة المتمثل ببدل عطل سيارة المؤمن له عن مدة التصليح باطلة بمقتضى المادة (924) من القانون المدني الأردني وذلك لكونها شروط تعسفية.[2]

الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي من خلال التشريعات الخاصة بحماية المستهلك

إن في ظل تفاوت الأحوال الاقتصادية والاجتماعية وزيادة الاستهلاك وارتفاع الأسعار وضعف الرقابة التي تضمن سلامة السلع والخدمات الموجهة للجمهور، وما تحتويه غالبية عقود الاستهلاك من شروط تعسفية؛ كان لا بدّ للمشرع من التدخل والعمل على تشكيل اللبنة الأساسية للعمل على ضمان

[1] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، في الدعوى الحقوقية رقم 2012/570، المفصول في 2013/7/7، المنشور على موقع المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu/)، تاريخ الزيارة 2019/10/16، الساعة 9 مساءً.
[2] تمييز حقوق رقم 2010/837، مفصول في 2010/12/20، منشور على مركز عدالة (http://www.adaleh.info/)، تاريخ الزيارة 2019/11/14، الساعة 9 مساءً.

حقوق المستهلك وحمايته من أية خسائر كانت وذلك اثناء تعاقده مع الطرف القوي.[1] وحرصاً من المشرع الفلسطيني على مواكبة التطور والأحداث فقد عمد على إصدار قانون خاص ينعى بحماية المستهلك فسنّ قانون حماية المستهلك الفلسطيني[2] رقم (21) لسنة 2005م، واللوائح التنفيذية التابعة له وذلك على مرحلتين، اللائحة التنفيذية الأولى رقم (13) لسنة 2009 والتي تعنى بإجراءات حماية المستهلك الفلسطيني،[3] واللائحة التنفيذية الثانية رقم (15) لسنة 2009 والتي تعنى بإنشاء المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك في فلسطين.[4]

وقد عرف قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة الأولى منه بأن المستهلك هو: (كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة)[5]، وقد أخذ المشرع الفلسطيني بالمفهوم الواسع للمستهلك وذلك لصغر حجم المنشآت الفلسطينية وطبيعتها العائلية والظروف الصعبة التي يعيشها المستهلك الفلسطيني. [6] إلا أن ذلك قد يؤدي إلى خلق نزاعات قضائية لا حصر لها في مجال حماية المستهلك في فلسطين مما قد يسبب عبئاً زائداً على كاهل القضاء الفلسطيني الفتي.

وقد واجه قانون حماية المستهلك الفلسطيني ظاهرة الشروط التعسفية من خلال أمرين وهما: التوعية بظاهرة الشروط التعسفية، ومنح جمعيات حماية المستهلك مهمة الدفاع عنه:

فقد عرف المشرع الفلسطيني من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة الأولى منه جمعيات حماية المستهلك بأنها:[7] (كل جمعية غير ربحية تؤسس لأغراض غير سياسية أو تجارية او

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مصدر سابق، ص89.

[2] أنظر كذلك قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018، وقانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.

[3] اللائحة التنفيذية رقم (13) لسنة 2009م بخصوص حماية المستهلك الفلسطيني، المنشورة في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (86)، بتاريخ 2010/6/9م، ص80.

[4] اللائحة التنفيذية رقم (15) لسنة 2009م بخصوص إنشاء المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، المنشورة في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (86)، بتاريخ 2010/6/9م، ص105.

[5] أنظر كذلك نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك المصري، ونص المادة (2) من قانون حماية المستهلك الأردني.

[6] باسم مكحول، نصر عطياني، شاكر خليل، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، 2004، ص21.

[7] أنظر كذلك نص المادة (2) من قانون حماية المستهلك المصري، ونص المادة (15) من قانون حماية المستهلك الأردني.

اقتصادية، وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم وتمثلهم لدى كافة الجهات الرسمية وغير الرسمية).

وقد نصت المادة (5) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على أنه: (يهدف المجلس إلى حماية حقوق المستهلك الاقتصادية وضمان عدم تعرضه إلى أية مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتفاعه 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).[1]

وبالتالي إن توعية المستهلك بالشروط التعسفية التي يمكن إدراجها في العقود الاستهلاكية يكون من خلال ما تقوم به الجمعيات من نشر لبعض الصحف والمجلات والنشرات والتي تزود المستهلكين بخصائص السلع والخدمات المعروضة في الأسواق وكذلك عقد الندوات والمؤتمرات وإعداد الدراسات المتخصصة في ذلك، وكذلك تمثيل المستهلكين أمام الجهات الرسمية وغير الرسمية ومباشرة الدعاوي عنهم أمام الجهات المختصة،[2] وإن تشكيل هذه الجمعيات للدفاع عن المستهلكين لهو أسلوب تشريعي جديد يهدف إلى إقامة التوازن العقدي بين الأطراف[3]. كما أنه يجب أن يتم تحرير

[1] انظر كذلك نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك المصري، ونص المادة (2) من قانون حماية المستهلك الأردني.
[2] أنظر نص المادة (7/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.
[3] أنظر قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (26) لسنة 2010م، بنظام جمعيات حماية المستهلك، المنشورة في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (90)، بتاريخ 2011/3/30م، ص143.

الشروط الواردة في عقود الاستهلاك باللغة العربية وبشكل واضح وذلك وفق ما نصت عليه المادة (12) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني: (يجب أن تدرج على بطاقة البيان باللغة العربية المعلومات التي تعتمدها مؤسسة المواصفات والمقاييس تبعاً لطبيعة كل سلعة ووفقاً لخصائصها).[1]

وقد عالج المشرع الفلسطيني من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني ظاهرة الشروط التعسفية[2] فقد نص في المادة (23) منه 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).[3]

وبالتالي إن التفاوت الاقتصادي والقانوني بين المستهلك والمهني جعل الأخير ينفرد بوضع شروط العقد وفق ما يتناسب مع مصلحته ولا يكون أمام المستهلك إلا القبول بها دون أي تحفظ أو نقاش، وبالتالي كان لا بد من مراجعة شروط العقد وإزالة المجحف منها وذلك لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، وحسناً ما فعله المشرع الفلسطيني في نص المادة (23) سابقة الذكر إلا أنه يؤخذ على ذلك أنه حتى يومنا هذا لم ينجز ما أقرته هذه المادة والتي أجازت لمجلس الوزراء أن يصدر نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك. وبالتالي إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ما زالت معلقة إلى حين أن يصدر نظام بذلك.

---

[1] انظر كذلك نص المادة (5) من قانون حماية المستهلك المصري.

[2] نصت المادة (1171) من القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الحديثة لسنة 2016م على أنه: (أي شرط في عقد نموذجي نشأ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعتبر كأنه غير مكتوب).
"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

[3] انظر كذلك نص المادة (22) من قانون حماية المستهلك الأردني.

ونستنتج أن التدخل التشريعي الذي جاء في إطار قانون حماية المستهلك قد عمل على مقاومة الشروط التعسفية من خلال استبعادها دون إبطال العقد ككل، وكذلك من خلال منع المهني من إدراج شروط تتمتع بالصفة التعسفية أثناء تعاقده مع المستهلك[1]، كما أن المشرع قد خلق وسائل توعوية ووقائية من خلال جمعيات حماية المستهلك وذلك لتحسين رضاء المستهلك وتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، وقد جاء ذلك بعد أن أثبت الواقع العملي فشل القواعد العامة في تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف وذلك وفقاً لما تم بيانه سابقاً.

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نتحدث عن أهم المحاور الرئيسة لاختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، وكذلك الحديث عن الضمانات القانونية اللازمة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، وذلك من خلال الحديث عن مفهوم الشروط التعسفية وتمييزها عن غيرها من النظم الأخرى، وكذلك الحديث عن أنواعها وخصائصها، والضمانات والآليات القانونية للحماية منها، سواء في ظل القواعد العامة في القانون المدني، أو من خلال التدخل القضائي للحد منها، أو من خلال التشريعات الخاصة.

وحيث أن موضوع اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية يعتبر من أكثر المواضيع المهمة والخطيرة؛ وذلك لما فيه من آثار سلبية على حرية التعاقد، حيث أصبح المتعاقد

[1] نصت المادة (22) من قانون حماية المستهلك الأردني على أنه: (أ-...للمحكمة أن تحكم ببطلان الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المزود والمستهلك أو أن تعدلها أو تعفي المستهلك منها بناء على طلب من المتضرر أو الجمعية، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ب- يعد من الشروط التعسفية بصورة خاصة كل شرط: 1- يؤدي إلى إخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود والمستهلك على خلاف مصلحة المستهلك 2- يسقط أو يحد من التزامات أو مسؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون أو أي تشريع نافذ 3- يتضمن تنازلا من المستهلك عن أي حق مقرر له بمقتضى هذا القانون أو أي تشريع نافذ 4- يتضمن منح المزود الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادته المنفردة 5- يتضمن الزام المستهلك في حال اخلاله بتنفيذ التزاماته بدفع تعويض لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب المزود 6- يتضمن الزام المستهلك في حال انهائه العقد قبل انتهاء مدته بدفع مبلغ من المال لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب المزود 7- يسقط حق المستهلك في اللجوء الى القضاء أو الوسائل البديلة لفض المنازعات وفقا للتشريعات النافذة 8- يعفي المزود من التزامه بتقديم خدمات ما بعد البيع أو تامين قطع الغيار ما لم يكن هذا الشرط مضافا الى العقد بخط يد المستهلك بصورة تدل دلالة صريحة وواضحة لا لبس فيها على علم المستهلك لمضمونه وموافقته عليه. ج- يعتبر القرار القطعي الصادر عن المحكمة ببطلان الشروط التعسفية نافذا بحق المزود المحكوم عليه).

الضعيف تحت رحمة الطرف القوي اقتصادياً في العقد وليس لهذا الحد فقط بل قد يقع المشتري تحت تعسف البائع وذلك ليس نتيجة إلى ضعفه اقتصادياً وإنما لعدم خبرته الفنية والقانونية في مجال التعاقد، فقد اكتفت القوانين المدنية العربية بما ورد في القواعد التقليدية للقانون المدني والتي أثبتت عجزها في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وعجزها أيضاً في مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية بشكل مستمر.

لهذا كان لا بد من حماية المتعاقد وخاصة المستهلك من خطر الشروط التعسفية، وذلك من خلال تطوير آليات جديدة لحماية المتعاقد، لهذا ظهرت عدة محاولات لتقييد مبدأ سلطان الإرادة، وتقييد الإرادة من أن تفرض ما تشاء من شروط في العقد دون مناقشتها أو تعديلها أو استبعادها، حيث ظهرت نظرية الإذعان وذلك لحماية المتعاقد الضعيف اقتصادياً من خطر الشروط التعسفية المتعلقة بسلعة أو خدمة ضرورية وفق ظروف محددة، وكان ثمرة ذلك تنظيم عقد الإذعان والنصوص التي قدمها المشرع لغرض حماية المتعاقدين في ظل التعاقد بمثل هذه الظروف التي تم بيانها سابقاً، ولقد ترتب على تطور العلاقات التعاقدية والنظم الاستهلاكية في العالم أن ظهرت أنواع من العقود لا ينطبق عليها وصف الإذعان وبالتالي لا تشملها الحماية المقررة في نظرية الإذعان وإن كانت في حقيقة أمرها وطبيعتها هي عقود إذعان، وذلك لأن المتعاقد يضطر إلى الموافقة على جميع الشروط دون أي مناقشة، وهذا النوع من العقود يكون عادة في عقود الاستهلاك وعقود التأمين، مما جعل الحماية من الشروط التعسفية التي نظمتها نظرية الإذعان قاصرة عن توفير الحماية في ظل عقود الاستهلاك وأي عقود أخرى تتم بهذه الطريقة، لذلك ظهرت المحاولات التشريعية الحديثة في العالم لغرض استبعاد الشروط التعسفية. وقد أوردنا بعض النتائج والتوصيات التي من الممكن الأخذ بها لغرض توفير حماية أكبر من الشروط التعسفية وذلك لمسايرة التطورات القانونية التي حصلت في العالم من جهة وإضفاء أكبر قدر ممكن من الحماية على العقود التي تبرم من قبل المحترف مع

المستهلك من جهة أخرى، وندرج هنا أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل لها من خلال هذه الدراسة:

أولاً: النتائج:

1. إن الأصل هو حرية التعاقد، ويكون ذلك في إمكانية خروج العاقدين على كل ما ينظمه التشريع من قواعد مكملة ومفسرة دون القواعد الآمرة، والقواعد المتعلقة بالنظام العام.
2. إن الشرط التعسفي هو شرط صحيح ويكون في التعسف في استعمال رخصة مشروعة من حيث الأصل، على عكس الشرط الغير مشروع الذي يترتب عليه البطلان.
3. إن الشرط التعسفي غير محصور وغير محدد بنص معين، في حين أنه قدر يرد في بعض القوائم على سبيل المثال لا الحصر.
4. لا يجوز لقاضي الموضوع التدخل لإعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد دون سند تشريعي.
5. إن نظرية الإذعان قاصرة عن توفير الحماية في ظل عقود الاستهلاك وأي عقود أخرى تتم وفق المفاهيم الحديثة.
6. إن النظريات التقليدية العامة الواردة في القانون المدني لا تشكل حماية قانونية فاعلة ومستقلة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف في ظل الشروط التعسفية.
7. لقد عالج المشرع الفلسطيني من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني ظاهرة الشروط التعسفية في المادة (23) منه، إلا أنه إلى يومنا هذا لم ينجز ما أقرته هذه المادة، وبالتالي تكون الحماية هنا معلقة إلى حين صدور نظام بذلك.

ثانياً: التوصيات

1. يجب منح قاضي الموضوع صلاحيات موسعة للبحث في الشروط التعسفية الواردة في العقود وذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف.
2. يجب سن أحكام خاصة تعالج مسألة الشروط التعسفية، دون الاكتفاء بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني.
3. يجب إصدار الأنظمة واللوائح الخاصة بحماية المستهلك وذلك لإكمال ما جاء في قانون حماية المستهلك.
4. يجب تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك وتحويل دورها الوقائي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى دورها العلاجي وذلك لضمان حماية حقيقية للمستهلكين.
5. يجب على جمعيات حماية المستهلك إعداد دورات وندوات متخصصة في حماية المستهلك وذلك في مراكز المدن وبشكل دوري، ونشر الصحف ومجلات والنشرات التي توضح لجمهور المستهلكين خصائص السلع والخدمات وتوعيتهم بالشروط التعسفية.
6. يجب أن يكون عبء الإثبات في عملية التقاضي واقع على عاتق من وضع الشرط التعسفي، فلا يطلب من المستهلك أو المذعَن أن يثبت التعسف في ذلك الشرط، وإنما بمجرد رفع الدعوى فإن القاضي يطلب من واضع الشرط أن يثبت عدم التعسف في ذلك الشرط فإذا عجز واضعه عن إثبات عدم التعسف في الشرط فإنه على القاضي أن يعتبر ذلك الشرط تعسفياً وبالتالي يتخذ الإجراءات اللازمة بذلك.
7. العمل على إيجاد أجهزة متخصصة ووسائل فعالة وذلك ضمن قانون حماية المستهلك تضمن الحد من ظاهرة الشروط التعسفية.
8. يجب مراعاة مصالح كل من الطرف الضعيف والطرف القوي (المستهلك والمنتج المحترف) دون الإجحاف بحق أي طرف منهما.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: المصادر

1. ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، ج7.
2. **قاموس المنجد الأبجدي**، الطبعة الخامسة، بيروت، مطبعة دار الفنون.
3. **قاموس المنجد الأبجدي**، الطبعة الخامسة، بيروت، مطبعة دار الشرط.

ثانياً: المراجع

أ. الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
2. أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
3. السيد محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية.
4. انور سلطان، **المبادئ القانونية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005م.
5. أبو العلا علي أبو العلا النمر، **مقدمة في القانون الخاص الدولي**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر،1999.
6. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام**، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2011م.
7. أمين دواس، القانون المدني، **مصادر الالتزام**، دراسة مقارنة، ط1، ج1، دار الشروق للنشر، رام الله، فلسطين، 2004.
8. باسم مكحول، نصر عطياني، شاكر خليل، **مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني**، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، 2004.

9. توفيق حسن فرج، **النظرية العامة الالتزام في مصادر الالتزام**، الدار الجامعية، بيروت، 1988م.

10. حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

11. حسن عبد الباسط جميعي، **حماية المستهلك**، مطابع دار أخبار اليوم، القاهرة، 1996.

12. حسن علي الذنون، **النظرية العامة للالتزام**، بغداد، 1976.

13. حسن علي الذنون، **المبسوط في المسؤولية المدنية**، شركة التايمس للطباعة والنشر، بغداد، 1991.

14. حسني محمود عبد الدايم، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

15. حلمي بهجت بدوي، **أصول الالتزامات**، الكتاب الأول نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943.

16. حمدي محمد سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرداة في العقود المدنية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

17. حمزة حداد، **الإذعان وعقد التأمين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القضاة والتأمين**، مركز القانون والتحكيم، عمان، 2007م.

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

19. حمد الله محمد حمد الله، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م.

20. رشوان حسن رشوان، **أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد**، 1994م.

21. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

22. سعيد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.

23. سوار وحيد الدين، **شرح القانون المدني**، النظرية العامة للإلتزامات، مكتبة كلية الحقوق الجامعة الأردنية، 1978م.
24. شريف الطباخ، **التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006م.
25. عبدالله ذيب محمود، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2012.
26. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايته القانونية**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
27. عبد الفتاح بيومي حجازي، **حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006م.
28. عبد الفتاح بيومي الحجازي، **مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005م.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام – العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – القانون**، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
30. عبد القادر الفار، **أحكام الالتزام**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2001م.
31. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، **مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
32. عبد المجيد الحكيم، **القانون المدني، أحكام الالتزام**، ط3، ج2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.
33. عبد السميع أبو الخير، **نظرية الالتزام في القانون المدني المصري**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006.
34. عبد المنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

35. عبد المنعم فرج الصدة، **عقود الإذعان في التشريع المصري**، مطبعة جامعة فؤاد الأول،1946م.
36. عمر محمد عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
37. فدوى قهواجي، **ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاءً**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
38. محفوظ لعشب بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م.
39. محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن**، دار الكتاب الحديث،2006م.
40. محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، الأردن، 1999.
41. نائل عبد الرحمن صالح، **حماية المستهلك في التشريع الأردني**، مؤسسة زهران للنشر، عمان–الأردن، 1991م.
42. نادية محمد معوض، **شرط الإعفاء للعقود التجارية وعقود المستهلكين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
43. ياسين محمد الجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني**، ط2، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2011.

ب. الأطروحات والرسائل

*** الأطروحات**

1. راقية عبد الجبار علي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، أطروحة دكتوراة ، كلية القانون جامعة بغداد، 2000.
2. سليمان براك الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002.
3. عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك**، رسالة دكتوراة، جامعة بغداد 1998.
4. عصمت عبد المجيد بكر، أطروحة دكتوراة، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، كلية القانون، جامعة بغداد، 1978.

5. موفق حماد عبد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،** أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009.

*** الرسائل**

1. آسيا يسمينة مندي، **النظام العام والعقود،** رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، 2009.
2. إيمان بوشارب، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك،** رسالة ماجستير، جامعة ماي، 2012.
3. حسن عبد الباسط الجميعي، **شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية والقوانين الأوروبية،** القاهرة، 1999.
4. خالد محمد السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان،** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، 2001.
5. سهى نمر الشنطي، **التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008.
6. علي ماجد صاحب الجبوري، **العقد النموذجي،** رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2009.
7. فتحي ماجد التميمي، **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني،** رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2010.

د. مجلات ودوريات

1. جابر محجوب علي، **ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي،** الفصل الثاني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق الكويتية، السنة العشرون، العدد الرابع، 1996.
2. حسين عبد الله الكلابي، **اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية** دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 26 العدد2، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2011.

3. عبد المنعم فرج الصدة، **عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة**، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، كلية شرطة دبي، 1996.

هـ. مراجع أجنبية

1. Case. civ . 32 juin 0797 , bull . civ., 0 , no 072 , p . 027 , Cass , com . oct 32
2. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation,Dalloz,4 ed,1996,p169.

و. المواقع الإلكترونية

1. جليل حسن الساعدي، ندوة علمية في مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ في 2016/10/1، المجلات والبحوث العلمية، كلية القانون، جامعة بغداد، الموقع الإلكتروني (http://colaw.uobaghdad.edu.iq/).
2. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، (https://www.lab.pna.ps).
3. رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي، مقال منشور على موقع مجلة قانونك (https://9anonak.blogspot.com/).
4. شبكة المعلومات القانونية العربية "قوانين الشرق" (https://www.eastlaws.com/).
5. مركز عدالة للمعلومات القانونية (http://www.adaleh.info/).
6. منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتفي" (http://muqtafi.birzeit.edu/).
7. موسوعة القوانين والأحكام الفلسطينية "مقام" (https://maqam.najah.edu/).