

تدخل القاضي في عقود الإذعان
دراسة في التشريع الفلسطيني والتشريعات العربية
مع الإشارة إلى قانون العقود والالتزامات الفرنسي الجديد

**Judge's Intervention in Contracts of Adhesion
A Study in Palestinian and Arab Legislation
With Reference to the New French Law of Contracts and Obligations**

د. صالح ناصر الطباطيبي(*)

مستشار قانوني - سلطنة عُمان
دكتوراه في الشريعة والقانون - جامعة الزيتونة- تونس.
باحث دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة صفاقس- تونس.

saleh.nasser.pal@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2024/06/02 تاريخ القبول للنشر: 2024/09/03

ملخص:

تعدّ عقود الإذعان إحدى أكثر المواضيع حضوراً على الساحة القانونية والقضائية في الوقت الحالي؛ نظراً للتطور الاقتصادي الذي أفضى إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، فأصبح من النادرة أن نجد عقداً يخلو من تعسفية في وضع الشروط من الطرف ذي السلطة الاقتصادية المتحكم في السلعة أو موضوع العقد؛ كعقود التأمين وعقود الاستهلاك والعقود المتضمنة للشرط للجزائي المبالغ فيه وغيرها. ولا خيار أمام الطرف الضعيف إلا القبول بهذه الشروط إما لحاجته لها أو لانفراد الطرف الآخر في توريد أو انتاجية السلعة محل العقد. وتبعاً للنتائج الخطيرة المتأتية من هذا الاختلال للعقد والذي بدروه ينعكس على الحياة الاقتصادية ككل، لم تقف التشريعات القانونية مكتوفة الأيدي بل عملت على سن نصوص قانونية تحد من هذا التغول والانفراد للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف؛ فمنحت القاضي سلطة التدخل إزاء هذا النوع من العقد حفاظاً على استقرار العلاقات التعاقدية. الكلمات المفتاحية: عقد، إذعان، قاضي، شروط تعسفية.

* صالح ناصر الطباطيبي

Abstract

Contracts of adhesion are one of the most prevalent topics in the legal and judicial arena at the present time; due to the economic development that has led to an imbalance in the economic balance between the two parties to the contract, it has become rare to find a contract that is free of arbitrariness in setting the conditions by the party with economic power controlling the commodity or the subject of the contract; such as insurance contracts, consumer contracts, contracts that include an exaggerated penalty clause, etc. The weak party has no choice but to accept these conditions either because it needs them or because the other party is the sole supplier or producer of the commodity subject to the contract.

Due to the serious consequences resulting from this imbalance in the contract, which in turn is reflected in economic life as a whole, legal legislation did not stand idly by, but rather worked to enact legal texts that limit this encroachment and monopoly of the strong party at the expense of the weak party; it granted the judge the authority to intervene with regard to this type of contract in order to preserve the stability of contractual relations.

Keywords: Contract, Adhesion, Judge, Arbitrary Conditions.

مقدمة:

لقد ساهم التطور الاقتصادي والتكنولوجي في ظهور أنواع من العقود التي تُخضع جملة من السلع والخدمات التي تمنحها الدولة لبعض المؤسسات على سبيل الحصر دون غيرها فلا يستطيع المنتفع أو المستهلك أن ينتفع بها إلا عن طريق هذه المؤسسات أو الشركات، وعادة لا يمكن الاستغناء عن هذه السلع أو الخدمات المقدمة من طرفها، كالكهرباء والمياه وغيرها، ونظرا لاحتكار هذه السلع من قبل الشركات فإنها تستطيع أن تفرض الأسعار التي تراها مناسبة لها ولا يجد المنتفع أو المستهلك أمامه إلا القبول بها أو الرفض ولا يمكنه المساومة أو المناقشة أو تغيير شيء منها سواء أكان ذلك على صعيد الثمن أو الشروط، ويطلق على هذا النوع من العقود بـ "عقود الإذعان"، فإن كان الأصل في العلاقات التعاقدية -استنادا لمبدأ "سلطان الإرادة" والحرية التعاقدية- أن يتمتع أطرافها بالحرية في تحديد ومناقشة الشروط، إلا أن هذه الحرية تنتفي في ظل هذا النوع من العقود؛ الأمر الذي يؤدي بدوره إلى تعسف وظلم من جانب الطرف القوي (صاحب السلعة أو الخدمة) يقع على الطرف الضعيف؛ وهذا يؤول بدوره إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد. وبذلك تشكل عقود الإذعان خروجاً عن مبدأ "سلطان الإرادة" الذي يمثل أساس العلاقات التعاقدية، الأمر الذي دفع التشريعات القانونية والفقه المعاصرين إلى مواجهة هذا النوع من الاختلالات التي نشأت عن هذه النوعية من العقود، من خلال إتاحة التدخل

القضائي في مواجهتها ومنح القاضي الصلاحيات التي تخوله التعديل من الشروط التعسفية التي تضمنها هذا العقد.

وإن كان الأمر كذلك على صعيد التشريعات القانونية فإن الفقه الإسلامي لم يكن بعيداً عن مواجهة هذا النوع من العقود التي تحتوي على ظلم وإجحاف واقع على أحد أطراف العقد على حساب ومصلحة الطرف الآخر؛ لأن الشريعة الإسلامية قوامها العدل والمساواة وحريصة كل الحرص على التوازن التعاقدي ورفع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى اختلاله ويلحق ضرراً بأحد أطرافه.

وتأسيساً على ما سبق، سوف أتناول الحديث عن الأحكام المنظمة لعقد الإذعان (مبحث أول) ومن ثمّ الحديث عن طبيعة تدخل القاضي ومواجهة الشروط التعسفية التي تضمنها (مبحث ثان).

أهمية البحث : تتمثل أهمية تناول هذا الموضوع بالآتي:

- 1- اتساع رقعة التعامل بهذا النوع من العقود .
 - 2- عدم انحصار آثار هذا العقد على أطرافه فقط بل تنعكس على المجتمع ككل.
 - 3- ضرورة البحث في التدخل القاضي وبيان معالجته لهذا العقد .
 - 4- إظهار المعالجة التشريعية لهذا النوع من التعاقد بين الأفراد.
- إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث، ضمن سؤال مركزي في إطار العلاقات التعاقدية، والمتمثل بكيفية التوافق بين المبدأ الحاكم للتعاقد بين الأطراف وبين التدخل القضائي؟
فالتدخل القاضي في تعديل العقد وما تضمنه من شروط غلب عليها التعسف وهي ما تعرف بعقود الإذعان، لم يكن محل توافق قانوني إلى زمن قريب، فقد شهدت الساحات القانونية خلافات فقهية قانونية قضائية كبرى لمنح هذه السلطة القاضي من عدمه بيد أنّ الغلبة كانت لصالح منح القاضي هذا النوع من التدخل وذلك حرصاً من التشريعات القانونية على التوازن الذي أنشأ في ظله التعاقد .

فماهي عقود الإذعان وكيفية المعالجة التشريعية القضائية لها؟
منهج البحث :

عمدت في البحث إلى المنهج الاستقرائي والمقارن، وذلك عبر استقراء النصوص القانونية ذات الاتصال، ومن ثم عقدت مقارنة بين التوجهات القانونية المتعددة منها: التشريعات العربية

كالقانون المصري إلى جانب القانون المدني الفلسطيني، وكذلك التشريعات الغربية لا سيما القانون المدني الفرنسي نظرا لحدثة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود ضمنه قوانينه.

المبحث الأول: الأحكام المنظمة لعقود الإذعان

مثّلت عقود الإذعان هاجسا لدى شراح القانون والفقهاء المعاصرين في بيانها وتحديد أوجهها القانونية والشرعية، فهي مازالت مثار جدل فقهي قانوني واسع، حيث لم تحظ بالإجماع القانوني أو الفقهي على اعتبارها عقودا بالمفهوم المعترف للعقود من عدمه، نظرا لحدثة هذا النوع من العقود --نسبيا--، والتي ساهمت عوامل متعددة بظهورها.

المطلب الأول: مضمون عقود الإذعان:

الفرع الأول: مفهوم عقود الإذعان:

(أ) الإذعان لغة:

الإذعان وأصله دَعَنَ. ويأتي على معان ومنها:

- الأصحاب والانقياد

جاء في مقاييس اللغة: "الذل والعين والنون أصل واحد يدل على الأصحاب والانقياد. يقال: أذعن الرجل، إذا انقاد"¹.

- الإسراع مع الطاعة.

جاء في لسان العرب: "والإذعان في اللغة الإسراع مع الطاعة، تقول: أذعن لي بِحَقِّي، معناه طاعني لما كنت ألتزمه منه وصار يُسرِعُ إليه"²

- ويأتي بمعنى الخضوع للحق والاعتراف به وهو الإقرار³ ومنها: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾. [سورة النور آية: 49]. أي مسرعين في الطاعة⁴.

(ب) الإذعان اصطلاحا:

إن كان الأصل في العقود أن تنشأ بمساومة بين أطرافها وأن يتم مناقشة بنودها وما اشترطه بكل حرية⁵، إلا أن عقود الإذعان خلاف ذلك.

واختلف شراح القانون في تعريف عقود الإذعان، لاختلافهم في تحديد الطبيعة القانونية التي تكسبها، والاختلاف حول أهم الخصائص المميزة لها، الأمر الذي دفع جانبا من الشراح إلى القول: إن هذه العقود "غير قابلة للتعريف بدقة"⁶.

وقد عرف بعض الشراح عقد الإذعان بأنه: "ذلك العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يُمليه الموجب"⁷.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اقتصر في تعريفه للإذعان على النظر إلى القبول من الطرف المذعن فقط، واتجه المشرع الفلسطيني إلى هذا التعريف في المادة (89) م.ف.⁸

وعرفه البعض بعقد الانضمام: "بأنه ذلك العقد الذي يفرض من أحد الأطراف على الآخر الذي يكتفي بالإذعان له -الاستسلام-"⁹.

بينما عرفه جانب آخر بأنه: "ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يطبقها الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون مناقشة محدودة النطاق بشأنها"¹⁰. ويظهر من هذا التعريف، أنه نظر إلى الإذعان باعتبار خصائصه.

وعرف المشرع الفرنسي- بعد تعديل 2016م- عقود الإذعان في المادة (1110/2): "بأنه ذلك العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف"¹¹. ويلاحظ على هذا التعريف، أنه انتهج نهج الشراح الذين عرفوا الإذعان استناداً لخصائصه. أو هو: "ذلك العقد الذي يُملئ فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق في مناقشتها أو تعديلها"¹².

فيظهر من هذه التعريفات، الارتباط بين المعنى اللغوي للإذعان والمعنى الاصطلاحي، فالإذعان ما هو إلا استسلام من قبل الطرف المذعن بشروط مقررة مسبقاً حددها الموجب من شأنها أن تخدم مصلحته، ولا يقبل من الطرف الآخر المناقشة، فهو بذلك أمام خيارين، إما القبول بهذه الشروط ومن ثم التعاقد أو رفضها وعدم التعاقد.

ومن ثم إذا قبل الطرف الآخر فإنه يكون مضطراً لذلك، وبهذا يكون الرضا من طرفه موجوداً ولكن أشبه بالملجأ والمضطّر إليه نظراً لحاجته لهذه السلعة أو الخدمة وعدم إمكانيته الاستغناء عنها، الأمر الذي دفع بعض الشراح إلى القول: إن عقود الإذعان يكون الطرف الضعيف فيها "مكرها اقتصادياً على القبول"¹³، -غير معيب للرضا- ولا مجال أمامه للمناقشة أو المساومة.

الفرع الثاني: نشأة عقود الإذعان

تعتبر عقود الإذعان من ابتداء ونتاج الفكر القانوني الغربي، وقد ساهمت عدة عوامل في نشأة هذا النوع من العقود ومن أهمها¹⁴:

أولاً: العوامل الاقتصادية :

ساهم التطور الاقتصادي الذي شمل كافة مناحي الحياة الاقتصادية في المجتمعات الغربية لا سيّما المنحى الصناعي حيث ظهرت الصناعات الاقتصادية الضخمة والتي أصبحت تتجاوز قدرات

الفرد وصعّبت سيطرته على عملية الإنتاج في جزء كبير منها، الأمر الذي أدى بدوره إلى اختلال في التوازن الاقتصادي بين القوى الاقتصادية الكبرى وبين الأفراد الذين أصبحوا يمثلون الطرف الضعيف، حيث سعت هذه القوى إلى فرض شروطها التعاقدية على الطرف الضعيف، وإضعاف الجانب التفاوضي في العقود¹⁵، الأمر الذي نجم عنه اختلال التوازن التعاقدية، والذي ساهم بدوره في ظهور ما يعرف بـ "عقود الإذعان"، فنجد مثلاً: المصانع الكبرى تضع لوائح داخلية لتنظيم عملها تحتوي بمجملها على شروط قاسية في تنظيم العمل داخلها، ولا يجد العامل أمامه إلا القبول بها دون مناقشة أو ترك عمله، الأمر الذي بدوره يشكل حداً لحريته.

ثانياً: العوامل القانونية:

ساهمت القوانين بصورة أو بأخرى في ظهور عقود الإذعان خصوصاً في ظل التطور الهائل الذي شهدته الصناعات الاقتصادية في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، حيث خلت التشريعات القانونية من نصوص منظمة للحالات المستجدة في وقتها. وعدم مواكبتها للتطور الاقتصادي، الأمر الذي ساهم بدوره في ظهور العقود الإذعائية، كعقود التأمين¹⁶ التي لم تنظمها التشريعات القانونية في بدايتها مما ترك تحديد شروطها وما يترتب عليها خاضعاً لشركات التأمين مع ما تفرضه من شروط مجحفة بحق المؤمن سعيًا لجني الأرباح بأقل تكلفة ممكنة، وهذا ساهم بصورة أو بأخرى في إيجاد طرف قوي يملئ شروطه التعاقدية بما يراه محققاً لمصلحته على حساب الطرف الضعيف الذي لا يملك من أمره شيئاً.

لذلك فلئن كانت التحولات والتطورات الاقتصادية ساهمت بشكل مباشر في ظهور عقود الإذعان، فإن خلو التشريعات من الوسائل التي تواجه هذا التطور قد ساهم في إيجادها أيضاً.

ثالثاً: العوامل المادية:

نظراً للتطور الكبير الذي شهدته الحياة الاقتصادية أصبحت الوسائل التقليدية في إبرام العقد لا تجاري هذا التطور وتواكبه، الأمر الذي دفع إلى التطور في أشكال إبرام العقد حيث ظهرت جملة من الوسائل التعاقدية التي من شأنها أن تواكب هذا التطور سعيًا لكسب الوقت والجهد ومنها: العقود المطبوعة المعدة مسبقاً ويتم التعاقد بموجبها بهدف تقليل النفقات والوقت ومنها أيضاً: العقود النموذجية¹⁷: التي يقتصر دور الأطراف فيها على ملء الفراغات التي تسمح بإظهار شخصية المتعاقد دون مناقشة بنودها.

فظهرت الأشكال الجديدة في إبرام العقود ساعدت في ظهور عقود الإذعان، كونها معدة مسبقاً وبمعرفة الطرف القوي الذي يتولى تنظيمها وإدراج الشروط والبنود التي تحقق مصلحته دون اعتبار للطرف الضعيف؛ الأمر الذي يؤدي بصورة أو بأخرى إلى اختلال التوازن التعاقدية.

فإذاً يظهر من عرض ذلك أن عقود الإذعان ما هي إلا نتاج لعدة عوامل اجتمعت وساهمت في ظهورها، وتنسب فكرة ظهورها إلى الفرنسي سالي "Saleilles" الذي يعتبر أول من استعمل عبارة: "les Contrats D'adhésion"¹⁸ وتعني بالترجمة الحرفية "عقود الانضمام"، كون المتعاقد ينضم إلى العقد دون مناقشته، غير أن أغلبية شراح القانون والتشريعات القانونية -لا سيما العربية- تبني إطلاق مصطلح "الإذعان" على هذا العقد¹⁹، ويعتبر الفقيه السهوري أول من أطلق هذا المصطلح والذي برّر هذه التسمية لما فيها من الاضطرار في القبول مستنداً في ذلك إلى المعنى اللغوي "للإذعان".

وكما انتقد هذا الجانب من الشراح، الأخذ بالترجمة الحرفية للمصطلح الفرنسي عقود الانضمام، واعتبروا إطلاق مصطلح الإذعان هو أقرب إلى مضمون العقد، ومن أبرز الانتقادات²⁰ هي:

- 1- مصطلح "الانضمام" يؤدي إلى خلط بين العقد والوسيلة التي يتكون بها العقد، كونها تبعث على الظن خطأً أن هناك اتفاقاً من نوع خاص يسمى "الانضمام"، فعند القول: "عقد الانضمام" كما تقول عقد بيع أو عقد إجار.
 - 2- يعتبر مصطلح "الانضمام" أوسع من الإذعان، فقد يقع الانضمام دون أن يتوافر فيه معنى الإذعان والرضوخ، كما في حالة البيوع المحددة فيها السعر والتي تقوم به المحال الكبرى فهو انضمام للتعاقد برضا واختيار وليس إذعانا من شأنه أن يحد الحرية التعاقدية.
- لهذا تجنب بعض شراح القانون إطلاق مصطلح: "عقود الانضمام" على هذا النوع من العقود وإطلاق مصطلح "عقود الإذعان" الذي يتضمن معنى الاضطرار.
- ورسخت أغلبية التشريعات القانونية التي نظمت هذا النوع من العقود مصطلح "الإذعان" ومنها: المشرع الفلسطيني الذي نظمه في المواد: (89)²¹ المتعلقة بالقبول في عقود الإذعان والمادة: (150)²² المتضمنة لسلطة للقاضي تجاه الشروط التعسفية لعقود الإذعان والمادة: (166/2)²³ والتي تتيح للقاضي تفسير الشك في عقود الإذعان وذلك سعياً للحفاظ على التوازن التعاقدية، وكذلك التشريعات العربية ومنها: المصري والعراقي والأردني والسوري²⁴ وغيرهم.
- ونظمت بعض التشريعات كاللبناني هذا النوع من العقود تحت مسمى: "عقود الموافقة"، لما في هذا المصطلح من إشارة لفظه على اقتصار دور أحد الأطراف على الموافقة بما جاء به العقد من شروطه والتي وضعها الطرف الآخر²⁵.

وعلى صعيد آخر فقد وجدت بعض التشريعات العربية خلت من تنظيم هذا النوع من العقود، كالمُشرع التونسي، فقد جاءت مجلة الالتزامات والعقود خالية من تنظيم هذا النوع من العقود صلب نصوص تشريعية واضحة ولكن وجدت بعض التطبيقات في إطار قوانين أخرى مثل قانون البعث العقاري وقانون التأمين التي توحى بأخذها بفكرة عقود الإذعان، نظرا لخطورة هذه العقود التي تعتبر من المسائل الاجتماعية الحساسة²⁶.

فضلا عن التشريع الفرنسي الذي ظلّ رافضا لتنظيم عقود الإذعان، مكتفيا بمعالجة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، وذلك تمسكا منه بمبدأ الحرية التعاقدية، إلى أن جاء تعديل القانون المدني بمرسوم 131-2016م، والذي أقرّ في ثلاث مواد منه بعقود الإذعان وهي: المادة: (1110) وتضمنت تعريف الإذعان وعدلت بموجب قانون التصديق رقم: 287 لسنة 2018م، والمادة: (1171) المُتضمنة لسلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان والمادة: (1190) تناولت الحديث عن تفسير عقود الإذعان.

وفي إقرار المُشرع الفرنسي لهذه المواد استجابة لضغوطات المجلس الأوروبي الذي دعا فيها إلى تطور القانون المدني بما يناسب والتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية والتي تنعكس على توازن العقود والحياة الاقتصادية كليا²⁷.

المطلب الثاني: خصائص عقود الإذعان:

تقتضي طبيعة عقود الإذعان انحصارها في عقود معينة دون غيرها وهذا يستتبع أن تتوافر فيها جملة من الخصائص والمزايا²⁸، كالعقود التي تبرمها الشركات المحتركة لسلع أو خدمات مرفقية معينة، وكذلك العقود التي تبرمها المصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال كعقود النقل بالسكك الحديدية والطائرات وغيرهما، ومنها أيضا: عقود الاشتراك بالمياه والكهرباء، فهذه العقود في حقيقتها ما هي إلا عقود إذعان، حيث يعرض الموجب المُذعن إيجابه بصورة غير قابلة للنقاش ولا مناص للقابل من قبولها كما هي، لذلك ولكي نقول: إن العقد الذي بين أيدينا هو عقد إذعان يجب أن تتحقق فيه جملة من الميزات والخصائص تميزه عن غيره من العقود²⁹ وهي:

أولا: تعلق عقد الإذعان بسلع أو خدمات من الضروريات الأولية بالنسبة للطرف المنتفع أو المستهلك³⁰، فالموجب في عقد الإذعان يفرض شروطه على الطرف المذعن بسبب حاجته الملحة إلى التعاقد على السلعة أو الخدمة ولا يمكن له الاستغناء عنها، فلا يمكن له رفض العقد ولو كانت الشروط جائرة أو شديدة³¹.

أمّا عن مدى اعتبار السلعة أو الخدمة ضرورية من عدمه فتخضع بالنظر إلى ظروف الطرف المذعن وظرفي الزمان والمكان، ويستقل القاضي بدوره في استخلاصها تبعا للظرف؛ الأمر الذي

يصدق معه القول بعدم وجود معيار موحد، فمدى اعتبار الخدمة أو السلعة ضرورية من عدمه من المسائل النسبية التي تختلف من شخص إلى آخرون زمان ومكان إلى زمان ومكان آخرين³². فما كان يعدّ من الكماليات قديما، يعتبر في عصرنا الحالي من الضروريات، ولتمييز اعتبار السلع أو الخدمات ضرورية من عدمه ذهبت محكمة النقض المصرية إلى وضع معيار فسرت فيه ذلك: "أن السلع الضرورية هي تلك السلع التي لا غنى للناس عنها ولا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"³³.

ثانيا: احتكار الموجب للسلع أو الخدمات الضرورية، احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة من شأنها أن تجعل حرية المناقشة فيها محدودة النطاق، فالموجب في عقود الإذعان يتمتع بدوره بمركز وتوفيق اقتصادي يجعله يحتكر السلع أو الخدمات، إما:
احتكارا قانونيا أي: بموجب القانون، كاحتكار الجهات الحكومية المختصة بتقديم خدمات المياه والكهرباء وغيرهما.

أو احتكارا فعليا: كأن تنتج الشركة أو المصنع سلعة معينة لا تقوم بإنتاجها أي شركة أو مصنع آخر، الأمر الذي يجعلها تتحكم بسعرها وشروط التعاقد فيها، فهذا الاحتكار لم يخوله القانون وإنما الواقع وطبيعة النشاط الاقتصادي الذي مكنه من فرض شروطه التعاقدية المجحفة وإما أن يكون الموجب قادرا بدوره على إضعاف المنافسة الاقتصادية والتحكم بها، كما هو الحال في شركات التأمين بأنواعها، وكذلك البنوك والمصارف، فلا يجد الطرف الضعيف فائدة من التنقل من شركة تأمين إلى شركة أخرى نظرا لاتحاد شروط عقود التأمين في أغلبها، الأمر الذي لا يجد معه إلا الرضوخ لشروط شركة التأمين، وكذلك الحال بالنسبة للبنوك، فقدرة الموجب على التحكم بنشاط السوق الاقتصادي يجعله بموضع المحتكر والطرف القوي، وإن بدا ظاهريا التنوع وعدم الاحتكار، الأمر الذي يجعل الموجب قادرا على التحكم وفرض شروطه التعاقدية ولا يجد المدّعن أمامه إلا القبول³⁴، فإذاً تعتبر القوة الاقتصادية من الخصائص المميزة لعقد الإذعان.

ثالثا: عمومية الإيجاب، فما يميّز عقود الإذعان أن الموجب يوجه إيجابه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ومستمرّا لمدة أطول من المدة التي يلزمها الإيجاب في العقود المعتادة؛ أي: أن يكون الإيجاب عامّا إلى الجمهور وإن توافرت في الجمهور صفات معينة، وليس إلى شخص معين، فشخصية

المُدَّعَن في عقود الإذعان ليست محل اعتبار من جانب الموجب فلا مصلحة له في معرفة شخصية من يتعاقد معه، فمثلا شركات الطيران لا يهتمها صفة من يدفع تذكرة السفر³⁵.
أما عن طبيعة القبول من طرف المُدَّعَن، فيتمثل بالتسليم بعرض الموجب وما تضمنه من شروط دون مناقشة منه أو تفاوض، فهو أمام خيارين: إما القبول بالعقد كما هو أو الرفض، والقبول من قبل المدَّعَن قد يكون صريحا بالموافقة، أو ضمنيا، كأن يأخذ المبيع دون مناقشة كتذكرة السفر الإلكترونية³⁶.

رابعا: أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي مطبوع يتضمن شروطا لا تقبل التعديل أو التحوير بل يتضمن قبولا كليا أو رفضا كعقود التأمين³⁷، حيث تتضمن هذه النماذج عادة شروطا لا يقبلها المتعاقد العادي غير المضطر في ظل ظروف تعاقدية عادية؛ كونها تضمن تحقيق مصلحة الموجب لأقصى حد ممكن. غير أنه لا يشترط للقول بإذعانية العقد أن يكون وفق نموذج مطبوع، وإن كانت هي الصورة الغالبة -سعيًا لتوفير الوقت والنفقات-، حيث توجد بعض العقود ذات قالب نموذجي وليس لها صفة الإذعان كعقود الإيجار مثلا³⁸.

فإذا ظهر من خلال هذا العرض جملة من الخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان، ويتجه أغلبية الشراح إلى القول بوجود توافر جميع هذه الخصائص للقول بإذعانية العقد ومن ثم يستوجب تدخل القاضي لتعديل ما تضمنه من شروط تعسفية جائرة فُرضت على الطرف الضعيف بينما ذهب شراح آخرون إلى القول: بضرورة التوسع في مفهوم الإذعان والتطور بفكرته سعيًا لاستيعاب التطور الاقتصادي الكبير في عصرنا، حيث يرى هذا الجانب، الاكتفاء بالقوة الاقتصادية التي من شأنها أن توجد طرفا قويا يستطيع فرض شروطه التعاقدية التي تحقق مصلحته دون السماح للطرف الضعيف بمناقشتها أو تعديلها، واستندوا في ذلك بصريح نص المادة: (89) م.ف التي تقابل المادة: (100) مدني مصري، فنص المادة يشير إلى أنه يكفي لوجود عقد الإذعان مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة، ولم تشترط وجود الاحتكار للسلع أو الخدمات سواء أكان الاحتكار قانونيا أم فعليا وكذلك لم تشترط أن تكون السلع أو الخدمات ضرورية بالنسبة للطرف الآخر للقول بوجود الإذعان، وكما ذهبوا إلى القول: إن هذه الشروط التي وردت في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني ونظيره المصري إنما جاءت بهدف التوضيح في معرض الحديث عن عقود الإذعان ولا ترتقي في إلزاميتها إلى درجة إلزامية النص القانوني الذي خلا من هذه الشروط والخصائص واكتفى بخاصية التسليم والقبول دون مناقشة من الطرف الضعيف³⁹.

وأميل إلى هذا الرأي الذي استبعد جميع الشروط والخصائص التي تجعل الحكم على العقد بالإذعان من عدمه مرتبطا بتحققها، وحصرها في إطار مدى توافر القوة الاقتصادية للموجب من عدمه، والتي تؤول بتصوري إلى الاحتكار، وهذا ما يمكنه من فرض شروطه التعاقدية؛ لأن في هذا القول استيعابا للتطور الاقتصادي الهائل جدا في عصرنا، الذي شمل جميع مناحي الحياة، الذي انعكس بدوره على ظهور شركات ومصانع ذات الامتداد الجغرافي العالمي، والتي امتلكت قوة اقتصادية كبيرة بما يعرف "بالشركات القابضة" والتي تساعد على فرض شروطها التعاقدية ومن ثمّ يمكن القول: إن معيار التفوق والقوة الاقتصادية يمكن من خلالها تصنيف العقود كونها إذعانا من عدمه وليس من منطلق كون السلعة ضرورية أم لا، وبناء على ذلك يمكن فرض الحماية القانونية على الطرف المدّعن، أما اشتراط أن تكون السلعة ضرورية من شأنه أن يضعف هذه الحماية، وأن يتحكم صاحب القوة الاقتصادية بالسلع بما يراه مناسبا؛ لذلك كان هذا الرأي أولى بالأخذ والاعتبار سعيا لتوسيع دائرة الحماية القانونية.

المبحث الثاني: التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

رسّخ المشرع الفلسطيني في المادة (150) م.ف، على غرار التشريعات القانونية المنظمة لعقود الإذعان، حماية تشريعية للطرف المدّعن، من خلال منح القاضي سلطة التدخل إزاء الشروط التعسفية التي شابت عقود الإذعان وذلك خلافا للقواعد العامة التي لا تجيز للقاضي التدخل في تعديل العقد، حفاظا على سلطان الإرادة، إلا أن الخروج عن هذا الأصل، كان نظرا لوقوع الطرف الضعيف تحت سطوة الطرف القوي الذي فرض شروطه دون مناقشة أو مساومة من الطرف الآخر خلافا للأصل في العقود؛ ألا وهي المساومة، الأمر الذي فرض السماح بتدخل القاضي بهدف إعادة التوازن التعاقدي من خلال تعديل الشروط التعاقدية التي توصف بالتعسفية.

وعلى الرغم من أن السلطة التعديلية للقاضي أصبحت حقيقة مرسخة إزاء عقود الإذعان إلا أنها شهدت خلافا حول مشروعيتها، وهذا يوجب إلقاء الضوء على هذا الخلاف الراجع أساسا إلى الاختلاف في تحديد طبيعة هذا النوع من التعاقد، هل هو عقد بالمفهوم الحقيقي أم لا؟. وعلى صعيد الفقه الإسلامي؛ فلم يكن الفقهاء المعاصرون بمنأى عن هذا الاختلاف، حيث يلاحظ اختلافهم في قبول هذا النوع من العقود من عدمه، وهذا بدوره انعكس على صحة تدخل القاضي تجاهه من عدمه.

المطلب الأول: إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

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

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

أ) الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

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

الاتجاه الأول: إنكار الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

ذهب جانب من شرح القانون⁴⁰ إلى إنكار الصبغة القانونية على عقد الإذعان وأنها ليست بعقود قانونية حقيقة، كونها لم تنشأ بتوافق وحرية بين المتعاقدين⁴¹، على اعتبار القبول فيها ما هو إلا خضوع ورضوخ لإرادة الطرف القوي دون تكافؤ أو تساوي بين الإرادات.

وتأسيسا على هذا الرأي، فإن هذا النوع من المعاملات أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد، كونه ينشأ بإرادة منفردة من قبل الموجب ويقتصر دور القابل على القبول فقط ومن ثم يخضع إلى الأحكام المنظمة لللائحة أو المركز القانوني، ولا يخضع إلى أحكام العقود سواء أكان بالتنفيذ أو التفسير أو غيرهما⁴².

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

الأول: عمومية الإيجاب:

فالإيجاب في الإذعان موجه للكافة أو فئة معينة توافرت فيها شروط معينة، فالإيجاب ليس موجها لشخص معين وكذلك الاستمرارية في الإيجاب التي تميزت بطول المدة وهذا من شأنه أن يخرج هذا النوع من المعاملات عن طبيعة العقد⁴³.

الثاني: عنصر الإكراه الاقتصادي:

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

فهذا النوع من الإكراه يخرج هذ النوع من المعاملات عن النطاق التعاقدي⁴⁴، وإن كان هذا الإكراه في حقيقته غير معيب للإرادة.

الثالث: عنصر الإذعان:

أي الرضوخ والاستسلام من طرف من وجه إليه الإيجاب؛ فهو لا يملك إلا الإعلان عن خضوعه لمشارطة الطرف القوي، فإرادة المدّعين ليست إرادة حرة، بل مقيدة لإرادة الطرف القوي الفارضة لشروطه، وهذا من شأنه أن يخرج المشارطة التي وضعها المشتري من كونها عقدا بالمعنى الصحيح⁴⁵.

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

الاتجاه الثاني: إضفاء الصبغة العقدية على الإذعان:

ذهب أغلبية شراح القانون⁴⁶، الى اعتبار الإذعان عقدا بالمعنى القانوني الحقيقي ينشأ بتوافق إرادتين، ويخضع الى ما تخضع إليه سائر العقود من قواعد وأحكام.

وانتقدوا ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالإكراه الاقتصادي، فهو غير معتبر في إطار العلاقات التعاقدية، فهذا النوع من الإكراه مغاير لمفهوم الإكراه الذي من شأنه أن يعيب إرادة المتعاقد⁴⁷، فالإرادة التعاقدية تحققت بتوافق أطرافها وهو المطلوب لصحة العقود.

وأما المساواة المطلوبة في العقود فهي تلك المساواة من الناحية القانونية، لا الاقتصادية، فعدم تحققها، لا يمنع من التعاقد، لأن القانون نفسه يفترض أن أحد طرفي العقد أضعف من الآخر، فالموجب الذي ينفرد بوضع الشروط التعاقدية، ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها من الطرف الآخر، فهذا لا يعنى إهدارا لحرية الطرف الضعيف لأنه يمتلك الرفض أو القبول وكما لا يشترط في العقود أن يسبقها مفاوضات أو مناقشات على قدم المساواة بين الطرفين⁴⁸.

وهذا ما اتجهت إليه ورسخته أغلبية التشريعات القانونية بتنظيمها عقود الإذعان على أساس أنها عقود حقيقية تسري عليها الأحكام المتعلقة بالعقود كافة. وهذا ما أميل إليه، لأن ما يرد على حرية القابل لا يعدو أن يكون نوعا من التباين الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي،

فحرية كلا الطرفين كاملة متحققة، فضلا عن أن المساواة المطلوبة بين المتعاقدين هي القانونية وليست الاقتصادية، لأن الغاية من العقود هي إشباع الرغبات، وتحقيق الغايات.

(ب) الخلاف حول منح القاضي سلطة التعديل.

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

الاتجاه الأول: الاتجاه الرافض لتدخل القاضي

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

واعتبروا أن منح هذه السلطة يمثل خروجاً عن الحدود المألوفة للقاضي العادي؛ التي تتمثل في التفسير للبحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين وإزالة ما يكتنفها من غموض لا أن تصل إلى حد تعديل الشرط التعسفي بإلغائه أو انتقاصه، وهذا ما يعد ضرباً لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، القائم على أن كل ما اتفق عليه المتعاقدان واجب النفاذ.⁴⁹

وكما اعتبروا أن إطلاق يد القاضي في التعديل، من شأنه أن ينال من الاستقرار المطلوب للمعاملات، لأن المتعاقدين عندما يتعاقدان؛ يعرض كل منهما الآثار التي ينتجها العقد ومن ثم يعرف كل متعاقد حقوقه وواجباته، فالقول بتدخل القاضي بتعديل هذه الحقوق والواجبات من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات.⁵⁰

وكما أضافوا: أن التشريعات التي أقرت هذه السلطة، قد خلت من تحديد ماهية الشروط التعسفية ومعاييرها وآلية أعمال القاضي لها وتدخله في مواجهتها سواء بالتعديل أو الإعفاء منها، وهذا كله من شأنه أن ينتج عنه تضارب الحلول والتوجيهات القضائية في مواجهة الشروط التعسفية.⁵¹

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

الاتجاه الثاني: الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي:

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

وفي معرض مناقشتهم لأصحاب الاتجاه الرافض لهذا التدخل قالوا: إن السماح بتدخل القاضي يمثل خروجاً عن القواعد العامة المرسومة للقاضي، فإن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضروريات الخروج عن هذه الأحكام والقواعد وفقاً لتقديره للمستجدات التي تقتضي ذلك، فخضوع المذعن لشروط الموجب دون مناقشة تعتبر مبرراً لخروج القاضي عن هذه القواعد⁵² - وفقاً للمشرع -، فصاحب كلمة الفصل في فرض هذه الحماية هو المشرع الذي رسّخ هذه الحماية التشريعية وليس القاضي الذي تقتصر مهمته على تفعيل هذه الحماية وتطبيقها عند الحاجة إليها وتحقيق مقتضاها، وكما أن الاختلال في العقد وقع قبل تدخل القاضي، وما تدخله إلا بغية إعادته إلى الوضع الطبيعي الذي يجب أن يكون فيه وذلك من خلال رفع صفة التعسف التي شابت الشروط.

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

وفيما يخص ضبابية الشرط التعسفي وعدم وضع معايير لتمييزه عن غيره من الشروط مما يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، فهذا لا يعني عدم خضوع القاضي عند تعديله للشروط إلى رقابة محكمة النقض التي تراقب بدورها مدى موافقة القاضي لصحيح القانون من عدمه عند تطبيق النص، وذلك من خلال النظر في تسبب القاضي لحكمه في إلغاء الشرط أو تعديله، فعند انحراف القاضي عن الأصول القانونية المعتبرة في ذلك، فإن محكمة النقض تضع حداً لذلك إن وجد وذلك بنقض حكمه⁵³.

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

الفرع الثاني: شروط تدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان (أ) إذعانه العقد

لقد اشترطت المادة (150) م.ف، لإعمال القاضي سلطته الحماية لصالح الطرف المذعن أن يكون موضوع النزاع "عقد إذعان"، حيث يفترض التدخل القضائي أن يكون في مواجهة عقد

صحيح الإنشاء بتوافق إرادتين خالية من العيوب، وأن يتصف هذا العقد بخصائص عقد الإذعان، من عمومية الإيجاب والاحتكار للسلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها - كما سبق تناولها- والتي تمثل الجانب المادي.

إضافة الى ذلك، توافر الجانب المعنوي، والمتمثل، في وجود إرادة أضعف من إرادة، ألا وهي إرادة القابل الضعيفة بانحصارها في قبول ما فُرض عليه دون مناقشة أو مساومة، في مواجهة إرادة الموجب القوية أما إذا خضعت هذه الشروط المتضمنة للعقد إلى المناقشة والمساومة، فلا مجال لإعمال سلطة القاضي، وإن وصفت هذه الشروط بالتعسفية، وذلك استناداً الى مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"، كونها أدرجت في العقد بمحض الاختيار الكامل والرضا للطرف الملزم بها⁵⁴. وهذا بدوره يفرض على القاضي إلى جانب البحث في الجانب المادي البحث في الجانب المعنوي، بالنظر في إرادة الطرف الضعيف ومدى تحقق معنى الرضوخ والاستسلام لما فرضه الموجب من عدمه، فإذا تبين تحقق معنى التسليم دون مناقشة فيُعمل القاضي سلطته.

ب) أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية

بعد أن يفرغ القاضي من البحث والتحقيق من النزاع و أنه تعلق بـ "عقد إذعان"، ينتقل إلى البحث عن مدى توافر الشروط التعسفية في العقد من عدمه، وتبرز أهمية هذا الشرط كونه المبرر لتدخل القاضي بهدف فرض سلطته الحمائية للطرف الضعيف، فإذا خلا العقد - وإن كان إذعانا- من هذه الشروط، فلا مجال للقول بتدخله وفرض تطبيق النص⁵⁵. وعلى الرغم من جوهرية هذا الشرط، إلا أن النص المنظم لعقود الإذعان، قد خلا من أدنى إشارة حول تحديد ماهية الشروط التعسفية وماهية المعايير التي يمكن للقاضي أن يستعين بها في سبيل تمييزها عن الشروط العادية، الأمر الذي دفع الشراح إلى تولي هذه المهمة، على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الشرط التعسفي:

نظراً للفراغ التشريعي الذي اعتري نص المادة (150) م.ف -على غرار أغلبية التشريعات⁵⁶، في تحديد ماهية الشرط التعسفي، اختلف شراح القانون في وضع تعريف محدد له نظراً لصعوبة "تحديد فكرة التعسف ومعياره"⁵⁷، ومن هذه التعريفات:

- ما عرفته المادة: (35) من قانون رقم: "78-23" المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الفرنسي لعام 1978 م (المُلغى): "هي الشروط المفروضة من المهنيين⁵⁸ على غير المهنيين أو المستهلكين⁵⁹ بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"⁶⁰

- وعرفه بعض الشراح: "هو ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما منافية للعدالة التي يجب أن تسود التعامل ويترتب عليها إخلال توازن العقد"⁶¹.
 - وذهب آخرون إلى القول: "بأنه ذلك الشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، سعيا للحصول على ميزة مجحفة"⁶².
 - أو هو "بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه، اشتراطه الطرف القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر دون مقتضى"⁶³.
- ويلاحظ على هذه التعريفات التركيز على النفوذ الاقتصادي لأحد المتعاقدين والذي يجعله في المركز القوي ويمكنه من فرض شروطه التعاقدية بغية الحصول على مميزات فاحشة لتحقيق مصلحته وذلك مخالفة لمقتضى العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا القبول بذلك.
- ومن هذا يمكن القول: أن الشرط التعسفي ما هو إلا "شرط يفرضه صاحب الهيمنة الاقتصادية سعيا للحصول على مقابل مجحف من الطرف الآخر على خلاف مقتضى العقد ومن شأنه أن يؤدي إلى اختلال توازنه" الأمر الذي يشكل مبررا لتدخل القاضي بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ثانيا: معايير الشرط التعسفي:

لم يعمد المشرع القانوني إلى تحديد أنواع الشروط التعسفية أو معايير يستهدي القاضي بها إلى معرفتها، بل فسح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في ذلك، سعيا لتحقيق أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف الذي خالف فيها الطرف القوي بفرضه هذه الشروط ما يجب أن يسود التعامل من روح الحق والعدل، فدفعاً للضرر الذي لحق الطرف الضعيف وتحقيقاً للعدالة العقدية⁶⁴، ارتأى المشرع تجنب حصر القاضي في جملة من الشروط التعسفية بل ترك تحديد معاييرها له والذي يستعين بدوره في تحديدها بالظروف الملائمة للتعاقد وظروف العاقد.

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

1- معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها وبحكم الاستعمال⁶⁵ :

ذهب جانب من شراح القانون إلى اعتماد معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، للترقية بين الشروط التعسفية عن غيرها من الشروط. وفترقا بينهما على أساس: إن الشرط التعسفي في ذاته هو الذي يظهر من التعسف منذ إدراجه بالعقد وتكشف عنه ألفاظه بأن تأتي متناقضة مع جوهره والتي تسمح للموجب الحصول على مميزات فاحشة ومبالغ بها، كأن يوجد شرط في العقد يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكانه الرجوع عن العقد فظاهر الشرط، يظهر تعسف واضع ليكون بمأمن عن المسؤولية التي يفرضها العقد في وضعه الطبيعي.

أما الشرط التعسفي بحكم استعماله، فهذا الشرط لا يظهر من صيغته وألفاظه التعسف عند إدراجه بالعقد وإنما تظهر صفته التعسفية عند تطبيقه على أرض الواقع من خلال تمسك الموجب بحرفية النص، وعدم مراعاة جوهره وروحه، كالشرط التي تدرجه شركة التأمين الذي يلزم فيه المؤمن له إعلام المؤمن معلومات أو أمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه بالتعويض- مبلغ التأمين-، فهذا الشرط في الأصل لا تشوبه صفة التعسف، ولكن يظهر ذلك عند التطبيق بأن تتمسك شركة التأمين بحرفية الشرط لإسقاط حق التعويض رغم حسن نية المؤمن له كوجود عذر مقبول دفعه إلى التأخير في تقديم هذه المعلومات، لا سيما إذا كان هذا التأخير ليس من شأنه زيادة جسامه الخطر⁶⁶.

ولكن هل يمكن القول إن هذا المعيار يتماشى ونص المادة (150) م.ف ومن ثمّ صلاحيته كمعيار يمكن للقاضي أن يستهدي به في معرفة الصفة التعسفية للشرط ؟ بالرجوع إلى منطوق المادة (150) م.ف "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز..؛" يظهر لي أن صلاحية هذا المعيار تتجسد في جزء منه دون الآخر، أما الذي يصلح فهو المتعلق باعتبار الشرط التعسفي في ذاته، لأن النص تحدث عن عقد إذعان قد تم إنشاؤه وتضمن شروطاً تعسفية أي وصف التعسف في الشرط كان منذ لحظة إنشاء العقد ومن ثمّ إعطاء القاضي الحق في استعمال سلطته التعديلية وذلك برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بإعماله، أما الشرط التعسفي بحكم الاستعمال فأتصور عدم صلاحيته بأن يكون معياراً يستهدي به القاضي لتمييز صفة التعسف من عدمه وفقاً للمادة (150) م.ف لأن الدائن (المشترط) سوف يتمسك بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه من شروط والتي انتفت عنها الصفة التعسفية ظاهرياً.

2- معيار التعسف باستعمال الحق لتمييز الشرط التعسفي:

ذهب جانب آخر من الشراح إلى إيجاد معيار آخر للشرط التعسفي، تمثل في الرجوع إلى النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق في القانون المدني، فمتى توافر في الشرط أي حالة من حالات التعسف باستعمال الحق الواردة في المادة (5) م.ف⁶⁷، فهو يعتبر بالضرورة شرطا تعسفيا.

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

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

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

فوفقا لهذا المعيار فالشرط التعسفي، هو ذلك الشرط الذي جاء مخالفا لنظرية التعسف في استعمال الحق الواردة في نص المادة (5) م.ف⁶⁸.

ولم يسلم هذا المعيار من انتقاد الشراح لعدم وضوحه، كونه لا يؤدي إلى تحديد الشرط التعسفي تحديدا كاملا وشاملا، لكل الحالات التي تصيب الطرف الضعيف حيث يؤدي في كثير من الحالات إلى وصف التعسف في إطار ضيق وذلك مخالف لغاية المشرع التي هدف من ورائها عدم تحديد نطاق الشرط التعسفي لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعيف، فقد يوجد الشرط التعسفي على الرغم أن الطرف القوي لم يعتمد الإضرار بالطرف الضعيف أو يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة⁶⁹.

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

3- اعتماد النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة معيارا للشرط التعسفي.

ذهب جمع من الشراح إلى اعتماد المادة (35) من قانون إعلام وحماية المستهلكين الفرنسي لعام 1978م -القديم-، معيارا لتحديد وتمييز الشرط التعسفي⁷⁰، وجاء في نص المادة: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين... تفرض الشروط على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة" وتأسيسا على هذا النص، اعتبر هذا جانب من الشراح، أن معيار الشرط التعسفي هو الذي توفر فيه شرطان مرتبطان ارتباطا بالسبب بالنتيجة وهما: النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة:

• التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي من جانب الموجب :

وهو الشق المعنوي الذي يجب تحقيقه في الشرط التعسفي، حيث ذهب بعض الشراح إلى اعتماد هذا المعيار للشرط التعسفي، وقصدوا بالتعسف ذلك التعسف المتصل بالحالات التي جاءت به المادة (5) م.ف - كما ذهب إليه أصحاب المعيار السابق-، حيث رأوا أنه يمنع على الموجب فرض شروط من شأنها أن تتجاوز حدود التعاقد إلى الإضرار بالتعاقد المذعن (المستهلك)؛ لأن هذا التجاوز لا يعني إلا التعسف بالمعنى التقليدي له المتمثل في الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية⁷¹.

وانتقد هذا المعيار؛ لأن الموجب عندما يفرض شروطه التعاقدية مسبقا، فإن ذلك لا يعني أنه من قبيل الحق الشخصي له، لأن الغاية من تحرير العقود النموذجية لا يتعدى أن يكون توفيراً للوقت والجهد والنفقات في إعداد العقود، وهذا يعد من قبيل سلطة الواقع التي يمارسها الموجب وليس من قبيل ممارسة الحق الشخصي له⁷².

وكما لم يشهد لنجاعة هذا المعيار التطبيق القضائي وعمل المحاكم حيث لم يشهد له تطبيقا قضائيا في المجال التعاقدي⁷³.

علاوة على الغموض الذي يكتنفه، لأن القول بالنفوذ الاقتصادي غايته الحصول على ميزة فاحشة فهذا يعني أن التفوق الاقتصادي يكون مرادفا للقوة أو عظم شأن الموجب والواقع ليس كذلك، إذ قد يوجد حرفي بسيط مثلا يستطيع أن يستخدم نفوذه في السوق، على عكس شركة كبيرة قد لا تستطيع استخدام ذلك حرصا على سمعتها وتجنباً لحدوث اضطرابات تجارية في السوق⁷⁴.

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

وفي سبيل تلافي هذه الانتقادات سعى أصحاب هذا المعيار إلى بيان مؤشرات ومقومات التفوق الاقتصادي، فذهب البعض إلى: اعتبار عدم التعادل الجسيم بين الطرفين مؤشرا على التفوق الاقتصادي لصالح الطرف القوي، بينما ذهب آخرون إلى اعتماد مؤشر مركز الموجب في السوق كدليل على تفوقه الاقتصادي من عدمه، وذلك من خلال تقدير أهمية المشروع الذي يمتلكه ومدى انعكاس قوته من عدمها على السوق⁷⁵.

• الميزة الفاحشة:

يعد هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول، فما الميزة الفاحشة إلا نتيجة لاستخدام التفوق الاقتصادي، فالغاية التي يسعى إليها الموجب من وراء استخدام تفوقه الاقتصادي هي تحقيق ميزة فاحشة، تتمثل في الحصول على منافع مألوفة وغير مألوفة من وراء التعاقد والتي لا تقتصر بدورها على المنافع المادية فقط من جانب الطرف الضعيف بل تشمل الالتزامات الملقاة على عاتق المذعن بالتخفيف منها⁷⁶، لذلك يصعب من الناحية الواقعية تصور هذا المعيار منفردا - الركيزة المادية- بدون معيار التفوق الاقتصادي - الركيزة المعنوية - لاعتبار الشرط تعسفيا. وبهذا يمكن القول: إن فكرة الميزة الفاحشة تقارب إلى حد كبير فكرة الغبن واختلال الالتزامات المتقابلة.

غير أن هذا المعيار، قد تعرض إلى نقد -أيضا- لعدم وضوحه علاوة على خلوه من تحديد نسبة أو مقدار لما يعتبر ميزة مفرطة وفاحشة من الميزة العادية، الأمر الذي دفع بعض الشراح -في معرض الرد على هذا النقد- إلى القول: أن هذا الشرط يجب أن لا يُنظر إليه بمفرده بل يجب أن ينظر إليه بجملة مضمون العقد ككل وباقي شروط العقد، لأن النظر إلى الشرط لوحده قد يظهر التعسف فيه ولكن قد يوجد بالمقابل شرطا في نفس العقد يعطي الطرف الآخر -الضعيف- ما يكفي لإعادة التوازن العقدي فلا مبرر للتعديل، ومن ثمّ إذا اشتمل العقد على شرط عدّ تعسفا فوفقا لهذا المعيار، يجب أن لا يكتفى بالنظر إليه بل إلى مجمل العقد وشروطه⁷⁷.

فإذاً يظهر، أن هذا الجانب من الشراح الذين اعتمد ماجاء في المادة (35) من قانون حماية المستهلكين الفرنسي لعام 1978م، كمعيار لتمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط إذ لا بد له من توافر شقين أحدهما: معنوي: تمثل بالتفوق الاقتصادي وآخر مادي: يتمثل بالميزة الفاحشة. إلا أن المشرع الفرنسي وفي محاولات سعيه لتلافي الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار

فضلا عن الاستجابة لدعوات الانسجام مع التوجه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين، فقد تخلى عنه في تعديله لقانون حماية المستهلكين لعام 1995م، واستعاض عنه بمعيار: "الإخلال الظاهر بالتوازن"⁷⁸، وعلى الرغم من هذا التعديل فإنّ شراح القانون لا يرون فرقا بين هذا المعيار الذي جاء به التعديل والمعيار السابق فكلاهما يدور في فلك الغبن وتحقيق غرم وفائدة على حساب طرف ضعيف⁷⁹.

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

يمثل عقد الإذعان الصورة الغالبة للشروط التعسفية، ولكن هذا لا يمنع أن ترد في غيره من العقود كعقود الاستهلاك، فلا يوجد ما يمنع من اعتماد المعيار الذي اعتمده شراح القانون استنادا لما جاء في قانون الاستهلاك - كما سبق-، وهذا ما أكد عليه التوجه الأوروبي لحماية المستهلكين لعام 1993م، ونصت المادة 3/2 منه: "الشرط الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية، إذ تمت صياغته سلفا دون أن يكون باستطاعة المستهلك نتيجة لذلك أن يؤثر في مضمونه وبخاصة في "عقد إذعان".

وهذا ما أكد عليه القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير لعام 2016م، الذي اعتمد ذات المعيار الذي اعتمده في قانون الاستهلاك لعام 1995م، في إطار عقود الإذعان في المادة (1171): "يعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

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

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

وكما أن المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م تؤكد على ذلك، وحيث نصت على: "يجوز للمجلس -مجلس حماية المستهلك- أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية...."، والعقود النموذجية من طائفة عقود الإذعان وخاصة من خصائصه.

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

غير أن هذا الإطلاق من سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية، قد لا يكون في جميع الحالات ذات فائدة أو أن يحقق الغاية التي سعى إليها المشرع، لذلك حرّى المشرع أن يلجأ إلى ضبط جملة من المعايير وإن كانت في إطار عام من شأنها أن تساهم في تحديد الشرط التعسفي. ومن ثمّ يسهل على القاضي الفصل في النزاع وحسمه بالطريقة الأقرب إلى تحقيق التوازن ودفع الضرر. وفي هذا دعا بعض شراح القانون المدني العربي⁸⁰ إلى ضرورة اتباع الأساليب التي اعتمدتها بعض التشريعات الغربية كالفرنسي⁸¹ والألماني⁸²، في تحديد طبيعة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، حيث اتبعت هذه الدول أساليب معينة لضبط هذا النوع من الشروط، ومنها:

- إعداد قوائم تحتوي أنواعاً للشروط التعسفية

- اعتماد لجان متخصصة في تحديدها.

- إصدار مراسيم من الجهات المعنية المختصة⁸³.

وهذه الأساليب من شأنها أن تساعد القاضي على تحديد الشرط التعسفي، فبمجرد وجود الشرط في القائمة أو المرسوم، يعتبر قرينة على التعسف، مع ضرورة عدم إلزامية القاضي بما ورد فيها، وحصره بها دون سواها، لأن حصر القاضي في قائمة معينة يذكر فيها أنواع الشروط التعسفية، من شأنه أن يقلل الحماية التي سعى المشرع إلى توفيرها للطرف الضعيف⁸⁴.

المطلب الثاني: نطاق مراجعة القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان

لقد فرضت المادة (150) م.ف، حماية تشريعية تمثلت بمنح القاضي سلطة التدخل في مواجهة الشروط التعسفية في إطار عقود الإذعان، سعياً إلى حماية الطرف المذعن نظراً لضعفه في مواجهة الطرف القوي الذي انفرد في وضع الشروط دون مناقشة أو مفاوضات مع الطرف الآخر والتي من شأنها أن تؤدي إلى اختلال التوازن التعاقدي فيما بينهم، وذلك خلاف الأصل في الاشتراط ضمن العقود القائم على المساومة والتراضي.

وتمثلت هذه الحماية - التي تناولها النص - بثلاثة صور، وللقاضي السلطة في استخدام أيّ منهم وفقاً لتقديره وهذه السلطات هي:

- 1- سلطة تعديل الشرط التعسفي.
- 2- سلطة إلغاء الشرط التعسفي.
- 3- أضافت المادة (166) م.ف، سلطة أخرى للقاضي تمثلت في تفسير العبارات التي اعترافها الشك في إطار عقود الإذعان.

الفرع الأول: التدخل الحمائي بتعديل الشرط التعسفي:

عند نظر القاضي في تعديل عقود الإذعان، فإنّ أول ما يبحث عنه مدى اشتغال العقد على شروط تعسفية من عدمه، حيث نصت المادة (150) م.ف "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها....."، وكما توجي القراءة الظاهرة للنص أن المعالجة القضائية في مواجهة الشروط التعسفية تكتسي الصفة التراتبية فأول ما يثيره القاضي لمواجهة الشرط التعسفي يكون بواسطة تعديله، فإذا لم يؤت أكله فعندها يكون الإلغاء، غير أن ما عليه شراح القانون خلافاً لظاهر النص، حيث ذهبوا إلى القول بعدم إلزامية القاضي بهذه التراتبية، وله أن يختار ما يراه مناسباً في سبيل مواجهة الشروط التعسفية وفقاً لسلطته التقديرية.

وتعديل الشرط التعسفي، يتمثل بإزالة الصفة التعسفية التي اعترت الشرط حتى يستقيم والتوازن التعاقدية، فهو بذلك يبقى -أي الشرط- وجل ما في الأمر أن القاضي يعمل على إعادة الأمور إلى نصابها الطبيعي، مستنداً في ذلك إلى مقتضيات العدالة، وفي سبيل تعديل الشرط، فالقاضي له الصلاحية والسلطة التقديرية في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة ومناسبة لإزالة التعسف⁸⁵.

والشرط التعسفي قد يتمثل بعدة صور بحسب طبيعته، الأمر الذي يتطلب من القاضي مراعاة كل صورة منها وإبداء الحل المناسب لها عند قيامه بالتعديل. ومن هذه الصور⁸⁶:

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

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

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

2- قد يتعلق الشرط التعسفي بوسائل تنفيذ العقد أو مدته، فيلجأ القاضي إلى التعديل إما بزيادة المدة أو نقصانها بما يتناسب

وطبيعة العقد سعياً إلى إزالة الصفة التعسفية عن هذا الشرط، وتحقيق الهدف الذي ابتغاه المشرع من فرض الحماية للطرف المدعى ومنح القاضي سلطة التعديل ألا وهو تحقيق التوازن التعاقدية.

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

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

4- قد يتمثل الشرط التعسفي في صورة الشرط الجزائي -التعويض الاتفاقي- بأن يكون هذا الشرط مبالغاً فيه لدرجة لا تتناسب و الضرر الفعلي، فهنا للقاضي أن يتدخل في سبيل تعديله وتحقيق التناسب بين قيمة الشرط والضرر الفعلي، وذلك على اعتباره شرطاً تعسفياً. فإذاً يظهر، من هذا العرض أن للقاضي متى رأى أن الشرط المتضمن للعقد، قد اكتسب بصفة تعسفية، فله أن يتدخل في تعديله سعياً لإزالة هذه الصفة، بما يتفق ومقتضيات العدالة لتحقيق التوازن التعاقدية بين أطرافه، إضافة إلى أن الشرط التعسفي وإن كانت صورته الغالبة في عقود الإذعان، إلا أنه يتصور وجوده في إطار عقود أخرى، وهذا يعني أن القاضي متى رأى أن الشرط يعد تعسفياً، له أن يتدخل في تعديله.

الفرع الثاني: التدخل الحمائي بإلغاء الشرط التعسفي

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

وأقر المشرع الفلسطيني هذه السلطة - على غرار أغلبية التشريعات⁸⁷ - في المادة (150) م.ف، "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل...أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة..".

وتعتبر هذه السلطة أداة خطيرة بيد القاضي، لذلك انتقدها جمع كبير من شراح القانون، لما فيها من خروج عن القواعد العامة المنظمة للعقود، فالعقد شريعة المتعاقدين، بإقرار سلطة الإلغاء من شأنها أن تضرب بعرض الحائط هذه القواعد وتجعلها حبراً على ورق وليس لها أي قيمة على أرض الواقع⁸⁸.

فضلاً عن أن إقرار هذه السلطة يمثل خروجاً عن مهمة القاضي الأساسية تجاه العقود والمتمثلة بتفسير العقد دون أن تتجاوزته إلى إبطال أو حتى تعديله.

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

في الحقيقة لا أميل إلى هذا الرأي، وأتصور أن المشرع في إقراره لهذا النوع من السلطات للقاضي، إنما كان ذلك سعياً وراء تحقيق غاية تمثل قوام العقود كافة ألا وهي العدالة والتوازن التعاقدية الذي نشأ فيه العقد بين أطرافه وأن يحصل كل واحد منهم على حقه وما سعى إليه دون ظلم أو جور على حساب الطرف الآخر، وهذا لا يعني الخروج عن القواعد العامة للعقود وما يوجبه سلطان الإرادة، ولكن أتصور أن هذه القواعد محكومة بالغاية التي أقرت من أجلها ألا وهي تحقق التوازن التعاقدية.

فاذاً للقاضي وفي سبيل مواجهته للشروط التعسفية، أن يعدل منها بإزالة الصفة التعسفية وإبقائها أو أن يبطلها ويعتبرها كأنها لم تكن.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل التي جاء بها القانون المدني، قد أقرها الفقه الإسلامي صراحة، فقد سبق القول: إن معالجة الفقهاء للشروط التعسفية كانت في إطار نظرية الشروط

المقترنة للعقد، فالشروط الفاسدة أو الباطلة كما سبق ما هي إلا شروط ذات صبغة تعسفية كاشتراط المنفعة أو التي من شأنها أن تقيّد ما اقتضاه العقد أو تنفيه، ومن ثمّ حكم بطلان. ومما يُثار في هذه المقام، مدى وجوب علم الطرف الضعيف، بالصفة التعسفية لهذه الشروط من عدمه لجواز تدخل القاضي أي: هل يشترط للطرف المذعن لكي يتمسك بتدخل القاضي أن يعلم أنّ الشرط الذي تم تضمينه في العقد يعتبر شرطا تعسفيا أم لا يشترط ذلك ؟

لقد أثارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني هذه الفرضية، وأجابت عنها في إطار مناقشات نص المادة (150) م.ف حيث جاء فيها: إن الطرف الضعيف والذي يحق له أن يتمسك بما جاء به النص ؛ هو ذلك الطرف الذي لم يعلم بالصفة التعسفية للشروط التعسفية، وكما صرّحت المذكرات بالغاية من وراء اقتصار هذه الحماية على الجاهل بهذه الصفة دون العالم، ألا وهي الحفاظ على استقرار المعاملات والعقود وعدم زعزعتها، فعلم الطرف الضعيف بهذه الشروط وقبوله بها على الرغم مما اشتملت عليه من تعسف، فهو بذلك علم الآثار المترتبة عليها وما ينتج عنها، وهذا ما يتنافى والغاية التشريعية لفرض الحماية من وراء تدخل القاضي ⁸⁹.

لم يسلم هذه التوجه الذي جاءت به المذكرات الإيضاحية من التعرض للنقد الشديد من قبل الشراح، فلم يتلقوه بالقبول؛ واعتبروه مخالفا لمنطوق نص المادة (150) م.ف التي صرّحت بأن تدخل القاضي إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإعفاء يجب أن يكون "... وفقا لمقتضيات العدالة.. " فالمعيار الذي يجيز للقاضي التدخل في الاختيار بين الوسيلتين - الإلغاء والتعديل - هو العدالة، وذلك دون التمييز بين الشروط التي ثبت علم الطرف الضعيف بها أو التي لم يعلم بها ⁹⁰. وأتصور أن هذا القول، أولى بالقبول والعمل به، وما صرّح به واضعو المذكرات الإيضاحية جاء مجانباً للغاية التشريعية التي سعى إليها من وراء إقرار هذا النص، ألا وهي فرض الحماية للطرف المذعن من بطش وسطوة الطرف القوي، وإن الطرف المذعن، سواء علم أو لم يعلم بهذه الشروط التعسفية، فلا يملك من أمره شيئا فلا مجال أمامه إلا القبول بها نظرا لحاجته للسلعة أو الخدمة التي انفرد فيها الطرف القوي، لذلك أميل إلى ما ذهب إليه الشراح أن الطرف الضعيف له أن يتمسك بالتدخل القضائي في جميع الحالات سواء علم بها أم لم يعلم، لأننا أمام عقد العنصر المميز فيه هو القبول دون مناقشة أو مساومة.

ومما يجب الإشارة إليه أن المشرع، جعل سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية من قبيل القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام وذلك بصريح نص المادة (150) م.ف: "إذا تم العقد بطريق

الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل.....، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك".

فإذاً أي شرط بين المتعاقدين، من شأنه أن يسلب القاضي هذه السلطة إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإبطال هو شرط باطل لمخالفته للنظام العام، وتكمن الغاية من وراء ذلك، ضمان المشرع من فرض حماية جديدة للطرف الضعيف⁹¹؛ لأن القول بجواز سلب القاضي هذه السلطة، من شأنه فقدان هذه الحماية؛ لأنه -ببساطة- يستطيع الطرف القوي أن يفرض شرطاً على الطرف الضعيف باستبعاد أي دور للقاضي في تعديل الشرط التعسفي ولا يوجد أمامه إلا القبول، ومن ثمّ أراد فإن المشرع أراد من وراء هذا المنع أن لا يجعل حماية الطرف المذعن شكلية يسهل استبعادها فهو أرادها حماية حقيقية من هيمنة الطرف الموجب القوي اقتصادياً لا صورية.

وعلى الرغم من هذا التصور التشريعي إزاء سلطة القاضي وتحسينها من الاستبعاد فإن ذلك لا يخوله أن يبادر بالتصدي من تلقاء نفسه لتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه -وفق ما عليه أغلبية شراح القانون- دون إثارة ذلك من قبل صاحب المصلحة ألا وهو الطرف الضعيف، وذلك حفاظاً على مبدأ "حياد القاضي" الذي يوجب عليه التقيد بما يطلبه الخصوم وعدم تجاوزها، غير أن بعض الشراح لا يرون ما يمنع من تصدي القاضي للشرط التعسفي وإن لم يثره المتضرر منه⁹². وأتصور في الحقيقة هذا الرأي فيه من الوجاهة والقبول، وذلك بالنظر إلى الغاية التي سعى إليها المشرع من وراء منح وإجازة هذا التدخل ألا وهي حماية الطرف الضعيف الذي قد لا ينتبه إلى عظم ضرر هذا الشرط وإجحافه بحقه.

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن قبول الدعوى وما أثاره صاحب المصلحة، يبقى من مشمولات السلطة الجوازية التقديرية للقاضي وصرحت المادة (150) م.ف بقولها: "... جاز للمحكمة..". فالأمر متروك للقاضي وسلطته التقديرية وليس وجوباً عليه، فله أن يرفض أعمال سلطته، إذا ارتأى أن هذا الشرط ليس فيه الصفة التعسفية، وتقدير القاضي في ذلك يكون تبعاً للظروف والملايسات المصاحبة للنزاع إضافة لنوع السلعة أو الخدمة موضوع العقد. وكذلك مصلحة المتعاقدين تكون حاضرة في ذهن القاضي عند فصله للنزاع وتقديره لمجريات الأمور، ومن ثمّ يقرر استعمال هذه السلطة أم لا ولا تعقيب على تقديره من محكمة النقض⁹³.

ومعيار القاضي في أعمال سلطته، استناداً لهذا النص هي مقتضيات العدالة، وتصريح المشرع بهذا المعيار غايته تجنب اتهام القاضي بالنكول عن أداء العدالة في أعمال سلطته، غير أن هذا المعيار يحيطه الغموض والإبهام لاختلافه وتغيره بتغير الأزمنة والأمكنة والأفراد، فهو معيار يمثل

انعكاساً لأسس ثابتة في المجتمع وتطبيقه من قبل القاضي يسعى من خلاله إلى الوصول لهذه الأسس، وتطبيق هذا المعيار تجاه الشرط التعسفي عند إعمال القاضي لسلطته يكون بتحقيق المساواة بين الأفراد بما يقيم التوازن بينهم وتجنب الجور وحصول الإنسان على ما يستحقه وعدم الإضرار بالغير والإثراء على حسابه، فقواعد العدالة هي التي يجب أن تسود وتستقر في العلاقات التعاقدية في جميع مراحلها ابتداء من المفاوضات السابقة على التعاقد أو عند الإنشاء وصولاً إلى مرحلة التنفيذ⁹⁴، وبهذه القواعد يسترشد القاضي في تدخله إزاء الشروط التعسفية سواء أكان تعديلاً أم إعفاء.

الخاتمة :

وفي ختام هذا المقال هذه جملة من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أولاً: النتائج

- 1- شمولية عقود الإذعان لمجالات التعاقد المختلفة، وعدم انحصارها في نموذج دون الآخر، وإن كان الميدان الحقيقي لها عقود الاستهلاك والتأمين.
- 2- يعد التطور الاقتصادي العامل الأبرز في ظهور هذا النوع من العقود إلى جانب عوامل أخرى ساهمت في ذلك.
- 3- تفتقر عقود الإذعان إلى الأصل القائم عليها العقود ألا وهو المساواة والمناقشة، فلا خياراً أما الطرف الضعيف إلا القبول أو الرفض دون مناقشة.
- 4- تعد فكرة الاحتكار - قانونياً كان أم فعلياً - هي العنصر المميز لعقود الإذعان، كونه - أي الاحتكار - يُمكن المحتكر من بسط سلطته في الشروط التعاقدية.
- 5- خلو التشريعات القانونية من بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، ممّا سمح بالاجتهاد القضائي والفقهية؛ والذي آل بدوره إلى اختلاف معايير التمييز بين الشروط التعاقدية.
- 6- إقرار التشريعات القانونية لسلطة قضائية في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الإذعان.
- 7- تعدد صور التدخل القضائي إزاء التعامل مع الشرط التعسفي إمّا بالإلغاء أو التعديل.
- 8- إحاطة التشريعات القانونية المنظمة لعقود الإذعان سلطة القاضي بحماية من السلب، فلا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على استبعادها، وذلك سعياً لتحقيق الغاية من وراء إقرار هذه السلطة.

ثانيا: التوصيات :

1- العمل على بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، وضمّنها ضمن لوائح والتمييز بينها، كما هو الحال في القانون الفرنسي والألماني.

2- تقييد القاضي بجملة من المعايير في تعامله مع هذا النوع من العقد، فقد خلى النص المنظم للعقد الإذعان من كيفية التعامل القضائي معه.

الهوامش:

- ¹ _ ابن فارس: أحمد بن زكرياء، مقاييس اللغة، تج: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م، ج 2، ص 355.
- ² _ ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صاير بيروت، ط 3، 1414هـ، ج 13، ص 172ء.
- ³ _ الرازي: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تج: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية- بيروت، ط 5، 1420هـ-1999م، ص 112.
- ⁴ _ الزمخشري: محمود بن عمرو بن أحمد، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي - بيروت، ط 3، 1407هـ، ج 3، ص 248.
- ⁵ _ سيوفي: مرسال، النظرية العامة للموجبات والعقود (مصادر الموجبات)، دن، بيروت، 1994م، ج 1، ص 48. الحكيم: عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الأهلية-بغداد، ط 2، 1383هـ-1963م ج 1، ص 73.
- ⁶ _ غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-بيروت، ط 1، 1420هـ-2000م، ص 96.
- ⁷ _ وهو تعريف السنهاوري: انظر: السنهاوري: عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، ج 1، (نظرية الالتزام بوجه عام)، تج: مصطفى الفقي وعبد الباسط جمعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط 3، 1981م، ج 1، ص 293.
- ⁸ _ نصت المادة (89) م.ف: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".
- ⁹ _ وينسب للاستاذ الفرنسي سالي (Saleilles). وانظر: Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil. Allemand, 1901, p226.
- ¹⁰ _ وهذا التعريف الذي اتجه إليه أكثر الشراح انظر: الصدة: عبد المنعم، في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول - جامعة القاهرة حاليا)، 1946م، ص 77. القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002م، ص 32. غستان: المطول في القانون المدني، م.س، ص 97. وانظر:
- Bricks, Helene: Les Clauses Abusives, L.G.D.J, Paris, 1982, p120.
- ¹¹ _ وقد نحتت الفقرة الثانية من هذه المادة ، بموجب قانون التصديق "الذي أعقب مرسوم 2016م" رقم: 287 لسنة 2018م، وذلك باعتماده معيارا أكثر وضوحا، حيث وقع التخلي عن عبارة: "شروط عامة غير القابلة للتفاوض" لتكون "شروط غير قابلة للتفاوض"، سعيا في توضيح الشروط، فأصبحت المادة بعد تعديل 2018م كالآتي: "بأنه ذلك العقد الذي تكون شروطه غير القابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الأطراف". انظر: قاسم: محمد حسن، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1، 2018م. ص 86

- ¹² _ البعلي: عبد الحميد، ضوابط العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه)، مكتبة وهبة-مصر، ط1، د.ت.ن، ص314.
- ¹³ _ السنهوري: الوسيط، م.س، ج1، ص294. الحكيم: مصادر الالتزام، م.س، ج1، ص74. ونظم المشرع الفلسطيني عيب الإكراه على غرار أغلبية التشريعات القانونية بشكل عام في المادتين (126) و(127)، ولم يأت على ذكر الإكراه الاقتصادي.
- ¹⁴ _ انظر تفصيل هذه العوامل: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع-وزارة العدل الفلسطيني، 2003م، ص127. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية، مطبعة دار الكتاب العربي-مصر، 1950م، ج2، ص68. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين-الأردن، ج1، ص112. هانية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط1، 2014م، ص10 وما بعدها. السبائين: خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق-جامعة القدس (فلسطين)، 2001م، ص26.
- ¹⁵ _ الترماني: عبد السلام، "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة المحاماة-نقابة المحامين المصريين، ع6، السنة الحادية والأربعون لعام 1961م، ص904.
- ¹⁶ _ عرفت المادة (871) م.ف عقد التأمين بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".
- ¹⁷ _ وعرف العقد النموذجي بأنه: العقد الذي توضع لعقود معينة بواسطة شخص طبيعى أو معنوي تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على نفس الموضوع ويقتصر دور العاقد على ملء الفراغات. وتعتبر الوسيلة الغالبة في عقود الإذعان. انظر: سعد: أيمن، العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2012-2013م، ص12.
- ¹⁸ _ Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté, Op,cit, p226.
- ¹⁹ _ ويظهر ذلك جلياً من خلال استعمال مصطلح "عقد الإذعان" عند الحديث عن هذا النوع من العقود. انظر على سبيل المثال: عبد الباقي: عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة -، 1984م، ج1، ص181. غير أن بعض من الشراح ومنهم: رفيق المصري، انتقد إطلاق هذا التسمية على هذا النوع من العقود لما فيه من معاني الذل والخضوع التي تأباه النفوس، وأن الأولى التمسك بالترجمة الحرفية للمصطلح ألا وهي (عقود الانضمام) انظر: المصري: رفيق، الخطر والتأمين - التأمين التجاري هل هو جائز شرعاً؟-، الدار الشامية-بيروت، 1422هـ-2001م، ص79.
- ²⁰ _ الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص77-78. وكتابه نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990م، هامش ص246.
- ²¹ _ نصت المادة(89) م.ف: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".
- ²² _ نصت المادة(150) م.ف: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك".
- ²³ _ نصت المادة(166/2) م.ف: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".
- ²⁴ _ القانون المدني المصري في المواد(100)، (149) و(151). والقانون المدني الأردني في المادتين (104) والمادة (204) والقانون المدني العراقي في المادة (167) والقانون المدني السوري في المادتين (101) و(150).
- ²⁵ _ انظر: المادة (172) من قانون الموجبات اللبناني، ويلاحظ أن هذه المادة قد خلت من توفير أي حماية أو معالجة للشروط التعسفية للطرف المذعن، و اكتفت بالإشارة إلى عقود الإذعان. انظر: سيوفي: النظرية العامة للموجبات، م.س، ج1، ص49.

²⁶ _ فالمستهلك المرشح لشراء مسكن وكيف على أنه طرف ضعيف مدعن، حيث تعد شراء المساكن من المسائل التي تتصل بالمجتمع كله وكذلك عقود التأمين تعد من قبيل عقود الإذعان انظر: مجلة التأمين لعام 1993م. انظر: الزين: محمد، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، دن، تونس، ط2، 1997م، ص57-58.

²⁷ _ **Ghestin Jacques:** Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991,p17.

²⁸ _ نسرين: عبد الحميد محمد، عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2015م، ص20. السهوري: الوسيط، م.س، ج1، ص294. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص33. وانظر:

Lemieux, Marc: "Les clauses Abusives dans les Contrats D'adhésion", Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3, 2001,p844.

.Terre François: Les Obligations,Op.cit , Tome 2.p219-220.

²⁹ _ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني: م.س، ص128. الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: م.س، ج2، ص68 وما بعدها. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: م.س، ج1، ص113.

³⁰ _ وقضت محكمة استئناف رام الله: "أن شرط الإذعان لا يتوفر إلا إذا تعلق بمصلحة اقتصادية لا يمكن الاستغناء عنها ولا يوجد بديل عنها". انظر: استئناف مدني رقم: 2017/659م، تاريخ الفصل: 2017/11/19م. راجع: موقع مقام: <https://maqam.najah.edu>.

³¹ _ جميعي: حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990-1991م، ص104. حسن: عاطف عبد الحميد، حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1996م، ص63-64.

³² _ وقالت محكمة النقض الفلسطينية - رام الله: "صفة الإذعان تسوغ للقضاء استبعاد الشروط التعسفية ويستهدي القاضي بذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد لدراء الضرر..". انظر: نقض مدني رقم: 2004/128م، تاريخ الفصل: 2004/9/19م. راجع: موقع مقام: <https://maqam.najah.edu>.

³³ _ انظر: نقض مصري بتاريخ 12 مارس 1974م، سنة 25 قضائية، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني)، ص492. راجع: موقع محكمة التقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>.

³⁴ _ جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص104. البية: محسن، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1985م، ص125. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص65. وانظر:

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

³⁵ _ حسن: عاطف، حماية المستهلك (الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية)، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1996م، ص68. جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص106.

³⁶ _ مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة حيثة)، مطبعة المعارف الجديدة_الرباط، 2018م، ص68. ونظرا لخصوصية القبول في عقد الإذعان، أطلق عليه بعض الشراح مصطلح: "العقد غير القابل للتفاوض". انظر: عبد اللاه: رجب كريم، التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2000م، ص198. وانظر:

Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d ,

Sirey, paris, 2012, tome □,p264-265

³⁷ _ وقضت محكمة الاستئناف برام الله: "أن عقد وثيقة التأمين وإن كان عقدا رضائيا إلا أنه من عقود الإذعان وإن وثيقة التأمين تكون معدة وجاهزة من الجهة المؤمنة وتتضمن شروطا مطبوعة". انظر: حكم محكمة الاستئناف في القضية رقم: 120 / 2014، راجع: موقع مقام: <https://maqam.najah.edu>.

- ³⁸ _ عبد السلام: سعيد سعد، "التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق، جامعة المنوفية- مصر، مج 7، ع 13، 1998م، ص 60.
- ³⁹ _ عبد اللاه: التفاوض على العقد، م.س، ص 173.
- ⁴⁰ _ وأغلب من اتجه إليه شرح القانون العام أمثال: ديغي (Duguit) وهوريو (Hauriou) وسالي (Saleilles) من شرح القانون المدني.
- ⁴¹ _ السنهوري: الوسيط، م.س، ج 1، ص 296. غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة- مصر، 1964م، ص 131.
- ⁴² _ عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكويني العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ط. د.ت.ن، هامش ص 30. ديغي: ليون، التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة: ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناعو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط 2، 2018م، ص 204.
- ⁴³ _ الصده: عقود الإذعان، م.س، ص 95. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص 128.
- ⁴⁴ _ عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص 42. سلامة: عزت، "نحو تكييف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016م والتطبيق على التعاقد الالكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع 70، 2019م، ص 1136.
- ⁴⁵ _ حسن: حماية المستهلك، م.ي، ص 76. غانم: مصادر الالتزام، ص 132.
- ⁴⁶ _ وأغلبهم من شرح القانون الخاص ومنهم: ديموج (Demogue)، وكابيتان (Capitant).
- ⁴⁷ _ الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- الأردن، ط 3، 1995م، ص 132. العدوي: جلال، الإلزام القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965م، ص 73. عبد العال: محمد حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006م، ص 77. عبد اللاه: التفاوض على العقد، م.س، ص 181.
- ⁴⁸ _ عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج 1، ص 210. بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة - الجزائر، د.ط. د.ت.ن، ص 15.
- ⁴⁹ _ داود: إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة- مصر، 2014م، ص 31. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص 71.
- ⁵⁰ _ الصده: عقود الإذعان، م.س، ص 408-407. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج 1، ص 215. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص 126.
- ⁵¹ _ مياد: عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، م.س، ص 418. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص 17.
- ⁵² _ جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص 247. سلامة: نحو تكييف عقد الإذعان، م.س، ص 1139.
- ⁵³ _ عبد السلام: سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع- مصر، 1992م، ص 16. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص 127. راقية: عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد "دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية- لبنان، ط 1، 2017م، ص 160.
- ⁵⁴ _ عبد الغفار: أنس، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية- مصر، 2013م، ص 193. فودة: عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985م، ص 361. عبد السلام: التوازن العقددي، م.س، ص 73.
- ⁵⁵ _ وبذلك يصدق القول: إن الإذعان غير مرادف للشروط التعسفي، فقد يكون العقد إذعانا ومع ذلك غير متضمن لشروط تعسفي، فقد وجود الطرف القوي إلا أنه قد يحرص على توفير الخدمة أو السلعة الضرورية للجمهور دون تعسف، وهذا يكثر في شركات الكهرباء والماء. فإذا العبرة بالشروط التعسفي لا مصطلح الإذعان. انظر: القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص 98.

⁵⁶ _ بينما عرفته بعض التشريعات ومنها: ما جاء في قانون حماية المستهلك اللبناني: رقم 659 لعام 2005م، في المادة (26)، البند(الشرط) التعسفي: هو الذي يرمي أو قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف (الموجب) والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير".

وعرفه قانون الاستهلاك الأوروبي رقم 93-13 لعام 1993م في المادة (3/1) الشرط التعسفي هو: "الشرط التعسفي العقدي الذي لم يكن موضوعاً لمفاوضة فردية يعتبر تعسفاً وذلك عندما ينشأ خلافاً لما يقضي حسن النية وضد مصلحة المستهلك تفاوتاً جلياً بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد".

⁵⁷ _ عمران: حماية المستهلك، م.س، هامش ص33.

⁵⁸ _ ويقصد بالمهني: هو الشخص الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنته سواء أكان نشاطه تجارياً أم صناعياً أو حراً أو هو الشخص الطبيعى أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعياً أم تجارياً أو حرفياً أو حراً أو غير ذلك. انظر: الرفاعي: أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1994م، ص31.

⁵⁹ _ والمستهلك: هو ذلك الشخص الذي يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون القصد المهني. انظر: حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي-مصر، 1997م، ص10 وما بعدها. عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1425هـ/2004م، ص20 وما بعدها.

⁶⁰ _ واتجه إلى هذا التعريف أغلبية شراح القانون الفرنسي. وانظر:

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

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

⁶¹ _ فودة: تفسير العقد، م.س، ص360. وفي نفس المعنى انظر: بنداري: محمد إبراهيم، "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان" دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي ""، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، 1ع، مج8، 2000م، ص28.

⁶² _ حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية م.س، ص53. يوسف: أمير، الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي-مصر، 2015م، ص184.

⁶³ _ عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية م.س، ص403.

⁶⁴ _ سعودي: عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1990م، ص519. الرفاعي:، الحماية المدنية م.س، ص212.

⁶⁵ _ فودة: تفسير العقد، م.س، ص359-360. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص212-213. عبد السلام: سلطة محكمة النقض، م.س، ص12-13. هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص187-188.

⁶⁶ _ وهذا ما صرح به المادة(2/875) م.ف: "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول".

⁶⁷ _ وحددت المادة(5) م.ف حالات التعسف وهي: "1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. 2- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

⁶⁸ _ أحمد: رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهاني للطباعة-مصر، ط1، 1414هـ-1994م، ص288-289. الديب: محمود، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة-مصر، 2011م، ص56-57.

⁶⁹ _ داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 38. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص 56. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص 123.

⁷⁰ _ يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص 187-188. وانظر:

Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats, Op.cit, p116.

⁷¹ _ حسن: حماية المستهلك، م.س، ص 98. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص 55. محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر-مصر، ط1، 2018م، ص 213.

⁷² _ داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 38. جستان: المطول في القانون المدني، م.س، ص 98. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص 123.

⁷³ _ أحمد: محمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة-مصر، 2015م، ص 85. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص 116.

⁷⁴ _ هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص 192. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص 141.

⁷⁵ _ عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص 405. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص 218. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 59. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص 56-57.

⁷⁶ _ حسن: حماية المستهلك، م.س، ص 102. عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص 405. محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص 217.

⁷⁷ _ حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 60. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص 94. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص 113. الروازق: فراس جبار، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر-مصر، ط1، 1428هـ-2017م، ص 107. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص 139.

⁷⁸ _ جاء في المادة (1-132) من قانون رقم 95-96. في تاريخ 1995م: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد". وأعاد التأكيد عليه في تعديل 2016م الخاص بقانون الاستهلاك.

⁷⁹ _ أحمد: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص 84 و 94. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص 122. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص 95-96.

⁸⁰ _ أول من دعا إليها: د. عبد الباسط جميعي. انظر كتابه: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص 283.

⁸¹ _ عمد المشرع الفرنسي- بداية من قانون حماية المستهلكين 1978/1/10م وما أعقبه من تعديلات- في سبيل تحديد معايير للشروط التعسفية إلى عدة أساليب مختلفة. ومنها: - ما له الطابع الإلزامي وهي: المراسيم التي تصدر عن الحكومة، وهي على سبيل الحصر ومنها ما له الطابع الاستشاري: كالقوائم الملحقة بقانون الاستهلاك، أو القوائم التي تصدر عن لجان مختصة، وتعرف بالقوائم الاسترشادية أو الرمادية والشروط الواردة فيها والتي توصف بالتعسفية هي على سبيل المثال.

انظر: عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص 119. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص 132 وما بعدها.

⁸² _ واتجه المشرع الألماني في قانون حماية المستهلك لعام 1976م، إلى اعتماد أسلوب القوائم في تحديد الشروط التعسفية، ومنها القوائم السوداء والشروط الواردة فيها تعتبر شروطا تعسفية باطلة ولا يمتلك القاضي سلطة تجاهها، وكذلك قوائم رمادية، يمتلك القاضي تجاهها سلطة تعديلية. انظر: محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص 223. جميعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص 283. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفية، م.س، ص 136.

⁸³ _ بالنظر إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني، يلاحظ بأنه اتبع بعض هذه الوسائل، فالمادة (23) من نفس القانون أقرت أسلوب اللجان المختصة، حيث نصت المادة (4) من نفس القانون على إنشاء "المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك" وهو بمثابة لجنة مختصة استشارية لها صلاحية إصدار توصية للوزير أو الجهة المسؤولة عن إصدار عقود الاستهلاك لمراجعة بعض البنود

التي توصف بالتعسفية أو إزالتها. وكذلك أخذه بفكرة المراسيم أو اللوائح والتي تصدر عن مجلس الوزراء لتحديد نظام لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك. انظر: المادة (23) وكما أصدر مجلس الوزراء الفلسطيني اللائحة التنفيذية رقم (17) لعام 2009م لقانون حماية المستهلك، وأشارت المادة (4) منه إلى حقوق المستهلك ومنها: "1- حرية اختيار السلع والخدمات دون أية شروط أو معوقات..." وتعكس هذه المادة توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك. ومن شأنها ان تشكل معايير يستهدي بها القاضي في تحديد الشروط التعسفية.

⁸⁴ _ وكما أشار قانون حماية المستهلك الفلسطيني إلى جملة من الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة وردت في المادة (22) وما ورد كذلك في إطار عقود التأمين، في المادة (875)م.ف.

⁸⁵ _ السهوري: الوسيط، م.س، ج1، ص 300. البية: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص 167. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص 195-196. عبد الغفار: اليات مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 195. وانظر:

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

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

2001.P864.

⁸⁶ _ الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص 286. الأهواني: نظرية الالتزام، م.س، ص 434-436. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص 64 وما بعدها.

⁸⁷ - أقرّ المشرع الفرنسي -الذي يعتبر حامل لواء النظرة التقليدية تجاه العقود(سيادة الإرادة)-، سلطة القاضي لإبطال الشرط التعسفي واعتباره شرطاً لاغياً غير مكتوب في المادة (1171)- جديد- بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك في مواجهته لهذا النوع من الشروط، حيث أبدى شدة وصرامة تجاهها وحيث خلا النص من سلطة التعديل ولم يقر إلا سلطة الإبطال، والذي يمثل -برأيي- قصورا تشريعي في فرض الحماية للطرف الضعيف، في إطار عقود الإذعان، لأن الشرط التعسفي قد لا يصل إلى درجة من التعسف يمكن القول معها عدم صلاحية مواجهته إلا إبطاله واعتباره كأنه لم يكن، فهناك من الشروط يمكن معها الاكتفاء بتعديلها مع الإبقاء عليها ، وأتصور أن المشرع الفرنسي الذي أقرّ بهذا النوع من العقود- الإذعان-، وفي حصره لسلطة القاضي في الإبطال دون التعديل، ما هو إلا امتداد لفلسفته في إطار عقود الاستهلاك الذي حصر القاضي أيضا في الإبطال دون التعديل للشروط التعسفية. ولعلّ: التوجه التشريعي الفرنسي لهذا العقد والتدخل القضائي إزاءه، كان -على مضمّن- استجابة للتطورات الاقتصادية وضرورة الانسجام بين التوجه الفرنسي وأوروبي في إطار العقود، فالمشرع الفرنسي مازال متمسكا بالهالة القدسية لمبدأ سلطان الإرادة ولا يرغب في الخروج من عباؤها، فهو بذلك أراد حصر سلطة القاضي قدر المستطاع وعدم حياده عن مهمته الأساسية تجاه العقود المتمثلة بالتفسير دون أن يتعداها للتعديل.

⁸⁸ _ فودة: تفسير العقد، م.س، ص 362. السهوري: الوسيط، م.س، ج1، ص 300. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص 118. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص 196.

⁸⁹ _ انظر: المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، م.س، ص 185. وهذا الرأي مأخوذ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري انظر: مجموعة الأعمال، م.س، ج2، ص 292. وكما أيدّه بعض الشراح والباحثين. انظر: راقية: سلطة القاضي في التعديل، م.س، ص 162.

⁹⁰ _ البية: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص 165. السهوري: الوسيط، م.س، ج1، ص 299. مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة _مصر، 2002م، ص 80.

⁹¹ _ الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص 234. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص 93. عبد الدايم: العقود الاحتكارية، م.س، ص 194-195. غانم: مصادر الالتزام، م.س، ص 134. بودالي: حماية المستهلك، م.س، ص 262.

⁹² _ بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص 59. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص 65. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج1، ص 214. الأهواني: حسام الدين، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية)، دن، د.م.ن ط3، 2000م ص 435.

⁹³ _ فودة: تفسير العقد، م.س، ص364. عبد السلام: سلطة محكمة النقض في تفسير عقد الإذعان، م.س، ص20. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص124.

⁹⁴ _ أحمد: أثر الظروف الاقتصادية، م.س، ص291. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص74. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص139.

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة:

• الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر

1. مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية _ الدار النوزجية- بيروت، ط5، 1420هـ-1999م.

• الزمخشري: محمود بن عمرو بن أحمد:

2. الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي-بيروت، ط3، 1407هـ.

• ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكرياء القزويني

3. معجم مقاييس اللغة دار الفكر تح: عبد السلام محمد هارون 1399هـ-1979م.

• ابن منظور: أبو الفضل محمد جمال الدين

4. لسان العرب، دار صادر، بيروت-بيروت، ط3، 1414هـ.

ثانياً: الكتب القانونية

• أحمد: رشوان:

5. أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهاني للطباعة - مصر، ط1، 1414هـ-1994م.

6. الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، 1950م.

• الأهواني: حسام الدين،

7. النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية)، دن، د.م.ن ط3، 2000م.

• بنداوي: محمد إبراهيم

8. "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان" دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي ""، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع1، مج8، 2000م.

• البعلي: عبد الحميد،

9. ضوابط العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه)، مكتبة وهبة-مصر، ط1، د.ت.ن.

• بودالي: محمد،

10. الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة -الجزائر، د.ط، د.ت.ن.

- البيه: محسن،
- 11. مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1985م.
- الترماني: عبد السلام،
- 12. "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة المحاماة-نقابة المحامين المصريين، ع6، السنة الحادية والأربعون لعام 1961م.
- جميعي: حسن عبد الباسط،
- 13. أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990-1991م.
- حسن: عاطف عبد الحميد،
- 14. حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1996م
- الحكيم: عبد المجيد،
- 15. الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الأهلية-بغداد، ط2، 1383هـ-1963م.
- حمد لله: حمد الله،
- 16. حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي-مصر، 1997م.
- داود: إبراهيم عبد العزيز،
- 17. حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة-مصر، 2014م
- ديجي: ليون
- 18. التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة: ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناعو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط2، 2018م.
- الديب: محمود،
- 19. الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة-مصر، 2011م.
- الرفاعي: أحمد محمد،
- 20. الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1994م.
- الروازق: فراس جبار،
- 21. الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر-مصر، ط1، 1428هـ-2017م.
- الزين: محمد،
- 22. النظرية العامة للالتزامات (العقد)، دن، تونس، ط2، 1997م.
- 23. السباتين: خالد محمد،
- 24. الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق-جامعة القدس (فلسطين)، 2001م.

25. سعد: أيمن،
26. العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2012-2013م.
- سعودي: عبد العزيز متولي،
27. سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة-، 1990م.
28. سلامة: عزت،
29. "نحو تكيف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016م والتطبيق على التعاقد الالكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع70، 2019م.
30. السهوري: عبد الرزاق،
31. الوسيط في القانون المدني: ج1، (نظرية الالتزام بوجه عام)، تح: مصطفى الفقي وعبد الباسط جمعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط3، 1981م.
32. سيوفي: مرسال،
33. النظرية العامة للموجبات والعقود، (مصادر الموجبات)، دن، بيروت، 1994م.
34. الصدة: عبد المنعم،
35. في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول – جامعة القاهرة حاليا)، 1946م.
36. نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990م.
37. عبد الباقي: عبد الفتاح،
38. موسوعة القانون المدني المصري -نظرية العقد والإرادة المنفردة -، 1984م.
- عبد الباقي: عمر،
39. الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1425هـ/2004م.
- عبد الجبار علي،
40. سلطة القاضي في تعديل العقد "دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط1، 2017م.
- عبد السلام: سعيد سعد،
41. "التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق، جامعة المنوفية –مصر، مج7، ع13، 1998م.
42. سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع-مصر، 1992م.
- عبد العال: محمد حسين،
43. مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة ال. عقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006م.
- عبد الغفار: أنس،
44. آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية-مصر، 2013م.

- عبد اللاه: رجب كريم،
- 45. التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2000م.
- العدوي: جلال،
- 46. الإيجار القانوني على المعاوضة ، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965م، ص 73.
- عمران: محمد السيد،
- 47. حماية المستهلك أثناء تكويني العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالإسكندرية ،د.ط،د.ت.ن،
- غانم: إسماعيل،
- 48. النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، 1964م.
- غستان: جاك،
- 49. المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-بيروت، ط1، 1420هـ-2000م.
- الفضل: منذر،
- 50. النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-الأردن، ط3، ص1995م.
- فودة: عبد الحكم:
- 51. تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1985م.
- قاسم: محمد حسن،
- 52. العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2018م.
- القيسي: عامر،
- 53. الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002م.
- مبروك: رمزي،
- 54. حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة_مصر، 2002م.
- محمود: علي رحمه
- 55. الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر_مصر، ط1، 2018م.
-
- 56. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع_وزارة العدل الفلسطيني، 2003م.
- 57. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين_الأردن.
- المصري: رفيق،
- 58. الخطر والتأمين – التأمين التجاري هل هو جائز شرعاً؟-، الدار الشامية_بيروت، 1422هـ-2001م.

- مياذ: العربي محمد،
- 59. عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محيئة)، مطبعة المعارف الجديدة_الرباط، 2018م
- نسرين: عبد الحميد محمد،
- 60. عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2015م.
- هانية: محمد علي فقيه،
- 61. الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية_بيروت، ط1، 2014م.
- يوسف: أمير
- 62. الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي_مصر، 2015م

ثالثاً: المراجع الفرنسية:

63. **Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric**: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome II .
64. **Bricks, Helene**: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.
65. **Dionisi- Peyrusse, Amélie**: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT ,paris,2007,Tome 2
66. **Ghestin Jacques**: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991.
67. **Lemieux, Marc**: “Les clauses Abusives dans les Contrats D’adhésion”, Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3. 2001.
68. **Maume, Florian**: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L’obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d’Evry- Val- d’Essone, france, 2015. .
69. **Ricks, Helene**: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.
70. **Saleilles, Raymond**: De la Déclaration de Volonté- contribution à l’étude de l’acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901.
71. Terre François: Les Obligations,Op.cit , Tome 2.