مجلة الدراسات القانونية والسياسية

المجلد 07 العدد 01 جانفي 2021 | ص ص: 33– 47.

الحماية التشريعية للطرف المذعن من الشروط المجحفة

دراسة مقارنة

Legislative protection for the compliant party from The abusive conditions
A comparative study

أحمد بورزق *

جامعة الجلفة، الجزائر

a.bourzgue@mail.univ-djelfa.dz

عيشة خلدون

جامعة الجلفة، الجزائر

achwak17@yahoo.com

تاريخ الإستلام: 2020/10/06 تاريخ القبول: 2020/12/25 تاريخ النشر: 2021/01/05

ملخص:

ساد الاعتقاد بأن عقود الإذعان تمثل التربة الخصبة التي تنمو فيها الشروط التعسفية وهي التي يكثر استعمالها من طرف الأقوى اقتصاديا، وهذا ما جعل بعض القوانين يقرر الحماية من هذه الشروط، لكن هذا لا يعني ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فهذه الأخيرة تتطلب احتكارا وتفوقا اقتصاديا حتى يطلق عليها هذا الوصف بينما تضمن العقود شروط تعسفية ليست محصورة في هذا النطاق فقط، فعقود الإذعان هي التي ينفرد فيها أحد طرفي العقد بتحديد شروطه وصياغة مضمونه، ولا يملك الطرف الآخر إلى القبول دون مناقشة ومفاوضة.

الكلمات المفتاحية: الشروط المجحفة، الإذعان، تفسير العقد، تعديل العقد، الطرف الضعيف.

Abstract:

It was believed that compliance contracts represent the fertile soil in which arbitrary conditions grow and are frequently used by the economically stronger, and this is what made some laws decide to protect against these conditions, but this does not mean that arbitrary conditions are linked to compliance contracts, since the latter requires monopoly and economic superiority until It is called this

* – المؤلف المرسل:

description, while the contracts contain arbitrary conditions that are not limited to this scope only. Compliance contracts are in which one of the contracting parties determines its conditions and formulates its content, and the other party does not have the right to accept without discussion and negotiation.

key words: abusive conditions , Compliance , Interpretation of Contract Modification of Contract , Weak Party .

مقدمة:

إن حدوث الثورة الصناعية وما ترتب عنها من تطور في التصنيع وتركيز لآلة الإنتاج قد أفرز نوعا جديدا من العقود يأبى المناقشة والمساومة، فهي التي يمليها أحد المتعاقدين على الآخر الذي لا يملك سوى قبول العقد برمته أو رفضه برمته، وهو في كثير من الحالات لا يستطيع رفضه، بل يضطر إلى التعاقد لعدم وجود البديل ولحاجته للتعاقد، فينتكس بذلك مبدأ سلطان الإرادة، ويذهب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أدراج الرياح.

فالشروط المجحفة أو التعسفية لا تحتاج دائما إلى وجود علاقة إذعان وانقياد للقول بوجودها، كما أن الشروط التعسفية لا تختفي باختفاء الإذعان من الرابطة العقدية، فرغم وجود مساومة ومفاوضة بين الطرفين على بنود العقد فإن هذا لا يعني عدم وجود مثل هذه الشروط.

فالأمر لا يقتصر اليوم على عقود احتكار أو عقود إذعان بل يمتد إلى مساحة كبيرة من العقود اليومية، وبالتالي فإن النظم القانونية الحديثة كلها تسعى إلى تحسين وضع الطرف الأقل خبرة أو كفاءة. [1]

وتكمن أهمية هذا الموضوع إلى انتشار أنواع من العقود مقترنة بشروط مجحفة وتعسفية تؤثر على أهم ركن فيه وهو ركن الرضا، كذلك انتشر ما يسمى بعقود الإذعان التي ينفرد فيها الطرف الأقوى الذي يقدم خدمة أو سلعة محتكرة بفرض شروطه التي في الغالب ما تحققه له مصلحته، وتضر دائما بالقابل، الذي ينحصر دوره في إبرام العقد في القبول أو الرفض، وقد اعتمدت على المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء ما كتب في الموضوع وتتبع مضانه وتتبع الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة به، بالإضافة إلى المنهج المقارن.

والإشكالية المطروحة هي **كيف عالج المشرع مسألة حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية من الشروط المجحفة في عقود الإذعان؟.**

وقد قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

المبحث الثاني: إمكانية تدخل المشرع في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان

[1] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 101.

المبحث الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

لقد كان للمشرع المصري فضل السبق في إضفاء الحماية على الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، من خلال أحكام المادتين 149، 2/151 من القانون المدني الصادر عام 1948م، واللتان تناولتا الحماية التشريعية لهذا الأخير في عقود الإذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط المجحفة

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ذهبت إلى أن حماية الطرف المذعن تقتصر على الشروط التعسفية التي لم ينتبه إليها، دون التي تنبه إليها فعلا. فورد نص المادة 149 بما يجعل الحماية شاملة لكل الشروط التعسفية حتى التي لم يكن الطرف المذعن قد علم بها أو تنبه إليها.

أيضا كان المشروع التمهيدي يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع عنه وصف التعسف، أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، لكن المادة 149 منحت للقاضي بالإضافة إلى سلطة التعديل سلطة إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي عن طريق استبعاده، وليس فقط عن طريق إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه.[1]

ويقول حسن جميعي بصدد ذلك: (بالرغم مما ورد في المذكرة الإيضاحية فنحن نعتقد بأن ذلك لا يتعلق بشمول الحماية المقررة في نص المادة 149 للطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية بغض النظر عن علمه بها وتنبهه إليه، ونحن ننظم في هذا الاعتقاد إلى ما سبق وقال به العلامة الراحل السنهوري من أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية لا ينبغي أن ينسب إلى نص المادة 149 في شكلها النهائي، وإنما يتعلق بالنص المقترح قبل تبني هذه المادة والذي ورد فيه أن: إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما فرض عليه لم ينتبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد. جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير). [2]

فقد جاء القانون الفرنسي خلوا من أي نص خاص بذلك وذلك حتى قبل صدور القانون 23-78 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

وتنص المادة 110 ق م ج على أنه: (**إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**).

[1] ينظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، (292/2).

[2] ينظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 245.

يتضح من هذا النص أن المشرع قد وفر حماية فعالة للطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وذلك نظرا لأن هذا الأخير لا يستطيع مناقشة هذه الشروط التي يستقل الموجب بصياغتها، فيدرج ما شاء من الشروط التعسفية في العقد، فيؤدي إلى إخلال التوازن العقدي بين الأداءات المتقابلة لأطراف الرابطة العقدية.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط المجحفة

تمتد سلطة القاضي إلى تعديل كافة شروط العقد دون استثناء سواء علم بها الطرف المذعن وقت التعاقد وتنبه لها أم لم يتنبه لها، ففي جميع الأحوال يتوافر الإذعان بالقبول دون مناقشة الشروط التي انفرد الطرف القوي بإعدادها لتحقيق مصلحته ولكن يجب مراعاة أن بعض الشروط في عقد الإذعان قد تكون محل مناقشة ويكتب ما تم الاتفاق عليه بخط اليد تعديلا على الشروط المطبوعة، وتلك الشروط تخرج عن إطار عقد الإذعان باعتبارها شروطا تفاوضية شريطة أن يكون التفاوض بشأنها حقيقيا وليس مجرد ملء بعض البيانات بخط اليد.[1]

وتنحصر سلطة القاضي إما في تعديل الشرط العقدي الجائر أو الإعفاء منه فتلك السلطة قاصرة على الشروط التعسفية التي تضر بالطرف المذعن وتحقق مصلحة غير مبررة للطرف القوي، فيجب أن يبدأ القاضي بالبحث عما إذا كان الشرط محل التقاضي شرطا تعسفيا أم لا؟ ويحدد القاضي ذلك في ضوء اعتبارات العدالة ويجب أن يقوم القاضي بالموازنة بين المنافع التي تعود على الطرف القوي من الشرط والمضار التي يتحمل بها الطرف المذعن في المقابل وتتسع سلطة القاضي إلى حد إلغاء الشرط الذي يثبت أن المذعن لم يطلع عليه ومن ثم لم يتوافر الرضاء به، ويحدث ذلك بصدد الشروط المكتوبة في الوثيقة بخط صغير أو في مكان غير واضح.[2]

ويتضح مما تقدم أن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان سلطة واسعة لا يتقيد في ممارستها إلا بما تقضي به العدالة، فالقاضي يسلك كل ما من شأنه أن يزيل ما في الشرط من تعسف وجور عن طريق تعديل الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يكفي لرفع التعسف وتحقيق العدالة جاز له أن يعفيه منه فالمظهر الأساسي للحماية التي يضفيها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض الشروط التعسفية ولو عن طريق إهدار القاضي لهذه الشروط كلية.[3]

وتعتبر سلطة القاضي في التدخل لتحقيق التوازن العقدي عن طريق تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية من الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام، لذلك أبطل المشرع كل اتفاق يحول دون تدخل القاضي لتنفيذ الأمر الذي

---

[1] حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، والتي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الأمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998، نقلا عن تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، العدد 20، 2009، ص325.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، نقلا عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص325.

[3] انظر عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة، 1984م، ص 100.

يجعل من سلطة القاضي هذه حكما أمرا لا يجوز مخالفته،[1] ولكن يجب أن يطلب الطرف المذعن هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى، لأن الحماية مقررة لمصلحته وللطرف المذعن أن يطلب ذلك أمام قاضي الموضوع، ولكنه لا يجوز أن يطلبه لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك به يخالط في الواقع القانون.[2]

بيد أن المشرع المصري أطلق يد القاضي في إعادة التوازن المفقود إلى العقد،[3] ونستطيع أن نلمس ذلك في عدم قيامه بوضع معيار يستهدي به عند تقدير وجود الشروط المجحفة التي قد يتضمنها هذا النوع من العقود، ودون أن يقيده في ذلك أي قيد إلا قيد العدالة الذي يجب أن يتوخاه عند تقدير ذلك.[4]

وقد انتقد جانب من الفقه مسلك المشرع بمنح قاضي الموضوع سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص لتفسير عقود الإذعان، باعتبار أنها طريقة لها أخطارها المخيفة، وتطوي على عدم حكمه، إذ أن ذلك بهدم توازن العقد ويحدث الاضطراب في العلاقات الاقتصادية بسلطة تحكمية.[5]

كما أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها لا تتواءم مع الأصول المعتبرة في التفسير القانوني، والتي توجب الالتزام بالمعنى المستفاد من عبارة العقد متى كانت واضحة، بحيث لا يجب العدول عن هذا المعنى بدعوى تفسيرها.[6]

ويستند هذا الرأي في رفضه للتوسع في حماية الطرف المذعن على النحو الوارد بالمادة 149 من القانون المدني، بأن السلطات التي منحها المشرع للقاضي تتجاوز حدود سلطة القضاء عند تفسير العقود، إذ أنه يملك إزاء الشروط التعسفية، تعديلها بل إهدارها، إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف التعامل، في حين أن مهمة القاضي، وفقا للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود على مجرد تفسيرها، بغية إعمال حكم القانون فيها، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلا فيها أو إهدارا لشروطها.[7]

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، نقلا عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص325.

[3] محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة " حماية المستهلك في الشريعة والقانون" التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998، نقلا عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص325.

[4] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص325.

[5] عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،1996، ص 118. وحسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق، ص 246.

[6] محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،الطبعة الثانية، 2008.، ص 212.

[7] محمد عمر عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 215.

وقد انتقد هذا الرأي المنتقِد لنص المادة 149، ذلك أن توجه المشرع المصري إلى حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان يعتبر أمرا محمودا ومتماشيا مع تطور التشريعات في العالم الحديث، ويواكب المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالتقدم الصناعي والتكنولوجي.[1]

ولا يمكن نقد السلطة المعطاة للقاضي بموجب هذا النص بحجة أنها تخرج عن القواعد العامة في التفسير والمطالبة بضرورة الالتزام بما ترد به الشروط واضحة العبارات، ذلك أن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان.[2]

ووفقا لنص المادة 110 ق م ج فللقاضي طريقان لضمان إزالة كل شرط يحمل تعسفا وإجحافا عن طريق تعديل هذا الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يكفي جاز له أن يعفي الطرف المذعن منه نهائيا، ملتمسا ومجتهدا في ذلك تحقيق العدالة العقدية. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك لأنه لا يجوز للأطراف استبعاد هذه السلطة التي منحها القانون للقاضي فهي من النظام العام.

ويقوم القاضي بإعمال هذه السلطة التقديرية لبيان مقدار التعسف الموجود من جهة، وبيان ما تقتضيه العدالة من جهة ثانية، على ضوء ظروف وملابسات النزاع وخصوصا طبيعة العقد ومداه والمنفعة والخدمة المتولدة عنه، فإذا حصل وإن اكتشف وجود شرط تعسفي وفق تقديريه فله أن يعدله، بل له أن يلغيه.

المبحث الثاني: إمكانية تدخل المشرع في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان

تفسير العقد هو تلك العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبط به.[3]

فيهدف التفسير 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.[4]

المطلب الأول: تفسير العقد في الفقه الإسلامي

[1] انظر عاطف عبد الحميد حسن، المرجع نفسه، ص 118. وحسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 246.

[2] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق، ص 247.

[3] عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 15.

[4] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، ص 647.

المذاهب الفقهية اختلفت فيما بينها حول تفسير التصرفات والعقود ذلك أن منها من وقف عند اللفظ دون الخوض في النوايا الداخلية لأطراف التصرف ودون التعويل عليها. ومنها من لم يكتفي إلا بالألفاظ والصيغ التي صاغ بها الأطراف تصرفاتهم وراح يفتش عن النوايا والبواعث الخفية وأقام حكمه عليها.[1]

فالحنابلة والمالكية يرون بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة في كل حالة نتيقن فيها من وجود هذه الإرادة حتى مع صراحة النص،[2] يقول صاحب أعلام الموقعين: (ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو المرض ونحوه...).[3]

وقوله: (وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته ...).[4]

فالحنابلة مثلا يرون أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرم.[5] وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد في سبيل الله فهو طاعة وقربة.[6]

أما الحنفية والشافعية فهم يأخذون بالإرادة الظاهرة دون التعويل على النية والباعث، .....وقد أفصح صاحب المذهب عن هذا الاتجاه في عبارات واضحة إذ يقول: (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتابعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أبدا، وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا، وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوما، أو أقل، أو أكثر، لم أفسد النكاح إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد).[7]

---

[1] فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 144.

[2] إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م ، ص 311.

[3] ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1417هـ/1996م، (78/3 ، 79).

[4] المرجع نفسه ، (78/3 ، 79).

[5] ابن قدامة ، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية،1417هـ/1997م، (317/6).

[6] ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع نفسه، (90/3).

[7] الشافعي، الأم، (152/4).

ويرى السنهوري أن الفقه الإسلامي في نزعته موضوعية، والعبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة، ويتضح ذلك في وضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة. [1]

ويرد على من قال بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة بأنه إذا صح من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني، فإن هذا عند إمعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة، فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذا التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية، فلا نجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس. [2]

ويدعم ذلك قواعد كلية وهي:

. **الأصل في الكلام الحقيقة:** فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي. فإذا وقف على أولاده، أو أوصى لهم، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح. [3]

ومنها لو وقف على ورثة زيد، وهو حي، لم يصح، لأن الحي لا ورثة له. [4]

. ولكن، **إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز**، فلو ذكر الواقف أن الوقف لأولاده ثم توفي ولم يكن له أولاد، بل كان له أحفاد، فحينئذ يحمل لفظ الأولاد

على الأحفاد مجازا لتعذر حمله المعنى الحقيقي، ويستحق الأولاد غلة الوقف. [5]

. **لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح:** فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا، قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ. مثل ذلك أن يهب شخص شيئا لآخر، فقبض الموهوب في مجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح لأن إيجاب الواهب في مجلس الهبة إذن ضمني، لو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبض، لأن الإذن الصريح يقدم على النهي الضمني. [6]

---

[1] عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، المرجع السابق، (23/6).

[2] عبد الرازق السنهوري، المرجع نفسه ، (23/6).

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998م، (135/1). وهي تقابل المادة 12 من مجلة الأحكام العدلية. انظر صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1961، ص 283.

[4] السيوطي، المرجع السابق، (136/1).

[5] وهي تقابل المادة 61 من المجلة. انظر صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص 283.

[6] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، (26/6).

. **دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه:** فاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل، وإذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها، وضاعت منه دون تقصير فلا يضمن.

. **قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله:** كمن وقف على أولاده وليس له إلا أولاد الأولاد حمل المعنى عليهم لتعذر الحقيقة وصونا للفظ عن الإهمال .[1]

ومنها قوله لزوجته في مصر: أنت طالق في مكة، تطلق في الحال. [2]

والعوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي ما يلي:

1. العرف والعادة: فالقاعدة أن العادة محكمة،[3] وأصلها قوله ﷺ: « **ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن** ».[4]

ولو رجع إلى أحكام الفقه الإسلامي لوجد أن العرف والعادة معتبران في مسائل عديدة فيه، ومنها سن الحيض والبلوغ والإنزال، وأقل الحيض... على أن العادة لتصبح محكمة شرعا يجب أن تستوفي بعض الشروط:[5]

أولا: أن تكون مقبولة عند الطباع السليمة.

ثانيا: يجب أن تكون من الأمور المتكررة ويعتبر العرف السابق أو المقارن للمعاملات دون العرف المتأخر الطارئ.

ثالثا: لا عبرة بالعرف إذا كان بين الطرفين شرط مخالف.

2. طبيعة الالتزام: وطبيعة الالتزام تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات، وهناك قواعد كلية في هذا المعنى، نذكر منها:[6]

. التابع تابع: ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعا لها، فلا يفرد بالبيع.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، (286/1).

[2] المرجع نفسه، (287/1).

[3] السيوطي، المرجع السابق، (193/1).

[4] الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث النهاية ، تحقيق أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م، (133/4). والإمام أحمد بن حنبل، المسند، (241هـ)،المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1994م، (493/1). ينظر جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المرجع نفسه، (194/1).

[5] انظر صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص 241.

[6] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، (35/6).

. التابع يسقط بسقوط المتبوع: فمن فاتته صلاة في أيام الجنون، لا يستحب قضاء رواتبها، لأن الفرض سقط، فكذا تابعه.

. الفرع يسقط بسقوط الأصل: وهي قريبة من القاعدة السابقة، فإذا برئ الأصيل برئ الضامن، لأنه فرعه. بخلاف العكس.

المطلب الثاني: تفسير العقد في القانون

لا تقتصر الحماية التشريعية عند هذا الحد بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها كلية، بل تمتد هذه الحماية لتشمل تأويل الشك لمصلحة الطرف المذعن.

والعقد من حيث التفسير له حالات ثلاث:

أ . فإما أن تكون عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها فتنص المادة 1/111 ق م ج: (**إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين**).

وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

1 . أن تكون العبارة واضحة والإرادة واضحة: إذا كانت عبارة العقد واضحة، افترض القاضي أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فتكون هذه الإرادة هي أيضا واضحة، وفي هذه الحالة لا يجور للقاضي بحجة أنه يفسر العقد، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفا لها ومسخا وتشويها، مما يوجب نقض الحكم. [1]

2 . أن تكون العبارة واضحة والإرادة غير واضحة: في هذه الحالة تكون العبارة في حد ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى. ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، بل يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان. [2]

ب . وإما أن تكون عبارة العقد غير واضحة، فتكون بحاجة إلى تفسير، ويجب في تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وتنص الفقرة الثانية من المادة 111 في هذا الصدد على ما يأتي: (**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**).

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، (8/6).

[2] المرجع نفسه ، (8/6).

لم يعرف المشرع العبارة الغامضة، فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، ونذكر من هذه الحالات:[1]

– العبارة المبهمة، وهي العبارة التي لا تفيد شيئا، فيصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين.

– العبارة التي تحمل أكثر من دلالة، فهي عبارة غر دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

– العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، هذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب غموضا بخصوص إرادة المتعاقدين.

– تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.

– إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل.

ويتضح من أحكام المادة 111 ق م ج أن القاضي ملزم بالبحث عن النية المشتركة في ضوء: طبيعة التعامل، والأمانة والثقة، والعرف.

– طبيعة التعامل: ويمكن أن نكتشف النية المشتركة للمتعاقدين على ضوء طبيعة التعامل. فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء...

– الأمانة والثقة: والأمانة واجب على المتعاقد، والثقة حق له. ومن مقتضى كلامهما أن يفسر القاضي العقد وفقا لما يجب أن يسود التعاقد من أمانة لدى طرفيه، وثقة كل منهما في الآخر.

وبمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات، بل يلتزم بالتعاون مع المتعاقد معه، فيطلعه على كل الأمور التي يجهلها والتي تهم المعاملة.[2]

– العرف الجاري في التعامل: العرف يجري مجرى القانون بوجه خاص في المسائل التجارية والبحرية ويتصل بالعرف الشروط المألوفة في التعامل، فتضاف إلى العقد التي جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج فعلا.[3]

ج . وعندما يقوم الشك في تبين الإرادة بعد محاولة القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير عبارة العقد غير الواضحة، فعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين في غير عقود الإذعان، حيث تنص المادة 112 ق م ج وتقابلها 151 من ق م المصري على أنه: (**يؤول الشك في مصلحة المدين.**

غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

[1] فيلالي علي، علي فيلالي ،الالتزامات – النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2010، ، ص 387.

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص391.

[3] عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، (13/6).

ومعنى الشك في هذه الحالة أن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على الآخر.

فيفسر الشك لمصلحة المدين، أو يأخذ بالمعنى الذي كون حماية لمصلحة المدين، وهذا يكون مما لا شك فيه على حساب مصلحة الدائن.

فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلا وثار الشك حول شرط يتعلق بدفع الثمن، والثمن يمثل التزاما على عاتق المشتري وهو حق للبائع، فسر هذا الشك لمصلحة المشتري لأنه المدين في الالتزام يدفع الثمن، أما إذا ثار الشك حول الالتزام بنقل الملكية أو ضمان التعرض والمدين هو البائع، فسر هذا الشك لمصلحة البائع.

وهذا ما نجده في العقود الملزمة لجانبين، إذ يكون طرفي الرابطة العقدية دائنا ومدين في نفس الوقت، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن تحديد صفة المدين لا يحتاج إلى ضبط باعتبار أن هذه العقود لا يوجد فيها إلا مدين واحد.

ويبرر هذا القاعدة الاعتبارات التالية: [1]

. الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه.

. الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، وعليه أن يتحمل إذن مسؤولية إملائه المبهم.

. الدائن يتحمل إثبات الالتزام، وإذا عجز عن ذلك نتيجة شك فمن المنطقي أن يتحمل النتيجة.

المطلب الثالث: الاستثناء وتفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن

خرج هذا النص على القواعد العامة في التفسير عن طريق تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، ويتضح من ذلك أن الحماية التي قررها القانون للمذعن لا تقف عند رقابة القاضي للشروط التعسفية، بل أضاف القانون طريقا جديدا لحماية الطرف المذعن يتمثل في تفسير الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المذعن في جميع الأحوال، سواء كان مدنيا في

الشرط الغامض المراد تفسيره أو كان دائنا.

ويطرح التساؤل عن مبررات تفسير الغموض لمصلحة المذعن في عقد الإذعان؟

والجواب أن الفقه قد اختلف في الإجابة عن هذا التساؤل:

فالغالبية العظمى من الفقهاء تبعا لما جاء في المذكرة الإيضاحية تذهب إلى أنه: (لقد استثنى المشرع من هذا الأصل عقود الإذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا ، فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض.

[1] عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، (11/6). وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص393.

بل أن البعض ذهب إلى أبعد من ذلك في سبيل تدعيم هذا الاتجاه فيرى أن صياغة شروط عقد الإذعان من جانب الطرف القوي بطريقة غامضة يعتبر خطأ يترتب عليه مسؤوليته، ولما كان أفضل التعويض هو ما كان عينا، فإن تفسير الشك لمصلحة المذعن يكون هو أفضل تعويض يمكن لهذا الأخير الحصول عليه.

وذهب عبد الحي حجازي . رحمه الله . إلى أن أساس تفسير الشروط الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة المذعن ليس هو مسؤوليته عن الغموض في التعبير، بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، فأساس هذا النص الاستثنائي يكمن في العدالة لا في المسؤولية فالقانون يريد أن يأخذ بيد الضعيف ويحميه من جور الطرف القوي.

والباحث يؤيد هذا، ذلك لأنه رغم اعتراف المشرع بكون عقود الإذعان عقودا بالمعنى الصحيح، إلا أنه لم يغفل كون هذه العقود تتميز بسمة معينة وهي عدم التوازن في القوى وعدم التساوي في المركز بين المتعاقدين . فأعطى المتعاقد الضعيف بعض الرعاية لحمايته.

فعقود الإذعان تتضمن في الغالب عبارات غامضة وصيغ مهمة وشروط متناقضة أو غير متوافقة فيما بينها، ومن هنا تبدوا فعالية هذه الوسيلة في حماية المذعن، إذ عن طريق هذا الغموض أو ذلك الإبهام يستطيع القاضي أن يتدخل في العقد لمصلحة المذعن.

فعقد التأمين مثلا يفسر دائما، في الالتزامات التي يترتب في ذمة شركة التأمين، لمصلحة المؤمن له لا لمصلحة الشركة. [1]

وقد تبنى المشرع الجزائري منهجا مطابقا لمنهج المشرع المصري قي شأن حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان، وهذا ما يتبين من تطابق نص المادة 112 ق م ج مع نص المادة 151 ق م مصري، وإذا كان المشرع المصري قد نجح في صياغة الفقرة الأولى من المادة 151 بإيراد لفظ (**الشك**) مطلقا، إلا أنه قيد بلا مبرر سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان حينما حدد ممارسة هذه السلطة في حدود (**الشروط الغامضة**)، فمن المعروف أن التفسير وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة وإنما قد يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى ما كان منها واضحا. [2]

الخاتمة:

إن النتاج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة هي:

– قد يبدو أن مشكلة الشروط التعسفية تكمن في عقود الإذعان فقط، لكن الصحيح أن جل العقود خاصة منها ما يتعلق بالمعاوضات المالية قد تتضمن مثل هذه الشروط.

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، (12/6).

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 255.

– اشتمال عقد الإذعان على أي صورة من صور الاستغلال للطرف الضعيف كالشروط التعسفية أو الاحتكار يعد نوع من أنواع الظلم، ويوجب الإثم مع بطلان هذه الشروط.

– إن الشريعة الإسلامية تتضمن الأساس القوي لتدخل القاضي في مجال العقد وتعديله بسبب الإذعان إذا تضمن شروطا من شأنها المساس بالتوازن المطلوب بين الأداءات المتبادلة فيه وهو ما يسجل للفقه الإسلامي قصب السبق في محاربة الإذعان والتعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الأداءات المتبادلة في المعاوضات دون غبن أو ظلم.

– الأصل أن يكون تفسير العقد من عمل القاضي، إلا أنه لم يترك له كامل الحرية في تفسيره وأوجب عليه إتباع قواعد محددة في ذلك. وخلافا للقاعدة العامة في التفسير والتي تقضي بأن يكون تفسير الشك لصالح المدين فإن تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يكون في صالح الطرف المذعن.

قائمة المصادر والمراجع

ثالثا: النصوص القانونية

1. القانون المدني الجزائري
2. القانون المدني المصري
3. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

أولا: الكتب

4. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1417هـ/1996م.
5. ابن قدامة ، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية،1417هـ/1997م.
6. الإمام أحمد بن حنبل، المسند، (241هـ)،المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1994م.
7. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر.
8. حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، والتي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الأمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998.
9. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
10. الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث النهاية ، تحقيق أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م، (133/4).

11. السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998م.
12. الشافعي، الأم.
13. صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة.
14. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،1996
15. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
16. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
17. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة، 1984م.
18. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة " حماية المستهلك في الشريعة والقانون" التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998.
19. محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،الطبعة الثانية، 2008.

ثانيا: المقالات

20. تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، العدد 20، 2009.
21. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م.