جـامـعـة الـشـرقـيـة
A' SHARQIYAH UNIVERSITY

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها وفق القانون العُماني

إعداد الباحث

أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

إشراف

الدكتور/ حمد بن أحمد بن عامر السعدي

لجنة المناقشة:

د. حمد بن أحمد بن عامر السعدي أستاذ مساعد – جامعة الشرقية مشرفاً ورئيساً

د. سالم بن أحمد بن راشد المصلحي أستاذ مساعد – جامعة الشرقية مناقشاً داخلياً

د. نـور صالـح علـي الزيـود أستاذ مساعد – جامعة فيلادلفيا مناقشاً خارجياً

سلطنة عُمان

(2024م / 1446هـ)

كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها وفق القانون العُماني

إعداد الباحث
أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

إشراف

الدكتور/ حمد بن أحمد بن عامر السعدي

لجنة المناقشة:

د. حمد بن أحمد بن عامر السعدي أستاذ مساعد – جامعة الشرقية مشرفاً ورئيساً
د. سالم بن أحمد بن راشد المصلحي أستاذ مساعد – جامعة الشرقية مناقشاً داخلياً
د. نور صالح علي الزيود أستاذ مساعد – جامعة فيلادلفيا مناقشاً خارجياً
سلطنة عُمان

(2024م / 1446هـ)

الإشراف على الرسالة

اسم الطالب: **أسعد بن حمد بن عامر البطاشي** الرقم الجامعي: **(2112094)**

عنوان الرسالة: **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها وفق القانون العُماني**

المشرف الأكاديمي: **د. حمد بن أحمد بن عامر السعدي**

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد

القسم: القانون الخاص

الكلية: كلية الحقوق – جامعة الشرقية

التوقيع:

التاريخ: 22 من جمادى الثاني 1446هـ

الموافق: 24 من ديـــسـمبر 2024م

لجنة مناقشة الرسالة

١. رئيس اللجنة ومشرفًا: **د. حمد بن أحمد بن عامر السعدي**

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد

القسم: القانون الخاص

الكلية: كلية الحقوق – جامعة الشرقية

التوقيع:

التاريخ: 22 من جمادى الثاني 1446هـ

الموافق: 24 من ديسمبر 2024م

٢. عضوًا وممتحنًا داخليًا: **د. سالم بن أحمد بن راشد المصلحي**

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد

القسم: القانون الخاص

الكلية: كلية الحقوق – جامعة الشرقية

التوقيع:

التاريخ: 22 من جمادى الثاني 1446هـ

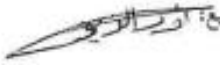
الموافق: 24 من ديسمبر 2024م

٣. عضوا وممتحنًا خارجيًا: **الدكتورة/ نور صالح علي الزيود**

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد

القسم: القانون الخاص

الكلية: كلية الحقوق – جامعة فيلادلفيا – المملكة الأردنية الهاشمية

التوقيع: 

التاريخ: 22 من جمادى الثاني 1446هـ

الموافق: 24 من ديسمبر 2024م

الإقرار

أقرُّ بأنَّ المادة العلمية الواردة في هذه الرسالة قد حُدِّد مصدرها العلمي، وأنَّ محتوى الرسالة غير مقدم للحصول على أي درجة أخرى، وأنَّ مضمون هذه الرسالة يعكس آراء الباحث الخاصة وهي ليست بالضرورة الآراء التي تتبناها الجهة المانحة.

الباحث: أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

التوقيع:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾

سورة المائدة الآية (1)

الإهداء

إلى والديّ العزيزين اللذين كان دعاؤهما نورًا أستنير به في جميع مراحل دراستي، إلى أصحاب الفضل الوافر في تحقيق هذا الإنجاز من خلال دعمهم وتشجيعهم المستمر، إلى زوجتي الغالية وشريكة العمر والحياة رمز الوفاء والعطاء أم علي، التي لم تبخل بالوقت والجهد لمساعدتي، وإلى أبنائي فلذات الكبد وفرحة العمر، إلى سندي وعزوتي ووسامي أخوتي الأعزاء، حيث كانوا منارة أسير إليها من أجل تحقيق الهدف.

إليكم جميعًا أهدي لكم هذا الجهد...

الباحث: أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

الشكر والتقدير

إنَّ الوفاء يقتضي أن يُرد الفضل إلى أهله، لذلك؛ أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى من كان له الفضل بعد الله في إخراج هذا البحث العلمي، الدكتور/حمد بن أحمد بن عامر السعدي لتفضّله بالإشراف على هذه الرسالة، الذي وجدت فيه أستاذًا فاضلًا معطاءً، بذل الجهد، وقدَّم التوجيه السليم والرأي السديد، وساعدني في تخطّي الكثير من الصعاب، وتقديم جميع صنوف الدعم والمساندة؛ فجزاه الله عني خير الجزاء وأدام الله عليه الصحة والعافية. والشكر موصول إلى جميع الأكاديميين في كلية الحقوق بجامعة الشرقية، وأعضاء لجنة المناقشة كافة على ما أبدوه من ملاحظات قيّمة وتوجيهات مهمة أسهمت في إثراء هذه الدراسة وكان لها الأثر المميز لتخرج بحلتها النهائية، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

وأقدم شكري وتقدري لعائلتي الكريمة وعلى رأسها والدي العزيز وأمي الغالية لما قدموه من دعم وتشجيع بكل ما يستطيعون لإنجاز هذه الرسالة على هذا الوجه، فأشكرهم وأعتذر منهم جميعًا لِما سببته لهم من مشقة خلال هذه الفترة.

وأتقدم بالشكر والتقدير أيضًا إلى جميع الزملاء في العمل وزملاء الدراسة وجميع الأصدقاء.

سائلا المولى القدير أن ينفع بهذه الرسالة كلَّ من يطلع عليها ويحتاج إليها، وأن يجعل هذا العمل المتواضع خالصًا لوجهه الكريم.

الباحث: أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

الملخص

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها وفق القانون العُماني

الباحث: أسعد بن حمد بن عامر البطاشي

المشرف: الدكتور حمد بن أحمد بن عامر السعدي

تعدُّ عقود الإذعان من العقود التي انتشرت كثيرًا، وأدّى هذا الانتشار إلى ظهور بعض المشاكل للمتعاقدين لا سيما الطرف الضعيف في العقد وهو "المذعن". لذا؛ أتت هذه الدراسة لبحث هذا العقد، وهدفت إلى تسليط الضوء على عقود الإذعان ومدى سلطة القضاء على هذا النوع من العقود وتوضيح حدود سلطة القاضي عليها سواء بالتعديل أو الإعفاء وكذلك التفسير.

وتكمن المشكلة الرئيسة لهذه الدراسة في اختلال التوازن العُقدي بين طرفي العقد؛ فالطرف الأقوى في العقد هو الذي يفرض شروطه على الطرف المذعن، وفي هذه الحالة قد يفقد العقد توازنه. ويتمثل الهدف الأساسي من اختيار موضوع الدراسة في تسليط الضوء على الأثر الذي تعكسه النصوص القانونية التي أشار إليها قانون المعاملات المدنية في سلطنة عُمان والقوانين العربية المختلفة، مثل: القانون المدني الأردني، والمصري، إلى جانب دراسة الأثر الاقتصادي الذي يتحقق نتيجة إعطاء القانون الصلاحيات للقاضي لمحاكاة النصوص القانونية للواقع والحد من الشروط التعسفية التي قد يتعرض لها الطرف المذعن، فضلا عن تقديم جملة من التوصيات التي من المؤمل أن يأخذ بها المشرع العماني. واعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، وقسمت إلى فصلين ويندرج تحت كل فصل مبحثان، وبعد دراسة الموضوع دراسة تفصيلية توصّل الباحث إلى عدد من النتائج، أبرزها: عدم وجود نصوص قانونية كافية تتعلق بهذا النوع من العقود، وعلى إثر هذه النتائج قدمت الدراسةُ عددًا من التوصيات، من أهمها: أهمية أن يضع المشرع العُماني الأحكام القانونية الخاصة بعقد الإذعان ضمن قانون المعاملات المدنية.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، الطرف المذعن، الطرف القوي، الشروط التعسفية، تفسير العقد.

Abstract

A judge's power to modify or waive arbitrary terms in contracts of adhesion

Prepared by: Asad Bin Hamed Bin Amer AL –Battashi

Supervised by: Dr. Hamed Bin Ahmed Bin Amer AL Saadi

This thesis aims to shed light on contracts of adhesion in terms of the extent of the judiciary's authority over this type of contract and to clarify the judge's authority over it, whether by modification or exemption, as well as interpretation.

The main issue referred to in the thesis lies in the contractual imbalance between both parties, as the stronger party in the contract imposes its conditions on the weaker submitting party, in which case the contract may lose its equilibrium. The main objective of choosing the topic of the thesis is to focus on this specific topic is to clarify the impact of the legal texts referred to in the Civil Transactions Law in the Sultanate of Oman and various Arab laws such as the Jordanian and Egyptian Civil Code on economic stability, which is achieved by the extent to which the law gives powers to the judge to simulate the legal texts to reality and limit the arbitrary conditions that the acquiescing party may be exposed to, which were explained and addressed in detail in this thesis in addition to the recommendations included in the thesis.

After completing the study of the topic, a number of findings were reached, the most important of which was the lack of sufficient legal texts on this type of contract. As a result of the findings, the thesis made a number of recommendations, the most important of which is that the Omani legislator should include the legal provisions on the contract of acquiescence within the Civil Transactions Law.

Keywords: Contract of adhesion, submissive party, strong party, arbitrary clauses, contract interpretation.

المقدمة:

يعدُّ العقد شـريعة المتعاقدين إذ لا ينعقد إلا بتوافر عدة أركان، أهمها: ركن الرضـا الذي يرتّب عدة التزامات على المتعاقدين، ويكون كلُّ طرف ملزمًا بالوفاء بالالتزام المترتب عليه تجاه الطرف الآخر في العقد وفق الشروط التي وضحها العقد.

ورغم تعدد العقود القانونية فإن جميعها تقوم على مبدأ حرية التعاقد سواء كانت بالرفض أو القبول بما يحقق مصـلحة كل طرف، وعلى ذلك فإن الطرف الأضـعف اقتصـاديًا لا يمتلك الإرادة الحرة في بعض العقود التي تنعت بعقود الإذعان، وذلك؛ نتيجة فرض مجموعة من الشـــروط التي تصب في مصلحة الطرف الأقوى، ويجد فيها الطرف الأضعف نفسه مرغمًا على قبولها لأنها تقدّم خدمات أساسية ليس له غنىً عنها.

ترتبط عقود الإذعان بحياة الفرد وليس من المتصـــور وجود أشـــخاص في وقتنا الحالي لا يتعاملون مع هذه العقود، كونها تقدم خدمات أساسية للأفراد تحت مسمى خدمة المستهلك، حيث يكون هنا المســتهلك الطرف المذعن. ومن هذه العقود: عقود شــركات الكهرباء، وعقود شــركات الاتصــالات، والإنترنت، والتأمين والكهرباء والمياه وغيرها، حيث يخضــع المستهلك للشـروط التي جاء بها العقد لحاجته الملحة لها، لذلك لم يتم تحديد مفهوم عقود الإذعان بنوع محدد من العقود؛ بل أي عقد يكون فيه طرف قوي يفرض شــروطه على الطرف الأضــعف دون مناقشــته بحيثياته بشكل مسبق ويكون مجبرًا على قبولها بشكل مجمل دون رفض أي جزئية منها. وبموجب ذلك نجد أن عقود الإذعان تتخذ طابعًا متغيرًا وقابلا للتطور مع طبيعته. وتعدُّ عقود الإذعان ذات طابع عام، أي: أنها لا تستهدف شخصًا بحد ذاته بل تركز على طبقة واسعة من المجتمع وبالشروط ذاتها بشكل تفصيلي مطبوع ومحدد مسبقا.

ونظرا لأهمية عقود الإذعان كونها تعد أحد أهم أنواع العقود المنظمة للعلاقات الاقتصادية؛ فقد كفل القانون للطرف المذعن اللجوء للقضـاء لحمايته من أي شـرط تعسـفي، وهذا يتضـح جليًا من

نص المادة (158) من قانون المعاملات المدنية حيث بينت أن للمحكمة الحق في تعديل الشـروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء وفقا لما تقتضي به العدالة.

أولًا: أهمية الدراسة

تكمن أهمية البحث في انتشـار عقود الإذعان وزيادة الطلب على الخدمات الأسـاسـية التي لا يمكن أن توفرها الشـركات المقدمة للخدمة إلا بعد إبرام مثل هذه العقود، لذلك؛ يسـعى هذا البحث إلى إبراز سلطة القاضي على هذه النوع من العقود وعلى الشروط التعسفية الواردة فيها، والوقوف على طبيعة هذه العقود لما لها من دور في السـيطرة والاحتكار من الطرف الموجب بالشـروط التي يمليها التي لا يستطيع الطرف المذعن مناقشتها؛ مما قد يترتب عليه عدم رضا وقبول لدى الطرف المذعن، ذلك لأن عقود الإذعان لا تقبل شـــروطها المناقشـــة أو التعديل كونها منظمة من جهة الطرف الأقوى (مقدم الخدمة).

ثانيًا: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

1. التعريف بعقد الإذعان وشروطه وخصائصه وطبيعته القانونية.
2. دراسة مدى أثر سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها بما يخدم مصلحة الطرف الأضعف وهو الطرف المذعن.
3. معرفة مدى سلطة القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

ثالثًا: مشكلة الدراسة

تكمن مشـكلة البحث في التباين بين طرفي العقد من حيث القوة الاقتصـادية التي تتمركز بيد الطرف الأقوى اقتصـاديًا الذي يفرض شـروطه التي قد تميل بنودها للتعسـف في بعض الجوانب والتي تم وضـعها مسـبقا دون مناقشـة بين طرفي العقد، وطغيانها على الطرف المذعن بقبوله لتلك

الشـــروط مجبرًا لحاجته الملحة لبعض الخدمات وضـــعف قدرته الاقتصـــادية، وخاصـــة في عقود شـركات الكهرباء والإنترنت والتأمين. كذلك تكمن المشـكلة في جوهر السـلطة الممنوحة للقاضـــي كونها لا تكفي لمواجهة عقود الإذعان لطبيعة الشـــروط التي تنطوي تحتها والتي لا تقبل النقاش ويصعب على الطرف المذعن فهمها وتحليلها.

وبناءً على ما ذكر فإنَّ السؤال الرئيس لهذه الإشكالية يتمثل في: ما الضـمانات التي وضـعها المشرع لحماية الطرف المذعن لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان؟

رابعًا: أسئلة الدراسة

تتمحور الدراسة في الإجابة عن السؤال الرئيس الذي يتمثل في:

هل يمكن للقاضـــي التدخل بشـــكل إيجابي وفعال في تعديل أو الإعفاء من مضـــمون بنود عقود الإذعان التي ظهر بها التعسف ضد مصلحة الطرف المذعن؟

وتتفرع عن هذا السؤال عدة أسئلة تتمثل في الآتي:

1. ما الطبيعة القانونية لعقود الإذعان؟
2. هل يعد القاضـي خط حماية للطرف المذعن من خلال ممارسـة حقه في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية؟
3. لماذا يشرع القانون عقود الإذعان رغم وضوح التعسف فيها من قبل الطرف الأقوى؟
4. هل النصـوص القانونية الحالية تحد من سـيطرة الموجب لشـروط العقد وعدم تعديه على حقوق المذعن؟

خامسًا: منهجية الدراسة

من خلال هذه الدراســـة ســـيتم اتباع المنهج الوصـــفي التحليلي من خلال وصـــف وتحليل النصـــوص القانونية الواردة في قانون المعاملات المدنية العماني الخاصـــة بعقد الإذعان وطبيعته

القانونية، وكذلك تحليل الآراء الفقهية المتعلقة بمفهوم عقود الإذعان، بالإضـــافة إلى تحليل طبيعة عقود الإذعان.

سادسًا: حدود الدراسة

حدود الدراسة تنحصر في عقود الإذعان دون بقية العقود في قانون المعاملات المدنية العُماني.

سابعًا: الدراسات السابقة

- الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة لحماية المستهلك، بحث مقدم من الدكتور عبدالمجيد خلف العنزي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد (10)، الكويت، وناقشت هذه الدراسة تقييم الأخذ بفكرة عقد الإذعان في القانون المدني وما يمنحه القانون للقاضي من سلطة لتعديل مضمون العقد لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية، وقد اهتم الباحث في تحليل النصوص القانونية ومراجعة الأحكام القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة ومقارنة ذلك بما أخذت به بعض الدول الأخرى كالقانون المصري والفرنسي في سبيل إنصاف الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، توصل الباحث فيها إلى أن الأخذ بمعيار الإخلال بالتوازن العقدي سيسهم بشكل كبير في تسهيل مهمة القاضي عند التصدي للشروط التعسفية، بالإضافة إلى إشارته إلى أن صياغة المادة رقم (81) من القانون المدني الكويتي أسهمت بشكل مباشر في تعطيل الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها للطرف المذعن في عقد الإذعان وذلك بجعل سلطة القاضي مشروطة بطلب الطرف المذعن وعندها يحق للقاضي سلطة تقديرية للتصدي للشروط التعسفية في إجابة الطلب أو رفضه. كما توصل الباحث إلى أن الوسائل التي أخذت بها التشريعات المقارنة مثل قوائم الشروط التعسفية واللجان واستخدام مقاييس قابلية العقد للقراءة أسهمت بشكل فعال في تسهيل مهمة القاضي في التصدي للشروط التعسفية.

أما الدراسة التي يجريها الباحث يكمن الشبه من ناحية التعريف بعقود الإذعان وتطرقه لفكرة اتباع طريق لحماية الأفراد من التعسف، بينما يكمن الاختلاف في عدم تطرقه لدور القاضي في التعديل أو الإعفاء على الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) بحث مقدم من الشريف بحماوي، مجلة الأبحاث والدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج بلخضر باتنه، الجزائر، العدد (2) 2014م، وقارنت الدراسة بين كل من القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات المقارنة كالقانون المصري والفرنسي فيما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وخلص الباحث في نهاية بحثه إلى ضرورة النص على بعض الشروط التي لا يعتريها شك بأنها شروط تعسفية لكي يستنير القضاء على ضوئها، ولا بد من تفعيل دور القضاة في التدخل لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان من خلال معيار العدالة وذلك وفقا لمقتضيات العدالة التي أقرها المشرع.

وفي الدراسة التي يجريها الباحث يهتم بتسليط الضوء على سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، المعيار الذي يلجأ إليه القاضي في استخدام حقه في حماية الطرف المذعن والجزاء القضائي المقدر في التصدي للشروط التعسفية.

ثامنًا: خطة الدراسة

تم تقسيم هذه الدراسة على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية عقد الإذعان ونشأته وطبيعته القانونية

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان وخصائصه

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان ونشأته وتطوره

المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان وخصائصه وصوره

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان والعوامل المؤثرة عليه

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لعقد الإذعان

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة على عقود الإذعان من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والمادية

الفصل الثاني: حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومبدأ سلطان الإرادة

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقضاء

المطلب الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

المبحث الثاني: تفسير عقود الإذعان وسلطة القاضي على الشروط التعسفية من حيث التعديل أو الإعفاء

المطلب الأول: مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته وأنواعه

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

الفصل الأول

ماهية عقد الإذعان ونشأته وطبيعته القانونية

تمهيد وتقسيم:

يعد ظهور عقود الإذعان ثمرة من ثمار التطور الاقتصادي المبني على ظهور الشركات والمشاريع الاحتكارية التي تبنى بشكل أساسي على استغلال حاجات الأفراد والمجتمعات الأساسية مما يؤدي إلى انحصار دور الطرف الأضعف بقبول شروط العقد دون مناقشة محتواه، وتعد عقود الإذعان، مثل سائر العقود، وسيلة من وسائل تنظيم وإدارة العلاقات الاقتصادية ضمن إطار قانوني يلتزم المتعاقدان بما جاء فيه ضمن قواعد القانون، رغم الخلاف الذي نشأ بين الفقه والقضاء حول تفسير ماهيتها وطبيعتها القانونية.

سيتناول هذا الفصل ماهية عقد الإذعان والخصائص التي يتميز بها، كما يستعرض الطبيعة القانونية له.

واستنادًا إلى ما قد سبق، قُسّم هذا الفصل إلى مبحثين، هما:

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان وخصائصه.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

المبحث الأول

ماهية عقد الإذعان وخصائصه

اختلفت التشريع والفقه في تحديد ماهية عقد الإذعان وخصائصه، ولكنها كانت تدور وجودًا وعدمًا في المحور ذاته وهو سيطرة الطرف الأقوى على العقد لتلبية مصالحهُ الشخصية بما يجلب له الربح. وعليه؛ لا بد من توضيح ماهية عقد الإذعان، وذلك من خلال تعريفه ثم التطرق إلى نشأته وأيضًا تطوره، فضلا عن أركان هذا العقد والخصائص التي ينفرد بها، ومن ثم استعراض عددٍ من صوره.

وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وهما:

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان ونشأته وتطوره.

المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان وخصائصه وصوره.

المطلب الأول

تعريف عقد الإذعان ونشأته وتطوره

أدى ظهور هذا النوع من العقود إلى تعدد تعريفاته وذلك من جوانب مختلفة كاللغة والفقه وكذلك التشريع، وهذا الأمر يستدعي وجود مطلب مستقل يسلط الضوء على تعريف عقد الإذعان للوقوف على معناه بشكل دقيق وواضح، بالإضافة إلى أهمية الحديث عن نشأته وتطوره.

وعلى ذلك يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.

الفرع الثاني: نشأة عقود الإذعان وتطورها.

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان

نظرًا لأهمية عقد الإذعان وردت عدة تعريفات له سيتم تفصيلها على النحو الآتي:

أولًا: التعريف اللغوي

إن الإذعان في اللغة له العديد من المعاني اللغوية، فيقال: أذعن له: أي خضع وذلّ وخرّ وأسرع في الطاعة، وانقاد، مثل ذعن. ويقال: ناقة مذعان منقادة سلسلة الرأس، ورأيتهم مذعانين، أي: متتابعين[1]، ويقال: أذعن له، أي: خضع وذلّ[2]، ويقال: الإذعان بالحق، أي: أقر به[3].

---

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، ص 1575.

(2) الأمام محمد أبو بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ص 195.

(3) الموقع الإلكتروني لمعنى لكل رسم معنى، https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/ تاريخ الاطلاع 9 يوليو 2024م.

وجاء في قوله تعالى: (وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ)[1]، أي طائعين منقادين.

ويتضح من ذلك أن الإذعان بمعنى: التسليم بالأمر والخضوع والانقياد والاستجابة لطلب مقدم من شخص يكون غالبًا ذا سيطرة ونفوذ، إذ لا يستقيم هذا الخضوع والانقياد إذا كان طرفا العقد بالقوة والمكنة نفسها.

ثانيًا: التعريف التشريعي

لم تعرّف التشريعات العربية محل الدراسة عقود الإذعان صراحة رغم أن جميعها نصَّ على عقود الإذعان، بل اكتفت بالتطرق إلى كيفية تحقق القبول في هذه العقود، على عكس المشرع الفرنسي فقد عرف عقد الإذعان، لذا؛ سيتطرق البحث فيما يلي إلى موقف التشريعات من تعريف عقود الإذعان وذلك على النحو الآتي:

1- موقف المشرع الفرنسي:

ترك المشرع الفرنسي للقضاء والفقه حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، حيث إنه لم يعرف عقود الإذعان ولم يقنن هذه العقود في القانون المدني بنصوص خاصة، إلا أنه تدارك الأمر في القانون الفرنسي المعدل بموجب المرسوم (2016/131) الذي عدل أحكام باب الالتزامات والمسؤولية في القانون المدني[2]، حيث عرفت الفقرة الثانية من المادة (1110) من القانون المدني الفرنسي المعدل عقد الإذعان بالقول "هو العقد الذي تكون شروطه العامة، غير القابلة للتفاوض محددة سلفًا من قبل أحد الأطراف"[3].

2- موقف المشرع المصري:

---

(1) سورة النور، الآية (49).

(2) محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي المعدل باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2018م، ص32.

(3) صدر القانون الفرنسي المدني المعدل رقم (313 /2016)، في 10 فبراير 2016م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (35) الصادر بتاريخ 11 فبراير 2016م.

لم يتطرق المشرع المصري إلى تعريف عقد الإذعان وإنما اكتفى بذكر أحكامه حيث نص في المادة (100) على عقود الإذعان بأنَّ "القبول في الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، وكذلك نصت المادة (149) من القانون ذاته على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقًا لما تقتضيه العدالة"[1]، ويتضح من المادتين السابقتين أنهما لم تعرّفا عقد الإذعان.

3- موقف المشرع العُماني:

سلك المشرع العُماني مسلك المشرع المصري فلم يتناول تعريف عقد الإذعان بل تطرق إلى مضمون القبول في عقود الإذعان من خلال المادة (83) من قانون المعاملات المدنية[2]، التي نصت على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط موحدة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وكذلك وضع بعض الأحكام لضبطه، وفق المادة (158) من قانون المعاملات المدنية التي سوف يتطرق إليها الباحث لاحقًا.

ومن خلال ما تطرقت إليه التشريعات عن عقود الإذعان، يلاحظ أن جميعها أبرزت لب هذه العقود، وهو انفراد تام من الموجب بوضع شروط العقد دون أن يكون هناك مجالٌ للطرف المذعن لمناقشة تفاصيل العقد، وعليه؛ إذا رغب أن يكون طرفًا في العقد أن يقبل بها كما رسمها الموجب دون مساومة أو تعديل[3].

---

(1) صدر القانون المدني المصري بموجب القرار الجمهوري رقم 313 لسنة 1947م، في 09 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو سنة 1948م، وهو مكون من (1149) مادة (معدل)، ونشر في الجريدة الرسمية والوقائع المصرية العدد (108) مكرر الصادر في 13 من أكتوبر 2021م.

(2) صدر قانون المعاملات المدنية العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29) بتاريخ 25 جمادى الآخرة 1434هـ الموافق 6 مايو سنة 2013م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1012) الصادر في 12 من مايو 2013م.

(3) محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية " دراسة مقارنة "، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018م، ص74.

واستخلاصًا لما سبق، يرى الباحث أن جميع التعريفات والآراء الفقهية والتشريعية واللغوية تتجه إلى مسار واضح وصريح يتمثّل في سيطرة الطرف القوي اقتصاديًا الذي يحدد شروط العقد بما يتناسب مع تحقيق أهدافه بشكل مجحف لاستغلال حاجة الطرف الأضعف الذي لا يتسنّى له الحق في مناقشة بنود العقد وشروطه وإنما عليه القبول بالمجمل بما جاء فيه أو رفضه، وهنا ثار التساؤلُ الآتي: هل هذه السيطرة مطلقة ولا يمكن كبحها أما أن للقضاء رأيًا في ذلك؟ وهذا ما تجيب عليه هذه الدراسة.

ثالثًا: التعريف الفقهي

إنَّ التطور الاقتصادي والصناعي في العصر الحديث نتج عنه ظهور عقود الإذعان وزيادة عدد المتعاملين بهذه العقود، مما دفع أصحاب المشاريع الكبيرة إلى إعداد عقود نموذجية لا يمكن مناقشة شروطها وعلى الذين يرغبون بالتعاقد يذعنون للشروط دون أن يكون لهم الحق في المناقشة أو التعديل بل يجب عليهم قبولها كما هي[1].

لقد عُرّفت عقود الإذعان بتعريفات عديدة كانت تدور جميعها حول وضع شروط العقد من قبل أحد المتعاقدين والانفراد بها وإذعان الطرف الآخر للشروط كما جاءت في العقد وعليه رفضها أو قبوله جميعها ومن هذه التعريفات:

تعريف صاحب (المطول في القانون المدني) حيث عرفه بأنه "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"[2]، أما الفقيه

(1) حلا محمود شاكر الملا خلف، الحماية القانونية للمُذعن في عقود الإذعان "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراه، 2022م، جامعة المنصورة، مصر، ص18.

(2) جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقود)، ترجمه: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2000م، ص97.

سالي فقد عرفه بأنه " محض تغليب لإرادة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها على مجموعة غير محددة من الأفراد، وفرضه مسبقًا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد"[1].

وعرف عبدالرزاق السنهوري الإذعان بقوله "عقد الإذعان هو العقد يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب"[2]، فالقابل في العقد لم يُصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقف الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، وذلك لحاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان"[3] وعرفه البعلي بأنه "العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطًا ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها"[4]، ومن التعريفات أيضًا أنه: العقد الذي يملي شروطه ويرتب آثاره طرف واحد ويذعن له الطرف الثاني[5].

وعرفه الباحث لاحم الناصـــر أن عقد الإذعان هو: "العقد الذي فيه أحد طرفي العقد ينفرد بوضــع تفاصـيله وشـروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشـتها أو تعديلها أو إلغاء شــيء

(1) محمد فواز صباح الألوسي، بحث بعنوان التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2017م، ص191. الفقيه سالي هو، هو أول من ابتـــدع هذه التسمية في كتابه المعروف عن إعلان الإرادة فسماها contracts d'adh'esion وترجمتها الحقيقية: عقود الانضمام، وقد تم توجيه انتقادات متعددة إلى التسمية التي جاء بها الفقيه القانوني سالي لأنه سماها "عقود الانضمام".

(2) عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 1998م، ص179.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2011م، ص244.

(4) عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي والفقه، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1989م، ص 314.

(5) بوبكر قارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد (4)، العدد (3)، 2021م، ص 437.

منها؛ مما يؤدي إلى رجحان مصـــلحة الطرف الموجب على مصـــلحة الطرف القابل، والإضـــرار بمصلحة الطرف القابل لهذه الشروط التعسفية"[1].

وعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأن عقد الإذعان هو: "الذي يسلم فيه القابل بشروط تم إقرارها مسبقا ولا تقبل المناقشة فيما يتعلق بمرفق مهم وأساسي أو سلعة تكون محل احتكار فعلي أو قانوني بشكل تكون فيه المنافسة ضيقة النطاق وتميل بيد الطرف الأقوى مثل عقود الماء والكهرباء وشبكات الإنترنت"[2].

وعرف محمد علي القري بن عيد عقد الإذعان بأنه "صيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغيّر في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على الشروط مع الطرف المعد لهذا العقد"[3].

تجدر الإشارة إلى أنَّ بعض الفقهاء قد عرّفوا عقد الإذعان، بأنها: العقد الذي يتم قبول ما جاء به دون مفاوضة أو نقاش بحيث يتم قبول العقد أو رفضه بالمجمل ولا يقبل تعديل أي بند كان[4]، ومن جانب آخر فقد بيّن بعض الفقهاء أن القبول هو إذعان واستسلام لإرادة ما يمليه الموجب حيث إن قبوله لم يكن نتيجة مناقشة ومفاوضة، وإنما جاء نتيجة لقبوله الشروط الواردة في العقد وذلك لحاجته للخدمة التي يقدمها الطرف الأقوى، عليه فلا يستطيع إلا أن يأخذ أو يترك العقد.

---

(1) لاحم حمد الناصر، مقال بعنوان أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، https://ketabonline.com/ar تم الاطلاع عليه بتاريخ 10 يونيو 2024.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان في التقنينات المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول، 1996م، ص 91.

(3) منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزه، 2008م، ص39.

(4) محمد مرسي كامل، العقود المسماة الكفالة، الجزء الأول، المطبعة العالمية، مصر، الطبعة الثانية، 1952م، ص 27.

أما بالنسبة لكلمة الإذعان التي أطلقت على هذا النوع من العقود فقد وردت لأول مرة من قبل الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري. بينما في القانون الفرنسي وبالأخص الأستاذ سالي فقد وصفها بمصطلح "عقود الانضمام" لأن من يقبل العقد ينضم إليه دون مناقشة، وسار على نهج الفقيه سالي الدكتور رفيق المصري حيث قال: من الأفضل بأن يتم الإبقاء على المصطلح المعرب من اللغة الفرنسية وهو عقود الانضمام، مبررًا ذلك أن الإذعان لفظ يدل على الذل والهوان وهو ما تكرهه النفوس الباحثة عن الحرية، كما أن الإذعان في رأيه لا يعدو حالة خاصة من حالات الانضمام[1]، ونجد أن المعنى اللغوي لكلمة الإذعان الذي يدل على الخضوع والاستسلام يتوافق مع خصائص هذا النوع من العقود وبذلك يكون المسمى الذي أطلقه الدكتور عبدالرزاق السنهوري أشمل وأدق، حيث إن التعاقد عن طريق الانضمام قد يشمل عقودًا بلا ضرر ولا انقياد ولا خضوع، مثل: شراء سلعة من محل تجاري محددة السلعة.

وعقود الإذعان تقابل عقود المساومة من حيث حرية طرفي العقد في تحديد الشروط، وترتيب الآثار العقدية[2]، ويقابلها من جهة أخرى العقود الرضائية، التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة العقدية، الذي يعني: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط، وتحديد الآثار، أمَّا عقود الإذعان فإن رضا الطرف المُذْعِنْ، وإنْ كان موجودًا، تكتنفه بعض عيوب الرضا.

والقبول في عقود الإذعان لا يتعلق بعوامل نفسية وإنما يرتبط بشكل وثيق بعوامل اجتماعية بحتة ناتجة عن حاجات المجتمع وضرورات الحياة وبذلك لا يمكن أن يمس القبول في هذا النوع من العقود الإكراه المعروف في عيوب الرضا[3].

---

(1) أشرف قوقزة – سميرة الحموي، التعسف في عقود الإذعان (عقود التأمين وعقود الاستهلاك – دراسة مقارنة)، الكتاب الأول، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2023م، ص 123؛ طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، 2019م، جامعة عبدالحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر ص 206.

(2) همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، منشأة المعارف للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 1994م، ص 233.

(3) وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2009م، ص 688.

واستجلاءً للمعنى الحقيقي لعقود الإذعان الواردة في التعريفات السابقة؛ يمكن القول بإن اتجاهات الفقهاء في توضيح هذا المفهوم انقسمت إلى اتجاهين، وهما: [1]:

الاتجاه الأول: ركز على الإرادة المنفردة لأحد أطراف العقد وانفراده بوضع الشروط دون مساومة أو مناقشة من الطرف الآخر في العقد، إذ ليس عليه إلا قبول ما جاء في العقد.

الاتجاه الثاني: يرى أن السبب الرئيس في تغليب الإرادة المنفردة للطرف الأقوى في عقود الإذعان واحتكاره الخدمات من الطرف الأقوى، هي حاجة الأطراف المذعنين لهذه السلع والخدمات التي تعد من أساسيات الحياة لا يستطيع الاستغناء عنها، فلا مناص له إلا قبول شروط العقد كما وردت.

وتأسيسًا على ما جاء أعلاه من تعريفات؛ يلاحظ أن المشرع الفرنسي أطلق على هذا النوع من أنواع العقود لفظ "الانضمام" كما ورد في تعريف (جاك غستان، وسالي)، حيث كان الاهتمام بالإرادة المنفردة التي تضع الشروط على عدد غير محدد من الأفراد، دون أن يكون لهم حق الاعتراض على ما جاء في العقد من شروط وتفاصيل، أما بعض الفقهاء العرب فقد أطلقوا على هذا النوع من العقود (عقود الإذعان)، وذلك للدلالة على الخضوع والاضطرار للقبول [2].

بناءً على التعريفات السابقة؛ فإنه يتبين أن عقد الإذعان هو العقد الذي يملي شروطه الطرف الأقوى ويكون على الطرف الأضعف قبول ما جاء في العقد دون مناقشة أو تعديل لشروط العقد وذلك نتيجة الحاجة للخدمات أو السلع التي يقدمها الطرف الأقوى المقدم للخدمة أو السلعة.

---

(1) حلا محمود شاكر الملا خلف، مرجع سابق، ص20.

(2) يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، العدد 2، 2019م، ص 106؛ الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة الأبحاث والدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج بلخضر باتنه، الجزائر، العدد (2) 2014م، ص 100.

الفرع الثاني

نشأة عقود الإذعان وتطورها

أولًا: نشأة عقود الإذعان

أقرت مدونة نابليون الصادرة سنة 1804م[1] مبدأ سلطان الإرادة الحرة واستنباط عقود قادرة بمجرد توافقها مع إرادة أخرى على إحداث أثر قانوني والذي يعرف حاليًا بمصطلح الاتفاق أو العقد. ومن هذا المنطلق ظهرت فكرة عقود الإذعان.

تنسب المشكلات التي ترتبط بعقد الإذعان إلى مفهوم العقد المورث المستوحى من القانون المدني الفرنسي الذي بين أن الإنسان لا يتقيد بأي رابطة قانونية حيث له الحرية المطلقة في قبول شروط العقد، وهذا يدل على أن العقد هو الطرف المسيطر والمنظم لإرادة الفرد وهو مصدر الحقوق وبذلك يعد العقد أسمى من القانون ذاته إذا كانت شروطه تتناسب مع أحكام القانون وتكون مخالفة للنظام والآداب العامة. ومن جهة أخرى كان لظهور مفهوم النظام الاشتراكي والتضامن الاجتماعي الأثر الفعال في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة الذي تسبب في التأثير على العقود كونها تعد من أنواع النظم الاجتماعية التي يتحقق من خلالها التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة للمصلحة الجماعية لا لسلطان الإرادة الفردية.

وحرصًا من الفقه على توفير الحماية للطرف الأضعف (الطرف المذعن) في عقود الإذعان؛ توجه الفقه للمناداة بإقامة نوع من التوازن العقدي واستبعاد اللجوء لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة ونتج عن ذلك نتائج إيجابية على مستوى العلاقات والروابط القانونية، وتوسّع مفهوم عقد الإذعان حتى أصبح التفاوض من الخطوات التي تسبق العقد. تجدر الإشارة هنا إلى أن تطور مفهوم عقد الإذعان

---

(1) قانون نابليون (بالفرنسية: Code Napoléon) هو مجموعة القوانين التي تحكم القانون المدني الفرنسي تمييزا له عن القانون الجنائي. في العام 1800م، عين نابليون لجنة من أربعة قضاة متمرسين لوضع كل القوانين المدنية الفرنسية في مجموعة واحدة. وبدأ تنفيذ هذه القوانين في 21 مارس 1804م، لتعرف باسم "قانون نابليون"، بعد أن أصبح نابليون إمبراطورا لفرنسا لكن اسمها الرسمي القانون المدني.

ونشأته ناتجٌ عن جهود مشتركة من الفقه الذي خصص العديد من الدراسات وبذل أقصى أنواع الجهد لتحديد ماهية هذا العقد وخصائصه، بالإضافة للقضاء الذي اهتم اهتمامًا بالغًا بحل المشكلات التي تواجه العقد ورفع التعسف الذي قد يقع من الطرف الموجب بحق المذعن[1].

لقد كان لظهور مبدأ الامتياز لبعض المؤسسات، التي منحتها الدولة للعديد من الجهات بهدف التطوير والتنمية الاقتصادية، دورٌ في احتكار العديد من السلع والخدمات وفرض شروط تعسفية على المستهلك بموجب تلك الامتيازات دون إعطاء الفرصة للمستهلك لمناقشة تلك الشروط أو إعادة صياغتها[2]، ووجد المستهلك نفسه تحت نوع من أنواع الضغط لعدم وجود البديل وعدم قدرته عن الاستغناء عن السلعة أو الخدمة المقدمة، ومن هذا المنطلق ونتيجة للإذعان الذي يقع على المستهلك؛ نعتت هذه العقود بعقود الإذعان.

ويعود ظهور عقود الإذعان إلى مطلع القرن العشرين، نتيجة للتقدم الكبير في مجالي الصناعة والتكنولوجيا، مما نتج عن ذلك قيام القوى الصناعية الكبرى بتشغيل عدد كبير من العمال، وعلى إثر ذلك تكونت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة، فأدى إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية والمتعاقدين معها، حيث لم تسمح تلك الشركات بأن يكون التعاقد معها عن طريق المساومة[3].

ومن العوامل التي أدت إلى نشأت عقود الإذعان الظروف الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية التي سيأتي الحديث عنها لاحقا في هذا البحث.

ثانيًا: تطور عقود الإذعان:

---

(1) لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 7.

(2) حسبو القزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تحليلية وتأصيلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، بدون طبعة، 1979م، ص 566.

(3) أحمد عبدالرحمن أحمد أصرف، سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان عقد التأمين نموذجاً "دراسة تحليلية"، رسالة ماجستير، 2018م، جامعة الأزهر، غزة، ص 14.

تطورت الطبيعة القانونية لعقد الإذعان حيث اتخذت طابعًا حديثًا بالاعتماد على المزايا التكنولوجية التي قدمتها النهضة العلمية الحديثة، فكان لانتشار شبكة الإنترنت الأثر الفعال في انتشار عقود الإذعان الإلكترونية التي تقدمها بعض المحلات التجارية لتسويق منتجاتها.

ومع التطور الواضح للخدمات الإلكترونية المتنوعة التي تقدمها المواقع الإلكترونية للخدمات العقارية والسياحية والمصرفية وبالإضافة إلى بيع تذاكر الطائرات وغيرها من الخدمات وإقبال الأفراد على هذه الخدمات جعل من ذلك بيئة مناسبة لاستغلال حاجات الأفراد واحتكار تلك الخدمات بعقود إذعان وإن كانت إلكترونية. وتعد عملية الإعلان لتسويق المنتجات دعوة للتفاوض كونها تبين السلعة أو الخدمة المقدمة دون عرض الشروط الجوهرية للتعاقد، وبمجرد قبول التفاوض يعد ذلك إيجابًا على شروط العقد الذي قد يحتوي شروطا تعسفية وبذلك يتصف العقد بأنه عقد إذعان[1].

كما أشار إلى ذلك المشرع الأردني في القانون المدني الأردني حيث أوجب أن يكون الإعلان محددًا وواضحًا حتى يعد إيجابًا بالرضا، أما عند الشك في الإعلان فإن العقد المبرم يعد، بناء على ما تقدم، باطلا، وفق ما جاء في المادة (94) من القانون المدني الأردني[2]. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل تعد العقود الإلكترونية عقود إذعان؟

اختلف فقهاء القانون في مدى اعتبار العقود الإلكترونية عقود إذعان أو من العقود الرضائية، حيث يرى البعض أنها من عقود الإذعان؛ لأن المتعاقد لا يجد أمامه خيارًا سوى اتباع الخطوات الموجودة الموضحة في الموقع الإلكترونية وملء الفراغات على مواصفات معيّنة للسلعة، وسعرها

(1) راضي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنيت و إثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع ، 2002م، ص 244.

(2) نصت المادة (94) "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوى إلى التفاوض".

المحدد سابقًا، فهو لا يملك إمكانية المساومة أو المناقشة، ولا يملك إلا قبول العقد أو رفضه كما هو مرسوم له في الموقع[1].

انتقد هذا الرأي لتجاهله أمرًا في غاية الأهمية، وهو غياب التفاوض، فقد يقوم التاجر بعرض سلعة معينة وتحديد ثمنها، فيوافق عليه المستهلك ويضع بعض الشروط كالحصول على نسبة خصم معينة ومن هنا يبدأ التفاوض بين طرفي العقد[2].

ويرى اتجاه آخر من فقهاء القانون أن العقود الإلكترونية ليست عقود إذعان، فلا يكفي أن تحتوي هذه العقود على شروط غير قابلة للنقاش، وإنما لا بد أن تكون السلعة أو الخدمة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها ومحتكرة مقبل التاجر، وذلك لأن الفقه استقر في تعريف عقود الإذعان على أن تكون سلعة أو خدمة ضرورية محل احتكار قانوني أو فعلي[3].

ويرى الفقه الحديث أنَّ إعداد أحد الطرفين للعقد مسبقًا كافٍ لأن يكون العقد إذعانًا؛ لأن الطرف الآخر لا يملك إمكانية التعديل في الشروط، ولا يشترط أن تكون سلعة ضرورية أو خدمة[4].

وتماشيًا مع ما تم ذكره حول طبيعة العقد الإلكتروني؛ يرى الباحث أهمية إعادة النظر في الوسيلة المستخدمة في إبرامه، فإذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثات المرئية أو السمعية عُدّ العقد رضائيًّا؛ لأن الطرفين يتفاوضان ويتبادلان الآراء إلى أن يصلا إلى الاتفاق بينهما، أما إذا كان التعاقد عن الطريق المواقع التي تستخدم عقود نموذجية فالعقد هنا عقد إذعان؛ لأنه لا يقبل التفاوض دون النظر إلى السلعة والخدمة المقدمة.

---

(1) عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة وتحليلية"، دار النشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م، ص34.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م، ص63.

(3) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2006م، ص25.

(4) يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة الماجستير،2007م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ص20.

المطلب الثاني

أركان عقد الإذعان وخصائصه وصوره

تختلف عقود الإذعان عن غيرها من العقود في كثير من الجوانب. ومن أجل إيضاح هذا النوع من العقود؛ لا بد من استعراض أركانها وصورها وخصائصها التي تنفرد بها عن غيرها من العقود.

وعلى ذلك سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: أركان عقد الإذعان

الفرع الثاني: صور عقد الإذعان وخصائصه

الفرع الأول

أركان عقد الإذعان

تتكون عقود الإذعان من مجموعة من الأركان تتمثل في: الرضا، والمحل (المعقود عليه)، والسبب. وفيما يلي تفصيلٌ لهذه الأركان:

أولًا: الرضا

يعد الرضا الركن الأول للعقد، والذي يجب أن تجتمع فيه مشيئتان وتوافقهما على إنشاء العقد، وسوف يقتصر الحديث فيه عن الإيجاب، ثم عن القبول كما يلي:

1. الإيجاب في عقد الإذعان:

عرف الفقهاء الإيجاب بأنه: "العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به القبول وكان متطابقًا له انعقد العقد، وهو أيضًا التعبير

النهائي عن الإرادة"[1]، وعرفه البعض بأنه: "التعبير عن إرادة الشخص من خلال عرض رغبته بالتعاقد مع شخص آخر وفق شروط معينة"[2]. وقد تناول المشرع العماني القبول والإيجاب في قانون المعاملات المدنية في المادة (69) التي نصّت على أنَّ "2 –الإيجاب والقبول هو كل تعبير عن الإرادة يستعمل لانعقاد العقد وما صدر أولا فهو إيجاب وما صدر ثانيًا فهو قبول".

ويختلف شراح القانون في تعريف الإيجاب في عقود الإذعان، فمنهم من يهتم بالناحية الشكلية ويغفل عن ذكر خصائصه، والبعض الآخر اقتصر على ذكر خصائصه. ويعرف الإيجاب في عقود الإذعان بأنه: "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينظم آليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقة لتعديله"[3].

إن الإيجاب الذي يصدر من الطرف الأقوى لا بد أن يكون إيجابًا موحدًا وموجهًا إلى عامة الجمهور كافة أو إلى فئة لا حصر لها، وينبغي أن تكون الشروط متماثلة لا اختلاف فيها وشاملة للشروط والبيانات الأساسية، وغالبًا ما تكون مستمرة مدة طويلة، وتحتوي على شروط مفصلة لا يمكن النقاش فيها وأغلبها لمصلحة الموجب[4]، ومن المسلم به أنَّ هذه العقود على درجة عالية من التعقيد، ومن الصعب فهمها من قبل القابل، فيعرض الموجب العقد بشروطه في صيغة نهائية ولا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل العقد كما رسمها الطرف الأقوى[5]، وهذا ما ينعكس على عقود الإذعان حيث إنها تتميز بإيجاب بات في البداية من ثم يعقبه إذعان من الطرف الآخر أو قبول لا بد منه.

---

(1) علي فيلالي، النظرية العامة للالتزام، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2005م، ص88.

(2) الإيجاب والقبول في العقود، موقع حماة الحق، https://jordan-lawyer.com/2020/05/31/ تم زيارة الموقع بتاريخ 3 سبتمبر 2024م.

(3) همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1998م، ص 231.

(4) هدى عبد الله، دروس في القانون المدني "العقد"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص 93.

(5) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر وعقد التأمين، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1964م، ص 1096.

تكتمل عقود الإذعان بصورة نهائية إذا وافق الإيجاب بالقبول حيث يتم بذلك العقد غالبا، ولا يمكن الرجوع عن القبول في هذا النوع من العقود إلا بعد موافقة الطرف الآخر، فإن لم يتم اشتراط الموجب على عدم إلزام العقد له، ويمكن أيضا أن تكون معلقة على شرط، والمنافسة في هذا النوع من العقود محدودة الحدود[1]. وما ينبغي الإشارة إليه أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر دون أن تسبقه مفاوضات، حيث إن الموجب يعرض إيجابه بصيغة نهائية، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا التسليم بما جاء به الموجب من شروط في العقد، والسبب يعود إلى حاجة القابل إلى الخدمة أو السلعة[2].

ومعنى ذلك أن الإيجاب في عقد الإذعان هو إيجاب قطعي؛ لأنه يتضمن شروط العقد الجوهرية وحتى التفصيلية، ولا يسمح للموجب مناقشة تلك الشروط، كما يكون الإيجاب عامًا موجهًا إلى كافة الجمهور أو فئة معينة ولا يقتصر على شخص معين، كما أن الإيجاب يكون دائمًا، أي أنه يصدر على نحو مستمر، وغالبًا يكون هذا الإيجاب مكتوبًا، بحيث يغلب عليه طابع الدقة والتعقيد ومتضمنًا شروطًا كثيرة أغلبها في صالح الموجب وربما جميعها، بحيث لا يفهمها الشخص العادي، وقد لا يكلف نفسه مشقة قراءتها[3].

يرى الباحث هنا أن الإيجاب في هذا النوع من العقود يختلف بشكل جذري عن الإيجاب في العقود الأخرى التي تسمح بالتفاوض قبل إبرام العقد، كما يختلف من حيث الخصائص والصياغة وبعض العناصر في عقد الإذعان يكون الإيجاب موحدًا للجميع، لذلك؛ في أكثر عقود هذا النوع يكون الإذعان والشروط التعسفية مدرجة في العقد.

---

(1) عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 1998م ص 281.

(2) أشرف قوقزة، سميرى الحموي، مرجع سابق، ص197؛ عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، بدون طبعة، 1994م، ص 64.

(3) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 208 – 210.

2. القبول في عقود الإذعان

يُعرّف القبول بأنه: "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب"[1] وعرّف أيضًا بأنه: "تعبير بات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بإرضائه العرض الذي تقدم به الموجب"[2]. والسؤال الذي ينبغي الإجابة عليه هل السكوت وعدم المناقشة للشروط المدرجة في عقود الإذعان يعد قبولًا؟

يمكن القول: إن السكوت بوجه عام مجردًا من أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيرًا عن الإرادة؛ لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت عمل سلبي، وفي ذلك يقول فقهاء الشريعة الإسلامية "لا ينسب لساكت قول"، إذ إن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها[3]، والسكوت موقف غامض وهو في حكم العدم، إذ لا يمكن كشف خفايا الفكر[4].

إن القابل في عقود الإذعان لا يصدر قبوله بعد مناقشة شروط العقد، بل هو في موقف لا يملك إلا أن يقبل أو يرفض، ولحاجة المتعاقد لشيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى قبول العقد وفق ما هو مرسوم، فالرضا موجود ولكنه قد فرض عليه، وهذا يعد ضربًا من الإكراه ولكن ليس في عيب الإرادة، بل إكراه متصل بعامل اقتصادي[5].

لقد عالج قانون المعاملات المدنية العُماني السكوت في المادة (74) التي نصت على "1- لا ينسب إلى ساكت قول، ومع ذلك فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا إذا اقترن به ما يجعله دالا على الرضا. 2- يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل قائم بين المتعاقدين بني

---

(1) علي فيلالي، النظرية العامة للعقد "الالتزامات" موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001م ص96.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، 2004م، ص73.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص236 – 235.

(4) هدى عبدالله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 2020م، ص 124.

(5) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص244.

على الإيجاب أو إذا كان الإيجاب لمنفعة الموجه إليه". من خلال هذه المادة يتضح أن السكوت عن مناقشة الموجب للعقد يعد قبولا للشروط الواردة في العقد إذا كان مقترنًا بما يجعله دالا على الرضا.

ويعدُّ الإعلام قبل التعاقد وسيلة لحماية إرادة المستهلك للتعاقد أو المذعن عند قبوله على التعاقد. واختلال التوازن المعرفي وتطوره واتساعه بسبب التطورات الاقتصادية والتكنولوجيا، أدى إلى ظهور فئتين من المتعاقدين، الأولى تملك المعلومة الكاملة وبيانات العقد، والأخرى لا تتوفر لديها المعلومات والبيانات التي تخص العقد والمتمثلة بالمستهلك أو المذعن. ومن خلال هذه الاختلال دفع المشرع إلى الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك لتقوية الجانب المعرفي وازدياد إرادته تبصيرًا، مما ينتج أثره على الطرف الأضعف حتى يكون قراره مبنيًّا على معرفة تامة وصحيحة[1]، وهذا ما لم يغفل عنه المشرع العماني في قانون حماية المستهلك التي ألزمت المزود أو المعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات عن السلعة، حيث نصت المادة (19) على "يلتزم كل من المزود والمعلن بإمداد المستهلك بمعلومات صحيحة عن السلعة أو الخدمة، وفي جميع الأحوال يجب على المزود أن يبين باللغة العربية وبشكل ظاهر على السلعة المعلومات الخاصة بالسعر والوزن وتاريخ الإنتاج وانتهاء الصلاحية واسم المادة ومكوناتها وبلد المنشأ ورقم المواصفة، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة، ويجوز كتابة المعلومات المشار إليها بلغة أخرى بالإضافة إلى اللغة العربية، وتحدد اللائحة السلع التي لا يمكن كتابة البيانات عليها."[2] وفي جميع الأحول لا يعد نشر الإعلان وبيان الأسعار إيجابًا، وإنما دعوة للتعاقد وهذا ما بينه المشرع في قانون المعاملات المدنية في المادة (2/73) [3].

(1) بروين محمود محمد، حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أطروحة دكتوراه، 2019م، جامعة بغداد، العراق، ص 77.

(2) صدر قانون حماية المستهلك العماني بموجب مرسوم سلطاني رقم (2014/66) الصادر في 7 صفر 1436هـ الموافق 30 نوفمبر 2014م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1081) الصادر في 7 ديسمبر 2014م.

(3) تنص المادة (73 / 2) من قانون المعاملات المدنية على أن "٢ – النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها والطلبات الموجهة للجمهور لا يعتبر إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد ما لم تقم دلائل قطعية على أن المراد به الإيجاب".

وعطفًا على ما جاء أعلاه فالقابل في عقد الإذعان هو الطرف الضعيف ينضم مذعنًا للموجب بالشروط التي حددها وأعدها مسبقًا، ومن المسلم به فإن الواقع العملي يجعل من النادر الاطلاع على الشروط كون الخدمة تتعلق بخدمة أو سلعة ضرورية، والقبول لا يعبر عن الرضا الحقيقي؛ لأن القابل لا يملك سواء الموافقة إذا رغب الحصول على الخدمة أو السلعة[1].

ويشترط لانعقاد عقد الإذعان بين الموجب والقابل تمتعهما بأهلية الأداء التي تتمثل في: بلوغ سن الرشد، واكتمال الإدراك، أي: أن يكونا بكامل قواهما العقلية وألا يكون محجوبًا عليهما.

ثانيًا: محل العقد (المعقود عليه)

نصت المادة (115) من قانون المعاملات المدنية على أنه "يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه". ومحل العقد هو ما يقع عليه العقد ويختلف باختلاف العقود، ففي العقود التقليدية قد يكون عينًا ماليًا، مثل: بيع سيارة، أو يكون منفعة كما في تأجير دار للسكنى، وقد يكون عملًا كمن تعاقد مع طبيب. ومحل العقد في عقود الإذعان مثل عقد الاتصالات هو: توصيل الخدمة إلى المشترك، ومحل العقد في الخدمات العامة مثل الكهرباء والمياه هو: التزام الشركة بتقديم الخدمة. والواضح أن في هذه العقود وغيرها تكون محتكرة من قبل الطرف القوي في العقد، الذي لا يقبل التفاوض مع الطرف الآخر، وربما يرجع سبب عدم قبوله للتفاوض هو احتكاره للسلعة أو الخدمة، أي: أنَّ المحل في عقود الإذعان عبارة عن السلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها.

ثالثًا: السبب

تناول المشرع العماني ركن السبب في المادتين (121 و122) من قانون المعاملات المدنية، إذ تنص المادة (121) على أنه: "إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفا للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"، ويتضح من هذا النص لكي يبرم عقد الإذعان يجب

(1) أشرف قوقزة، سميرى الحموي، مرجع سابق، ص202.

أن يكون له سبب، وأن يكون السبب مشروعًا، أما لو تبين أنه لا يوجد سبب لإبرام العقد أو اتضح أن السبب غير مشروع فيكون حكم عقد الإذعان باطلًا.

ولكن هل يشترط أن يذكر سبب العقد في بنوده؟

لا يشترط أن يذكر سبب العقد في العقد المبرم بين الطرفين ولا في أي عقد آخر سواء كان مرتبطًا بالعقد أو غير مرتبط، ويفترض هنا وجود السبب حتى مع عدم كتابته وكذلك مشروعيته ما لم يثبت عكس ذلك[1]، أما لو كتب سبب العقد ثم ادعى أحد طرفيه صورية السبب المذكور في العقد، فإنه يتقيد بالقاعدة التي تفرض بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة[2]، وذلك إعمالًا لما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (42) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية[3] والتي جاء فيها: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف ريال: أ – فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي".

الفرع الثاني

صور عقود الإذعان وخصائصه

أولًا: صور عقود الإذعان

بسبب التطور الاقتصادي الذي مرت به دول العالم توسعت فكرة عقود الإذعان وانتشرت العديد من صور العقود التي تمثل عقود إذعان، ومنها:

1. عقود التأمين

---

(1) أحمد عبدالرحمن أحمد أصرف، مرجع سابق، ص40.

(2) محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية، الأجيال، سلطنة عمان، مسقط، الطبعة الأولى، 2020م، ص 167.

(3) صدر قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية بموجب المرسوم السلطاني رقم (2008/68) بتاريخ 25 جمادى الأولى 1429هـ الموافق 17 مايو سنة 2008م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (864) الصادر في 01 من مايو 2013م.

تعددت شركات التأمين واتسع نطاق المنافسة بينها، وذلك؛ لأهمية التأمين في حياة أغلب الأفراد لحماية ممتلكاتهم سواء كانت مالية أو مادية، ومن هذا المنطلق، ونظرا لأهميتها؛ تعرضت هذه العقود للاحتكار والسيطرة من قبل شركات التأمين التي منعت الطرف المؤمن من المساس بشروط عقد التأمين بالمناقشة أو التعديل؛ حيث تتم صياغتها بشكل مسبق ومدروس ودقيق بما يحقق مصلحة الطرف الأقوى، فيقف أمامها المؤمن عاجزًا، فإما أن يرضخ دون مناقشة أو يرفض[1] .

لذا؛ فإن قيام شركات التأمين بوضع شروطها دون السماح للطرف الآخر بمناقشة الشروط المدرجة في العقد يعد بحد ذاته إذعان، وإن سمحت بعض شركات التأمين بترك بعض الشروط التي يسمح من خلالها للطرف المذعن بالتعديل فهي تتصف أيضا بالإذعان؛ كون التعديل لا يتضمن التعديل على الشروط الجوهرية التي جاء بها العقد، ويبقى الإذعان هنا قائما بالتأثير ذاته[2].

ومن الأمثلة على بعض الشروط التعسفية في عقد التأمين: التأخر في تقديم البلاغ للسلطات عن وقوع الحادث، إذ إنَّ حق التأمين يسقط إذا لم تقدم مستندات تبين سبب التأخير، وكذلك سقوط الحق في حال مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها[3].

2. الإذعان في العقود التي تنظمها البنوك

تعد العقود التي تقدمها البنوك تلبية لحاجة الأفراد سواء كان للاقتراض الشخصي أو لشراء وحدة سكنية أو تجارية أو غير ذلك عقود إذعان، حيث يتم إعداد تلك العقود مسبقا وتحتوي على شروط تعسفية يقف أمامها الطرف المذعن عاجزًا لا يملك سوى القبول لحاجته الملحة لها. ومن العقود التي تقدمها البنوك فتح الحسابات بأنواعها المختلفة، وتحويل الأموال من بلد لآخر، ووديعة النقود، وغيرها

---

(1) بلخضر مسعودة سليمان، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006م ص 34.

(2) خالد محمد سباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، 2001م، جامعة القدس، فلسطين، ص 44.

(2) نجلاء بنت محمد بن عبدالرحمن الجهني، أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير،2014م، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، ص66.

من الخدمات،[1] والمتمعن في هذه العقود سواء العقود التقليدية أو الإسلامية يجد أنها لا تخرج عن نطاق عقود الإذعان، ودليل ذلك أن الخدمات تقدم لعامة الناس، والبنك من يضع الشروط ويحدد ما يوائم مصالحه سواء من فوائد أو مدد[2]، بالإضافة إلى عدم معرفة الأغلبية العامة من طالبي الاقتراض من البنوك ما ورد في تلك العقود من شروط وعجزهم عن تفسيرها قانونيًا لمحدودية ثقافتهم القانونية؛ كونها أعدت على يد خبراء قانون واقتصاد متخصصين في ذلك، فيقف الطرف المذعن عاجزا عن تفسيرها وإدراك أبعادها القانونية.

ومن الأمثلة على العقود التي تتسع رقعة الإذعان بها: عقود الإيجار المنتهية بالتمليك التي تطرحها البنوك بحيث تحتوي صياغة العقد على شروط مجحفة معدة بدقة بشكل مسبق من قبل البنك على أيدي مختصين، وهنا يقتصر دور العميل فقط على القبول أو الرفض.

وتقوم البنوك بإعداد عقود تحتوي على شروط لا يمكن مفاوضتها إلا إذا كانت صفقة مهمة وتعود على البنك بالفائدة، لذلك؛ فإن البنوك تمارس عقود الإذعان بهذه الطريقة؛ كونها تقدم العديد من العمليات اليومية التي لا تقبل المفاوضة وتكون على هيئة نماذج مطبوعة تقدمها للعميل بالنمط ذاته.

3. عقود الاشتراك في الخدمات العامة

تعد الخدمات العامة، مثل: المياه، والكهرباء، والاتصالات من الاحتياجات الأساسية الملحة للإنسان التي لا غنى عنها في الوقت الحاضر، والتي تقدم من خلال مؤسسات تتبع نظام احتكار لتلك الخدمات الأساسية، بحيث تعتمد هذه العقود في صياغتها على أنموذج نمطي يعده الطرف الأقوى بصورة منفردة ومجحفة ويعرض على الطرف الآخر دون إعطاء الحق له بالتعديل أو فرض

(1) ملاك بنت محمد السديس، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة كلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد 142، 2002م، ص319.

(2) منال جهاد أحمد خله، مرجع سابق، ص70.

شروطه، فلا يكون بيد الطرف المذعن إلا الرضوخ والقبول لما جاء به العقد لضرورة تلك الخدمة المقدمة وهي تكاد تكون محتكرة من قبل جهة محددة بحيث تعرض على الجمهور بشروط عامة [1].

ومن أمثلة الشروط التعسفية في الخدمات العامة، أن يشترط مثلًا مزود خدمة الكهرباء قطع التيار الكهربائي في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، أو أن يقطع التيار الكهربائي دون سابق إنذار [2].

4. عقود النقل بوسائله المختلفة

تعد عقود النقل بوسائله المختلفة سواء البرية أو البحرية أو الجوية من عقود الإذعان، حيث إن الناقل (الموجب) في النقل البحري يسيطر على جميع مضمون الاتفاق، وعلى الطرف الآخر أن يذعن لما يحتويه العقد من شروط، ويبرز الإذعان في عقود النقل البحري، لأن الاستغلال التجاري واضح، لضرورة نقل السلع والبضائع من مكان إلى آخر بين مختلف الدول وذلك لسهولته أكثر عن غيره من الوسائل[3].

حيث يعد سند الشحن المحرر من قبل الناقل دليلًا على قبوله للبضاعة، ودليلًا للمرسل إليه لاستلام البضاعة عند وصولها. وفي سند الشحن، يعد بند "إعفاء الناقل من المسؤولية" عن البضاعة المتفق على شحنها في متن السفينة، غير كافٍ لإبراء ذمة الناقل من المسؤولية، فعليه الإثبات من توفر شروط إعفائه من المسؤولية، لأن الناقل ملزم بتحقيق النتيجة[4].

---

(1) فتحي ماجد التميمي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير،2010م، جامعة عمان العربية، الأردن، ص34.

(2) أحمد عبدالرحمن أحمد أصرف، مرجع سابق، ص42.

(3) منال جهاد أحمد خله، مرجع سابق ص69.

(4) نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمن الجهني، مرجع سابق، ص63.

وتتضح صفة الإذعان بشكل جلي في الشروط المطبوعة على تذاكر السفر من قبل شركات النقل الجوي، فيقبلها المسافر كما هي، علمًا أن الشروط المطبوعة في التذكرة هي نفسها الشروط التي وضعها اتحاد الناقلين الجويين (IATA)[1].

ثانيًا: خصائص عقود الإذعان

عقد الإذعان له خصائص عامة يشترك بها مع العقود الأخرى، وبه سمات تميزه عن بقية العقود، لذلك سوف نتطرق إليها بشيء من التفصيل وفق الآتي:

1. الخصائص العامة:

أ. عقد الإذعان من العقود الرضائية:

وتعرف "العقود الرضائية" بأنها: تلك العقود التي يكفي لانعقادها تراضي الطرفين المتمثل في تطابق الإيجاب مع القبول دون الحاجة إلى صياغة هذا التراضي في شكل معين. وكقاعدة عامة فإن الأصل في العقود توافق إرادتين وأن جميع العقود رضائية ما لم يرد نص أو اتفاق يستلزم توافر شكلية معينة[2]، ولا يختلف هذا الأصل عن عقود الإذعان، رغم أن الشروط التي يتضمنها العقد هي شروط تعسفية ولا تقبل التفاوض إلا أن الرضا حاضر في العقد، لأن في الأصل أن هذا الالتزام رضائي[3]، ويقول أحد الفقهاء "ينبغي عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لإثبات العقد والشكل الذي يفرضه نشوؤه، فمن أجل أن يكون رضائيًا اشترط القانون شكلا معينًا لإثباته بحكم أن التراضي وحده يكفي لانعقاده"[4].

---

(1) الاتحاد الدولي للنقل الجوي (الإياتا) (بالإنجليزية: (IATA) تأسس في 19 أبريل 1945 لمواجهة المشاكل التي قد تنجم عن التوسع السريع لخدمات الطيران المدني في أعقاب الحرب العالمية الثانية.

(2) هشام طه محمود سليم، العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار،2014م، ص18.

(3) محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية، دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانون الأمريكي، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، 2019م، ص416.

(4) محمد جاسم محمد، المرجع السابق، ص416.

وتتميز عقود الإذعان عن عقود المساومة[1] في أنها غير مسبوقة بمرحلة تفاوض حول الالتزامات التعاقدية التي سوف يرتبها العقد بعد انعقاده، ولذلك؛ يتم القبول وينعقد العقد بمجرد التسليم بالشروط المقررة من طرف الموجب التي عادة لا تقبل المناقشة [2].

ب. عقود الإذعان من عقود المعاوضة:

يُقصد بعقد المعاوضة: أن يأخذ المتعاقد مقابل ما يعطي مثل عقد البيع، فالبائع يأخذ الثمن مقابل الشيء المبيع، ويأخذ المشتري المبيع في مقابل دفعه للثمن، ورغم أن التفوق الاقتصادي حاضر في عقود الإذعان واختلال التوازن بين طرفي العقد[3]، إلا أن هذا الاختلال بالتوازن العقدي لا يغير ولا يزيل صفة المعاوضة في عقد الإذعان فمقابل ما يقدمه القابل من مال يحصل عوضًا عنه خدمة أو سلعة[4].

ج. عقد الإذعان من العقود الملزمة للجانبين (عقدًا تبادليًا) [5]:

لأنه ينشأ بمجرد انعقاده التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد، كلاهما دائنٌ ومدينٌ للآخر في الوقت ذاته، والأثر المترتب على اتصاف العقد بأنه ملزمٌ للجانبين هو أنه يحق للطرفين المتعاقدين في الدفع عدم التنفيذ أو فسخ العقد وذلك عندما لا يلتزم أحد طرفي العقد بما عليه من التزامات[6]، وعلاوة على ذلك فإن خاصية التبادل الموجودة في عقد الإذعان تعد من الدوافع التي تجعل المشرع يحافظ على توازن الالتزامات التعاقدية، فإذا أصاب هذا التوازن اختلال بدافع التفوق الاقتصادي الذي

---

(1) عقود المساومة هي التي يملك فيها كل طرف من طرفي العقد مناقشة شروطه بِحريةٍ كاملةٍ قبل إبرامه، بحيث يأتي العقد نتاج التفاوض الحر بين الطرفين.

(2) بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 440.

(3) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 1976م ص 48.

(4) محمد جاسم محمد، مرجع السابق، ص417

(5) حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص45

(6) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، بدون طبعة، 1970م، ص26.

يمتلكه الطرف الأقوى فإن خاصية التبادل تكون مبررًا للمشرع من أجل إعادة الصفة العقدية إلى مسارها الصحيح[1].

د. عقد الإذعان من عقود المدة:

عقود المدة هي العقود التي يتطلب تنفيذ الالتزامات فيها مرور زمن معين، ويعد الزمن عنصرًا أساسيًّا، ولا يهم أن يكون الزمن محددًا كما هو الحال في عقد الإيجار أو عقد العمل، فهو غير محدد المدة مثل عقد التأمين[2]. وتعد عقود الإذعان من عقود المدة، حيث إن العمليات المصرفية سواء فتح حساب أو الحصول على قرض تستمر فترة طويلة ولا تتوقف إلا بعد إقفال الحساب. واعتبار عقود الإذعان من عقود المدة له أهمية في حماية الطرف الضعيف خلال فترة استمرار العقد، إذ إنَّ تدخل المشرع لإعادة التوازن للعقد يجد أثره البالغ إذا كان العقد مستمرًا[3].

2. الخصائص الخاصة بعقود الإذعان:

إضافة إلى الخصائص العامة لعقد الإذعان فهو يتميز كذلك بعدد من الخصائص وهي على النحو الآتي:

أ. أن يكون الطرف الموجب لشروط العقد ذا سلطة وقوة اقتصادية حيث يكون محتكرًا للخدمة أو السلعة موضوع العقد ولا يتعرض للمنافسة أو تكون فيها المنافسة محدودة النطاق وهذا الاحتكار قد يكون فعليا أو قانونيا بحيث تكون سيطرته الاقتصادية واضحة والمنافسة ضيقة[4]. ومن الأمثلة على الاحتكار القانوني، ويسمى كذلك الاحتكار المنظم[5]: احتكار شركات الطيران بناء على صدور قانون يخول الطرف الأقوى التحكم في مرفق الطيران. وأغلب صور الاحتكار القانوني تكون في عقود النقل

---

(1) محمد جاسم محمد، مرجع السابق، ص417.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص24.

(3) محمد جاسم محمد، المرجع السابق، ص417.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 244؛ عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، بدون طبعة، 1994م، ص 318.

(5) سمي الاحتكار المنظم لأنه ينشأ بمقتضى القانون، حيث تعطي الدولة لشركة ما الحق في تقديم خدمة أو إنتاج سلعة وحدها دون غيرها، أنظر: بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 442.

والكهرباء والطاقة بشتى أنواعها. ومن أمثلة الاحتكار الفعلي: وجود شركة تأمين واحدة فقط في منطقة جغرافية معينة [1]، ويقوم الطرف الموجب بوضع الشروط والتفاصيل التي تكون دائما لصالحه ولا يكون للطرف الآخر أي شروط. وظاهر تلك الشروط تعسفية لانفراد الموجب بوضعها، فهي تارة تخفف من المسؤولية العقدية وتارة تشدد على مسؤولية الطرف الآخر. ويتبلور مفهوم السيطرة الاقتصادية في بندين رئيسين، هما:

1 – تمتع جهة ما بامتياز قانوني يبنى على أساسه احتكار لخدمة ما فتكون بموجب ذلك الامتياز الطرف المسيطر أو الوحيد لتقديم هذه الخدمة، مثل: عقود الهاتف، والإنترنت، والمياه، والكهرباء.

2 – تمتع الطرف الموجب لبنود العقد بسيطرة واسعة النطاق واحتكار فعلي لعدم توفير بديل يخدم منطقة محددة[2].

ويراد بالاحتكار: عدم توفير بديل للطرف المتعاقد وعدم قدرته بموجب ذلك رفض شروط العقد وقبول ما تم فرضه عليه [3]، وذلك لضرورة السلعة أو الخدمة. والضرورة المقصودة هنا نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما يكون في مجتمع ضروريًا يكون حاجيًا، أو تحسينيًا في مجتمع آخر، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكم لها جاء فيه: "عقود الإذعان تعلقها بسلع أو مرافق ضرورية تكون المنافسة عليها محدودة النطاق بسبب احتكارها أو السيطرة عليها بحيث لا يمكن رفض شروط الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"[4].

---

(1) أشرف قوقزة ، سميرة الحموي، مرجع سابق، ص129.

(2) بلخضر مسعودة سليمان، مرجع سابق، ص 31.

(3) حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع الإشارة للقوانين الإنجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، بدون طبعة، ص 106.

(4) المبدأ رقم (151)، في الطعن رقم (2012/430م)، تاريخ 23 من مايو 2013م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2012م وحتى 30 من يونيو 2014م للسنتين القضائيتين (13 – 14)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة، ص 607.

ب. الإيجاب في عقود الإذعان يكون بالعموم وإلى فئة عامة مستهدفة تتوفر فيهم صفات محددة ولا يكون لشخص منفرد[1]، وأن يكون بشروط متماثلة وهي مطبوعة مسبقًا غير قابلة للنقاش، وفي الغالب تكون لمدة غير محددة، وفي الغالب تنصب لمصلحة الموجب بحيث تخفف مسؤوليته وتشدد مسؤولية المذعن[2].

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الذي يتمتع باحتكار قانوني (الموجب) لا يجوز أن يرفض القبول الموجه له، لأنه موجه للجمهور، ويبقى ملزمًا وفقًا لعقد الالتزام بالشروط المدرجة بالعقد، ومثال ذلك: الشروط المدرجة في عقد تقديم خدمة عامة مثل الكهرباء أو الماء، فالموجب ملزم بتقديم الخدمة بناء على ما نصَّ عليها العقد وبالتعرفة المحددة في العقد، أما إذا كان الاحتكار الذي يتمتع به فعليًّا فلا يحق له الرفض إلا لسبب مشروع، أو يعد متعسفا، لذا؛ توجب عليه المسؤولية[3].

ج. أن تجتمع جميع الشروط في نموذج ثابت مجهز مسبقًا بالكامل غير قابل للتفاوض ومجهز بشكل دقيق ومتضمن لشروط عديدة بتفاصيل دقيقة تميل أغلبها إلى تحقيق أهداف الموجب استغلالا لحاجة المستهلك الماسة مما يسبب الضغط على المذعن بتحمل أعباء اقتصادية ومسؤوليات قد تفوق طاقته[4]، يقوم الموجب بالإعلان عن إيجابه لكافة الراغبين في الحصول على الخدمة دون تمييز بينهم، بحيث يقع القبول بالكامل دون استثناء أي بند وشرط في العقد[5].

وهذا ما أقرته المحكمة العليا عن خصائص عقد الإذعان بنصها على أن: "خصائص عقود الإذعان هي أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكارًا قانونيًا أو فعليًا وتكون سيطرته عليها من

---

(1) حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة، 2007م، ص 180.

(5) أشرف قوقزة ، سميرة الحموي، المرجع السابق، ص133.

(3) الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 102.

(4) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة السابعة، 1993م، ص 18.

(5) أشرف قوقزة ، سميرة الحموي، مرجع سابق، ص135.

شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة. والسلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"[1].

ويرى الباحث أنه متى توفرت الخصائص آنفة الذكر في العقد فإنه يعد عقد إذعان، حيث إن هذه الخصائص كفيلة بأن تجعل القابل أمام خيارين لا ثالث لهما: فإما قبول العقد بما احتواه من شروط، أو رفضه. وكلا الخيارين صعبان على الشخص؛ فقبول العقد قد يحمّله أعباء مالية قد تفوق مقدرته، أما الرفض فقد يحرم نفسه من الخدمة أو السلعة التي يرغبها هو وأفراد أسرته.

(1) المبدأ رقم (177)، في الطعن رقم (2016/293م)، تاريخ 7 من مارس 2017م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2016م وحتى 30 من يونيو 2018م للسنتين القضائيتين (17 – 18)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة، ص 888.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان والعوامل المؤثرة عليه

إن كانت عقود الإذعان تتميز بالعديد من الخصائص التي تم ذكرها فيما سبق وتبنى صحتها على توفر مجموعة من الأركان، فإن ذلك يدل على وجود طبيعة قانونية خاصة تميزها عن سائر العقود، كما أنها تتأثر بمجموعة من العوامل بما يتناسب مع طبيعتها. ومن هذا المنطلق؛ كان لا بد من التطرق إلى الحديث عن طبيعة عقود الإذعان والعوامل المؤثرة فيه.

عليه سيُقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لعقد الإذعان

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في عقود الإذعان من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والمادية والقانونية.

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لعقد الإذعان

اختلف فقهاء القانون حول طبيعة عقود الإذعان، وانقسمت آراؤهم إلى اتجاهين: أحدهما يؤكد الصفة العقدية لعقود الإذعان، بينما يرفض الاتجاه الآخر الصفة العقدية لها، وهذا الأمر يستدعي تسليط الضوء من خلال هذا المطلب على آراء كل اتجاه.

وعلى ذلك سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: الاتجاه الذي يرفض الصفة العقدية في عقد الإذعان.

الفرع الثاني: الاتجاه الذي يؤكد الصفة العقدية في عقد الإذعان.

الفرع الأول

الاتجاه الذي يرفض الصفة العقدية في عقد الإذعان

يكمن رأي هذه الفئة من الفقهاء في أن عقود الإذعان ليست عقودًا قانونية حقيقية، وينكرون توفر صفة العقد في عقود الإذعان ويعدون هذا النوع من العقود مركزًا قانونيًا منظمًا ينشأ عن إرادة منفردة يصدرها الطرف الموجب للعقد فتكون بمثابة قانون أو مجموعة من الشروط يسيطر على تطبيق محتواها. وكان فقهاء القانون العام أول من أنكر عقود الإذعان وقادوا الاتجاه الذي يرفض وجود طبيعة قانونية لها لعدم توفر الإرادة التعاقدية المشتركة بين الطرفين حسب رأيهم وانعدام النقاش في هذا النوع من العقود، وأن قبول الطرف المذعن لا يعني إعطاء العقد الصفة القانونية. والحجة

التي يرتكز إليها بقوة أصحاب هذا الاتجاه، انعدام الإرادة الحرة المبصرة لضرورة مشروعية وقانونية العقد ليصل إلى مرتبة العقد القانوني الحقيقي والفعال[1].

ويرى بعض الفقهاء أن عقد الإذعان ليس من العقود القانونية؛ لأنه في الواقع يمثل إرادة طرف واحد وهو الموجب للعقد الذي يفرض شروطه على مجموعة غير محددة تلزم كل من يوافق على تلك الشروط، وبحسب رأيه أيضًا أن عقود الإذعان لا تتوفر فيها التوافق الإرادي وإنما تبنى على الإرادة المنفردة والحرة للطرف الموجب للعقد وانضمام الطرف الآخر للعقد ليس سوى شرط مكمل لتنفيذ موضوع العقد من المنشأ ذاته [2].

إن منح سلطة التنظيم لبعض أشخاص القانون الخاص يجعل عقد الإذعان أقرب إلى مركز القانون المنظم، لذلك؛ يفسر كما يفسر القانون. وما ينبغي الإشارة إليه أن هذا الاعتقاد ترسخ لدى المستهلك فأصبح لا يميز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية وبين الوثائق التعاقدية المنظمة التي تصدرها الشركات كونها مفروضة عليه، وبالتالي فلا حاجة للبحث عن إرادة أطراف؛ لأن الإرادة السائدة هي إرادة الطرف الأقوى (المحتكر)، وفي هذه الحالة لا يمكن تسميتها عقودًا بل هي مراكز قانونية[3].

وهنا يثار تساؤل حول رضا المتعاقد الذي يتركه الالتزام القانوني، هل الرضا الصادر عن المتعاقد كافيًا لاعتبار التصرف عقدًا؟ أم مجرد التزام قانوني فقط ليس له صفة عقدية؟

انقسم الفقهاء في هذا إلى عدة آراء[4]:

---

(1) عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية "الجزء الأول في مصادر الالتزام"، الشركة الجديدة للطباعة والتجليد، عمان، الطبعة الأولى، 1993م، ص 187.

(2) علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، 2011م، جامعة الشرق الوسط، عمان، ص30.

(3) يمينة بليمان، مرجع سابق، ص106.

(4) أشرف قوقزة ، سميرة الحموي، مرجع سابق، ص 153-154.

الرأي الأول: رفض الاعتراف بالصفة العقدية وبرر ذلك "أن العنصر الإرادي مفقود، فلا وجود للعقد، وتعد هذه الأعمال مجرد حالات قانونية".

الرأي الثاني: أن المتعاقد يبقى له من الحرية ما يمكنه من رفض إبرام العقد وإن كان مكرهًا، وهذا يكفي لاعتبار إن العقد تم برضاه.

الرأي الثالث: لو نظرنا إلى مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من الصعب اعتبار التصرفات الصادرة عن أطراف العقد عقودًا رضائية، نظرًا لانتفاء الرضا.

إن العلاقة القانونية المتكونة صادرة عن إرادة الطرف الموجب للعقد الذي سيطر كل السيطرة على موضوع العقد وبنوده وشروطه لتحقيق مصلحته من خلال إذعان الطرف الآخر. ومن وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه الذين يرفضون توفر الصفة العقدية في عقود الإذعان لتوفر فيها مجموعة من الخصائص التي تخرجها عن إطار الصفة العقدية للعقود القانونية ألا وهي:

أولا: توفر صفة المشارطة والعمومية في هذا النوع من العقود الأمر الذي ينعكس على مصداقيتها وقانونيتها، فهي تكون عامة ولا توجّه إلى شخص محدد وإنما لعامة المستهلكين أو مجموعة محددة ممن تنطبق عليهم شروط العقد وتتماشى مع متطلباتهم.

ثانيا: الفروق الاقتصادية والاجتماعية التي ينتج عنها الإكراه المتصل بالعوامل الاقتصادية لا النفسية.

ثالثا: الإذعان الناتج عن موافقة الطرف الأضعف على الشروط التي وضعها الموجب بحيث يوافق على هذه الشروط ككل دون حصوله على حق المناقشة وإنما تكون موافقته استسلامًا لما جاء في العقد[1].

وخلاصة القول إن هذه النظرة القانونية ترى السيطرة التي يتمتع بها الأفراد مجرد مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة تصدر من قبل الموجب فتكون بمثابة لائحة أو قانون، وقبول الطرف الضعيف

(1) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق ص150-151.

ليس نتيجة اختيار أو رضا، ولكنه فرض عليه لحاجته الماسة، فعُدَّ عقد الإذعان إهدار لمبدأ حرية التعاقد وهذا مبدأ يرتكز عليه العقد[1].

الفرع الثاني

الاتجاه الذي يؤكد الصفة العقدية في عقد الإذعان

يرى أصحاب هذا الاتجاه، وهم أغلب فقهاء القانون المدني، أنَّ عقد الإذعان من العقود القانونية، ولا يخرج عن هذا النطاق؛ كونه ناتجًا عن إرادة كلا الطرفين ويخضع للقواعد التي تخضع لها العقود القانونية. وقد استند الفقهاء في رأيهم هذا على توفر الإرادة التعاقدية؛ لأن إرادة الطرف الموجب للعقد لا تستكمل ولا يظهر أثرها إلا نتيجة إعلان رغبة الطرف الآخر بالتعاقد أو الإيجاب بالقبول ويتساوى كلاهما قانونيًّا من حيث التعبير عن الإرادة والإيجاب بالقبول بغض النظر عن عدم توفر المساواة الاقتصادية بين كلا الطرفين التي لا تعد مهمة في اتفاق الإرادتين، بالإضافة إلى نقطة أساسية ألا وهي إمكانية كتابة العقد القانوني من قبل أحد الأطراف دون أي نقاش سابق بين كلا الطرفين[2].

ومن وجهة نظر جانب من الفقه أن الرأي السائد في القانون الفرنسي يرجح اعتبار عقود الإذعان عقودًا قانونية؛ لأنها تقوم على إرادة الطرفين وأن إرادة الطرف القوي من العقد لا تكفي وحدها لإبرام العقد[3]، كما أشار أصحاب الاتجاه المؤيد للصفة العقدية لعقود الإذعان أن علاج الخلل والضعف في عقود الإذعان لا يكون من خلال تدخل القضاء؛ لأنه قد يتسبب في فقد مشروعية العقد واستقراره وإنما يجب حماية الطرف المذعن من قبل المشرع لتقوية الجانب الضعيف في العقد وحماية مصالحه من خلال اتباع إحدى الآليات الآتية: الأولى تكون من خلال السيطرة على الجانب الاقتصادي

(1) أنس محمد عبدالغفار، ألية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر – الإمارات، بدون طبعة، 2013م، ص57.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1974م، ص 97.

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 179.

وذلك بمحاربة التعسف الذي يفرضه الموجب المحتكر، والأخرى تتمثل في سلطة المشرع وصلاحياته لتنظيم هذه العقود [1].

إن الضعف الذي يكون في أحد أطراف العقد لا يؤثر على طبيعة العقد؛ لأن هذه الظاهرة لا تعد قانونية بل اقتصادية، بالإضافة إلى أن التراضي متوفر والمساواة القانونية متحققة، والطرف المذعن يدخل برضاه دون إكراه، واحتواء العقد على شروط تعسفية لصالح الموجب فإن ذلك لا ينفي عنه الصفة العقدية[2].

إضافة إلى ذلك فليس من الضرورة لصحة العقد تساوي الإرادتين، فقد جعلت التشريعات المقارنة الرضا والأهلية والمحل والسبب أركان العقد، والشكلية في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، لذا؛ فإنَّ صحة العقد تتطلب تساوي الإرادتين من الناحية القانونية، مع مراعاة ما تفرضه طبيعة بعض العقود[3].

لقد اتبع المشرع العُماني الاتجاه المؤيد للصفة العقدية لعقد الإذعان ويتضح ذلك من خلال المادة (83) من قانون المعاملات المدنية التي نصت على أنَّ "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط موحدة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

واتبع المشرع الأردني النهج ذاته وعدَّ عقود الإذعان عقودًا بالمعنى الصحيح، حيث أشار إلى ذلك في المادة (104) من القانون المدني التي تنصّ على أنَّ " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ويتضح مما سبق أنَّ عقود الإذعان عقودًا قانونيةً، والتفاوت بين طرفيها اقتصادي وليس تفاوتًا قانونيًّا ولا يمس شرط الرضا في العقد ولا يمس بذلك وجود العقد نفسه.

---

(1) علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص32.

(2) جيلالي بن عيسى وبنقردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 1، العدد 1، 2019، ص5.

(3) العربي مياد، عقود الإذعان – (دراسة مقارنة)، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2004، ص20.

ويتفق الباحث مع رأي الاتجاه الثاني الذي يعد عقود الإذعان عقودًا قانونيةً صحيحةً؛ لأنها قائمة على الإيجاب والقبول من طرفين العقد وتخضع في الوقت ذاته للقواعد القانونية التي تخضع لها كافة العقود الأخرى، كما يمكن السيطرة على احتكار الطرف المذعن من خلال القوانين المساندة مثل قانون حماية المستهلك أو القضاء لإعادة التوازن للعقد.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة في عقود الإذعان من الناحية الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية

تتأثر عقود الإذعان، مثل سائر العقود الأخرى، بمجموعة من العوامل الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية التي تسهم بشكل مباشر في نشأة عقود الإذعان بصورها المختلفة.

وعلى ذلك سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: العوامل الاقتصادية والقانونية المؤثرة في عقود الإذعان.

الفرع الثاني: العوامل الاجتماعية والمادية المؤثرة في عقود الإذعان.

الفرع الأول

العوامل الاقتصادية والقانونية المؤثرة في عقود الإذعان

أولًا: العوامل الاقتصادية

تعدُّ العوامل الاقتصادية القاعدة الأساسية التي تحكم العقود؛ لما لها من دور كبير في تكوين العقود لا سيما أثناء مرحلة التطور الاقتصادي والصناعي، رغم استبعاد القانون المدني الفرنسي التأثير الاقتصادي في العصور الوسطى، وذلك؛ لقلة رؤوس الأموال والصناعات، حيث كانت تمارس في إطار تقليدي. وقد كان للرأسمالية الصناعية دورٌ في ظهور عقود الإذعان لتوسيع الفارق الاقتصادي معتمدة على الحرية الاقتصادية، التي جعلت العقد مصدرًا للحق دون منازع. فالتنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية جعلت الأفراد يقبلون شروطًا دون مناقشة[1]، وأصبح عقد الإذعان

(1) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص 17.

مفروضًا نتيجة العوامل الاقتصادية. وتمكن هذه العقود الشركات من التحكم في الجمهور وذلك باحتكارها للخدمات والسلع التي لا يمكن للمستهلك الاستغناء عنها. ومن هنا أصبحت هذه العقود هي الإطار القانوني للعلاقات بين الأطراف (الشركات وزبائنهم) ومصدرًا للحقوق، وبذلك؛ يعدّ القانون الاقتصادي هو المحور الرئيس للعقود التي تنشئها المؤسسات الاقتصادية[1]. ومما لا شك فيه أن التحولات الاقتصادية الجذرية تعد السبب الرئيس في اختلال التوازن بين طرفي العقد وبذلك تحد من التفاوض. واختلال ميزان المساواة، جعل العقد نظاما قانونيا تمليه الإرادة المنفردة لا وسيلةً لحماية مصلحة أطرافه، وبذلك؛ فإنَّ جميع العقود التي تقدمها البنوك والشركات الاستثمارية الكبرى تسعى لتسيير مصلحة منشآتها الاقتصادية بإنشاء التزامات تعاقدية مختلفة. ومن هذا المنطلق ارتبطت عقود الإذعان بالعوامل الاقتصادية ارتباطًا وثيقًا.

وبناء على ارتباط هذه العقود بالعوامل الاقتصادية؛ فقد وصفها بعض فقهاء القانون بأنها عقود "كثيرة الشيوع" تتزايد يوميًا نتيجة للتطورات الاقتصادية المسببة لوجود أطراف يفرضون سيطرتهم بموجب هذا النوع من العقود على السلع الأساسية والخدمات التي لا غنى عنها[2].

ثانيًا: العوامل القانونية:

إن بعض العقود، خاصة كانت أو عامة، تعد وسيلة فاعلة لخلق قانون مستقل للاقتصاد، ومثال على ذلك: عقد التأمين من المخاطر البحرية، حيث ترجع شروطه إلى الطرف القوي الذي هو على علم بما قد يصيبه من خسائر، لذلك؛ هو من يحدد الخطر والشروط التي تجعل من العقد وسيلة لحماية مصالحه،[3]". ويرى بعض الفقهاء أنه إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد، فإن النظريات القانونية قد خلقت عقد الإذعان، وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه ولا إلى طبيعة محله، وإنما إلى طبيعة العقد ذاته"[4]، لذلك؛ أصبح مبدأ حرية التعاقد يعاني؛ نتيجة

(1) يمينة بيلمان، مرجع سابق، ص102.
(2) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع السابق، ص 18.
(3) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع السابق، ص19.
(4) خالد محمد سباتين، مرجع سابق، ص27 .

التطور الحاصل في التجارة والصناعة؛ كونه يتطلب السرعة في الإجراء لتفادي التكاليف، إضافة إلى ذلك فإن التطور التقني والتكنولوجي وزيادة سرعة الإنتاج انعكست على سرعة التبادل التجاري، مما قلص الحرية التعاقدية من خلال جعل شروط معينة ملزمة لا يصح مخالفتها رغم محافظة القضاء على مبدأ حرية التعاقد تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة. أما العقود المحررة مسبقًا التي تتماشى مع عقود الإذعان نتيجة التطور التشريعي فتعد وليدة الحرية القانونية[1].

ومن أبرز أنواع عقود الإذعان التي تم من خلالها استغلال ظروف نشاطها بتحديد الشروط التي جعلت من عقد الإذعان وسيلة لتحقيق مصلحة بتوجيه تلك الشروط لحمايتها بشكل قانوني: عقود التأمين، حيث يعد اختلاق الطرف الموجب للعقد الشروط التي تخرج عن نطاق القانون المدني والتجاري من أهم العوامل المسببة لظهور عقود الإذعان.

ومن خلال ما سبق يتبين بجلاء أنَّ التحولات الاقتصادية هي المسبب الأساسي في خلق نوع من عدم الاتزان بين الوسائل المتخذة في تحقيق المصلحة التي يسعى لها الطرف الموجب والنظريات القانونية مما أدى إلى نشوء عقود الإذعان. أما العوامل القانونية فهي ثمرة التدخلات التشريعية؛ كونها تعد وليدة الحرية القانونية. وبعض العقود، وإن كانت خاصة أو عامة، فهي تعكس آثار عقد الإذعان، وتعد وسيلة فاعلة لخلق قانون مستقل للاقتصاد مثل عقود التأمين على مخاطر وسائل النقل المختلفة.

الفرع الثاني

العوامل الاجتماعية والمادية المؤثرة في عقود الإذعان

أولًا: العوامل الاجتماعية

(1) يمينة بليمان، مرجع سابق، ص 103.

إن العامل الاجتماعي لا يقل أهمية عن العوامل الاقتصادية والقانونية؛ فهو ينعكس على تصرفات الإنسان أمام المشكلات والمخاطر التي قد تقع على ممتلكاته أو المسؤوليات المدنية التي تقع على عاتقه. لذا؛ جعلته يتوجه لإيجاد الحلول التي تمنع تلك الأخطار، وذلك باستحداث وسائل الحماية المختلفة، ومن إحدى هذه الوسائل التي اتخذها: العقود بكافة أنواعها، وبالأخص عقود التأمين التي تعد من أهم وسائل الحماية، وهي أبرز أنواع عقود الإذعان وأكثرها انتشارًا.

إن مواجهة الإنسان للأخطار، سواء كانت شخصية أو تمس ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية، تجعله يدخل في حالة من القلق الدائم، ولذلك؛ فقد توجه نحو استحداث الوسائل المختلفة للحد من هذه الأخطار من خلال تطبيق مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي على نطاق واسع مما أرغمه على إبرام عقود مع شركات التأمين التي تعد من أبرز عقود الإذعان.

ثانيًا: العوامل المادية:

يمثل العامل المادي الصبغة البارزة للحياة الحديثة والسريعة لا سيما في الجوانب التجارية، فأصبح الأفراد لا يولون أهمية بقراءة شروط العقد ومناقشتها والتي أعدت مسبقًا من طرف واحد وتنطوي على شروط إذعان[1]. ومما زاد الأمر تعقيدًا في هذا، وجود العقود الإلكترونية التي لا تتيح للفرد التفاوض في شروط العقد التي تبدو جامدة ويستعصي عليه تعديلها ومناقشتها.

ويرى الباحث أنَّ العوامل الاقتصادية، التي أفرزتها الثورة الصناعية، تعد سببًا في انتشار معاملات تعاقدية جديدة (ومنها عقد الإذعان) والتي انعكست تلقائيًّا على الحياة الاجتماعية؛ نظرًا للارتباط الوثيق بينهما، لذا؛ ظهرت الحاجة لإيجاد ما ينظم هذه العلاقات ويضبط المعاملات التعاقدية الجديدة التي بدا عليها الاختلال ظاهرًا؛ فكان لازمًا للقانون التدخل لإعادة التوازن للعقد.

(1) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع السابق ص 20.

الفصل الثاني

حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

تقسيم وتمهيد:

من المبادئ المسلم بها أنَّ العقد قانون العاقدين، أي: أن العقد يقوم مقام القانون انطلاقًا من مبدأ سلطان الإرادة، لذا، في حال الخلاف بين المتعاقدين؛ تنحصر حدود سلطة القاضي بتطبيق إرادة طرفي العقد. ونتيجة للتطور الذي مس مبدأ سلطان الإرادة؛ كان لا بد للمشرع من مواكبة الفكر القانوني الذي يتسم بالطابع الاجتماعي الذي كرس لحماية الطرف الأضعف بالعقد من خلال إضافة العديد من الاستثناءات بما يتيح للقاضي من خلالها ممارسة السلطة التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية المجحفة في عقود الإذعان.

واستنادًا على ما قد؛ سبق سيقسّم هذا الفصل إلى مبحثين، وهما:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الثاني: تفسير عقود الإذعان وسلطة القاضي على الشروط التعسفية من حيث التعديل أو الإعفاء.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي المدني ومبدأ سلطان الإرادة

يستمد القاضي ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق ولايته وفقًا لنصوص القانون، ومن هذا المنطلق؛ فإن السلطة التقديرية للقاضي تعد إحدى الوسائل التي يستند إليها القضاء لخدمته بشكل ذاتي استنادًا لحالة قانونية محددة تحت مظلة التنظيم القانوني، فالنشاط القضائي له مصدر واحد يحدد نطاق سلطته ألا وهو المشرع. وتعد السلطة التقديرية حالة قانونية خاصة مصدرها قانوني، وقد يشوبها نوعٌ من الشك. ومن هذا المنطلق؛ كان لا بد من تسليط الضوء في هذا البحث على السلطة التقديرية للقاضي المدني ومبدأ سلطان الإرادة، حيث سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقضاء.

المطلب الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

المطلب الأول

ماهية السلطة التقديرية للقضاء

تعددت الوسائل اللازمة التي أقرتها التشريعات الحديثة لتحقيق أعلى درجات العدالة، ومن إحدى هذه الوسائل – وبل قد تعد أهمها – السلطة التقديرية للقاضي. وهذا الأمر يستدعي وجود مطلب مستقل يوضّح مفهوم كل من السلطة التقديرية للقاضي وممارسة القاضي لتلك السلطة.

وعلى ذلك؛ سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقضاء.

الفرع الثاني: ممارسة القاضي للسلطة التقديرية.

الفرع الأول

مفهوم السلطة التقديرية للقضاء

يستمد القاضي سلطته القضائية من المشرع الذي يحدد حدود هذه السلطة وفقًا للأحكام التشريعية التي يكون لها مغزًى واضحٌ في المعنى المقصود. وعلى هذا، فإنَّ الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته للسلطة القضائية ليس إلا لغوًا غير مبرر، حيث لا يمتلك القاضي سلطة تقديرية فيما يرغب فيه، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية وحدها، وعليه؛ يمكن القول إنَّ سلطة القاضي أثناء تأدية عمله القضائي ليست سلطة تقديرية، بل

إنها سلطة يتم تحديدها بما يتطلبه العمل القضائي، بغض النظر عن فرع القانون الذي يتعامل معه. والنشاط القضائي له مصدرٌ واحدٌ، وهو المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي بشكل قاطع [1].

ويرى أصحاب هذا التوجه، الذين يحصرون السلطة تقديرية للقاضي، أنَّ منح هذه السلطة يتسبب في ظهور أحكام متنوعة ومتضاربة مما يؤثر على سير العمل القضائي ويفتح الباب أمام تدخل القضاة في إصدار الأحكام في النهاية مما يؤثر على مبدأ العدل.

ويرى بعض الفقهاء أن السلطة التقديرية للقاضي تنبع من حالة قانونية محددة، حيث إن مصدرها – بلا شك – قانوني، وهذا يعني أنه يجب علينا أن نتصور دائمًا أن فكرة السلطة التقديرية مرتبطة بالتنظيم القانوني دون الفصل بينهما، فإذا لم تكن الدولة قانونية، فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، بل سنكون في هذه الحالة ضمن سلطة تحكيمية وليست تقديرية [2].

وتُعرّف السلطة التقديرية للقاضي المدني بأنها: "النشاط العقلي الذي يقوم به القاضي في فهم الموقف المطروح أمامه واستنباط العناصر التي تدخل ضمن إطار قاعدة قانونية محددة، والتي يُقدر أنها هي التي تحكم النزاع القائم، كما تسلط الضوء على العلاقة بين هذا النشاط وتفاعله مع الواقع والقانون"[3].

يعترف الفقه بوجود سلطة تقديرية للقاضي، وفيما يتعلق بالقانون المدني، يعترف المشرع بأهمية النشاط التقديري للقاضي ضمن بنود القانون في العديد من الجوانب[4]، وقد أخذ المشرع العُماني بالسلطة التقديرية للقاضي حيث جاء في نص المادة (158) من قانون المعاملات المدنية العُماني

---

(1) إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير،2005م، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ص 10.

(2) عمر نبيل إسماعيل، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية: طبقا لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1980 م، ص 142.

(3) ذياب عبد الكريم عقل، محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد رقم 35، العدد 2، الجامعة الأردنية، 2008م، ص 479.

(4) عمر نبيل إسماعيل، مرجع السابق، ص 142.

أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من هذا النص أن للقاضي في عقود الإذعان أن يعدل الشروط التعسفية برفع ما فيها من إجحاف، أو يعفي المذعن كلية منها ولو ثبت علمه بها. ويتضح من النص أن المشرع أعطى القاضي السلطة لاستخدام سلطاته التقديرية عندما نصَّ على "جاز للمحكمة" بالتدخل إذا رأى أن شروط العقد تعسفية، وأجاز المشرع للقاضي أن يعدّل الشروط التعسفية للدرجة التي ترفع ما بها من إجحاف وتعسف، أو أن يأمر بإعفاء الطرف المذعن كلية من الشروط التعسفية مع الأخذ في الاعتبار ما تقتضيه العدالة. وهنا يتبين أنَّ المشرع قد وضع عبئًا على كاهل القاضي بالتدخل، بناء على طلب الطرف المذعن المتضرر، واستخدام سلطته التقديرية فيما يتعلق بالشروط التعسفية، وكل هذا يجب أن يتم وفقا لما تقتضيه العدالة[1].

ويلاحظ أيضًا أنَّ المشرع قد أعطى القاضي سلطة تقديرية في مواطن أخرى، منها ما نصت عليها المادة (264) من القانون ذاته بأنه: "إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وتقدر المحكمة التعويض بما يساوي الضرر الذي أصاب الدائن فعلا حين وقوعه" والمادة (500) التي نصّت على: "إذا استحق المال أو الشيء المقترض، فلا ضمان على المقرض، إلا أن يكون قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، وفي هذه الحالة تقدر المحكمة للمقترض تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر"، والمادة (867) "يتسلم وصي التركة أموالها بعد تعيينه ويقوم بتصفيتها برقابة المحكمة وله أن يطلب أجرا لمهمته تقدره المحكمة، وتتحمل التركة نفقات التصفية".

وكذلك ما جاء به المشرع العُماني في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، حيث منح القاضي سلطة تقديرية في المادة (14) التي نصت على: "يكون للقاضي تقدير حجية ما يرد

(1) عبدالقادر ورسمه، عقود الإذعان، مقال منشور في جريدة عمان، 2019م.https://www.omandaily.com/ تاريخ الاطلاع: 02 أكتوبر 2024م.

من بيانات في الشهادات والمستخرجات المنقولة عن المحررات الرسمية". ومن خلال استقراء المواد أعلاه؛ يتبين أن المشرع العُماني أعطى القاضي سلطة تقديرية وذلك وفق مقتضيات العدالة.

إن السلطة الممنوحة للقاضي ليست مطلقة يستخدمها متى شاء وفق رغبته الشخصية، بل تخضع لضوابط قانونية مُحددة؛ لأن هذه السلطة التقديرية منحت للقاضي بهدف تحقيق العدالة عن طريق تدرّج القضايا في النظام القضائي، حيث لا تكون أحكام المحاكم نهائية من البداية، وتكون المحكمة العليا المرجع الأخير التي يُلجأ إليها عند الحاجة لتفصل في أحكام القضاء[1].

وحتى يستطيع القاضي ممارسة سلطته التقديرية؛ لا بد أن يلتزم بضوابط معينة وقيود محددة، وهي[2]:

أولًا: السلطة التقديرية يجب ألا تعارض نصًّا قانونيًّا: حيث لا يحق للقاضي أن يخالف نصًّا صريحًا، ولا يجوز له الاجتهاد فيما ورد فيه نص. فقد قرر الفقهاء هذا القاعدة بقولهم "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"، فمتى ما وجد نص صريح يعالج الواقعة المعروضة أمامه يقفل باب الاجتهاد والسلطة التقديرية في هذه الحالة لا محل لها، وإلا عُدَّ القاضي متعسفًا في استعمال سلطته.

ثانيًا: مراعاة عدم الانحراف باستعمال السلطة التقديرية: من خلال إعطاء الحقوق لأصحابها وعدم الانحراف. ويراد بالانحراف: الميل عن الهدف السامي. لذا؛ على القاضي أن يستخدم السلطة التقديرية وفقا للمصلحة المرجوة منها، ووفق ما هو متبع، فلا يتوسع في استخدام سلطته التقديرية، وعليه أن يكون متزنًا حتى يستطيع الوصول إلى حكم عادل.

ثالثًا: بناء الأحكام على الأدلة المقدمة أمامه: فيجب ألا يكون الباعث لإرادة القاضي في استخدام السلطة التقديرية إلا الغاية الموضوعية التي يهدف إليها القانون، من خلال تقييد هذه السلطة بالنزاع المعروض أمام القاضي، فلا يحق له أن يؤول وقائع غير مطروحة أمامه ويحكم بناءً عليها.

---

(1) إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 12

(2) عبدالله عويد الرشيدي، نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد العاشر، 2021م ص241.

الفرع الثاني

ممارسة القاضي للسلطة التقديرية

ينصب النشاط التقديري للقاضي في النشاط الذهني له من خلال ما يشمله هذا النشاط الذي يقوم به والمصدر والوسائل التي يستعين بها، على اعتبار أن السلطة التقديرية للقاضي تمارس من خلال وسائل وأدوات يطبق من خلالها القانون في الواقع فهي حرية منحت للقاضي بهدف مواجهة ظروف تطبيق القانون.

فعند طرح أي خلاف أمام القاضي فإنه يطرح بمسمى قانوني متنازع عليه ويطلب منه حسمه وفق نص قانوني محدد يرى من خلاله أطراف النزاع أنه يحتوي على تطابق الواقع المطروح. وبالأغلب فإن الواقعة المطروحة أمام القضاء تثير الجدل حيث يجب على القاضي أن يصل إلى درجة المطابقة بين الواقع المطروح أمامه وبين الواقع النموذجي الوارد في القانون لينعكس الأثر القانوني على الواقع المطروح، أي أن النتيجة التي يتم التوصل إليها من خلال العمل التقديري هي أساس كل قاعدة قانونية التي تربط بين الفرض والحكم. ومن هذا المنطلق، يتبين أن النشاط الذي يقوم به القاضي في ممارسة نشاطه الذهني يمر بثلاث مراحل، وهي:

المرحلة الأولى: التأكد من الوقائع المطروحة في النزاع.

تتمثل هذه المرحلة في التحقق من الوقائع المدعاة بالنزاع من جانب الخصوم.

المرحلة الثانية: البحث في نصوص القانون عن التعريف القانوني للوقائع محل النزاع التي انتهى القاضي من إثباتها وتوضيح التكييف القانوني لها بعد التأكد من جديتها وتأثيرها في النزاع المعروض عليه.

المرحلة الثالثة: توصل القاضي واستخلاصه من هذا التكييف الإنتاج القانوني التي نص عليها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع، والعمل بالقاعدة القانونية التي مفادها "الحكم بالقاعدة المنتجة وإنزال الأثر القانوني"[1].

ويظهر أثر المشرع الإيجابي في قيام القاضي بنشاطه التقديري عندما يترك أمامه الباب مفتوحًا لتحديد الأثر القانوني للنزاع على الوقائع المطروحة عليه وفقًا لمعيار العدالة الذي ينعكس عليه إعطاء القاضي حرية تقدير الأثر المترتب على العقود التي اتصفت بصفة الإذعان ويحق له بموجب القانون أن يعطي الحكم بتعديل الشروط التعسفية التي جاء بها العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضيه العدالة.

تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون منح القاضي حرية تقدير اختيار الأثر القانوني من خلال الموازنة بين مصلحة الطرفين وأن يرد بذلك الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبذلك؛ فإن النشاط الذهني للسلطة التقديرية ينحصر في تقدير إعمال هذا الأثر.

ويرى الباحث أن المشرع يسهم بشكل جوهري في أداء القاضي وممارسته لسلطته التقديرية من خلال الحدود التي رسمها وحددها له المشرع في الحالات التي منح المشرع للقاضي سلطة جوازية في إعمال الأثر القانوني للقاعدة القانونية أو عدمه.

وبذلك يجب على القاضي أن يبذل قصارى جهده في تفسير القانون لتحديد الوقائع المجردة والأساسية لإعطاء الوصف القانوني لوقائع النزاع بحيث يسمح بإعمال قاعدة محددة مفادها يطابق الوقائع المفترضة الواردة بها.

وتعد القاعدة القانونية التي استخدمها القاضي أول مصدر قانوني يلجأ إليه في سلطته التقديرية من خلال اعتماده على وسائل قانونية ومنطقية تعينه على تكوين إدراكه وفهمه للقضايا، وبناء على تلك القاعدة القانونية سواء تضمنت عليها نصوص القانون أو كانت مجرد قاعدة عرفية مرتبطة

---

(1) أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، بدون طبعة، 1984م، ص 114.

بقواعد العدالة يصدر القاضي تفسيره لعقد الإذعان الذي يتمكن من خلال تفسيره تعديل ما جاء في العقد من شروط تعسفية تتعارض مع فكرة العدالة التي تسعى لتحقيق أسمى درجات المساواة بين الأفراد على نحو يحقق التوازن بينهم دون الإضرار بالغير ولا إثراء على حسابه[1].

(1) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002م، ص 258.

المطلب الثاني

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

تبنى الالتزامات الإرادية على الإرادة التي قوامها الرضا والذي يُكتفى به لإنشاء التزام المرتبط بالعقد، فالعقد شريعة المتعاقدين، ولكن ترد على هذه القاعدة عدة قيود، وهذا الأمر يستدعي وجود مطلب مستقل يوضح تعريف مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه والمبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة.

وعلى ذلك؛ سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه.

الفرع الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول

تعريف مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

أولًا: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من إحدى الطرق التي يتم إنشاء تصرف قانوني من خلالها أي أن الإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من تصرفات قانونية مرتبطة في العقود ما دامت لم تخرج عن النطاق القانوني ولها كافة الحرية في رسم حدود العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه.

وقد عرف المشرع العُماني العقد في المادة (66) من قانون المعاملات المدنية "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، ويتضح من خلال هذه المادة بأن

العقد بشكل عام يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، وعليه؛ فإن أي التزام قانوني مصدره الإرادة[1].

كما نصت المادة (1/69) من القانون ذاته على أنه "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد". وفيما يخص التعبير عن الإرادة فقد نصت المادة (70) من القانون ذاته على أن "التعبير عن الإرادة يكون بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه".

ومن خلال استقراء المواد أعلاه؛ يتضح جليًا أن المشرع العماني اعتمد على مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح وصريح، طبقا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن الإرادة الحرة المستقلة للفرد هي التي تنشئ تكافؤ معاملاته وتصرفاته القانونية، لذا؛ ترسخ واستقر أنَّ مبدأ سلطان الإرادة تُبنى عليه جميع النظريات القانونية. ويرجع مبدأ سلطان الإرادة إلى مرجعين: الأول أن جميع النظم القانونية وجميع الالتزامات مصدرها الإرادة الحرة، والآخر أن الإرادة لا تقتصر على مصدر الالتزام فقط، بل هي المصدر الأهم فيما يترتب من آثار على هذه الالتزامات[2].

ولا يوجد من جانب الفقهاء تعريف فقهي لمبدأ سلطان الإرادة إلا ما تناوله بعضهم حول هذا المبدأ من تبيان مميزاته وخصائصه، مثل: الدكتور محمد صبري السعدي الذي أوضح أنَّ: " أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفي هذه الإرادة هي التي تنشئه، وهي التي تحدد آثاره كقاعدة عامة ثم يأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة"[3]، وأورد الدكتور عبدالرزاق السنهوري عرضا عاما لهذا المبدأ بأن "إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شاءت من العقود باعتبار أن الإرادة هي آية شخصية من القانون بشرط ألا تتعارض هذه الحرية في التعاقد

(1) محمد عبدالوهاب المحاسنة، أثر العولمة على مبدأ سلطان الإرادة والالتزامات العقدية في الأردن، أطروحة دكتوراه، 2010م، جامعة عمان العربية، الأردن، ص27.

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص157.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظريات العامة للالتزامات) العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2009م، ص43.

سواء لاكتساب حقوق أو تحمل الالتزامات مع حرية الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة"[1].

وينقسم مبدأ سلطان الإرادة إلى شقين، وهما:

1. الشق الأول: هو مبدأ الرضائية وهذا المبدأ يجعل الإرادة وحدها مجردة من أي شكلية وفي الوقت ذاته كافية لإنشاء تصرف، ويصدر التعبير عن الإرادة بالكتابة أو باللفظ أو حتى بالإشارة، وهذا ما نصت عليه المادة (70) من قانون المعاملات المدنية.

2. الشق الثاني: يتعلق بموضوع العقد وتفسيره، أي أن تكون الإرادة صاحبة السلطان في تحديد التصرفات وآثارها، فيحق للإرادة أن تنشئ عقدًا لا يعرفه القانون أو ألا يكون مخالفا لأحكام العقود التي نظّمها القانون [2]. وهذا ما أكده المشرع في قانون المعاملات المدنية بالمادة (165) "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين".

انبثق عن حرية التعاقد القاعدة القانونية المعروفة بأن العقد شريعة المتعاقدين، وبناء على ذلك فإن الأصل أنه لا يمكن لأحد أن يمس ما جاء به العقد وإن كان قاضيا، ولكن استثناء من هذه القاعدة أقر المشرع بعض الحالات التي يمكن للقاضي التدخل فيما جاء به العقد من شروط بهدف إعادة التوازن العقدي ونظرًا إلى الصلة الوثيقة بين سلطة القاضي في التعديل والذي هو محل هذه الدراسة والتي تعد استثناء عما جاء به مبدأ سلطان الإرادة؛ وجب تسليط الضوء على هذا المبدأ.

---

(1) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص153.

(2) https://www.arab-ency.com.sy/ency/details تم الاطلاع علية بتاريخ 8 يونيو 2024 (الموسوعة العربية).

وما ينبغي التطرق إليه هو العلاقة بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية، فيجب ألا يختلطا، فمبدأ الرضائية لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له بمضمون وفحوى العقد، فالرضا وحده كافٍ لإبرام العقد، فهذا المبدأ يفك القيود عن الإرادة، أما سلطان الإرادة فإنه يتعلق بنطاق هذا الأثر القانوني الذي تنشئه الإرادة الطليقة من القيود، ورغم ذلك يعد مبدأ الرضائية نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة وفقًا لرأي الفقه[1].

ولكن يبقى السؤال المطروح أين دور مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان؟

مما لا شك فيه أن الأصل في إبرام العقود هو سلطان الإرادة؛ لأن جميع القوانين ترجع في تحديد مصدرها إلى الإرادة الحرة الخالية من العيوب، إلا أنه في ظل التطور الاقتصادي والاجتماعي وكثرة التعاملات التجارية بشتى أنواعها في العقود بشكل عام وعقود الإذعان بشكل خاص[2]، والتي يعدها بعض الفقهاء سبب "انتكاس مبدأ سلطان الإرادة"[3]؛ أصبحت الحرية التعاقدية لدى المتعاقدين ذات طبيعة نظرية وهي أحد آثار هذا المبدأ، وعليه؛ لا يمكن القول إن "العقد شريعة المتعاقدين" لأن توازنه اختل وذلك بظهور طرف قوي وطرف ضعيف، وبناء على ذلك؛ لم يعد مبدأ سلطان الإرادة أساس التشريع حيث دخلت عليه مبادئ أخلاقية وقانونية، مثل: الصالح العام، وحسن النية، والعدالة، وذلك نتيجة فشل سلطان الإرادة في موجهة التطورات في إبرام العقود [4].

يرى الباحث أن المفاهيم المختلفة لمبدأ سلطان الإرادة قائمة على محورين أساسين، هما: كفاية الإرادة بحد ذاتها لإنشاء التصرف القانوني والمتمثل بالرضا، ويتمثل المحور الثاني في: قدرة الإرادة على تحديد الأثر المترتب على التصرف القانوني.

ثانيًا: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

---

(1) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1976م، ص43.

(2) يمنية بليمان، مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك، مجلة الفقه والقانون، العدد85، ص47.

(3) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص25.

(4) يمينة بليمان، المرجع السابق، ص47.

أ. القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل:

إن "الرضائية" هي التي تحكم العقد كقاعدة عامة وتعد إحدى نتائج وآثار مبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي، والعقد لا ينعقد إلا إذا اكتملت أركانه، والرضا هو أحد أركانه. وهذا الرضا يجب أن يصدر من صاحبه وهو بكامل إرادته، غير أن المشرع أورد قيودًا على مبدأ سلطان الإرادة حيث اشترط في بعض العقود شكلا معيّنًا دون أن يكتفي بتوافق إرادة المتعاقدين، والسبب الذي جعل المشرع يلتزم بشكلية معينة هو مصلحة الأشخاص ذاتهم، حيث لا ينظر في الشكلية كقيد على الإرادة، وإنما من أجل تحصين وحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه ووسيلة ضمان يتم استخدمها متى ما دعت الحاجة إليها لإثبات الحق. ومن الاعتبارات التي ألزمت المتعاقدين الالتزام بشكل معين، ما يتعلق بالمصالح العامة للدولة، وذلك من خلال تدخل الدولة بتوجيه المنظومتين (الاجتماعية واقتصادية) لمراقبة تصرفات الاقتصاديين وتحصيل الإرادات العامة للدولة[1].

وتتجلى الشكلية في العقود في إفراغ العقد في شكل معين، وتكون هذه الشكلية مباشرة[2]، ويشترط المشرع من أجل غاية معينة التقيد بشكل معين، وفي حال عدم توفرها؛ يترتب البطلان. وعلى المتعاقدين التقيد بها، وسميت بهذا الاسم لاتصالها مباشرة بالعقد، وتمثل الركن الرابع بالإضافة إلى: الرضا، والمحل، والسبب. وهذه الشكلية استثناء من القاعدة العامة المتمثلة في الرضائية. وقد تكون الشكلية رسمية وذلك لأهميتها الاقتصادية في عقود الشركات وعقود العقارات، وقد تكون عُرفية، مثل: الراتب مدى الحياة، وعقد العمل الجماعي، وعقد التنازل عن حق المؤلف[3].

ب. القيود الواردة على المبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد أثناء تكوين العقد وبعد تكوينه

نتيجة لازدياد النشاط في المجال الاقتصادي والتطور في الجانب الاجتماعي؛ أصبحت الدول تعمل على ضبط النشاط الاقتصادي وتتحكم فيه وتوجهه بما يتناسب مع توجهات الدولة، وتكفلت

---

(1) سعيدة بن مسعودة، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقد، رسالة الماجستير، جامعة محمد بوضياف مسيلة، الجزائر، 2022م، ص9.

(2) علي فيلالي، مرجع سابق ص291م.

(3) علي فيلافي، المرجع السابق، ص 309.

بحماية الفئة الضعيفة من جهة أخرى[1]، لذلك أصبح مبدأ سلطان الإرادة مقيدًا من حيث موضوع العقد أثناء تكوين العقد وبعد تكوينه وسوف نتطرق إلى كل عنصر باختصار وفق الآتي:

1. القيود الواردة أثناء تكوين العقد: تمت الإشارة آنفًا إلى أن من نتائج مبدأ سلطان الإرادة حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد، فالأشخاص لهم الحرية المطلقة في إبرام العقد من عدمه، إلا أن لهذه الحرية قيودًا وحدودًا أقرها المشرع، إما خدمةً للنظام الاقتصادي أو حفاظًا على النظام العام أو تحقيقًا للعدالة التعاقدية[2]. وأثناء تكوين العقد يجب النظر في مشروعية محل العقد وأسباب التعاقد. والقاعدة العامة الأصل في التعامل الإباحة، فإذا كان محل العقد مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة، يقف هذا القيد أمام الإرادة الحرة في التعاقد، وهذا ما صار إليه المشرع العُماني في قانون المعاملات المدنية المادة (166)[3] حيث اشترط مشروعية المحل وألا يكون مخالفًا للنظام العام، فمثلًا في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية[4] حظرت المادة (3)[5] زراعة أو استيراد أو بيع المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، وذلك؛ لأنها مخالفة للنظام العام، لأن آثارها تنعكس سلبية على المجتمع. ولا يشترط في السبب إلا شرط واحد هو ألا يكون مخالفًا للنظام والآداب العامة، مثل ما جاء في المادة (121) من قانون المعاملات المدنية التي عدت العقد باطلا إذا لم يكن هناك سببٌ للتعاقد أو كان السبب مخالفًا للنظام العام.

---

(1) علي فيلافي، المرجع السابق، ص51.

(2) العربي فاطمة الزهرة، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال القيود، رسالة ماجستير، 2018م، جامعة عبدالحميد بن باديس، الجزائر، ص33-34.

(3) تنص المادة (166) "يشترط أن يكون المحل قابلا لثبوت حكم العقد فيه، ممكنا في ذاته، مقدورا على تسليمه، وألا يكون التعامل فيه ممنوعا شرعا أو قانونا، وإلا كان العقد باطلا".

(4) صدر قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية بموجب مرسوم سلطاني رقم (99/17) الصادر في 18 ذي القعدة الموافق 06 مارس 1999م، والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم (2023/23) ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1490) الصادر في 25 أبريل 2014م.

(5) تنص المادة (3) "يحظر صنع أو إنتاج أو استيراد أو تصدير أو نقل أو تملك أو حيازة أو إحراز أو شراء أو بيع أو تسليم أو تسلم أو تبادل أو الاتجار أو تمويل أو تعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية".

وبطبيعة الحال فإنَّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم كذلك على عدم الإجبار على التعاقد وإكراه الشخص على التوقيع على عقد غير راغب على توقيعه، بل يصل إلى مرحلة إبطال العقد لأن ركن الرضا غير متحقق. إلا أن التشريع قيد المبدأ وذلك من خلال إجبار الشخص على التعاقد بقوة القانون. مثال على ذلك: الإجبار على تأمين المركبات[1]، والذي أكد عليه المشرع العُماني في قانون تأمين المركبات في المادة (2 /أ– ب)[2] حيث جعلت التأمين إجباريًّا، فهنا لا مكان لمبدأ سلطان الإرادة، وصاحب المركبة ملزم بتأمين المركبة بقوة القانون.

ب. القيود الواردة بعد تكوين العقد: العقد شريعة المتعاقدين، هذه القاعدة المستقر عليها في العقود، حيث إن بنود وشروط العقد تعد بمثابة قانون، ولا يجوز، كقاعدة عامة، التدخل في تعديل أو إنهاء العقد إلا بتفاوض واتفاق جديد من قبل أطراف العقد، ولكن هناك حالات قد تستوجب تدخل المشرع لإعادة التوازن المالي تحقيقًا للعدالة[3]. ومن أبرز هذه الحالات التي تستوجب تدخل المشرع لإعادة التوازن للعقد: الاستغلال، حيث إن الالتزامات المترتبة على أطراف العقد وإن لم تكون متساوية إلا أنه لا بد أن يكون هناك تناسبٌ بينهما، فإذا كان التناسب مختلا بشكل واضح ويؤدي إلى جعل العلاقة التعاقدية غير متساوية وكان الاستغلال ناتجًا من استغلال أحد أطراف العقد لطرف آخر، أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن[4].

ويرى الباحث أن القيود – التي ذكرت آنفًا على مبدأ سلطان الإرادة– كافية ولا داعي للمزيد من التوسع؛ لأن هذه القيود يمكن التوسع فيها بشكل أكبر، وهي ليست محل هذه الدراسة، فما ذكر كافيًا للقارئ في فهم معناها.

---

(1) العربي فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص 36– 37.

(2) تنص المادة (2) من قانون تأمين المركبات على: "(أ) يجب تأمين جميع المركبات لصالح الغير وفق أحكام هذا القانون والقواعد التي يصدر بها قرار من الوزير لتنظيم إبرامه. (ب) لا يجوز لمؤمن أن يرفض طلبا لهذا التأمين أو لتجديده على مركبة تخضع لأحكام هذا القانون ما دامت المركبة مستوفية للشروط التي ينص عليها قانون المرور".

(3) سعيدة بن مسعودة، مرجع سابق، ص49.

(4) سعيدة بن مسعودة، مرجع السابق، ص50.

ثالثًا: الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان ومبدأ سلطان الإرادة

استقرت جميع التشريعات على مبدأ سلطان الإرادة وأصبحت تبني عليه النظريات والقواعد القانونية، فكل التعاقدات والعلاقات القانونية ترجع إلى أصلها، وهي الإرادة الحرة الخالية من العيوب. إلا أنه نتيجة التطورات التي شهدتها الحياة في مختلف المجالات، وما صاحب ذلك من تقدم في المجالين التكنولوجي والعلمي، تدهور مبدأ سلطان الإرادة، مما صعب مقاومته للشروط التعسفية المؤدية إلى اختلال التوازن في العقود بشكل عام وعقد الإذعان بشكل خاص[1].

إذ يرى عبدالرزاق السنهوري بأنه "تتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالًا وثيقًا، فإرادة الفرد لها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها، ويجب أن تكون على هدى مختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب لا يكون لها سلطان كامل"[2]. وعقد الإذعان مثل ما هو معلوم عند فقهاء القانون حاله كحال العقود الأخرى، أساسه الإرادة. والعيوب التي تشوب الإرادة بحسب المشرع العُماني والأردني، هي: الإكراه، والتغرير، والغبن الفاحش الناجم عن تغرير، أو التغرير المقترن بغبن فاحش، والغلط. أما في القانون المصري، فهي: الإكراه، والتدليس، والاستغلال، والغلط. وعليه؛ سوف نسقط هذه العيوب آنفة الذكر على عقود الإذعان وفق الآتي:

أ. **الغلط في عقود الإذعان:** يعرّف الغلط بأنَّه: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع"[3] ويقصد بالغلط: الغلط الذي يصيب الإرادة، والغلط الذي يبحث عنه الباحث هو الغلط الذي يؤثر في عيوب الرضا في عقد الإذعان، وهو الذي أخذ به المشرع المصري في المادة (1/121)[4] والمشرع الأردني في المادة (151) والمشرع العُماني في المادة (109)[5]، بالنظر إلى عقود الإذعان وطبيعة

---

(1) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، مرجع سابق، ص 165-166

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص172.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص311.

(4) تنص المادة (1/121) بأنه: "يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف".

(5) تنص المادة (109) من قانون المعاملات المدنية العُماني بأنه: "لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف".

عقودها حيث إنها تشتمل على مصطلحات دقيقة فنية يصعب فهمها، ويهدف منها الطرف القوي إلى حماية نفسه من جميع الاحتمالات، أكثر من سعيه إلى تقديم عقد يفهمه العامة والذي من شأنه أن يوقع الطرف الضعيف في الغلط. وفي هذه الحالة يأتي دور القاضي لحماية المذعن نتيجة الغلط، بحيث يفرض على الطرف الأقوى الالتزام بحسن النية إذا كان عقد الإذعان غير مفهوم وبه شروط كثيرة معقدة[1]، وأن المشرع العُماني والتشريعات المقارنة رتبت على الغلط في عقد الإذعان النتيجة ذاتها، فإذا وقع الغلط في ماهية العقد أو شرط من شروطه فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد، وهذا ما نص عليه المشرع العُماني في المادة (110) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد" ومما لا شك فيه أن القضاء يراقب تكوين العقد من أجل توفير حماية وإعادة التوازن للعقد، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة بإبطال عقد التأمين بسبب "وقوع المؤمن له في غلط جوهري، فقد كان مرتهنا رهنا حيازيا للسيارة التي أمّن عليها، وكان قد ورد شرط في وثيقة التأمين يقضي بأن يكون المؤمن له هو المالك الوحيد للسيارة المؤمن عليها، وإلا أعفيت الشركة من المسؤولية، ولما لم يكن المالك الوحيد للسيارة، بل هو دائن مرتهن، فقد تمسكت الشركة بالشرط وتمسك هو بالغلط فقضت المحكمة بإبطال عقد التأمين وألزمت الشرطة برد الأقساط التي قبضتها"[2].

ب. التغرير في عقود الإذعان: ويقصد بالتغرير: "إيقاع المتعاقد في غلط يدفع إلى التعاقد" فمثل ما هو واضح أن العلاقة وثيقة بين التغرير والغلط، فالتغرير لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا نتيجة الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد[3]. وللتغرير عنصران لا بد من توفرهما حتى يكون هناك عيب من عيوب الرضا، وهما:

الأول: سلوك طرق احتيالية بداعي التضليل من أجل الوصول إلى هدف غير مشروع.

---

(1) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق ص 178.

(2) نقلاً عن أشرف قوقزة، سميرة الحموي، مرجع سابق،ص 179.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص342.

الثاني: وقوع المغرور به في غلط يدفعه إلى التعاقد. وهذا الأمر يخضع إلى تقدير القاضي، إن كان التغرير هو الذي دفع على التعاقد.

والتغرير في عقد الإذعان مفترض أكثر من العقود الأخرى، ويمكن افتراضه بسهولة، غير أن الطرف المذعن عادة في عقود الإذعان يكون عرضة للشروط التعسفية، أكثر من أن يتعرض للتغرير، وهي تكون خاضعة لسلطة القاضي[1].

ج. الغبن في عقود الإذعان: الغبن هو المظهر المادي للاستغلال ويمكن تعريف الغبن بأنه "عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه" ويقوم الاستغلال على عنصرين: العنصر الموضوعي، والعنصر النفسي، فالعنصر الموضوعي هو عبارة عن اختلال التعادل بشكل فادح[2]، وهذا ما رود في قانون المعاملات المدنية في المادة (1/106) التي تنص أن "الغبن هو عدم تعادل الحقوق التي يكتسبها متعاقد بالعقد مع الالتزامات التي يحمله إياها"، أما العنصر النفسي فيتمثل في استغلال الضعف الذي في نفس المتعاقد[3]. وبإسقاط الغبن على عقود الإذعان، فإن هذه العقود يكون أحد أطرافها في مركز قوي، وطرف آخر ضعيف يذعن بالموافقة على ما جاء به العقد من أجل الحصول على الخدمة التي لا غنى عنها. إلا أن هذا الاستغلال من غير المتصور تحققه كعنصر نفسي وإن كان قد تحقق بمفهومه المادي؛ لكون الطرف الضعيف ليس طائشًا ولا يمكن اعتباره واقعًا تحت رغبة جامحة أجبرته على التعاقد[4].

د. الإكراه في عقد الإذعان: الإكراه هو "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد"، والذي يفسد الرضا ليس الوسائل المادية التي تستخدم للإكراه بل هو الخوف الذي يقع على نفس المتعاقد[5]، والإكراه وإن كان يفسد الإرادة إلا أنه لا يعدمها؛ فالإرادة موجودة إلا إنها فاسدة، والإكراه الذي يعدم

---

(1) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق ص 180 – 181.

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص393.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص397.

(4) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق، ص 185 – 186.

(5) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص360.

الإرادة هو الذي ينتزع الرضا عنوة لا رهبة[1]. وعناصر الإكراه لا تختلف عن التغرير فهي عنصر موضوعي وعنصر نفسي. والذي يود الباحث بيانه هنا في إطار عقد الإذعان وهو الإكراه الذي يفسد الإرادة لا الإكراه الذي يعدمها.

وهنا يثور تساؤلٌ حول مدى قيام الإكراه بحق الطرف المذعن في عقود الإذعان؟ حيث انقسم فقهاء القانون إلى اتجاهين: يرى أصحاب الاتجاه الأول: أن الإكراه في عقود الإذعان هو نتيجة التفوق الاقتصادي الذي يتمتع به الطرف القوي، والإكراه الذي يعيب الرضا هو معنوي. والتفوق الاقتصادي يعد نوعًا من أنواع الإكراه المعنوي الذي يدفع المذعن للتعاقد، ويرى أصحاب الاتجاه الثاني إلى الإذعان بأنه نوع من أنواع الإكراه، والذي لم يؤثر على الرضا، لذلك؛ فالإكراه الاقتصادي لا يمكن أن يؤثر على الإرادة، لأن القبول في عقود الإذعان يعد قبولا صحيحا خاليا من العيوب [2]. ويرى الباحث أن الاتجاه الثاني أقرب للصواب؛ كون أن الإكراه الاقتصادي قائم على التوازن بين أطراف العقد، لذلك فالإرادة حرة وليست معيبة، وما يدعم صحة الاتجاه الثاني أن التشريعات لم تشترط وجود توازن اقتصادي بين أطراف العقد.

(1) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق، ص174.

(2) أشرف قوقزة، سميرة الحموي، المرجع السابق ص175-176.

الفرع الثاني

المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة

في الواقع، إن مبدأ سلطان الإرادة ليس سوى تجسيد لسياسة الحرية الاقتصادية ضمن إطار القانون الخاص، وتم تأكيد هذه السياسة في القرن الثامن عشر وكانت جزءًا من تشريعات الثورة الفرنسية التي تقوم على مبدأ أساسي [1] وهو: "اتركه يعمل اتركه يمر"[2].

تسمح سياسة الحرية الاقتصادية للأفراد بإجراء صفقات تجارية وتقديم خدمات وفقًا لرغبتهم، ويتم التعاقد بإرادة الأشخاص دون وجود ضغوط. ومع ذلك، يظهر عدم التوازن في العلاقات التعاقدية في عقود الإذعان، حيث يفرض الطرف القوي الموجب العقد شروطه على الطرف المذعن. وليس لدى الطرف المذعن خيارٌ سوى قبول تلك الشروط، التي لا يمكنه التخلي عنها لتسيير حياته اليومية، مثل الكهرباء والماء.

يتضح مما سبق، أن الإرادة ملكة تستطيع إنشاء التزام، وإنها تعد مبدًا قانونيًا تقوم عليه التزامات متعددة ويكون أساسها الرضا المتبادل، وهي كافية لتكوين التزامات متعددة [3].

يتم تنفيذ العقد عن طريق الاتفاق بين إرادتين أو أكثر (إيجاب وقبول)، كما جاء في قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (66) "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

---

(1) "دعه يعمل دعه يمر" هو مبدأ اقتصادي ينص على أن اقتصاديات السوق تعمل بكفاءة مثلى في غياب التنظيم الحكومي؛ لذلك يعارض من تبنى هذا المبدأ كافة أشكال الرقابة الحكومية وأي نوع من التشريعات أو ضرائب الشركات، بل إن بعضهم يرى أن الضرائب تعد بمثابة عقوبة على الإنتاج. https://www.alqabas.com/article/499448- (القبس تمت زيارة الموقع بتاريخ 3 أغسطس 2024م)

(2) حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 181.

(3) فتحي ماجد التميمي، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 21.

ووفقًا لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، لا يحق للقاضي التدخل في العقد من خلال تعديله أو إنهائه، حيث يكون هذا الحق مخصصًا لأطراف العقد، ومع ذلك قرر المشرع منح القاضي حق التدخل في العقد وتعديل بنوده أو إنهائه، وذلك استثناء من القاعدة العامة[1]. ويتجلى هذا في عقود الإذعان، حيث أعطى المشرع القاضي سلطة تعديل العقد لحماية الطرف الضعيف، فإذا اكتشف القاضي شرطًا تعسفيًا في عقد الإذعان، فله أن يعدله لإزالة آثار هذا التعسف، بل وله أن يلغيه، ومن هنا، يتضح لنا مدى تأثير تقدير القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان.

تعد حرية الأفراد في إنشاء العقود وتحديد آثارها قاعدة رئيسة في معظم التشريعات الحديثة، ومع ذلك، هناك عدة قيود تفرض على هذه الحرية في الوقت الحاضر، وربما أهم تلك المجالات هي عقود الإذعان التي تنشأ نتيجة للتطورات الحديثة ومتطلبات الظروف الاقتصادية الحالية.

إن المبادئ المتفرعة من مبدأ سلطان الإرادة هي الحرية والمساواة حيث إن الحرية هي أساس النشاط الذي مظهره الإرادة، فبتوافق الإرادتين تكون المصلحة العامة لا محالة متحققة، لأن المصلحة العامة هي مجموعة بين مصالح أطراف العقد. أما المساواة فيقصد بها: المساواة القانونية التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة. عليه سنوضح المبادئ المتفرعة وفق الآتي:

أولًا: العقد شريعة المتعاقدين

إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) تعد إحدى النتائج المنطقية التي ترتبت على التسليم بمبدأ سلطان الإرادة، وما ينبغي الإشارة إليه أن هذه القاعدة صاغها الفقه في صورة قاعدة عامة، وجعلها قاعدة مطلقة يتم فيها مخاطبة الفقه والقضاء والغير في حدود معينة. والمقصود بهذه القاعدة: أن الالتزام تنشأ له قوة الالتزام من القانون، لا أن تكون للعقد قوة القانون من جميع الجوانب[2]، حيث إذا

(1) محمد كمال مرسي، مرجع سابق، ص 643.

(2) بوعكاز خليل، الحرية التعاقدية بين القواعد التقليدية والقوانين المستحدثة، أطروحة الدكتوراه، 2023م، المركز الجامعي مغنية، الجزائر، ص 32.

نشأ العقد مكتمل الإركان خاليا من العيوب أصبح ملزمًا، ووجب على أطرافه والقاضي الالتزام به والتقيد بجميع شروطه.

ونفهم من ذلك أن إرادة الإنسان الحرة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات، وهذه الإرادة هي التي تشرع بذاتها، وعلى ذلك فمتى ما التزم شخص بتصرف قانوني بمحض إرادته فهو ملزم به لأنه أراده. ويترتب عن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" عدم جواز نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، ما لم يقرر القانون أسبابًا محددة تجيز له ذلك على وجه الاستثناء[1].

ثانيًا: الالتزامات الإرادية هي الأصل

طبقًا للنظرية العامة فإنه لا يمكن أن يقوم أيُّ التزام على شخص إلا برضاه، وفي حال فرض أي التزامات غير إرادية من أجل مصلحة عامة؛ فينبغي أن تكون في أضيق الحدود[2]. ومن باب الأخلاق التعاقدية نجد أن العقد قائم من خلال توفر إرادة كلا المتعاقدين من منطلق مصالحهما ولا يمكن تصور توجه إرادة شخص ما لإبرام عقد إذا لم تكن له مصلحة فيه مما يسبب له خللا بالتوازن التلقائي بين مصالح المتعاقدين، وهذا ما نادى به الفيلسوف الفرنسي فوييه إذ أشار إلى أن " كل ما هو تعاقدي فهو عادل"[3].

ثالثًا: مبدأ الرضائية

وفق القواعد العامة في القانون فإن الرضائية وحدها كافية لإنشاء التصرف، أي أن التعبير عن الإرادة يكفي وحده لإنشاء الالتزام ويترتب عليه جميع آثاره بين المتعاقدين، دون الحاجة إلى أي تعبير آخر، فالأصل في القوانين الحديثة أن مبدأ الرضائية في العقود المنبثقة من مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه قد يتفق المتعاقدان أو ينص المشرع على شكل معين للعقود أو أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم

---

(1) طبيب فايزة، مرجع سابق ، ص 8، 11.

(2) مقال بعنوان "مبدأ سلطان الإرادة في القانون"، محمد عنتر https://egyls.com/ تمت زيارة المواقع بتاريخ 3 أغسطس 2024م.

(3) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا وفرنسا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010م، ص 10.

التسليم، ووفق هذا المبدأ يتضح أن العقود تنعقد بمجرد رضا المتعاقدين، وبتوافق الإرادتين دون الحاجة إلى شكل معين[1].

ومثل ما هو معلوم فإن العقد هو الذي ينشأ بإرادة أطرافه في الغالب، إلا أن القانون هو الذي يحدد شروط ممارسة تلك الإرادة، فمبدأ الرضائية ليس مطلقًا، فتوافق الإرادتين لم يعد كافيًا لتكوين العقد وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع العقود من حيث تكوين العقد[2].

رابعًا: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد

تعد حرية التعاقد أهم الشروط الجوهرية التي سعى لتحقيقها مبدأ سلطان الإرادة والتي تشير إلى أن الإرادة الصادرة عن الشخص الراشد قانونيا كافية لإنشاء التزام تعاقدي دون قيد إلا ما يطلبه القانون من مراعاة لقواعد النظام العام والآداب العامة، ومن أهم ركائز الحرية التعاقدية هو إطلاق الإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره، ومن المسلم به أن الأصل في إبرام العقود هو سلطان الإرادة والذي يقوم على عنصرين أساسيين، أولهما: أن جميع الالتزامات مصدرها الإرادة الحرة، والآخر: أن الإرادة مصدر للالتزام نظرًا لما يترتب عليها من آثار[3].

وبما أن الفرد له الحرية في التعاقد وفقًا لمبدأ الرضائية فإنه يستلزم التسليم المنطقي والقانوني الناتج عن حرية المتعاقدين في حرية إدراج الشروط التي يراها الطرفان التي تحقق مصالحهما وبما أن كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه التي هو على دراية تامة بها فإن التوازن القائم بين هذه المصالح تجسده الشروط الموضوعة بالعقد، أي أن تطبيق حرية التعاقد لدى الأطراف المتعاقدة هو ما تسعى العدالة لتحقيقه انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة المشتركة هي التي تحدد آثاره سواء من حقوق أو التزامات، والقانون لا يجبرها على تحديد نطاق الالتزام ولا على إضافة التزام[4].

---

(1) بوعكاز خليل، مرجع سابق، ص 38.

(2) بوعكاز خليل، مرجع السابق، ص 39.

(3) بوعكاز خليل، مرجع سابق، ص37

(4) جابر محجوب علي، محمد سامي عبدالصادق، طارق جمعه السيد راشد، مصادر الالتزام في القانون المصري (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، الطبعة الأولى، 2022م، ص34.

المبحث الثاني

تفسير عقود الإذعان وسلطة القاضي على الشروط التعسفية من حيث التعديل أو الإعفاء

تعد عقود الإذعان ذات طابع تعسفي يتولى الطرف الأقوى اقتصاديا إدراج الشروط التعسفية التي تحقق الأهداف الاقتصادية التي يسعى لتحقيقها من خلال احتكار السلع والخدمات الأساسية مما يجعل الطرف الأضعف يخضع لها نظرًا لحاجته الملحة لتلك الخدمات أو السلع، فيتدخل القاضي بتعديلها أو الإعفاء منها ضمن الحدود التي منحها المشرع للقاضي.

إن القاضي وهو يعمل سلطته التقديرية في تفسير بنود عقد الإذعان الغامضة لا بد له من مراعاة بعض المبادئ، ومنها: أنه لا يجوز تفسير أو تأويل البنود الواضحة، إذ لا اجتهاد في ذلك.

عليه؛ سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وهما:

المطلب الأول: مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته وأنواعه.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

المطلب الأول

مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته وأنواعه

تعد عملية تفسير العقد ذات أهمية بالغة كونها مقياسًا يعبر عن صحة انعقاد العقد وآثاره وتحديد مدى توافق إرادة طرفي العقد. ويكمن الهدف الأساسي من التفسير في التوصل للحل القانوني الذي يبلور عملية تحقيق العدالة، ونظرًا لأهمية تفسير العقد وبالأخص عقود الإذعان كونها أكثر العقود عرضة لاحتوائها على شروط تعسفية، كان لا بد من تسليط الضوء على مفهوم تفسير العقد من خلال هذا المطلب.

وعلى ذلك؛ سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته.

الفرع الثاني: أنواع التفسير في عقد الإذعان.

الفرع الأول

مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته

أولًا: مفهوم تفسير العقد

يقصد بالتفسير لغة: "الكشف والإيضاح والبيان، وكشف المراد والتبين"[1]، فدلالة كلمة التفسير لغويًا تعني: الاستدلال والتوضيح بعد التحليل وهذا يتطلب توظيف مهارات التحليل والإدراك وإعمال العقل.

(1) مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الخامسة، الجزء الثاني، دار المعارف بيروت، 1998م، ص 110.

ولم يتفق فقهاء القانون على وضع تفسير واحد للعقد، حيث يرى أغلبهم أنه: استجلاء المعنى الحقيقي للنص بهدف تنفيذ شروط العقد والوقوف على إرادة المتعاقدين المشتركة والتأني بتحديد عبارات العقد.

ويعرّف تفسير العقد اصطلاحا، بأنه: بحث واقعة لمعرفة قيمتها[1]. وعرف على أساس الباعث فقيل: "أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين"[2]. وعند التمعن في التعاريف ندرك أن الغاية في التفسير هو: الوصول إلى إرادة المتعاقدين في العقد وتحقيق جلاء اللبس والغموض في العقد[3]، إذ يتم اللجوء إلى التفسير كلما قصر التعبير عن بيان المقصود به، سواء كانت ألفاظ التعبير غامضة المعنى في ذاتها، أو مبتسرة التكوين غير مكتملة المعنى، أو تحتمل أكثر من تأويل، أو كانت مع وضوح معناها غير متسقة مع باقي عبارات العقد أو مع طبيعته[4].

كما عرف التفسير بحسب الهدف الذي يسعى إليه بأنه "يهدف إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها"[5].

ومن أهم الباحثين في هذا المجال الدكتور عبد الحكيم فودة الذي وضح في رسالته تعريفا أقرب ما يكون للواقع العملي حيث وصف تفسير العقد، بأنه: "عملية ذهنية مفادها تفسير الغموض في

---

(1) محمد مرسي كامل، المرجع السابق، ص 140.

(2) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الأول، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992م، ص228.

(3) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1979م، ص551.

(4) عزت حنوره، مرجع سابق، ص 51؛ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1997م، ص 69.

(5) حاسي جهاد، علي جهاد، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد السابع، العدد الثاني، الجزائر، 2020، ص255.

الجوانب التي يسودها الغموض تحقيقا للإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، متكئا على صلب العقد والعوامل الخارجية المؤثرة فيه وعناصر العقد"[1].

تتضمن فكرة تحليل مبدأ تفسير العقد بالنسبة للدكتور عبد الحكيم فودة أن عملية التفسير تدور حول محورين أساسيين: يتمثل المحور الأول: في الطبيعة المادية للعقد المتمثلة في البحث عن التغيرات الواضحة بالعقد كالصيغة والشروط التي يقوم من خلالها المفسر بالربط بين أجزاء العقد وتفسيره حسب ما ورد في عقود سابقة مشابهة والاستعانة بالعرف وقرائن الحال والشهود، بينما يتمثل المحور الثاني في: الطبيعة المعنوية للعقد، الذي يستند في تفاصيله على المحور المادي حيث يبنى على مجموعة من الأفكار التي استقر عليها القاضي وتوصل إليها من خلال بحثه عن إرادة كلا طرفي العقد.

ويتفق الباحث مع ما جاء به الدكتور حيث يعد التعريف الذي توصل إليه أكثر شمولًا ومصداقية في توضيح مفهوم تفسير العقد الذي يخلو من جانب الغموض بالإضافة اشتماله على جميع الموضوعات المتعلقة بالنص لا سيما الجوانب المتعلقة بالعبارات الغامضة التي تمس نمط حياة الأفراد وطبيعة مجتمعاتهم.

والسؤال المثار هنا، متى يمكن تفسير العقد؟

وجوابًا على ذلك تجيب المادة (165) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "... أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ..."، فعدم وضوح العبارات يجوز معه التفسير، كذلك إذا كانت عبارات العقد متناقضة، وذلك باستعمال عبارات تناقض الغرض من العقد، فتحقق هذا الأمر يدعو إلى أهمية تفسيره[2]، ويمكن القول إن القاضي يكون ملزما بالتفسير إذا طُلب منه ذلك.

---

(1) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 11.

(2) علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، الكتاب الأول، مجمع الأطرش، تونس، الطبعة الأولى، 2018م، ص 1152.

ثانيًا: أهمية التفسير

تتبلور أهمية تفسير العقد حول معرفة إذا ما كانت إرادة العقد الأولى متوافقة مع إرادة العقد الثانية وكذلك توافق إرادتهما الباطنية مع إرادتهما الظاهرة، حيث إن وجود التوافق بين الإرادتين في هذه الحالة يجعل العقد صحيحا وينتج آثاره[1]، وفي هذه الحالة يعد تفسير العقد خطوة حاسمة، حيث يقود التفسير إلى تحديد ما يلزم أطراف العقد في العقد، ويوضح الالتزامات والحقوق التي انصبت عليها إرادة المتعاقدين.

ولا بد أن تكون العلاقة بين الإرادة في العقد وما يستخدم من ألفاظ للتعبير عنها واضحة، والأصل وجود تطابق بين الإرادة والالفاظ، بأن يعبر المتعاقدان تعبيرًا صحيحًا عما يدور في إرادتهما الباطنية بحيث تفهم المقاصد من العبارات المستخدمة دون أن تكون هناك حاجة إلى التأويل، ولكن هذا الأصل قد ترد عليه بعض الاستثناءات، وذلك باستخدام عبارات لا تتوفر فيها الدقة ولا تعبر عن المقصود بصورة صحيحة، ويظهر هذا جليًا عند تنفيذ العقد ويبرز تضارب التعبير، هذا ما أكد عليه المشرع العُماني في المادة (165) فقد ألزمت على تفسير العقد في حال كان هناك غموض في عبارات العقد[2].

ومما لا شك فيه أن التفسير يقوم بعددٍ من الوظائف المهمة، أبرزها:

الوظيفة الأولى: أن التفسير يحدد الالتزامات التي التزم بها المتعاقدان، وتفاصيل هذه الالتزامات، وبمعنى آخر هو البحث عن المعنى الحقيقي لكل التزام في جنبات العقد، وإن لم تكون واضحة ويشوبها شيء من الغموض، مما يتحتم البحث عن المعنى الحقيقي للوصول إلى الإرادة الحقيقية.

---

(1) علاء الدين محمد، تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير،2004م، جامعة آل البيت، الأردن، ص1.

(2) المادة (165) قانون المعاملات المدنية العماني " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين".

الوظيفة الثانية: يهدف التفسير إلى التوصل للحل الأنسب والأكثر اجتماعية مما توحي به العدالة، حيث إنه قد تفسر الالتزامات من قبل القضاء ويلقيها على كاهل المتعاقدين على رغم عدم اتفاقهما عليها أو عدم اتجاه إرادتيهما إلى تبنيها، ومثال على ذلك: التزام الناقل بسلامة الركاب[1].

الوظيفة الثالثة: محاولة إنقاذ العقد من الزوال[2]، أي متى ما وجد القاضي أن هناك إمكانية لبقاء العقد فيعمل على بقائه بدلًا من فسخه، وبالتالي يُعطى مبدأ سلطان الإرادة ثوبًا جديدًا تجديدًا لفكرة العقد وتثبيتًا لمبدأ الحرية التعاقدية[3].

الفرع الثاني

أنواع التفسير في عقد الإذعان

يصنف التفسير إلى عدة أنواع حسب الجهة التي تتبع آلية التفسير، حيث تنقسم إلى أربعة أنواع وهي: التفسير التشريعي، والتفسير الفقهي، والتفسير القضائي، والتفسير الإداري. ومن جهة أخرى يصنف حسب الطريقة المتبعة في تفسير عقود الإذعان من حيث: صياغة النص، ومدى التطابق العملي والواقعي مع قصد المشرع. وسيتم توضيح تفاصيل هذه الأنواع على النحو الآتي:

أولًا: التفسير التشريعي

سمي بذلك تبعا للجهة الصادر عنها وهي المشرع نفسه، ويتحقق هذا التفسير في إصدار المشرع القانون المفسر تزامنًا مع صدور التشريع نفسه. وهنا نجد أن المشرع قد لمس ضرورة التفسير لوجود عجز أو لبس أو نقص مادي في التشريع، وفي بعض الحالات التي شهدتها القوانين الصادرة قديمًا

(1) ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، "مصادر الحقوق الشخصية"، الجزء الأول، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، طبعة الأولى، 2002م، ص198-199.

(2) علي كحلون، مرجع سابق، ص 1154.

(3) بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد والاستقرار التعاقدي)، مجمع الأطرش للنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2017م، ص 40.

يلاحظ أنها تصدر القاعدة المفسرة بعد حين من صدور التشريع وموضوع التفسير نتيجة الغموض الذي قد لمس القانون الصادر، بينما في الوقت الحاضر أصبح من النادر أن يتدخل المشرع في هذا النوع من التفسير وأصبح يرتكز بشكل أساسي على عاتق القضاء لإنجاز هذه المهمة[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل هذا التفسير ملزم للقضاء؟

إن ما يميز التفسير التشريعي أنه ملزم لمن هو معني به، وأول من يعنيهم هم القضاة، حيث إنهم ملزمون بتطبيقه حاله كحال التشريع نفسه، إلا أن القضاة تظل أيديهم مغلولة فلا يستطيعون الاجتهاد بما يخالف التشريع الذي فسره المشرع[2]، وعند صدور قانون قد يكتنفه بعض الغموض فلا بد من تفسير هذا الغموض، ومما لا شك فيه يبقى المشرع الذي أصدر هذا القانون هو الأنسب لتفسيره[3].

ثانيًا: التفسير الفقهي

يعد الفقه المساند للقضاء في الكثير من الجوانب التعاقدية والقانونية بما يخدم تحقيق العدالة وذلك من خلال تقديم العديد من الاقتراحات والآراء لمعالجة العجز الذي قد تواجهه بعض نصوص القانون وثناياه.

يهتم الفقه في تفسير النصوص المختلفة في العصر الحديث، سواء كانت العلاقات العقدية التي تربط الأطراف أو القواعد القانونية. وأهم ما يقوم به الفقه هو رد الأحكام التفصيلية إلى أصلها العام وتنسيق المبادئ القانونية ووضع القواعد القانونية والضوابط التي تعين القضاء على إصدار أحكامه. ويتمثل تفسير الفقهاء في المؤلفات التي تكتب من قبلهم أو الأبحاث التي تنشر لهم أو من خلال رسائلهم سواء الماجستير أو الدكتوراه.

---

(1) محمد صبرى السعدى، تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، رسالة ماجستير1997م، جامعة القاهرة، مصر، ص 23.

(2) محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير،2010م، الجامعة الأردنية، الأردن، ص18.

(3) سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م، ص738.

ويوصف التفسير الفقهي بأنه جانب نظري حيث يتسم بهذا الطابع لتجرده من الاعتبارات العملية في العديد من الجوانب كونه يبني آراءه بشكل نظري دون الارتكاز على مشكلة عملية محددة على الواقع مما يجعل حلوله غير متطابقة مع المشكلات القائمة على أرض الواقع في الكثير من الأحيان بالرغم من استخدامه لقواعد منطقية [1].

ومما يؤخذ على التفسير الفقهي أنه ليس له قوة إلزامية مثل التفسير التشريعي، إلا أن تناول الفقهاء للأحكام القضائية بالنقد والتحليل قد يكون لها دور كبير للقاضي ويتفادى الاتجاه الذي أثار النقد. وقد يقترح الفقه تفسيرات وحلول للمسائل التي لا يوجد لها حل[2].

ثالثًا: التفسير القضائي

يقع على عاتق القضاء مهمة تطبيق القانون على النزاعات القائمة بين الأفراد للفصل فيها من خلال تطبيق النص القانوني، ولكي يتم هذا التطبيق بأفضل صورة فلا بد للقاضي أن يفهم فهما صحيحا النصوص القانونية والغاية منها بما يتواكب مع غايات العصر، أما في حال عدم توفر نص صريح يخدم موضوع النزاع فإنه يتوجب على القاضي البحث عن حلول مناسبة تتماشى مع العدالة القضائية والموقف القضائي، ويأتي موقف القضاء هذا إعمالًا لنص المادة (1) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف".

يعد القاضي ملزمًا بتطبيق القانون على النزاع المطروح، ولكي يتوصل للحكم؛ فلا بد من تطبيق القانون بخطوات وإجراءات سليمة وعملية تتماشى مع القانون قبل إصداره للحكم، ويكون الحكم نتيجة

---

(1) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، موسوعة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، بدون طبعة، 1975م، ص 192.

(2) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص61.

لحصاد القاضي لتجاربه السابقة وخبراته التي قام بالتوصل إليها من نزاعات طرحت عليه خلال عمله في القضاء لسنوات عديدة[1].

وعادة يرمي التفسير إلى تحديد معنى العقد وأبعاده ويكتشف هذا من خلال بنوده، ويكون هذا كلما حصل اختلاف في هذا الشأن بين طرفيه بأن يسعى القاضي جاهدًا لاكتشاف إرادة المتعاقدين لإعطاء العقد معنى موضوعي مطابقًا لما تفرضه قواعد الإنصاف وحسن النية[2].

ونجد هنا أن على القاضي تفسير العقد في حال وجود عبارات أو كلمات غير واضحة أو صريحة فيه، وبناءً على ذلك؛ يمكن للقاضي أن يستنتج القصد والمعنى الذي تحمله هذه العبارات. ومن الممكن اعتبار سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة في العقد من أهم الوسائل المتاحة له تعديل أو إلغاء هذه الشروط، خاصةً إذا كانت معظم هذه الشروط غامضة وغير محددة[3]، أو أن الألفاظ المستعملة لا تتوافق مع الغرض الذي قصده المتعاقدان[4]، وعلى قاضي الموضوع عند تفسيره لأي عقد احترام الإرادة التعاقدية للمتعاقدين والتي من المفترض ألا تخرج عن حسن النية وألا تتجاوز على النظام[5].

وكقاعدة عامة يفسر الشك لمصلحة المدين، ولم يخرج المشرع العُماني عن هذه القاعدة في عقود الإذعان، فقد نصت المادة (166) من قانون المعاملات المدنية على أنَّ: "2- في عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن"، سواء كان الطرف المذعن دائنا أو مدينا ففي كلتا الحالتين يكون تفسير الشك لمصلحته، وهذا يؤكد على أن تفسير العقد الغامض يجب أن يكون

---

(2) يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، 1995م، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 32.

(3) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1997م، ص 66.

(3) محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات "المصادر الإدارية"، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون طبعة، 1993م، ص 153.

(3) مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 2020م، ص 238؛ إبراهيم سيد أحمد عقود الإذعان فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، القاهرة، بدون طبعة، 2010م، ص 45.

(4) بديع بن عباس، مرجع سابق، ص 44.

لصالح الطرف المذعن حيث يتم خلق فائدة لهذا الطرف الذي لم يُشارك في صياغة شروط العقد الذي وقعه وأصبح في المستقبل مجحفا في حقه.

وتحظى طبيعة التفسير القضائي بأهمية خاصة، وذلك؛ بسبب النتائج التي تظهر للقاضي، وعلى أثر التفسير يقوم بتطبيقها على الواقعة وأطرافها، فهذه الطبيعة تبين للقاضي المستند الذي يستند عليه، مما يتيح له إصدار الأحكام، والتكييف الصحيح، وسوف نتطرق بشيء من التفصيل حول طبيعة تفسير العقد وخصائص التفسير القضائي وفق الآتي:

أ. طبيعة تفسير العقد: إن الأصل الذي يبنى عليه العقد كما ذكر آنفًا هو توافق الإرادتين، وذلك من أجل إحداث أثر قانوني معين، وهذا التوافق ينبغي أن يكون من الطرفين، وهذا تحدده العبارات التي تترجمه إرادة المتعاقدين في مضمون العقد[1]، فلا بد من فهم مدلول العبارات التي تم التعبير عنها من قبل طرفي العقد، وعند تفسير العقد فلا يقتصر على مضمون العقد بعد انعقاده، بل يشمل البحث عن تكوين العقد وصحته، فالقاضي بهذا التفسير يحدد ما إذا كان العقد تم إبرامه بعد توافق الإرادتين، لأنه لو ثبت أن نشوء العقد كان غير صحيح فما الفائدة من التفسير؟ لأنه من الأساس غير قابل للتنفيذ، وبالتالي تفسير القاضي سيكون بلا فائدة ولا ينصب لمصلحة أي طرف، ولا يرجى أي ثمرة من تفسيره، وعليه؛ فإن القاضي يستعين بالتفسير لتحديد ما إذا كان نشؤ العقد باتفاق الأطراف، وكذلك معرفة ما إذا كانت الإرادة معيبة أو صحيحة، وكذلك يستعين بالتفسير لتحديد مضمون العقد الذي يجب على أطرافه الالتزام به والعمل بما جاء فيها[2].

ولعمل القاضي في سلطته التقديرية في تفسير العقد مستندان: شرعي، ونظامي:

ويراد بالمستند الشرعي: النصوص الواردة التي تنظم عمل القاضي واجتهاده في الوقائع، والتي تتجلى ببذل الجهد والسعي للوصول إلى الحقيقة بقدر المستطاع، وبالوسائل التي يمتلكها القاضي، أما المستند النظامي، فهو الغاية من تطبيق النظام وهي تحقيق العدل للوصول إلى المصلحة التي

(1) هشام بن حسين الشدي، التفسير القضائي للعقد، مجلة قضاء، العدد 33، 2023م، ص 473.

(2) عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية "القوانيين المصري واللبناني والكويتي والسوداني والعراقي والليبي"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون طبعة 1974م، ص454.

تكفل حقوق الأفراد. غير أن من المسلم به ونتيجة التطور الكبير في العالم وظهور وقائع حديثة فلا يمكن لهذه القوانين أن تحصر جميع الوقائع لاتصافها بالجمود وصعوبة تغييرها، واختلاف الظروف والملابسات التي تحيط بتعاملات الأفراد، لذا؛ تم فتح باب الاجتهاد للقضاء في تفسير العقود تداركًا لأي قصور في التشريع وتلبية لحاجات المتخاصمين وضمان سير العدالة[1].

ب. خصائص التفسير القضائي: بحكم اختلاف التفسير القضائي عن بقية أنواع التفاسير كان لا بد من توضيح خصائص هذا التفسير لتمييزه عن غيره وذلك على النحو الآتي:

1. هو تفسير لا يستند بالنظرية بل هو تفسير يستند على أساس عملي لأنه لا يقع إلا بمناسبة نزاع معروض على القضاء.
2. هو غير ملزم إلا في المحاكم التي تأخذ بالسوابق القضائية.
3. يتميز بصيغة العملية التي تلبي حاجات المتخاصمين، لذلك فإنَّ التفسير القضائي يتأثر بالظروف والملابسات المطروحة التي تحيط بالواقعة المطروحة أمام القاضي، لأن القاضي أعلم بالبيئة التي نشأ فيها النزاع، وينعكس ذلك على اجتهاده بحيث يكون أقرب من غيره لقربه من المجتمع[2].
4. يتوجه إلى الحالات الجزئية، فكل حالة معروضة للقاضي على حدة، فيجتهد لإيجاد الحلول للواقعة التي تضمن وصول الحق لصاحبه، فيشمل بأثره أطراف معينين، على عكس لو كان التفسير يشمل قاعدة قانونية مجردة عامة تشمل جميع المخاطبين بهذا التفسير[3].

---

(1) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في مواد المدنية والتجارية دراسة تحليله وتطبيقية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، بدون طبعة، 2008م، ص119.

(2) محمد الشريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية "دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي" دار التفسير للطبع والنشر، ص18، فرج الصدة أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون طبعة، 1987م ص277.

(3) معمر بن عبدالرحمن العمري، أصول تفسير النظام، بحث تكميلي مقدم للمعهد العالي للقضاء بالرياض، 1420هـ، ص335.

إن الخصائص التي تميز التفسير القضائي عن غيره من التفاسير تجعله أكثر مرونة وذلك من أجل استجابة تجدد الوقائع واختلاف الظروف، وتلبية حاجات المتخاصمين.

ومن التطبيقات القضائية حول التفسير القضائي ما قضت به محكمة النقض الأردنية في قرارها رقم (367) لسنة 1980م بأن: "الأصل في تفسير العقود أن يلتزم القاضي بعباراته الواضحة، ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"[1].

ويسوقنا هذا القرار إلى أمر مهم هو: في حال كانت عبارات العقد واضحة وشارحة لإرادة الطرفين ومترجمة لها فإن على القاضي الالتزام بما جاء به العقد، وفي السياق ذاته أعطت محكمة التمييز الأردنية الحق في تفسير العقود وذلك في قرارها رقم (226) لسنة 1963م الذي قضى بأن: "تملك المحكمة حق تفسير العقود، وذلك لأن لها السلطة التامة في تفسير صيغ الشروط والقيود المختلف عليها بما تراها مقصود المتعاقدين، ولها السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لما عدلت عن هذا الظاهر إلى خلاف"[2].

وتفسير القاضي البنود والشروط الغامضة في العقد تنصب لمصلحة الطرف المذعن على اعتبار أن المستهلك في حال كان طرفا ضعيفا أثناء تكوين عقد الإذعان وسوف يستفيد من الحماية القانونية التي أقرها المشرع[3]، وقد قضت المحكمة العليا في حكم لها أن: "المقرر فقهًا وقضاءً من أن تفسير وثيقة التأمين يخضع للمبادئ العامة في تفسير العقود، وقاضي الموضوع هو الذي يتولى تفسيرها طبقًا لتلك المبادئ في التفسير، سواءً كانت عبارات الوثيقة واضحة أو غامضة أو غير ذلك، على أن يجوز للقاضي بالنسبة للشروط العامة إذا تضمنت التزامًا يترتب في ذمة الشركة وكانت عباراتها غامضة وغير واضحة أن يفسرها عند الشك ضد شركة التأمين المدينة بهذا الالتزام على خلاف

---

(1) تمييز حقوق رقم (367) لسنة 1980م الصادر بتاريخ 1980/11/12 والمنشور على الصفحة 809 منzayidalesri عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1981/1/1م منشورات مركز العدالة.

(2) تمييز حقوق رقم (226) لسنة 1963م الصادر 1963/9/19م منشورات مركز العدالة.

(3) محمود عبدالله ذيب عبدالله حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين ، 2009م.

المبادئ العامة في تفسير العقود من أن تفسير الالتزام عند الشك يكون لمصلحة المدين؛ ذلك لأنها هي التي وضعتها وأخطأت في صياغتها في عبارات غامضة ومبهمة ..."[1].

ونفهم مما سبق أن القاضي لا يستطيع في تفسيره للعقد أن يخرج عن إرادة المتعاقدين متى كانت عبارات العقد واضحة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في حكم لها بأن: "تفسير العقد يجب أن يكون وفق نصوص العقد، ولا يجوز للمحكمة أن تحيد عن هذا النهج إلا في حالة غموض نصوص العقد، وفي هذه الحالة للمحكمة أن تفسر العقد وذلك بالرجوع إلى نية المتعاقدين شريطة عدم إخراج العقد عن مضمونه الحقيقي الذي حدده المتعاقدان"[2]، وهذا ما يؤكده حكم آخر للمحكمة العليا الذي جاء فيه أن: "العقد قانون العاقدين فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحًا ولا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه وتعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضي الذي يقتصر عمله على تفسير مضمونه بالرجوع إلى نية المتعاقدين ..."[3]، وأيضًا أكد على الأمر ذاته حكمٌ حديثٌ للمحكمة العليا قضى بـ: "لئن كان من صميم عمل القاضي تكييف العقد المتنازع بشأنه فإنه يظل مقيدًا بما انصرفت إليه إرادة طرفيه في ضوء عبارات العقد وحقيقة الواقع وعلى القاضي أن يعتمد في التأويل على ما ورد بالكتب من التزامات رئيسية تنبئ عن حقيقة قصد المتعاقدين والغرض العملي الذي يهدفان إلى تحقيقه من تعاقدهما"[4].

---

(1) المبدأ رقم (11) – س ق (6)، الطعن رقم (456/ 2005م)، جلسة 24 من يناير 20006م، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001م وحتى 2010م، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، ص 156.

(2) المبدأ رقم (151)، في الطعن رقم (2014/58م)، تاريخ 5 من نوفمبر 2014م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2014م وحتى 30 من يونيو 2016م للسنتين القضائيتين (15 – 16)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة، ص 512.

(3) المبدأ رقم (172)، في الطعن رقم (2015/807م)، تاريخ 3 من يناير 2017م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2016م وحتى 30 من يونيو 2018م للسنتين القضائيتين (17 – 18)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة، ص 851.

(4) المبدأ رقم (14)، في الطعن رقم (2020/340م)، جلسة الاثنين 15 من ديسمبر 2021م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا دائرة الأحوال الشخصية والدوائر المدنية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة

إذ تؤكد هذه الأحكام القضائية عدة أمور، وهي: يحق للقاضي تفسير العقد الغامض، أن العقود التي تنشأ بين الأفراد يكون بعضها واضحا وبعضها الآخر غير واضح، مما يضطر قاضي الموضوع لتفسير العقد غير الواضح، وضرورة التزام القاضي عند تفسيره العقد ألا يخرج عن نية المتعاقدين، فعليه استقراء إرادة الأطراف المتعاقدة لتخليص العقد من الغموض إلى الوضوح.

رابعًا: التفسير الإداري:

التفسير الإداري هو "مجموعة البلاغات والتعليمات التي تصدرها جهة الإدارة العامة إلى موظفيها لتفسير أحكام القانون وتبين لهم طريقة تطبيقها السليم"[1] والواضح أن تفسير الإدارة للقواعد القانونية غير ملزم إلا للموظفين المعنيين به، وقد استقر العمل في النظريات العامة للقرارات الإدارية وتطبيقاتها في فرنسا على أنه إذا غاب النص أو عدم وضوحه تحال المسألة إلى جهة الاختصاص، وعليها أن تقدم تفسيرًا بما يتناسب مع روح القانون والمصلحة العامة، وعلى الإدارة الالتزام بهذا التفسير، وبعدها يعدل القانون أو يسن قانون يتناسب مع الحالات المعروضة. وقد اتفق الفقه القانوني على أن الإدارة تملك صلاحية تطبيق القوانين ولكنها لا تملك حق التفسير وسن القوانين[2]، وعالج المشرع العُماني هذه المسألة في النظام الأساسي للدولة وذلك في الفصل الثالث "جهة الفتوى والتشريع" بالمادة (87) التي جاء فيها: "يحدد القانون اختصاصات الجهة التي تتولى إبداء الرأي القانوني لوحدات الجهاز الإداري للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ومراجعتها"[3]، وقد حدد المشرع العُماني الجهة المناط بها إصدار الفتاوى

من 1 من أكتوبر 2020م وحتى 30 من سبتمبر 2021م السنة القضائية (21)، المجلس الأعلى للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة، ص 207.

(1) محمد لشقار، بحث بعنوان مفهوم التفسير وأنواعه، موقع العلوم القانونية، https://www.marocdroit.com/ تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/10/06م.

(2) عيسى بن علي الغساني، مقال منشور بجريدة الرؤية بعنوان: سيادة القانون وتفسير النص القانوني، https://alroya.om/post/ بتاريخ 04 فبراير 2021م، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/10/06م.

(3) صدر النظام الأساسي للدولة بموجب المرسوم السلطاني رقم (2021/6) بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 11 يناير سنة 2021م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1374) الصادر في 12 من يناير 2021م.

والتفسيرات الرسمية وغيرها من الاختصاصات ولم يجعل مجالا للتأويل وذلك بموجب المرسوم السلطاني (2020/88) بدمج وزارة العدل ووزارة الشؤون القانونية في وزارة واحدة بمسمى وزارة العدل والشؤون القانونية وتحديد اختصاصاتها واعتماد هيكلها التنظيمي بتحديد اختصاصات وزارة العدل والشؤون القانونية في الملحق رقم (5/1) "إصدار الفتاوى بإبداء الرأي القانوني المعتمد فيما يعرض عليها من وقائع متعلقة بتطبيق المراسيم السلطانية والقوانين واللوائح والقرارات"[1]، والسؤال الذي يطرح نفسه هل الفتوى الصادرة عن وزارة العدل والشؤون القانونية ملزمة؟

بناء على ما جاء أعلاه؛ يرى الباحث أنها ملزمة على الجهات الحكومية التي تطلب الفتوى في مسألة ما، أما بالنسبة للقضاء فهو مستقل والفتوى القانونية ليست ملزمة، غير أنه لا ضير إذا استأنس القاضي بالفتوى القانونية. ومن التطبيقات العملية على تفسير العقد في التشريع العُماني: الفتوى رقم (17270002569) الصادرة عن وزارة العدل والشؤون القانونية حول تفسير العقد حيث "استقر الرأي إفتاء وقضاء أن الأصل الذي يحكم العقود المدنية والإدارية على حد سواء قوامه أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وأن التزامات طرفي العقد لا تقف عند حد ما حوته نصوصه، بل تمتد إلى كل ما تستلزمه طبيعة موضوعه من التزامات، سواء جرى بها نص في قانون أو عرف معتبر أو اقتضتها قواعد العدالة"[2].

---

(1) صدر مرسوم سلطاني بدمج وزارة العدل ووزارة الشؤون القانونية في وزارة واحدة تسمى وزارة العدل والشؤون القانونية وتحديد اختصاصاتها واعتماد هيكلها التنظيمي رقم (2020/88) بتاريخ 28 من ذي الحجة 1441هـ الموافق 18 أغسطس سنة 2020م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1353) الصادر في 19 من أغسطس 2020م.

(2) تتلخص وقائع الدعوى من خلال مطالعة الأوراق بأن وزارة ... تعاقدت مع شركة ... لتقديم خدمة شفط مياه المجاري لمؤسساتها الصحية في محافظة ... لمدة سنتين وبقيمة متفق عليها في العقد، خلال مدة سريان العقد تقدمت الشركة المتعاقدة بطلب زيادة القيمة في العقد بسبب ارتفاع أسعار الوقود وفرض الضرائب التي طرأت بعد التعاقد مستندة على البند رقم (8-2) المبرم في العقد الذي يجيز لها الحق في طلب زيادة القيمة إذا حصلت تغييرات في أسعار المواد كنتيجة مباشرة لأي تشريعات جديدة تسن في سلطنة عمان بعد تاريخ قبول العطاء، ولما كان ذلك وكان الثابت من خلال مطالعة هذا البند الصريح في الاتفاقية بأحقية الشركة التعويض عن الأضرار التي لحقت بها بسبب زيادة أسعار الديزل بعد التعاقد، وعدم أحقيتها بطلب التعويض عن دفع رسوم الضرائب،

المطلب الثاني

سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

تعد سلطة القاضي التي منحها إياه المشرع للتصدي للشروط التعسفية من خلال تفسيرها في عقد الإذعان للتخفيف أو استبعاد الشروط التي تتسم بالتعسف، من أهم الطرق التي تحقق التوازن العقدي وتحقق العدالة بين طرفي العقد. ولتحقيق أعلى درجات العدالة؛ كان لا بد أن تتسم هذه السلطة بالمرونة الكافية التي تجعلها قادرة على مواجهة التطور والطرق المبتكرة لصياغة نماذج العقود وتمويه الشروط التعسفية التي تجعل المتعاقد الحريص والمتخصص عاجزًا عن تفسيرها وتميزها، فأصبح تعزيز الحماية حاجة ملحة من خلال تزويد القاضي بمجموعة من الوسائل لمعاونته على تحقيق العدالة. ونظرا لأهمية هذا الأمر؛ فإنه يستدعي وجود مطلب مستقل يهتم بتوضيح الوسائل التي تعين القاضي في التصدي للشروط التعسفية.

وعلى ذلك؛ سوف يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، وهما:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل أو الإعفاء الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: المعيار الذي يلجأ إليه القاضي في استخدام حقه في حماية الطرف المذعن.

فهذه الضرائب لا تدخل من ضمن الأعمال المتفق عليها وإنما تعد موردا من موارد الدولة السيادية تتقاضاها مقابل ما تؤديه من خدمات.

الفرع الأول

سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية

إن القاضي يستمد سلطاته من القانون، فالمشرع هو الذي يمنح ويحدد للقاضي سلطاته التي تساعده على الفصل في القضايا المعروضة أمامه، وفي ضوء ذلك؛ أعطى المشروع العماني والتشريعات المقارنة القاضي السلطة في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، ففي قانون المعاملات المدنية العُماني المادة (158) نصت أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وكذلك المادة (204) من قانون المدني الأردني التي جاء فيها أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدّل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتبين أن المادتين السابقتين قد أوضحتا العناصر الأساسية لسريان سلطة القاضي ومضمونها والمعيار الطبيعي والقانوني لها، وأوضحتا أيضا شروط قيام سلطة القاضي لحماية الطرف المذعن، وذلك بتوفر شرطين أساسين وهما:

أ. أن يتعلق النزاع بعقد إذعان.

ب. أن يتضمن العقد شروطا تعسفية.

ومن هذا يتضح أنه إذا تبين للقاضي بأن العقد محل الخلاف المعروض أمامه هو من عقود الإذعان فإنه يبحث في شروط العقد إن كانت تتضمن شرطا تعسفيا أم لا، ليعلل تدخله من خلال تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه وذلك لحماية الطرف المذعن[1].

(1) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص 40.

ولذلك؛ تعد الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي الوسيلة التي تساعد على إعادة التوازن العقدي، وذلك لحماية الطرف المذعن، حيث يقوم القاضي بإيجاد الحل المناسب والمنصف لطرفي النزاع فيما يخص النزاع الذي يعرض أمامه، ويعد تدخل القضاء استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1]، وعليه؛ يلاحظ أن المشرع بموجب المادة آنفة الذكر خول القاضي إمكانية تعديل الشروط التعسفية ومكنه من إلغاء الشروط التعسفية.

وتسعى الرقابة القضائية إلى جعل العقد متوازنا –قدر المستطاع– وهذا التوازن ليس بالضرورة بشكل كامل، ولكن على الأقل أن يكون أقرب للتوازن المتعادل، ذلك أن التوازن في الأداءات بين طرفي العقد يمثل أحد المبادئ التي يقوم عليها قانون العقد[2].

أولًا: ماهية الشرط التعسفي:

إن أساس عقود الإذعان هو الشرط التعسفي، ولذا؛ يمنح القاضي السلطة التقديرية لتعديله أو إلغاء أو إبقائه على حاله إذا لم يكن شرطا تعسفيا. وتأتي هذه السلطة إعمالًا للرقابة القضائية. وقد أخذ معظم التشريعات بالشرط التعسفي وعلاقته بعقد الإذعان. ومما ينبغي الإشارة إليه أن فكرة الشرط التعسفي لا ترتبط وجودًا وعدمًا بعقد الإذعان، فقد توجد في عقود أخرى غير عقد الإذعان، وقد يوجد عقد إذعان خالٍ من الشرط التعسفي[3].

لم تتطرق أغلب التشريعات إلى مفهوم الشرط التعسفي باستثناء المشرع الجزائري فقد عرف الشرط التعسفي في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على ممارسات التجارية الذي حدد القواعد المطبقة على ممارسات التجارية في المادة (3 /5) على أنه "كل بند أو شرط بمفرده ومشتركًا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف

(1) بشار محمود سليمان شويات، الرقابة القضائية على عقد الإذعان في القانون الأردني، أطروحة الدكتوراه، 2029م، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، ص43

(2) هدى عبدالله، مرجع سابق، ص 31.

(3) بشار محمود سليمان شويات، مرجع السابق، ص43.

العقد"[1]. وكذلك التشريعات الأجنبة تطرقت إلى تعريف الشرط التعسفي، مثل المشرع البلجيكي والمشرع الإسباني، حيث عرف المشرع البلجيكي الشرط التعسفي بأنه "كل شرط يمكن أن يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين الحقوق وواجبات الأفراد"، وعرفه المشرع الإسباني بأنه "تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة أو بأسلوب غير عادل، أو بما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد"[2]. ويتضح من التعريفات السابقة أنها تدور جميعها حول وجود شرط تعسفي مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد.

أما الفقه فقد أورد تعريفات عديدة للشرط التعسفي، منها: أنه "الشرط المعد سلفًا من الطرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة".

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "شرط محرر مسبق من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر"[3]، وعرف كذلك على أنه "هو الشرط الذي يأتي متناقضًا مع النظام العام ومتعلقًا بحماية المستهلك ومخلًا بالثقة التي وضعها أحد أطراف العقد بالطرف الآخر"[4].

ويتضح من خلال التعريفات المذكورة آنفًا، سواء في الفقه أو التشريع، أنه حتى يكون الشرط التعسفي متحققًا في العقد يجب أن يكون الاختلال واضحًا في التوازن العقدي، بحيث يوجد خلل واضح بين حقوق وواجبات كل طرف في العقد.

---

(1) القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على ممارسات التجارية رقم 02/04 الصادر بتاريخ 2004/6/23م/ العدد 41 بتاريخ 2004/6/27م، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/8/15م، العدد 46 بتاريخ 2010/8/18م.

(2) أنس محمد عبدالغفار، مرجع سابق، ص 89.

(3) الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، منشورات مجلة القضاء المدني – سلسلة دراسات وأبحاث، العدد الرابع، 2013م، ص90؛ كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة ماجستير، 2011م، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خده، ص 61.

(4) هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2014م، ص 186.

ثانيًا: معيار الشرط التعسفي ومجال تطبيقه

استخلاصا مما سبق حول الشرط التعسفي يتضح بأن معيار التعسف هو كالآتي:

أ. معيار النفوذ أو التفوق: ويقصد به: النظر إلى الوضع الذي سمح للطرف الأقوى في العقد بفرض شروطه على الطرف الضعيف والتي تتضمن شروطًا ذات ميزة فاحشة، ويرتبط هذا المعيار بنفوذ أحد الأطراف الاقتصادية التي ساعدت على جعل أحد الأطراف أقوى من الآخر[1]، ومما ينبغي الإشارة إليه أن موازين القوة قد تختلف في بعض العقود، فمثلًا في عقد التأمين قد يكون الطرف المؤمن أقوى من شركة التأمين، مما يؤدي إلى وضع شروط وبنود العقد من قبل المؤمن، فمثلًا: شركة مقاولات بها أعداد كبيرة من العمال وترغب في التأمين على عمالها في شركة التأمين، لذا؛ فإنَّ شركة التأمين في هذه الحالة تحرص على عدم التفريط في الصفقة التي أمامها؛ فترضخ للشروط التي تمليها شركة المقاولات، بينما في حالة أخرى تكون شركة التأمين هي الطرف القوي أمام شخص واحد يرغب في التعاقد معها لتأمين مركبته، فالشركة ذاتها تكون في عقد طرفًا ضعيفًا وفي عقد آخر تكون طرفًا قويًّا.

ب. معيار الميزة الفاحشة أو اختلال التوازن العقدي: يقصد بالتوازن العقدي: التقارب بين الحقوق والواجبات الناتجة عن العقد، فمن المسلم به أنه لا يوجد عقد تتساوى فيه الالتزامات المتقابلة، ولكن إذا كانت هذه الالتزامات متقاربة، يكون العقد في هذه الحالة متوازنًا، ذلك أن الشرط التعسفي هو الذي يهدد التوازن العقدي، وما يميز هذا المعيار هو أنه معيارٌ موضوعيٌّ يعتمد على ما يحوي العقد من شروط وبنود وليس على حالة المتعاقدين الاقتصادية والمهنية والمعرفية[2].

ج. معيار عدم الالتزام بمبدأ حسن النية: يعد حسن النية التزامًا جوهريًا وأساسيًا في العقد مندمجًا في الالتزام التعاقدي، أي: يعد مبدأ حسن النية قيمة مضافة للعقد[3]، كما أن مبدأ حسن النية يشكل

---

(1) عبدالمجيد خلف منصور العنزي، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 10، 2021م، ص 187.

(2) عبدالمجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص 198.

(3) بديع بن عباس، مرجع سابق، ص 47.

قاعدة أخلاقية تحيط بنظرية العقد وترتب في عاتق المتعاقدين عدم الإضرار بالغير والتعامل معه بحسن نية، وقد أسس بعض الفقهاء عقد الإذعان على أنه سلوك منافٍ للوظيفة الاجتماعية للحق[1]، فمن خلال مبدأ حسن النية نجد أنه يجب التعاون بوجه عام من قبل طرفي العقد أثناء تنفيذه دون ممارسة الحق بتعسف، فيفرض واجب التعاون ألا يقوم الدائن بإجبار المدين على تنفيذ التزامه في ظروف مرهقة لا تحقق للدائن فائدة[2].

وبالنظر إلى المعايير الثلاثة التي ذكرت أعلاه؛ يتبين أنها مرتبطة مع بعضها البعض لدرجة أن أحدهما نتيجة للآخر؛ فاختلال التوازن في العقد يأتي نتيجة التفوق الاقتصادي لأحد الأطراف، كما أن عدم التزام أحد الأطراف بمبدأ حسن النية سيؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر.

وبالتركيز على السبب والغرض والأثر يمكن أن نحدد الشرط التعسفي، فسبب الشرط التعسفي هو التفاوت في القوة وغرضها الحصول على ميزة فاحشة على حساب المذعن، وآثارها اختلال التوازن العقدي[3].

وحول مجال تطبيقه يثور تساؤلٌ، هل الشرط التعسفي يسري فقط على عقود الإذعان، أما قد يسري على عقود أخرى؟ وهل يجوز للقاضي التدخل لإعادة التوازن فيها؟ الجواب على ذلك أن الشروط التعسفية لا تقتصر على عقود الإذعان فقد تنص بعض العقود على شروط تعسفية[4]، ولا يجوز للقاضي التدخل في إعادة التوازن للعقد إلا بنص القانوني حيث حدد القانون الحالات التي يحق للقاضي التدخل في شروط العقد..

ثالثًا: كيفية تحديد الشروط التعسفية

---

(1) عبدالمجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص 190.

(2) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 28.

(3) عبدالمجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص191.

(4) سميحة غانم، عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، رسالة ماجستير، 2014م، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة الجزائر، ص 35 –36.

لا بد من توضيح متى يعد الشرط تعسفيا ومتى يعد غير تعسفي، مما يبرر تدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد، وبالتالي لا بد أن نفرق بين الشروط التعسفية بذاتها أو بحكم استعمالها وذلك وفق الآتي[1]:

أ. الشروط التعسفية بذاتها: والتي يظهر التعسف فيها منذ إدراج الشروط في العقد وتكون واضحة من خلال الألفاظ، حيث تأتي متناقضة مع أساس العقد عند الإبرام ويتبين إذا كانت بنوده متناقضة أو لا، ومعرفة ذلك يكون عند كتابة العقد. ومثال على ذلك: عند إبرام عقد توصيل خدمة مياه للمنزل حيث يتضمن العقد شروطًا في حالة التأخر عن سداد المستحقات المالية المترتبة عن استخدام الماء فإن الخدمة ستقطع ولأجل إعادتها يجب دفع غرامة مالية، فهنا كان الشرط واضحا من خلال ألفاظه ولا ويحتاج إلى تفسير[2].

ب. الشروط التعسفية بحكم استعمالها: شروط لم توضح فيها صفة التعسف عند كتابتها في العقد، ولكن يظهر عند تطبيق هذه الشروط والتمسك بها بتفاصيلها وعدم مراعاة روحها، مثال على ذلك: الشرط الذي يفرض على المؤمن له بإعلان المؤمن عن وقوع حادثة معينة خلال فترة محددة وإلا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط عند إدراجه في العقد لا يعد شرطًا تعسفيًا، ولكن عند التمسك به من قبل المؤمن لإسقاط حق المؤمن له في التعويض يعد تعسفيًا[3].

وحيال ذلك فإنه من المناسب أن يضع المشرع نصوصا قانونية واضحة يمنع من خلالها أحد أطراف العقد من أن يضع شروطا تعسفية في مواجهة الطرف الآخر، بحيث يكون مصير هذه الشروط البطلان واعتبار هذا البطلان من النظام العام، وهذا ما سار عليه المشرع في قانون حماية المستهلك[4]، فقد ورد في المادة (25) أنَّه: "يلتزم المزود باسترجاع السلعة ورد قيمتها أو إبدالها أو إصلاحها دون مقابل، في حال اكتشاف المستهلك عيبا فيها"، وبالتالي لا يستطيع البائع مثلًا أن

(1) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص45.
(2) علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص46.
(3) علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص46.
(4) صدر قانون حماية المستهلك رقم (2014/66) الصادر في تاريخ 30 من نوفمبر 2014م بموجب مرسوم سلطاني رقم (2014/66)، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1081) الصادر في 7 ديسمبر 2014م.

يضع في الفاتورة شرطا يحمل عبارة "البضاعة المبيعة لا ترد ولا تستبدل"، فيُعد هذا الشرط تعسفيا في حق المستهلك، واعتبر هذا الشرط باطلا، وهو ما نصت عليه المادة (20) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك[1]: "يعد باطلا كل شرط من شأنه إعفاء المزود من مسؤوليته المدنية تجاه المستهلك، وأي شرط من الشروط الآتية، سواء وردت هذه الشروط في نماذج عقود، أو وثائق، أو مستندات، أو فواتير الشراء، أو ملاحظات، أو إعلانات، أو مذكرات تتعلق بالعمل التجاري، أو على واجهة المحل، أو مطبوعة على البضاعة: 1 – وضع عبارة "البضاعة المبيعة لا ترد ولا تستبدل". 2 – تحديد فترة زمنية لإرجاع السلعة (أقل من المحدد قانونا) ...".

إن الواضح من تلك النصوص هو توفير حماية فعالة للمستهلك، ولكن تبقى هناك عقود أخرى لم يصلها التنظيم القانوني الواضح والصارم من قبل المشرع؛ لأن وجود التنظيم القانوني لا يترك لقاضي الموضوع سلطة تقديرية حيال الشروط التعسفية ويستطيع إبطال تلك الشروط بقوة القانون.

رابعًا: سلطة القاضي في الإعفاء أو تعديل الشروط التعسفية

يُقصد بسلطة القاضي في الإعفاء أو تعديل الشروط التعسفية: أن يترك لقاضي الموضوع تكييف كل شرط تعاقدي على حدة على أنه تعسفي أم لا، مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة، ومعنى ذلك: أن يترك للقاضي هامشٌ من الحرية من أجل مراقبة شروط العقد وتفسير عباراته الغامضة بما يضمن حماية فعالة للطرف المذعن[2].

وبناءً على ذلك؛ فقد أعطى المشرع في قانون المعاملات المدنية العماني والتشريعات المقارنة سلطة تعديل القاضي للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء من هذه الشروط كما أعطاه السلطة التقديرية في تفسير عقود الإذعان في حال توفرت العبارات الغامضة وذلك من خلال ما جاءت به المادة (1/166) من قانون المعاملات المدنية التي نصت على أنه "1– يفسر الشك

(1) صدرت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك بموجب قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لحماية المستهلك رقم (2017/77) بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1438هـ الموافق 9 مارس 2017م ونشرت في الجريدة الرسمية العدد (1185) الصادر في 12مارس 2017م.

(2) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 221.

لمصلحة المدين. 2- في عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن" كما نص في القانون ذاته في المادة (158) على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". ومن خلال المادتين السابقتين، يتضح أن المشرع العماني أعطى للقاضي سلطة واسعة المدى في تعديل الشروط التعسفية وقد تصل تلك السلطة إلى حد إلغاء تلك الشروط التعسفية وذلك من منطلق تطبيق مبدأ العدالة، والذي يرغب المشرع أن يحققه للمتعاقدين.

إن سلطة الإعفاء أو التعديل التي منحها المشرع للقاضي تخرج القاضي من مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، وهذا يعد قيدا من قيود سلطان الإرادة، ولكن النصوص الواردة تدعم القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية في العقود وخصوصًا العقود التي تتحكم بها الشركات الاحتكارية مثل شركات الاتصالات والكهرباء وغيرها.

ويقصد بتعديل العقد في نظر فقهاء القانون: إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره أو بند من بنوده وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، على أن يصل التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه أو القيام بالانتقاض منها أو الزيادة. وللقيام بالتعديل على الشرط الوارد في العقد؛ يتعين الإبقاء عليه مع رفع أي نوع من أنواع التعسف فيه. على سبيل المثال: إذا كانت الشروط الواردة في لائحة المصنع توقع غرامات مالية كبيرة على العامل في حال أخطأ خطأ بسيط، جاز للقاضي إذا ما قدره أنه شرط تعسفي أن يعدله وذلك بتخفيض الغرامة لتكون متناسبة مع خطأ العامل[1]، أي: أن إمكانية تعديل العقد من قبل القاضي تقتصر على الإبقاء على الشرط ذي الطبيعة التعسفية مع إزالة مظاهر التعسف عنه[2]، أي: يزيل الغلواء عن الشرط المغالى فيه الذي يتضمن تجاوزًا تعسفيًا يزيد عن الحد العادل[3]، وبموجب سلطة القاضي هذه فهو قد حافظ على بقاء العقد بين طرفيه ورفع عنه التعسف وبذلك يتحقق للعقد التوازن.

---

(1) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع السابق، ص50.

(2) بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 448.

(3) عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، مرجع سابق، ص 319.

تجدر الإشارة هنا إلى أن جانب من الفقه يرى أنه سلطة المحكمة في التدخل جوازية، فلها الحق في التعديل أو الإلغاء، ويحق لها أيضًا عدم فعل ذلك، وقد أوضح جانب آخر من الفقه أنه إذا قام أحد الأطراف بالتعديل أو الإلغاء، وجب على المحكمة أن ترد عليه بالإيجاب أو الرفض موضحة أسباب الرفض إذا تم [1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن الشروط التعسفية في عقد الإذعان بأنه: " قررت المحكمة أن تضمين عقد الإذعان شروطًا تعسفية مؤداه حق القاضي في تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا من عدمه، مثل شرط الإعفاء من المسئولية الوارد بعد اشتراك الهاتف".

فمؤدى النص في المادة (149) من القانون المدني أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروطا تعسفية فإن للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة. ومحكمة الموضوع هي التي تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى بأسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرط تعسفيًا وراء الإعفاء منه، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن جدل موضوعي غير مقبول[2].

والسؤال الذي يطرح هنا، ما مدى سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية؟

إن سلطة القاضي تمتاز بأنها سلطة جوازية أي وفق ما تقتضيه العدالة، فيحق للقاضي تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، وقد منح المشرع القاضي هذه الوسيلة لكي يستطيع أن يزيل بها التعسف من العقد، ويرى بعض الفقهاء وجوب منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه؛ لأن ذلك يقودنا إلى نظام قضائي كامل[3]. ولا يؤيد الباحث هذا التوجه؛ لأنه متعلق بمصلحة الخصوم، ويرى

---

(1) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، 2012م جامعة باتنة، الجزائر، ص 167.

(2) الطعن رقم (388) لسنة 57ق – جلسة 1989/12/12 السنة 40 ح2، ص288، قاعدة 168.

(3) بشار محمود سليمان شويات، مرجع سابق، ص 98 – 99.

وجوبية سلطة القاضي في حال كان هناك شرط تعسفي، وعلى القاضي رفع الشرط التعسفي إما بالتعديل أو الإلغاء وفقًا لما تقتضيه العدالة.

ولكن ما الحكم لو وجد القاضي أن هناك اتفاقًا بين المتعاقدين يمنع بوجبه القاضي التدخل سواء بالتعديل أو الإلغاء؟ الجواب بموجب نص المادة (158) من قانون المعاملات المدنية والتي نصت بأنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وبالتالي فإن القاضي لا ينظر إلى ذلك الاتفاق كونه يخالف النص القانوني، إذ يعد هذا الاتفاق مخالفًا للنظام العام. وكما هو معلوم لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف النظام العام.

وعلى ذلك، يتمتع القاضي بسلطة واسعة وفق معيار العدالة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه، ومعيار العدالة معيار مرن يختلف باختلاف القضايا، ومما ينبغي الإشارة إليه أن المشرع عندما منح القاضي السلطة في عقود الإذعان، فقد راعى اختلاف الظروف عند إبرام العقد، واختلاف كل حالة فردية على حدة مما يؤدي إلى تنوع الخيارات لديه في القضية المعروضة أمامه، وسلطة القاضي تشمل جميع الشروط التعسفية سواء علم بها الطرف المذعن أو لم يعلم بها، لأن المذعن قد لا يستطيع رفض الشروط التعسفية وعالم بالجور الذي يتعرض له، ولكنه مضطر لإبرام العقد.

ولتحقيق السلطة الحمائية للطرف المذعن من قبل القاضي؛ لا بد أن يتوفر عنصر مادي وعنصر معنوي، فالعنصر المادي يتمحور في إقامة التوازن في العقد، والقضاء على التفاوت الكبير بين القوة والنفوذ الاقتصادي، أما العنصر المعنوي فهو الضعف في إرادة المذعن، إذا كانت أسباب التدخل وتوفير الرقابة القضائية هي موضع الضعف الذي يعاني منه الطرف المذعن[1].

إن قواعد القانون تسعى إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية، وقد وضع القانون قدرًا من الضمانات للطرف المذعن، وتتمثل في أمرين: الأول أن يتولى المشرع تنظيم العقود التي قد تحتوي شروطًا تعسفية ليضع لها أحكامًا توفر قدرًا من الحماية للطرف الضعيف، وقد نظم المشرع

(1) بشار محمود سليمان شويات، مرجع السابق، ص100.

بعض العقود تنظيمًا تشريعًا، مثل عقد التأمين وعقد العمل وعقد النقل، الثاني: منح القاضي سلطة تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، وتكرس القوانين المقارنة هذا الاتجاه صراحة، حيث منحت سلطة التدخل على عقد الإذعان، والمبرر الرئيس الذي يمنح القاضي سلطة في العقد يتمثل في استغلال ضعف الطرف المذعن، فعدم المساواة بين المتعاقدين لا يعد سببًا في حد ذاته بل التعسف الذي ينتج من هذا التفاوت هو السبب في تدخل القاضي[1].

وبناء على ما سبق؛ يتضح أن المشرع كفل حق تدخل القاضي في الشروط التعسفية الواردة في العقد سواء بالإلغاء أو التعديل، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل من الممكن أن يقوم القاضي بالرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان من خلال النظريات القانونية، أو من خلال الاستناد على المبادئ العامة، وهذا ما سنتعرف عليه تاليًا:

أ. نظرية التعسف في استعمال الحق: لا يخفى أن هذه النظرية تتصل اتصالًا وثيقًا بالحق؛ لأنه المحل الذي يرد عليه التعسف، وهذه النظرية توجد في كل القوانين، ومن ضمنها القانون المدني، فقد ورد في قانون المعاملات المدنية والتشريعات المقارنة نطاق الحق واستعماله. وعقد الإذعان في الغالب يتضمن إيجابًا موجهًا إلى عامة الناس، وهو أنه يجب ألا تتصف شروطه بالغلو والإفراط ولا تسبب في إلحاق الضرر بالغير. ولا يشترط أن يكون التعسف في الحقوق، فقد يكون في الرخص التي يتمتع بها الموجب والتي من خلالها يضع الشروط التي يبتغيها، وفي هذه الحالة من الممكن أن يتدخل القاضي في استعمال سلطته التقديرية إلى نظرية التعسف في استعمال الحق؛ وذلك من أجل استبعاد الشرط التعسفي أو تعديله أو عدم المساس به. وتعد هذه النظرية أساسًا يمكن أن يعتمد عليه القاضي في تحديد الشرط التعسفي[2].

---

(1) دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الأسمرية، المجلد السابع، 2007م، ص437 – 438.

(2) بشار محمود سليمان شويات، مرجع سابق، ص 78.

ب. نظرية السبب: يرى بعض الفقهاء أن نظرية السبب تعد أساسًا قانونيًّا للرقابة القضائية على عقود الإذعان ومكافحة الشروط التعسفية[1]. وينقسم السبب في العقد إلى سبب العقد وسبب الالتزام، وهناك من يرى أن بالإمكان تطبيق الرقابة القضائية في حال فقدان السبب على الشروط التعسفية في عقود الإذعان[2]، مثال على ذلك: في عقد التأمين، فالسبب في قبول شركة التأمين بالمخاطرة بالحصول على الربح والخسارة فإذا كانت المخاطرة والحظ موجودين فإن السبب موجود.

ج. النظام العام والآداب العامة: إن القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام غير محتكرة على القواعد العامة التي ترعى مصالح المجتمع، والتي تتضمن كذلك مصالح الأفراد التي لها صلة بالمصالح العامة، والنظام العام لا يقتصر فقط على النص التشريعي بل كذلك من خلال الاجتهاد القضائي؛ فالمساهمة القضائية في إرساء قواعد النظام العام وإن كانت تتصف بالاعتدال والمحافظة، إلا أن لها دورًا أساسيًّا في إرساء قواعد النظام العام[3]، وما ينبغي الإشارة إليه أن القواعد القانونية ذات الصلة بالنظام العام لا تقتصر على المجتمع، إنما قد يكون لها فوائد تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، ولكنها تعد ذات أهمية ومتصلة بصالح العام، حيث إن كل اعتداء عليها يعد بمثابة اعتداء على المصلحة العامة[4]، وعلى القاضي عندما يرى أمرًا معينًا متصلًا بالنظام العام أن ينظر إلى المبادئ العامة ويسترشد بها. ويرى بعض الفقهاء أنه بناءً على أساس فكرة النظام العام من الممكن أن يقوم القاضي بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، كونها فضفاضة [5].

وإذا ما تساءلنا: هل رقابة قاضي الموضوع على الشروط الواردة في عقد الإذعان تقتصر على بعض الشروط أو جميعها؟ بما أن المشرع منح القاضي مراقبة عقد الإذعان لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، فيمكن أن تشمل مراقبته جميع الشروط الواردة في العقد؛ ذلك أن الطرف المذعن عندما يبرم العقد فهو يوقع على جميع الشروط بدون أن يناقش أي منها، وبالتالي فعلى قاضي الموضوع

---

(1) هانية محمد علي فقيه، مرجع سابق، ص 25.

(2) بشار محمود سليمان شويات، مرجع السابق، ص 80.

(3) هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 49.

(4) هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص48-49.

(5) بشار محمود سليمان شويات، مرجع السابق ص85 – 86.

عند نظره النزاع أن ينظر في جميع الشروط، فقد لا يعلم الطرف المذعن أن بعض الشروط تعسفية، وبالمقابل فإن نظر القاضي أوسع، وتفاديًا منه لمنع إثارة النزاع من جديد على شروط أخرى فإن من الأولى أن يعالج (القاضي) جميع الشروط دفعة واحدة.

ومن خلال ما ذكر أعلاه، يتضح أنه يمكن للقاضي أن يقوم بالرقابة القضائية على جميع الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان من خلال القواعد العامة والنظريات الواردة في القوانين؛ لأن الهدف الرئيس الذي يسعى القضاء إلى تحقيقه هو رفع الظلم عن الطرف الأضعف فلا يهم كيف يتم رفع هذا الظلم سواء عن الطريق التشريع أو القواعد العامة.

واستخلاصا مما سبق، يتبين أنَّ الشرط التعسفي المقرر من قبل الموجب ولا يقبل المناقشة والمتعلق بسلعة أو مرفق ضروري ويخضع لاحتكار حقيقي، يندرج تحت سيطرة القضاء وتكون السيطرة من خلال مبدأين أساسيين: الأول أن الشك يفسر لمصلحة الطرف الأضعف وهو الطرف المذعن، بينما يتمثل الثاني في السماح للقاضي بتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

الفرع الثاني

المعيار الذي يلجأ إليه القاضي في استخدام حقه في حماية الطرف المذعن

إن القانون أعطى القاضي سلطة الإعفاء والتعديل على الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان ولم يحدد الوسائل والطرق التي ينبغي على القاضي اتباعها لإعادة التوازن للعقد واكتفى بالقول "وفق ما تقتضي العدالة". ويرى جانب من الفقه أن هذا المعيار مطلق وغير واضح، ولكنه في المقابل هو مبدأ أخلاقي يهدف إلى إقامة التوازن والبعد عن التعسف وتحقيق العدالة بين الأفراد. وأن هذا الشعور طبيعي يحرك إحساس القاضي لتعديل وإلغاء الشروط التعسفية التي ترد في عقد الإذعان.

ويبقى هذا المبدأ مرتبط بمجموعة من الأسس الثابتة التي تنشئ القوانين والنظام المثالي التي يتعين الوصول إليها، رغم ما يحيط بهذا المبدأ من غموض وأسباب قد تختلف من فئة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر، وتغيره باختلاف الزمان والمكان[1].

حيث إن دور القاضي استعراض المصالح القائمة التي تكشف ظروف الوقائع وكذلك ما تتجه إليه الإرادة الحقيقة للأطراف لمعرفة حقيقة النزاع والوقوف عليها للوصل للحلول المثالية التي تكون أكثر عدالة المتماشية مع القانون والمصلحة المشتركة بين الأطراف، ولذلك يجب أن يكون القاضي صاحب إحساس ينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليست ذاتية.

ويعد معيار العدالة أساسًا يستعين به القاضي ويرجع له في حالة إلغاء الشرط التعسفي أو تعديله، وقد جاء في قانون المعاملات المدنية والقوانين المقارنة أنه يقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك. وعند التمعن في المواد التي تطرقت إلى ذلك نجد الحماية التي نص عليها هي لصالح الطرف المذعن وهي حماية تشريعية آمرة، أي: لا يجوز مخالفتها من طرفي العقد[2].

ومن الملاحظ أن المعيار الذي يسترشد به القاضي لمراعاة ما تقتضي به العدالة معيار غامض يختلف من قاضٍ لآخر، وقد يتغير بتغير المعطيات، لذلك ما يركز عليه القاضي في بحثه في عقود الإذعان هو وجود شرط تعسفي من عدمه[3].

أما معيار القاعدة القانونية فإنه يعد مصدرًا تشريعيًّا يستند إليها القاضي للقيام بنشاطه التقديري، والقاعدة القانونية عامة ومجردة تنظم نشاط الأفراد، وأثناء ممارسة القاضي لعمله القضائي يكوّن قناعة شخصية في ضوء المعطيات والوقائع المعروضة أمامه، ومن ثم يوازن بين الوقائع المعروضة أمامه والواقعة النموذجية، ويحدد حقيقة الواقعة مستندًا إلى أدوات قانونية ووسائل ونظريات ومبادئ.

---

(1) علي محمد صالح الحيصة، مرجع سابق ص 54.

(2) علي محمد صالح الحيصة، مرجع السابق، ص55.

(3) الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص106.

كما يوجد معيار القانون الطبيعي: وهي مجموعة من المبادئ التي تتوافق مع العقل والمنطق وطبيعة الأشياء ومع العقل السليم. والمنطق مصدره الطبيعة وينادي به العقل السليم وله دور في العمل القضائي في جميع الأوقات[1].

ونجد أن المشرع العماني قد منح القاضي سلطة واسعة المدى يتمكن من خلالها النظر في الشروط التعسفية دون قيود تقيده بأي ضابط غير مراعاة مقتضيات العدالة كما جاء في قانون المعاملات المدنية في المادة رقم (158) التي تنص على: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك".

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد أي معايير يقوم من خلالها القاضي بتكييف الشروط التعسفية، لذلك؛ فإن تحديد الشروط، إن كانت تعسفية أم لا، متروك لسلطة القاضي التقديرية؛ كونها مسألة واقع ولا يوجد للمحكمة العليا رقابة على ذلك.

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا، لماذا يحق للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية؟

يعد التعسف في عقود الإذعان الدافع الذي يفتح الباب أمام القاضي في التدخل، وهذا يتبين من خلال المادة (158) من قانون المعاملات المدنية التي أوضحت أن المشرع العماني أعطى للقاضي الحرية المطلقة في النظر في طبيعة الشرط التعسفي دون تقييده بأي ضوابط غير ضرورية مراعيا بذلك مقتضيات العدالة، ونلاحظ بأن المشرع العماني لم يحدد معيارًا للقاضي على ضوئه يحدد التعسف، بل ترك أمر تكييف الشروط التعسفية وتحديد التعسف الواقع لسلطة القاضي وهي مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا.

ومما سبق، يتبين أن المشرع قد وفر حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان حيث أعطى للقاضي السلطة في التعديل ولم يقتصر بذلك على مهمة القاضي في التفسير فقط بل وسع نطاق سلطته لتعديل أي شرط تعسفي تضمنته العقود وبذلك يكون المشرع قد منح القاضي الحق في

(1) بشار محمود سليمان شويات، مرجع سابق ص96.

الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة العقدية بحيث يحق له إزالة الشروط التعسفية التي وردت في العقد أو الإعفاء منها وذلك في حدود ما تقتضي به العدالة، وكذلك أشار المشرع في المادة (158) من قانون المعاملات المدنية إلى أنه لا يحق لأطراف العقد استبعاد سلطة القاضي، وإن تم الاتفاق على ذلك، حيث إن سلطة القاضي هذه من النظام العام[1]، فإذا تم استبعاد سلطة القاضي يُعد ذلك الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام، ولو أجاز المشرع الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي لبقي الطرف المذعن بدون حماية وهذا أمرٌ غير مقبول في الوقت الحاضر، وبالتالي يملك القاضي حق التدخل لتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، وهذا استثناء من مبدأ سلطان الإرادة والقاعدة القانونية القائلة بأن: العقد شريعة المتعاقدين[2].

ومن هذا المنطلق؛ فإن سلطة القاضي التقديرية في مجال عقود الإذعان تتخذ ثلاث صور، وهي:

الصورة الأولى: تعديل الشرط التعسفي

الصورة الثانية: إلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه.

الصورة الثالثة: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، كما جاء في موضوع تفسير العقد سابقا.

عليه؛ سوف نتطرق إلى الصورة الأولى والثانية موضحين كل منهما بالتفصيل.

الصورة الأولى: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

يقصد هنا بـ"التعديل": الإبقاء على الشرط مع رفع التعسف الوارد فيه بالطريقة التي يراها القاضي مناسبة وتتماشى مع العدالة. وتُعرف هذه الرقابة من قبل القاضي "برقابة التعديل"[3]، وتتعدد أوجه التعسف بحسب ما يفرضه الطرف القوي من بنود تعسفية في العقد، وتتمثل في الأوجه الآتية:

---

(1) عبد الفتاح عزمي، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م، ص 214.

(2) أشرف قوقزة – سميرة الحموي، التعسف في عقود الإذعان (عقود التأمين وعقود الاستهلاك – دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2023م، ص 160.

(3) نقلاً عن: طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 223.

1. أن تتصل الشروط التي تتصف بالإذعان بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن مقابل الخدمة التي سيؤديها في العقد المحدد مما يجعلها جوهرية ويصعب الإعفاء منه دون أن يؤثر على استمرارية العقد فبالتالي تكون وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع التعسف الواقع على المتعاقد[1].

فعلى سبيل المثال: يحق للقاضي أن يخفض الغرامة المالية المحددة بالعقد لتتناسب مع طبيعة العقد والشرط المرتبط به والأثر الناتج عن مخالفته، وأيضا يحق للقاضي تعديل المواعيد المرتبطة بالشروط المتعلقة بتسليم منتج ما أو مشروع معين.

2. قد تكون الشروط مرتبطة بوسائل التنفيذ أو مدته فيكون التعديل إما بالنقصان أو الزيادة، ويتم تطبيق ذلك من خلال إزالة الشرط التعسفي بما يحقق الهدف الذي سعى إليه المشرع من منح القاضي هذه السلطة لإعادة التوازن العقدي.

فعلى سبيل المثال: يعد الشرط التي تضعه بعض شركات الاتصالات أو الكهرباء بفصل الخدمة المزودة في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة شرطًا تعسفيًّا يحق للقاضي التدخل وتعديله بتحديد فترة زمنية أطول من بعد إشعار المستهلك بدفع الفاتورة تزيد عن يوم واحد.

3. إذا اتصف الشرط التعسفي بالغبن الواضح ما بين ثمن الشراء أو مقابل الخدمة، فيحق للقاضي الإنقاص أو الزيادة بما يتناسب مع طبيعة كل من الشرط والعقد[2].

4. أن يرد الشرط في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تتمركز سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه كونه يعد شرطا تعسفيا [3].

وما ينبغي الإشارة إليه أن القاضي لا يجري تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه إلا بتقديم طلب من الطرف المذعن، عدا التي تتعارض مع النظام العام فيتدخل القاضي من تلقاء نفسه،

---

(1) محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه،1992م، جامعة عين شمس، مصر، ص 219.

(2) محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 286.

(3) عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 304.

فالطلب المقدم من الطرف المذعن هو الذي يبرر تدخل القاضي سواء بالتعديل أو الإعفاء، لذا أصبح تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمرًا مهمًا وذلك من أجل تحقيق هدفين: الأول تخويل القاضي سلطة تعديل العقد، والهدف الثاني: من أجل تحقيق المصلحة بما يتناسب مع السياسية الاقتصادية[1].

وبناء على ما سبق؛ فإن أي تعديل يقوم به القاضي على شرط تعسفي يرتبط بمقدار الضرر الناجم عنه وعن الالتزامات المرتبطة به فيحق له بموجب سلطته الزيادة أو التخفيض لصالح الطرف المذعن ليتحقق التوازن العقدي وإزالة الضرر عن الطرف المذعن.

ولكن ما الحكم لو أن العقد تضمن شرطًا تعسفيًّا، ولكن لم يتضرر منه الطرف المذعن، فهل يحق للمذعن الطعن على هذا الشرط؟

إذا تضمن العقد شرطًا تعسفيًّا ولكن لم يتحقق الضرر فلا يحق له المطالبة أمام القضاء بتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه؛ لأن وجود هذا الشرط وعدمه سواء؛ كونه لا يسبب ضررًا أو إجحافًا بحق الطرف المذعن. وكما هو معلوم فإن إقامة مطالبة قضائية أمام القضاء مناطة بتوفر مصلحة، وفي مثل هذه الحالة المصلحة غير متوفرة، وهذا ما تؤكده المادة (3) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية[2] التي تنص على أنه: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة يقرها القانون ...".

الصورة الثانية: إلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه.

في بعض الحالات إذا رأى القاضي أن تعديل الشروط التعسفية لا يفي بالغرض ولا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، يحق له أن يعفيه من الشرط التعسفي بإلغائه كما لو كان الشرط متمثلا في شروط الإعفاء من المسؤولية، ففي بعض العقود، مثل عقود خدمة الكهرباء، إذا وجد شرط

(1) أشرف قوقزة – سميرة الحموي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 161-162.

(2) صدر قانون الإجراءات المدنية والتجارية بموجب المرسوم السلطاني رقم (2002/29) بتاريخ 22 ذي الحجة 1422هـ الموافق 6 مارس 2002م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (715) الصادر في 17 مارس 2002م.

بقطع التيار الكهربائي نهائيا على الرغم من التزام الطرف المذعن بدفع الفواتير الصادرة فإن القاضي يحق له التدخل ورفع الشرط التعسفي.

إن سلطة القاضي في إعفاء المدين من الشروط التعسفية تأتي لإعادة التوازن العقدي تحقيقًا للعدالة التعاقدية التي يجب أن تكون متوازنة، فمتى ما وجد القاضي شرطًا تعسفيًا ووجد أن تعديله لا يحقق التوازن العادل، وأن هذا التوازن لا يتحقق إلا بإلغاء الشرط؛ يستطيع القاضي إعمال مكنة إلغاء الشرط التعسفي، وبالتالي إعفاء المدين من ذلك الشرط[1].

لكن في الواقع، تختلف الشروط التعسفية باختلاف نوع العقود. فشرط مثل "استبعاد المسؤولية بالضمان" يجب استبعاده من العقود وإلغاؤه، وكذلك شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمحتكر، والشرط الجزائي في حال المبالغة في التعويض. تجدر الاشارة هنا إلى أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يلغي مثل هذه الشروط وألا يطبق أي منها إطلاقا.

ومن الأمثلة على الشروط التعسفية التي يحق للقاضي الحكم بإلغائها: أن تضيف الشركات المزودة للخدمات الأساسية مثل: الماء والكهرباء شرطًا يسمح لها بقطع الخدمة دون وجود أي سبب وجيه.

ولممارسة هذه الصلاحية؛ يجب إثبات التعسف المرتبط بالشرط الوارد في العقد وهي مسألة نسبية ترتبط بطبيعة العقد وتختلف باختلاف الظروف المحيطة كالزمان والمكان، والمسألة، هنا، تقديرية، ويتم التعديل من قبل محكمة الموضوع دون أي رقابة من قبل المحكمة العليا كما جاء في نص المادة رقم (158) من القانون المعاملات المدنية وفقا لما تقتضيه العدالة. وهذه الفقرة تحدد معيارا يسترشد به القاضي وهو "العدالة" دون تحديد أي نمط يتم التعديل أو الإعفاء بناء عليه، بل تم ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

(1) بوبكر قارس، مرجع سابق، ص 449.

والسؤال الذي يمكن أن يُطرح بشأن سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية هو، هل يمكن أن يتفق طرفا العقد على تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية دون اللجوء إلى القضاء؟

لا يوجد ما يمنع طرفي العقد من الاتفاق على تعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي؛ لأن القانون منح الأشخاص حق إنشاء العقود وتحديد بنوده وفقًا لما يتفق مع القانون، فإنه من باب أولى يمنحهم الحق في تعديل العقد من حيث تعديل الشرط التعسفي لرفع التعسف عنه أو إلغائه، على أن يكون ذلك التعديل بما يتفق مع القانون؛ لأن من يملك سلطة الإنشاء يملك كذلك سلطة الإلغاء أو التعديل، وهذا الأمر جائز وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة، ولكن يجب ألا يخل التعديل أو الإلغاء بحقوق الغير، فمثلًا لو أن مشتري العقار رهنه ثم اتفق البائع والمشتري على إلغاء عقد البيع، فيعود العقار إلى البائع مثقلًا بالرهن[1]؛ لأن المرتهن يعد من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع، ويجب ألا يتضرر من إلغاء عقد البيع.

يتبين أن إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي سلاح خطر، وهو أخطر من رقابة التعديل، والقاضي لا يلجأ إلى الإعفاء من الشروط التعسفية إلا إذا قدّر أن التعديل لا يرفع التعسف من الشرط، وأن تحقيق العدالة بين طرفي العقد لا تكون إلا بالإلغاء؛ فيسمح للقاضي بإعمال هذه السلطة وهي سلطة إلغاء الشروط التعسفية. ولكن مما يلاحظ على سلطة القاضي من خلال المادة (158) من قانون المعاملات المدنية أنها سلطة جوازية، بينما من الأفضل أن تكون سلطته وجوبية؛ لأن القاضي لن يمارس سلطته إلا بناءً على طلب الطرف المذعن، بمعنى: متى ما طلب الطرف المذعن من القاضي حمايته من الشروط التعسفية، ووجد القاضي فعلًا أن الشروط تعسفية وجب عليه أن يحكم إما بالتعديل أو الإعفاء من أي شرط تعسفي، ولن يكون الحكم جوازيًّا مع وجود الشرط بل وجوبيًّا.

(1) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 12.

ومما ينبغي الإشارة إليه هو أنه متى ما حكم القاضي بتعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي، فإنه لا يجوز للقاضي إنهاء العقد ما دام متفقًا مع النظام العام والآداب العامة، كون أن تعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي من العقد يحقق له التوازن والعدالة[1].

(1) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 225.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوعًا مهمًا يبحث دور القاضي وسلطته التي منحها المشرع بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو تعديل الشروط التعسفية بما يرفع الضرر عن الطرف المذعن، إلى جانب تسليط الضوء على فكرة تفسير العقد بما يضمن تحقيق مصلحة الطرف المذعن من خلال رفع التعسف الواقع عليه من الشروط الجائرة التي فرضها الطرف الموجب القوي في العقد. ومن خلال استقراء وتحليل ما جاء في قانون المعاملات المدنية العماني وما انتهجته التشريعات المقارنة التي تخص هذا النوع من العقود؛ اتضح أن للقاضي سلطة تقديرية لإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية أو تعديلها، مما يؤكد مشروعيتها كنهج انتهجته التشريعات العربية والأجنبية.

وفي الختام، يمكن إجمال أبرز النتائج التي خرجت بها الدراسة، مع بعض التوصيات التي يأمل الباحث أن تسهم في معالجة القصور الذي يشوب هذا النوع من العقود وتطوير القوانين المتعلقة به.

أولا: النتائج

1. تعد معظم عقود الإذعان بموجب القانون من العقود المسماة والصحيحة قانونا والتي أقرتها وأشارت إليها معظم التشريعات والفقهاء والسلطات القضائية؛ كونها مبنية على ركن الرضا كسائر أنواع العقود الأخرى.

2. اتصاف عقود الإذعان بصفة عدم التوازن العقدي والخلل الناجم عن اختلاف واضح وكبير جدًا بين طرفي العقد من حيث القوة والسيطرة على شروط العقد.

3. كان لتطور الحياة الاقتصادية والمجتمعية السبب الرئيس في ظهور هذا النوع من العقود، بل وانتشارها بشكل واسع استغلالًا لحاجة الأفراد، وأدى هذا النوع من العقود إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة.

4. عدم وجود نصوص قانونية كافية بشأن هذا النوع من العقود بحيث تتصف القوانين بالقصور في هذا الجانب.

5. رغم أن العديد من التشريعات منحت القاضي سلطة في التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية، لكن تبقى غير كافية؛ نتيجة التطور الهائل والسريع الذي يمس هذا النوع من العقود.

6. إن سلطة المحكمة في إعادة التوازن العقدي في العقد المقترن بالشرط التعسفي تكون وجوبيةً الأمر الذي يختلف عن سلطتها وفق القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بعقد الإذعان حيث يتم تصحيح العقد باستبعاد الشرط الباطل المخالف للنظام العام بحكم القانون ودون حاجة لطلب المتعاقد الضعيف.

ثانيا: التوصيات

يقترح الباحث جملة من التوصيات، وهي على النحو الآتي:

1. أن يضع المشرع تعريفًا محددًا في قانون المعاملات المدنية لمصطلح "عقد الإذعان".
2. أن يضع المشرع الأحكام التفصيلية الخاصة بعقد الإذعان.
3. ضرورة إيجاد صيغ أنموذجية للعقود يعدّها مختصون بإشراف الجهات ذات الاختصاص، مثل: وزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار، وهيئة الخدمات المالية، وهيئة حماية المستهلك، والبنك المركزي العُماني، لضمان أن تكون الشروط الواردة في العقد متوازنة وملزمة لمقدم الخدمة والطرف الآخر المتعاقد معها.

قائمة المصادر والمراجع

أولًا: المراجع العامة:

1. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، موسوعة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، بدون طبعة، 1975م.
2. أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2007م.
3. بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد والاستقرار التعاقدي)، مجمع الأطرش للنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2017م.
4. جابر محجوب علي، محمد سامي عبدالصادق، طارق جمعه السيد راشد، مصادر الالتزام في القانون المصري (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، الطبعة الأولى، 2022م.
5. جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقود"، ترجمه: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2000م.
6. حسبو القزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تحليلية وتأصيلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، بدون طبعة، 1979م.
7. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع الإشارة للقوانين الإنجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة،1996م.
8. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 1976م.
9. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة، 2007م.
10. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م.

11. سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1999م.
12. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2006م.
13. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002م.
14. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي والفقه، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1989م.
15. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر وعقد التأمين، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1967م.
16. عبد الفتاح عزمي، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1983م.
17. عبد القادر الشيخلي، الصياغة القانونية "تشريعا فقها قضاء محاماة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة الأولى، عمان، 2014م.
18. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية "الجزء الأول في مصادر الالتزام"، الشركة الجديدة للطباعة والتجليد، عمان، الطبعة الأولى، 1993م.
19. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1974م.
20. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011م.
21. عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون طبعة، 1987م.

22. عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية "القوانيين المصري واللبناني والكويتي والسوداني والعراقي والليبي"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون طبعة 1974م.
23. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، 2004م.
24. العربي مياد، عقود الإذعان – (دراسة مقارنة)، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2004.
25. عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، بدون طبعة، 1994م.
26. علي فلالي، النظرية العامة للالتزام، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2005م.
27. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد "الالتزامات" موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001م
28. علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، الكتاب الأول، مجمع الأطرش للنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2018م.
29. عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة وتحليلية"، دار النشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م.
30. عمر نبيل إسماعيل، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية: طبقا لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1980 م
31. عمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في مواد المدنية والتجارية دراسة تحليلة وتطبيقية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، بدون طبعة، 2008م.
32. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، بدون طبعة، 1970م.
33. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 2020م.

34. محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات "المصادر الإدارية"، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون طبعة، 1993م.
35. محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية، الأجيال، سلطنة عمان، مسقط، الطبعة الأولى، 2020م.
36. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1997م.
37. محمد الشريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، دار التفسير للطبع والنشر، العراق، بدون طبعة 2015م.
38. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا وفرنسا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.
39. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الأول، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى 1992م.
40. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان ملائمًا لسائر الأقطار العربية، دار الكتاب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1890م.
41. محمد مرسي كامل، العقود المسماة الكفالة، الجزء الأول، المطبعة العالمية، مصر، الطبعة الثانية، 1952م.
42. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1979م.
43. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة السابعة، 1993م.
44. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1976م.

45. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في مواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2008م.

46. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني "العقد"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008.

47. هدى عبدالله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 2020م.

48. هشام طه محمود سليم، العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار،2014م.

49. همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1998م.

50. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1979م.

51. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2009م.

52. ياسمينة بشار، مسؤولية الناقل الجوي للركاب، الكتب العليمة بيروت، بدون طبعة، 2012م.

53. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، "مصادر الحقوق الشخصية"، الجزء الأول، المجلد الثالث دار وائل للطباعة والنشر، عمان، طبعة الأولى، 2002م.

ثانيًا: المراجع المتخصصة:

1. أشرف قوقزة – سميرة الحموي، التعسف في عقود الإذعان (عقود التأمين وعقود الاستهلاك – دراسة مقارنة)، الكتاب الأول، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2023م.

2. أشرف قوقزة – سميرة الحموي، التعسف في عقود الإذعان (عقود التأمين وعقود الاستهلاك – دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2023م.

3. أنس محمد عبدالغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر –الإمارات، بدون طبعة، 2013م.

4. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2014م.

5. إبراهيم سيد أحمد، عقود الإذعان فقهًا وقضاءً، دار الكتب القانونية، مصر، القاهرة، بدون طبعة، 2010م

ثالثًا: الرسائل العلمية

1. أحمد عبدالرحمن أحمد أصرف، سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان عقد التأمين نموذجًا "دراسة تحليلية"، رسالة ماجستير، 2018م، جامعة الأزهر، غزة.
2. بروين محمود محمد، حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، اطروحة دكتوراه،2019م جامعة بغداد، بعدد.
3. بشار محمود سليمان شويات، الرقابة القضائية على عقد الإذعان في القانون الأردني، أطروحة دكتوراه، 2019، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن.
4. حلا محمود شاكر الملا خلف، الحماية القانونية للمُذعن في عقود الإذعان، أطروحة دكتوراه 2022م، جامعة المنصورة، مصر.
5. خالد محمد سباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير،2001م، جامعة القدس، فلسطين.
6. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، 2019م، جامعة عبدالحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر.
7. علاء الدين محمد، تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، 2004م جامعة آل البيت، الأردن.
8. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، 2011م، كلية الحقوق، جامعة الشرق الوسط، الأردن.
9. فتحي ماجد التميمي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني،2010م، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن.

10. كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة الماجستير،2011م، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خده، الجزائر.
11. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، 1998، جامعة الجزائر، الجزائر.
12. محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، 2010م، الجامعة الأردنية، الأردن.
13. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه،2012م، جامعة باتنة، الجزائر.
14. محمد صبرى السعدى، تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، رسالة ماجستير، 1997م، جامعة القاهرة، مصر.
15. منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة الماجستير، 2008م، الجامعة الإسلامية، غزه.
16. نجلاء بنت محمد بن عبدالرحمن الجهني، أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة الماجستير، 2014م، جامعة المدنية العالمية، ماليزيا.
17. يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، 1995م، جامعة عين شمس، القاهرة.

رابعًا: البحوث والمقالات:

1. بوبكر قارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد (4)، العدد (3)، 2021م.
2. حسن الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 14 (427/3).
3. دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الأسمرية، المجلد السابع، 2007م.

4. راضي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، 2002.
5. الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، منشورات مجلة القضاء المدني – سلسلة دراسات وأبحاث، العدد الرابع، 2013م،
6. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة الأبحاث والدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج بلخضر باتنه، الجزائر، العدد (2) 2014م.
7. عبدالله عويد الرشيدي، نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 10، 2021م.
8. عبدالمجيد خلف منصور العنزي، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 10، 2021م.
9. محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية، دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانون الأمريكي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الحادي عشر 2019.
10. محمد فواز صباح الالوسي، بحث بعنوان التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2017م.
11. محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018م.
12. معمر بن عبدالرحمن العمري، أصول تفسير النظام، بحث تكميلي مقدم للمعهد العالي للقضاء بالرياض، 1420هـ،
13. ملاك بنت محمد السديس، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد 142، 2002م.
14. هشام بن حسين الشدي، التفسير القضائي للعقد، مجلة قضاء، العدد 33، 2023م.

15. يمنية بليمان، مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك، مجلة الفقه والقانون، العدد 85.
16. يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، العدد 2، 2019م.

خامسًا: مجموعة الأحكام القضائية:

1. مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001م وحتى 2010م، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني.
2. مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2012م وحتى 30 من يونيو 2014م للسنتين القضائيتين (13 – 14)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة.
3. مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2014م وحتى 30 من يونيو 2016م للسنتين القضائيتين (15 – 16)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة.
4. مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2016م وحتى 30 من يونيو 2018م للسنتين القضائيتين (17 – 18)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة.
5. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا دائرة الأحوال الشخصية والدوائر المدنية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 1 من أكتوبر 2020م وحتى 30 من سبتمبر 2021م السنة القضائية (21)، المجلس الأعلى للقضاء، المحكمة العليا، المكتب الفني، بدون طبعة.

سادسًا: التشريعات:

أ – التشريعات المحلية:

1. قانون شركات التأمين بموجب المرسوم السلطاني رقم (12 /79) بتاريخ 21 مارس 1979م وهو مكون من (64) مادة، ونشر في الجريدة الرسمية العدد رقم (176) الصادر في 1 أبريل 1979م.
2. قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (99/17) الصادر في تاريخ 06 مارس 1999م بموجب المرسوم السلطاني رقم (99/17)، والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم (2023/23) ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1490) الصادر في 25 أبريل 2014م.
3. قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (2002/29) صدر هذا القانون بموجب المرسوم السلطاني رقم (2002/29) بتاريخ 22 ذي الحجة 1422هـ الموافق 6 مارس 2002م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (715) الصادر في 17 مارس 2002م.
4. قانون المعاملات المدنية العماني رقم (2013/29)، صدر هذا القانون بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29) بتاريخ 25 جمادى الآخرة 1434هـ الموافق 6 مايو سنة 2013م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1012) الصادر في 12 من مايو 2013م.
5. قانون حماية المستهلك رقم (2014/66) الصادر في تاريخ 7صفر 1436هـ الموافق 30 من نوفمبر 2014م بموجب المرسوم السلطاني رقم (2014/66)، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1081) الصادر في 7 ديسمبر 2014م.
6. اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك صدرت بموجب قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لحماية المستهلك رقم (2017/77) بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1438هـ الموافق 9 مارس 2017م ونشرت في الجريدة الرسمية العدد (1185) الصادر في 12مارس 2017م.
7. النظام الأساسي للدولة بموجب المرسوم السلطاني رقم (6 /2021) بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 11 يناير سنة 2021م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (1374) الصادر في 12 من يناير 2021م.

ب – التشريعات العربية:

1. القانون المدني المصري بموجب القرار الجمهوري رقم 313 لسنة 1947م، بتاريخ 09 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو سنة 1948م، وهو مكون من (1149) مادة (معدل)، ونشر في بالجريدة الرسمية والوقائع المصرية العدد (108) مكرر الصادر في 13 من أكتوبر 2021م.
2. القانون المدني الأردني رقم (1976/43) بتاريخ 8/1 / 1976م، وهو مكون من (1449) مادة ونشر في الجريدة الرسمية العدد (2645) بتاريخ 1976/8/1م.
3. القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على ممارسات التجارية رقم 02/04 الصادر بتاريخ 2004/6/23م/ العدد 41 بتاريخ 2004/6/27م، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/8/15م، العدد 46 بتاريخ 2010/8/18.

ج – التشريعات الأجنبية:

1. القانون المدني الفرنسي المعدل رقم 2016/313، 10 فبراير 2016م نشر في الجريدة الرسمية العدد (35) بتاريخ 11 فبراير 2016م.

سابعًا: المعاجم اللغوية:

1. محمد أبو بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان – بيروت.
2. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.

ثامنًا: المواقع الإلكترونية:

1. الموقع الإلكتروني لمعنى لكل رسم معنى،https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/ تاريخ الاطلاع 9 يوليو 2024م.
2. موقع قانون https://qanoon.om/ تم الاطلاع عليه بتاريخ 92024/5م.
3. الموسوعة العربية https://www.arab-ency.com.sy/ency/details تم الاطلاع عليها بتاريخ 08 يونيو 2024م.

4. لاحم حمد الناصر، مقال بعنوان أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، https://ketabonline.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 10 يونيو 2024م.
5. محمد عنتر https://egyls.com/ مقال بعنوان مبدأ سلطان الإرادة في القانون، تمت زيارة 2. المواقع بتاريخ 3 أغسطس 2024م.
6. الإيجاب والقبول في العقود، موقع حماة الحق،https://jordan-lawyer.com / تمت زيارة الموقع بتاريخ 3 سبتمبر 2024م.
7. عبدالقادر ورسمه، عقود الإذعان، مقال منشور في جريدة عمان، 2019م.https://www.omandaily.om/ تم الاطلاع عليه بتاريخ 02 أكتوبر 2024م.
8. عيسى بن علي الغساني، مقال منشور بجريدة الرؤية بعنوان سيادة القانون وتفسير النص القانوني، https://alroya.om/post/ بتاريخ 04 فبراير 2021م، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/10/06م.
9. فن الصياغة القانونية، بحث منشور في منصة ثقيل، https://thqil.com/ar/article تمت زيارة الموقع بتاريخ 22 سبتمبر 2024م.
10. محمد لشقار، بحث بعنوان مفهوم التفسير وأنواعه، موقع العلوم القانونية، https://www.marocdroit.com/ تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/10/06م.

الفهرس

المحتويات

الإشراف على الرسالة ..... أ

لجنة مناقشة الرسالة..... ب

الإقرار ..... ج

الآية القرآنية ..... د

الإهداء .....هـ

الشكر والتقدير ..... و

الملخص..... 1

Abstract..... 2

المقدمة: 3

الفصل الأول: ماهية عقد الإذعان ونشأته وطبيعته القانونية 9

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان وخصائصه 10

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان ونشأته وتطوره 11

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان 11

الفرع الثاني: نشأة عقود الإذعان وتطورها..... 19

المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان وخصائصه وصوره 23

الفرع الأول: أركان عقد الإذعان..... 23

الفرع الثاني: صور عقود الإذعان وخصائصه 29

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان والعوامل المؤثرة عليه..... 39

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية للطبيعة القانونية لعقد الإذعان 40

الفرع الأول: الاتجاه الذي يرفض الصفة العقدية في عقد الإذعان..... 40

الفرع الثاني: الاتجاه الذي يؤكد الصفة العقدية في عقد الإذعان..... 43

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في عقود الإذعان من الناحية الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية 46
الفرع الأول: العوامل الاقتصادية والقانونية المؤثرة في عقود الإذعان 46
الفرع الثاني: العوامل الاجتماعية والمادية المؤثرة في عقد الإذعان 48
الفصل الثاني: حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها 50
المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومبدأ سلطان الإرادة 51
المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقضاء 52
الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقضاء 52
الفرع الثاني: ممارسة القاضي للسلطة التقديرية..... 56
المطلب الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه 59
الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه 59
الفرع الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة 70
المبحث الثاني: تفسير عقود الإذعان وسلطة القاضي على الشروط التعسفية من حيث التعديل أو الإعفاء 74
المطلب الأول: تفسير عقد الإذعان وأهميته وأنواعه 75
الفرع الأول: مفهوم تفسير عقد الإذعان وأهميته 75
الفرع الثاني: أنواع التفسير في عقد الإذعان..... 79
المطلب الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان 89
الفرع الأول: سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية..... 90
الفرع الثاني: المعيار الذي يلجأ إليه القاضي في استخدام حقه في حماية الطرف المذعن 102
الخاتمة: 111
أولا: النتائج 111
ثانيا: التوصيات.....112
قائمة المصادر والمراجع.....113