الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والاتجاهات الحديثة لحماية المستهلك

د. عبد المجيد خلف العنزي
أستاذ القانون المدني المشارك
أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية
دولة الكويت

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى تقييم الأخذ بفكرة عقد الإذعان في القانون المدني، وما يمنحه القانون للقاضي من سلطة لتعديل مضمون العقد لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية التي انفرد أحد أطرافها بإعداد وصياغة نموذج عقد لا يملك الطرف المتعاقد معه سوى قبوله أو رفضه دون مناقشة بنوده، وأثر القيود التي أحاطت بتلك الفكرة في تقييد القاضي ومنعه من تحقيق غايات التشريع في حماية الطرف الضعيف، رغم الانتشار المتزايد لنماذج العقود التي تطرحها الكيانات التجارية والاقتصادية الكبيرة والمتوسطة المسيطرة على سوق السلع والخدمات، وما استتبع ذلك من الأخذ بوسائل أكثر فاعلية في حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، واقتراح ما يمكن تبنيه من الأفكار التي أخذ بها القانون المقارن في سبيل تسهيل مهمة القاضي في التصدي للشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان.

وقد اتبعنا في سبيل ذلك المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية ومراجعة الأحكام القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة، ومقارنة ذلك بما أخذت به بعض الدول الأخرى في سبيل إنصاف الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. وقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين: يتناول الأول منهما ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية، في حين يتناول الثاني الاتجاهات الحديثة لحماية المستهلك والتصدي للشروط التعسفية. وقد انتهى البحث إلى عدة نتائج من أهمها أنّ تعريف عقد الإذعان بالتركيز على الطريقة التي تم بها التعاقد هو الأكثر توافقاً مع ما جاء في المواد (80 و81 و82) من القانون المدني الكويتي، وأنّ الأخذ بمعيار الإخلال بالتوازن العقدي، سيسهم بشكل كبير في تسهيل مهمة القاضي عند التصدي للشروط التعسفية، وأنّ القضاء الكويتي تبنى الاتجاه التقليدي في تعريف عقد الإذعان، وأن هناك عيوباً صياغة المادة (81) من القانون المدني. وأوصى البحث بضرورة تعديل صياغة هذه المادة، وكذلك تعديل المادتين (6) و(11) من قانون حماية المستهلك الكويتي.

كلمات دالة: عقد الإذعان، سلطة القاضي، شروط تعسفية، تعديل العقد، حماية المستهلك.

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث

لم تعد أغلب العقود تبرم بأسلوب المساومة والتفاوض المباشر بين طرفي العقد، ولم تعد لشخصية المتعاقد أهمية تذكر في الكثير من العقود، وأصبحت الحركة الاقتصادية تعتمد على الإنتاج الضخم والانتشار الواسع للسلع والخدمات، من خلال سيطرة كيانات تجارية واقتصادية كبيرة ومتوسطة على سوق السلع والخدمات، والتنافس على استقطاب أكبر عدد من المستهلكين.

وتتمتع هذه الكيانات الاقتصادية بالخبرة الفنية والدراية العلمية الكافيتين في التسويق للسلع وإعداد نماذج العقود التي يُلزم المستهلك بقبول بنودها وشروطها دون مناقشة، بل أصبحت بعض تلك الكيانات تبالغ في صياغة العقود من خلال الإسهاب والإطناب في شرح التزامات وواجبات طرفي العقد، بحيث تستطيع أن تخفي الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي. كما يلجأ بعضها وخاصة التي تعتمد على التسويق من خلال المواقع والتطبيقات الإلكترونية إلى الحصول على موافقة المستهلك المسبقة على جميع شروط وأحكام التعاقد معها عند بداية تسجيله في الموقع أو التطبيق الإلكتروني، من خلال تحديد أيقونة الموافقة على الشروط والأحكام دون أن يكون باستطاعته قراءتها أو الاطلاع عليها.

فأصبحت أغلب العقود تتصف بصفة الإذعان الذي يجعل أحد طرفي العلاقة التعاقدية يستقل بوضع شروط العقد وتحديد آثاره في شكل نموذج يقدم للجمهور بشكل إيجاب عام، يكفي لإبرام العقد مجرد اقترانه بقبول من الطرف الآخر الذي لا يملك مناقشة أو تعديل ما جاء فيه من شروط وأحكام، نتيجة التفاوت الاقتصادي والمعرفي الكبير بين طرفي العقد.

وتنتشر صور التعاقد بالإذعان في مجال عقود الاستهلاك التي يتمتع فيها أحد الأطراف (المزود أو المورد) بالدراية الفنية والقانونية والقوة الاقتصادية، مقابل الطرف الآخر (المستهلك) الذي يسعى لتأمين احتياجاته من السلع والخدمات، ويقبل على التعاقد للحصول عليها دون دراية كافية بما تتضمنه تلك العقود من شروط وأحكام.

ثانياً: مشكلة البحث

أجاز المشرع الكويتي من خلال المادة (80) من القانون المدني أن يتم التعاقد من خلال

إذعان أحد طرفي العقد لإرادة الطرف الآخر الذي ينفرد بوضع مشروع العقد، ولا يقبل من الطرف الآخر سوى التسليم به[1]، وسعى إلى حماية الطرف المذعن، بأن أعطى للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن سلطة تعديل الشروط التعسفية[2]، وجعل الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن[3]، ونص في المادة (11) من قانون حماية المستهلك على بطلان الشروط التعسفية التي ترد في عقد الاستهلاك[4]، إلاّ أنّ التمسك بالمفهوم التقليدي لعقود الإذعان وما يحيط به من شروط يلزم توافرها قبل إعطاء القاضي صلاحية الولوج إلى الشروط التعسفية في العقد لتعديلها أو إلغائها، نجد أنّه يقف حجر عثرة في طريق الأخذ بالاتجاه الحديث المنادي بتوسيع سبل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وما تتضمنه قوانين حماية المستهلك المقارنة من وسائل تعاون القاضي على إعادة التوازن لعقد الاستهلاك.

فأحكام المحاكم الكويتية لا تزال تساير الآراء الفقهية التقليدية في جعل عقود الإذعان قاصرة على العقود التي تنطوي على الاحتكار للسلع والخدمات الضرورية، دون أن تتجاوز ذلك للبحث في غايات المشرع من الأخذ بهذه المفاهيم وهو تحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لذلك يثور السؤال عن مدى فعالية الحماية القانونية التي كرسها المشرع لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان وعقود الاستهلاك؟ وهل تكفي المبادئ التقليدية التي كرَّسها المشرع في القواعد العامة لتحقيق التوازن العقدي المنشود؟

ثالثاً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنّها تسعى إلى لفت انتباه المشرع الكويتي إلى أوجه القصور في صياغة المواد (80 و81 و82) من القانون المدني، والتي أدت إلى عدم تصدى

(1) تنص المادة (80) من المرسوم بقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي على أنّه: «لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه».

(2) تنص المادة (81) من القانون المدني على أنّه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(3) تنص المادة (82) من القانون المدني على أنّه: «في عقود الإذعان، يفسّر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن».

(4) تنص المادة (11) من القانون رقم 39 لسنة 2014 بشأن حماية المستهلك على أنّه: «يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته أو الانتقاص من حقوق المستهلك الواردة بهذا القانون».

القضاء – في كثير من الأحيان – للشروط التعسفية في عقود الإذعان، وحث القضاء على تبني الاتجاه الحديث في تعريف عقد الإذعان، وإزالة القيود التي نسجها حول فكرة عقد الإذعان بسبب تبنيه للتعريف التقليدي لعقد الإذعان.

وذلك من خلال استعراض الاتجاهات المختلفة في تعريف عقد الإذعان وما يتضمنه من شروط تعسفية، وتحليل للمعايير التي يمكن للقاضي الاستعانة بها للقيام بدوره في التصدي للشروط التعسفية، وتقييم موقف القضاء الكويتي من تطبيق الأحكام المتعلقة بعقود الإذعان والشروط التعسفية.

كما تقدم الدراسة مجموعة من الوسائل المأخوذة من القانون المقارن، والتي كان لها دور مهم في زيادة فاعلية الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها للطرف المذعن من خلال الأخذ بفكرة عقد الإذعان، والنص على بطلان الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك.

رابعاً: منهجية البحث

نظراً لما يترتب على الشروط التعسفية من إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العلاقة التعاقدية، سنحاول من خلال هذه الدراسة تحليل وتقييم سبل التصدي للشروط التعسفية من خلال أحكام النظرية العامة للعقد، وأحكام قانون حماية المستهلك، باتباع الأسلوب الوصفي التحليلي، وذلك بتحليل النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، والتطبيقات القضائية المرتبطة بها. بالإضافة إلى استخدام المنهج المقارن، من خلال مقارنة القانون الكويتي بغيره من القوانين الأجنبية، بغية الوصول إلى أفضل السبل القانونية للحد من انتشار الشروط التعسفية في نماذج العقود المعدة سلفاً من قبل المزودين، واقتراح ما يمكن الأخذ به من حلول لتعطيل أثرها وتحقيق التوازن العقدي بين التزامات طرفي عقد الاستهلاك.

خامساً: خطة البحث

في ضوء ما سبق، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين: يعنى الأول منهما بتعريف عقد الإذعان ونشأته وتسمياته المختلفة وطبيعته القانونية، وتحديد التعريف التشريعي والفقهي للشروط التعسفية، والمعايير التي يعتمد عليها القاضي في تحديدها والتصدي لها. في حين يتناول المبحث الثاني، وسائل التصدي للشروط التعسفية في القانون الكويتي وتقييم مدى فاعليتها، وبيان أحدث الوسائل التي أخذ بها التشريع المقارن لزيادة فاعلية الحماية التشريعية في التصدي للشروط التعسفية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الاتجاهان التقليدي والحديث في تحديد ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية

المبحث الثاني: أثر تبني الاتجاه التقليدي أو الاتجاه الحديث في التصدي للشروط التعسفية

المبحث الأول

الاتجاهان التقليدي والحديث في تحديد ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية

لم تعد الإرادة وحدها التي تضفي على العقد قوته الملزمة – كما يذهب إلى ذلك أصحاب المذهب الفردي[5] – وإنّما يشاركها في ذلك القانون، وما يفرضه من اعتبارات تتعلق بالصالح العام، والنظام العام، والتزام الآداب العامة، وحسن النية، وشرف التعامل، والثقة المتبادلة بين المتعاقدين[6]، وما ينتج عن الأخذ بها من تعزيز لمبدأ التوازن العقدي. فأصبح للقاضي سلطة لإعادة التوازن إلى العقد وتعديل شروطه، تارة نتيجة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وتارة أخرى نتيجة إعمال أحكام نظريتي الاستغلال والغبن، وأحياناً من خلال تكييف العقد على أنّه من عقود الإذعان. وحتى يتمكن القاضي من التدخل في العلاقة التعاقدية، ومراقبة مدى التوازن في الالتزامات التي تنشأ عنها تطبيقاً لفكرة عقد الإذعان، يلزم – أخذاً بحكم المادة (81) من القانون المدني الكويتي – توافر شرطين أساسيين هما: 1– أن يتم العقد بطريق الإذعان، 2– أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية.

ولنا أن نتساءل عن ماهية عقد الإذعان، وهل يشترط أن يتضمن شروطاً تعسفية؟ وهل كان لاستخدام اصطلاح عقد الإذعان بدلاً عن عقد الانضمام أثر في تقييد سلطة القاضي بتعديل شروطه؟ كما يثور السؤال عن ماهية الشروط التعسفية التي يلزم توافرها لاعتبار العقد من عقود الإذعان؟

---

(5) ظهر المذهب الفردي في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وهو مذهب يدعو إلى تقديس الحرية الفردية، ويجعل للإرادة سلطاناً مطلقاً في مجال الالتزامات والعقود. راجع حول ذلك: أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1945، ص 40–46؛ عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 44، سنة 2016، ص 258-259؛ أحمد بورزق وخديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود: دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، ديسمبر 2019، ص 135-137.

Vera Bolgár, The Contract of Adhesion: A Comparison of Theory and Practice, The American Journal of Comparative Law, vol. 20, n°. 1, 1972, pp. 53–78, www.jstor.org/stable/839488, (Accessed 3 July 2021); Cheshire and Fifoot and Furmston's, Law of Contract, Oxford University Press, UK, 2007, p.15.

(6) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1998، ص 49-51.

للإجابة عن هذه التساؤلات، قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين: خصّصنا الأول منهما للتعرف على ماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية، في حين خصّصنا المطلب الثاني للتعرف على ماهية الشروط التعسفية والمعايير التي يمكن من خلالها الوقوف على ما إذا كان الشرط أو البند التعاقدي يعد تعسفياً من عدمه.

المطلب الأول

ماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية

إنّ الأخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كأثر لترسيخ مبدأ سلطان الإرادة سيؤدي – لا محالة – إلى استبداد الإرادة الفردية، بإنشاء علاقات قانونية غير متكافئة، هدفها الأول والأخير هو تحقيق المصلحة الفردية، دون مراعاة للمصلحة العامة ومبادئ العدالة وما تقتضيه من تحقيق التوازن وحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

لذلك أخذت التشريعات المدنية في الكثير من الدول بفكرتي عقد الإذعان وعقد الاستهلاك لإفساح المجال للقاضي ليبسط رقابة القانون على علاقات تعاقدية تتفاوت فيها مراكز القوة تفاوتاً كبيراً، سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية المهنية، وما ينتج عن ذلك التفاوت من إبرام عقود ينفرد أحد أطرافها بصياغتها وكتابة شروطها التي تنطوي في كثير من الأحيان على بنود تتسم بالتعسف والإخلال الجسيم بالتوازن بين التزامات طرفي العقد.

وللتعرف على ماهية عقد الإذعان، يجب علينا البدء بحصر التسميات التي أطلقها الفقه على العقود التي يأتي فيها القبول تسليماً بشروط ينفرد أحد طرفي العقد بوضعها ولا يقبل المناقشة فيها، ثم التعرف على الاتجاهات الفقهية في تعريف هذا النوع من العقود، وأثر ذلك في تحديد خصائصها وطبيعتها القانونية، وهو ما سنوضّحه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: يتناول الأول منها نشأة عقد الإذعان وتسمياته المختلفة، ويتولى الثاني تعريف عقد الإذعان وما يميّزه من خصائص، في حين يتناول الأخير الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

الفرع الأول

نشأة عقد الإذعان وتسمياته المختلفة

سنتناول نشأة عقد الإذعان أولاً، ثم نعرض لتسمياته ثانياً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: نشأة عقد الإذعان

لم يكن لعقود الإذعان وجود في التشريعات القديمة، وإنّما نشأت في الفكر القانوني المعاصر نتيجة لنمط الحياة المتسارعة التي يعيشها عصرنا، وازدياد الطلب على سلع وخدمات لم يعرفها من لم يعش في غير هذا العصر[7]. فمدنية العصر اقتضت خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة، ولا يمكن توفيرها إلاّ عن طريق مشاريع وكيانات اقتصادية وتجارية ضخمة – يغلب ألاّ تجد لها منافساً – باتت تتحكم فيما تقتضيه حياة الأفراد بما يحتاجون إليه من سلع وخدمات ضرورية.

ولعدم قدرة تلك الكيانات والمشاريع الضخمة على التفاوض مع جمهور المستهلكين من الناحية الواقعية، دأبت على أن تقصر تعاملها مع أفراد المجتمع من خلال عقود تنفرد هي بصياغتها وتحديد شروطها دون أن تقبل منهم مناقشة فيها، وبذلك: «عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد، يأبى المساومة ويمنع النقاش، ويقوم بين طرفين، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي، والثاني – بالغة ما بلغت قوته في ذاته – ضعيف لا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه، إلاّ أن يسلّم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته»[8].

فعقود الإذعان كفكرة قانونية ليست بالقديمة، بل دعت إلى ظهورها وتبنيها في التشريعات الحديثة ما تمخضت عنه الثورة الصناعية في أواخر القرن التاسع عشر من تفاوت كبير في القوة بين أطراف العلاقة التعاقدية بسبب ظهور الكيانات التجارية والصناعية الاحتكارية، وما فرضته في تعاملاتها من طرح نماذج للعقود لا يملك المتعاقد معها مناقشة ما تتضمنه من شروط وأحكام[9].

ويُرجع البعض ظهور مشكلة الإذعان في العقود إلى مفهوم العقد الموروث عن شارح القانون الفرنسي الفقيه بوتييه الذي أكد أنّ الفرد لا تقيّده أي رابطة، وله الحرية التامة في التعاقد وفي قبول ما يشاء من الشروط، باعتبار أنّ الإرادة هي أساس العقد وهي مصدر الحقوق والالتزامات التي تنشأ عنه، وهي بذلك تسمو على القانون[10].

(7) مثل الكهرباء والوقود والمواصلات والإنترنت والتطبيقات والأجهزة الإلكترونية.

(8) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، إدارة الفتوى والتشريع، ص 365-366.

(9) عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1988، ص181؛ يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 30، العدد 2، ديسمبر 2019، ص 101.
Andrew Burgess, Consumer Adhesion Contracts and Unfair Terms: A Critique of Current Theory and a Suggestion, Anglo-American Law Review, 1986; 15(4), pp. 253-255.

(10) محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص10؛ يمينة بليمان، مرجع سابق، ص 102.

وأوّل من نادى بالأخذ بفكرة عقد الإذعان لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية هو الفقيه سالي، والذي أطلق عليه اصطلاح (contracts d'adhésion) أي (عقد الانضمام)، باعتبار أنّ أحد طرفي العقد ينضم إلى إرادة الطرف الآخر، أمّا اصطلاح عقد الإذعان فيرجع في أصل نشأته إلى الفقيه عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أنّ قبول الطرف الضعيف في عقد الإذعان يأتي نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر[11].

وتبلورت فكرة عقد الإذعان ورسمت ملامحها من خلال رسالة الفقيه عبد المنعم فرج الصدة التي كان لها بالغ الأثر في التشريعات العربية التي أخذت بفكرة عقد الإذعان وفي شروحات الفقه والأحكام القضائية عند تحديد خصائص عقود الإذعان والأحوال التي يجوز فيها للقاضي تعديل شروطها[12].

وللمشرِّع اللبناني فضل السبق في التنظيم التشريعي لعقود الإذعان، وذلك في المادة (172) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9، أمّا تسمية عقد الإذعان فأطلقها المشرِّع المصري في المواد (100 و149 و150) من القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، وسار على نهجه كل من المشرِّع السوري والليبي والعراقي والكويتي[13].

ولا تزال فكرة عقود الإذعان والعقود النموذجية التي تطرحها المشاريع والكيانات الاقتصادية والتجارية في تطور مستمر، خاصة مع التطورات الصناعية والتكنولوجية التي نعيشها، التي جعلت من نماذج العقود ضرورة تستلزمها كثرة حاجة المستهلكين للسلع والخدمات، ورغبة الطرف القوي في توفير الجهد والوقت والأموال المبذولة في سبيل إعدادها[14].

(11) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص77. ويشير إلى: الفقيه سالي، إعلان الإرادة – مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني، باريس، 1923، ص299 وما بعدها؛ سان ريمي، مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، رسالة دكتوراه، باريس، 1928؛ ميسول، عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان، رسالة دكتوراه، باريس، 1934؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 181.

(12) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946؛ وللمؤلف أيضاً: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 134-135.

(13) المواد (101، 150، 152) من القانون المدني السوري، والمواد (100، 149، 153) من القانون المدني الليبي، والمادة (167) من القانون المدني العراقي، والمادة (161) من قانون التجارة الكويتي القديم.

(14) أشرف عبد العظيم عبد القادر، حماية المستهلك من اختلال التوازن العقدي الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية بعقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، القاهرة، المجلد 5، العدد 2، سنة 2019، ص 33.

ثانياً: تسميات عقد الإذعان

تعددت التسميات التي استخدمتها القوانين المقارنة وأطلقها الفقه على العقود التي يجيء القبول فيها دون مناقشة، من خلال التسليم بمشروع عقد انفرد أحد أطرافه بصياغة شروطه.

وسنستعرض هذه التسميات ومبررات تبنيها من خلال ما يلي:

1. عقد الانضمام (Contrats D'Adhésion):

هي التسمية التي أخذ بها القانون الفرنسي[15] نقلاً عن الفقه الفرنسي الذي نادى بالأخذ بفكرة الانضمام لمنح القاضي سلطة لإعادة التوازن للعقد[16]، وقد سميت عقود الانضمام بهذا الاسم لأنّ أحد طرفي العقد ينضم إلى الإيجاب الصادر عن الطرف الآخر دون مناقشة. وتسمية الانضمام أعم من تسمية الإذعان، كون الانضمام يشمل جميع العقود التي ينفرد أحد طرفيها بتحرير شروطها دون أن يسمح للطرف الآخر بمناقشتها، كما هو الحال في مراكز التسوق والمحلات التجارية الكبرى التي تقوم ببيع السلع بأسعار محددة، ونماذج عقود الإيجار المنتشرة في دولة الكويت، والانضمام إلى تطبيقات وبرامج الهاتف النقال.

2. عقد الموافقة:

أطلقت المادة (172) من قانون الموجبات والعقود اللبناني[17] تسمية عقود الموافقة على العقد الذي يقتصر دور أحد طرفيه على قبول مشروع عقد أعده المتعاقد الآخر من دون أن يسمح له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش ما تضمنه. وتسمية عقد الموافقة هي

(15) المادة (1171) من القانون المدني الفرنسي، وتسمى في القوانين الأنجلو سكسونية والأنجلو أمريكية بـ: (The adhesion contract, or contract of adhesion)
انظر حول ذلك:
Black's Law Dictionary, https://thelawdictionary.org/contract/, (Accessed 3 July 2021)

(16) سالي، إعلان الإرادة، ص229؛ ديموج، الالتزامات 2، فقرة 616؛ ريبير، القاعدة الخلقية في الالتزامات، ص 55، وغيرهم ممن أشار إليهم د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص77. كما أشار إليهم أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 82؛ جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص 96.

(17) تنص المادة (172) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنّ: «عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه، وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والإيجار والمقايضة والإقراض)، وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما تضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان)».

ترجمة لعبارة (contracts d'adhésion) التي استخدمها المشرع اللبناني في نص المادة المشار إليها باللغة الفرنسية، وتم ذلك باعتبار أنّ موافقة المتعاقد على الشروط يتم من دون مناقشة[18].

3. عقد الإذعان:

هذه التسمية جاءت في أغلب التشريعات العربية الأخرى التي أخذت بفكرة عقد الإذعان لمواجهة ظاهرة العقود التي اقتضتها طبيعة الحياة المدنية الحديثة، والتي لم تعد المساومة شرطاً أساسياً فيها، وهي عقود جاءت نتيجة ازدياد الطلب على سلع وخدمات تتطلبها طبيعة الحياة التي نعيشها في العصر الحالي والتي لا يستطيع التجار العاديون توفيرها أو إدارتها، مما استدعى الدول إلى دعم وتأييد مشروعات تجارية واقتصادية ضخمة ذات قوة هائلة، يغلب أن لا تجد لها منافساً، وإن وجدته هادنته لتتوافق معه على توحيد شروطها في تقديم الخدمات وبيع السلع الضرورية[19].

ونظراً لهذا التفاوت الكبير في مستوى القوة بين طرفي العقد (طرف قوي اقتصادياً ومهنياً، وطرف ضعيف اقتصادياً وغير مهني)، انتشرت نماذج العقود التي تعدها سلفاً المشروعات التجارية والصناعية الكبيرة التي تتحكم بالسوق، وتحد من المنافسة فيه، وتسيطر على السلع والخدمات الضرورية، جاءت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان، لأنّ قبول أحد طرفي العقد لا يأتي عن مشيئة كاملة، وإنّما نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر.

4. العقود النموذجية:

يذهب البعض[20] إلى تسمية عقود الإذعان بالعقود النموذجية أو العقود النمطية[21] أو العقود الأحادية التحرير، باعتبار أنّ أحد طرفي العقد يطرح نموذج عقد أو قالب عقد من خلال إيجاب عام يوجه للجمهور وبشروط موحدة لا يقبل مناقشتها أو التفاوض

(18) الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، العدد 2، يونيو 2014، ص 100.

(19) أحمد صفاء الدين العطيفي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، إدارة الفتوى والتشريع، دولة الكويت، المجلد 2، ص 365-366.

(20) سامان فوزي عمر، العدالة التعاقدية في العقود النموذجية: دراسة تحليلية مقارنة، أبحاث المؤتمر الدولي الخامس للقضايا القانونية، جامعة تيشك الدولية، المنعقد بتاريخ 2020/11/12، أربيل، العراق، ص263.

(21) استخدم المشرع الكويتي وصف العقود النمطية في الفقرة 5/ت من المادة (6) من قانون حماية المستهلك رقم 39 لسنة 2014، عند بيان اللجان اللازمة لتحقيق مهام اللجنة الوطنية لحماية المستهلك، وجعل منها لجنة تشكّل لدراسة العقود النمطية في مختلف مجالات الاستهلاك للسلع والخدمات، وذلك لتلافي الشروط المجحفة للمستهلك.

بشأنها، ولا يملك الطرف الآخر إلاّ أن يقبل بالتعاقد من خلال التسليم بنموذج العقد وما يتضمنه من شروط، أو يرفض التعاقد كلياً.

ويُعاب على هذا الاتجاه أنّه عمّم فكرة الإذعان على جميع العقود النموذجية أو النمطية التي وإن كانت تعتبر البيئة الحاضنة للشروط التعسفية في أغلب الأحيان، إلاّ أنّ ذلك لا يعني وصفها بالإذعان في جميع الحالات؛ لأنّ من العقود النموذجية أو النمطية ما يتم طرحه من قبل الجهات المختصة بحماية المستهلك كمرجع يمكن الاسترشاد به للتعرف على الشروط التعسفية الشائع استخدامها من قبل المزودين، وبصورة تحافظ على التوازن العقدي إذا ما تم اعتمادها في العلاقة بين طرفي العقد. كما أنّ طرح أحد المتعاقدين لنموذج عقد على المتعاقد الآخر مع إمكانية مناقشة شروطه لا يكفي لوصف العقد بأنّه من عقود الإذعان، فالإذعان يتحقّق عندما يرفض الموجب مناقشة شروط العقد، وإصراره على قبوله بالشروط التي انفرد بصياغتها، أو عدم التعاقد معه كلية.

ونعتقد بأنّ تسمية عقود الإذعان بعقود الانضمام – أخذاً بالتسمية التي ظهرت معها فكرة التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي – يتماشى أكثر مع الاتجاهات الحديثة بتوسيع سلطة القاضي لحماية الطرف الضعيف في العقد، وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، خاصة في مجال عقود الاستهلاك والعقود الإلكترونية التي باتت تستحوذ على النسبة الكبرى من تعاملاتنا المالية، والتي يعتمد فيها الطرف المحترف على قوالب العقود المعدة مسبقاً دون أن يقبل المناقشة في محتواها.

الفرع الثاني

تعريف عقد الإذعان

لم يضع المشرِّع الكويتي – كغيره من التشريعات العربية – تعريفاً لعقد الإذعان، وترك هذه المهمة للفقه الذي انقسم حول تعريف عقد الإذعان إلى قسمين: أحدهما يوسّع سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، ويخفّف من القيود التي أحاطت بفكرة عقد الإذعان (الاتجاه الموسع أو الحديث)، والآخر يحد من سلطة القاضي ويزيد القيود التي يلزم توافرها لإفساح المجال أمام القاضي للتدخل في العقد (الاتجاه المضيّق أو التقليدي)، وسنتناولها فيما يلي:

أولاً: الاتجاه المضيّق (التقليدي) في تعريف عقد الإذعان

يعتبر هذا الاتجاه هو الاتجاه السائد في الفقه، لارتباطه بكبار الفقهاء الذين انتقلت فكرة عقد الإذعان عن طريقهم من الفقه الفرنسي إلى الفقه العربي، ولبصماتهم الواضحة في

إدراج فكرة الإذعان ضمن النصوص القانونية المنظّمة لنظرية العقد[22].

وأبرز تعريف يردده أصحاب هذا الاتجاه في كتاباتهم هو التعريف الذي وضعه أول من تناول عقد الإذعان بالدراسة من الفقه العربي وهو الفقيه عبد المنعم فرج الصدة الذي عرف عقد الإذعان بأنّه: «العقد الذي يسلّم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها»[23].

وقد كان لتسمية هذا النوع من العقود بعقد الإذعان أثر واضح في التعريف السابق، لأنّ الإذعان دائماً ما يرتبط باحتكار السلع والخدمات والحاجة الملحة لاقتنائها؛ لذلك تم ربط مسألة تسليم القابل بالشروط التي يضعها الموجب مع ما يستدعيه الاحتكار من الانصياع والانقياد لمشيئة المحتكر.

ولا يعتبر العقد من عقود الإذعان – وفقاً لهذا الاتجاه – إلاّ إذا توافرت فيه مجموعة من الخصائص التي يشترط توافرها حتى يتسنى للقاضي التعدي على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويستطيع تعديل الالتزامات الناشئة عنه.

ويمكن حصر هذه الخصائص فيما يلي:

1. أن يوجه الموجب إيجابه إلى جمهور الناس، وليس إلى شخص معيّن أو فئة بعينها.
2. أن يتضمن الإيجاب شروطاً تفصيلية مقرّرة سلفاً، يتم إفراغها في نموذج مطبوع لا يقبل مناقشتها أو التفاوض بشأنها.
3. أن يتعلّق العقد بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية، ليس للمتعاقد فقط وإنّما لجميع من يعيشون معه في المجتمع نفسه (مثل: الماء، والكهرباء، والغاز، والمواصلات، التأمين... وغيرها).
4. أن يكون الموجب محتكراً السلعة أو الخدمة محل العقد احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو أن تكون المنافسة في تقديمها محدودة وضيّقة النطاق، بحيث يسهل على

(22) مثل: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص77؛ أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 82؛ عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، مرجع سابق، ومؤلفه أيضاً: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص 134-135.

(23) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص 134. ويؤيده في ذلك أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 83؛ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 125؛ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلزام، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة نشر، ص 61-62؛ محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص31.

الموجب السيطرة على سوق السلعة أو الخدمة والتوافق مع منافسيه على توحيد شروطها[24].

ثانياً: الاتجاه الموسّع (الحديث) في تعريف عقد الإذعان

يمثّل الفقيه الفرنسي سالي هذا الاتجاه، وهو أوّل من أطلق فكرة عقد الانضمام لمواجهة ظاهرة نماذج العقود التي بدأت تنتشر في بدايات القرن الماضي بالتزامن مع الثورة الصناعية، وما صاحبها من ظهور كيانات تجارية وصناعية كان لها السيطرة الفعلية على سوق السلع والخدمات، وقد عرّف عقد الانضمام بأنّه: «محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد، بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقاً من جانب واحد، ولا ينقصها سوى انضمام من يقبل قانون العقد»[25].

ولأنّ هذا التعريف ركّز على محتوى العقد، وتغليب إرادة الموجب على إرادة القابل، بانفرادها بصياغة شروط العقد من دون أن يربط ذلك بالاحتكار، فقد تم تبني هذا التعريف ممن يمثلون الاتجاه الحديث في توسيع سلطة القاضي بتعديل شروط عقد الإذعان بما يرفع الإجحاف عن الطرف الضعيف في العقد. فقد عرّفه أحد الفقهاء بأنّه: «انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه المتعاقد الآخر من دون إمكانية حقيقية لتعديله»[26].

ويضيف أحدهم أنّ: «التحديد الأحادي الجانب للمضمون العقدي لا يشترط أن يتولى الموجب تحديد شروط العقد بنفسه، بل يمكن أن يتم ذلك من خلال طرف ثالث، أو أن يتبنى نموذج عقد شائع الاستعمال بين المحترفين والمزودين الذين يقومون بعرض السلع والخدمات المشابهة[27].

---

(24) راجع حول خصائص عقد الإذعان: علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 26-27؛ جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، المجلد 8، العدد1، سنة 2019، ص 31-32؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 182؛ الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 101-102.

Arthur Lenhoff, Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law, Tulane Law Review, Vol. 36, 481, (1961-1962). https://heinonline.org, (Accessed 4 July 2021).

(25) سالي، الإعلان عن الإرادة، مشار إليه لدى: محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص 23.

(26) جاك غستان، مرجع سابق، ص 97.

(27) Georges Berlioz, Le Contrat D'Adhésion, 2eme edition, L.G.D.J., Paris, 1976., p.21.

ويذهب جانب من الفقه إلى إسباغ صفة الإذعان على كل عقد يعقد بين مهني محترف يفترض فيه الخبرة الفنية والاقتصادية والقانونية، ومستهلك يفتقر إلى الخبرة، دون اشتراط احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة موضوع العقد، أو حتى وجود منافسة محدودة بشأنها[28]، بل إنّ من الفقه من يرفض ربط فكرة الإذعان بالاحتكار أو بالقوة الاقتصادية والمهنية، ويرى أنّ العقد يعتبر من عقود الإذعان متى ما جاء القبول فيه تسليماً بمشروع عقد أعده الموجب مسبقاً دون أن يقبل مناقشته، فالإذعان من وجهة نظرهم لا يرجع إلى طبيعة أطراف العقد ولا إلى طبيعة محل العقد، وإنّما إلى الطريقة التي تم بها التعاقد[29].

ونحن نميل إلى الأخذ بالاتجاه الموسع في تعريف عقد الإذعان بالتركيز على الإيجاب والقبول في العقد، فإن جاء الإيجاب في العقد على شكل نموذج عقد معد مسبقاً، وتم القبول من خلال التسليم بمشروع العقد دون إمكانية مناقشته، نكون بصدد عقد إذعان يمكن للقاضي تعديل شروطه بما يعيد التوازن للعلاقة التعاقدية، وذلك للأسباب الآتية:

1. لم يرد في المادتين (82 و 80) من القانون المدني الكويتي أي إشارة إلى ضرورة أن يكون العقد متعلقاً بسلعة أو خدمة ضرورية، أو الإشارة إلى الاحتكار الفعلي أو القانوني، أو المنافسة المحدودة التي أضافها أصحاب الاتجاه المضيّق لتعريف عقد الإذعان.
2. تتسم فكرتا الحاجة والاحتكار كأساس للتفرقة بين عقد الإذعان وغيره من العقود بعدم الانضباط، لاختلاف تقدير مدى الحاجة إلى السلعة أو الخدمة من متعاقد إلى آخر[30].
3. إنّ عدم التوازن في العلاقة التعاقدية ليس بالضرورة أن يكون نتيجة التفاوت في القوة الاقتصادية أو الفنية، وإنّما يكفي أن تتغلب إرادة أحد أطراف العقد على إرادة الطرف الآخر، بأن ينفرد بتقديم مشروع عقد لا يقبل المناقشة بشروطه، ويحصل على منفعة على حساب المتعاقد الآخر[31].

(28) سامان فوزي عمر، مرجع سابق، ص 264-265؛ جمال زكي إسماعيل الجريدلي، مرجع سابق، ص 33.

(29) Georges Berlioz, Op. cit., pp. 27-28. Brigitte Lefebvre, Le Contrat D'Adhésion, Revue Du Notariat, volume 105, n° 2, septembre 2003, p. 444-445. https://doi.org/10.7202/1045922ar; François Chénedé et Raymond Saleilles, Le Contrat D'Adhésion, 2eme partie, Revue des Contrats, Lextenso, 2012, pp.10-17.

(30) جمال زكي إسماعيل الجريدلي، مرجع سابق، ص 33.

(31) Léonia David, Le Contrat D'Adhésion, Master, Université de La Réunion, 2016/2017, p.17; A. Seube, Les Conditions Générales des Contrats, in Etudes offertes à A. Jauffret, Puam, 1974, p. 555.

4. إنّ الغالبية العظمى من العقود المتعلقة بالسلع والخدمات التي يحتاجها غالبية الجمهور في عصرنا الحالي، أصبحت تتصف بسمة الاستهلاك، ويتم إبرامها من خلال القبول بنماذج العقود التي يطرحها المزودون والمحترفون كإيجاب عام لا يملك المستهلك سوى القبول بها أو رفضها. كما تشغل العقود الإلكترونية الحيّز الأكبر من مساحة تعاملاتنا المالية في الوقت الحاضر، سواء ما تعلق منها بالشراء أو الاشتراك في خدمات الإنترنت وبرمجيات وتطبيقات الهواتف المحمولة، أو من خلال شراء السلع عن طريق المواقع الإلكترونية وتطبيقات التسوق[32] التي تعتمد على نماذج العقود في تعاملاتها مع زبائنها، وهي نماذج يتم الحصول على قبول المستهلك عليها دون إطلاعه على الشروط التي تتضمنها، وذلك عند التسجيل في الموقع أو التطبيق الإلكتروني والتي تتم صياغتها بطريقة احترافية معقدة وطويلة، بحيث يصعب على الإنسان الحريص فهمها وإدراك آثارها.

ولا يعني ذلك، أن نعتبر جميع العقود النموذجية أو النمطية من عقود الإذعان – وإن تشابهت إلى حد كبير– فالعقود النمطية قد يتم طرحها كعقد مرجعي من قبل الجمعيات واللجان المهنية والفنية المتخصصة[33] لضمان المحافظة على التوازن العقدي وتلافي الشروط التعسفية التي يحاول الطرف الأقوى إدراجها في مشروع العقد الذي يطرحه في إيجابه[34]، ومدار الأمر في التفرقة بينهما يمكن رده إلى إمكانية التفاوض والنقاش بين طرفي العقد حول ما يتضمنه من شروط.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

انقسم الفقه في بداية الأخذ بفكرة عقد الإذعان حول الطبيعة القانونية لهذا العقد – فيما إذا كان من طبيعة قانونية خاصة، أو أنّه يخضع لنظرية العقد وتشمله أحكامها– إلى قسمين:

(32) كان لجائحة كورونا (كوفيد – 19) وما صاحبها من إجراءات حكومية بفرض حظر التجول – بنوعيه الجزئي والكلي – أثر كبير في تحول نمط الحياة، وزيادة الاعتماد على التسوق من خلال المواقع والتطبيقات الإلكترونية ووسائل التواصل الاجتماعي لتوفير السلع والخدمات الضرورية لأفراد المجتمع، حتى بلغ الأمر إلى حد إجبار الحكومات للأفراد باستخدام تطبيقات إلكترونية معيّنة بهدف تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في السيطرة على الوباء واستمرار التعليم وتسيير المرافق الحكومية، مثل تطبيقات (شلونك، مناعة، مسافر، تيمز، وغيرها من التطبيقات التي فرضتها الوزارات والهيئات الحكومية الكويتية).

(33) مثل لجان حماية المستهلك، والجمعيات المهنية والتجارية.

(34) Mona Jamal, Le Contrat D'Adhésion: Étude Comparée des Droits Français et koweïtien, Thèse de Doctorat, Université de Strasbourg, France, 2017, p.36.

القسم الأول:

يرى أصحاب هذا الاتجاه[35]، أنّه لا تتوافر مع الإذعان فكرة المساواة بين طرفي العقد التي تفترضها نظرية العقد، وتنعدم معه الإرادة التعاقدية من قبل الطرف الذي يسلم بمشروع العقد؛ لذلك هو مركز قانوني منظم تنشئه إرادة واحدة منفردة تكون بمثابة قانون أو لائحة، تخضع للقواعد التي تحكم تطبيق اللوائح وتفسيرها، والتي تراعى فيها مقتضيات العدالة وحسن النية، والبحث عن نية من تولى صياغتها[36].

القسم الثاني:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنّ عقد الإذعان هو عقد كسائر العقود، ينعقد بتوافق إرادتين لا بإرادة واحدة[37]، وكل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية أو الفنية[38]. كما أنّ إذعان أحد طرفي العقد لإرادة الطرف الآخر لا يعتبر كافياً لإفساد العقود والقول بعدم وجودها.

وقد حسم المشرع المصري – عند التنظيم التشريعي لعقود الإذعان – الخلاف حول الطبيعة القانونية لها، وناصر فكرة العقدية بنصه صراحة في المادة (149) من القانون المدني على أنّه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان...». والنص في المادة (100) على أنّ: «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها». وقد سار المشرع الكويتي على نهج المشرع المصري ونص في المادة (80) من القانون المدني على أنّه: «لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه».

(35) سالي، إعلان الإرادة؛ ديجي، الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي، ص 55 و298، تطورات القانون الخاص ص 21، القانون الدستوري، ط 3، ج 1، ص 380 وما بعدها؛ هوريو، مبادئ القانون العام، ط 2، ص 206 وما بعدها. مشار إليهم من قبل: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص 140؛ محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص 31.

(36) ج. س. شيشير، س. هـ. فيفوت، م. ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي: ظواهر الاتفاق وقواعد الإيجاب والقبول، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت، 1981، ص 72-76؛ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص140-141؛ الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 102.

Arthur Von Mehren, 'A General View of Contract' in Arthur Von Mehren (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, vol VII Contracts in General (JCP Mohr 1990), p. 15.

(37) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات: دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، بيروت، د. ت، ص 119.

(38) Friedrich Kessler, Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Colum L Rev, pp. 629- 631.

ومناصرة فكرة العقدية كإطار لعقد الإذعان، يمكن تأكيده بالنظر إلى نفاذ عقد الإذعان، فلو كان تنظيماً من نوع خاص يتم بالإرادة المنفردة للطرف القوي، فلماذا لا ينتج آثاره دون ارتباطه بإرادة أخرى؟ ولماذا لا يلتزم بهذا العقد سوى من قبل بمشروع العقد الذي أعده الطرف القوي؟

ويحقق اعتبار عقد الإذعان من قبيل العقود عدة مزايا؛ منها أنّ الطرف المذعن يلتزم في حدود ما قبله عند إبرام العقد، ولا يستطيع الطرف القوي أن يعدل من تلك الالتزامات بإرادته المنفردة. بالإضافة إلى إفساح المجال أمام القاضي لإعادة التوازن إلى العقد من خلال التفسير واستخلاص القصد المشترك لطرفي العقد، وتحديد الشروط التي تم الاتفاق بشأنها، وغيرها من الشروط التي تقتضيها طبيعة التعامل[39].

المطلب الثاني

ماهية الشروط التعسفية

للمشرِّع المصري فضل السبق في التنظيم التشريعي لعقود الإذعان والتصدي للشروط التعسفية[40] التي تتضمنها، وذلك في المادة (149) من القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 16 يوليو 1948. وكان المشرع الكويتي قد اقتفى أثر المشرع المصري بالنص على مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وذلك في المادة (161) من قانون التجارة الكويتي القديم، ثم في المادة (81) من القانون المدني الحالي.

وقد ورد ذكر الشروط التعسفية في القانون المدني الكويتي في موضعين: الأول عند تنظيم أحكام عقود الإذعان في المادة (81) منه[41]. والثاني عند تنظيم عقد التأمين في المادة (784) منه[42]. وقد جعلت المادة (81) من القانون المدني الكويتي احتواء عقد الإذعان على شروط تعسفية شرطاً أساسياً لإفساح المجال أمام القاضي لدخول دائرة العلاقة

(39) محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص 37 و40.

(40) وتسمى أيضاً الشروط غير العادلة، أو غير المنصفة، أو الشروط المجحفة كما جاء في الفقرة (5/ت) من المادة 6 من قانون حماية المستهلك الكويتي.

(41) تنص المادة (81) من القانون المدني الكويتي على أنّه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(42) تنص المادة (784) من القانون المدني الكويتي على أنّه: «يقع باطلاً ما يرد في الوثيقة من الشروط الآتية:
- الشرط الذي يستثني من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين وللوائح ما لم يكن الاستثناء محدداً.
- كل شرط تعسفي يتبين أنّه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه».

التعاقدية، ومع ذلك لم تتضمن تلك النصوص تعريفاً للشروط التعسفية، ولم تحدد معياراً واضحاً يركن إليه القاضي لتقدير تلك الشروط.

وحتى يمكن الوصول إلى مفهوم واضح للشروط التعسفية التي يجب أن يتضمنها عقد الإذعان، يلزمنا بداية أن نحدد تعريفاً لها، ثم الوقوف على المعايير المعتمدة للقول بوجودها، وهو ما سنقوم به من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: خصصنا الأول منهما لتعريف الشروط التعسفية، وركزنا في الثاني على المعايير المعتمدة لتحديد الشروط التعسفية.

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية

تضمنت المادة (81) من القانون المدني الكويتي نظام الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، بما يسمح للقاضي بمراجعة الشروط التي يتضمنها العقد، وتعديل أو إلغاء ما يمكن وصفه بالشرط التعسفي. لكن هل هناك تعريف للشروط التعسفية يكفي للتفرقة بينها وبين ما قد يتضمنه العقد من شروط أخرى؟

سنحاول الإجابة عن هذا السؤال من خلال استعراض التعريفات التشريعية والفقهية للشرط التعسفي، وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً: التعريف التشريعي للشروط التعسفية

سمحت المادتان (81 و784) من القانون المدني الكويتي للقاضي – بناء على طلب الطرف المذعن – بأن يدخل إلى منطقة العقد ويراجع الشروط التعاقدية، ليعيد التوازن للعقد من خلال تعديل الشروط التي تتصف بالتعسف أو الحكم ببطلانها، إلا أنّهما لم تضعا تعريفاً للشروط التعسفية يسعف القاضي في تحديدها ومن ثم التصدي لها.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أنّ الشروط التعاقدية تعتبر تعسفية إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية[43].

وجاءت المادة (11) من قانون حماية المستهلك الكويتي بالنص على أنّه: «يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته، أو

(43) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 86.

الانتقاص من حقوق المستهلك الواردة بهذا القانون»، وهو ما أكدته المادة (33) من القانون ذاته بنصها على أنّه: «يقع باطلاً كل شرط أو اتفاق يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك أو الانتقاص منها أو إعفاء المزود من التزاماته».

ومن النصوص السابقة نجد أنّ المشرِّع الكويتي لم يضع تعريفاً للشروط التعسفية، واكتفى بالتلميح إلى ما يمكن أن يركن إليه القاضي من معايير، كالإخلال بمبادئ حسن النية وشرف التعامل، والاختلال الظاهر في التوازن العقدي.

بينما نجد المشرِّع الفرنسي قد عرّف الشروط التعسفية في المادة (1/212) من قانون الاستهلاك بأنّها: «الشروط التي تهدف أو يكون من شأنها إنشاء اختلال كبير في التوزان بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب غير المهني أو المستهلك»[44]. وأكد على مسألة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد مرة أخرى في المادة (1171) من القانون المدني بالنص على أنّه: «في عقد الإذعان، يعد كأن لم يكن كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ولا عبرة في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيس ولا بمدى ملاءمة الأداء المقابل»[45].

والتعريفات التي اعتمدها المشرِّع الفرنسي مأخوذة من التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية الذي عرّف الشرط التعسفي بأنّه: البند التعاقدي الذي لم يتم التفاوض بشأنه بين طرفي العقد، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي للحقوق والالتزامات المترتبة على العقد[46]، إلاّ أنّ صياغة المادة (1171) من القانون المدني

(44) Art. 212-1 code de la Consommation: "Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

حل هذا النص محل المادة (1/132) من تقنين الاستهلاك، وذلك اعتباراً من أول يوليو 2016 بمقتضى المرسوم رقم 301 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 14 مارس 2016. كما عدّل بمقتضى المرسوم رقم 131 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016.

(45) Art 1171 code civil: «Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

استحدث هذا النص بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016، وتم تعديله بالقانون رقم 287 لسنة 2018 الصادر في 2018/4/20.

(46) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

أخذت بهذه التوجيهات أغلب تشريعات حماية المستهلك في الاتحاد الأوروبي ومن ضمنها بريطانيا في قانون 1999 بشأن الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك.

الفرنسي لم تقصر الحماية على الشروط التي لم يتم التفاوض عليها، وجعلتها تمتد إلى الشروط التي يتم التفاوض عليها، طالما تسببت بإخلال جسيم بالالتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد.

وعرّفتها المادة (26) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 بأنّها: «البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير».

وجميع التعريفات السابقة لم تسعف في وضع تعريف واضح للشروط التعسفية، وركزت على أثرها المتمثل في الإخلال بالتوازن العقدي، وما يجب أن يسود التعامل من التزام بمبدأ حسن النية، وما يقتضيه شرف التعامل.

ثانياً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية

أدى غياب التعريف التشريعي للشروط التعسفية إلى انقسام الفقه حول تعريفها إلى عدة مذاهب، يمكن حصرها فيما يلي:

المذهب الأول:

يركز أصحاب هذا المذهب على المبادئ العامة في نظرية العقد؛ مثل مبدأ حسن النية وشرف التعامل. ويعرّفون الشروط التعسفية بأنّها: تلك التي تأتي منافية لما يستوجبه التعامل من حسن نية، ولما يجب أن يسود في هذا التعامل من نزاهة وشرف[47]. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أو غير ذلك مناط بالقضاء مع تخويل الرقابة في شأن تفسير العقود لمحكمة التمييز[48]. كما يرى بعض أصحاب هذا المذهب أنّ استغلال أحد المتعاقدين وضعيته الاقتصادية في إدراج شروط تعسفية يشكّل تعسفاً في استعمال الحق، ويتعارض مع مبدأ حسن النية الذي يقتضي التعاون بين المتعاقدين في تكوين العقد[49].

(47) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص187، وقد استقى تعريفه من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

(48) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص187.

(49) سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد 5، العدد1، سنة 2019، ص 94.
Audrey Cathiard, L'Abus dans les Contrats Conclus entre Professionnels: L'Apport de l'Analyse Économique du Contrat, Thèse de Doctorat, Presses Universitaires D'aix-Marseille, 2006, pp. 12-14.

المذهب الثاني:

يركّز على الإخلال بالتوازن العقدي الذي يأتي نتيجة التفوق الاقتصادي أو المهني لأحد أطراف العقد، وما يحصل عليه هذا الطرف من ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر. ويعرّف أصحاب هذا المذهب الشرط التعسفي بأنّه: «كل شرط يرد في العقد ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين والتي تكون دائماً في مصلحة الطرف الذي يتمتع بالمهنية أو المعرفة أو الاحتراف أو النفوذ الاقتصادي»[50].

المذهب الثالث:

يجمع بين المذهبين السابقين، ويرى أنّ الشرط يعتبر تعسفياً طالما تم نتيجة تعسف أحد أطرافه باستعمال حقه في صياغة العقد بما يتنافى مع مبدأ حسن النية من جهة، وترتب على ذلك إخلال ظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد، من جهة أخرى[51]. وعلى ذلك يعرّف أحدهم الشرط التعسفي بأنّه: «الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفاً على الطرف الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله، بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى، فيشكل ذلك عبئاً على الطرف الآخر دون مقتضى»[52].

المذهب الرابع:

يرى أنّ الشروط التعسفية واسعة الانتشار وتتعلق بتكوين العقد وبتنفيذه، ومن ثم يصعب تحديد فكرة الشرط التعسفي، لكن أصحاب هذا المذهب يرون إمكانية الوقوف على الشروط التعسفية عن طريق حصر أنواعها، والمبادئ التي تحكمها في العقود

(50) ريما فرج مكي، تصحيح العقد: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2011، ص35؛ فراس جبار كريم الرزاق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، المر كز العربي للنشر، القاهرة، 2017، ص144؛ يمينة بليمان، مرجع سابق، ص113؛ محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل القوانين اليمنية والمصرية والإسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1992، ص 217؛ أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) المنعقد خلال الفترة 9-10 مايو 2017، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، ج 2، نوفمبر 2017، ص 317.

(51) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 50.

(52) أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، العدد 5، سنة 2008، ص 347.

النموذجية التي يقدمها الطرف الذي يتفوق اقتصادياً أو مهنياً أو معرفياً[53]، ومنها على سبيل المثال:

1. الشرط الذي يرمي إلى استبعاد ضمان الاستحقاق في عقد البيع.
2. الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص ضمان العيوب الخفية[54].
3. شرط الإعفاء من المسؤولية المترتب على العمل غير المشروع.
4. شرط عدم اللجوء إلى القضاء لفض النزاع.
5. سقوط الحق بالمطالبة بعد مدة وجيزة.
6. تعديل العقد بالإرادة المنفردة للطرف القوي[55].

ومن جماع ما تقدم، يمكن القول بأنّ التعريفات التي ساقها الفقه لتعريف الشرط التعسفي لم تتفق على تحديد المقصود بالشرط التعسفي بصورة تكفي للتفرقة بينه وبين غيره من الشروط التي يتضمنها العقد، إلاّ أنّها تتمحور حول المعايير التي يمكن أن يركن إليها القاضي عند التصدي للشروط التعسفية مثل اختلال التوازن العقدي والميزة الفاحشة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر، بما يتنافى مع مبدأ حسن النية، وما يجب أن يسود في هذا التعامل من نزاهة وشرف.

كما تتفق التعريفات الفقهية للشروط التعسفية بأنّها لم تربط تلك التعريفات بعقد الإذعان، فالشروط التعسفية ترد في عقود الإذعان وفي عقود المساومة على حد سواء، طالما ترتب عليها إخلال ظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد، بحصول أحد طرفي العقد على ميزة فاحشة على حساب المتعاقد الآخر.

(53) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية، بيروت، 2003، ص 33؛ سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، الجامعة اليسوعية، بيروت، العدد 7، سنة 2001، ص 16.

(54) بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد، 6، العدد2، ص 292.

(55) محمد خليفة كرفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 6، العدد1، سنة 2020، ص277-278.

الفرع الثاني

معيار الشرط التعسفي

إنّ من أبرز الوسائل المعاونة للقاضي في التصدي للشروط التعسفية، تحديد المعايير التي يمكن من خلالها الوقوف على ما إذا كان الشرط أو البند التعاقدي يعد تعسفياً من عدمه. وانطلاقاً من التعاريف التي سقناها في الفرع السابق للشروط التعسفية نلاحظ التركيز على ثلاثة معايير تساعد في تحديد الشرط التعسفي[56]، سنتناولها فيما يلي:

أولاً: معيار النفوذ أو التفوق

يقصد بمعيار النفوذ أو التفوق، النظر إلى الموقف الذي سمح لأحد طرفي العقد بأن يفرض على المتعاقد الآخر شرطاً أو شروطاً تتضمن ميزة فاحشة له، ويرتبط هذا المعيار بحرفة أحد المتعاقدين ونفوذه وقوته الاقتصادية والمعرفية[57] التي تجعله في موقف أقوى من

(56) يذهب جانب من الفقه إلى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق والمعايير التي جاءت بها، فعندما يتضمن موضوع الشرط أحد هذه المعايير يكون شرطاً تعسفياً، وقد نصت المادة (30) من القانون المدني الكويتي على أنّه: «يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. وبوجه خاص: أ. إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة. ب. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ج. إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. د. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.
انظر حول هذا الرأي:
Gérard Blanc, L'Abus de Droit dans les Contrats en Droit Français, in L'Abus de Droit Comparaison Francosuisses, Actes du Séminaire de Genève, mai 1998, Publication Universitaire de Saint-Etienne, France, 2001, p. 120.
إلاّ أنّ الرأي الراجح قد انتقد ربط الشروط التعسفية بنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك لسببين: الأول أنّ حصر مجال الشروط التعسفية في أربع حالات يؤدي إلى تجميد وتضييق مجال الحماية التي يرغب المشرع في توفيرها للطرف الضعيف، الثاني أنّ تفرد أحد طرفي العقد بوضع شروط العقد لا يعد استعمالاً لحق شخصي تنطبق عليه قواعد التعسف في استعمال الحق، وإنّما يمارس هذه السلطة من خلال الواقع الذي جعله يتمتع بقوة اقتصادية أو مهنية أو معرفية.
انظر: منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 7، العدد 4، ديسمبر 2015، ص 157-159. أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 350؛ عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013/2012، ص 15.
Philippe Stoffel-Munck, L'Abus dans les Contrats: Essai D'Une Théorie, LGDJ, Paris, 2000, p. 292.

(57) تختلف القوة والنفوذ الاقتصاديان عن القوة المعرفية، فالأخيرة لا ترتبط بالمركز الاقتصادي للمهني، ولا بمدى احتكاره للسلع والخدمات، بل ترتبط بمدى خبرة أطراف العقد وفهمهم للجوانب الفنية والقانونية للعقد.

الطرف الآخر لدرجة تجعله ينفرد في صياغة مشروع العقد، وتضمينه الشروط التي تزيد من التزامات الطرف الآخر، أو تنقص من حقوقه بشكل يخل بالتوازن العقدي إلى حد تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الآخر[58].

وقد تبنى التشريع والقضاء الفرنسيان هذا المعيار عند تطبيق حكم المادة (442/1) وهي (المادة 422/6 سابقاً) من قانون التجارة[59] التي تنص على أنّه: «يعد مسؤولاً وملتزماً بتعويض الضرر الناشئ عن فعله، في إطار المفاوضات التجارية، عن إبرام أو تنفيذ عقد من قبل أي شخص يقوم بأنشطة إنتاج أو توزيع أو خدمات كل من: 1- حصل أو سعى إلى أن يحصل من الطرف الآخر على ميزة لا تتناسب البتة مع الخدمة المقابلة لهذه الميزة. 2- إخضاع أو محاولة إخضاع الطرف الآخر لالتزامات تؤدي إلى اختلال كبير في حقوق والتزامات الأطراف».

وجعل إخضاع أو محاولة إخضاع الشريك للحصول على ميزة فاحشة، نتيجة تفاوت القوة الاقتصادية أحد أسباب قيام المسؤولية المدنية، وأساساً لاستبعاد الشرط التعسفي[60]. وتتحقق حالة الإخضاع بشكل خاص في العلاقة بين الموزعين الكبار للسلع والخدمات (القوة الاقتصادية الضخمة) وعلاقاتهم مع موردیهم (القوة الاقتصادية الضعيفة) التي تنطوي في الغالب على شروط تعسفية لمصلحة الطرف الأقوى (الموزّع)[61].

---

(58) بركات كريمة، مرجع سابق، ص 295. وقد كان المشرع الفرنسي قد جعل من هذا المعيار دليلاً لتحديد الشرط التعسفي في العقد قبل إصدار التوجيه الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية، وذلك في المادة (35) من القانون الفرنسي رقم 22 لسنة 1978:

«Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, ... lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif…». Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

(59) المادة (1/442) هي (المادة 6/422 سابقاً) من قانون التجارة، المعدلة بالمادة (139) من القانون رقم 1525 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020/12/7.

(60) Cass. com.، 27 mai 2015، n°14-11.387، Bull. civ. IV، n° 87. Cass. com.، 4 oct. 2016، n°14-28.013. Cass. com.، 3 mars 2015، n° 13-27.525.

(61) يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين: دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس 9 - 10 مايو 2018، ملحق خاص، العدد 3، الجزء 2، أكتوبر 2018، ص 458-461.

Jean-Christophe Grall et Guillaume Mallen, Le Déséquilibre Significatif En Droit Français: Une Notion, Deux Textes, Deux Régimes Juridiques.

https://grall-legal.fr/fr/desequilibre-significatif-en-droit-francais/, Consulté le 4 août 2021.

ويُعاب على هذا المعيار أنّه شخصي، ويرتبط بتقدير مسائل يصعب قياسها، وتحتاج إلى فحص متأنٍ لحالة طرفي العقد من حيث المعرفة المهنية والحرفية، والإحاطة بفنون الصياغة القانونية، بالإضافة إلى تقدير القوة الاقتصادية والنفوذ والسيطرة على إحدى السلع والخدمات، وهي مسائل ترهق القاضي من جهة، ويصعب إثباتها من جهة أخرى، وذلك لصعوبة حصر سوق السلع والخدمات، خاصة بعد شيوع منافذ البيع، وتقديم الخدمات في المواقع الإلكترونية التي تُسوّق خدماتها على مستوى عالمي وليس على المستوى المحلي فقط.

كما لم يعد بالإمكان ربط النفوذ والتفوق الاقتصادي باعتماد المعايير التقليدية في تحديد القوة الاقتصادية مثل رأس المال وسنوات المشاركة في السوق، فالمشاريع في وقتنا الحاضر تنمو بشكل سريع جداً، ويمكن لها أن تنتشر في الأسواق بسرعة فائقة جداً لا تتعدى الأيام أو الأسابيع[62].

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة أو اختلال التوازن العقدي

لا يقصد بالتوازن العقدي المساواة التامة بين التزامات طرفي العقد، ولكن يقصد به التقارب بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد على أطرافه، فلا يوجد عقد تتساوى فيه الأداءات المتقابلة، ولكن عندما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازناً[63].

والشرط التعسفي هو الذي يهدد التوزان العقدي، فيزيد التزامات أحد أطراف العقد وينقص من حقوقه بصورة تجعل المتعاقد الذي انفرد بصياغة العقد يحصل على ميزة فاحشة. ويتم تحديد الشرط التعسفي من خلال النظر إلى العملية التعاقدية بمجموعها، وما أحاط بها من ظروف، فإذا تبين أنّ أحد الشروط هو الذي نتج عنه الإخلال بالتوازن العقدي جاز وصفه بالشرط التعسفي[64].

---

(62) أبرز مثال على ذلك انتشار الاشتراك في تطبيقات الهاتف المحمول مثل سناب شات وتويتر وفيس بوك وتيك توك، ومنصات التسويق للعملات الرقمية، ومواقع بيع السلع مثل علي بابا وأمازون وغيرها من المواقع والتطبيقات التي يعتمد عليها الناس في وقتنا الحاضر في تواصلهم وتوفير احتياجاتهم.

(63) سوالم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر، العدد 4، يونيو 2016، ص 4.

Nora K. Duncan, Adhesion Contracts: A Twentieth Century Problem for a Nineteenth Century Code, 34 Louisiana Law Review, USA, (1974), p.1082.

Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol34/iss5/11/, Accessed 15 July 2021.

(64) منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص 158.

ويتميّز هذا المعيار – على خلاف المعيار السابق – بأنّه معيار موضوعي يعتمد على النظر إلى شروط وبنود العقد، وليس لصفة المتعاقدين وحالتهما الاقتصادية والمهنية والمعرفية أثر في ذلك، فالشرط التعسفي وفقاً لهذا المعيار هو الذي يعطي لأحد أطراف العقد منفعة مبالغاً فيها على حساب الطرف الآخر.

وقد أخذت المادتان (11 و33) من قانون حماية المستهلك الكويتي بهذا المعيار بالنص على بطلان كل شرط أو اتفاق يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك أو الانتقاص منها، أو إعفاء المزوّد من التزاماته. كما اعتمده المشرع الفرنسي لوصف الشرط بالتعسفي في المادة (212/1) من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة (1171) من القانون المدني، وذلك بتعريفه للشرط التعسفي بأنّه: «كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد». وكذلك المادة (26) من قانون حماية المستهلك اللبناني التي أشارت بوضوح إلى أنّ: «الشروط التعسفية هي التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير».

ثالثاً: معيار عدم الالتزام بمبدأ حسن النية

يُشكّل مبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية تحيط بنظرية العقد، وترتب التزامات على عاتق المتعاقدين، بالتعامل بحسن نية وعدم الإضرار بالغير، مع الالتزام بما ينبغي أن يسود التعامل من ثقة وشرف ونزاهة[65]. وقد حاول بعض الفقه تأسيس التعسف في عقد الإذعان على أنّه سلوك منافٍ للوظيفة الاجتماعية للحق[66]. ويفرض مبدأ حسن النية التعاون بين المتعاقدين في تكوين العقد، وأن يجعل كلاً منهما هدفه من التعاون تحقيق مصالح متبادلة، لا أن يستغل أحدهما موقفه القوي لإدراج شروط تعسفية تضر بمصلحة المتعاقد معه، وتخل بالتوازن العقدي[67].

وقد أخذ المشرِّع الكويتي بهذا المعيار في المادة (81) من القانون المدني وفقاً لما تضمنته المذكرة الإيضاحية للقانون بقولها: «... وتتركز الحماية في تجنيب المذعن أثر إعمال

(65) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 3. سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مرجع سابق، ص 93. ويشير إلى:

R. Demogue, De la violence comme vice de consentement, revue, Dalloz, Paris, 1914, P. 450.

(66) Nathalie Croteau, Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi, 1996 26-2 Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Canada, 401, 1996 CanLIIDocs 115, 'https://canlii.ca/t/x51r', consulté le 30/3/2022, pp. 403-404.

(67) Jean-Louis Navarro, Guy Lefebvre, L'acculturation en droit des affaires, «L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois: Une influence marquée du droit français quoique non exclusive», Université de Montréal, Canada, 2005, p. 205.

الشروط التعسفية الجائرة المجحفة به، وهي تكون كذلك إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية».

ولعل الناظر إلى المعايير الثلاثة التي جاءت بها النصوص القانونية والآراء الفقهية يجد أنّها مرتبطة ببعضها بشكل يجعل أحدها نتيجة للآخر، فاختلال التوزان بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد على أطرافه يأتي نتيجة تفوق أحد طرفي العقد بالقوة الاقتصادية أو المهنية أو المعرفية، ورغبته في الحصول على ميزة فاحشة أو منفعة مبالغ فيها بالمخالفة لمبدأ حسن النية وما يفرضه من التزامات أبرزها عدم الإضرار بالطرف الآخر. كما أنّ عدم التزام أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية وما يحيط التعامل من ثقة وشرف ونزاهة سيؤدي إلى تضمين العقد شروطاً ستؤدي لا محالة إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، وتحميله التزامات أكبر بكثير من تلك التي يرتّبها العقد على المتعاقد الذي تولى صياغة مشروع العقد.

ويمكن تحديد الشرط التعسفي بالتركيز على ثلاثة أمور هي: السبب والغرض والأثر، فسبب الشروط التعسفية هو التفاوت في القوة الاقتصادية أو المهنية أو المعرفية، وغرضها هو الحصول على ميزة فاحشة على حساب المتعاقد المذعن، أمّا أثرها فيظهر باختلال التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد[68].

بيد أنّ الأخذ بمعيار الإخلال بالتوازن العقدي سيسهم بشكل كبير في تسهيل مهمة القاضي عند التصدي للشروط التعسفية؛ لأنّه يعتمد على النظر إلى مجموع الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد والموازنة بينها، وصولاً إلى الشرط الذي يسهم وجوده في عدم تحقيق التوازن العقدي.

(68) Sami M. Al-Hathal Al-Anzy, Unfair Contract Terms Under The Kuwaiti Civil Code -A Critical Analysis And Suggestions For Reform, Ph.D thesis, University of Glasgow, UK, 2014, p. 111.

المبحث الثاني

أثر تبني الاتجاه التقليدي أو الاتجاه الحديث في التصدي للشروط التعسفية

إنّ الانتشار المستمر والمتزايد لعقود الإذعان وعقود الاستهلاك بسبب السيطرة الواضحة للمشاريع والكيانات الاقتصادية والتجارية الضخمة القادرة على تغطية الطلب المطرد للسلع والخدمات التي يحتاجها الجمهور، جعل مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان وتحقيق التوازن العقدي لحماية المستهلك من أولويات المشرعين في الدول المختلفة، سواء من خلال التنظيم التشريعي لعقد الإذعان في القواعد العامة للقانون المدني، أو من خلال التشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

وهذا التوجه نحو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والمحافظة على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتقابلة لأطراف العقد، نجده يختلف باختلاف طبيعة العقد، إذ يتسع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية إذا ما كان العقد عقد الاستهلاك، ويضيق نطاقها في الحالة التي يكون فيها العقد من عقود الإذعان[69].

وقد يثور التساؤل عن أهمية وجود نصوص قانونية خاصة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، في ظل وجود تنظيم تشريعي للتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان ضمن نطاق نظرية العقد في القانون المدني؟

الإجابة عن هذا التساؤل يمكن تلخيصها فيما يلي:

1. يقتصر نطاق تطبيق نصوص قانون حماية المستهلك على العلاقات القانونية التي تربط المستهلك بالمهني (المزود أو المورد)، أمّا نطاق تطبيق المادتين (80 و82) من القانون المدني الكويتي الخاصتين بعقد الإذعان فيتسع ليشمل كافة العقود التي يأتي فيها قبول أحد أطرافها إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، وبصرف النظر عن صفة أطرافها، سواء أبرم العقد بين مهني وغير مهني، أو بين مهني ومستهلك، أو بين مهني ومهني آخر[70]، فنطاق تطبيق مواد القانون المدني المشار إليها يتم بالنظر

(69) صوالح محمد إعمارة ونورة جبارة، ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، المجلد 11، العدد 1، أبريل 2020، ص 751؛ يوسف محمد شندي، مرجع سابق، ص 452.

(70) امتدت الحماية التي يسعى المشرِّع الفرنسي لتوفيرها في سبيل التصدي للشروط التعسفية إلى العقود التي يكون كلا طرفيها من المهنيين وذلك في المادة (6/442) من قانون التجارة.

إلى طبيعة العقد والكيفية التي جاء فيها القبول، دون النظر إلى صفة المتعاقدين كما هو الحال في قانون حماية المستهلك[71] الذي قد تعجز نصوصه أحياناً عن توفير الحماية لبعض صور التعاقد، فيتم اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني لحماية الطرف الضعيف في العقد[72].

2. يختلف الجزاء الذي تقرّره نصوص قانون حماية المستهلك لمواجهة الشروط التعسفية والمتمثل في بطلان الشروط التعسفية، عن الجزاء الذي جاءت به المادة (81) من القانون المدني والمتمثل في إعطاء القاضي صلاحية الدخول إلى منطقة التعاقد، وتعديل شروط عقد الإذعان، سواء بالتخفيف من الشروط التعسفية أو باستبعادها كلية. وأثر البطلان الذي جاء في قانون حماية المستهلك يعتبر أكثر فاعلية في حماية المستهلك، فالشرط الباطل شرط منعدم لا وجود له، ولا ينتج أثراً، ويتقرّر بطلانه بقوة القانون ويحق لطرفيه التصرف على أساس عدم وجوده، ومن ثم فلا يحتاج تقريره لأي إجراء قضائي[73]، في حين أنّ الشرط التعسفي في عقد الإذعان ينتج آثاره ويلزم من قبل به حتى يتدخل القاضي، ويصدر الحكم باستبعاده أو بتخفيف آثاره.

3. إنّ التفاوت في القوة الاقتصادية أو المهنية أو المعرفية ظاهر وبيِّنٌ في عقود الاستهلاك[74]، أمّا في عقود الإذعان فقد يتساوى طرفا العقد في ميزان القوى، إلاّ أنّ أحد طرفي العقد يخل بمبدأ حسن النية وما يحيط التعامل من ثقة وشرف ونزاهة، ويضمِّن العقد الذي تولى صياغته منفرداً شروطاً تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة على حساب المتعاقد الآخر .

---

(71) أشرف جابر، مرجع سابق، ص 315-316.

(72) على سبيل المثال: قصرت المادة (10) من قانون حماية المستهلك خيار الرجوع عن التعاقد على عقود السلع الاستهلاكية دون عقود الخدمات، والتي لا يكون أمام المستهلك سوى التمسك بقواعد القانون المدني للتنصل منها. انظر: عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، يونيو 2018، ص 128-129.

(73) عبد المجيد خلف منصور العنزي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية، الكويت، 2010، ص 296-297، 456؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان والتصرفات القانونية: دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الإنقاص، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1998، ص 237-241.

(74) يمكن أن يكون المستهلك تاجراً أو مهنياً وفقاً للتعريف الموسّع لعقد الاستهلاك. ومع ذلك اعتبر المشرِّع الفرنسي إخضاع أو محاولة إخضاع المهني أو التاجر من قبل مهني أو تاجر آخر يتمتع بقوة اقتصادية أكبر، أحد أسباب قيام المسؤولية المدنية وأساساً لاستبعاد الشرط التعسفي، طالما نتج عن ذلك الحصول على ميزة فاحشة. انظر: المادة (4/442) من قانون التجارة الفرنسي.

وكما تأثر المشرِّع الكويتي بالقانون المصري عند التنظيم التشريعي لعقد الإذعان، كان لأحكام المحاكم المصرية[75]، وللتعريفات التي ساقها الفقه لعقد الإذعان، وللشروط التعسفية، بالغ الأثر في تضييق مجال الحماية التي يسعى المشرِّع الكويتي إلى تحقيقها، إذ نجد أنّ القضاء الكويتي قد تأثر بأصحاب الاتجاه المضيّق (التقليدي) في تعريف عقد الإذعان، وأحاط عقد الإذعان بمجموعة من الخصائص والشروط التي لم يرد لها ذكر في النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود، وهي شروط تحول بين القاضي وممارسة سلطته في إعادة التوازن العقدي[76].

وللتعرف على أثر الاتجاهات الفقهية في تعريف عقد الإذعان والشروط التعسفية على الحماية التي يصبو المشرِّع إلى تحقيقها من خلال تبني فكرتي عقد الإذعان وعقد الاستهلاك، كسبيل للتصدي للشروط التعسفية في العقود، وتحقيق درجة مقبولة من العدالة العقدية والتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين: يعنى الأول منهما بقياس مدى الحماية التي يوفرها التنظيم التشريعي لعقد الإذعان في القانون المدني عند التصدي للشروط التعسفية، وأثر الاتجاه المقيّد (التقليدي) في أحكام المحاكم الكويتية بصورة تحد من فاعليتها، وتؤدي إلى تعطيلها في الكثير من الأحيان، في حين خصصنا المطلب الثاني للتعرف على الحلول التي تبناها التشريع الكويتي والتشريعات المقارنة بغية الوصول إلى حماية أكثر فاعلية في التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، ومساعدة القاضي عند قيامه بدوره في حماية الطرف الضعيف.

(75) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 208 لسنة 21 قضائية، الدوائر المدنية، بتاريخ 1954/4/22، مكتب فني، سنة 5، قاعدة 119، صفحة 788؛ الطعن رقم 396 لسنة 37 قضائية، بتاريخ 1974/3/12؛ الطعن رقم 10122، لسنة 65 قضائية، بتاريخ 2020/2/24؛ الطعن رقم 15360 لسنة 85 قضائية، بتاريخ 2017/3/9؛ الطعن رقم 11912 لسنة 89 قضائية، بتاريخ 2017/4/1. موقع محكمة النقض المصرية على الإنترنت: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

(76) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1072، للسنة القضائية 2004، بتاريخ 2004/3/21؛ الطعن رقم 138، للسنة القضائية 2006، بتاريخ 2007/9/4؛ الطعن رقم 144، للسنة القضائية 1987، بتاريخ 1988/1/4، الطعن رقم 372، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/1/3؛ الطعن رقم 649، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/6/13. برنامج الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت، على الموقع التالي: http://almanzuma.laa-eg.com/KTash/HafzaTash

المطلب الأول

التصدي للشروط التعسفية في عقد الإذعان وتأثير الاتجاه التقليدي

اعتمد المشرِّع الكويتي فكرة عقد الإذعان كسبيل للتصدي للشروط التعسفية في العقود في المواد (80 و81 و82) من القانون المدني، وأعطى للقاضي سلطة تخفيف أو استبعاد الشروط التي يظهر أنّها تتسم بالتعسف لانطوائها على اختلال فاحش بين التزامات طرفي العقد، وأعطاه سلطة تقديرية في تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، بيد أنّ السلطة التي أعطتها المادة (81) من القانون المدني للقاضي بتعديل أو استبعاد الشروط التعسفية لا تتم مباشرتها تلقائياً وبقوة القانون – كما هو الحال مع البطلان[77] – وإنّما يتم بناء على طلب الطرف المذعن، حتى لو لاحظ القاضي الاختلال الفاحش بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ورغم إقرار القانون المدني الكويتي لوسيلة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، ووسيلة تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن، إلا أنّ هاتين الوسيلتين فشلتا في تحقيق الحماية التي يصبو المشرع إلى توفيرها لحماية الطرف المذعن، بسبب تبني القضاء الكويتي للاتجاه المضيّق (التقليدي) في تعريف عقد الإذعان والشروط والقيود التي فرضها لاعتبار العقد من عقود الإذعان.

وسنتعرف على الوسائل التي أقرّتها المادتان (81 و82) من القانون المدني الكويتي لمواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: خصصنا الأول منهما للتعرف على سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، في حين خصصنا الثاني لبيان أثر تبني القضاء للاتجاه التقليدي في عرقلة دور القاضي عند التصدي للشروط التعسفية.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان وتفسيره

للقاضي – وفقاً لنص المادة (81) من القانون المدني – الحقّ في أن يهدر الشروط التعسفية أو يخفِّف منها بما يرفع الإجحاف عن الطرف المذعن، ويتم ذلك بعد مراجعة شروط العقد

(77) تنص المادة (184) من القانون المدني الكويتي على أنّ: «العقد الباطل لا ينتج أي أثر، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

وتقدير ما إذا كان الشرط الذي يطلب المتعاقد تعديله أو إلغاءه من قبيل الشروط التعسفية التي يترتب على بقائها اختلال التوازن العقدي. كما له – أي القاضي – وفقاً لنص المادة (82) من القانون المدني أن يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن.

وسنتعرف على دور القاضي في تعديل عقد الإذعان وتفسيره من خلال ما يلي:

أولاً: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

متى ما طلب المتعاقد المذعن من المحكمة إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في العقد، فإنّ موقف المحكمة لا يخرج عن أمرين: فهي إمّا أن ترفض طلب الطرف المذعن، وإلاّ قدرت أنّ الشرط أو الشروط التي يطلب الطرف المذعن مراجعتها تعسفية؛ وبالتالي تصدر الحكم إمّا بإعفائه منها أو بتعديلها بما يرفع عنه إجحافها.

وتدخل القاضي للتصدي للشروط التعسفية ليس إلزامياً، فالمادة (81) من القانون المدني الكويتي تنص على أنّه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدّل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلياً منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، وهي بذلك تعلق تدخل القاضي للتصدي للشروط التعسفية على الطلب الذي يتقدم به الطرف المذعن، وتجعل من تدخل القاضي أمراً جوزاياً. وهذا الأمر يحول بين القاضي وممارسة دوره في المحافظة على التوازن العقدي والتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان وتوفير الحماية للطرف المذعن[78].

فعدم النص على إعطاء القاضي سلطة التصدي للشروط التعسفية من تلقاء نفسه يقلّل بشكل كبير من فاعلية الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها بتبنيه فكرة عقد الإذعان ضمن نظرية العقد، وربط العقد بفكرة النظام العام الحمائي الذي يفرض على المتعاقدين احترام القيم والمبادئ التي يجب أن تسود العلاقات التعاقدية، وإقامة التوازن الاقتصادي والمعرفي بين طرفي العقد، وضمان عدم إضرار أحدهما بالآخر.

والاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه – بمناسبة نظره في دعوى تنفيذ أو فسخ العقد الأصلي – يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية[79]، ويمكّن القاضي من إضفاء تلك الحماية على

(78) جمال زكي إسماعيل الجريدلي، مرجع سابق، ص 39.

(79) جيلالي بن عيسى وأمين بن قردي، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد1، العدد1، ديسمبر 2019، ص 10.

الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية غير المتوازنة، والتي يكون الطرف المذعن فيها جاهلاً بحقوقه، أو يصعب عليه مجابهة الطرف القوي أمام المحاكم عند مطالبته بتنفيذ الشروط التعسفية في العقد[80].

وقد قضت محكمة العدل الأوروبية بأنّ للمحاكم الوطنية مراجعة شروط العقد ومعالجة الشروط التعسفية من تلقاء نفسها متى ما تبيّن لها أنّ عقد الاستهلاك يتضمن شروطاً تخل بالتوازن العقدي، وتحمّل المستهلك التزامات مرهقة، وتزيد من المنفعة التي يحصل عليها الطرف الآخر[81]، وقد جاء هذا الحكم بالرغم من خلو التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية من نص يعطي للمحاكم هذه الصلاحية.

كما أنّ عدم إلزام المحكمة بمراجعة الشروط التي يدعي أحد أطراف العقد أنّها تعسفية – من جهة – وعدم إلزام المحكمة في التصدي لها إن ثبت أنّها شروط تعسفية – من جهة أخرى – وترك الأمر لسلطة المحكمة التقديرية، سيؤدي إلى هدم جدار الحماية الذي قصد المشرع من بنائه توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، وهو السبب الرئيسي لرفض كثير من الدعاوى التي ترفع بغرض إعادة التوزان للعلاقة العقدية، لعدم تخلص القضاء من تبني المفهوم التقليدي لعقود الإذعان، والذي يربطها بالنفوذ الاقتصادي واحتكار السلع والخدمات.

فمن المقرّر في قضاء محكمة التمييز الكويتية أنّ: «عقود الإذعان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تتميّز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث: أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وثانيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، وثالثها صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، والقبول في هذه العقود ليس إلاّ الإذعان لما يمليه الموجب، والطرف المقابل لا يملك إلاّ أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه»[82].

(80) تتضمن عقود الاشتراك في خدمات الإنترنت والهاتف النقال شرطاً تعسفياً يتمثل في التزام المشترك (الطرف المذعن) بسداد ضعف قيمة عقد الاشتراك بالخدمة عن المدة الكاملة للعقد، وإن تم ذلك بعد الاشتراك بيوم واحد، وهو شرط تعسفي يخل بالتوازن العقدي إخلالاً جسيماً، ومع ذلك ترفع شركات الاتصالات والإنترنت الدعاوى على المشتركين وتطالبهم بتنفيذ هذا الشرط والمحاكم تستجيب لتلك الطلبات.

(81) ECJ Judgment of 27 June 2000, Joined cases C-240/98 to C-244/98, Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero (C-240/98) and Salvat Editores SA v José M. Sánchez AlcónPrades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) and Emilio Viñas Feliú (C-244/98), [2000] ECR I-04941.

(82) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 217، للسنة القضائية 1995، بتاريخ 1996/11/24؛ الطعن رقم 649، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/6/13؛ الطعن رقم 79، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1998/12/14، الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت.

وللقاضي عند تقديره بأنّ العقد المطلوب تعديله من عقود الإذعان، أن يخفف من الالتزامات التي يرتبها العقد على الطرف المذعن بما يرفع عنه إجحافها، أو أن يعفي الطرف المذعن مما تضمنه العقد من شروط تعسفية بشكل كامل، وذلك بما يتفق ومصلحة الطرف المذعن وفقاً لما تقضي به العدالة.

وسلطة القاضي في إعفاء الطرف المذعن ليست مطلقة، بل تقيّدها طبيعة الشروط التي يتضمنها العقد، فهناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي البتة إعفاء الطرف المذعن منها، لأنّ إلغاءها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار، أو الثمن في عقد البيع، ومثل هذه الشروط وإن رأى القاضي أنّها تعسفية، إلاّ أنّه لا يملك إلاّ تعديلها والتخفيف منها بالقدر الذي يعيد فيه التوازن للعقد[83].

وتعديل الشروط الواردة في عقد الإذعان يعني الإبقاء على العقد مع رفع أوجه التعسف فيه[84]، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً من عدمه مسألة واقع يبت بها القاضي في ضوء الظروف التي أحاطت بعملية التعاقد، واستعراض التزامات وحقوق طرفي العقد وجميع الشروط التي تضمنها، فإذا ما تبيّن له وجود اختلال واضح بين الالتزامات المتقابلة تصدى للشرط التعسفي، وعمد إلى تقويم ذلك الاعوجاج، وإعادة التوزان للعلاقة التعاقدية.

ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة، إذ جعلت المادة (81) من القانون المدني حماية الطرف المذعن متعلقة بالنظام العام، بنصها على بطلان كل اتفاق يحول دون المطالبة بتعديل عقد الإذعان.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان

إنّ الحماية التي يبتغي المشرع توفيرها للتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان، والمحافظة على التوازن العقدي في علاقة تربط طرفين أحدهما يتمتع بالقوة والنفوذ الاقتصاديين والتفوق المعرفي، والآخر يقبل على التعاقد دون إمكانية المناقشة أو الاطلاع على سائر شروط وبنود العقد، لن تؤتي أكلها إلاّ إذا ما أعطي القاضي بالإضافة إلى سلطة تعديل الشروط التعسفية والإعفاء منها، سلطة أوسع في تفسير عقد الإذعان.

ولعل التوسيع على القاضي عند ممارسته لسلطته في تفسير العقد، سيساعده بشكل كبير عند قيامه بدوره في التصدي للشروط التعسفية، فصياغة عقد الإذعان ليست كصياغة سائر العقود التي يسعى أطرافها إلى بيان ما تم الاتفاق بشأنه، وتحديد

(83) الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 107-108.

(84) علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص 50.

شروط العقد بصورة واضحة وبطريقة تنقل المعنى المراد كاملاً، على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول للخلاف المحتمل بين طرفيه[85]، إذ يسعى الطرف القوي الذي تولى صياغة عقد الإذعان إلى فرض الشروط التي تحقق مصلحته وتجعله يحصل على ميزة فاحشة، وذلك يتم – عادة – بصياغة تعزز الاعتقاد بإلزاميتها وضرورة امتثال المتعاقد المذعن لها، وهذه الشروط قد تتعلق بطريقة الوفاء بثمن السلعة أو بتسليمها وصيانتها وضمانها، أو بالاشتراك في خدمة وما تتضمنه من شروط مجحفة تمنع الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء، أو تلزمه بأداء الشرط الجزائي الجائر عند عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته[86].

كما أنّ صائغ عقد الإذعان يعمد – في أغلب الأحيان – إلى صياغتها بشكل يجعل المتعاقد الآخر غير قادر على فهمها وإدراك مضمونها وإن تسنى له الاطلاع عليها[87]، وذلك من خلال اتباع مجموعة من الأساليب منها:

- إدراج الشرط التعسفي ضمن الوثائق الملحقة بالعقد.
- كتابة الشرط التعسفي بأحرف صغيرة ومزدحمة وبعبارات غير واضحة الدلالة[88].
- الحصول على موافقة الطرف المذعن على جميع ما يضعه الطرف القوي من شروط والإقرار بالاطلاع عليها مسبقاً بمجرد التسجيل في الخدمة أو تجربة السلعة مثلاً.
- الإسهاب في صياغة العقد وتكرار الكثير من عباراته لتشتيت المتعاقد الآخر.
- التسويق للشروط التعسفية من خلال تسهيلات دفع الثمن والبيع بالأقساط أو خدمات ما بعد البيع مقابل حرمانه من خيار الرجوع عن التعاقد، أو الإعفاء من الضمان، أو الإعفاء من التعويض[89].

(85) منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 1، العدد 1، يونيو 2009، ص 407.

(86) جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 13، العدد 2، 1989، ص52-53.

(87) منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، مرجع سابق، ص 408.

(88) أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد 3، 2001، ص 202-205.

(89) أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1، 1992، ص 262؛ منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، مرجع سابق، ص 409؛ أشرف عبد العظيم عبد القادر، مرجع سابق، ص 33.

ومن هنا تبرز أهمية التفسير كوسيلة معاونة للقاضي عند قيامه بواجب التصدي للشروط التعسفية التي لم تتجه إرادة الطرف المذعن إلى قبولها، والتي لا تمثّل سوى إرادة الطرف الذي تولى صياغتها، ويتم ذلك من خلال استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، واستبعاد الشروط التي لم تتفق مع قصدهما[90]، وتفسير أي شك حول تلك الشروط في مصلحة الطرف المذعن.

لذلك لم يجعل المشرِّع الكويتي تفسير عقد الإذعان محكوماً بالضوابط والقيود ذاتها التي تحكم القاضي عند ممارسته لدوره في تفسير العقود – التي حدّدتها المادة (194) من القانون المدني – كتفسير الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره، وتفسير الشك لمصلحة المدين، ونص صراحة على ذلك في الفقرة 3 من المادة (194) المشار إليها على تمتع عقد الإذعان بخصوصية تجعل القاضي ملزماً عند تصديه لتفسير عقد الإذعان، بتفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً، سواء أكان دائناً أم مديناً.

وخروج المشرِّع عن الأصول التي تحكم تفسير العقود بشكل عام، وتخصيص عقد الإذعان بقاعدة خاصة تجعل الشك يُفسّر دائماً لمصلحة الطرف المذعن، جاء بسبب الطبيعة الخاصة لعقد الإذعان التي تجعل المتعاقد الآخر (الطرف القوي) هو الذي يتولى – منفرداً – صياغة العقد وتحديد شروط التعاقد؛ لذلك فهو يتحمّل تبعة أي غموض يرد في عبارات العقد وفي شروطه؛ لأنّ بإمكانه تلافي ذلك الغموض عند صياغة شروط العقد[91].

وقد جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنّ: «الأصل أن يُفسّر الشك في مصلحة المدين، عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله»، وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى بأن يُفسّر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن، دائناً كان أم مديناً، فالمفروض أنّ العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يُمكّنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحةً بيّنةً، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته؛ لأنّه يعتبر متسبباً في هذا الغموض[92].

(90) قضت محكمة التمييز الكويتية بأنّ: «تفسير العقود والمحرّرات للتعرف على مقصود المتعاقدين أو محرريها هو من سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها في جملتها أو تشويهاً لحقيقة معناها، وأنّه متى كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة ظاهرة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة محرريها أو المتعاقدين إذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح». الطعن رقم 171، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/5/29؛ الطعن رقم 9، للسنة القضائية 1989، بتاريخ 1989/6/26.

(91) جمال زكي إسماعيل الجريدلي، مرجع سابق، ص 38.

(92) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء 2، ص 300.

وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً، أمر تقتضيه القواعد العامة في بعض الأحيان، وذلك في الحالة التي يؤدي فيها الشرط الغامض إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة، كما هو الحال في شروط الإعفاء من المسؤولية، أو شرط الإعفاء من الضمان في صوره العديدة[93].

وما يُفسّر لمصلحة الطرف المذعن وفقاً لنص المادة (82) من القانون المدني – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون – هو الشك الذي يبقى في عبارات عقد الإذعان الغامضة، والتي لا تصل وسائل التفسير فيها إلى تبديده[94].

كما يجب تغليب الشروط المكتوبة بخط اليد والشروط المضافة لاحقاً، على الشروط المطبوعة إذا ما كان هناك تعارض بينها، فقد قضي بأنّه: «إذ استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً وأضافا إليه بخط اليد أو أية وسيلة أخرى شروطاً تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تُعبّر تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين»[95].

ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك، متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، وهي لا تتقيّد في تفسيرها بما تفيده عبارة معيّنة فيها، وإنّما تأخذ بما تفيده مجموع عبارات العقد وشروطه باعتبارها وحدة لا تتجزأ، وهو ما يقتضي من القاضي عند تفسيره لعقد الإذعان عدم التفرقة بين الشروط المطبوعة وتلك المحرّرة على الآلة الكاتبة أو بخط اليد، إلاّ إذا كان قصد المتعاقدين قد اتجه إلى نسخ بعض الشروط المطبوعة أو تعديلها، فعندئذ يلزم الاعتداد بالشروط المكتوبة بالآلة الكاتبة أو بخط اليد باعتبار أنّ النية المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت إلى نسخ ما يتعارض معها من الشروط المطبوعة، ونظراً لأنّ هذه الشروط المضافة غالباً ما تكون محل مناقشة بين الطرفين، في حين أنّ الشروط المطبوعة ينفرد الطرف القوي في عقد الإذعان بوضعها[96].

(93) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد 2، ص 374.

(94) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 11، للسنة القضائية 1986، بتاريخ 1986/12/8؛ الطعن رقم 144، للسنة القضائية 1987، بتاريخ 1988/1/4، الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت.

(95) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 5310 لسنة 65 قضائية، بتاريخ 2007/2/13. موقع محكمة النقض المصرية على الإنترنت: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

(96) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 72، للسنة القضائية 1989، بتاريخ 1989/12/25، الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت.

الفرع الثاني

القضاء الكويتي وتعزيز الاتجاه التقليدي

في تعريف عقد الإذعان

إنّ تبني المشرِّع لتعريف محدد لأي نظام قانوني يسهم في توحيد الأحكام القضائية وفي تحقيق غايات التشريع، إلاّ أنّه يتسبّب في الوقت نفسه في منع القضاء من المشاركة في تطوير القاعدة القانونية، وتحقيق غايات التشريع من خلال ممارسته لدوره بالتفسير[97]؛ لذلك لم يضع المشرِّع الكويتي تعريفاً لعقد الإذعان، ولم يحدد مضمون الشروط التعسفية، وترك هذه المهمة للقضاء، وأعطى له سلطة تقديرية واسعة عند تقدير ما إذا كان العقد من عقود الإذعان، وحرية اختيار الحل المناسب لإعادة التوازن العقدي بالتخفيف من الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وزادت السلطة التقديرية الممنوحة للمحاكم عندما جعلت المادة (81) من القانون المدني تدخل القاضي للتصدي للشروط التعسفية جوازياً.

وهدف المشرِّع من عدم تحديد تعريف لعقد الإذعان، هو جعل النصوص المنظمة لعقد الإذعان تتسم بالمرونة الكافية التي تجعل المحاكم قادرة على تطوير هذه الوسيلة لمواجهة الطرق المبتكرة لصياغة نماذج العقود، وتمويه الشروط التعسفية فيها، من خلال سلطتها في تفسير القانون والعقود.

إلاَّ أنَّ هذه المرونة في صياغة المواد (80 و81 و82) من القانون المدني قابلها تضييق من قبل القضاء أدى إلى هدر فكرة عقد الإذعان كوسيلة للتصدي للشروط التعسفية في العقود، والمحافظة على التوازن العقدي.

فعلي الرغم من أنّ تصدي القضاء الكويتي للشروط التعسفية في عقود الإذعان جاء بعد النص على السماح للقاضي بتعديل تلك الشروط أو الإعفاء منها حماية للطرف المذعن، إلاّ أنّنا نجد أنّ القضاء عندما تمسك بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان قد أحاط فكرة عقد الإذعان بالكثير من القيود التي جعلت تدخل القاضي محدوداً إن لم يكن نادراً جداً.

فالقضاء الكويتي يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار العقد من عقود الإذعان:

1. تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

(97) Sami M. Al-Hathal Al-Anzy, op. cit., p. 108.

2. احتكار الموجب لهذه السلع، أو المرافق احتكاراً قانونياً، أو فعلياً، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.

3. صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر(98).

ووفقاً لهذا القضاء، فإنّ: «القبول في هذه العقود ليس إلاّ إذعاناً لما يمليه الموجب، ويعتبر مفروضاً على القابل الذي لا يملك إلاّ أن يأخذ أو يدع، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية»(99).

وهذه الشروط التي أحاطت بعقد الإذعان ليس لها أصل في القانون الكويتي ولا بمذكرته الإيضاحية(100)، وإنّما هي صنيعة القضاء نتيجة لتبينه للتعريف المضيّق في تعريف عقد الإذعان الذي تبنّاه أصحاب الاتجاه التقليدي، وأوائل الفقهاء الذين نقلوا فكرة عقد الإذعان إلى التشريعات العربية(101).

وقد جاء موقف القضاء الكويتي بالتشدد في تحديد خصائص عقد الإذعان وإحاطتها بالكثير من الشروط نتيجة التأثر بأحكام محكمة النقض المصرية التي ربطت عقد الإذعان بالاحتكار وبالحاجات الضرورية، فمن المقرّر في قضاء محكمة النقض المصرية أنّه: «من خصائص عقود الإذعان أنّها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب فيه إلى الناس كافة، وبشروط واحدة، ولمدة غير محدودة، وأنّ السلع الضرورية محل عقد الإذعان هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا

(98) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1072، للسنة القضائية 2004، بتاريخ 2004/3/21؛ الطعن رقم 138، للسنة القضائية 2006، بتاريخ 2007/9/4، الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت.

(99) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 144، للسنة القضائية 1987، بتاريخ 1988/1/4. الطعن رقم 372، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/1/3؛ الطعن رقم 649، للسنة القضائية 1998، بتاريخ 1999/6/13، الموسوعة القانونية لتشريعات وأحكام دولة الكويت.

(100) Mona Jamal, Le Contrat D'Adhésion: Étude Comparée des Droits Français et Koweïtien, op.cit, p.37.

(101) يعرّف أصحاب هذا الاتجاه عقد الإذعان بأنّه: «العقد الذي يُسلّم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها». عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص134؛ أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 83؛ حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق 9، ص125؛ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص61-62؛ محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص 31.

تستقيم مصالحهم دونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة»[102].

ولعل موقف القضاء الكويتي من عقود الإذعان فيه خروج عن أصول التفسير التي تلزم القاضي بالتزام عبارات النص القانوني، وعدم استحداث حكم جديد لم يتضمنه النص ولم تشر له المذكرة الإيضاحية للقانون، فقد قضى أنّ: «القاضي مطالب أصلاً بالرجوع إلى نص القانون وإعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها أو تقييدها، لما في ذلك من استحداث لحكم مغاير لمراد الشارع عن طريق التأويل، وأنّه وإن كان لكل نص مضمون مستقل إلاّ أنّ ذلك لا يعزله عن باقي النصوص القانونية الأخرى التي تنظمها جميعاً وحدة الموضوع، بل يتعيّن أن يكون تفسيره متساندا معها، وذلك بفهم مدلوله على نحو يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض، وبالنظر إليها بوصفها وحدة واحدة متماسكة متآلفة في معانيها متضافرة في مراميها يُكمّل بعضها بعضاً بما لا يُغيّر من متطلبات تطبيقها أو يحيد بها عن الغاية المقصودة منها، فالنصوص لا تُفهم معزولة بعضها عن بعض، إنّما تتأتى دلالة أي منها في ضوء ما يفيد دلالة النصوص الأخرى من معان شاملة...»[103].

لذلك ندعو القضاء الكويتي إلى نفض الغبار الذي خلّفه التمسك بالمذهب التقليدي، وهجر الأفكار التي تربط عقد الإذعان بالحاجة الماسة للمتعاقد المذعن واحتكار المتعاقد الآخر للسلعة أو الخدمة، والتي جعلت من تطبيق فكرة عقد الإذعان نادرة جداً، والأخذ بالاتجاه الحديث الذي ينادي بتوسيع سلطة القاضي في التصدي للشروط التعسفية وتزويده بالوسائل المعاونة التي تمكنه من القيام بذلك الدور بصورة تتوافق مع غايات التشريع الحقيقية المتمثلة في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية وعقود الاستهلاك، وتعزيز مبدأ التوازن العقدي التي يمكن ملاحظتها من خلال عدم تبني المشرع الكويتي للمفهوم الضيّق لعقد الإذعان في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، وهجره للأفكار التي وردت في المصدر التاريخي للقانون الكويتي وهو القانون المدني المصري، وما جاء في مذكرته الإيضاحية من ضرورة تقييد فكرة عقد الإذعان وربطها بالاحتكار والحاجة للسلعة أو الخدمة.

(102) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 10122، لسنة 65 قضائية، بتاريخ 2020/2/24؛ الطعن رقم 15360 لسنة 85 قضائية، بتاريخ 2017/3/9؛ الطعن رقم 11912 لسنة 89 قضائية، بتاريخ 2017/4/1.

(103) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1601 لسنة 2013، مدني/1، بجلسة 2014/7/22؛ محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 2199 لسنة 2014، تجاري مدني حكومة/19، بجلسة 2014/11/23.

المطلب الثاني

التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك وتأثير الاتجاه الحديث

عرّفت المادة (29) من القانون المدني الكويتي الأشياء الاستهلاكية بأنّها: ما لا يتحقق الانتفاع بها إلاّ باستهلاكها أو إنفاقها، واعتبرت كل ما أعد في المتاجر للبيع استهلاكياً، فالأشياء الاستهلاكية وفقاً لهذا التعريف هي المنتجات التي يشتريها المستهلك النهائي للاستخدام المباشر، حيث يقوم المستهلك بشراء هذه المنتجات الاستهلاكية لتلبية احتياجاته، أي هي النتيجة النهائية للإنتاج والتصنيع دون حاجة إلى عمليات تحويلية تُجرى عليها، وهي ما سيراه المستهلك في المتاجر من سلع قابلة للتعاقد بخصوصها.

وعرّفت المادة الأولى من القانون رقم 39 لسنة 2014 المستهلك بأنّه: «كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعة أو خدمة بمقابل، أو يستفيد من أي منها بغرض الاستهلاك، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بشأنها». وسمّت الطرف الآخر في عقد الاستهلاك بالمزوّد أو المورّد، وعرّفته بأنّه: «كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً تجارياً أو صناعياً يتعلّق بتوزيع، أو تصنيع، أو بيع، أو تأجير، أو استيراد، أو عرض، أو تداول سلعة، أو التدخل في إنتاجها، أو تقديم خدمة».

وقد تبنّى المشرِّع الكويتي المفهوم الواسع في تعريف المستهلك، وجعل وصف المستهلك يشمل كل شخص، سواء أكان هذ الشخص طبيعياً أم اعتبارياً، طالما كان يتعاقد على خدمة أو سلعة بهدف الاستهلاك، وليس من أجل إعادة بيعها مرة أخرى، ومدّ الحماية لتشمل الشخص المعنوي والمهني إذا تم التعاقد على السلعة أو الخدمة خارج إطار نشاطاتهم المهنية[104].

والمستهلك يمثّل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؛ لأنّ عقد الاستهلاك يربطه بمهني يتمتع بالمعرفة الفنية واحترف التعاقد على سلع وخدمات من خلال اعتماد نماذج عقود نمطية تتضمن شروطاً تزيد من التزامات المستهلك وتنقص من حقوقه، ولا يقبل مناقشته فيها.

(104) عبد الرفيع علوي، تحديد كل من المستهلك والمهني في القانون المغربي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 71، السنة 31، يوليو 2017، ص 461-462؛ عزوز سعيدي، مقتضيات توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، الجزائر، العدد 2، المجلد 2، يونيو 2018، ص 258-259.

وفي ظل التقدم التكنولوجي قربت مسافات الاتصال بين البشر، فظهرت لنا صيغ تعاقدية جديدة، نتيجة ظهور أشكال جديدة للمنتوجات والخدمات، وتطور الجانب الفني للسلع والخدمات المعروضة على المستهلكين[105]، كما ظهرت أساليب جديدة للإعلان عن السلع والخدمات عن طريق التلفزيون والهاتف والإنترنت وتطبيقات الهواتف الذكية، وأصبح المستهلك يدخل في تعاقدات لا يدرك طبيعتها وما ترتّبه من التزامات قد تضر بمصالحه[106].

أمام عجز نصوص القانون المدني عن توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في عقد الاستهلاك – خاصة مع تبني القضاء للاتجاه التقليدي في تعريف عقد الإذعان – ذهب المشرع الكويتي إلى تخصيص المستهلك بنوع خاص من الحماية يتلافى فيه عيوب فكرة عقد الإذعان ويحميه من الشروط التعسفية، وهو النص على بطلان تلك الشروط، في حين ذهبت التشريعات المقارنة إلى أبعد من ذلك من خلال إيجاد وسائل تعين القاضي على تحديد الشروط التعسفية والتصدي لها، وهو ما سنتعرف عليه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: يتناول الأول منهما أثر النص على بطلان الشروط التعسفية في حماية المستهلك. ويركز الثاني على وسائل معاونة القاضي في التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك.

الفرع الأول

بطلان الشروط التعسفية

أدى تبني المفهوم التقليدي لعقد الإذعان إلى قصر نطاق هذا العقد على العقود التي تتعلّق بالسلع والخدمات الضرورية والمحتكرة أو التي تقل المنافسة بشأنها، وجعل تصدي القاضي للشروط التعسفية خاضعاً لسلطته التقديرية وموقوفاً على طلب الطرف المذعن.

هذا الاتجاه لم يعد يتلاءم مع الاتجاه العالمي نحو توفير أقصى درجات الحماية للمستهلك في مواجهة الكيانات التجارية والصناعية الكبرى، وطرق التسويق للسلع والخدمات من

(105) وهي تشمل جميع السلع والخدمات التي ترمي إلى إشباع حاجات المستهلك كشراء الأغذية والألبسة والأدوات الكهربائية والمنتجات التقنية، وما يتعلق منها بالخدمات الهاتفية والكهربائية والخدمات الطبية والصحية، ولا يقتصر ذلك على العقود الفورية التنفيذ، وإنّما ينطوي على جانب كبير من العقود الطويلة الأجل ومؤجلة التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لعقود الائتمان، وأهمها البيع بالتقسيط وعقود الصيانة الدورية. جمال النكاس، مرجع سابق، ص 49.

(106) عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 94.

خلال التقنيات الإلكترونية الحديثة، وزخم الإعلانات والعروض التجارية التي تجره إلى إبرام عقود تصب في مصلحة المزود أو المهني، وتنتقص من حقوق المستهلك وتزيد من التزاماته، كالشروط التي تؤدي إلى إعفاء المزوّد أو المورّد من الضمان، أو تعفيه من المسؤولية في حالة عدم الوفاء بالتزاماته، أو التأخير فيه أو تقديم منتج أو خدمة غير مطابقة للمواصفات، وهذه الشروط غالباً ما يتم إخفاؤها عن المستهلك ضمن لائحة طويلة لشرح شروط التعاقد ومواصفات السلعة أو الخدمة[107].

لذلك خص المشرع الكويتي المستهلك بحماية أكثر فاعلية في حمايته من الشروط التعسفية، ونص في المادة (11) من القانون رقم 39 لسنة 2014 بشأن حماية المستهلك على أنّه: «يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورّد السلعة أو مقدّم الخدمة من أي من التزاماته، أو الانتقاص من حقوق المستهلك الواردة بهذا القانون».

ومن خلال النص على بطلان الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك يكون المشرع الكويتي قد تلافى عيوب التنظيم القانوني لعقد الإذعان في القانون المدني، وذلك بأن جعل للقاضي سلطة التصدي للشروط التعسفية من تلقاء نفسه، وجعل للمستهلك التصرف على أساس عدم وجودها.

فبطلان العقد أو التصرف أو الشرط يعني انعدامه، واعتبار أنّه لم يوجد أصلاً أو لم يقم أساساً، وإذا قرّر القانون بطلان شرط ما في العقد فإنّ للمتعاقدين تنفيذ التزاماتهم الناشئة عن العقد، وإهمال ذلك الشرط وعدم النظر إليه[108].

وإذا كان الأصل أنّه يلزم لإنقاص العقد من الشرط الباطل، ألاّ يكون هذا الشرط جوهرياً ودافعاً للتعاقد، لأنّ بطلانه سيؤثر على التصرف، ويترتب عليه بطلان العقد بأكمله[109]، إلاّ أنّ هذا الأصل يتراجع إذا ما قرّر المشرع بإرادته الصريحة وبنص خاص أن يفرض إنقاص العقد من الشرط الباطل بدلاً من بطلانه كلية[110].

(107) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 406-408؛ منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، مرجع سابق، ص 411.

(108) عبد المجيد خلف منصور العنزي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 28.

(109) تنص المادة (2/175) من القانون المدني على أنّه: «... إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنّه لم يكن ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد».

(110) تنص المادة (1/547) من القانون المدني الكويتي على أنّه: «يكون الإقراض بغير فائدة، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته». محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 856، للسنة القضائية 2002، بتاريخ 2003/11/12؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 231.

وقد ظهر تمسك المشرع الكويتي بنظرية إنقاص العقد عندما نص في المادتين (11 و33) من قانون حماية المستهلك على بطلان كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورّد السلعة أو مقدّم الخدمة من أي من التزاماته أو الإخلال بحقوق المستهلك أو الانتقاص منها.

وللنص على بطلان الشروط التعسفية ميزة تتمثل في أن تقرير البطلان لا يستلزم التدخل القضائي، بل للمتعاقدين التصرف على أساس عدم وجودها في العقد. وإذا ما جهل المستهلك أنّ شرطاً ما في عقد الاستهلاك ينتقص من حقوقه، أو يعفي المزوّد من التزاماته، أو لم يلحظ وجود مثل هذا الشرط، وثار النزاع حول تنفيذه، جاز للقاضي أن يتصدى للشرط الباطل من تلقاء نفسه، ولو لم يطلب منه التصدي له[111].

الفرع الثاني

وسائل معاونة القاضي في التصدي للشروط التعسفية

ما يميّز فكرة التصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، أنّها وإن لم تكن قديمة في نشأتها، إلاّ أنّها تتطور بالقدر الذي يستدعيه تطور صور التعامل بين المستهلك ومزوّدي ومورّدي السلع والخدمات والطلب المتزايد عليها، وما يرتبط بذلك من تطور لأساليب صياغة العقود ووسائل تمويه الشروط التعسفية التي تحتويها بطرق احترافية، تجعل المتعاقد الحريص والمتخصّص عاجزاً عن ملاحظتها.

لذلك لم تكتف التشريعات المقارنة بالنص على بطلان الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، والاعتماد على فطنة القاضي في التصدي لها، بل ذهبت إلى تعزيز الحماية التي توفرها للمستهلك بتزويد القاضي بمجموعة من الوسائل التي تساعده في تحديد الشروط التعسفية وتقرير بطلانها، وإلزام الكيانات التجارية والاقتصادية بتعديل نماذج العقود التي تطرحها للتعاقد من خلال الإيجاب العام الموجه للجمهور.

ومن هذه الوسائل قوائم تحديد الشروط التعسفية، ولجان متابعة العقود النمطية، وبيان الشروط التعسفية فيه، بالإضافة إلى الاستعانة ببرامج الحاسب الآلي لتقدير مدى قابلية العقد وشروطه للقراءة، وسنستعرض هذه الوسائل من خلال ما يلي:

(111) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 695، للسنة 2004، بتاريخ 2005/5/4؛ الطعن رقم 279، للسنة القضائية 1996، بتاريخ 1997/6/29؛ عبد المجيد خلف منصور العنزي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 486-495.

أولاً: قوائم الشروط التعسفية

في سبيل تعزيز الدور الذي يقوم به القاضي لحماية المستهلك في عقود الاستهلاك، وتسهيل مهمته في التصدي للشروط التعسفية، ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى تحديد قوائم بالشروط التعسفية، يبادر القاضي إلى استبعادها والحكم ببطلانها بمجرد ظهورها بأي عقد من عقود الاستهلاك.

ويعتبر المشرع الألماني أول من أخذ بنظام القوائم لتحديد الشروط التعسفية، وذلك في قانون تنظيم الشروط والأحكام العامة (AGB-Gesetz) الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976[112]، وقد قسّم المشرع الألماني الشروط التعسفية إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم من عدمه، وذلك على النحو التالي:

القسم الأول: الشروط غير القابلة للتقييم

نصت عليها المادة (10) من القانون، وتشمل الشروط الباطلة بقوة القانون، ولا يملك القاضي سلطة تقييمها، وهي تشمل ثمانية أصناف من الشروط المنوعة، تتعلق على وجه الخصوص بإطالة أجل التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقّه في فسخ العقد أو في تعديله بإرادته المنفردة، وحقّه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه، وحقّه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرّر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة، وتكون دائماً باطلة بقوة القانون.

القسم الثاني: شروط قابلة للتقييم

نصت عليها المادة (11) من القانون، وتشمل 16 صنفاً من الشروط، وهي تخضع لتقييم القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية باستبعادها أو الإبقاء عليها إذا ما أثبت الطرف الآخر في العقد أنّها غير تعسفية، وتتعلّق شروط هذه القائمة بحق المحترف (المزوّد) أو (المورّد) في رفع أسعار السلع والخدمات التي لم تسلّم أو يوفّى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر،

(112) قانون تنظيم الشروط والأحكام العامة (AGB-Gesetz) الألماني، الصارد بتاريخ 9 ديسمبر 1976، الجريدة الرسمية للقانون الاتحادي، الجزء الأول، 1976، العدد 142، 15 ديسمبر 1976.
Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), vom 9 dezember 1976, Bundesgesetzblatt Teil I1976, Nr. 142, vom 15.12.1976, https://www.bgbl.de/, Accessed 12 aug 2021.
وقد تمت إعادة تنظيم الشروط التعسفية وفقاً لنظام القوائم في المواد من (305 إلى 310) من القانون المدني الألماني، الجريدة الرسمية للقانون الفيدرالي 2002، الجزء1، رقم 2، المنشور في 8 يناير 2002، ص42 وما بعدها.
https://dejure.org/gesetze/BGB

وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض السلعة أو الخدمة أو حقه في استبعاده أو تحديد الحق في الرجوع، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمهني من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[113].

وانتقلت فكرة الأخذ بقوائم الشروط التعسفية إلى القانون الفرنسي، وذلك في القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 يناير 1978 بشأن حماية وإعلام المستهلكين بالمنتجات والخدمات[114]، وبعد ذلك إلى قانون حماية المستهلك، والذي جعل لقوائم الشروط التعسفية ثلاثة مصادر:

1. ما تضمنته المادتان (R212-1 و R212-2) من قانون المستهلك بالنص على قائمتين: تحتوي الأولى على الشروط التي يحظر إدراجها في عقود الاستهلاك باعتبارها تعسفية بحكم القانون، والثانية تشمل الشروط التي يفترض أنّها تعسفية، يسترشد بها القاضي عند تصديه لنزاع يتعلّق بها، ويستطيع المهني إثبات أنّها غير تعسفية[115].
2. ما تصدره الحكومة من مراسيم بتحديد الشروط التعسفية الباطلة بقوة القانون، والشروط يفترض أنّها تعسفية ما لم يثبت المهني عكس ذلك[116].
3. التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية[117].

(113) عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 4، إبريل 2017، ص 108-109.

(114) loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services، (loi Scrivener).

(115) Article R212-1-R212-2 Code de la consommation, Création Décret n°2016-884 du 29 juin 2016.

(116) Article L212-1 Code de la consommation: «Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse», Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

(117) Article L822-1-L822-3 Code de la consommation, Création Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016

وقد اعتمد نظام قوائم الشروط التعسفية في أغلب قوانين دول الاتحاد الأوروبي، أخذاً بحكم المادة (3/3) من التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية، والتي تشمل على 17 صنفاً من الشروط التعسفية التي يسترشد بها القاضي عند أداء واجبه في إعادة التوازن لعقد الاستهلاك، وكذلك أخذ القانون الإنجليزي بنظام قوائم الشروط التعسفية في المادة (5/5) من القانون رقم 2083 لسنة 1999 بشأن الشروط التعسفية في عقود المستهلك والجدول رقم 2 المرفق بالقانون[118].

ثانياً: لجنة تحديد الشروط التعسفية

لم يقف اهتمام بعض التشريعات على تحديد قوائم الشروط التعسفية، بل زادت على ذلك بالنص على إنشاء لجان تراقب العقود النموذجية والنمطية، وتطالب المزوّدين والمورّدين والمنتجين والصناع باستبعادها من جهة، ومن جهة ثانية تنبيه القضاء إلى وجودها والحكم باستبعادها عند عرض الأمر عليه ونشوب النزاع حول تنفيذها.

وقد نص قانون حماية المستهلك الفرنسي على إنشاء لجنة الشروط التعسفية بموجب المادة (822/4)، وهي لجنة تتألف من قضاة وشخصيات مؤهلة في قانون العقود أو التقنية وممثلي المستهلكين والممثلين المهنيين، مهمتها تفحص العقود النموذجية التي يقترحها المهنيون عادةً، وتوصي بحذف أو تعديل البنود التي يكون لها هدف أو تأثير على حساب غير المهني أو المستهلك، والتي تؤدي إلى وجود اختلال كبير في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[119].

وللجنة الشروط التعسفية دور في معاونة القاضي في تحديد المصطلحات ذات الطابع التعسفي عندما يطلب منها ذلك، ولها أيضاً أن تبدي رأيها بمشاريع المراسيم التي تهدف إلى تحديد الشروط التعسفية، ولها دور مهم في توعية الجمهور بنشر المعلومات والآراء والتوصيات التي تراها ضرورية للفت انتباه المستهلك إلى مثل تلك الشروط واتخاذ الإجراءات اللازمة لإبطالها[120].

وللجنة الشروط التعسفية طبيعة إدارية قاصرة على إصدار التوصيات، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّه عندما تصدر لجنة الشروط التعسفية توصيات فهي لا

(118) Schedule 2, Indicative and Non-Exhaustive List of Terms Which May be Regarded as Unfair, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/made, Accessed 12 Aug. 2021.

(119) موقع لجنة الشروط التعسفية الفرنسية على شبكة الإنترنت:

http://www.clauses-abusives.fr/qui-sommes-nous/

(120) Article L822-9 Code de la consommation, Modifié par Loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 - art. 54.

تنشئ قواعد ملزمة للأفراد أو السلطة، وإنّما هي دعوة للمهنيين المعنيين لتعديل الشروط التي تقدّر اللجنة بأنّها ذات طابع تعسفي أو إلغائها. والقاضي المختص هو من يملك وحده إعلان بطلانها إذا ما عرضت عليه[121]، ولا ينتج عن توصيات لجنة الشروط التعسفية قواعد تؤدي مخالفتها إلى الطعن بالحكم أمام محكمة النقض[122].

وقد نصت المادة (6/5– ت) من قانون حماية المستهلك الكويتي على اختصاص اللجنة الوطنية لحماية المستهلك بدراسة العقود النمطية في مختلف مجالات الاستهلاك للسلع والخدمات، لتلافي الشروط المجحفة للمستهلك، وأعطى لها الحق في رفع الدعاوى المتعلّقة بمصالح المستهلكين والتدخل فيها، إلاّ أنّ دور هذه اللجنة في مساعدة القضاء في تحديد الشروط ذات الطابع التعسفي ولفت انتباه الجمهور إلى وجودها لا يزال متواضعاً.

ثالثاً: قياس مدى قابلية العقد للقراءة

إنّ الشروط التي يضمنها المهني والمحترف في نموذج العقد الذي يقدّمه للمستهلك، وما يستعمله من طرق وأساليب في سبيل الحصول على موافقة المستهلك، كإخفاء الشروط التعسفية ودسّها ضمن قائمة بنود العقد الطويلة، أو إدراجها ضمن المستندات المرفقة بالعقد، أو استعمال عبارات طويلة وغامضة، تجعل الإحاطة بالشروط التعسفية والتنبه إلى وجودها صعبة وعسيرة حتى على الرجل الحريص أو الرجل المتخصص والمهني.

وتزداد صعوبة فهم بنود وشروط العقد في العقود التي تبرم من خلال شبكات الإنترنت وتطبيقات الهاتف النقال، والتي تتم بنقر المستهلك على مربع الموافقة على (الشروط والأحكام)، والتي يتم حجبها أحياناً، وتصعب قراءتها أحياناً أخرى، لكتابتها بكلمات صغيرة وبعبارات كثيرة تجعل الاطلاع عليها مرهقاً للمستهلك. وقد توصلت دراسة إلى أنّ قراءة شروط وأحكام عقود التأمين وفهمها يحتاج إلى أن يتمتع الشخص بمستوى تعليمي من 13 إلى 19 سنة من سنوات التعليم[123].

(121) () CE, 16 janv. 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ce060116.pdf. Accessed 14 aug 2021.

(122) حسين محيسن الرشيدي، تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 29، العدد61، يناير 2015، ص 28.

Cass. civ. 1re, 13 nov 1996, Bull. civ. I, n° 399.

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038253/ Accessed 14 Aug. 2021.

(123) Kathy Conklin and Richard Hyde, If small print 'terms and conditions' require a PhD to read, should they be legally binding?, The conversation, 10 may 2018. https://theconversation.com/if-small-print-terms-and-conditions-require-a-phd-to-read-

لذلك ذهب الفقهان الإنجليزي والأمريكي إلى مطالبة القاضي بالاستعانة بتكنولوجيا العصر الحالي، واستخدام برامج وتطبيقات الحاسب الآلي لقياس مدى قدرة المستهلك على الإحاطة بشروط العقد، ومدى قابلية العقد ككل للقراءة[124]، مثل خاصية إمكانية قراءة المستند في برامج مايكروسوفت (Microsoft Word)[125]، ومقاييس قابلية القراءة (Flesch-Kincaid) و (Flesch Reading Ease)[126].

ويعتمد مقياس (Flesch-Kincaid) – وهو الأكثر شيوعاً في الاستخدام – على مقياس يبدأ من صفر إلى 100 درجة، وكلما زادت درجة قراءة المستند في المقياس كان ذلك دليلاً على سهولة قراءة عباراته، في حين تشير الدرجات المنخفضة إلى صعوبة قراءة النص وتعقيده.

وقد جاء في ديباجة التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية أنّه: «يجب صياغة العقود بلغة واضحة ومفهومة، وأن يُمنح المستهلك بالفعل فرصة لفحص جميع الشروط، وإذا كان هناك ثمة شك، يجب أن يُفسّر لمصلحة المستهلك»[127]، ويجب أن يوضع تحت تصرف المحاكم أو السلطات الإدارية في الدول الأعضاء وسائل كافية وفعّالة لمنع استمرار تطبيق الشروط التعسفية في عقود المستهلكين.

should-they-be-legally-binding-75101, Accessed 12 Aug. 2021; Samuel Becher, Research shows most online consumer contracts are incomprehensible, but still legally binding, 4 Feb. 2019, https://theconversation.com/research-shows-most-online-consumer-contracts-are-incomprehensible-but-still-legally-binding-110793, Accessed 13 Aug. 2021.

(124) Chris Willett, Fairness in Consumer Contracts-The Case of Unfair Terms, Routledge, London, 2007, p 55; Lilian Edwards and Burkhad Schafer and Edina Haribinja, Future Law: Emerging Technology, Regulation and Ethics, Edinbrgh University Press, UK, 2020, p. 200; Aleecia M. McDonald and Lorrie Faith Cranor, The Cost of Reading Privacy Policies, Journal of Law and Policy for the Information Society, Ohio State University, USA, p.26. https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf. Accessed 13 Aug. 2021.

(125) Microsoft Word – Document Readability. https://www.bates.edu/helpdesk/2017/11/09/microsoft-word-document-readability/ Accessed 14 Aug. 2021.

(126) يستخدم الجيش هذه المقاييس عند صياغة الكتيبات الخاصة به منذ أربعينيات القرن الماضي، ثم تم تطويرها وتطبيقها لقراءة الوثائق والعقود فيما بعد. راجع حول ذلك:
https://readable.com/readability/flesch-reading-ease-flesch-kincaid-grade-level/
https://readabilityformulas.com/flesch-reading-ease-readability-formula.php

(127) Unfair terms in consumer contracts, Council Directive 93/13/EEC, 5 April 1993, Official Journal of the European Communities, No L 95/29, 21/4/1993.

ونصت المادة (4/2) من التوجيه على أنّه: «يجب ألاّ يتعلق تقييم الطبيعة التعسفية للشروط بتعريف الموضوع الرئيسي للعقد، ولا بمدى كفاية السعر والمكافأة، من ناحية، مقابل الخدمات أو توريد السلع في المقابل الآخر، بقدر ما تكون هذه المصطلحات بلغة واضحة ومفهومة»، وهو ما أكدته المادة (5) من التوجيه بنصها على أنّه: «في حالة العقود التي تكون فيها جميع الشروط أو بعضها مكتوبًا، يجب دائمًا صياغة هذه الشروط بلغة واضحة ومفهومة».

وأخذاً بهذه المعاني، ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى إلغاء شرط تعسفي ضمن عقد قرض بعملة أجنبية، يسمح للمُقرض بحساب مستوى أقساط السداد الشهرية المستحقة على المستهلك وفقاً لسعر صرف العملة الأجنبية المُطبّق من قبل المُقرض، والتي لها تأثير على زيادة تكاليف الخدمة المالية على نفقة المستهلك، وجاء في حكمها أنّ: «المادة (4/2) من التوجيه 93/13 يجب أن تُفسّر على أنّها تعني أن صياغة المصطلح التعاقدي بلغة واضحة ومفهومة، يجب فهمها على أنّها تتطلب ليس فقط أن يكون المصطلح ذو الصلة مفهوماً نحويًا للمستهلك، ولكن أيضًا يجب أن يحدّد العقد بشفافية الأداء المحدد لآلية التحويل للعملة الأجنبية التي يشير إليها المصطلح ذو الصلة، والعلاقة بين تلك الآلية وتلك المنصوص عليها في الشروط التعاقدية الأخرى المتعلقة بمقدم القرض، بحيث يكون هذا المستهلك في وضع يسمح له بتقييم العواقب الاقتصادية المترتبة عليه، على أساس معايير واضحة ومفهومة»[128].

وقد نصت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية على اعتماد استخدام مقاييس مدى قابلية العقود للقراءة، منها ما جاء في القسم 25/4 من القانون الإداري لولاية تكساس الخاص بمتطلبات اللغة البسيطة للعقود غير النموذجية[129]، والذي تناول ضوابط صياغة العقود غير النموذجية، واشترط كتابة العقد بلغة واضحة يسهل على المستهلك العادي فهمها، مع طباعة المستند وعرضه على المستهلك بخط وحجم كتابة يسهل قراءتهما.

وقد جاء في نهاية القسم أنّه سيتم تقييم مدى قابلية العقد للقراءة بواسطة مقياس (Microsoft Word) و(Corel WordPerfect)، كما اشترط قانون حماية المستهلك لولاية جنوب كارولينا الأمريكية أن تحصل عقود التأمين على القروض على درجة لا تزيد عن الدرجة السابعة في مقياس مدى القابلية للقراءة (Flesch-Kincaid)[130].

(128) ECJ Judgment of 30 April 2014, C-26/13 Árpád Kásler and Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-26/13 Accessed 29 Aug. 2021.

(129) Texas Administrative Code (Last Updated: May 19, 2021) m SECTION 25.4. What Are the Plain Language Requirements for a Non-Model Contract or Waiver?

(130) South Carolina Code of Laws, Consumer Protection Code, Section 37-3-202.

الخاتمة:

اهتمت هذه الدراسة باستعراض الاتجاهات الفقهية المتناقضة التي تحيط بفكرة عقد الإذعان، وسلطة القاضي في التصدي للشروط التعسفية، واستعراض المعايير التي يمكن من خلالها الوقوف على ما إذا كان الشرط التعاقدي يعد تعسفياً من عدمه، وبيان أثر تبني القضاء الكويتي للاتجاه التقليدي في تعريف عقد الإذعان في إضعاف الحماية التي قصد المشرع الكويتي توفيرها للطرف المذعن، وإظهار الفائدة من وراء تخصيص عقد الاستهلاك بوسيلة حماية أكثر فاعلية، وهي النص على بطلان الشروط التعسفية. وانتهينا بعرض بعض الوسائل التي أخذت بها التشريعات المقارنة لحماية الطرف المذعن أو المستهلك من الشروط التعسفية.

وقد انتهت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. إنّ تعريف عقد الإذعان بالتركيز على الطريقة التي تم بها التعاقد، بأن يأتي الإيجاب في العقد على شكل نموذج عقد معد مسبقاً، ويتم القبول من خلال التسليم بمشروع العقد دون إمكانية مناقشته، هو الأكثر توافقاً مع ما جاء في المواد (80 و81 و82) من القانون المدني الكويتي.
2. إنّ الأخذ بمعيار الإخلال بالتوازن العقدي، سيسهم بشكل كبير في تسهيل مهمة القاضي عند التصدي للشروط التعسفية؛ لأنّه يعتمد على النظر إلى مجموع الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد والموازنة بينها، وصولاً إلى الشرط الذي يسهم وجوده في عدم تحقيق التوازن العقدي.
3. إنّ تبني القضاء الكويتي للاتجاه التقليدي في تعريف عقد الإذعان، والذي جعل تدخل القاضي لمعالجة الشروط التعسفية مرهوناً بتعلّق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها، أدى إلى جعل التدخل القضائي لتعديل الشروط التعسفية محدوداً إن لم يكن نادراً جداً.
4. إنّ صياغة المادة (81) من القانون المدني أسهمت بشكل كبير في تعطيل الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها للطرف المذعن في عقد الإذعان، وذلك عندما جعلت تدخل القاضي للتصدي للشروط التعسفية موقوفاً على طلب الطرف المذعن، من جهة، وأعطت للقاضي سلطة تقديرية في إجابة الطلب أو رفضه من جهة أخرى.

5. إنّ للوسائل التي أخذت بها التشريعات المقارنة مثل لجان وقوائم الشروط التعسفية، واستخدام مقاييس قابلية العقد للقراءة دوراً كبيراً جداً في تسهيل مهمة القاضي في التصدي للشروط التعسفية، ودفع المهنيين والمحترفين إلى حذفها من نماذج العقود التي يعرضونها على الجمهور.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي المشرّع الكويتي بتعديل صياغة المادة (81) من القانون المدني الكويتي بشكل يعطي للقاضي سلطة التصدي للشروط التعسفية في عقد الإذعان من تلقاء نفسه، وإلزامه بالتصدي لها متى ما طلب منه ذلك، وذلك على النحو الآتي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، فإنّ للقاضي من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدّل من هذه الشروط بما يرفع عن الطرف المذعن إجحافها، أو يعفيه كلية منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

2. نوصي المشرّع الكويتي بتعديل صياغة المادة (11) من قانون حماية المستهلك الكويتي، والاستفادة من اختصاص اللجنة الوطنية لحماية المستهلك في دراسة العقود النمطية في مختلف مجالات الاستهلاك للسلع والخدمات (المادة 6/5– ت)، بالنص على قوائم الشروط التعسفية وإرفاقها بالقانون.

وذلك على النحو الآتي: «يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلّق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من الشروط الواردة في الجدول رقم 1 المرفق بالقانون، أمّا الشروط الواردة في الجدول رقم 2 المرفق بالقانون فيقضى ببطلانها ما لم يثبت المزوّد أو المورّد أنّها غير تعسفية، وتقتضيها طبيعة التعامل أو الظروف المحيطة بالعقد».

ويتم إرفاق جداول وقوائم الشروط التعسفية بقانون حماية المستهلك، على غرار القوائم المرفقة بالتوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية[131].

3. نوصي المشرّع الكويتي بتعديل (المادة 6) من قانون حماية المستهلك الكويتي، وإعطاء اللجنة سلطة مراجعة وتحديث قوائم الشروط التعسفية، والاستعانة بمقاييس مدى قابلية العقود للقراءة، وتوجيه المهنيين إلى إعادة صياغتها بشكل واضح ومفهوم.

(131) Unfair terms in consumer contracts, Council Directive 93/13/EEC, 5 April 1993, Official Journal of the European Communities, No L 95/29, 21/4/1993.

وذلك على النحو الآتي: «تختص اللجنة بما يلي:

أ. وضع السياسات العامة لحماية المستهلك، ووضع الخطط وبرامج العمل لحماية حقوق المستهلك وتعزيزها وتنميتها، ووسائل تحقيق ذلك.

ب. تلقي الشكاوى من المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك وفحصها والتحقيق فيها، وإبلاغ الجهات المختصة، ورفع الدعاوى المتعلقة بمصالح المستهلكين والتدخل فيها.

ج. معاونة القضاء وإبداء الرأي الفني لتحديد ما إذا كان العقد يتضمن شروطاً تعسفية من عدمه.

د. دراسة الاقتراحات والتوصيات التي ترد إلى اللجنة فيما يتعلق بحماية المستهلك.

هـ. رصد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، واقتراح تحديث قوائم الشروط التعسفية المرفقة بقانون حماية المستهلك، ونشرها ولفت انتباه الجمهور والمزوّدين إلى ضرورة استبعادها وعدم إدراجها في عقود الاستهلاك.

و. الاستعانة بأحدث الوسائل والتقنيات والتطبيقات الإلكترونية التي تسهم في حماية المستهلك، ومكافحة الشروط التعسفية، وقياس مدى قابلية شروط وأحكام عقد الاستهلاك للقراءة.

ز. التعاون مع الهيئات المهتمة بحماية المستهلك على المستويين العربي والدولي.

ح. تشكيل اللجان اللازمة لتحقيق مهامها من أعضاء اللجنة وغيرهم، وبصفة خاصة:

- لجان للتأكد من مطابقة السلع والخدمات لمواصفات ومقاييس الجودة.
- لجان للتحقيق في الشكاوى التي تُقدّم من المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك.
- لجنة لدراسة العقود النمطية في مختلف مجالات الاستهلاك للسلع والخدمات، ومتابعة تحديث قوائم الشروط التعسفية لتلافي الشروط المجحفة للمستهلك.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
  - العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 1998.
  - البطلان والتصرفات القانونية: دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الإنقاص، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1998.
- أحمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود: دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، ديسمبر 2019.
- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1945.
- أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد 3، سبتمبر 2001.
- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1، سنة 1992.
- أحمد صفاء الدين العطيفي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، إدارة الفتوى والتشريع، دولة الكويت، المجلد 2.
- أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 4، العدد 5، سنة 2008.
- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية: لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) المنعقد خلال الفترة 9-10 مايو 2017، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، الجزء 2، نوفمبر 2017.
- أشرف عبد العظيم عبد القادر، حماية المستهلك من اختلال التوازن العقدي الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية بعقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد 5، العدد 2، سنة 2019.

- بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد، 6، العدد2، د.ت.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت، 2000.
- جيلالي بن عيسى، أمين بن قردي، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد1، العدد1، ديسمبر 2019.
- جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، المجلد 8، العدد1، سنة 2019.
- جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 13، العدد 2، يونيو 1989.
- ج. س. شيشير وس. هـ. فيفوت، وم. ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي: ظواهر الاتفاق وقواعد الإيجاب والقبول، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت، 1981.
- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- حسين محيسن الرشيدي، تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 29، العدد 61، يناير 2015.
- يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين: دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس، 9-10 مايو 2018، ملحق خاص، العدد 3، الجزء 2، أكتوبر 2018.

- يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 30، العدد 2، ديسمبر 2019.
- محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل القوانين اليمنية والمصرية والإسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1992.
- محمد خليفة كرفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 6، العدد1، سنة 2020.
- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 7، العدد 4، ديسمبر 2015.
- منصور حاتم محسن، وإيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 1، العدد 1، يونيو 2009.
- سامان فوزي عمر، العدالة التعاقدية في العقود النموذجية: دراسة تحليلية مقارنة، أبحاث المؤتمر الدولي الخامس للقضايا القانونية، جامعة تيشك الدولية، أربيل، العراق، المنعقد بتاريخ 2020/11/12.
- سوالم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر، العدد 4، يونيو 2016.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية، بيروت، 2003.
- سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، الجامعة اليسوعية، بيروت، العدد 7، سنة 2001.
- سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، المجلد 5، العدد1، سنة 2019.

- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- عبد المجيد خلف منصور العنزي:
  - بطلان العقد في القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية، دولة الكويت، 2010.
  - خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 6، العدد 2، يونيو 2018.
- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات: دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، بيروت، د.ت.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- عبد المنعم فرج الصدة:
  - عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946.
  - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، دولة الكويت، 1988.
- عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، سنة 2016.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد الرفيع علوي، تحديد كل من المستهلك والمهني في القانون المغربي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 71، السنة 31، يوليو 2017.
- عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 4، أبريل 2017.

- عزوز سعيدي، مقتضيات توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، الجزائر، العدد 2، المجلد2، يونيو 2018.
- علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013/2012.
- فراس جبار كريم الرزاق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- صوالح محمد إعمارة ونورة جبارة، ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، المجلد 11، العدد 1، أبريل 2020.
- ريما فرج مكي، تصحيح العقد: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، العدد 2، يونيو 2014.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلزام، الدار الجامعية، بيروت، د. ت.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- Aleecia M. McDonald and Lorrie Faith Cranor, The Cost of Reading Privacy Policies, Journal of Law and Policy for the Information Society, Ohio State University, 2008. https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf.

- Andrew Burgess, Consumer Adhesion Contracts and Unfair Terms: A Critique of Current Theory and a Suggestion، Anglo-American Law Review, 1986, 15 (4).
- Arthur Lenhoff, Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law, 36 Tul. L. Rev. 481, (1961-1962). https://heinonline.org.
- Arthur Von Mehren, 'A General View of Contract' in Arthur Von Mehren (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, vol VII Contracts in General (JCP Mohr 1990).
- Audrey Cathiard, L'abus dans les Contrats Conclus entre Professionnels: L'Apport de l'Analyse Économique du Contrat, Thèse de Doctora , Presses Universitaires D'aix-Marseille, 2006.
- Brigitte Lefebvre, le Contrat D'adhésion, Revue du notariat, volume 105, numéro 2, septembre 2003. https://doi.org/10.7202/1045922ar.
- Cheshire, Fifoot, and Furmston's, Law of Contract, Oxford University Press, UK, 2007.
- Chris Willett, Fairness in Consumer Contracts-The Case of Unfair Terms, Routledge, London, 2007.
- François Chénedé et Raymond Saleilles, Le Contrat D'Adhésion (2e partie), Revue des Contrats, Lextenso, 2012.
- Friedrich Kessler, Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Columbia Law Review, USA, 1943.
- Georges Berlioz, Le Contrat D'Adhésion, 2eme edition, L.G.D.J.,Paris, 1976.
- Gérard Blanc, l'abus de droit dans les contrats en droit français, in L'abus de droit comparaison Francosuisses, Actes du séminaire de Genève mai 1998, Publication Universitaire de Saint-Etienne, France, 2001.

- Jean-Christophe Grall et Guillaume Mallen, Le Déséquilibre Significatif En Droit Français: Une Notion, Deux Textes, Deux Régimes Juridiques, https://grall-legal.fr/fr/desequilibre-significatif-en-droit-francais/.
- Jean-Louis Navarro et Guy Lefebvre, L'Acculturation en Droit des Affaires, "L'Évolution de la Justice Contractuelle en Droit Québécois: Une Influence Marquée du Droit Français Quoique non-Exclusive", Université de Montréal, Canada, 2005.
- Kathy Conklin and Richard Hyde, If small print 'terms and conditions' require a PhD to read, should they be legally binding?, The conversation, 10 may 2018, https://theconversation.com/if-small-print-terms-and-conditions-require-a-phd-to-read-should-they-be-legally-binding-75101.
- Léonia David, Le Contrat D'Adhésion, Master, Université de La Réunion, France, 2016/2017.
- Lilian Edwards, and Burkhad Schafer and Edina Haribinja, Future Law: Emerging Technology, Regulation and Ethics, Edinbrgh University Press,UK, 2020.
- Mona Jamal, Le Contrat D'Adhésion: Étude Comparée Des Droits Français et Koweïtien, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, France, 2017.
- Nathalie Croteau, Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi, 1996 26-2 Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Canada, 401, 1996 CanLIIDocs 115, <https://canlii.ca/t/x51r>, consulté le 30/3/2022.
- Nora K. Duncan, Adhesion Contracts: A Twentieth Century Problem for a Nineteenth Century Code, 34 La. L. Rev. (1974), Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol34/iss5/11.
- Philippe Stoffel-Munck, L'Abus dans les Contrats: Essai D'Une Théorie, LGDJ, Paris, 2000.
- Sami M. Al-Hathal Al-Anzy, Unfair Contract Terms Under The Kuwaiti

Civil Code: A Critical Analysis And Suggestions For Reform, Ph.D thesis, University of Glasgow, UK, 2014.

- Samuel Becher, Research shows most online consumer contracts are incomprehensible, but still legally binding, 4 Feb 2019. https://theconversation.com/research-shows-most-online-consumer-contracts-are-incomprehensible-but-still-legally-binding-110793.
- Seube, Les Conditions Générales des Contrats, in Etudes offertes à A. Jauffret, Puam, 1974.
- Vera Bolgár, The Contract of Adhesion: A Comparison of Theory and Practic, The American Journal of Comparative Law, vol. 20, no. 1, 1972. www.jstor.org/stable/839488.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	165
المقدمة	166
المبحث الأول: الاتجاهان التقليدي والحديث في تحديد ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية	169
المطلب الأول: ماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية	170
الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان وتسمياته المختلفة	170
الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان	175
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	179
المطلب الثاني: ماهية الشروط التعسفية ومعايير تحديدها	181
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية	182
الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي	187
المبحث الثاني: الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث في التصدي للشروط التعسفية	192
المطلب الأول: التصدي للشروط التعسفية في عقد الإذعان وتأثير الاتجاه التقليدي	195
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان وتفسيره	195
الفرع الثاني: القضاء الكويتي وتعزيز الاتجاه التقليدي في تعريف عقد الإذعان	202
المطلب الثاني: التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك وتأثير الاتجاه الحديث	205
الفرع الأول: بطلان الشروط التعسفية	206
الفرع الثاني: وسائل معاونة القاضي في التصدي للشروط التعسفية	208
الخاتمة	215
قائمة المراجع	218