## عقود الإذعان وسلطة القضاء فی مواجهة الشروط المجحفة

پدیدآورنده (ها) : الرام، علی

حقوق :: نشریه القصر :: سبتمبر ۲۰۰۳ - العدد ۶

صفحات : از ۸۱ تا ۱۱۰

آدرس ثابت : https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1930762

تاریخ دانلود : ۱۴۰۴/۱۰/۰۷

مرکز تحقیقـات کامپیوتری علوم اسـلامی (نور) جهت ارائـهٔ مجلات عرضه شـده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اسـاس همه حقوق مادی برآمـده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشـر و عرضه مقالات در قالب نوشـتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشـد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صـفحه قوانین و مقررات استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.

## عناوين مشابه

- نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها: دراسة تحليلية مقارنة فى الفقه و القضاء الأنجلو أمريكى مع الإشارة الى الوضع فى الكويت
- دور القاضى فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقد الإذعان
- فى مؤتمر الرابطة الدولية لدراسات العراق المعاصر: عقود بديلة لإتفاقيات المشاركة بالإنتاج PSA و الشروط الواجب توفرها لتطوير القطاع النفطى فى العراق
- العوامل المؤثرة فى إبرام عقود تأمينات الأشخاص؛ دراسة استطلاعية على عينة من المؤمن لهم فى الجزائر
- دور مؤسستى القضاء و الأوقاف فى المدينة الإسلامية
- أدب الطفل المسلم فى مواجهة العولمة؛ التصور الإسلامى لأدب الأطفال تخطيط لمستقبل مضىء
- إشكاليات تنفيذ الحكم الجزائى فى مواجهة الشخص المعنوى (دراسة مقارنة فى القانون الأردنى والمصرى)
- الملكة مارى أنطوانيت ١٧٥٥-١٧٩٣ فى مواجهة الثورة الفرنسية
- الغرب فى مواجهة ماضيه الاستعمارى - جرائم و تعويضات -
- (محمود درويش) الشاعر الثورى فى مواجهة الاغتراب الروحى والحضارى (دراسة تحليلية)

www.noormags.ir

# عقود الإذعان وسلطة القضاء في مواجهة الشروط المجحفة

علـــي الـــرام
باحث

الأصل أن الإرادة - وفقا لمبدأ سلطان الإرادة – وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي إنشاء الالتزامات العقدية دون حاجة إلى إفراغ هذه الإرادة في قالب معين – وهذا هو مبدأ الرضائية في العقود-، ولا يحد من هذه الإرادة إلا اعتبارات النظام العام وحسن الآداب.

وهذا التطور يتلاءم ومنطق المنهج الصوري الفرنسي الذي أخذ به المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود. فهو من الناحية القانونية يعني أن الإرادة هي مصدر ومقياس الحقوق وأنها جهاز منشئ للقانون.

وقد شكل هذا الاتجاه حجر الزاوية في الفكر القانوني خلال القرن 19 م، وهو نتاج طبيعي للمذهب الفردي الذي ينظر إلى الشخص على أنه إرادة حرة، معزول عن الوسط الاجتماعي. ولقد كان لهذا الاتجاه أثر كبير في صياغة كثير من التشريعات الداخلية، ومنها بالأساس الحرية التعاقدية.[1]

وعليه، تشمل حيرة الإنسان في التعاقد أيضا حريته في عدم التعاقد، فلا يجبر إنسان على الدخول في رابطة عقدية لا يرتضيها. وإذا كان دور الإرادة أساسيا في تكوين العقود، فإن تلك الإرادة نجدها تتناقض أو تفقد توازنها في العملية التعاقدية بفعل التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وما تفرضه من ظهور صيغ جديدة للتعاقد. فتطور العقود ما هو إلا ثمرة من ثمرات هذه التحولات.

من هنا يمكن القول أن هذه التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وما ترتب عنها من انعكاسات على مستوى التوازنات العقدية شكلت أساسا لتدخل المشرع في توجيه العملية التعاقدية.

على أن تدخل المشرع في هذا المجال يقتصر فقط على وضع نصوص قانونية جامدة وقابعة في مدونات لا ترقى إلى مستوى الفعل والممارسة. والذي ينهض بمهمة الفعل والحركة هو القضاء. إذن، فوظيفة القاضي وعلى هذا الأساس هي وظيفة جامعة لإرادة المشرع وواقع المعاملات التعاقدية.

إلا أنه بالنظر إلى الواقع العملي فإن القاضي غالبا ما تواجهه صعوبات عملية نابعة أساسا عن اقتضاب النصوص القانونية وعن نقص في التشريع كما هو الحال بالنسبة للتقنين المغربي ونظرية

---

[1] : أستاذنا د : الحسين بلحساني الحماية القانونية لمكتري المحلات السكنية، دراسة مقارنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 1992، ص : 28

الظروف الطارئة أو فيما يهم عقود الإذعان. من ثمت يطرح السؤال التالي نفسه، هو إلى أي حد ما ساهم القضاء في معالجة الثغرات التي تعترض التشريع ؟

بناءا على هذا الإشكال، وأخذا بعين الاعتبار الظاهرة موضوع الدراسة – عقد الإذعان – والأهمية العلمية لهذه الدراسة، فإن القاضي لا يكون له ذلك الفهم الواعي لاستيعاب سلطته أولا والتدخل ثانيا للقيام بدور الإشراف على تنفيذ العقد ( مبحث ثان )، إن لم يكن له ذلك الباع الطويل والمطول في فهم التحولات الاقتصادية والاجتماعية وأثرها على ظهور عقد الإذعان ( مبحث أول ).

**المبحث الأول : أثر التحولات الاقتصادية والاجتماعية على بروز عقد الإذعان**

إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية واجتماعية، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت وقامت الوحدات الإنتاجية الكبيرة ونظمت طوائف العمال على إثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية، هذه العوامل كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة. فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وانتكص متأثرا بعوامل اقتصادية.[1]

وعلى ضوء مبدأ سلطان الإرادة، وإذا كان القالب التقليدي للعقد هو عقد المساومة الذي يكون فيه توافق الإرادتين نتيجة مناقشة بين طرفين متساويين إلى حد ما يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد [2]، فإنه بالنظر إلى التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت في المجتمع ظهرت عقود جديدة لا تستجيب إلى هذا القالب التقليدي، من أبرزها عقود الإذعان ( مطلب ثالث ).

وعليه، وقبل أن نتلمس تعريف عقد الإذعان ( مطلب ثان ) نرى في البداية أن نبسط أرضية لنشأة هذا العقد ( مطلب أول )، على أن نختم بمسألة تكوين عقد الإذعان ( مطلب ثالث ).

**المطلب الأول : نشأة عقد الإذعان**

إن تطور العقود على مر العصور ماهو إلا صورة من صور التطور الاقتصادي والاجتماعي. وعقد الإذعان بهذا المعنى هو وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة، إذ أن اتساع الأنشطة الاقتصادية أدى إلى زيادة غير محدودة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن في أقل وقت وبأقل مجهود، فترتب على ذلك، بالنسبة إلى عدد كبير من العقود، أن انفرد الموجب بتحديد شروط العقد واستحال النقاش عند إبرامه. وقد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد الإذعان تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية، وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد مع احتكار قانوني[3].

ومشكلة عقد الإذعان في الواقع ترجع إلى مفهوم العقد الموروث عن " بوتييه " الذي استوحاه القانون المدني الفرنسي وهو يقوم على أن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية، فهو حر في أن

---

[1] : العميد عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، طبعة 1952، ص : 146.

[2]: فالقانون الفرنسي أفرغ العقد من كل العلاقات الاقتصادية، وبعبارة أخرى، فإن هذا القانون استبعد التأثير الاقتصادي للعقد، وهذا التصور كان يتلاءم مع الحقائق الاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك العصر .

[3] : إدريس العلوي العبدلاوي : طرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام : نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996 ، ص : 259.

يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد. وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، واتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص، وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإرادة العامة.

وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الاجتماعي قد سادت خلال القرن التاسع عشر، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة.[1]

بالفعل، إن الخلاصة التي شكلت أساس هذه المقابلة تكرست واقعيا وقانونيا بفعل التغيرات التي حصلت في المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر. هذه التغيرات كان لها انعكاس على مبادئ المذهب الفردي التي تبين أنها لا تفي بحماية الفرد، بل تؤدي إلى استغلال الطرف القوي في العقد للطرف الضعيف. وبذلك نشأ عقد الإذعان بين أحضان الحرية الاقتصادية التي حدت من مبدأ سلطان الإرادة.

من هنا برزت فكرة ضرورة حماية الطرف الضعيف في العملية التعاقدية كضرورة حتمية أمام واقعية وسيطرة عقود الإذعان في الممارسة العملية. وقد كان للفقه الذي ساد خلال النصف الأول من القرن العشرين القدح المعلى في ذلك، فنجد " سالي " كرس الحماية الاجتماعية للطرف الضعيف بإقرار توازن عقدي واستبعاد مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان،[2] ومن ثمة شهد تحولا جديدا في مستوى العلاقات والروابط التعاقدية.

وعليه، ولتوخي الدقة في نشأة عقد الإذعان لا بد من تلمس مختلف العوامل المؤثرة في نشأة هذا العقد. ويمكن تصنيف هذه العوامل إلى عوامل اقتصادية وقانونية ( أولا ) وعوامل اجتماعية ومادية ( ثانيا ).

**أولا : العوامل الاقتصادية والقانونية.**

**1- العوامل الاقتصادية :**

لقد أصبح الجانب الاقتصادي يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود. فهذه الأخيرة ما بين القرن السادس عشر والقرن التاسع عشر كانت أداة قانونية مرنة تمكن من ضمان أمن المبادلات في اقتصاد الصفقات.[3]

وبفعل توسع الرأسمالية الصناعية التي نهجت أسلوب الإنتاج الكبير وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر والاستسلام لشروطه.

وبهذا كانت لهذه التحولات الاقتصادية أثرا على مبادئ التعاقدية التي كرسها مبدأ سلطان الإرادة، إذ أفرغت العقد من محتواه التعاقدي وحولته إلى مجرد نظام قانوني تمليه إرادة منفردة بدوافع براغماتية، كما

---

[1] : لعشب محفوظ بن حامد : عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1990، ص10.

[2] : George Berlioz ; Le contrat d'adhésion, Paris 1973, p : 9.

[3] : George Berlioz : p : 14 ( Ibid ).

أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الاقتصادية بإنشاء التزامات تعاقدية متنوعة. ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل اقتصادية.[1]

وفي نفس السياق يقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي عن عقود الإذعان : " ... هي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها غنى ".[2]

وعليه أضحت عقود الإذعان مصدرا للحقوق والإطار القانوني للعلاقات بين المنشآت وزبائنها، وهي من خلق الظروف الاقتصادية، فقد أملت تلك الظروف على الموجب صاحب الاحتكار القانوني أو الفعلي أن يحدد الالتزامات التبادلية ويضع شروطا عامة ومجردة يقدر فيها وضع منشآته من جهة ووضع المتعاقد من جهة أخرى، من ثم أصبح عقد الإذعان يتعدى نطاق العلاقات الفردية ليعطيها طابع المصلحة العامة.[3]

**2- العوامل القانونية :**

أمام التحولات الاقتصادية التي حدت من الحرية التعاقدية أصبح مفهوم العقد في تصوره التقليدي عاجزا عن استيعاب مختلف الأنماط الذي أفرزته هذه التحولات، الأمر الذي أفسح المجال للمشرع للتدخل بتوجيه العمليات التعاقدية.

هذا التطور يفسر بالضغط على هذه الحرية من طرف التشريع وذلك كمنعه لشروط معينة أو إدخال شروط إلزامية وترتيب الآثار على مخالفتها، أو ربط فعالية العقد بموافقة الإدارة، أو إلزامية التعاقد في أحوال أخرى.[4]

وقد أفرز هذا التدخل بروز عقود الإذعان التي تعتبر وليدة الحرية القانونية، كما يعتبر النقص في التشريع خاصة المدني والتجاري منه سببا في خلق الطرف القوي شروطا تخرج عن نطاق هذين التشريعين، الأمر الذي أضحى عاملا من العوامل التي أدت إلى نشوء عقد الإذعان. هذا بالإضافة إلى أن تنمية الحركة القانونية Mécanisme juridique— التي تؤدي إلى تطوير أسلوبها قد كان من نتائجها الخضوع إلى بعض الشروط الموحدة التي لا غنى عنها في طبيعة بعض العقود.[5].

---

[1] : George Berlioz, p : ( Ibidem ).

[2] : عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، مكتبة نهضة مصر القاهرة ( بدون تاريخ )، ص : 51 .

[3] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 16.

[4] : Durant, la contrainte étatique dans la formation du rapport contractuel, R.T.D.C 1944, p : 73.

« La contrainte étatique y préside, souvent, se manifestant soit dans la création du rapport juridique soit dans le premier cas, l'Etat impose aux parties l'obligation de passer un contrat, par exemple celle de s'assurer. Il existe une obligation légale de contracter. Le régime du rapport juridique ne présente alors qu'une anomalie, la seule originalité tient aux conditions dans lesquelles le consentement est donné ».

[5] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق ، ص : 18.

ويرى " برليوز" أنه إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد، فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقود الإذعان. وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه ولا إلى محله وإنما إلى طبيعة العقد ذاته.[1]

فعقد الإذعان ليس إلا تصرفا مميزا يقابل ويواجه عقود المساومة، فهو إن أنشأ التزامات متبادلة ما بين أطرافه إلا أنه ذو فائدة عامة تتجلى من خلال تدخل التشريعات لتنظيمها وحمايتها كركيزة أساسية في الاقتصاد الوطني.

**ثانيا : العوامل الاجتماعية والمادية.**

**1- العوامل الاجتماعيـة :**

إن نشأة عقود الإذعان من وجهة سوسيولوجية تبررها مقولة " الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ". فالمجتمع ووحدة النمط والسلوك في الحياة المعاصرة قد جعلا من عقد الإذعان النوع المقنن والمنتظم لهذه الحياة الاجتماعية، والمثال النموذجي في هذا المجال هو نظام الملكية المشتركة -copropriété- الذي ينظم التعايش داخل هذا التنظيم الأفقي. فالشريك المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة.

فهذه التحولات تولد بنفسها تغييرا في عقلية الأفراد وتدفعهم إلى البحث عن عقود الانضمام أي الإذعان. [2]

**2 – العـــوامل المادية :**

تمثلت هذه العوامل في سيطرة العقود النموذجية على الحياة التعاقدية. فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدما وتتضمن شروطا عديدة لمختلف العمليات، وذلك مرجعه إلى ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصة في المجال التجاري، إذ أصبح في غير مكنة الفرد نظرا لكثرة انشغالاته وتعدد مهامه- قراءة ما يريد من شروط مطبوعة ناهيك عن تفحصها والمناقشة في شروطها.

ثم إن أبرز تطور في هذه الناحية المادية هو أن المعلومات أصبحت تزود للعقول الإلكترونية أو المناقشة ويستعصي على الفرد مناقشتها حتى وإن أراد ذلك.

وهكذا فإن أصول التسيير المباشر بالوسائل الميكانيكية أو الإلكترونية يفترض أن تكون كل الشروط المرتبطة به في نماذج وفئات، وهذا هو الاتجاه العام السائد الذي يفترض أن تكون كل الشكليات متماثلة.[3]

**المطلب الثاني : تعريف عقد الإذعان**

لقد أجمع الفقه على أن العقد الذي يكون فيه الطرفان في مركز غير متساو بل يكون أحدهما في مركز قوة، لأنه هو الذي يضع قانون العقد، بينما يكون الآخر في مركز ضعف، وهذا هو الذي لا يكون له إلا أن يقبل أو يدع، لا يمكن أن يكون إلا عقد إذعان.[1]

---

[1] : G . Berlioz : op, cit, p : 24.

[2] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 21.

[3] : Lyauté. Les contrats types : sur la normalisation des formules et des conditions bancaires, R.T.D civ. 1953. P 429.

أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 22.

ومثل هذا الإجماع في الحقيقة ما هو إلا ميزة – خصيصة – تجعل عقد الإذعان متميزا عن غيره من العقود وبالأساس عقود المساومة دون أن ترقى به إلى تعريف مانع لهذا العقد يرفع عنه الجهالة واللبس.

وعليه، لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، كما لم تحدد له التشريعات تعريفا. "فسالي" عرفه بأنه : " محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محدودة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد " [2].

في حين حدده "ج. برليوز " بأنه : " عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد "[3]

ويتضح من هذين التعريفين أنه إذا كان" سالي" قد اهتم بالدور الذي تلعبه الإرادة المنفردة في إنشاء العقد وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة دون تحديد المحتوى التعاقدي، فإن " ج. برليوز" أضاف إلى هذا التعريف الذي اعتمده "سالي" أن هذا المحتوى التعاقدي قد يكون تحديده جزئيا أو كليا قبل مرحلة التعاقد.

وقد عرف الأستاذ "إدريس العلوي العبدلاوي" عقد الإذعان بأنه : " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[4].

أما العميد " عبد الرزاق السنهوري" فقد تعرض لمسألة القبول في عقد الإذعان بقوله : " قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع. ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه. ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان.[5]

---

[1] : أول من استعمل عبارة contrat d'adhésion هو الفقيه " سالي " في كتابه : إعلان الإرادة عام 1901. وكلمة adhésion مشتقة من فعل adhérer ومعناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره، ومن ثم هناك adhérer في إبرام تصرف قانوني عندما يكون مضمون هذا التصرف قد حدده شخص بمفرده ووافق عليه شخص آخر اقتصر كل نشاطه على الرضا، بما حدد من قبل. وهنا لا يوجد فرق كبير بين فعل adhérer وفعل accepter. ولهذا يرى بعض الشراح أن الذي يميز هذا النوع من العقود هو وحده من يضع شروط العقد وكثرة من يوافقون على هذه الشروط ( سلاندرا).

أما في الاصطلاح العربي هو " إذعان " ففيه معنى الخضوع والذلة والإقرار والإسراع في الطاعة.وهو من هذا الوجه يميز هذا النوع من العقود تمييزا كافيا عن عقود المساومة contrats de gré à gré وهي العقود التي توجد فيها مرحلة المفاوضات وفيها يحدث تشدد وتساهل وإقبال وإدبار وتنتهي في الغالب بحل يفيد الطرفين.

- الدكتور عبد الحي عبد الحميد حجاري النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج1 مصادر الالتزام المجلد الأول : نظرية الالتزام – تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت 1982، ص 464 (الهامش).

[2] : Saleilles : De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris 1929, Art 133 N 89, S. P 229.

[3] : G . Berlioz : op, cit, p : 27.

[4] : وهو نفس التعريف الذي أورده عبد المنعم فرج العمدة : مصادر الالتزام- فقرة 92 – ص : 109 ( 1979).

[5] : عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ص : 229.

ومثل هذا التحديد الذي اعتمده الأستاذ السنهوري لا يشكل في الحقيقة إلا وصف الحالة التي يكون عليها القابلَ أثناء التعاقد في عقود الإذعان.

وقد ظهر اتجاه فقهي ثالث اتخذ صيغة شرح عقد الإذعان أكثر من اتجاهه نحو إعطاء تعريف دقيق لهذا العقد آخذا بعين الاعتبار التحولات الاقتصادية والاجتماعية وأثرها على النظرية العامة للعقد. يقول الأستاذ عبد المنعم ا لبدراوي تحت عنوان " عقود المساومة الحرة وعقود الإذعان": " عقود المساومة الحرة هي العقود التي يملك فيها كل من المتعاقدين حرية مناقشة شروط التعاقد، وهذا هو شأن غالبية العقود الخاصة، وقد كان الزمن يتسع لما يسبق العقد من مناقشات ومفاوضات.

أما الآن فقد أدى التطور الاقتصادي الحديث إلى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات، فأصبح أحد العاقدين في حالات كثيرة يحدد شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة ويعرضها على الجانب الآخر الذي يكون له الخيار إما أن يقبلها كما هي بدون مساومة، وإما أن يصرف عن العقد. ولما كان هذا الأخير في غالب الأحوال مضطرا إلى التعاقد لاتصاله بمرافق أساسية لا غنى له عنها، فإنه في الواقع يذعن لما يضعه الآخر من شروط".[1]

هذا هو وضع عقد الإذعان في الفقه، أما بالنسبة للتشريع فإن أغلب التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان بتنظيم مستقل ولكن دون أن تتطرق إلى تعريف محدد بل أوردت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه :" يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهي نفسها نص المادة 100 من القانون المدني المصري الحالي والمادة 101 مدني سوري.[2]

في هذه الشروط بخصوص سلعة أو خدمة محتكرة – إما احتكارا قانونيا – "وموجهة إلى الجمهور بصورة دائمة بغرض الإذعان لها."

ولعل في تعريف عقد الإذعان وبالتالي تحديده ما يرفع اللبس عن هذا العقد، إلا أن هذا التحديد يكون قاصرا إذا لم نتلمس الخصائص الجوهرية لعقد الإذعان على ضوء هذا التحديد.

وعليه وإذا ما غضضنا الطرف عن الخصائص العامة التي يشترك فيها عقد الإذعان مع عقود أخرى كخاصية العقد الرضائي ( من حيث المبدأ) وخاصية العقد الملزم لجانبين وخاصية العقد العوضي، فإن ما ينفرد به هذا العقد من الخصائص :

- أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة، سواء أكان احتكاره هذا قانونيا أو فعليا، أو أن تكون المنافسة بينه وبين غيره في تقديم تلك السلعة أو الخدمة محدودة

[1] : عبد المنعم البد راوي : النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المصري، 1979 ، ص: 177.

[2] : ومرجع هذه المواد هي المادة 172، فقرة 2، التي جاء فيها :" وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان". من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وضيقة النطاق. وهذا من حيث المبدأ ما يفرض عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين الطرفين.

- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، وذلك في حدود ما وصلت إليه المدنية الحديثة بحيث لا يستطيع جمهرة الناس الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم الأذى.
- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة ولا يقبل نقاشا فيها، بحيث يكون الإيجاب عاما ودائما، أي يوجه إلى أشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة، فهو إيجاب موجب إلى الجمهور، كما أنه إيجاب يحمل طابع الدوام والاستمرار.[1] ومن ثمة لا يمكن للموجب أن يتحلل من إيجابه عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه المسؤولية بناء على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرا فعليا أو لتجاوزه حدود حقه إذا كان الاحتكار قانونيا.[2]
- إن أساس التزام الموجب للقبول يتمثل في أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب ما دام في حالة إيجاب دائم. وأساس رفضه للقبول بناء على سبب مشروع هو وجود تحفظات ضمنية في الإيجاب تتعلق بمصالح العمل الذي يقوم به الموجب.[3]
- أن يصدر إيجاب الموجب في قالب نموذجي،ويعرض ككل يقبل جملة أو يرفض، ويغلب أن يكون في صورة مطبوعة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد لا يفهمها الشخص العادي، وتتضمن عادة شروطا كثيرة في صالح الموجب، بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من المذعن، وبعضها يعفي أو يحد من مسؤولية الموجب التعاقدية.[4]

وعلى ضوء هذه الخصائص المميزة- الجوهرية- لعقد الإذعان يحتل السؤال التالي مكانته ضمن هذه الدراسة : ما هي الطبيعة القانونية لعقد الإذعان ؟. ولعل في تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة، إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة القانونية.

لقد انقسم الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان إلى اتجاهين : اتجاه ينفي صفة العقد عليه، فيكفيه على أنه مجرد مركز قانوني منظم- أولا-، واتجاه ثان يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد العامة التي تحكم سائر العقود – ثانيا - .

---

[1] : إدريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ، ص :260 و261.

[2] : ينص الفصل 29 من القانون المغربي للالتزامات والعقود على أنه : " من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملزما اتجاه الطرف الأول إلى انصرام هذا الأجل ..."، وتضيف المادة 63 من القانون المدني الجزائري بأنه : "... وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ".

[3] : عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية بيروت 1974، ، ص : 139.

[4] : إدريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق ص : 261.

**أولا : أنصار النظرية التنظيمية :**

إن أنصار هذه النظرية[1] ينكرون وصف العقد على عقد الإذعان، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، في حين أن عقد الإذعان ماهو في نظرهم إلا تصرفا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة هي إرادة الموجب. كما يؤكدون عدمية صفته التعاقدية انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة، بينما في عقد الإذعان توجد عدم المساواة بين المتعاقدين، كما أن النقاش حول شروطه متعذر بالنظر إلى عناصره الفنية.[2]

من هنا خلص أصحاب هذه النظرية- المناهضين للنظرية العقدية- إلى تقريب عقد الإذعان من " المراكز القانونية المنظمة" أي إلى التصرفات التي يحكمها القانون العام والتي بمقتضاها تكون السلطة العامة منفردة تخلق قواعد وشروط معينة تفرضها على الأفراد. وبالتالي فإن تفسير عقد الإذعان يكون شبيها بتفسير القانون أو اللائحة ولأن يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها.[3]

وعلى ضوء هذه الأرضية التي أسستها النظرية التنظيمية برزت توجهات فكرية تبناها فقهاء متخصصين من فقهاء القانون المدني. فنجد " ساليي" يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، ومن ثمة ينفي عن عقد الإذعان كونه عقدا إذ أن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في توافق الإرادتين بمعناه التقليدي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه، هذا الأخير هو الذي قام بخلق قانونها وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن وذلك تحت شرط إذعان الأطراف الأخرى.

وإذا كان "ساليي" قد كرس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه: " التعبير عن الإرادة "، فإن هذا الجهد قد لقي الصدر الرحب عند فقهاء القانون العام. وهكذا ذهب " دجيه" إلى تبني رأي مشابه لرأي " ساليي"، فعنده أن عقود الإذعان هي شكل من أشكال التصرف بالإرادة المنفردة، ولكن يختلف معه في كون القيمة القانونية لهذا التصرف لا تكمن في الإرادة المنفردة في حد ذاتها وإنما على أساس أن الإرادة لا تخلق القانون بل الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها " الضروريات الاجتماعية" [4]

وإعمالا لرأي " دجيه " فإن اكتساب الإرادة لقيمتها القانونية مناط بمدى استجابتها أولا للضروريات الاجتماعية وثانيا عدم تعارضها بالأساس مع هذه الضروريات.

أما الفقيه " هوريّو" ومسايرة منه لأفكار النظرية التنظيمية، فإن عقد الإذعان بالنسبة إليه سوى مركز قانوني يتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، بحيث يقتصر دور المشتري على

---

[1] : "ساليي" و"موريز" و" دجيه" : العبدلاوي، المرجع السابق، ص : 263.

[2] : بخصوص العناصر الفنية لعقد الإذعان يرجى مراجعة الخصائص الجوهرية لهذا العقد والمدرجة ضمن هذه الدراسة.

[3] : لعشب حامد بن محفوظ : المرجع السابق، ص : 42 و43.

[4] : Léon Duguit : L'état et le droit objectif, p : 55 et 432.

سريان هذه الأحكام عليه. إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان وخضوع [1].

وعلى ضوء ما سبق فإن القانون المدني في نظر فقهاء القانون العام وأنصار هذه النظرية من فقه القانون الخاص وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافها متساوية، وهذه النتيجة واردة في الأوضاع التي يعتبرونها عقود إذعان.

وحتى إذا ما سلمنا بهذا الحكم، فإن السؤال الذي يفرض نفسه، ماذا وفرت هذه النظرية من حماية للطرف الضعيف في العقد ؟

يجيب الأستاذ" فاضل حبشي"بأنه كان من المفروض على أنصار هذه النظرية بعد أن يكرسوا جهدهم لإنكار الطابع التعاقدي لعقد الإذعان، بناء على عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية، أن تؤدي نظريتهم إلى توفير الحماية للطرف الضعيف، بل على العكس من ذلك كرست الاعتراف للطرف القوي بسلطة تنظيمية تخول له الانفراد في وضع شروط التعاقد بما يترتب على ذلك من إضعاف مركز الطرف المنظم ولعل هذا من الأسباب التي تدعو إلى استبعاد النظرية التنظيمية.[2]

**ثانيا : أنصار النظرية العقدية.**

إن جمهور فقهاء القانون الخاص قد رفضوا إتباع الأفكار التي جاء بها كل من "ساليي" و " دجيه" و"هوريو" وتمسكوا برأي مخالف لمبادئ النظرية التنظيمية.

يقول " جورج ديرو " : " بأننا وجدنا أنفسنا ملزمين بتطبيق قواعد القانون المدني على هذه العقود – أي عقود الإذعان-، وقد بدا لنا في حقيقة الأمر بأن تطبيق هذه القواعد من الصعوبة بما كان وبأنه يجب أن ننبه الفقهاء، فإن الفقهاء الذين انتقدناهم يضربون بالمبدأ عرض الحائط، وأن، ما بدا لنا منهم بأنه عقد فإنه في نظرهم لا يتعدى كونه تصرفا من جانب واحد هو إرادة الموجب وليس إرادة المنظم "المذعن" هي التي تعطي الكيان أو الوجود للعقد. فإرادة الموجب هي التي تحدد آثاره، وهذا الوضع بسيط جدا لأن الانضمام لا يغير من طبيعته ".[3]

وعلى أسس هذه النظرية يمكن القول أن عقد الإذعان هو عقد بالمعنى الكامل للفظ فهو يقوم على توافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فهذا لا أثر له في طبيعة العقد.

فكل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة، فهي موجودة في العقود التي يبرمها ناقص الأهلية.

---

[1] : أشار إليهما لعشب حامد، المرجع السابق، ص : 45و 46 - Note de M. Hauriou, S.1908, col 1 et 3.

[2] : فاضل حبشي : الامتداد القانون لعقود الإيجار، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن علما وعملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، مطابع الصباح، القاهرة، ص : 17.

[3] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 34 و35 Déreux R T D civ : 1910 , p :504

إن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان، لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد. والمساواة القانونية هي المطلوبة في العقد. لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى.[1]

وباعتماد المنطق السليم في التحليل، فإنه من المفروض علينا أن نتقيد بالمبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد على ضوء مبدأ سلطان الإرادة، وبالمقابل فإن مرونة هذا المنطق تسمح لنا كذلك الأخذ بعين الاعتبار التحولات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع والتي ساهمت في الحد من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على الحياة التعاقدية. وعليه، فإذا كان الأصل في التعاقد أن يتسم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، فإن التطور الاقتصادي أدى إلى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل هذه المناقشة والمساومة. ومن ثمة أضحى توافق الإرادتين في عقود الإذعان ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي ليس إلا.[2]

**المطلب الثالث : تكوين عقد الإذعان.**

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وبصورة أكثر اختصارا وأدق تعبيرا " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ".[3]

حسب الفصل 2 من القانون المغربي للالتزامات [4] وخلافا لما ينتقده، وفي ضوء أصوله، وبالدرجة الأولى الفصل 1108 مدني فرنسي كما أعيدت صياغته في الفصل 1104 مدني إيطالي لسنة 1865 ، فإن

---

[1]- إدريس العلوي العبدلاوي : المرجع السابق، ص : 265.

[2]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص : 114.

[3]- عندما يتساءل الفقهاء عما هو العقد وعما هو عقد فإن الجواب عن هذين السؤالين لا يتلمسانه إلا في التعريف الذي خص به القانون المدني الفرنسي في الفصل 1101 منه، الذي جاء فيه : " العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو أكثر إزاء شخص آخر بإعطاء شيء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ".

ومثل هذا التعريف الذي تبناه المشرع الفرنسي للعقد قد تقادم عليه الدهر فأصبح مثارا للنقد (p :24 Alex Weil : droit civil- les obligations, ، إذ يميز بين العقد والاتفاق. ولعل في اعتماد مثل هذا التعريف ما يدل على تأثر القانون المدني الفرنسي بأفكار الفقه التقليدي ( مونييه، دوما، أوبري، رو، وبيير،...) ،استنادا إلى أن الاتفاق يشمل إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. في حين أن أكثر العقد يقتصر على إنشاء التزامات فقط. فالعقد وفقا لهذا الاتجاه يعد نوعا من أنواع الاتفاق.

وعليه ظهر اتجاه فقهي مناهض لهذا الاتجاه التقليدي، ويقفون من العقد والاتفاق موقف التسوية بينهما، ولذلك يعرفونه بأنه ( العقد أو الاتفاق) توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه – السنهوري، المرجع السابق، ص : 138.

[4]- ينص الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود على أن : " الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن الإرادة هي :

1- الأهلية للالتزام.

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.

3- شيء محق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.

4- سبب مشروع للالتزام".

تكوين العقد يستلزم توافر عناصر بعضها يشترط للانعقاد والبعض الآخر يشترط لصحة الرضى وسلامته.

وبالنظر إلى طبيعة التراضي في عقود الإذعان بصفة خاصة ولأهمية هذا الركن في إنتاج العقد لآثاره بصفة عامة، فإننا سنقتصر على دراسة هذا الركن بالأساس.

وعليه، سنتبع الرضى في نقطتين، لنقف على وجوده من حيث صيغته ( أولا ) ، ونتلمس أوجه صحته وسلامته( ثانيا ) .

**أولا : وجوه الرضى في عقود الإذعان من حيث صيغته .**

لم يحتم المشرع مظهرا خاصا للتعبير عن الإرادة لأن مقتضى مبدأ الرضائية السائد اليوم أن لا يخضع التعبير لشكل معين وأن تترك للمتعاقد الحرية في الإفصاح عن إرادته بالطريقة التي تلائمه. وهذا ما يعبر عنه بصيغة الرضى من حيث مدى وضوحها، فالأصل في الفهم أن يستخدم فيه القاضي ما نسميه بالمنهج الحرفي النحوي الذي يجعل المعاني الحقيقية أصلا في الكلام لا ينبغي الحياد عنه إلا إذا كان التعبير غامضا. وفي ضوء هذا المنهج فإن التعبير المستخدم كصيغة تدل على الرضى لا يخرج عن أمرين : إما أن يكون تعبيرا صريحا [1] وإما أن يكون تعبيرا غير صريح ( ضمني ) [2].

وعندما يفرغ القاضي من الفهم لصيغة الرضى يكون عليه أن يقوم بوصف هذه الصيغة الدالة على الرضى وصفا قانونيا. ووصف هذه الصيغة لا يمكن أن يخرج عن الإيجاب-1- أو القبول -2-[3]

**1- الإيجاب في عقد الإذعان :**

الإيجاب هو التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه. وقد يكون الإيجاب موجها إلى شخص معين كما لو عرض زيد بيع عقار يملكه على عمرو، وقد يكون موجها إلى أي شخص كان من الجمهور كما في عرض تاجر بضاعة في محله مكتوبا ثمنها عليها.[4]

الأصل في النظر القانوني أن الإيجاب ليس له بحد ذاته قوة إلزامية، وأن للموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول، أو ما دام الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب لم يشرع في تنفيذ العقد [5]، على أن المشرع اعتبر الإيجاب ملزما على وجه الاستثناء في الحالتين التاليتين :

---

[1] : التعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي الذي يحصل بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس ( اللفظ،الكتابة، الإشارة المتداولة عرفا )

[2] : التعبير غير الصريح أو الضمني فهو الذي ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال، كما لو كان الشيء المعروض عليه مأكولا مكتوبا عليه ثمنه فتناوله شخص وأكله.

[3] : محمد شيلح : محاضرات أعدت لطلبة السنة الثانية حقوق من السلك الأول في مادة القانون المدني كلية الحقوق، جامعة محمد بن عبد الله فاس، غير منشورة، 65-1996.

[4] : مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول : مصادر الالتزامات ، الطبعة الثالثة، 1974 ، ص : 54

[5] : وهذا ما نص عليه الفصل 26 من القانون المغربي للالتزامات والعقود بقبوله : " يجوز الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر" .

- **الحالة الأولـــى** : إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل للقبول، حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الاجل[1].
- **الحالة الثانيـــة** : إذا كان الإيجاب تم بطريقة المراسلة دون تحديد أجل، حيث يظل الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وفي ظروف عادية ما لم يكن الموجب قد أوضح لمن وجه إليه الإيجاب أنه لا يرغب انتظار المدة التي تستغرقها المراسلة العادية[2].

والإيجاب في عقد الإذعان ملزم على مدة أطول بكثير من المدة التي يلزم فيها الإيجاب معروض بشكل مستمر. ويترتب على كون الإيجاب دائما، أنه إذا قبله أي شخص، قام العقد نهائيا، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه. ولكن يلاحظ أنه في بعض الاحيان، يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تمليها طبيعة التعاقد ذاتها، بحيث أنها لو تخلفت، اعتبر الإيجاب كأن لم يكن. ومثال ذلك الإيجاب الموجه من وكالات الأسفار، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن تكون هناك مقاعد شاغرة.

من هنا يتبين أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في صورة قاطعة، ويشتمل على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية، ويجب عرض هذا الإيجاب على الجمهور بنشره أو بتمكين من يريد الإطلاع عليه من ذلك، فإذا تم هذا فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به في الأصل، حتى لو ثبت أنه لم يطلع عليه بالفعل، ما دام أنه كان يستطيع الإطلاع عليه.

والموجب في عقد الإذعان لا يكون على استعداد للمناقشة فيه، وذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب. إلا أن هذا لا يمنع في بعض الحالات من أن يكون العرض الصادر من الطرف القوي في العقد مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب، وذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن محل اعتبار أساسي في العقد[3].

والإيجاب في عقد الإذعان يكون باتا، ذلك لأن من يزاول تجارة أو يمتهن حرفة ينطوي موقفه على دعوة الجمهور إلى التعاقد، وإذا صدر منه إيجاب كان ذلك بمحض اختياره. أما في عقد الإذعان فإن الأمر يختلف على ذلك الأصل، لأن من يحتكر سلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للجمهور يحتم عليه أن يكون في حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار.

وتتضح حتمية الإيجاب البات في عقد الإذعان بصورة أكثر جلاء من غيرها في حالة الاحتكار القانوني، ذلك لأن المحتكر في هذه الحالة يقدم السلعة أو الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور بناء على عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة. وكذا الشأن في حالة الاحتكار الفعلي، فإنه كلما تأكدت صفة الضرورة للسلعة أو الخدمة المحتكرة يكون الموجب مطالبا بسد حاجات الجمهور منها.

---

[1] : جاء في الفصل 29 من نفس القانون على أنه : " من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصل رد القبول خلال الأجل المحدد. "

[2] : وهذا ما ورد عليه النص في الفصل 1/30 من نفس القانون بموجبه : " من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا بقي ملزما به إلى الوقت المناسب لوصول و رد المرسل إليه داخل أجل معقول ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك. "

[3] : العبدلاوي : المرجع السابق، ص : 261 و 262 .

ومن ثمة يبدو واضحا مفهوم الإيجاب في عقود الإذعان، وهو يختلف اختلافا بينا عن الإيجاب في عقود المساومة والذي يمر بمراحل معينة أهمها مرحلة التفاوض. فإذا خرج الإيجاب من دور التفاوض ومن دور التعليق أصبح إيجابا باتا. وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه من قضاء النقض [1].

2- **القبول في عقود الإذعان :**

القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي بصدوره متطابقا تتم معه عملية التعاقد بين الموجب- **Pollicitant**– وبين القابل – **acceptant** -

المبدأ العام في القبول أنه لا إلزام على من وجه الإيجاب بأن يقبله، بل يكون هذا الأخير حرا في أن يقبله أو يرفضه، وإذا رفضه يظل الإيجاب مجرد إيجاب لا ينعقد به العقد.

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم، فإن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال، إذ أن ظروفا تجعل الموجب له ملزما بالقبول، ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه، بيد أن الأمر خلاف ذلك إذا كان امتناعه عن التعاقد يستند إلى مبررات مقبولة، إذ من حقه أن يرفض.

وعليه وإذا ما استحضرنا الطبيعة الفنية لعقود الإذعان أمكننا القول أن القبول في مثل هذه العقود ما هو إلا رضوخ وتسليم بالشروط التي وردت في الإيجاب [2] .

فالموجب يعرض إيجابه في شكل نهائي ولا يقبل مناقشة فيه، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل، إذ لا غنى له عن التعاقد.

وإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد. وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع، وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وترتبت مسؤوليته.

والواقع لا يمكن للموجب أن يرفض القبول ما دام سلمنا القول بأن القبول رضوخ واستسلام لشروط مقررة. فالموجب لا يستطيع التحلل من التزامه لأن العقد يكون قد انعقد باقتران القبول بالإيجاب والذي يمكن تلمس هذا الأخير من خلال هذه الشروط المقررة والموجهة للجمهور.

**ثانيا : وجود الرضا في عقد الإذعان من حيث صحته وسلامته.**

---

[1] : العميد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1 ، ص : 208 .

- يقول في الصفحة 206 ،الهامش رقم (1) : " هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية، كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية وهي تقتضي السرعة في البت والتعامل، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لابد منه...".

[2] : تنص المادة 100 مدني مصري على أن : " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " وهي مطابقة لنص المادة 101 مدني سوري، والمادة 1/161 تجاري كويتي.

لا يكفي لانعقاد العقد أن نكون أمام إيجاب وأمام قبول، ولكن على نحو منعزل، إذ لابد أن يحصل التفاعل بينهما باقتران القبول بالإيجاب. وإذا كان من شأن وجود الرضى أن ينعقد به العقد، فإن هذا العقد المنعقد لا يكون لازما للانعقاد إلا إذا جاء الرضا صحيحا يخلو الشخص من عوارض الاهلية [1] وجاء الرضا أيضا سليما يخلو الإرادة من عيوبها، وهي الغلط،الإكراه، التدليس، الغبن[2] .

غير أن عيوب الرضا بصورتها التقليدية غير ظاهرة في عقد الإذعان، لأن دورها يتناقض ويكاد ينعدم أحيانا عند القابل.

إلا أن القضاء قد جرى على حماية الطرف المذعن، إذ عمل على التوسع في تقرير عيوب الإرادة حتى يهيئ طريق الخلاص من العقد.

ولقد حاول الفقهاء تحليل بعض العيوب التي يمكن أن تصيب عقد الإذعان. ومن ثمة هل تؤدي تلك العيوب إلى نشوء عيب في الرضا أم تؤدي إلى انعدام العقد ؟

وبتحليل عنصر الرضا في عقد الإذعان يتبين أنه غالبا ينحصر في الشروط الخاصة بهذا العقد، وقد أرجعها " برليوز " إلى عيبين أساسيين [3] :

- الرضى عن طريق الغش أو التدليس -1-.
- الرضى عن طريق الإكراه -2-.

**-1- الرضى عن طريق الغش :**

إن الانضمام يتضمن دائما نصيبا هاما من الثقة، وقد تكون الثقة تولدت نتيجة غش من الموجب سواء تجاهلا منه أو متعمدا في ذلك.

وحفاظا على عدم تقويض المبدأ الذي يقوم عليه الإذعان باعتباره أداة اقتصادية فإنه من الضروري ترتيب جزاء على هذا الغش. وعندما لا يكون الغش عمديا أو من الصعب إقامة الدليل على صفته العمدية، فإن القضاء يجنح إلى الغلط( أ ) والتدليس ( ب) .

**أ- الغلط :**

الغلط كعيب من عيوب الرضى هو وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، ويكون هو الدافع إلى التعاقد. فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف قانوني ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة الأمر كشخص يشتري تمثالا ويعتقد أنه أثري وهو ليس كذلك [4].

وعقد الإذعان بصفة عامة عبارة عن وثائق معقدة يصعب قراءتها ويعسر فهمها، فالموجب فيها يسعى إلى أن يحتمي ضد كل الاحتمالات أكثر من سعيه إلى إفهام العامة، وبالتالي من السهل أن يقع المتعاقد في الغلط.

---

[1] : يراجع بهذا الشأن الاحكام المنظمة للاهلية في القانون المغربي للالتزامات والعقود، الفصول من 3 إلى 13.

[2] : وقد أضاف المشرع المغربي إلى هذه العيوب الأربعة عيبا خامسا استمده من حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة الفصول من 39 إلى 56 من نفس القانون المذكور.

[3] : جورج برليوز : المرجع السابق، ص : 99.

[4] : الدكتور الطيب الفصيلي : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصدر الالتزام، مؤسسة إيزيس للنشر 1991، ص : 96 و 97 .

ليس إذن من الغريب أن يقع الطرف المذعن في الغلط سواء فيما يحتمله من التزامات أو فيما له من حقوق، فغلط المذعن يصبح إذن أدنى لاعتباره مغتفرا.

وإنه من الممكن أن نتساءل إذا كانت هذه النظرية في الواقع ليست خاصة بعقد الإذعان؟

إننا نلمح في الواقع أن القضاء الذي يرتكز على هذه النظرية ( نظرية الغلط المغتفر ) المتعلقة بعقد الإذعان لا تسلم من بعض المخاطر التي تنشأ عنه، ومع ذلك فإن المحاكم تهدف إلى حماية المتعاقد فتعطي مفهوما واسعا في تفسير الغلط والتدليس كي تتمكن من إبطال العقد في المواد التجارية[1] .

ولتفادي مثل هذا الغلط فإن القضاء يفرض على الموجب الالتزام بحسن النية عندما يكون عقد الإذعان معقدا وتصعب قراءته على المذعن الذي ليست له في أغلب الأحيان الوقت أو المعرفة لقراءته.

لذا فإن انضمامه يستند إلى حسن نية الموجب، وهذا الالتزام المفروض على الموجب لا يقتصر على عدم إيقاع المتعاقد في الغلط فحسب بل يجب عليه الإدلاء بكل المعلومات والتفسيرات الكافية حتى ينضم للعقد وهو على معرفة كافية بشروطه [2].

وفي حالة عدم احترام هذه المبادئ، فإن خطأ الموجب يعد غير مغتفر بل وحتى إذا كان المتعاقد نتيجة جهله أو إهماله قد وقع في الغلط.

وقد تبنى القضاء الألماني نص المادة 138 مدني وهو النص المقابل للمادة 6 مدني فرنسي في مراقبة محتوى العقد، والتي تنص على أن كل تصرف مخالف للنظام العام أو الآداب يعد باطلا، ولقد استخدمت هذه المادة لتفادي التعسف الناتج عن الشروط المبالغ فيها في عقد الإذعان.

فالمحاكم الألمانية قد جرت على أن أي شخص ينتهز فرصة معينة لفرض شروطه المجحفة بالمتعاقد، فإن تلك الشروط مآلها البطلان وفقا للمادة 1/138 مدني[3] .

**ب- التدليس :**

التدليس هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة ولكن الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد[4] .

والتدليس يطلق عليه في الفقه الإسلامي التغرير، وهو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، بحيث لولاها لما ارتضى العقد[5] .

في فرنسا كان القضاء يعتبر مدح البضاعة وإعطائها قيمة غير حقيقية من الأمور العادية التي لا يمكن اعتبارها طرقا احتيالية يشكل بها التدليس في عقد البيع وبالتالي لا يبطل العقد. غير أن موقف القضاء قد تطور، إذ يفرض في عقد الإذعان على الموجب الإدلاء بمعلومات كافية لضمان الثقة الضرورية

---

[1] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 85.

[2] : L'article 4 de projet- loi sur la protection du consommateur dispose que : « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit, avant la conclusion d'un contrat de vente, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service, par le biais de tout moyen approprié ».

[3] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 86.

[4] : د. الطيب الفصايلي : المرجع السابق، ص : 108.

[5] : د. الطيب الفصايلي : المرجع السابق، ص : 103.

للمعاملات من جهة، ومن جهة أخرى فإن التدليس يمكن أن يكون مفترضا في عقد الإذعان أكثر منه في العقود الأخرى[1] .

**3- الإذعان عن طريق الإكراه ( الإذعان الجبري ) :**

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيولد رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد. والإكراه المفسد للرضا والذي يجعل العقد قابلا للإبطال هو الذي يبعث رهبة أو خوفا شديدا في النفس يحملان المتعاقد على قبول ما لم يكن يقبله اختيارا. فإرادة المتعاقد لم تصدر عن حرية واختيار وإنما اختار أهون الضررين [2].

والقبول حتى يكون مرتبا لآثاره القانونية المفروض فيه أن يكون متصفا بالحرية والاختيار، أما إذا كان قد نشأ عن ضغط أو إكراه، بحيث لولا هذا أو ذاك، ما وجدت إرادة القابل، فإن مثل هذه الإرادة تكون معيبة بسبب الإكراه لمصلحة الطرف المذعن ( القابل ).

وفضلا عن ذلك، فإن الذي يعتبر عيبا للإرادة هو الإكراه المعنوي، أما الإكراه المادي فإنه لا يعيب الإرادة فقط، وإنما يعدمها تماما، الأمر الذي يستتبع البطلان المطلق وليس مجرد القابلية للإبطال.

ومن أمثلة الإكراه المعنوي الذي يصيب عقد الإذعان ما يمكن حصوله في عقد العمل، إذ يرى بعض الفقهاء أن مفهوم الإكراه المعنوي يمكن أن يعيب رضا الأجير الذي يعاني من بؤس البطالة للغاية ومن الضروري أن يحصل على عمل فيقبل الأجر المعروض عليه مذعنا خاصة عندما يكون رب العمل صاحب احتكار في نفس تخصص العامل. فالوضعية الاجتماعية والاقتصادية ونوعية جنسه من المفروض أن تراعى من طرف الموجب ( رب العمل)، وإلا فإن العقد يصبح مجرد استسلام لتلك الشروط.

من هنا خلص معظم الفقهاء إلى التأكيد على بعض عيوب الرضى التي تناسب عقد الإذعان إنما مرجعها اقتصادي حتى ولو كان الدافع إليها معنويا، إلا أن غايتها اقتصادية، وبالتالي فإن تفسيرها يكون على أساس الشروط الاقتصادية والاجتماعية [3].

**المبحث الثاني : الإشراف القضائي على تنفيذ عقود الإذعان.**

لقد كان في موقف " مونتسكيو " بخصوص مبدأ فصل السلطات[4] ما يكفي لتبرير وظيفة القاضي الكلاسيكية المتمثلة في التفسير والضرب على المتون دون أن يتجاوزها لتكريس دوره الخلاق المتجلى في الاجتهاد.

وقد ساهمت في تكريس هذا التصور عن دور القاضي في الاجتهاد عدة عوامل، منها ما هو قانوني ومنها ما هو غير قانوني. فقد أدت هيمنة المدرسة المتونية إلى تقديس النصوص التي حوتها مدونة نابليون، كما قامت الفلسفة السياسية والاقتصادية على عدم الثقة بالقاضي كضمانة لعدم العودة إلى النظام القديم وللاستقرار القانوني والتبع الاقتصادي.

---

[1] : برليوز : المرجع السابق، ص : 103.

[2] : د. الطيب الفصايلي : المرجع السابق، ص : 116.

[3] : Georges Berlioz, op, c i,p : 104.

[4] : د. رقية المصدق : القانون الدستوري والمؤسسات السياسية الجزء الاول، دار توبقال للنشر 1986، ص : 137 و138 و139.

لكن مع نهاية القرن التاسع عشر وتحت ضغط التحولات الاقتصادية والاجتماعية ظهرت الحاجة إلى قوالب قانونية أخرى بعد أن ضاق الرداء الذي ألبسته إياه مدرسة الشرح على المتون، ومن ثمة اضطر الفقه الفرنسي إلى الاعتراف بوجود نقص في التشريع [1] فظهرت مدارس جديدة في تفسير القانون، أهمها : " مدرسة البحث العلمي الحر" بزعامة "جيني"، ومدرسة القانون المقارن" بزعامة" لامبير" و "ساليي"، ومدرسة " جوسران" في البحث عن الغاية الاقتصادية والاجتماعية للحقوق [2].

وفعلا اعترفت القوانين الحديثة بوجود هذه المشكلة ووضعت لها حكما خاصا يقضي بسد النقص الذي يوجد بالتشريع، إما عن طريق الرجوع إلى المصادر الاحتياطية وإما عن طريق الاجتهاد القضائي [3].

وسيرا منه على نهج المشرع الفرنسي لم ينظم المشرع المغربي عقد الإذعان في قانون الالتزامات والعقود، الأمر الذي يطرح على القاضي المغربي مشكلة من قبيل الثغرات المتضمنة في هذا القانون ولعل في طرح مثل هذا المشكل ما يشفع لنا بفرض التساؤل التالي : مدى فعالية القاضي المغربي في عقد الإذعان ؟

على أن مدى هذه الفعالية لا يمكن أن نتلمسها إلا من خلال تفسير عقود الإذعان ( مطلب ثان )، لتتجاوزها إلى تعديل هذه العقود ( مطلب ثالث ). غير أن هذه الفعالية تبقى محدودة إن لم نلامس حكم هذه العقود على ضوء الفقه الإسلامي ( مطلب أول ).

**المطلب الأول : حكم عقد الإذعان في الفقه الإسلامي.**

في النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكون الفقه الإسلامي لم يقتصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار وتضرب على أيدي المحتكرين وترفع الضرر عن الناس .

وقد كره الفقه الإسلامي في - مختلف مذاهبه – الاحتكار بوجه عام، ثم تعقبه في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقت ذاك في بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي. فنورد النصوص والأحكام في هذه المسائل الثلاث :

**أولا : الاحتكار**

[1] : كان لهذه العوامل المختلفة تأثير كبير عندما أطاح مذهب التفسير في نهاية القرن الماضي (19) ، بطلان مجموعات القوانين الفرنسية بتأثير النتائج الاقتصادية والاجتماعية للثورة الصناعية. إن حداثة القضايا ونذرة النصوص وعدم كفايتها، حملت رجال القانون على إعادة النظر في مناهجهم التي ظلت ردحا طويلا من الزمن مبنية بأمان واطمئنان على التحليل الحرفي للقوانين.

- هنري بانيغول : فلسفة القانون، ترجمة د. سموحي فوق العادة، منشورات عويدات، بيروت، 1979 ، ص : 10.

[2] : د. أحمد أدريوش : الاجتهاد القضائي الغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية، ع4، 1997، ص : 27و28 .

[3] : نصت المادة 4 من القانون المدني الفرنسي على أنه : " إذا امتنع القاضي عن الحكم بدعوى سكوت أو غموض أو نقص في التشريع يمكن أن توجه إليه تهمة ارتكاب جريمة إنكار العدالة".

كما جاء في الفصل 240 من القانون الجنائي المغربي ما يلي : " كل قاض أو موظف عمومي له اختصاصات قضائية امتنع عن الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه وصمم على الامتناع ...يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة ... وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات".

يقوا الأستاذ السنهوري : " جاء في الفتاوى الهندية ( جزء 3 ص : 213-214 ) في مذهب الحنفية : " الاحتكار مكروه، وذلك كأن يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس، كذا في الحاوي، وإن اشترى في ذلك المصر وحبسه، ولا يضر بأهل المصر، لا بأس به، كذا في التتارخانية ناقلا عن التجنيس. وإذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاما إلى المصر وحبسه، وذلك يضر بأهله، فهو مكروه، هذا قول محمد رحمه تعالى وهو إحدى الراويتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار، هكذا في الغياثية، وإن اشترى طعاما في مصر وجلبه إلى مصر آخر واحتكر فيه فإنه لا يكره، هكذا في المحيط، وكذلك لو زرع أرضه وادخر طعامه فليس بمحتكر، كذا في الحاوي، ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجاته إذا اشتدت حاجة الناس إليه"[1] .

من هنا يتضح أن حكم الاحتكار في الفقه الإسلامي يرقى على درجة المكروه، وهو ما يأثم الناس على فعله ولا يعاقب على تركه. وكذا فإن الاحتكار معياره الإضرار بالناس، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف لا ضرر ولا ضرار، فمتى احتكر شخص طعاما أو سلعة وكان ذلك الاحتكار يضر بأهل البلدة التي يقطنها كان ذلك مكروها.

أما إذا كان الاحتكار لسد حاجته أو حاجة أهله دون زيادة فلا يعد محتكرا، أما التربص باحتكار السلعة إلى حين غلائها فمكروه ويمنع على بائعها أن يستغل ظرف الحاجة ويبيعها بتسعيرة لا يتغابن الناس في مثلها، فإنه ينهى عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثة[2].

أما المالكية فيمنعون الاحتكار ، جاء في المدونة الكبرى ( جزء 10 ص : 123 ) :

" قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق... قال مالك يمنع من يحتكره... قال فإن كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك : فلا بأس بذلك" [3].

وعند الشافعية الاحتكار حرام، وقيل مكروه، والاحتكار عندهم في الطعام دون غيره. ويكون إذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن، أما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك، لأنه في معنى الجالب.

جاء في" المهذب " ( جزء أول ص : 292) : " ويحرم الاحتكار في الأقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه. ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون. وروى معمر العروي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحتكر إلا خاطئ قول على أنه حرام "[4] .

---

[1] : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت 1954 ، ص : 78.

[2] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 176.

[3] : السنهوري : المرجع السابق، ص : 79.

[4] : السنهوري : المرجع السابق، ص : 81 ( الهامش( 1 ).

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره ويميزون بين الجالب والمحتكر، ويقيدون الاحتكار المحرم بثلاثة شروط [1]:

1- أن يكون المحتكر قد اشترى الطعام ليحتكره.

2- أن يكون ما اشتراه قوتا للإنسان.

3- أن يضيق على الناس بشرائه.

**ثانيا : بيع متلقي السلع.**

أو الجلب أو الركبان، وهذا البيع صورة من صور الاحتكار، قال فيه صاحب البدائع ( الجزء 5 ص : 232 ) «ومنها ( أي مما يكره من البيوعات ) بيع متلقي السلع واختلف في تفسيره. قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميزة عظيمة، فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميزة، ويدخل المصر فيبيع ما يشاء من الثمن. وهذا الشراء مكروه، لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق " سواء تضرر به أهل البلد بأن كان أهله في جذب وقحط. فإن كان لا يضرهم فلا بأس – وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون سعر البلد، وهذا أيضا مكروه، سواء تضرر به أهل البلد أم لا، لأنه غرهم، والشراء جائز في الصورتين جميعا، لأن البيع مشروع في ذاته، والنهي في غيره، وهو الإضرار بالعامة على التفسير الأول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني [2].

فبيع متلقي السلع هو صورة من صور الاحتكار المبنية على الإضرار بالمصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، ومن هنا نستنتج أن الفقه الإسلامي يهدف إلى التكافل والتضامن الاجتماعي ويمقت الاستغلال لعدم العلم بالسعر الحقيقي أو التحرية. ومن ثمة فهو يهدف إلى الموازنة ما بين مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد.

**ثالثا : بيع الحاضر للبادي.**

يشكل هذا البيع صورة من صور الاحتكار. وقد اختلف في تصويره، فقال صاحب البدائع ( ج 5 ص 232 ) : " ومنها ( أي مما يكره من البيوعات ) بيع الحاضر للبادي، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال، لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض ".

ومعنى هذا الحديث أن الرزق يجب أن يوزع فيستفاد منه أهل الحضر وأهل البوادي فلا يضر أهل الحضر من جراء هذا الاحتكار، لذلك فإن كانوا في سعة وخصب فلا باس لانعدام الضرر.

كما أن الفقه الإسلامي يمنع المضاربات في الأسعار، كأن يتقدم سمسار ويقول لصاحب السلعة لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها.

---

[1] : السنهوري : المرجع السابق، ص : 81.

[2] : نقلا عن السنهوري، المرجع السابق، ص : 83.

وقد روي عن الرسول صل الله عليه وسلم أنه قال " يسروا ولا تعسروا" وفي المضاربة تعسير على الناس.

ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادي ينطوي على ضرب من الاحتكار، إذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق. فيمسك السمسار السلعة ولا يعرضها في السوق جملة واحدة، بل يحسبها عن الناس وهم في حاجة إليها. فيقل العرض ويشتد الطلب، وعلى وجه لا يخلو من الاصطناع والتهؤ لاستغلال حاجة الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من ثمن. وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحا مكروها، أو باطلا لا أثر له على خلاف ما تقدم بيانه"[1]

**المطلب الثاني : سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان**

يقصد بتفسير العقود ( **Interprétation des contrats** ) أو بتأويلها حسب التعبير الذي اعتمده المشرع المغربي للتعرف على مراد العاقدين المشترك ومقصدهم من خلال العبارة التي استعملوها في التعبير عن الإرادة [2] .و / أو ذلك التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين، فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة لعاقديه.

وكل العقود تعقد بقصد المتعاقدين وقواعد العدالة فيجب أن تنفذ بحسن نية[3] وإذا كانت ألفاظ العقد واضحة الدلالة وجب الأخذ بها ولا يجوز للقاضي حملها على خلاف معناها الظاهر بحجة تفسيرها، لأن الخروج عن المعنى الظاهر في هذه الحال هو انحراف عن إرادة المتعاقدين المشتركة وطعن في المبدأ القائل بأن ا لعقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما أكده الفصل 461 من القانون المغربي للالتزامات والعقود بقوله : " إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها".

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين " دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل" ( الفصل 2/462 من القانون المذكور ). وإن كان هناك شك في تبيين هذه الإرادة فسر هذا الشك لمصلحة الطرف الملتزم ( الفصل 473 من نفس القانون).

**الفقرة الأولى : تفسير الشك.**

وعليه، وقبل أن نتعرض لتفسير الشك في عقود الإذعان ( ثانيا ) نرى في البداية أن نعمل هذه القاعدة على ضوء المبادئ العامة ( أولا ).

**أولا : تفسير الشك على ضوء المبادئ العامة.**

نص المشرع المغربي في الفصل 473 من قانون الالتزامات والعقود على أنه : " عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم".ومؤدى هذه القاعدة أن يفسر الشك في مصلحة المدين، فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد فسر هذا الشك في مصلحته وأخذ بالتفسير الضيق في تحديد هذا المدى.

---

[1] : نقلا عن السنهوري، المرجع السابق، ص : 87.

[2] : مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص : 236.

[3] : ينص الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن : " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته ".

ولعل في اعتماد هذه القاعدة المبررات الآتية[1] :

- إذا كنا نأخذ بالتفسير الضيق في تحديد مدى التزام المدين، فذلك لأن الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء شاذ لا يتوسع فيه. هذا بالإضافة إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق.
- ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل، فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير.
- كما أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك، فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا لا يحول الشك فيه.

ولتطبيق القاعدة نطاق محدد، إذ يجب أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين،بمجرد شك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولا ترجيح لوجه على وجه، وأن يكون هذا الشك مما يتعذر جلاؤه. فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين.

على أن لهذه القاعدة استثناء مفاده أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن مدينا كان أو دائنا. إذن ما هو مضمون هذا الاستثناء، ومدى الأخذ به بالنسبة للمشرع المغربي؟

**ثانيا : تفسير الشك في عقود الإذعان.**

فيما يهم تفسير عقد الإذعان فإنه لا يمكن أن يعامل مثل العقود الأخرى، ولذلك لغياب الإرادة المشتركة في هذا العقد، أو على الأقل لأن القبول في هذا الأخير هو " أقرب إلى التسليم منه إلى معنى المشيئة" لغياب المساواة الاقتصادية بين الطرف المذعن والطرف القوي. لذلك تقضي المحاكم بأنه يجب تفسير عقد الإذعان ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين، بل على حسب الغرض الذي سعى إليه المتعاقدان، وبذلك تتوصل في أغلب الأحيان إلى تفسير عقد الإذعان في مصلحة الطرف المذعن[2] .

وعليه، وخروجا على المبدأ العام الذي يقضي بأن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مدينا، وإعمالا للاستثناء الوارد على هذا المبدأ، قرر المشرع المصري في المادة 2/151 مدني على أنه : " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".

---

[1] : السنهوري، المرجع السابق، ص : 614.

[2] : لعشب محفوظ بن حامد : المرجع السابق، ص : 145.

وينهض بحكم هذا الاستثناء أن الطرف القوي في عقد الإذعان ينفرد بتحرير العقد، كما أن لديه[1] من الوسائل ما يستطيع بها أن يورد عبارات غاية في الوضوح، فإذا شابها غموض كان ذلك راجعا إليه وعليه تقع تبعته[2] .

وفي فرنسا رغم انتفاء مثل هذه النصوص الآمرة يتجه الفقه والاجتهاد في حالة قيام نزاع حول شرط من شروط العقد الإذعاني إلى تجريد هذا الشرط من آثاره وعدم إلزام الطرف المذعن به إذا تبين أن الشرط المذكور لا ينسجم وشروط العقد الأساسية ودس في خضم هذه الشروط لربط المذعن به دون أن يكون قد تمكن من الوقوف عليه والقبول بمضمونه[3] .

أما فيما يهم المشرع المغربي وعلى ضوء أحكام الفصل 473 من قانون الالتزامات والعقود، فإن القاضي المغربي بإمكانه الاستناد إلى هذا الفصل للقول بتفسير الشك لمصلحة الطرف الملتزم- المدين-. وعليه وإذا ما كان الطرف المذعن في عقد الإذعان مدينا، فإن القاعدة المقررة في النص المذكور أولى بالتطبيق وفاء للأصل الذي يقضي بأن الشك يفسر لفائدة المدين. لكن السؤال الذي يفرض نفسه وبمنطق المخالفة، ما العمل إذا كان الطرف المذعن دائنا ؟.

ذهب معظم الفقه المغربي إلى أن تفسير الشك لمصلحة المذعن ولو كان دائنا لا يمكن الأخذ به في المغرب، لأن ذلك يخالف المبدأ الوارد عليه النص في الفصل 473 من قانون الالتزامات والعقود، وأن الخروج على هذا المبدأ يحتاج إلى نص صريح[4] .

إلا أنه وباستحضار المعطيات الاقتصادية والاجتماعية وأثرها على العقود، فإنه لا يمكن مجاراة الفقه فيما ذهب إليه بخصوص اقتصار إعمال المبدأ الوارد عليه النص في الفصل المذكور في عقود الإذعان لفائدة الطرف المذعن المدين وفقط، على اعتبار أن مثل هذا الفهم للفصل 473 مدني مغربي لن يكون إلا فهما متونيا قائما على حرفية النص دون الأخذ وبالمقابل فهم النص على ضوء أصوله وبالأساس المادة 1162 مدني فرنسي التي تنص على أنه في حالة الشك في الاتفاق يفسر ضد من صدر الشرط عنه لفائدة المتعاقد الملتزم، وذلك سواء كان دائنا أو مدنيا حسب المفهوم التقليدي للمادة.

وإعمالا لمقتضيات الفصل 473 من القانون المغربي للالتزامات والعقود وعلى ضوء أصوله ( المادة 1162 مدني فرنسي ) فإن حقيقة النص لا تستبعد الدائن من قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الملتزم، ذلك أن الالتزام قد يشترك فيه المدين والدائن، وبالتالي فإن الشك يفسر إما لمصلحة المدين وإما لمصلحة الدائن مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مركز القوة أو الضعف بالنسبة للمتعاقدين.

هذا بالنسبة للشك، لكن ما العمل إذا ما تضمن العقد عبارات غامضة ؟

---

[1] : تنص المادة 1288 من التقنين الإسباني والمادة 915 من القانون النمساوي على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه.

[2] : فرج الصدة : المرجع السابق، ص : 259.

[3] : مأمون الكزبري : المرجع السابق، ص : 44.

[4] : انظر :- مأمون الكزبري، م .س، ص : 44.

**الفقرة الثانية : تفسير الغموض**

بإعمال مقتضيات المادة 1062 من التقنين المدني الفرنسي، يتضح أن المشرع الفرنسي، على وعي كامل بأن حماية طرفي العقد من خلال تفسير النصوص لا تتوقف على صفة الدائنية أو المديونية أو على وصف العقد بأنه من عقود المساومة أو من عقود الإذعان، بل يبين من النص المذكور أن المشرع الفرنسي يدرك أن الحماية يجب أن تتم من خلال تفسير بنود العقد لصالح الطرف الأقل خبرة وكفاءة، وذلك بغض النظر عن تكييف العقد أو وضع المتعاقد من حيث الحقوق والالتزامات.

على أن المشرع الفرنسي لم ينشئ من ذلك الفهم مبدأ عاما وترك المشكلة التي يثيرها تفسير العقد لصالح الطرف القوي عندما يكون هو المدين بموجب الشرط الغامض لعناية القضاء.

وفي محاولة لبسط الحماية على الطرف الأقل كفاءة وخبرة قام القضاء الفرنسي من خلال سلطته في التفسير ببسط الحكم الذي وردت به المادة 1062 على عقود الإيجار متعللا بوحدة العلة والأصل التاريخي.

وبالرغم من جرأة القضاء الفرنسي وتغليبه لمبادئ العدالة على مبدأ عدم جواز التوسع في تفسير الاستثناءات التشريعية، فإنه لم يذهب على مد نطاق تطبيق المادة 1062 إلى أبعد من ذلك[1] .

ولقد ترتب على غياب المعالجة التشريعية لمشكلات عقود الإذعان بنصوص خاصة نشوب الخلاف بين الفقهاء في فرنسا في شأن تفسير عبارات العقد الغامضة.

فبينما يذهب فريق إلى التمسك بالنظرية التقليدية والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فإن فريقا آخر يضع في الاعتبار الطبيعة الخاصة لعقود الإذعان وما تؤدي إليه من اختلال التوازن العقدي وتهديد استقرار اقتصاديات التعاقد ولقد أدى ذلك بالفريق الأخير إلى القول باللجوء إلى التفسير الواسع الذي يستهدف تحقيق العدالة ومراعاة حسن النية بهدف تحقيق الحماية والوقاية للطرف المذعن في مواجهة الشروط الغامضة غالبا ما تخفي الإجحاف والتعسف[2] .

وبمقابل هذا الجدل الفقهي بشأن تفسير العبارات الغامضة وأمام اقتضاب النصوص التشريعية نجد أن القضاء الفرنسي قد طرح على نفسه التساؤل التالي :

- هل يمكن أن نرى في المادة 1162 مدني فرنسي وسيلة يقتصر استخدامها على البحث عن إرادة المتعاقدين، أم أنه من الممكن أن يمتد استخدامها إلى تحقيق العدالة والتوازن بين الالتزامات العقدية من خلال مراجعة غير مباشرة لمضمون العقد ؟

من حيث المبدأ واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة فإن القاضي حتى وإن تأكد له عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة يجب عليه أن يحترم إرادة المتعاقدين ويمتنع عما يغير ما تم التعاقد والاتفاق عليه.

ومع ذلك، فقد ذهب الأستاذ حامد زكي إلى أن نصوص المادة 1156 وما بعدها ليست متعلقة بتفسير العقد، وإنما بتفسير إرادة أطراف العقد. وهكذا، فإن عمل القاضي هو تفيسر الإرادة الحقيقية للأطراف وليست البحث عن العدالة بموجب سلطته في التفسير[3] .

---

[1] : حسن عبد الباسط: جمعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية 90- 1991، القاهرة، ص : 129.

[2] : حسن عبد الباسط: جمعي : م. س، ص : 252.

[3] : حامد زكي : مجلة القانون والاقتصاد، ص 2، ص : 95 ( أشار إليه جمعي، م.س، ص : 130).

إن المناقشة النظرية لسلطة القاضي في التفسير ومدى هذه السلطة لا يمكن القضاة من الناحية العملية من التوسع في التفسير ولو كان ذلك بالمخالفة للحدود التي تسمح بها نصوص القانون.

وإن كان القاضي لن يستطيع التدخل إلا في حالة وجود شروط غير واضحة أو غامضة في العقد محل التفسير، فإننا نعتقد أن الطرف الذي فرضت عليه شروط التعاقد يستطيع دائما أن يدعي بأن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة لا تتضح من العقد، وأن على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن تلك الإرادة ويفسر نصوص العقد لمصلحته، باعتبار أن قبول الشخص بالالتزامات التعاقدية ليس إلا قبولا ظاهريا، وأن سلطة القاضي في التفسير هي التي سوف تسمح بإظهار الإرادة الحقيقية.

وإذا كانت المادة 1162 مدني فرنسي تعطي للقضاء كل هذه السلطة في التفسير، فإن القضاء قد استغل هذه السلطة وبسطها على جميع العقود، من ذلك ما قضت به محكمة " كولمار" بسلطة قضاتها في تبني المادة 1162 في تفسير جميع العقود التي تنبني على الإذعان أيّا ما كانت درجته أو صورته[1] .

كما ذهبت محاكم الاستيناف الفرنسية إلى قبول أحكام محاكم الموضوع التي أعطت لنفسها سلطة استكمال نصوص لعقد تحت ستار التفسير ( المكمل )[2].

وهكذا فقد أدى التفسير المكمل لإرادة الأطراف إلى إنشاء التزامات جديدة، كالالتزام بضمان السلامة أو الالتزام بالنصيحة أو بالإعلام لم يرد بها النص في العقود المعروضة على القضاء.

من هنا يمكن القول أن القضاء يتمتع بسلطة كبيرة في تفسير العقود بما يسمح له بتوفير حماية واسعة المدى للطرف المذعن، فالقضاء لم يكتف بتطبيق نصوص القانون وإنما بنى على توجهاته قواعد قضائية خولت له صلاحية مراعاة ظروف التعاقد عند تفسير شروط العقد. وفي هذا المعنى أيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهبت إليه محكمة استيناف " أونجير" من تكييف طبيعة العقد من خلال ظروف التعاقد التي وجد عليها المتعاقدان أثناء العقد[3] .

ومن أهم الظروف الموضوعية التي يلجأ إليها القاضي في تفسير العقد وصولا إلى النية المشتركة للمتعاقدين مجموعة الوقائع المادية المرتبطة بالتعاقد، سواء كانت سابقة أم لاحقة للعقد محل التفسير. كما تدخل ضمن هذه الظروف الموضوعية وضعية كل متعاقد التي تخول للقاضي حين التنفيذ فرصة لتقييد التزامات الطرف الأقل كفاءة وخبرة بما اتجهت إليه نيته حين التعاقد، وبالتالي استبعاد أو الحد من نطاق الشروط المجحفة بالقدر الذي لم يكن في إمكان الطرف الأقل كفاءة وخبرة في الالتزام به.

**المطلب الثالث : سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان**

من حيث المبدأ تنحصر وظيفة القاضي تقليديا عند حد تفسير العقد دون تعديله أو تحريفه، و إلا تعرض حكمه للنقض. جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 10 يوليوز 1962، أنه : " إذا كان بإمكان قاضي الموضوع تفسير العقود التي حررها الأطراف، فإنه لا يستطيع تحت ستار التفسير تحريف بنودها الواضحة والصريحة..."[4]

---

[1] : جمعي : م.س، ص : 133. 227. 1 ، 1963 Golmar 23 Janvier 1963, G.p

[2] : حسن عبد الباسط جمعي : م.س، ص : 254.

[3] : Jean Carbonnier : Droit civil, T . 4. Presse Universitaire France, 1965 p 222.

[4] : منشور بالمجلة المغربية للقانون، RMD، 1964، ص : 249.

ويلاحظ " كاربونييه " أنه بالمقارنة بين نظرية تفسير العقد ونظرية تعديله، نستنتج أن تفسير العقد يرمي على تأكيد مبدأ سلطان الإرادة واحترامه، بينما تعديل العقد هو بعكس ذلك إخلال بالعقد والإرادة[1] .

ومع ذلك، درجت معظم الأنظمة القانونية العربية المعاصرة على إعطاء القاضي حصانة قانونية بتمكينه صراحة في موادها بأن يتدخل لتعديل الشروط التي يراها مجحفة في عقد الإذعان أو بإعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفق مقتضيات العدالة والإنصاف. من ذلك نجد المادة 149 مدني مصري، التي تنص على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2] .

وبالمقابل وأمام صراحة هذه المادة، نجد أن المشرع الفرنسي والمشرع المغربي لم يضمن للقاضي حصانته القانونية في تعديل الشروط المجحفة بنصوص صريحة تخول له هذه السلطة، وإنما بقي دوره في ظل هذين التشريعين محدودا.

من هنا نخلص إلى طرح التساؤل التالي : ما هي مدى فعالية سلطة القاضي في تعديل الشروط المجحفة في عقد الإذعان، ( فقرة ثانية) أمام مبدأ احترام القاضي لقانون المتعاقدين ؟ ( فقرة أولى ).

**الفقرة الأولى : مبدأ احترام القاضي لشريعة المتعاقدين.**

الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يحق له تعديله وإلا استهدف حكمه الطعن بالنقض، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد القائم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة. وقد ساند هذا المبدأ المذهب الفردي الذي يرد كل شيء إلى الإرادة، فهي مصطلحة في كل العلاقات القانونية، فلا تعاقد إلا بعد توافق إرادتين. فالإرادة إذن على ضوء النظرية الكلاسيكية هي العنصر الرئيسي للعقد وجوهره وأساس قوته الإلزامية، وأن الطبيعة الإرادية للعقد هي الضمانة الرئيسية لعدالة الإلزامات التعاقدية على أساس أن أيا من الأشخاص العقلاء لن يرضى بالتزام يضره[3] .

–وينبثق من هذا المبدأ فكرة حرية المتعاقد دون أي دخل لأي عنصر خارجي، ولكنه نتيجة العوامل التي سبق أن أشرنا إليها، وقعت تقلبات حتى في فكرة الملكية والإرادة الظاهرة، إذ أن الملكية أصبحت لها وظيفة اجتماعية، وعقود التأمين والعمل وعقود الإذعان بصفة عامة تدخلت فيها اعتبارات اقتصادية تفرض الالتزام بعنصر معين هو احترام الخطة في دولة اشتراكية. وهناك اعتبار اجتماعي يصدق على البلدان الاشتراكية والبلدان الرأسمالية على السواء، فعدم احترام المبدأ يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. كما يضاف إلى هذين الاعتبارين اعتبار خلقي لا يزال قائما، وهو التزام المحافظة على الكلمة – التعهد[4]

وغني عن البيان أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تترتب عليه نتيجة إيجابية ونتائج سلبية : فالأولى تتمثل في أن للمتعاقدين معا إلغاء أو تعديل العقد.

---

[1] : Jean Carbonnier : Droit civil E D , :

[2] : وتقابل هذه المادة 140 مدني جزائري، المادة 2/167 مدني عراقي، المادة 2/161 مدني كويتي.

[3] : أستاذنا د. الحسين بلحساني، م.س، ص : 256.

[4] : لعشب محفوظ بن حامد، م.س، ص : 151.

أما فيما يهم النتائج السلبية، فيمكن حصرها في أنه :

- لا يجوز لاحد المتعاقدين الانفراد بتعديل العقد أو إلغائه.
- لا يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد.
- لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد.

إلا أنه بالنظر إلى النتيجة الأخيرة فإنها ترد عليها استثناءات فرضتها إكراهات التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي أعطت الضوء الأخضر للمشرع وبالتالي للقاضي التدخل في توجيه العملية التعاقدية.

من هنا نلامس موقف أستاذنا " الحسين بلحساني " حول مفهوم العقد على ضوء هذه المستجدات الاقتصادية والاجتماعية. " لقد انتهى التطور إلى اعتبار العقد وليد تظافر عنصر شخصي هو الإرادة وعنصر موضوعي هو القانون. وليس تزايد أهمية العنصر الموضوعي على حساب الشخصي سوى نتيجة حتمية لتزايد التوجيه الاقتصادي بعد فشل الاقتصاد الحر في تحقيق التوازن المنشود في العلاقات الاجتماعية.

إذ لم يكن هناك بدا – والحالة هذه – من أن تتدخل إرادة واعية لإقرار هذا التوازن، وصاحب ذلك ظهور عقود الإذعان الذي أثار مسالة المساواة القانونية، ولا مساواة واقع الأطراف المتعاقدين في المجتمع الاستهلاكي.

إنه القانون الحديث لم يعد يستسيغ إطلاق الحرية للأفراد بدون ضوابط، فبالإضافة إلى النظام العام والآداب التي لا تملك العقود أن تتجاوزها، فإن التشريعات قد زادت إليها قيودا أخرى تستهدف تفادي التعسفات التي لم يعد الرأي العام والضغوط الاجتماعية تتقبلها"[1] .

وعلى ضوء هذه الاعتبارات تمتد سلطة القاضي إلى تعديل العقد، متجاوزا بذلك مهمته الكلاسيكية المقتصرة على التفسير، إذا ما تبين له أن عقد الإذعان يشتمل على شروط مجحفة أن يعدلها إلى الحد الذي يزيل إجحاف وتعسف هذه الشروط، بل له الحق في إعفاء الطرف المذعن منها وفق ما تتطلبه مبادئ العدالة والإنصاف.

**الفقرة الثانية : سلطة القاضي في مواجهة الشروط المجحفة في عقود الإذعان.**

باستحضار البعد الاقتصادي والاجتماعي في الظاهرة القانونية المنظمة للمجتمع الاستهلاكي، أصبح العقد يحتمل عناصر خارجية فرضتها ضرورة خلق توازنات على مستوى العلاقات التعاقدية المميزة لطبيعة هذا المجتمع.

والقاضي بدوره كعنصر خارجي لا يتحمله العقد على ضوء المدرسة التقليدية[2] أصبح الآن وبموجب التحولات الاقتصادية والاجتماعية يستمد الشرعية للتدخل بإعادة التوازن بين التزامات الطرفين بناء على نص قانوني أو وفق مقتضيات العدالة والإنصاف.

ومن بين التشريعات التي خولت القاضي حصانته القانونية للتدخل بتعديل العقد، نجد المشرع المصري في المادة 149 مدني والمشرع الجزائري ( المادة 110 مدني ).

---

[1] : أستاذنا د. الحسين بلحساني، م.س، ص : 270.

[2] : أي دوره التعديلي دون التفسيري، إذ التفيسرينطبق وهذا المفهوم التقليدي للعقد.

ومثل هذه النصوص الصريحة التي تتيح للقاضي التدخل المباشر بتعديل الشروط المجحفة، تشكل في نظر بعض الفقه[1] خطرا خص به المشرع عقود الإذعان، وخول بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية، بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر، في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها.

في حين ذهب البعض الآخر[2] إلى اعتبارها أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفي مسألة واقع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام، ولو جازت لتعطلت الحماية التي قصد إليها المشرع من ذلك الحكم.

أما فيما يهم القانون المغربي للالتزامات والعقود، فإن هذا الحكم لا يسري عليه، حيث لم يرد فيه نص يقرره.

أمام اقتضاب قانون الالتزامات والعقود، فما هي سلطة القاضي المغربي في تعديل الشروط المجحفة المضمنة في عقود الإذعان ؟

ذهب الأستاذ أحمد حسن البرعي إلى أنه بالرغم من عدم النص صراحة في القانون المغربي على سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فإن ذلك لا يمنع القاضي المغربي، كما هو الحال في فرنسا، من الاستناد إلى قواعد العدالة إذا قام نزاع حول شرط من شروط عقد الإذعان لتحرير هذا الشرط من أثاره وعدم إلزام الطرف المذعن به إذا تبين أن الشرط المذكور لا ينسجم وشروط العقد الأساسية، وأنه قد دس في خضم هذه الشروط لربط الطرف المذعن به دون أن يكون قد تمكن من الوقوف عليه والقبول بمضمونه[3] .

وعليه، وفي غياب أسس قانونية يستنبط منها القاضي مبررات تدخله لتعديل الشروط المجحفة، نجد أن القضاء المغربي قد أخذ بمقتضيات النظام العام ومبادئ العدالة والإنصاف في هذا التدخل على مستوى عقود الإذعان.

ونلمس ذلك جليا في المادة الاجتماعية، إذ غالبا ما تأتي عقود العمل متضمنة شروطا مجحفة في حق الأجير. فالواقع العملي يكشف لنا أن المؤاجر يتدخل أحيانا حتى خارج إطار تنفيذ العقد نفسه، فيفرض على الأجير شروطا تخرج عن أداء العمل بمعناه الضيق لتتعداه إلى حياة الأجير الشخصية، التي بداهة تخرج عن مهنته، وذلك كحقه في أن يتزوج وان يكون له أولاد.

وهكذا فقد استقر المبدأ في القضاء الفرنسي على الفصل بين الحياة المهنية والحياة العائلية، وكل تسريح كان سببه عائليا يعد تعسفيا، من ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية من أنه يعد تعسفيا

[1] : عبد الفتاح عبد الباقي، م، س، ص : 100.

[2] : عبد المنعم فرج الصدة، م، س، ص : 86.

[3] : أحمد حسن البرعي : نظرية الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام،1-العقد، دار الثقافة، الدار البيضاء، طبعة 1980 ، ص : 37.

تسريح صاحب العمل لابنه بسبب رفضه التخلي عن زوجته، لأن حقوق الأبوة لا يمكن أن تكون لها انعكاسات على الميدان المهني[1] .

إلا أن أهم المشاكل التي طرحت بحدة أمام القضاء الفرنسي، والتي لها اتصال مباشر بصميم الحياة العائلية للعامل تلك المتعلقة بما يسمى" شرط العزوبة"" CLAUSE DE CELEBAT" فالمؤاجر يفضل ولأسباب اقتصادية التعاقد مع أجيرة عازبة، نظرا لكون وضعية المرأة العاملة المتزوجة تؤثر على تنفيذ عقد الشغل بمجرد ما تصبح حبلى أو مريضة، وهذا ما يدفع المؤاجر إلى إدخال شرط العزوبة في عقد العمل كشرط للاستخدام وأيضا كشرط بقاء في العمل[2] .

والواقع أن إدراج مثل هذا الشرط في عقد الشغل كالتزام على الأجير الوفاء به، ليشكل مساسا بالحقوق الشخصية لهذا الأخير، ومناف للفطرة البشرية كحقيقة أساسية كرمها الباري عز وجل وأراد لها أن تحيا حياة شريفة ساكنة دونما كبت غريزي أو نفسي، وهو ما يستفاد من قوله سبحانه وتعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" صدق الله العظيم.

لكل هذه الاعتبارات، فإن تدخل القاضي لتجريد هذا الشرط المجحف من كل آثاره السلبية يكون منطقيا ومصادفا للصواب في غياب مرتكزات قانونية تخول له هذه السلطة.

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار مؤيد لما ذهبت إليه محاكم الموضوع جاء فيه :" إن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقض يعتبر باطلا، ويبقى العقد صحيحا، ورتبت على ذلك آثار الفسخ التعسفي لعقد العمل الصادر بإرادة منفردة من جانب الطاعنة، فكان بذلك قرارها معللا تعليلا كافيا وصحيحا"[3] .

## خاتـــمة :

على ضوء المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة يصبح من غير الممكن - بحسب الأصل، تدخل أي عنصر خارجي لتعديل مضمون العقد. ذلك أن تحديد هذا المضمون رهين بإرادة المتعاقدين. كما أن العقد لا يمكن أن يكون عادلا، حيث إن تقدير هذه العدالة يرجع لإرادة المتعاقدين ولا يمكن تقييمه بمنظور موضوعي أو عن طريق أي شخص من غير أطراف العلاقة العقدية.

وبالنظر إلى التحولات الاقتصادية والاجتماعية، فإن هذا المبدأ لم يستطع أن يضمن مناعته أمام هذه التحولات، لتتقلب الصورة من علاقات عقدية متساوية- بطريقة أو بأخرى- إلى علاقات تعرف اختلالات عقدية نتيجة عدم تساوي طرفي العقد من الناحية الاقتصادية الأمر الذي أدى بالمشرع في كثير من الأنظمة القانونية إلى التدخل بناء على الضعف التعاقدي الذي يعانيه الفرد – أعني الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي قصد إقامة التوازن العقدي.

---

[1] : عبد الحفيظ بلخيضر : الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحداثة بيروت، طبعة، 1986، ص : 227.

[2] : عز سعيد : العمل القضائي المغربي في مجال نزاعات الشغل الفردية، مطبعة النجاح، البيضاء، طبعة ،1994،ص:96.

[3] : قرار المجلس الأعلى بتاريخ 21 مارس 1983، ع 132، المنشور بمجلة القضاء والقانون، ص : 136 وما بعدها.

إلا أنه سرعان ما كشف هذا التدخل التشريعي عن النقص في تعامله مع الظاهرة العقدية بالنظر إلى شروط الظرفية التي أصبحت عليها هذه الظاهرة. الشيء الذي أدى إلى خلق الحيرة والارتباك بالنسبة للقضاء بين الانضباط لما هو مكرس على مستوى التشريع وبين مواكبة ومسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

ولعل الموقف الذي أخذ به القضاء المغربي في كل ما يتعلق بمؤسسة الشرط الجزائري ونظرية الظروف الطارئة لخير دليل على مدى فعالية القاضي في سد النقص والثغرات التي تعتري المدونات القانونية والقول بمبادئ العدالة والإنصاف. كما بين لنا هذا القضاء عن فعاليته في مواجهة الشروط المجحفة المضمنة في أي عقد يكون طرفاه غير متساوين من الناحية الاقتصادية.

وبذلك يكون القضاء قد تجاوز مهمته التقليدية المتجلية أساسا في التفسير. ليكرس دوره الإيجابي الفعال المتمثل في التعديل.

وعليه، يبقى التساؤل مطروحا أمام القضاء المغربي حول مدى مسايرته للمستجدات الاقتصادية والاجتماعية، خصوصا وأن الاعتماد على القضاء في الوقت الحالي مع انتشار فكرة العولمة أصبحت متجاوزة في كثير من البلدان التي أصبحت تشريعاتها تنص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء، على أساس أن أطراف العلاقة العقدية قد يجدون في التحكيم ما يحقق العدالة- بمفهومها النسبي-، وما يحقق السرعة في البت في أكبر عدد من القضايا في ظرف وجيز، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، لأن العقد سيجد أساسه في هاته المنظومة الجديدة- حتى ولو كانت تقليدية-[1] ؟

[1] : قال سبحانه وتعالى :" وابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" صدق الله العظيم.