التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان «دراسة مقارنة»

الدكتور: صالح ناصر الطباطيبي
مستشار قانوني – سلطنة عمان

الملخص:
تعدّ عقود الإذعان إحدى أكثر المواضيع حضورا على الساحة القانونية والقضائية؛ نظرا للتطور الاقتصادي الهائل الذي آل إلى تغول الشركات الكبرى، التي تسعى بشكل حثيث إلى تحقيق مصالحها عبر الانفراد في تحديد طبيعة الشروط التي تتعاقد بها مع الأفراد والذي يقتصر دورهم على القبول بها كما هي أو رفضها، في منافة واضحة للأصل الحاكم في العقود المتمثل بالحرية التعاقدية في مناقشة مضمون العقد ممّا رتب على ذلك اختلال التوزان التعاقدي بين العاقدين .
الكلمات المفتاحية: عقد، إذعان، قاضي، شروط تعسفية

المقدمة:
إنّ الطبيعة الإنسانية جُبلت على التطور والتغيير عبر الأزمنة واختلافها، وهذا الحتمية نابعة من الحاجة الملحة الكامنة في الذات البشرية لإشباع حاجياتهم ورغباتهم.
شهد التاريخ الحديث مراحل مفصلية كانت منطلقا لتطور المجتمعات شملت كافة مناحي الحياة، ولعلّ ما شهده القرن الثامن عشر من ثورة صناعية اجتاحت أوروبا وبلغت أوجها في القرن التاسع عشر والعشرين، والتي انتقلت بدورها إلى العالم بأسره ساهمت بشكل فعّال ومؤثر في تطور المجتمعات عبر تغير المفاهيم الاقتصادية والقانونية وظهور أخرى لم يقع معالجتها ضمن المفاهيم التقليدية، ممّا أحدث معها ثورة في تلك المفاهيم، فكان من نتاج تلك الثورة ظهور الصناعات الضخمة التي تجاوزت بدورها مقدرة الفرد وقدرته على استيعابها ممّا صعب العملية الانتاجية، وابرزت اختلال التوازن التعاقدي بين قطبي العلاقة التعاقدية عبر بروز الطرف القوي والمتمثل بصاحب العمل والذي انفرد بتحديد شروط العقد، والطرف الضعيف المتمثل بالعامل والذي لا يملك من أمره شيئا إلا القبول بما فرضه صاحب العمل أو رفضه دون مناقشة في مضمون تلك الشروط[1]، إلى جانب ظهور طائفة من العقود لم تكن معروفة –في وقتها– كعقود التأمين هذه الوضعية القانونية لم يسبق للتشريعات القانونية معالجتها وخلت من ذلك نظرا لحداثتها – آنذاك – ممّا حذا بتلك التشريعات

١. الترمانيني: عبد السلام، "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة المحاماة–نقابة المحامين المصريين، ع٦، السنة الحادية والأربعون لعام ١٩٦١م، ص٩٠٤.

وفي سبيل تحقيق التوازن بين أطراف العقد إلى ايجاد حلول قانونية مبتكرة في سبيل مواجهتها[1]، فضلا عن عامل الوقت الذي أصبح له دورا مهما في نطاق العملية الاقتصادية و شكّل بدوره دافعا لدى أصحاب الشركات وفي سبيل توفير الوقت والنفقات إلى إعداد نماذج من العقود معّدة مسبقة أو تلك التي عُرفت بالعقود النموذجية[2] التي يقتصر فيها دور المتعاقد على مليء الفراغات لإبراز شخصيته دون مناقشة مضمونها .

لقد ساهم التطور الاقتصادي بشكل فعّال وملموس في ظهور نوع من العقود يقتصر فيها دور أحد العاقدين على الموافقة عليها فقط دون مناقشتها وهو ما يعرف بعقود الإذعان[3]، أو عقود الانضمام[4] ، والتي ينسب الفضل في الاشارة إليها والتقعيد لها الفقيه الفرنسي سالي "Saleilles" الذي يعتبر أول من استعمل عبارة:[5]"les Contrats D'adhésion" .

لم يكن هذا النوع من العقود محطّ أنظار التشريعات القانونية السابقة على هذا التطور، حيث دفع انتشارها وكثرة الجدل الفقهي حولها إلى ضرورة معالجتها؛ على اعتبار أن مهمة تلك التشريعات مواكبة التطورات في سبيل الاحاطة بها وتنظيمها حتى لا تكون أداة للاستغلال أو مدخلا للتحايل

---

١. ساهمت هذه العوامل في ظهور فكرة عقود الإذعان ، وللمزيد من التفصيل حول تلك العوامل أنظر : المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع___وزارة العدل الفلسطيني، ٢٠٠٣م، ص١٢٧. مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية ،مطبعة دار الكتاب العربي___مصر، ١٩٥٠م، ج٢، ص٦٨. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين___الأردن.ج١، ص١١٢.ه انية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية___بيروت، ط١، ٢٠١٤م، ص١٠وما بعدها. السباتين: خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق___جامعة القدس (فلسطين)،٢٠٠١م، ص٢٦

٢. وعرف العقد النموذجي بأنه: العقد الذي توضع لعقود معينة بواسطة شخص طبيعي أو معنوي تستخدم عند ابرام عقود مشابهة تنصب على نفس الموضوع ويقتصر دور العاقد على ملء الفراغات. وتعتبر الوسيلة الغالبة في عقود الإذعان. انظر: سعد: أيمن، العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣م، ص١٢.

٣. ويعتبر الفقيه السنهوري أول من أطلق هذا المصطلح والذي برّر هذه التسمية لما فيها من الاضطرار في القبول مستندا في ذلك إلى المعنى اللغوي "للإذعان". واصبح المصطلح المعتمد في جل التشريعات القانونية ، ودرج عليه فقهاء القانون المدني العربي. انظر على سبيل المثال: عبد الباقي: عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري – نظرية العقد والإرادة المنفردة –، ١٩٨٤م ، ج١، ص١٨١. غير أن بعض من الشراح ومنهم: رفيق المصري، انتقد إطلاق هذا التسمية على هذا النوع من العقود لما فيه من معاني الذل والخضوع التي تأباه النفوس، وأن الأولى التمسك بالترجمة الحرفية للمصطلح ألا وهي (عقود الانضمام) انظر: المصري: رفيق، الخطر والتأمين – التأمين التجاري هل هو جائر شرعا؟-، الدار الشامية___بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ٧٩.

٤. وهي الترجمة الحرفية للمصطلح الفرنسي: "les Contrats D'adhésion"، حيث درج بعض الفقهاء على استعمال هذا المصطلح، إلا أنه انتقد من لما في استعمال مصطلح " الانضمام" من خلط بين العقد والوسيلة التي يتكون بها العقد، كونها تبعث على الظن خطأ أن هناك اتفاقا من نوع خاص يسمى "الانضمام"، فعند القول: "عقد الانضمام" كما تقول عقد بيع أو عقد إجار. إلى شمولية مصطلح "الانضمام" عن مصطلح الإذعان، فقد يقع الانضمام دون أن يتوافر فيه معنى الإذعان والرضوخ، كما في حالة البيوع المحددة فيها السعر والتي تقوم به المحال الكبرى فهو انضمام للتعاقد برضا واختيار وليس إذعانا من شأنه أن يحد الحرية التعاقدية. انظر: الصدة: عبد المنعم، في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول – جامعة القاهرة حاليا)، ١٩٤٦م ، ص٧٧-٧٨. وكتابه نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م، هامش ص ٢٤٦.

5. Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901,p226..

Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté, Op,cit ,p226.

باسم القانون.

نظمت التشريعات القانونية عقود الإذعان دون وضع تعريف محدد لها[١]، ممّا ترك الباب مفتوحا أما الفقه القانوني ليدلي بدلوه في ذلك والذي بدوره اختلف في تحديد معالم هذا النوع من العقود وتعريفه، ممّا دفع بعض من الفقهاء إلى جعل هذا النوع "غير قابل للتعريف بدقة"[٢].

عرّف جانب من الفقه القانوني[٣] عقد الإذعان[٤] بأنه: "ذلك العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يُمليه الموجب"[٥]، وهو ما أكتفى به المشرع الفلسطيني عن إيراده لعقد الإذعان في المادة (٨٩)[٦] من القانون المدني قبل تعرضه لتدخل القاضي في تعديله، أو هو ذلك العقد: "الذي يُفرض من أحد الأطراف على الآخر الذي يكتفي بالإذعان له -الاستسلام-"[٧]، بينما أتجه أغلبية الفقه عن التعرض لتعريف هذا النوع من العقود إلى القول أن عقد الإذعان هو : "ذلك العقد الذي يسلّم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يطبقها الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون مناقشة محدودة النطاق بشأنها"[٨].

فيظهر من التعريفات أن عقد الإذعان ما هو إلا استسلام من قبل الطرف المذعن بشروط مقررة

---

١. فليس من مهمة التشريعات القانونية التصدي للتعريفات ، حتى لا تكون ملزمة للكافة.

٢. غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع___ بيروت، ط١٤٢٠،١هـ___٢٠٠٠م، ص٩٦.

٣. سعت بعض التشريعات إلى وضع تعريف لبعض العقود حسما للجدال إزاءها، وإلى هذا كان توجه المشّرع الفرنسي في تعريفه لعقد الإذعان- ضمن التعديلات التي طالت القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦- في المادة (١١١٠/٢):بأنه: "بأنّه ذلك العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الأطراف " وقد نقحت الفقرة الثانية من هذه المادة ، بموجب قانون التصديق "الذي أعقب مرسوم ٢٠١٦م" رقم :٢٨٧ لسنة ٢٠١٨م، وذلك باعتماده معيارا أكثر وضوحا، حيث وقع التخلي عن عبارة: "شروط عامة غير القابلة للتفاوض" لتكون "شروط غير قابلة للتفاوض"، سعيا في توضيح الشروط، فأصبحت المادة بعد تعديل ٢٠١٨م كالآتي: "بأنّه ذلك العقد الذي تكون شروطه غير القابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الأطراف". انظر: قاسم :محمد حسن، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١، ٢٠١٨م .ص ٨٦.

٤. الإذعان لغة : وردت في قواميس اللغة بمعان متعددة منها : الإصحاب مع الانقياد : يقال: أذعن الرجل أي إنقاد ، وتأتي بمعنى الإسراع مع الطاعة يقال: أذعن لي بحقي أي : طاوعني . وكذلك يأتي بمعنى الخضوع يقال: أذعن للحق أي : خضع له . أنظر: ابن فارس: أحمد بن زكرياء، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ___١٩٧٩م، ج٢، ص٣٥٥. ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صار___بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ج١٣، ص١٧٢. الرازي: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصّحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية- بيروت، ط٥، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص١١٢

٥. السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، ج١، (نظرية الالتزام بوجه عام)، تح: مصطفى الفقي وعبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط٣، ١٩٨١م، ج١، ص٢٩٣.

٦. نصت المادة(٨٩) م.ف: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

٧. وينسب للاستاذ الفرنسي سالي (Saleilles). وانظر:
Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté, Op,cit ,p226.

٨. وهذا التعريف الذي اتجه إليه أكثر الشراح انظر: الصدة: عقود الإذعان،م.س، ص٧٧. القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، ٢٠٠٢م، ص٣٢. غستان: المطول في القانون المدني، م.س، ص٩٧. وانظر:
,p120 .Bricks ,Helene :Les Clauses Abusives, L.G.D.J ,Paris.1982 ,

مسبقا حددها الموجب من شأنها أن تخدم مصلحته، ولا يقبل من الطرف الآخر المناقشة، فهو بذلك أمام خيارين، إمّا القبول بهذه الشروط ومن ثمّ التعاقد أو رفضها وعدم التعاقد. على أن يكون مضمون هذا العقد سلعة ضرورية لا غنى للمجتمع عنها[١]، وعلى أن تكون محتكرة من قبل الطرف القوي ويستوي في ذلك أن يكون الاحتكار قانونيا بموجب المكنة القانونية أو بحكم السوق أي محتكر فعليا[٢]، وعلى أن يكون الإيجاب لهذه السلعة أو الخدمة موجه للكافة دون تحديد[٣]

انطلاقا من أهمية تنظيم عقود الإذعان رسخت التشريعات القانونية- في مجملها- هذا النوع من العقود ضمن نصوص قانونية واضحة بداء من بيان كيفية انشاءها وصولا إلى مضمونها وانتهاءً بمعالجتها .

فقد تبنى المُشرع الفلسطيني تنظيم هذه العقود في المواد: (٨٩)[٤] المتعلقة بالقبول في عقود الإذعان والمادة: (١٥٠)[٥] المتضمنة لسلطة للقاضي تجاه الشروط التعسفية لعقود الإذعان والمادة: (١٦٦/٢)[٦] والتي تتيح للقاضي تفسير الشك في عقود الإذعان وذلك سعيا للحفاظ على التوازن التعاقدي، وكذلك التشريعات العربية ومنها: المصري والعراقي والأردني والسوري[٧] وغيرهم.

ونظمت بعض التشريعات كاللبناني هذا النوع من العقود تحت مسمى: "عقود الموافقة"، لما في هذا المصطلح من إشارة لفظه على اقتصار دور أحد الأطراف على الموافقة بما جاء به العقد من شروطه

---

١. جميعي: حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية بالقهرة، ١٩٩٠-١٩٩١م، ص ١٠٤. حسن: عاطف عبد الحميد، حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ٦٣-٦٤.

ومعيار ضرورية السلع يخضع لحال الزمان والمكان انظر: نقض مصري بتاريخ ١٢ مارس ١٩٧٤م، سنة٢٥ قضائية، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني)، ص٤٩٢. راجع: موقع محكمة النقض المصرية: https: //www.cc.gov.eg/.

٢. البيه: محسن، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٥م، ص ١٢٥. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص ٦٥. وانظر:

p121 , .Ricks ,Helene :Les Clauses Abusives, L.G.D.J ,Paris.1982 ,

٣. مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محينّة)، مطبعة المعارف الجديدة___ الرباط، ٢٠١٨م، ص٦٨. ونظرا لخصوصية القبول في عقد الإذعان، أطلق عليه بعض الشراح مصطلح: "العقد غير القابل للتفاوض". انظر: عبد اللاه: رجب كريم، التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٩٨. عبد السلام: سعيد سعد، "التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق، جامعة المنوفية___مصر، مج٧، ع١٣، ١٩٩٨م، ص٦٠. وانظر:

Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome ,p264265-

٤. نصت المادة(٨٩) م.ف: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

٥. نصت المادة(١٥٠) م.ف:"إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك".

٦. نصت المادة(١٦٦/٢) م.ف: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

٧. القانون المدني المصري في المواد(١٠٠)، (١٤٩) و(١٥١). والقانون المدني الأردني في المادتين (١٠٤) والمادة (٢٠٤) والقانون المدني العراقي في المادة (١٦٧) والقانون المدني السوري في المادتين (١٠١) و(١٥٠).

والتي وضعها الطرف الآخر[1].

وعلى صعيد آخر فقد وجدت بعض التشريعات العربية خلت من تنظيم هذا النوع من العقود، كالمُشرع التونسي، فقد جاءت مجلة الالتزامات والعقود خالية من تنظيم هذا النوع من العقود صلب نصوص تشريعية واضحة ولكن وجدت بعض التطبيقات في إطار قوانين أخرى مثل قانون البعث العقاري وقانون التأمين التي توحي بأخذها بفكرة عقود الإذعان، نظرا لخطورة هذه العقود التي تعتبر من المسائل الاجتماعية الحساسة[2].

فضلا عن التشريع الفرنسي الذي ظلّ رافضا لتنظيم عقود الإذعان، مكتفيا بمعالجة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، وذلك تمسكا منه بمبدأ الحرية التعاقدية، إلى أن جاء تعديل القانون المدني بمرسوم ١٣١-٢٠١٦م، والذي أقرّ في ثلاث مواد منه بعقود الإذعان وهي: المادة: (١١١٠) وتضمنت تعريف الإذعان وعدلت بموجب قانون التصديق رقم:٢٨٧ لسنة ٢٠١٨م، والمادة: (١١٧١) المُتضَمنة لسلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان والمادة: (١١٩٠) تناولت الحديث عن تفسير عقود الإذعان.

وفي إقرار المُشرع الفرنسي لهذه المواد استجابة لضغوطات المجلس الأوروبي الذي دعا فيها إلى تطور القانون المدني بما يناسب والتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية والتي تنعكس على توازن العقود والحياة الاقتصادية كليا[3].

أهمية البحث:

تتمثل أهمية تناول هذا الموضوع بالآتي:

١. اتساع رقعة التعامل بهذا النوع من العقود، نظرا للتطور الاقتصادي الكبير الذي اجتاح كافة مناحي الحياة مما سهل تحكم الطرف دون آخر في شروط العقد.

٢. عدم انحصار أثار هذا العقد على أطرافه فقط بل تنعكس على المجتمع ككل، نظرا للدورة الاقتصادية للعقود، فالمتعاقد الدائن في عقد هو مدين في عقد آخر ، ومن ثم هي سلسلة مكملة بعضها لبعض.

٣. ضرورة البحث في التدخل القاضي وبيان معالجته لهذا العقد، نظرا لانتشاره النابع من التطور الاقتصادي.

---

١. انظر: المادة (١٧٢) من قانون الموجبات اللبناني، ويلاحظ أن هذه المادة قد خلت من توفير أي حماية أو معالجة للشروط التعسفية للطرف المذعن، و اكتفت بالإشارة إلى عقود الإذعان. انظر: سيوفي: النظرية العامة للموجبات، م.س، ج١، ص٤٩.

٢. فالمستهلك المرشح لشراء مسكن يكيف على أنه طرف ضعيف مذعن، حيث تعد شراء المساكن من المسائل التي تتصل بالمجتمع كله وكذلك عقود التأمين تعد من قبيل عقود الإذعان انظر: مجلة التأمين لعام ١٩٩٣م. انظر: الزين: محمد، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، د.ن ، تونس، ط٢، ١٩٩٧م، ص٥٧-٥٨.

3. Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991,p17.

٤. إظهار المعالجة التشريعية لهذا النوع من التعاقد بين الأفراد، مما يعكس استيعابها للتطورات الحاصلة في المجتمعات، وهذا الأصل في للتشريعات القانونية التي وجب عليها مراعاة التغيّرات والتطورات المحيطة بها.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث بالآتي:

إلى مدى رسخت التشريعات القانونية دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الإذعان؟

منهج البحث:

عمدت في البحث إلى المنهج الاستقرائي والمقارن، وذلك عبر استقراء النصوص القانونية ذات الاتصال، ومن ثم عقدت مقارنة بين التوجهات القانونية المتعددة منها: التشريعات العربية كالقانون المصري إلى جانب القانون المدني الفلسطيني، وكذلك التشريعات الغربية لا سيما القانون المدني الفرنسي نظرا لحداثة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود ضمنه قوانينه.

خطة البحث:

المبحث الأول :إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

المطلب الأول: مدى جواز منح القاضي السلطة التعديلية إزاء الشروط التعسفية

المطلب الثاني: شروط تدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان

المبحث الثاني : نطاق تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

المطلب الأول التدخل الحمائى بتعديل الشرط التعسفي

المطلب الثاني: التدخل الحمائى بإلغاء الشرط التعسفي

المبحث الأول:
إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

أثار ظهور عقود الإذعان جدلا فقهيا قضائيا إزاء الاعتراف بها ابتداء أنها من طائفة العقود التي تنشأ في نطاق الحرية التعاقدية أم لا ، وأنعكس هذا الجدل على القول بجواز التدخل القضائي إزاءها من عدمه (المطلب الأول) وذلك عبر تمكينه من تعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إلغاءها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:
مدى جواز منح القاضي السلطة التعديلية إزاء الشروط التعسفية

انقسم شراح القانون والفقه في القول بمدى جواز تدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي إلى قسمين: الأول مؤيد لهذه السلطة الحمائية وآخر معارض لها. والسبب في هذا يرجع إلى عدم اتفاقهم على تحديد الطبيعة القانونية لهذه النوع من العقود، فالبعض ذهب إلى إضفاء الصبغة التعاقدية على هذا النوع من العقود وآخرون نفوا ذلك عنها.

الفرع الأول:
الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

امتازت عقود الإذعان بوجود طرفين غير متكافئين، طرف قوي يفرض شروطه التعاقدية وطرف ضعيف يرضخ لها دون مناقشة، ونظرا لهذا التفاوت بين مركزي المتعاقدين، اختلف شراح القانون، في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، باعتبارها عقدا قانونيا حقيقيا طبيعيا، يحصل بتوافق إرادتين ومن ثمّ يخضع لأحكام العقود، أم أنه مركز قانوني منظم يتبوؤه الموجب، يخضع إلى القواعد المنظمة للمراكز القانونية بمعنى أن هذا العقد ذو طبيعية خاصة لا يخضع إلى ما تخضع إليه العقود؛ لذلك كان الاختلاف على اتجاهين:

الاتجاه الأول: إنكار الطبيعية القانونية لعقود الإذعان

ذهب جانب من شراح القانون[1] إلى إنكار الصبغة القانونية على عقد الإذعان وأنها ليست بعقود قانونية حقيقة، كونها لم تنشأ بتوافق وحرية بين المتعاقدين[2]، على اعتبار القبول فيها ما هو إلا خضوع ورضوخ لإرادة الطرف القوي دون تكافؤ أوتساو بين الإرادات.

وتأسيسا على هذا الرأي، فإن هذا النوع من المعاملات أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد، كونه ينشأ بإرادة منفردة من قبل الموجب ويقتصر دور القابل على القبول فقط ومن ثمّ يخضع إلى الأحكام المنظمة للائحة أو المركز القانوني، ولا يخضع إلى أحكام العقود سواء أكان بالتنفيذ أو التفسير أو غيرهما[3].

---

١. وأغلب من اتجه اليه شراح القانون العام أمثال: ديجي(Duguit) وهوريو(Hauriou) وسالي (Saleilles) من شراح القانون المدني.

٢. السنهوري: الوسيط، م.س، ج١، ص ٢٩٦. غانم:إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، ١٩٦٤م، ص١٣١.

٣. عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالاسكندرية ،د.ط،د.ت.ن، هامش ص٣٠. ديجي: ليون، التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة: ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناغو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط٢، ٢٠١٨م، ص٢٠٤.

وبرر أصحاب هذا الرأي قولهم إن معاملة الإذعان، يشترط فيه ثلاثة شروط تخرجه عن الطبيعية التعاقدية وهي:

الأول: عمومية الإيجاب:

فالإيجاب في الإذعان موجه للكافة أو فئة معينة توافرت فيها شروط معينة، فالإيجاب ليس موجها لشخص معين وكذلك الاستمرارية في الإيجاب التي تميزت بطول المدة وهذا من شأنه أن يخرج هذا النوع من المعاملات عن طبيعة العقد[١].

الثاني: عنصر الإكراه الاقتصادي:

الذي يتمثل في التفوّق والهيمنة الاقتصادية والتي من شأنها أن تمكّن الطرف القوي من فرض شروطه التعاقدية على الطرف الضعيف، والذي يؤدي إلى اختلال المساواة بين المتعاقدين، فلا مجال أمام المذَعن إلا القبول بما أملاه دون مناقشة.

فهذا النوع من الإكراه يخرج هذ النوع من المعاملات عن النطاق التعاقدي[٢]، وإن كان هذا الإكراه في حقيقته غير معيب للإرادة.

الثالث: عنصر الإذعان:

أي الرضوخ والاستسلام من طرف من وجه إليه الإيجاب؛ فهو لا يملك إلا الإعلان عن خضوعه لمشارطة الطرف القوي، فإرادة المُذّعن ليست إرادة حرة، بل مقيدة لإرادة الطرف القوي الفارضة لشروطه، وهذا من شأنه أن يخرج المشارطة التي وضعها المشترط من كونها عقدا بالمعنى الصحيح[٣].

فلذلك اعتبر هذا الاتجاه، أن عقد الإذعان بهذا التصور يصعب معه إضفاء الصفة التعاقدية عليه؛ كونه ينافي العملية التعاقدية الطبيعية.

الاتجاه الثاني: إضفاء الصبغة العقدية على الإذعان:

ذهب أغلبية شراح القانون[٤]، الى اعتبار الإذعان عقدا بالمعنى القانوني الحقيقي ينشأ بتوافق إرادتين، ويخضع الى ما تخضع إليه سائر العقود من قواعد وأحكام.

وانتقدوا ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالإكراه الاقتصادي، فهو غير معتبر في إطار العلاقات التعاقدية، فهذا النوع من الإكراه مغاير لمفهوم الإكراه الذي من شأنه أن يعيب إرادة المتعاقد[٥]، فالإرادة التعاقدية تحققت بتوافق أطرافها وهو المطلوب لصحة العقود.

---

١. الصده: عقود الإذعان، م.س، ص٩٥. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص١٢٨.

٢. عبد السّلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٤٢. ١١١٠ سلامة: عزت، "نحو تكييف حديث للاذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي ٢٠١٦م والتطبيق على التعاقد الاكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع٧٠، ٢٠١٩م، ص١١٣٦.

٣. حسن: حماية المستهلك، م.ي، ص٧٦. غانم: مصادر الالتزام، ص١٣٢.

٤. وأغلبهم من شراح القانون الخاص ومنهم: ديموج (Demogue)، وكابيتان (Capitant).

٥. الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع___الأردن، ط٣، ١٩٩٥م، ص١٣٢. العدوي: جلال، الإجبار القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٦٥م، ص٧٣. عبد العال: محمد حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٦م، ص٧٧. عبد اللاه: التفاوض على العقد، م.س، ص١٨١.

وأما المساواة المطلوبة في العقود فهي تلك المساواة من الناحية القانونية، لا الاقتصادية، فعدم تحققها، لا يمنع من التعاقد، لأن القانون نفسه يفترض أن أحد طرفي العقد أضعف من الآخر، فالموجب الذي ينفرد بوضع الشروط التعاقدية، ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها من الطرف الآخر، فهذا لا يعنى إهدارا لحرية الطرف الضعيف لأنه يمتلك الرفض أو القبول وكما لا يشترط في العقود أن يسبقها مفاوضات أو مناقشات على قدم المساواة بين الطرفين[1].

وهذا ما اتجهت إليه ورسخته أغلبية التشريعات القانونية بتنظيمها عقود الإذعان على أساس أنها عقود حقيقية تسري عليها الأحكام المتعلقة بالعقود كافة. وهذا ما أميل إليه، لأن ما يرد على حرية القابل لا يعدو أن يكون نوعا من التباين الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي، فحرية كلا الطرفين كاملة متحققة، فضلا عن أن المساواة المطلوبة بين المتعاقدين هي القانونية وليست الاقتصادية، لأن الغاية من العقود هي إشباع الرغبات، وتحقيق الغايات.

الفرع الثاني:
الخلاف حول منح القاضي سلطة التعديل.

انعكس الاختلاف بين شراح القانون، في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، على القول بمدى جواز تدخل القاضي إزاءها عن طريق تعديل الشروط التعسفية التي تضمنتها. وتمثل ذلك بين اتجاهين: مؤيد لهذه السلطة وآخر معارض لها.

الاتجاه الأول: الاتجاه الرافض لتدخل القاضي

ذهب جانب من شراح القانون –وهم بالأساس الرافضون لهذا النوع من العقود– إلى رفض ومعارضة منح القاضي سلطة التدخل إزاء عقود الإذعان، وانتقدوا توجه المُشرع في التوسع في حماية الطرف المذَعن، من خلال منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية.

واعتبروا أن منح هذه السلطة يمثل خروجا عن الحدود المألوفة للقاضي العادي؛ التي تتمثل في التفسير للبحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين وإزالة ما يكتنفها من غموض لا أن تصل إلى حد تعديل الشرط التعسفي بإلغائه أو انتقاصه، وهذا ما يعد ضربا لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، القائم على أن كل ما اتفق عليه المتعاقدان واجب النفاذ[2].

وكما اعتبروا أن إطلاق يد القاضي في التعديل، من شأنه أن ينال من الاستقرار المطلوب للمعاملات، لأن المتعاقدين عندما يتعاقدان؛ يعرض كل منهما الآثار التي ينتجها العقد ومن ثمّ يعرف كل متعاقد حقوقه وواجباته، فالقول بتدخل القاضي بتعديل هذه الحقوق والواجبات من شأنه أن يؤدي إلى

---

١. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج١، ص٢١٠. بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة – الجزائر، د.ط، د.ت.ن، ص١٥.

٢. داود: إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة___مصر، ٢٠١٤م، ص ٣١. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٧١.

اضطراب المعاملات[1].

وكما أضافوا: أن التشريعات التي أقرت هذه السلطة، قد خلت من تحديد ماهية الشروط التعسفية ومعاييرها وآلية إعمال القاضي لها وتدخله في مواجهتها سواء بالتعديل أو الإعفاء منها، وهذا كله من شأنه أن ينتج عنه تضارب الحلول والتوجيهات القضائية في مواجهة الشروط التعسفية[2].

فحفاظا على الحرية التعاقدية وتجنبا لاضطراب العقود، وتنوع الحلول العلاجية إزاء الشروط التعسفية كان الرأي بمنع التدخل القضائي إزاءها.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المؤيّد لتدخل القاضي:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول: بضرورة تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، واعتبروا أن توجه المُشرع في حماية الطرف الضعيف فيه تماش والتطورات التشريعية التي تحاول استيعاب التطورات الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث.

وفي معرض مناقشتهم لأصحاب الاتجاه الرافض لهذا التدخل قالوا: إن السماح بتدخل القاضي يمثل خروجا عن القواعد العامة المرسومة للقاضي، فإن المُشرع هو صاحب الحق في تقدير ضروريات الخروج عن هذه الأحكام والقواعد وفقا لتقديره للمستجدات التي تقتضي ذلك، فخضوع المذعن لشروط الموجب دون مناقشة تعتبر مبررا لخروج القاضي عن هذه القواعد[3] -وفقا للمشرع -، فصاحب كلمة الفصل في فرض هذه الحماية هو المُشرع الذي رسّخ هذه الحماية التشريعية وليس القاضي الذي تقتصر مهمته على تفعيل هذه الحماية وتطبيقها عند الحاجة إليها وتحقق مقتضاها، وكما أن الاختلال في العقد وقع قبل تدخل القاضي، وما تدخله إلا بغية إعادته إلى الوضع الطبيعي الذي يجب أن يكون فيه وذلك من خلال رفع صفة التعسف التي شابت الشروط.

أما القول بأن تدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات، فهذا مناقض ومناف للأساس الذي تقوم عليه العلاقات التعاقدية التي مبناها العلاقة الاقتصادية، والمتمثل في المبادئ الأخلاقية من حسن النية والعدالة التي يجب أن تسود العقود ورد المتعاقدين إليها في حالة انحرافهم عنها حتى وإن وافقوا عليها عند الإنشاء.

وفيما يخص ضبابية الشرط التعسفي وعدم وضع معايير لتمييزه عن غيره من الشروط ممّا يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، فهذا لا يعني عدم خضوع القاضي عند تعديليه للشروط إلى رقابة محكمة النقض التي تراقب بدورها مدى موافقة القاضي لصحيح القانون من عدمه عند تطبيق النص، وذلك من خلال النظر في تسبيب القاضي لحكمه في إلغاء الشرط أو تعديله، فعند انحراف القاضي عن الأصول القانونية المعتبرة في ذلك، فإنّ محكمة النقض تضع حدا لذلك إن وجد وذلك

---

١. الصده: عقود الإذعان، م.س، ص ٤٠٧-٤٠٨. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج١، ص٢١٥. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص ١٢٦.

٢. مياد: عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، م.س، ص٤١٨. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص١٧.

٣. جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س،ث ٢٤٧. سلامة: نحو تكييف عقد الإذعان ، م.س، ص ١١٣٩.

بنقض حكمه[1].

وهذا ما تبنته التشريعات القانونية ومنها القانون المدني الفلسطيني.

وبهذا أتصور أن القول بجواز تدخل القاضي يكون أولى من رفضه، لأن في الرفض إبقاء الطرف الضعيف تحت سطوة الطرف القوي وتحكمه خاصة وإن القاضي يُفترض فيه الحيادية عند نظره للنزاعات بين الأفراد، فضلا عن نظرته الموضوعية عند الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ومنع تعسف أحدهما.

المطلب الثاني:
شروط تدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان

وعت التشريعات القانونية بالآثار الناجمة على انتشار عقود الإذعان والتي من شأنها أن تؤول إلى سطوة في جانب أحد العاقدين ووضعه موضع القوي في مقابل وجود طرف ضعيف لا يملك من أمره شيئا ونظير حاجته الملحة الضرورية لا يجد بدّاً إلا القبول بالتعاقد على الرغم من علمه بجحافه الشروط التعاقدية في حقه، لذلك أقرت بالتدخل التعديلي للقاضي إزاءها لإعادة العدالة التعاقدية.

بالمقابل؛ لم تطلق النصوص التشريعية المقرّة لهذه السلطة التعديلية يد القاضي دون ضوابط وجب عليه مراعاتها عند تصدّيه وتعامله مع هذا النوع من العقود، وذلك حتى لا يكون تدخل القاضي مدعاة لزعزعة الاستقرار التعاقدي، أو أن يكون وسيلة للتعسف في استعمال مكنة قانونية، لذلك أحاطتها –أي التشريعات– بشروط وجب على القاضي مراعاتها قبل استعمال هذه السلطة.

الفرع الأول: إذعانيه العقد

لقد اشترطت المادة (١٥٠) م.ف، لإعمال القاضي سلطته الحمائية لصالح الطرف المذعن أن يكون موضوع النزاع "عقد إذعان"، حيث يفترض التدخل القضائي أن يكون في مواجهة عقد صحيح الإنشاء بتوافق إرادتين خالية من العيوب، وأن يتصف هذا العقد بخصائص عقد الإذعان، من عمومية الإيجاب والاحتكار للسلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها – كما سبق تناولها– والتي تمثل الجانب المادي.

إضافة الى ذلك، توافر الجانب المعنوي، والمتمثل، في وجود إرادة أضعف من إرادة، ألا وهي إرادة القابل الضعيفة بانحصارها في قبول ما فُرض عليه دون مناقشة أو مساومة، في مواجهة إرادة الموجب القوية أما إذا خضعت هذه الشروط المتضمنة للعقد إلى المناقشة والمساومة، فلا مجال لإعمال سلطة القاضي، وإن وصفت هذه الشروط بالتعسفية، وذلك استنادا الى مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"،

---

١. عبد السلام: سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع–مصر، ١٩٩٢م، ص١٦. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص١٢٧. راقية: عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد " دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية–لبنان، ط١،٢٠١٧م، ص١٦٠.

كونها أدرجت في العقد بمحض الاختيار الكامل والرضا للطرف الملزم بها [1].

وهذا بدوره يفرض على القاضي إلى جانب البحث في الجانب المادي البحث في الجانب المعنوي، بالنظر في إرادة الطرف الضعيف ومدى تحقق معنى الرضوخ والاستسلام لما فرضه الموجب من عدمه، فإذا تبين تحقق معنى التسليم دون مناقشة فيُعمل القاضي سلطته.

الفرع الثاني:
أن يتضمن العقد شروطا تعسفية

بعد أن يفرغ القاضي من البحث والتحقق من النزاع وأنه تعلق بـ: "عقد إذعان"، ينتقل إلى البحث عن مدى توافر الشروط التعسفية في العقد من عدمه، وتبرز أهمية هذا الشرط كونه المبرر لتدخل القاضي بهدف فرض سلطته الحمائية للطرف الضعيف، فإذا خلا العقد – وإن كان إذعانا- من هذه الشروط، فلا مجال للقول بتدخله وفرض تطبيق النص[2].

وعلى الرغم من جوهرية هذا الشرط، إلا أن النص المنظم لعقود الإذعان، قد خلا من أدنى إشارة حول تحديد ماهيّة الشروط التعسفية وماهية المعايير التي يمكن للقاضي أن يستعين بها في سبيل تمييزها عن الشروط العادية، الأمر الذي دفع الشراح إلى تولي هذه المهمة، على النحو الآتي:

أولا: مفهوم الشرط التعسّفي:

نظرا للفراغ التشريعي الذي اعترى نص المادة (١٥٠) م.ف -على غرار أغلبية التشريعات[3]-، في تحديد ماهية الشرط التعسفي، اختلف شراح القانون في وضع تعريف محدد له نظرا لصعوبة "تحديد فكرة التعسف ومعياره"[4]، ومن هذه التعريفات:

---

١. عبد الغفار: أنس، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية___مصر، ٢٠١٣م، ص١٩٣. فودة: عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م، ص٣٦١. عبد السلام: التوازن العقددي، م.س، ص٧٣.

٢. وبذلك يصدق القول: إن الإذعان غير مرادف للشرط التعسفي، فقد يكون العقد إذعانا ومع ذلك غير متضمن لشرط تعسفي، فقد وجود الطرف القوي إلا أنه قد يحرص على توفير الخدمة أو السلعة الضرورية للجمهور دون تعسف، وهذا يكثر في شركات الكهرباء والماء. فإذا العبرة بالشرط التعسفي لا مصطلح الاذعان. انظر: القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص٩٨.

٣. بينما عرفته بعض التشريعات ومنها: ما جاء في قانون حماية المستهلك اللبناني: رقم ٦٥٩ لعام ٢٠٠٥م، في المادة (٢٦)، البند(الشرط) التعسفي: هو الذي يرمي أو قد يؤدي إلى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف (الموجب) والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير".

وعرفه قانون الاستهلاك الأوروبي رقم ١٣-٩٣ لعام ١٩٩٣م في المادة (٣/١) الشرط التعسفي هو: "الشرط التعسفي العقدي الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية يعتبر تعسفا وذلك عندما ينشأ خلافا لما يقضي حسن النية وضد مصلحة المستهلك تفاوتا جليا بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد".

٤. عمران: حماية المستهلك، م.س، هامش ص٣٣.

- ما عرفته المادة:(٣٥) من قانون رقم: "٢٣-٧٨" المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م (المُلغى):"هي الشروط المفروضة من المهنيين[١] على غير المهنيين أو المستهلكين[٢] بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذ الأخير ميزة فاحشة"[٣]

- وعرفه بعض الشراح: "هو ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما منافية للعدالة التي يجب أن تسود التعامل ويترتب عليها إخلال توازن العقد"[٤].

- وذهب آخرون إلى القول: "بأنه ذلك الشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، سعيا للحصول على ميزة مجحفة"[٥].

- أو هو "بند في العقد يؤدي الى اختلال توازنه، اشترطه الطرف القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر دون مقتضى "[٦].

ويلاحظ على هذه التعريفات التركيز على النفوذ الاقتصادي لأحد المتعاقدين والذي يجعله في المركز القوي ويمكّنه من فرض شروطه التعاقدية بغية الحصول على مميزات فاحشة لتحقيق مصلحته وذلك مخالفة لمقتضى العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا القبول بذلك.

ومن هذا يمكن القول: أن الشرط التعسفي ما هو إلا "شرط يفرضه صاحب الهيمنة الاقتصادية سعيا للحصول على مقابل مجحف من الطرف الآخر على خلاف مقتضى العقد ومن شأنه أن يؤدي إلى اختلال توازنه" الأمر الذي يشكل مبررا لتدخل القاضي بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ثانيا: معايير الشرط التعسفي:

لم يعمد المُشرع القانوني إلى تحديد أنواع الشروط التعسفية أو معايير يستهدي القاضي بها إلى معرفتها، بل فسح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في ذلك، سعيا لتحقيق أكبر قدر من

---

١. ويقصد بالمهني: هو الشخص الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنته سواء أكان نشاطه تجاريا أم صناعيا أو حرا أو هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أم تجاريا أو حرفيا أو حرا او غير ذلك. انظر: الرفاعي: أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٤م، ص٣١ .

٢. والمستهلك: هو ذلك الشخص الذي يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون القصد المهني. انظر: حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي___مصر، ١٩٩٧م، ص١٠ وما بعدها. عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٤٢٥هـ٢٠٠٤م، ص٢٠ وما بعدها.

٣. واتجه إلى هذا التعريف أغلبية شراح القانون الفرنسي.و انظر:

Bricks, Helene: Les Clauses Abusives ,Op.cit, 1982.p5.

Dionisi- Peyrusse, Amélie: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT ,paris,2007,Tome2,P103.

٤. فودة: تفسير العقد، م.س، ص٣٦٠. وفي نفس المعنى انظر: بنداري: محمد إبراهيم، "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان "دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي"" ، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع١، مج٨، ٢٠٠٠م، ص٢٨.

٥.حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية م.س، ص٥٣. يوسف: أمير، الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي___مصر، ٢٠١٥م، ص١٨٤.

٦. عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية م.س، ص٤٠٣.

الحماية للطرف الضعيف الذي خالف فيها الطرف القوي بفرضه هذه الشروط ما يجب أن يسود التعامل من روح الحق والعدل، فدفعا للضرر الذي لحق الطرف الضعيف وتحقيقا للعدالة العقدية[1]، ارتأى المُشرع تجنب حصر القاضي في جملة من الشروط التعسفية بل ترك تحديد معاييرها له والذي يستعين بدوره في تحديدها بالظّروف الملامسة للتعاقد وظروف العاقدين.

وفي سبيل تحديد معايير للشروط التعسفية اجتهدت المحاكم وشراح القانون الذين كان لهم الحظ الوفير في إبراز أهم المعايير التي يستعين ويستهدي بها القاضي لتحديد وتميز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط ومن هذه المعايير:

١. معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها وبحكم الاستعمال[2]:

ذهب جانب من شراح القانون إلى اعتماد معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، للتفرقة بين الشروط التعسفية عن غيرها من الشروط.

وفرّقوا بينهما على أساس: إن الشرط التعسفي في ذاته هو الذي يظهر من التعسف منذ إدراجه بالعقد وتكشف عنه ألفاظه بأن تأتي متناقضة مع جوهره والتي تسمح للموجب الحصول على مميزات فاحشة ومُبالغ بها، كأن يوجد شرط في العقد يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكانه الرجوع عن العقد فظاهر الشرط، يظهر تعسف واضعه ليكون بمأمن عن المسؤولية التي يفرضها العقد في وضعه الطبيعي.

أمّا الشرط التعسفي بحكم استعماله، فهذا الشرط لا يظهر من صيغته وألفاظه التعسف عند إدراجه بالعقد وإنما تظهر صفته التعسفية عند تطبيقه على أرض الواقع من خلال تمسك الموجب بحرفية النص، وعدم مراعاة جوهره وروحه، كالشرط التي تدرجه شركة التأمين الذي يلزم فيه المؤمن له إعلام المؤمن معلومات أو أمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه بالتعويض- مبلغ التأمين-، فهذا الشرط في الأصل لا تشوبه صفة التعسف، ولكن يظهر ذلك عند التطبيق بأن تتمسك شركة التأمين بحرفية الشرط لإسقاط حق التعويض رغم حسن نية المؤمن له كوجود عذر مقبول دفعه إلى التأخير في تقديم هذه المعلومات، لا سيّما إذا كان هذا التأخير ليس من شأنه زيادة جسامة الخطر[3].

ولكن هل يمكن القول إن هذا المعيار يتماشى ونص المادة (١٥٠) م.ف ومن ثمّ صلاحيته كمعيار يمكن للقاضي أن يستهدي به في معرفة الصفة التعسفية للشرط؟

---

١. سعودي: عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة-، ١٩٩٠م، ص٥١٩. الرفاعي: ، الحماية المدنية م.س، ص٢١٢.

٢.فودة: تفسير العقد، م.س، ث ٣٥٩-٣٦٠. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س،ص ٢١٢-٢١٣. عبد السلام: سلطة محكمة النقض، م.س، ص١٢-١٣. هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص١٨٧-١٨٨.

٣. وهذا ما صرحت به المادة(٨٧٥/٢) م.ف: "يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ٢- 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".

بالرجوع إلى منطوق المادة (١٥٠) م.ف "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز.."؛ يظهر لي أن صلاحية هذا المعيار تتجسد في جزء منه دون الآخر، أما الذي يصلح فهو المتعلق باعتبار الشرط التعسفي في ذاته، لأن النص تحدث عن عقد إذعان قد تم إنشاؤه وتضمن شروطا تعسفية أي وصف التعسف في الشرط كان منذ لحظة إنشاء العقد ومن ثمّ إعطاء القاضي الحق في استعمال سلطته التعديلية وذلك برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بإعماله، أمّا الشرط التعسفي بحكم الاستعمال فأتصوّر عدم صلاحيته بأن يكون معيارا يستهدي به القاضي لتميز صفة التعسف من عدمه وفقا للمادة (١٥٠) م.ف لأن الدائن (المشترط) سوف يتمسك بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه من شروط والتي انتفت عنها الصفة التعسفية ظاهريا.

٢. معيار التعسّف باستعمال الحق لتمييز الشرط التعسفي:

ذهب جانب آخر من الشراح إلى إيجاد معيار آخر للشرط التعسفي، تمثل في الرجوع إلى النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق في القانون المدني، فمتى توافر في الشرط أي حالة من حالات التعسف باستعمال الحق الواردة في المادة (٥)م.ف١، فهو يعتبر بالضرورة شرطا تعسفيا.

فإذا لم يقصد الموجب من وراء إدراج الشرط في العقد إلا الإضرار بالمذعن؛ كأن يتضمن عقد العمل شرطا يقضي وجوب حضور العامل يوميا إلى مؤسسة العمل قبل ساعة من بدء توقيت العمل الرسمي، دون بيان الغاية من وراء هذا الشرط فيظهر منه نية الإضرار بالعامل فقط ومن ثمّ يعدّ شرطا تعسفيا.

وكذلك يعدّ الشرط تعسفيا إذا كانت المصالح التي يرمي الموجب إلى تحقيقها من وراء إدراجه في العقد قليلة الأهمية بحيث لا تناسب البتة مع الأضرار التي قد تصيب الطرف الضعيف بسببها، كأن تشترط شركة التأمين أن يلتزم المؤمن له ضد العجز في عقد العمل وجوب الحصول على شهادة تثبت عجزه من أشهر وأمهر الأطباء المتخصصين في ذلك مع أن شهادة أي طبيب في الاختصاص تكفي لذلك. فيعد هذا الشرط تعسفيا.

وكما يعد الشرط شرطا تعسفيا، إذا كانت المصالح التي يسعى إليها الموجب من وراء إدراجه غير مشروعة، كأن يشترط صاحب العمل على العامل أن يتنازل عن حقوقه السياسية أو النقابية فلا مجال لتطبيق هذا الشرط لمخالفته النظام العام ابتداء، فهذه الحقوق مكفولة قانونيا ولا يجوز التخلي عنها، وكما يظهر التعسف في اشترطه.

فوفقا لهذا المعيار فالشرط التعسفي، هو ذلك الشرط الذي جاء مخالفا لنظرية التعسف في استعمال الحق الواردة في نص المادة (٥) م.ف ٢.

---

١. وحددت المادة(٥) م.ف حالات التعسف وهي: "١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. ٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ٤- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

٢. أحمد: رشوان، أثر الظّروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهاني للطباعة___مصر، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص٢٨٨-٢٨٩. الديب: محمود، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة___مصر، ٢٠١١م، ص٥٦-٥٧.

ولم يسلم هذا المعيار من انتقاد الشراح لعدم وضوحه، كونه لا يؤدي إلى تحديد الشرط التعسفي تحديدا كاملا وشاملا، لكل الحالات التي تصيب الطرف الضعيف حيث يؤدي في كثير من الحالات إلى وصف التعسف في إطار ضيق وذلك مخالف لغاية المُشرع التي هدف من ورائها عدم تحديد نطاق الشرط التعسفي لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعيف، فقد يوجد الشرط التعسفي على الرغم أن الطرف القوي لم يتعمد الإضرار بالطرف الضعيف أو يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[1].

ومن ثمّ فهذا المعيار من شأنه أن يقلل الحماية للطرف الضعيف من جهة حصر حالات التعسف وكذلك مدى تحققها من عدمه، لذلك يعد هذا المعيار غير صالح بدرجة كبيرة لتحديد الشرط التعسفي.

٣. اعتماد النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة معيارا للشرط التعسفي.

ذهب جمع من الشراح إلى اعتماد المادة (٣٥) من قانون إعلام وحماية المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م –القديم–، معيارا لتحديد وتمييز الشرط التعسفي[2]، وجاء في نص المادة:" في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين... تفرض الشروط على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسّف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة "

وتأسيسا على هذا النص، اعتبر هذا جانب من الشراح، أن معيار الشرط التعسفي هو الذي توفر فيه شرطان مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة وهما: النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة:

التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي من جانب الموجب :

وهو الشق المعنوي الذي يجب تحققه في الشرط التعسفي، حيث ذهب بعض الشراح إلى اعتماد هذا المعيار للشرط التعسفي، وقصدوا بالتعسف ذلك التعسف المتصل بالحالات التي جاءت به المادة (٥) م.ف – كما ذهب إليه أصحاب المعيار السابق–، حيث رأوا أنه يمنع على الموجب فرض شروط من شأنها أن تتجاوز حدود التعاقد إلى الإضرار بالمتعاقد المذعَن (المستهلك)؛ لأن هذا التجاوز لا يعني إلا التعسف بالمعنى التقليدي له المتمثل في الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية[3].

وانتقد هذا المعيار؛ لأن الموجب عندما يفرض شروطه التعاقدية مسبقاً، فإن ذلك لا يعني أنه من قبيل الحق الشخصي له، لأن الغاية من تحرير العقود النموذجية لا يتعدى أن يكون توفيرا للوقت والجهد والنفقات في إعداد العقود، وهذا يعد من قبيل سلطة الواقع التي يمارسها الموجب وليس من

---

١. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص٣٨. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٥٦. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص١٢٣.

٢. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص١٨٧–١٨٨. وانظر:
,Op.cit, p116. Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats.

٣. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص ٩٨. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٥٥. محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدارسات العربية للنشر___مصر، ط١، ٢٠١٨م، ص٢١٣.

قبيل ممارسة الحق الشخصي له [1].

وكما لم يشهد لنجاعة هذا المعيار التطبيق القضائي وعمل المحاكم حيث لم يشهد له تطبيقا قضائيا في المجال التعاقدي[2].

علاوة على الغموض الذي يكتنفه، لأن القول بالنفوذ الاقتصادي غايته الحصول على ميزة فاحشة فهذا يعني أن التفوق الاقتصادي يكون مرادفا للقوة أو عظم شأن الموجب والواقع ليس كذلك، إذ قد يوجد حر في بسيط مثلا يستطيع أن يستخدم نفوذه في السوق، على عكس شركة كبيرة قد لا تستطيع استخدام ذلك حرصا على سمعتها وتجنبا لحدوث اضطرابات تجارية في السوق ٣.

وفضلا على ذلك، الضبابية وعدم الوضوح الذي يعتري هذا المعيار لعدم الاستناد إلى مقومات تكشف وتبين مقومات النفوذ الاقتصادي.

وفي سبيل تلافي هذه الانتقادات سعى أصحاب هذا المعيار إلى بيان مؤشرات ومقومات التفوق الاقتصادي، فذهب البعض إلى: اعتبار عدم التعادل الجسيم بين الطرفين مؤشرا على التفوق الاقتصادي لصالح الطرف القوي، بينما ذهب آخرون إلى اعتماد مؤشر مركز الموجب في السوق كدليل على تفوقه الاقتصادي من عدمه، وذلك من خلال تقدير أهمية المشروع الذي يمتلكه ومدى انعكاس قوته من عدمها على السوق٤.

الميزة الفاحشة:

يعد هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول، فما الميزة الفاحشة إلا نتيجة لاستخدام التفوق الاقتصادي، فالغاية التي يسعى إليها الموجب من وراء استخدام تفوقه الاقتصادي هي تحقيق ميزة فاحشة، تتمثل في الحصول على منافع مألوفة وغير مألوفة من وراء التعاقد والتي لا تقتصر بدورها على المنافع المادية فقط من جانب الطرف الضعيف بل تشمل الالتزامات المُلقاة على عاتق المذعِن بالتخفيف منها٥، لذلك يصعب من الناحية الواقعية تصور هذا المعيار منفردا – الركيزة المادية- بدون معيار التفوق الاقتصادي – الركيزة المعنوية – لاعتبار الشرط تعسفيا.

وبهذا يمكن القول: إن فكرة الميزة الفاحشة تقارب إلى حد كبير فكرة الغَبن واختلال الالتزامات المتقابلة.

---

١. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص٣٨. جستيان: المطول في القانون المدني، م.س، ص٩٨. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص١٢٣.

٢. أحمد: محمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة___مصر، ٢٠١٥م، ص٨٥. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص١١٦.

٣. هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص١٩٢. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص١٤١.

٤. عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص٤٠٥. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص٢١٨. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص٥٩. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٥٦-٥٧.

٥. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص١٠٢.عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص٤٠٥. محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص٢١٧.

غير أن هذا المعيار، قد تعرض إلى نقد –أيضا- لعدم وضوحه علاوة على خلوه من تحديد نسبة أو مقدار لما يعتبر ميزة مفرطة وفاحشة من الميزة العادية، الأمر الذي دفع بعض الشراح -في معرض الرد على هذا النقد-إلى القول: أن هذا الشرط يجب أن لا يُنظر إليه بمفرده بل يجب أن ينظر إليه بجملة مضمون العقد ككل وباقي شروط العقد، لأن النظر إلى الشرط لوحده قد يظهر التعسف فيه ولكن قد يوجد بالمقابل شرطا في نفس العقد يعطي الطرف الآخر – الضعيف- ما يكفي لإعادة التوازن العقدي فلا مبرر للتعديل، ومن ثمّ إذا اشتمل العقد على شرط عدّ تعسفا فوفقا لهذا المعيار، يجب أن لا يكتفى بالنظر إليه بل إلى مجمل العقد وشروطه١.

فإذاً يظهر، أن هذا الجانب من الشراح الذين اعتمد ماجاء في المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م، كمعيار لتمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط إذ لا بد له من توافر شقين أحدهما: معنوي: تمثل بالتفوق الاقتصادي وآخر مادي: يتمثّل بالميزة الفاحشة. إلا أن المُشرع الفرنسي وفي محاولات سعيه لتلافي الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار فضلا عن الاستجابة لدعوات الانسجام مع التوجه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين، فقد تخلى عنه في تعديله لقانون حماية المستهلكين لعام ١٩٩٥م، واستعاض عنه بمعيار:" الإخلال الظاهر بالتوازن" ٢، وعلى الرغم من هذا التعديل فإنَّ شراح القانون لا يرون فرقا بين هذا المعيار الذي جاء به التعديل والمعيار السابق فكلاهما يدور في فلك الغَبن وتحقيق غرم وفائدة على حساب طرف ضعيف ٣.

غير أن هذا المعيار الذي اعتمده أصحاب هذا الرأي في إطار عقود الاستهلاك، يطرح تساؤلا عن مدى صلاحية اعتماد هذا المعيار وسريانه على عقود الإذعان نظرا لاختلاف تنظيم كل منهما؟.

يمثل عقد الإذعان الصورة الغالبة للشروط التعسفية، ولكن هذا لا يمنع أن ترد في غيره من العقود كعقود الاستهلاك، فلا يوجد ما يمنع من اعتماد المعيار الذي اعتمده شراح القانون استنادا لما جاء في قانون الاستهلاك – كما سبق-، وهذا ما أكد عليه التوجه الأوروبي لحماية المستهلكين لعام ١٩٩٣م، ونصت الماة ٣/٢ منه: "الشرط الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية، إذ تمت صياغته سلفا دون أن يكون باستطاعة المستهلك نتيجة لذلك أن يؤثر في مضمونه وبخاصة في "عقد إذعان".

وهذا ما أكد عليه القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير لعام ٢٠١٦م، الذي اعتمد ذات المعيار الذي اعتمده في قانون الاستهلاك لعام١٩٩٥م، في إطار عقود الإذعان في المادة(١١٧١): "يعتبر

---

١. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص٦٠. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص٩٤. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص١١٣. الروازق: فراس جبار، الحماية القانونية من الشروط التعسفية ، المركز العربي للنشر- مصر، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠١٧م، ص١٠٧. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص١٣٩.

٢. جاء في المادة(١٣٢-١) من قانون رقم ٩٦-٩٥. في تاريخ ١٩٩٥م : " تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد". و أعاد التأكيد عليه في تعديل ٢٠١٦م الخاص بقانون الاستهلاك.

٣. أحمد: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص٨٤ و٩٤. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص١٢٢. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص٩٥-٩٦.

كأن لم يكن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

وبهذا يظهر أنه لا إشكال في تطبيق ذات المعيار في إطار عقود الإذعان.

أما على صعيد المُشرع الفلسطيني الذي خلا من ذكر معيار لتحديد الشرط التعسفي، لا أتصور وجود ما يعارض أو يمنع القول بصلاحية تطبيق هذا المعيار من قبل القاضي ليستهدي به في معرفة الشرط التعسفي، لأن قوام عقود الإذعان الإخلال الجسيم جراء انفراد الطرف القوي بوضع الشروط التعاقدية دون مناقشة من الطرف الضعيف.

وكما أن المادة (٢٣) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٥م تؤكد على ذلك، وحيث نصت على: " يجوز للمجلس –مجلس حماية المستهلك– أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية...."، والعقود النموذجية من طائفة عقود الإذعان وخاصية من خصائصه.

فإذاً وبعد عرض هذه المعايير التي اجتهدت المحاكم وكذلك الشراح في إيجادها، كي تكون منارة للقاضي يستهدي بها في تحديد الشروط التعسفية إلا أنها تبقى محض اجتهادات غير ملزمة للقاضي في ظل الفراغ التشريعي الملزم، وهذا يعني أن القاضي هو صاحب كلمة الفصل في تحديد الشرط كونه تعسفيا من عدمه وله في ذلك السلطة التقديرية الواسعة وفقا للظروف المصاحبة لعملية التعاقد.

غير أن هذا الإطلاق من سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية، قد لا يكون في جميع الحالات ذات فائدة أو أن يحقق الغاية التي سعى إليها المُشرع، لذلك حريٌّ بالمُشرع أن يلجأ إلى ضبط جملة من المعايير وإن كانت في إطار عام من شأنها أن تساهم في تحديد الشرط التعسفي. ومن ثمّ يسهل على القاضي الفصل في النزاع وحسمه بالطريقة الأقرب إلى تحقيق التوازن ودفع الضرر. وفي هذا دعا بعض شراح القانون المدني العربي١ إلى ضرورة اتباع الأساليب التي اعتمدتها بعض التشريعات الغربية كالفرنسي٢ والألماني٣، في تحديد طبيعة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، حيث اتبعت هذه الدول أساليب معينة لضبط هذا النوع من الشروط، ومنها:

---

١. أول من دعا إليها: د. عبد الباسط جميعي. انظر كتابه: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص٢٨٣.

٢. عمد المشرع الفرنسي– بداية من قانون حماية المستهلكين ١٩٧٨/١/١٠م وما أعقبه من تعديلات– في سبيل تحديد معايير للشروط التعسفية إلى عدة أساليب مختلفة. ومنها: – ما له الطابع الإلزامي وهي: المراسيم التي تصدر عن الحكومة، وهي على سبيل الحصر ومنها ما له الطابع الاستشاري: كالقوائم الملحقة بقانون الاستهلاك، أو القوائم التي تصدر عن لجان مختصة، وتعرف بالقوائم الاسترشادية أو الرمادية والشروط الواردة فيها والتي توصف بالتعسفية هي على سبيل المثال.

انظر: عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س،ص ١١٩. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص١٣٢ وما بعدها.

٣. واتجه المشرع الألماني في قانون حماية المستهلك لعام ١٩٧٦م، إلى اعتماد أسلوب القوائم في تحديد الشروط التعسفية، ومنها القوائم السوداء والشروط الواردة فيها تعتبر شروطا تعسفية باطلة ولا يمتلك القاضي سلطة تجاهها، وكذلك قوائم رمادية، يمتلك القاضي تجاهها سلطة تعديلية. انظر: محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص٢٢٣. جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص٢٨٣. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفية، م.س، ص١٣٦.

- إعداد قوائم تحتوي أنواعا للشروط التعسفية
- اعتماد لجان متخصصة في تحديدها.
- إصدار مراسيم من الجهات المعنية المختصة [1].

وهذه الأساليب من شأنها أن تساعد القاضي على تحديد الشرط التعسفي، فبمجرد وجود الشرط في القائمة أو المرسوم، يعتبر قرينة على التعسف، مع ضرورة عدم إلزامية القاضي بما ورد فيها، وحصره بها دون سواها، لأن حصر القاضي في قائمة معينة يذكر فيها أنواع الشروط التعسفية، من شأنه أن يقلل الحماية التي سعى المُشرع إلى توفيرها للطرف الضعيف [2].

المبحث الثاني:
نطاق مراجعة القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان

فرضت المادة (١٥٠) م.ف، حماية تشريعية تمثلت بمنح القاضي سلطة التدخل في مواجهة الشروط التعسفية في إطار عقود الإذعان، سعيا إلى حماية الطرف المذعن نظرا لضعفه في مواجهة الطرف القوي الذي انفرد في وضع الشروط دون مناقشة أو مفاوضات مع الطرف الآخر والتي من شأنها أن تؤدي إلى اختلال التوازن التعاقدي فيما بينهم، وذلك خلاف الأصل في الاشتراط ضمن العقود القائم على المساومة والتراضي.

وتمثلت هذه الحماية بثلاثة صور، وللقاضي السلطة في استخدام أيّ منهم وفقا لتقديره وهذه السلطات المستند أساسا إلى تقدير مدى تعسف الشرط المتضمن في العقد، فقد يقدر القاضي أن الشرط يستقيم معه إزالة التعسف الذي اعتراه مع بقاءه فيلجأ إلى تعديله(المطلب الأول)، بالمقابل فقد يبلغ التعسف في الشرط ما لا يصلح معه التعديل فعندها يلجأ القاضي إلى إلغاءه (المطلب الثاني) . وكما أضافت المادة (١٦٦) م.ف، سلطة أخرى للقاضي تمثلت في تفسير العبارات التي اعتراها الشك في إطار عقود الإذعان، والتي تكون لصالح الطرف المذعن .

وسوف أقتصر في الحديث عن الصورتين الأولى دون الأخيرة تماشيا مع طبيعة البحث.

---

١. بالنظر إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني، يلاحظ بأنه اتبع بعض هذه الوسائل، فالمادة (٢٣) من نفس القانون أقرت أسلوب اللجان المختصة، حيث نصت المادة (٤) من نفس القانون على إنشاء " المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك" وهو بمثابة لجنة مختصة استشارية لها صلاحية إصدار توصية للوزير أو الجهة المسؤولة عن إصدار عقود الاستهلاك لمراجعة بعض البنود التي توصف بالتعسفية أو إزالتها. وكذلك أخذه بفكرة المراسيم أو اللوائح والتي تصدر عن مجلس الوزراء لتحديد نظام لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك. انظر: المادة (٢٣) وكما أصدر مجلس الوزراء الفلسطيني اللائحة التنفيذية رقم (١٧) لعام ٢٠٠٩م لقانون حماية المستهلك، وأشارت المادة(٤) منه إلى حقوق المستهلك ومنها: "١- حرية اختيار السلع والخدمات دون أية شروط أو معوقات..." وتعكس هذه المادة توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك. ومن شأنها ان تشكل معايير يستهدي بها القاضي في تحديد الشروط التعسفية.

٢. وكما أشار قانون حماية المستهلك الفلسطيني إلى جملة من الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة وردت في المادة (٢٢) وما ورد كذلك في إطار عقود التأمين، في المادة (٨٧٥)م.ف.

المطلب الأول:
التدخل الحمائي بتعديل الشرط التعسفي

عند نظر القاضي في تعديل عقود الإذعان، فإنّ أول ما يبحث عنه مدى اشتمال العقد على شروط تعسفية من عدمه، حيث نصت المادة (١٥٠) م.ف "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها....."، وكما توحي القراءة الظاهرة للنص أن المعالجة القضائية في مواجهة الشروط التعسفية تكتسي الصفة التراتبية فأول ما يثيره القاضي لمواجهة الشرط التعسفي يكون بواسطة تعديله، فإذا لم يؤت أكله فعندها يكون الإلغاء، غير أن ما عليه شراح القانون خلافا لظاهر النص، حيث ذهبوا إلى القول بعدم إلزامية القاضي بهذه التراتبية، وله أن يختار ما يراه مناسبا في سبيل مواجهة الشروط التعسفية وفقا لسلطته التقديرية.

وتعديل الشرط التعسفي، يتمثل بإزالة الصفة التعسفية التي اعترت الشرط حتى يستقيم والتوازن التعاقدي، فهو بذلك يبقى –أي الشرط– وجل ما في الأمر أن القاضي يعمل على إعادة الأمور إلى نصابها الطبيعي، مستندا في ذلك إلى مقتضيات العدالة، وفي سبيل تعديل الشرط، فالقاضي له الصلاحية والسلطة التقديرية في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة ومناسبة لإزلة التعسف[١].

والشرط التعسفي قد يتمثل بعدة صور بحسب طبيعته، الأمر الذي يتطلب من القاضي مراعاة كل صورة منها وإبداء الحل المناسب لها عند قيامه بالتعديل. ومن هذه الصور[٢]:

١. قد يتمثل الشرط التعسفي، بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن

في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقود الإيجار، حيث يقوم الموجب في هذه العقود بتحديد الثمن وقت التسليم للمعقود عليه وليس وقت التنفيذ أو التعاقد، فمثل هذا الشرط، يعتبر من الشروط الجوهرية في العقد، الأمر الذي يعني صعوبة قيام القاضي بإلغائه، لأن القول بإلغاء هذا الشرط يترتب عليه تعديل في الصيغة التعاقدية ككل وإعادة تكييفه، ومن ثمّ يكون الحل الأنسب في هذه الوضعية تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه رفعا للإجحاف الذي لحق الطرف المذعَن.

١.السنهوري: الوسيط ،م.س، ج١، ص ٣٠٠. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص١٦٧. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص١٩٥-١٩٦. عبد الغفار: اليات مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص١٩٥. وانظر:

Maume, Florian: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L'obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d'Evry- Val-d'Essone, france, 2015.P433..

Lemieux, Marc: " Les clauses Abusives dans les Contrats D'adhésion ", Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3, 2001.P864..

٢.الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص٢٨٦. الأهواني: نظرية الالتزام، م.س، ص٤٣٤-٤٣٦. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص٦٤ وما بعدها.

ومثالها: إذا الشرط المدرج في لائحة المصنع من شأنه أن يفرض غرامات باهظة على العامل في حالة ارتكابه أخطاء بسيطة، لا تتناسب وقيمة الشرط، فهنا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل قيمة الشرط إذا ما قدره أنه شرطا تعسفيا.

٢. قد يتعلق الشرط التعسفي بوسائل تنفيذ العقد أو مدته، فيلجأ القاضي إلى التعديل إمّا بزيادة المدة أو نقصانها بما يتناسب

وطبيعة العقد سعيا إلى إزالة الصفة التعسفية عن هذا الشرط، وتحقيق الهدف الذي ابتغاه المُشرع من فرض الحماية للطرف المذعن ومنح القاضي سلطة التعديل ألا وهو تحقيق التوازن التعاقدي.

كأن يتضمن عقد توزيع الكهرباء شرطا يتمثل بأحقية الشركة أن تقطع التيار الكهربائي عن المستفيد في اليوم التالي لاستحقاق فاتورة الاستهلاك حال عدم قيامه بالدفع في الموعد المحدد، فهنا إذا قدر القاضي أن هذا الشرط يعد تعسفا من قبل الشركة، يحق له تعديله بما يزيل عنه صفة التعسف والمتعلق بالمدة، بأن يزيدها مثلا، وذلك من خلال إعطاء الشركة الحق في مثل هذا الإجراء بعد أسبوع مثلا من إشعار المستفيد بضرورة دفع الفاتورة.

٣. قد يتمثل هذا الشرط في صورة من صور الغَبن المجرد ، فهنا يحق للقاضي أن يتدخل بتعديل الشرط بالزيادة أو النقصان لإزالته، دون التقيد بالشروط التي حددها المُشرع لتحقق الغَبن بمعناه المادي أو الغَبن الاستغلالي – كما سبق – لأن تدخل القاضي وتعديله للشرط هنا ليس على أساس الغَبن بمعناه المادي أو النفسي – كما سبق- بل على أساس تعسفية الشرط.

٤. قد يتمثل الشرط التعسفي في صورة الشرط الجزائي -التعويض الاتفاقي- بأن يكون هذا الشرط مبالغا فيه لدرجة لا تتناسب و الضرر الفعلي، فهنا للقاضي أن يتدخل في سبيل تعديله وتحقيق التناسب بين قيمة الشرط والضرر الفعلي، وذلك على اعتباره شرطا تعسفيا.

فإذاً يظهر، من هذا العرض أن للقاضي متى رأى أن الشرط المتضمن للعقد، قد اكتسى بصفة تعسفية، فله أن يتدخل في تعديله سعيا لإزالة هذه الصفة، بما يتفق ومقتضيات العدالة لتحقيق التوازن التعاقدي بين أطرافه، إضافة إلى أن الشرط التعسفي وإن كانت صورته الغالبة في عقود الإذعان، إلا أنه يتصور وجوده في إطار عقود أخرى، وهذا يعني أن القاضي متى رأى أن الشرط يعد تعسفيا، له أن يتدخل في تعديله.

المطلب الثاني:
التدخل الحمائي بإلغاء الشرط التعسفي

للقاضي إلى جانب سلطة التعديل، سلطة الإلغاء للشرط التعسفي، وهي الخيار الثاني الذي يلجأ إليه القاضي في سبيل مواجهة الشروط التعسفية، إذا ما رأى أن التعديل ليس من شأنه أن يحقق الحماية للطرف الضعيف، وذلك بإزالة الصفة التعسفية، فله أن يلغيه ويبطل مفعوله وذلك بإعفاء الطرف المذعن منه واعتباره كأنه لم يكن، ومعيار القاضي في ذلك مقتضيات العدالة.

وأقرّ المُشرع الفلسطيني هذه السلطة – على غرار أغلبية التشريعات[1] – في المادة (١٥٠)م.ف، "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل...أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة.."

وتعتبر هذه السلطة أداة خطيرة بيد القاضي، لذلك انتقدها جمع كبير من شراح القانون، لما فيها من خروج عن القواعد العامة المنظمة للعقود، فالعقد شريعة المتعاقدين، فإقرار سلطة الإلغاء من شأنها أن تضرب بعرض الحائط هذه القواعد وتجعلها حبرا على ورق وليس لها أي قيمة على أرض الواقع[2].

فضلا عن أن إقرار هذه السلطة يمثل خروجا عن مهمة القاضي الأساسية تجاه العقود والمتمثلة بتفسير العقد دون أن تتجاوزه إلى إبطال أو حتى تعديله.

ويتّفق أصحاب هذا الرأي مع أصحاب النظرة التقليدية تجاه العقود، في إضفاء هالة قدسية على الإرادة التعاقدية ويعتبرونها خطاً أحمر لا يجوز تجاوزه من أي طرف كان ومهما كانت الغاية من وراء ذلك.

في الحقيقة لا أميل إلى هذا الرأي، وأتصور أن المُشرع في إقراره لهذا النوع من السلطات للقاضي، إنما كان ذلك سعيا وراء تحقيق غاية تمثل قوام العقود كافة ألا وهي العدالة والتوازن التعاقدي الذي نشأ فيه العقد بين أطرافه وأن يحصل كل واحد منهم على حقه وما سعى إليه دون ظلم أو جور على حساب الطرف الآخر، وهذا لا يعني الخروج عن القواعد العامة للعقود وما يوجبه سلطان الإرادة، ولكن أتصور أن هذه القواعد محكومة بالغاية التي أقرت من أجلها ألا وهي تحقق التوازن التعاقدي. فإذاً للقاضي وفي سبيل مواجهته للشروط التعسفية، أن يعدّل منها بإزالة الصفة التعسفية وإبقائها أو أن يبطلها ويعتبرها كأنها لم تكن.

---

١. أقرّ المشرع الفرنسي –الذي يعتبر حامل لواء النظرة التقليدية تجاه العقود(سيادة الإرادة)–، سلطة القاضي لإبطال الشرط التعسفي واعتباره شرطا لاغيا غير مكتوب في المادة (١١٧١)– جديد– بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك في مواجهته لهذا النوع من الشروط، حيث أبدى شدة وصرامة تجاهها وحيث خلا النص من سلطة التعديل ولم يقر إلا سلطة الإبطال، والذي يمثل –برأيي– قصورا تشريعيا في فرض الحماية للطرف الضعيف، في إطار عقود الإذعان، لأن الشرط التعسفي قد لا يصل إلى درجة من التعسف يمكن القول معها عدم صلاحية مواجهته إلا إبطاله واعتباره كأنه لم يكن، فهناك من الشروط يمكن معها الاكتفاء بتعديلها مع الإبقاء عليها ، وأتصور أن المشرع الفرنسي الذي أقرّ بهذا النوع من العقود– الإذعان–، وفي حصره لسلطة القاضي في الإبطال دون التعديل، ما هو إلا امتداد لفلسفته في إطار عقود الاستهلاك الذي حصر القاضي أيضا في الإبطال دون التعديل للشروط التعسفية. ولعلّ؛ التوجه التشريعي الفرنسي لهذا العقد والتدخل القضائي إزاءه، كان –على مضض– استجابة للتطورات الاقتصادية وضرورة الانسجام بين التوجه الفرنسي والأوروبي في إطار العقود، فالمشرع الفرنسي مازال متمسكا بالهالة القدسيّة لمبدأ سلطان الإرادة ولا يرغب في الخروج من عباءتها، فهو بذلك أراد حصر سلطة القاضي قدر المستطاع وعدم حياده عن مهمته الأساسية تجاه العقود المتمثلة بالتفسير دون أن يتعداها للتعديل.

٢. فودة: تفسير العقد، م.س، ص٣٦٢. السنهوري: الوسيط، م.س، ج١، ص٣٠٠. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص١١٨. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص١٩٦.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل التي جاء بها القانون المدني، قد أقرها الفقه الإسلامي صراحة، فقد سبق القول: إن معالجة الفقهاء للشروط التعسفية كانت في إطار نظرية الشروط المقترنة للعقد، فالشروط الفاسدة أو الباطلة كما سبق ما هي إلا شروط ذات صبغة تعسفية كاشتراط المنفعة أو التي من شأنها أن تقيّد ما اقتضاه العقد أو تنفيه، ومن ثمّ حكم ببطلان.

ومِما يُثار في هذه المقام، مدى وجوب علم الطرف الضعيف، بالصفة التعسفية لهذه الشروط من عدمه لجواز تدخل القاضي أي: هل يشترط للطرف المذعن لكي يتمسك بتدخل القاضي أن يعلم أنّ الشرط الذي تم تضمينه في العقد يعتبر شرطا تعسفيا أم لا يشترط ذلك؟

لقد أثارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني هذه الفرضية، وأجابت عنها في إطار مناقشات نص المادة (١٥٠)م.ف حيث جاء فيها:إن الطرف الضعيف والذي يحق له أن يتمسك بما جاء به النص ؛ هو ذلك الطرف الذي لم يعلم بالصفة التعسفية للشروط التعسفية، وكما صرّحت المذكرات بالغاية من وراء اقتصار هذه الحماية على الجاهل بهذه الصفة دون العالم، ألا وهي الحفاظ على استقرار المعاملات والعقود وعدم زعزعتها، فعلم الطرف الضعيف بهذه الشروط وقبوله بها على الرغم مما اشتملت عليه من تعسف، فهو بذلك علم الآثار المترتبة عليها وما ينتج عنها، وهذا ما يتنافى و الغاية التشريعية لفرض الحماية من وراء تدخل القاضي[١].

لم يسلم هذه التوجه الذي جاءت به المذكرات الإيضاحية من التعرض للنقد الشديد من قبل الشراح، فلم يتلقوه بالقبول؛ واعتبروه مخالفا لمنطوق نص المادة (١٥٠)م.ف التي صرّحت بأن تدخل القاضي إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإعفاء يجب أن يكون "... وفقا لمقتضيات العدالة.. "فالمعيار الذي يجيز للقاضي التدخل في الاختيار بين الوسيلتين – الإلغاء والتعديل- هو العدالة، وذلك دون التمييز بين الشروط التي ثبت علم الطرف الضعيف بها أو التي لم يعلم بها[٢].

وأتصور أن هذا القول، أولى بالقبول والعمل به، وما صرّح به واضعو المذكرات الإيضاحية جاء مجانبا للغاية التشريعية التي سعى إليها من وراء إقرار هذا النص، ألا وهي فرض الحماية للطرف المذعن من بطش وسطوة الطرف القوي، وإن الطرف المُذّعن، سواء علم أو لم يعلم بهذه الشروط التعسفية، فلا يملك من أمره شيئا فلا مجال أمامه إلا القبول بها نظرا لحاجته للسلعة أو الخدمة التي انفرد فيها الطرف القوي، لذلك أميل إلى ما ذهب إليه الشراح أن الطرف الضعيف له أن يتمسك بالتدخل القضائي في جميع الحالات سواء علم بها أم لم يعلم، لأننا أمام عقد العنصر المميز فيه هو القبول دون مناقشة أو مساومة.

---

١. انظر: المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، م.س، ص١٨٥. وهذا الرأي مأخوذ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري انظر: مجموعة الأعمال، م.س، ج٢، ص٢٩٢. وكما أيده بعض الشراح والباحثين. انظر: راقية: سلطة القاضي في التعديل، م.س، ص١٦٢.

٢. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص١٦٥. السنهوري: الوسيط، م.س، ج١، ص٢٩٩. مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة ـــمصر، ٢٠٠٢م، ص٨٠.

وممّا يجب الإشارة إليه أن المُشرع، جعل سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية من قبيل القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام وذلك بصريح نص المدة (١٥٠) م.ف: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل....، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك". فإذاً أي شرط بين المتعاقدين، من شأنه أن يسلب القاضي هذه السلطة إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإبطال هو شرط باطل لمخالفته للنظام العام، وتكمن الغاية من وراء ذلك، ضمان المُشرع من فرض حماية جدية للطرف الضعيف[١]؛ لأن القول بجواز سلب القاضي هذه السلطة، من شأنه فقدان هذه الحماية؛ لأنه -ببساطة- يستطيع الطرف القوي أن يفرض شرطا على الطرف الضعيف باستبعاد أي دور للقاضي في تعديل الشرط التعسفي ولا يوجد أمامه إلا القبول، ومن ثمّ أراد فإن المُشرع أراد من وراء هذا المنع أن لا يجعل حماية الطرف المذعن شكلية يسهل استبعادها فهو أرادها حماية حقيقية من هيمنة الطرف الموجب القوي اقتصاديا لا صورية.

وعلى الرغم من هذا التصور التشريعي إزاء سلطة القاضي وتحصينها من الاستبعاد فإن ذلك لا يخوله أن يبادر بالتصدي من تلقاء نفسه لتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه -وفق ما عليه أغلبية شراح القانون- دون إثارة ذلك من قبل صاحب المصلحة ألا وهو الطرف الضعيف، وذلك حفاظا على مبدأ "حياد القاضي" الذي يوجب عليه التقيّد بما يطلبه الخصوم وعدم تجاوزها، غير أن بعض الشراح لا يرون ما يمنع من تصدي القاضي للشرط التعسفي وإن لم يثره المتضرر منه[٢].

وأتصور في الحقيقة هذا الرأي فيه من الوجاهة والقبول، وذلك بالنظر إلى الغاية التي سعى إليها المُشرع من وراء منح وإجازة هذا التدخل ألا وهي حماية الطرف الضعيف الذي قد لا ينتبه إلى عِظم ضرر هذا الشرط وإجحافه بحقه.

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن قبول الدعوى وما أثاره صاحب المصلحة، يبقى من مشمولات السلطة الجوازية التقديرية للقاضي وصرحت المادة (١٥٠) م.ف بقولها: "... جاز للمحكمة.." فالأمر متروك للقاضي وسلطته التقديرية وليس وجوبيا عليه، فله أن يرفض إعمال سلطته، إذا ارتأى أن هذا الشرط ليس فيه الصفة التعسفية، وتقدير القاضي في ذلك يكون تبعا للظروف والملابسات المصاحبة للنزاع إضافة لنوع السلعة أو الخدمة موضوع العقد. وكذلك مصلحة المتعاقدين تكون حاضرة في ذهن القاضي عند فصله للنزاع وتقديره لمجريات الأمور، ومن ثمّ يقرر استعمال هذه السلطة أم لا ولا تعقيب على تقديره من محكمة النقض[٣].

---

١. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص ٢٣٤. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ٩٣. عبد الدايم: العقود الاحتكارية، م.س، ص١٩٤-١٩٥. غانم: مصادر الالتزام، م.س، ص ١٣٤. بودالي: حماية المستهلك، م.س، ص ٢٦٢.

٢. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص ٥٩. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص ٦٥. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج١، ص٢١٤. الأهواني: حسام الدين، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية)، د.ن، د.م.ن ط٣، ٢٠٠٠م ص ٤٣٥.

٣. فودة: تفسير العقد، م.س، ص٣٦٤. عبد السلام: سلطة محكمة النقض في تفسير عقد الإذعان، م.س، ص٢٠. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص١٢٤.

ومعيار القاضي في إعمال سلطته، استنادا لهذا النص هي مقتضيات العدالة، وتصريح المُشرع بهذا المعيار غايته تجنب اتهام القاضي بالنكول عن أداء العدالة في إعمال سلطته، غير أن هذا المعيار يحيطه الغموض والإبهام لاختلافه وتغيره بتغير الأزمنة والأمكنة والأفراد ،فهو معيار يمثل انعكاسا لأسس ثابتة في المجتمع وتطبيقه من قبل القاضي يسعى من خلاله إلى الوصول لهذه الأسس، وتطبيق هذا المعيار تجاه الشرط التعسفي عند إعمال القاضي لسلطته يكون بتحقيق المساواة بين الأفراد بما يقيم التوازن بينهم وتجنب الجور وحصول الإنسان على ما يستحقه وعدم الإضرار بالغير والإثراء على حسابه، فقواعد العدالة هي التي يجب أن تسود وتستقر في العلاقات التعاقدية في جميع مراحلها ابتداء من المفاوضات السابقة على التعاقد أو عند الإنشاء وصولا إلى مرحلة التنفيذ[1]، وبهذه القواعد يسترشد القاضي في تدخله إزاء الشروط التعسفية سواء أكان تعديلا أم إعفاء.

الخاتمة:

وفي ختام هذا المقال، فقد ظهر أن عقود الإذعان ما كانت لتوجد لولا التطور الاقتصادي الذي دفع إلى سطوة أحد طرفي العقد نظراً إلى موقعه الاقتصادي وسعيه إلى تضمين العقد الشروط التي من شأنها أن تحافظ على تلك السطوة وتوصف تلك الشروط بالتعسفية وليس أمام الطرف الضعيف إلا القبول بها دون مناقشة.

ودفع هذا النوع من العقود إلى ضرورة استجابة القوانين لهذا التطور، حتى تضمن الاستقرار في المعاملات التعاقدية والتوزان في إطارها، فكان من ذلك الاقرار ابتداء بهذا النوع من العقود، ثم السماح بتدخل القاضي في تعديل ما تضمنها من شروط تعسفية وذلك بإزالة الصبغة التعسفية عنها وردها إلى شروط مقبولة أو إلغاءها في حالة ما إن بلغت درجة من التعسف لا يصلح معه التعديل.

ومن خلال ما تناولته في هذا المقال فقد توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج

شمولية عقود الإذعان لمجالات التعاقد المختلفة، وعدم انحصارها في نموذج دون الآخر، وإن كان الميدان الحقيقي لها والأكثر استعمالا هي عقود الاستهلاك والتأمين.

يعد التطور الاقتصادي العامل الأبرز في ظهور هذا النوع من العقود إلى جانب عوامل أخرى ساهمت في ذلك.

تفتقر عقود الإذعان إلى الأصل القائم عليها العقود ألا وهو المساواة والمناقشة، فلا خيار أما الطرف الضعيف إلا القبول أو الرفض دون مناقشة، مما أوجب على التشريعات القانونية تدخل القاضي إزاءها في محاولة لجبر هذا الأصل بإعادة التوازن التعاقدي إلى حالته الطبيعة المقبولة قدر المستطاع.

---

١. أحمد: أثر الظّروف الاقتصادية، م.س، ص٢٩١. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٧٤. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص ١٣٩.

تعد فكرة الاحتكار – قانونيا كان أم فعليا- هي العنصر المميز لعقود الإذعان، كونه- أي الاحتكار- يُمكّن المحتكر من بسط سلطته في الشروط التعاقدية.

خلو التشريعات القانونية من بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، ممّا سمح بالاجتهاد القضائي والفقهي؛ والذي آل بدوره إلى اختلاف معايير التمييز بين الشروط التعاقدية، ومن ثم لا يوجد ما يمنع القاضي من الاختيار فيما بينها لعدم وجود ما يلزمه بتباع معيار دون آخر .

إقرار التشريعات القانونية لسلطة قضائية في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الإذعان إلى جانب تلك الواردة في نصوص خاصة كعقود التأمين أو الوارد في عقود حماية المستهلك.

تعدد صور التدخل القضائي إزاء التعامل مع الشرط التعسفي إمّا بالإلغاء أو التعديل وذلك وفقا لمدى تعسفية الشرط من عدمه

إحاطة التشريعات القانونية المنظمة لعقود الإذعان سلطة القاضي بحماية من السلب وذلك باعتبارها من قبيل النظام العام الذي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها، وذلك سعيا لتحقيق الغاية من وراء إقرار هذه السلطة، وإلا كان إقرارها شكليا يسهل استعبادها عبر تضمين العقد يمنع من تدخل القاضي في تعديل العقد.

ثانيا: التوصيات:

يجب على المشرع الفلسطيني العمل على بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، وضمّها ضمن لوائح والتمييز بينها، كما هو الحال في القانون الفرنسي والألماني.

وجب على المشرع الفلسطيني تعديل النص الخاص بعقود الإذعان والذي أتى فيه على ذكر دور القاضي وذلك بتضمينه جملة من المعايير التي تحدد طريقة تعامله مع هذا النوع من العقود، وذلك لتجنب التضارب في الأحكام القضائية نتيجة لهذا الفراغ التشريعي، لاسيما أن الحلول الفقهية جاءت متباينة كما سبق التطرق إليه.

محاولة المشرع الفلسطيني إلى تشريع جديد لقانون حماية المستهلك الفلسطيني يتناول فيه الحديث عن الشروط التعسفية أسوة بالقانون الفرنسي والألماني، حيث جاء قانون حماية المستهلك الحالي قاصراً عن بيان الشروط التعسفية مما يعني خضوعها اضطراراً لتطبيق النص العام الخاص بعقد الإذعان

فهرس المصادر والمراجع

أولا: كتب اللغة:

الرّازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر
مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية -الدار النوذجية- بيروت، ط٥، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
الزمخشري: محمود بن عمرو بن أحمد:
الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي—بيروت،ط٣، ١٤٠٧هـ.
ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكريّاء القزويني
معجم مقاييس اللغة دار الفكر تح: عبد السّلام محمد هارون ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
ابن منظور: أبو الفضل محمد جمال الدين
لسان العرب، دار صادر، بيروت-بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.

ثانيا: الكتب القانونية

أحمد: رشوان: أثر الظّروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهاني للطباعة - مصر، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٠م.
الأهواني: حسام الدين، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية)، د.ن، د.م.ن ط٣، ٢٠٠٠م.
بنداري: محمد إبراهيم "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان "دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع١، مج٨، ٢٠٠٠م.
البعلي: عبد الحميد، ضوابط العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه)، مكتبة وهبة—مصر، ط١، د.ت.ن.
بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة —الجزائر، د.ط، د.ت.ن.
البيه: محسن، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٥م.
الترمانيني: عبد السلام، "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة المحاماة-نقابة المحامين المصريين، ع٦، السنة الحادية والأربعون لعام ١٩٦١م.
جميعي: حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠-١٩٩١م.
حسن: عاطف عبد الحميد، حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م

الحكيم: عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الاهلية___بغداد، ط٢، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.
حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي-مصر، ١٩٩٧م.
داود: إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة-مصر، ٢٠١٤م
ديجي: ليون، التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة : ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناغو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط٢، ٢٠١٨م.
الديب: محمود، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة-مصر، ٢٠١١م.
الرفاعي: أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٤م.
الروازق: فراس جبار، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر-مصر، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠١٧م.
الزين: محمد، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، د.ن، تونس، ط٢، ١٩٩٧م.
السباتين: خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق-جامعة القدس (فلسطين)، ٢٠٠١م.
سعد: أيمن، العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣م.
سعودي: عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة-، ١٩٩٠م.
سلامة: عزت، "نحو تكييف حديث للاذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي ٢٠١٦م والتطبيق على التعاقد الاكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع٧٠، ٢٠١٩م.
السنهوري : عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني:ج ١،(نظرية الالتزام بوجه عام)، تح: مصطفى الفقي وعبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط٣، ١٩٨١م.
سيوفي: مرسال، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مصادر الموجبات)، د.ن، بيروت، ١٩٩٤م.
الصدة: عبد المنعم، في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول – جامعة القاهرة حاليا)، ١٩٤٦م.
نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م.
عبد الباقي: عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري -نظرية العقد والإرادة المنفردة-، ١٩٨٤م.
عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٤٢٥هـ٢٠٠٤م.
عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد "دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط١، ٢٠١٧م،
عبد السلام: سعيد سعد،

"التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق، جامعة المنوفية –مصر، مج٧، ع١٣، ١٩٩٨م.
سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع-مصر، ١٩٩٢م.
عبد العال: محمد حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة ال. عقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٦م.
عبد الغفار: أنس، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية___مصر، ٢٠١٣م.
عبد اللاه: رجب كريم، التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م.
العدوي: جلال، الإجبار القانوني على المعاوضة ، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٦٥م، ص ٧٣.
عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوني العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالاسكندرية، د.ط، د.ت.ن،
غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، ١٩٦٤م.
غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-الأردن، ط٣، ص١٩٩٥م.
فودة: عبد الحكم: تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٥م.
قاسم :محمد حسن، العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٨م.
القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، ٢٠٠٢م.
مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة- مصر، ٢٠٠٢م.
محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدارسات العربية للنشر- مصر، ط١، ٢٠١٨م.
المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع-وزارة العدل الفلسطيني، ٢٠٠٣م.
المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين-الأردن.
المصري: رفيق، الخطر والتأمين – التأمين التجاري هل هو جائر شرعا؟-، الدار الشامية-بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محيّنة)، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، ٢٠١٨م

نسرين: عبد الحميد محمد، عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠١٥م.

هانية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط١، ٢٠١٤م.

يوسف: أمير الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي-مصر، ٢٠١٥م

ثالثا: المراجع الفرنسية:

Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome.

Bricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.

Dionisi- Peyrusse, Amélie: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT ,paris,2007,Tome2

Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991.

Lemieux, Marc: “Les clauses Abusives dans les Contrats D’adhésion”, Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3. 2001.

Maume, Florian: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L’obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d’Evry- Val- d’Essone, france, 2015.

Ricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.

Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901.

Terre François: Les Obligations,Op.cit , Tome 2.