جامعـــــة الأزهـــــر – غـــــزة
عمـــــادة الدراســـــات العليـــــا
كليـــــــــة الحقـــــــــوق
قســـــم القـــــانون الخـــــاص

سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان
عقد التأمين نموذجاً (دراسة تحليلية)

The Authority of the Jude to Modify The conditions of contract of Dadhesion. The insurance contract is a model (An analytical study)

إعداد الباحث
أحمد عبد الرحمن أحمد أصرف

إشـــــــراف

الدكتور/ رامي علي وشاح
أستاذ القانون المدني المساعد

الدكتور/عفيف محمد أبو كلوب
أستاذ القانون المدني المساعد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق – جامعة الأزهر – غزة

1439هـ – 2018 م

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان

عقد التأمين نموذجاً

(دراسة تحليلية)

أقر أن ما اشتملت عليه هذه الرسالة، إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

اسم الطالب: **Student's name:**

التوقيع: **Signature**

التاريخ: **Date:**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5) ﴾

سورة العلق الآيات (1–5)

الإهداء

إلى معلم البشرية ومنبع العلم

نبينا محمد (صلى الله عليه وسلم)

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب، وكلّت أنامله؛ ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي؛ ليمهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير.

(والدي)

أطال الله بقاءه، وألبسه ثوب الصحة والعافية، ومتعني ببره ورد جميله

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء، إلى القلب الناصع بالبياض

(والدتي الحبيبة)

أمد الله في عمرك بالصالحات، فأنت زهرة الحياة ونورها

إلى من سارت معي نحو الحلم.. خطوة بخطوة

بذرناه معاً.. وحصدناه معاً، وسنبقى معاً.. بإذن الله

زوجتي (رهام)

جزاك الله خيراً

إلى نبضات قلبي ودمي الذي يسيل بعروقي

وروحي التي أحيا لأجلها

أبنائي (عبد الرحمن، ريم، محمد، رانيه، عادل)

الى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة الى رياحين حياتي

(أخوتي)

إلى من آنسني في دراستي، وشاركني همومي تذكاراً وتقديراً

(أصدقائي)

كلمة شكر

لا بد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في المرحلة الجامعية الثانية، من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير، وقبل أن نمضي أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة الى جميع أستاذنا الأفاضل وأخص بالتقدير والشكر **الدكتور رامي وشاح والدكتور عفيف أبو كلوب** لرعايتهما وتوجيهما في جميع مراحل إعداد هذا البحث حتى وصل إلى هذه الصورة، فلم يبخلا علي بالمشورة والمساندة، واقتطعا من وقتهما وجهدهما ما مكنني من إتمامه.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، والشكر مُزجيًا لكل من قدم فكراً أو نصحاً في سبيل إنجاح هذا البحث. وكما أخص بالشكر كُلّاً من رئيس الجامعة الأستاذ **الدكتور/ عبد الخالق الفرا**، والنائب الأكاديمي الأستاذ **الدكتور/ سامي مصلح**. ورئيس قسم القانون الخاص **الدكتور/ عبد الله الفرا**، وعميد كلية الحقوق السابق **الدكتور/ ساهر الوليد، وعميد كلية الحقوق الحالي/ د. حمدي بارود**، كما وأتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ/ **أمين طه عبد الغفور** الذي تفضل بمراجعة الدراسة لغوياً؛ للخروج في أبهى صورة ممكنة، لكل هؤلاء والذين فات ذكرهم جزى الله الجميع عني كل الخير.

ملخص الرسالة

عقود الإذعان غالباً ما تقترن بشروط تعسفية يفرضها الموجب على القابل ويستبعد معها كل نقاش، كون هذه العقود تتعلق بخدمات وسلع لا غنى عنها، وإن المشرع سواء في فلسطين أو في معظم البلاد العربية لم ينظم هذه العقود بشكل كامل ومباشر، وعدم قيامه بوضع تعريف محدد وشامل لمفهوم عقد الإذعان وكذلك لمفهوم الشروط التعسفية وخصوصاً أن المشرع لم ينظم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية والتي أفرزت الحاجة لهذه العقود بغية توفير حماية للطرف الضعيف والحد من الإذعان.

وهدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على سلطة القاضي في التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، حماية للطرف المذعن، وكذلك دور القاضي في تفسير تلك العقود، ويرجع تناولي إلى هذا الموضوع لدقته وأهميته وتأثيره المباشر على الاستقرار الاقتصادي.

ويعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان حيث إنّ مبدأ التوزان بين مركزي المؤمن والمؤمن له غير متحقق، كما أن شركات التأمين في الواقع تحتكر الخدمة التأمينية خاصة أن التنافس بينهما محدود لا يمكن لأي شركة أن تتنازل عن بعض الحدود حتى تحقق أعلى عائد من الربح وبالتالي لا يستفيد المؤمن لهم من هذا التنافس بين شركات التأمين.

ومن هذا المنطلق تعتبر شركات التأمين هي المسيطرة والمتحكمة في سوق التأمين، حيث إنها تفرض شروطاً قاسية، تنطوي على جانب كبير من الظلم والتعسف حيث إنّ مخالفة هذه الشروط التعسفية يؤدي إلى سقوط حق المؤمن له، كما أن هذا الأخير لا؛ يملك حق مناقشة هذه الشروط التي يضعا المؤمن، فإما يسلم بها و إما أن يعزف عن ذلك تماما، لذلك كان واجبا على المشرع أن يتدخل لحماية حقوق المتعاملين مع شركات التأمين من الظلم والتعسف، كما يجب على الجهات القضائية التي يعرض أمامها نزاع التأمين أن تراعي مصلحة المؤمن له باعتباره طرفاً مذعناً.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع كان من الضروري البحث عن الشروط التعسفية في وثائق التأمين وأثرها على طرفي عقد التأمين من جهة وإنعاش سوق التأمين من جهة أخرى.

Abstract

Adhesion contracts often arbitrary con Accompanied ditions imposed by the offeror on stainless and excludes them every discussion the fact that these contracts related to services and goods to be indispensable and that the legislator whether in Palestine or in most Arab countries these contracts did not regulate fully and directly and that he did not put a precise definition and comprehensive concept of contract adhesion as well as the concept of abusive conditions and on the legislator to regulate the provisions of the contract to comply with a suit with the development in communities economically and socially which produced a need for these contracts in order to providing protection of weaker party and the reduction of compliance.

This study aims at shedding upon the Jude authority of amending or exempting from the arbitrary conditions stated in compliance contracts in order to protect the compliant body and the role of judge in interpreting such contracts.

I take up this subject due to its accuracy importance and its direct effect upon economic stability.

The insurance contract of adhesion is one of contracts where the principle of balance between the insurer and insured is unrealized and that insurance companies is in fact a monopoly on insurance service especially as the competition among them is limited because I cannot be for any company to give up some of the condition in order to achieve the highest return of profit and thus the insured does not benefit from this alleged competition between insurance companies.

From this point the insurance companies are dominant in the insurance market where it is considered to impose tough conditions involve a great deal of injustice and arbitrariness as the arbitrary violation of these conditions lead to the fall of the right of the insured as the latter does not have the right to discuss these conditions.

So it was the duty of the legislature to intervene to protect the rights of the insured with insurance companies from injustice and arbitrariness.

الفهرس	#
الآية	**أ**
الإهداء	**ب**
كلمة شكر	**ج**
ملخص عربي	**د**
ملخص اللغة الانجليزية	**هـ**
الفهرس	**و**
المقدمة	**1**
أهمية البحث	**3**
مشكلة البحث	**3**
منهج البحث	**4**
هيكلية البحث	**5**
الفصل الأول: ماهية عقد الإذعان	**6**
المبحث الأول : تعريف عقد الإذعان ونشأته وتأثير مراحل التنمية عليه	**7**
المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان	**8**
الفرع الأول: المقصود بالإذعان لغةً	**8**
الفرع الثاني: المقصود بعقد الإذعان إصطلاحاً	**9**
أولاً: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان	**9**
ثانياً: المفهوم الحديث لعقد الإذعان	**11**
الفرع الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من عقود الإذعان	**13**
المطلب الثاني: نشأة عقد الإذعان و العوامل المؤثرة فيه	13
الفرع الأول: نشأة عقود الإذعان	14
الفرع الثاني: العوامل المؤثرة على نشأة عقد الإذعان	18
المبحث الثاني: الطبيعة لعقد الإذعان وخصائصه	**22**
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	**23**
الفرع الأول: عقود الإذعان مراكز تنظيمية	23

الفرع الثاني: عقود الإذعان هي عقود حقيقية	26
الفرع الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من طبيعة عقد الإذعان	27
المطلب الثاني: الخصائص العامة لعقود الإذعان	**28**
المبحث الثالث: أركان عقد الإذعان وبعض صوره	**32**
المطلب الأول: أركان عقد الإذعان	**33**
الفرع الأول: الإيجاب والقبول	33
الفرع الثاني: المحل في عقد الإذعان	39
الفرع الثالث: السبب في عقد الإذعان	41
المطلب الثاني: صور عن عقد الإذعان	**43**
الفرع الأول: عقود الاشتراك في الخدمات العامة	43
الفرع الثاني: عقود النقل بوسائل مختلفة	44
الفرع الثالث: عقود المصارف وشركات التأمين	45
الفرع الرابع: العقود الحصرية	46
الفصل الثاني: حدود سلطة القاضي في عقد الإذعان	**47**
المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه وعلاقته بعقود الإذعان	**48**
المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه	**48**
الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	49
الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة	53
المطلب الثاني: العلاقة بين عقود الإذعان ومبدأ سلطان الإرادة	**57**
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية	**60**
المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية	**61**
الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي	62
الفرع الثاني: معايير وطريقة تقدير الشرط التعسفي	64
أولاً: معايير تقدير الشرط التعسفي	64
ثانياً: طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط	67
الفرع الثالث: موقف قانون حماية المستهلك الفلسطيني	70
المطلب الثاني: دور القاضي عند وجود شروط تعسفية	**72**
الفرع الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان	73

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية	76
الفرع الثالث: موقف الفقه من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان	82
الفرع الرابع: خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	85
الفرع الخامس: شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية	89
المبحث الثالث: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان	**91**
المطلب الأول: القواعد العامة للتفسير	**91**
الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد	92
الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد	95
المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان	**100**
الفرع الأول: حقيقة دور القاضي في تفسير عقود الإذعان	100
الفرع الثاني: تفسير عقود الإذعان	102
أولاً: النظريات الفقهية في تفسير عقود الإذعان	105
ثانياً: شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن	110
الفصل الثالث: دراسة تطبيقية عقد التأمين	**113**
المبحث الأول: ماهية عقد التأمين	**114**
المطلب الأول: مفهوم عقد التأمين	**114**
المطلب الثاني: صفة الإذعان في ظل عقد التأمين و الحماية القانونية له	**118**
الفرع الأول: مدى انطباق صفة الإذعان على عقد التأمين	**118**
الفرع الثاني: الصفة التعسفية في ظل عقد التأمين	122
أولاً: مدى عدالة الشروط المطبوعة في عقد التأمين	122
ثانياً: ماهية الشرط التعسفي في عقد التأمين	123
ثالثاً: ضوابط إعداد وثيقة التأمين	127
المبحث الثالث: الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين	**131**
المطلب الأول: الحماية العامة للمؤمن	**132**
المطلب الثاني: الحماية الخاصة للمؤمن له	**135**
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية	**137**
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد التأمين	137

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية في عقد التأمين	142
الخاتمة	**144**
النتائج	**144**
التوصيات	**146**
قائمة المراجع والمصادر	**147**

مقدمة

لما كانت الخدمات والسلع والمنافع واحتاجات الناس كافةً، محلاً للتعاقدات مع مقدميها، في ظل أجواء التنافس التجاري أو الاحتكار للخدمة أو السلعة بما يعني الحرية في الحالة الأولى في التعاقد وشروطه ومقابله ذلك في الحالة الثانية. ويزداد الأمر سوءاً عندما تكون الخدمة أو السلعة ضرورية لا مجال لاستغناء الأفراد عنها فتنفرد الجهة مقدمة الخدمة أو السلعة بالسوق وتتحكم بفرض الوقائع والشروط، ولا يجد المتعاقد من بد سوى التعاقد بما تقرره تلك الجهات وإلا حرم من تلك الخدمة أو السلعة.

لذلك يشترط لتحقق عقد الإذعان أن يكون محل العقد حاجة ماسة يحتاج إليها عموم الناس ولا يكون لهم غنى عنها كالماء، والكهرباء، والغاز، ويشترط أن يكون الموجب محتكراً لتلك السلع والمرفق أو المنافع، احتكاراً فعلياً أو قانونياً وفق المفهوم التقليدي لعقود الإذعان وأن ينفرد بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك أو أي حق في مناقشتها، أو إلغاء شيء منها أو تعديلها، فالموجب يعرض إيجابه في شكل بات نهائياً،لا يقبل أية مناقشة فيه والطرف الآخر لا يسعه إلا أن يذعن ويرضخ لتلك الشروط، إذ لا غنى له عن التعاقد لحاجته الماسة إلى تلك السلع، والخدمات وهناك الكثير من الأمثلة على عقود الإذعان لكن الآن وبعد حدوث تطورات اقتصادية هائلة في العالم ونظراً للتقدم التكنولوجي، والاقتصادي الذي عرفه العالم في الآونة الأخيرة كتوحيد نماذج وأنماط السلع، والمنتجات وتعقّد صناعتها، والتوزيع بالجملة في أماكن متفرقة وتعدد أساليب التسوق المعاصر، وطرق الإعلان عنها مما يترتب الأثر الفاعل في تطور صيغ العقود؛ ولهذا يتم وضع بعض العقود بصيغة مسبقة بالكامل بواسطة احد المتعاقدين كما في شركة التأمين، والنقل، وشركات الغاز، وعقود المنفعة أو تقديم الخدمات المتعلقة باستخدامات برامج الحاسوب والانترنت، وعقود المصارف، وقد أضحت كثرة تعاقدات الناس في هذا اليوم من العقود النمطية، إذ إنّ هذه العقود يعدها طرفاً واحداً ويضمنها الشروط المحققة لغايته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الآخر، أي أن هذه العلاقات التعاقدية تقوم على أساس صيغ جاهزة للعقود تعد مسبقاً، ولا تتضمن أمكانية المفاوضة على الشروط المتضمنة فيها مما أدى إلى اتساع نطاق التعاقد وفق شروط موحدة عامة مجردة معدة مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، وبما أن العقد يعني توافق أرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ ، فالقابل لمثل هذه العقود لا يملك إلا أن يوافق، فرضاه موجود ولكن مفروض عليه[1].

وقد تباينت الآراء حول طبيعة عقود الإذعان لدى فقهاء القانون، والسبب في ذلك لأنها تمتاز بطريقة خاصة في نشأتها، فأثرت تلك النشأة الخاصة على طريقة تفسيرها بخلاف الطرق العادية في التفسير للعقود العادية، لذلك نجد سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان تتسع عن سلطته في

(١) عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، السنة الرابعة، كلية شرطة دبي، ١٩٩٦، ص٢٤٣.

العقود العادية، فيراعي في تفسير تلك: العقود العدالة وحسن النية وذلك لطبيعتها القانونية، ولقد اختلف فقهاء القانون حول طبيعة تلك العقود ، فذهب بعضهم_ وغالبيتهم من فقهاء القانون العام_ إلى إنكار صفة الصفة التعاقدية لهذه العقود، بينما ذهب الإتجاه الثاني مخالفاً لأصحاب الرأي الأول، فيرى أن طبيعتها الخاصة لا تخرجها من الدائرة التعاقدية، أي أنها عقود حقيقية، وذلك؛ لأنها تتم بتوافق إرادتين[١].

اختلف الفقهاء حول وجود سلطة تقديرية للقاضي، فمنهم من رفض تلك السلطة التقديرية، والسبب في ذلك أن سلطة القاضي مقيدّة، أي أن المشرع لم يترك للقاضي الحرية الكاملة في تفسير العقود، وإنما ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفسير العقد، حتى لا يختل ميزان العدالة[٢].

بينما الإتجاه الآخر اعترف بالسلطة التقديرية للقاضي من خلال فهم القاضي للوقائع و إعمال القانون، فبدونهما لا يمكن إعمال تلك السلطة، لذلك نجد القاضي المدني يفصل في المنازعات بما يتوافق مع القانون، وقد خولته سلطته التقديرية بتفسير النصوص بما يتناسب مع حاجة المجتمع، إذن وفق هذا الإتجاه نجد أن للقاضي سلطة تقديرية في التشريع القضائي وتطبقاته، وأن تلك السلطة تكون منضبطة بالضوابط التي تكفل لها مجافاة الهوى والمزاج، حيث أدت هذه السلطة إلى تقلص انصياع القاضي لنصوص مواد القانون، وفي جانب آخر هناك رقابة على الأحكام التي تكون مبنية على قناعة القاضي.

يعد العقد من وسائل العلاقات الاجتماعية؛ لذلك يجب ان يكون تنظيمها وفق القواعد القانونية السائدة في المجتمع، حيث تكمن أهمية الحماية القضائية في المطابقة بين مختلف العلاقات الإجتماعية والإقتصادية، فالصعوبة الحقيقية تكمن بأن القاضي يعبر عن قناعته الخاصة من خلال فهمه لمضمون الإلتزام، فإن القاضي يقوم بالتعمق في دراسة القواعد القانونية، كما أنه يتأثر بالنظريات الفقهية والإجتهادات القضائية بما لا يتعارض مع النظام العام؛ لذلك فإن القاضي يباشر نشاطه الذهني في العقد المتنازع عليه، خلال فترة تكوين ذلك العقد.

وقد أشار المشرع الفلسطيني الى السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل أو تفسير شروط عقد الإذعان، بنصوص المواد (١٥٠) و (١٦٦) في القانون المدني الفلسطيني[٣] ، فجاء في المادة (١٥٠): " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل

---

(١) سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢، ص٤.

(٢) عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص ١٩٤ ومابعدها.

(٣) القانون المدني الفلسطيني المطبق بغزة رقم (٤) لسنة ٢٠١٢، والمنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز، ٥ أغسطس لسنة ٢٠١٢، وسوف نتاول هذا القانون فيما يتعلق بالقانون المدني الفلسطيني في الرسالة.

هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك".

ولقد أسلفت سابقاً بأن تلك العقود تتضمن شروطاً يرضخ لها الطرف المذعن؛ وذلك لما تتمتع بها تلك العقود من طبيعة خاصة. فقد جاء نص المادة (١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني المطبق بغزة" ١-**يفسر الشك في مصلحة المدين.** ٢-ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، فتفسير عقد الإذعان هو أول ما يُعرض على القاضي، إذا كان يحتاج ذلك العقد إلى تفسير أم لا، من خلال استخلاص القاضي النية المشتركة للمتعاقدين.

إلا أنه رغم اعتراف المشرع الفلسطيني بتلك العقود بمجرد التسليم القابل لها، إلا أنه أجاز للقاضي التدخل لمصلحة الطرف المذعن، إذا عُرض أمامه النزاع حيث جاء في نص المادة (١٥٠) و (١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني ، إلا أنه توجد هناك بعض الصور تدخل المشرع بشكل مباشر لإلغاء شروط التعسف التي تقع على الطرف المذعن، دون اللجوء الى القضاء، حيث نجد أن المشرع تدخل في عقد العمل لمصلحة العامل، وحماية المستهلك.

لذلك لا بد من الوقوف وبشكل متأن أمام تلك النصوص التي جاء بها المشرع حول عقد الإذعان، سواء في القانون المدني الفلسطيني المطبق بغزة أو في بعض القوانين العربية والأجنبية الأخرى المتعلقة بهذا الشأن، وزيادة في التوضيح تمت دراسة عقد التأمين بشكل موسع، مسقطاً عليه القواعد الخاصة بعقود الإذعان.

أهمية الموضوع و أسباب اختياره:

تكمن أهمية الموضوع في جانبها العملي في تحديد وسائل الحماية القانونية عند وجود عقد من عقود الإذعان، والدراسة توفر دراسة تطبيقية على أحد عقود الإدغان مثالاً عقد التأمين كونه الأكثر انتشاراً في وقتنا الحاضر، بما يوفر حلاً للعديد من المشاكل التي تواجه المتعاقدين في هذا المجال.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

يثير عقد الإذعان مجموعة من التساؤلات منها:

١. هل يخضع عقد الإذعان للقواعد العامة للعقود؟
٢. ما مدى سلطة القاضي في تعديل العقد، سواء بإعفاء المذعن أو زيادة أعباء الطرف الموجب في العقد؟
٣. هل هناك آثار ذات طابع عام على المجتمع يرتبها عقد الإذعان؟
٤. هل النماذج العقدية تعتبر بمثابة عقود إذعان؟

٥. هل يمكن اسقاط مفهوم عقد الإذعان على عقد التأمين؟

منهج البحث:

يعد المنهج التحليلي هو المنهج الأنسب للدراسة القانونية، وهو ما سيستخدمه الباحث متعقباً القواعد المنظمة لعقود الإذعان في القوانين السارية وخاصة القانون المدني، مع التطبيق على عقد التأمين ، مسترشداً في ذلك بما عليه الفقه والقضاء في الخصوص .

تقسيمات البحث

الفصل الأول ماهية عقد الإذعان

المبحث الأول: تعريف عقد الإذعان ونشأته وتأثير مراحل التنمية عليه

المبحث الثاني: خصائص عقد الإذعان وطبيعته القانونية

المبحث الثالث: أركان عقد الإذعان وبعض صوره

الفصل الثاني حدود سلطة القاضي في عقد الإذعان

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه، وعلاقته بعقود الإذعان

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية

المبحث الثالث: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

الفصل الثالث دراسة تطبيقية (عقد التأمين)

المبحث الأول: ماهية عقد التأمين

المبحث الثاني: صفة الإذعان في ظل عقد التأمين، والحماية القانونية له

المبحث الثالث: الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين

الفصل الأول

ماهية عقد الإذعان

سأوضح في هذا الفصل، تعريف عقد الإذعان ونشأته وتأثير مراحل التنمية عليه في المبحث الأول، وفي مبحث ثان خصائص عقد الإذعان والطبيعة القانونية لهذا العقد، بينما سأتناول أركان عقد الإذعان وبعض صوره في مبحث ثالث.

المبحث الأول: تعريف عقد الإذعان ونشأته وتأثير مراحل التنمية عليه

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان

المطلب الثاني: نشأة عقد الإذعان والعوامل المؤثرة فيه

المبحث الثاني: خصائص عقد الإذعان والطبيعة القانونية

المطلب الأول: خصائص عقد الإذعان

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية

المبحث الثالث: أركان عقد الإذعان وبعض صوره.

المطلب الأول: أركان عقد الإذعان

المطلب الثاني: صور عن عقد الإذعان

المبحث الأول

تعريف عقد الإذعان ونشأته والعوامل المرثرة فيه

إن الصعوبات التي واجهت تعريف عقد الإذعان على صعيد الفقه والتشريع، أدت إلى عدم وجود تعريف يمكن اعتباره جامعاً له، فنظرية الإذعان تتغلب عليها النزعة الاقتصادية؛ لذلك لا ينتظر من تعريف عقد الإذعان إلا أن يكون متأثراً بهذه النزعة، إن الإذعان في العقد كان نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه، وهذا الاختلال في التوازن أدى إلى أن يتمتع أحد الطرفين بمركز اقتصادي متفوق، وهذا التفوق أتاح للطرف القوي إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطاً لا تقبل لها تعديلاً أو تغيراً، وهذا الطرف القوي قد تيسر له ذلك؛ لأنه يحتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية للجمهور، ولا بد أن يتعاقد بشأنها، وعلى ضوء ذلك قمنا بتقسيم المبحث الأول على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان

المطلب الثاني: نشأة عقد الإذعان وتأثير مراحل التنمية عليه.

المطلب الأول

تعريف عقد الإذعان

سأبين في هذا المطلب تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحا، وسوف نتناول أراء فقهاء اللغة العربية في تعريف الإذعان في اللغة العربية في الفرع الأول، بينما سنتاول في الفرع الثاني تعريف عقد الإذعان اصطلاحا وسوف نتطرق إلى آراء فقهاء القانون حول التعريف التقليدي أو الحديث لعقد الإذعان متناول بعض التعريفات.

الفرع الأول

المقصود بالإذعان لغةً

الإذعان لغة من ذعن و أذعن، فهو الانقياد. وأذعن الرجل: إنقاد و سلس، وبناؤه ذعن يذعن ذعناً. وأذعن له أي خضع وذل. وناقة مذعان: سلسة الرأس منقادة لقائدها. وفيه أيضاً: والإذعان في اللغة الإسراع مع الطاعة، تقول أذعن لي بحقي، معناه طاوعني لما كنت ألتمسه منه وصار يسرع إليه.[١]

وعرفه آخرون: أذعن له، خضع، وذل، وأقر، وأسرع في الطاعة و إنقاد.[٢] وفي المعجم الوسيط ذعن، ذعنا– خضع وذل، وأذعن– انقاد وسلس، ويقال: أذعن بالحق: أقر به[٣].

فالإذعان الإسراع مع الطاعة، يقال أذعن لي بحقي: أي طاوعني لما كنت ألتمس منه وصار يسرع إليه".[٤] وعرفه آخر: "مذعنين منقادين لحكمه، مقرين به طائعين غير مكرهين يقال منه: قد أذعن فلان بحقه: إذا أقر به طائعا غير مستكره و انقاد له و سلم"[٥].

وبعد ما تناولت أقوال فقهاء اللغة العربية، تبين أن تعريفاتهم جميعاً تدور حول معنى الخضوع و الانقياد، والإسراع مع الطاعة، والذل والإقرار؛ لذلك فإن معنى الخضوع والانقياد هو ما يتناسب مع طبيعة الاصطلاح القانوني لنوع من العقود وهو عقد الإذعان.

---

(١) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط١،ج١٣، ص١٧٢.

(٢) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٨٧م، ص ١٥٤٧.

(٣) ابراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط٢، ١٩٧٢م،ج١،ص٣٢٤.

(٤) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، تحقيق: الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الوفاء،١٩٩٤م،ج٤،ص٦١.

(٥) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، تحقيق أحمد شاكر، ط١، ٢٠٠٠م، ج١٩، ص٢٠٥.

الفرع الثاني

المقصود بعقد الإذعان اصطلاحاً

عقود الإذعان لم تظهر إلا في عصرنا هذا، فهي وليدة الوضع الاقتصادي المعاصر، إذ إنها من العقود المستحدثة؛ لذلك نجد أن فقهاء القانون الذين قاموا بتعريفها تأثروا بطبيعة هذه العقود، حيث جاءت هذه التعريفات متأثرة بإذعان أحد الطرفين المتعاقدين للآخر، حيث يوحي ذلك أن هناك طرفاً واحداً يتحكم في شروط العقد وما يترتب عليه من آثار.

وعموماً فإن عقود الإذعان: هي العقود التي يملي فيها الطرف القوي على الطرف الضعيف شروط التعاقد ولا يملك الطرف الضعيف مناقشتها. وذلك لتعلقها بخدمة أساسية لا غنى عنها كخدمة المياه أو الكهرباء أو الهاتف أو الغاز، وهذا وفقاً للمعيار القديم، أما المعيار الحديث فلم يشترط ذلك، ففي هذه العقود يوجد طرفان محتكر والآخر المنتفع ولا يناقش الأخير شروط التعاقد التي يضعها المحتكر[١]، وفي تحديد المقصود بعقد الإذعان ظهرت نظريتان، الأولى أخذت بالمفهوم التقليدي و الثانية بالمفهوم الحديث، وسوف نتطرق لهما تباعاً:

أولاً- المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

يركز أنصار هذه النظرية على وجود طرف؛ الضعيف في العقد يحتاج إلى سلعة لا تتوفر إلا عند الطرف الآخر، فيستغل الطرف القوي حاجة الطرف الآخر ليفرض من الشروط ما يحقق مصالحه، وفي هذا الإطار عُرّف عقد الإذعان بأنه :" العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفاً يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، على أن يكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه".[٢]

وقد جاء تعريف عقود الإذعان بأنها تلك العقود التي شروطها الجوهرية، يضعها مقدماً أحد طرفيها؛ ليتعامل بها مع كل من يرغب في التعامل معه[٣].

في حين عرفه رأي من الفقه[١] بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها).

---

(١) إياد محمد إبراهيم جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مكتبة ومطبعة دار المنار، فلسطين، ط٢، ٢٠١١، ص٩٢،٩١.

(٢) خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،٢٠٠٥،ص٢٧.

(٣) أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، القاهرة، دار الكتاب المصري،ط١، ١٩٨٩م، ص ٦٩.

وتجدر الإشارة إلى أن عقود الإذعان وفق التعاريفات السالفة الذكر هي في مجملها متقاربة[٢]، وإن تنوعت عبارات الفقه بصددها، إلا أن معظم التعاريفات تركز على طريقة عرض العقد من قبل معده على الطرف الآخر، بإملاء إرادة على إرادة أخرى، وبناء على ما سبق يمكننا تقسيم التعاريفات السابقة إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي:

- أهتم بعرض شروط العقد و القبول بها.
- تناول بكيفية عرض الإيجاب ووضع شروط العقد و القبول بتلك الشروط، دون التطرق الى محتوى العقد.
- تتعلق بطريقة عرض شروط العقد والقبول بتلك الشروط مع بيان محتواه، ولكنه لم يتعرض إلى كيفية الإيجاب.

لذلك ذهب رأي من الفقه[٣] إلى القول بأن التعريف الأخير من أوجه التعريفات التي يمكن الاعتداد به في ظل القوانين المدنية العربية. حيث يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشته فيه، كما يذكر الموضوع(المحل) الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته.

رغم وجاهة التعريف الأخير يمكن القول أن جانب من القصور قد أصابه، حيث أنه لم يتعرض في التعريف لبيان كيفية عرض الإيجاب من قبل أحد طرفي العقد.

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة، يمكننا تعريف عقود الإذعان" **بأنها تلك العقود التي ينفرد فيها الموجب** [٤]**بإعداد العقد فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، بشروط معينة وبصورة دائمة غير قابلة للنقاش**".

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالمية، ج١،ط ١٩٥٨ص٩١.

(٢) الملاحظ أن أكثر التعريفات لعقود الإذعان في معظم كتب القانون مستسقاة من خلاصة السنهوري للمفهوم الاصطلاحي لها الذي انبثقت عنه المواد بشأنها في التقنين المدني المصري، وذلك بالنظر إلى طبيعة هذه العقود كما تحدثنا سابقاً بأنها تخلص الى أن القبول من المشتري يكون بمجرد إذعان لما يمليه البائع الموجب، ففي الصور التي تدخل تحت هذا العقد لا يصدر القبول من المشتري بعد مناقشة و مفاوضة مع البائع، بل هو موقفه من الموجب لا يملك أن ينازعه بل له أن يأخذ أو يدع.

(٣) لعشب محفوظ ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٠، ص٢٣.

(٤) وهو الطرف القوي المحتكر قانونياً أو فعلياً لسلعة أو خدمة معينة.

ثانياً- المفهوم الحديث لعقد الإذعان

ونظراً لظهور التكتلات الاقتصادية وتركز الإنتاج في عدد محدود من المؤسسات الصناعية الكبرى، فقد لجأت التكتلات والمؤسسات لطريقة الإعداد المنفرد لشروط التعاقد مع المتعاملين، وذلك لسرعة إنجاز المعاملات، وعليه لا يكون أمام العملاء إلا الرضوخ والإذعان لتلك الشروط التي تتسم في الأغلب بالتعسف، لأنها أعدت لمصلحة واضعها على حساب العملاء، وإزاء هذا التطور و حماية للطرف الضعيف، فقد اتجه مؤخراً العديد من الفقهاء القانونيين إلى قصر شروط عقد الإذعان على شرطين اثنين، وهما:

- أن يتم من خلال عقد نموذجي موحد للجميع ينظمه المنتج لا يقبل المناقشة.
- أن يتحقق قدرة الموجب على فرض شروطه مسبقاً، بحيث لا يملك القابل إلا الرضوخ؛ وذلك لأنه يصعب عليه وجود البديل.

وعليه نجد أن هذا الاتجاه لا يشترط في عقد الإذعان أن يكون احتكاراً قانونياً أو فعلياً، ولا أن يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية ويمكن القول بأن هذا الاتجاه أقرب إلى تحقيق العدالة؛ وذلك لأن العبرة في اختلال الإرادة العقدية، وانعدام التكافؤ بين طرفي العقد، وذلك بصرف النظر عن طبيعة مركزهما خارج نطاق العقد، إذ قد يتم التعاقد مع غياب الاحتكار مع إنه لا يزال في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات.[١]

وما يسري عليه العمل في وقتنا المعاصر، أن علماء القانون توسعوا في تحديد المقصود بعقود الإذعان مما أتاح بسط الحماية المقررة لتلك العقود على أي عقد يقوم أحد أطرافه بتنظيمه مسبقاً لينضم اليه الطرف الآخر دون مناقشة شروطه، وأن هذه العقود هي نفس العقود النمطية التي تجري على نمط معد مسبقاً، ونظام اقتضته معطيات التطور الاقتصادي والتكنولوجي.

وما يميز هذه العقود الذي جعلها مظنة الإذعان، هو طريقة عرض معدها على الطرف الآخر، وهذا النوع من العقود هو مظنة الإذعان؛ لأنها لا تكون من عقود الإذعان إلا إذا تضمنت شروطاً ما كان للطرف الآخر إن يقبل بها لو أعطى حرية المساومة، ومن ثم يمكن القول بعدم فعالية ركن الرضا فيها.[٢]

---

(١) محمود أحمد أبو ليل و محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، عقود الإذعان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد الرابع عشر، جدة، مجمع الفقه الإسلامي ٢٠٠٤م، ص٢٧٨.

(٢) في الواقع أنه لا وجه للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضا مشوباً، بعيب الإكراه ذلك لان الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماماً، لأنها تنعدم تحت وطأة الإكراه، في حين أن عقود الإذعان لا تعدم الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بتحديد شروط التعاقد، بمعنى آخر فأنه ليس هنالك إكراه في عقود الإذعان على قبول التعاقد لأن القبول فيها يقع بينة واختيار بخلاف الوضع في القبول المعيب بالإكراه.

وعليه وفقاً للمفهوم الحديث فإنه لا يشترط أن يتعلق عقد الإذعان بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين أو المنتفعين، بحيث يلزم أن يكون هناك احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق، وإنما يكفي على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

لذلك يجب إعادة النظر _ليس فقط_ في الحكم على كثير من عقود الإذعان وإنما أيضا الى تحديد المفهوم الجديد لعقود الإذعان حتى تتماشى مع الأوضاع الحديثة، وهذا ما أخذ به الاتحاد الأوروبي، حيث توسع في تحديد المقصود بعقود الإذعان بما أتاح بسط الحماية المقررة لهذه العقود على أي عقد يقوم أحد أطرافه بتنظيمه مسبقاً؛ لينضم إليه الطرف الآخر دون مناقشة شروطه فسيكون من المناسب أن نتحرر من القيود المتشددة [1].

لذا يرى الباحث أن التوسع في مفهوم عقد الإذعان أمر محمود؛ لأن الحماية المقررة في عقود الإذعان لمصلحة المستهلك قد تكون ملاذه الوحيد إزاء تعسف المنتجين ومقدمي السلع والخدمات. وما لا يدرك كله، لا يترك كله فالتمسك بأهداف هذه الحماية أولى من التفريط فيها.

(١) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، عمان، دار الثقافة،ط٢، ٢٠٠٢، ص٢٤٥.

الفرع الثالث

موقف المشرع الفلسطيني من عقود الإذعان

عزف المشرع الفلسطيني مثل غيره من التشريعات العربية (المصري، الأردني، الجزائري، السوري) عن تعريف عقد الإذعان، إلا أنه تعرض إلى كيفية حصول القبول بعقود الإذعان؛ لذلك نجد أن التشريعات العربية أوردت أحكاماً خاصة بالقبول في عقد الإذعان دون تعريفه، حيث إنّ هذا الوضع يفسر لنا سبب عدم إدراج عقد الإذعان ضمن تقسيمات العقود[١].

وبذلك يتضح أن الشيء المميز في انعقاد عقود الإذعان هو كيفية تمام القبول والتسليم بشروط التعاقد دون مناقشة، وهذا جاء في المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[٢] ".

لذا يرى الباحث أن المفهوم الحديث لعقود الإذعان هو الذي يتماشى مع نص المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني، حيث لم تشر _ من قريب ولا من بعيد_ الى فكرة الاحتكار أو إلى فكرة ضرورية السلعة بالرغم من ذكر المذكرة الإيضاحية لشرط الاحتكار لوجود عقد الإذعان إلا أنه ما يرد في المذكرة الإيضاحية لا يكون له قوة ملزمة[٣].

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن المفهوم الجديد لعقود الإذعان هو الذي يكفل توفير الحماية للمستهلك الذي أصبح اليوم لقمة سائغة لكبار المنتجين وموزعي السلع، الذين يضعون شروط عقدهم سلفاً، دون أن يستطيع المستهلك مناقشتها أو تعديلها، لاسيما وأن كثيراً من الدول العربية مثل الأردن ومصر والجزائر قامت بسن قانون لحماية المستهلك، وكذلك فعل المشرع الفلسطيني، حيث أصدر قانون حماية المستهلك (٢١) لسنة٢٠٠٥.

---

(١) لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص٢٥.

(٢) نص المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني " يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". وتتطابق مع المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري، والمادة (٧٠) القانون المدني الجزائري، والمادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٠١) من القانون المدني السوري.

(٣) المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المجلد الأول، ديوان الفتوى والتشريع، ص ٩٦.

المطلب الثاني

نشأة عقود الإذعان والعوامل المؤثرة فيه

سوف أتناول في هذا المطلب نشأة عقد الإذعان في الفرع الأول، وأتطرق في الفرع الثاني إلى تأثير مراحل التنمية على هذا العقد، حيث ظهر هذا العقد نتيجة التطور الاقتصادي والحياة الاجتماعية الحديثة .

الفرع الأول

نشأة عقود الإذعان

إن النشاط الأقتصادي المتزايد أدى الى زيادة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن في اقل وقت وبأقل مجهود، فالأسلوب التقليدي في التعاقد يتم بالمساومة، فيتوفر لكل من طرفيه الفرصة الكافية بأن يجعل الآخر يرتضي بأفضل الشروط بالنسبة إليه، فعقد المساومة يكون فيه توافق الإرادتين؛ نتيجة مساومة بين طرفين متساويين، يؤدي كل منهما دوراً في إبرام العقد مساوياً للدور الذي يؤديه الآخر [١].

وقد ظهرت عقود الإذعان في مطلع القرن العشرين؛ نتيجة للتقدم الكبير في مجالي الصناعة والتكنولوجيا، فلقد كان التعاقد يتم عن طريق المساواة قبل حدوث ذلك التقدم، فأدى تقدم النشاط الأقتصادي، إلى قيام القوى الصناعية الكبرى بضم حشود من العمال، فعلى أثره تكونت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة، فأدى ذلك إلى اختلال التوزان بين القوي الإقتصادية والمتعاقدين معها.

ونتيجة هذا الاختلال نشأت نقابات عمالية لإعادة التوزان، فظهرت قوى اجتماعية جديدة ومباديء اشتراكية مغايرة للمذاهب الفردية، حيث جعلت مصلحة المجموع من أولويتها، فقدمت مصلحة المجموع على الفرد، حيث إنَ هذه المذاهب تقيّم القانون على أساس التضامن الإجتماعي، فأدت تلك الأفكار الحديثة إلى نكوص مبدأ سلطان الإرادة، حيث أخذته قوته الأخيرة تضعف يوماً بعد يوم[٢]، فترتب على هذا النكوص ظهور نظم للعقود الإجبارية، وعقود الإذعان والعقود النموذجية[٣].

---

(١) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبعة الكويت ، الكويت ١٩٨٢، ص٤١.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع السابق، ص٤٠.

(٣) حسني عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨م، ص ٤٩.

ولذلك عَرِف فقهاء القانون درباً جديداً من أساليب التعاقد، يقوم بين طرفين: أحدهما: بالغ القوة من حيث قوته الاقتصادية والاجتماعية، والآخر: تكون قوته في ذاتها ضعيف أمامه فلا يملك إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته، وذلك لشدة حاجاته إلى التعاقد معه [١].

حيث بدأ ظهور هذا النوع من العقود إبان الثورة الاقتصادية الحديثة التي أدت إلى تتطور اقتصادي مهم[٢]، وذلك باللجوء إلى أسلوب الإنتاج الضخم، وما يتبع ذلك من قيام شركات ضخمة، ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية الفورية أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقاً على الراغبين في التعاقد معها، وذلك نتيجة سلطتها الاحتكارية التي أنقصت من إرادة الطرف الضعيف في محتوى العقد، فلا يملك سوى الإذعان[٣]، فالحرية الاقتصادية أدت الى الحد من حرية التعاقد، غير أن اجتهاد الفقه خلال النصف الأول من القرن العشرين، ومن أجل ايجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف، وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد انعكس على التشريع.

حيث نادى الفقه[٤] بضرورة حماية الطرف الضعيف المتعاقد عن طريق إعادة التوازن العقدي، فلقد اتسعت فكرة عقد الإذعان من مسقطه في فرنسا لتأخذ بها بلدان تبنت المذهب الفردي في أنظمتها القانونية، على أن معظم العقود ذات أهمية، إلا أن عقود الإذعان ذات أهمية في وقتنا المعاصر، فأصبح العمل واسعاً بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر، وهذا تماشياً مع التطور الاقتصادي، وما سايره من نشوء مؤسسات وشركات [٥]، تتحكم في جمهور المستهلكين، بما لها من احتكار و سلطة على السلع و الخدمات، والتي تعتبر ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، وهذا نجده غالباً في الدول التي لم تسن قانوناً لحماية المستهلك وفق المفهوم التقليدي.

وعقود الإذعان غدت شائعة في بداية القرن، وهي اليوم على الأقل بالنسبة إلى الأفراد، الطريقة العادية لعقد اتفاقية لها بعض الأهمية. فعمليات التأمين، والنقل، والصرف، والبيع على الأخص البيع بالائتمان[٦]، وتقديم الخدمات التي توفرها وكالات السفر أو الفنادق، بغض النظر

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة– دراسة معمقة ومقارنة مع الفقه الاسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٤م، ص.٢٠٥

(٢) أنس عبد الله العيسي، عقد الإذعان_ دراسة مقارنة_ معهد القضاء العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية،١٤٢٧هـ، ص٤ وما بعدها.

(٣) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص ٩.

(٤) المرجع نفسه، ص١٢.

(٥) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، ٢٠٠٧، ص ١٢.

(٦) عرف الائتمان التجاري بأنه الائتمان الذى يمنحه المورد المشترى حتى يتمكن من بيع بضاعته وسداد ثمنها وعادة ما ذلك الائتمان لمدة قصيرة، ويتناسب هذا النوع من الائتمان مشروعات التجارية للتجزئة والجملة الصغيرة الحجم، ويعتبر من التجاري

عن عقود العمل[١]، هي بصورة أعم عقود إذعان، وهذا النمو مشترك مع عدة بلدان، ولاسيما في أوروبا الغربية، وفي أمريكا، وهذا النمو يتيح أينما كان الإضرار بالمذعن[٢].

وعقود الإذعان في الواقع الحالي، تفرضها شركات الإنتاج والتوزيع الضخمة ، فالاستخدام الواسع للعقود النموذجية [٣] وغياب المفاوضات على الشروط الواردة بها، سببه الكم الكبير للإنتاج والتوزيع والعلاقات العقدية الواسعة، وكثرة عدد العقود وتكرارها، والسرعة الضرورية لإبرامها. بينما يصلح التنظيم المسبق للعقد من طرف المهنيين للحد من المخاطر التي يريدون تجنبها، مثل التخلص من الدعاوى المرفوعة ضدهم، عن طريق وضع شروط تحدد مسؤوليتهم المدنية[٤].

إذن عقود الإذعان بهذه الصفات، تشكل عقوداً لا غنى عنها، فهي تسهل الانضمام باستعمال شروط مطبوعة مسبقاً، تبدو للمستهلك العادي غير قابلة للمس بها، وتدفعه للشعور بمساواة في

من أحد الأساليب الترويجية لتنشيط المبيعات أنه يتم بدون فائدة، ويتوقف منح الائتمان التجاري على سداد البائعين ورغبة المشترين وأن كانت تحكمه بعض العوامل الشخصية منها مركز البائع المالي ومدى توافر الأموال المملوكة له، كذلك الحالة الاقتصادية وما إذا كانت السوق سوق مشترين، ففي حالة رغبة البائع في التخلص من مخزونه السلعي يقوم بتقديم الوسائل اللازمة لتنشيط مبيعاته ومنها منح الائتمان بشروط مغرية، كما أن الفترة الزمنية التي يحتاجها المشترى لبيع سلعته أثر كبير في منح الائتمان التجاري فكلما قلت تلك الفترة كما في حالة بيع المنتجات سريعة التلف كلما أقبل البائعين على منح الائتمان التجاري لضمان سرعة الحصول على مستحقاتهم.

(١) بناء على التوجه الجديد نحو النمط الاقتصادي الرأسمالي مسلكاً، يقوم على أساسين متكاملين هما: الاعتراف بحرية التعاقد لاسيما فيما يتعلق بإنشاء علاقة العمل، حيث يتم انعقاد العلاقة بإبرام عقد العمل، وفي هذا إقرار بالطابع التعاقدي لهذه العلاقة، بالمقابل وضع أحكام قانونية لتأطير هذه العلاقة؛ لأن الأساس التنظيمي يبدو بصورة جلية، فالتفحص لتشريع العمل يبين ضرورة توافر جملة من الشروط الأساسية، يؤدي الإخلال بها إلى توقيع جزاء ولم يعد يصلح و يتلاءم مع المنطق اليوم القول بأن كل ما هو تعاقدي فهو عادل، ولم يعد الاعتداد بالمساواة المجردة في العقود، حيث صارت هناك حاجة لحماية الفئات الضعيفة تعاقدياً، لذا وجب التدخل لتحقيق مساواة فعلية، وهو ما لا يتحقق إلا بتقييد إرادة الطرف القوي. حسان نادية، علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري، تكريس ثنائية حرية التعاقد والتأطير القانوني، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، سنة ٢٠٠٧، العدد ٤، ص ١٧٧.

(٢) سي الطيب محمد أمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك _ دراسة مقارنة _ رسالة ماجستير، جامعة ابو بلقياد، الجزائر.
،ص٣٧.

(٣) اعتبر البعض أن العقود النموذجية من قبيل عقود الإذعان، فبالرغم من أن العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان نظراً لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام المتعاقد المذعن، وكما أنه يمكن أن يتكون من أكثر من نموذج، وهذا ما أضفى عليه سمة الاختيارية، وبالتالي يمكن أن يتم هناك نوع من التفاوض حول نماذج هذا العقد واختيار أفضالها، والتفاوض على بعض بنودها، ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار العقد النموذجي عقد إذعان، إلا إنه يمكن اعتبار العقد النموذجي عقد إذعان في حالة انتفاء صفة التفاوض، وعدم قدرة المستهلك على اختيار نموذج من النماذج المتعلقة بالعقد. سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، ص٤٦.

(٤) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٩٨.

المعاملة مع غيره من المنضمين للعقد، مما يجعل عملية الانضمام هذه تختلط بسهولة مع العدالة[١].

وقد تطورت فكرة عقود الإذعان لتوفير الحماية للمستهلك متى كان التعاقد قد تم من خلال عقد لم يسمح له بمناقشة شروطه، وتم إعداده بواسطة الطرف الآخر بما يحقق مصلحة الأخير، فالتعامل مع المنتج أو المحترف يقوم بعملية متكررة ويستقل بإعداد العقد مقدماً تكفي كمعيار لتوافر علاقة الإذعان، ومجرد الاستقلال بإعداد العقد كفيل بتمكين المحترف، أو المنتج من وضع الشروط التعسفية التي وجدت فكرة عقود الإذعان لمواجهتها[٢].

(١) سي الطيب محمد أمين، المرجع سابق، ص٣٨.

(٢) حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٩٥، ص٨٠.

الفرع الثاني

العوامل المؤثرة على نشأة عقد الإذعان

نتعرف في هذا الفرع إلى العوامل الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية المؤثرة في نشأة عقد الإذعان

أولاً: العوامل الاقتصادية والقانونية:

أ- **العوامل الاقتصادية:** لقد شكل الجانب الإقتصادي قاعدة أساسية التي تحكم العقود، إنّ التنمية الصناعية التي ترأستها الرأسمالية أسهمت في ظهور عقد الإذعان؛ وذلك؛ لتوسيع الفوارق الاقتصادية اعتماداً على نظرية الحرية الاقتصادية الفردية، فجعلت من العقد مصدراً للحق دون منازع وأن التنمية الصناعية، سيطرت على الافراد وجعلتهم يتقبلون شروطاً ذات طابع مجحف(١). فالعامل ينزل الى السوق فيجد أمامه كل يوم شروطاً جديدة، وفق لقانون العرض والطلب وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية تكون هي السبب في اختلال التوازن بين القوى والمتعاقدين.
لذلك إن عدم المساواة بين المتعاقدين، حولت طبيعة العقد من وسيلة تفاوض وتشاور الذي يحقق مصالح الطرفين المتعاقدين، إلى نظاماً قانونياً تُمليه إرادة منفردة ترغب بتحقيق مصالح خاصة، كما أنه أصبح وسيلة إنشاء إلتزامات تعاقدية مختلفة، ومن هنا كانت العوامل الاقتصادية فرضاً على ظهور مثل تلك العقود(٢).

فالعقود التي تُجريها الشركات والعروض التي تكون مقدمة من البنوك تتضمن شروطاً لمصلحتها الاقتصادية؛ ولذا ذهب رأي من الفقه (٣) إلى القول بأن عقود الإذعان هي (عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوماً بعد يوم؛ نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي الى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها

---

(١) لعشب محفوظ ، المرجع السابق، ص١٥.

(٢) عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن القومي ، كلية شرطة دبي، العدد الاول، ص٢٤٣. أنواع الاحتكار: الدولة نفسها قد تمارس الاحتكار وهنا يطلق عليه احتكار عام مثل شركات الكهرباء والمياه وتقوم بهذا الدور في مرحلة ما للحفاظ على تقديم خدمات بأسعار مناسبة حتى لا تتضرر فئات المجتمع المتوسطة وما دونها أو لتضمن كفاءة واستمرار الخدمات، كما يوجد احتكار خاص متى انفرد به شخص أو مجموعة محددة .ويوجد أيضا احتكار مطلق يتحكم من خلاله شخص واحد فقط في إنتاج وسعر سلعة أو خدمة واحدة، والذي ينبثق منه أو يتشابه معه احتكار القلة عندما يتفق مجموعة محددة من البائعين على تنسيق إنتاج سلعة ومن ثم توجيه تحرك سعرها، حيث يؤثر قرارهم بشكل كبير على السوق مثلما تفعل قرارات "أوبك" على سبيل المثال في سوق النفط. كما يوجد أيضا نوع من الاحتكار "القانوني" الذي يطلق عليه حق الامتياز أحيانا، حيث يعطي قانون الدولة لشركة أو كيان الحق في تقديم خدمة أو إنتاج سلعة مثل حق لنقل ركاب بالقطارات، توزيع مياه، نقل كهرباء.

(٣) أشار إليه: لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص١٦. وعرف من الفقهاء عبد الفتاح عبد الباقي.

غنى)، لذلك أصبحت عقود الإذعان مصدراً للحقوق، وهي الإطار القانوني للعلاقة بين المنشآت وزبائنها.

فعلى سبيل المثال ونتيجة للتطور الاقتصادي ولتجمع الأشخاص وتكدس الأموال والبضائع في المصانع والمستودعات، فلقد أصبح عقد التأمين وسيلة للتأمين من الأخطار، إلا أن هذا العقد خرج عن نطاق العقود الرضائية؛ ليصبح من عقود الإذعان بالنسبة للمؤمن له الذي لا يستطيع أن يناقش أو يساوم فيها، فتقوم شركات التأمين بإملاء شروطها بوثيقة التأمين فما على الجمهور إلا الرضوخ والقبول بها.

إلا أنه ومع ظهور الأزمات الاقتصادية ظهرت ظواهر قانونية لم يعرفها النظام الفردي القائم على حرية التعاقد مثل: الاجبار على التعاقد، والعقد الموجه والتسعيرة الجبرية[١]،بالإضافة إلى فرض حد أدنى للأجور والحد الأقصى للأجرة في ايجار المساكن والأرض الزراعية[٢].

ب- **العوامل القانونية:**

نتيجة التطور الصناعي فإنه كان العقد المبني على حرية التعاقد يعاني من صعوبات كبيرة، فلم تكن الأسباب الاجنبية كالاضرابات، تشكل قوة قاهرة بالنسبة للعقود في الفقه التقليدي، فإن التطور الصناعي واتساع المواد المصنعة ومخلفاتها العامة قد أدت الى اتساع مسئولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو خدماتية، فتدهورت الحرية التعاقدية بشكل ملحوظ، وهذا ما يفسر الضغط على الحرية من طرف التشريع وذلك كمنعه لشروط معينةأو إدخال شروط إلزامية وترتب آثار قانونية في حال مخالفتها.

فالعقود الموجهة نتاج تدخل التشريع فإنها تتماشى مع عقد الإذعان الذي يعتبر وليد الحرية التعاقدية[٣]، ولقد نالت بعض العقود _سواء كانت عامة أو خاصة_ فائدة عقد الإذعان كوسيلة فعالة لإعداد نشاطها ولخلق قانون مستقل؛ وكذلك فإن تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساساً إلى تفادي التفرقة ما بين القوى، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة.

---

(١) حظر المشرع كل سلوك يمكن ان يمارس على المستهلك ينال من إرادته ويجعلها معيبة غير قادرة على التعاقد بصفة حرة وسليمة، فلا يقبل على التعاقد مختاراً بل مجبراً، تحت تأثير الممارسات غير المشروعة للطرف القوي، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. مثل الاحتكار، أو الإجبار على التعاقد باستخدام وسائل الإكراه سواء مادية ام معنوية. بينما التسعير الجبري فهو السعر الرسمي الذي تحدده الدولة للسلع بحيث لا يجوز للبائع أن يتعداه.

(٢) حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الادارية للالتزام العقد والارادة المنفردة، دار النهضة، الطبعة الاولى، القاهرة، ص٥٣.

(٣) لعشب محفوظ ، المرجع السابق، ص ١٨.

ويرى آخر أنه "فإذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم توازن في العقد، فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقد الإذعان، وهذا التحول لا يرجع لطبيعة أطرافه ولا إلى طبيعة محله وإنما إلى طبيعة العقد ذاته"[١].

ثانياً: العوامل الاجتماعية والمادية

أ. العوامل الاجتماعية

الإنسان مدني بطبيعته، فأصبح الإنسان المعاصر يخشى وحدته، فهو يشعر بالراحة مع الجماعة، فيلجأ غالباً عند تحرير العقود الى الموثق(كاتب العدل)، فهو كاتب الجماعة، وكأنه يتبادر إلى ذهن الجميع بأن العقود التي يتم توثيقها لدى كاتب العدل بأنها من عقود الإذعان، رغم مدنية الإنسان، إلا أنه يعيش في قلق مستمر، لكثرة الاخطار التي تواجهه، فيترتب عليه أضرار مادية ومعنوية، فإن موقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه _ سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته وأخطار المسئولية_ المدنية تجعله يعيش في حالة تكون مستمر فحاول جاهداً منذ عهد بعيد أن يتفادى تلك المخاطر ويمنع وقوعها وذلك باستحداث حماية مختلفة، وذلك بتعاونه مع الآخرين الذين يتعرضون لمثل هذه المخاطر فيتم توزيع الخسارة المالية التي تصيب واحداً منهم وذلك نتيجة إمكانية تحقق الخطر عليهم جميعاً، وبذلك يتحمل كل منهم جزءاً بسيطاً من هذه الخسارة فيقل بذلك الخطر عليهم جميعا[٢].

ب: العوامل المادية

لقد أصبح الفرد لا يوجد لديه الوقت الكافي في التمّعن وقراءة ومناقشة مايرد من شروط مطبوعة وذلك لما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصة في الجوانب التجارية ، فتلك العناصر المادية الواردة في العقد جعلت من هذا العقد عقد إذعان، فإن تزويد العقود الألكترونية حسب معطيات مادية معينة، تعتبر من أبرز تطور من الجانب المادي، فيصل بذلك الى اخراج وتحديد شروط غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويصعب على الفرد مناقشتها حتى وإن رغب بذلك[٣].

فيقوم الطرف القوي بتحرير عقد مقدماً، ويملي به الشروط التي تحقق مصلحته، متجاهلاً مصلحة الطرف الضعيف، فيؤدي الى إتساع الشروط التعسفية، على حساب التخفيف من التزامات الطرف الموجب، مع زيادة التكاليف على الطرف القابل سواء بالتزامات جديدة أو بالتشديد في التزاماته الأصلية، فلا يكون أمام الطرف الضعيف سوى الرضوخ والتوقيع دون مناقشة تلك العقود

---

(١) أشار إليه: لعشب محفوظ، المرجع السابق،ص١٩.

(٢) لعشب محفوظ ، المرجع السابق، ص ٢٢-٢٣.

(٣) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص١٨.

المتضمنة لشروط تعسفية دون مناقشة شروطها المطبوعة تكون سهلة الفهم على المتعاقد أي لا تحتاج الى خبير.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وخصائصه

ولتحديد فيما إذا كان العقد عقدًا من عقود الإذعان أم لا، يتطلب تحديد الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره، ولعقود الإذعان خصائص معينة سوف أتناولها في هذا المبحث بشكل موسع، إلا أنه على الرغم من اتفاق الشراح على أن عقود الإذعان لها مميزات وصفات خاصة، فإنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الطائفة من العقود، فقد انقسم الفقه في معالجة عقود الإذعان إلى اتجاهين، فالاتجاه الأول: ذهب إلى إنكار الصفة التعاقدية لهذه العقود، بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى عكس ذلك فيرى أن هذه الصفات الخاصة ليس من شأنها أن تخرج هذا النوع من العقود من الدائرة التعاقدية، وأن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببٌ في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد.

لذلك سوف أتناول في هذا المبحث، الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، حيث اختلف فقهاء القانون حول طبيعة هذا العقد كما أسلفنا، وسأتعرض لآراء فقهاء القانون من خلال المطلب الأول، وأخص المطلب الثاني لتحديد الخصائص التي تخص هذا العقد، حيث يتمتع هذا العقد عن غيره بخصائص تميزه عن غيره من سائر العقود .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

المطلب الثاني: خصائص عقد الإذعان

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود، لها أكثر من فائدة، إذ إنّ الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة.

ولا شك أن هذه الطبيعة، كانت محل دراسات لدى الفقهاء، حيث اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، هل هي عقود حقيقية، تنشأ بتوافق إرادتين، وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، أم أنها عبارة عن مراكز أو لوائح قانونية منظمة تنشئها إرادة الموجب، وبالتالي لا تخضع لما تخضع له العقود من أحكام وقواعد، وإنما تخضع للقواعد الخاصة بهذه المراكز أو اللوائح، وسبب التباين في الآراء هو طريقة اتفاق الإرادتين عقد الإذعان.

الفرع الأول

عقود الإذعان هي مراكز تنظيمية

يرى هذا الاتجاه وغالبيته من فقهاء القانون العام[١]، أن عقد الإذعان ما هو إلا مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة هي إرادة المحتكر، تكون بمثابة قانون أو لائحة، وعليه يجب أن يخضع للقواعد المطبقة بخصوص اللوائح والتنظيمات، وتبعاً لذلك يجب أن تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، ومراعاة الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها. ولا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما يجب البحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد.

وتزعم هذا الرأي الفقيه(سالي) وفقهاء القانون العام مثل (ديجييه) و(هوريو) حيث أنكروا على عقود الإذعان الصفة التعاقدية، فالعقد هو توافق إرادتين متطابقين بحرية ، فالقبول هنا يكون بمجرد إذعان ورضوخ الطرف القابل؛ لذلك فإن عقد الإذعان هو أقرب الى أن يكون قانوناً، أخذت شركات الاحتكار الجمهور بإتباعه، بحيث يتم تطبيق قواعد تفسير القانون عليه، متخذ بعين الإعتبار في تطبيقه مقتضيات العدالة و حسن النية [٢].

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص١٤٠.

(٢) أشار إلى هذه الآراء:عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،- مصادر الالتزام،ج١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م، ص ٢٤٦.

وبينما يرى الأستاذ (ديموج)، ووافقه في هذا الرأي فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يُعنى تطبيقه لصالح العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية لصالح كلا من طرفي العقد[١].

إن المساواة التي تفرضها فكرة العقد والنقاش فيه معدوم؛ لذلك فقبول الطرف المذعن يختلف عن القبول في العقود العادية؛ لذلك خصوصية العقد لا تكفي لتفسير آثاره القانونية. فالقوى الإقتصادية الموجبة في عقد الإذعان فتقوم بدور السلطة اللائحية بالتصرف بحرية وبلا تردد[٢].

وبينما يرى الأستاذ "سالي" وهو من فقهاء القانون المدني، فقد كرس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة، فقد ذهب إلى أن عقد الإذعان يُبرز الاعتراف بالقوة الملزمة الناتجة عن التعبير بالإرادة المنفردة، فقال" سالي" أن عقود الإذعان ليس لها من العقد سوى الاسم، وذلك لأنها في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تُملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقاً انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد [٣].

وبحسب هذا الرأي، فالقيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد ذاتها في توافق الإرادتين، إنما في الإرادة المنفردة لمحرر هذا العقد ومنشئه، وإن انضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف، فهو مكملاً لشرط موضوع في التنفيذ من المنشئ ذاته، فمصدر العلاقة القانونية تجد نفسها في الإرادة المنفردة لمحرر العقد الطرف القوي [٤].

ويرى الأستاذ " ليون ديجبيه" وهو من فقهاء القانون العام، وقد أخذ برأي مشابه ل(سالي) فقال عقود الإذعان، هي شكل من أشكال التصرف بالإرادة المنفردة، والقيمة القانونية لهذا التصرف، لا تكمن في الإرادة المنفردة في حد ذاتها_ كما يرى الاستاذ سالي _ ولكنه يأتي بفكرة أن أساس الإرادة لا تُخلق القانون، وأن الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة (الضرورات الاجتماعية)[٥].

---

(١) أشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص٢٤٧.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص١٤٠.

(٣) حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، الطبعة ١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٦م ، ص١٧٧.

(٤) حمدي سلطح، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٥) أشار إليه: لعشب محفوظ ،المرجع السابق، ص٤٥.

ومن خلال هذا الرأي، فيجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار إلى حد ما، ما أراده محرر العقد، شريطة أن يأخذ التوفيق لصالح العام وفوائد المجموعة ومصالح المواطنين بعين الاعتبار[١].

ولإزالة الشروط التعسفية يجب على القاضي أن يتدخل، وهذا ما أخذ به المشرع الفلسطيني في القانون المدني الفلسطيني، حيث نصت المادة (١٥٠) على أنه" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك".

وعند (هوريو) فقد اتبع رأي الفقهين السابقين، فعقد الإذعان ماهو إلاّ سوى قانوني يتميز باستقلال الموجب في وضع أحكامه، فالعقد وفق رأيه ينشئ علاقات تنشأ بسرعة، فلذلك يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام بحقه[٢].

وبحسب هذا المذهب، فإن عقود الإذعان تقوم وتتميز باجتماع عناصر ثلاثة تخرجها من النطاق العقدي، وتتمثل هذه العناصر في:

- عنصر العمومية: إن ارتباط عقود الاذعان بعنصر العمومية بصفة الإيجاب، فيكون الإيجاب لعامة الجمهور أو فئة معينة ذات خصائص محدة بنفس الشروط [٣].
- عنصر الإكراه: إن حقيقة عنصر الإكراه في عقود الإذعان يختلف كلياً عن الإكراه المعروف الذي يمس الإرادة، فالإكراه في عقود الإذعان متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه عوامل نفسية، ويرجع هذا العنصر إلى ما يتمتع به الموجب من التفوق من ناحية اقتصادية أو إجتماعية مما يؤدي إلى وجود اختلال في التوازن بينه وبين الطرف المذعن [٤].

---

(١) حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق، ص١٧٧.

(٢) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص٤٦.

(٣) حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص٦٠.

(٤) حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق، ص١٧٨.

الفرع الثاني

عقود الإذعان هي عقود حقيقية

يرى الفريق الثاني _ وهم غالبية فقهاء القانون المدني_ أن الحجج التي تقدم بها أصحاب النظرية الأولى مقنعة، فإن أكثر العقود يتحقق فيها مانراه في عقود الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التكافؤ بين المتعاقدين لا يمكن توخيه في عقود الإذعان، فعقود الإذعان تسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر، إذ الكل سواء أمامه لأن الإيجاب معروض على الكافة، فقلما أن يكون هناك محل للغلط أو التدليس، ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود(١).

وإن أبرز الحجج التي وجهها أصحاب النظرية التعاقدية في ردهم على أصحاب النظرية الأولى:

١. أن عقود الإذعان عقود حقيقية تسيطر عليها الإرادة المشتركة سواء كان ذلك في نشأتها أم في آثارها.

٢. هناك اختلاف العمل الفردي وعقد الإذعان ذلك لأنه لا يمكن الإعتراف بصفة ملزمة لهذا العمل الإنفرادي مادام أنه لم يصادف إذعاناً من الطرف الآخر، وهناك فارق بين الاثنين وهو أنه في الإرادة المنفردة يكون الالتزام على عاتق من التزم فقط، شريطة قبل أن تظهر إرادة من يعلن رغبته في الاستفادة منه، في حين أن عقد الإذعان لا يمكن أن يكون هناك التزام على عاتق الموجب كما اسلفنا، ويسري الإلتزام على المذعن بعد القبول، وهذا هو السبب في أن عقد الإذعان عقد حقيقي.

٣. أن مصالح الجمهور تحتفى في عقود الإذعان برعاية أكثر من ما تظفر به سائر العقود.

٤. أن الطريقة التي يتم فيها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور التعاقد، الذي جاء نتيجة تطور الحياة الاقتصادية؛ لذلك فإن هذه الطريقة لم تختزل على عقد الإذعان؛ بل نجدها في عقود كثيرة، تتم بمجرد الانضمام من قبل القابل دون نقاش كما في المشتريات بأسعار محددة، فالإكراه الإقتصادي لا يؤثر على صحة التراضي.

وعليه فإن الرأي الراجح هو الرأي القائل بأن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، أما ضعف المذعن في مساومة الموجب فهي ظاهرة اقتصادية وليست قانونية، ومعالجة ذلك يكون بتقوية الجانب الضعيف بالعقد كي لا يستغل من قبل الجانب القوي.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ، ج٢، ص٧٦.

الفرع الثالث

موقف المشرع الفلسطيني من طبيعة عقد الإذعان

لقد كان موقف المشرع الفلسطيني حاسماً فيما يتعلق بطبيعة عقد الإذعان إذ أصبغ عليه الصفة العقدية بنصه في المادة (٨٩) القانون المدني الفلسطيني على أنه :" يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ولذا فإننا نرى في هذا الشأن، أن عقد الإذعان عقد مثل باقي العقود يقوم على الإيجاب والقبول، إلا أن ما يميزه عن غيره هو الحاجة إلى التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة ضرورية ليس بالمقدور الاستغناء عنها؛ لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطراً لقبول الإيجاب، فرضاه في الحقيقة موجود ولكنه مفروض عليه، وهذا ما أيده الفريق الثاني، فقد وُفق المشرع في تكييف عقود الإذعان بأنها عقدية تتم بتوافق إرادتين وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود.

فالمشرع استعمل عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، وقد يتعسف في ذلك، واستعمل مصطلح "التسليم" لإبراز ضعف الطرف المذعن[١].

وإعمالاً لسلطة القاضي إزاء عقد الإذعان، فقد نصت المادة (١٥٠) من نفس القانون، أنه:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

لذلك لابد أن يبحث القاضي في عناصر العقد محل النزاع المطروح عليه، فإذا كان متعلقاً بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية التي يصعب على المتعاقد الاستغناء عنها، وكان أحد المتعاقدين محتكراً لما يدخل في موضوع العقد سواءً كانت سلعة أو خدمة، سواء كان هذا الاحتكار قانونياً أو فعلياً، كان هذا الأخير قد عرض هذه السلعة أو الخدمة على الجمهور وفقاً لشروط مقررة سلفاً، ولا يقبل نقاشاً فيها، فإذا تأكد القاضي من توافر جميع هذه العناصر في العقد اعتبره عقد إذعان انتقل إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها هذا العقد من أجل التدخل لإعمال سلطته التقديرية بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها. فقد كان المشرع موفقاً في هذا نص المادة (١٥٠) لكونه يخفف من الشدة والحرج التي تلازم عقود الإذعان بالنسبة للمتعاقد المذعن.

---

(١) على فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٨ ص٦٠.

المطلب الثاني

الخصائص العامة لعقود الإذعان

من خلال التعريفات السابقة لعقود الإذعان، يتضح أن هناك العديد من الخصائص المهمة والتي يمتاز بها عن سائر العقود ومع ذلك، فإنها تلتقي مع بعض العقود الأخرى بشكل عام في بعض الخصائص، كما أنها تنفرد بخواص خاصة، نظراً لطبيعتها حيث نجد أن عقود الإذعان تتميز عن غيرها بالتالي:

أولاً: يختلف المحل في عقود الإذعان عن سائر العقود العادية،حيث يكون المحل مرفق عاماً أو سلعة تعتبر من الضروريات بالنسبة للجمهور فلا يمكن الإستغناء عنها[١]، وينشط عقد الإذعان في ظل وجود الإحتكار[٢].

ثانياً: يجب أن تكون السلع أو المرافق محتكرة إحتكاراً قانونياً أو فعلياً وفق المفهوم التقليدي الذي تجاهله المفهوم الحديث لعقود الإذعان، بحيث تجعل المنافسة محدودة النطاق مثل شركة الكهرباء والاتصالات.

وبمعنى آخر، يكون أحد طرفي العقد في موقع اقتصادي خوله احتكارياً قانونيناً أو فعلياً بمنحة الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع المتعاقد معه، أو على الأقل مسيطرا عليه سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق[٣].

حيث ينفرد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر مناقشته أو إلغاء شيء منه أو تعديله، وبالمفهوم المخالف، إذا لم يتوفر الأحتكار القانوني أو الفعلي للسلع والخدمات، فلا ينطبق على العقود صبغة عقود الإذعان[٤].

وكما أسلفت سابقاً أن مثل هذه العقود لا تنشط في ظل وجود منافسة حرة؛ لأن الأخيرة تتيح الفرصة أمام المستهلك لإيجاد السلع والخدمات بشكل أفضل، لدى المنافسين والذين يرغبون بجلب أكبر عدد من الزبائن. [٥]

---

(١) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص٩٣.

(٢) عبد الحي حجازي، المرجع السابق،ص٤٦٧.

(٣) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة،٢٠١٢م، ص١٤٥.

(٤) حسني عبد الدايم، المرجع السابق ، ص٤١.

(٥) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق، ص ١٣.

إنّ ما يميز الموجب الذي يتمتع بإحتكار قانونياً، فهو ملزم بإستجابة طلبات المستهلكين، فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، فهو غالباً ما يحدد شروط ذلك العقد؛ لذلك فلايحق للمحتكر أن يرفض القبول إلا إذا وجد سبب مشروع، وإلا كان متعسفاً في استخدام حقه.[١].وبذلك تعتبر العقود التي يبرمها المستهلك مع شركات الكهرباء و الغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح التليفونات و التلغرافات أو مع شركات التأمين من عقود الإذعان.

ويفهم مما سبق أن الإيجاب في عقود الإذعان يكون موجهاً إلى العامة أو فئة معينة، ويمتاز هذا الإيجاب بالديمومة، لذلك تطيل فترة الإيجاب وهذا بخلاف ما يمتاز به سائر العقود التي تقصر به فترة الإيجاب، وتكون محددة الزمان [٢].

وبمعنى آخر، فإن عمومية الإيجاب تعني أن يقوم مقدَم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقرَرة مسبقاً، ولا يقبل نقاشاً فيها، وفي الغالب تكون الشروط مطبوعة في شكل عقود نموذجية، حيث يعرض الموجب إيجابه للكافة دون تمييز، وغالبا تكون هذه الشروط من مصلحة الموجب[٣]الذي قام بصياغتها.

فشركة المياه والاتصالات تملي شروطها على جميع الناس، وهذه الشروط التي يضعها الموجب شروط غير قابلة للمناقشة، فهي أحياناً تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأحياناً تشدد مسؤولية الطرف الآخر، وهذه الشروط غالباً لا يستوعب فهمها الرجل العادي.

ويكون الموجب في هذه العقود هو الطرف القوي، فهو من يقوم بوضع الشروط في العقد دون أن يشاركه المتعاقد الآخر، ولا يحق له المناقشة فيها، فلايكون أما الأخير سوى الرضوخ والقبول بشروط المتضمنة بالعقد برمتها أو أن يعدل عن التعاقد، فالغالب تكون الشروط لمصلحة الموجب ، فالقبول بعقود الإذعان يكون مجرد تسليم القابل بالشروط التي يضعها الطرف القوي [٤]. وهذا ما نصت عليه المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة٢٠١٢.

ثالثاً: عقود الإذعان طويلة الأمد نسبياً، ولمدة غير قصيرة، ونذكر على سبيل المثال، عقود التأمين على الحياة[٥]. ويفهم من ذلك ان الايجاب معروض بشكل مستمر ودائم لمدة غير محددة، بمعنى آخر يكون الإيجاب ملزماً بالنسبة للموجب إلى مدة أطول بكثير من المدة التي يلزم فيها الإيجاب

---

(١) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص١٨٠.

(٢) عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،٢٠١٣م، ص٣٠.

(٣) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)،ط٤، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩،ص١٢٢.

(٤) محمد بودالي، المرجع السابق، ص٥٧.

(٥) لعشب محفوظ ، المرجع السابق، ص ٦٨.

في العقود المعتادة، إلا أنه يتغير هذا الإيجاب بتعديل في هذا النظام، بينما في العقود العادية لا يلتزم الموجب بالتعاقد مع كل شخص يتقدم إليه إذا كان الشخص المتعاقد محل اعتبار عند الموجب، ولا يستمر إيجابه إلا خلال الفترة التي حددها للرد عليه.

رابعاً: عقد الإذعان، عقد ملزم للجانبين؛ وذلك لأنه من عقود المعاوضات[١]. حيث يلتزم طرف بتقديم السلعة أو الخدمة، في مقابل التزام الطرف الآخر بأداء المقابل.

فهذه أبرز الخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان وهي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوماً بعد يوم نتيجة التطور الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة مؤسسات أو هيئات أو شركات، أو حتى أفراد يتحكمون في الجمهور بتسليطهم على السلع و الخدمات الحياتية التي لا يستطيع عنها غنى[٢]. فظهرت تلك الملاحظات التالية من خلال هذه الخصائص:

- فالطرف القوي (الموجب) هو من يقوم بتحرير وتحديد شروط العقد، فهو يملي شروطه على الطرف الضعيف، دون مناقشة من الطرف الأخير، وتكون تلك الشروط واضحة، فلا تحتاج لخبير لفهمها، فلذلك نجد أن الطرف الضعيف تكون إرادته بين خيارين لاثالث لهما وهما أما الرضوخ لتلك الشروط والتسليم بها أو العدول عن التعاقد، وغالباً يرضخ الطرف الضعيف لتلك الشروط وذلك؛ لأن الطرف القوي محتكراً للخدمات الضرورية فلا غنى عنها لدى الطرف الضعيف عنها بتاتا.[٣]

عليه فنجد أن الطرف الضعيف يكون مكرهاً على القبول، وهذا الإكراه ليس من عيوب الإرادة ولكنه يتعلق بعوامل إقتصادية[٤].

- رغم أن عقود الإذعان تقيد حرية المتعاقد الضعيف، إلا أنها لم تعدمها، فالمتعاقد هو أسير رغباته، فبوسعه أن يقبل أو يرفض التعاقد دون إجهاد أو مناقشة، فركن الرضا متوفر بالإيجاب أو الرفض، لذلك لابد من تلاقي إرادتين[٥].

لقد تابينت الأطراف القوية في عقود الإذعان فتكون الدولة أحياناً هي الطرف القوي، كما هو الشأن في الشركات ذات الخدمات الضرورية مثل شركات الطيران الكهرباء الاتصالات، والمستشفيات، كما أن الدولة تتدخل أحياناً حينما تقوم ببيع المرافق العامة أو تأجيرها، فهي من تقوم بوضع الشروط وتنفرد بذلك، بالإضافة إلاّ أنه قد يكون الطرف القوي في عقود الإذعان قطاعات

---

(١) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص٦٩.

(٢) عمر محمود عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،٢٠٠٤،ص٢٠٨.

(٣) قطب سانو، عقود الإذعان ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، العدد١٤،جدة، السعودية،٢٠٠٤ ، ج٣، ص٣٢٩.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد_ مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٢٤٤.

(٥) حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص٤٣.

أعمال مثل الشركات والمؤسسات التجارية الكبرى كشركات التأمين والمواصلات الكبرى وصناعات اللحوم والألبان وغيرها[١]. فالطرف القوي يتمتع بنفوذ اقتصادي واجتماعي كبير، يمكنه نفوذه من احتكار الضروريات للفرد العادي وهو لن يستغني عنها، فيضع الطرف القوي، ويُملي شروطاً تتناسب مع مصالحه الخاصة، فتكون هذه الشروط موجهة لجميع الجمهور، وعليه فأياً كانت صفة الطرف القوي، فالعامل المشترك فيه، هو الطرف الضعيف الذي يرضخ لتلك الشروط المجحفة لحاجته لتلك السلع، التي يُمليها الطرف القوي غافلاً مباديء العدالة والإنصاف[٢].

(١) لقطب سانو، المرجع السابق ، ص٣٢٩.

(٢) لقطب سانو، المرجع السابق، ص٣٣٠.

المبحث الثالث

أركان عقد الإذعان و بعض صوره

أتناول في هذا المبحث، أركان عقد الإذعان من خلال المطلب الأول، حيث يتميز هذا العقد عن سائر العقود بركني الرضا والمحل بينما ركن السبب هنا لا يختلف عن باقي العقود، فينطبق عليه القواعد العامة للعقد، في حين نتناول في المطلب الثاني صور من هذا العقد.

المطلب الأول: أركان عقد الإذعان

المطلب الثاني: صور عن عقود الإذعان

المطلب الأول

أركان عقد الإذعان

كون عقد الإذعان من العقود الحديثة، وله طبيعة خاصة تختلف عن سائر العقود، إلا أنه يمتاز بأحكام وضوابط تختلف عن العقود السائدة، والركن الأساسي في عقود الإذعان هو التراضي، أي الإيجاب و القبول وتطابقهما بإرادة حرة، ويتميز الإيجاب والقبول في عقد الإذعان ببعض الأحكام الخاصة، وذلك نتيجة لتراجع إرادة أحد المتعاقدين تراجعاً كبيراً نتيجة لعدم التوازن الاقتصادي بين مركز طرفي العقد، إذ إنّ أحدهما يكون في مركز اقتصادي قوي لاحتكار سلعة أو خدمة ضرورية، والآخر يكون في مركز ضعيف، نظراً لاحتياجه لهذه السلعة أو تلك الخدمة، فالإيجاب والقبول لهما أحكام تختلف عن الأحكام العامة في سائر العقود التقليدية، وسوف نبين الأحكام الخاصة للإيجاب، ثم أحكام القبول في عقد الإذعان كما يلي:

الفرع الأول

الإيجاب والقبول

أولاً: الإيجاب في عقد الإذعان

يصدر الإيجاب في عقد الإذعان بأنه إيجاب بصورة قاطعة، فيتناول كل شروط العقد، فلا يقبل الموجب المناقشة في شروط العقد، فلا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد قبول الطرف الضعيف فيكون بمثابة تسليم وإذعان، إلا أن هذا لا يمنع أن يكون عرض الطرف القوي في العقد مجرد دعوة لا ترقى إلى مستوى الإيجاب، وذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن اعتبارية [١]، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني [٢].

فيقوم الطرف القوي بتحرير شرط، على أثره يتم تشكيل الناظم في تلك العلاقة التعاقدية، فيمتاز هذا الشرط بالجمود أي لا يقبل المناقشة، فلا يقبل واضعه المناقشة؛ ذلك من أجل حماية مصلحته الخاصة.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص١٣٧.

(٢) القانون المدني الفلسطيني على أنه :" يقتصر القبول في عقود الاذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وعلى سبيل المثال نجد في العقود ذات طابع شكلي لبعض المهن " العقود النموذجية" التي تكون محررة من قبل جمعيات مهنية، فالشكلية هنا وضعت لحماية أصحاب تلك المهنة؛ لذلك فإن الشرط هو من يحدد نطاق العلاقة التعاقدية[١].

ولكن هناك نوع من التعاقد يكون الإيجاب مقترناً بشرط أو تحفظ معين، وجاء هذا التحفظ أو الشرط نتيجة طبيعة التعاقد، بحيث لو تخلف اعتبر الإيجاب غير قائم، وهذا يظهر بصورة جلية في عقود التأمين على الحياة، حيث يشترط أن يكون المؤمن حياته خالية من الأمراض القاتلة، ويمكن أن تظهر صورة أخرى لتلك الحالة كما هو في شركات الطيران حيث يكون الإيجاب معلق لحين صدور فيزا لدخول الدولة[٢].

فالإيجاب في العقود الإذعان يكون موجهاً إلى عامة الجمهور، فلا يقتصر على فرد معين، ولكنه قد يستهدف فئة معينة من المجتمع وفق معايير خاصة، ويترتب على ذلك بأن الإيجاب دائم[٣]، وهذا ما يميزه عن العقود العادية التي تقصر فيها مدة الإيجاب ففي عقود الإذعان نجد مدة الإيجاب أطول، وطول مدة الإيجاب أوقصرها مرتبطة بطبيعة الإيجاب وظروفه المحيطة به، ويظهر مثل هذا الإيجاب خاصة في الاحتكار القانوني، فالأسعار والشروط تخضع لموافقة السلطة العامة فلا يلحقها التعديل إلا بعد مدة طويلة[٤].

فالإيجاب بعقود النقل المختلفة، والإيجاب بالتعاقد مع شركات الغاز والكهرباء والماء والهاتف، والإيجاب بعقد التأمين ، ففي كل هذه الأمثلة يكون الإيجاب موجهاً الى أشخاص غير معينين وقد تم من أجل أن يستمر لمدة غير محددة[٥]، والسبب في ذلك بح يث يُنشر الإيجاب بشكل كبير وموسع ليطلع عليه أكبر عدد من الجمهور، ففي هذه الحالة يرفع الحرج عن المتعاقد حيث يفترض علمه بشروط الإيجاب حتى لو لم يطلع عليها مادام كان بوسعه الإطلاع على الإيجاب[٦].

بمعنى آخر فغالباً يكون الإيجاب في صيغ محررة تحتوي على بنود لا يمكن مناقشتها كونها حررت لمصلحة الموجب، فهي ذات وجهين، فهي تقلل مسؤوليته العقدية والوجه الآخر هو التشدد

---

(١) لعشب محفوظ ، المرجع السابق ، ص٧٨.

(٢) حسني عبد الدايم ، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) حكمت محكمة النقض المصرية أنه " متى كان الإيجاب غير مستمر و إنما كان التقدم للمناقصة مقيداً بفترة زمنية معينة..... فلا نكون بصدد عقد إذعان"، نقض مدني مصري ١٢ ابريل ١٩٤٥ القاعدة ١١٩ ص ١٠٠، أشار إليه: محمد بندراي، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة (حماية المستهلك في الشريعة والقانون)، جامعة الإمارات، ٦-١٩٩٨/١٢/٧، ص ٨.

(٤) أنور رسلان، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٦، ص٦٤.

(٥) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ، ص ٦١.

(٦) حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص ٦١.

في مسؤولية الطرف الآخر، وقد تكون هذه البنود ذات صياغة يصعب فهمها من عامة الناس[١]؛ لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية[٢] إلى أنه يجب أن يتقيد من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو الباخرة بالشروط الموجود في التذكرة، و بالشروط الواردة في التعريف الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور.

فلا شك أن العقود التي يتم تحريرها مسبقاً تأخذ طابع قُدسي لدى واضعها، فقلما أن يجري عليها تعديل، مما يسهل عملية الرضوخ من قبل الطرف الضعيف والقبول بتلك البنود دون مناقشتها، ولا سيما التعاقد الإلكتروني الذي أضفى صورة جديدة من صور التعاقد ذات طابع مذعن، فيخضع المذعن لشروط التعاقد علماً منه بأنه لا يجوز المساس بشروط العقد أوتعديل تلك الشروط.

فالإيجاب في عقود الإذعان هو ايجاب قطعي، ولكنه يختلف عن الإيجاب الصادر من صاحب مهنة أو يزاول تجارة فينطوي موقفه على دعوة الجمهور إلى التعاقد فيكون إيجابه بمحض إرادته ، وهذا مخالف لمن يحتكر سلعة أو مرفقاً من الضروريات، فيجب أن يكون إيجابه طوال مدة الاحتكار، ويتضح هذا الايجاب الحتمي في حالة الاحتكار القانوني، فيتقيد المحتكر القانوني بالقيود التي تفرضها عليه السلطات العامة فعليه يجب أن يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل ما يطلب من الجمهور، ولا يختلف هذا كذلك الإيجاب في حالة الاحتكار الفعلي مادام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري[٣].

ثانياً: القبول في عقد الإذعان

إن فكرة الإذعان توحي بأن القبول في هذه العقود يختلف عن القبول في العقود التقليدية، وذلك لعدم التعبير عن الإرادة الحقيقية للقابل، حيث يكون القبول إذعاناً ورضوخاً وتسليماً بالشروط التي جاء بها الإيجاب فالموجب يصدر إيجاباُ نهائياُ ولا يكون عنده استعداد لقبول بحثه أو مناقشته، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني ، حيث نصت على أنه "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه ".

فالقبول في هذا العقد يكون بتسليم القابل مذعنا للإيجاب بشروطه أو بنوده دون أن يناقش تلك الشروط أو البنود، وكما اسلفنا بأن الإيجاب يجب أن يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام،ص٢٤٤.

(٢) نقض فرنسي في ٢١نوفمبر ١٩١١، سيري ١٩٢-١-٤٨٦، أشار إليه: لعشب محفوظ ص ٧٩.

(٣) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق ، ص ١٣٨.

لا غنى عنها لدى للجمهور ، إلا أن القبول لا يعبر عن الإرادة الحقيقية لأن القابل لا يملك النقاش[١].

والواضح ان القبول في عقود الإذعان لا يخرج عن خيار القبول العقد بجميع بنوده، أو رفضه برمته، وهذا ما يتعلق بالشق النظري، لكن بالشق العملي فيكون القبول مغاير عن نظيره، وذلك نتيجة حاجة القابل لتلك السلعة، فنجد أن الشروط في العقد الانفرادي توجه لجميع الذين يتعاملون بتلك السلعة، فالذي يتعاقد مع سكة الحديد ويستلم تذكرة لا يعلم عن شروط نقله [٢].

فالقبول في عقود الإذعان لا يجوز أن يرفضه من قبل الموجب، فإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، فهو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد، فرفض القبول يجب ان يكون لسبب مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض وترتب مسئوليته[٣].

وخلاصة القول أن عقود الإذعان تنعقد مثل بقية العقود فيجب أن يتوفر فيها الإيجاب والقبول، غير أن القبول في عقود الإذعان له صورة خاصة نظراً لطبيعة العقد[٤].

ثالثاً: حالات رفض القبول

القاعدة هي أن لكل إنسان أن يقبل الإذعان وليس هناك استثناء لذلك، إلا ما كان نتيجة طبيعة لنوع الأعمال التي يقوم بها الموجب، كما في حالة صاحب المصنع الذي يمكن أن يعتبر ضمناً أنه لا يبيع إلا لتجار الجملة إذ إنّ طبيعة عمله تقتضي ذلك[٥] ويمكن أن نتعرف إلى الحالات التي يمكن فيها رفض القبول وهي كالتالي:

أ.حالة التحفظ الصريح والتحفظ الضمني

هناك حالة لا شك فيها هي حالة التحفظ الصريح، يمكن للموجب أن يتحفظ دائماً فيها فينص على ألاّ ينفذ إيجابه في حالات معينة ينص عليها، وعلى عكس ذلك هناك حالات أخرى وهي التي يوجد فيها نص يقرر أن الموجب لا يمكنه أن يرفض القبول وهذه هي حالة الاحتكار القانوني كما هو الحال في مرافق النقل والمياه والكهرباء والغاز [٦]. ويرى البعض[١] أن الإيجاب

---

(١) السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة، مصر، ص٢٨٢.

(٢) إبراهيم بندراي، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨م ، ص٩.

(٣) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق ، ص ١٣٩.

(٤) حسني عبد الدايم ، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٥) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، المرجع السابق ، ص ٩٣.

(٦) شيماء مصطفى أحمد الشيخلي، عقد الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٤٣.

الذي يوجه إلى الجمهور لأشخاص غير معينين يتضمن دائما تحفظات ضمنية لم تجر العادة بإعلانها، فعقود الإذعان تشتمل على شروط أو تحفظات ضمنية وهي تلك التي تنطق بها طبيعة العملية وتفرضها مصلحة العمل.

والمسألة كما يبدو تقديرية، ولكن رفض القبول يجب أن يستند إلى دوافع عادلة، وأسباب معقولة تنهض بها الطبيعة العملية، ويبرزها حسن سير العمل لدى الموجب، فالموجب يجب أن تكون له مصلحة معقولة في أن يرفض التعاقد، فليس له أن يرفضه حسب هواه أو لمجرد الأضرار[٢] وعلى ضوء هذا يكون لشركة التأمين أن ترفض تأمين شخص معرض للأخطار بنوع خاص، ولكن ليس للموجب أن يرفض التعاقد مع شخص؛ لأنه سبق وأن كانت بينهما قضية أو لسوء سيرة هذا الشخص مما لا علاقة له بصالح العمل.

ب.حالة إبرام عدد محدود من العقود

استكمالاً لما سبق من إمكان رفض الموجب للقبول، أحياناً هناك حالة خاصة، لا يمكن للموجب فيها أن يبرم عقوداً، إلا عدداً محدوداً، والمسألة هنا لا تخرج عن حدود تحفظ ضمني في الإيجاب، فيفهم منه أن الموجب وهو يعلن استعداده للتعاقد، إنما يتجه إلى أن يقوم بذلك في حدود مشروعة، فالحالة هنا و إن كانت تختلف في طبيعتها عن الحالة السابقة إلا أنها تشترك، معها في الخضوع لأصل عام يقوم على شروط ضمنية في الإيجاب وفي هذه الحالة يمكن للموجب أن يرفض أي عقد يأتي بعد استنفاد العدد الممكن، فمدير المسرح مثلاً له أن يرفض دخول أي شخص من الجمهور إذا كانت المقاعد شغلت جميعها، وشركة السكك الحديدية يمكنها أن ترفض المسافرين إذا كانت المقاعد قد ملئت. [٣]

فالملاحظ أن الموجب لا يكون ملزماً بالتعاقد إلا في حدود طاقة مشروعة، وفي هذه الحالة تكون الأفضلية للأسبق، ومثل هذا الوضع يكون مقبولاً بالنسبة لخدمات خاصة كالمسارح أو وسائل نقل معينة، أما إذا تعلق الأمر بمرفق أساسي لا غنى عنه كالنقل بالسكك الحديدية أو المياه أو الكهرباء أو الغاز، يتغير الوضع تماماً؛ لأنه لا يستطيع أحد من الجمهور أن يكون في غنى عن هذه المرافق الضرورية؛ ولأن الاحتكار القانوني يخضع لتنظيم خاص يتم بين السلطات العامة والملتزم، وهذا التنظيم يفرض على الملتزم أن يقوم بكل طلبات الجمهور واحتياجاته فيما يتعلق بالمرفق، الذي منح امتيازه؛ لهذا كان من الطبيعي أن يستعد الموجب بأدوات ومواد تكفي لمواجهة ما يطلب منه، ولا تعفيه من ذلك إلا القوة القاهرة.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٢٨١.

(٢) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، المرجع السابق ، ص ٩٨.

(٣) ديموج، الالتزامات، ص ٣٢٥ نقلاً عن عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق ، ص ٩٨.

الفرع الثاني

المحل في عقد الإذعان

يختلف المحل في عقود الإذعان عن العقود التقلدية؛ وذلك لأن المحل في عقود الإذعان يكون مرفقاً عاماً، أو سلعة ضرورية لا يمكن للمستهلك الإستغناء عنها وعليه سوف نتاول المحل وذلك على التفصيل الآتي:

أ.احتكار السلعة أو الخدمة: المحل في عقد الإذعان يمتاز بأنه يتعلق بسلع أو خدمات تكون خاضعة لاحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة على السلعة محدودة النطاق وفق المفهوم التقليدي لعقد الإذعان [١].

لذلك، فالذي يتعاقد مع شركات الاحتكار بنوعيها ، كمن يتعاقد مع شركة المياه أو الكهرباء أو شركة التأمين أو شركات النقل بالبواخر أو الطيران أو السكك الحديدية أو السيارات، يكون مضطراً الى التعاقد معها وذلك لحاجته الملحة لتلك السلعة او الخدمة بإعتبارها من ضروريات الحياة التي لا غني عنها[٢]، فينشط عقد الإذعان في ظل وجود احتكار، أما في حال وجود منافسة حرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان حيث يتمتع المستهلك بحرية التعاقد من خلال من يقدم له شروطاً أفضل [٣].

ب.حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة: إن المعيار الحقيقي الذي يجب أن يتحقق في السلع أو الخدمات لتكون محل عقد الإذعان، أن تكون تلك السلع أو الخدمات من الضروريات بالنسبة لعامة الناس، دون أن تقتصر هذه الخدمات على شخص بعينه، أي أن الجمهور لا يمكنه الاستغناء عنها وإلا تعرض إلى المشقة والضيق؛ لذلك إذا كانت السلعة أو الخدمة ليست من الضروريات فلا يمكن إعتبار العقد عقد إذعان، ومن أمثلة السلع والخدمات الضرورية كالهاتف، والمياه والتأمين والكهرباء[٤].

بينما يختلف المحل في عقود المساومة، فالمحل يناقش بصورة واضحة في عقود المساومة، وذلك عندما يكون أطراف العقد على علم وخبرة وبذلك الميدان، فيناقشان بكل حرية الشروط التي

---

(١) ابراهيم بندراي، المرجع السابق، ص١٠.

(٢) حسني عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص٣٩.

(٣) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤٦٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٩٦.

تتضمنها وثيقة العقد وبكل تراضي يستبعدان ما يرون استبعاده، فالمحل هو الذي يعطي الأثر القانوني لتلك الشروط[١].

فالمفاوضة في عقود الإذعان موجودة ولكنها ليست فعالة؛ وذلك لان شروط التعاقد يتم اعدادها مسبقاً من قبل الموجب فلا مناقشة للطرف الآخر، فيتم قبول العقد كما بشروطه إن قبل ذلك، ويترتب على عدم فعاليتها بأن تجعل المحل ثابتاً ومستقراً، سواء كان في وثيقة العقد أو كان شرطاً آخر تابعاً له في وثائق أخرى.

لذلك فإن تلك الشروط تلاقي شرعية من خلال مدى مطابقتها للنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك ما مدى مطابقة تلك الشروط وفقاً لنوع العقد، فإذا خالفت تلك الشروط النصوص القانونية والنظام العام والآداب العامة فتكون تلك الشروط باطلة[٢].

(١) لعشب محفوظ ،المرجع السابق، ص٩٣.

(٢) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص٩٤.

الفرع الثالث

السبب في عقد الإذعان

يقوم المفهوم التقليدي لسبب العقد على أنه أمر موضوعي، وهو الغرض أو الغاية المباشرة من إبرام العقد. وأمّا النظرية الحديثة، فيرى أنصارها أنه وإلى جانب السبب الموضوعي الذي يقول به أنصار النظرية التقليدية، هناك سبب العقد أي الباعث على التعاقد وهو أمر ذاتي خارج عن العقد، ويختلف باختلاف شخص المتعاقد[١].

فإذا كان السبب موافقاً للآداب العامة والنظام العامّ صح العقد، وإلا بطل. وحرصاً على مبدأ استقرار المعاملات اهتم القضاء الفرنسي بالباعث الدافع على التعاقد (الباعث الرئيس)؛ وذلك لتحديد مشروعية السبب من عدمها. أما البواعث الثانوية، فلا يهتم بها القاضي ولو كانت غير مشروعة، لأنه لا تأثير لها على الإرادة. وهذا القيد الأول على البواعث الشخصية. وإلى جانب هذا القيد، فقد اشترط أنصار هذه النظرية أن يكون الباعث الرئيس داخلاً في دائرة التعاقد، أي أنه معلوم من المتعاقد الآخر[٢].

فإن عدم مشروعية الباعث تبطل العقد، ولو لم يكن معلوماً للمتعاقد الآخر، وهذا مبدأ مستقر ومفاده أن ضمان استقرار المعاملات، فالمشرع الفلسطيني قد تأثر بكلتا النظريتين، فلكل عقد سبب موجود ومشروع بحكم القانون، ومن يدّعي خلاف ذلك فعليه إثبات ما يدعي. كما يعدّ السبب الموجود في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك

فالمشرع الفلسطيني تناول ركن السبب في المواد (١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨) الواردة في القانون المدني الفلسطيني، فيختلف كل من السبب عن المحل من حيث مجال تطبيق كل منهما، فالمحل ركن في كل التزام مهما كان نوعه، أما السبب فيكون ركناً في الالتزام الإرادي فقط، ويقصد بالسبب الغرض الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[٣].

ومن خلال ماسبق يمكن القول بأن العقد إذا ذكر السبب، فيفترض أن يكون له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وبينما عقد الإذعان نموذجي، كعقد التأمين البري والبحري، وعقود النقل وما يشابهها من تلك العقود ، فسببه يكون مشروعاً ما لم يثبت عكس ذلك[٤].

---

(١) محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، العقد، المجلد ١، دار الجامعة الجديدة،القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٣٤و ما بعدها.

(٢) محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٣) لعشب محفوظ، المرجع السبق، ص٩٥.

(٤) عامر رحمون، المرجع السابق، ص ٢٩.

وبما أن السبب قد يكون هو الدافع الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد[١]،فيشترط فيه أن يكون مشروعاً[٢]، وإذا لم يكن غير مشروع أصبح العقد باطلاً، لبطلان ركنه.[٣]

(١) المادة (١٣٦) من القانون المدني الفلسطيني. (يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً، ولو لم يذكر السبب. ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك).

(٢) المادة (١٣٧) من القانون المدني الفلسطيني (يكون العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع. يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب).

(٣) المادة (١٣٨) من القانون المدني الفلسطيني. (يفترض في كل عقد أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر السبب، وإذا ثبت أن سبب العقد غير مشروع، بطل العقد. لا يجوز في عقود المعاوضات أن يتمسك المتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع ببطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث).

المطلب الثاني

بعض الصور لعقود الإذعان

سأبين في هذا المطلب بعض صور عقود الإذعان من حياتنا العملية موضحاً فيها بعض الشروط التعسفية التي ترضخ المستهلك، وتجعله مذعناً لتلك الشروط، مع العلم أن هذه الصور تم طرحها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

الفرع الأول

عقود الاشتراك في الخدمات العامة

يقصد بالخدمات العامة، تلك الخدمات التي من أمثلتها الكهرباء و الهاتف والانترنت، وتقوم الشركة بعرض الخدمة سواء كانت عامة أم خاصة للجمهور كافة بشروط تخفف مسؤوليتها، بخلاف مسئولية القابل، فلا تقبل التفاوض في السعر أو الشروط[١].

ولكن إذا كان هناك شركات مزودة لنفس الخدمة، فهل نكون بصدد عقود إذعان أم لا، أجمع الفقهاء بإنكاره لصفة الإذعان في حال وجود أكثر من مزود لنفس الخدمة في المنطقة الواحدة؛ وذلك لتشجيع لروح المنافسة ، إلا أنه فمسألة الإذعان هي مسألة نسبية، قد تختلف من بلد إلى بلد، من حيث الخصائص وقوانين معاملاتها[٢].

ومن أمثلة الشروط التعسفية في الخدمات العامة ما يلي :

١. لا يجوز للمشترك طلب نقل خدمة (ADCL) إلى خط هاتف آخر، ورسوم الاشتراك شهرية سواء استعملت الخدمة أم لا ، بالإضافة الى ضرورية استعمال الخدمة ستة أشهر على الأقل، وفي حال خالف ذلك، يتم دفع جميع المبلغ عن المدة المتبقية لستة شهور[٣].

٢. يحق لشركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، بالإضافة إلى أن لها الحق في قطع التيار الكهربائي نهائياً حتى ولو كان ملتزما بدفع الفاتورة الدورية[٤].

---

(١) محمد علي القري بن عيد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٠٠٤، ج، ص ٢٧٧.

(٢) نزيه حماد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م، العدد ١٤، ج٣، ص ٣٦٣.

(٣) انظر شروط عقد تقديم الخدمة ADCL.

(٤) حمزة حداد، مؤتمر القضاء و التأمين: ٢٨-٢٠٠٢/٨/٣٠م. ورقة عمل ، مركز القانون والتحكيم عمان_ الأردن، http:www.lac.com.joresear26.htm

الفرع الثاني

عقود النقل بوسائل مختلفة

تعتبر عقود النقل من عقود الإذعان، ومنها النقل البحري للبضائع وكذلك النقل الجوي، ويعتبر عقد النقل البحري من عقود الإذعان؛ لأن الناقل البحري (الموجب) يهيمن على مضمون الاتفاق، وعلى الطرف (القابل) أن يقبل ويذعن لما يتضمنه العقد من شروط وبنود، ويبرز عقد الإذعان في تحكم صاحب المركز الاقتصادي القوي الذي يملي شروطه على الطرف الآخر[١].

وتظهر صفة الإذعان في النقل البحري لوضوح الاستغلال التجاري فيها، حيث إنه من الضروري نقل الأشياء من مكان إلى آخر، بين بلدان العالم، والسبيل الأيسر لذلك النقل هو البحر ليُسره عن باقي الطرق[٢].

فيعتبر النقل الجوي من عقود الإذعان؛ لأن القبول فيها إذعان لما يملي عليه الطرف القوي، وهي شركات النقل الجوي، حيث تعرض هذه الشركات العقود مطبوعة موجهة للجميع، فلا تقبل مناقشة شروط العقد[٣].

---

(١) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ١١٦.

(٢) محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص١١٧.

(٣) محمد فريد العريني، القانون الجوي النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،٢٠٠٤م، ص١٢٥.

الفرع الثالث

عقود المصارف وشركات التأمين

عقود المصارف تتمثل في فتح الحسابات بأنواعها المختلفة، وإصدار بطاقات الائتمان، وخدمات تحويل الأموال من بلد إلى آخر، وتأجير الخزائن الحديدية، وبيع أسهم الشركات، وديعة النقود وغيرها من المعاملات، رغم وجود عدة مصارف في البلد الواحد إلا أن عقودها إذعانيه، وذلك لمحدودية المنافسة؛ لأنها تكمن في اختيار المصرف الذي يريد أن يتعامل معه، بالإضافة إلى أن كل مصرف يقدم الإيجاب لجميع المتعاملين بنفس الشروط والأسعار التي يحددها المصرف، وليس للمتعاملين إلا القبول بذلك العقد[١].

ومن أمثلة الشروط التي تجعل عقد المصرف إذعاناً ما يلي:

١. يشترط المصرف إعلامه بكتاب خطي موقع حسب التوقيع المعتمد عنده عن التغيير في محل إقامة القابل، ولا يتحمل مسؤولية عند عدم وصول المكاتبات على آخر عنوان لديه.
٢. يشترط المصرف أحقيته في الخصم التلقائي لأي مبالغ أضيفت على الحساب، كمصاريف البريد، والدفع المستحقة على الحساب، أو أي مصاريف تتعلق بإمساك الحساب، دون الرجوع للطرف الآخر[٢].
٣. تعتبر سجلات المصرف المرجع الأساسي، ولا يجوز للعميل الطعن في صحتها أو الاعتراض عليها أو طلب إجراء الخبرة المحاسبية أمام القضاء[٣].

أما بخصوص عقد التأمين، فسنتناوله بصورة مفصلة في الفصل الأخير من هذه الرسالة.

---

(١) أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك دراسة في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩،ط،١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٨٣.

(٢) عباس مصطفى المصري، عقد الحساب الجاري الضوابط القانونية و الشبهات الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،٢٠٠٤م، ص١٨.

(٣) انظر عقد فتح حساب لدى البنك الإسلامي الفلسطيني.

الفرع الرابع

العقود الحصرية

إن العقود الحصرية أو الوكالة الحصرية لا تكون غالباً عقود إذعان، ولكنها السبب في كون العقد من عقود الإذعان، حيث يكون عقد الإذعان بعد ذلك بين صاحب امتياز العقد الحصري والمتعاقدين معه، مثل عقود المستشفيات التي تحتكر أجهزة خاصة، وعقود السلع التي تستوردها الدولة أو تصنعها وتمنع غيرها من استيرادها أو تصنيعها، أو أعطت الدولة وكالة معينة لاستيراد سلعة تمنع غير الوكيل من استيرادها، أو الوكالة التي تعطيها شركة كبيرة لوكيل لها في بلد، تعطيه امتيازاً لاستيراد انتاجها وتسويقه في بلده غيره، فيكون احتكاراً للسلعة[١].

ضوابط العقود الحصرية لانطباق صفة الإذعان عليها

١.**السعر**: حيث يفرض صاحب الوكالة الحصرية على الناس سعراً يتحكم به ولا يقبل المساومة فيه وهذا من خصائص عقد الإذعان[٢].

٢.**عدم وجود بديل:** الوكالة الحصرية عقد الإذعان، من حيث عدم وجود بديل للسلعة، إذ لا وجود للمنافسة، أو تكون المنافسة محدودة؛ لأن القابل ينضم للعقد دون أن يكون له الخيار في اختيار السلع أو الخدمة.

٣.**محل العقد ضرورة او حاجة عامة:** مما يحتاج إليه طائفة من الناس، كالمرضى بأمراض معينة [٣].

(١) حسن محمد الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م،العدد ١٤، ج٣، ص٤٣٨.

(٢) نزيه حماد ، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

(٣) علي أحمد الندوي، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م، العدد ١٤، ج٣، ص٤١٤.

الفصل الثاني

حدود سلطة القاضي في عقد الإذعان

من المبادئ المسلم بها في المقتضيات المدنية، بأن العقد يقوم مقام القانون انطلاقاً من تطبيق مؤسسة مبدأ سلطان الإرادة، ويكون العقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين، هذان المبدأين يحولان دون تدخل القاضي لمراجعة العقد مادامت مقتضيات غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، ووضوح عبارات العقد.

إلا أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم أثرت بشكل واح فعال على العلاقات التعاقدية، ومن ثم أصبح لزاماً على القاضي في ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تضمن التوازن العقدي، أن يتدخل من أجل تطوير القواعد التقليدية التي تحكم العقود لتساير تطور المجتمع، فالقاضي يستطيع أن يتدخل لتفسير مضمون العقد عندما يكون الشرط غامضا حيث يستخدم سلطته لتفسير بنود العقد وسوف نتناول ما سبق بالتفصيل، ولذلك قمت بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه وعلاقته بعقود الإذعان

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه

المطلب الثاني: العلاقة بين عقود الإذعان ومبدأ سلطان الإرادة

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية

المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية

المطلب الثاني: دور القاضي عند وجود شرط تعسفي

المبحث الثالث: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

المطلب الأول: القواعد العامة للتفسير

المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه وعلاقته بعقود الإذعان

ساد مبدأ سلطان الإرادة في غالبية الأنظمة القانونية منذ القرن الثامن عشر، واعتبر الأساس في مجال التعاقد، بل صاحب السلطان في تكوين العقد والآثار المترتبة عليه[1]، بإطلاقه حرية الفرد في تنظيم المعاملات في المجتمع دون تدخل من القانون وعليه سيتم تناول الموضوع، وفي المطلبين الآتية سنبين مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه، والعلاقة بين الشروط التعسفية وهذا المبدأ وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه

وقد أقر كل من الفقه والقوانين المدنية المعاصرة بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، ولكن ضمن حدود معقولة؛ لغايات تحقيق التوازن ما بين الإرادة والعدالة والصالح العام، أي أنه تم إقرار حرية الإرادة في التعاقد وعدم التعاقد، وفي تحديد مضمون العقد وآثاره، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون استناداً إلى معايير المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأً ثابتاً في غالبية النظم القانونية وخاصة ذات النزعة الفردية.

لكن الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الجديدة التي شهدها العالم بعد ذلك، وخصوصا المد الذي عرفه المذهب الاشتراكي، وبروز عيوب إطلاق العنان للحرية الفردية أدى إلى تقلص هذا المبدأ واشتداد الانتقادات التي وجهت له، وهكذا ظهرت آراء تنادي بضرورة تقييد حرية الفرد وعدم إطلاق إرادته، لأنه يعيش داخل الجماعة ويجب أن تخضع إرادته للقانون الذي يحد من سلطانها، حيث توجه لمبدأ سلطان الإرادة كثير من الانتقادات، لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع حيث تناولت في الفرع الأول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، أما القيود الواردة على هذا المبدأ فتناولتها في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث تناولت موقفي الفقه الفلسطيني والمصري من هذا المبدأ.

---

(١) أحمد عبد الرحمن ملحم، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المحيطة"، مجلة الحقوق، عدد١، ١٩٩٢ ، ص٢٤٢.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد، والذي يعتبر أن الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية حرية الفرد وتخفيف مصلحته الخاصة، يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه هو توافق إرادتين لإنشاء الالتزام كما أن إرادة المتعاقدين هي من تحدد الالتزامات التي يرتبها العقد، وهذا يعني أن كل الالتزمات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ، وأن هذه الإرادة هي من تحدد ما يترتب على الإلتزام من آثار قانونية ولذلك يجب احترام نية المتعاقدين[١] .

وقد مر مبدأ سلطان الإرادة في عدة مراحل منذ القانون الروماني حتى وقتنا الحالي، فكانت الإجراءات الشكلية مهمة لإبرام العقد، رغم أن مبدأ رضائية العقود كان ظاهراً، إلا إنه لم يكتف الرومان بتوافق الإرادتين لإبرام العقد إلا بقيام الإجراءات الشكلية، فقد اعتبر الرومان أن الرضائية هي استثناء، لقد كانت الكنيسة عوناً لمبدأ الرضائية بعد زوال الدولة الرومانية، حيث نادت باحترام العهود والمواثيق، فلم تلزم الكنيسة المتعاقدين إلا إحترام الاتفاق الذي بينهما، أي أنها لم تلزمهما بالشكلية[٢].

وقد ساعد ظهور المذهب الفردي في القرون الثلاثة الأخيرة، في إزدهار مبدأ الرضائية، حيث جاء هذا المذهب بمباديء وأهمها احترام الفرد واعتباره أساس القانون[٣]، فإن مبدأ الرضائية اعتبر بأن الفرد هو من ينشأ الإلتزام، ويحدد آثاره، مادام ذاك قادراً على إنشاء اتفاق ناتج عن إرادة الطرفين، دون أن يخل هذا الإتفاق بمصالح الطرفين أو توقعاتهم [٤].

لذلك فإن الجوهر الأساس للتعاقد في ابرام العقود هو مبدأ سلطان الإراداة، فالمتعاقد له حرية في اختيار من يتعاقد معه، كما له الحرية في مناقشة بنود العقد والمطالبة بإلغائها أو تعديلها بما يتوافق مع مصلحته، لذلك الفرد هو من يحدد إلتزامات وآثار العقد، فتنشأ الالتزامات التعاقدية إذا أرادت إرادة الطرفين ذلك وبحدود تلك الإرادة.

لذلك يطلق على حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد مبدأ سلطان الإرادة، والمتمثل بالقاعدة القانونية بأن العقد شريعة المتعاقدين، لقد عززت معظم التشريعات ذاك المبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" حيث كان هذا التعزيز لمبدأ حرية التعاقد وحق أطراف العقد في إبرام تصرفاتهم وتحديد

---

(١) أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص١٣.

(٢) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر، ٢٠٠٩، ص٤٣.

(٣) محمد السعدي، المرجع السابق، ص٤٤.

(٤) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر ، ص١٥١.

آثار تلك التصرفات في حدود إرادتهم، وتناول المشرع الفلسطيني ذلك من خلال نص المادة (١٤٧) من القانون المدني الفلسطيني والتي تقابلها نص المادة (١٤٧/١) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي" أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

لذلك فإن إرادة الإطراف التي تنشيء علاقة تعاقدية، تكون هذه العلاقة ملزمة لطرفيها، فعليه لا يمكن لأحد طرفيها التحلل من إلتزاماته أو إلغائها أو القيام بتعديل البنود، إلا بالرجوع إلى الإرادة التي أنشأت تلك العلاقة، حتى لو كان هناك أختلال توازن بين طرفي العقد.

وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في قرارها " أن مبدأ سلطان الإرادة هو مصدر الحقوق، يلتزم طرفا العقد بالبنود الواردة في العقد، فيمنع عليهم إلغاء أو تعديل تلك البنود، إلا بموافقة الطرف الآخر، فالقاضي لا يملك إلا تفسير العقد فقط دون إجراء أي تعديل أو إلغاء دون موافقة الأطراف[١]، فيرتب العقد آثاره مجرد إبرامه، فيصبح العقد ملزماً لأطرافه، ولا يحق لإحد التحلل من إلتزاماته؛ لأن إرادة الأطراف هي من أنشأت ذاك العقد، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة ومع مرور الزمن أصابه بعض القصور، وذلك في ظل القيود التي وضعها المشرع في حماية المستلك، حيث شكلت هذه القيود عقبة أمام مبدأ حرية التعاقد، وكأنه أصبحت حرية التعاقد منقوصة في ظل تلك القيود، حيث تم وضع تلك الأخيرة مرادها مراعاة المصلحة العامة والنظام العام [٢].

الأصل أن كل عقد مهما كانت نوعيته أو طبيعته، فهو قابل للتفاوض للطرفين، فلكل طرف الحرية في المناقشة، وفرض بنود بما يتلائم مع مصلحته بالإضافة إلى تحديد آثار ذلك العقد، وذلك من أجل الوصول إلى اتفاق نهائي ملزم للطرفين، فالتفاوض يتمحور على حرية الإرادة في إنشاء التزامات ومناقشة والتفاوض تلك البنود مع الطرف الآخر، حيث وازن المشرع المصري بين حرية التعاقد وعدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر[٣]،لذلك فمن يخطيء أو يهمل في تنفيذ العقد تقام ضده المسؤولية التقصيرية[٤].

فالتفاوض ما هو إلاّ عمل مادي، ولذلك يمكن قطعه في الوقت الذي يريد صاحبه ألا تقع المسؤولية عليه كونه يشكل حقا مشروعا، وفي حال ثبوت ان العدول لم يكن حقاً له، فيلتزم للطرف

---

(١) الفقرة الرابعة من الطعن رقم ٤٩/٠٨٤١ تاريخ ١٩٨٤/١٢/٢٧م، المكتب الفني ٣٥، ياسر محمود نصار، مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، لدى معهد الحقوق، بير زيت، فلسطين.

(٢) من بين هذه العوائق، اشتراط المشرع الوطني القيام بإجراءات معينة تضفي على العقد الصيغة القانونية كالتسجيل في بيع العقار، مثلا منها ما يكون سببه أحد طرفي العقد عندما يرضخ الآخر، ويمنع من التفاوض مثل عقود الإذعان.

(٣) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط١، دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٧، ص٦٤.

(٤) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨، ص٦٠.

الذي تضرر بما لحق به من الضرر جراء ذلك العدول[١]، فتقام عندئذ المسؤولية التقصيرية نتيجة العدول المتمثل بذلك الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، بالإضافة لعدم جديته للتعاقد في بداية التفاوض، أو عدم إخطار الطرف الآخر بالعدول في وقت ملائم[٢].

لم يصمد مبدأ سلطان الإرادة طويلاً؛ نتيجة التطور الإقتصادي والإجتماعي الهائل في بداية القرن العشرين، حيث نتيجة ذلك التطور ظهرت أشكالاً جديدة من صور التعاقد، تتسم بالسرعة في إبرامها تتلائم مع هذا التطور الإقتصادي، فلا يكون هناك مساحة من الوقت للتفاوض في بنود العقد وغيره، ونجدها تلك العقود انتشارها غالباً في العقود النموذجية و التعاقد الإلكتروني، حيث أصبح هناك تباين في المقدرة الإقتصادية في ظل اختلاف السلع والخدمات ، مما ترتب على ذلك حدوث اختلال في التوازن التعاقدي بين الطرفين، طرف قوي يحتكر السلع والطرف الضعيف الذي يحتاج لتلك السلعة أو الخدمة.

وبدلاً من أن يكون العقد أداة نفع أصبح وسيلة استغلال الطرف القوي الذي يملي شروطه، وفق مصلحته متجاهلاً مصلحة الطرف الضعيف، مستغلاً حاجة الطرف الضعيف للسلعة، وناهيك عن ذلك ما نتج عن التعاقد ذي الطابع التكنولوجي في ظل تلك الثورة التكنولوجية والتطور الصناعي، فيصعب على الشخص العادي فهم واستيعاب تلك العقود [٣].

ومن خلال ما سبق يمكن استخلاص النتائج لهذا المبدأ على النحو الآتي :

- حرية التعاقد: إن اساس قوة الملزمة للعقد هو سلطان الإرادة للمتعاقدين، فعلى المشرع أن يفسح المجال لذلك المبدأ حرية التعاقد في إنشاء الالتزامات وتحديد إلتزماته مالم يتعارض مع النظام العام والمصلحة العامة.
- وجوب احترام إرادة المتعاقدين: بما أن العقد ينشأ نتيجة اتفاق طرفان على إحداث أثر قانوني؛ لذلك فمن الطبيعي يمنع التعديل أوإلغاء بنود ذلك العقد دون موافقة الطرف الآخر، سواء كان أحد المتعاقدين أو القاضي فمهمة الأخير هي تفسير بنود العقد أو إجراء تعديلات عليها.
- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: يعبر هذا المبدأ على نسبية أثر العقد عن أحد المظاهر الهامة للطابع الشخصي للالتزام. فهذا المبدأ يعني أن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين أطرافه، فهو لا

---

(١) تنص المادة (٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨على ما يلي: يعد استعمال الحق تعسفيا إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير وكانت المصالح غير مشروعة، وإذا كانت المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها".

(٢) نقض مدني طعن رقم ٣٣/٠١٦٧ جلسة ٩ فبراير ١٩٦٧ سنة المكتب الفني ١٨، ياسر محمود نصار، مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا الموجودة على اقراص ممغنطة.

(٣) مشاعل عبد العزيز الهاجري، المقدمة في نظرية العقد،٢٠٠٤، ص٩، عن الموقع الالكتروني: http://law.kuniv.edu.kw/mashael

يتعداهم إلي الغير. فالعقد لا ينشئ حقوقاً إلا لأطرافه، كما أنه لا يحمل غيرهم بما يترتب عليه من التزامات [١].

فالمشرع الفلسطيني أخذ بالاتجاه السائد فاعتنق قاعدة العقد شريعة المتعاقد الذي نتج عنها مبدأ سلطان الإرادة، فهذه القاعدة ملزمة لإراداتهما فأي تعديل أو إلغاء لشروط العقد تكون موقوفة على موافقة الطرف الآخر، إلا في حدود ما اتفق عليه أو ما يبيحه القانون كعقد الوكالة[٢]، حيث يكون للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء في حدود ما نصت عليه المادة (٨٢٤) من القانون المدني الفلسطيني[٣]، فالمشرع ملزم باحترام تلك الإرادة للطرفين، حتى وإن صدر قانون جديد فيبقى القديم سائر مالم يكن سيره مخالف للنظام العام[٤].

والخلاصة أن هذا المبدأ يقوم على فكرة أن إرادة الأفراد هي التي تخلق القانون بصفة عامة، وذلك على أساس أن الإرادة العامة تتكون من مجموع الإرادات الفردية، وأنها هي التي تنشئ العقود وتعطيها قوتها الإلزامية، وأنها عندما تنشئ العقد، فإنها تضعه في نفس مرتبة القانون بشرط ألا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة[٥].

---

(١) محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، الجامعة المفتوحة، ليبيا، ١٩٩٨، ص٣٢.

(٢) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات، الجزائر، ٢٠٠٩م،ص١٢٧.

(٣) نص المادة (٨٢٤) من القانون المدني الفلسطيني "للموكل أن يعزل وكيله متى أراد، إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه".

(٤) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤١.

(٥) محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد– دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص٣٠.

الفرع الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

ومن الانتقادات الموجهة إلى مبدأ سلطان الإرادة، هو إلى التباين في المراكز بين المتعاقدين مما أدى إلى ظهور نظام التعاقد بموجب شروط نموذجية الأمر الذي يطيح بحرية الطرف المتعاقد في التعبير عن إرادته، والدخول في مفاوضات ومناقشات أولية تمهد إبرام العقد النهائي، ويظهر ذلك بوضوح نتيجة عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين طرفي العقد، ومن ذلك احتكار السلع والخدمات من شخص، حيث إن المزود للسلع أو الخدمات لديه شروطا ثابتة يمتنع على المستهلك[١] تغييرها، وهذا الأمر تؤكده غالبية العقود المبرمة في المجتمعات الحديثة، والتي تخلو من مبدأ الحرية التعاقدية الذي فقد صلاحيته كونه يستعمل في حالات استثنائية[٢].

إلا أن التفوق الاقتصادي ليس هو السبب الوحيد الذي يتم به استغلال حرية الطرف المتعاقد بواسطة فرض شروط نموذجية، وإنما يحصل هذا الاستغلال عندما تقوم الجهة المتفوقة باستغلال ضعف المستهلك .

ومن أبرز الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ :

- عدم صحة الأساس الذي تقوم عليه، ألا وهو الفرد المنعزل، الذي يتمتع بالحرية المطلقة. ويؤكد ذلك ما قاله الفقيه الفرنسي "ليون ديجي" وهو من أنصار المذهب الاجتماعي : " إن فكرة وجود رجل فطري منعزل، يستمد من صفته هذه حقوقاً سبقت وجود المجتمع، ويتقدم الى المجتمع بهذه الحقوق، هي فكرة بعيدة كل البعد عن الحقيقة، فالفرد لا يمكن أن يكون له حقوق إلا عندما يعيش في المجتمع؛ ولأنه يعيش في المجتمع والتحدث عن حقوق سبقت المجتمع البشري هو التحدث عن شيء معدوم[٣].
- إن حرية الإرادة لا تصلح أساساً للعقد؛ لأنه لوكان حقا أن العقد يقوم على إرادة المتعاقدين، وبدا لمن التزم بالأمس ألا يلتزم اليوم. لاحترمت الإرادة الجديدة على أساس أن الإرادة اللاحقة تنسخ الإرادة السابقة، ولكن لم يقل بذلك أنصار مذهب الإرادة، وإنما قالو باحترام الإرادة السابقة[٤].

---

(١) انظر: أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥،ص١٩٠. ان مقتضى تبصير المستهلك هو تحقيق رضائه الكامل و الموضوعي لكل بند من بنود العقد تضمنه الإيجاب، ومن ثم لا يجب أن يحتوي هذا الإيجاب على شروط تحتمل الانحراف بها عن معناها بما يعد تعسفا.

(٢) سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، (دراسة مقارنة)، جامعة بيرزيت، فلسطين،٢٠٠٨، ص٢٣.

(٣) أشار إليه: عبد الرزاق السنهوري، في كتابه نظرية العقد، المرجع السابق، ص١٠٧.

(٤) محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص ٣١.

وإزاء هذا النقد، فقد حاول البعض إرجاع أساس الالتزام العقدي، إلى فكرة الإرادة العليا، التي تتكون من مركب إرادتي المتعاقدين، والتي تنفصل عن إرادة كل منها وتسمو فوقها، ويكون لها وجود مستقل. والتي تكون هي قانون العقد الذي يخضع له كلا طرفيه، ويقصد القائلون بهذه الفكرة تفسير عدم استطاعة الشخص الرجوع عن إرادته السابقة والتحلل من وعده[١]. ومن الواضح أن هذه الفكرة لم تتمكن من إيجاد الأساس السليم للقوة الملزمة للعقد، والقائم على أساس الإرادة. لأن هذه الفكرة تقوم على محض افتراض لا يتفق مع الواقع؛ لأنه لا يوجد في العقد إلا إرادتا طرفيه، ولا وجود فيه لهذه الإرادة العليا، ولأن الإرادة لصيقة بالشخص ولا يوجد من تنسب إليه هذه الإرادة العليا الجديدة، سواء كان شخصا طبيعيا أو حتى شخصا معنوياً، وفضلاً عن ذلك، فإنه يصعب تصور هذه الفكرة في العقد الملزم لجانب واحد. على أساس أنه ينشأ على أساس إرادة واحدة وهي إرادة الملتزم كما يستحيل تقبلها في التصرف القائم على الإرادة المنفردة[٢].

- إن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، وهو حرية الإرادة بمعنى أن يكون كل متعاقد قد تعاقد وهو متمتع بكامل حريته وإرادته المستقلة، قد أدى إلى تحقيق المساواة بين المتعاقدين. وإغفال ما بين الأفراد من فوراق واقعية واقتصادية واجتماعية، كان من أثرها أن أصبحت الحرية أداة في يد الأقوياء لتسخير الضعفاء. مثال ذلك: أن أصحاب الأعمال في ظل الحرية التعاقدية استطاعوا أن يفرضوا سيطرتهم وشروطهم الجائرة على العمال، الذين يضطرون إلى التعاقد لتحقيق مطالبهم في الحياة هم وأسرهم. وأن تمكن الملاّك من التحكم في المستأجرين وفرض شروطهم عليهم[٣].

ومن ثم، فإنه و إن كان يوجد مساواة بين المتعاقدين في إبرام العقد، فإنه لا يوجد مساواة بينهم فيما يحتمله كل منهم تجاه الآخر؛ لأن الطرف الضعيف مضطراً تحت تأثير الظروف على شروط مجحفة به.

وبالتالي، فإنه لا يوجد توازن عقدي بين طرفي العقد، وإنما يوجد اختلال بينهما لمصلحة الطرف القوي. وفي ذلك إضرار بالطرف الضعيف، بالمصلحة العامة التي تقضي التوازن المالي بين الأطراف[٤].

- إن الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ هو الحرية التعاقدية، يتعارض مع الواقع الاجتماعي الحالي، وأن هذا التعارض هو الذي أدى الى تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية، التي كانت متروكة اصلاً للأفراد من قبل، من أجل ضمان تحقيق السلام الاجتماعي وظهور عقود جديدة لا

---

(١) عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية،١٩٧٢، ص٣٤،٣٣.

(٢) محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣) محمد عيسي، المرجع السابق، ص٣٢.

(٤) منصور مصطفى منصور، دور الإدارة في تكوين التصرف القانوني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص١٠.

تقوم في الحقيقة على أساس الحرية التعاقدية والمساواة، كعقود الإذعان والعقود الجماعية و العقود الموجهة.

- أنها تؤدي إلى تحقيق نتائج غير عملية، إذ إنه يترتب على الأخذ بنظرية الإرادة، أن نطاق العقد يتحدد بما اتفق عليه المتعاقدان، وأنه لا يجوز أن يمتد فيشمل أمورا لم ترد بذهنيهما. وهذه النتيجة يستحيل الأخذ بها عملياً؛ لأنه توجد التزامات تبعية، لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين، ومع ذلك تلزمها؛ لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المقصود من العقد أو نقل المنفعة التي من أجلها أقدم أحد طرفيه على التعاقد أو يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، ومثال ذلك أنه إذا باع تاجر متجره لآخر، فإن البائع يلتزم بعدم فتح محل آخر مجاور له، ولو لم يتفق الطرفان على هذا الالتزام؛ لأنه لو سمح له بفتح محل مجاور فإنه سيترتب على ذلك عدم تحقق الغرض الذي قصده المشتري بصورة كاملة.

وهذا ما دفع بالقوانين التي تأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلى الخروج على هذا المبدأ فيما يتعلق بهذه الفقرة، وإن سلمت باشتمال مضمون العقد: على الالتزامات التبعية التي تستلزمها طبيعة العقد والغرض من إبرامه، حتى و لو لم يتفق الطرفان عليها. ومن ذلك القانون المدني الفرنسي[1]، الذي نصت المادة (١١٩٤) منه على أن " الاتفاقات لا تلزم فقط بما ورد فيها، بل تشمل كذلك المستلزمات لطبيعة الالتزام. ونصت المادة (١٢٦٠) منه على أنه: " يجب تكملة العقد بالشروط التي يقتضيها العرف ولو لم يكن منصوصا عليها فيه" ونصت المادة (١١٠٤/١) منه على أنه: " يجب تنفيذ العقود بحسن نية". وتقابله الفقرة (١) من نص المادة (١٤٨) من القانون المدني الفلسطيني حيث نصت " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وقد نصت الفقرة (٢) لنفس المادة على أنه:" لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

وقد رد فقهاء المذهب الفردي على النقد السابق، بقولهم: أن هذه الالتزامات تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية.

ويبدو بوضوح أن هذا الرد من جانبهم هو محض افتراض، لأن المتعاقدين في الواقع لم يفكرا في هذه الالتزامات ولم تخطر بذهنيهما[2].

---

(١) سوف أتناول في رسالتنا هذه القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ صدر في فرنسا المرسوم رقم (١٣١-٢٠١٦) بشأن تعديل قانون العقود و الأحكام العامة للإلتزامات والإثبات، ونشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد ٣٥ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١، راجع : قانون العقود الفرنسي الجديد، باللغة العربية، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، الحلبي، بيروت، ٢٠١٨، ص٧.

(٢) عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص١١٠.

- أنه في مجال النيابة القانونية كنيابة الولي والقيم والوصي، لا يمكن القول أن إرادة الأصيل هي مصدر التزامه بالتصرف الذي يبرمه النائب؛ لأن هذه الإرادة غير قائمة وغير صحيحة قانوناً لإلزام صاحبها.
- أن إعطاء العقود التي تنعقد بطريقة صحيحة نفس قوة القانون بالنسبة لأطرافها، يؤدي إلى تغليب المصالح الفردية للأفراد على حساب المصلحة العامة، ويمنع القانون من تحقيق العدالة والتقدم الاجتماعي باعتبار أنهما من الأهداف أو القيم الأساسية التي يجب أن يحققها.

ودليل ذلك أن عدم المساواة بين المتعاقدين فيما يتحمله كل منهما يؤدي إلى الإخلال بالعدالة. وأن تفضيل المصالح الفردية على المصلحة العامة يؤدي الى عدم تقدم المجتمع ونهوضه، حتى ولو قيل بأن مجموع المصالح الفردية يحقق المصلحة العامة؛ لأن هذا المجموع لا يمكن أن يتحقق من تلقاء نفسه، وإنما لا بد أن يوجد ما يربط هذه المصالح الفردية ببعضها، حتى تكون المصلحة العامة، وهذا الرباط لن يوجد بالإرادة الفردية وحدها وإنما يوجد بالقانون[1].

(١) محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص٣٤.

المطلب الثاني

العلاقة بين عقود الإذعان ومبدأ سلطان الإرادة

وكما ذكرنا سابقاً بأن عقود الإذعان غالباً ما تحتوي على شروط ذات طابع مجحف، فلا يحق للطرف الضعيف أن يناقشها أو يفاوض على تعديلها؛ وذلك لأن الطرف القوي وضع تلك الشروط لمصلحته، وهذا التعقيد في تلك الاجراءات هو نابع عن خصوصية ذلك العقد عن سائره من باقي العقود.

فالطرف الضعيف مجبر على التسليم بالشروط التي يمليها الطرف القوي، فالأخير يقوم بوضع شروط تحقق مصالحه على حساب الطرف الضعيف، فلولا حاجة الطرف الضعيف لما أستسلم لتلك الشروط التي تجبره على إلتزمات تعاقدية، فقد خلقت تلك الشروط إختلال توازن بين طرفي العقد، فالطرف القوي يُملي من الشروط لمصلحته والطرف الضعيف يرضخ لحاجته لتلك السلع والخدمات، فالأمر الذي نال من اعتبارات العدالة تتسم بها العلاقات التعاقدية في إطار مبدأ سلطان الإرادة.

فرضوخ الطرف الضعيف لشروط الطرف القوي لحاجة الأول لتلك السلع والخدمات، فيمثل ذاك إجاحفاً بحقه، وإخلالاً بمبدأ الرضائية التي تتسم به العلاقات التعاقدية، لذلك فلا بد من الوقوف الى جانب الطرف الضعيف وإبطال تلك البنود المجحفة بحقه، لذلك يجب ان تكون تلك الوقفة على أساس احترام مبدأ سلطان الإرادة، فالمشرع الفلسطيني والمصري لم يتناولا تعريف الشرط التعسفي أو مدى إلزامية الأطراف المتعاقدة بها رغم أهمية تلك العقود [١].

فالموجب من خلال التعاقد بشروط نموذجية[٢]، يقدم للطرف المتعاقد الآخر شروطاً غير قابلة للتفاوض، فما يكون للطرف الآخر سوى قبول تلك الشروط جميعها أو يرفضها، أي مستسلماً لتلك الشروط ولا يستطيع المناقشة أو التفاوض، ولقد أشار الفقه بأن ذاك الطرف القوي الذي يقوم بإعداد تلك الشروط النموذجية قد شابه المشرع في إصدار القوانين وتنيظم اللوائح، فلقد أصبح قانوناً خاصاً ذاك العقد الذي يتم اعداده من قبل الطرف القوي ويحتوي على شروطاً نموذجية، يطبق على كافة

---

(١) سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص٢٤.

(٢) الشرط النموذجي يعد هذا الشرط سالفاً، فبالتالي صيغته تعد مسبقاً من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد، والطرف الآخر يقبل الإيجاب كما ورد من الطرف القوي دون أي مفاوضات ونقاش، كما انه شرط اساسي في العقد لا يمكن تعديله، وذلك كونه جزءا في العقد ويتم توجيهه الى عدد غير محدد من الأشخاص. للمزيد أنظر: دراسة في العقود التجارية الدولية للدكتور محمود سمير الشرقاوي منشورة عبر شبكة الانترنت
http://www.abegs.org/sites/Research/DocLib1/%D8%AA%.

المتاعقدين الذين يدخلون كأطراف في هذا العقد، دون السماح لهم بمناقشة تلك الشروط أو تعديلها[١].

ونظراً للحاجة الملحة إلى السلع والخدمات، فالطرف الضعيف يستسلم لتلك العقود ذات الشروط النموذجية، دون أن يتفهم تلك الشروط التي تكون مجحفة بحقه، فيتعاقد دون أن يعلم آثار ذلك العقد وبنوده، كما أنه بتلك الشروط يجهل ما يترتب عليه من ضرر سواء كان بشكل مباشرة أو غير مباشر، فلقد أصبحت تلك العقود ذات الطابع النموذجي أمراً شائع يطبق على جميع الأفراد [٢].

إنّ الواقع العملي لتلك العقود ذات الشروط النموذجية، فهي تتسم بالإجحاف بحق الطرف الضعيف، وذلك لسطيرة الطرف القوي على السلع والخدمات محل العقد، كونه يتمتع بقدرات اقتصادية أو قانونية أو اجتماعية، وحاجة الطرف الضعيف لها، فما بين السيطرة والحاجة خُلقت حالة عدم التوزان بين المتعاقدين وأخل بذاك بالتوازن العقدي الذي يسعى المشرع لتحقيقه[٣].

لقد كانت العقود ذات شروط نموذجية تمثل استثناء عن الأصل في التعاقد الذي يقوم على مبدأ حرية التعاقد في باديء الأمر، إلا أنه في وقتنا الحالي لقد أصبح الأستثناء هو الأصل، وأصبحت الحرية التعاقدية ينقصها جزء من تلك الحرية، فيجب على المشرع أن يتدخل لمعالجة تلك العقود ذات شروط نموذجية، موازناً بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، لقد اصبحت تلك العقود ذات أهمية وخاصة في مرحلة التطور الاقتصادي الحالي، فتزايدت مع ذلك التطور فرصة تعرض المستهلك لأساليب الغش والتعسف ، لغياب جزء من حرية التعاقد، وهذا واضح في العقود النموذجية التي أختلفت عن سائرها من العقود التقليدية[٤].

لذلك يجب أن يتدخل المشرع للتوفيق بين مبدأ حرية التعاقد والمصلحة العامة، من خلال توفير حماية قانونية للطرف الضعيف، وإعادة تفسير مفهوم مبدأ حرية التعاقد بما يتلائم مع الظروف التعاقدية الجديدة، وذلك بعد أن وجد قصوره ذلك المبدأ أمام التطور الإقتصادي وظهور نوع جديد من التعاقد.

---

(١) أحمد عبد الرحمن ملحم، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي، والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٤٤.

(٣) هذا الاختلاف في القدرات، يدفع القضاء الى تبني حلول تتعارض مع حرية التعاقد مثل تدخل القضاء في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية.

(٤) سهى الشنطي ، المرجع السابق، ص ٢٥.

إنّ تدخل المشرع من خلال فرضه لبعض القيود لتنظيم تلك العقود ذات طابع مجحف في ظل النظرية التقليدية، يعتبر قيداً على مبدأ سلطان الإرادة؛ لذلك يجب على المشرع أن يكون تدخله في نطاق ضيق، حتى يترك للأفراد بالدخول في العلاقات التعاقدية بحرية[١].

وفي ظل المتغيرات الاقتصادية والسياسية والإجتماعية التي عقد ظروف التعاقد، وأصبحت شروطه معقدة، حيث تباينت المقدرة على التفاوض في بنود العقد من شخص للآخر، أومعرفة بنود ذاك العقد بالنسبة للشخص، مما أدى إلى اختلال التوزان العقدي بين طرفيه وهذا ما نجد بصورة فاعلة في عقود الإذعان؛ لذك لم يعد مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد الذي تقوم عله نظرية الإلتزام.

إلا أنّ هناك بعض التشريعات حظرت من استخدام الشروط التعسفية ،مثل الإعفاء من المسؤولية المدنية في عملية النقل بأنواعه [٢]، فلم يكتف المشرع بالحظر، إنما إضافة إلى تلك الحلول الخاصة بعقود الإذعان،تفسير الشرط التعاقدي الغامض لمصلحة الطرف المدين، كما منح القضاء من قبل صلاحية تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية[٣].

فالتعاقد بموجب شروط نموذجية، فهو من الأساليب التعاقدية المحضة، حيث يسمح من خلاله للاطراف بالتعرف إلى تلك الشروط والإلتزامات المتبادلة بينهما، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك لتكرار تلك الشروط في المعاملات الإقتصادية وهي تختلف وفق الأنظمة القانونية [٤]. لذلك اهتم المشرع بعملية التفاوض من اجل اعادة التوازن الى العقود المتضمنة شروطاً نموذجية، إلا أن هذا الأهتمام فلم يكن مجدي إن لم يتوج من تدخل واضح وصريح لحماية المستهلكين وفق لوائح وأنظمة.

---

(١) هاني صلاح الدين، المفاوضات في العقود التجارية، مجلة اتحاد الجامعات العربية،ع١٩٩٦،٤، ص١٢١.

(٢) حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦،ص١٢١.

(٣) ويظهر ذلك من خلال المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني ، والتي جاء فيها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك". ويقابلها نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري.

(٤) أبو العلا علي النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩، ص٩٢.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية

وتتمثل سلطة القاضي هنا، إما في تعديل الشروط التعسفية أو الغائها، فالمظهر الأساس للحماية التي يضمنها القانون لصالح الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي يلحق بهذا الطرف من جراء الشروط التعسفية إما بتعديل هذه الشروط أو بإلغائها.

فبالنسبة لتعديل الشروط التعسفية، كتعديل التزامات الطرفين بالزيادة أو النقصان، أو تعديل

الشرط الجزائي. وأما فما يخص الغاء الشروط التعسفية فهذه الصورة من التدخل تعتبر دون شك أشد جرأة من الصورة الأولى، وسلاحاً بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يلغيه، فيعفي الطرف المذعن منه، مخالفاً بذلك قاعدة العقد شرعية المتعاقدين. وعليه قمت بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية

المطلب الثاني: دور القاضي عند وجود شروط تعسفية

المطلب الأول

ماهية الشروط التعسفية

تدخل القاضي لتحديد مضمون الرابطة العقدية يعد استثناء من المبدأ العام(العقد شريعة المتعاقدين) وهذا على حسب الأصل؛ لذلك حصر المشرع تدخل القاضي في حالات محددة الغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن الضروري في العقد الذي يتم بطريق الإذعان فينشأ ابتداءً مختل التوازن. فبعد أن يتحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد من عقود الإذعان_ بعد توافره على الخصائص السالفة الذكر_ يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية أم لا، و هذا ما يجعلنا في البحث عن تعريف الشرط التعسفي، ومعايير وطريقة تقديره من قبل القاضي المختص، حتى يستطيع التدخل لإعادة التوازن إلى العقد محل النزاع.

وبمجرد النظر إلى الشروط التعسفية قد يبدو أن القضاء ليس له دور في معالجتها في ظل قواعد تشريعية تنص على أن العقود التي تبرم بطريقة مشروعة تقوم مقام القانون لعاقديها[١]، أو أنه إذا نفذ العقد كان لازماً و لا يجوز تعديله أو الرجوع عنه إلا بمقتضى نص في القانون أو الاتفاق، وطبقاً لذلك فإن على القاضي أن يمتنع عن مراجعة مضمون العقد ما دامت عبارات العقد واضحة ولا غموض فيها و غير مخالفة لنظام العام و الآداب، ولما كانت الشروط التعسفية غير مخالفة للنظام العام والآداب كان على القاضي الامتناع عن مراجعة هذه الشروط أو التدخل بإلغائها أو تعديلها بحسب التصور المتقدم، ولما كانت أغلب العقود تقوم على عدم المساواة الاقتصادية و الفنية بين المتعاقدين في الوقت الحاضر، وجدنا أن القضاء يميل حتى في ظل غياب نص تشريعي إلى تلمس السبل والوسائل في إطار القواعد العامة لمنع ما عسى أن يراه تعسفيا[٢].

فقد استطاع القضاء أن يوفر بعض الحلول لمعالجة الشروط التعسفية، وعليه ندرس هذه الحلول التي جاء بها القضاء لمعالجة الشروط التعسفية ومدى كفايتها لمعالجة الشروط التعسفية .

---

(١) المادة (١٤٧/١) من القانون المدني المصري.

(٢) لفتة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، ط١، بغداد، ٢٠٠٨، ص٧٩.

الفرع الأول

تعريف الشرط التعسفي

المشرع الفلسطيني في نصوص القانون المدني لم يحدد المقصود بالشروط التعسفية؛ لذلك فقد ترك المجال واسعاً أما القاضي لتقدير مدى تعسفية الشرط؛ ذلك أن التعسف صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد وموضوع العقد، وكذا على ضوء ما تحمله هذه الشروط من جور وشدة.

في حين عرفه رأي الفقه على أنه:" الشرط الذي يورده المحترف المتعاقد في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة"[١].

فنجد التعريف السابق جاء متوافقاً مع نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني التي تقر للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الطابع التعسفي[٢].

كما يعرفه البعض[٣] على أنه" الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر".

وتظهر الشروط التعسفية في العقد غالباً في صورة شروط عامة، لا يعلم بها المتعاقد أو على الأقل لا يكون مدركاً بصورة جدية لآثارها الحقيقية كشرط عدم ضمان العيوب الخفية.

الشروط التعسفية صنفان: شروط تعسفية بذاتها وشروط تعسفية بحكم استعمالها، فالنوع الأول من الشروط يظهر فيه التعسف منذ إدراجه بالعقد، وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره وتسمح هذه الشروط بحصول واضعها على ميزات مبالغ فيها، كشرط الإعفاء من المسؤولية، أما النوع الثاني من الشروط فلا تظهر فيه صفة التعسف عند إدراجه بالعقد وإنما عند التطبيق حيث يتم التمسك بحرفية هذه الشروط دون مراعاة روحها كشرط الإعلان على أي ظرف يطرأ خلال فترة سريان عقد التأمين وإلا سقط حق المؤمن له في التعويض، ويمكن القول هو الرأي الراجح الذي أشارت إليه المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني وتقابله المادة (١٤٩)

---

(١) سلمة بين سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٤، ص٢٠٤.

(٢) نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني " 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.

(٣) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢١٢.

المصري، الذي يقتصر على النوع الأول من الشروط (الشروط التعسفية بذاتها)، حيث ظهر الشرط التعسفي عند إبرام العقد وليس بعد إبرامه، كما هو واضح في المادة (١٥٠) (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية...." حيث العقد تم و لا مجال تكمله.

يعد الشرط التعسفي بذاته الشرط الجائر (المجحف) الذي يحتوي أحكاماً تتنافى مع العدالة، ولا شك أن هذه الصفة نسبية، تختلف عن غيرها من العقود؛ لاختلاف ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، و أمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع دون ثمة رقابة من محكمة النقض[١].

ويرى بعض الفقه[٢] أن الشروط التي نص عليها المشرع هي الشروط التعسفية بذاتها؛ لأن النص يتحدث عن عقد الإذعان المتضمن لشروط تعسفية، أي أنَ وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه ومنح القاضي سلطة تعديله برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بمثل هذه الشروط؛ لذلك نجد المشرع الفلسطيني لم يحدد المقصود بالشروط التعسفية في القانون المدني، إلا أنه تدخل بعد ذلك في نصوص خاصة من خلال نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني.

ومن الجدير بالذكر أنه كان هناك فراغ تشريعي، لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية التي ترد في العقود، فكان القضاء يستعمل بعض النظريات: كالسبب، التعسف في استعمال الحق وحسن النية لمكافحة الشروط التعسفية التي تؤدي الى اختلال التوازن العقدي إلا أن المشرع الفلسطيني نص في القانون المدني المطبق صراحة على حماية الطرف المذعن[٣].

لذلك كان لابد من إيجاد نظام تشريعي ونظم ادارية تتولى مهمة وضع تعريف عام للشروط التعسفية وإبراز العناصر الاساسية التي يجب توافراها لاعتبار الشرط تعسفياً، بالإضافة الى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها و الشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك الا في ضوء الظروف و الملابسات المحيطة بالتعاقد.[٤]

رغم وجاهة الفقرة السابقة، إلا أننا نرى بأنه قد أحسن المشرع في عدم تعريف أو وضع ضابط للشرط التعسفي وترك ذلك للقضاء وبسبب اختلاف ظروف كل عقد على حدة.

---

(١) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص٣٦٠.

(٢) أنظر (١٤٩) مدني مصري، (١٥٠) مدني فلسطيني.

(٣) انظر نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني.

(٤) حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص٣١٨.

الفرع الثاني

معايير وطريقة تقدير الشرط التعسفي

ثمة صعوبات بالغة في إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده بالنسبة للمستهلك، ذلك أن إثقال كاهل هذا الأخير بهذا العبء يمكن تبنيه بسهولة في ظل خصوصية تكون عقد البيع الإلكتروني [1]. فعليه أثير تساؤل عن المعايير التي يتم الإعتماد عليها لتقدير الشرط التعسفي، كما يجب ان نستوضح المعيار الذي ارتكز عليه المشرع لتنظيمه وافراد نصوص خاصة للشروط التعسفية، وما الطريقة المعتمدة لتقديره؟

أولاً: معايير تقدير الشرط التعسفي

ومن خلال النظر لنص المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلك الفرنسي، فوجدنا أنه تبنى معياريين لنعت الشرط بالتعسف فالمعيار الأول اقتصادي والثاني معيار قانوني وهو الميزة الفاحشة التي حصل عليها المهني، فهذين المعياران متلازمان ومترابطان ببعضهما البعض فيعتبر احدهما نتيجة للآخر.

بينما المشرع الفلسطيني اكتفى بالمعيار التقليدي حيث نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني على العدالة كمعيار وحيد يتم على أساسه تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، إلا أن هذا المعيار التقليدي لم يعد يتماشى مع التطور التشريعي لمعالجة الشروط التعسفية في الدول الصناعية، وقد نص على هذا المعيار العديد من التشريعات ومنها التشريع الفرنسي قبل تعديله للقانون، الأمر الذي أدى إلى ظهور معايير أخرى لتقدير الشرط التعسفي.

ومن أهم المعايير المستحدثة لتقدير الشرط التعسفي هي: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ثم معيار الميزة المفرطة، وأخيراً الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

أ. معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

إن الإختلال بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد لا تكفي للقول بوجود الشرط التعسفي، وإنما يجب أن يصطحب هذا الخلل تفاوت في المقدرة الاقتصادية لإطراف العقد، من خلال إساءة الطرف القوي في استخدام مركزه الإقتصادي ليفرض على الطرف الضعيف شروطاً تعمل على اختلال التوازن العقدي؛ لذلك فإن ضخامة المشروع الإقتصادي كان سبباً لجعل المحترف يستغل قوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك ليفرض عليه شروطه، وبالتالي الحصول ميزة مفرطة. إلا أن

---

(١) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص٣٧.

هذا المعيار تعرض لبعض إنتقادات الفقه، **أهمها:** أنه معيار يتسم بعدم الوضوح والغموض، أن ضخامة المشروع ، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يماثل مشروع وطني، لا تعني بالضرورة القوة الاقتصادية [١].

فالمحترف يستند إلى قوته في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها اقتصادية في فرض شروطه على الطرف الضعيف، فالمحترف معتاد على إبرام العقود وعلى دراية تامة بما يترتب عنها، فهو يملك وسائل ما يمكنه من تحديد التزامات التي يستطيع تنفيذها، فأملى شروط يراها مناسبة لمصلحته على حساب الطرف الآخر؛ ولذلك يعتبر معيار القوة الاقتصادية غير ذي جدوى وقد أخذ على المشرع الفرنسي اختياره لهذا المعيار[٢] ؛ وذلك لأن التقلبات الاقتصادية قد تجعل الطرف الضعيف هو الذي يفرض شروط العقد على الطرف القوي في بعض العقود، ويُلاحظ هذا عندما تضعف القدرة الشرائية مع شدة المنافسة، فنجد الطرف الضعيف يعرض سعر معين أو يقوم الشراء بثمن مؤجل أو بالتقسيط، مما يضطر البائع الى قبول السعر المعروض عليه ويخضع لإرادة الطرف الضعيف .

ب. معيار الميزة المفرطة (معيار موضوعي)

حتى يمكن اعتبار الشرط تعسفياً، فإنه لا يكفي أن يكون الشرط وارد في عقد مبرم مع محترف وغيره يكفي فقط ان يتم فرضه من جانب الطرف القوي الذي يستخدم النفوذ الإقتصادي ويعطي الشرط ميزة فاحشة، كما ويشترط لاعتبار الشرط الوارد في العقد تعسفياً، وفق هذا المعيار، أن يعطي منفعة للمحترف وحده دون المتعاقد الآخر و أن تكون هذه المنفعة مفرطة أو فاحشة، فإذا وفر الشرط لكلا الطرفين هذه المنفعة، أو في حال لم يرجح الشرط أي مصلحة على أخرى، فلا وجود عندها للتعسف، وقد أخذ بهذا المعيار القضاء الفرنسي ففي القرار الصادر عن محكمة النقض المدنية الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٥/٢/١، والذي استبعد الصفة التعسفية لشرط الصلح في حال النزاع ذلك لأن نتيجة المصالحة غير معروفة، وبالتالي لا يمكن اعتبار هذا البند لمصلحة طرف آخر[٣].

---

(١) محمد بودالي، المرجع السابق، ص١٢٨.

(٢) حسن الباسط جميعي، المرجع السابق، ص١٠٩.

(٣) ايمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٥٥، ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص١٢٨.

ومن الجدير بالذكر أن المعيار الثاني(الميزة المفرطة) يعتبر نتيجة المحصلة للمعيار الأول(التعسف في استعمال القوة الاقتصادية)، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المتعاقد المحترف؛ نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها تكملة[١].

وما يُؤخذ من انتقادات على هذا المعيار نظرته المادية، فعلى الرغم من وجود الكثير من الشروط ذات الطابع المالي، إلا أن هناك شروط أخرى ترد في العقد ليس لها طابع مالي إلا أنها مؤثرة في العقد، كالشروط المتعلقة بزمان ومكان تسليم المنتج، هذه من جهة، ومن جهة أخرى لم يحدد هذا المعيار رقماً معينا تصل اليه الميزة حتى نعتبرها ميزة مفرطة بخلاف الغبن الذي حدده المشرع برقم معين متعسفة وولذلك فالميزة المفرطة هي بالحقيقة مصالح مبالغ في قيمتها يحصل عليها الطرف القوي في العقد، قد تكون نقدية أو غيرها [٢].

ولكن يثور تساؤل حول هذا المعيار، هل تقد هذه الميزة المفرطة بالنظر الى جميع شروط العقد أم بالنظر الى كل شرط على حده؟

والراجح عن الفقه وجوب النظر الى جميع شروط العقد وما تقدمه من مزايا، فلا يمكن اعتبار شرط ما في العقد تعسفياً كونه يمنح مزايا لأحد المتعاقدين، فقد يكون هناك شرط مقابل يبرر الشرط الأول، بالنظر إلى العقد في باكمله [٣]، ومثال ذلك، وضع شرط التسليم بعد أجل معين مقابل تخفيض في الثمن، وبالتالي لا يصلح هذا المعيار وحده نظراً للانتقادات الموجهة إليه، لاعتبار الشرط الوارد في العقد شرطاً تعسفياً.

ج. معيار الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد

لم يأت هذا المعيار بالجديد فما هو إلا أن يكون تكريساً لفكرة الميزة المفرطة فهما يختلفان من حيث الشكل لا الموضوع، ذلك أنه بالبحث عن المقصود" بالمزية المفرطة" نجد أنها تعني الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، سواء بفرض التزامات مبالغ فيها على المستهلك أو الانقاص من التزامات المهني، والذي يقترب من فكرة الغبن وفقاً لنظريته المادية.

فالشرط التعسفي، وفقاً لهذا المعيار، لا يمكن افتراض وجوده إلا بافتراض أن أحد طرفي العلاقة التعاقدية قد استعمل تفوقه مهما كان شكل هذا التفوق(ليس بالضرورة تفوقا اقتصادياً) لإدراج هذا الشرط، وأن يؤدي ذلك إلى اختلال ظاهر في العقد، كما أنه لا ينظر فقط إلى المزايا

---

(١) محمد بودالي، المرجع السابق، ص١٣١.

(٢) محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية)، ج١، ط٢، بيروت، دار الخلود، ١٩٩٩م ، ص ٧٥٩.

التي يمنحها الشرط لأحد طرفي العقد، وإنما ينظر إلى العقد ككيان واحد يتضمن عدة شروط، إذ من الممكن أن يتضمن العقد شرطاً، آخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن للعقد.

إلا أن التوجيهة الأوربية[١] أصدرت رقم (١٣-٩٣) بشأن الشروط التعسفية، حيث جاءت بمعيار جديد هو معيار غياب نية التفاوض ويعتبر حسب هذا المعيار الشرط تعسفيا اذا لم يكن محل تفاوض بين طرفي العقد، الا ان هذا المعيار لم يؤخذ به؛ ذلك أن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك، فلا يعد الشرط تعسفيا بالرغم من أن هذا التفاوض قد يكتسي طابعا جائراً وممنوعاً[٢].

فالمشرع الفرنسي لم يأخذ بأحكام التعليمة حرفيا كونه" لم يتبنَ معيار غياب المفاوضة المسبقة بين طرفي العقد بخصوص شرط معين، حتى يعتبر تعسفياً كما جاء في التوجيه الأوربية، ولم تأخذ بهذا المعيار معظم التشريعات، لأن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك فلا يعد الشرط تعسفياً بالرغم من أن هذا التفاوض قد يكتسي طابعاً تعسفياً في حد ذاته بفرض المهني رأيه، واعتبر المشرع الفرنسي المعيار الوحيد لتحديد الشرط التعسفي في العقد، وجود اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد[٣].

ثانياً: طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط

ومن خلال استطلاعنا لنصوص الخاصة بالسلطات الممنوحة للقاضي وجدنا نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني أداة قوية في يد القاضي لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية المفروضة عليه من الطرف القوي، فسلطة القاضي التقديرية هي من تقرر إذا كان الشرط يحمل الطابع التعسفي ام لا.

فإذا قرر القاضي أن شرطاً ما يعتبر تعسفياً في عقد الإذعان، فيستخدم سلطته في أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقضيه العدالة، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك[٤]، بينما في القضاء الفرنسي، تخضع المحاكم الابتدائية لرقابة محكمة النقض في تقديرها للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون ، حيث تهدف الى توحيد معايير التقدير، وتحقيقاً للأمن القانوني، واستقرار

---

(١) القوانين التي تحدد نتيجة أو هدفًا إلزاميًا لجميع الدول الأعضاء وتحدد في الأساس حدًا أدنى ويعود للدول الأعضاء الأمر في تحويل التوجيهات إلى قانون وطني، تحديد كيفية تنفيذها بأفضل وضع طالما أنها ليست أدنى من الحدود الموضوعة من قبل الاتحاد الأوروبي. وتتعلق التوجيهات عادة بالمسائل التي يتمتع فيها الاتحاد الأوروبي بالاختصاص المشترك.

(٢) أشارت إليه: ريما فرج مكي، المرجع السابق، ٧٥٦.

(٣) بن عزوز درماش، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٣، ص ١٤٦.

(٤) محمد سي الطيب ، المرجع السابق، ص٤٤.

المعاملات[1]، فالمشرع الفرنسي نص صراحة على تقدير الطابع التعسفي للشرط في نص المادة(1–212l) من المرسوم ٣٠١–٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٣/١٤م، والخاص بالجزء التشريعي من قانون المستهلك [2]، كما أن المشرع الفرنسي حين وضع ضابط لتقديره لشرط التعسفي، ذكر أنه ينظر إلى البند أو الشرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى.

والملاحظ هنا، أن المشرع الفرنسي لم يوفق في الصياغة؛ لأن الشرط لا ينظر إليه بصفة مستقلة كما جاء في المادة فلا يمكن اعتبار الشرط تعسفياً لمجرد أنه يمنح أحد المتعاقدين مزايا معينة، فقد يكون هناك شرط آخر يتضمنه العقد يمنح المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن للعقد، لذلك يجب النظر إلى العقد في مجمله وإلى كل الالتزامات الواردة فيه لاعتبار الشرط تعسفياً.

على الرغم من أنَ المشرع الفلسطيني لم يتعرض لوقت تقدير الشرط التعسفي، إلا أنه من المسلم به في كل الأحوال أن يستند القاضي عند تقديره للطابع التعسفي للشرط، من وقت إبرام العقد بالإضافة إلى جميع الظروف المحيطة بالعقد وقت بإبرامه وتنفيذه و كل شروط العقد فعلى القاضي عند تقديره للشرط التعسفي، طالما أن المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني قد حددت له فقط الخطوط العريضة، أن يرجع إلى النصوص الخاصة التي أوردت مجموعة من الشروط التي اعتبرتها تعسفية.

كما قد يستعين القاضي، لتحديد الشرط التعسفي، بالمعايير التي وردت في نص المادة (٥) من القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أن :" يعد استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف.

---

(١) محمد بودالي ، المرع السابق، ص٦٠.

(٢) تنص المادة (١٣٢/٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن: " الطابع التعسفي للشرط يقدر بالرجوع إلى وقت إبرام العقد و كل الملابسات المحيطة بإبرامه وكل بنود العقود الأخرى، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو استبعاد هذين العقدين مرتبطان قضائياً ببعضهما البعض".

فهذه المادة نصت على أربع حالات يكون فيها استعمال الحق استعمالا تعسفياً[١]، وبما أن الشرط يعتبر حقاً فإنه يكون تعسفيا إذا انطبقت عليه إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر فيعتبر الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا[٢]:

أولاً- إذا تعمد الإضرار بالطرف الضعيف، كأن يتضمن عقد العمل شرط يلزم العامل بضرورة الوصول إلى مقر العمل صباح كل يوم ساعة أو أكثر على الأقل قبل بداية العمل.

ثانياً- إذا كانت المصالح قيلية الأهمية التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من خلال إدراج هذا الشرط، ولا تتناسب مع الأضرار التي قد تصيب الطرف الضعيف ، فلا يكفي أن تكون لمدرج الشرط مصلحة في إدراجه، بل يجب أيضاً أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة معتبرة، وتكون كذلك إذا كانت ذات أهمية تتناسب أو تفوق الأضرار التي قد تصيب الطرف الآخر بسببها، أما لو كانت هذه المصلحة تافهة ويعود من جرائها ضرر بالغ بالطرف الآخر عد الشرط تعسفياً، ومثال ذلك: إدراج شرط بعقد العمل يلزم العامل يطرح شهادة طبية تثبت عجزه عن العمل من قبل طبيب شرعي محلف.

ثالثا- المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من خلال إدراجها في العقد غير مشروعة، فهذا النوع من الشروط ليست له قيمة في نظر القانون؛ لأنه يأتي على خلاف ما تقضي به قواعد النظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك إدراج شرط في عقد العمل ينص على تنازل العامل عن حقوقه السياسية أو النقابية، فهذا الشرط يعد تعسفياً.

ومن خلال ماسبق، نخلص ألى أنه يشترط لإعمال سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان التي منحها له المشرع في المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني، أن يتعلق الأمر بعقد إذعان، وأن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية.

---

(١) علي فيلالي ، المرجع السابق، ص٥٢،٦١.

(٢) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص١٤٩.

الفرع الثالث

التعسف في قانون حماية المستهلك الفلسطيني

لقد نص قانون حماية المستهلك الفلسطيني [١]رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٢٢) منه على أن" يحظر على كل مزود ما يلي:١- تسليم أو استعمال أو محاولة استعمال علامات الجودة بقصد الغش. ٢- الادعاء أو الإيهام بأن السلعة تتمتع بشهادة الجودة. ٣- الامتناع عن بيع أية سلعة، أو تقديم خدمة للمستهلك دون سبب مشروع. ٤- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، أو بشراء سلع، أو خدمات أخرى في الوقت نفسه إلا إذا أعطى المستهلك الحق في شرائها منفصلة بسعر مختلف. ٥- اشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى أو بشراء سلعة. ٦- إخفاء أية مادة أو سلعة مخزونة لدى المزود على أي شخص يود شراءها دون سبب مشروع. ٧- بيع سلعة أو تقديم خدمة بسعر أو بربح يزيد عن السعر المعلن عنه. ٨- استيراد أو تداول السلع مجهولة المصدر، أو المخالفة للتعليمات الفنية الإلزامية، أو الممنوعة قانوناً.٩- استيراد أو إدخال سلع انقضى على تاريخ إنتاجها أو تعبئتها أكثر من ثلث مدة الصلاحية، إلا إذا كانت السلعة متبرعاً، على أن يحظر تداولها بالأسواق، كما تنص المادة (٢٣) من ذات القانون على أنه" يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، و أن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"[٢].

ومن الملاحظ أن المادة (٢٣) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني تمنح وزير الاقتصاد الوطني السلطة التقديرية في تحديد الشروط التي يراها تعسفية في العقد ومن ثم إبطالها، وذلك بناء على تنسيب المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، وهذا الأمر غير مقبول، إذ إن المحكمة فقط من تملك الصلاحية و السلطة التقديرية لمراجعة العقد وإبطال الشروط التي تراها تعسفية فيه[٣]، ولا مانع أن يكون ذلك بناء على دعوى مقدمة من المستهلك أو من جمعيات حماية المستهلك أو من وزير الاقتصاد الوطني أو حتى من المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك مباشرة.

---

(١) أنظر معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس): مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، المرجع السابق ص ٢٦.

(٢) أنظر كل من المواد ٢٤،٢٥ من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥، أنظر كذلك المادة ٥١ من مشروع قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية الفلسطيني.

(٣) غسان عمر، التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، دراسة غير منشورة، جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٧، ص١٣.

ويفهم من نصوص المواد السابقة الذكر، أن كل شرط يرد في العقد من أجل إعفاء المزود ومقدم الخدمات من الالتزامات المبينة تجاه المستهلك، يكون باطلاً، وكذلك الشروط التي تكون مجحفة بحق المستهلك، حيث يمكن تعديل هذه الشروط أو استبعادها.

المطلب الثاني

دور القاضي عند وجود شروط تعسفية

يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على تفسيرها من أجل تطبيق حكم القانون عليها، وفقاً للقواعد العامة، إلا أنه وخروجاً على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان، اعترف المشرع في المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني للقاضي بسلطة استثنائية بحيث تمكنه إلى تعديل الشروط الواردة في عقد الإذعان أو إلغائها كلياً إذا تبين له إنها تعسفية من أجل إعادة التوزان إلى العقد، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي، تميزها مجموعة من الخصائص عن غيرها من السلطات الممنوحة للقاضي، نظراً لأهميتها وخطورتها في نفس الوقت .

ويذهب رأي من الفقه[١] إلى القول بأن ما جاء في نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري وتقابلها المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني تعد من أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن، وهذه الأحكام خطيرة حيث خص المشرع بها عقود الإذعان، وأتاح بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إلغائها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر، وذلك بخلاف القواعد العامة حيث يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها من أجل إعمال حكم القانون فيها.

وعلى ذلك فإن سلطة القاضي، إتجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان في ظل القواعد التقليدية تقتصر إما على التعديل أو الإلغاء، من خلال تعطيل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه، ولا يشترط في الشروط التعسفية أن تكون غامضة ذلك فوضوح الشرط ودقته لا يمنعان من تعديله، فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئاً رغم هذا الوضوح وهذه الدقة؛ فلذلك ليس شرطا أن يكون هناك غموض في عقد الإذعان حتى يتدخل القاضي [٢]. وسنتحدث باعاً عن حدود سلطة القاضي إزاء تعديل الشروط التعسفية وذلك في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتحدث عن سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة النهضة مصر، القاهرة (بدون تاريخ)، ص١٠٠

(٢) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

الفرع الأول

نطاق سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان

لا يعني تعديل الشرط التعسفي إلغاؤه وإنما يعني الإبقاء عليه، بحيث يتدخل القاضي؛ لرفع أوجه التعسف التي تتضمنها شروط العقد بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضعه الطرف المذعن من شروط تعسفية في العقد، فقد يتضمن العقد شروطاً تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو ما شابه ذلك، مما يجعلها شروطاً جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد ذاته، فتكون هنا وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الإجحاف والضرر عن الطرف الضعيف و الإبقاء على العقد(١).

فالتعديل الذي يقوم به القاضي فيما يتعلق بشرط تعسفي ينصب على حجم الأداءات المتبادلة، وينتهي بالزيادة أو الإنقاص لبعض الالتزامات الواردة في العقد، لصالح الطرف الضعيف بما يحقق إعادة التوازن بين الطرفين، ويخفف الضررعن كاهل الطرف المذعن(٢).

وتطبيقاً لذلك حكمت المحكمة الاتحادية العليا بأبو ظبي: (أن العقد المبرم بين المشترك ومؤسسة الاتصالات يعتبر من عقود الإذعان التي يجوز فيها للقضاء أن يعدل ما قد تتضمنه من شروط تعسفية أو يعفي الطرف المذعن وفقاً لمقتضيات العدالة)(٣).

فالحماية القانونية للطرف الضعيف والتي يقضي بها القانون ، تعيد للطرف الضعيف قدراً من التوازن الاقتصادي والفني والحماية التي أولاها المشرع للطرف الضعيف، وتعد الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دوما. فعلى سبيل المثال، أن الطرف المذعن في عقد الإذعان، فهو يرضخ لإرادة المتعاقد الآخر ويسلم لشروطه من غير نقاش أو مساومة، فالحماية تجنب الطرف الضعيف من إخضاعه للشروط التعسفية(٤)، فسلطة التعديل تعني(بقاء الشرط مع رفع صورة التعسف الذي شابه إلى حد يعيد التوازن إلى العلاقة العقدية) (٥).

---

(١) حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، ١٩٩٦، ص٤٦.

(٢) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص١٦٦.

(٣) المحكمة الاتحادية العليا في ١٩٨٩/٦/٦ الطعن رقم ٢٥١ لسنة ١٠، أشار إليه: محمد ابراهيم بندراي، المرجع السابق، ص١٩.

(٤) راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٠م، ص١١٣.

(٥) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقيية،ط١، بيروت،٢٠١٠م،ص ٢٦٩.

وبهذا نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) القانون المدني الفلسطيني، سمحت للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية، التي ترد في عقد الإذعان وفقاً لما تقضي به العدالة، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

فيتضح أن السلطة التي مُنحت للقاضي الحق في تعديل شروط العقد، تُخرج القاضي عن حدود مهمته العادية، التي تقتصر على التفسير وتطبيق القانون على الواقعة المنظورة أمامه إلى سلطة تعديل بعض بنود العقد لمصلحة أحد المتعاقدين ورغماً عن إرادة المتعاقد الآخر[١].

فقد ضبط المشرع خروج القاضي عن القواعد العامة؛ وذلك لحماية الطرف الضعيف، كونه طرفاً ضعيفاً في إطار علاقته التعاقدية مع الطرف الآخر[٢]. فالظروف الخارجية هي من تبرر تدخل القاضي في العقد لحماية الطرف الضعيف، وليس ضعف المتعاقد ، فعدم المساواة بين المتعاقدين ليست بالأمر السيء، إذن فإن المبرر الوحيد في تدخل القاضي في حياة العقد، هو التعسف الذي يستخدمه الطرف القوي مما يؤثر على التوزان العقدي، وذلك من قيامه باستغلال ضعف المتعاقد في العقد، والمسألة مرجعها في كل الأحوال لسلطة القاضي التقديرية [٣]، وحتى يقوم القاضي بتعديل الشروط التعسفية فلا بد من أن يتحقق من أمرين :

أولاً- انعدام المصلحة في الالتزام المفروض على الطرف القوي

قد يتطرق الطرف القوي في عقد الإذعان إلى فرض بعض الالتزامات على الطرف المذعن، الذي ليس أمامه إلا الإذعان وقبول تلك الالتزامات، وفي هذه الحالة ينتفي فيها وقوع الضرر على الطرف المتفوق بسبب مخالفة الطرف المذعن الشرط التعسفي.

فوجد القضاء وسيلة لإدخال بعض الاستثناءات ومن خلال هذه القاعدة الشديدة، تتعلق بصفة عامة في الالتزامات المفروضة على الطرف الضعيف، وقت ابرام العقد وسريانه، هذه الاستثناءات أملتها اعتبارات العدالة [٤].

ثانياً-حسن نية الطرف المذعن

فالتطور السريع الذي تمر به الأوضاع الاقتصادية، وما ينتج عنه من تفاوت كبير بين الأطراف المتعاقدة، فلا بد أن يواجه أو يصطدم ذلك بقصور القواعد القانونية وفراغ تشريعي، أو

---

(١) آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليله مقارنة في القانون المدني، المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٢٧.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٩٨م، ص ١٩٨.

(٣) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٤) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص٢٩٨.

عدم اتفاقها ومقتضيات هذا التطور، فهذا يجعلنا ننظر إلى المبادئ العامة للقانون بأهمية لما لها من أهمية من الناحيتين النظرية والعملية كمصدر خصب لنشأة القواعد القانونية، ومن هذه المبادئ التي يمكن اللجوء إليها، مبدأ حسن النية[١].

فمبدأ حسن نية المتعاقد الطرف الضعيف له دور مهم في عدم نفاذ الشرط التعسفي بحقه، يهتم القضاء اهتماماً شديداً بحسن أو سوء نية الطرف الضعيف في العقد من أجل الحكم بنفاذه أو عدم نفاذ الشرط التعسفي بحقه، فإذا ثبت للقضاء مخالفة الطرف الضعيف لشروط العقد التي صدرت عن حسن النية منه، قضى حينئذ بعدم سريان تلك الشروط بحقه[٢] كما في عقد التأمين الذي سوف نتناوله بشكل موسع في الفصل الأخير من هذه الرسالة.

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦م، ص١.

(٢) عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥، ص ٥٣.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

فالقاضي إذا وجد أن تعديل الشرط محل النزاع غير مجدٍ في إزالة التعسف، فيلجأ القاضي الى إلغاء الشرط عندما يقرر القاضي أن تعديل الشرط موضوع النزاع، غير مجدٍ في إزالة التعسف، إلا بإعفاء الطرف المذعن منه، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، أي الخلل في التوازن العقدي يتمثل في وجود هذا الشرط في العقد و الحل لإعادة التوازن يكمن في إزالة الشرط للمحافظة على العقد، فيعفي الطرف المذعن منه لا من تنفيذه[١]. وهذه الوسيلة تعتبر (أشد جرأة من وسيلة التعديل و سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء كما ذكرنا سابقاً)[٢].

فالتعسف مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف والزمان والمكان، وموضوع العقد وطبيعته وشروطه، لذلك فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله، وفي حالة التعديل فإن القاضي هو من يقدر كيفية التعديل ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك، فإدراج شرط في العقد يتعلق بعدم مسؤولية المتعاقد المحتكر للسلعة أو الخدمة، فهنا تدخل القاضي يكون بإلغاء الشرط ككل، وإعفاء الطرف الضعيف منه، بغرض تحقيق الهدف من منح القاضي هذه السلطة المتمثل في إعادة التوازن العقدي تحقيقا للعدالة.

والقول أن للقاضي سلطة تقديرية في إلغاء الشرط أو بتعديله، فهذا يعني أن القاضي غير مقيد بوسيلة معينة، إذ له سلطة مناسبة في اختيار الوسيلة، فقد يرفع أحد الخصوم دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان إلا أن القاضي وبعد دراسته لملف القضية وكل الظروف المحيطة بها يكتفي بتعديل ذلك الشرط فقط ولا يستجيب لطلب إلغاءه، حفاظاً على العقد في حد ذاته[٣]، بينما يقع عبء إثبات الشرط التعسفي على المتعاقد المضرور، فهو من عليه إثبات الطابع التعسفي للشرط، تطبيقاً للقاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى".

لكن الجدير بالذكر أنه في بعض النصوص القانونية المتفرقة، حدد المشرع الفلسطيني والمصري جزاءً محدداً للشرط التعسفي ألا وهو بطلان، ومثال ذلك، ما جاء في :

- المادة (٤٧٩) من القانون المدني الفلسطيني بنصها: "... على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"[٤].

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص٣٠٥.

(٢) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٣٨.

(٣) حميد بن شنتي، المرجع السابق، ص٤٦.

(٤) ويقابلها نص المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري.

- والمادة (١٢) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة٢٠٠٥ م بنصها: " يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:.....". وقد ذكر المشرع في هذه المادة بعض الشروط المعتبرة باطلة في عقد التأمين.
- والمادة (٢٤٢/٢) من القانون التجاري الفلسطيني رقم(٢) لسنة ٢٠١٤م بنصها: " يقع باطلاً كل اشتراط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن أفعال تابعيه[١]".
- المادة (١٩) من القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٥ المتعلق بحماية المستهلك الفلسطيني بنصها:" يكون المزود مسؤولاً عن إصلاح أو استرجاع المنتجات المضمونة إذا تبين أن بها عيبا خلال مدة وشروط الضمان المتفق عليها مع المستهلك، وعليه استبدالها أو استرجاعها ورد ثمنها حسب رغبة المستهلك ولا يجوز له الاتفاق على خلاف ذلك لأحكام هذه المادة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".
- والمادة (٥) من قانون العمل المصري" يقع باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف احكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به، إذا كان يتضمن انتقاصا من حقوق العامل المقررة به.

والملاحظ من خلال النصوص المذكورة أعلاه – على سبيل المثال– أن القاضي لا يستطيع بصددها إعمال سلطته في تعديل شروط العقد، وذلك لأن المشرع قد قيده بالجزاء المتمثل في إلغاء التعسف الذي يرد في الشرط، فالتعسف يقع في نطاق الحق بخلاف البطلان الذي يقع خارج دائرة الحق.

غير أنه يطرح بهذا الصدد تساؤل بخصوص نطاق البطلان، من حيث كونه بطلان جزئي يقتصر على الشرط ذو صفة تعسفية، أم أن العقد يبطل كليا بوجود هذا الشرط؟

فهناك رأيان بخصوص هذا البطلان، رأي يرى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد ككل ، أما الرأي الآخر فيرى أن البطلان هنا هو بطلان جزئي يمس الشروط لا العقد، وهذا ما يعبر عنه بنظرية البطلان [٢]العقد.

فبطلان الشروط التعسفية يكون بطلاناً جزئياً و ليس كلياً، وهذا ما يتلاءم مع مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الذي غالباً ما يكون المستهلك؛ لأن البطلان الكلي ينقلب ضد الطرف الضعيف قد يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد، والتي لا غنى له عنها، في حين أن البطلان الجزئي يبقى معه العقد قائماً و بالتالي يستفيد المستهلك من

---

(١) يعتبر تابعاً كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل.

(٢) يقصد بإنقاص العقد تخليصه من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يترتب أثره القانوني، فلإنقاص يفترض بقاء العقد مع حذف الجزء الباطل أو القابل للإبطال متى كان العقد قابلا للانقسام، ويحدث هذا الوضع غالبا إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون.

السلعة أو الخدمة التي تعاقد من أجل الحصول عليها، فالهدف من البطلان الجزئي هو التصحيح و ليس إلغاء العقد، من خلال إزالة الجزء المعيب منه و الإبقاء على الجزء الصحيح حماية له و حفاظاً على استقرار المعاملات، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) من القانون المدني الفلسطيني[١].

فالقاضي قد يتجه إلى إعفاء الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي و الفني و القانوني الذي أصابه الخلل، وبهذا فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني على انه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن... يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وإعفاء المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي، غالباً مايكون إما لعدم علم المتعاقد بهذا الشرط، أو لعدم تمكنه من مراعاته بسبب السبب الأجنبي[٢]، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

أولاً- العلم أو إمكانية العلم بالشرط التعسفي.

فعدم العلم بالشرط، وعدم إمكانية العلم به، تعد من الحالات التي لا يكون للطرف الضعيف فيها علم بالشرط ولا يتيسر له إمكان العلم به قبل تمام العقد؛ لذلك فإن الشروط التي يعرفها الطرف الضعيف أو التي يكون بالإمكان أن يعرفها هي التي تسري عليه فقط[٣].

ولذلك يلجأ القضاء إلى البحث عن هذا الشرط على أساس عدم وجود الإرادة لدى الطرف الضعيف في العقد، كونه لم يعلم بالشرط الوارد في العقد البتة، أو لم يكن في استطاعته العلم به، وإما لأنه علم به في وقت لاحق لإبرام العقد[٤].

وهذا الشرط لا يكون باطلاً، و إنما لا ينفذ بحق الطرف الآخر، وهذا تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فتعديل أو التوسيع من نطاق شروط العقد لا يسري بحق المتعاقد الآخر إلا باتفاق الطرفين[٥]، وعلى الرغم من أن القانون قد منح القضاء سلطة إعفاء الطرف المذعن في

---

(١) حيث تنص (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله).

(٢) هو فعل أو حادث يرجع إلي سبب خارج عن المدعي عليه ويكون هذا الفعل هو السبب في إحداث الضرر. بمعني أن السبب الأجنبي هو الذي أدي إلي الضرر وليس إلي المدعي عليه .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٤) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص ١١٧-١١٨.

(٥) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٢١١-٢١٢.

العقد من كل شرط تعسفي، إلا أن هناك رأياً[١] يعارض تدخل القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية بغية إبطالها؛ لأن ذلك سيزيد من الدعاوى، ويؤدي إلى عدم الاستقرار في الاجتهاد، كما يصعب على محكمة النقض بحكم طبيعتها من خلال إجراء رقابتها على قضاة الاساس، وعلى ضوء ذلك، نجد مجمل التدخلات البرلمانية تعارض سلطة القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية. إلا أنه وبعد صدور قانون حماية المستهلكين الفرنسي، تباينت المواقف الفقهية حول سلطة القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية، ولاسيما مع ثبوت تقصير أو عجز السلطة عن ممارسة سلطتها الرقابية[٢].

وبعدها بدأ الاعتراف بسلطة القضاء في إلغاء الشرط التعسفي أو تعديله؛ لأن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون وتدخل في صميم اختصاصه، كما أنه لا مبرر بمنح القاضي سلطة التدخل في الشرط الجزائي وحجب هذه السلطة عنه في مجالات أخرى، وكان الهدف من ذلك الاعتراف لمحكمة النقض بممارسة دورها الطبيعي بتحقيق العدالة بين الأطراف، غير آبهة بتلك المحاولات التي كانت تهدف إلى الانتقاص من سلطتها، وإعادة التوزان للعلاقة التعاقدية، بموجب ما تقدم فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمين مبدأين، حرصت فيهما بإبطال الشروط التعسفية[٣].

وفي تقدير القضاء لطريقة التي يعلم به الطرف المذعن بالشروط الواردة في العقد، ينظر الى ما اتخذه الطرف القوي من الوسائل لشد انتباه الطرف الآخر في العقد ، بدرجة تتناسب مع ما عليه هذه الشروط من شدة وجور، وعلى العكس من ذلك فهو لايعول كثيراً على موقف الطرف الضعيف، حتى و لو كان قليل الخبرة أو جاهلاً[٤]، فجهل الطرف المذعن بالقراءة والكتابة لا يؤخذ به أمام القضاء كعذر مالم يبين عدم كفاية علمه بالشرط أو عدم قدرته على وزنه وتقديره.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة(١٢) من قانون التأمين الفلسطيني على أنه يقع باطلاً " كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان او السقوط"[٥].

يتبن من هذا النص، أنه يستطيع القاضي إعمال سلطته في استبعاد الشرط التعسفي من خلال الحكم ببطلانه هو توفر أمرين:

---

(١) مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص٧٥٣.

(٢) محمد الهيني، الحماية القانونية و القضائية للمؤمن له في عقد التأمين، ط٢، مطبعة الأمنية الرباط، ٢٠١٠م ،ص١٦٤-١٦٥.

(٣) أشار أليهما، محمد الهيني، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٤) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص١١٨.

(٥) يقابلها نص المادة (٧٥٠/٣) من القانون المدني المصري.

الأول- أن يكون الشرط المطبوع غير بارز بشكل ظاهر في الوثيقة.

الثاني-أن يكون الشرط متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق بأنه (يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل؛ لأنه لم يكن واضحا، ولم يكتب بطريقة تسترعي الانتباه)[١].

فوقائع هذه الدعوى تتلخص، بأن عقد نقل أبرم بين الناقل و المرسل، وتضمن العقد شروطاً تقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عما يصيب البضاعة من ضرر، وقد ورد هذا الشرط ضمن شروط العقد الأخرى الواردة في محرر مطبوع، فاعتبرت محكمة التمييز من عدم إظهار الشرط وتمييزه عن شروط العقد الأخرى ذريعة لإعفاء المرسل منه لكونه لا يعلم به.

ونصت المادة(١٠٧) من قانون العمل العراقي على أنه (على صاحب العمل إحاطة العامل كتابة قبل اشتغاله بمخاطر مهنته ووسائل الوقاية الواجب عليه اتخاذها، ويجب أن تعلق في مكان ظاهر تعليمات يوضح فيها مخاطر المهنة ووسائل الوقاية منها على وفق التعليمات التي يصدرها وزير العمل و الشؤون الاجتماعية). فقام قانون العمل بتنظيم العلاقات الإنسانية بأسلوب خاص وطريقة مبتكرة من أجل حماية العامل[٢] وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وخاصة في ظل التطورات الاجتماعية، والثورات الاقتصادية، وحتى تسري هذه الأحكام على العامل، ويمكن القول بأن العلم الكافي بالتعليمات قد حصل، ومن ثم الحكم بسريانها بحقه يعني أن تكون التعليمات المذكورة مكتوبة معلنة، وقد وفق المشرع العراقي بهذه النص حيث جمع بين العمل والتأمينات الاجتماعية، وقد أغفل المشرع الفلسطيني هذه المسألة.

ثانياً- عدم مراعاة المذعن للشرط بسبب أجنبي

قد تقع خلال تنفيذ شروط العقد أحداث طارئة، تجعل التنفيذ قد يكون مستحيلاً، ومثل ذلك: الحوادث إذا لم يكن المدين قد توقعها ولم يكن له يد في إيجادها من قريب أو بعيد ولم يستطع دفعها، فهي أسباب أجنبية عنه تعفيه من تنفيذ الالتزام[٣].

وتختلف هذه الحالة عن سابقتها في أن الشرط الذي يتضمنه العقد قبل به العاقد وتعاقد عليه وهو على علم تام به، ومع ذلك يعفى العاقد من سريان هذا الشرط بحقه؛ ذلك لأنه قد حالت قوة قاهرة بينه وبين القيام بالالتزام الواجب عليه بمقتضى هذا الشرط[١].

---

(١) مجموعة الأحكام العدلية، قرار رقم ٩٧٧، ١٩٧٨/٥/١٣، مدنية أولى، العدد٢، السنة السادسة، ١٩٧٨م، ص٣٢.

(٢) صلاح محمد أحمد، مفهوم الشرط كصورة من صور محاباة العامل، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري والبحريني، دار النهضة العربية،بيروت،٢٠٠٧م، ص٣.

(٣) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٢٢٠.

وفي ذلك قضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في ٦/ كانون الثاني /١٩٩٤ إذ عدت أن (عقود تأجير السيارات المعروضة من قبل الشركة المؤجرة للمستأجرين، هي عقود إذعان مفروضة على هؤلاء بالنظر على موقع الشركة الاقتصادي، وبالتالي تعتبر المحكمة أن ما ورد في هذهالعقود من التزامات ملقاة على عاتق المستأجر شروطاً تعسفية فتبطل، حتى و لو تمت في ظروف غير متوقعة، أو غير قابلة للتوقع كما في (القوة القاهرة)[٢].

(١) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص١١٩.

(٢) أشار إليه: مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ٧٥٨.

الفرع الثالث

موقف الفقه من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان

لقد تباينت مواقف الفقه بخصوص السلطة الممنوحة للقاضي، في تعديل عقد الإذعان بين معارض ومؤيد لهذه السلطة على النحو التالي:

أولاً: الرأي المعارض

لقد انتقد جانب من الفقه[١] اتجاه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف الضعيف من خلال منح القاضي سلطة التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فاعتبروا ذلك خروجاً عن حدود مهمته العادية والمألوفة، وهي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[٢]وإزالة ما يكون عالقاً من غموض أو لبس ويتجاوز ذلك الأمر إلى تعديل الشروط أو إلغائها.

واستند اصحاب هذا الرأي إلى أن منح مثل هذه السلطة للقاضي يعرض العلاقات التعاقدية للاضطراب وعدم استقرار؛ وذلك لأن الأفراد عندما يتعاقدون يعرف كل متعاقد مقدمًا الآثار التي الناجمة عن العقد، وبالتالي يعرف كل منهم حقوقه، والتزاماته هذا من جهة، ومن **جهة أخرى**، تؤدي هذه السلطة إلى وضع حلول مختلفة للمسألة الواحدة للجهات القضائية، وذلك لعدم وجود معايير محددة وثابتة لصفة التعسفية، لذلك يقتضي الحد من حرية القاضي بموجب نصوص تشريعية تحدد مفهوم البند التعسفي و تعدد البنود التعسفية الممنوعة تحت طائلة البطلان، فيروا أن الأمر متعلق بالمشرع الذي يتوجب عليه إصدار القوانين التي تحدد مفهوم الشرط التعسفي، وتعدد الشروط التعسفية الممنوعة تحت طائلة البطلان[٣].

ثانياً: الرأي المؤيد

ويرى أصحاب هذا الرأي[٤] أن النقد السابق يصيبه الخطأ، فحماية المشرع للطرف الضعيف في عقود الإذعان أمر محمود ومتماشٍ مع تطور التشريعات في العالم الحديث، كما أنه ينسجم مع التغيرات المختلفة سواء كانت متغيرات اقتصادية واجتماعية في المجتمع المعاصر، وكان من بين أصحاب هذا الرأي الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي الذي رد على أنصار الرأي الاول من أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي تعد خروجاً على القواعد العامة في التفسير، بالقول أن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص٤٠٧-٤٠٨.

(٢) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠١٢، ص١٣٧.

(٣) مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص٧٥٣.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٢٦٢.

والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد، مبرر كافٍ للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان[١].

وأضاف في رده على النقد أن" أن دور القاضي هو إعادة التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط ، فالتوازن قد اختل قبل تدخل قاضي الموضوع الذي سيأتي دوره لإعادة هذا التوازن ، وأما بخصوص سلامة العلاقات الاقتصادية، فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من العدالة وحسن النية"[٢].

ويرى آخر من الفقه بأن إعطاء هذه السلطة للقاضي أفضل من ترك الطرف الضعيف تحت رحمة الموجب، والباحث نؤيد ذلك القول؛ وذلك لأن القاضي هو شخص المختص والمحايد الذي يستطيع بخبرته أن يرى أين يقع التعسف، فتدخل القاضي يعمل على إعادة التوازن بين الأطراف وإسعاف الطرف الضعيف، أما فيما يختص الخوف من تحكم القضاة وعدم اصدار احكام موحدة في مسألة واحدة، فإن رقابة محكمة النقض تتكفل بالسيطرة في تحكم القضاة وتجنب عدم الاستقرار و التضارب في الأحكام.

من أهم مظاهر اختلال التوازن العقدي في هذه العقود ما يلي:

أ. إعداد نماذج عقدية لمجموعة من الخبراء المتخصصين في مجال العقود، وتضمينها بالعديد من الشروط التي تحقق الفائدة لمصلحة أحد أطرافها على حساب الطرف الآخر، والتي تنشأ علاقة غير متكافئة مثل عقود الإذعان.

ب. انفراد أحد اطراف العقد بوضع شروط العقد التي تحقق له مصلحته وفائدته وذلك في ضوء مبدأ الحرية التعاقدية التي يتمتع بها [٣].

ج. السرعة التي تبرم فيها هذه العقود، ويترتب على ذلك عدم اتاحة الفرصة للطرف الضعيف الاطلاع عليها وما تتضمنه من شروط أو بنود، وعليه فإن هذا الطرف يتعاقد من دون الإلمام الكافي أو في الأقل تقدير مداها و آثارها، ما يجعل الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي [٤].

ومن خلال ما تقدم، وضوح مظاهر اختلال التوازن العقدي الواردة في بعض العقود ووجود طرف ضعيف يستحق الحماية القضائية، المقررة في عقود الإذعان، لاسيما أن هذه العقود خالية

(١) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ٢٦٥.
(٢) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص١٢٧.
(٣) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص٤.
(٤) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص٦.

من السند التشريعي الذي حكم الشروط التعسفية، وحماية الطرف الضعيف فيها، وعليه ندعو القضاء الفلسطيني إلى ضرورة تفعيل امتداد الحماية القضائية على بعض العقود، ويكون ذلك إما بتدخل تشريعي بوضع نصوص قانونية تعالج موضوع الحماية، أو بتساهل القضاء الفلسطيني في المعايير المحددة في العقد، لكي ينطبق عليها وصف الإذعان، ومن ثم تشملها تلك الحماية.

الفرع الرابع

خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

تتميز سلطة القاضي حين تدخله لتعديل عقد الإذعان المتضمن شروطا تعسفية بعدة خصائص، نوردها فيما يلي:

أولاً- سلطة غير محدودة

لم يضع المشرع حدوداً يوقف عندها القاضي عند إعمال سلطته في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان إلا ما تقتضيه العدالة، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني " .... وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة...."، فهي المعيار الوحيد الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان أو اعفاء الطرف المذعن منه، فلم يرسم له المشرع انماط معينة يتم على أساسها التعديل أو الإلغاء بل ترك له سلطة تقديرية واسعة في ذلك[١]، فالعدالة نسبية فهي تختلف من حالة لأخرى وذلك حسب طبيعة والظروف المحيطة بالعقد، وقاضي الموضوع هو من يقوم بتقدير نسبة العدالة، وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

ولذا أرى أنه طالما أن العدالة يختلف معيارها من شخص لآخر، و بالتالي من قاضي لآخر باختلاف المكان والزمان والظروف، فإن ذلك سيؤدي إلى تضارب أحكام القضاة بخصوص نفس الشرط، فالشرط الذي قد يعتبره القاضي شرطاً تعسفياً قد لا يكون تعسفياً في نظر قاضي آخر، مما يؤثر ذلك على استقرار المعاملات، لاسيما أن تقدير العدالة كما ذكرنا سابقاً هي من اختصاص قاضي الموضوع فهي غير خاضعة لرقابة محكمة النقض؛ لذلك يجب على المشرع النص على معايير أكثر دقة وذلك؛ لأن العدالة لم تعد معياراً أساسياً لتقدير الطابع التعسفي.

ثانياً-سلطة من النظام العام

سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان من النظام العام فلا يمكن مخالفتها؛ لذلك فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تقيد سلطة القاضي في التعديل أو الإلغاء، فمثل هذا الإتفاق يقع باطلاً، فمن حق الطرف المذعن اللجوء الى القضاء لطلب تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، باعتباره حقاً يتعلق بالنظام العام[٢].

---

(١) العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الارادية العقد والإرادة المنفردة، ج٢، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٥، ص٧٨٥.

(٢) عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص٢٥٠.

وقد وفق المشرع بنصه على هذه المسألة بصريح العبارة في نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني " ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" فلولا هذه العبارة لكانت الحماية المقررة للطرف الضعيف مجرد حماية وهمية[١]؛ لأنه الطرف القوي هو الذي يكون في الغالب محترفاً، فيقوم بإدراج هذا الشرط في العقد ليقيد من صلاحية سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، وبالتالي لا تكون هناك حماية جدية للطرف المذعن كما أرادها المشرع[٢].

ثالثاً- سلطة القاضي جوازية

السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان بموجب المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني هي سلطة جوازية للقاضي و ليست وجوبية، إذ رغم وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، فإنه يجوز للقاضي الامتناع عن استخدام الرخصة التي منحها إياه المشرع، فالمسألة تخضع لتقديره الشخصي ومدى اقتناعه باستخدامها من عدمه، فالمادة (١٥٠) القانون المدني الفلسطيني جاءت بصيغة الجواز باستعمالها عبارة ".. جاز للقاضي..."، ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك.

فقد يرى الطرف الضعيف أنه وقع ضحية للشروط التعسفية بنظره فيقوم برفع دعوى لدى القضاء للتخلص من ذلك التعسف سواء بالإلغاء أو التعديل، فسلطة القاضي هنا تكون تقديرية في تقدير وجود تعسف من عدمه فتنحصر سلطة القاضي في ذلك الشأن أما بالتعديل أو الإلغاء أو الإمتناع عن القيام بأي إجراء اتجاه الشرط ، فسلطة القاضي جوزاية السبب؛ في ذلك راجع لاختلاف طبيعة والظروف عقود الإذعان التي أبرم فيها ديباجة العقد، فالقاضي هنا له في الحقيقة سلطة الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، إذ قد يقتضي الأمر ورغم تضمين العقد شروطا تعسفية أن يمتنع عن تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، إذا رأى أن ذلك يعرض مصلحة المشروع للخطر و يؤثر على حسن سيره، فيبقى على الهدف الاقتصادي له مضحيا بذلك بمصلحة الفرد من أجل مصلحة الجماعة[٣].

فهناك جانب من الفقه يرى أنه إذا تقدم الطرف الضعيف إلى القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط الوارد في العقد الذي أبرمه مع الطرف الآخر، فيتوجب على القاضي أن يقبل ذلك أو يرفض

---

(١) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٣٩.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص٢٣٤.

(٣) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٣٩-٤٤٠.

مع ذكر أسباب الرفض، فتخضع تلك الأسباب التي برر على أساسها الرفض وعدم استخدامه لسلطته التقديرية لرقابة محكمة النقض [١].

وكما أسلفنا سابقاً فإن سلطة القاضي جوازية في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، إلا أن القاضي لا يستطيع أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل العقد الذي يحتوي على هذه الشروط، وإنما يكون ذلك بناء على طلب الطرف الضعيف، إعمالاً بالقيد على سلطات القاضي في التعديل وهو بمبدأ حياد القاضي[٢]، فيثم إثارة تلك السلطة الممنوحة للقاضي على أية حالة كانت عليها الدعوى، وهذا بعد أن يتأكد من الطبيعة الخاصة للعقد، كما أنه لا يجوز إثارة تلك المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض كونها مسألة واقع.

وفي نفس السياق يرى جانب آخر من الفقه بأنه من الضروري منح القاضي سلطة إثارة أمر تعديل وإلغاء الشروط التعسفية من تلقاء نفسه[٣]، وذلك من خلال نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، على غرار بعض التشريعات الأوربية، فمنح القاضي إثارة الموضوع من تلقاء نفسه فهو أمر محمود فهو يسهم من بناء نظام قضائي متكامل لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وإرساءً للعدالة[٤].

خلاصة ما تقدم أنه يشترط لإعمال سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية،أو إعفاء الطرف المذعن منها التي منحها له المشرع في المادة (١٥٠) القانون المدني الفلسطيني أن يتعلق النزاع بعقد إذعان، وأن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية بغض النظر عما إذا كان الطرف المذعن قد علم بها عند إبرام العقد أم لم يعلم، وسواء أكانت واضحة المعنى أم غامضة[٥].

لقد سعى المشرع إلى تحقيق نوع من التعادل بين أداءات الأطراف في عقود بعينها عندما يصل فيها التفاوت إلى حد الجسامة و درجة الفحش، وذلك بمنحه للقاضي سلطة التعديل لإعادة التوازن الى العقد في مرحلة تكوين العقد، فالمشرع لم يقم بتبني قاعدة إعادة التوازن العقدي بصفة

---

(١) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٢) مبدأ حياد القاضي: لحياد هو وضع قانوني يجب على القاضي أن يلتزم به، ومعناه وجوب عدم التحيز لطرف على حساب طرف آخر، سواء تعلق الأمر بدعوى مدنية أو شكوى أو تحقيق أو محاكمة.

(٣) قرار (Oceano) الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٧ عن محكمة العدل الأوربية كرس حق القضاء في إثارة الطابع التعسفي للبند تلقائياً من طرف القاضي، وقد جاء في حيثيات القرار".... إن الحماية الفعالة للمستهلك لا يمكن التوصل إليها إلا إذا اعترف للقاضي الوطني بتحديد الطابع التعسفي في للبند تلقائياً في عقد وضع يده عليه في معرض النزاع المطروح أمامه ...." إلا أن الفقه و القضاء الفرنسي لا يزال منقسم حتى الآن حول مسألة إثارة البند التعسفي تلقائيا من طرف القاضي، ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص٧٨-٨٣.

(٤) محمد بودالي، المرجع السابق، ص٧٦.

(٥) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص٧٨٦.

مطلقة، وذلك خلال مرحلة تكوين العقد يكون تدخله في نطاق محدود، بالإضافة الى تقيده ببعض الضوابط التي يجب على القاضي احترامها وإلا اعتبر متجاوزاً لسلطته.

الفرع الخامس

شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية

إن في تطبيق الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، يجب توافر ثلاثة شروط، وهي أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم صحيح، على أن يتضمن هذا الأخير شرطاً أو عدة شروط تعسفية، والتي يقف المذعن موقف الضعف منها.

أولاً- وجود عقد قائم، صحيح

لكي يستفيد الطرف المذعن من الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان، يجب أن يكون هناك عقد قائم صحيح، تتوافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحاً، خالياً من العيوب التي يمكن أن تشوبه، فرقابة التعديل أو الإلغاء، تأتي حصيلة تفسير لشروط العقد الموقوف على ما بها من تعسف، وهذا التفسير تسبقه أشياء أساسية وهي أن يكون العقد صحيحاً بين طرفيه[١].

ثانياً- تضمن العقد شرطاً أو عدة شروط تعسفية

يجب أن يرد في العقد شرط أو عدة شروط تعسفية، وهذا يبرر ممارسة سلطة قاضي الموضوع ، فهدف المشرع هو حماية الطرف المذعن لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه، وإذا لم يرد في العقد أي من هذه الشروط، فلا مجال لمراجعة القاضي و إلا عدّ تدخله تحريفاً للعقد، والذي يترتب عليه نقض الحكم، كما جاء في سياق المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني.

ثالثاً- الضعف الإرادي

فالرقابة القضائية تتحقق على عقود الإذعان من خلال الشروط التعسفية، فيجب أن يكون الطرف الضعيف مذعناً أمام الشروط، وأن يسلم بتلك الشروط التي يفرضها الطرف القوي ، بمفهوم المخالفة إذا كنا بصدد قبول صادر بعد مناقشة لشروط العقد، بحيث كانت هذه الشروط حصيلة مفاوضات الطرفين، فإنه يجب أن يطبق عليه نص المادة (١٤٧) من القانون المدني الفلسطيني[٢]، وذلك باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، حتى لو كانت شروطاً تعسفية، طالماً كانت مقبولة بمحض الاختيار الكامل للطرف

---

(١) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص٤٣٤.

(٢) تنص المادة (١٤٧) من القانون المدني الفلسطيني " العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

الملزمة له، و القول بغير ذلك يعني تحريف العقد ونقض جوهره، وهذا أمر مخالف قانونياً، فيجب على القاضي أن ينظر للطرف الضعيف وموقفه من الشروط التعسفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة وكان دورها في العقد مجرد التسليم، فقد قام مبرر تدخله، حتى لو كان منتبها إليها، عالما بما شابها من تعسف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئا سوى الإذعان لها[1].

(١) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٣٦.

المبحث الثالث

دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

من ضمن أوجه حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن، فلتفسير عقد الإذعان ثلاث حالات، **الحالة الأولى** :إذا كانت عبارة عقد الإذعان واضحة :ويجب على القاضي في هذه الحالة الاقتصار عليها، ولا يجوز الانحراف عنها .و**الحالة الثانية:** إذا كانت عبارة عقد الإذعان غامضة : يجب على القاضي في هذه الحالة أن يستخدم سلطته في تفسير العقد بما يزيل الغموض، بأن يبحث عن الإرادة المشتركة بين الطرفين ، ولا يتقيد بالمعنى الحرفي للفظ. **الحالة الثالثة** : إذا كانت إرادة المتعاقدين في عقد الإذعان يكتنفها الشك : يفسر في هذه الحالة في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً . لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث الي مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

القواعد العامة للتفسير

فالقاضي يستعين بنوعين من الوسائل، وذلك للكشف عن نية المتعاقدين أو التعرف إلى حقيقة المقصود من عبارات العقد الغامضة، **أولهما:** الوسائل الداخلية، وذلك من خلال الرجوع إلى عبارات العقد ذاته، فيستخدم القاضي مجموعة من القواعد تساعده في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد، و**ثانيهم:** الوسائل الخارجية وبقصد بها الإستعانة بعوامل خارجية والظروف المحيطة بالعقد ، مثل العرف وطبيعة المعاملة للوصول إلى بيان ما ينتجه العقد من حقوق وما يولده من التزامات.

والبعض من الفقهاء يرى أن التفسير لا يقتصر على المعنى الضيق الذي يقتصر على تفسير الغموض لعبارات العقد. بل يتجاوزه إلى معنى أوسع يقوم على تنظيم المسائل الفرعية أغفل عنها المتعاقدان، فترك المسائل دون تنظيم يعد نوعاً ما من الغموض فهي بحاجة إلى التفسير، وذلك من خلال البحث عما آلت إليه إرادة المتعاقدين، فأساس التفسير هو الوقوف على ما قصدته إرادة المتعاقدين، سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، وسواء قام القاضي بتفسير نص غامض .

ولذلك فإن النتيجة التي يتوصل إليها القاضي من التفسير تكون موجودة في العقد نفسه، ولكن يكتنفها بعض الغموض، فالقاضي يتوصل للكشف عنها مستعيناً بقواعد التفسير؛ ولذلك فإن الالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة في العقد[١].

ويذهب رأي من الفقه أن عملية التفسير تبحث عن كيفية انعقاد العقد و تحديد آثاره ، فالتفسير يتوقف على التعبير عن الإرادة لكل المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتين متطابقتين[٢].

فعملية تفسير العقد من بين المهام المنوطة لقاضي الموضوع، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دورٌ كبيرٌ في تفسير العقود، ولقد اهتم فقهاء القانون والقضاء بعملية التفسير[٣]، وسوف أتناول سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد من خلال الفرع الأول وحالة غموض عبارات العقد في الفرع الثاني.

الفرع الأول

سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد

اقتصرت سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقود، عندما تكون عبارات العقد واضحة بين أمرين، الأول: إلتزام القاضي بظاهر النص والإمتناع عن التفسير، أما الثاني: أن القاضي يقوم بتفسير النصوص لتحقيق أو إرساءً لمبدأ العدالة والإنصاف بين طرفي العلاقة التعاقدية.

الموقف الأول للقاضي تفسير العبارات الواضحة

من الجدير بالذكر أن القانون المدني الفلسطيني، كان متأثراً بالشريعة الإسلامية، حيث أخذ بالإرادة الظاهرة، ولذلك لا يجوز الانحراف عن عبارة العقد عند التفسير، وربما السبب في ذلك هو أن " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد[٤]". وفي نفس السياق ما جاء في المادة نص (١٥٩) من القانون المدني الفلسطيني من أن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فالمقاصد التي يعتد بها، تلك التي تدل عليها صيغة العقد وعباراته، ويؤكد ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ذاتها:" والأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي".

---

(١) سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٣١.

(٢) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد– والإرادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ص٢٧٦.

(٣) علي فلالي، المرجع السابق، ص٣٠٦.

(٤) أمين دواس، القانون المدني، مصادر الالتزام– المصادر الإرادية، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ص١٩٤.

فإن ما جاء في المادة (١٦٠) من القانون المدني الفلسطيني من أنه" لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح" ما هو إلا دليل على اعتداد المشرع الفلسطيني بالإرادة الظاهرة، فعبارات العقد الواضحة تعتبر إنعكاساً لإرادة الطرفين المشتركة، فلا يمكن للقاضي أن يحيد عنها، دون أن يذكر الأسباب التي دعته لذلك [١].

لذلك لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر، فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفاً وتشويهاً، لها ويترتب على التحريف نقض الحكم. فحالة وضوح العبارة تقيد القاضي من الاجتهاد و التفسير، فعليه في حالة وضوح العبارات أن يأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة[٢].

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بقرار بتاريخ١٩٩٠/٦/١٦ ملف رقم (١٩٩) من أنه" إذا كانت عبارات العقد واضحة[٣]لا يجوز الانحراف عنها من خلال تفسيرها، للبحث عن نية إرادة المتعاقدين. أو حملها على معنى مغاير لظاهرها، ما لم يبين القاضي في حكمه الأسباب التي تبرر ذلك الإنحراف"[٤].

الموقف الثاني للقاضي من تفسير العبارات الواضحة

يمكن أن تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل خارجي عن العقد، واستظهار هذه الإرادة المشتركة على ضوء الظروف التي أحاطت بإبرام العقد وتحديده، وما سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع العقد[٥]، إلا أنه في بعض الأوقات يتدخل القاضي في استبعاد شروط واضحة مثل الشروط التبعية، فالأطراف لم يأخذوها على محمل الجد، فتدخل القاضي هنا يكون إيجابياً [٦].

---

(١) أشار إليه: أمين دواس، المرجع السابق، تمييز حقوق رقم ٧٧/١٦٣، ص ١٩٤.

(٢) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٣) المقصود بالوضوح: هو وضح الإرادة لا اللفظ، إلا أن الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد معنى عبارات العقد ووضوحها كما له أن يستبعد عبارات العقد الغامضة.

(٤) أشار إليه: معوض عبد التواب، المرجع في تعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، ط ٤، ١٩٩٨، ص٤٨٩.

(٥) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ٢٨٦.

(٦) أشار إليه: أمين الدواس، تمييز حقوق ٩٩/١٥١٥، ص .١٩٥ قد جاء في قرار محكمة التمييز: " استقر الفقه و القضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف افادت تلك الصيغة المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه المقصود بالعقد بحيث يتضح في هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلا ما ستخلصه منها".

فيمكن للقاضي من أجل تحقيق أن يقوم إبعاد إرادة الأطراف إذا كانت واضحة عند التطبيق وذلك من أجل إرساء مباديء العدل والإنصاف التي ترضي أطراف العلاقة التعاقدية [١].

فإذا كانت العبارات واضحة المعنى، ومحددة فيستطيع القاضي تفسيرها، فالعبارات الواضحة ليست دائماً تعكس النية الحقيقية للأطراف، فإن وضوح العبارات يقف عقبة أمام القاضي؛ لأنه لا يجوز الإنحراف عن المعنى الواضح تحت ستار التفسير، فمحكمة النقض تقر ذلك إذا اعطى القاضي الأسباب المقبولة و المعقولة لقيامه بهذا الإجراء؛ لأن عمل القاضي بذلك لا يؤثر إلا إذا أراد إلغاء أو تعديل شرط فقط وليس في حالة التفسير وهما سلطتين مختلفتين[٢].

فالقاضي يستخلص الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالطريقة المناسبة، كظروف تحرير العقد أو ما سبقه من مفاوضات ووقائع الدعوى وظروفها، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يبين في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته لترك المعنى الواضح، فإذا لم يفعل كان حكمه باطلاً.

---

(١) وقضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٣٠نوفمبر ١٩٧٧، بأن القاضي ملزم بأن يأخذ بعبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداه الواضح إلى معنى آخر، أشار إليه: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص٤٧٧.

(٢) وجاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية ٩٩/٦٤٧ أنه " لا يجوز لمحكمة الاستئناف عند تفسيرها للعقد الانحراف عن عباراته و الخروج على المعنى الظاهر و الواضح....." ونلاحظ على هذه المحكمة أنها تتحدث عن المعنى الظاهر و الواضح وليس عن الإرادة الظاهرة، فالحقيقة أن وسيلة التعبير عن الإرادة كانت واضحة ومعناها الظاهر معبر عن إرادة الأطراف الحقيقية، فالخروج عن المعنى الظاهر والواضح غير مبرر ويجب التقيد به، أشار إليه: بشار ملكاوي، الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني، دار وائل للنشر، عمان ، ص٧١.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد

في بعض الاحيان يلجأ القضاء في تفسيره لتلك العبارات الغامضة الواردة في العقد بالوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك بقيامه بالرجوع إلى إرادة الطرفين والكشف عن ما آلت إليه إرادتهما الحقيقية(١).

فإذا كانت العبارات لم تدل على مفهومها الصحيح، فهنا نعتبر بأن الغموض أكتنفها، فيمكن للقاضي البحث بدقة في هذه الحالة عن الغموض المحيط بالعلاقة العقدية، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن المقصود بغموض العبارات في العقد.

أولاً- مفهوم غموض العبارات

تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة عندما يشوبها غموض، فلا يكون معناها واضحاً للوهلة الأولى، أو يصيبها إبهام قد يجعلها تحتمل أكثر من معنى، فالحاجة إلى التفسير تظهر هذه الحالة حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات(٢).

فقد يتخذ القاضي إجراءً أولياً بالابتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ، والتمسك بالمعنى الحقيقي الذي يتفق مع النية المشتركة للطرفين، فيتوجب على القاضي أن يقف على ما قصدته نية المتعاقدين، دون أن يقف على معنى النص الحرفي، فالعبرة في العقود بالمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني(٣).

وعليه فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة، ويشوبها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بالأخذ بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين، فوسائل التفسير ليست ملزمة التي ذكرها القانون المدني والتي يستعين القاضي بها في تفسيره للعبارات الغامضة ليبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ لذلك فله أن يأخذ ببعضها دون البعض الآخر(٤).

---

(١) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص٢٨٦.

(٢) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، ط ٢٠٠٤، ص٢٦٥.

(٣) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٢، دون سنة نشر، ص٢٢١.

(٤) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

يأخذ القاضي بالنية المشتركة لطرفي العقد في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد ، فيلجأ القاضي إلى استخدام معايير موضوعية لإزالة ذلك الغموض؛ لذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يتعرف إليها[١].

ثانياً–دور القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

يلجأ القاضي إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته، وعوامل خارجية عن العقد حتي يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٢]، فوضوح إرادة الطرفين، تقيد سلطة القاضي في أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى، بإعتبارها هي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا مجال لعرض إرادة أخرى على متعاقدين بخلاف الإرادة التي اكتشفها من تفسيره، فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة

في العقد وبيان مدلولها، فتفسير العقد هو تحديد لما انصرفت اليه الارادة المشتركة للمتعاقدين[٣].

يثور هنا تساؤل فإذا كان تفسير العقد يكون بالوقوف على إرادة الطرفين ، فهل يعني ذلك بأن السلطة الممنوحة لقضاة الموضوع هي سلطة غير محدودة؟

سلطة قاضي الموضوع محدودة، فالقاضي الذي ينظر أمامه الموضوع له الحرية في البحث عن نية الطرفين، ولكن عليه التسبيب، وإلا كان حكمه منتقضاً لإفتقاده الأساس القانوني، فإذا توصل القاضي لإرادة الطرفين الحقيقية، دون أن يكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها، بأن كانت وهمية لا سند لها من الواقع، أو كانت قائمة ولكنها تتناقض مع الثابت في الدعوى أو يستحيل عقلاً أن يستخلص منها ما استخلصه القاضي، فإن حكمه يكون معيباً بالقصور في التسبيب ويترتب عليه نقض الحكم[٤].

ثالثاً–اشتراط العادة للتعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين

يشترط لإعمال العادة بقصد تكملة شروط العقد بأحكام لم يصرح بها المتعاقدان، شريطة بأن لا يشتمل العقد على شروط تتعارض مع حكم العادة، فوجود هذه الشروط يتضمن تعبيراً عن النية

---

(١) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص٢٨٦.

(٢) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٤٩٣.

المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي تفقد العادة أهميتها في هذا التعبير، فضلاً عن أن شروط العقد المكتوبة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة[١].

فسلطة القاضي في التفسير تنشأ عند وجود شك، وقد يتحقق الشك نتيجة التعارض بين عبارات العقد الواضحة والعناصر الخارجية عنه[٢]، والقضاء الفرنسي لايجيز تطبيق العادة إلا حينما يكون هناك غموض يحيط عبارات العقد، ولا يجيز تطبيق حكم العادة مع وضوح عبارات العقد[٣].

فالمشرع الفلسطيني أهتم بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، وحاول جاهداً حمايته من تعسف الطرف الآخر في العقد، فقد منح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة فيها، أو إلغاءها بنص المادة (١٥٠) القانون المدني الفلسطيني، ولم يكتفِ بذلك بل لتوفير حماية أكثر للطرف المذعن، خرج المشرع عن القاعدة العامة في التفسير[٤]، عند غموض عبارات العقد المنصوص عليها في المادة (١٦٦/١) القانون المدني الفلسطيني والمتمثلة في " يفسر الشك لمصلحة المدين"، إذ نص في المادة (١٦٦/٢) من نفس القانون : " غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

فإن مراعاة مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان ما هو إلا استثناء، فيفسر الشك لمصلحة الطرف الضعيف بغض النظر عن وضعه في الدعوى دائناً كان أم مدنياً؛ وذلك لإنفراد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد وإملاء شروطه على المتعاقد الضعيف، فقد يورد هذا الأخير في العقد شروطاً تحتمل أكثر من معنى أو شروطاً غامضة من معنى أو شروطاً غامضة أو ناقصة، أو شروطا متناقضة فيما بينها.

فالغموض الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائماً، وليس أيضاً وليد المحترف الذي تتوافر لديه من الوسائل الفنية، مما يمكنه من وضع شروط واضحة، فالغموض أحياناً كثيرة يكون متعمداً، لأنه يسمح لهذا الأخير بتمرير شروط معينة من خلال الغموض والإبهام، فلو كانت الشروط واضحة لعدل المتعاقد الآخر عن التعاقد[٥]؛ لذلك فقد منح المشرع للقاضي سلطة تفسير

---

(١) ان عوامل التفسير قد تكون ذاتية وتنقسم الى تشريعية وغير تشريعية فالعوامل التي لم ينص عليها المشرع يمكن الإستهداء في تفسير العقد بطبيعة التعامل وان العوامل التشريعية لتفسير هي العرف الجاري. مثال ذلك كالعرف التي جرت في المطاعم والفنادق والمقاهي بإضافة نسبة مئوية لحساب الخدمة على حساب العميل.

(٢) ابراهيم عبد العزيز، دور حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظرتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، ص١٨.

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢ كانون الأول ١٩٤٧ اشار اليه جاك غستان في كتابه مفاعيل العقد وآثاره، ص ٦٠.

(٤) يقصد بتفسير العقد العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الكشف عن المعنى الحقيقي للاتفاق والتعرف على نية المتعاقدين المشتركة مستندا الى العقد ذاته والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به.

(٥) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٣٨.

هذه الشروط الغامضة أو المبهمة، لذلك بموجب نص المادة (١٦٥/٢) من القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أنه : " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحقيقي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

فالمادة (١٦٥/٢) من القانون المدني الفلسطيني تضع بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها في حال غموض عبارة العقد، بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه التعرف إليها من الإرادة الظاهرة، وهذه الوسائل تم ذكرها على سبيل المثال، وهي طبيعة التعامل و الأمانة والثقة و العرف الجاري في المعاملات، إلا إنه يوجد وسائل أخرى توصل إليها القضاء من خلال النزاعات المطروحة أمامه، منها ترجيح الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض، والشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة والشروط المطبوعة، وأن الإشارة المخطوطة المدرجة في فراغ أبيض تعتبر جزءاً لا يتجزأ من باقي النص ولا يمكن اعتبارها جزءاً مضافاً إلى العقد[١].

وتستمد قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن شرعيتها من عدة أسانيد وهي : أن الطرف المذعن هو الأضعف اقتصادياً في العلاقة، و أن رضاه بالعقد أقرب إلى التسليم الإجباري منه إلى القبول الاختياري و بينما الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد ووضع شروطه في صورة عقود نموذجية في الغالب[٢]، وبالتالي إذا وجد غموض، وجب أن لا يستفيد منه هذا الأخير، لأنه متسبب فيه؛ لذلك يجب عليه أن يتحمل تبعته[٣].

فالمشرع الفلسطيني اعتنق هذه القاعدة التفسيرية الاحتياطية الحمائية في مجال عقود الإذعان، نظراً لمبرراتها القانونية والمنطقية في نفس الوقت[٤].

وقد ذهب الفقه على أن طرق التفسير التي أوردها المشرع ليست إلزامية بالنسبة للقاضي، فالغرض من ذكرها مجرد الاسترشاد بها، ويترتب على ذلك النتائج التالية[٥]:

- لا تتعرض لرقابة محكمة النقض الأحكام التي لا تتقيد بهذه القواعد.
- أنه يجوز للقاضي الاستعانة بطرق أخرى في التفسير بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين.

---

(١) المذكرات الإيضاحية، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٢) عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير، جامعة بلقايد، ٢٠١٥، ص ٨٤.

(٣) أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٢٣٧.

(٤) عبيد نجاة، المرجع السابق،ص٨٤.

(٥) أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٦٥.

- لا يوجد ترتيب معين بالنسبة لطرق التفسير المنصوص عليها يتقيد به القاضي.

المطلب الثاني

دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

تسعى قواعد القانون لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وقد اقتضى ذلك أن يتضمن القانون قدراً من الضمانات القانونية لهذا الأخير؛ لإيجاد نوع من الموازنة بينه وبين الطرف الآخر، ومن أهم هذه الضمانات، النص على تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائناً أم مديناً، وذلك خروجا على القواعد العامة، التي تقضي بتفسير العبارات الغامضة لمصلحة المدين، كما أن الضمانة الأخرى، تتمثل في منح القضاء سلطة التدخل في عقود الإذعان لتعديل؛ أو إلغاء ما تتضمنه من شروطه تعسفية في حق الطرف المذعن.

وحرص المشرع على أن تكون إرادة المتعاقدين حرة غير معيبة، وحرص على رعاية المتعاقد المذعن في عقود الإذعان[١]، وقد أثير تساؤل حول هذه العقود، فيما إذا كانت تعد عقوداً بالمعنى الحقيقي للعقد أم أنها مجرد تصرف قانوني منفرد، بحيث لا يكون هناك مجال للحديث فيه عن النية المشتركة للمتعاقدين، ولمعرفة ماهية سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان، ودور القضاء في الرقابة على تفسير العقد، نقسم هذا المطلب الى فرعين.

الفرع الأول

حقيقة دور القاضي في تفسير عقود الإذعان

وللوقوف على حقيقة دور القاضي في تفسير عقود الإذعان، يجب أن نتناول نصوص المواد التي منحته تلك الشرعية حيث نصت المادة (١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني على أنه: "١- يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"[٢].

هذه المادة توضح أنه في حال لم يستطع القاضي إزالة الغموض الذي يكتنف عبارات العقد والتعرف إلى نية المتعاقدين، فإن الغموض يفسر لمصلحة المدين، وهذه القاعدة يمكن ردها إلى أن الأصل هو براءة الذمة، فإذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه إثبات ادعائه بإقامة الدليل على وجود الدين، وعلى مدى التزام المدين، كما يمكن رد هذه القاعدة كذلك إلى الاعتبارات

---

(١) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص١٠٢.

(٢) يقابلها نص المادة (١٥١) من القانون المدني المصري.

العملية التي توجب رعاية المدين باعتباره الجانب الضعيف في العقد[١]. وتقوم هذه القاعدة على ثلاث ركائز تتمثل في التالي [٢]:

١. اليقين لا يزول بالشك[٣]، فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، واليقين أنه بريء الذمة فإنه لا يزول هذا اليقين بالشك.
٢. الأصل بقاء ما كان على ما كان[٤]، وبراءة الذمة تسبق المديونية؛ لأن الإنسان يولد بريء الذمة، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

الأصل براءة الذمة، فيفترض فيمن يدعى عليه بالدين، أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته، وإن كان هناك شك في مديونية المدين استصحبت براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين[٥].

وإذا كان الشك يدور حول شرط في الالتزام ذاته، فيكون تفسير هذا الشرط لصالح الدائن في الالتزام، إذا كان إعمال هذا الشرط يلحق الإضرار به، فمثلاً لو اتفق الدائن بالتعويض (المضرور) مع المدين بالتعويض (محدث الضرر) على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية، وثار شك حول حلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء في وجوده، أو مداه فإن المقرر فقهاً أن الشك يفسر لمصلحة المضرور، ألا وهو الدائن لا لمصلحة محدث الضرر وهو المدين[٦].

ومن تطبيقات هذه القاعدة، أنه إذا وجد شك في قدر العين المؤجرة، فإنه يفسر لمصلحة المؤجر، كونه المدين بتسليم العين المؤجرة، أما إذا ثار شك حول طريقة الوفاء بالأجرة فيفسر لمصلحة المستأجر، لأنه المدين بها[٧]، وإذا كان لشخص آخر عدة ديون من جنس واحد وكانت كلها حالة، وقام المدين بوفاء جزء منها واختلف الطرفان في تحديد الدين الذي أوفاه به المدين، فإن المدين هو الذي يحدد هذا الدين لا سيما إذا كان أحد الدينين بفائدة والثاني بدون فائدة[٨].

استثنى المشرع من حكم هذه القاعدة عقود الإذعان، حيث أكد على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، أي أن تفسير عقد

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، ص٢٠٦.
(٢) عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص١٥٥.
(٣) المادة (٤) من مجلة الأحكام العدلية.
(٤) المادة (٥) من مجلة الأحكام العدلية.
(٥) المادة (٨) من مجلة الأحكام العدلية.
(٦) عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٤٨.
(٧) المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص١٨٦.
(٨) حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢، ص٢٠١.

الإذعان لطبيعته الخاصة فإن العبارات الغامضة يجب أن يفسر دائماً لمصلحة الطرف المذعن ، سواء أكان دائناً أم مديناً[١]. فالقضاء الفرنسي تأثر بالنص السابق [٢]؛ فأصدر العديد من الأحكام التي تثبت تبنيه هذا الاتجاه، معتمداً في ذلك على ثلاثة أمور[٣]:

١.ظروف وطبيعة كل دعوى.
٢. مراعاة مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف.
٣.الطبيعة الخاصة في تكوين عقود الإذعان ،وافتقادها للرضا الحقيقي.

ونادى جانب من الفقه الفرنسي بضرورة منح قضاة الموضوع سلطة واسعة في تفسير عقود الإذعان، وذلك لمراقبة الشروط التعسفية التي وردت في هذه العقود؛ وذلك من أجل تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي وإرساء مبدأ العدالة[٤]، ومن جانب آخر تخوف البعض من منح القاضي هذه السلطة في تفسير شروط عقد الإذعان، خوفاً من الإضطرابات التعاقدية ، معقباً على ذلك بالقول :" فإن منح القاضي سلطة خاصة في تفسير عقود الإذعان لها أخطار مخفية؛ لأن ذلك يهدم توازن العقدي، ويحدث الاضطراب في العلاقات الاقتصادية كسلطة تحكمية، فتحكم الموجب في عقد الإذعان أخطر من تحكم القاضي على منصة القضاء، إذ إن الأول لا رقيب عليه بصفته المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، أما الثاني فيخضع لرقابة محكمة النقض من خلال قيام القاضي بتسبيب الأحكام[٥].

وعند النظر إلى حقيقة دور القاضي في تفسير العقد، فإن دوره ينحصر بالبنود الغامضة، حيث نصت المادة(١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني على أنه: "١- يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن". وبالتالي فالقاضي يتقيد في تفسير العبارات الواضحة، بما دلت عليه إرادة الأطراف ولا يجوز له الخروج عما تضمنته.

---

(١) أمين الدواس، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ٢٠٠٤م، ، ص٢٠٣.

(٢) قضت محكمة السين بجلسة ٢٧ مايو لسنة ١٩٦٣" بأن المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج من التحرير المسند إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحت. أشار إليه: عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٣) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ٢٠٠٢م، ص٤٢٧.

(٤) أشار إليه: عبد الحكيم فودة، المرجع السابق ، ص٤٣٠.

(٥) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص٣٤٥.

أولاً- رقابة القضاء على تفسير عقود الإذعان

إن قاعدة عدم جواز التعرض للوقائع والموضوع، تُقيد من سلطة محكمة النقض في رقابتها على قاضي الموضوع [١]، فقاضي الموضوع يقوم بمهمة واقعية عند استخلاصه للإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي لا رقابة عليه من محكمة النقض، مادام حكمه مستنداً إلى وقائع حقيقية[٢]، ففي مجال التفسير يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية، فلا يخضع في شأنها لرقابة محكمة النقض، ولكن ما مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض[٣]، وما مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابتها، وما وسائل مراقبة تفسير العقود، وسوف أتناول هذه الإجابات من خلال تطرقنا لرقابة محكمة النقض على الأحكام.

ثانياً- رقابة محكمة النقض في تفسير العقد

تنحصر مسائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث، للاستدلال على النية المشتركة لطرفي العقد، من خلال الاستعانة بالقواعد الموضوعية للكشف عنها، وهي حسن النية و العدالة والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، فإذا ما أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة أو أساء فهم أي معيار من هذه المعايير، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض، إذ إنه يخطئ في فهمه لشروط العقد، وهو بهذا يخالف العقد و ليس القانون، ومحكمة النقض تراقب صحة تطبيق القانون[٤].

أما مسائل القانون فهي تخضع لرقابة محكمة النقض، ومنها: القاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف إلى إرادة المتعاقدين، فالأصل أن الشك يفسر لمصلحة المدين إلا فيما يتعلق بعقود الإذعان، حيث لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، والقاعدة التي تقضي بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إلا أنه هناك قاعدة جوهرية، يجب على قاضي الموضوع أن يتقيد بها، وإلا كان حكمه قابلاً للنقض؛ وذلك لأن الوقائع التي يعتمد عليها القاضي في استخلاص إرادة المتعاقدين يجب أن تكون مستمدة ومستسقاة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابت في الدعوى، ومن شأنها أن تؤدي منطقياً إلى هذه الوقائع، فإذا لم يراع القاضي ذلك، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في

---

(١) في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٤/١٧٤٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٥/٢/٣، قضت بأنه: (... من المستقر عليه في فقها وقضاء أن تفسير العقود هي مسألة موضوع تختص فيها محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة قانون دون رقابة عليها من محكمة التمييز في هذه المسألة الموضوعية....).

(٢) أنور سلطان ، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٣) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١م، ص١٦٧.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٤٨٩.

الإثبات، أو بمعنى آخر أن مخالفة القاضي لأنه قاعده قانونية نصت عليها القوانين أو الأنظمة أو العرف الجاري في تفسير العقد تخضع لرقابة محكمة النقض كقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، وغيرها من القواعد ، ومن هنا نفهم أن قاضي الموضوع في معرض تفسيره للعقد مقيد بأمرين[1]: **الأول:** ان يتم استخلاص الوقائع استخلاصاً سائغاً من بينة صحيحة موجوده في ملف القضية المعروضة عليه، فإن استخلص الوقائع التي بنى عليها بالنتيجة حكمه من غير دليل صحيح لها في ملف الدعوى بين يديه، كان حكمه خاضعاً لرقابة محكمة النقض، **والثاني:** أن يفسر عبارات العقد آخذاً بعين الاعتبار القواعد القانونية أو قواعد العرف التي ترشده في التفسير، حيث لا يجوز للقاضي الخروج عنهما، وإلا كان فعله خاضعا لرقابة محكمة النقض[2].

(١) لقد أكدت محكمة التمييز الأردنية ذلك في عدة أحكام لها، بقولها أن تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، وجاء في أحكامها أيضاً أن لمحكمة الموضوع أن تستدل من سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد على مقاصدهما والتعرف على إرادتهما توصلا لتفسير العقد تفسيراً صحيحاً، تمييز حقوق رقم (٢٠٠٣/٨٦٥) الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٨.، والجدير بالذكر إلاّ أنه في كل من مصر وفرنسا، قضت محكمة النقض على إعطاء قضاة الموضوع السلطة التقديرية في تفسير شروط العقد للوقوف على النية المشتركة للطرفين، بلا رقابة عليهم من محكمة النقض، وتقول محكمة النقض المصرية في ذلك" ..... لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلفة عليها، بما تراه أو في لمقصود المتعاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابستها ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، و لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها....،مما لا يصح التحدي به أمام محكمة النقض". نقض مدني رقم (١٩٧١/٦٣)، المكتب الفني، السنة الثانية والعشرون، الصادر بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٥، ص ٤٠١.

(٢) محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ٢٠١٠م، ص١٠-١١.

الفرع الثاني

تفسير عقود الإذعان

يسود عقود الإذعان ظاهرة عدم التكافؤ بين طرفي العقد من الناحيةالقانونية أو الفنية، فالطرف الضعيف يسلم بالشروط الواردة في العقد دون إمكانية مناقشتها أو معرفة آثارها؛ لذلك ليس له أي تدخل في إعداد وصياغة تلك العقود. فالطرف القوي هو من ينفرد بإعدادها وترتب على هذا الإنفراد فإنه تقع تبعات العقد عليه وحده دون الطرف الضعيف إذا شاب ذلك العقد الذي أعده الغموض[١]، سوف أتناول في هذا الفرع النظريات الفقهية في تفسير عقد الإذعان، بالإضافة إلى شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن.

أولاً- النظريات الفقهية في تفسير عقود الإذعان:

وفيما يلي ندرس كل من هاتين النظريتين:

أ- نظرية التفسير الضيق لعقود الإذعان (الاتجاه التقليدي)

تقيد اتجاه فقهي بفرنسا بنظرية التفسير الضيق، فيعتمد ذلك التفسير على أن يتم تنفيذ شروط العقد حرفياً كما وجدت في العقد، فمباديء العدالة وحسن النية التي تعتبر من أهم المباديء في إنشاء العقود، فلا مجال لإعمال تلك المباديء في نظرية التفسير الضيق، باعتبار العقد شريعة المتعاقدين وفق المذهب التقليدي، لذلك فلا مجال لإعمال قواعد خاصة بالتفسير، وعليه فإن عقد الإذعان ينفرد الطرف القوي بوضع الشروط لا يعلم بها الطرف الآخر ويخضع لها، فوفق أصحاب هذا الإتجاه فقد اكتفى بتطبيق القواعد العامة في مجال الغموض التي وردت في نص المادة(١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة على انه يتم تفسير الشك لصالح المدين [٢].

أما في الحالة التفسير العادية فالقاضي يتوجب عليه أن يتقيد بنص المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه في تفسير العقود يتعين الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين؛ لأن نية المتعاقدين المشتركة تعبر عن إرادتهما الحقيقة[٣].

---

(١) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص٢٢٥.

(٢) جاء في المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي أنه:" في حالة الشك يفسر الاتفاق ضد من اشترط وفي صالح من ابرم الالتزام".

(٣) انظر المادة (١١٠٤) فقرة اولى من القانون المدني الفرنسي، وهناك من يرى أصلا عدم تغليب مبدأ النية المشتركة وعدم تفسير أي عبارة واضحة، وبالتالي فإذا كان غموض الألفاظ أو العبارات هو شرط لتطبيق النص، فإن تفسير العبارات

فاصحاب هذا التوجه[١] ينظرون إلى عقد الإذعان بأنه ذو طبيعة عقدية، فينطبق عليه أحكام العقد العادية، فهو يتم بتوافق إرادتين، فإرادة الموجب لا تنتج أثرها إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، يستسلم القابل إلى شروط العقد دون مناقشة فالمساومة معدومة، إلا أن إرادة المتعاقدين لا تكون متكافئة، وهذا مايميز عقد الإذعان عن غيره، وكما ذكرنا فإن الإكراه الإقتصادي لا يؤثر على صحة التراضي ، فمسألة الطرف القوي والطرف الضعيف فهي مسألة ذات طبيعة قانونية فرضها المشرع، وعلى إثر ذلك قام المشرع بوضع حماية حتى لا يقع الطرف الضعيف ضحية الطرف القوي عند اختلال التوازن العقدي، فمن وسائل الحماية أبطل المشرع كل شرط يحمل الصفة التعسفية[٢].

ومن خلال الرأي تفهمت بأن القاضي مقيد بالشروط التي وردت في العقد إذا انعقد العقد بصورة صحيحة، ويجب عليه تطبيقها حرفياً كما وردت، ويترتب على ذلك بحظر قيام القاضي بالمس في تلك البنود سواء إلغاء أم تعديل، فيتدخل القاضي فقط في حال تم استغلال الطرف الضعيف؛ لذلك عند تدخل القاضي في تلك الشروط رغم وضوحها يعتبر حكمه محل نظر لدى محكمة النقض، ووفق هذه النظرية فالطرف المذعن لا يحق له التنصل من شروط العقد التي تتفق مع النظام العام والآداب العامة، إذا سهل الموجب العلم بها من خلال وسائل الإعلام المختلفة، فإرادة الطرف المذعن تكون قد انعقدت ورتبت آثارها[٣].

ومن خلال ماسبق عندما يرد شرط غامض في العقد، فعلى قاضي الموضوع أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين، واذا كانت هذه الشروط واضحة فلا مجال لتفسريها، فلقاضي الموضوع ان يستخدم طرق الإثبات كفةً، من أجل البحث على النية المشتركة لطرفي العقد، من خلال دراسة الظروف الخارجية للعقد، فسلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة تقديرية فلا تخضع لرقابة محكمة النقض.

وقد وافقت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع عند البحث عن إرادة المتعاقدين فقد لجأت إلى العرف، وذلك لتفسير الشروط الغامضة، حيث نصت المادة (١١٦٠) مدني فرنسي في

الواضحة يكون مخالفا للاتفاق الواضح، وبالتالي يكون مخالفا للقانون مما يؤدي الى تهديد استقرار المعاملات التي ما كان ليمنها الا الثقة في الفاظ العقد الواضحة. حيث هذا الرأي متأثر بالفقه الروماني أدرجه الفقيه "بابنيان".

(١) ويأتي على رأسهم الفقهاء ريبير وبلانيول وايسمان وكابيتان وغالبية انصار هذا الفقه من فقهاء القانون الخاص.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول، شهر يناير، سنة ١٩٩٦، ص٢٤٣ وما بعدها.

(٣) ومن هذا المنطلق خلعت محكمة النقض الفرنسية صراحة على عقد التأمين صفة اللارضائية التي تحتم اللجوء الى عناصر خارجية للوقوف على هذه النية فسوف بذلك بينه وبين العقود العادية.

حالة الشك يفسر الاتفاق ضد الشخص الذي اشترط و لمصلحة الملتزم، وبناء على هذه الفرضية يمكن للمحكمة أن تؤول في مجمل الأحوال شروط العقد الغامضة أو المعقدة ضد المحترف [١] .

وقد تعرضت نظرية التفسير الضيق، للنقد من جانب الفقه من عدة نواحٍ:

لا يوجد مبرر في التمسك المبالغ في التفسير الضيق والحرفي لعقود الإذعان، فإن حالة عدم المساواة و القوة الاقتصادية، تسمح هذه العقود بإدراج العديد من الشروط التعسفية، التي تحمل طابع الجور التي تستمد قوتها من الرقابة القضائية.

فإن إرادة الأطراف ليست هي المصدر الوحيد في الحقوق، فالإرادة المشتركة التي يبحث عنها القاضي، موجودة في عقود المساومة لأنها محل تراضي حقيقي بين طرفيها؛ لذلك فإن التقيد بتطبيق نص المادة (١١٠٣) مدني فرنسي غير مناسب.

بينما يختلف الأمر في عقود الإذعان فليست كل شروط العقد محلاً للتراضي، فالشروط الجوهرية هي محل التراضي، أما الشروط التبعية فيتم اعدادها من قبل الموجب أي بإرادة منفردة، فغالباً تكون تلك الشروط مطبوعة لذلك يتم تفسيرها وفق إرادة المنفردة فيتحمل تبعاتها من وضعها، وبالتالي فأين الارادة المشتركة التي يلجأ إليها القاضي في التفسير بإعمال نص المادة السالف ذكرها، وكيف يمكن ان نسوي بين العقود العادية وعقود الإذعان ونطبق نص الماد (١١٠٣) مدني فرنسي عليهما[٢].

حيث نصت المادة (١١٨٨) من القانون المدني فرنسي على (أنه في الاتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ). حيث يتم تطبيق هذا على عقود الإذعان، فهي اساس الذي يرتكز عليه القاضي في التفسير، إلا أن هذا النص بحاجة إلى تخصيص، وذلك لأن عقود الإذعان تختلف عن عقود المساومة فشروط عقد الإذعان عادة ما تكون مجحفة وتنافي مبدأ العدالة وحسن النية فتحتاج الى أن يتدخل القاضي لتعديلها وتخفيفها بشكل، يعمل على إعادة التوازن العقدي بين اطراف العقد، فالتفسير الضيق يجعل دور القاضي سلبياً [٣].

وأخلص من هذه النظرية التفسير الضيق وفق المفهوم التقليدي، لا نستطيع تطبيقها على عقود الإذعان، فالنظرية التقليدية تجد مكانها في المجال الطبيعي لتطبيقها؛ لذلك نحتاج إلى مرونة أكثر في تفسير دون تقيد.

---

(١) سعيد عبد السلام ،المرجع السابق، ص٣٤.

(٢) يبدو ان المشرع الفرنسي، تفهم هذا النقد عندما قام بتعديل نص المادة (١١٠٤)، فقرة ٣ مدني فرنسي.

(٣) سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص٥٥.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٣١٩.

ب.نظرية التفسير الموسع لعقود الإذعان (الاتجاه الحديث)

على خلاف أصحاب الرأي الأول، جاء رأي آخر سمح باللجوء بإستخدام مبدأ التفسير الموسع الذي يؤدي من خلال مراعاته لحسن النية تحقيق العدالة، ويراعي حسن النية، حتى ولو كانت عبارة العقد واضحة[١]، حيث وضع أصحاب هذا الرأي بعين الإعتبار طبيعة عقد الإذعان الخاصة، التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي بين أطرافه، فيؤدي ذلك إلى عدم استقرار المعاملات الإقتصادية [٢].

حيث يعطي هذا المبدأ الموسع في التفسير للقاضي مساحة إيجابية من خلال تعامله مع عقد الإذعان، مما يساعد في إرساء العدالة وإعادة التوازن العقدي للإطراف، من خلال تفسيره للشروط التي يكتنفها الغموض، ويقع الطرف الضعيف ضحية لإجحاف تلك الشروط، فيقوم القاضي بإعادة النظر لتلك الشروط التي تتسم بالتعسفية فيقوم بتجيرها لصالح الطرف الضعيف سواء بالتعديل أم الإلغاء [٣].

فلجأ الفقه الفرنسي إلى التوسع في سلطة القاضي لتفسير العقود؛ وذلك من أجل تحقيق العدالة في العلاقة التعاقدية بما يتناسب مع تحقيق المصالحة المشتركة للأطرافه، فقد أكد أصحاب هذا الرأي بأن التفسير الموسع لا يتنافى مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي نصت عليه المادة (١١٠٣) من القانون المدني الفرنسي فإن هذا المبدأ لم يحول العقد إلى قانون فهذا المبدأ فقط لتوضيح الإلتزامات على الأطراف التي تؤثر على آثار العقد.

فالتفسير الموسع لم يستثنٍ العبارات الواضحة، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨٨) من القانون المدني فهي لم تفرق بين العبارات الواضحة والعبارات الغامضة، حيث نصت المادة صراحة على أنه يحق للقاضي للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالتوسع في التفسير هنا لايتنافى مع الإرادة المشرع الرامية إلى البحث عن النية الحقيقية للإطراف.

إن أصحاب هذا الرأي قالوا بأن هذا المبدأ التوسع في التفسير لا يتعارض مع نص المادة (١٣٤١) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه لايجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، فإن إزالة الغموض الوارد في الشرط ماهو إلا تفسير وليس تعديلاً أو أضافة شرط جديد، لذلك فإن التفسير مستقل عن مجال الإثبات[٤].

---

(١) يميل هذا الرأي الى تغليب النية المشتركة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين على المعاني الظاهرة للعقد، ووجب خضوعه .

(٢) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٣) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٤) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٢٥.

ففرض أصحاب هذا التوجه بضمان سلامة الركاب على عاتق الناقل في عقد النقل، فجاءت أحكام عقد التأمين لتفرض على عاتق المؤمن التزامات خاصة تهدف إلى حماية المؤمن له، وهو الطرف الضعيف في عقد التأمين، فقد سبقتهم القواعد والمبادئ القضائية التي تهدف حماية العامل في عقود العمل.

المشرع الفرنسي نص صراحة من خلال قانونه المدني نصاً يتعلق بتفسير عقد البيع، مفاده أنه: " عندما يوجد شك في التفسير، ويفسر الاتفاق أو العقد، ضد مصلحة الطرف المشترط، ويفسر الشك في مصلحة الطرف الآخر في التعاقد[١].

ومن خلال هذا النص فإن المشرع الفرنسي استخدم مبدأ التفسير الموسع حيث فسر الشك ضد البائع بغض النظر عن وضعه (دائناً أو مديناً)، وهذا يتطابق مع قواعد التفسير الخاصة بعقود الإذعان رغم أن عقد البيع من عقود المساومة فطبيعته تختلف عن طبيعة عقود الإذعان، فالتفسير الموسع هو أمر محمود فهو يساعد في إرساء مباديء العدالة وإعادة التوازن العقدي بين الأطراف.

حيث اتجه بعض الفقه الفرنسي، إلى أن عقود الإذعان تفسر كما يفسر القانون[٢]،حيث ترتب على ذلك اعتبار تفسير عقود الإذعان مسألة قانون، وبصفة خاصة في مسألة التسعيرة الموحدة، ويترتب على ذلك أن تكون الرقابة على التفسير من محكمة النقض[٣] ، حيث ينظر الفقه الفرنسي إلى عقد الإذعان باعتباره ذي طابع لائحي أكثر منه ذي طابع عقدي، وهذا أمر يثير إعادة النظر في تلك الرؤية[٤]، حيث برر أصحاب ذاك الرأي لعدم توفر الإرادة الحقيقية للتعاقد لدى الطرفين، أي عدم المساواة بين الأطراف في العقد، مع عدم قبول مناقشة بنود العقد، فلا يكون أمام الطرف الضعيف إلا أن يرضخ دون أن يناقش أو يساوم مضمون العقد، ففكرة العقد لا تكفي لتنفييد غالبية آثاره القانونية، حيث ينفرد الطرف القوي والذي يتمتع بقوة اقتصادية بإملاء شروطه التعاقدية مع الطرف الضعيف الذي لا يملك سوى الموافقة والإذعان لتلك الشروط [٥].

---

(١) انظر المادتين (١١٦٢)و (١٦٠٢) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) على رأسهم الفقيه أدمون سالي، ليون ديجي، وأندري هوريو وغالبهم من فقهاء القانون المدني. وهو رأي ميل إليه بعض الفقه العربي، ومنهم على الخصوص الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في مؤلفه" نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، ١٩٨٤م، هامش ٢١٣.

(٣) لعشب محفوظ، المرجع سابق، ص١٦٤.

(٤) هناك رأي وسط يتزعمه الفقيهان الفرنسيان (ديموج) والفقيه (جونو) لا ينظر الى عقد الإذعان من حيث طابعه التعاقدي أو اللائحي، وإنما من حيث هدفه، بالقول أنه عقد ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة، ولذا فهو خليط من جزئيين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي.

(٥) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

ونظراً للأساليب المتنوعة في انعقاد عقود الإذعان، فوجد القضاة في فرنسا صعوبة كبيرة في تفسير عقود الإذعان؛ لذلك فقد لجأ القضاة إلى تطبيق القواعد العامة للتفسير، المطبقة على العقود العادية، المبنية على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وتفسير الشك لصالح المدين وهذا في ظل غياب الضوابط القانونية لتفسير عقود الإذعان، إلا أن هناك جانباً آخر خرج عن القواعد التقليدية حيث قرر بتفسير الشك ضد من قام بوضع الشرط سواء كان دائناً أو مديناً، ومن ضمن الوسائل التي لجأ إليها القضاء الفرنسي أيضاً في تفسير عقود الإذعان التوسع في مبدأ مراعاة حسن النية[١]

ولذلك نحن نؤيد الرأي الذي يعتبر عقد الإذعان عقداً حقيقياً، وإن معالجة الضعف الذي يعتري الطرف المذعن في هذه العقود لا يكون بإنكار الصفة العقدية؛ ولذلك يكون تفسير القاضي للعقد وفق ضوابط؛ وذلك لحماية الطرف الضعيف وإلا كان القاضي متعفساً في استخدام سلطته مما يؤدي إلى اضطراب المعاملات.

ثانياً–شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن

ان قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، لا تسند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ لذلك لا تطبق بشكل جزافي، وإنما يتم تطبيقها وفق ضوابط يجب أن يتبعها القاضي، فعليه يتم تطبيق تلك القاعدة في حال توفر عدة شروط لم ترد في القانون، وإنما هي نتاج الأحكام القضائية والاجتهادات الفقهية وهي على النحو التالي:

أ: جود مبرر للتفسير

فإذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين، فلا محل لتطبيق قاعدة الشك في التفسير، ولو كان العقد جائراً وتعسفياً، ويجب التفريق في حال وجود شروط تعسفية واضحة أم وجود شرط غامض، ففي الحالة فلا مجال لإعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن؛ وذلك لوضوح الشرط؛ ولذلك يتم إسقاط المادة الخاصة بالشروط التعسفية سواء بالتعديل أو إلغاء ذلك الشرط التعسفي، وعليه تطبق تلك القاعدة في حال وجود شك في بنود العقد ويتم تفسيره لصالح الطرف المذعن [٢].

وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٦٥) من القانون المدني الفلسطيني في هذا المجال، حين نصت على أنه (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق

---

(١) الحقيقة أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عاما في العقود يعمل به في جميع مراحل العقد من تكونه على تنفيذه الى تعديله، كما يعول عليه القاضي في التفسير أيضا وفي سد النقص في العقد، وهو مبدأ يسري على كل العقود بمختف أنواعها إضافة الى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الثنائية والجماعية.

(٢) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ١٦، ص١٧.

تأويلها للتعرف إلى إرادة المتعاقدين). ومن خلال تحليلي للنص تبين لنا أنه إذا كانت عبارات العقد لا يكتنفها الغموض، وكانت تلك العبارات مطابقة لما أرادته إرادة الطرفين، فتتقيد هنا سلطة القاضي في التفسير؛ وذلك للوضوح الظاهر الذي يوجب على القاضي تطبيقه، وعليه لا مجال لإعمال قاعدة الشك، بصورتيها الأصلية والإستثنائية، وأي تفسير يتم العمل به للعبارات الواضحة، فهو يمثل تعسف من قبل القاضي لإنحرافه عن إرادة الخصوم.

فلو قام القاضي بتفسير العقد لصالح المذعن بحجة جور شروطه، رغم وضوح العبارات الواردة في العقد، فيكون بذلك القاضي خرج عن النص، ويكون حرف تلك الشروط، إلا أن الفقه والقضاء أعطى للقاضي السلطة في التفسير في حالة وضوح العبارات، إذا كان هناك شك وغموض الإرادة، وعدم مطابقتها في التعبير، إلا أن الفقه وضع قيداً على ذلك وهو التسبيب حيث يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض [١].

لذلك يتم العمل بتلك القاعدة في حال وجود نزاع في شروط العقد وعدم الوضوح؛ لذلك أي شرط غامض ومبهم يتم تفسيره لطرف المذعن.

ب: استيفاء كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين

فهذه القاعدة احتياطية، أوجدتها الظروف التي تستدعي حماية الطرف الضعيف في التعاقد، فإن إرادة الطرفين هي العنصر الجوهري في العقد؛ لذلك يتم استخدامها بعد استنفاد جميع الوسائل اللازمة للكشف عن إرادة المتعاقدين[٢].

ج: استمرار قيام الشك او الغموض في التعرف إلى الإرادة المشتركة

رغم قيام القاضي بإستخدام وسائل التفسير الواردة في القانون، إلا إنه يبقى هناك قصور في تفسير العقد وذلك من خلال النظر لما يعتريه من غموض كبير أو شك في فهم معاني العبارات في العقد، فقد حددت الفقرة الثانية من المادة (١٦٥) من القانون المدني الفلسطيني، الوسائل المادية التي يلجأ إليها القاضي لكشف هذا الغموض، وقد جاء فيها (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع

---

(١) محمد شريف عبد الرحمن أحمد، عقود الإذعان ، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص١٣٧.

(٢) أمين الدواس، المرجع السابق، ص٢٠١. الإضافة الى معايير التفسير وقواعده الأصولية قد يستخدم القاضي للوصول لنية المشتركة للطرفين، ضوابط المنطقية مثل أن بنود العقد يفسر بعضها بعضا و بالتالي لا يجوز النظر الى احد هذه البنود بمعزل عن البنود الأخرى وانما باعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد كله، وكذلك ضرورة تفسير العقد في ضوء روحه والغرض الاقتصادي المنوي تحقيقه منه، ومن ذلك استعمال المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً، واضف الي ذلك سواء كان مطبوعاً او مكتوباً بخط اليد شروطا تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيرا واضحا عن ارادة المتعاقدين.

الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

لقد قام المشرع بوضع وسائل يستهدي من خلالها القاضي في الكشف عن الغموض الذي يكتنف عبارات العقد، حيث يقوم القاضي من خلال تلك الوسائل في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حال تعذر عليه معرفة الإرادة الظاهرة، فالوسائل هي على سبيل المثال لا الحصر حيث ينظر القاضي للظروف المحيطة بالعقد، كطبيعة التعامل وحسن النية والثقة .... إلخ. فتلك الوسائل غير ملزمة وإنما يستأنس من خلالها القاضي[١] فيسترشد من خلالها قدر الإمكان دون أن يسيء استعمالها، لأن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة.

د: انتفاء سوء النية أو الإهمال من جانب المدين

إن أساس العلاقة التعاقدية أنها تقوم على مبدأ حسن النية، لذلك فإنه لا حماية للمدين سيء النية أو المهمل، بل الحماية للمدين حسن النية الذي لا ذنب له في غموض كان يتعين على الدائن صاحب المصلحة أن يزيله[٢].

هـ: تعلق الشك بتفسير عقد إذعان

قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، فتقتصر هذه القاعدة فقط على عقود الإذعان، وإسقاطها فقط على عقود الإذعان ما هو إلا حماية للطرف الضعيف، حيث تختل توازن القوى بين الطرفين، فما كان من المشرع إلا توفير حماية الطرف المذعن، تشمل جميع الشروط الغامضة الواردة في عقد الإذعان سواء كانت شروط عامة أو خاصة وسواء تم تحريرها بخط اليد أم آلة طابعة وبغض النظر عن توقيت العقد سواء كان مستمراً أو دورياً وبغض النظر عما إذا كان عقداً ثنائياً أو جماعيا[٣].

فأوجدت تلك القاعدة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، حيث يقوم الطرف القوي بإعداد نماذج مسبقة لا يجوز للطرف الضعيف مناقشة تلك الشروط، فعليه القبول مذعناً لتلك الشروط، ويقوم القاضي بتكييف أي شرط غامض في العقد لصالح الطرف المذعن؛ وذلك لأنه لم يقم بإعداد العقد [٤].

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج١، المرجع السابق، ص ٦٦٣.

(٢) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٣٠٨،٣٠٧.

(٣) محمد شريف أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١٣٧.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص٣١٠.

الفصل الثالث

دراسة تطبيقية عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان، حيث إن مبدأ التوازن بين مركزي المؤمن والمؤمن له غير متحقق، كما أن شركات التأمين في الواقع تحتكر الخدمة التأمينية، خاصة أن التنافس بينها محدود؛ لأنه لا يمكن لأية شركة أن تتنازل عن بعض الحدود حتى تحقق أعلى عائد من الربح وبالتالي لا يستفيد المؤمن لهم من هذا التنافس المزعوم بين شركات التأمين.

فمن هذا المنطلق تعتبر شركات التأمين، هي المسيطرة والمتحكمة في سوق التأمين حيث إنها تفرض شروطاً قاسية تنطوي على جانب كبير من التعسف، حيث أن مخالفة هذه الشروط التعسفية يؤدي إلى سقوط حق المؤمن له.

كما أن هذا الأخير لا يملك حق مناقشة هذه الشروط التي يضعها المؤمن فإما يسلم بها، وإما أن يعزف عن ذلك تماماً، لذلك كان واجباً على المشرع أن يتدخل لحماية حقوق المتعاملين مع شركات التأمين من الظلم والتعسف كما يجب على الجهات القضائية التي يعرض أمامها نزاع التأمين أن تراعي مصلحة المؤمن له باعتباره طرفاً مذعناً.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع كان من الضروري أن أتناول عقد التأمين كدراسة تطبيقية لهذه العقود، وعليه تم تقسيم هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية عقد التأمين

المطلب الأول: مفهوم عقد التأمين

المطلب الثاني:صفة الإذعان في ظل عقد التأمين والحماية القانونية له

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين

المطلب الأول: الحماية العامة للمؤمن

المطلب الثاني: الحماية الخاصة للمؤمن

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد التأمين

المبحث الأول

ماهية عقد التأمين

سوف أتناول في هذا المبحث مفهوم عقد التأمين من خلال المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سوف أتعرف إلى أهم خصائص عقد التأمين.

المطلب الأول

مفهوم عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من أنجع الوسائل التي استخدمها الإنسان؛ وذلك التي قد تحل به، لذلك فإن عقد التأمين يتم بين عدة أطراف ، لكل طرف يؤدي مايترتب عليه من إلتزام ويكتسب الطرف الآخر حقوقاً، فعملية التأمين يجب الألمام فيها من جميع النواحي كونها ذات طابع متشابك، إلا أننا سنقتصر في هذا المطلب على التعريف بعقد التأمين، ومن ثم التعرف على خصائصه.

لقد تباين تعريف عقد التأمين بين الفقهاء، والسبب في ذلك للاختلاف في استخدام اللفظ، فتعريف التأمين من ناحية قانونية يختلف عنه من ناحية اقتصادية[١].

بينما عُرف التأمين عند الإقتصادين بأنه (يستهدف استئصال ظاهرة عدم التأكد أو التقليل من عدم التأكد أو مجابهة الخسائر وتحويل الجهل الى معرفة أو الحد من الخطر). فنلاحظ على هذا التعريف بأنه قد أغفل الجانب القانوني الذي يعتبر كأساس لقيام عملية التأمين.[٢]

بينما عرفه جانب آخر من الإقتصادين على أنه (عمل من أعمال التنظيم والادارة وذلك لأنه يقوم بتجميع أعداد كافية من الحالات المتشابهة لتقليل درجة عدم التأكد الى حد مرغوب فيه)[١]، فالملاحظ على التعريفات الاقتصادية نجدها تتجاهل وتستبعد الجانب القانوني .

---

(١) يقسم الفقه التأمين من حيث الموضوع إلى نوعين: الأول تأمين الأضرار ويقصد به التأمين بالنسبة للمخاطر كافة التي يترتب على تحققها إلحاق الضرر بذمة الشخص المالية ويهدف هذا النوع من التأمين إلى تعويض هذه الأضرار سواء نتجت عن سرقة أو إتلاف أو حرق الأشياء المؤمن عليها أو تلتحق بالمؤمن له عند ارتكابه فعلاً ينتج عنه مطالبة بالتعويض كما في حوادث المركبات وفي هذه الحالة يتم التأمين على مسؤولية المؤمن له تجاه الغير. أما النوع الثاني من التأمين فهو تأمين الأشخاص وينصرف إلى التأمين على الأخطار التي تصيب المؤمن له في شخصه فتهدده في صحته أو سلامة أعضائه، و لا خلاف بين الفقه على اعتبار المصلحة ركن في التأمين من الأضرار بينما اختلفوا على اعتبارها ركناً في التأمين عل الأشخاص إذ ذهب جانب منهم الى اعتبارها ركناً في التأمين مستندين بذلك أن المشرع أورد المصلحة ضمن القواعد العامة لعقد التأمين ولم يدرجها أثناء معالجته للتأمين من الأضرار ومن أنصار هذا الرأي: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٣١.

بينما ذهب الرأي الآخر إلى عدم اعتبار المصلحة ركناً في تأمين الأشخاص ويتندون في ذلك إلى أن المصلحة التي تحدث عنها المشرع هي (المصلحة الاقتصادية) والتي لا تقوم إلا في التأمين من الأضرار إذ إن المصلحة في تأمين الأشخاص هي مصلحة معنوية أو أدبية ومن أنصار هذا الرأي، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الوسيط، ج٧، ص٩٦٢.

(٢) ناظم محمد عويضة، أحكام قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥،دار المنارة، دون سنة نشر، غزة، ص١١.

أما المختصون بالتأمين فهم بحكم عملهم يركزون على الجانب العملي، والهدف منه لعقد التأمين، فهم مثل غيرهم من الاقتصاديين قد تجاهلوا الجانب القانوني، فعرفه المختصين بأنه: (حماية الأفراد والهيئات من الخسائر المادية الناشئة عن تحقق الأخطار المحتملة الحدوث والتي يمكن أن تقع مستقبلاً، وتسبب خسائر يمكن تفاديها مادياً ولا دخل لإدارة الأفراد أو الهيئات في حدوثها)[٢].

وبشكل عام ومن خلال استقرائنا للتعاريف السابقة للاقتصاديين والإخصائيين نجدها لم تشمل الجانب القانوني الذي يعتبر هو الأساس الذي تقوم عليه عملية التأمين.

فقد ذهب رأي من الفقه[٣] إلى القول" عقد التأمين من عقود الإذعان، والمؤمن هو الجانب القوي، و لا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن..." ويقول لعشب محفوظ :"... عقد التأمين يضرب عادة كأبرز مثال لعقد الإذعان، والأمر المهم الذي يؤدي إلى إدراج عقد التأمين ضمن فئة عقد الإذعان... أن الموجب يحدد بصورة عامة شروط العقد بإرادة منفردة يذعن لها من يرغب في التأمين، وغالبا ما يلجأ في تحديد تلك الشروط إلى استعمال متخصصين... والمؤمن هو الجانب القوي، ولا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة و معروضة على الناس كافة، وهذه أهم خصائص الإذعان... "[٤].

أما من الجانب القانوني فقدت عرفت المادة (١) من قانون التأمين عقد التأمين أنه (أي اتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي الى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو ايراداً أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)[٥].

بموجب المادة (١) من قانون التأمين الفلسطيني التي عرفت التأمين حيث بين التعريف الذي تناوله المشرع عناصر عقد التأمين من جهة وأنه يقوم على خطر أو حادث يخشى وقوعه، يهدف المؤمن له تأمينه مقابل قسط يدفع بشكل دوري سواء كان شهرياً أو سنوياً وذلك حسب الاتفاق، فإذا وقع الخطر المؤمَّن منه التزام المؤمن بأداء مبلغ التأمين، إما للمؤمن له أو إلى المستفيد المعين أو القابل للتعيين كالمتضرر المؤمن للحصول منه على تغطية للمخاطر التي قد تحدث مستقبلاً ، فنلاحظ التعريف الذي ورد في نص المادة يتسم بالسهولة واليسر، فنجده أنه يقتصر على الجانب القانوني بشكل خاص.

---

(١) ناظم محمد عويضة، المرجع السابق، ص١١.

(٢) عادل عبد الحميد عز، مبادئ التأمين ، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١م، ص١١.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص١١٤١.

(٤) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص١٢٣.

(٥) المادة (١)، قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥. المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

من خلال التعريف، يظهر أن هناك ثلاثة أطراف معنيين في عقد التأمين، وهم المؤمن، المؤمن له و المستفيد.

١. **فالمؤمن:** هو إحدى شركات التأمين أو الجمعيات التعاونية للتأمين، و يتم ابرام العقد عادة من خلال وسيط إما أن يكون وكيلاً مفوضاً أو مندوباً[١].
٢. **المؤمن له:** يمكن أن يبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب نيابة قانونية أو اتفاقية، وهنا تنصرف آثار العقد مباشرة إلى الأصيل طبقاً لقواعد العامة، ويكفي في من يبرم العقد توافر أهلية مباشرة عقود الإدارة لأن التأمين من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.
٣. **المستفيد:** فهو من يقبض مبلغ التأمين من الشركة عند حلول الخطر.

ومن خلال نص المادة، يتبين أن عقد التأمين ينشأ بين متعاقدين. المؤمن: وهو الذي يقوم بوضع شروط العقد بكل استقلالية، ويلتزم بأداء تعويض للمؤمن له، أو للمستفيد: الذي اشترط التأمين لصالحه حين تعرضه للخطر، والمؤمن له: الذي يعمد إلى تأمين نفسه من خطر ما، بأن يتعاقد مع شركة التأمين، حيث يؤدي لها أقساطاً دورية أو أية دفعة مالية أخرى في مقابل أن يتقاضى منها مبلغاً من المال عند تحقق[٢] الخطر. كالتأمين ضد حريق مثلاً.

في الواقع فإن عملية التأمين لا تقتصر فقط على العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، وإلا دخل ذلك في باب المقامرة والرهان، حيث تصبح العلاقة مجرد نقل للمخاطر من شخص لآخر[٣]؛ لذلك يعتبر عقد التأمين من حيث الإلزام وعدمه، ينقسم إلى تأمين اختياري وأخر إجباري، وهذا الأخير تلزم الدولة المواطنين بإبرامه[٤]، كالتأمين على السيارات.

وبسبب النقد الموجه للتعريف التشريعي حول تباين الأسس الفنية التي تقوم عليها عملية التأمين، حاول الفقه التصدي لتعريف عقد التأمين في محاولة تلاشي القصور الذي شاب التعريف التشريعي، فقام العديد من الفقهاء بتعريف عقد التأمين، فنجد أن تعريف الفقيه **الفرنسي (هيمار)**، تفادى هذا القصور وامتاز بالدقة والشمولية، حيث عرف التأمين بأنه (عملية يحصل بمقتضاها أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، نظير دفع مبلغ، على تعهد لصالحه أو للغير، من الطرف الآخر، وهو

(١) محمد حسين منصور، مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجيدة للنشر، ١٩٩٩، ص٨٣.
(٢) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص١٢١.
(٣) عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٥، ص١٩.
(٤) أنس عبد الله العيسي، المرجع السابق، ص١٦.

المؤمن الذي يتحمل على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجري المقاصة بينهما وفقاً لقوانين الاحصاء)[1].

وبالرغم من القصور إلا أن التعريف التشريعي لعقد التأمين، مع عدم ذكر التعويض أضفى ميزة لذلك التعريف، حيث جعله ذلك شاملاً لكافة أنواع التأمين، فالتعويض على الحياة ليس له صفة التعويض، كسائر أنواع عقود التأمين، فإبراز عناصر التأمين أضفى ميزة أخرى وهي وضوح التعريف وسهولته(الخطر، القسط، العوض المالي).

وقد امتاز هذا التعريف بكونه:

١- إن عدم إشارة التعويض في التعريف، يجعل ذاك التعريف الوارد في النص ينطبق على أنواع التأمين كافة.

٢- إن تناول التعريف للعناصر الفنية للتأمين جعله يتسم بالسهولة والوضوح عن سائر العقود.

(١) أشار إليه: عفيف محمد أبو كلوب، أحكام عقد التأمين المتعلقة بالمركبات في القانون الفلسطيني، دراسة مقارنة، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، بدون سنة طباعة، ص ١٣.

المطلب الثاني

صفة الإذعان في ظل عقد التأمين و الحماية القانونية له

اختلف الفقه والقضاء في مدى انطباق صفة الإذعان على عقد التأمين، إلا أن غالبية الفقهاء أضافوا صفة الإذعان ضمن خصائص عقود التأمين، وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض الفلسطينية بتكييف عقد التأمين بأنه عقد إذعان[١]، بسبب تسليم العاقد للشروط المقررة فيها مسبقاً، لذلك سوف أتناول في هذا المبحث مدى إصباغ صفة الإذعان على عقد التأمين، متناولاً بعض الأحكام القضائية بهذا الشأن، وهذا من خلال المطلب الأول، بينما سأنفرد في المطلب الثاني لدراسة الشروط التعسفية في عقود التأمين، وسيتم تناول الموضوع في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مدى انطباق صفة الإذعان على عقد التأمين

حتى أتمكن من البحث في مدى انطباق صفة الإذعان على عقد التأمين، لابد من الرجوع إلى الفصل الأول من هذه الأطروحة، حيث تناول الباحث في الفصل الأول من هذا البحث تعريف عقد الإذعان وبين الباحث أبرز الشروط الواجب توافرها لاعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان ومن خلال تطبيق هذه الشروط على عقد التأمين نجد أن هناك خلافاً فقهيا وتضارباً في الأحكام القضائية حول مدى انطباق هذه الشروط على عقد التأمين للوصول إلى مدى انطباق هذه الصفة عليه.

تطبيق مبدأ الإذعان على التأمين

تباينت آراء الفقهاء حول إصباغ صفة الإذعان على عقد التأمين، إلا أن غالبيتهم توجهت آراؤهم إلى إصباغ صفة الإذعان على عقود التأمين[٢]، ومن بينهم القضاء الفلسطيني، فقد ساير هذا التوجه، فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية، حيث اعتبرت عقد التأمين الإلزامي على المركبات من عقود الإذعان[٣] وهذا ما جرى عليه العمل في سوق التأمين، إذ تقوم شركة التأمين بطبع نماذج تمثل إرادة الطرفين وما على المؤمن له إذا ما أراد التأمين إلا أن يوقع دون أن يكون له حق الاعتراض أو التعديل وعليه أن يُذعن للشروط الواردة في وثيقة التأمين[٤].

---

(١) قرار نقض مدني، رقم ٢٠٠٣\١٢٤، صادر عن محكمة النقض الفلسطينية،٢٠٠٩

(٢) عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص٤٣٣.

(٣) قرار نقض مدني، رقم ٢٠٠٣\١٢٤، صادر عن محكمة النقض الفلسطينية،٢٠٠٩، كما جاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية طعن رقم ٢٠٠٤/٧٠ مدني بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٤، حيث قضت محكمة النقض الفلسطينية " بأن عقد التأمين الإلزامي على المركبات من عقود الإذعان"، مشار إليه: ناظم عويضة، المرجع السابق، ص٧١.

(٤) عفيف أبو كلوب، المرجع السابق، ص ١٥.

بشكل عام، فعقد التأمين هو عقد حقيقي، يتم بتوافق إرادتي الطرفين(المؤمن والمؤمن له)، لكن إرادة المؤمن له إرادة ضعيفة و مقيدة دون انعدامها تماماً، وجوهر ضعف هذه الإرادة هو سيطرة المؤمن، وهو الطرف الأقوى اقتصادياً في العقد، على شروط العقد ووضعها مسبقاً، دون أن يكون للطرف الآخر فرصة مناقشتها أو تعديلها، فنتج عن هذا التفاوت في القوى الاقتصادية إخلالاً بالتوازن العقدي، مما جعل لعقد التأمين خصوصية كعقود الإذعان، وإن كان عقداً حقيقياً، فإن له حماية خاصة، سواء كعقد تأمين أو الحماية المتوفرة في النصوص الخاصة بعقود الإذعان وهذا ما سيتم تناوله في المبحث الثاني.

والطرف المذعن في عقد التأمين هو المؤمن له، فهو الطرف الضعيف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يمليها المؤمن، و التي ترد مطبوعة بالوثيقة، ومعروضة على الناس كافة فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول. إلا أن المؤمن له ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما يملكه هو قبول الشروط النمطية التي يمليها المؤمن أو يرفضها[١].

ولكن إذا ما أسقطنا خصائص عقد الإذعان، المذكورة في الفصل الأول من هذه الأطروحة على عقد التأمين، فإلى أي مدى يمكن القول بأنه عقد إذعان؟

١. عقد الإذعان ذكرنا من خصائصه، يكون المحل سلعة أوخدمة محتكرة، ولكن مع ازدياد عدد

شركات التأمين بصورة ملحوظة، واشتداد المنافسة بينها على مستوى فلسطين، فهذا يقلل من فكرة الاحتكار[٢].

و رغم تلاشي فكرة الاحتكار لشركات التأمين إلا أن لا يجوز لأي شخص أن يمارس أعمال المؤمن إلا إذا كان شركة مساهمة عامة فلسطينية مسجلة في فلسطين بموجب القوانين ومرخصة، وفقاً لهذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، أو كانت شركة أجنبية مسجلة ومرخصة للعمل في فلسطين، بموجب هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي عقد تأمين أو اتفاق أبرمه مؤمن لم يستوف الشرط المنصوص عليه في هذه المادة[٣].

فمن خلال ماسبق ، يتضح لنا أن الاحتكار للتأمين يقتصر على شركات المساهمة العامة التي استوفت شروطها واجرائتها القانونية، حتى وإن سلمنا بوجود عدد كافٍ من شركات التأمين حسب التوزيع الجغرافي إلا في نهاية الأمر فلا بد للمؤمن له أن يرضخ لشروط وثيقة التأمين بلا منازع،

---

(١) عوض عبد التواب، المرجع السابق، ٤٧٣.

(٢) حمزة حداد، مدى انطباق مبدأ الإذعان على عقد التأمين، مؤتمر القضاء والتأمين، عمان، ٢٠٠٣، ص٨.

(٣) الفقرة الاولى من نص المادة (٤٦) من قانون التأمين الفلسطيني.

دون أن يناقش أو يفاوض تلك الشروط التي تم اعدادها مسبقاً من قبل شركة التأمين فالحرية مقصورة فقط على اختيار شركة التأمين دون اللجوء الى مناقشة أو تعديل شروط التأمين.

٢. من خصائص عقد الإذعان أنه يتعلق بسلعة أو بخدمة ضرورية فلا يمكن الاستغناء عنها. وإذا ما أسقطنا هذه الخاصية على عقد التأمين، نجد أننا في مجتمع لا زالت خدمة التأمين ليست من مستلزمات الحياة، وإنما هي من باب الترف[١]، بينما التأمين على المركبات فهو اجبارياً لا اختيارياً[٢].

٣. تقوم شركات التأمين بإصدار الإيجاب، وبنفس الشروط لكافة الناس، ليتقدم من يريد بطلب التأمين، بناءً على هذا الإيجاب، الصادر عن الشركة وهذا ما ينطبق على عقد الإذعان.

٤. تقوم شركة التأمين بإعداد الشروط مسبقاً، ويتم تحريرها بوثيقة خاصة (بوليصة التأمين)، فتكون تلك الشروط لصالح شركة التأمين، فلا يكون أمام المؤمن له إلا الرضوخ، وعدم مناقشة الشركة بتلك الشروط أو البنود التي أملتها عليه، حتى وإن بحث عن موجب آخر، ففي نهاية المطاف سيخضع لنفس الشروط والبنود، فتغير اسم الشركة لن يضفي للمؤمن له امتياز آخر.

إلا أنه يمكن الاستثناء عن الحالات السابقة، وخاصة إذا كان المؤمن له يتمتع بقوى اقتصادية تفوق المؤمن أو تكافئه، فلا يمكن في هذه الحالة أن تقوم شركة التأمين، بفرض شروطها على المؤمن له فهو الطرف القوي في عقود الإذعان، فالطرف القوي هو من يقوم بفرض الشروط والبنود التي تحقق مصالحه، فشركات النفط والغاز تقوم أحياناً بطرح عطاءات لأفضل شركة تأمين تقدم خدمات، فهنا أُلاحظ أن شركة البترول او الغاز التي طرحت العطاء كانت هي الطرف القوي، فهي من تملي شروط التعاقد على شركة التأمين[٣].

بينما النص المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني، حيث اقتصر فيه الإذعان على مجرد القبول التسليم بالشروط المعدة مسبقاً، دون أن يتم المفاوضة أو المناقشة، فلم يوضح ذلك النص شريطة أن يتم احتكار السلعة أو الخدمة، وبالتالي يفهم ضمن بإنطباق ذلك النص على عقد التأمين، فحاجة المؤمن له لهذه الخدمة المعروضة للمؤمن، ولعدم توفر مؤمن أخر بشروط أفضل أصبغت عليه صفة الإذعان[٤]. إذن فان المعيار الحقيقي لعقود التأمين لإصباغ عليها صفة

---

(١) حمزة حداد، المرجع السابق، ص٩.

(٢) المادة (١٣٧) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥.

(٣) حمزة حداد، المرجع السابق، ص٩.

(٤) حمزة حداد، المرجع السابق، ص٩.

الإذعان يتمثل في قيام الموجب بعرض الإيجاب بعقد معد مسبقاً، فالقابل (المؤمن له) يقبل تلك الشروط برمتها جملة واحدة أو يرفضها، فلا يحق له المناقشة أو المفاوضة حول ذلك العقد [1].

فوفق الاتجاه الفقهي الحديث لمفهوم الإذعان، فإنه يحقق للمؤمن له الاستفادة من الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، وبالتالي تتسع دائرة الحماية للمؤمن له، باعتباره أنه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

(١) التعسف في عقود الإذعان، تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/٨. http://www. lawjo.net/__online

الفرع الثاني
الصفة التعسفية في ظل عقد التأمين

بينما يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان فمبدأ التوازن بين مركزي العقد المؤمن والمؤمن له غير متحققة ، وتعتبر شركات التأمين هي الطرق القوي والمحتكر، فمن هذا المنطلق تعتبر شركة التأمين هي المسيطرة، حيث إنها تفرض شروطاً قاسية، تنطوي على جانب كبير من التعسف، ومخالفة هذه الشروط يسقط حق المؤمن له، لهذا سوف أتناول في هذا المطلب الصفة التعسفية في عقد التأمين.

أولاً: مدى عدالة الشروط المطبوعة في عقد التأمين

وثيقة التأمين هي المرحلة الأخيرة لمرحلة التعاقد في التأمين فهي المحرر الدال على إتمام العقد(١)، ولذلك عندما يقوم المؤمن له بتقديم طلب التأمين، يتم دراسة الطلب من قبل للمؤمن فيقرر القبول أو بالرفض وفق المعطيات الواردة في الطلب، وعندما يقبل المؤمن التعاقد يصدر إشعار تغطية مؤقتة، لحين صدور الوثيقة النهائية، وكما اسلفنا سابقاً بأن عقد التأمين من العقود الرضائية، فلم يتطلب المشرع الشكلية لذلك العقد(٢)، ولا يهم إن كانت مكتوبة بخط اليد أو مطبوعة، إلا أنه ومن خلال ملامستنا للواقع العملي، فنجد أن شركات التأمين تقوم بطباعة الوثيقة وفق نموذج معين يكون خاضع لجهات مختصة(٣).

فجميع وثائق التأمين تحمل ذات الشروط النموذجية، فهي موجهة لكافة المؤمن لهم، فلا تختلف الشروط من وثيقة لأخرى، فالبينات التي ترد تختلف نسبياً حسب ما ترتئيه الشركة المؤمنة؛ لذلك فإن جميع البيانات التي طالعتها، فهي موجودة على سبيل المثال وليس الحصر، حيث أحياناً تتضمن وثيقة التأمين شروط عامة تكون مطبوعة وشروط خاصة تكتب بخط اليد أو بالآلة الكاتبة(٤).

---

(١) محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، "دراسة في عقد التأمين"، القاهرة، سنة ١٩٧٩، ص ٥٥.

(٢) محمدعلي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة ، ط٢، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، بدون، سنة نشر، ص ١١٢

(٣) خالد مصطفى فهمي ، عقد التأمين الإجباري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٥.

(٤) وقد سارت محكمة النقض المصرية قرارها ٥١/١٢٠٧ على هذا النهج فقضت " عند إضافة المتعاقدين بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروط أو عبارات إلى العقد أو المحرر المطبوع يستلزم إعمال هذه الشروط أو العبارات ولو تعارضت مع الشروط المطبوعة، بيد أنه في هذه الدعوى أضيفت العبارات من قبل المتعاقدين ولم ينفرد الطرف القوي بوضعها، لذا اقتضى إعمال كل ما ورد في المحرر المكتوب"

فالشروط العامة التي قام المؤمن بإعدادها، هي من أصبغت لتطبيق صفة الإذعان على عقد التأمين، ولذلك فلا بد من إخضاع أحكام عقد التأمين وفق أحكام عقد الإذعان[١]، فغالباً تقوم شركات التأمين بتضمين الوثيقة بعض الشروط التعسفية، أو بعض البنود الغامضة، أو يترك بعض المسائل دون تنظيم، الأمر الذي يضر بصالح المؤمنين أو غير المضرور[٢]، ولا سيما أن غالبية المتعاقدين لا يقومون بقراءة الوثيقة مثل باقي العقود فلا يحق لهم مناقشة تلك الشروط، وذلك لصعوبة فهم تلك الشروط الشخص العادي ولكثرتها[٣]، مما يقع في حرج المؤمن له من خلال عدم الفهم، فعلى سبيل المثال في حال إضافة بند أيهم أقل الذي يحدد قيمة التعويض فلا يفهمها الشخص العادي[٤].

لذلك تم ربط الشروط النموذجية المطبوعة بصفة التعسف؛ وذلك لعدم مقدرة الطرف المقابل من المناقشة أو التعديل، لتمتع المؤمن بالقوى الإقتصادية التي تملي على المؤمن له شروطها التي تم إعدادها من قبل مختصين، تصب تلك الشروط في مصلحتها الخاصة، فقد أدت تلك الشروط التعسفية، إلى إخلال التوازن العقدي، من خلال التعسف بإستخدام العلاقة التعاقدية[٥].

فلم يترك الأمر على إطلاقه أي أن يكون المؤمن له تحت رحمة المؤمن، من خلال فرض الأخير شروط لصالحه، فتدخل المشرع لوضع بعض الضوابط، من شأنها توازن العلاقة التعاقدية؛ لذلك يجب أن تكون الشروط التي أعدها المؤمن غير مخالفة للقانون[٦]، ويجب عند وضعها أن تؤدي إلى تحقيق العدالة.

ثانياً: ماهية الشرط التعسفي في عقد التأمين

يقوم المؤمن بإعداد وثيقة التأمين الذي يملي شروطه المعدّة مسبقاً للمؤمن له، فقد تحتوي الوثيقة على شروط تتعارض مع مبدأ العدالة وحسن النية التي هي أساس المعاملات، فلا شك أن تلك الشروط التي يتم تحريرها مسبقاً، فالغالب تعمل على إخلال التوازن العقدي بين طرفيه، حيث

---

(١) أسامة حسن الدباس، إشكاليات التنظيم القانوني لعقد التأمين في فلسطين بين النظرية والتطبيق، بيرزيت، ٢٠٠٨،ص١٨.

(٢) ثروت عبد الحميد، شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين، مقال منشور بمجلة الأمن و القانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، شهر يوليو، سنة ٢٠٠٣، ص٣٢.

(٣) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص٢٠٤.

(٤) أسامة حسن الدباس، المرجع السابق، ص٢٣.

(٥) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكون العقد، (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص٣٣.

(٦) نص المادة (١٢) من قانون التأمين الفلسطيني.

يقوم الطرف الأول بإعداد شروط تحقق مصلحته الخاصة، متجاهلاً المؤمن له؛ لذلك أتفق الفقهاء بأن تلك الشروط التي يُمليها المؤمن بشكل مسبق وفق نموذج معين، فهي تحمل صفة التعسف [١].

لذلك أصبح الشرط التعسفي_ وفق المفهوم الحديث لعقد الإذعان_ ينطبق على جميع العقود النموذجية، ففقهاء القانون ينظرون للشرط التعسفي من عدة نواحٍ، فمن ناحية مصدره بسبب التعسف الذي خلفه ذلك الشرط، بينما من ناحية الطبيعة يتنافى مع روح العدالة التي يجب أن تسود التعاملات التعاقدية بوجه خاص[٢].

وتنقسم الشروط التعسفية إلى نوعين:

النوع الأول: قد تختلف المعاني الحقيقية للشروط عن الألفاظ، فالعبرة بالمعاني والمقاصد وليس بالألفاظ والمباني، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض المصرية بأنها (الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد، باعتباره مخالفاً للنظام العام)[٣].

النوع الثاني: أما النوع الآخر فهي تلك الشروط التعسفية بطبيعة استعمالها، فهي للوهلة الأولى عند إدراجها في وثيقة التأمين تكون عادية، بينما تظهر صفتها التعسفية عند تنفيذ العقد وتطبيقه[٤]، مثل سقوط حق المؤمن له في حال تأخره في إشعار شركة التأمين بالحادثة خلال فترة معينة، متناسياً الظروف التي قد تطرأ على المؤمن له من إصابة جسيمة على سبيل المثال.

وبلا منازع فالشروط التعسفية تتنافى مع مباديء العدالة، فإن عدم قيام المشرع بتعريف الشرط التعسفي بشكل صريح، جعل صفة التعسف ذات طابع نسبي، يحدده القاضي وفق السلطة الممنوحة له من المشرع [٥]، ومن خلال إطلاعنا على نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني فقد تناولت سلطة القاضي الممنوحة له في التدخل؛ لإعادة التوازن العقدي لتحقيق العدالة، ويفهم من خلال هذه النص أن سلطة القاضي التقديرية من خلال هذه المادة سلطة مطلقة في اعتبار الشروط تحمل طابع تعسفي أم لا، وذلك وفق الظروف المحيطة بعملية التعاقد والعقد.

---

(١) سهى الشنطي، المرجع السابق، ص١٠٣.

(٢) عمر محمود عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

(٣) أشار إليه: عبد الحكيم فودة، المرجع السبق، ص٤٣٤. " نقض مدني مصري ٢١ ابريل ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٥٠، ص ٣٣٠.

(٤) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

(٥) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

وقطاع التأمين من القطاعات التي تخضع غالباً للاحتكار، وإما أن يكون ذلك الاحتكار احتكاراً فعلياً، بتواطؤ بين شركات التأمين (تواطؤاً ضمنياً أو علنياً)، أو أن يكون احتكاراً قانونياً، تمارسه شركات تأمين تابعة للدولة [١].

ولذلك تدخلت بعض الدول[٢] في تشريعاتها، ونصت على بطلان بعض الشروط التعسفية التي تتضمنها وثيقة التأمين ومن ذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي بتنظيم عقد التأمين، وقد قضى بإبطال بعض الشروط التعسفية التي تتضمنها بعض وثائق التأمين، وذلك في المادة (١٠٢٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: " عدّت هذه المادة الشروط التي تعتبر باطلة إذا تضمنتها وثيقة التأمين، والقصد من هذه المادة تجنب الغرر في العقد واتباع العرف السائد بين الناس ورعاية مصالحهم ومقاصدهم، وهذه المادة تقابل المادة (٧٥٠) من القانون المدني المصري[٣].

وبشكل عام، نجد أن الشرط التعسفي في عقد التأمين يمتاز بما يلي:

١- يقوم بإعداده الطرف القوي(المؤمن)، وهو من ضمن الشروط العامة، فلا يُسمح للمؤمن مناقشته أو تعديله.

٢- عندما يتم إعداد تلك الشروط العامة في وثيقة التأمين، يتم وضعها من خبراء يتبعون للمؤمن، فهذه الشروط تقوم بتحقيق المصالح الخاصة للمؤمن دون الإلتفات لمصلحة المؤمن له، وإن كانت موجودة تلك المصلحة، إلا أنها ليست بالشكل المطلوب، فقد أثرت بالسلب تلك الشروط على التوازن العقدي [٤].

لقد أقر المشرع الفلسطيني حماية خاصة للمؤمن له، حيث أبطل الشروط التي تقلل من مسئولية المؤمن في التعويض عن الخطر، وذلك باعتبار هذا الشرط تعسفياً، وقد حكمت محمكة

---

(١) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم ٢٠٠٤/٧٠ بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٤ بأن " صفة الإذعان في عقد التأمين تسوغ للقضاء استبعاد الشروط التعسفية التي لم يكن لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه". مشار إليه، ناظم عويضة، المرجع السابق، ص٧١.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، ص ٧٦٦، وللاستزادة، أنظر: السنهوري، الوسيط الجزء الثاني، ص١١٤١، وما بعدها، لعشب محفوظ ، المرجع السابق، ص١٢٨، عبد الهادي السيد محمد الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠٠٣م، ص٢٧٠.

(٤) سهى الشنطي، المرجع السابق، ص١٠٤.

التميز الأردنية في نفس السياق فاعتبرت أن الشروط التي تقلل مسؤولية المؤمن في التعويض عن الخطر المحدد، شرط تعسفي يجب إلغائه [١].

ومن أمثلة تلك الشروط التي تحمل صفة تعسفية، الشروط المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاعات وطرق حلها ، كإلزام المؤمن له باللجوء إلى التحكيم ، لتسوية النزاع لعدم تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد[٢].

ورد في نص المادة المادة (١٢) الفقرة الرابعة من قانون التأمين الفسلطيني، على أنه يتم ابطال شرط التحكيم، إذا ورد في وثيقة التأمين في الشروط العامة المطبوعة[٣]، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة، فنلاحظ بأن المشرع الفلسطيني، قد أعطى ذلك الشرط أهمية، لما يترتب عليه من إجحاف بحق المؤمن له، من خلال إخراج اختصاص الفصل بالمنازعات المتعلقة بالوثيقة من سلطة القضاء[٤]، باعتباره شرطاً يخل التوزان العقد، في ظل خضوع المؤمن له لمثل هذا الشرط الذي يمليه المؤمن[٥].

وإتماماً للفائدة، أعرض هنا نموذج لبعض الشروط التعسفية الواردة في وثيقة تأمين سيارة ضد المسؤولية المدنية، حيث ورد في الشروط العامة لهذه الوثيقة:

- في حالة وقوع حادث قد ترتب عليه مطالبة، وفقاً لهذه الوثيقة، يجب على المؤمن له أن يخطر الشركة فوراً بذلك مع إعطائها جميع البيانات الخاصة به، وكل خطاب بالمطالبة أو إنذار أو أوراق قضائية يجب أن تبلغ أو تسلم للشركة فوراً بمجرد تسلم المؤمن له إياها، كما يجب على المؤمن إخطار الشركة فوراً بمجرد علمه بقيام دعوى أو تحقيق أو تحريات خاصة بالحادث المذكور.....

التعليق: قد لا تبدو معالم التعسف في هذا الشرط للناظر فيه لأول وهلة، إلا أن ذلك يتضح إذا أشرنا إلى أن كثيراً من الحوادث ينتج عنها اصابات بالغة، وقد تمنع المصاب من الإعلام الفوري للشركة بوقوع حادث، وهذا ما يدفع الشركة إلى الاحتجاج بهذا الشرط على سقوط حق العميل في المطالبة بالتعويض، لعدم التزامه بالإعلام الفوري المنصوص عليه في هذه الوثيقة؛ ولذلك فقد أبطل قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (١٠٢٨/٢)، العمل بهذا الشرط إذا كان التأخر لعذر مقبول.

- يجوز للشركة أن ترجع على المؤمن له بقيمة ما تكون قد أدته من تعويض في الحالات التالية:

---

(١) قرار تمييز حقوق، رقم ٩٧\٨٥٦. صادر عن محكمة التمييز الأردنية، ١٩٩٧.

(٢) سهى الشنطي، المرجع السابق، ص١٠٩.

(٣) المادة (١٢) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥.

(٤) أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٩٦.

(٥) عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٣٠.

استعمال السيارة في غير الغرض المبين بوثيقة التأمين أو قبول ركاب أو وضع حمولة أكثر من المقرر لها أو تكون حمولتها غير محزومة بشكل فني محكم أو تجاوز حدود العرض والطول أو العلو المسموح به[١].

وقد عد القضاء الإماراتي هذا الشرط تعسفياً، بناء على أن ما يذكر فيه مخالفات، لا يعتبر جناية أو جنحة عمدية، وفقاً للمادة (١٠٢٨) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

ففي قضية رفعت أمام محكمة التمييز بدبي، تطالب فيها شركة تأمين بعدم أحقية العميل بالمطالبة بالتعويض تمسكا منها بالشرط الذي ينفي مسؤوليتها عن الضرر الذي يقع أثناء قيادة السيارة بدون ترخيص، أو حالة الوقوع تحت تأثير المخدر، أو المشروبات الكحولية، قضت المحكمة باستبعاد هذين الشرطين؛ لأن ما ورد فيهما من مخالفات لا تشكل جناية أو جنحة عمدية[٢].

وبهذا نكون قد ألقينا الضوء على بعض الشروط التعسفية، التي ترد في وثائق التأمين، عسى أن نكون بذلك قد أوضحنا بالمثال العملي المقصود منها.

ثالثاً: ضوابط إعداد وثيقة التأمين

إن وثيقة التأمين كما أسلفت سابقاً_ يقوم بإعدادها المؤمن[٣]، فقد يلجأ المؤمن إلى خبراء مختصين لإعداد تلك الوثيقة، فلا يستطيع المؤمن له أن يتفهم المعاني الخفية لتلك الوثيقة، مما يجعله يقع في براثن المؤمن نتيجة صعوبة تفهم معاني الشروط لصعوبتها، فلا يمتلك الرجل العادي فهم تلك الشروط؛ لذلك فكان لا بد من وضع ضوابط لتنظيم تلك الوثيقة، حتى تغل يد المؤمن من استغلال ضعف المؤمن له، وتحقيق مصالحه على حسابه ، وهذه الضوابط غالباً ما تكون متبادلة بين الطرفين، فهي تحجم من سلطة المؤمن.

لذلك نجد أن المؤمن قد يتفنن في استخدام أساليب صعبة في الصياغة مما يجعل المؤمن له يقع ضحية تلك الصياغة ذات مآرب غير واضحة من قبل المؤمن له، ككتابة الوثيقة بحروف صغيرة للشعور بالملل عند قراءتها، فلا يقرأها المؤمن له، ولا يقف الأمر عند ذلك قد يقوم المؤمن

---

(١) ومثال ذلك أن تكون المركبة خصوصية واستعملها المالك او السائق في نقل ركاب بالأجرة أو نقل بضائع كان واجباً نقلها في مركبة نقل، فقد محكمة النقض الفلسطنية بقرارها رقم ٢٠٠٣/٣٢٧ بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٢٩ بأن" مخالفة السائق لشروط وثيقة التأمين بإستخدام سيارته الملاكي لنقل ركاب بالأجرة بإفتراض وقوع هذه المخالفة فلا يؤثر ذلك على حقوق المتضرر ولا مجال للدفع به أمام محكمة النقض مرة أخرى بعد أن طرح أمام محكمة الإستئناف التي ردت عليه" اشار اليه: ناظم عويضة، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) محكمة التمييز للأحكام المدنية، طعن رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨، بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢٠.

(٣) انظر في خصائص عقد التأمين الفصل الثالث من هذه الرسالة.

بكتابة الشروط الجوهرية في الهوامش، وذلك لعدم دراية المؤمن له بأهميته و ذلك لأنها إذا قرأت لا يتم فهمها [١].

ومن خلال ماسبق فلا بد من مراعاة قواعد أصول الصياغة عند إعداد وثيقة التأمين على النحو التالي:

- ان تتسم عبارات الوثيقة بالوضوح، وتكون بلغة المؤمن له، حتى يتمكن المؤمن له فهمها من خلال تفحص معانيها، بحيث ألا تحمل العبارة أكثر من معنى؛ وذلك لأن المؤمن له لا يمتلك المعرفة مثل من قام بصياغة الوثيقة[٢].وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني في قانون التأمينات في المادة (٤٦/٣) ، فقد ألزم تنظيم عقد التأمين باللغة العربية لجميع أنواع التأمين.

- يجب أن تكون العبارات محددة نافية للجهالة، وتحدد تلك العبارات التزامات كل من الطرفين، عدم استخدام معاني تحمل معنيين مترادفين، كأن يستخدم في وثيقة التأمين مرة المؤمن وفي بند آخر الطرف الأول.

- أن تكون صياغة الوثيقة واضحة بشكل كامل، وأن يكون هناك ترابط بين بنود الوثيقة، وفي حال وجود مصطلحات غامضة يجب توضيحها، أن يكون الخط واضحاً للقراءة، وألا يثير الشك [٣].

وقد أوجب المشرع الفلسطيني، على الشروط الجوهرية التي تؤدي إلى البطلان بأن تكون مطبوعة بشكل بارز وبحروف ظاهرة مميزة عن باقي الشروط، حتى يتمكن المؤمن له من العلم بها[٤].

لذلك فإنه يجب مراعاة الضوابط التي يجب العمل بها عند إعداد وثيقة التأمين، فهي تعزز من عملية فهم بنود وثيقة التأمين لدى المؤمن له، وقد كان المشرع موفقاً في فرضه على إبراز الشروط الجوهرية التي يترتب عليها البطلان حتى يكون المؤمن له على دراية بتلك الشروط؛ لذلك فلا بد من البحث في الحماية المتوفرة للطرف المذعن (المؤمن له) في عقد التأمين.

---

(١) أحمد عبد الرحمن ملحم، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) أحمد السعيد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد" مجلة الحقوق، عدد٣،٢٠٠١،ص١٩٧.

(٣) أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق ، ص٢٠٣.

(٤) الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون التأمين الفلسطيني

وتخفيفاً من تعسف المؤمن؛ ولحماية الطرف المذعن، نصت المادة(٨٧٥) من القانون المدني الفلسطيني[١] على: " يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين، إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة قصدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له، بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن إلى الجهات المطلوب إخبارها أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطلوبة في وثيقة التأمين.
- كل شرط تعسفي آخر، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

يتضح هنا أن المشرع تنبه لضرورة حماية الطرف المذعن، كما هو مبين في نص المادة السابقة.

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية من أنه:

١. إذا كان المدعي يملك المركبة موضوع الدعوى بتاريخ الحادث، وأنها كانت مؤمنة تأمينا شاملاً لدى المدعي عليها بتاريخ الحادث للقاطرة بمبلغ ثلاثين ألف دينار، وللمقطورة بمبلغ عشرة آلاف دينار، فإن الاجتهاد القضائي قد استقر على الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين التي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة المتمثلة ببدل عطل السيارة عن مدة التصليح باطلة، بمقتضى نص المادة (٩٢٤) من القانون المدني؛ لأنها تهدف لإسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه، وتتعارض والغاية التي من أجلها شرع عقد التأمين في شروط تعسفية غير واجبة الإعمال، وعليه يكون ما توصلت اليه محكمة الاستئناف بإلزام المدعي عليها بنقصان قيمة السيارة وبدل العطل عن فترة التصليح واقعاً في محله وموافقاً لقانون و الاجتهاد القضائي[٢].

---

(١) وتقابلها نفس الصياغة نص المادة (١٢) من قانون التأمين الفلسطيني وتقابلها المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني.

(٢) وقضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٤/٣٥٨٩ (هيئة خماسية)، بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٢أنه: يستفاد من المادة (٩٢٤) من القانون المدني الاردني، أنه يقع باطلاً كل شرط يرد في وثيقة التأمين يؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له، وقد أعددت هذه المادة تلك الشروط، لأنها لم تبرز الشروط بطريقة مميزة وبحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً من باقي الشروط الأخرى، حتى يكون لها أثرها في نفس المؤمن له، ويجوز الاحتجاج بها، إذ إن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمن بطباعة نماذج العقد، يضع بها شروطه التي لا يقبل بها نقاشاً، وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها أو الرفض، باعتباره الطرف الضعيف المذعن.

٢. فلا يخفى هنا أن عقود التأمين بأنواعها كافة من أبرز الأمثلة على عقود الإذعان وهذا يتضح بالعديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية التي تطرقت الى ذلك دون غيرها من العقود" [١].

وعلى الرغم من وجود الكثير من شركات التأمين و المنافسة موجودة بينها، تعتبر عقود التأمين التي أصبحت، ومن أهم ضرورات الحياة من أهم الأمثلة الحية على عقود الإذعان التي يتم إعدادها وصياغتها بكل ما تتضمنه من بنود من طرف المؤمن فقط ،ولا دور للمؤمن له في إعدادها، فما على الطرف المؤمن له سوى القبول بما تشتمل عليه تلك النماذج أو الرفض[٢] وعلى الأغلب الرضوخ والانصياع لشروط المؤمن(شركات التأمين) دون مناقشة.

وبالتالي، فإن شروط الإذعان واضحة بعقود التأمين، ومن يقوم بوضعها شركات التأمين تعد لمصلحتها دون النظر لمصلحة الطرف المذعن، ولا يملك الطرف المؤمن له سوى قبولها متى كان التأمين حيوياً بالنسبة له، دون أن يكون له الحق في طلب التعديل أو تغيير هذه الشروط، وإن كانت بعض الشركات تسمح له بإدخال تعديلات طفيفة على بعض الشروط التي تدرج عادة تحت قائمة الشروط الخاصة، وإلا أن هذه التعديلات لا تمس الشروط الجوهرية لعقد التأمين، وبالتالي لا تنال من وصف عقد التأمين كعقد إذعان[٣]. وهذا يكاد أن يكون مستحيلاً [٤].

---

(١) قرار تمييز حقوق صادر عن محكمة التمييز رقم ٢٠٠٩/٣٦٥٩ (هيئة خماسية)، تاريخ ٢٠١٠/٤/٥م، منشورات مركز عدالة.

(٢) فتحي ماجد التميمي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدن الأردني، دار المنظومة الالكترونية ،٢٠١٦، ص٣٤.

(٣) خالد محمد السباتين، مرجع سابق، ص٤٤.

(٤) قرار تمييز حقوق صادر من محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٤/٣٥٨٩ (هيئة خمسية)، تاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٢م، منشورات مركز عدالة.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين

اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان، يعني نزول المؤمن له عند شروط للمؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة ومعروضة على الناس كافة، وهذه هي أهم خاصية لعقد الإذعان، إلا أن المشرع في أغلب الدول تدخل من أجل تنظيم عقد التأمين حماية للمؤمن له[١].

وينفرد المؤمن في إعداد شروط معدّة مسبقاً، فغالباً ما تحتوي الوثيقة على عبارات ومصطلحات لا يمكن للشخص العادي أن يفهمها، حيث يلجأ عادة المؤمن لخبراء لصياغة تلك العبارات مما يصعب حتى على رجل القانون العادي فهمها واستيعاب مقاصدها؛ فنظراً لصعوبتها فنجد أن المؤمن له يكتفي بالتسليم لها دون التمعن بمعانيها، والأمر نفسه حتى إذا فهم تلك العبارات والمصطلحات فالواقع العملي لعقد التأمين يمنعه من المناقشة أو تعديلها [٢].

لذلك نجد أن المؤمن له هو الطرف الضعيف، فهو لا يمتلك سوى التسليم بتلك الشروط، إن فهمها أم لا فالنتيجة واحدة وهي لا يمكن ان يناقش تلك الشروط؛ لذلك كان لا بد من حماية المؤمن له من المؤمن له من تعسف المؤمن، الذي يتمتع بنفوذ وقوة اقتصادية الذي تجعله يتميز عن نظيره المؤمن له، فمن هنا خُلقت حالة من عدم الاتزان بين طرفي العقد، وبمعنى آخر حدث اختلال في التوازن العقدي، ولذلك سوف نتاول الحماية بنوعيها العامة والخاصة، للمؤمن له بصفته طرف مذعن في العلاقة التعاقدية، وبصفته مؤمن له في عقد التأمين.

---

(١) لعشب محفوظ، المرجع السابق، ١٢٧.

(٢) أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ٢٧٤.

المطلب الأول

الحماية العامة للمؤمن له

إنّ دور القاضي بالنسبة للعقود يقتصر_ وفقاً للقواعد العامة_ على مجرد تفسيرها بُغية إعمال أحكام القانون عليها، كما يفسر الشك لمصلحة المدين، إلاّ أنه خروجاً على هذه القاعدة، وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان ومنها المؤمن له في عقدالتأمين[1]،أجاز القانون، للقاضي بسلطة استثنائية وهي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، حيث نصت عليه المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني" 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"

فمن خلال النص السابق يفهم بأن هذه الحماية يستفيد منها المؤمن له، كونه هو الطرف الضعيف بصفته المذعن في عقد التأمين من الطرف القوي، ولم تكتفِ الحماية في ذلك بل منحت القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية وبطلان أي اتفاق يخالف ذلك، حسب ماورد في نص المادة السابقة.

يتضح من هذا النص أن المشرع منح القاضي سلطة رقابية أراد من خلالها حماية الطرف المذعن" المؤمن له "حماية فعالة من تعسف الطرف القوي(المؤمن)، الذي غالباً ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يملك الطرف المذعن إلاّ القبول بها، واعتبرت حماية فعّالة؛ لأنّها تشمل كل الشروط التعسفية حتى التي يكون الطرف المذعن قد علم بها أو تنبّه إليه ، وكذلك لا تقتصر على منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع عنه وصف التعسف، أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، بل أتاحا للقاضي بالإضافة إلى ذلك سلطة إعفاء الطرف المذعن في عقد التأمين من الشرط التعسفي، عن طريق استبعاده وليس فقط عن طريق إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه[2].

فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية "..... تسليم المتعاقد للشروط المعدَة مسبقاً، قبولاً بها وإذعاناً لها، فصيغة الإذعان منحت للقضاء سلطة استبعاد الشروط التعسفية التي لم يكن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم ٢٠٠٣/٢٤ بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١٩م بأن: "... يفسر عقد التأمين وفق القواعد العامة التي تحكم تفسير العقود العادية، ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد التي يتجلى فيها الغرض منه، فعقد التأمين يجب أن يُقرأ كما يفهمه الشخص العادي، لا كما يفهمه الشخص الذي يملك معرفة فنية في القانون أو التأمين، فإذا وجد غموض يفسر الشرط الغامض لمصلحة المؤمن له الذي لم يكن له في الواقع حرية الاختيار، إلا أن هذه القاعدة مقيدة فقط حين تقرر المحكمة عدم وضوح العقد، وليس له في كل حالة يسيء فيها المؤمن له تفسير العقد أو يعجز عن فهمه". مشار إليه، ناظم عويضة ، المرجع السابق، ص٧٥.

(٢) أمين الدواس، المرجع السابق، ص ٦٩.

لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه[١]." فقد حرص المشرع حماية المؤمن له، وإعادة التوزان العقدي؛ لذلك في حال وجود شرط تعسفي سواء قام القاضي بتعديله أو إلغائه فإن العقد صحيح والشرط باطل ولذلك يستطيع المؤمن له الإستفادة من تلك الميزة في حال تسليمه لتلك الشروط التعسفية.

لم يحدد المشرع الفلسطيني مسألة تحديد الشرط التعسفي فقد أكتفى بأنه سلطة تقديرية للقاضي، ولكن يجب على القاضي أن يتأكد من توافر الشرط التعسفي، حتي يتسنى له القيام بتعديله أو إلغاء تلك الشروط التعسفية، وهي على النحو التالي[٢]:

١- يجب أن يكون عقد التأمين صحيحاً بتوفر أركانه، فيكون المحل هو الخطر المؤمن منه، بالإضافة الي توفر الإيجاب والقبول بين طرفيه، بينما الرضا موجود حتى وإن كانت ارادة الطرف المؤمن له ضعيفة، فهذا لايؤثر على صحة التعاقد.

٢- التأكد من وجود شروط تعسفية تم إدراجها ضمن شروط الوثيقة عند إبرام عقد التأمين، أدت إلى الإخلال بالتوزان العقدي بين الأطراف، حتى يتمكن القاضي من ممارسة سلطته سواء كانت بالتعديل أو إلغاء تلك الشروط، وإلا اعتبر تدخل القاضي من تلقاء نفسه تحريفاً للعقد.

٣- وحتى يمارس القاضي سلطته، يجب أن تكون إرادة المؤمن له ضعيفة، حتى يُبرر تدخل القاضي. والسبب في ذلك هو أنه قد يكون هناك مناقشة أو مفاوضة فهذا يندر حدوثه، ولكنه قد يحدث، حتى لا يتم معالجة التوازن العقدي بالرجوع الى مبدأ سلطان الإرادة.

فهذا يتطلب من القاضي التأكد من إرادة المؤمن له هل هي ضعيفة أم قوية فلكل منها معالجة قضائية، فإذا كان المؤمن له ذا إرادة ضعيفة فلم يتمكن من قراءة الشروط وقبل التوقيع عليها لحاجته، حتى يتمكن القاضي من ممارسة تلك الصلاحية الواردة في نص المادة ١٥٠ من القانون المدني الفلسطيني.

أما على صعيد الحماية العامة التي يستفيد منها المؤمن له، بصفته طرف مذعن في العلاقة التعاقدية، فقد حسم المشرع الفلسطيني مشكلة تفسير النصوص الغامضة حيث نصت عليه المادة (١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني ".....ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن[٣]" وهذا النص قد جاء استثناءً من أن "الشك يفسر لمصلحة المدين".

---

(١) قرار نقض مدني، رقم ٢٠٠٣\١٢٤ الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، ٢٠٠٣.

(٢) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٤٣٣- ٤٣٦.

(٣) تقابل نص المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني.

ويتضح من هذا النص مدى عدم مقدرة الطرف المذعن(المؤمن له) على مناقشة أوتعديل أي شرط من شروط العقد، فقد أُسْتنِد هذا النص على تبنّي مبدأ" تفسير الشك لمصلحة المدين"، بهدف جعل التفسير لمصلحة الطرف الذي لا يتمكن من التدخل في صياغة الشرط، والقدرة على تمكين أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف المؤمن له؛ لذلك فإنّ إنفراد المشترط(المؤمن) في عقد التأمين بتحديد البنود الواردة في العقد، يستوجب أن يتحمل بالمقابل مسؤولية ما غمض من بنود هذا العقد . ففي عقد التأمين تفسر العبارة الغامضة لصالح المؤمن له وضد المؤمن، فمتى تضمن التأمين بنداً غامضاً، ولم يستطع القاضي إزالة الغموض بوسائل التفسير، بل يبقى الشك قائما حول ما أراده المؤمن والمؤمن له من عبارة هذا البند، فوجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المؤمن له وذلك دائماً وفي كل الأحوال، حتى ولو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة المشترط المؤمن[١].أما إذا كانت عبارات العقد واضحة لا غموض فيها، فإنه يمتنع على القاضي التدخل في مضمون العقد، وإنما يطبق ما اشتمل عليه العقد دون اللجوء إلى التفسير طالما أنها جاءت واضحة، ومعبرة عن إرادة المتعاقدين، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[٢]

فقد اعتبر جانب من الفقه[٣] أن الحكمة من هذا الاستثناء بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، أن الطرف القوي (المؤمن) انفرد في كتابة شروط العقد، فإن شابه غموض فيجب أن تفسر ضد الشخص الذي قام بتحرير تلك الشروط ، ومراعاة مصلحة الطرف الذي سلم بتلك الشروط[٤].

لقد أثارت الحماية القانونية المقررة للطرف الضعيف جدلاً_ سواء في حال وجود شرط تعسفي أم لا_ في مدى انطباق تلك الحماية على الشروط الخاصة، التي تم مناقشتها وكتابتها بخط اليد او بآلة كتابة، كالشروط التي يتفق عليها الطرفان.

إن الواقع العملي انطباق مثل هذه القاعدتين يتناقض مع الحكمة التي وردت لحماية الطرف الضعيف،كون الطرف الضعيف، والتي تكمن بأن الطرف الضعيف قد سلّم بتلك الشروط المعدّة مسبقاً، فلم يكن بمقدوره مناقشة تلك البنود، فيرى جانب من الفقه أن العدالة تقتضي أن يتدخل القاضي لتعديل أو الغاء الشروط التعسفية، سواء كانت وفق الشروط العامة والخاصة[٥].

---

(١) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص١٠٦.

(٢) سهى الشنطي، المرجع السابق، ١٣٨.

(٣) أمين دواس، القانون المدني/ مصادر الالتزام، ٢٠٣.

(٤) وجاءت المادة (٥) من توجيه المجموعات الاقتصادية الاوربية رقم (١٣-٩٣) لمجلس المجموعة الأوربية بتاريخ ١٩٩٣ على أنه " في حالة الشك في معنى شرط ما يتوقف التفسير الأمني للمستهلك".

(٥) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق ، ٣١١.

المطلب الثاني

الحماية الخاصة للمؤمن له

لم يكتف المشرّع الفلسطيني بما ورد من نصوص في القانون المدني، من قواعد عامة تحمي الطرف المذعن في عقود الإذعان ومنها عقد التأمين، فقد حرص على إيجاد بعض النصوص التي تساعد على إعادة التوزان بين أطراف عقد التأمين؛ لذلك كان من الضروري زيادة حماية المؤمن له والمستفيد من التأمين، فإن هذه الحماية تكمن بإصدار قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥،خاص بتحديد ما اشتملت عليه الوثيقة سواء عن طريق حظر بعض الشروط أو فرض بنود. و**مثال** ذلك يتم إبطال وإلغاء الشروط ذات الطابع التعسفي الواردة في وثيقة التأمين، و هذا ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون التأمين الفلسطيني وعلى نفس السياق ماورد في نص المادة (٨٧٥) من القانون المدني الفلسطيني "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية.

٢-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له؛ بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب اخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول.

٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في اتفاق منفصل عن الشروط العامة.

٥-كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

فنلاحظ هنا المشرع قد حدد الشروط التي تُبطل، والتي تكون من ضمن الشروط العامة الواردة في وثيقة التأمين، حيث تهدف هذه الشروط إلى تنصل المؤمن من المسؤولية الملقاة على عاتقه، من خلال قيامه بحرمان المؤمن له من حقه في التأمين، أو الإنتقاص من ذلك الحق، إسقاط حقه باللجوء الى القضاء[١].

(١) فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بقرارها رقم ٢٠٠٣/٢٤ بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١٩ على أنه" لا يعتد بشرط المؤمن الذي يعفي نفسه من المسئولية إذا تمت مخالفة هذا الشرط متى كانت مخالفته لا صلة لها بوقوع الحادث المؤمن منه حيث يعتبر ذلك شرطاً تعسفياً". أشار إليه: ناظم عويضة، المرجع السابق، ص٧٥.

فقد سايرت محكمة النقض الفلسطينية هذه الحماية فقررت "أن الشرط الذي يرد في الوثيقة بتحديد اسم صاحب الوثيقة، فإنه لا يسري بحق الطفل المصاب طرف ثالث خارج عن العلاقة التعاقدية، ما دام لم يثبت أن السائق المذكور في الوثيق كان يقود المركبة المتسببة بالحادث المؤمن منه لدى الشركة دون إذن أو أمر من صاحب البوليصة، حيث لم يرد القول بأن التأمين لا يغطي الحادث، باعتبار أن اسم السائق لم يكن مدرجاً في البوليصة وبالتالي غير مخول بقيادتها"[١].

على العكس من القواعد العامة في العقود التي تقوم أساسا على مبدأ حرية التعاقد، نجد المشرع قد أضفى على النصوص المنظمة للتأمين الطبيعة الآمرة نسبياً، بحيث لا يمكن تضمين العقد ما يخالفها أو يخرج على أحكامها؛ وذلك بهدف الحدّ من الحرية التعاقدية، حيث أراد أن يضمن الحد الأدنى من حماية للمؤمن له، فقد أبطل كل ما يخالف الاحكام الواردة في النصوص[٢]، فإن تدخل المشرع ما كان إلا إضفاء حماية لإعادة التوازن العقدي بين أطرافه.

ولم تقف حماية المؤمن له لهذا الحد، فقد أخضع المشرع شركات التأمين للرقابة، وتمارس هذه الرقابة هيئة خاصة، فإن مهام هذه الرقابة هو التأكد من سلامة عمل تلك الشركة وأنها لم تخالف الأنظمة والوائح الخاصة بحماية المؤمن له و المستفيد[٣] ، فهناك العديد من نصوص قانون التأمين جاءت منظمة لعقد التأمين وموضحاً فيها حقوق والتزامات الطرفين والجزاءات المترتبة في حال مخالفة شركة التأمين نصوص القانون .

---

(١) قرار نقض مدني، رقم ٢٠٠٤\٨١ صادر عن محكمة النقض الفلسطينية، ٢٠٠٤.

(٢) المادة (٢٢) من قانون التأمين الفلسطيني " يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

(٣) المادة (٤) من قانون التأمين الفلسطيني.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

لقد ظهرت النزعة الاجتماعية في في نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني؛ لذلك يجب احترام مبدأ: العقد شريعة المتعاقدين ، فسلطة القاضي هي تطبيق البنود الواردة في العقد، إلا أن المشرع وسع من صلاحيات القاضي في استخدام سلطته لتخفيف الحرج، وخاصة في تلك العقود التي تحمل صفة الإذعان التي لم يتنبه الطرف الضعيف للشروط التعسفية، فتنحصر سلطة القاضي ما بين تعديل تلك الشروط أو إلغائها. وهذا ما سنتاوله في المطلب هذا .

الفرع الأول
سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد التأمين

إن وجود الشروط ذات الصفة التعسفية في العقد، أتاحت تدخل القاضي؛ لتعديل تلك الشروط، حيث وجدت تلك الشروط نتيجة إذعان الطرف الضعيف للطرف القوي في عملية التعاقد، مما أدت إلى اختلال التوزان بين الطرفين، فسلطة القاضي أوجدت نفسها من خلال السلطة التقديرية له، وعليه سوف نتاول ماتقدم ذكره من خلال انعدام المصلحة في الالتزام المفروض على المذعن، وحسن نيته، ويكون ذلك من خلال التالي:

أولاً- انعدام المصلحة في الالتزام المفروض على المذعن

إن الطرف القوي يقوم بفرض بعض الشروط ذات طابع تعسفي في عقد الإذعان على الطرف الضعيف، حيث الآخير يكون بحاجة ماسة لتلك السلعة، فما يكون أمامه إلا أن يرضخ لشروط الطرف القوي؛ وذلك لحاجته، بينما الطرف القوي فلا يلحق به الضرر كونه هو من وضع تلك الشروط.

ومن خلال نص المادة (١٥٠) في القانون المدني الفلسطيني استطاع القضاء إضفاء استثناءات تتعلق بالالتزام الذي يقع على عاتق الطرف الضعيف وقت إنشاء العقد، إلا إن هذه الإستثناءات لم تأتي من العدم حيث أوجدتها مباديء العدالة [١].

ففي عقد التأمين يبدو ذلك الأمر جلياً كونه من عقود الإذعان، فقد ألزم المشرع الفلسطيني المؤمن له أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له[٢]، حتى يتمكن المؤمن من تقدير

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ٢٩٨.

(٢) نص المادة (٨٧٨) من القانون المدني الفلسطيني .

المخاطر بما يتناسب مع الأقساط، فتعتبر تلك البينات مهمة لطرف المؤمن وقد يخسر المؤمن له حقه في المطالبة إذا كانت تلك البينات مغلوطة عمداً، لذلك جعل المؤمن الأسئلة مكتوبة التي تعبر عن الخطر [١].

لقد عالج الفقه مسألتين بهذا الشأن، فكانت المسألة في حال إذا لم يقم المؤمن له بذكره صراحةً رغم إشارة الوثيقة له، والمسألة الثانية إذا وجد في الوثيقة شرط غامض، ففي هذه المسألة يسقط حق المؤمن له في المطالبة بمبلغ؛ لأنه لم يكترث لأهمية الشرط، أي أن المحكمة أسقطت ذلك الحق بعيداً عن التعديل أو إلغاء ذلك الشرط، أما في المسألة الثانية فهي موضع بحث لمحكمة الموضوع للبت في ذلك الشرط الذي يكتنفه الغموض.

لذلك يجب على المؤمن له ذكر جميع التفاصيل بشكل دقيق؛ ليتم تدوينها في الوثيقة، حتى لا يفقد حقه في مبلغ التأمين عند حدوث الضرر، فقد لا يكترث المؤمن له بتفاصل فهي بنظره ليست ذات أهمية، ولكنها في الحقيقة بالنسبة للمؤمن تعتبر جوهرية، قد تؤثر على قيمة القسط من خلال تقدير قيمة الخطر، مما يؤثر على مبلغ التعويض، بالمقابل فالمؤمن له غير متلزم من إنقاص جسامة الخطر أومحل الخطر لو طلب منه المؤمن ذلك.

فقد قرر القضاء إلغاء البنود الواردة في وثيقة التأمين، التي تسقط حق المؤمن بالتعويض، فقد جاء قرارها على النحو التالي(فلا يجوز لشركة التأمين الامتناع عن دفع مبلغ التعويض لورثة المؤمن له عن حياته، وذلك لقيامه بإخفاء بعض الأمراض الأخرى التي أثرت على قسط التأمين، حيث سببت حكمها بأن شركة التأمين هي من قامت بعمل الفحوصات الطبية، وخضوع المؤمن له لتلك الفحوصات ماهو إلا دليل لموافقته على عقد التأمين) [٢].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يجب على المؤمن له إخطار المؤمن بحدوث الخطر في الوقت المناسب، ما لم يوجد موعد محدد في الإبلاغ، وإن أخل بذلك فلا يرتب سقوط حق المؤمن له بمبلغ التأمين إلا إذا لحق ضرر بالمؤمن، فيسقط الحق المؤمن له في مبلغ التأمين بما يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمؤمن)[٣].

وفي نفس السياق حكمت محكمة النقض الفرنسية وهو" يتمثل بأن أحد العمال في البحر قد أمّن على حياتيه الشخصية، ضد حوادث العمل، حيث نصت الوثيقة صراحة أنواع الحوادث

---

(١) قانون المدني الفلسطيني نص المادة (٨٧٨).

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٧١/ مدنية ثانية/ ٩٧٣ في ١٩٧/١٠/٢٢، النشرة القضائية، بغداد، العدد/ الرابع، السنة الرابعة، ص٦٩.

(٣) نقض في ١٩٩٦/٦/٢٨، طعن ٢٨٥ س ٣١ق . أشار إليه: أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني ج٣، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٨-٥٩.

التي يغطيها التأمين، فكان منها الغرق في البحر، نتيجة سقوط لاإرادي، فانتقل إلى شركة معدل الخطر فيها أعلى من الأولى دون إشعار المؤمن له، فطعنت الشركة التأمين بذلك لعدم قيام المؤمن له بإشعارهم بالتغيير[١]، الذي أدى لزيادة الخطر، إلا أن المحكمة قضت بالتعويض المشترط حالة الموت؛ وذلك لأنه عندما ترك عمله الأول لم يؤثر على فكرة الخطر [٢].

ثانياً- حسن نية الطرف المذعن

وكما أسلفنا سابقاً بأن عقد التأمين هو من عقود الإذعان، وشأنه مثل باقي العقود التي تتسم بضرورة توفر حسن النية لدى الطرفين، فالمؤمن له ملزم بإشعار المؤمن بجميع البينات الجوهرية التي لا يعلم بها أو يتوقعها بالخطر المؤمن منه التي قد تؤثر على قسط التأمين [٣]. بينما يترتب في حالتي الكتمان أو الكذب من قبل المؤمن له، البطلان لعقد التأمين. وذلك خلال توفر عنصرين في فعل المؤمن ويجب توافر الكتمان أو الكذب على عاملين أساسين يقوم بهما المؤمن له حتى يتم إسقاط حقه وهما:

الأول: العامل المادي مثل عدم الإعلان عن الظروف أو الإشعار الكاذب[٤].

الثاني: العامل النفسي مثل سوء نية ، أو الغش [٥].

حيث قُضي بأن البند يُعد تعسفياً عندما يتيح للمؤمن الحق في تحديد تاريخ سريان عقد التأمين؛ وذلك بسبب مخالفته لمبدأ حسن النية[٦]. وبالمفهوم المخالف فإن المؤمن له فإن سوء النية غير واردة في هذه القضية، إلا إذا تعمد المؤمن له الكذب والكتمان لتضليل المؤمن من خلال التقليل من خطورة الخطر، الذي يؤدي إلى عدم مقدرة المؤمن بتحديد الأقساط بالشكل المناسب،

---

(١) أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المرور الفلسطيني على مالك المركبة أم يقوم بإخطار دائرة الترخيص عند بيع المركبة أو إذا طرأ تغيير على ملكية المركبة وذلك في المادة (٢٩)

(٢) نقض فرنسي، عرائض، في ٢٠ يوليو سنة ١٩٢٦، سيري ١٩٢٦ ، ١، ص٣١٢. أشار إليه: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٣) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٢٠٨.

(٤) وبهذا الشأن قضت محكمة التمييز العراقية، بعدم أحقية المؤمن له بقيمة السيارة التي وردت في وثيقة التأمين لتعمد المؤمن له الكذب، وعدم الإدلاء بالبيانات الصحيحة حول السيارة، وجاء نص القرار رقم ٩٤/ هيئة عامة/ في ١٩٧٩/٧/٢١، مجموعة الأحكام العدلية، العدد٣، السنة العاشرة، ص ٩. بالآتي (إذا عمد المؤمن له زيادة قيمة السيارة في وثيقة التأمين الثانية، خلافا لقيمتها المدونة في عقد الشراء في الوثيقة الأولى، فيكون قد أدلى عمدا بأمور كاذبة كانت ذات أثر في عقد التأمين لما دونه في وثيقة التأمين الأولى).

(٥) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص١٢١.

(٦) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٧٧٧/مدنية أولى/١٩٨٧ في ١٩٧٨/٥/٢٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٢، السنة/ التاسعة، ١٩٧٨، ص٤٠.

وعليه فالخداع والتضليل هما ركنان اساسيين في سوء النية [١]. بينما في حال كان كتمان المؤمن له له بالبينات التي أدت إلى تغير موضوع الخطر أو أهميته، جاز للمؤمن أن يفسخ العقد ورد الأقساط التي لم يتحمل مقابله خطر [٢].

فالجزاء الذي يقع المؤمن له في حالة كتمانه بينات بصورة غير عمدية، أقل من ذلك الجزاء الذي يقع عليه في تبين أنه كان متعمداً في إخفاء تلك البينات، ففي الحالة الأخيرة يسقط حق المؤمن له المطالبة بباقي الأقساط، فتبقى من صالح المؤمن هذا بما يختص بالأقساط التي دفعها، بينما الأقساط التي جاء موعد استحقاقها فيتم مطالبتها بها[٣]، بينما يرجع تقدير حسن النية من سوئها إلى سلطة قاضي الموضوع، ولا تكن هذه الرقابة خاضعة لمحكمة النقض [٤].

وفي هذا الجانب ذهب القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه ، تتلخص وقائع هذه القضية ، أن وثيقة التأمين تضمنت الشرط الآتي(أن يلتزم المؤمن بتقديم البينات بوضوح، وإلا سقط حقه بالمطالبة بمبلغ التأمين، سواء كان التأمين كلي أو جزئي ..... أياً كانت مصلحته في العمل، كمالك أو كشريك أو كمودع لديه كمستأجر.... أو كمالك للرقبة أو كمنتفع..) فتبين أن الأشياء المؤمن عليها يمتلك بعضها، فقضت المحكمة بتعويض المؤمن له من قبل المؤمن، وذلك لاستنادها لمبدأ حسن النية من قبل المؤمن له الذي أعتبر بأنه قد قدم المعلومات كافية حول الخطر المؤمن عليه[٥].

فقد اتجهت المحكمة لتفسير ذلك الغموض الذي اكتنف العقد لصالح المؤمن له، وكون أن المؤمن هو من قام بإعداد الوثيقة فإن الغموض يتحمله من اعد الوثيقة؛ ولذلك لا يعتد بالشرط الذي تمليه إرادة واحدة، كما إذا اشترط في عقد التأمين أن تدفع الأقساط في محل الشركة، ثم تعتاد الشركة بتحصيلها في محل المؤمن له، حيث يعتبر هذا التصرف بمثابة عدول عن الشرط[٦].

---

(١) عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص٢٠١.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٢٠٨.

(٣) انظر نص المادة (٨٧٩) القانون المدني الفلسطيني.

(٤) مما تجدر الإشارة به: أن الرقابة في القانون العراقي لا تميز بين ما يعد من مسائل الواقع و ما يعد من مسائل القانون، فسلطة محكمة التميز تنبسط على جميع المسائل، وتراقب تطبيق القانون، فإذا أخطأت محكمة الموضوع في تطبيق القانون، فإن حكمها يكون قابلا للنقض سواء تعلق بمسألة الواقع أو مسألة القانون، انظر في ذلك نص المادة (٢٠٣/١) بدلالة المادة (٢١٠/٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٥) (نقض مدني فرنسي في ١٢ يناير ١٩٢٥– دالوز الأسبوعي– ص٨٠). أشار إليه: سليمان براك دايح الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص ١٢٣–١٢٤.

(٦) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص١٤٦.

وقد يكون الشرط التعسفي في شكل شرط جزائي، كأن يصل التعويض الاتفاقي لدرجة من الغلو لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالطرف المشترط، ويتدخل القاضي؛ لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتخفيف هذا الشرط.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية في عقد التأمين

قد يعفي القاضي الطرف الضعيف من الشروط ذات طابع تعسفي، وذلك لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن... يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). فإعفاء القاضي للطرف الضعيف الشرط وذلك للإسباب التالية:

أولاً: عدم العلم أو إمكانية العلم بالشرط التعسفي.

فالمقصود بعدم العلم بالشرط، أوعدم إمكان العلم به، هي عدم قدرة الطرف الضعيف معرفة تلك الشروط أو الإلمام بها قبل التعاقد، فتسري بحق الطرف الضعيف تلك الشروط التي يعرفها قبل عملية التعاقد ويقبل بها[١].

ثانياً: عدم مراعاة المذعن للشرط بسبب أجنبي

أثناء تنفيذ العقد قد تحدث ظروف، لم يكن قد توقعها المدين، ولم يكن سبب في افتعالها ولم يتسطع صدها، فمن شأنها أن تجعل تنفيذ الشروط شبه مستحيل، فتعفيه من تنفيذ الالتزام[٢]. فيتم إعفاء العاقد من الشرط الذي كان يسري بحقة أثناء فترة التعاقد، وذلك لتوفر الظروف القاهرة التي غلت بينه وبين القيام بإلتزامه وفق هذا الشرط [٣]. كأن تمنع شركة التأمين عن تنفيذ التزامها لعدم قيام المؤمن بتسديد الأقساط المستحقة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٧٥) من القانون المدني الفلسطيني بأنه يقع باطلاً (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).

بينما وازنت الفقرة (٣) من المادة (٨٧٨) من القانون المدني الفلسطيني بين مصلحة المؤمن والمؤمن له فقد ألزمت ، المؤمن له (يخطر المؤمن بما يلزم أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر)[٤].

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٢٢٠.

(٣) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص١١٩.

(٤) نصت المادة (٨٧٥/٥) من نفس القانون على بطلان (كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

لذلك إن البينات التي يقدمها المؤمن له للمؤمن حول الخطر المؤمن عليه، يحظى بأهمية لدى جميع الأطراف، وخاصة لدى شركة التأمين، التي تقوم بدورها من دراسة تلك الظروف المحيطة بالخطر، لتحديد قيمة الأقساط التي يلتزم بها المؤمن، كما أنه يتوجب على المؤمن له أن يخبر المؤمن بكل الظروف الجديدة التي من شأنها قد تؤثر على وزيادة فرص وقوع الخطر، ولا يكتفي الحال بذلك لدى المؤمن فعليه أن يبذل العناية لتلاشي ذلك الخطر [١].

ويثور هنا تساؤل هل يسقط حق المؤمن له بمبلغ التأمين، إذا أثُبت لدى القضاء قد أخل بعدم إشعار المؤمن بالخطر المؤمن منه، ولكن في حقيقة الأمر إذا كانت القوة القاهرة هي من حالت دون ذلك فأن يكون الإشعار بوقت مناسب.

ولسقوط ذلك الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، يجب أن يكون هناك مبرر حقيقي أدى إلى تأخير المؤمن له بالإشعار عن الحادث للمؤمن، ويقع هذا المبرر على عاتق المؤمن له الذي قد يستعين بمستندات رسمية تفيد بتعرضه لحادث خطير ألزمه المستشفى، وفقدان الوعي أدى إلى عدم مقدرته التوجه في الوقت المناسب لتقديم اشعار حول الخطر الذي تعرض له [٢].

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص١٩٠-١٩١.

(٢) راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص١٢٠.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله على سيدنا محمد و آله وصحبه وسلم. وبعد أن انتهيت من هذه الدراسة، أنتقل بعدها للتطرق عن أهم النتائج التي تم التوصل لها من خلال البحث، وأيضاً لبعض التوصيات التي آمل أن تُسهم في مساندة المشرع والقضاء في تطوير نصوص القانون المدني الفلسطيني وقانون حماية المستهلك المتعلقة بعقود الإذعان:

أولاً: النتائج

١. يعتبر عقد الإذعان نتاج التطور الاقتصادي والاجتماعي، وشكل ظهور عقد الإذعان تراجعاً ملحوظاً لمبدأ سلطان الإرادة.

٢. عقود الإذعان أجازها الفقه وتخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود، فهي عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين.

٣. إن ما يميز عقود الإذعان عن سائر العقود هو الإيجاب فهو موحد للجميع ويتم عرضه من قبل الموجب بشكل مستمر، فينفرد الموجب (الطرف القوي) بصياغة العقد ووضع شروطه، وغالباً ما يكون مطبوعاً، وعليه فلا يوجد خيار أمام الطرف الآخر(القابل) سوى الإذعان والرضوخ لتلك الشروط دون أن يُبدي رأيه، لذلك فيكون الرضا مضطراً لحاجة القابل لسلعة أو الخدمة، واحتكار الطرف القوي للسلعةأو الخدمة مع العلم فلا يؤثر ذلك الرضا على إرادة المتعاقد الضعيف.

٤. فيجب التمييز بين العقد النموذجي وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي هي صيغة مكتوبة أُعدّت سلفاً متضمنة مجموعة من الشروط العامة ومطبوعة بأعداد ضخمة تُستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل، لذلك ليس بالضرورة أن تكون من عقود الإذعان.

٥. عقد الإذعان وفق المفهوم الحديث لم يعد مقتصراً في تلك العقود التي يكون أحد أطرافها محتكراً لسلعة أو الخدمات، فقد اتسع مفهوم عقد الإذعان، وأصبح ينطبق على كل حالة يقوم الطرفان بإعداد شروطها بشكل مسبق ويتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد في هذا الطرف، إلا أن المبادئ القانونية الحديثة قلصت الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعاناً فيكفي وجود شرط واحد فقط.

٦. رغم محاولة المشرع الفلسطيني معالجة مثل هذه العقود من خلال نصوص المواد (١٥٩-١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني تثري عمل القاضي في سلطته تقديرية في معالجة الشروط التعسفية، سواء بالإلغاء أو التعديل، وما يتعلق بتفسير الشك لمصلحة المذعن ولو كان دائناً، إلا أن القصور واضح بالمشرع في مواجهة العقود الجديدة التي هي ثمرة التطور التكنولوجي الهائل وما يتضمن من إعداد صيغ جاهزة لعقود نموذجية وما قد تحتويه من شروط تعسفية والتي تؤدي إلى اختلال واضح في آثار العقد.

٦. لقد أتت القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط ذات طابع تعسفي، بعدة معايير وهي(معيار تعسف النفوذ الاقتصادي، معيار الميزة المفرطة، معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد) للكشف عن الطابع التعسفي للشرط .

٧. تقتصر رقابة محكمة النقض عند تفسير العقود من خلال مراقبتها لتسبيب الأحكام، من خلال رقابتها على القاضي في تطبيق النصوص الخاصة بالتفسير وتحديد مضمون العقد.

٨. إن الأخذ بالتعريف التشريعي لعقد التأمين، أي مجرد القبول والتسليم بالشروط العامة المطبوعة مسبقاً، فإن ذلك أيضاً يتيح لنا القدرة على تطبيق مبدأ الإذعان على عقد التأمين.

٩. يتمتع عقد التأمين عقد التأمين بطبيعة خاصة مستقلة تختلف عن باقي عقود الإذعان.

١٠. إن الهدف الذي سعى إليه فقهاء القانون والقضاء بتطبيق الإذعان على عقد التأمين والمتمثل بمنح المؤمن له بصفته الطرف الأضعف هو الاستفادة من الحماية العامة المتوفرة للطرف المذعن في عقود الإذعان.

ثانياً: التوصيات

- أرى ضرورة استحداث فصل كامل عن عقود الإذعان تجمع فيه كل الأحكام القانونية العامة المتعلقة بعقود الإذعان على شكل مواد متسلسلة الترتيب، بدل أن تبقى النصوص متشتتة ومتناثرة، بحيث يخصص المادة الأولى لتعريف تلك العقود تعريفاً محدداً عناصرها، وأن لا يكتفى بالتعريف طريقة القبول كما جاء في نص المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني.

وأن يحدد في مادة ثانية قائمة الشروط قابلة للإبطال، والتي يجوز فيها للقاضي تعديل الشروط التعسفية بناء على طلب من يعنيه الأمر، وقائمة الشروط التعسفية وهي التي يجوز فيها على القاضي إبطال العقد من تلقاء نفسه.

وفي المادة الثالثة يحدد العبرة بالتعسف وقت الإبرام للعقد.

وفي المادة الرابعة يحدد حالات التفسير.

في المادة الخامسة يبين حالات التعارض بين بنود العقد المطبوعة والمكتوبة يدوياً والتعارض بين الشروط العامة والشروط الخاصة، وكذلك المألوف والغير مألوف من الشروط.

- أقترح إعادة صياغة نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني التي تنص على" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك. لتصبح على النحو التالي" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية يجب على المحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها ولو لم يطلب ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"؛ لذلك تصبح سلطة القاضي جوزاية.
- أقترح إعادة صياغة الفقرة الثانية من نص المادة (١٦٦) من القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن". لتصبح " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا".

وبهذا أكون قد وصلت إلى نهاية البحث آملاً أن قد وفقت في الإلمام بمختلف إشكالياته رغم تشعبها، وأختم بحثي وعرضنا بحديث رسول الله صلى الله وعليه وسلم" من أجتهد و أصاب فله أجران، ومن أجتهد وأخطأ فله أجر واحد".

ثالثاً: قائمة المراجع والمصادر

القرآن الكريم

اولاً: الكتب العامة

١. ابراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط٢، ١٩٧٢م،ج١.
٢. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، تحقيق أحمد شاكر، ط١، ٢٠٠٠م، ج١٩.
٣. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، تحقيق: الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الوفاء،١٩٩٤م،ج٤.
٤. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط١،ج١٣.
٥. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٨٧م.

ثانياً: الكتب القانونية العامة

١. أبو العلا علي النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية القاهرة،١٩٩١.
٢. أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك دراسة في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩،ط،١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٣. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، القاهرة، دار الكتاب المصري،ط١، ١٩٨٩م
٤. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٥. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق وأزمت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
٦. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٢، دون سنة نشر.
٧. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٨. أمين الدواس، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ٢٠٠٤.
٩. أنور رسلان، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٦.
١٠. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.
١١. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨.

١٢. إياد محمد إبراهيم جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مكتبة ومطبعة دار المنار، فلسطين، ط٢.
١٣. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات و للنشر والتوزيع، ترجمة القاضي منصور القاضي، ٢٠٠٠.
١٤. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٩٥.
١٥. حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢.
١٦. حسني عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨م.
١٧. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الادارية للالتزام العقد والارادة المنفردة، دار النهضة، الطبعة الاولى، القاهرة.
١٨. خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
١٩. صلاح محمد أحمد، مفهوم الشرط كصورة من صور محاباة العامل، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري والبحريني، دار النهضة العربية،بيروت،٢٠٠٧م.
٢٠. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط١، دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٧.
٢١. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، عمان ،دار الثقافة،ط٢، ٢٠٠٢.
٢٢. عباس مصطفى المصري، عقد الحساب الجاري الضوابط القانونية و الشبهات الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،٢٠٠٤م
٢٣. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفق القانون الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٢م.
٢٤. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،- مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.
٢٥. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج١.
٢٦. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في القفه الإسلامي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص ١٩٥٤، ج٢.

٢٧. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة النهضة مصر، القاهرة (بدون تاريخ).
٢٨. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤ .
٢٩. عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٥.
٣٠. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الارادية العقد والإرادة المنفردة، ج٢، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٥.
٣١. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٣.
٣٢. على فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٨.
٣٣. عمر محمود عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،مصر،٢٠٠٤.
٣٤. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات، الجزائر، ٢٠٠٩م.
٣٥. فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين قواعده، أسسه الفنية ومبادئه العامة، منشأة المعارف، ٢٠٠١.
٣٦.لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، الوطنية للكتاب، الجزائر، ط١٩٩٩.
٣٧. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد– دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
٣٨. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، العقد، المجلد١، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٧.
٣٩. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)،ط٤، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩.
٤٠. محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
٤١. محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، الجامعة المفتوحة، ليبيا، ١٩٩٨.
٤٢. محمد فريد العريني، القانون الجوي النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،٢٠٠٤م.
٤٣. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.

٤٤. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية)، ج١، ط٢، بيروت، دار الخلود، ١٩٩٩م.
٤٥. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،١٩٩١.
٤٦. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي، والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
٤٧. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، ط ٢٠٠٤.

ثالثاً: الكتب القانونية الخاصة

١. إبراهيم عبد العزيز، دور حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظرتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك.
٢. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء للمضمون العقد، القاهرة، دار النهضة، ١٩٩٤.
٣. أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
٤. أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٥. أسامة حسن الدباس، إشكاليات التنظيم القانوني لعقد التأمين في فلسطين بين النظرية والتطبيق، بيرزيت، ٢٠٠٨.
٦. آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليله مقارنة في القانون المدني، المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، ٢٠١٠.
٧. أنس عبد الله العيسي، عقد الإذعان_ دراسة مقارنة_ معهد القضاء العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية،١٤٢٧هـ.
٨. أيمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٩. حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
١٠. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١، مطبعة مصر، القاهرة،١٩٤٩.
١١. حمزة حداد، مدى انطباق مبدأ الإذعان على عقد التأمين، مؤتمر القضاء والتأمين، عمان، ٢٠٠٣.

١٢. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠١٢.
١٣. خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٤. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
١٥. سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢.
١٦. سليمان براك دايح الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، جامعة النهرين، ٢٠٠٢.
١٧. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكون العقد، (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.
١٨. عادل عبد الحميد عز، مبادئ التأمين ، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١م.
١٩. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥.
٢٠. عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، ١٩٧٢.
٢١. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة_ دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي_ منشأة المعارف الإسكندرية، مصر،١٩٨٤م.
٢٢. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٥.
٢٣. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالمية، ج١، ١٩٥٨.
٢٤. عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر
٢٥. فتحي ماجد التميمي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدن الأردني، دار المنظومة الالكترونية ،٢٠١٦
٢٦. لفتة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، ط١، بغداد، ٢٠٠٨.
٢٧. محمد الهيني، الحماية القانونية و القضائية للمؤمن له في عقد التأمين، ط٢، مطبعة الأمنية الرباط، ٢٠١٠م.
٢٨. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، ٢٠٠٧.
٢٩. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي،بيروت ، سنة ٢٠١٨.

٣٠. محمد حسين منصور، مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩.
٣١. محمد شريف عبد الرحمن أحمد، عقود الإذعان ، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٦،
٣٢. محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، "دراسة في عقد التأمين"، القاهرة، سنة ١٩٧٩.
٣٣. محمدعلي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة ، ط٢، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، بدون، سنة نشر.
٣٤. مصطفى محمد جمال، أصول التأمين(عقد الضمان)، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩م.
٣٥. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية،ط١، بيروت،٢٠١٠م.
٣٦. ناظم محمد عويضة، أحكام قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥،دار المنارة، دون سنة نشر، غزة.

رابعاً: الرسائل

١. إبراهيم بندراي، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨م.
٢. بن عزوز درماش، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٣.
٣. حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، ١٩٩٦.
٤. خالد محمد أحمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير ، جامعة القدس، ٢٠٠١م.
٥. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد.
٦. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.
٧. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٤.
٨. سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، (دراسة مقارنة)، جامعة بيرزيت، فلسطين،٢٠٠٨.
٩. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك _ دراسة مقارنة _ رسالة ماجستير، جامعة ابو بلقياد، الجزائر.

١٠. شيماء مصطفى أحمد الشيخلي، عقد الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، ٢٠٠٠.
١١. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.
١٢. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
١٣. عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير، جامعة بلقايد.
١٤. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد.
١٥. غسان عمر، التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، دراسة غير منشورة، جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٧.
١٦. محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ٢٠١٠م.
١٧. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة،٢٠١٢م.

خامساً: الأبحاث المحكمة

١. أحمد السعيد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد" مجلة الحقوق، عدد٣،٢٠٠١.
٢. أحمد عبد الرحمن ملحم، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المحيطة"، مجلة الحقوق،عدد١،١٩٩٢.
٣. ثروت عبد الحميد، شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين، مقال منشور بمجلة الأمن و القانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، شهر يوليو، سنة ٢٠٠٣.
٤. حسان نادية، علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، ٢٠٠٤م، ع٤.
٥. حسن محمد الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م،العدد ١٤، ج٣.
٦. عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن القومي ، كلية شرطة دبي، العدد الاول.
٧. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٦م.

٨. علي أحمد الندوي، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م، العدد ١٤، ج٣.
٩. قطب سانو، عقود الإذعان ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، العدد١٤،جدة، السعودية،٢٠٠٤ ، ج٣.
١٠. محمد علي القري بن عيد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،٢٠٠٤م، العدد ١٤، ج٣.
١١. محمود أحمد أبو ليل و محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، عقود الإذعان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد الرابع عشر، جدة: مجمع الفقه الإسلامي ٢٠٠٤م.
١٢. نزيه حماد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٢٠٠٤م، العدد ١٤، ج٣.
١٣. هاني صلاح الدين، المفاوضات في العقود التجارية، مجلة اتحاد الجامعات العربية،ع٤، ١٩٩٦.

سادساً: المواقع الالكترونية

١. التعسف في عقود الإذعان، تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/٨. http://www. lawjo.net/ online
٢. حمزة حداد، مؤتمر القضاء و التأمين: ٢٨-٢٠٠٢/٨/٣٠م. ورقة عمل ، مركز القانون والتحكيم عمان_ الأردن، http:www.lac.com.joresear26.htm
٣. دراسة في العقود التجارية الدولية للدكتور محمود سمير الشرقاوي منشورة عبر شبكة الانترنت .http://www.abegs.org/sites/Research/DocLib1/%D8%AA%
٤. مشاعل عبد العزيز الهاجري، المقدمة في نظرية العقد،٢٠٠٤، ص٩، عن الموقع الالكتروني: http://law.kuniv.edu.kw/mashael