التحكيم في عقود الإذعان

(دراسة مقارنة)

الدكتور

محمد ربيع أنور فتح الباب

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

مقدمـة

أولًا: مدخل إلى موضوع البحث:

ساد خلال القرن الثامن عشر مبدأ سلطان الإرادة فى جميع التعاملات التى كانت تتم بين الأفراد نتيجة انتشار روح الحرية الفردية، تلك الحرية التى كانت تقضى بأن الإنسان حر فى جميع تصرفاته وأنه ما كان ليلتزم إلا لأنه أراد أن يلتزم بحريته واختياره، وأن إرادته الحرة الطليقة هى التى جعلته يتجه ويتحرك نحو الالتزام، فالإرادة الحرة إذن هى التى تهيمن وتسيطر على جميع مصادر الالتزام بالنسبة إلى الفرد، وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد، وتكون بالنسبة لكل فرد بمثابة المرجع الأعلى له فيما يترتب على التزاماته من آثارٍ[1].

ليس هذا فحسب؛ بل أن الإرادة الحرة لكل إنسان تولد له حقوقًا أيضًا بجانب التزاماته، فالملكية مثلا مبنية على حرية الإرادة.

فالعقد إذن لا يعدو أن يكون سوى تعبيرًا عن إرادة الأفراد، بيد أنه – أى العقد – لابد أن يكون مطابقًا ومحققًا لمصالحهم، فالعقد هو قانون المتعاقدين، وهو شريعتهم.

هذا؛ ويتمخض عن مبدأ سلطان الإرادة فى مجال إبرام العقود مبدأ آخر وثيق الصلة به؛ ألا وهو " مبدأ الرضائية "، فالإرادة الحرة لكل فرد توجهه وتدفعه للارتضاء بإبرام العقد بما يمنحه له هذا الأخير من حقوقٍ ويحمله بالتزامات، فالرضائية إذن هى نتيجة منطقية وطبيعية لسلطان الإرادة أو الإرادة الحرة.

ويترتب على هذا المبدأ؛ أن كل ما ارتضاه الملتزم دينًا فى ذمته يكون صحيحًا وينتج أثره، لأن التزامه إنما بُنى على إرادته. كذلك؛ فإن العقد وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين لا يجوز تعديله إلا بتوفر هاتين الإرادتين، فلا يستقل أحدٌ من المتعاقدين

---

[1] حول مبد أ سلطان الإرادة؛ راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٢٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ٣٩ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٨ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٣١ وما بعدها.، د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٧ وما بعدها، د. محمد المرسي زهرة، المصادر الإرادية للالتزام، د. محمد إبراهيم بنداري، مصادر الالتزام في مصر وعمان (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

بتعديله..... "[1] .

وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة؛ فإنه من الطبيعى أن تسبق العلاقات التعاقدية بين الأفراد مرحلة المفاوضات أو المساومات أو المناقشات، والتى تتيح لكل فرد أن يعرف ما له من حقوقٍ وما عليه من التزاماتٍ فى العقد المزمع إبرامه.

فالإرادة الحرة لكل إنسان ما كان لها أن تتجه نحو إبرام أى عقد إلا إذا علمت – بل وتأكدت – من جميع جوانب العقد وآثاره السلبية قبل الإيجابية، ثم تدفع صاحبها نحو التناقش والتفاوض على بنوده وصولًا فى النهاية إلى إبرامه[2].

فالعقد بمفهومه الفنى والقانونى ينبني على مبدأ حرية التعاقد الذى يتيح لكل فرد حرية رفض أو قبول التعاقد بحسب نظرته لبنود العقد وما يحمله له هذا العقد من مصالح.

ومع قيام الثورة الصناعية فى إنجلترا فى القرن التاسع عشر وانتقالها بعد ذلك إلى دول غرب أوروبا ومنها إلى دول العالم؛ ظهر فى الأفق نظامٌ اقتصادي جديد، كما تغيرت ملامح النظام الاجتماعى، فتغيرت الجذور وتبدلت الأفكار.

فمن الناحية الاقتصادية؛ أدخلت الثورة الصناعية تطورات اقتصادية وتكنولوجية هائلة، لعل من أهم ملامحها ظهور النظام الاقتصادى الرأسمالى، والذى يرتكز على حرية العمل والمبادلات[3]، فبرز دور المؤسسات الصناعية الكبرى فى تنمية الاقتصاد، بل واحتكار بعض أوجه النشاط الاقتصادى، كما قامت الصناعات الكبيرة، وتأسست الشركات الضخمة.

وازداد الأمر تطورًا عندما ظهرت وسائل الاتصال الحديثة بشتى أنواعها، وانتشرت التجارة عبر الإنترنت – التجارة الالكترونية –.

ومن الناحية الاجتماعية؛ فقد أسهمت الثورة الصناعية فى القضاء على

([1]) د. عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص ١٨١ وما بعدها.

(٢) قرب ذلك؛ انظر: د. حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية (بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٧.

([3]) راجع: د. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٠، ص ١٥.

المجتمع القديم، وأقامت بدلًا منه مجتمعًا جديدًا تميز ببروز طبقتين، **الأولى:** طبقة أصحاب العمل، أو كما يطلق عليها " **الطبقة البرجوازية** "، تلك الطبقة التى كانت تتكون من أصحاب المؤسسات الصناعية الكبرى، والتى تركزت فى يدها رءوس الأموال وعناصر الإنتاج وأدواته، وسُميت أيضًا بالطبقة القوية اقتصاديًا.

أما **الطبقة الثانية؛** فهى طبقة العمال، أو كما يُطلق عليها " **طبقة البروليتاريا**"، وهى الطبقة التى تكونت من سكان المدن والنازحين من الأرياف بحثًا عن فرص العمل التى وفرتها لهم المصانع، فكانت تلك الطبقة تعانى من الإجحاف والفقر ولا تملك سوى العمل وحده.

كل هذه العوامل أدت إلى سيطرة طبقة البرجوازية أو طبقة مالكي رءوس الأموال على مقدرات الحياة الاقتصادية فى المجتمع، فأصبحوا بمثابة الطرف القوى اقتصاديًا الذى يفرض شروطه على الطبقة الضعيفة اقتصاديًا والتى لا تقوى أن تدافع عن مصالحها فى مواجهة المتعاملين معها الأقوياء اقتصاديًا، وليس أمامها، بسبب حاجتها وضعفها الاقتصادى، إلا أن تذعن وترضخ لإبرام العقد مهما كان مجحفًا فى مضمونه أو شروطه، وأيًا ما كان وجه الظلم الذى يسفر عنه[١].

الأمر الذي ترتب عليه – بالتبعية – تقهقر واضح لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذى كان يُعتمد عليه قبل ذلك فى جميع العلاقات التعاقدية بين الأفراد، وكان بمثابة المنبع الأصيل لها.

فأصبحت إرادة الطرف الضعيف اقتصاديًا إرادة غير حرة حرية كاملة تُفرض عليها شروطًا محررة سلفًا من قبل الطرف القوى اقتصاديًا، مما أدى فى النهاية إلى إيجاد اختلال فى التوازن الاقتصادى بين الأطراف نتيجة وجود طرف قوى اقتصاديًا يمتلك رءوس الأموال وآخر ضعيف اقتصاديًا يفتقر لتلك الرءوس.

ومن هنا؛ فقد ظهر على الساحة نوعٌ جديدٌ من العقود لا يتم التعاقد فيه بمقتضى حرية الاختيار المطلقة، وإنما يفرض فيه الطرف القوى شروطه على الطرف الآخر الضعيف، والذى لا يكون أمامه سبيلًا سوى أن يرفضها كلية أو يقبلها كلية، وذلك كله من دون مناقشة أو مساومة.

---

[١] د. حمدى عبد الرحمن أحمد، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٥٥.

الأمر الذى تنبهت لخطورته معظم قوانين دول العالم، فنظمت أحكام الإذعان وعالجت آثاره السلبية[1] حماية للطرف الضعيف المذعن.

كما اجتهد الفقه فى البحث عن مفهوم واضح ومحدد لعقود الإذعان، وتحليل الطبيعة القانونية لها من حيث مدى تمتعها بالصفة العقدية من عدمه.

ومن جانب آخر؛ ونتيجة ظهور التحكيم وانتشار العمل به والاتفاق عليه نظرًا لسهولة وسرعة إجراءاته؛ فقد تلجأ العديد من الأطراف التي تتمتع بقوة اقتصادية في العقد إلى وضع بند بالأخير – شرط تحكيم – ينص على اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ من العقد الإذعاني.

ثانيًا: أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية البحث في انتشار عقود الإذعان في الوقت الحالي بصورة هائلة، نظرًا لوجود كيانات تجارية تقوم بفرض شروطها التعاقدية على القابلين للتعاقد معها، الأمر الذي يؤدي إلى إصابة الأخيرين – الأطراف الضعيفة في تلك العقود – بنقص في رضائهم أو قبولهم، إضافة إلى انتشار الإتفاق على التحكيم في الوقت الحالي، نظرًا لسهولة وسرعة إجراءاته.

ثالثًا: إشكاليات البحث:

تكمن أساسًا إشكاليات البحث في محاولة إيجاد حلول قانونية للتعارض الحاصل بين عقود الإذعان، باعتبارها عقودًا تقوم على فرض الشروط التعاقدية من قبل الأطراف القوية اقتصاديًا في العقد، ما يؤدي إلى رضوخ الأطراف الأخرى الضعيفة لتلك الشروط في سبيل التعاقد معها، وبين اعتبار التحكيم أساسًا طريقًا استثنائيًا في اللجوء إليه وإعماله.

أضف إلى ذلك؛ أن الفقه المصري قد أجمع على مفهومٍ معين لعقود الإذعان يقوم على الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة معينة، في حين أن المشرع المصري قد منع الاحتكار بمقتضي القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥، الصادر في شأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

---

[1] كالقانون المدنى المصرى، والذى أفرد تنظيمًا خاصًا لعقود الإذعان تمثل فى المواد: (١٠٠)، (١٤٩)، (٢/١٥١) منه.

رابعًا: منهجية البحث:

سوف أحاول من خلال هذه الدراسة اتباع المنهج التحليلي، وذلك من طريق تحليل آراء الفقه الصادرة في شأن مفهوم عقود الإذعان وإجراء ملاءمة قانونية لتلك الآراء على قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، إضافة إلى تحليل طبيعة تلك العقود والوقوف على مدى إمكانية تضمنها شروط للتحكيم، ومن ثم سلطات هيئة التحكيم إزائها، من حيث: تفسير بنودها الغامضة، وتعديل الشروط التعسفية الواردة بها أو إعفاء الطرف المذعن – الضعيف – منها.

كذلك؛ فقد اتبعت المنهج المقارن، وذلك من خلال إجراء مقارنة بين الفقه الإسلامي وبين القانون الوضعي – المصري – في شأن مفهوم عقود الإذعان وطبيعتها القانونية.

خامسًا: خطة البحث:

تأسيسًا على ما سبق عرضه؛ رأيت تقسيم البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: في التحكيم وعقود الإذعان.

المبحث الثاني: سلطات هيئة التحكيم إزاء عقد الإذعان.

المبحث الأول

في التحكيم وعقود الإذعان

تمهيد وتقسيم:

لما كان موضوع البحث يتحدث عن " **التحكيم في عقود الإذعان** "؛ فإنه كان لزامًا بيان ماهية التحكيم، من حيث مفهومه، وشروطه، وكذلك بيان ماهية عقود الإذعان، من حيث: مفهومها، وخصائصها، والطبيعة القانونية لها، وأخيرًا: تمييزها من غيرها من الصور المشابهة.

وترتيبًا على ما سبق؛ نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

المطلب الثاني: ماهية عقود الإذعان.

المطلب الأول

ماهية التحكيم

يعتبر التحكيم طريقًا استثنائيًا من الأصل العام الذي يقضي باللجوء إلى القاضي الطبيعي، لذا فقد ضمَّنه المشرع بعدة ضمانات تجعله يسير في نطاق هذا الاستثناء، ينص عليها في قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

وعلى ذلك؛ سوف نتناول في هذا المطلب: ماهية التحكيم، من حيث تعريفه، وبيان صوره، وأخيرًا شروط صحته، وذلك من طريق تقسيمه إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

الفرع الثاني: صور التحكيم.

الفرع الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

تعريف التحكيم

نتناول في هذا الفرع: تعريف التحكيم، وذلك من حيث: التعريف اللُغوي له، ثم تعريفه في الفقه الإسلامي، ثم في الفقه المصري والفرنسي، ثم في القضاء، وأخيرًا؛ في التشريعات الوطنية.

الغصن الأول

التعريف اللُغوي للتحكيم

التحكيم في اللغة مصدر من الفعل حكَّم، أى قضى، والحُكم: القضاء. ويقال: حكَّم بينهم يحكُم حُكمًا وحُكم له وحُكم عليه، وأحكم فاستحكم، وحكمه في ماله تحكيمًا أى صار محكمًا إذا جعل إليه الحكم فيه، فاحتكم على ذلك[٤].

الغصن الثاني

تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي

يُعرف التحكيم في الفقه الإسلامي بأنه:" تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما

---

(٤) مختار الصحاح، ج ١، ص ٦٢، القاموس المحيط، مادة (حكم).

".[٥]

وعرفته المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية بأنه:" اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما "[٦].

الغصن الثالث

تعريف التحكيم في الفقه المصري والفرنسي

أولًا: في الفقه المصري:

عرف فريقٌ أول من الفقه المصري التحكيم بأنه: " الاتفاق على طرح النزاع على شخصٍ معين أو أشخاصٍ معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "[٧].

كما عرفه فريقٌ ثان بأنه: " نظامٌ قانوني يتم بواسطته الفصل، بحكمٍ ملزم، فى نزاعٍ قانونيٍ بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع "[٨].

وعرفه فريقٌ ثالث بأنه: " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل فى المنازعة التى ثارت بينهم بالفعل، أو التى يُحتمل أن تثور مستقبلًا من طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين"[٩].

ثانيًا: في الفقه الفرنسي:

---

(٥) البحر الرائق في شرح كنوز الدقائق، ج٧، ص ٢٤.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، ج١، ص ٣٦٥.

(٧) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، ص١٥؛ د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٢.

(٨) د. فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ١٣؛ د. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠، ص ١٥.

(٩) د. محمود مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥

اختلفت – كذلك – التعاريف الفقهية التي قيلت للتحكيم في الفقه الفرنسي، ففريقٌ أول منه يعرفه بأنه: " طريقة خاصة للتقاضي، ذات أساس اتفاقي، يختار الأطراف من خلالها المحكّمين من أجل مطالبتهم بالفصل في النزاع الواقع بينهم"(١٠).

وعرف فريقٌ ثان من الفقه الفرنسي اتفاق التحكيم بأنه: " ذلك الاتفاق الذي يكون له أثران، الأول: إيجابي، يتمثل في السماح لأشخاص – غير قضاة – بالفصل في النزاعات التي تقع في نطاق تطبيق اتفاق التحكيم، والثاني: سلبي، يتمثل في منع محاكم الدولة من الفصل في تلك المنازعات"(١١).

وعرفه فريقٌ ثالث من الفقه الفرنسي بأنه: " طريقة بديلة لحل المنازعات تتشابه بدرجةٍ كبيرة مع الدعوى القضائية التقليدية، ويكون للحكم الصادر عنها قوة ملزمة للأطراف المتنازعين "(١٢).

وعرفه فريقٌ رابع بأنه: " الاتفاق الذي من خلاله يلتزم الأطراف في العديد من العقود بإخضاع النزاعات التي يمكن أن تنشأ بخصوص تنفيذ العقد للتحكيم"(١٣).

الغصن الرابع

التعريف القضائي للتحكيم

عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يُعيَّن باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم فى النزاع بقرارٍ يكون نائيًا عن شبهة الممالاة، مجردًا

---

(١٠) EBERT (C.): La resolution extrajudiciaire des ligites en ligne, these, Universite AIX – MARSIEELE, 2014, P. 12.

(١١)DAVID (R): L'arbitrage dans le commerce international, Econornica, 1982, n 232.

(١٢) BOUTROS (M.): Le droit du commerce electronique : (une approche de la protection du cyber consommateur), these, Universite de Grenoble, 2014, p. 242.

(١٣) MONSEMBERNARD (M.): Contentieux des marches publics, repertoire de contentieux administratif, 2016, p. 141.

من التحامل، وقاطعًا لدابر الخصومة من جوانبها التى أحالها الطرفان إليها بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلًا من خلال ضمانات التقاضى الرئيسة "[١٤].

وكان أيضًا لمحكمة النقض المصرية دورٌ مهمٌ فى تعريف التحكيم، حيث عرفته بأنه: "طريقٌ استثنائى لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصورٌ حتمًا على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم "[١٥].

الغصن الخامس

التعريف التشريعي للتحكيم

عرف قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المادة ١/١٠ منه اتفاق التحكيم بأنه:" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية ".

بينما عرف المشرع الفرنسي اتفاق التحكيم في المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات بأنه:" اتفاقٌ يلتزم الأطراف بموجب عقد أو مجموعة من العقود بتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم من طريق التحكيم ....."[١٦].

وبناءً على ما سبق؛ يتضح لنا أن التحكيم هو طريقٌ اتفاقى استثنائى بديل عن القضاء، يتفق فيه الأطراف على الالتجاء إليه لحسم كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بينهم، أو تلك التي قد نشأت بينهم بالفعل.

([١٤]) حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٣٨٠ لسنة ٣ق، بتاريخ ٢٠٠٣/٥/١١، الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية.

([١٥]) نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٣/٢٥، الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٧٣ القضائية، نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٢/١٣، الطعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

([١٦]) " La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ".

فاتفاق التحكيم إذن هو بديلٌ استثنائى للقضاء يحرم الفرد من حقٍ دستورى مكفول له، ألا وهو حق الالتجاء إلى القاضي الطبيعى، لذا اشترط فيه قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ شروطًا معينة لصحة وجوده نعرض لها لاحقًا.

الفرع الثانى

صور اتفاق التحكيم

يرد اتفاق التحكيم فى صورتين أساسيتين، هما: شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، أضيفت إليهما بمقتضى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ صورة ثالثة، وهى: صورة "التحكيم بالإحالة"، والتى تنص عليها المادة (٣/١٠) منه.

وسوف نقتصر فى هذا المطلب على بيان صورة شرط التحكيم، وصورة مشارطة التحكيم، وذلك من طريق تقسيمه إلى غصنين.

الغصن الأول

شرط التحكيم

شرط التحكيم هو اتفاقٌ يبرم بين أطراف علاقة عقدية معينة على تسوية ما قد ينشأ عنها من نزاعٍ فى المستقبل بواسطة التحكيم. فشرط التحكيم إذن يواجه نزاعًا محتملًا لم ينشأ بعد وقد لا ينشأ، أو بمعنى آخر؛ أن شرط التحكيم يتفق عليه الأطراف قبل حدوث النزاع[١].

وعادة ما يرد شرط التحكيم فى صلب العقد ذاته – مصدر العلاقة القانونية –، على أنه لا يوجد ما يمنع من وروده فى اتفاقٍ لاحق ومستقل عن العقد الأصلى ذاته[٢]، ولكن قبل نشوء أى نزاع.

وتنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع، سواء قام مستقلًا بذاته أو ورد فى عقدٍ معين بشأن

---

[١] د. محمد طلعت الغنيمى، شرط التحكيم فى عقود البترول، مقال منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، السنة العاشرة، ١٩٦١، ص ٥٣.

[٢] د. عبد الحميد المنشاوى، التحكيم الدولى والداخلى فى المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٨.

كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين".

على أن شرط التحكيم يمكن أن يكون عامًا، بحيث يشمل جميع المنازعات التى قد تنشأ من تنفيذ العقد أو تفسيره، ويمكن أن يكون خاصًا، بحيث يقتصر على بعض المنازعات التى قد تنشأ من تنفيذ العقد أو تفسيره(١٧).

الغصن الثاني

مشارطة التحكيم

مشارطة التحكيم هى اتفاقٌ لاحق على نشوء نزاع بين أطراف العلاقة القانونية يتفقان فيه على التحكيم، وتتضمن الموضوعات التى تُطرح على التحكيم بشكلٍ دقيق وتفصيلى.

فمشارطة التحكيم إذن تواجه نزاعًا حالًا قائمًا موجودًا، بعكس شرط التحكيم الذى يواجه نزاع محتملًا قد يقع وقد لا يقع، لذلك يُكتفى بالنسبة إلى شرط التحكيم بتحديد موضوع النزاع بشكلٍ عام(١٨).

وجدير بالذكر أن هذه التفرقة بين كل من صورتىْ اتفاق التحكيم هى تفرقة لا قيمة لها، ذلك أن معظم التشريعات الوضعية تضع شرط التحكيم على قدم المساواة مع مشارطة التحكيم من حيث القوة الملزمة لطرفيه، بخلاف بعض التشريعات الأخرى، كالقانون الفرنسى، الذى كان ينظر إلى شرط التحكيم على أنه مجرد مرحلة تمهيدية لإبرام مشارطة التحكيم(١٩)، أى مجرد وعد بإبرام المشارطة، بحيث إذا ما وقع النزاع فيما بعد؛ فلا ينشأ على الأطراف إلا التزامٌ بإبرام مشارطة التحكيم، ولا يترتب على النكول

---

(١٧) د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٦.

(١٨) د. عز الدين الدناصورى، حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات متضمنًا تعديلات القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، الجزء الثانى، الطبعة الثامنة، ١٩٩٤، ص ١٠٥٢.

(١٩) M. de Boisséson, Le droit Fracais de l'arbitrage interne et international, 1990, P. 75, no. 77.

عن هذا الالتزام إلا مجرد التعويض[٢٠].

وتجدر الإشارة أخيرًا إلى أنه من الممكن أن تُبرم مشارطة التحكيم دون أن يسبقها شرط التحكيم. كما أن بطلان مشارطة التحكيم لعدم تحديد المسائل التى يشملها التحكيم لا يؤثر على شرط التحكيم، بالإضافة إلى أن مشارطة التحكيم قد يكون محلها منازعات نشأت من علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية.

الفرع الثالث

شروط صحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم سواء أكان فى صورة شرط أو مشارطة هو عقدٌ من عقود القانون الخاص يقوم على مبدأ الإرادة وتسرى عليه القواعد العامة فى العقود.

وقد أوجب المشرع لوجوده وصحته عدة شروط. ولتوضيح ذلك؛ نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة غصون.

الغصن الأول

توفر الرضا فى اتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم باعتباره عقدًا؛ فإنه يتطلب لانعقاده توفر ركن التراضي، والذى يتمثل فى توافق إرادتين أو أكثر على إبرام العقد[١].

وعلى ذلك؛ فإنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم – شرطًا كان أم مشارطة – تطابق إرادتىْ الطرفين على إيجاد التحكيم فى منازعات العقد سبيلًا بديلًا للقضاء. فالتحكيم كأى عقد آخر قوامه الإرادة.

فلابد إذن أن تتوفر لدى طرفىْ العلاقة القانونية إرادة إبرام اتفاق التحكيم، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، وأن يعى كل طرف حقيقة ونتائج ما تتجه إليه إرادته فى إيجاد التحكيم وأن تصرفه هذا سيؤدى إلى التنازل عن حقه المكفول له دستوريًا المتمثل فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.

---

(٢٠) د. أبو العلا على أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٥٢ وما بعدها.

(١) د. محمد لبيب شنب، الوجيز فى مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ص ٦٦.

ويستتبع من ذلك، وبناءً على اعتبار اتفاق التحكيم من التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر؛ فإنه يشترط بلوغ طرفيه سن الرشد. وبمفهوم المخالفة؛ فإنه متى كان أحد طرفى اتفاق التحكيم عديم الأهلية، لعدم بلوغه سن التمييز أو لإصابته بعارض الجنون أو العته؛ فإن اتفاق التحكيم يكون باطلًا – بطلانًا مطلقًا –. أما إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم ناقص الأهلية، لقصر أو لعارض السفه أو الغفلة؛ فإنه يكون قابلًا للإبطال لمصلحته(٢١).

على أن التراضى وحده لا يكفى لإبرام اتفاق التحكيم، بل يجب – فوق ذلك – أن يكون صحيحًا خاليًا من عيوب الإرادة المعروفة، وهى: الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال(٢٢).

ليس هذا فحسب؛ بل يجب – إضافة إلى ما سبق – وجود الدليل القاطع على صحة الرضا فى اتفاق التحكيم، ذلك لكون التحكيم طريقًا استثنائيًا للفصل فى المنازعات، ويمثل خروجًا من الأصل العام فى التقاضي(٢٣).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى فى أكثر من حكمٍ لها، وانتهت فى أحكامها إلى "عدم دستورية إجبار أحد الطرفين على التحكيم"(٢٤).

الغصن الثاني

كتابة اتفاق التحكيم

---

(٢١) راجع في حكم تصرفات غير المميز والصبي المميز كلا من: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق في القانون المدني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٤، ص ١٩٥ وما بعدها، د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٧١ وما بعدها، د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، من دون تاريخ نشر، ص ١٣٤ وما بعدها، مؤلفنا بعنوان:" المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق – "، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٨٤ وما بعدها.

(٢٢) Guyon (Y): L'arbitratge, Economica, Paris, 1995, P. 26.

(٢٣) د. محمود السيد عمر التحيوى، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٢٨.

(٢٤) مشار إليه فى: د. محمد عبد القادر عبد الله، التحكيم فى إطار قضاء المحكمة الدستورية العليا، بحث مقدم فى الدورة المتعمقة الرابعة لإعداد المحكم، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مايو ٢٠٠١.

تنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، وإلا كان باطلًا "[٢٥].

يتضح من النص السابق؛ أن المشرع المصري قد اشترط تحرير اتفاق التحكيم في صورة مكتوبة، وذلك أيًا ما كان نوعه، سواء أكان تحكيمًا مدنيًا أم تجاريًا، وسواء أكان وطنيًا أم دوليًا يخضع للقانون المصري، وأيًا ما كانت صورته، سواء أكان شرطًا أم مشارطة، وذلك حرصًا منه على اعلام طرفيْ التحكيم على وجه اليقين بوجود التحكيم وبتنازل كل منهما ضمنيًا عن الالتجاء إلى القاضي الطبيعي في شأن أية منازعة تتعلق تنفيذ العقد أو تفسيره.

غير أن المشرع المصري لم يتطلب نوعًا معينًا من كتابة اتفاق التحكيم، فساوى بين كتابته في ورقةٍ رسمية أو عرفية.

وتجدر الاشارة أخيرًا إلى أن شرط كتابة اتفاق التحكيم – شرطًا كان أم مشارطة – هو شرطٌ لازم لصحة اتفاق التحكيم وليس لإثباته.

الغصن الثالث

محل اتفاق التحكيم

يقصد بمحل التحكيم؛ موضوع المنازعة أو المنازعات التى اتفق الطرفان على تسويتها من طريق التحكيم. ويشترط في محل التحكيم أن يكون الحق المتنازع فيه صالحًا للتحكيم.

وعلى ذلك؛ يجب أن يكون محل التحكيم مشروعًا، بمعنى أن يرد على مسائل تقبل الفصل فيها من طريق التحكيم، فهناك من الموضوعات التى لا يجوز أن تكون محلًا للتحكيم، وهى:

([٢٥]) تنص المادة (١٤٤٣) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه:" يلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا .....".

" La clause compromissoire doit, à peine de nullité....."

(أ) المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية[٢٦]، مثل النفقة وحق الولد فى نسبه الشرعى وحق الخلع للزوجة، فتلك المسائل إن وُرد فيها اتفاق التحكيم؛ فإن مصيره يكون البطلان المطلق.

(ب) مسائل الجنسية:

لا يجوز الاتفاق على التحكيم فى مسائل اكتساب الجنسية أو إسقاطها، وذلك لاعتبارها مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة.

(ج) المسائل الجنائية:

لا يجوز – كذلك – الاتفاق على التحكيم فى مسائل التجريم والعقاب، سواء تعلق الأمر بالجنايات أم بالجنح أم بالمخالفات.

(د) المسائل المالية المتعلقة بالنظام العام[٢]، مثل دعوى صحة ونفاذ عقد بيع العقار، فهذه الدعوى يجب شهرها وإلا كانت غير مقبولة، ومن ثم؛ فإن حسمها من طريق التحكيم يقصد به التحايل على ما أوجبه المشرع من شهرٍ لهذه الدعوى، وعلى ذلك؛ يقع فيها اتفاق التحكيم باطلًا بطلانًا مطلقًا لتعلق المسألة بالنظام العام.

المطلب الثاني

ماهية عقد الإذعان[١]

([٢٦]) د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، مرجع سابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٤٧ وما بعدها.

[١] يرجع الفضل للفقيه الفرنسى "سالى" الذى كان أول من استعمل عبارة "عقود الانضمام"، ذلك أن من قبل العقد ينضم اليه دون أن يناقشه.

Saleilles (R.) : De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans la code civil allemand, Pichon, 1901, No. 89, P. 229.

كما آثر أستاذنا الدكتور السنهورى أن يطلق على تلك العقود مصطلح "عقود الإذعان" لما شعر به في هذا التعبير من معنى الاضطرار فى القبول، إذ يفيد أن قبول أحد الطرفين لا يأتى عن مشيئة كاملة، وإنما نتيجة للرضوخ والإذعان. انظر: د. عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

لما كان عقد الإذعان من العقود الدارجة في الحياة العملية، إضافة إلى كونه من العقود التي أولاها المشرع المصري عناية خاصة ورعاية قضائية بالنسبة إلى الطرف المذعن؛ فإنه يلزم تحديد ماهيتها من حيث: تعريفها وبيان خصائصها وطبيعتها القانونية، وأخيرًا تمييزها من الصور الأخرى المشابهة لها.

ولتوضيح ذلك؛ نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

الفرع الرابع: تمييز الإذعان من غيره من الصور المشابهة.

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان

الغصن الأول

التعريف اللُغوي للإذعان

الإذعان في اللغة هو الذلة والانقياد والإسراع مع الطاعة والخضوع. ويقال: أذعن للحق، أى أقر به، وأذعن الرجل، أى انقاد[٢٧].

الغصن الثاني

تعريف الإذعان في الفقه الإسلامي

عرف مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي عقد الإذعان بأنه:" مصطلحٌ قانوني غربي حديث لاتفاقات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

١- تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام.

٢- احتكار – أى سيطرة – الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارًا قانونيًا

([٢٧]) لسان العرب لابن منظور، مادة " ذعن "، أساس البلاغة للزمخشري، ج١، ص ٢٩٨.

أو فعليًا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣- انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر حقٌ في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

٤- صدور الإيجاب موجهًا إلى الجمهور، موحدًا في تفاصيله وشروطه، وعلى نحوٍ مستمر"[٢٨].

الغصن الثالث

التعريف القانوني لعقد الإذعان

لم يرد فى القانون المدنى المصرى والفرنسى تعريف محدد لعقد الإذعان. حيث تنص المادة (١٠٠) من القانون المدنى المصرى على أن: " القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروطٍ مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها"[٢٩].

ومن هذا النص؛ يتضح أن القانون المدنى المصرى لم يضع تعريفًا محددًا أو صريحًا لعقد الإذعان، بل اقتصر الأمر على بيان أن القبول فيه يقتصر على مجرد التسليم بشروطٍ مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

فالموجب فى الإذعان يستقل بوضع شروط بإرادته الحرة فى العقد، وما على الطرف الآخر إلا أن يذعن لها ويرضخ لشروطه ويقبلها كلية أو يرفضها كلية، وذلك كله من دون أن يسبق القبول الإذعاني أو الرفض مفاوضات أو مساومات.

الأمر الذى أفسح مجالًا خصبًا لاجتهاد الفقه والقضاء فى مصر، واللذان نظرا إلى مفهوم "عقود الإذعان" نظرة ضيقة متأثرين بفكرة ضعيفة لعقود الإذعان نادى بها

---

(٢٨) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة في الفترة من ٨-١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١-١٦ يناير عام ٢٠٠٣.

(٢٩) تنص المادة (٢/١١١٠) من القانون المدني الفرنسي على أن:" عقد الإذعان هو العقد الذي يتضمن شروطًا عامة لا تقبل المفاوضة، وتكون محددة مسبقا من قبل أحد الطرفين".

" Le contrat d'adhésion est celui don't les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'un des parties ".

الفقه الفرنسى قديمًا[٣٠]، فوسعا من شروط عقود الإذعان وذلك بإضافة شرطين آخرين؛ **الأول:** ضرورة تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، **والثانى:** احتكار هذه السلع احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو أن تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[٣١].

أما بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسى؛ فقد عرف عقد الإذعان في المادة (١١١٠-٢) منه بأنه:" العقد الذي يتم تحديد شروطه العامة، بعيدًا عن التفاوض، بشكلٍ مسبق من قبل أحد الأطراف "[٣٢].

أما بالنسبة إلى الفقه[٣٣] والقضاء[٣٤] الفرنسى؛ قد اعتنقا مذهبًا واسعًا فى تحديد مفهوم عقود الإذعان، فلم يتطلبا لتوفر صفة الإذعان فى العقود سوى عدم مناقشة الطرف الضعيف لشروط التعاقد التى استقل بتحديدها الطرف القوى اقتصاديًا، وبأن العاقد المذعن لا يملك إلا أن يقبلها جملة واحدة أو يرفضها كلها.

---

(٣٠) د. حسام الدين كامل الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥، ص ١٢٤ وما بعدها.

(٣١) د. عبد المنعم فرج الصدة، رسالة دكتوراه بعنوان "عقود الإذعان فى التشريع المصرى "، جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦، ص ٤٦ وما بعدها.

(٣٢) عُدلت تلك المادة بموجب المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، الصادر في ١٠ فبراير عام ٢٠١٦. ونص المادة بالفرنسية هو:

" Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont détérminées à l'avance par l'un des parties ".

(٣٣) Marty; (G.) et Raynaud (P.): Les obligations. Le Sources. T.1. No 129 Sirey, 1988, P. 127, REVET (TH.): Les critéres du contrat d'adhésion, Recueil Dalloz, 2016, p. 1771, Chénedé (F.): Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, La semaine juridique, édition générale, N° 27, 4 juillet 2016., p. 1334.

(٣٤) Cass.civ., 1re 5 juillet 2017, N° 16-20748, bull.civ., 2017., cass. Civ., 2ème, 8 décembre 2016., N° 14-29729., bull.civ., 2016., cass.sociale., 20 avril 2017., N° 15-28304., bull.civ., 2017.

الغصن الرابع

وجهة نظر الباحث

جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أن: "من حق عقود الإذعان، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر، أن يُفرد لها مكانًا فى تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية، وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت فى رأى بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد. على أن المشرع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته، بل اجتزأ بذكر هذه العقود، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربًا من ضروب القبول، فثمة قبولٌ حقيقى تتوفر فيه حقيقة التعاقد. ومع ذلك؛ فلا ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه المشيئة، ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن تلك التى تسرى على عقود التراضي....."[٣٥].

لذا؛ فإننا نرى – وبحق – أن أمر وضع تعريف محدد لعقود الإذعان هو جدٌ صعب، ذلك أن عقود الإذعان – فى حقيقتها – هى ظاهرةٌ اقتصادية نشأت وترعرعت فى المجتمع بعد قيام الثورة الصناعية، ونتيجة التطورات الاقتصادية والتى تختلف من وقت إلى آخر.

هذا؛ وإن سلمنا بضرورة وضع تعريف يُفترض فيه التحديد لمفهوم "عقود الإذعان"؛ فيجب – وبأقل القليل – ألا يكون هذا التعريف مصابًا بالضيق أو يعتريه التحديد المُقيد، وذلك من طريق عدم الإكثار من شروطه ومستلزمات وجوده، بل يجب أن يكون تعريفًا فضفاضًا ومتشحًا بعباءة التوسع والمرونة يناسب ويتماشى مع كافة التطورات الاقتصادية المحتمل وجودها مستقبلًا.

فمفهوم عقود الإذعان، وإن كان قد نشأ فى الفكر القانونى المعاصر وجاء مصاحبًا للتطورات الاقتصادية والتى جاء معها هذا المفهوم، هى فى الحقيقة متغيرة ومستحدثة وغير ثابتة فى كل العصور والأزمنة.

وبناءً على ما سبق؛ فإنه يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذى يستقل فيه

([٣٥]) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، الجزء الثانى، ص ٦٨.

أحد الطرفين، ويسمى الموجب، بفرض شروط محررة سلفًا من قِبله لا يقبل فيها مناقشة من الطرف الآخر، ويسمى المذعن،".

الفرع الثاني

خصائص الإذعان

تنص المادة (١٠٠) من القانون المدنى المصرى على أن: "القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروطٍ مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها ".

ويتضح من النص السابق؛ أن المشرع قد اكتفى لوجود صفة الإذعان فى العقد مجرد التسليم بشروطٍ مقررة يستقل بوضعها الموجب ولا يقبل فيها مناقشة أو مساومة[٣٦].

الأمر الذى أفسح – بدوره – المجال لاجتهاد الفقه والقضاء فى تحديد مفهوم عقد الإذعان – بداءة –، ثم بيان الخصائص المميزة له.

فنجد أن الفقه والقضاء فى فرنسا قد آثرا وضع مفهوم موسع فضفاض لعقود الإذعان، فلم يتطلبا لتوفر صفة الإذعان فى العقود سوى عدم مناقشة الطرف الضعيف لشروط التعاقد التى استقل بصياغتها الطرف القوى اقتصاديًا، وبأن العاقد المذعن لا يملك إلا أن يقبل شروط التعاقد جملة واحدة أو أن يرفضها كلها[٢].

ومما سبق؛ يتضح لنا أن الفقه والقضاء فى فرنسا قد حررا مفهوم عقود الإذعان من التقييد، وذلك بعدم إيراد عدة شروط لوجودها، وإيراد شرط وحيد يتمثل فى الغلبة الاقتصادية لطرفٍ على حساب طرف آخر فى العقد ينتج منها فرض الأول لشروطٍ لا يقبل فيها مناقشة الطرف الآخر.

وعلى العكس من ذلك؛ نجد الفقه والقضاء فى مصر قد اعتنقا مفهومًا ضيقاً لما يعد إذعانًا من العقود، وذلك بفرض عدة شروط وعدم الاكتفاء بالشرط الوحيد الذى أورده الفقه والقضاء فى فرنسا.

---

(٣٦) د. عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص ٣٣.

(2) Marty (G.) et Raynaud (P.): Les obligations. Les sources, op. cit., P. 126., REVET (TH.), précité, p. 1771, Chénedé (F.), précité, p. 1336.

ومن دون الخوض فى تلك الآراء والإسهاب فيها؛ نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت فى حكمٍ لها بأنه "من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلعة أو مرفق يعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة "[٣٧].

ومما سبق؛ يتضح لنا أن القضاء المصرى قد اشترط ضرورة توفر أربعة شروط أو خصائص مجتمعة لاعتبار العقد إذعانًا، نوضحهم في أربعة غصون، ثم أبين رأيي في شأنها في غصنٍ خامس.

الغصن الأول

تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين[٣٨]

إن عقد الإذعان هو عقدٌ ينصب على سلعة أو خدمة أو مرفق يعتبر من لوازم الحياة الأولى والضرورية بالنسبة للمستهلك أو المنتفع، ومن ثم فإن الموجب ما كان ليفرض شروطه على الطرف الضعيف لولا أن هذا الأخير كان فى حاجةٍ ملحة لهذه السلعة أو ذلك المرفق، وأن هذه السلعة تتمتع بقيمةٍ اقتصادية كبيرة تصل إلى حد الضرورة واللزومية[٣٩].

([٣٧]) نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٢/٣/٢٧، الطعن رقم ١٩١١ لسنة ٨٠، س ٦٣، ص ٤٩٣، ق ٧٧، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، نقض مدني مصري صادر في ١٩٩٣/٢/٤، الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٨، س ٤٤، ع ١، ص ٤٨٢، ق ٨١، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

([٣٨]) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٥٣.

([٣٩]) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" السلع الضرورية في عقد الإذعان هى التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها". نقض

الأمر الذى جعل بعض الشراح[٤٠] يطلق على عقود الإذعان اصطلاح: " العقود الضرورية ". فتوصيل الكهرباء أو الغاز أو المياه يعتبر من السلع أو الخدمات الاقتصادية الضرورية واللازمة للمعيشة والتى لا يستطيع أى فرد، كائن ما كان، أن يتخلى عنها أو على الأقل لا يسعى جاهدًا فى سبيل التعاقد عليها قابلًا لأى شرط يُفرض عليه.

كما أن الحصول على العمل يعد من ضروريات الحياة الأولى، فمن منا اليوم لا يريد الحصول على فرصة عمل يتحصل منها على أجرٍ يأمن له حماية ويغنيه عن سؤال الغير، فيفرض صاحب العمل – باعتباره قوة اقتصادية تملك هذه السلع الضرورية – شروطه على من يريد العمل لديه كيفما يشاء، ولا سبيل أمام العامل فى هذه الحالة – باعتباره الطرف الضعيف وفى سبيل اضطراره لذلك – سوى أن يذعن ويرضخ لتلك الشروط أيًا ما كان وجه تعسفها أو إجحافها.

الخلاصة إذن؛ أن عقود الإذعان هى فى الأساس عقود ضرورة ترتبط بسلعة أو خدمة يصعب الاستغناء عنها فى الحياة العصرية بالنسبة لغالبية أفراد المجتمع– إن لم يكن كله – وذلك بالنظر إلى ظروف الطرف المذعن وظرفىْ الزمان والمكان[٤١].

وتجدر الاشارة أخيرًا إلى أن قاضى الموضوع يستقل بتحديد ما إذا كانت السلعة ضرورية بالنسبة للطرف المذعن من عدمه ودون رقابة محكمة النقض عليه باعتبارها مسألة واقع[٤٢].

الغصن الثاني

صدور الإيجاب عن الموجب بصورة عامة، موجهًا إلى الجمهور كافة بشروطٍ واحدة ولمدة غير محدودة

مدني مصري صادر في ٢٠١٢/٣/٢٧، الطعن رقم ١٩١١ لسنة ٨٠ ق، س ٦٣، ص ٤٩٣، ق ٧٧، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

(٤٠) مشار إليهما: د.عبد المنعم الصدة، ، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤١) د. حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠٤.

(٤٢) د. محمد على عمران، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، بدون ناشر، ١٩٨٤، ص ٦٧.

إن الموجب فى عقد الإذعان يوجه شروطه التعاقدية للناس كافة دون تمييز بينهم، أى يوجه إيجابه بصورةٍ غير شخصية، حيث تكون شخصية الطرف المذعن فى غير محل اعتبار من جانب الطرف الموجب، والذى لا يهمه أن يعرف شخصية من يتعاقد معه[٤٣].

فشركة الكهرباء مثلا تقدم سلعة توصيل الكهرباء لجمهور المستهلكين وفق شروط معينة تعرضها عليهم، وكل من يذعن أو يرضخ لتلك الشروط يحصل على تلك السلعة بذات الشروط التى ستطبق على أى شخص آخر قبل التعاقد.

فالإيجاب إذن فى عقود الإذعان هو إيجابٌ ليس بشخصي أو فردي يوجه لشخص أو أشخاص معينين أو محددين؛ بل هو إيجابٌ موجه لمجموع الجمهور من المستهلكين للسلعة أو الخدمة التى يتم التعاقد عليها.

كذلك؛ فإنه يشترط فى الإيجاب أن يتسم بطابع الدوام والاستمرارية[٤٤]، ذلك أنه يوجه إلى الناس كافة، أو بأقل القليل؛ إلى عددٍ غير محدود من الجمهور، وذلك لإتاحة الفرصة لمن وُجه إليهم الإيجاب فى معرفة هذا الإيجاب وما يحويه من شروطٍ، فكلما زاد عدد من وُجه إليهم الإيجاب؛ كلما تطلب ذلك عدم تحديد مدة هذا الإيجاب، أو بالقليل؛ توسيع مدته لإتاحة عنصر العلم والمعرفة بالإيجاب لدى الجمهور.

الغصن الثالث

صدور الإيجاب فى قالب نموذجى[٤٥] كوحدة واحدة

يشترط فى الإيجاب فى عقود الإذعان أن يصدر فى صورة نموذجية موحدة ومتصلة ببعضها يظهر فيها الإيجاب كوحدة واحدة فى العقد فى صورة شروط محددة سلفًا من قبل الموجب لا تقبل مناقشة أو مساومة، فإما أن يقبلها الطرف المذعن جملة واحدة وإنما أن يرفضها برمتها[٤٦].

([٤٣]) د. عبد الحى حجازى، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٢، ص ٤٦٦.

([٤٤]) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٥٦.

([٤٥]) د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص ٦٩.

([٤٦]) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٥٧.

وغالبًا ما يأتى الإيجاب فى عقود الإذعان بشروطٍ مطبوعة[٤٧] فى شكل نموذج موحد، حيث إنه – كما ذكرنا – يُوجه إلى الناس كافة، وذلك اختصارًا للوقت وتوفيرًا للجهد والبعد عن عناء كتابة كم هائل من النماذج التى توجه للجمهور بخط اليد.

فشركة الغاز – على سبيل المثال – إنما توجه إيجابها متضمنًا كافة شروط التعاقد فى قالب نموذجى لجميع الناس ولا تقبل فيها مناقشة أو مساومة.

فالإيجاب فى عقود الإذعان يتمتع بالجمودية والصلابة ويفتقر للمرونة والسلاسة فى مناقشة شروطه التعاقدية، ذلك أنه لا يقبل مناقشة أو مساومة فى تلك الشروط، فإما أن يؤخذ كله أو يترك كله، فالجمود إذن يعد سمة مميزة للإيجاب فى عقود الإذعان.

الغصن الرابع

الاحتكار القانونى أو الفعلى للسلعة أو المرفق، أو محدودية نطاق المنافسة بشأنها

يتمتع عقد الإذعان بوجود سيطرة اقتصادية للموجب تجعله يحتكر السلعة أو الخدمة التى يقدمها للجمهور سواء احتكار قانوني أم فعلي.

فالاحتكار القانونى هو الاحتكار الذى خوله القانون لبعض الهيئات أو المؤسسات العامة فى الدولة في شأن سلعة أو خدمة عامة تلتزم بتقديمها إلى الجمهور وفق شروط محددة سلفًا، فشركات الكهرباء مثلا تحتكر خدمة أو سلعة توصيل الكهرباء، وكذا هيئة البريد تحتكر خدمة البريد، وهيئة السكك الحديد تحتكر خدمة النقل بالقطارات.

أما الاحتكار الفعلى؛ فهو الاحتكار الذى تفرضه ظروف الحال الاقتصادى فى المجتمع، كما لو وُجد فى مدينةٍ معينة مشروع صناعى واحد، فالعامل الذى تخصص عمله فى هذا المشروع يكون مضطرًا للاشتغال فى هذا المشروع[١]، فهذه القوة الاقتصادية التى يتمتع بها الموجب والتى جعلته يحتكر هذه السلعة احتكارًا فعليًا، هى التى خولت له سلطة الاستقلال ووضع شروط العقد دون أن يخشى منافسة من الغير تحمله على مراجعة شروطه التعسفية[٤٨].

فعقود الإذعان إذن تفترض وجود قوة اقتصادية للطرف الموجب تؤدى إلى

([٤٧]) د. حسام الدين كامل الأهوانى، مرجع سابق، ص ١٢٢

[١] د. عبد الحى حجازى، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

([٤٨]) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٤٩.

احتكاره لسلعة أو خدمة تبرر له فرض شروطًا محددة لا تقبل المناقشة أو المساومة.

الغصن الخامس

وجهة نظر الباحث

إذا كان القانون المدنى المصرى فى المادة (١٠٠) منه لم ينص على تعريف محدد لعقود الإذعان، وتبعًا لذلك لم يضع لها شروطًا أو خصائص محددة وترك هذا الأمر لتقدير الفقه والقضاء اللذان ضيقا – بدورهما – من مفهوم عقد الإذعان بإيراد أو استحداث خصائص عدة لتلك العقود قيدت من إطلاق مفهوم عقود الإذعان فأحاطت به تلك الشروط وكبلته واصابته بالضيق، ذلك على عكس الفقه والقضاء فى فرنسا اللذان أحسنا صنعًا فى توسيع مفهوم عقود الإذعان عن طريق التضييق من خصائصه وشروطه، فلم يتطلبا سوى شرط وحيد لعقد الإذعان وهو فرض شروط من قبل الموجب على الطرف الآخر الضعيف لا تقبل مناقشة أو مساومة[٤٩].

وانطلاقًا مما سبق؛ نستطيع تحليل هذا الموضوع ارتكازًا على النقاط الآتية:

أولا: أنه ليس بالضرورة لاعتبار العقد إذعان أن يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك أو المنتفع، ذلك أن معيار ضرورة السلعة أو لازميتها لزومًا من الدرجة الأولى هو معيار يختلف باختلاف التطورات الاقتصادية والتكنولوجية السائدة فى المجتمع فى وقت من الأوقات أو عصر من العصور.

فإذا افترضنا مثلًا أن خدمة توصيل البريد كانت ضرورية فى فترة معينة من فترات الزمان أو فى الماضى، تلك الفترة التى لم تصل فيها التطورات الاقتصادية والتكنولوجية إلى ما وصلت إليه فى وقتنا الحاضر وما ستصل إليه فى المستقبل؛ فهذه الضرورة تقل وتتفسخ تدريجيًا عن السلعة أو الخدمة بحدوث تطورات اقتصادية وتكنولوجية من عصر إلى آخر لاحق.

فالمجتمع الآن أصبح يعرف بل ويستخدم وسائل أخرى بديلة تتسم بالحداثة والتطور عن نظيرتها القديمة، بحيث أصبحت تلك الوسائل أكثر ضرورة وأهمية من سابقتها والتى خُلعت عن جسدها عباءة الضرورة فى الوقت الحاضر، ذلك كخدمة إرسال الرسائل النصية عبر الهواتف المحمولة أو عن طريق الإنترنت مثلًا.

---

(٤٩) Berliez (G.): Le cortract d'adhésion, Thése, Paris, 1973

فضرورة السلعة أو لازميتها هو مصطلحٌ يرتبط بالثورات الاقتصادية والتكنولوجية التى تحدث – بل وتزيد – من عصرٍ إلى آخر، كما أنها تختلف من شخصٍ إلى آخر بحسب ظروفه، ذلك إذا ما أخذنا فى الاعتبار أن التحليل السابق لا يمنع من احتياج أو حاجة الإنسان لسلعة أو خدمة معينة فهذا أمرٌ مسلم به بطبيعة الحال، ولكن هذا الاحتياج لا يعنى ضرورة حصول الإنسان على هذه السلعة أو تلك الخدمة، فالحاجة تختلف عن الضرورة، فقد يحتاج الإنسان إلى سلعة ولكنها فى ذات الوقت تكون غير ضرورية بالنسبة له، فهناك إذن حاجة ضرورية أو ملحة وأخرى غير ذلك.

ثانيًا: أن القول باشتراط وجود احتكار قانونى أو فعلى على السلعة أو الخدمة المراد التعاقد عليهما ذلك لإسباغ السبغة الإذعانية على العقد هو قولٌ لنا عليه نظرة؛ ذلك أنه لا يشترط لاعتبار العقد إذعان وجود أو توفر هذا الاحتكار، فقد ينصب عقدٌ من العقود على سلعةٍ معينة لا يتوفر في شأنها الاحتكار؛ ورغم ذلك تنسبغ السبغة الإذعانية عليه. فضلًا على أن المشرع المصرى قد جرَّم الاحتكار وممارساته بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥.

حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥ في شأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية على أن:" تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، وذلك كله وفق أحكام القانون ".

كذلك تنص المادة السابعة من ذات القانون على أنه:" يحظر الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأى من موردیه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة".

وأيضًا تنص المادة الثامنة من القانون ذاته على أنه:" يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأى مما يأتي:

أ. فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة.

ب. الامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أى شخص أو وقف التعامل معه على نحوٍ يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أى وقت.

ج. فعل من شأنه أن يؤدي إلى الاقتصار على توزيع منتج دون غيره على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو عملاء أو مواسم أو فترات زمنية، وذلك بين

أشخاص ذوى علاقة رأسية.....".

ثالثا: أن عقود الإذعان هى فى الأساس ظاهرة اقتصادية بحته نشأت مع حدوث الثورة الصناعية فى أوروبا ورصدها القانون ونظم أحكامها.

ومن ثم؛ فإن إيراد عدة شروط أو خصائص متعددة لعقود الإذعان سوف يجرنا بطبيعة الحال إلى تقيد الوصف أو التنظيم القانونى لتلك العقود والتى ولدت فى الأساس نتيجة الظروف الاقتصادية المتغيرة، أو بمعنى آخر؛ أن إصابة عقود الإذعان وتكبيلها بشروط متعددة من شأنه جعلها – من الناحية القانونية – عقود تتسم بالجمودية وعدم المرونة فى تحديد مفهومها، لذا فمن الأجدى تحرير مفهوم عقود الإذعان من الشروط أو الخصائص المتعددة والاقتصار على ما ذكرته المادة (١٠٠) من القانون المدنى المصرى.

رابعًا: أن معيار القوة الاقتصادية للطرف الموجب في عقود الإذعان لا ينبع من كونه يحتكر السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها احتكارًا قانونيًا أو فعليًا؛ وإنما ينبع من مجرد تملكه تلك السلعة.

خامسًا: أن القانون المصري لم يذكر من الأساس في المادة (١٠٠) مدني معيار احتكارية السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها في عقود الإذعان، بل ولم يشر إلى ذلك.

وبناءً على ما ورد فى تلك المادة؛ يمكننا أن نستخلص أن معيار إذعانية العقد يتمثل فى أساسيين:

<u>الأساس الأول: من الناحية الاقتصادية:</u>

أنها عقود تتسم بالغلبة الاقتصادية لطرفٍ على طرف آخر، فهناك طرفٌ قوى اقتصاديًا يمتلك سلعة أو خدمة، وآخر طرفٌ آخر ضعيف يتعاقد فى سبيل الحصول على تلك السلعة أو الخدمة.

<u>الأساس الثاني: من الناحية القانونية:</u>

استقلال الطرف القوى اقتصاديًا بفرض شروط التعاقد على الطرف الضعيف، فالموجب وهو الطرف الأقوى اقتصاديًا يستقل بفرض شروطه المحددة سلفًا من قبله ولا يقبل فيها منافسة من الطرف الآخر الذى لا يملك – بدوره – سوى الإذعان والرضوخ،

وهو ما يعرف بـ " **التنظيم التعاقدى المنفرد** " من جانب طرف واحد، وهو الموجب.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للإذعان

نتيجة الطبيعة الفنية والاقتصادية البحتة لعقود الإذعان، والتى تقوم على فرض إرادة الطرف القوى اقتصاديًا متمثلة فى شروط التعاقد على المتعاقد الآخر الضعيف والذى لا يملك سوى الرفض بداءة أو التسليم بتلك الشروط، أن أثار عقد الإذعان من حيث طبيعته القانونية وكونه عقدًا بالمعنى القانونى الصحيح أم لا خلافًا فقهيًا كبيرًا، فتعددت الآراءُ وكثرت التبريرات.

وترتيبًا على ما سبق؛ نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون.

الغصن الأول: أنصار التعاقدية للإذعان.

الغصن الثانى: خصوم غير التعاقدية للإذعان.

الغصن الثالث: وجهة نظر الباحث.

الغصن الأول

أنصار التعاقدية للإذعان

تبنى هذه النظرية غالبية الفقه والقضاء سواء فى مصر[١] وفرنسا[٢]، كما اعتنقها كل من القانون المدنى المصرى ونظيره الفرنسى.

ويذهب أنصار تلك النظرية إلى أن عقود الإذعان هى عقود بالمعنى القانونى الصحيح وتخضع – شأنها فى ذلك شأن أى عقد – لأحكام وآثار العقد.

ويستند أنصار هذه النظرية فى رأيهم إلى عدة أسباب:

أولًا: أن عقد الإذعان إنما يتم بتوافق إرادتين؛ **الأولى:** هى إرادة الموجب، **والثانية:** هى إرادة الطرف المذعن، فيتوفر في شأن تلك العقود مبدأ سلطان الإرادة، حيث تتجه إرادة كل طرف من الأطراف حرة مختارة إلى أن تبرم هذا العقد، وذلك حتى لو كان من ضمن بنوده أو شروطه بنودًا أو شروطًا تعسفية تُثقل كاهل أحد الأطراف بالتزاماتٍ أشد من تلك المفروضة على الطرف الآخر.

ثانيًا: أنه حتى مع وجود انعدام أو اختلال من الناحية الاقتصادية بين طرفىْ الإذعان؛ فإن ذلك لا يبرِّر خلع وصف العقد عن الإذعان، ذلك أنه يكفى وجود المساواة بين أطراف العقد من الناحية القانونية فقط، حتى وإن غابت أو اختلت تلك المساواة من الناحية الاقتصادية بين الطرفين، فكل العقود مقيدة قليلًا أو كثيرًا تحت سلطان ضرورات النظام الاقتصادى[٥٠].

ثالثا: أن غياب مناقشة شروط العقد بين طرفيْه على قدم المساواة لا ينفى عن الإذعان

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، مرجع سابق، ص ١٩٣؛ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٩٠؛ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٣١.

(٢) انظر:

Larroumet (ch.): Droit civil. Les obligations. T. III, Economica, 1986, P. 239; Starck (B.) et Roland (H.), et Boyer (L.): obligation contract. T. II. 5 me, Litec, 1995, P. 52.

(٥٠) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٦٤.

وصف العقد، فسواء أكان هناك نقاشًا أو مساومة أو لم يكن؛ فهناك توافق إرادتين، فالتسليم بشروط الإذعان يعادل فى نظر المشرع القبول[٥١].

رابعًا: أن تسليم الطرف المذعن بشروط الموجب لا يعتبر ضربًا من ضروب الإكراه الذى يعيب الإرادة ويُبطلها، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلًا بعوامل نفسية، فكل ما يرد على حريـة الطرف المذعن فى الإذعان لا يعدو أن يكون نوعًا من الضغط الاقتصادى المشروع لا أثر له فى صحة الرضا[٥٢].

هذا؛ وقد تبنى القضاء المصرى ونظيره الفرنسى النظرية التعاقدية للإذعان، حيث قضت محكمة القاهرة التجارية الجزئية بأن: "عقد الإذعان هو عقدٌ حقيقى يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود..."[٥٣].

وبالنسبة إلى القضاء الفرنسى؛ فعلى الرغم من عدم وجود إشارة صريحة فى أحكامه لاعتبار الإذعان عقدًا أم لا؛ إلا أنه كان دومًا يستعمل كلمة عقد على التصرفات القانونية التى يسلم فيها طرف لشروط طرف آخر أقوى منه من الناحية الاقتصادية، وهذا ما يدل على اتجاه القضاء الفرنسى للنظر للإذعان نظرة تعاقدية بالمعنى القانونى الصحيح[٥٤].

وقد أكد القانون المدنى المصرى على الصفة التعاقدية للإذعان، فنصت المادة (١٠٠) منه على أن: " القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "، كما تنص المادة (١٤٩) منه على أنه: "إذا تم التعاقد بطريق الإذعان.....". ولعل هذا هو ما يؤكد انتهاج القانون المصرى لعقدية الإذعان.

---

(٥١) د. محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٤٦.

(٥٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، الجزء الثانى، ص ٦٨.

(٥٣) محكمة القاهرة التجارية الجزئية، طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٢٨ق، بتاريخ ١٩٤٨/١٠/٣٠.

(٥٤) Cass.civ. 1 re ., 22 septembre 2016., N° 15- 23664., bull.civ., 2016., cass.civ., 2ème., 11 juin 2015., N° 14-17114., bull.civ., 2015., cass.civ., 2 ème., 13 février 2014., N°13-12329., bull.civ., 2014.

الغصن الثانى

خصوم النظرية التعاقدية للإذعان

تزعم النقد الموجه إلى النظرية التعاقدية للإذعان عددٌ من الفقهاء الفرنسيين، وعلى رأسهم الفقيه "سالى"[١]، وتبعه بعد ذلك فى انتهاج ذات النهج كلٌ من: العميد "دوجى"[٢] والأستاذ "هوريو"[٣].

ويذهب هذا الفريق إلى أن الإذعان فى حقيقته لا يعتبر عقدًا بالمعنى القانونى الدقيق، ذلك أنه يفتقر لمتطلبات ومقومات العقود، وأنه لا يعدو أن يكون سوى عملًا أحادى الجانب، أو عملًا لائحيًا، أو مركزًا قانونيًا منظمًا.

فقد ذكر الفقيه الفرنسى سالى أن: " الإذعان هى عقودٌ مدعاة ليس لها من العقد سوى الاسم، ذلك أن الإذعان لا يعتبر عقدًا حقيقيًا، وإنما توجد فيه إرادة واحدة تعمل باعتبارها إرادة منفردة، بحيث تملي قانونها...."[٤].

وانتهى الفقيه "سالى" فى تحليله للإذعان إلى: " أنه يجب أن يكون تفسير الإذعان كتفسير قانون "[٥].

ومن جانبه ذهب العميد "دوجيه" إلى أن: " الإذعان ليس عقدًا مطلقًا، وأنه فى الحقيقة عقدٌ انفرادى فقط من جانب الموجب يخضع لقانون موضوعى سابق فى وجوده، ومن ثم يجب ألا تطبق عليه القواعد العامة للعقود "[٥٥].

وفى ذات النهج؛ ذكر الأستاذ "هوريو" أن: " الإذعان ما هو إلا إرادة لائحية تذعن لها إرادة أخرى، فالإرادة اللائحية فقط – وهى إرادة الموجب – هى التى يُعول عليها فيما يتعلق بالتفسير وبالنسبة إلى اختصاص القاضى وطبيعة الطعون التى يمكن

---

(1) Saleilles (R.), op. cit., P. 229.

(2) Duguit (L.): les transformations générales du droit Privé de luis le code nalolépn. 2 éme éd, Paris, 1920, P. 21.

(3) Hauriou (M.): Note sous Cons. Dr Etat. 23 Mars 1906. S. 1908, P. 17.

(4) Saleilles (R.), op. cit., P. 230.

(5) Salielles (R.), op. cit., P. 230.

(٥٥) Duguit (K.), op. cit., P. 21 ets.

أن تُرفع "[٥٦].

وبناءً على ما سبق؛ يتضح لنا أن أنصار هذه النظرية يركزون رفضهم لإسباغ السبغة العقدية على الإذعان على الأسانيد الآتية:

أولًا: عدم وجود ارادتين متطابقتين من كل من طرفىْ الإذعان، ذلك أن الارادة المنفردة للموجب وحدها هى التى تخلق الالتزامات وكذا الحقوق، بالإضافة إلى انفرادها بتحديد آثار الإذعان والسيطرة على تفسيره، فلذا يجب تفسير هذه الإرادة كما يفسر القانون أو اللائحة.

ثانيًا: انعدام أبسط متطلبات العقد ومقوماته من ضرورة وجود توازن اقتصادى يتمثل بداءة فى وجود مناقشات أو مساومات بين طرفيْه حول ما يتضمنه من بنودٍ أو شروطٍ، وما يترتب عليه من آثارٌ، وهذا ما لا نجده فى الإذعان، حيث يرضخ الطرف المذعن لارادة الموجب دون اعطاء الفرصة له للدخول فى مناقشات، فلا يملك سوى الرفض كلية أو التسليم مذعنًا.

ثالثًا: أن فكرة العقد بالنسبة إلى الإذعان غير قادرة دون تصور على تفسير أغلبية آثار الإذعان القانونية، ذلك أنها أعمال أحادية الجانب ذات طبيعة لائحية لا يمكن لآثارها أن تقع إلا بإذعان من وجه إليه الإيجاب[٥٧].

الغصن الثالث

وجهة نظر الباحث

لتحليل الطبيعة القانونية للإذعان من حيث كونه عقدًا حقيقيًا أم غير ذلك؛ يجب أولًا أن نشير إلى أنه لا يوجد ما يسمى بعقد إذعان، فالإذعان هو صفةٌ عقدية من الممكن أن توجد فى أى عقد من العقود، فعقد البيع مثلًا من الممكن أن يكون عقدًا إذعانيًا إذا ما فرض طرفٌ فيه على الآخر شروطًا لا يقبل فيها مناقشة أو مساومة، كأن يحدد البائع ثمن المبيع مقدمًا ولا يقبل فيه مناقشة، وكذا عقد العمل من الممكن أن يكون كذلك عقدًا إذعانيًا، كأن يفرض صاحب العمل شروطًا محددة سلفًا للتعاقد

---

[٥٦] Houriou (M.), op. cit., P. 18.)

[٥٧] د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ١٠١.

ويرضخ لها العامل من دون مناقشة.

فالإذعان إذن لا يعتبر عقدًا بالمعنى القانونى الدقيق، فهو صفة أو وصف عقدي قد يصيب العقد وقد لا يصيبه.

وعلى ذلك؛ فإن البحث فى هذا الموضوع يتعلق بمدى إمكانية إسباغ السبغة التعاقدية على الإذعان من عدمه.

كما يجب أن نأخذ فى الاعتبار أنه لا يشترط لإذعانية العقد ضرورة تضمنيه بشروطٍ تعسفية. وكذلك فإن الشروط التعسفية قد ترد على عقدٍ ما ورغم ذلك لا يكتسب هذا العقد وصف الإذعان، بمعنى أنه إذا كان الغالب فى الواقع العملى احتواء عقود الإذعان على شروطٍ تعسفية تُفرض من طرفٍ قوى على آخر ضعيف وتمنح للأول ميزة فاحشة، وذلك نتيجة قابلية عقد الإذعان لوجود شروط تعسفية بين طياته، وأن هناك ارتباطًا بين الشروط التعسفية والإذعان؛ إلا أن هذا الارتباط ليس موجودًا دائمًا، فبرغم تماس دوائرهما إلا أنه يظل لكل منهما ذاتيته المستقلة ومجاله الذى يعمل فيه آثاره.

لذا فقد قيل وبحق أن حماية المتعاقد الضعيف لا يمكن أن تُختزل دائمًا فى حماية عقود الإذعان، فالشروط التعسفية قد تدرج ضمن عقد مساومة، مما يجعلنا ننتهى فى هذه النقطة إلى أن عقود الإذعان ليست مرادفة بالضرورة للشروط التعسفية، كما أنها ليست كلها عقود سيئة.

فمفهوم الشروط التعسفية هو مفهومٌ أعم وأشمل من كونه يقتصر على عقود الإذعان، فقد يتضمن العقد شروطًا تعسفية وعلى الرغم من ذلك لا يعتبر إذعانًا، كأن يعمد أحد المتعاقدين إلى الاستفادة من حالة الضعف التى تتوفر فى الطرف الآخر فى العقد بما يعكس تفاوتًا شديدًا فى الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما.

وعلى أية حال؛ وبالرجوع إلى موضوعنا الأصلى من حيث مدى تمتع الإذعان بالصفة التعاقدية من عدمه؛ فإن الأمر يقتضى منا لتحليل ذلك أن نوضح النقاط الآتية:

أولًا: أن القول بالاكتفاء بوجود مساواة من الناحية القانونية دون الاقتصادية لتبرير إسباغ السبغة التعاقدية للإذعان؛ هو قولٌ لنا فيه نظرة سريعة. ذلك أن القانون – نقصد أى قانون – ما كان ليصدر إلا مراعاة لعدة عوامل سائدة فى المجتمع وقت إصداره

ذلك لتنظيم علاقات الأفراد فى جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية، ما يعنى وجود ارتباط واضح ووثيق بين القانون وبين الاقتصاد، وأن الأول ما كان ليصدر إلا نتيجة وجود متغيرات أو مستحدثات فى الثانى قد طرأت عليه، وذلك بجانب متغيرات أو مستحدثات فى المجالات الأخرى.

بمعنى أن القانون – فى مرحلة إعداده – يجب أن يراعى التطورات الاقتصادية التى تطرأ على المجتمع فى ذلك الوقت، ذلك لمعرفة المناخ الاقتصادى السائد فى المجتمع وتوفير حماية فعالة للضعفاء من أفراد المجتمع.

ذلك بجانب الأخذ فى الاعتبار أن الإذعان – فى الأساس – هو ظاهرة اقتصادية بحتة نشأت على أرض الواقع نتيجة حدوث تغيرات اقتصادية وتكنولوجية هائلة أسفرت عنها الثورة الصناعية، فرصدها القانون ونظم أحكامها وعالج آثارها.

لذا؛ فإن القول بعدم أهمية النظر إلى انعدام أو اختلال التوازن الاقتصادى بين المتعاقدين، والاكتفاء بوجود توازن قانونى بينهما هو قولٌ غير سديد.

ثانيًا: أن القول بوجود توافق إرادتين – إرادة الموجب وإرادة المذعن – لتبرير الصفة التعاقدية للإذعان هو أيضًا قولٌ غير سديد، ولا نستطيع التعويل عليه فى تبرير الصفة التعاقدية للإذعان، ذلك أنه يشترط لاعتبار التصرف القانونى عقدًا ضرورة وجود إرادتين ليس هذا فحسب؛ بل يجب أن تكون هاتين الإرادتين متطابقتين، بحيث تتجه كلٌ منهما بحرية واختيار نحو إبرام العقد.

وبالنظر إلى حالة الإذعان؛ نجد أن هناك بالفعل إرادتان ولكنهما غير متطابقتين تمامًا، فهناك إرادة كاملة أو حرة وهى إرادة الموجب، وأخرى ناقصة أو مذعنة لا تملك قبولًا تامًا أو رضاءً كاملًا بالمعنى القانونى الصحيح، وهى إرادة المذعن.

ثالثًا: أن الهدف الأساسى الذى يبتغيه القانون هو حماية الطرف الضعيف دومًا وتفسير الشك لصالحه، وذلك يكون عن طريق إسباغ الإذعان بالسبغة التعاقدية وتنظيم أحكامه على هذا الأساس توفيرًا لحماية أكبر للطرف المذعن.

رابعًا: أن القانون لم ينظم الإذعان ضمن العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المدنى المصرى، بل أورده ضمن الأحكام العامة المتعلقة بطرق إبرام العقود فى الباب الأول فى الكتاب الأول فى المادتين (١٠٠) و(١٤٩) منه.

خامسًا: أن المادة (١٤٩) من القانون المدنى المصـرى تنص صراحة على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان"، ما يفيد أن المشرع قد اعترف بصراحة ألفاظ نص هذه المادة أن الإذعان لا يعدو أن يكون سوى طريقًا من طرق التعاقد، شأنه في ذلك شأن التعاقد من طريق المساومة أو المفاوضة.

وبناءً على ما سبق؛ يمكن القول بأن الإذعان ليس من أنواع العقود بالمعنى القانونى الدقيق، وليس عقدًا كذلك، وإنما يعتبر طريقًا تعاقديًا أفرد له المشرع المصرى أحكامًا خاصة من حيث شروطه وآثاره، فالإذعان إذن يعد طريقة من طرق التعاقد يتم باتفاق بين طرفين، ويتوفر فى جانب أحدهما رضاءٌ ناقص.

الفرع الرابع

تمييز الإذعان من الصور المشابهة

قد يتشابه الإذعان مع صور أخرى، مثل الإكراه والاستغلال والاحتكار. ولتمييز الإذعان من تلك الصور؛ نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون.

الغصن الأول: الإذعان والإكراه.

الغصن الثاني: الإذعان والاستغلال.

الغصن الثالث: الإذعان والاحتكار.

الغصن الأول

الإذعان والاكراه

الاكراه في مجال العقود هو ضغطٌ يقع على شخص من غير وجه حق؛ فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، فتأتي من ثم إرادته القابلة للتعاقد معيبة بعيب الاكراه[٥٨].

ويتفق الاكراه مع الإذعان في أن الاثنان يمسان من المتعاقد عنصر الاختيار،

([٥٨]) راجع في عيوب الإرادة كلا من: د. طلبة وهبة خطاب، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٧ وما بعدها، د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٧٤ وما بعدها، د. محمد إبراهيم بنداري، مصادر الالتزام الإرادية في مصر وعمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٢– ١٤٣.

فيرضخ الشخص في الحالتين، ويقبل بشروط التعاقد الموضوعة من قبل الطرف الآخر.

إلا أن الإذعان يختلف عن الإكراه من حيث الوجوه الآتية:

الوجه الأول: أن الإكراه يعتبر عيبًا من عيوب الإرادة، أجاز المشرع لمن تعرض له، تعرضا أدى إلى توليد رهبة في داخله دفعته بدورها إلى إبرام العقد، الحق في إبطال العقد[٥٩]. أما الإذعان؛ فلا يعتبر عيبًا من عيوب الإرادة، فالطرف المذعن، وإن كان يتعرض للرضوخ والإذعان في قبوله بشروط التعاقد المحررة سلفًا من قبل الطرف الآخر؛ إلا أنه لا يتعرض لثمة ضغط أو إكراه يدفعه إلى التعاقد مع هذا الشخص، أو بمعنى آخر؛ إن الطرف المذعن بينما يكون راضخًا قابلًا للشروط العقدية التي يفرضها الطرف الآخر عليه بحيث ينتقض ذلك الرضوخ من قبوله لها؛ إلا أنه يكون حرا من باب التعاقد من عدمه، فالقبول إذن يختلف عن الحرية في التعاقد، فمفهوم الأخيرة أوسع من الأول، فالإذعان قد يشكل عبئا أو قيدًا على القبول بينما لا علاقة له بالحرية في التعاقد من الأول.

الوجه الثاني: أن الإكراه قد يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا متى جاء مطلقا، كمن يكبل أحد الأشخاص ويجبره على التوقيع على عقد لا يريد التوقيع عليه أو أن يقوم أحد الأشخاص بتنويم آخر تنويمًا مغناطيسيًا ويأمره بالتوقيع على العقد، فمثل هذا الإكراه يمنع الإرادة كلية، فيصيب العقد من ثم بالبطلان[٦٠]. كما قد يأتي الإكراه غير مطلق، فيجعل العقد عندئذ قابلا للإبطال لمصلحة من تعرض له. أما الإذعان؛ فلا يؤدي إلى بطلان العقد ولا إبطاله، فالعقد الإذعاني – رغم ذلك – يعتبر – ويظل – صحيحًا طالما توفرت له أركان انعقاده، غاية ما في الأمر أن القاضي قد يتدخل لإحداث توازن عقدي بين طرفيْه متى تضمن العقد شروطًا تعسفية، فيُعدِّل منها أو يعفي الطرف المذعن منها كلية (م ١٤٩ مدني).

الوجه الثالث: أن الإكراه يعتمد في الأساس على تهديد أحد المتعاقدين للآخر تهديدًا ماديًا، كتهديده بالقتل أو بإصابته، أو تهديدًا أدبيًا يولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، كالزوج الذي يكره زوجته على توقيع عقد بيع له. أما الإذعان؛ فلا يوجد به ثمة تهديد

([٥٩]) تنص المادة (١/١٢٧) من القانون المدني المصري على أنه:" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ".

([٦٠]) د. محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق، ص ١٤٤.

كل ما هنالك أن الطرف القوي يستغل نفوذه وقوته الاقتصادية في فرض شروط التعاقد على الطرف الآخر – المذعن –، والذي لا تتولد بداخله ثمة رهبة تدفعه إلى التعاقد، ولعل هذا هو ما يبرر عدم إعطاء الطرف المذعن الحق في إبطال العقد الإذعاني بعكس الإكراه.

الغصن الثاني

الإذعان والاستغلال

يقصد بالاستغلال؛ انتهاز أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح[٦١] يعتري المتعاقد الآخر، فيدفعه ذلك إلى إبرام عقد تختل فيه التزامات الطرفين.

والاستغلال في ذاته لا يعتبر عيبًا من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال العقد، ذلك أنه يعتبر مظهرًا نفسيًا داخليًا لا وجود مادي له، اللهم إلا إذا نتج منه غبن، أى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه، أو الاختلال الصارخ بين التزامات الطرفين[٦٢]، فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال، لذلك فإن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات المحددة، أما عقود المعاوضات الاحتمالية كالتأمين، وعقود التبرعات؛ فلا يتصور فيها غبنا، لأنها تقوم بطبيعتها على غبن أحد المتعاقدين.

ويشترط لإبطال العقد أن يجتمع كل من الاستغلال مع الغبن في الإرادة الواحدة للمتعاقد وهو ما يطلق عليه الغبن الاستغلالي[٦٣].

ويتفق الإذعان مع الاستغلال، أو بمعنى أدق؛ الغبن الاستغلالي في أن كلا منهما يكون فيه تفاوت أو اختلال، وإن كان هذا التفاوت أو ذلك الاختلال يختلف بطبيعته من الإذعان عن الغبن الاستغلالي، ففي الغبن الاستغلالي يكون التفاوت بين

---

(٦١) د. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٦٢) قرب ذلك؛ انظر: د. طلبة خطاب، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٦٣) تنص المادة (١/١٢٩) من القانون المدني المصري على أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد ألا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحًا؛ جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ".

أداءات المتعاقدين، بينما في الإذعان يكون التفاوت بين إرادات الطرفين المكونة لعقد الإذعان من إيجاب وقبول، وإن كان هذا التفاوت في الأخير قد لا يترجم بالضرورة في العقد الإذعاني في صورة شروط تعسفية يضعها الموجب على حساب الطرف المذعن.

بينما يختلف الإذعان عن الاستغلال أو الغبن الاستغلالي في أن الأخير يقوم على استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر، فيدفعه إلى التعاقد، فيحصل للأخير غبن في أدائه مقارنة بأداء الطرف الآخر. أما في الإذعان؛ فإن الطرف الموجب لا يستغل ثمة طيش أو هوى جامح في الطرف المذعن، كل ما هنالك أنه يستغل خبراته هو واحتياج الأخير للسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها في فرض شروطه في التعاقد.

الغصن الثالث

الإذعان والاحتكار

يقصد بالاحتكار؛ حبس مال أو منفعة أو عمل يحتاج الناس إليه بقصد ارتفاع سعرها بسبب قلته أو انعدام وجوده[٦٤]. والاحتكار مجرم بنص القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥، والصادر في شأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

ويتفق الإذعان مع الاحتكار في أن يكون في كل منهما طرفا قويا من الناحية الاقتصادية يفرض شروطه التعاقدية على الطرف الآخر – الضعيف –، كما أن كلاهما لا يتصور وجوده إلا في عقود المعاوضات، كالبيع والإيجار والرهن، أما عقود التبرعات؛ فلا يتصور فيها لا احتكار ولا إذعان.

بينما يختلف الإذعان عن الاحتكار في أن الأخير يقوم على حبس سلعة عن العرض وقت الرخص وبيعها في وقت الغلاء في الأسواق نظرًا لحاجة الناس إليها. أما الإذعان؛ فلا يقوم على ذلك المعني[٦٥].

([٦٤]) د. حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص ١٣٤.

([٦٥]) د. حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص ١٤٨.

المبحث الثاني

سلطات هيئة التحكيم إزاء العقد الإذعاني

يترتب على صحة الاتفاق على التحكيم – أيًا كانت صورته شرطًا أم مشارطة – أثران هامان، الأول: أثرٌ إيجابى يتمثل في حق كل من طرفيه فى الالتجاء إلى التحكيم، وثان: سلبى يتمثل في التزام كل من طرفيه بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة أو المنازعات محل التحكيم.

وإعمالًا لهذا الأثر الأخير؛ يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه فى الالتجاء إلى التحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم فى شأنه(٦٦).

وبناءً على ذلك؛ فإنه إذا قام أحد الطرفين – برغم وجود اتفاق تحكيم – برفع دعوى أمام قضاء الدولة بشأن نزاع ناتج من تنفيذ العقد متجاهلاً فى ذلك ما كان قد اتفق عليه مع الطرف الآخر من تحكيم فى ذات النزاع؛ فيجب على القاضى فى هذه الحالة أن يقضى بعدم قبول الدعوى استنادًا إلى وجود اتفاق تحكيم بين طرفىْ النزاع المعروض أمامه، كما يكون للمدعى عليه التمسك بهذا الدفع – الدفع بوجود اتفاق التحكيم – فى أية حالة كانت عليها الدعوى، وسواء أكانت الدعوى التحكيمية قد رفعت

---

(٦٦) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه:" يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذ دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع في الدعوى "؛ يدل على أن المشرع قد أبان بصريح العبارة بأنه إذا دفع المدعى عليه أمام المحكمة في نزاع رفع إليها ويوجد بشأنه اتفاق على التحكيم بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم؛ يجب على المحكم أن تجيبه إلى دفعه وتحكم بعدم قبول الدعوى شريطة أن يكون قد أبدى هذا الدفع قبل إبدائه لأى طلب أو دفاع فب الدعوى، لأن في إبدائه لأى طلب أو دفاع في الدعوى قبل دفعه بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم يدل على قبوله ضمنا التجاء خصمه لجهة القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل وتنازله ضمنا عن شرط الاتفاق على التحكيم". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٦/٤/٢٠، الطعن رقم ٩٥٦٥ لسنة ٨٥ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

قبل رفع الدعوى أمام المحكمة أم بعدها[١] استناداً لذاتية وخصوصية اتفاق التحكيم.

ولعل هذا هو ما نص عليه قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى المادة (١/١٣) منه على أنه: " يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى ".

فالمحكمة التى تنظر نزاعًا متفقا فى شأنه على اللجوء إلى التحكيم لا تملك ثمة سلطة تقديرية فى هذا الشأن، طالما قد تحققت من وجود اتفاق تحكيم غير ظاهر البطلان، وتمسك المدعى عليه بالدفع بالتحكيم قبل الكلام فى الموضوع[٢].

كما أكدت محكمة النقض المصرية ذات المعنى فى العديد من الأقضية حيث قضت برفض النعى على الحكم المطعون فيه بأنه أنكر العدالة، إذ قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم[٣].

ومتى اتفق طرفا العقد على الالتجاء إلى الطريق التحكيمى بديلًا لقضاء الدولة؛ فإن هيئة التحكيم التى تم الاتفاق على اختيارها وتشكيلها تكون فى النزاع أو المنازعات المتفق على الالتجاء إلى التحكيم شأنها فى ذلك شأن القاضى الطبيعى طالما طبقت على النزاع القانون المصرى الواجب التطبيق[٦٧].

ويجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بتطبيق القواعد القانونية المتفق على تطبيقها من قبل طرفىْ النزاع، ذلك أن الأصل فى التحكيم هو حرية الطرفين فى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق باعتبار ما لهما من سلطان فى تحديد حقوقهما والتزاماتهما والتصرف فيها إرساء لمبدأ سلطان الإرادة.

---

[١] د.فتحى والى، مرجع سابق، ص ١٨١.

[٢] د.فتحى والى، مرجع سابق، ص ١٨٤.

[٣] نقض مدني مصري صادر في ١٩٧٥/٣/٥، الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ق ، مجموعة أحكام النقض ٢٦، ص ٥٣٥.

[٦٧] نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٣/١٠/٨، الطعن رقم ٩٨٨٢ سنة ٨٠ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

ولعل هذا المعنى هو ما تبناه قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث تنص المادة (١/٣٩) على أن: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان... ".

على أنه يجب تفسير النص السابق واشتراط اعمال حكمها بضرورة أن تكون القاعدة القانونية التى يتفق على تطبيقها طرفى النزاع مستمدة من قانون وضعي أو قاعدة مسلمة فى نظام قانونى معين أو مبدأ من المبادئ القانونية العامة فى القانون، أو قاعدة من قواعد العرف الجارى أو العادات الجارية فى المعاملات[٦٨].

أما إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق بشأن النزاع بينهم قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التى تطبقها على النزاع[٦٩].

المطلب الأول: اختصاص هيئة التحكيم بتفسير عبارات عقد الإذعان.

المطلب الثاني: اختصاص هيئة التحكيم إزاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان.

المطلب الأول

اختصاص هيئة التحكيم بتفسير عبارات عقد الإذعان

بالرغم من أن هيئة التحكيم لها عند النظر فى النزاع المتفق على التحكيم فيه ذات سلطات القاضى المختص، إلا أنها يجب – فوق ذلك – أن تراعى عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد المتنازع بشأنه، تطبيقًا لنص المادة (٣/٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

فيمتنع على هيئة التحكيم – شأنها فى ذلك شأن القاضى الطبيعى – أن تتعرض لمضمون العقد طالما كانت عباراته واضحة لا لبس فيها أو غموض وكاشفة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وكونها غير مخالفة للنظام العام والآداب[١].

ولعل هذا المنع قد جاء نتيجة تطبيق نص المادة (١/١٤٧) من القانون المدنى،

---

(٦٨) د. فتحى والى، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٦٩) حكم محكمة استئناف القاهرة، طعن تجارى رقم ٣٩ لسنة ١١٩ق، بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢٦.

[١] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص ١٤١.

والتى تنص على أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون ".

كما تنص المادة (١/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة؛ فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".

وفى ذات المعنى؛ أكدت محكمة النقض المصرية فى حكمٍ لها أن: " القاضى ملزم أن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وعلى القاضى أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرًا صادقًا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين "[٧٠].

وبتطبيق الأحكام السابقة على هيئة التحكيم فيما يتعلق بالنزاع أو المنازعات المتفق بين الأطراف على الالتجاء للتحكيم في شأنها؛ نجد أنه أيضًا يمتنع على هيئة التحكيم التدخل فى شروط العقد متى كانت عباراته واضحة كاشفة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ذلك أن إرادة المتعاقدين هى المرجع الأعلى لهيئة التحكيم فى أى نزاع يعرض عليها، اللهم إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك.

فالتحكيم فى الأساس هو طريقٌ استثنائى خاص بديل للتقاضى الطبيعى أو العادى يقوم فى ذاته على الاتفاق بين أطراف النزاع، ومن ثم يجوز لهيئة التحكيم التدخل بالتفسير فى مضمون العقد أو شروطه حتى لو كانت عباراته واضحة لا لبس فيها أو غموض، طالما دعت الحاجة لذلك، واتفق الأطراف على ذلك فى اتفاق التحكيم، وراعت هيئة التحكيم شروط العقد محل النزاع ومقتضيات العدالة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ولم تنحرف فى تفسيرها عن عبارة العقد الواضحة[٧١].

([٧٠]) نقض مدنى ١٩٠٩/١/٤، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤١، ص ١٢٨ رقم ٢٨.

([٧١]) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" التحكيم ما هو إلا طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات فهو يكون مقصورا حتما على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٣/٢٥، الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٧٣ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

وكذلك راجع: نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٢/١٣، الطعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

فالاتفاق فى التحكيم هو سيد العلاقة القانونية بين أطرافه، طالما توافرت شروط صحته، ولم يخالف نصًا فى القانون أو نظامًا عامًا[٧٢].

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة يشوبها اللبس أو الغموض وغير كاشفة بصورة واضحة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين؛ جاز لهيئة التحكيم- شأنها فى ذلك شأن القاضى الطبيعى – أن تتدخل لتفسير هذه العبارات المبهمة أو الغامضة الواردة فى العقد، وذلك كله مشروط باتفاق الطرفين في اتفاق التحكيم على اختصاصها بذلك.

وقد عرف البعض تفسير عبارات العقد بأنه:" عملية ذهنية يقوم بها المفسر بسبب ما اعترض العقد من غموض لأجل الوقوف على إرادة المتعاقدين الحقيقية والمشتركة بالاستناد في ذلك إلى جوهر العقد والعناصر الخارجة منه والمرتبطة به"[٧٣].

كما عرفه البعض بأنه:" بيان حقيقة العقد والمقصود منه من خلال عباراته"[٧٤].

وفريقٌ آخر عرف التفسير العقدي بأنه:" تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين في حالة عدم وضوح النصوص بصورة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين لأجل تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها "[٧٥].

ولكن هيئة التحكيم عند تفسيرها لعبارات العقد الغامضة أو الشروط التعسفية الواردة فى العقد؛ يجب عليها أن تراعى الغاية الأساسية التى ابتغاها القانون المدنى المصرى في شأن العقود التى تتم بطريق الإذعان، وهى حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة فى العقد، تلك الحماية التى تتمثل فى أمرين؛ هما:

([٧٢]) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" المقرر في قضاء محكمة النقض أن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هو الشريعة العامة للتحكيم في مصر". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٣/٢٥، الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٧٣ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

([٧٣]) راجع: د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٠ وما بعدها.

([٧٤]) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٦٩.

([٧٥]) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، من دون تاريخ نشر، ص ٦٤٧.

الأمر الأول: الالتزام بنص المادة (٢/١٥١) من القانون المدنى، والتى تنص على أن "يفسر الشك لمصلحة المدين...."[٧٦].

فقد يرد فى عقد الإذعان بندٌ أو شرطٌ يغلب فيه الشك أو الغموض، فيتعين فى هذه الحالة على هيئة التحكيم أن تفسره لمصلحة الطرف المذعن– دائنًا كان أم مدينًا – ، وذلك تطبيقًا لنص المادة (٢/١٥١) من القانون المدنى والتى تنص على أنه: " ومع ذلك؛ لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن ".

وتجدر الإشارة فى هذا الأمر إلى أن القاعدة القانونية الواردة فى المادة (١٥١) بفقرتيْها الأولى والثانية، تعد من القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجب على هيئة التحكيم الالتزام بها وإعمال حكمها ويقع حكم التحكيم باطلًا إذا صدر خلاف ذلك، كما يقع باطلًا بطلانًا مطلقاً كل اتفاق بين طرفى التحكيم يفيد بمخالفة حكم المادة (١٥١) مدنى لتعلقه بالنظام العام.

الأمر الثاني: عدم الوقوف على المعانى الحرفية للألفاظ الواردة فى العقد[٧٧]:

تنص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني المصري على أنه:" إذا كان هناك محل لتفسير العقد؛ فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة

([٧٦]) تنص المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي على أنه:" في حالة قيام شك في عقود الإذعان؛ فإنه يفسر لمصلحة المذعن، دائنا كان أم مدينا ".

" Dans le doute, le contrar de gré à gré s'interpréte contre la créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a propose".

راجع من الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن:

Cass.civ. 2éme7 avril 2016, no 15-13775, bull.civ. 2016.

Cass.civ. 3 éme 23 novembre 2011, no 10- 23988, bull.civ. 2011.

([٧٧]) د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص ١٥٠.

وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات "[٧٨].

يجب على هيئة التحكيم عند فصلها فى النزاع المعروض أمامها أن تفسر عبارات العقد الغامضة تفسيرًا يعتمد على روح الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وما اتجهت إليه إرادة كل متعاقد فى العقد، وذلك دون النظر إلى التفاسير الحرفية للألفاظ والتى قد تحتمل معانٍ أخرى معارضة للإرادة الحقيقية للمتعاقدين[٧٩].

المطلب الثاني

اختصاص هيئة التحكيم إزاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان

نظرًا لطبيعة عقود الإذعان، والتي تقوم على فرض شروط من قبل الموجبين باعتبارهم الأطراف القوية اقتصاديًا في العقد؛ فغالبًا ما تتضمن تلك العقود شروطًا تعسفية ينفرد بوضعها تلك الأطراف، الأمر الذي يجعل عقود الإذعان بمثابة المجال

([٧٨]) تنص المادة (١/١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي على أنه:" يجب البحث في العقد عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعباراته .....".

" Le contrat s'interpréte d'aprés la commune intention des parties plutÔt qu'un s'arrêtant au sens littéral de ses terms .....".

راجع من الأحكام القضائية الصادرة تطبيقا لتلك المادة:

Court d'appel de Montpllier 1ére ch.c, 9 mai 2017, no 15-00461.

Cass.civ., 1re, 20 avril 2017, no 16-14036, bull.civ., 2017.

وكذلك تنص المادة (١/١١٨٩) من القانون المدني الفرنسي على أن:" يجب تفسير كافة بنود العقد في ضوء بعضها البعض، بإعطاء كل بند المعنى الذي ينتج من مضمون العقد كلية، بما يؤدي إلى احترام تماسك العقد ".

" Toutes les clauses d'un contrat s'interprétent les nnes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entire .....".

([٧٩]) راجع: د. محمد السعيد رشدي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون تاريخ نشر، ص ١١٧.

الخصب للشروط التعسفية[٨٠].

وتعتبر عقود الاستهلاك – الإذعانية – المجال الأكثر خصوبة لفرض الشروط التعسفية من قبل المهنيين أو المحترفين بوصفهم الأطراف القوية اقتصاديا في تلك العقود، وذلك لما يتمتعون به من دراية فنية بالسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها في مواجهة مستهلك يفتقر إلى هذا المستوى من الدراية والخبرة[٨١].

وفي هذا الشأن؛ تنص المادة (١٤٩) من القانون المدنى على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية؛ جاز للقاضى أن يعدل منها أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وعلى ذلك؛ يجوز لهيئة التحكيم، إذا تضمن العقد الإذعان شروطًا تعسفية، أن تعدل منها أو أن تعفى الطرف المذعن منها، مراعية فى ذلك قواعد العدالة.

ويتضح من نص المادة (١٤٩) مدنى سالف الذكر؛ أنه قد جاء عامًا وشاملًا لكل الشروط التعسفية حتى ولو كان الطرف المذعن قد علم بها أو تنبه إليها[٨٢].

ويكون لهيئة التحكيم – شأنها فى ذلك شأن القاضى – سلطة تقدير ما إذا كان الشرط الوارد فى العقد تعسفيًا من عدمه بحسب ظروف وملابسات كل حالة، وبالنظر إلى طبيعة العقد ونوع الخدمة أو السلعة التى تكون محلًا للعقد، طالما اتفق المحكمون على تخويلها تلك السلطة[٨٣].

---

(٨٠) د. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص ٧٣.

(٨١) قرب ذلك؛ انظر: د. عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص ٣٣، د. أيمن سعد، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٨٢) د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٨٣) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" اتفاق التحكيم هو دستوره، ومنه يستمد المحكمون سلطانهم للفصل في النزاع ". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٤/٣/٢٥، الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٧٣ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

فإذا ما قدرت هيئة التحكيم تعسفية شرط وارد فى العقد الإذعانى فيكون لها اختصاص تعديل هذا الشرط بما يزيل عنه صفة التعسف، أو إعفاء المتعاقد المذعن من تنفيذه أو استبعاد هذا الشرط التعسفى من العقد[٨٤].

ولم يضع المشرع المصري تعريفًا للشروط التعسفية، واقتصر أمره على الإلماح بها في نص المادة (١٤٩)مدني، والمادة (٧٥٠) مدني والخاصة بعقد التأمين[٨٥].

أما المشرع الفرنسي؛ فقد عرف الشروط التعسفية في نص المادة (٢١٢- ١) من قانون الاستهلاك، والتي تنص على أن:" الشروط التعسفية هى تلك الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، ويكون من شأنها خلق عدم توازن صريح بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[٨٦].

وقضت كذلك محكمة النقض المصرية بأن:" المقرر في قضاء محكمة النقض أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على أن إرادة المتعاقدين هى التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم ". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١١/١٢/٢٧، الطعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ القضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

(٨٤) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" مؤدي نص المادة ١٤٩ من القانون المدني أن إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروطًا تعسفية؛ جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفق ما تقضي به العدالة. ومحكمة الموضوع هى التي تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا أم لا .....". نقض مدني مصري صادر في ١٩٨٩/١٢/١٢، الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق، س ٤٠، ع ٣، ص ٢٨٨، ق ٣٦٨، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

(٨٥) د. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٧.

(٨٦) تم تعديل هذه المادة بموجب المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦. ونص المادة بالفرنسية هو:

" Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment

ويعرف جانبٌ من الفقه المصري الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك الإذعانية بأنها:" شروط يفرضها المحترفون على المستهلكين، مستخدمين في ذلك نفوذهم الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصولهم على ميزة فاحشة مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بينهم وبين المستهلكين"(٨٧).

أما الفقه الفرنسي؛ فيتجه إلى تحديد الشروط التعسفية بطريقة واسعة نسبيًا، حيث يضع معيارًا لذلك، بمقتضاه يتم تحديد الشرط التعسفي بالنظر إلى الظروف المحيطة بإبرام العقد أو بالجمع بين العديد من الشروط الواردة في العقد، فإن غابت التبادلية في أداءات تلك الشروط؛ اعتبر أن العقد متضمنًا شروط تعسفية(٨٨).

وتجدر الإشارة أخيرًا إلى أن حكم المادة (١٤٩) مدنى يعد من القواعد القانونية الآمرة لتعلقه بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز لهيئة التحكيم مخالفة حكمه فى حكمها وإلا أصاب الأخير البطلان المطلق، كما لا يجوز لطرفىْ التحكيم الاتفاق على خلافه كأن يتفقا فى التحكيم على منع هيئة التحكيم من اختصاص تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها، فمصير هذا الاتفاق البطلان المطلق.

ونناقش فيما يلي الفرضين الآتيين بخصوص موضوع الشروط التعسفية، محاولين إيجاد إجابة وافية عنهما.

الفرض الأول: عدم اتفاق طرفىْ لعقد الإذعانى على اختصاص هيئة التحكيم بتعديل الشروط التعسفية الواردة فى العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها:

يفترض هنا أن المتعاقدين لم يتفقا فى اتفاق التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بتعديل أحد بنود العقد إن كان متضمنا شروطًا تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها؛ فهنا يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان فى اتفاق التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر جميع المنازعات الناشئة من العقد؛ فهنا يدخل الاختصاص بتعديل الشروط التعسفية أو

---

du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ou contrat".

(٨٧) د. أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٨٨) JOURDE (E.): P. 18

إعفاء الطرف المذعن منها ضمن اختصاص هيئة التحكيم[٨٩]، ذلك أن طلب الطرف المذعن بتعديل تلك الشروط أو إعفائه منها يدخل فى مفهوم المنازعات التى اتفق الطرفان على اختصاص هيئة التحكيم بنظرها[٩٠]، إذ أنه لا يتصور أن يطلب الطرف المذعن تعديل شروط تعسفية أو إعفائه منها دون أن ينازع الطرف الآخر فى تطبيق البند الذى يشملها.

الحالة الثانية: إذا اتفق الطرفان فى اتفاق التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد مع استبعاد تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها من نطاق اختصاصها؛ فهنا لا يكون أمام الطرف المذعن سبيلًا سوى الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعى والمطالبة بتطبيق حكم المادة (١٤٩) من القانون المدنى[٩١].

ولا يقدح فيما سبق الدفع بنص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصرى والتي تنص على أنه: "يجب على المحكمة التى يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى ......"، ذلك أن هذا النص يقضى بعدم اختصاص القاضى فى النزاع الذى تم الاتفاق فى شأنه على اللجوء إلى التحكيم لأجل تسويته، والفرض هنا أن الطرفين لم يتفقا على ذلك فى شأن الشروط التعسفية من حيث تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها.

---

(٨٩) نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٠/٥/٢٥، الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩، س ٦١، ص ٧٣٧، ق ١٢١، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

(٩٠) Haldy (J.), Rapp(J.M) et Ferrari (PH.): Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean – François Product, Université de LAUSANN., 1999, P.389.

(٩١) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن ولاية هيئة التحكيم تقتصر على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين، فإذا فصلت في مسألةٍ لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه؛ فإن قضاءها بشأنه يضحى واردًا على غير محل من خصومة التحكيم وصادرًا من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء العادي صاحبة الولاية العامة بنظره". نقض مدني مصري صادر في ٢٠١٠/٢/٩، الطعن رقم ٨٨ لسنة ٧٣، س ٦١، ص ٢٠٢، ق ٣٣، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

والواقع أن هذا الفرض نادر الحدوث عملًا، ذلك أن غالبية المهنيين أو المحترفين تفضل اللجوء إلى التحكيم فى شأن جميع المنازعات الناشئة من العقود التى يبرمونها، لسهولة وسرعة إجراءاته.

الفرض الثانى: حالة إدعاء الطرف المذعن أمام المحكمة بتعسفية شرط التحكيم:

الفرض هنا أن عقدًا إذعانيًا – استهلاك كان أم تأمين أم نقل أم عمل أم غيره – يُبرم بين طرفين، ويفرض فيه الموجب من ضمن الشروط التعاقدية اتفاقا على التحكيم على الطرف المذعن، فيقبله الأخير، ويتضمن شرط التحكيم أو مشارطته شروطًا تعسفية، كأن تتضمن المشارطة مثلًا انفراد أحد المتعاقدين – الموجب – بتحديد جميع المحكمين أو بتحديد لغة التحكيم أو بتحديد مكان التحكيم أو غير ذلك، فهل يمكن اعتبار مثل هذا الاتفاق متضمنًا لشروطٍ تعسفية، بحيث يكون للقاضى رقابة عليه من حيث تعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه؟.

فى البداية نود أن نوضح أن اتفاق التحكيم مثله مثل أى عقد، قد يتضمن شروطًا تعسفية تُفرض من قبل طرف قوى على طرف آخر ضعيف، ولا يقدح فى ذلك أن اتفاق التحكيم يشترط فيه الرضائية بصفة أساسية، ذلك أن أى عقد – حتى لو كان إذعانيًا – يشترط لاعتباره عقدًا أن يتراضى عليه طرفاه، غاية ما فى الأمر أن إرادة أو قبول أحد الطرفين يكون ناقصًا أو فيه رضوخ لإرادة الطرف الآخر، كذلك الأمر فى شأن اتفاق التحكيم[٩٢].

والأبعد من ذلك؛ أن اتفاق التحكيم نظرًا لكونه بديلًا استثنائيًا من الأصل العام، وهو لجوء المدعى إلى قاضيه الطبيعى؛ فإن الرضائية فيه تكتسب خصوصية غير أى اتفاق آخر، ولكن تلك الخصوصية لا تجعله كذلك بمنأى عن إمكانية تضمينه بشروطٍ تعسفية.

وللإجابة عن التساؤل المطروح فى هذا الفرض؛ نوضح أنه من الممكن أن يكون للقاضى بصفة مبدئية اختصاصٌ بنظر طلب المدعى المذعن بتعديل اتفاق التحكيم أو بإعفائه منه كلية، خاصة أن حرفية نص المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصرى تفيد بإمكانية حدوث ذلك التصور.

([٩٢]) قرب ذلك؛ انظر: د. محمود عمر التحيوي، مرجع سابق، ص ١٣٤.

حيث تنص تلك المادة على أن: "تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع...."، فالواضح من الصراحة الحرفية لذلك النص أن المشرع المصرى قد أخرج حالة نظر طلب أحد المدعين بتعديل الشروط التعسفية الواردة فى اتفاق التحكيم أو إعفائه منها كلية.

ولكن نظرًا لأن حقيقة النصوص القانونية لا تقف تمامًا عند حرفيتها، بل ينبغى أن تمتد لتشمل مضمونها أو مقصودها؛ فإن نص المادة (٢٢) من قانون التحكيم إذا ما تم التمعن فيه وفهم مقصوده بدقة أو غايته سوف يقودنا إلى القول بتعذر حدوث ذلك التصور، ذلك أن المشرع المصرى فى نص تلك المادة قد أفصح عن رغبته فى إخراج أية منازعة ناشئة من عقد يتم الاتفاق فيه على الالتجاء إلى التحكيم لحسم جميع منازعاته من اختصاص القضاء العادى.

ولعل ذلك الاستنتاج يُفهم بربط صياغة المادة (٢٢) من قانون التحكيم بحقيقة مقصودها، حيث لم يريد المشرع فى نص تلك المادة أن يحدد الحالات التى تُغل فيها أيادى القضاء عن النظر فى المنازعات المتفق فى شأن العقد المتولدة منه على اللجوء إلى التحكيم على سبيل الحصر، بل عمَّم تلك الحالات، ثم ذكر بعد ذلك بعضًا منها.

أضف إلى ذلك؛ أن نص المادة (٢٣) من قانون التحكيم[٩٣] تفيد برغبة المشرع المصرى فى إحاطة شرط التحكيم بخصوصية تجعله بمنأى عن البطلان الذى يصيب أى بند آخر من بنود العقد الوارد به، وذلك على خلاف الأصل العام والمنصوص عليه فى المادة (١٤٣) مدنى[٩٤].

لذلك كله؛ فإنه متى أدعى الطرف المذعن وجود شروط تعسفية فى اتفاق التحكيم؛ فلا يكون أمامه، وتطبيقا لنص المادة (٢٢) مدنى بمفهومه الواسع، سوى

---

(٩٣) تنص المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري على أن:" يعتبر شرط التحكيم اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحًا في ذاته ".

(٩٤) تنص المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري على أنه: " إذا كان العقد في شقٍ منه باطلًا أو قابلًا للإبطال؛ فهذا الشق وحده هو الذي يُبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلًا أو قابلًا للإبطال؛ فيُبطل العقد كله ".

اللجوء إلى هيئة التحكيم لطلب تعديله أو إعفائه منه كلية، ولا يكون له بعد ذلك سوى الطعن بالبطلان أمام محكمة ثان درجة فى الحكم الصادر عن هيئة التحكيم فى هذا الشأن[٩٥].

([٩٥]) نقض مدني مصري صادر في ٢٠٠٩/١/٢٧، الطعن رقم ٥٠٠١ لسنة ٧٨، س ٦٠، ص ٢٤٤، ق ٣٩، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية.

خاتمـة

بعد دراسة موضوع " التحكيم في عقود الإذعان "؛ نستطيع أن نختم بالعناصر الأتية:

أولا: أن الإذعان فى العقود قد جاء نتيجة لحدوث الثورة الصناعية فى أوروبا وانتشارها إلى بقية دول العالم، وما أحدثته من تطورات وتغيرات جذرية فى مجالات عديدة ومن أهمها المجال الاقتصادى.

ثانيًا: أن الإذعان فى العقد يعنى قيام طرف من أطرافه يتمتع بتفوق اقتصادى – يسمى الموجب – بفرض شروطه المحددة سلفًا على الطرف الآخر – يسمى المذعن – والذى يفتقر لهذا التفوق ولا يكون أمامه سبيلًا سوى التسليم كلية بتلك الشروط والإذعان لها.

ثالثا: أن الإذعان فى العقد ينتج عنه اختلال فى التوازن الاقتصادى بين طرفيه، هذا الاختلال الذى أخذه القانون المدنى المصرى عين الاعتبار فى تنظيمه لأحكام التعاقد بالإذعان، وآثر توفير حماية فعالة للطرف المذعن تمثلت فى الآتى:

١ – نص المادة ١٤٩ من القانون المدنى على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية؛ جاز للقاضى أن يعدل منها أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة...".

فهذه المادة تقر حماية خاصة للطرف المذعن من تعسفية ما قد يرد فى العقد من شروط، تتمثل فى سلطة القاضى فى تعديها بإنقاص التزامه أو إعفاؤه من التنفيذ أو استبعاد الشرط التعسفى كلية.

٢ – أن الحماية المقررة للطرف المذعن هى حماية لا يجوز الاتفاق بين طرفى عقد الإذعان على منع القاضي من اعمالها، ذلك أن القاعدة القانونية الواردة فى نص المادة ١٤٩ هى قاعدة قانونية آمرة لتعلقها بالنظام العام، ومن ثم يقع باطلًا بطلانًا مطلقًا كل اتفاق يخالف حكمها، وذلك تطبيقًا للعبارة الأخيرة فى نص المادة ١٤٩، والتى تقضى بأن "يقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك".

٣ – أن الحماية التى كفلها القانون للطرف المذعن تفيد بوجوب تفسير الشك لمصلحته دائمًا وسواء أكان دائنًا فى الالتزام أم مدينًا.

رابعا: أنه لا يوجد فى أنواع العقود ما يسمى بعقد الإذعان بالمعنى القانونى الدقيق،

وإنما الإذعان ما هو إلا طريق خاص من طرق التعاقد قد يرد على أى عقد، ويقابله العقود التى تتم بالمساومة.

خامسًا: أن الإذعان لا ينفى تمامًا مبدأ الرضائية فى العقد، ذلك أنه طالما ارتضى الطرف الآخر – المذعن – بشروط العقد واتجهت إرادته الحرة الخالية من عيوب الارادة إلى إبرام العقد، فيكون بذلك قد قبل بشروط العقد وسلم بها، وتوفرت فى شأنه الرضائية فى العقد، حتى وإن كان قبوله فى العقد قبولًا ناقصًا أو غير كامل، وهو ما يعبر عنه بالإذعان.

سادسًا: أنه يجوز اتفاق طرفى العقد الذى يتم بطريق الإذعان على التحكيم فى نزاع معين أو المنازعات التى قد تحدث بينهما – شرط التحكيم – أو تلك التى قد حدثت بالفعل – مشارطة التحكيم – والناتجة عن تنفيذ العقد أو تفسيره، وذلك كله طالما توافرت شروط صحة اتفاق التحكيم.

سابعًا: وأخيرًا، وطالما توفرت شروط صحة اتفاق التحكيم، وقد وقع النزاع بالفعل بين طرفى عقد الإذعان ولجأ الطرفان إلى التحكيم؛ فإن هيئة التحكيم أو الهيئة التحكيمية تكون لها كافة سلطات واختصاصات القاضى الطبيعى فى شأن النزاع المعروض أمامها خاصة فيما يتعلق باختصاصها فى تعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو استبعادها، على أن تراعى فى ذلك تطبيق القانون وقواعد العدالة.

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية:

١- المراجع العامة:

- **د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، نظرية الحق في القانون المدني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٤.
- **د. حسام الدين كامل الأهوانى**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥.
- **د. حمدى عبد الرحمن أحمد**، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- **د. عبد الحى حجازى**، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- **د.عبد الرزاق أحمد السنهورى**، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- **د.عز الدين الدناصورى، حامد عكاز**، التعليق على قانون المرافعات متضمنًا تعديلات القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، الجزء الثانى، الطبعة الثامنة، ١٩٩٤.
- **د. محمد إبراهيم بنداري**، مصادر الالتزام في مصر وعمان، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- **د.محمد على عمران**، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، بدون ناشر، ١٩٨٤.
- **د.محمد لبيب شنب**، الوجيز فى مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٢- المراجع المتخصصة:

- **د.أبو العلا على أبو العلا النمر**، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- **د. أحمد أبو الوفا**، التحكيم الاختيارى والإجبارى، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣.

- **د. أحمد عبد الحميد عشوش**، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- **د. حسن عبد الباسط جميعى**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- **د. حسني محمود عبد الدايم**، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- **د. حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- **د. عاطف عبد الحميد حسين**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية الواردة فى عقود الإذعان، ١٩٩٦.
- **د. عبد الحميد المنشاوى**، التحكيم الدولى والداخلى فى المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- **د. عبد المنعم فرج الصدة**، عقود الإذعان فى التشريع المصرى، جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦.
- **د. فتحى والى**، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- **د. محسن عبد الحميد البيه**، مشكلتان متعلقان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- **د. محمود السيد عمر التحيوى**، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- **د. محمود مختار أحمد بريرى**، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- **د. ناريمان عبد القادر**، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، من دون تاريخ.

ثانيا: المراجع الفرنسية:

- **Berliez (G.):** Le cortract d'adhésion, Thése, Paris, 1973.
- **Chénedé (F.):** Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, La semaine juridique, édition générale, N° 27, 4 juillet 2016.,
- **Duguit (L.):** Les transfor mations générales du droit privé de luis le code napoleon 2 éme éd, Paris, 1920.
- **Haldy (J.), Rapp(J.M) et Ferrari (PH.):** Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean – François Product, Université de LAUSANN., 1999
- **Hauriou (M.):** Note sous cons. D'Etat 23 Mrs. 1906. S. 1908.
- **Larroumet (Ch.):** Droit civil. Les obligations T. III, Economica, 1986.
- **Saleilles (R.):** De la déclaration de volonté, Paris, 1901.
- **REVET (TH.):** Les critéres du contrat d'adhésion, Recueil Dalloz, 2016.