Journal of Alasmarya University
Volume 7, June 2007

مجلة الجامعة الأسمرية
المجلد السابع، يونيو 2007

سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
دراسة قانونية مقارنة

د. دريد محمود السامرائي*

المقدمة

لا يقدم المتعاقدان من حيث الأصل على إبرام عقدهما، إلا بعد تفاوض يحصل بينهما يتناقشان خلاله في شروط العقد وبنوده، حتى يتوصلا بعد ذلك إلى تحديد مضمونه. فلا يقدم أي منهما على الدخول في العلاقة التعاقدية إلا بعد التأكد من وجود مصلحة له في هذا العقد. وإذا كانت تلك هي الطريقة التقليدية لإبرام عقد تتساوى فيه إرادتا الطرفين المتعاقدين دون أن تغلب إحداهما على الأخرى، فإن تطور النشاط الاقتصادي الذي يشهده العالم وما تمخض عنه من ظهور مؤسسات وشركات ضخمة عملاقة، قد أدى في الواقع إلى حدوث اختلال خطير في بعض العقود التي يكون أحد طرفيها تلك المؤسسة أو الشركة، بينما يكون الطرف الآخر هو الفرد المستهلك. وقد نجم هذا الاختلال عن اختلاف المراكز الاقتصادية لأطراف العقد، حيث يستأثر أحد الطرفين بإنتاج بعض السلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها في كل وقت وجيل، بعبارة أخرى فإن أحد أطراف العقد يحتكر إنتاج هذه السلع أو الخدمات

* جامعة السابع من إبريل.

احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق[1].

ومن ثَمَّ فإن هذا المتعاقد يتمتع بقدر من القوة الاقتصادية التي تمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف اقتصادياً (المستهلك). فهذا الأخير، وإن كان يتمتع بشيء من الحرية الظاهرة في إبرام العقد، فإن تلك الحرية قاصرة في الواقع على قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تمتد إلى الحق في مناقشة بنود العقد وشروطه. ويطلق على هذه العقود اصطلاحاً (عقود الإذعان)[2]. ويمكن تعريف عقد الإذعان عموماً بأنه عقد يستقل فيه أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً في صيغة مفصلة على شكل (مشروع لائحي)، وينضم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول، حيث يقتصر قبوله على مجرد التسليم بهذه الشروط دون مناقشة[3]. وبعبارة أخرى فإن عقد الإذعان هو عقد ينحصر فيه قبول أحد الطرفين في التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه. ويكون محل هذا العقد، كما بينا آنفاً، سلعة أو خدمة ضرورية، كالكهرباء والماء والهاتف والنقل بالطائرة أو بالقطار... الخ.

ويلاحظ أن فكرة (عقود الإذعان) معروفة في الفقه الإسلامي. إذ يعرف الفقهاء المسلمون صوراً متعددة لهذا العقد، لعل أبرزها في هذا الصدد (الاحتكار)، ويقصد بالاحتكار، شراء الشيء وحبسه ليقل بين الناس، فيرتفع سعره ويفرض عليهم البائع هذا

---

1 - انظر: د.وليم سليمان قلاده، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 1955، ص 354، 355.

2 - يطلق الفرنسيون على هذا النوع من العقود تسمية (عقود الانضمام)؛ ذلك لأن القابل فيها، إنما بقبوله يكون قد انضم إلى مشروع عقد يضعه الموجب، من دون أن يكون له الحق في مناقشة شروطه مع الموجب. انظر:

Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud , Franc,ois chabas, leson de droit civil, Tome 11 , edition Motchrestien. P. 80.

وقد آثر الأستاذ السنهوري أن تسمى في العربية (بعقود الإذعان) لشعوره بأن هذا التعبير هو الأدق والأكثر واقعية وانطباقاً على هذا النوع من العقود؛ ذلك لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة لشروطه. انظر: د.عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، دار الفكر، مصر، بلا تأريخ نشر، ص 279، وانظر مؤلفه: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار الفكر، مصر، ص 68.

3 - انظر: د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966م، ص 131.

السعر، فيصيبهم ضرر من وراء ذلك[4].

ويذهب معظم الفقه الإسلامي إلى تحريم الاحتكار، لما روي عن سيدنا عمر ﷺ أنه قال سمعت النبي ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس»[5]. بيد أنهم يشترطون لذلك توافر شروط ثلاثة هي:

1. أن يكون الشيء المحتكر فائضاً عن حاجة مالكه وحاجة من يعولهم سنة كاملة. إذ يجوز أن يدخر الانسان نفقته ونفقة أهله هذه المدة، جرياً على ما كان يفعله النبي ﷺ[6].
2. أن يكون المالك قد انتظر إلى الوقت الذي يرتفع فيه سعر السلعة ليبيعها بالثمن الذي يريد دون أن يعترض الناس على هذا الثمن، لشدة الحاجة إلى تلك السلعة.
3. أن يحصل الاحتكار في الوقت الذي يحتاج فيه الناس إلى المواد المحتكرة. فلو كانت هذه السلع أو المواد موجودة عند عدد قليل من التجار، ولكن الناس لا يحتاجون إليها، فإن ذلك لا يعد احتكاراً، طالما لا يوجد هنالك ثمة ضرر يمكن أن يلحق بالناس[7].

وأياً كان الأمر فقد اختلف الفقه الحديث حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، إذ يذهب بعضهم إلى أن هذه العقود ليس لها من العقد سوى الاسم، وأنها قاصرة على إرادة منفردة، تملى لا على فرد معين، وإنما على مجموعة غير محددة من الناس[8]. ذلك أن العقد إنما يقوم على أساس من توافق الإرادتين عن حرية واختيار، وهو ما لا

---

4 - انظر: السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر، لبنان، 1403هـ / 1983م، المجلد الثالث، ص 162.

5 - انظر: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، الطبعة الأولى، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، 1988 م، ج (4)، ص 319 هامش رقم (4).

6 - انظر: السيد سابق، مرجع سابق ذكره، ص 193.

7 - انظر: زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية، شرح اللمعة الدمشقية، دار الكتاب العربي، مصر، ج (1)، ص292.

8 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946م، ص 89،90، انظر كذلك: د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 132، د.عبد الباسط جميعي و د.محمد سلام مدكور وأ. عبد المنعم حسني وأ. عادل حتحوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة 1979م، ج (2)، ص 810، د.عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 85.

يـتحقق في عقـود الإذعان، حيث تفرض إحدى الإرادتين نفسها على الطرف الآخر الذي لا يكـون أمامـه سـوى التسـليم بشـروط المتعاقد الأول، أو رفض العقد برمته دونما أي تعديل[9].

وانطلاقـاً مـن هـذا التصـور فإن عقد الإذعان يعد، حسب هذا الفريق من الفقهاء، إرادة منفـردة يصـدرها المـوجب، ومـن ثَـمّ، فـإن هـذا العقد ينبغي أن يفسر كما يفسر القانـون[10]. فـلا نهـتم بـإرادة (المسـافر) الـذي قطع بطاقة سفر بالقطار أو بالطائرة، ولا بـإرادة (صـاحب العمـل) الـذي اشـترك في تجهيز محله بالكهرباء أو الماء، وإنما ينبغي علينـا أن نهتم أولاً، وقبل كل شيء، بالمصلحة العامة أو(بالضرورات الاجتماعية)، إذ لا تكون للإرادة قيمة قانونية إلا إذا كانت متفقة مع هذه الضرورات.

علـى أن فقهـاء القانـون المدنـي لا يسـلمون بهـذا الـرأي ويذهبون إلى أن عقود الإذعـان عقـود حقيقية، لا يقدح فيها عدم المساواة الفعلية بين طرفيها، فالإذعان في هذه العقود هو الرضا بعينه.

يضاف إلى ذلك أن المساومة والمفاوضة ليستا شرطاً من شروط العقد، فلا يلزم في العقـد أن تكـون شـروطه مـن صـنع الطـرفين، وأن يكون هذان الطرفان على درجة واحدة من الحرية والمساواة. ومهما قيل في أن أحد الطرفين ضعيف أمام الطرف الآخر، فإنـنا نقـول: إن هـذه الظاهرة هي في الواقع ظاهرة اقتصادية، وليست ظاهرة قانونية[11]. وعـلاج هـذا الـتفاوت الاقتصـادي لا يكـون بإنكـار صـفة العقـد على عقد حقيقي، ولا بـتمكين القاضـي مـن تفسـير هـذا العقـد كمـا يشـاء، بحجـة حمايـة الطرف الضعيف، فتضـطرب المعـاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجح الناجع في هذا الشأن هو تقوية الجانب الضعيف، لكي لا يستغله الجانب القوي. فضلاً عن ذلك، فإن تشبيه عقود الإذعـان (بالقانـون أو اللـوائح) أمـر يتنافـى مـع المـنطق والقانـون، ذلك أن (القانون أو

9 - انظـر: د.عـبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 90، انظر كذلك: د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 132.

10 - انظر: د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق ذكره، ص 68.

11 - انظـر: د.إسماعـيل غـانم، النظـرية العامـة للالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 132. انظر كذلك د.أنور سـلطان، النظـرية العامـة للالتـزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 63. مـنير القاضـي، المذكـرة الإيضـاحية المختصـرة لمشـروع القانـون المدني، ص (ك أ) انظر كذلك: Henri et Leon , OP. Cit. P. 80.

اللائحة) يطبق على الناس من دون حاجة إلى قبولهم، أما عقود الإذعان فإنها لا تنشأ إلا بهذا القبول. ويمكننا القول أخيراً إن عقود الإذعان تشتمل على ضمانات للطرف المذعن، لا نجد لها مثيلاً في غيرها من العقود، فهذا الإيجاب الذي يصدره أحد الطرفين يتسم (بالعموم) والدوام والانتظام، لهذا كانت شروطه واحدة بالنسبة للجميع، ولعل في هذه (العمومية) (والدوام) ما يكفي لإثبات أن المذعن يتعرض لكل الشروط التي يريد التعاقد بها، وبذلك تقل فرص الغلط أو التدليس. ثم إن هذه الشروط تكون في كثير من الأحوال، محل موافقة إدارية، ولا ريب أن الإدارة لا تدع مجالاً لأي شرط تعسفي.

نخلص مما تقدم إلى أن عقد الإذعان عقد كسائر العقود الأخرى، وإذا كان هذا العقد ينطوي على قدر من عدم المساواة الاقتصادية بين أطرافه، فإن إزالة هذا الاختلال إنما يكون، حسب تقديرنا، من خلال منح القضاء سلطة التدخل في هذه العقود لإلغاء أو تعديل ما تنطوي عليه من شروط تعسفية، وتكرس القوانين المدنية الحديثة هذا الاتجاه صراحة، كالقانون المصري والقانون العراقي والقانون الليبي. على أن دراسة سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان تقتضي منا في الواقع أن نتعرض أولاً إلى المبررات التي دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان، ثم نتناول في فقرة ثانية مضمون سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

المبحث الأول: المبررات التي دفعت بالمشرع إلى منح القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان

لقد قدر المشرع، أن قبول الطرف المذعن لا يعد في حقيقته قبولاً بالمعنى القانوني المألوف في سائر العقود الأخرى، بل إنه يعد رضوخاً لإرادة الموجب وتسليماً بالشروط التي وضعها، والتي لا يقبل فيها أية مناقشة. وحيث إن قواعد القانون تسعى دائماً إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فقد اقتضى ذلك أن يتضمن القانون قدراً من الضمانات القانونية للطرف المذعن، تكفل إيجاد نوع من الموازنة بينه وبين الطرف الآخر، تتمثل تلك الضمانات القانونية في أمرين اثنين:

الأول: أن يتولى المشرع تنظيم عقود الإذعان ليضع لها أحكاماً توفر قدراً كافياً من الحماية للطرف الضعيف. وبناء على ذلك فقد تم تنظيم بعض العقود تنظيماً تشريعياً،

كعقد العمل وعقد النقل وعقد التأمين[12].

الثاني: أن يتم منح القضاء سلطة تعديل عقود الإذعان عموماً بهدف حماية الطرف المذعن، وتكرس القوانين المقارنة هذا الاتجاه صراحة، حيث تنص على منح القضاء سلطة التدخل في عقد الإذعان، وإلغاء ما يتضمنه من شروط تعسفية في حق المذعن، أو التعديل بهذه الشروط بما يحقق معه مصلحة الطرف المذعن في العقد[13].

فالمادة 149 من القانون المدني الليبي[14] تقضي بأنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». كما تنص 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 أن تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» وهو النص ذاته الذي تقرره المادة (167) من القانون المدني العراقي. على أن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، تخرج به في الواقع عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على تفسير وتطبيق النص القانوني المناسب على الواقعة المطروحة أمامه، إلى سلطة تعديل وإلغاء بعض بنود العقد حماية لمصلحة أحد المتعاقدين، وجبراً عن إرادة المتعاقد الآخر.

وتأسيساً على ما تقدم فإذا ما تبين للقاضي أن عقد الإذعان يشتمل على شروط تعسفية، كان له أن يعدل تلك الشروط بحيث يزيل عنها كل تعسف، يمكن أن تلحقه بالمتعاقد المذعن، بل إن له أيضاً أن يعفي الطرف المذعن من تلك الشروط إعفاءً تاماً، وليس هنالك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلاّ ما تقتضيه العدالة في نظره[15]. ولعل

12 - انظر: د.محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، عام 1999، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ص69.

13 - انظر: د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد،1971، ص120،121.

14 - تقابلها المادة 204 من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

15 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، ج (1)، مرجع سابق ذكره، ص 104. انظر كذلك د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الجامعة=

المبرر الرئيسي لتدخل القاضي في حياة هذا العقد، يتمثل عموماً في استغلال ضعف الطرف المذعن في العقد، فعدم المساواة بين المتعاقدين لا يعتبر شراً بذاته بل إن التعسف الذي ينتج عن هذا التفاوت، هو محور تدخل القاضي في هذا الشأن[16]. بيد أن نظرية عقود الإذعان لم تسلم من الانتقاد، فقد قيل في انتقادها إنه لا يوجد معيار دقيق يمكن من خلاله تمييز هذه العقود عن غيرها، إذ أن إيراد نصوص تشريعية تنظم عقود الإذعان بوجه عام يقتضي تحديد دائرة هذه العقود[17]. لكن تحديد عقود الإذعان على سبيل الحصر هو في الحقيقة أمر بالغ الصعوبة على المشرع، لهذا جاء القانون المقارن خالياً من مثل هذا التحديد. والعلة في ذلك أن الإذعان متصور في كل عقدٍ يتمتع أحد أطرافه باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة ضرورية ومهمة في حياة الفرد والمجتمع، فهو متصور في عقد النقل، كالنقل بالطائرة أو السكك الحديدية أو البواخر والسفن، كما أنه متصور كذلك في عقود التأمين وعقود التوريد، كتوريد الماء أو الكهرباء أو الهاتف... الخ. وبناء على ذلك فقد حاول فريق من الفقهاء تحليل عقود الإذعان واستخلاص أهم الخصائص التي تتسم بها، وهي:

أولاً: أن ينصب العقد على سلع أو خدمات ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، كالماء والكهرباء والهاتف والنقل[18].

ثانياً: أن يكون أحد طرفي العقد في مركز اقتصادي قوي، يستمده من احتكار إنتاج السلع أو الخدمات آنفة الذكر، احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها[19].

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الناس كافة بشروط موحدة، وبصورة مستمرة أي لمدة غير محددة[20].

=المستنصرية، 1976، ص66، و د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965، ص 88.

16 - انظر: د.وليم سليمان قلاده، مرجع سابق ذكره، ص 360.

17 - انظر: د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ذكره،ص 135

18 - انظر: د.عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، 1999، ص111.

19 - انظر: د.جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994، ص51.

20 - انظر: د.عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق ذكره، ص111، انظر كذلك: د.جلال علي العدوي، مرجع سابق ذكره، ص51،52.

فإذا ما توافرت هذه الخصائص في عقد معين، فإنه يندرج تحت طائفة عقود الإذعان، وإلا فإنه يخرج من نطاقها.

المبحث الثاني :

كيفية إعمال سلطة القضاء في تعديل عقد الإذعان

يسود القانون المقارن اتجاه يقضي بضرورة توفير قدر من الحماية القانونية للطرف المذعن، بهدف إعادة التوازن الاقتصادي إلى عقود الإذعان، وقد تمثلت هذه الحماية بصفة عامة في منح القضاء سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، كما تمثلت تلك الحماية من جانب آخر، في تفسير العبارات الغامضة التي قد ترد في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً، وذلك خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن تفسير العبارات الغامضة التي يتضمنها العقد يكون لمصلحة المدين. وفي هذا الصدد تقرر المادة (149) من القانون المدني الليبي والقانون المدني المصري أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، كما تنص المادة (153) من القانونين المذكورين آنفاً على أنه « 1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن». أما القانون المدني العراقي فإنه ينص في المادة (167) منه على أنه « 2- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. 3- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً».

ولكن ماذا يقصد بالشروط التعسفية؟

يمكن تعريف الشروط التعسفية عموماً بأنها تلك الشروط التي تتجافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف أو نزاهة، أو تتعارض مع ما يوجبه مبدأ حسن النية[21]. ويلاحظ أن الشروط التعسفية على نوعين اثنين:

---

21 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 97.

الأول: شروط تعسفية بالذات وهي الشروط التي يظهر التعسف فيها واضحاً منذ لحظة إدراجها في العقد، كالشروط التي تتضمنها لائحة المصنع، وتقضي بفرض غرامات مالية باهضة على العمال تستنفد جزءً كبيراً من أجورهم لا يتناسب مع الأخطاء التي تصدر منهم[22].

الثاني: شروط تعسفية في تطبيقها وهي شروط عادية مألوفة لا تنطوي على شيء من التعسف عند إدراجها في العقد، بيد أن التمسك بحرفيتها يؤدي إلى التعسف والإضرار بالغير[23]، كالشرط الذي يلزم المؤمن له باخطار المؤمن (شركة التأمين) بأمور معينة خلال فترة نفاذ العقد، وإلا سقط حقه في التعويض. فمثل هذا الشرط في الواقع شرط طبيعي عند إدراجه في العقد، لكن تمسك شركة التأمين بحرفية نصه بهدف الوصول إلى إسقاط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، على الرغم من أن البيانات التي أغفل إخطار الشركة بها لم تكن ذات شأن في زيادة جسامة الخطر محل العقد، يجعل من هذا الشرط شرطاً تعسفياً.

وأياً كان الأمر، فإن التمعن في أحكام القضاء المقارن يكشف لنا في الواقع عن تطبيقات متعددة للشروط التعسفية. لعل أبرزها في هذا الشأن ما يلي:

المطلب الأول: جهل الطرف المذعن بالشرط الوارد في العقد وعدم إمكانية العلم به

يعتبر الشرط الوارد في العقد شرطاً تعسفياً، حسب أحكام القضاء المقارن، إذا لم يعلم به الطرف المذعن، أو لم يكن في استطاعته العلم به في وقت لاحق لإبرام العقد. على أن القضاء يعتمد في تقديره لكفاية علم الطرف المذعن بالشروط الواردة في العقد على جملة من العوامل، لعل أبرزها في هذا الصدد الوسائل التي اتخذها الموجب لجلب انتباه الطرف الآخر في العقد إلى تلك الشروط، بدرجة تتناسب مع ما تتضمنه من شدة وخطورة[24]، فكتابة (شرط السقوط)[25] في عقد التأمين مثلاً بأحرف متميزة

---

22 - انظر: د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 1985م، ص 359. انظر كذلك د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق ذكره، ص 287.

23 - انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 360.

24 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 240، د.وليم سليمان=

تكشف عن أهميته، يكفي في الواقع للفت نظر المؤمن له الذي لا يستطيع بعد ذلك أن يدعي عدم العلم بمضمون هذا الشرط، وبخلاف ذلك فإن كتابة الشرط المذكور بأحرف صغيرة لا تميزه عن باقي الشروط المدرجة في وثيقة التأمين وبشكل لا يلفت النظر إليه، يمكن أن ينهض سبباً للطعن به من قبل المؤمن له. استناداً إلى عدم علمه به أو عدم إمكان العلم به[26].

ويكرس القضاء العراقي هذا الاتجاه في أحكامه المختلفة، حيث تقضي محكمة التمييز بأنه « لا يستحق المؤمن له مبلغ التأمين إذا خالف الشرط الذي أوجب عدم قيادة السيارة إلا من قبل صاحبها »[27]. وذلك استناداً إلى أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين لم يكن مكتوباً بشكل واضح ومتميز عن الشروط الأخرى، مما يجعل قرينة العلم به متوافرة عند المؤمن له. ومع ذلك فإن القضاء لا يعول كثيراً، بشأن العلم بشروط العقد، على (شخصية) الطرف المذعن، كأن يكون قليل الدراية والخبرة أو جاهلاً لا يعرف القراءة والكتابة[28]. ويجب التنويه إلى أن تحديد ما إذا كان المتعاقد المذعن يعلم بشروط العقد من عدمه إنما هو مسألة واقعية، يختص بتقديرها قاضي الموضوع، دونما رقابة عليه من قبل المحكمة العليا أو محكمة النقض[29].

المطلب الثاني: عدم مراعاة الطرف المذعن للشرط بسبب قوة قاهرة

تختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة في أن الشرط الذي يتضمنه العقد كان

=قلاده، مرجع سابق ذكره، ص373.

25 - يعرف الإسقاط أو شرط السقوط بأنه وسيلة أو دفع يسمح للمؤمن أن يرفض تنفيذ تعهده بسبب عدم تنفيذ المؤمن له لالتزاماته التي يفرضها عليه العقد أو القانون في حالة تحقيق الخطر المؤمن ضده. انظر: د.باسم محمد صالح، محاضرات في عقد التأمين ألقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 1993،1994م.

26 - انظر: د.توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1975، ص 333، 334. انظر كذلك د.أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، جامعة الكويت، 1403هـ / 1983م، ص 444، د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، د.وليم سليمان قلاده، مرجع سابق ذكره، ص 373.

27 - قرار ذي الرقم 465 / صلحية / 63، تاريخ القرار 18 / 3 / 1963، منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد 1988، ص 201.

28 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 239.

29 - انظر: د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، ص36.

محلاً لقبول المتعاقد المذعن به، وهو على علم تام بمضمونه وفحواه. ومع ذلك فإن هذا الشرط لا يسري في حقه متى حالت قوة قاهرة بينه وبين القيام بالالتزام الذي يلقيه عليه الشرط المذكور[30]، كأن تقرر شركة التأمين وقف تنفيذ العقد لتخلف المؤمن له عن أداء الأقساط المستحقة عليه في موعدها المقرر، فمثل هذا الاتجاه صحيح قانوناً في الظروف العادية، طالما أنه يمثل جزاءً عن إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي، لكنه يكون مجحفاً في حق المؤمن له إذا أثبت أن تأخره في الوفاء بالتزامه كان نتيجة قوة قاهرة[31].

يتضح مما تقدم أن الشرط في هذه الحالة ليس تعسفياً بذاته، ولكنه تعسفي من حيث التطبيق، وتتحقق هذه الصورة عندما تفرض شركة التأمين على المؤمن له إخطارها بوقوع الخطر المؤمن منه خلال مدة وجيزة من تحققه، وإلا سقط الحق في مبلغ التأمين، فمثل هذا الشرط كذلك صحيح من الناحية القانونية، بيد أن تمسك الشركة بحرفيته لغرض الامتناع عن أداء مبلغ التأمين إلى المؤمن له في جميع الأحوال يعد ضرباً من التعسف، فقد لا يتمكن هذا المؤمن له من الإخطار الفوري في بعض الحالات بسبب انقطاع المواصلات أو الاتصالات أو لإصابته بصدمة عصبية أو نفسية تمنعه من ذلك[32].

المطلب الثالث: حسن نية الطرف المذعن

إن حسن نية الطرف المذعن له أثر بالغ في عدم سريان الشرط التعسفي بحقه. إذ يهتم القضاء اهتماماً كبيراً بحسن أو سوء نية الطرف المذعن في العقد بغية الحكم بسريان أو عدم سريان الشرط التعسفي بحقه. فإذا ما تبين للقضاء أن مخالفة المذعن لشروط العقد كانت قد صدرت منه عن حسن نية، فإنه يحكم عندئذ بعدم سريان تلك الشروط في حقه[33]. وفي هذا الصدد يقرر القضاء الفرنسي والقضاء المصري في

30 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 241،242. انظر كذلك د.توفيق حسن فرج، أحكام الضمان، مرجع سابق ذكره، ص 332.

31 - انظر: د.أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 403.

32 - انظر: د.محمد كامل مرسي، العقود المسماة (التأمين)، القاهرة 1952م، ج (3)، ص 149، انظر كذلك د.أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص459،460، د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، ص40.

33 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 244.وانظر للمؤلف ذاته، محاضرات في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات=

أحكامه المختلفة بطلان عقد التأمين مع احتفاظ شركة التأمين بالأقساط المدفوعة لها، إذا تعمد المؤمن له كتمان أمور معينة، أو تقديم بيانات كاذبة أدت إلى تغيير موضوع الخطر، أو التقليل من أهميته في نظر المؤمن (شركة التأمين). بيد أن القضاء يشترط لبطلان التأمين في هذه الحالة توافر شرطين اثنين:

الأول: أن يقوم المؤمن له بإخفاء ظروف معينة عن المؤمن أو تقديم معلومات كاذبة بشأنها.

الثاني: أن يكون المؤمن له سيء النية، وذلك بأن يتعمد الكتمان أو الكذب بهدف تضليل المؤمن وخداعه[34].

فالعنصر الأساسي الذي يستند إليه القضاء للوقوف على سوء نية المؤمن له هو أن يتوافر لديه قصد الخداع والتضليل من وراء الكتمان أو الكذب[35]. أما إذا كان الكتمان أو الكذب قد صدر عن حسن نيةٍ من المؤمن له، معتقداً أنه إنما يكتم أمراً لا أهمية له في نظر المؤمن، أو كان المؤمن له يجهل القراءة والكتابة وكان قليل الدراية، أو كان الشرط الذي يلزم المؤمن له بالإدلاء ببعض البيانات في وثيقة التأمين غامضاً ... الخ ففي مثل هذه الحالات، تستبعد المحكمة تطبيق الشرط التعسفي الذي يقضي ببطلان وثيقة التأمين أو سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، وذلك لحسن نيةِ المؤمن له[36]. وحسن نية المؤمن له من عدمه، مسألة ترجع إلى تقدير قاضي الموضوع، الذي يجب

=العربية، 1958، ص100. وانظر للمؤلف أيضاً: مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية، بيروت، 1971، ص 134.

34 - انظر: د.أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 336، 337.

35 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 45، انظر كذلك د.أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 342. وفي هذا الصدد تقضي محكمة التمييز في العراق في قرارها ذي الرقم 94 / هيئة عامة / 979 في 21 / 7 / 1979، بعدم أحقيةِ المؤمن له بقيمة السيارة التي وردت في وثيقة التأمين لتعمد المؤمن له بالكذب وعدم الإدلاء بالبيانات الصحيحة حول السيارة. وقد جاء نص القرار كما يأتي (إذا عمد المؤمن له زيادة قيمة السيارة في وثيقة التأمين الثانية خلافاً لقيمتها المدونة في عقد الشراء في وثيقة التأمين الأولى، فيكون قد أدلى عمداً بأمور كاذبة كانت ذات أثر في عقد التأمين ويستحق قيمة السيارة عند احتراقها وفقاً لما دونه في وثيقة التأمين الأولى). منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة العاشرة، ص 9. وانظر كذلك: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني)، بغداد 1988م، ص 208.

36 - انظر: د.أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 346. انظر كذلك د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق ذكره، ص 100،101.

عليه، أن يدخل في اعتباره الظروف الشخصية للمؤمن له كثقافته وخبرته، وعمل القاضي في هذا الشأن غير خاضعٍ لرقابة محكمة النقض (أو محكمة التمييز)[37].

علـى أن القضاء العراقي يستند في هذا الصدد إلى نص المادة (987) من القانون المدنـي العراقـي، الـتي تقـرر في فقرتها الأولى ما يأتي « يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقـد إذا تعمـد المؤمن له كتمان أمر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً وكان من وراء ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن وتصبح الأقساط التي تم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن، أما الأقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها ». يتبين من هذا النص، أن المؤمن يستطيع طلب فسخ العقد مع احتفاظه بالأقساط التأمينية المدفوعة له متى ما تعمد المؤمن له الكتمان أو تقديم بيان كاذب عن الخطر المؤمن ضده. أما إذا تبين أن الكذب أو الكتمان لم يكن صادراً عن تعمدٍ من المؤمن له، وأن المؤمن له، كان حسـن النـية في مخالفـته للشـرط الـوارد في وثيقة التأمين والذي يلزمه بعدم الكتمان أو الإدلاء بـبعض البـيانات الصـحيحة، فإن الجزاء الذي يترتب على مطالبة المؤمن للقضاء فسـخ عقد التأمين، إلزامه برد كافة الأقساط التأمينية المدفوعة أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله الخطر المؤمن ضده[38].

المطلب الرابع: عدم توفر الحكمة أو الغاية من الالتزام المفروض على الطرف المذعن في العقد

تشترك هذه الحالة مع سابقتها في كونها تخضع لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العقد، إلا أنها تختلف عنها في كونها حالة ينتفي فيها وقوع الضرر للطرف الآخر بسـبب مخالفـة الطـرف المـذعن للشـرط التعسفي، في حين لا تستلزم حالة حسن النية ذلـك[39]. ولعـل مـن أبرز تطبيقات هذه الحالة ما يحدث في عقد التأمين، وذلك إذا ما أغفـل المـؤمن لـه ذكـر ظـرف معـين غير ذي تأثير على طبيعة الخطر المؤمن ضده[40].

---

37 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 244. وانظر للمؤلف: نظرية العقـد، ج (1)، مـرجع سـابق ذكـره، ص 100. وانظـر للمؤلـف أيضاً: مصادر الالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 134، د.أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 341.

38 - المادة 987 فقرة (2) من القانون المدني العراقي.

39 - انظـر: د.عـبد المـنعم فـرج الصدة،عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 247، انظر كذلك: د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، ص45.

40 - انظـر: د.عـبد المـنعم فـرج الصـدة، عقـود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 248. وانظر للمؤلف:=

ويميـز القضـاء بـين حالـتين، حالـة مـا إذا كـان الظـرف المـتروك قد ذكرته وثيقة التأمين صـراحة، وحالـة مـا إذا كـان العقـد يتضـمن شـرطاً غير دقيق. ففي الحالة الأولى تطبق المحكمـة شـرط سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، من دون أن تعمل على تعديله أو إعفائه من الشرط التعسفي.

أمـا في الحالـة الثانـية، فـإن المسألة التي سوف تقف عليها المحكمة هي البحث عمـا إذا كانت الواقعة التي لم تذكر في وثيقة التأمين تخطئ أو لا تخطئ، فكرة المؤمن عـن الخطـر المـؤمن ضـده[41]. وهـذه المسألة تخضع لرقابة وسلطة قاضي الموضوع، وهـو لا يخشـى في عمله هذا رقابةً من محكمة النقض؛ ذلك لأن عمله هذا غير خاضع لـرقابة تلـك المحكمـة، لـتعلقه بمسـائل الواقـع لا القانـون[42]. وفي هـذا الصدد، تقرر محكمـة التمييـز في العـراق بأنـه «ليس للمؤمن (شركة التأمين) الامتناع عن دفع مبلغ الـتأمين إلى ورثـة المـؤمن لـه بحجـة إصـابته بأمـراض أخفاها عن المؤمن؛ لأن إجراء المـؤمن الفحوصـات الطبـية علـى المؤمن له دليل على موافقته على عقد التأمين»[43]. وتشـتمل هـذه الحالـة أيضاً، حالة أخرى تتمثل ببطلان كل شرط تعسفي يرد في وثيقة الـتأمين لم يكـن لمخالفـته مـن قبل المؤمن له أثر في وقوع الحادث المؤمن ضده[44]. فلـو أهمل المؤمن له ضد حوادث المرور مثلاً تجديد إجازة السوق، ثم تعرض لحادث بسـبب الضـباب الشـديد الـذي حجـب رؤيـته للطـريق، وكانت وثيقة التأمين تنص على وجـوب تجديـد إجـازة السوق، فإن مثل هذا الشرط يعتبر تعسفياً، إذ لم تكن لمخالفته من قبل المؤمن له أثر في وقوع الحادث، وبالتالي فإنه لا يسري في حق المؤمن له[45]. وأيـاً كان الأمر فإن المادة 149 من القانون المدني الليبي والمادة 149 من القانون المدني المصـري، وكـذلك المادة 167 من القانون المدني العراقي، تخول القاضي سلطة تعديل

=مصـادر الالتزام، مرجع سابق، ص 134، 135. وانظر للمؤلف: أيضا، نظرية العقد، ج (1)، مرجع سابق، ص 101.

41 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 248.

42 - انظـر: د.عـبد المـنعم فـرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره ص 248، انظر كذلك: د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره،ص46.

43 - قـرار ذي الـرقم 671 / مدنـية ثانـية / 973 في 22 / 10 / 1973، منشـور في النشـرة القضائية، بغداد، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص 69.

44 - انظر: د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، ص46.

45 - انظر: د.باسم محمد صالح، مرجع سابق ذكره، ص48.

عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية استثناءً من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

ويلاحظ أن القاضي إنما يتولى تعديل العقد من خلال قيامه بتعديل الشروط التعسفية الواردة فيه، بما يحقق معه مصلحة الطرف المذعن بالعقد، أو بإعفاء الطرف المذعن منها نهائياً وفقاً لما تقضي به مبادئ العدالة. وفي كلتا الحالتين يكون قد أجرى تعديلاً على العقد من خلال إلغاء أو تعديل بعض بنوده التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين المتعاقدين. ومع ذلك فإن هنالك اختلافاً كبيراً بين إلغاء الشرط أو تعديله، ذلك أن تعديل الشرط التعسفي يعني الابقاء عليه مع رفع أوجه التعسف منه، فعلى سبيل التمثيل إذا كان الشرط الوارد في وثيقة التأمين يلزم المؤمن له بالإخطار عن الحادث المؤمن ضده خلال أربع وعشرين ساعة وإلا سقط حقه في التعويض، كان للقاضي أن يجيب المؤمن له لطلب التعويض من المؤمن، رغم قيامه بالإخطار عن الحادث بعد يومين من وقوعه. فيكون القاضي قد تولى تعديل الشرط التعسفي لاعتباره أن الإخطار، قد تم في ميعاده المقرر له في وثيقة التأمين[46].

ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الشأن، قرار محكمة التمييز الذي يقضي بأن « 1- عقد نقل البضائع المبرم مع مصلحة السكك الحديدية هو عقد إذعان. 2- الشرط الذي يجيز للمصلحة مضاعفة أجور الخزن في حالة تراكم البضائع والتأخر في إخراجها شرط تعسفي يجوز للمحكمة تعديله، استناداً إلى أحكام المادة (167 /2) من القانون المدني»[47]. بيد أن سلطة القضاء في إلغاء الشرط التعسفي تعد في الواقع أشد جرأة من سلطته في التعديل، كما تعتبر في الوقت ذاته سلاحاً بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ يستطيع القاضي بموجبها أن يعطل بعض شروط العقد وأحكامه طالما أنه وصفها بأنها أحكام تعسفية[48].

وفي هذا المجال تقرر محكمة التمييز في العراق بأنه« إذا لم يحصل طالب الإجازة الدراسية على الشهادة المتعاقد عليها، فإنه يكون ملزماً بدفع جميع المبالغ التي

---

46 - انظر: د.عبد الحكم فوده، مرجع سابق ذكره، ص 262.

47 - القرار ذو الرقم 1518، 1621 / حقوقية / 1968 في 17 / 12 / 1970، منشور في النشرة القضائية، بغداد، العدد الرابع، السنة الأولى، 1971م، ص 56.

48 - د.عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 262.

أنفقت عليه من قبل الحكومة ولا عبرة بالشرط الوارد في التعهد بلزوم دفعه ثلاثة أمثال ما صرف عليه...»[49].

وتقضي في حكم آخر بأن «الناقل مسؤول عما يصيب الأشياء من ضياع أو تلف خلال المدة التي تبتدئ من تاريخ تسليمه إياها إلى زمن تسليمها إلى المرسل إليه، وكل اشتراط بعدم المسؤولية باطل وذلك بموجب المادة 315 من قانون التجارة إذا لم يثبت أن النقص ناشئ عن سبب قهري أو أنه موجود في البضاعة أصلاً أو من ماهيتها أو من رداءة التغليف أو من فعل المرسل أو المرسل إليه»[50].

ويجب أن يلاحظ بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن؛ ذلك لأنه هو الذي يقدر ما إذا كان الشرط تعسفياً، أي جائراً بالطرف المذعن في العقد من عدمه، وهو الذي يتخير الوسيلة التي تؤدي إلى إزالة هذا الجور، بتعديل الشرط التعسفي أو بإلغائه[51]. على أن المشرع المدني قد توقع، أن يعمد الطرف القوي في عقد الإذعان إلى إدراج شرط يسلب بموجبه القضاء سلطته في التعديل، فتتعطل بذلك الحماية التي يراد تحقيقها للطرف المذعن. ولهذا فقد جاء النص على بطلان كل اتفاق يسلب القاضي هذه السلطة[52]، أو يحد منها[53]. ويعد هذا الاتجاه التشريعي أكثر موضوعية، إذ أن القول بخلافه يجعل من الحماية المقررة حماية صورية من الناحية العملية. حيث يسهل

---

49 - القرار ذو الرقم 217 / مدنية أولى / 1971 في 14 / 2 / 1972، منشور في النشرة القضائية / بغداد / العدد الأول، السنة الثالثة، 1973 م، ص 41.

50 - القرار ذو الرقم 1701 / صلحية / 1968 في 8 / 12 / 1968، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة 1968 م، ص 464.

51 - انظر: د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 134، انظر كذلك: د.عبد الباسط جميعي وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص 813، د.وليم سليمان قلاده، مرجع سابق ذكره، ص 361. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج (1)، مرجع سابق ذكره، ص 88. د.محمد شتا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مصر، العدد، 406، السنة السابعة والسبعون، 1986، ص 145.

52 - انظر: د.أنور سلطان، مرجع سابق ذكره، ص 64، انظر كذلك د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 134، د.عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص 813، د.وليم سليمان قلاده، المرجع السابق، ص 361.

53 - انظر: د.عبد الحكم فوده، مرجع سابق ذكره، ص 360،انظر كذلك: د.أنور سلطان، مرجع سابق ذكره، ص 64، د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق ذكره، ص 66.

على الشركات المحتكرة للسلع والخدمات، أن تضمن العقد شرطاً يحجب القاضي عن مراقبة الشروط التعسفية فيه، فلا يستطيع الطرف المذعن في العقد غير التسليم بهذه الشروط. على أن سلطة القاضي في التدخل في عقد الإذعان لم تسلم من الانتقاد، حيث يذهب قسم من الفقهاء إلى أن هذه السلطة تنطوي على كثير من المخاطر وتجانب المنطق القانوني. إذ أنها تؤدي في رأيهم إلى اضطراب المعاملات وانعدام التوازن العقدي(54).

إلا أننا نرى، أن منح القضاء سلطة التدخل في عقد الإذعان إنما يهدف في حقيقته إلى حماية الطرف الضعيف في العقد (المذعن) وإعادة التوازن الاقتصادي إليه، ولا يمكن القول بأي حال من الأحوال، إن تدخل القاضي في عقد الإذعان يؤدي إلى اختلال توازنه. ذلك أن هذا التوازن قد اختل ابتداءً بما فرضه الطرف القوي في العقد على المذعن من شروط تعسفية طالما أن هذا الأخير لا يستطيع مناقشتها أو الاعتراض عليها، وأقصى ما يستطيع القيام به هو قبول العقد برمته أو رفضه برمته.

فضلاً عن ذلك فإن سلطة القضاء في تعديل عقد الإذعان لا تؤدي، حسب تقديرنا، إلى التحكم في العقود أو التأثير على استقرار المعاملات. ذلك أن القضاء هو مرفق لإحقاق الحق ولا يتصور تدخله إلا بقصد حماية الطرف الضعيف في العقد، وتتحقق عندئذٍ الغاية من نصوص القانون ألا وهي إحقاق الحق. كما أن المشرع المدني بنصه على منح القاضي سلطة تعديل العقد إنما أراد إناطة تطور القانون، في بعض الحالات، برجال القضاء؛ ذلك لأن من صفات القانون الوضعي أنه قانون غير مستقر في بعض مجالاته؛ لأن الظاهرة القانونية التي تمس هذه المجالات غير مستقرة، سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو العلاقة بينها أو متطلبات الحماية فيها، وحتى لا يفضي ذلك إلى تطور القانون تطوراً عشوائياً، فإن المشرع قد أناط سد الثغرات في القانون بالقضاة أنفسهم، من خلال تمكينهم في بعض الحالات من استكمال شروط العقد أو التعديل فيه عند الاقتضاء وهي سلطة تؤدي بالنتيجة إلى تطور النصوص القانونية بما ينسجم وتطور الحياة في شتى مجالاتها، ويعمل على تحقيق العدالة بين أفرادها.

54 - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق ذكره، ص 407، 408.

الخاتمة

ينكـر بعـض الفقه صفة العقد على عقود الإذعان، ويرى فيها أنها عبارة عن نمط مـن أنمـاط اللـوائح والتعلـيمات، ويسـتند هـذا الفقه في رأيه، إلى أن الطرف المذعن لا يملك مناقشة شروط العقد وإنما يقتصر دوره على قبول العقد برمته أو رفضه برمته. بيد أن الـراجح في الفقـه يـذهب إلى أن عقـود الإذعان هي عقود حقيقية لا يقدح فيها عدم المسـاواة الاقتصـادية بـين أطـرافها. كمـا أن قـبول المـذعن لشروط العقد إنما يمثل في حقيقـته ركن الرضا الذي يعد قوام العقود جميعاً، وأن حماية الطرف الضعيف اقتصادياً لا تكـون بإنكـار صـفة العقد على عقد حقيقي، وإنما تتم تلك الحماية بتخويل القضاء سلطة التدخل في هذه العقود لإلغاء ما تتضمنه من شروط تعسفية أو تعديلها.

واسـتجابةً لهـذا الاتجـاه، تقرر القوانين المقارنة للقضاء عموماً سلطة التدخل في هـذه العقـود لحمايـة الطـرف المذعن وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل ابتداءً نتـيجةً لفـرض أحـد المـتعاقدين لـتلك الشروط على المتعاقد الآخر دون أن يكون لهذا الأخـير الحـق في مناقشـتها أو رفضـها، خاصـةً أن هذه العقود ترد على مرافق اقتصادية حيوية، كالنقل والماء والكهرباء والاتصالات...الخ. فلا يكون أمام المتعاقد المذعن من سـبيل سوى إبرام هذه العقود مهما تضمنت من شروطٍ تعسفية. ولا يقبل الاعتراض في هـذا الصـدد علـى سـلطة القاضي في التدخل في هذه العقود، بحجة أن ذلك يؤدي إلى تحكمه وإلى عدم استقرار المعاملات، ذلك أن القضاء يعد حسب تصورنا مرفقاً مستقلاً يعمـل على تطبيق القانون وصولاً إلى تحقيق العدالة بين المتعاقدين، ولا يتصور تدخله إلا بقصد حماية الطرف الضعيف (المذعن) في العقد.

المراجع

أولاً: مراجع في الفقه الاسلامي

1. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الطبعة الرابعة، دار الفكر، لبنان، 1983.
2. زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الأول،دار الكتاب العربي، مصر، بلا تاريخ نشر.
3. سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، 1988.

ثانياً: المراجع القانونية الحديثة:

1. د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، جامعة الكويت، 1983.
2. د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966.
3. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف، الإسكندرية، 1965.
4. د. باسم محمد صالح، محاضرات في عقد التأمين، ألقيت على طلبة الماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، غير مطبوعة.
5. د. توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1975.
6. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، 1976.
7. د.جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994.
8. د. عبد الباسط جميعي ود. محمد سلام مدكور وعبد المنعم حسني وعادل حتحوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1979.
9. د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1985.
10. د. عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، 1999.

11. د.عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، دار الفكر، مصر، بلا تأريخ نشر.
12. د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار الفكر العربي، مصر.
13. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
14. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965.
15. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية، بيروت، 1971.
16. د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1958.
17. د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946.
18. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد،1971.
19. د. محمد شتا أبو السعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مصر، العدد 406، السنة السابعة والسبعون، 1986.
20. د. محمد علي البدوي،النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة، عام 1999.
21. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، المطبعة العالمية، مصر، 1954.
22. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 1955.