التعسف في عقود الإذعان

Arbitrariness in adhesion contracts

م.م محمد فواز صباح الآلوسي

مكان العمل : تدريسي في كلية المعارف ومقرر قسم القانون

عنوان المراسلة : العراق / الأنبار

الملخص

عقود الإذعان غالباً ما تقترن بشروط تعسفية يفرضها الموجب على القابل ويستبعد معها كل نقاش، كون هذه العقود تتعلق بخدمات وسلع لا غنى عنها، وان المشرع سواء في العراق أو في معظم البلاد العربية لم ينظم هذه العقود بشكل كامل ومباشر، وعدم قيامه بوضع تعريفا محددا وشاملا لمفهوم عقد الاذعان وكذلك لمفهوم الشروط التعسفية وعلى المشرع تنظيم أحكام عقد الاذعان بشكل يتلائم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية والتي أفرزت الحاجة لهذه العقود بغية توفير حماية الطرف الضعيف والحد من الإذعان .

Abstract

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

المقدمة:

يثير مفهوم التعسف في عقود الإذعان غموضا من حيث تعريفه ومن حيث معيار تحديده وأنواعه، فكونه مفهوما حديثا لم ينل حظه من التحديد والتعريف ولا زال تنازعه عدة نظريات وأفكار بينما هو تقليدي وبينما هو حديث، إذ الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة بين أطراف العقد وهذا هو شان العقود جميعا، لكن عندما

ظهرت عقود الإذعان استبعد كل نقاش ذلك لأن أحد الطرفين شعر بقوته الاقتصادية القانونية أو الفعلية فأصبح يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذه جمله أو يدعها دون تعديل مما يضطر الطرف الآخر إلى أن يقبل التعاقد لأن المسالة تتعلق بمرفق أساسي لا غنى له عنه فهو بذلك يرضخ ويذعن لمشيئة الطرف القوي[١].

ومع التطور الاقتصادي الذي تشهده الحياة المعاصرة وتعدد الحاجيات الضرورية باتت الكثير من العقود تتضمن مثل هذه الشروط ولم يقتصر نطاق الشروط التعسفية على عقود الإذعان فحسب، إلا أن هذه الشروط تكاد تلازم عقود الإذعان أكثر من ملازمتها العقود الأخرى، كما أنها تبدوا أكثر أهمية في عقود الإذعان ذلك لأن هذه الطائفة من العقود تنعدم فيها المناقشة ولا يسمح للطرف القابل بحث شروطها على قدم المساواة مع الطرف الموجب، فهو أما يقبل العقد بكافة شروطه المعدة من قبل الطرف القوي اقتصاديا وأما يدعها جملة.

لذلك سنتناول في المبحث الأول مفهوم عقد الإذعان من حيث التعريف، والطبيعة القانونية، والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، وفي المبحث الثاني مفهوم الشروط التعسفية، ومعاييرها وأنواعها، ومعالجة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك وسيكون ذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول ماهية عقد الإذعان .

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان .

المبحث الأول

ماهية عقد الإذعان

أن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود واقتضى هذا ضرورة إبرام اكبر عدد ممكن في أقل وقت وبأقل مجهود فترتب على ذلك انفراد الموجب في تحديد شروط العقد واستحالة النقاش عند إبرامها وقد وجد إلى جانب هذا التطور تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار قانوني أو فعلي[٢] وأن هذا التطور أدى إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبيه حاجات الأفراد الضرورية أطلق عليها تسمية عقود الإذعان، لذلك سنتناول بداية التعريف بهذه العقود ومن ثم الخصائص القانونية المميزة لها والقبول والرضا فيها، وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بعقد الإذعان .

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

المطلب الأول

التعريف بعقد الإذعان

إن الصعوبات التي واجهت تعريف عقد الإذعان على صعيد الفقه والتشريع، أدت إلى عدم وجود تعريف يمكن اعتباره جامعا له، فنظرية الإذعان تتغلب عليها النزعة

الاقتصادية لذلك لا ينتظر من تعريف عقد الإذعان إلا أن يكون متأثراً بهذه النزعة، فناحية الإذعان في العقد كانت نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه، وهذا الاختلال في التوازن أدى إلى أن يتمتع احد الطرفين بمركز اقتصادي متفوق، وهذا التفوق أتاح للطرف القوي إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطاً لا تقبل لها تعديلا أو تغيراً، وهذا الطرف القوي قد تيسر له ذلك لأنه يحتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية للجمهور ولا بد أن يتعاقد بشأنها. وعلى ضوء ذلك سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحا وفقها وفي الفرع الثاني الخصائص المميزة لعقود الإذعان وفي الفرع الثالث الإيجاب والقبول في عقود الإذعان وكما يلي:

الفرع الأول:

تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحاً

ونتناول التعريف في فقرتين :

الفقرة الأولى : تعريف عقد الإذعان لغة.

الإذعان هو الإسراع مع الطاعة والخضوع والانقياد والإقرار، من ذعن يذعن ذعنا، وهو الإسراع مع الطاعة، تقول: أذعن لي: أي طاوعني لما كنت ألتمسه منه وسارع إليه[3]، واختلف أهل اللغة هل الإذعان هو الخضوع مع الذل والهوان كما قال به صاحب القاموس المحيط وصاحب لسان العرب وصاحب مختار الصحاح، أو هو بدون ذل وهوان؟ قال به صاحب الفروق اللغوية[4]، والإذعان هو الانقياد، يقال أذعن الرجل إذا انقاد والإذعان للحق الاعتراف به وهو الإقرار[5].

من خلال ما سبق نخلص أن الإذعان في اللغة هو الانقياد بسرعة مع الطاعة والإقرار والخضوع، والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة الموضوع هو (الانقياد والخضوع).

الفقرة الثانية: تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً.

أن المعنى الاصطلاحي لكلمة (الإذعان) لا يخرج عن معناه اللغوي[6]، أما من الناحية الفقهية تعددت التعريفات لعقد الإذعان والتي تنصب تقريبا حول نفس الإتجاه وكما يأتي :

١- تعريف سالي: وهو الذي يجمع الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن عقد الإذعان (هو محض تغليب لأراده واحده تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعه غير محدده وتفرضه مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد)[7].

٢-تعريف الصدة، عرف عقد الإذعان بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها وذلك فيما يتعلق بسلعه أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها)[8].

٣-تعريف السنهوري: عرف عقد الإذعان بأنه (صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصوره منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه كليا

دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومه حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد)[9].

ويلاحظ أن المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والفقرة الأولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٠) من القانون المدني المصري، لم تتضمن تعريفا شاملا لعقد الإذعان بحيث يتضمن جميع المقومات المميزة له بل هي تقتصر على وصف القبول فيه لا غير.

وعقود الإذعان في فرنسا يطلق عليها عقود الانضمام (contrats d,adhesion) لأن من يقبل العقد انضم إليه دون أن يناقشه[10]، غير أن الأستاذ السنهوري أطلق عليه عقد الإذعان لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول وقد راجت هذه التسمية في لغة القانون فقها وقضاء وانتقلت إلى القوانين المدنية العربية، ومنها القانون المدني العراقي، وقد اختار قانون الموجبات اللبناني في المادة /١٧٢ تسمية هذا العقد بعقد الموافقة[11].

ونرى أن (الانضمام) أعم من الإذعان لأنه قد يقع الانضمام دون أن يتوفر فيه معنى الإذعان، كما هو الحال في عقود الشراء من المحال التجارية الكبيرة ذات الأسعار المحددة، فهو إنضمام عن رضا وإختيار ولا يحد من الحرية التعاقدية، ولأن المشتري بإمكانه أن يتجه إلى محل آخر في حالة عدم اقتناعه بالمحل الأول.

الفرع الثاني

الخصائص المميزة لعقد الإذعان

لتحديد فيما إذا كان العقد عقدا من عقود الإذعان أم لا، يتطلب تحديد الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره، ولعقود الإذعان خصائص معينه هي:

الفقرة الأولى: أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلبا لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضح[12] وهذه الميزة تمكن الطرف القوي في العقد من وضع شروطه وأن يفرضها دون تحفظ لأنه لا يخشى المنافسة التي تحمله على مراجعة شروطه وانصراف الطرف الآخر إلى حيث يجد شروط أفضل وليس له تبعا لذلك إلا أن يرضخ ويذعن لما قدم له من شروط[13] وقد نصت على ذلك المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بقولها (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشه)[14]، ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين:

الاولى: تمتع الموجب باحتكار قانوني مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني لأنها الوحيدة التي يمكن تقديمها هذه الخدمات دون أي مناقشه.

الثانية: تمتع الموجب باحتكار فعلي مثل ما هو الحال في منطقه لا توجد فيها إلا شركة تامين وحيده ففي عقد التامين يبرز التفوق الاقتصادي الواضح للمؤمن حيث تقدم عمليات التامين بطبيعتها مخاطر ضخمه تبوئها كاهل الشخص المنفرد مما يجعلها

دائما حكرا على الشركات القوية والغنية، وإذا كانت شركات التامين لا تتمتع باحتكار قانوني إلا أنها في الواقع تتمتع باحتكار فعلي حيث تتفق الشركات فيما بينها على تعريفة القسط وعلى شروط عامة تكون متماثلة إلى حد كبير بحيث أن طالب التامين إلى أي شركة يتوجه فأنه سيواجه نفس التعريفة ونفس الشروط مما يضطره إلى التعاقد مع أول شركة تقابله راضيا بما تمليه عليه من شروط دون أدنى مناقشه[15].

الفقرة الثانية: أن يتعلق العقد بسلعه أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين وهذه الميزة تعتبر مكمله لسابقتها لذلك أن أغلب الشراح يذكرهما معا على إنهما طابع واحد لعقد الإذعان وذلك لان الموجب إذا كان يمكنه أن يفرض شروطه فذلك ليس بسبب قوته الاقتصادية فحسب ولكن أيضاً لأن الطرف المذعن في حاجه ملحه إلى أن يتعاقد ولان غالب عقود الإذعان ضرورية أو على الأقل كبيرة الفائدة وهي التي لا غنى للناس عنها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي وضعها الموجب ولو كانت جائرة[16].

ويذهب اتجاه إلا أن مفهوم السلع والخدمات الضرورية يجب التوسع فيه وعدم تفسير الضرورة تفسيرا اقتصاديا بل تفسيراً حضارياً فمثلا تعاقد التاجر مع القائمين على تنظيم شؤون المعرض، وعقد الإيجار في المدن الكبيرة لأغراض مهنية، أو لأغراض السكنى أصبح من عقود الإذعان ومن ثم يمكن الأخذ بهذا الرأي في العراق نظرا لعدم وجود نص في القانون المدني العراقي يشعر بأن عقد الإذعان لا يتم إلا مع من يتمتع بالاحتكار بل مناط عقد الإذعان هو التسليم لإيجاب موضوع لا يقبل مناقشة يستوي في ذلك أن ينصب هذا الإيجاب على سلعة أو مرفق ضروري أو لا ينصب على هذا أو تلك[17].

الفقرة الثالثة: أن يكون الإيجاب عاما ودائما يوجه لأشخاص غير معدودين ويحتفظ به لمده غير محدودة وقد يكون لزمن معين، فهو إيجاب موجه للجمهور أو إلى فريق معين تتوفر فيه صفات معينه وذلك لان شخصية المذعن ليست محل اعتبار، فشركة السكك الحديدية لا تهتم بصفة من يدفع التذكرة من المسافرين وكذلك الإيجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء أو الماء الهاتف هو إيجاب إلى كل الناس دون اهتمام بصفة الشخص الراغب في الاشتراك أو مهنته[18] كذلك يحمل الإيجاب طابع الدوام والاستمرار فيحتفظ به لمده غير محدودة فذلك هو الذي يتفق مع طبيعة العملية ومع كونها تتم بالنسبة لعدد كبير غير محدود من الأفراد، ويلاحظ أن طابع العموم في الإيجاب ليس قاصرا على عقود الإذعان فهو موجود في البيوع بأسعار محدده التي تقوم بها المحال التجارية الكبرى وكما هو موجود في بيوع المزاد تبعا لقائمه معينه للشروط وليست هذه العمليات ومثيلاتها تدخل في عقود الإذعان والحقيقة أن طابع العموم في الإيجاب هو مظهر لتطور الفن التعاقدي أكثر منه صفة قاصرة على عقود الإذعان[19].

الفقرة الرابعة: صدور الإيجاب في قالب نموذجي ويعرض ككل يقبل جمله أو

يرفض جمله، ويغلب أن يكون في صيغه مطبوعة تنطوي على كثير من الشروط المعقدة لا يفهمها الشخص العادي وقد لا يكلف نفسه مشقة قراءتها وتتضمن عادةً شروطاً كثيرة في صالح الموجب بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من الطرف المذعن وبعضها يعفي أو يحد من مسؤولية الموجب التعاقدية.

إن الخصائص السابقة لازمة لإعتبار العقد من عقود الإذعان فإن لم تتوافر هذه الخصائص مجتمعه لا يعد العقد من عقود الإذعان وبالتالي لا يأخذ حكمه[20]، وقد حددت محكمة التمييز العراقية **مميزات** عقود الإذعان في قرار لها :

عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينه تحددها **خصائص** هي:

١-تعلق العقد بسلع أو مرافق من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

٢-احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣-صدور الإيجاب إلى الناس كافه وبشروط واحده مفصله أكثرها لمصلحة الموجب ومن أمثال هذه العقود شركة الكهرباء والتأمين .

ويتضح من هذا القرار أن محكمة التمييز العراقية حددت خصائص عقود الإذعان على النحو الذي يحدده الفقه، وأن هذه الخصائص جعلت الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود يختلف عنه في العقود الأخرى فالتفوق الاقتصادي للطرف الموجب وتعلق موضوع العقد بسلع أو مرافق يعد من الضروريات جعلت الإيجاب الصادر من الطرف القوي إيجاباً باتاً يقابله إذعاناً من الطرف الضعيف حيث لا يتم هذا بحريه في المفاوضة أو المساومة أو المناقشة فهو أما أن يقبله أو يرفضه فيتحمل الحرمان الناتج عن عدم حصوله على السلعة أو الخدمة التي تعتبر ضرورية له.

الفرع الثالث

الرضا في عقود الإذعان

الأصل في العقود أن تتم نتيجة مفاوضة بين الطرفين يقف كل منهما من الآخر على قدم المساواة حيث يتاح لكل منهما مناقشة جميع شروط العقد مع الطرف الآخر إلى أن يصلا إلى اتفاق تام على جميع شروط العقد، لكن الأمر مختلف تماما في عقود الإذعان فالإيجاب والقبول في عقود الإذعان يتميزان ويختلفان عن العقود الأخرى ولكل منهما طابعه الخاص لذلك سنتناول كل منهما على جانب:

ألفقـرة الأولى:الإيجـاب في عقـود الإذعان

يتميز الإيجاب في هذه الطائفة من العقود **بالمميزات** التالية:

١-إيجاب قطعي:

أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في صوره قاطعه ويشتمل على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه وبذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب[٢١]، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بقولها (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم

بمشروع عقد بنظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)، وتنص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري على أن (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)[٢٢]، إلا أن هذا لا يمنع في بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الموجب المتفوق اقتصاديا في العقد مجرد دعوه إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب وذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن محل اعتبار في العقد كما هو الحال حين ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخه من العقد إلى أحد الأشخاص إذ أن هناك اعتبارات شخصية يجب أن تبحثها الشركة قبل التعاقد، كما أنه لا يمنع في صور أخرى من أن يكون الإيجاب مصحوبا بشروط أو تحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع كما هي الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت ومع ذلك فحتى في هذه الصور يكون العرض فيما عدا هذه التحفظات الضمنية وتلك الاعتبارات الشخصية متضمنا لكل شروط التعاقد[٢٣].

٢-إيجاب عام ودائم:

يصدر الإيجاب من المتفوق اقتصاديا في عقد الإذعان إلى الناس كافة وبشروط متماثلة تصدر من محتكر قانوني أو فعلي، فهو إيجاب غير شخصي ذلك لان شخصية المذعن ليست محل اعتبار فالإيجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء إيجاب لكل الناس ولا تهتم المؤسسة إلى صفة الشخص الراغب في الاشتراك أو مهنته أو ما إلى ذلك من صفات شخصية[٢٤]، وهو إيجاب دائم إذ يصدر على نحو مستمر فيكون ملزما لمده أطول بكثير مما عليه الحال بالعقود العادية ، وأن اظهر ما يبدو في طول مدة الإيجاب ذلك الإيجاب الذي يصدر عن موجب يتمتع باحتكار قانوني مثل (مصلحة الكهرباء، الماء، الاتصالات، السكك الحديدية) فهو يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفه تخضع لموافقة السلطات العامة وليس له أن يعدل هذه الأسعار أو الشروط إلا بموافقة من هذه السلطة ومثل هذه الموافقة لا ينتظر صدورها إلا بعد مضي مدة طويلة جداً[٢٥].

٣-الإيجاب يجب أن ينشر:

يجب عرض هذا الإيجاب على الجمهور بنشره أو بتمكين من يريد الاطلاع عليه عن طريق المنشورات أو عن طريق اللصق في أماكن ظاهرة للعيان أو حتى عن طريق الإشارة إلى مطبوعات يسهل الرجوع إليها للتعرف على مدى الإيجاب وشروطه، فإذا تم ذلك فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به حتى ولو ثبت أنه لم يطلع عليه بالفعل مادام أنه كان يستطيع الاطلاع عليه[٢٦] فإذا نشر الإيجاب أصبح ملزما حتى بالنسبة للشخص الأمي الذي لا يعرف القراءة[٢٧].

٤-الإيجاب يؤخذ بجميع شروطه وتحفظاته:

فالإيجاب لا يلزم من صدر عنه إلا في الحدود التي يفصح فيها هذا الإيجاب عن رغبته في أن يلتزم وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون الإيجاب مصحوبا بشروط أو تحفظات ضمنية وهذه التحفظات هي فقط تلك التي تكون موجودة بطبيعتها نتيجة

للظروف العامة التي يوجد فيها الموجب[٢٨]، لهذا كان للناقل أن لا يقبل أشخاص في حالة سكر بين لأنهم قد يسببون بعض الحوادث، كذلك صاحب الفندق أن لا يقبل إلا أناسًا ذوي هيئة مناسبة تتلاءم مع نوع فندقه ودرجته[٢٩] والقاضي يأخذ بالتحفظات الضمنية التي تكون ضرورية لصاحب العمل فلمدير المسرح أن يرفض دخول شخص في مسرحية كان في اليوم السابق سببا في وقوع فضيحة لان هذا يقتضيه حسن سير العمل لكن هذا المدير لا يحق له أن يمنع دخول منافس جاء ليحكم على مدى صلاحية الممثلين لان هذا لا يقتضيه حسن سير العمل بل تقتضيه حب منع المنافسة[٣٠].

٥-الإيجاب حتمي:

لا يعتبر مجرد احتراف مهنة معينه أو ممارسة تجارة معينة في حد ذاته إيجاباً إنما الأصل بالنسبة لمحترف المهنة أو لممارس التجارة أن يدعوا الجمهور إلى التعاقد، إلا أن الأمر يختلف في حال احتكار ذلك المحترف للمهنة أو التجارة ففي هذه الحالة يعتبر في حالة إيجاب ملزم وينبغي عليه أن يقبل كل شخص يتقدم إليه وأن يلتزم بإيجابه فلا يرجع عن طول مدة الاحتكار ويكون هذا الإيجاب في غاية الوضوح في حالة الاحتكار القانوني فالشركات أو المصالح أو الأفراد الذين يحتكرون (قانوناً) عمليات النقل المختلفة والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية وتوريد الماء والكهرباء والغاز إنما تخضع لتنظيم خاص بينها وبين السلطة العامة يفرض عليها أن تقبل كل من يتقدم إليها من الجمهور في ظروف معينه وبشروط خاصة يحددها هذا التنظيم كذلك يوجد الإيجاب الحتمي في حالة الاحتكار الفعلي مادام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري فكلما تأكدت صبغة المنفعة العامة في العمل الذي يقوم به المحتكر كلما كان مطالبا بسد حاجيات الجمهور بشأنه[٣١].

الفقرة الثانية: القبول في عقود الإذعان

توحي فكرة الإذعان بأن القبول في هذه العقود يختلف عن القبول في العقود الأخرى في أنه لا يعبر عن إرادة حقيقية بالقابل حيث يكون القبول إذعاناً ورضوخاً وتسليماً بالشروط التي جاء بها الإيجاب فالموجب يصدر إيجابًا نهائياً ولا يكون عنده استعداد لقبول بحثه أو مناقشته[٣٢] وقد نصت على ذلك الفقرة (١) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بقوله (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)، وتنص المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني على (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)، وتنص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري على أن (القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)[٣٣] والقبول في عقود الإذعان يتحقق بموافقة المستهلك على الشروط أو على النماذج التي فرضها الطرف القوي ،وقد ورد في مذكره الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن القبول في عقد الإذعان (أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة)[٣٤].

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال: هل يمكن اعتبار الإذعان في مثل هذه العقود ضربا من القبول

بالإكراه وبالتالي عيبا من عيوب الرضا الذي يؤدي بالعقد إلى البطلان؟

والواقع أنه لا وجه للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضاء مشوبا بعيب الإكراه ذلك لان الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما لأنها تنعدم تحت وطأة الإكراه، في حين أن عقود الإذعان لا تعدم الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بتحديد شروط التعاقد، ومن وجه آخر فأنه ليس هنالك إكراه في عقود الإذعان على قبول التعاقد لأن القبول فيها يقع على بينه واختيار بخلاف الوضع في القبول المعيب بالإكراه ولقد عرفت الفقرة (١) من المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي الإكراه بقولها (الإكراه هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه) ومن هذا التعريف يتضح أن الإكراه يتطلب توافر ثلاثة عناصر هي (الإجبار، والتأثير في الرضاء، وعدم مشروعية الإكراه) وعند النظر إلى العناصر الثلاثة نجدها بعيده عن عقود الإذعان.

الفقرة الثالثة: حالات رفض القبول

القاعدة هي أن لكل إنسان أن يقبل الإذعان وليس هناك استثناء لذلك إلا ما كان نتيجة طبيعية لنوع الأعمال التي يقوم بها الموجب، كما في حالة صاحب المصنع الذي يمكن أن يعتبر ضمنا أنه لا يبيع إلا لتجار الجملة إذ أن طبيعة عمله تقتضي ذلك[٣٥] ويمكن أن نتعرف على الحالات التي يمكن فيها رفض القبول وهي كالتالي:

١. حالة التحفظ الصريح والتحفظ الضمني

هناك حالة لاشك فيها هي حالة التحفظ الصريح، يمكن للموجب أن يتحفظ دائما فينص على أن لا ينفذ إيجابه في حالات معينه ينص عليها، وعلى عكس ذلك هناك حالات أخرى وهي التي يوجد فيها نص يقرر أن الموجب لا يمكنه أن يرفض القبول وهذه هي حالة الاحتكار القانوني كما هو الحال في مرافق النقل والمياه والكهرباء والغاز[٣٦] ويرى البعض أن الإيجاب الذي يوجه إلى الجمهور لأشخاص غير معينين يتضمن دائما تحفظات ضمنية لم تجر العادة بإعلانها فعقود الإذعان تشتمل على شروط أو تحفظات ضمنية وهي تلك التي تنطق بها طبيعة العملية وتفرضها مصلحة العمل[٣٧] والمسألة كما يبدو تقديرية، ولكن رفض القبول يجب أن يستند إلى دوافع عادله وأسباب معقولة تنهض بها طبيعة العملية ويبرزها حسن سير العمل لدى الموجب، فالموجب يجب أن تكون له مصلحه معقولة في أن يرفض التعاقد فليس له أن يرفضه حسب هواه أو لمجرد الأضرار[٣٨] وعلى ضوء هذا يكون لشركة التامين أن ترفض تأمين شخص معرض للأخطار بنوع خاص ولكن ليس للموجب أن يرفض التعاقد مع شخص لأنه سبق وأن كانت له بينهما قضية أو لسوء سيرة هذا الشخص مما لا علاقة له بصالح العمل.

٢. حالة إبرام عدد محدود من العقود

يتصل بما سبق من إمكان رفض الموجب للقبول أحياناً حالة خاصة هي تلك التي لا يمكن للموجب فيها أن يبرم من العقود إلا عددا محدودا والمسألة هنا لا تخرج عن حدود تحفظ ضمني في الإيجاب يفهم منه أن الموجب وهو يعلن استعداده للتعاقد إنما يتجه إلى أن يقوم بذلك في حدود طاقة

مشروعه، فالحالة هنا وأن كانت تختلف في طبيعتها عن الحالات السابقة إلا أنها تشترك معها في الخضوع لأصل عام يقوم على شروط ضمنية في الإيجاب[٣٩] وفي هذه الحالة يمكن للموجب أن يرفض أي عقد يأتي بعد استنفاذ العدد الممكن، فمدير المسرح مثلا له أن يرفض دخول أي شخص من الجمهور إذا كانت المقاعد شغلت جميعها، وشركة السكك الحديدية يمكنها أن ترفض المسافرين إذا كانت المقاعد قد ملئت[٤٠]، فالملاحظ أن الموجب لا يكون ملزما بالتعاقد إلا في حدود طاقة مشروعه وفي هذه الحالة تكون الأفضلية للأسبق ومثل هذا الوضع يكون مقبولا بالنسبة لخدمات خاصة كالمسارح أو وسائل نقل معينه، أما إذا تعلق الأمر بمرفق أساسي لا غنى عنه كالنقل بالسكك الحديدية أو المياه أو الكهرباء أو الغاز، يتغير الوضع تماما لأنه لا يستطيع أحد من الجمهور أن يكون في غنى عن هذه المرافق الضرورية ولأن الاحتكار القانوني يخضع لتنظيم خاص يتم بين السلطات العامة والملتزم وهذا التنظيم يفرض على الملتزم أن يقوم بما يواجه به كل طلبات الجمهور واحتياجاته فيما يتعلق بالمرفق الذي منح امتيازه لهذا كان من الطبيعي أن يستعد الموجب بأدوات ومواد تكفي لمواجهة ما يطلب منه ولا تعفيه من ذلك إلا القوى القاهرة.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الإذعان:

على الرغم من اتفاق الشراح على أن عقود الإذعان لها مميزات وصفات خاصة فإنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الطائفة من العقود فقد انقسم الفقه في معالجة عقود الإذعان إلى ثلاثة اتجاهات، أما الاتجاه الأول فقد ذهب إلى إنكار الصفة التعاقدية لهذه العقود، بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى عكس ذلك فيرى أن هذه الصفات الخاصة ليس من شأنها أن تخرج هذا النوع من العقود من الدائرة التعاقدية، وأن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد لذلك سنتناول هذا المطلب وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: النظرية غير التعاقدية لعقد الاذعان.

الفرع الثاني النظرية التعاقدية لعقد الاذعان.

الفرع الأول

النظرية غير التعاقدية

تقوم فكرة هذه النظرية على أن مفهوم العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار وفي عقود الإذعان لا يصدر القبول عن حرية واختيار وإنما هو مجرد إذعان ورضوخ لذلك يقرر بعض الشراح أن عقد الإذعان ليس سوى عمل انفرادي أو مركزاً قانونياً منظماً وأن الفكرة تدور عموما حول إرادة واحدة منفردة هي إرادة الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تضعها الشركات التي تحتكر منفعة عامه وتفرض على الناس إتباعها فإرادة الموجب هي التي تتفوق تفوقا تاما بحيث تملي مشيئتها لا على فرد واحد بل على مجموعة غير محددة من الأفراد لا تملك سوى الخضوع لما فرض عليها فهي إذا تصرفات ذات طبيعة لائحية[٤١].

من ذلك يتضح أن أنصار النظرية غير التعاقدية يعتبرون عقد الإذعان عملا من

جانب واحد وأن القبول بعيد عن أن يغير من طبيعته ويجعله من جانبين، ويمكننا أن نوجز الحجج التي يستند إليها أنصار هذه النظرية بالنقاط التالية:

١-عقود الإذعان تنقصها الإرادة التعاقدية التي يجب أن تتوافر في كل عقد، أي ان عقد الإذعان تنقصه الإرادة التعاقدية التي تخالف في نفس الوقت إرادة الموجب وإرادة القابل أو التي تكون نتيجة لتحديد متبادل من الإرادتين في العقد[٤٢].

٢-أنصار هذه النظرة يربطون فكرتهم عن الإرادة المشتركة التي يجب أن تتوفر في العقد بوجوب توفر المساواة بين المتعاقدين، وأن المساواة هي التي تكمل وجود الإرادة المشتركة.

٣-ان التفاوت الموجود بين طرفي العقد لا يمكن المتعاقد من أن يناقش شروط العقد وبذلك لا يكفل الوصول إلى إرادة مشتركة ولان المتعاقد مع ذلك في حاجة إلى أن يتعاقد فهو إذا لا يقبل عن حرية ولا عن بينة.

٤-يرى أنصار هذه النظرية أن السلطة اللائحية التي يعطونها للموجب في عقد الإذعان لها ما يبررها لأنه أمام قوة الدولة توجد قوة اجتماعية لا يمكن إنكارها بين أصحاب المصانع وشركات التأمين والمحلات الكبرى ومشروعات النقل البحري[٤٣].

الفرع الثاني

النظرية التعاقدية

أما الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني فلا يرون الحجج التي تقدم بها أصحاب النظرية الأولى مقنعا، فإن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، وعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه بل أنه أقل ضرراً في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الإذعان يسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر إذ الكل سواء أمامه لان الإيجاب معروض على الكافة فيندر أن يكون هناك محل للغلط أو التدليس، ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود[٤٤] وقد ناصر القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري فكرة العقدية شأنهم بذلك شأن بقية القوانين.

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

١-أن عقود الإذعان عقود حقيقية تسيطر عليها الإرادة المشتركة سواء كان ذلك في نشأتها أم في آثارها[٤٥].

٢-هناك خطأ في التقريب بين العمل الانفرادي وعقد الإذعان ذلك لأنه لا يمكن الاعتراف بصفة ملزمة لهذا العمل الانفرادي مادام أنه لم يصادف إذعاناً من الطرف الآخر، وهناك فارق بين الاثنين وهو أنه في التزام الإرادة المنفردة يوجد التزام على عاتق من التزم فقط قبل أن تظهر إرادة من يعلن رغبته في الاستفادة منه، في حين أن في عقد الإذعان لا يمكن أن يكون هناك التزام لا على عاتق الموجب ولا على عاتق المذعن قبل الإذعان وهذا هو السبب في أن عقد الإذعان عقد حقيقي[٤٦].

٣-أن مصالح الجمهور قد تظفر في عقد الإذعان برعاية أكثر من ما تظفر به في العقود الأخرى[٤٧].

٤-أن الطريقة التي يتم فيها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي ذلك التطور الذي جاء نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية الحديثة ولهذا فإن هذه الطريقة لم تقتصر على عقد الإذعان بل نجدها في عقود كثيرة تتم بمجرد الانضمام من القابل لا نقاش فيه كما هي الحال في المشتريات بأسعار محددة من المحال الكبرى، والإكراه الاقتصادي حالة الضرورة التي تحمل المذعن على التعاقد لا تعتبر ضغطا غير مشروع ولا اثر له في صحة التراضي[٤٨].

ويبدو أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بأن عقد الإذعان إنما هو عقد حقيقي يتم باتفاق إرادتين، أما ضعف المذعن في مواجهة الموجب فهي ظاهرة اقتصادية وليست ظاهرة قانونية ومعالجة ذلك يكون بتقوية الجانب الضعيف بالعقد كي لا يستغل من قبل الجانب القوي وذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا:

الأولى: وسيلة اقتصادية وتتمثل في اجتماع المستهلكين والتعاون على مقاومة التعسف الصادر من المحتكر.

الثانية: وسيلة تشريعية وتتمثل بتدخل المشرع (وليس القاضي) لينظم عقود الإذعان[٤٩] وقد اخذ القانون المدني العراقي والأردني والمصري واللبناني بهذا الرأي.

المبحث الثاني

ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان

على الرغم من شيوع استخدام مصطلح الشروط التعسفية على أنه لا يزال يثير غموض في مفهومه، وفي طرق معالجته، حتى إننا لا نجد تعريف مجمع عليه ولا معيار متفق عليه لتحديد هذا الشرط التعسفي فضلا عن ذلك فإنما يعد شروطا تعسفية هي شروط صحيحة في إطار النظام العقدي العام فهي ليست مخالفه لا للنظام العام ولا للآداب وهي شروط تعاقديه فكيف يستطيع المشرع أو القاضي أن يتجاهل شرطا صحيحا متفق عليه بين الطرفين، ومن هنا بدأت فكرة الشروط التعسفية تخاصم النظام القانوني بأكمله على نحو يوحي بإعادة صياغة نظرية العق، لذلك سنتعرض على تعريف الشروط التعسفية وبيان أنواعها ومعيارها وسنتناول الشروط التعسفية التي ترد في بعض العقود على سبيل المثال لا الحصر وسوف يكون تقسيم هذا المبحث وفق الخطة التالية:

المطلب الأول : تعريف الشرط التعسفي وبيان معياره.

المطلب الثاني : معالجة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك .

المطلب الأول

تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه

بالنظر لما تنطوي عليه فكرة الشروط التعسفية من غموض فإن تعريف الشرط التعسفي يمثل أهمية بارزة سيما أن هذه الفكرة تعد من الأفكار الحديثة التي لازالت تثير مسائل هامة على صعيد تحديدها وبيان المعيار لها ومن ثم تميزها عن الشروط الباطلة، وعليه فإننا سنتناول تعريف الشرط التعسفي في الفرع الأول من هذا المطلب ومن ثم نتناول معايير هذه

الشروط في الفرع الثاني وانواعها في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف الشرط التعسفي

الفقرة الأولى: تعريف الشرط التعسفي لغةً واصطلاحاً

تعني كلمه الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[50]، أما التعسف في اللغة: تعسف تعسفاً، عسفه عن الطريق أي مال عنه، وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا رويه، وتعسف فلان ظلمه، استخدمه وتعسف في القول اخذ على غير هداية حمله على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهره[51].

أما الشرط التعسفي في الاصطلاح: فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والشرط الذي يؤدي إلى جهالة في المعقود عليه واشتراط أمر غير مشروع[52].

الفقرة الثانية: التعريف التشريعي للشرط التعسفي

عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية، حيث ورد هذا التعريف في قانون حماية المستهلك[53] حيث عرفت (المادة ٣٥) من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في (يناير ١٩٧٨) الشروط التعسفية بأنها (تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير بسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزه مجحفة)، ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على جزاء الشروط التعسفية بأن جعلتها (كأن لم تكن)[54].

ويلاحظ أن ما أورده المشرع الفرنسي من تعريف بالشروط التعسفية ينطوي على عدم الوضوح وعلى عدم التحديد لذا فأنه (المشرع الفرنسي) استحدث في القانون نفسه لجنه سماها (لجنه الشروط التعسفية) وخولها اصدرا توصيات بما يعد شروطا تعسفية من خلال مراقبتها لنماذج العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين كما أورد بعض من هذه الشروط وعدها شروط تعسفية، ولو كان ما أورده من تعريف محددا بشكل كافٍ لما كان بحاجه إلى ذلك[55] لأن القضاء سيبحث عندها في انطباق أو عدم انطباق التعريف على الشروط محل النزاع.

ويلاحظ ان معظم التشريعات العربية باستثناء المشرع الجزائري[56] والمشرع المغربي[57] جاءت خاليه من أي تعريف لمفهوم الشروط التعسفية، تاركة ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديريه لتحديد وبيان مدى التعسف لطرفي العقد، وربما يكون الدافع من إلى ذلك هو حداثة الفكرة من جانب وتجنبها الخوض في التعاريف لان ذلك يعد من عمل الفقه لا عمل التشريع.

الفقرة الثالثة: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

يعرف الفقه الشرط التعسفي بأنه (الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزه فاحشه عن الطرف الآخر[58]، ويعرف أيضاً بأنه (الشرط الذي بمقتضاه يفرض على المستهلك التزامات صارمة في حين الطرف الآخر الذي يورد له الخدمة يخضع لشروط يتوقف تحقيقها على إرادته وحده وهو ما يسمى بالشرط الإرادي

المحض)[59] ولقد حاولت محكمه النقض المصرية في أحد أحكامها وضع تعريف للشرط التعسفي فقررت أنه (الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام)[60]، وفي تعريف آخر للشرط التعسفي (هو كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزه لمصلحه المشترط على حساب المتعاقد الضعيف)[61]، ونرى أن هذا التعريف ينطبق على جميع العقود التي تتفاوت فيها قدرة طرفيها سواء في النواحي الاقتصادية أو الفنية.

الفرع الثاني

معايير الشرط التعسفي

يتبين من نص المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلك الفرنسي أن هناك معيارين لاعتبار الشرط تعسفيا احدهما اقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي والثاني معيار قانوني وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني، إلا أن هذين المعياريين متلازمان ومترابطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالنتيجة أي أن احدهما يعتبر نتيجة للآخر، وعلى هذا سنتعرض للمعياريين بترتيبهما الوارد بالنص.

المعيار الأول

تعسف النفوذ الاقتصادي

إن الاختلال بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد لا تكفي للقول بوجود الشرط التعسفي، وإنما يجب أن يقترن هذا الاختلال بتفاوت بالقدرة الاقتصادية لطرفي العقد وأن يسيء المحترف استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على غير المحترف شروطاً تخل بالتوازن العقدي فخضوع غير المختلف لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بشروط تذهب بمصالحه[62]، وهذا الشرط مرتبط برابطة السببية مع معيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني وهي نتاج للميزة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا المهني وتؤدي إلى خلل عقدي واضح يتمثل في حرمان الطرف الآخر أحد حقوقه كلياً أو جزئياً. أن القوة التي يستطيع بموجبها المحترف فرض شروطه على الطرف الآخر ليست القدرة الاقتصادية فحسب وإنما الكفاءة الفنية فالمحترف وقد اعتاد إبرام العقود في مجال حرفيته يعرف ابتداء ما يترتب على هذه العقود من آثار وهو يعرف أيضاً ما يجري عليه العمل في حرفته وهو يمتلك من الوسائل ما تمكنه من تحديد التزاماته التي يستطيع تنفيذها فضلا عن الشروط التي يستطيع نشرها مع من يتعاقدون معه .

يستشف مما سبق أن مفهوم تعسف النفوذ الاقتصادي في وضع المهني الاقتصادي في السوق وحالة ضعف الطرف الآخر أمامه يجعله يفرض عليه شروطه بما يملكه من نفوذ وتفوق في التقنية وباستغلال حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، إزاء كل هذا لا يكون أمام المستهلك إلا القبول أو الرفض للتعاقد دون إمكانية حقيقية للمناقشة،إلا أن التقلبات الاقتصادية قد تجعل الطرف الضعيف هو الذي يفرض شروط العقد على الطرف القوي (البائع) في بعض العقود، ويلاحظ ذلك جليا عند ضعف القدرة الشرائية مع قوة العرض أو مع شدة المنافسة، حيث نرى الطرف الضعيف يستأسد على الطرف القوي فيقوم بعرض سعر معين عليه أو يقوم بالشراء بثمن مؤجل أو بالتقسيط، مما يضطر البائع إلى قبول السعر المعروض عليه ويخضع لإرادة المشتري .

المعيار الثاني: الميزة الفاحشة

حتى يمكن اعتبار الشرط تعسفيا فأنه لا يكفي أن يكون الشرط واردا في عقد مبرم بين المهني وغير المهني وإنما يجب أن يكون الشرط قد فرض من جانب الطرف الأول باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي هذا الشرط ميزة فاحشة للمهني، ويعتبر هذا المعيار نتيجة لمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة أو المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية ومرتبطاً معه بعلاقة سببية[63]، أن الميزة الفاحشة هي بالحقيقة مزايا مبالغ في قيمتها يحصل عليها الطرف القوي في العقد ولا تكون هذه المزايا نقدية فقط لان لفظ المزايا هو لفظ عام يشمل النقدية وغيرها .

يتضح مما سبق أن المعيارين اللذين وضعهما المشرع الفرنسي في يناير/ ١٩٧٨ لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، هما معياران مرتبطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالنتيجة فالتفوق الاقتصادي سببا لفرض ميزة فاحشة، وأن هذه الميزة لا يشترط أن تكون ذات طابع مالي فقد تتعلق بجوهر الشيء أو يرد بشأن تسليم الشيء محل العقد أو شروط التنفيذ ومن اجل تقدير الميزة الفاحشة لا ينظر إلى الشرط منعزلا عن غيره من الشروط بل يجب النظر في مجموع الشروط العقدية لتقدير التعسف وبالتالي تقدير عدم التوازن في العقد.

الفرع الثالث

أنواع الشروط التعسفية

تتعدد الشروط التعسفية بحسب ما إذا كانت متعلقة بمرحلة إبرام العقد أو بمرحلة تنفيذه وهناك نوعان من الشروط التعسفية أما النوع الأول فهي شروط تعسفية بذاتها وأما الثاني فهي شروط تعسفية بحكم استعمالها وسنتناول هذين النوعين بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفقرة الأولى : الشروط التعسفية بذاتها

ويظهر التعسف فيها منذ إدراج تلك الشروط فيها وتكشف عنه ألفاظه، فتاتي متناقضة مع جوهره بمعنى عند إبرام العقد يتبين فيها إذا كانت بنوده متناقضة وبيان وجود التعسف من عدمه، أي أنها تظهر في مرحلة تكوين العقد والتعرف على ذلك يكون من الوهلة الأولى عند إدخالها في العقد، ويمكن إجمال الشروط التي ترد في مرحلة تكوين العقد بالنقاط التالية:

١-الشروط المتعلقة بتحديد التزامات الموجب كشرط الأعفاء من الضمانات وشرط فسخ العقد بارادته المنفردة .

٢-الشرط الذي يرد في العقود المصرفية والذي يتضمن عدم مسؤولية المصرف في حال عدم إعلام العميل في أي تغيير في محل إقامته بكتاب خطي موقع عند عدم وصول المراسلات على آخر عنوان لديه.

٣-الشرط الذي يلزم المشتركين أيضاً في الخدمات العامة بدفع رسوم الاشتراك الشهرية سواء استعملت الخدمة أم لم تستعمل.

٤-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المضمون بسبب مخالفته القوانين واللوائح وغيرها[64].

الفقرة الثانية : الشروط التعسفية بحكم استعمالها

وهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق أي في مرحلة تنفيذ العقد،

عند التمسك بحرفيته وإهمال روح النص،ويمكن إجمال الشروط التي ترد في مرحلة تنفيذ العقد بالنقاط التالية:

١-الشرط الذي يرد في عقد البيع ويعفي البائع من الالتزام بضمان العيوب الخفية أو الشرط الذي يحدد وقتا قصيرا لفحص السلعة.

٢-الشرط الذي يعطي المصرف الحق في الحسم التلقائي لأي مبلغ أضيف على الحساب كمصاريف البريد أو أي مصاريف تتعلق بإمساك الحساب دون الرجوع للطرف الآخر أو الشرط الذي يسمح للطرف القوي بتعديل بنود العقد متى يشاء دون إشعار المتعاقد بذلك[65]. وقد يرد الشرط التعسفي عند عدم تنفيذ الموجبات العقدية ومن أمثلة هذه الشروط هي:

١-اشتراط سقوط الحق في الضمان عند تأخر المضمون في الإبلاغ عن الحادث أو عند التأخر في تقديم المستندات التي تبين أن التأخير كان لعذر ما.

٢-الشرط الذي بمقتضاه يحق لشركة الكهرباء أن تقطع التيار الكهربائي عن المستهلك في حال عدم دفع الفاتورة في اليوم التالي من تاريخ استحقاقها وقد يرد الشرط التعسفي في مرحلة فسخ العقد، ومثال ذلك الشرط الذي يعطي الحق للطرف الأقوى بفسخ العقد أو حتى الشرط الذي بمقتضاه يمكن فسخ العقد من جانب واحد دون إبداء الأسباب[66] ويرى جانب من الفقه أن الرأي الراجح هو أن المادة (١٤٩) مدني مصري تقابلها المادة (٢٠٤) مدني أردني[67] يقتصر تطبيقها على النوع الأول من الشروط فقط وهي (الشروط التعسفية بذاتها) لان النص يتحدث عن عقد إذعان تم وكان متضمنا شروطا تعسفية، أي أن التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه وأن المشرع كان صائبا في هذه الصياغة إذ سبق لهذا النص المادة (١٤٨) مدني مصري والتي تنص على (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية) ومن ثم فأنه بموجب التحليل القانوني للنص يكون في سلطة قاضي الموضوع أن يرد الموجب إلى صوابه في عقد الإذعان وذلك مراعاة لحسن النية في تنفيذ العقد وعدم التمسك بحرفيته على نحو يتعارض مع روحه.

ونرى أن هذا الاتجاه الذي ذهب إليه جانب من الفقه باعتبار الشروط التعسفية في ذاتها هي شروطا تعسفية، حيث تظهر هذه الشروط عند إبرام العقد وليس بعد إبرامه كما هو واضح في نص المادة (٢٠٤) مدني أردني والمادة (١٦٧) فقره ٢-٣ مدني عراقي اللذان تشيران إلى تمام العقد، فالشرط التعسفي بالذات هو الشرط الجائر لأنه يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة وحسن النية ولذلك جعل تقديرها متروك لقاضي الموضوع.

الفرع الرابع

الشروط التعسفية الواردة في التشريع الفرنسي

تبين من المادة (٣٥) من قانون (١٠ يناير ١٩٧٨) الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية فإن المشرع اقتصر على وضع مبدأ التحريم لهذه الشروط وتحديد النطاق الذي يمكن أن توجد فيه وقد أوردت المادة عدة شروط نصت عليها صراحة وهي الشروط المتعلقة بما يلي[68]:

١-خاصية التحديد أو قابلية التحديد للثمن ٢- الدفع للثمن٣- جوهر الشيء٤- التسليم للشيء ٥- نطاق المسؤوليات والضمانات،٦- شروط التنفيذ للعقد ٧- شروط الفسخ أو الإبطال أو التجديد للعقد.

وأن مما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل حول ما إذا كان هذا التعداد الوارد في المادة (٣٥) قد ورد على سبيل المثال أو الحصر؟

فإذا كانت الشروط واردة على سبيل المثال فإن ذلك يعني أن نطاق حماية المستهلك هو نطاق واسع ويمكن أن يشمل البطلان للشرط التعسفي أي شرط آخر غير وارد في النص، وعلى العكس من ذلك إذا كانت الشروط واردة على سبيل الحصر فإن ذلك يعني تضييق نطاق الحماية للمستهلكين إذ يكون البطلان للشرط التعسفي قاصرا على الشروط المحددة بالنص.

ويرى البعض أن الشروط آنفاً طويلة بما فيه الكفاية ولكنها واردة على سبيل الحصر[69]، ويتفق البعض الآخر على أن القانون لا يستهدف كل الشروط المدرجة في العقد المبرم بين المهنيين والمستهلكين إنما يقتصر حماية على الشروط المعينة التي يعددها هو، أما من ناحية مدى كفاية هذه الشروط المحددة السابقة لتغطية كافة مجالات التعسف فقد رأى البعض أن القائمة رغم طولها وتحديدها إلا أنها غير كافية مع ذلك لتغطية كافة الشروط التي يمكن أن تعتبر شروطا تعسفية[70].

ويرى الباحث أن التدقيق وإمعان النظر في الشروط والصيغة التي صيغت بها خاصة، صيغة الجمع فيما يتعلق بالمسؤوليات والضمانات يتبين أنها تغطي شروطاً كثيرة، ومع ذلك فقد كان من المستحسن أن لا ترد هذه الشروط على سبيل الحصر حتى تكون هناك فرصة أوسع للطرف الضعيف ضد تعسف الطرف القوي في العقد.

المطلب الثاني

معالجة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك

زاد الاهتمام بموضوع حماية المستهلك، بحيث بدات الدولة تهتم بشكل كبير بالمصلحة العامة و ما يتناسب مع مواطنيها لذلك قامت بتنظيم هذه الحماية عن طريق تشريع قوانين تعني بحماية المستهلك سواء بصورة مباشرة او غير مباشرة ، لذلك سنتناول بعض هذه القوانين باعتبارها مكملة لما جاء في القواعد العامة للقانون المدني لحماية الطرف الضعيف في العقد.

الفرع الأول

حماية المستهلك في القانون الفرنسي

أولى المشرع الفرنسي لحماية المستهلك اهتماما كبيرا من خلال اصدار العديد من القوانين التي عنت بحماية المستهلك و منها مدونة الاستهلاك لعام /١٩٩٣[71] التي احتوت على العديد من القواعد القانونية لحماية المستهلك، وفي المادة (١٣٢/ ١) من المدونة وردت ثلاث محاور لحماية المستهلك هي :

١.التحديد غير الالزامي للشروط التعسفية .

٢.التحديد الالزامي للشروط التعسفية .

٣.أستبعاد الشروط التعسفية عن طريق القضاء .

و اكدت المدونة على تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في كل العقود سواء كانت عقود اذعان ام عقود رضائية .

الفرع الثاني

حماية المستهلك في القانون المصري

اهتم المشرع المصري منذ القدم بمسالة حماية المستهلك و هو يعتبر من أوائل التشريعات العربية التي أولت اهتمام كبير لهذه المسألة و يظهر ذلك جليا من خلال التشريعات التي أصدرها المشرع المصري و التي كان آخرها قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لسنه ٢٠٠٦، و الذي تناول فية العديد من المسائل ، و قام بتنظيمها وذلك لأن قبل صدور هذا القانون كانت تنظم من قبل القواعد العامة في القانون المدني ، حيث أوجب هذا القانون على المورد أو المعلن توفير المعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج و خصائصه بالأضافة الى تجنب ما من شانه خلق انطباع خاطىء أو غير حقيقي أو مضلل و هذا من شانه يؤدي الى حماية المستهلك و خياراته في الشراء [72] .

و يبرز دور القانون المصري في حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال ابطاله كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك، من ما يتعلق بالمستهلك اذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة او مقدم الخدمة من أي التزامات أوجبها القانون بحقة [73] .

الفرع الثالث

حماية المستهلك في القانون العراقي

اهتم المشرع العراقي بمسألة حماية المستهلك و سن الكثير من التشريعات التي كان الهدف منها توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك و كان آخرها قانون حماية المستهلك (رقم ١ لسنة ٢٠١٠) الذي يهدف الى ضمان حقوق المستهلك الأساسية و حمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي الى الاضرار بة ، ويهدف كذلك الى رفع مستوى الوعي الاستهلاكي اضافة الى منع كل عمل يخالف قواعد استيراد أو انتاج أو تسويق السلع أو الانتقاص من منافعها و منع كل ما يؤدي الى تضليل المستهلك [74] .

وأوجب هذا القانون انشاء مجلس يسمى مجلس حماية المستهلك يتولى وضع سياسات و برامج لحماية المستهلك على مستوى الدولة و تلقي الشكاوي والتحقق منها واتخاذ القرارات و التوصيات المناسبة بشانها وانذار المخالفين ،وبناء قاعدة بينات تشتمل على المعلومات الضرورية في هذا المجال [75] ، كما نظم القانون عمل و صلاحيات وواجبات جمعيات حماية المستهلك و تناول حقوق المستهلك من حيث حقة في الحصول على المعلومات المتعلقة بحماية حقوقة ، ومصالحة المشروعة وحقه في الحصول على المعلومات الكاملة عن مواصفات السلعة [76] ،ويلاحظ ان هذا القانون لم يتناول تعريف الشروط التعسفية و لم يتناول ايجاد لجنة أو جهة تتولى ذلك .

الخاتمة:

يعتبر عقد الإذعان ثمرة تطور محسوس في الفكرة التعاقدية ونشاط يتزايد في الحياة الإقتصادية، وضرورة ملحة لإبرام مثل هذه العقود، وكل ذلك يؤدي الى نتيجة هي تسلط الطرف القوي في العقد واستبعاد مناقشة الطرف الآخر، فهو اما أن يقبل بشروط العقد بجملتها وغما أن يرفض التعاقد.

وفي ختام هذا البحث توصلنا الى أهم النتائج والتوصيات التي نعتقد بأهميتها وتاثيرها المباشر على موضوع التعسف في عقود الإذعان، وللحد من تسلط الطرف القوي (المحتكر) على الطرف الضعيف (المستهلك) في العقد، وكما يلي:

النتائج:

من خلال ما تقدم من هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

١-عدم تنظيم المشرع العراقي وكذلك الأردني والمصري عقود الإذعان رغم أهميتها وعدم قيامه بوضع تعريف محدداً وشاملاً لمفهوم عقد الإذعان، واقتصر على وصف القبول فيه لا أكثر.

٢- ان معظم التشريعات العربية لم تعطي تعريفا لمفهوم الشروط التعسفية باستثناء المشرع المغربي الذي أعطى تعريفا للشرط التعسفي بموجب المادة (٨-٣١) من قانون حماية المستهلك الصادر في ٧ أبريل عام ٢٠١١ ، والمشرع الجزائري الذي أعطى تعريفا للشرط التعسفي بموجب القانون (٠٤-٠٢) في ٢٠٠٤/٦/٢٣.

٣-إن معالجة الشروط التعسفية في إطار عقود الإذعان معالجة قاصرة عن تحقيق الهدف المنشود ، مما يتطلب توسيع دائرة هذه الحماية للطرف الضعيف (المذعن) حتى لايكون تحت رحمة الطرف القوي في العقد (الموجب) .

٤-عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يبين بأن عقد الإذعان لا يتم إلا مع من يتمتع بالاحتكار بل مناط عقد الإذعان هو التسليم لإيجاب موضوع ولا يقبل مناقشة ويستوي أن ينصب هذا الإيجاب على سلعة أو مرفق ضروري أو لا ينصب على هذا أو ذاك، لكن محكمة التمييز العراقية بينت في حكم لها بأن الاحتكار أحد خصائص عقود الإذعان فاتفقت بذلك إلى ما أتجه إليه الفقه الحديث في تحديد مفهوم عقد الإذعان، لكن انعدام السند القانوني لما تطلبه الفقه والقضاء من وجوب احتكار السلع والخدمات في نطاق عقد الإذعان.

التوصيات:

في ضوء ماتقدم نوصي بما يلي:

١-تبني المشرع في كل من العراق أو الأردن أو في مصر، تعريف عقد الإذعان وكذلك وضع تعريفا واضحا للشرط التعسفي وأن يقوم بتنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية والتي أفرزت الحاجة لهذه العقود.

٢-تبني المشرع شروطا معينة بحيث إذا توافرت هذه الشروط في العقد عد العقد إذعاناً، على أن تكون هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر حتى تتوسع دائرة حماية الطرف المذعن ولا تضيق عند شرط محدد.

٣-نتمنى على المشرع العراقي تعديل المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي وكما يلي: (أ- في العقود التي ينفرد الطرف القوي بصياغتها وتحديد شروطها يكون للمحكمة سلطة تقدير الشروط التعسفية فتقوم بإلغائها أو تعديلها طبقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ب- يكون تفسير عبارات عقد الإذعان في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً).

٤- أن يقوم المشرع بحصر عقود الإذعان قدر الإمكان من خلال تبنيه سياسة معينة للحد من الإذعان، كتشجيع المنافسة ودراسة المصالح التي تتناسب مع متطلبات الجميع وتغيير أنماط السلوك لدى الأفراد.

٥-يجب على الدولة محاربة الاحتكار ودفع ضرره سواء كان فرد أو شركة، لسلعة أو خدمة ذات منفعة ضرورية لعامة الناس ، ومراقبة الأسعار من خلال وضع سقف معين يمنع تجاوزه وفرض التسعير الجبري العادل الذي يكفل حق المنتفعين من الخدمات أو المرافق الضرورية وحق المحتكر بحصوله على ثمن المثل.

الهوامش:

(١) عبد الفتاح عبد الباقي (١٩٨٤)، **موسوعة القانون المدني المصري**، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (بدون دار ومكان نشر)، ص٢٠٤.

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

(٣) أحمد بن علي الفيومي (٢٠٠٠)، **المصباح المنير**، معجم عربي عربي، ط١، القاهرة: دار الحديث، ص١٢٧.

(٤) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (٢٠٠٠)، **مختار الصحاح**، ط١، القاهرة: دار الحديث، ص١٣٠.

(٥) جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور (٢٠٠٣)، **لسان العرب**، في: عامر أحمد حيدر (محقق)، منشورات محمد علي بيضون، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية،ص١٧٢.

(٦) حسني محمود عبد الدايم (٢٠٠٨)، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص٣٣٠.

(٧) سالي (١٩٩٣)، الإعلان عن الإرادة، مساهمه في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني، باريس، أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**،رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر ، ص١٩.

(٨) عبد المنعم فرج الصدة (١٩٥٨)، **محاضرات في القانون المدني**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة: جامعة الدول العربية، ص٩١.

(٩) عبد الرزاق السنهوري (١٩٨٣)، **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، القاهرة: مطبعة لجنه التأليف والترجمة والنشر، ص٦٨.

(١٠) عبد الرزاق السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، (بدون سنة نشر)، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت: منشورات محمد الداية، ص٦٨.

(١١) عبد المنعم فرج الصده، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية الحديثة**، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص١٣٥.

(١٢) عبد المنعم فرج الصدة (١٩٩٦)، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(١٣) عبد المنعم فرج الصده، عبد المنعم فرج (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، القاهرة: مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص٥٩.

(٤) تقابلها المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٠٠) من القانون المدني المصري التي تنص (أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها).

(٥) محمد شكري سرور، **دروس في الأحكام العامة لعقد التامين**، دار الفكر العربي، (بدون سنه ومكان نشر)، ص٣٦.

(٦) سليمان مرقص (١٩٧٨)، **الوافي في شرح القانون المدني**، المجلد الأول، ط٤، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (بدون مكان نشر)، ص١١٧.

(١٧) شيماء مصطفى أحمد الشيخلي (٢٠٠٠)، **عقد الإذعان**، رسالة ماجستير غير منشورة، كليه الحقوق جامعة صدام، بغداد، العراق، ص٥٥.

(٨) عبد الرزاق السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨١.

(١٩) عبد المنعم فرج الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٦٧-٦٨.

(٢٠) شيماء مصطفى احمد الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٥٨.

(٢١) عبد المنعم فرج الصده، (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق،ص١٣٧.

(٢٢) وفي هذا المعنى أيضاً نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني اليمني والمادة (٢/١٧٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (٤٥) من القانون المدني السوداني والمادة (١٤٥) من القانون المدني الإماراتي والمادة (١٠١) من القانون المدني السوري والمادة (٧٠) من القانون المدني الجزائري.

(٢٣) عبد المنعم فرج الصدة (١٩٥٨)، **محاضرات في القانون المدني**، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية، القاهرة: جامعة الدول العربية، ص ٩٤.

(٢٤) شيماء مصطفى أحمد الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٣٦.

(٢٥) عبد المنعم فرج الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٣٧.

(٢٦) عبد المنعم فرج الصده، (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٨٧.

(٢٧) عبد الرزاق السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٣٢٠.

(٢٨) عبد المنعم فرج الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٩٠.

(٢٩) عبد الرزاق السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٣٠) عبد المنعم فرج الصدة(١٩٤٦)، **عقد الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٩١.

(٣١) المرجع ذاته ، ص٩١.

(٣٢) عبد الرزاق السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٣٣) انظر المادة/ ١٠١ مدني سوري والمادة/ ٧٠ مدني جزائري والمادة/ ١٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣٤) مجموعة الاعمال التحضيرية، القانون المدني المصري، ج٢، ص٦٨-٦٩.

(٣٥) ديموج، الالتزامات، ص٢٢٣، نقلاً عن عبد المنعم فرج الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٣.

(٣٦) شيماء مصطفى أحمد الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٤٣.

(٣٧) عبد الرزاق السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٣٨) عبد المنعم فرج الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣٩) المرجع ذاته ص٩٨.

(٤٠) ديموج، الالتزامات، ص٣٢٥ نقلاً عن عبد المنعم فرج الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٨.

(٤١) سالي، التعبير عن الإرادة، ص٢٢٩ نقلاً عن عبد الرزاق السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٣١..

(٤٢) عبد المنعم فرج الصده،**نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق ، ص ١١٦.

(٤٣) شيماء مصطفى أحمد الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٤٧.

(٤٤). ديموج، **الالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩

(٤٥) عبد المنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، ص١٠٠.

(٤٦) المرجع ذاته، ص١٣٩.

(٤٧) المرجع ذاته، ص١٤٠.

(٤٨) عبد المنعم فرج الصده (١٩٥٨)، **محاظرات في القانون المدني**، مرجع سابق، ص٩٨.

(٤٩) عبد الرزاق السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٥٠) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٧، مرجع سابق، ص٣٢٩.

(٥١) قاموس المنجد الأبجدي، (١٩٦٨)، ط ٥، بيروت: مطبعة دار الشرق، ص٢٦٣.

[٥٢] موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ج١١، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر: مطابع الأهرام التجارية، ص٢٥١.

[٥٣] سليمان براك دايح الجميلي (٢٠٠٢)، **الشروط التعسفية في العقود**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق، ص٧.

[٥٤] انظر نص المادة/ (٣٥) من تشريع ١٩٧٨ -٢٣٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية وإعلام المستهلكين أشار إليه السيد محمد السيد عمران (٢٠٠٣)، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، الإسكندرية: الدار الجامعية للنشر، ص٥٣.

[٥٥] سليمان براك دايح الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٩.

[٥٦] قام المشرع الجزائري بموجب القانون رقم (٠٤-٠٢) في ٢٣ حزيران ٢٠٠٤ الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بتعريف الشرط التعسفي (هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بد واحد أو عده بنود أو شروط أخرى من شأنه إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).

[٥٧] قام المشرع المغربي بموجب القانون رقم (٠٨-٣١) في ٧ أبريل ٢٠١١ لحماية المستهلك بتعريف الشرط التعسفي (يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه او يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك).

[٥٨] أحمد محمد الرفاعي (١٩٩٤)، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٢١٢.

[٥٩] مصطفى عدوي(٢٠٠٠)، أحكام الالتزام، ص ٢٦٦، أشار إليه إبراهيم، محمد محي الدين (٢٠٠٧)، **التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي**، الإسكندرية: دارا المطبوعات الجامعية، ص ١٩.

[٦٠] مجموعه أحكام النقض، نقض مدني مصري، ٢١ ابريل ١٩٦٠، السنة الحادية عشر ورقم ٥٠، ص٢٣٠ أشار إليه سليم، الهيثم ابن عمر(٢٠١٢)، **حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للاذعان**، دراسة مقارنة منشورة، مجلة الحقوق،١٠ (٢)، البحرين: كلية الحقوق، جامعة البحرين، ص١٩٢.

[٦١] سليمان براك دايح الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص١١.

[٦٢] المرجع ذاته، ص٣٠.

[٦٣] أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

[٦٤] هانية محمد علي فقيه(٢٠١٤)، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٨٨-١٨٩.

[٦٥] سليمان براك دايح الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص ٩٦.

[٦٦] المرجع ذاته،ص ١٠٩.

[٦٧] تقابلها المادة (١٦٧) الفقرة الثانية مدني عراقي، والمادة (١١٠) مدني جزائري والتي تنص على (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعفي الطرف المذعن فيها وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة).

[٦٨] أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

[٦٩] المرجع ذاته، ص ٢٢٥.

[٧٠] أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

[٧١] مدونة الاستهلاك، القانون الفرنسي رقم ٩٣ / ٩٤٩ في ٢٦ تموز عام ١٩٩٣

[٧٢] المادة /٢-٧، قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .

[٧٣] مادة /١٠، من نفس القانون .

[٧٤] المادة /٣ من قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

(٧٥) المادة/٤، من نفس القانون .

(٧٦) المادة/٥، من نفس القانون .

قائمة المصادر:

١-عبد الرزاق السنهوري (١٩٣٤)، نظرية العقد، ط١، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية.

٢-السنهوري، عبد الرزاق (١٩٥٢)، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج١، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

٣-الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٤٦)، عقود الإذعان في القانون المدني المصري، القاهرة: مطبعة جامعة فؤاد الأول.

٤. جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٠-١٩٩١)،اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة، القاهرة: دار النهضة العربية .

٥. احمد محمد الرفاعي (١٩٩٤)، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، القاهرة: دار النهضة العربية.

٦. محمد محيي الدين إبراهيم (٢٠٠٧)، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

٧. عبد المجيد الحكيم (١٩٦٧)، الوسيط في نظرية العقد، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية.

٨. أحمد، إبراهيم سيد (٢٠١٠)، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة: دار شتات للنشر والبرمجيات.

٩. وليد صلاح رمضان (٢٠٠٩)، القوة الملزمة للعقد والاستثنائات الواردة عليها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

١٠.حمدي عبد الرحمن (١٩٩٩)، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ط ١، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، القاهرة: دار النهضة العربية.

١١.لعشب محفوظ بن حامد (١٩٩٨)،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر.

١٢.شيماء مصطفى احمد الشيخلي (٢٠٠٠)، عقد الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق.

١٣.عصمت عبد المجيد (١٩٧٨)، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق.

١٤.محسن عبد المنعم هادي الزبيدي (٢٠٠٧)، ضمانات توازن العقد القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق.

١٥.الجميلي، سليمان براك دايح (٢٠٠٢)،الشروط التعسفية في العقود،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق.

١٥.الهيثم بن عمر،حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للاذعان،(بدون سنة نشر)، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين، البحرين.

١٦.الكلابي، حسين عبد الله عبد الرضى، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

١٧.الشديفات، علي محمد كساب (٢٠١٠)، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

١٨.الصدة، عبد منعم فرج (١٩٩٦)، عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول السنة الرابعة، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة.

١٩.نزيه كمال حداد (٢٠٠٤)، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية.

٢٠.علاء الدين محمد ذيب (٢٠٠٧) ، الاذعان والمساومة في العقود الألكترونية ، بحث منشور ،مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات، المجلد(٢٢)، العدد (٢)، لسنة ٢٠٠٧، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

٢١.ذنون يونس صالح (٢٠٠٥) ،عقود الاذعان، بحث منشور ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٥)، السنة الثانية، تكريت، العراق.

٢٢.ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل (٢٠٠٣)، لسان العرب،تحقيق عامر احمد حيدر، ط١، بيروت: منشورات محمد علي بيضون .

٢٣.الفيومي، احمد بن علي (٢٠٠٠)، المصباح المنير، ط١، القاهرة: دار الحديث للنشر.