كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير في القانون

رسالة ماجستير بعنوان:

الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين

"دراسة مقارنة"

Arbitrary Clauses in Banking Loan Contract in Palestine: "A Comparative Study"

إعداد الطالبة: لوجين بدر زهير مرقة

الرقم الجامعي: 1173173

إشراف: د. أمير خليل

شباط 2022

كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير في القانون

رسالة ماجستير بعنوان:

الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين

"دراسة مقارنة"

Arbitrary Clauses in Banking Loan Contract in Palestine: "A Comparative Study"

إعداد الطالبة: لوجين بدر زهير مرقة

إشراف: د. أمير خليل

"قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون من كلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، فلسطين"

شباط 2022

BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير في القانون

الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين

"دراسة مقارنة"

إعداد الطـالبة:

لوجين بدر زهير مرقة

❖ **نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 5-2-2022**

أعضاء لجنة النقاش:		التوقيع
1. د. أمير خليل	(مشرفاً ورئيساً)	.....
2. د. محمد القيسي	(عضواً)	.....
3. د. نعيم سلامة	(عضواً)	.....

الشكر

بعد شكر الله أولاً وآخراً على توفيقه لي في إتمام هذه الرسالة...

أتقدم بجزيل الشـــكر إلى **الدكتور أمير خليل،** لتفضـــله بقبول الإشـــراف على رسالتي، وكل ما قدمه لي من رأي وملاحظات لإتمامها.

كما أتقدم بالشـكر إلى أسـتاذيّ عضـويْ لجنة النقاش الدكتور **(محمد القيسـي)** والدكتور **(نعيم سـلامة)**، لتفضـلهما بقبول مناقشـة رسـالتي، وإثرائها بالملاحظات العلمية القيّمة.

كما أتقدم بالشـــكر والامتنان إلى كل من وقف معي وســـاندني، في إتمام هذه الرسالة، فلهم مني كل الاحترام والتقدير.

لوجين مرقة

الإهداء

إلى من ساندني وكانا بجانبي خطوة بخطوة في كل مراحل حياتي... إلى من هم نبراس دربي

أبي وأمي

إلى من هم سندي في هذا العالم

إخوتي

إلى عائلتي الثانية، ورفيق دربي ومن كان عوناً لي

زوجي الغالي

وعائلته الغالية على قلبي

إلى من ساروا على درب العلم

زملائي طلاب العلم

إلى قدسنا الحبيبة

أهدي هذا الجهد المتواضع

قائمة المحتويات

الشكر .....أ

الإهداء ..... ب

قائمة المحتويات .....ج

الملخص.....ز

Abstract .....ط

المقدمة..... 1

إشكالية الدراسة وأسئلتها..... 8

أهمية الدراسة..... 8

أهداف الدراسة..... 11

أدبيات الدراسة..... 13

نطاق الدراسة..... 16

منهجية الدراسة..... 16

خطة الدراسة..... 17

الفصل الأول: ماهية الشرط التعسفي ومعاييره..... 18

المبحث الأول ماهية الشرط التعسفي..... 18

المطلب الأول مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده 19

الفرع الأول مفهوم الشرط التعسفي..... 19

الفرع الثاني طرق تحديد الشرط التعسفي 25

المطلب الثاني علاقة الشرط التعسفي بالمفاهيم الأخرى ذات الصلة..... 30

الفرع الأول عقود الإذعان..... 31

الفرع الثاني العقود والشروط النموذجية..... 39

الفرع الثالث عقود الاستهلاك..... 43

المبحث الثاني معايير تمييز الشروط التعسفية وصورها..... 47

المطلب الأول معايير الشروط التعسفية..... 47

الفرع الأول المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي) 48

الفرع الثاني المعيار الموضوعي (الميزة المفرطة)..... 50

المطلب الثاني صور الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي..... 54

الفصل الثاني: آليات حماية المقترض من الشروط التعسفية 76

المبحث الأول الآليات غير القضائية 77

المطلب الأول الآليات المكرسة في قوانين حماية المستهلك 77

أولاً: حماية المقترض في عقود الاستهلاك قبل إبرام العقد..... 83

ثانياً: حماية المقترض في عقود الاستهلاك بعد إبرام العقد..... 88

المطلب الثاني الآليات المنصوص عليها في تعليمات سلطة النقد الفلسطينية 90

الفرع الأول التعليمات المتعلقة بضـمان عدم تعرض المقترض للشـروط التعسـفية 91

الفرع الثاني التعليمات المنصـبة على معالجة الشكاوى المقدمة من قبل المقترض بشأن الشروط التعسفية..... 93

المطلب الثالث الآليات المنصوص عليها في القانون المدني..... 99

الفرع الأول نظرية السبب في العقد.....100

الفرع الثاني نظرية عيوب الإرادة.....104

الفرع الثالث نظرية التعسف في استعمال الحق.....108

الفرع الرابع نظرية الإثراء من دون سبب.....111

الفرع الخامس مبدأ حسن النية في العقود.....113

المبحث الثاني الآليات القضائية.....116

المطلب الأول سلطة القاضي في تفسير عقد القرض.....117

المطلب الثاني سلطة القضاء في تعديل العقد وإلغائه.....131

المطلب الثالث نظرية الظروف الطارئة وعقد القرض المصرفي 141

الخاتمة.....149

التوصيات 154

قائمة المصادر والمراجع.....156

الملخص

لقد اندرجت هذه الدراسة تحت عنوان الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين، من أجل تحقيق هدف أساسي، ألا وهو تحديد الأسس والآليات القانونية للتعامل مع الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، وقد استخدمت الباحثة من أجل بلورة الهدف المذكور أعلاه المنهج التحليلي الوصفي المقارن.

وقد انصبت إشكالية الدراسة على بحث مدى توفير المشرّع الفلسطيني لقواعد قانونية فعالة في مجال الحد من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، تبعاً لأهمية ذلك، نتيجة تسارع وتيرة الإقراض، ووجود طرفين في العقد، أحدهما أقوى من الآخر، على نحو يستلزم توفير الحماية القانونية والقضائية للطرف الأضعف، وهو المقترض، والحديث هنا عن الحماية من الشروط التعسفية الجائرة. وقد توصلت الدراسة بالنتيجة إلى تحديد مفهوم الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، في ظل التأكيد على أن القانون، وكذلك القضاء، يوفران مجموعة من الأساليب والوسائل –سواء أكانت القانونية أم القضائية– التي يمكن من خلالها التصدي لفكرة الشرط التعسفي، وتحديداً ذلك الشرط الذي يخالف القوانين والأنظمة، وكذلك الشرط الذي يتناقض مع متطلبات تحقيق التوزان العقدي، سنداً لفكرة العدالة التعاقدية؛ بيد أن الحماية القانونية والقضائية للمقترض من الشروط التعسفية تصبح مشوبةً بعيب القصور، وتحديداً حينما يتم ربط التدخل القضائي بضرورة تحقق الشرط التعسفي في ظل انعقاد وصف الإذعان بالنسبة للعقد، حيث إنه من المتصور أن يتضمن عقد القرض المصرفي شروطاً تعسفية، دونما أن يحوز على وصف عقد الإذعان، وهذا ما يوجب توسيع نطاق الحماية القانونية والقضائية للمقترض، ولعل هذا ما يجعلنا نقول بفكرة عقود "شبه الإذعان"، التي من المتصور تطبيقها بخصوص عقد القرض المصرفي، نتيجةً لعدم تعلق عقد القرض المصرفي بخدمة أو سلعة محتكرة، في ظل عدم إغفال النفوذ الاقتصادي والتعاقدي للطرف المقرض، والذي من الممكن أن يؤدي –في بعض الأحيان– إلى اختلال التوزان العقدي، خلافاً لمقتضيات الحرية والعدالة التعاقدية.

ولقد أوردت الدراسة مجموعة من النتائج والتوصيات، لعل أهمها، أننا ندعو المشرّع الفلسطيني إلى التأكيد على أن عقد القرض المصرفي لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان، مع أهمية عدم ربط التعسف في عقد القرض المصرفي بتحقق وصف الإذعان في العقد المذكور، هذا من جانب. ومن جانب آخر، ضرورة قيام المشرّع الفلسطيني بتوفير آليات فعالة لحماية المقترض، تبعاً لكون عقد القرض المصرفي من قبيل العقود النموذجية التي تقبل المناقشة في شروطها بشكل جزئي، ولذلك، فإنه يتوجب على الجهات المختصة ضرورة مراجعة مضمون هذه العقود، وذلك لغايات النأي بها عن شبهة التعسف الموجه للطرف الأضعف في العلاقة القانونية وهو المقترض، والحديث هنا يدور عن الجهة المختصة في المجال المصرفي، وهي سلطة النقد الفلسطينية، التي يتوجب عليها إصدار تعليمات متخصصة للتعامل مع الشكاوى المتعلقة بالقروض، وعدم الاكتفاء بالنشرات الصادرة عنها، وبمعنى آخر ضرورة توفير إطار قانوني للتعاطي مع الشكاوى المذكورة.

Abstract

This study is titled arbitrary Clauses in a bank loan contract in Palestine in order to achieve a primary goal, which is to determine the legal foundations and mechanisms for dealing with arbitrary conditions in a bank loan contract. The researcher uses in order to achieve the above-mentioned goal, the comparative descriptive analytical method.

The study's problem was to examine the extent to which the Palestinian legislator provides effective legal rules to limit arbitrary Clauses in a bank loan contract, depending on their importance, as a result of the fast pace of loaning and the fact that there are two parties to the contract, one stronger than the other, requiring legal and judicial protection for the weaker party, the borrower. The study concluded by defining the concept of arbitrary Clauses in a bank loan contract emphasizing that the law, as well as the judiciary, provide a set of techniques and means including legal and judicial by which the concept of arbitrary condition, notably that which breaches laws and regulations, may be handled. As well as the condition that contradicts the requirements of achieving contractual balance, in support of the principle of contractual justice. Nonetheless, the legal and judicial protection of the borrower from arbitrary conditions becomes contaminated with flaws, specifically when judicial intervention is related to the necessity of fulfilling the arbitrary condition in light of the contract description of adhesion. It is possible that the bank loan contract contains arbitrary conditions without being represented as an Adhesion contract. This is why expanding the scope of legal and judicial protection for the borrower is necessary. Perhaps this is why we talk about "semi-adhesion" contracts, which might be used to bank loan contracts because they aren't tied to a service or a monopolized product. In light of not overlooking the lending party's economic and contractual influence, this can occasionally result in a contractual imbalance, which is contradictory to the needs of freedom and contractual justice.

The study made a number of recommendations, the most notable of which is, on one hand, calling the Palestinian legislator to emphasize

that the bank loan contract is not one of the adhesion contracts, as well as the importance of not linking the arbitrary of the bank loan contract to the fulfillment of the aforementioned contract's description of adhesion. On the other hand, the Palestinian legislator must create efficient tools to protect the borrower because the bank loan contract is one of the models with terms that are partially subject to negotiation. As a result, the competent authorities must examine the content of these contracts in order to clear them of suspicions of arbitration directed at the weaker party in the legal relationship, the borrower. In this case the competent authority in the banking field is the Palestinian Monetary Authority, which shall provide specific instructions for dealing with loan complaints, not to be satisfied with the Monetary Authority's publications, emphasizing the need of establishing a legal framework for dealing with the aforementioned complaints.

المقدمة

تعد مشكلة التمويل إحدى المشكلات الرئيسية والهامة التي تواجه المشاريع الاقتصادية في معظم دول العالم، وتنشأ هذه المشكلة بسبب نقص الموارد المالية الذاتية لمالك المشروع، هذا من جهة، وعدم إمكانية توفير باقي الاحتياجات التمويلية من مصادر خارجية بشروط ملائمة لطبيعة وخصائص هذه المشاريع من جهة أخرى[1].

وعليه تقوم الشركات الصناعية والتكنولوجية –خصوصاً– بتدبير احتياجاتها المالية من مصدرين رئيسيين، وهما، أولاً: مصادر طويلة الأجل والتي تتمثل برأس المال[2] والأرباح[3] والاحتياطات[4]، وثانياً: مصادر قصيرة الأجل وتتمثل بالقروض المصرفية[5].

وقد تنامت حاجة الناس اليومية للقروض، وتعدى أثرها النطاق الضيق الذي كان يقتصر على تلبية احتياجات فردية تتعلق بمطالب الحياة اليومية بالغالب العام، وتطورت في عصرنا الحالي إلى احتياجات ضخمة وعامة، يتوقف عليها مصير قطاع كبير من

---

[1] ماجد عبد العظيم، دور البنوك وسياسات التمويل المصرفي في دفع التنمية التكنولوجية: دراسة مقارنة، (مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، م15، ع4، مصر، 2014)، 111.

[2] رأس المال هو كل ثروة تجلب لصاحبها دخلاً، ويقصد بالدخل هنا العوائد والأرباح وبدلات الإيجار وغيرها، ويطلق على كل ثروة معدة لإنتاج ثروات أخرى. للمزيد ينظر في: كريمة الرفاعي، تنمية رأس المال الاجتماعي، (مجلة الخدمة الاجتماعية، ع54، مصر، 2015)، 366.

[3] يتولد الربح من استثمار رأس المال كما يحدث في ناتج الأسهم والقروض، أو من خلال العمل بشقيه سواء كان العامل يعمل لحساب نفسه أو يعمل لحساب الغير، وينتج الربح أيضاً من تفاعل رأس المال والعمل كما يحدث عند مباشرة الأنشطة الصناعية أو التجارية. للمزيد ينظر في: عبد العزيز فتوح، حصة العاملين في الأرباح، (نشرة جمعية الضرائب المصرية، م25، ع100، مصر، 2015)، 29.

[4] يقضي الاحتياط بأن تحتفظ الشركة ببعض أرباحها فلا توزعها على المساهمين حتى تدرأ بها مخاطر المستقبل مثل تعرض الشركة لخسارة أو عدم تحقيق الشركة في سنة من السنين ربحاً ما، ومع ذلك تريد أن توزع على مساهميها أرباحاً، وهذه الأرباح التي يتم عدم توزيعها والاحتفاظ بها لغرض ما هو ما يطلق عليه المال الاحتياطي، وتتميز الاحتياطات بأنها تؤخذ من الأرباح الصافية القابلة للتوزيع. والاحتياطات لا تعتبر وسيلة أمان من المخاطر المحتملة، بل قد تستخدمها الشركة في الإنتاج شأنها شأن رأس المال إلا إذا تضمن نظام الشركة قواعد خاصة بالاحتياطات وما تنفق فيه. للمزيد ينظر في: عبد العزيز فتوح، الاحتياطات والمخصصات، (نشرة جمعية الضرائب المصرية، م24، ع94، مصر، 2014)، 29–30.

[5] ماجد عبد العظيم، مرجع سابق، 112.

المجتمع، بل بات المجتمع كله يلجأ إلى القرض لإحداث التنمية المنشـــودة كأداة لتمويل المشروعات وتحقيق أهدافهم التنموية، وتحقيق مصالحهم في الرخاء والتقدم[6].

ولا يوجد شك في أهمية عقد القرض المصـرفي في الحياة العملية للأفراد، فقد أصـبحت الغالبية العظمى من التعاملات اليومية تتعلق بالقروض، بما توفره من تســـهيلات مالية للأفراد والمؤسـسـات للحصـول على منافع مختلفة مدنية أو تجارية، فاقتراض المال وتوفير التسهيلات المالية يؤديان لمزيد من العمل والإنتاج والنمو الاقتصادي والاجتماعي، فالأفراد والمؤسـسـات لا يسـتطيعون الوصـول لأهدافهم دون المال[7]، وبذلك فإن عقد القرض لا تقل أهميته عن عقد البيع أو الإيجار[8].

كما تعتبر القروض المصـرفية أيضـاً أحد الموارد الأساسية التي يعتمد عليها المصـرف للحصـــول على إيراداته، إذ تمثل الجانب الأكبر من اســتخداماته، ولذلك تولي المصـــارف التجارية القروض المصرفية عناية خاصة. وتعد القروض المصرفية التي تعطيها المصارف التجارية من العوامل الهامة لعملية خلق الائتمان، التي تنشـــأ عنها زيادة الودائع والنقد المتداول، كما أن منح القروض يمكّن المصارف من الإسهام في النشاط الاقتصادي وتقدمه ورخاء المجتمع. فالتمويل عن طريق القروض يجعل النشـاط الاقتصـادي يخضـع لتوجيه وتشجيع أكبر، بالإضافة إلى القدرة على المراقبة فيما يتعلق بتسيير المشاريع[9].

وبهذا يشـكل النظام النقدي والمصـرفي لأي بلد جزءاً من النظام السـياسـي والاجتماعي لها، ومن ثم فهو يؤثر ويتأثر بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية السائدة به[10].

---

[6] محمد الجندي، *القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية*، (ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996)، 18.

[7] نسـرين محاسـنة، عقد القرض في القانون المدني الأردني: دراسـة تحليلية، (مؤتة للبحوث والدراسـات – العلوم الإنسـانية والاجتماعية، ع5، الأردن، 2008)، 188.

[8] نسرين محاسنة، مرجع سابق، 186.

[9] نصـيرة يحياوي، دور القروض البنكية في تنمية القطاع الفلاحي: دراسـة حال الجزائر، (جامعة ابن زهر، الجزائر، 2013)، 180.

[10] السيد عبد المولي، *التشريعات الاقتصادية*، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992)، 6.

فتعد المصـارف –عامة– أسـاس النظام المالي لأي مجتمع اقتصـادي، فهي تمثل وعاء الادخار للمجتمع، وتعمل على توفير الحاجات المالية للجهات المحتاجة، وذلك من خلال الإقراض والاستثمار وتسهيل تدفق السلع والخدمات بين مكونات المجتمع من خلال أدوات التسديد المختلفة. وبالرغم من التوسع في النشاطات المصرفية الحديثة فإن تقديم الائتمان وتطوير المحفظة الائتمانية للمصارف بقيت تشكل الجزء الأهم لمجمل العوائد المصرفية[11].

بحيث تكلَّف المصـــارف بإدارة الأرباح لحملة الأســهم والتحفظ على ودائع العملاء، وإن تكوين وإدارة محفظة عالية الجودة من القروض التجارية يلعب دوراً هاماً في القيام بكلتا المهمتين[12]. فتعمل المصـــــارف على تلقي الأموال وتجميعها ومن ثم توجيهها نحو نواحي النشـــاط الاقتصـــادي وغيره من النشـــاطات الاجتماعية المختلفة، وتكون بذلك من أهم مؤسسات السوق المالية بالمعنى الواسع[13].

إن من أهم صـــور الائتمان المصـــرفي هي عملية الاقتراض التي هي محل الدراســـة، بحيث تتلخص عملية الاقتراض في تعهد البنك بأن يدفع مبلغاً للعميل بحيث يوضـع المبلغ تحت تصرفه بلا شروط، فللعميل حرية التصرف بالمال بغض النظر عن غرض المشروع، إلا إذا نص العقد على شرط استخدام القرض في غرض معين[14].

---

[11] حسني خريوش ومحمد العبادي، تقييم أداء محفظة القروض والتسهيلات الائتمانية في القطاع المصرفي الأردني (مؤتة للبحوث والدراسات؛ العلوم الإنسانية والاجتماعية، م2، ع19، مؤتة، 2004)، 216.

[12] وجدي حجازي، *موسوعة الائتمان المصرفي – القروض المصرفية*، (دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2014)، 12.

[13] الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية – أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية –الجزء الأول– الجديد في التقنيات المصرفية، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002)، 7.

[14] السيد عبد المولي، الوجيز في التشريعات الاقتصادية، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996)، 50.

ويعرف عقد القرض لغوياً على أنه: "عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله"[15]. ويسمى الدافع للمال: مُقرِضاً، والآخذ له: مقترضاً أو مستقرضاً، ويسمى المال المدفوع: قرضاً، والمال الذي يرده المقترض إلى المقرض: بدل القرض[16].

فيمنح المصرف عميله مبالغ مالية لمواجهة احتياجاته التمويلية، وقد يتم منح هذه المبالغ في صورة قروض تضاف لحساب العميل دفعة واحدة أو على شكل تسهيلات ائتمانية يستطيع أن يسحب العميل منها، ويتعهد بإعادتها على دفعات بشرط ألا تزيد مديونيته في أي وقت على قيمة معينة طبقاً لما يتم الاتفاق عليه مع المصرف، على أن ترد المبالغ الممنوحة للعميل في تاريخ معين. وعلى ذلك يمكن أن يعرف عقد القرض المصرفي بأنه: "عقد يلتزم بموجبه البنك بأن ينقل إلى عميله ملكية مبلغ معين من النقود أو وضع حد نقدي معين تحت تصرفه خلال فترة معينة لاستخدامه في غرض معين، على أن يرد ذلك المبلغ للبنك في تاريخ معين مضافاً عليه عائد متفق عليه"[17].

وتعرف محكمة التمييز القطرية عقد القرض المصرفي على أنه: "عقد يقوم بمقتضاه البنك بتسليم المقترض مبلغاً من النقود على سبيل القرض أو قيّد هذا المبلغ في الجانب

الدائن لحساب المقترض في البنك ويلتزم المقترض بسداد مبلغ القرض وفوائده للبنك في المواعيد وبالشروط المتفق عليها"[18].

---

[15] المغاوري الفقي، *التغيرات التي تطرأ على النقود وأثرها في سداد القروض – دراسة فقهية مقارنة*، (د.ط، دار الكتب القانونية، مصر – الإمارات، 2012)، 47.

[16] المغاوري الفقي، مرجع سابق، 48.

[17] إبراهيم زكي، *الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي (القرض، التسهيل الائتماني)*، (د.ط، د.ن، القاهرة، 1998)، 5.
وقد عرف البعض عقد القرض المصرفي بأنه عقد يتعهد بمقتضاه المقرض (المصرف) أن يسلم عميله المقترض مبلغاً من المال أو يقيده في حسابه، وذلك مقابل التزام العميل برد هذا المبلغ عند حلول الأجل المتفق عليه بالإضافة إلى عوائد القرض وعمولة المصرف. للمزيد ينظر في: محمد البنا، القرض المصرفي – دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006)، 13. ينظر أيضاً في: محمد جريفيلي وشريف بحماوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي، (مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية – المركز الجامعي لتامنغست، م6، ع11، الجزائر، 2017)، 26-27.

[18] حكم محكمة التمييز القطرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2010/184، الصادر بتاريخ 2010/12/28،

ولم تعرف مجلة الأحكام العدلية عقد القرض، إنما تطرق القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته إلى تعريفه، وذلك في المادة (636) منه، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: "القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض"[19]. وقد عرّفه القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته في المادة (538) على أنه: "القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد له المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته"[20].

وقد عرف مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد القرض، ضمن المادة (579)، على أنه: "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد له المقترض عند نهاية مدة القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته"[21].

وبناءً على تعريف عقد القرض، فإن الأركان العامة له تتمثل في إرادة الأطراف وتراضيهما، وينعقد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين وصحيحتين، ويجب أن تتجه كل إرادة إلى غاية مشروعة وهذا هو السبب، ويتعين أن يكون لكل التزام تعاقدي محل مستوفٍ للشروط التي يتطلبها القانون[22].

متوافر على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?id=484&language=ar، تمت الزيارة بتاريخ 2020/12/6، الساعة 7:08 مساءً.

[19] المادة (636) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، الجريدة الرسمية، ع2645، 1976. وتطبيقاً لذلك فقد عرفت محكمة بداية حقوق عمان عقد القرض على أنه: "عقد ملزم للمقترض برد ما قبض قدراً ونوعاً وصفةً للمقرض عند نهاية مدة العقد". للمزيد ينظر في: حكم محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/2032، الصادر بتاريخ 2018/9/16، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[20] المادة (538) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية)، ع108 مكرراً، بتاريخ 1948/7/29، ص1 وما بعدها.

[21] المادة (579) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وهو نفس القانون ساري المفعول في قطاع غزة، منذ العام 2012.

[22] إبراهيم زكي، مرجع سابق، 7.

وعلى الصعيد الفلسطيني أصبحت القروض تلعب دوراً هاماً في الاقتصاد الوطني، إذ إنها تقوم بدور فعال في زيادة الطاقة الإنتاجية، وبالتالي زيادة العمالة عن طريق استثمار الأموال المقترضة في مشاريع إنتاجية ذات عوائد مرتفعة تساعد في تحقيق أهداف متعددة، إذ تهدف القروض إلى زيادة الإنتاج من حيث كميته ونوعيته والعمل على زيادة معدلاته حتى يتحقق النمو والاستقرار الاقتصادي والوصول إلى فائض إنتاجي، والعمل على التصدير والتقليل من الاستيراد.

وبما أن عقد القرض المصرفي يتمتع به الطرف القوي اقتصادياً وهو المصرف، بحرية اشتراط ما يشاء من شروط مقررة، لا يسع للطرف الضعيف وهو العميل المقترض إلا القبول والتسليم بها دون مناقشتها[23]، ففي هذه الحالة يحتاج الأمر إلى تدخل تشريعي يكون الهدف منه إصباغ الحماية القانونية للطرف الضعيف من الضرر الذي قد يتعرض له نتيجة ارتباطه بعقد مع طرف قوي[24].

وبالعودة للأصل العام تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن هذا المبدأ يقتضي حرية الأطراف بإبرام العقود وتضمينها ما يرغبون فيها من شروط وبنود، ويشترط في هذه الحالة عدم مخالفة الشرط للقانون أو النظام العام والآداب العامة[25]. فتعتبر الإرادة أساس القوة الملزمة في التعاقد، وهي التي تتحكم في مضمون العقد والالتزامات الناشئة عنه، والتي تقع على عاتق كل أطرافه، فيفترض في مبدأ سلطان الإرادة أن تكون هناك حرية كاملة للاختيار،

---

[23] أمين دواس، *المصادر الإرادية "العقد والإرادة المنفردة"*، (ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004)، 68.

[24] أحمد عبد الرحمن، *البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية*، (د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002)، 47.

[25] علي الشديقات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، (رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن، 2010)، 59. وتطبيقاً لذلك ينظر في: حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/8274، الصادر بتاريخ: 2020/6/16، منشورات قسطاس الحقوقية، ص8 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة أعلاه على أن: "... وفي ذلك نجد أن المشرع الأردني أخذ كأصل عام بمبدأ سلطان الإرادة بإبرام العقود، وجعل من اتفاق العاقدين قانونهما وشريعتهما الخاصة، ويتوجب على المحكمة تطبيق قانون المتعاقدين اللذين أرادا تطبيق أحكامه...".

من بدائل كثيرة ومتاحة، بالإضافة للقدرة على المفاوضة والمساومة والمناقشة حول الشروط التي يتم إدراجها في العقد[26].

فيكون طرفا التعاقد على قدم المساواة، وتتحقق لهما الحرية الكاملة في مناقشة بنود العقد، لكن قد يحدث أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط العقد، بما له من قوة اقتصادية، ويفرض على الطرف الآخر قبول هذه الشروط، فلا يكون أمام الأخير إلا قبول التعاقد على هذا النحو أو رفض التعاقد مطلقاً[27].

ومن الشروط المعدة مسبقاً من قبل أحد أطراف العقد ما يكون تعسفياً نتيجة إعداد العقد من قبل طرف واحد دون مشاركة الطرف الآخر به، وفرض هذه الشروط على الطرف الآخر لا يتم إلا من خلال وجود قوة اقتصادية أو تفوق مادي أو قانوني يؤدي بالطرف الضعيف للقبول بها. ومن أكثر العقود المتداولة مؤخراً في عصرنا الحالي، هي عقود القروض المصرفية ذات التسهيلات المالية، التي أصبحت ركيزة أساسية لتعاملات ومشاريع عدّة.

لذلك ستعالج هذه الدراسة الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين، بحيث سيتم البحث في كيفية تحقيق توازن عقدي بين طرفي عقد القرض المصرفي، والبحث في وسائل الحماية القانونية والقضائية لصالح المقترض من الشروط التعسفية المفروضة عليه.

---

[26] علي الشديقات، مرجع سابق، 69.

[27] أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات*، (ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014)، 75-76.

إشكالية الدراسة وأسئلتها

تتجسد إشكالية الدراسة في التساؤل الرئيسي التالي: هل وفّر المشرع الفلسطيني قواعد قانونية فعالة في مجال الحد من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي؟

وينبثق عن السؤال المذكور أعلاه تساؤلات فرعية، وهي:

1- ما هي الشروط التعسفية من منظور: الفقه، والقضاء، والقانون؟
2- ما هي الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي الفلسطيني؟
3- ما هو دور كل من القانون والقضاء الفلسطيني في حماية المقترض من الشروط التعسفية؟
4- ما هي الوسائل المتبعة لحماية المقترض من الشروط التعسفية في التجارب المقارنة؟

أهمية الدراسة

يعتبر موضوع الدراسة انعكاساً للتطور الواقع في الميدان الاقتصادي، ويجب ذلك تفسيره نتيجة تشعب الأنشطة الاقتصادية وتبني الأنظمة السياسية لمبادئ الاقتصاد الحر والسوق المفتوحة. وتأثيرات ذلك على زيادة عدد المشروعات التي تحتاج إلى رأس مال ضخم، حيث يغطي أنشطتها الكبيرة والمتسارعة. ويرتبط ذلك ارتباطاً وثيقاً أيضاً بتطور وظائف الدولة وعدم اقتصارها على مفهوم الدولة الحارسة، إنما تدخلها في تنظيم المجالات الاقتصادية، ومن ذلك عقود القروض المصرفية التي تتصل بشكل مباشر بوظيفة الدولة بالتنظيم وبالانعكاسات الاقتصادية على مستوى الاقتصاد القومي وعوامل التنمية الاقتصادية[28]. وتبلغ الأهمية النظرية ذروتها نتيجة لارتباط موضوع الدراسة بالجدل القانوني والفقهي والقضائي على صعيد الأحكام الناظمة لعقد القرض المصرفي، إذ تسعى

[28] عبد الملك الريماوي، *النظم السياسية والقانون الدستوري*، (د.ط، د.ن، القدس، 2013)، 64.

الدراسة لتسليط الضوء على تلك الاختلافات والوقوف على وجهات النظر المختلفة ذات العلاقة، وصولاً إلى محاولة بلورة الأسس القانونية التي يمكن من خلالها تحسين منظومة قانونية فاعلة على صعيد الأحكام المنظمة لعقد القرض المصرفي.

وتبرز أهمية الدراسة بأنها تركز على عقد القرض المصرفي في فلسطين، والذي يبرم بشكل كبير في يومنا هذا، فهو موضوع يهم المجتمع بسبب انتشاره الواسع، فأصبح حاجة أساسية يلجأ إليها الكثيرون لتوفير التسهيلات المالية لتمكينهم من إتمام معاملاتهم المدنية والتجارية التي لا تتم دون المال، والتي يوفرها المصرف بالسيولة اللازمة مقابل عمولات وفوائد بنكية، ونتيجة لحاجة المستهلكين لهذه القروض يتعرض المتعاملون بها إلى الاستغلال من خلال فرض بنود العقد وشروط المصرف المعدة مسبقاً من قِبَله دون مشاركة العميل المقترض بها على الرغم من أنه طرف في العقد[29].

فتواجه عملية الإقراض في العالم العديد من المشاكل رغم توفر الضمانات، حيث إن بعض القروض لا يتم تسديدها وفقاً لما تم الإتفاق عليه، ويعود ذلك إلى ضعف الإدارة

[29] تجدر الإشارة إلى أنه قد ارتفعت نسبة القروض الاستهلاكية بنسبة 291.6% خلال الفترة بين الربع الأول من العام 2008 إلى الربع الرابع من العام 2012. وأيضاً نسبة القروض الاستهلاكية بلغت في سنة 2008 نحو 3.8% من إجمالي الناتج المحلي، بينما تضاعفت نسبتها في العام 2011 لتصل 7.6%. ويمكن أن ترجع الزيادة العالية في القروض إلى الزيادة في الطلب على المساكن والأثاث والأجهزة الكهربائية، التي لا يستطيع العديد من الأفراد الحصول عليها إلا من خلال الاقتراض. ولعل هذه البيانات تعني أن عبء التزام المقترضين لتسديد هذه القروض يزداد في اقتصاد مكشوف للصدمات الداخلية والخارجية. وفي إحصائية جديدة لسلطة النقد الفلسطينية، يمكن للمتفحص أن يلاحظ حجم الإقبال المتزايد على القروض المصرفية من قبل أفراد المجتمع الفلسطيني، وذلك بإجراء مقارنة في إطار الفترة الممتدة من العام 2015 وحتى نهاية العام 2019، حيث نجد أن حجم الطلب على القروض في العام 2019 قد تضاعف بمقدار 3 أضعاف على الأقل مقارنةً بالنسبة للإقبال على القروض في العام 2015. للمزيد ينظر في: مهند أبو رجيله وفتحي سروجي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية ومخاطر التوسع في القروض الاستهلاكية في الأراضي الفلسطينية المحتلة، (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2013)، 20. وللمزيد ينظر أيضاً في: سلطة النقد الفلسطينية، التقرير السنوي، رام الله، 2019، ص115 وما بعدها، متوافر بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: https://www.pma.ps/، تمت الزيارة بتاريخ 2020/12/6، الساعة 5:18 مساءً.

المالية لدى المقرض أو نتيجة لظروف لا يمكن السيطرة عليها، الأمر الذي يؤدي إلى تعثر بعض القروض[30].

والمقترض ليس كأي مستهلك، فهو يحتاج إلى الحماية من الشروط التعسفية للمصرف، وهو من أضعف المستهلكين في هذه العلاقة، لأن المصرف يمتلك الوسائل المادية والاقتصادية والقانونية كافة لجعل عقد القرض يصب في مصلحته[31]، إذ إن جُلّ المعاملات التجارية والمدنية أصبحت في وقتنا الحالي تتخذ شكل العقود النموذجية، التي لا تقبل النقاش على صعيد بنودها[32].

كما تكمن أهمية الموضوع في أنه حديث نسبياً على الصعيد الفلسطيني، بحيث إن الانتشار الكبير لعقد القرض المصرفي في فلسطين حديث، ولا يوجد تنظيم قانوني خاص لمعالجة حماية المقترض من تعسف المصرف كما في دول أخرى كالمغرب العربي، وفي الإطار القانوني لحماية المستهلك فإن قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (2) لسنة 2005 حديث أيضاً ولم تتم دراسة تطبيق القانون على حالات تعسف مصرف في عقد القرض، لذلك ستقوم هذه الدراسة بالبحث في كيفية حماية المقترض من خلال قانون حماية المستهلك الفلسطيني، بحيث نص القانون في المادة (23) منه على أن: "للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها

---

[30] لورنس كامب، إدارة القروض المتعثرة – تمرين تطبيقي لمعالجة القروض المتعثرة للمصرف الفلسطيني، (شركة الأسواق المالية العالمية، فلسطين، 2004)، 9.

[31] مراد أسراج، الشروط التعسفية في عقد التأمين، (المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ع1، المغرب، 2011)، 198.

[32] العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، (مجلة القانون العربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع13، المغرب، 2009)، 5.

مجحفة بحق المستهلك أو بطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"[33].

كما أن دراسة الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين هو موضوع لم تتم دراسته مسبقاً بشكل مباشر ومفصل، ولا توجد عليه تطبيقات أو ممارسات عملية في القضاء الفلسطيني إلا في حدود بعض أنواع الشروط، مثل تخطي نسبة الفائدة القانونية، بحيث سبق وأن عدَّل حكم قضائي فلسطيني نسبة فائدة غير قانونية في عقد قرض[34]. لذلك ستكون دراسة هذا الموضوع لها أهمية في إلقاء الضوء على هذه الشروط ووسائل الحماية منها.

وبهذا تكون هذه الدراسة مرجعاً جديداً لدراسة الشروط التعسفية في عقد القرض ووسائل الحماية منها في ظل وجود فراغ تشريعي وفقهي بهذا الشأن.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم الشروط التعسفية وعناصرها ومعاييرها، من ثم تحديد شروط عقد القرض المصرفي من خلال دراسة نماذج عقود قرض من عدة مصارف في فلسطين، مثل بنك فلسطين وبنك الأردن والبنك العربي، فسيتم التطرق إلى كل بند في هذه العقود ومناقشة ما يعد تعسفياً منها بناءً على ما سيتم التوصل إليه في تحديد الشرط

---

[33] قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته، منشور في العدد (63) من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2006/4/27.

وتظهر أهمية الدراسة أيضاً في معالجتها للإطار القانوني المنظم للشروط التعسفية، وذلك لبيان الشروط التعسفية من غيرها في عقد القرض، ودراسة الوسائل القانونية والقضائية المتبعة لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية فيه. كما تظهر أهمية الدراسة ببيان الوسائل المتبعة في الأنظمة القانونية المقارنة للاستفادة من تجربتهم والوصول للنظام القانوني الأنسب لحماية العميل المقترض من مخاطر الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي.

[34] حكم محكمة النقض الفلسطينية الصادر بتاريخ 2010/3/8، طعن رقم 2009/152.

التعسفي. كما تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم عقود الإذعان وتحديد إذا ما كان عقد القرض المصرفي عقد إذعان أم لا.

أيضاً تهدف الدراسة إلى بيان الحماية القانونية التي فرضها المشرع الفلسطيني لصالح المستهلك المقترض، وبيان دور القضاء في الحد من هذه الشروط من خلال تعديلها أو إلغائها أو استبعادها.

كما أن هذه الدراسة تهدف للمقارنة بين النظام القانوني الفلسطيني والمغربي في إطار حماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض، ففي المغرب خُصص في القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك نصوص لحماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض، فقد تطرق المشرع لمفهوم الشرط التعسفي، ونص في مواده على مجموعة من الحالات التي يمكن اعتبار شروط العقد فيها تعسفية، وعالج آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، لذلك تعد المقارنة مع القانون المغربي مهمة جداً لما أفرده هذا القانون من اهتمام لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، والذي لا نراه بشكل واضح في قوانين عربية أخرى، فهو مثال مهم يمكن الاستعانة به لدراسة الموضوع، ولمعالجة الفراغ التشريعي الذي يواجهه موضوع الشروط التعسفية والحماية منها في فلسطين.

كما تقارن الدراسة القانون الفلسطيني بكل من القانونيْن الأردني والمصري عند الحاجة، فكلاهما لديه قانون حماية مستهلك يمكن المقارنة بينه وبين قانون حماية المستهلك الفلسطيني، ويعد كل من النظام القانوني الأردني[35] والمصري[36] الأقرب للنظام القانوني

[35] قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، ع5455، بتاريخ 2017/4/16، ص2725 وما بعدها.

[36] قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018، المنشور في الجريدة الرسمية عدد (37) (تابع) بتاريخ 2018/9/13، ص2 وما بعدها.

الفلسطيني، كما أن طبيعة الوضع الاجتماعي والاقتصادي متشابهة أيضاً، ما يعطي أهمية كبرى للمقارنة بهذه القوانين.

كما تهدف الدراسة إلى البحث في موضوع شروط عقد القرض المصرفي ومدى إمكانية اعتبارها تعسفية، لعدم وجود مراجع فقهية فلسطينية كافية عن هذه الموضوع رغم أهميته.

أدبيات الدراسة

هنالك العديد من الكتب الفقهية والرسائل الجامعية والمقالات القانونية العلمية التي تناولت الشروط التعسفية في العقد وعالجت وسائل الحماية منها، وهنالك من الدراسات أيضاً ما تناول عقد القرض المصرفي بشكل مُفَصّل، وتقل الدراسات المتخصصة بمعالجة الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي أو وسائل الحماية منها.

وبهذا ستقوم الدراسة بعرض الأدبيات السابقة المتعلقة بموضوعها والمعالِجة لها أو لجزئيات منها على النحو التالي:

أولاً: هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك: دراسة مقارنة، (مصر، 2014).

تناول الباحث في هذه الدراسة مفهوم الشروط التعسفية طبقاً للقواعد العامة في التشريع المصري، من ثم خصص المفهوم ضمن إطار قانون حماية المستهلك، كما تناول الحماية القانونية للطرف الأضعف من الشروط التعسفية، وحدد الشروط التي يجب توافرها بها ليتمكن من الحصول على الحماية القانونية.

وقد عالج الحماية القانونية من الشروط التعسفية في التشريع المصري بأن تكون في تعديل هذه الشروط أو استبعادها، وقد منح القانون هذه السلطة التقديرية للقاضي، وقد ربط

الباحث السلطة التقديرية للقاضي بتعديل أو استبعاد الشرط التعسفي بناءً على معايير تحديد الشرط التعسفي.

كما تناولت الدراسة الشروط التعسفية وعناصرها ومعاييرها في القانونيْن الفرنسي والجزائري، وتحدث عن الرقابة القانونية والإدارية اللازمة للحماية من الشروط التعسفية في القوانين الأجنبية، التي تكون من خلال القوائم المحددة للشروط التعسفية بموجب القانون، أو من خلال لجنة رقابة الشروط التعسفية، أو من خلال رقابة الحكومة عليها، وأخيراً الرقابة القضائية.

لكن لم تتخصص هذه الدراسة بالحماية القانونية من الشروط التعسفية لنوع معين من العقود، إنما طرحت الموضوع كقواعد عامة دون تطبيق على نوع عقد معين مثل عقد القرض المصرفي، الذي ستتناوله هذه الدراسة من خلال تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في القواعد العامة والقوانين على عقد القرض المصرفي في فلسطين.

ثانياً: مياد العربي، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، (المغرب، 2009).

قسّمَ الباحث دراسته إلى ثلاثة أفرع، نتناول في الفرع الأول منها مفهوم الشروط التعسفية، ونتناول في الفرع الثاني منها طرق تحديد الشروط التعسفية في العقد، وتحدث في الفرع الأخير عن طرق مقاومة الشروط التعسفية في العقد، وذلك من خلال استعراض التجربتيْن الفرنسية والمغربية، وذلك للجمع بين الوسائل التشريعية والقانونية كافة الممكن استخدامها للحد من الشروط التعسفية، وللحماية منها بعد وجودها.

عالجت هذه الأدبية جزئية مهمة من الدراسة، لكنها لم تتطرق لعقد القرض بالخصوص، وهذه ما سيتم علاجه في هذه الدراسة.

ثالثاً: محمد غاديمون، الشروط في عقد القرض، (الأردن، 1993).

تحدث الباحث في هذه الرسالة عن تعريف الشرط بشكل عام وأنواعه، وارتباط الشرط بالعقد وأثر ذلك. من ثم تناول تعريف عقد القرض وبحث في مشـــروعيته وحكمه، وبيَّنَ أطرافه والتزاماتهم، وعالج حكم ما قد يحدث لأحد الأطراف من إعلان إفلاس أو وفاة أو غيرها.

وتناول الباحث الشروط المشروعة في عقد القرض من غيرها، وحكم عدم التزام الأطراف بها. من ثم انتقل لبيان الشـروط غير المشـروعة في عقد القرض، وهذه الشـروط بالنسـبة لدراسته هي: العقد الفاسد والمفسد للعقد، والشروط اللاغية غير المفسدة للعقد. كما تناول الباحث في رســـالته أنواع القروض وأحكامها وتطبيقاتها العملية، وبين بعض الحالات الواقعية لممارسات بعض البنوك للقروض في الأردن.

لكن لم تتناول هذه الدراسـة الشـروط التعسـفية في عقد القرض، وهذا ما سـتعالجه هذه الدراسة بالاستفادة مما بينته الدراسة السابقة بشأن عقد القرض والممارسات الواقعية للبنوك في القروض.

رابعاً: الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، (المغرب، 2013).

عالجت هذه الدراســة مفهوم الشــرط التعســفي وعناصــره من منظور القانون المغربي 31.08 القاضــي بتحديد تدابير لحماية المسـتهلك، وبيان أمثلة الشـرط التعسـفي وتطبيقاته في عقد القرض المصـرفي في المغرب، كما بينت الدراسـة طرق تحديد الشـروط التعسـفية، واعتبرت كلاً من التشـريع والقضــاء، وجمعيات حماية المسـتهلك من أهم وسـائل الحماية منها.

وعليه فإن هذه الدراســـة مهمة في إطار المقارنة بين حماية المقترض من الشـــروط التعســفية في عقد القرض المصــرفي في فلســطين والمغرب، وســيتم الرجوع لها في هذه

الدراسة للاستفادة من التجربة المغربية في حماية المقترض، حيث إن النظام القانوني في المغرب نظّم حماية المقترض بنصوص خاصة.

نطاق الدراسة

يمكن تحديد نطاق الدراسة من خلال النظر في عنوانها، وتحديداً من حيث انحصاره بالقروض المرتبطة بالمصارف "البنوك"، ويعني ذلك أن نطاق الدراسة لا يشمل القروض الصادرة عن المؤسسات التي تعمل في مجال الإقراض من غير البنوك. ويتمحور نطاق الدراسة في إطار التركيز على عملية الإقراض الفردي (إقراض الأفراد)، دونما المؤسسات، على نحو يشمل بشكل مركز الإقراض الاستهلاكي، وربط ذلك بقوانين حماية المستهلك محل المقارنة، في ظل عدم شمول نطاق الدراسة للقروض المرتبطة بنظام المرابحة الإسلامي؛ أي القروض التي تتعامل بها البنوك الإسلامية.

منهجية الدراسة

اعتمدت الباحثة في إطار الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي، بأسلوبٍ مقارن، بما يشمل القواعد القانونية الصادرة عن المشرع المقارن، وقد تم الاعتماد على أسلوب المقارنة الأفقي، تجنباً للتكرار، حيث تم إبراز العناصر والنصوص التي تخدم البحث في موقعها المناسب، وقد شمل ذلك من حيث الأساس كلاً من التشريع: الفلسطيني، والمغربي، والمصري، والأردني، وفي بعض الأحيان الفرنسي واللبناني. وكذلك تم التعويل على مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن الأنظمة القضائية المقارنة، وعلى الأخص القضاء: الفلسطيني، والأردني، والمصري، والمغربي، والقطري.

خطة الدراسة

في ظل الإمعان في الأهمية التي تعبر عنها الدراســة، ولتحقيق الأهداف المرجوة منها، وفي إطار الإجابة عن الإشـكالية الرئيسـية التي فرضــتها، وعن التســاؤلات الفرعية التي انبثقت عن تلك الأخيرة، وسـعياً للبحث في مدى تطابق فرضـيات الدراسـة مع نتائجها، فقد قسـمت الدراسـة وفق الترتيب المنهجي إلى فصـلين، حيث حمل الفصـل الأول من الدراسـة عنوان ماهية الشرط التعسفي، وقُسّم إلى مبحثين، إذ جاء المبحث الأول منه بعنوان ماهية الشرط التعسفي، أما المبحث الثاني فقد اندرج تحت عنوان معايير تمييز الشروط التعسفية وصـــورها. فيما جاء الفصـــل الثاني تحت عنوان آليات حماية المقترض من الشـــروط التعسـفية، وقسـم إلى مبحثين، حيث عالجت الباحثة المبحث الأول من خلال التطرق إلى الآليات غير القضـــائية لحماية المقترض من الشــروط التعســفية، وأخيراً فقد جاء المبحث الثاني من الفصـــل المذكور تحت عنوان الآليات القضـــائية لحماية المقترض من الشــروط التعسفية.

الفصل الأول

ماهية الشرط التعسفي ومعاييره

يتناول هذا الفصل بالدراسة تعريف الشرط التعسفي وبيان عناصره بشكل يميزه عن غيره من الشروط المدرجة بالعقد، بالإضافة إلى طرق تحديده، وتحديد معاييره، وتطبيقها على شروط عقد القرض المصرفي، وذلك من خلال مبحثين، الأول منهما: ماهية الشرط التعسفي، والثاني: معايير الشرط التعسفي وصوره.

المبحث الأول

ماهية الشرط التعسفي

نظراً للآثار بالغة الضرر التي يلحقها الشرط التعسفي بالطرف الضعيف في العقد، فقد حاول كل من التشريع والقضاء والفقه التصدي لهذا الشرط، سواء أكان في فلسطين أم في الدول الأخرى. وذلك لأنه يخل بالتوازن العقدي، وتحديداً من حيث عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[37]، لذا، فقد أصبح من الضروري الوقوف على مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده، وتمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة له، مثل العقود والشروط النموذجية، وعقود الإذعان وعقود الاستهلاك، لأن هذه المسائل تعد خطوة أساسية في طريق مواجهتها. وسيتم ذلك من خلال مطلبين، الأول: مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده، والثاني: علاقة الشرط التعسفي بالمفاهيم الأخرى ذات الصلة.

---

[37] علي الشديقات، مرجع سابق، 60.

المطلب الأول

مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده

تتناول الدراسة في هذا المطلب التعريفات القانونية، والقضائية، والفقهية، للشرط التعسفي وبيان خصائصه، من خلال الفرع الأول، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فسوف تتطرق الدراسة لطرق تحديد الشرط التعسفي من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم الشرط التعسفي

تتضح صورة الشرط التعسفي في العقد بعدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات أطرافه[38]، والمترتبة على العقد الرابط بينهما، ويتجلى عدم التوازن في استفادة طرف معين من ميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر، وبمعنى آخر فإن الشرط التعسفي ينصب على الشرط الذي يفرضه طرف من أطراف العقد على الآخر، مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة[39]؛ وتشمل هذه الأخيرة كل منفعة تتناقض ومفهوم التوازن المتعلق بحقوق والتزامات طرفي العقد.

---

[38] عرف المشرع الفلسطيني المستهلك في قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته، في المادة (1) على أنه: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة". وجاء تعريف المستهلك في اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري الصادر بالقانون رقم (181) لسنة 2018، في المادة (1) على أنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص". وعرف المشرع الأردني المستهلك في قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017، في المادة (2) على أنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل، إشباعاً لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها". وعرف المشرع المغربي المستهلك في القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

[39] زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، م12، ع11، المغرب، 2016)، 18.

فالشرط التعسفي هو الشرط المعد –في أغلب الأحيان– سلفاً من طرف المتعاقد القوي، بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة، أو أنه الشرط الذي يمنح امتيازاً خاصاً للمحترف بشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[40].

وهو الشرط الذي يكون عادةً مدرجاً في عقد مبرم بين كل من المهني والمستهلك، أو المشترط والمذعن، بحيث يقوم المهني أو المشترط بالحصول على الميزة الفاحشة لصالحه، مخلاً بالحقوق والالتزامات اللازمة للحفاظ على التوازن العقدي[41]، فالخاصية المُمَيزة للشرط التعسفي هي التمييز المفرط لصالح المهني على حساب المستهلك[42].

وقد اختلف الفقه بخصوص تعريف الشرط التعسفي، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه من الصعب تحديد فكرة الشرط التعسفي، لكن يمكن الوقوف على تلك الفكرة عن طريق حصر أنواع ذلك الشرط، والمبادئ التي تحكمه، وتحديداً في العقود النموذجية المدرجة في نظام الاتفاقات المقترحة عادة من قبل المحترفين على المستهلكين[43]. أما البعض الآخر، فيرى أن الشرط يعتبر تعسفياً إذا جاء منافياً لمبدأ حسن النية، وما يجب أن يسود في التعاملات من أصول تتعلق بالنزاهة والشرف، وتحديداً تلك التي تقتضيها متطلبات حسن النية في التفاوض والتعاقد. وقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن الشرط التعسفي هو الذي يُفرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي للحصول على ميزة فاحشة لصالحه. وأخيراً، فقد صرح البعض بأن الشرط التعسفي هو الذي يترتب عليه إضرار بالمستهلك، بسبب عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات بين المهني والمستهلك، والناتجة عن عقد الاستهلاك[44].

---

[40] العربي مياد، مرجع سابق، 7.

[41] سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008)، 103.

[42] الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشروط التعسفية، (منشورات مجلة القضاء المدني، ع4، المغرب، 2013)، 91.

[43] سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، (مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة – مركز جيل البحث العلمي، ع4، الجزائر، 2016)، 123.

[44] سفيان سوالم، مرجع سابق، 124.

وعلى صـعيد التعريف القضـائي للشـرط التعسـفي، فقد ذهبت محكمة النقض المصـرية لتعرفه على أنه: "ذلك الشـــرط الذي يأتي متناقضـــاً مع جوهر العقد، بحيث يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة"[45].

ويمكن استقاء تعريف الشرط التعسفي من خلال أحكام محكمة النقض الفلسطينية، حيث عرفته الأخيرة على أنه: "ذلك الشـرط غير الخاضـع لاتفاق طرفي العقد، والذي يخرج عن مضـمون الاتفاق، ويخالف النظام العام أو الآداب العامة، بحيث يدخل في نطاق الشـروط غير القانونية، أو غير الجائزة، ويخرج بالوقت ذاته عن إطار الشروط الاتفاقية المباحة"[46].

وكذلك، فإنه يمكن تعريف الشرط التعسفي على هدى اجتهادات محكمة التمييز الأردنية بأنه ذلك الشـــرط الباطل الذي يخرج عن مقتضـــيات التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، على نحو يتم فيه تغليب مصلحة طرف على حساب الآخر[47].

وأخيراً، فإن محكمة النقض الفرنسـية تذهب لتعرف الشـرط التعسـفي على أنه: "الشـرط الذي من شـــأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المســتهلك في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت، وتضـيف بأن الشـرط يعتبر تعسـفياً متى ورد على عقد يمكن أن يوصـــف حتى ولو بصـــورة جزئية، بأنه عقد بيع مبرم بين مهني ومســـتهلك، كأن يمثل موضـوع هذا الشـرط في إبطال أو إنقاص حق المسـتهلك في التعويض في الوقت الذي لا يقوم فيه المهني بأداء أي التزام من التزاماته"[48].

---

[45] نقض مدني مصري، 1990/4/21، مجموعة أحكام النقض، سنة 11، رقم 50، 330.

[46] حكم محكمة النقض الفلســطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/606، الصـــادر بتاريخ 2020/1/6، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[47] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، (هيئة عامة)، قرارها في الدعوى 2018/6735، الصـــادر بتاريخ 2018/10/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص6-9 على صورة الحكم.

[48] حكم محكمة النقض الفرنسية – الدائرة المدنية، الطعن رقم 298، الصادر بتاريخ 1990/2/25، مشار إليه في: زاهية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة العلوم الاجتماعية والاقتصادية – جامعة باتنة/ الحاج لخضر، م9، ع18، الجزائر، 2008)، 192.

ومن المهم هنا بيان تعريف الشـــرط التعســـفي في القانون، لأن الحماية اللاحقة للتعاقد ســـتقوم وفقاً للإطار القانوني لهذا المفهوم، ومن التشـــريعات التي تصـــدت لتعريفه القوانين الحامية للمســـتهلك، ومنها القانون الفرنســـي، حيث يمكن الاســـتدلال على تعريف الشـــرط التعســـفي من خلال النظر في قانون المســـتهلك الفرنســـي، المعدل بموجب المرســـوم رقم 2016/131، الصـــادر بتاريخ 2016/2/10، حيث تنص المادة (1/212) منه على أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين والمســـــتهلكين، تكون البنود التي يكون لها هدف أو أثر يتمثل في إحداث اختلال كبير في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، على حســـاب المســـتهلك، هي شـــروط غير عادلة (تعســـفية). ودون الإخلال بقواعد التفســـير المنصـــــوص عليهـا في المواد (1188) و(1189) و(1191) و(1192) من القـانون المدني، يجري تحديد التعســـف في الشـــرط، وقت إبرام العقد، بالنظر إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذلك إلى جميع الشروط الأخرى في العقد..." [49].

وقد تم تعريف الشـــرط التعســـفي في إطار القانون المغربي رقم 31.08 بشـــأن تحديد تدابير حماية المســـتهلك، حيث أشـــارت الفقرة الأولى من المادة (15) من القانون المذكور إلى أنه: "يعتبر شـــرطاً تعســـفياً في العقود المبرمة بين المورد والمســـتهلك كل شـــرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حســـــاب المســـتهلك"[50]. يتبين من هذا التعريف أنه لنكون أمام شـــرط تعســـفي، يجب أن ينتج عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات المهني والمســـتهلك، أو المقرض والمقترض، ســـواء أكان

---

[49] Article 122-1 du Code de la consommationm, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art. 2, available at: Chapitre II: Clauses abusives (Articles L212-1 à L212-2) Légifrance (legifrance.gouv.fr), Visited on: 10\12\2021, at 03:00 pm.

ولقد تبنى التشريع الفرنسي ثلاثة عناصر لاعتبار الشرط تعسفياً، وهي: 1- أن يكون نطاق الشرط عقد استهلاك، 2- أن ينتج عنه اختلال توازن العقد، 3- أن يكون الشرط مكتوباً. للمزيد ينظر في: هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك: دراسة مقارنة، (مجلة الحقوق للبحوث القانونية، ع1، مصر، 2014)، 522. كذلك ينظر في: رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري، (مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، ع5، الجزائر، 2008)، 345.

[50] الظهير الشـــريف رقم 1.11.03 الصـــادر في 2011/2/14، بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضـــي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، المنشور في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع5932، بتاريخ 2011/4/7، ص1072.

ذلك مقصـــوداً من طرف المورد أم ترتب هذا الاختلال دون أن تتجه نية المهني إلى الإضـــرار بالزبون غير المحترف. كما أن التعريف لم يخص بالذكر الالتزامات المالية، بل ترك التعريف مفتوحاً ليشمل جميع الشروط التي تتصف بأنها تعسفية، سواء أكانت ذات طابع مالي أم لم ينطبق عليها هذا الوصف[51].

ولم يعرف المشرع المصري الشرط التعسفي في القانون المدني بالرغم من إعطاء الحق للمحكمة بإلغاء أو تعديل الشـــروط التعســـفية في العقد[52]، ما أعطى قاضـــي الموضـــوع صلاحية استخلاص الصفة التعسفية للشرط في ضوء الظروف والملابسات المصاحبة لإبرام العقد وتنفيذه، وبهذا قصد المشرع المصري توسيع نطاق حماية المستهلك من الطرف المذعن بالعقد، فللقاضـــي صـــلاحية التدخل لإعادة التوازن العقدي بصـــرف النظر عن نوع الشرط أو مصدره[53].

ومن التعريفات السابقة يمكن استخلاص خصائص الشرط التعسفي وهي كالآتي[54]:

1- الشـرط التعسـفي هو الشـرط الزائد عن مقتضـــى العقد، والذي يغير من آثاره، فهو ليس ذلك الشرط الذي يرتب التزاماً هو في الأصل من مقتضى العقد.
2- الشرط التعسفي لا يكون فقط على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان، بل إنه يرد على كل عقد يختل توازنه، وتفقد العدالة بين طرفيه.

---

[51] الزبير المعروفي، مرجع سابق، 91.

[52] المادة (149) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، التي جاء فيها ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفيّة جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضـــي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وتقابلها المادة (204) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، التي جاء فيها ما يلي: "إذا تم الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وتقابلهما أيضاً المادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[53] للمزيد ينظر في: سهى الشنطي، مرجع سابق، 104. ينظر أيضاً في: نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، (مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، م17، ع1، الجزائر، 2020)، 161.

[54] رباحي أحمد، مرجع سابق، 347-348.

3- الشرط التعسفي هو من وضع أحد المتعاقدين فقط، أما المتعاقد الثاني فليس له إلا الخضوع لهذا الشرط.

4- لا تهم الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي؛ أي أن الشرط يكون تعسفياً سواء أكان مكتوباً أم شفهياً.

5- يعود سبب فرض الشرط التعسفي إلى اختلال في المراكز القانونية نتيجة تعسف أحد المتعاقدين على الآخر في استخدام تفوقه، ولا تهم طبيعة هذا التفوق، سواء أكان اقتصادياً، أم فنياً، أم قانونياً، أم ثقافياً، أم اجتماعياً، إذ إن العبرة في التأثير على حقوق الطرف الآخر.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التعسفية تكون عادةً وبشكل شبه مقصود غامضة أو غير محددة المعاني على وجه دقيق، ذلك أن المشترط يذهب غالباً لتغطية الشرط التعسفي بعبارات عامة، وذات دلالات مختلفة، بغية إيقاع الطرف الآخر ضمن مفاعيل الشرط التعسفي[55]. ولا تؤثر طريقة إبرام العقد على كون الشرط تعسفياً أم لا، أي سواء أبرم العقد بالطرق العادية أو إلكترونياً، كما يعتبر الشرط تعسفياً سواء تم التفاوض عليه مباشرة أم كان معداً مسبقاً[56].

ومن أبرز الأمثلة على العقود التي يمكن أن تحتوي على شروط تعسفية، عقد الاشتراك بالمياه والهاتف والكهرباء، ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة غير قابلة للنقاش، وليس أمام الطرف الآخر إلا القبول[57].

مما تقدم نستطيع تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط المدرج في العقد، أياً كان نوع هذا الأخير، وذلك بعد أن يتم تحريره من قبل الطرف الأقوى في العقد، محتوياً على بنود تفيد بمنفعة فاحشة لصالحه، من خلال الحد من صلاحيات وحقوق الطرف الثاني، مخلاً بذلك

---

[55] حسن جميعي، *أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد*، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996)، 123.

[56] زكرياء خليل، مرجع سابق، 20.

[57] علي الشديقات، مرجع سابق، 74.

التوازن العقدي لطرفي العقد، فيشكل الشرط التعسفي عبئاً تعاقدياً على أحد المتعاقدين، لمصلحة المتعاقد الآخر.

وبعدما انتهينا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن طرق تحديد الشرط التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

طرق تحديد الشرط التعسفي

لجأت التشريعات محل المقارنة –رغبة منها في مواجهة الشروط التعسفية– إلى بعض الأساليب من أجل تحديد أوصاف هذه الشروط. وهذه الأساليب تعبر عن اتجاهات تبنتها تشريعات عدة، وهي:

أولاً: أسلوب اللائحة، الذي يقوم على أن يحدد المشرع المعايير المعتمدة لتحديد الشرط التعسفي في العقد، والتي تتمثل عادةً في المعيار الاقتصادي، والميزة المجحفة؛ أي تلك التي تتضمن تميزاً لأحد المتعاقدين على حساب الآخر[58]. فيتم تحديد لائحة حصرية من الشروط التي تعتبر تعسفية إذا ما توافرت عناصر الشرط التعسفي، وهذا الأسلوب يحد من دور القاضي ويهمشه نظراً لجمودية اللائحة، وقد أخذ بهذا الأسلوب كل من المشرع الفرنسي والمشرع الألماني[59].

---

[58] العربي مياد، مرجع سابق، 12.

[59] ومن أمثلة هذه القوائم، القائمة الرمادية للشروط التعسفية في فرنسا، والتي تحتوي على عشرة أنواع من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، وهي: حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها خلال مدة أربع أشهر، وباستبعاد أو تقييد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تقييد الحق بالحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه خالٍ من النزاع أو ثابت في سند نهائي والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، واستبعاد أو تحديد حق المتقاعد في المطالبة بالتعويضات المستحقة. للمزيد ينظر في: الزبير المعروفي، مرجع سابق، 95.

ثانياً: الأسلوب القضائي أو التقديري، يقصد به منح سلطة تقديرية للقاضي من أجل تكييف كل شرط تعاقدي على حدا على أنه تعسفي من عدمه مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة[60]. فهو يعطي القاضي سلطة تقديرية مطلقة في تحديد وإبطال الشروط التعسفية، وقد أخذ بهذا الأسلوب كل من المشرع المصري[61] والمشرع الأردني[62]. وتطبيقاً لهذا التشريع الأخير، فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "وعن السبب الثالث عشر وحاصله تخطئة محكمة الاستئناف بالاستناد إلى شروط العقد التي تحدد ميعاد إغلاق الحساب بأنها شروط إذعان، ما يقتضي عدم إعمالها سنداً للمادة (402) من القانون المدني. ومع أن المادة المتعلقة بشروط الإذعان هي (204) من القانون المدني وليس (402) كما وردت بهذا السبب خطأ، فنجد أن هذا الشرط ليس يتوفر فيه ما يجعله شرط إذعان، ولم يبين المميزون وجه اعتباره شرط إذعان انطوى على تعسف، ما يتعين معه رد هذا السبب. وعن باقي الأسباب وحاصلها تخطئة محكمة الاستئناف بالنتيجة التي خلصت إليها، ولاستبعادها رأي الخبير فيما يتعلق بتاريخ إغلاق الحساب ودون استنادها إلى بينة أخرى. وحيث إن المستفاد من المادة السابعة من عقد الحساب المحفوظ في قائمة بينات المميز ضده، بأن من حق البنك وقف العقد والحساب قبل انتهاء مدته الأصلية أو الممددة وأن يطلب من المميزين تسديد جميع المبالغ المدينين بها. وحيث إن ما جاء في هذه المادة من شرط لا

---

[60] العربي مياد، مرجع سابق، 13.

[61] ذلك ما تضمنته المادة (149) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، التي تنص على ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفيّة جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". والمادة (204) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، التي تنص على ما يلي: "إذا تم الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وتقابلهما أيضاً المادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[62] فتقدير إذا ما كان الشرط تعسفياً أم لا يعود لتقدير قاضي الموضوع دونما معقب عليه من محكمة التمييز، للمزيد ينظر في: أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات*، مرجع سابق، 77.

يخالف القانون أو النظام العام فهو شـــرط ملزم للمتعاقدين وفق ما اســـتقر عليه الفقه والاجتهاد في التعامل المصرفي..."[63].

ويؤخذ على هذا الأسلوب أنه يترك حرية شاملة للقضاء من أجل إبطال بعض الشروط التي قد تبدو له تعســفية، ما قد يهدد اســتقرار العقد خاصـــة إذا انعدم الوازع القانوني أو الأخلاقي لدى بعض القضاة[64].

ثالثاً: الأسلوب المختلط، تلافى هذا الأسلوب عيوب الأسلوبين السابقين عن طريق منح المحكمة سلطة تقديرية لمجابهة الشروط التعسفية في العقد، وفي الوقت ذاته وضع لائحة بالشـروط المعتبرة باطلة بقوة القانون[65]. فيحدد بهذا الأسـلوب لائحة لبعض الشـروط التي يمكن اعتبارها تعســفية، ويعطي بالوقت ذاته المحكمة ســلطة تقديرية في القياس على هذه الشروط، ويتبع هذا الأسلوب كل من التشريع الإنجليزي والتشريع البلجيكي[66].

وقد أخذ بهذا الأسلوب المشرع المغربي في القانون رقم 31.08 القاضـي بتحديد تدابير حماية المســتهلك، بحيث نصـــت المادة (18) منه على مجموعة من الحالات التي يمكن اعتبار شـروط العقد فيها من قبيل الشـروط التعسـفية، وقد ذكر المشـرع هذه الحالات على

---

[63] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2002/1531، الصـــادر بتاريخ: 2002/7/15، منشورات قسطاس الحقوقية، ص8 على صورة الحكم. وينظر أيضاً في: حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/16954، الصادر بتاريخ 2012/7/3، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... أما عن السبب الثالث من أسباب الاستئناف: والذي تضمن نعي الخطأ على محكمة الدرجة الأولى بعدم اعتبار الشرطين اللذين تمسك بهما المستأنف ضدها من قبيل الشروط التعسفية رغم وضوح التعسف. فإننا نجد أن الشروط الواردة في عقد القرض متفقة وأحكام القانون ولا يوجد بها أي تعسف وتمت بالرضا بين طرفي العقد، فنقرر رد هذا السبب لكونه لا يرد على القرار الطعين...".

[64] العربي مياد، مرجع سابق، 14.

[65] العربي مياد، مرجع سابق، 15.

[66] الزبير المعروفي، مرجع سابق، 96.

سـبيل المثال لا الحصـر، تاركاً المجال لتقدير المحكمة بموجب السـلطة التقديرية الموكلة لها[67].

[67] فنجد المادة (18) سابقة الذكر تنص على ما يلي: "مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معاً، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة (15)، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته.
2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها. غير أنه يمكن التنصـــيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شـــريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه.
3. إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد.
4. إلغاء حقوق المســـتهلك القانونية أو الحد منها بشـــكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصـــــة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد.
5. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهيناً بإرادته وحده.
6. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته.
7. تخويل المورد الحق في أن يقرر فســـخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمســـتهلك، والســـماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد.
8. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ما عدا في حالة وجود سبب خطير.
9. تمديد العقد محدد المدة بصـــفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المســـتهلك، عندما يحدد أجل يبعد كثيراً عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد.
10. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد.
11. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سـبب مقبول ومنصـوص عليه في العقد ودون إخبار المسـتهلك بذلك.
12. التنصيص على أن سعر أو تعريفة المنتوجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمستهلك، في كلتا الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريفة النهائية مرتفعة جداً مقارنة مع السعر أو التعريفة المتفق عليها وقت إبرام العقد.
13. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتوج أو السـلعة المسـلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصـوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد.
14. تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص.
15. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته.
16. التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه.
17. إلغاء أو عرقلة حق المســـتهلك في إقامة دعاوى قضـــائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقاً للقانون المعمول به.

وفي إطار التعقيب على الاتجاهات السـابقة الذكر يمكن القول إننا نتفق مع الاتجاه المختلط، وتحديداً ذلك الذي يجمع في طياته نموذج اللائحة، بالإضـافة إلى الصـلاحية التقديرية المنوطة بمحكمة الموضـوع، والتي ينبثق عنها منح القاضـي سلطة تحديد الشـرط التعسفي، ويجد ما سبق تبريره بالنظر للاتجاه الوسطي الذي يتبناه الاتجاه المختلط، إذ إن هذا الأخير يعتمد على نموذج اللائحة لغايات تعريف الشـرط التعسـفي وإيراد بعض الأمثلة التي يمكن أن تندرج في نطاق مفهوم الشـروط التعسـفية، وهو أي الاتجاه المختلط يخول للمحكمة صلاحية تقدير التعسف في الشروط، على نحو تكون فيه تلك الصلاحية متصفةً بالتقييد، أي أنها صـلاحية غير مطلقة وذلك نتيجةً لتقييدها بتعريف الشـرط التعسـفي ومضمونه والغاية التشريعية المبتغاة منه.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن علاقة الشـرط التعسـفي بالمفاهيم ذات الصلة (المطلب الثاني).

في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطاً تعسفياً، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع".

وعلى نفس المنوال فقد عدد قانون حماية المسـتهلك الأردني رقم (7) لسـنة 2017 مجموعة صـور للشـروط التعسـفية في مجال عقود الاسـتهلاك، حيث أكدت المادة (22) من القانون المذكور على أن: "... ب- يعد من الشـروط التعسـفية بصـورة خاصـة كل شـرط: 1- يؤدي إلى إخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود والمسـتهلك على خلاف مصـلحة المسـتهلك. 2- يسـقط أو يحد من التزامات أو مسـؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون أو أي تشـريع نافذ. 3- يتضـمن تنازلاً من المسـتهلك عن أي حق مقرر له بمقتضـى هذا القانون أو أي تشـريع نافذ. 4- يتضـمن منح المزود الحق في تعديل العقد أو فسـخه بإرادته المنفردة. 5- تضـمن إلزام المسـتهلك في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته بدفع تعويض لا يتناسـب مع الضـرر الذي يصـيب المزود. 6- يتضـمن إلزام المسـتهلك في حال إنهائه العقد قبل انتهاء مدته بدفع مبلغ من المال لا يتناسـب مع الضـرر الذي يصـيب المزود. 7- يسـقط حق المسـتهلك في اللجوء إلى القضـاء أو الوسـائل البديلة لفض المنازعات وفقاً للتشـريعات النافذة. 8- يعفي المزود من التزامه بتقديم خدمات ما بعد البيع أو تأمين قطع الغيار ما لم يكن هذا الشـرط مضـافاً إلى العقد بخط يد المستهلك بصورة تدل دلالة صريحة وواضحة لا لبس فيها على علم المستهلك لمضمونه وموافقته عليه".

المطلب الثاني

علاقة الشرط التعسفي بالمفاهيم الأخرى ذات الصلة

تأتي الشـــروط التعســـفية عادةً في العقود التي يمكن لأحد الأطراف فرض إرادته على المتعاقد الآخر فيها، ويمكن تصـــور هذا الوضـــع بالنســـبة لعقود الإذعان عامة وعقود الاســـتهلاك أو العقود النموذجية على الخصـــوص حيث تكون كفة المهني أو المحتكر راجحة[68]. فتعتبر هذه العقود مجالاً خصباً لتنامي الشروط التعسفية انطلاقاً من أن الطرف القوي هو الذي يبادر بوضعها في قالب نموذجي[69]، بحيث يكتفي المتعاقد الآخر الضعيف بقبول شروط العقد كاملة أو رفضها كلياً، وفي الواقع نجد أن الرفض مؤداه الضرر له لأنه يكون ضرورياً بالنسبة له[70].

ولكن وجود الشـــروط التعســـفية ليس مقصـــوراً على نوع معين من العقود، بل إن هذه الشروط موجودة في العديد من العقود التي لا تعتبر من عقود الإذعان أو عقود الاستهلاك أو العقود النموذجية، بل إنها تغطي جميع أنواع العقود حتى العقود الرضـــائية[71]، نظراً إلى أن العقود الخاصة لا بد أن تتوافر فيها شروط محددة لتكون لها هذه الصفة[72].

ولهذا، فقد ارتأت الدراســـة ضـــرورة بيان المفاهيم المشـــابهة والمتداخلة مع الشـــروط التعسـفية، على نحو يشـمل بيان علاقة الشـرط التعسـفي بعقود الإذعان في الفرع الأول، وكذلك علاقته بالعقود والشـروط النموذجية في الفرع الثاني، وأخيراً علاقة الشـرط التعسـفي بعقود الاستهلاك في الفرع الثالث.

---

[68] العربي مياد، مرجع سابق، 8.

[69] فاطمة بوقطة، مدى مسؤولية البنك عن تحديد الفوائد في عقد القرض البنكي، (مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية – جامعة باتنة/ الحاج لخضر، م5، ع1، الجزائر، 2018)، 407–408.

[70] العربي مياد، مرجع سابق، 8–9.

[71] هانية فقيه، *الرقابة القضائية على عقود الإذعان*، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014)، 184.

[72] علي الشديقات، مرجع سابق، 76.

الفرع الأول

عقود الإذعان

يعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة سلفاً، 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"[73].

فيعني التعاقد بطريق الإذعان خضوع الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية للطرف الآخر القوي، فينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه، ولا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها[74]. ويتعرض الطرف الضعيف للضغط من جانب الطرف القوي إذا تعلق العقد بسلعة أو خدمة حيوية، تقع تحت سيطرة الطرف القوي بسبب خضوعها للاحتكار[75]، وهو كثير الحدوث في الحياة العملية، وبصفة خاصة في مجال خدمات الجمهور كالمياه والكهرباء والبريد والهاتف وشركات التأمين[76].

ويتميز عقد الإذعان عن غيره من العقود بصفات مميزة له، وهي:

أولاً: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية في حياة الأشخاص، بحيث لا يمكن لهم الاستغناء عنها دون أن يلحقهم ضرر، كما هو الحال في

---

[73] فايزة طبيب، دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، (دراسات، ع58، الجزائر، 2017)، 161.
ويمكن كذلك تعريف عقد الإذعان بأنه: "... العقد الذي يكون أحد طرفيه أقوى اقتصادياً من الطرف الآخر، ونظراً لاختلاف القوة الاقتصادية بين الطرفين كالناقل مثلاً ذي المركز القوي والمسافر، وهو الطرف الضعيف، فإن الأول (شركة الطيران) تعد صيغة نموذجية لعقد النقل تضمنها ما تراه ملائماً ومناسباً من الشروط لمصلحتها، وتعرضها على عملائها جميعاً دون أن تقبل منهم أية مساومة على أي من شروط تلك الصيغة... هذا وقد قضت محكمة التمييز الأردنية أن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب مسبقاً ولا يقبل مناقشة فيها وفقاً للمعنى المقصود من المادة (104) من القانون المدني...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/323، الصادر بتاريخ: 2020/7/19، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[74] زاهية سي يوسف، مرجع سابق، 189.

[75] أحمد عبد الرحمن، *البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية*، (د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002)، 46.

[76] أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات*، مرجع سابق، 76.

عقود توريد المياه والكهرباء، فلا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل المساومة فيها من قبيل عقود الإذعان ما دامت السلع التي يراد التعاقد عليها لا تعد من الأوليات ولا تنعدم فيها المنافسة أو تقل إلى حد كبير[77].

ثانياً: أن يكون لدى الموجب مركز اقتصادي قوي لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي، أو لكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه، أي أن يكون لديه تفوق اقتصادي واضح[78].

ثالثاً: أن يصدر الإيجاب عاماً إلى الجمهور كافة، أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة بنفس الشروط التي يكون لها طابع نموذجي أو نظامي على من يرغب بالتعاقد أن يسلم بها دون مناقشة، وليس عرضاً موجهاً إلى شخص معين بذاته[79].

---

[77] وتطبيقاً لما سبق ذكره، فقد أكدت محكمة استئناف رام الله على أنه: "... وتشير المحكمة إلى أن شرط الإذعان لا يتوفر إلا إذا تعلق بمصلحة اقتصادية لا يمكن الاستغناء عنها ولا يوجد بديل عنها، أما العلاقة موضوع الدعوى فلا تتعلق بأية مصلحة من النوع المذكور...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/659، الصادر في تاريخ 2017/11/19، منشورات مقام/ موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية.

[78] وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "... وعن السبب السابع الذي ينعى فيه الطاعن على محكمة الاستئناف خطاها عندما لم تعتبر أن العقد الموقع بين الطرفين عقد إذعان. وللرد على ذلك نجد أنه وبالإضافة إلى ما ذكر بأن عقود التسهيلات هي عقود رضائية لأن الشخص الذي يتعاقد مع البنك له الحرية الكاملة بالتعاقد من عدمه ولا تعتبر هذه العقود من عقود الإذعان لأنها لا تتعلق بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين كعقود الكهرباء أو الاشتراك بالمياه أو أن القانون يوجب على الشخص الاشتراك بها وليس هناك احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة من قبل الموجب لها تجعل المنافسة محدودة، فالذي يلجأ إلى البنك من أجل الحصول على تسهيلات ائتمانية له كامل الحرية والاختيار للتعاقد، وبالتالي فإن ما ينعاه الطاعن بهذا الشأن لا أساس له من القانون والواقع ويتعين رده...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/1052، الصادر بتاريخ: 2014/8/21، منشورات قسطاس الحقوقية، ص6 على صورة الحكم.

وبنفس الاتجاه فقد أكدت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء على أن: "... وحيث إنه بخصوص الاحتجاج بكون عقد القرض الموقع عليه هو من العقود الإذعانية بشروطها، فإنه لا محل للدفع المذكور أمام تعدد المؤسسات البنكية، بما ينفي واقع الاختيار، والذي يعد الدعامة الأساسية خلف صياغة العقود الإذعانية، وبالتالي كانت للمستأنف الحرية المطلقة في اختيار البنك الذي يناسب تطلعاته، وبناءً عليه فالعلة كذلك مردودة لعدم جديتها وعدم توضيح الأساس الواقعي والقانوني لها...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 352، ملف رقم 2018/8222/3412، الصادر بتاريخ 2019/1/30، ص6 على الحكم.

[79] جلال العدوي، *أصول الالتزامات – مصادر الالتزام*، (د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997)، 55-66.

رابعاً: يصـــدر الإيجاب في هذه العقود بقالب نموذجي، يعرض ككل غير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة شروط واحدة محددة سلفاً، تمثل الشروط الجوهرية والتفصيلية للعقد. وبشكل دائم ومستمر غير محدد المدة، وتكون موضوعة من قبل الموجب، وتصب بالغالب في مصلحته[80].

ويشترط لاعتبار العقد من عقود الإذعان قيام الموجب بوضع شروط العقد وعرضها على الآخر الموجه إليه الإيجاب، وعدم إمكانية مناقشة هذه الشروط من قبل الأخير الذي له أن يقبلها جملة أو يرفضـــها، فيتحقق القبول في عقود الإذعان بموافقة المســـتهلك على الشروط أو على النماذج التي فرضها الطرف القوي[81].

وعلى ذلك فقد أكد القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948 وتعديلاته، وتحديداً في المادة (100) منه، حيث جاء فيها: "القبول في عقود الإذعان يقتصـــر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". وهذا ما ورد في المادة (104) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته[82]، والمادة (89) من مشروع القانون المدني الفلسطيني[83].

---

[80] فايزة طبيب، مرجع سابق، 162.

[81] أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات*، مرجع سابق، 76.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "... وعن السبب الثالث والعشرين من حيث الطعن بأن الاتفاقية موضوع الدعوى هي من عقود الإذعان. فإن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب مسبقاً ولا يقبل مناقشة فيها وفقاً للمعنى المقصود من المادة (104) من القانون المدني. والاتفاقية موضوع هذه الدعوى هي خلاف ذلك إذ إن المميزة ناقشت الجهة المدعى عليها بالشروط الواردة فيها، وتوصلت على سبيل المثال إلى إلغاء شرط طباعة اسم المؤسسة على البضاعة، حيث وافقت المؤسسة على ذلك بكتابها المؤرخ 94/5/31 ومن جهة أخرى فإن عقد الإذعان يتعلق بخدمة أو مرفق يحتكره الموجب عادة ولا ينطبق ذلك على الاتفاقية إذ إن باب التعاقد لبيع البضـــاعة مفتوح للســـوق بكاملها سواء المؤسسة الاستهلاكية أو تجار القطاع الخاص وعليه فإن هذا السبب لا يرد على القرار المميز فنقرر رده...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2005/1847، الصـــادر بتاريخ: 2005/11/14، منشورات قسطاس الحقوقية، ص15–16 على الحكم.

[82] حيث نصت المادة (104) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

[83] حيث نصت المادة (89) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

وتطبيقاً لما سبق كله، وتحديداً فيما يتعلق بخصائص عقود الإذعان، فقد أكدت محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية على أنه: "... وحتى نكون بصدد عقد إذعان يجب توافر الشروط التالية: يجب أن يتعلق العقد بخدمات، وسلع ضرورية للإنسان في حياته اليومية، كوسائط النقل، والماء، والكهرباء، ويجب أن يكون الإيجاب عاماً، أو موجهاً إلى الناس كافة، ويجب أن يكون الإيجاب معلناً كتابة بصيغة نماذج عقدية معدة مسبقاً، وأن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي أقوى من الطرف الآخر. والقبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها..."[84].

وعليه، ومتى انعقد الإذعان بشروطه المذكورة أعلاه، فإن ذلك يخلق واقعاً مؤداه علاقة غير متوازنة بين طرفي العقد المراد إبرامه، بحيث قد يستغلها الطرف القوي في فرض شروط تعسفية أو مجحفة تضر بمصلحة الطرف الضعيف[85].

ولذلك، فقد كرست التشريعات المقارنة سبل الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد الإذعان، ويتضح ذلك جلياً عند النظر في نصوص القانونيْن المدنييْن المصري والأردني، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث جاء في المادة (149) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[86]. وبنفس الاتجاه،

---

[84] حكم محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/323، الصادر بتاريخ: 2020/7/19، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة المحكمة.

بنفس التوجه، فقد صرحت محكمة النقض المصرية بأنه: "... إن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة التجارية، الطعن رقم 1536، س. 85 قضائية، الصادر بتاريخ 2017/3/9، متوافر على الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية.

[85] سهى الشنطي، مرجع سابق، 31.

[86] كما نصت المادة (151) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته على أن: "يفسر الشك في مصلحة المدين، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

فقد ذهب مشـــروع القانون المدني الفلســـطيني ليصـــرح بأنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضـــمن شـــروطاً تعســـفية جاز للقاضـــي أن يعدل هذه الشـــروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضـــي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[87]. وعلى نفس المنوال، فقد أكدت المادة (204) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسـنة 1976 وتعديلاته على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضـــمن شـــروطاً تعســـفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشـــروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضـــي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[88].

ونظراً لهذا التعريف بعقد الإذعان والشروط التي يجب أن تتوفر بالتعاقد ليعد على سبيل الإذعان، فإنه يثار التساؤل الآتي: هل يعد عقد القرض المصرفي من قبيل عقود الإذعان؟

كما قد أشرنا سابقاً إلى أن تحديد الشرط التعسفي يتم من خلال القضاء المختص، سواء أكان ذلك عن طريق الاعتماد على أسـلوب اللائحة، أم الصـلاحية التقديرية، أم الأسـلوب المختلط، ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى بعض الاجتهادات القضائية المتعلقة بتكييف عقد القرض، وتحديداً من حيث إمكانية وصـفه على أنه عقد إذعان من عدمه، إذ تذهب بعض

---

[87] المادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[88] وتطبيقاً للنصوص المذكورة آنفاً، فقد قضت محكمة استئناف عمان على أنه: "... بالرجوع لأحكام المادة (204) من القانون المدني فقد نصت إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضـي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، وباستعراضـنا لوقائع الدعوى وما قدم فيها من بينات نجد أن العقد لا يشكل عقد إذعان ولم يتضـمن شروطاً تعسفية وردت ضـمن الشروط الخاصـة في الفقرة "ب" والموافق عليها من قبل طرفي العقد وهي غير مخـالفة للنظـام العام أو الآداب، وبـالتـالي فهي ملزمـة للطرفين ســـواء من الموظفين أم للغير مما يتعين معه رد هذا الســـبب لعدم وروده على الحكم المســـتأنف...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة اسـتئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2009/21086، الصـادر بتاريخ: 2009/12/31، منشـورات قسـطاس الحقوقية، ص2 على صـورة الحكم. وعلى نفس المنوال، فقد قضـت محكمة بداية حقوق جرش – المملكة الأردنية، على أنه: "... ونصت المادة (199) من ذات القانون على حكم العقد وحقوق العقد فقرة (2) أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما. إن العقد الموقع مع الجهة المدعى عليها هو عقد إذعان وبالرجوع إلى نص الماده (204) من القانون المدني إعادة التوازن بين طرفي عقد الإذعان الذي جاء فيها إذا تم العقد بطريق (الإذعان) وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضـي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك...". للمزيد ينظر في: قرار المحكمة المذكورة في الدعوى رقم 2018/205، الصادر بتاريخ 2019/4/30، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم.

تلك الاجتهادات لوســـم عقد القرض على أنه عقد إذعان، وتطبيقاً لذلك، فقد أكدت محكمة بداية حقوق عمان بصـــفتها الاســـتئنافية على أنه: "... وعليه وحيث إن عقد القرض من عقود الإذعان فإنه يخضـــع بتفســـيره إلى قواعد خاصـــة..."[89]. وبنفس الاتجاه فقد أكدت المحكمة الابتدائية بمدينة مكناس على أن عقد القرض يعد من قبيل عقود الإذعان تبعاً لانطباق شروط الإذعان على العقد المذكور[90].

بالمقابل، فإن غالبية الاجتهادات القضـائية تذهب لتقرر عدم وصـف الإذعان على عقد القرض المصـــرفي، وتطبيقاً لذلك، فقد أكدت محكمة بداية حقوق عمان على أنه: "... أما عن دفع المدعية بأن عقد القرض هو عقد إذعان فتجد المحكمة أنه بموجب المادة (104) من القانون المدني فإن القبول في عقود الإذعان يقتصـر على مجرد التسـليم بشـروط مقررة يضـــعها الموجب ولا يقبل مناقشـــة فيها، ووفقاً للمادة (204) من ذات القانون فإنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. وتجد المحكمة أن المدعية لم تبين وجه اعتبار عقد القرض عقد إذعان، ووجه اعتبار الشرط الخاص بالسداد المبكر شرطاً تعسفياً، وأن عقود التسهيلات المصرفية وعقد القرض من البنك لا يعتبر عقد إذعان ولا تتوافر فيه شروط المادتين المذكورتين..."[91].

وبنفس التوجه المذكور أعلاه، فقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية لتقرر بأنه: "... وعن الســـبب الثالث: ومفاده تخطئة محكمة الاســـتئناف عندما لم تعتبر عقد القرض موضـــوع الدعوى من عقود الإذعان، وأن الشـــروط الواردة فيه تعتبر باطلة. وفي ذلك نجد أن عقد القرض يتم إبرامه وفق إرادة المتعاقدين وتتحدد أحكامه وشـــروطه باتفاقهما وبإمكان العميل

---

[89] حكم محكمة بداية حقوق عمان بصـفتها الاسـتئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/3180، الصـادر بتاريخ: 2018/10/20، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

[90] حكم المحكمة الابتدائية بمدينة مكناس المملكة المغربية بمدينة مكناس، قرار رقم 2013/150، ملف رقم 2012/8/966، الصادر بتاريخ 2013/2/12، مشار إليه في مجلة المحاكم المغربية ع152، مايو/ يونيو 2016، ص148.

[91] حكم محكمة بداية حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2011/909، الصـادر بتاريخ 2011/10/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

طالب القرض أن يرفض التعامل مع البنك المدعي بالشـــروط الواردة في العقد وهو غير ملزم بالاقتراض من بنك معين دون الآخر، وبإمكانه الاقتراض من أي بنك وبالشـــروط والأحكام التي تناســـبه ويتم الاتفاق عليها، ما ينفي عن هذا العقد أنه من عقود الإذعان، الأمر الذي يتعين رد هذا السبب لعدم وروده على القرار المميز..."[92].

وعلى نفس المنوال، فقد اتجه القضـاء الفلسـطيني إلى تقرير عدم إمكانية وصـف عقد القرض على أنه إذعان، حيث صـرحت محكمة استئناف رام الله بأنه: "... وأما ما جاء في هذا السبب أن عقد القرض هو عقد إذعان فإن ذلك لا يرد قانوناً، ذلك أن هذه العقود ليست عقود إذعان كما استقر على ذلك اجتهاد محكمه النقض الفلسطينية، وعليه فإن هذا السبب لا يرد على الحكم المستأنف..."[93].

---

[92] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/7431، الصـــادر بتاريخ: 2018/12/1، منشـــورات قســـطاس الحقوقية، ص5 على صـــورة الحكم. وبنفس التوجه ينظر في: قرار نفس المحكمة في الدعوى رقم 2018/3874، الصـادر بتاريخ: 2019/7/29، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4-5 على صـورة الحكم. وقد أكدت نفس المحكمة كذلك على أنه: "... وعن السبب الثالث ومفاده تخطئة محكمة الاستئناف باعتمادها بنود العقد الذي يعتبر من عقود الإذعان. وفي ذلك نجد أن البينة التي قدمتها الجهة المدعية المميز ضـدها تمثلت في عقد القرض المؤرخ في 2012/9/19 وبموجبه تحصل المميز من المميز ضدها على قرض قيمته (10500) دينار لم ينكر المميز توقيعه عليه وإن القول بأن هذا العقد هو عقد إذعان يخالف الواقع والقانون لأن المميز لم يكن مجبراً على قبوله والتوقيع عليه، ولم يقدم ما يفيد أنه لم يكن خاضـــعاً للتفاوض، وبالتالي فإن هذا العقد حجة على المميز عملاً بالمادة (11) من قانون البينات ويجب عليه تنفيذه طبقاً لما اشـتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسـن النية، وأن المميز ملزم برد رصـيد هذا القرض الثابت بكشـف الحسـاب والشهادة الخطية الصادرين عن البنك، ما يتعين رد هذا السبب...". للمزيد حول الحكم المذكور ينظر في: قرار نفس المحكمة في الدعوى رقم 2018/2791، الصـــادر بتاريخ: 2018/5/15، منشـورات قسـطاس الحقوقية، ص5 على الحكم. وينظر كذلك في: قرار ذات المحكمة في الدعوى رقم 2015/4562، الصادر بتاريخ: 2017/12/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7 على صـورة الحكم. وأيضـاً: "... وحيث إن لائحة الطلب لم تتضـمن ادعاء بالإكراه والإذعان أو انعدام الإرادة، فإنه لا وجهة لإثارة مثل هذا الادعاء في أي مرحلة لاحقة، أضـــف إلى ذلك أن عقد القرض ليس من عقود الإذعان، ذلك أن المقترض بالخيار بين الاقتراض ضمن الشروط التي يطلبها المقرض أو الاقتراض من أي مصدر آخر، ما يغدو معه ما ورد في هذا الســـبب حرياً بالرد فنقرر رده...". ينظر في: حكم نفس المحكمة في الدعوى رقم 2016/678، الصـــادر بتاريخ: 2016/6/28، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

[93] حكم محكمة اســـتئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/303، الصـــادر بتاريخ 2017/10/11، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

وقد قضت ذات المحكمة، في قرار آخر لها، بأنه "... أما ما جاء به المستأنف من أن العقد المتكون بينه وبين المستأنف عليها عقد إذعان فإننا نجد أن ذلك لا يرد على الحكم المسـتأنف، إذ إن عقد القرض لا تتوافر فيه شـروط عقد الإذعان، وأن عقد الإذعان لا يكون إلا عندما يكون محل الشـيء المتعاقد عليه خدمة عامة لا يحصـل عليها المسـتأنف إلا من خلال هذا

مما سبق ذكره، فإننا نتفق مع ما ذهبت إليه غالبية الاجتهادات القضائية، وتحديداً من حيث عدم وصف عقد القرض على أنه عقد إذعان، **ونستنتج ذلك** من خلال إسقاط خصائص عقد الإذعان على عقد القرض، وفقاً للآتي:

أولاً: في عقود الإذعان، يجب أن ينصب موضوع العقد على سلعة أو خدمة تدخل في نطاق الضروريات الأولية في حياة الأشخاص، بحيث لا يمكن لهم الاستغناء عنها، وهذا ما لا ينطبق على عقد القرض المصرفي، إذ لا يعد موضوع العقد من قبيل الضروريات الحتمية، التي لا يمكن أن تستمر حياة البشر من دونها.

ثانياً: في عقود الإذعان، يجب أن يتمتع الموجب بتفوق اقتصادي، نتيجة احتكاره للسلعة أو الخدمة، سواء بشكل قانوني أم فعلي، وهذا ما لا يتوافر في عقد القرض المصرفي، تبعاً لعدم انطوائه على مفهوم الاحتكار القانوني أو الفعلي.

ثالثاً: في عقود الإذعان، يجب أن يصدر الإيجاب بشكل عام، أو إلى مجموعة أشخاص تتوافر فيهم صفات محددة، وهذا يتوافر في عقد القرض، وذلك لكون الإيجاب موجهاً للعموم، شريطة توافر جملة من الشروط التي يتطلبها البنك المقرض.

رابعاً: في عقود الإذعان، يجب أن يتمحور الإيجاب حول قالب نموذجي، بشكل غير قابل للنقاش، وفقاً للقاعدة القائلة: (take it or leave it)، وبتطبيق هذا الشرط على عقد القرض المصرفي نجد بأنه بالغالب يتم الاعتماد على عقود نموذجية، إلا أن بنود تلك العقود تكون قابلة للنقاش في الغالب، وتحديداً من حيث التفاوض على سعر الفائدة، ومدة السداد، وهذا ما ينفي عن عقد القرض شبهة الإذعان.

المتعاقد الذي يملي شروطه، وعليه فإننا نقرر رد هذا السبب...". للمزيد ينظر في: حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/247، الصادر بتاريخ 2016/11/23، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

وفي نهاية المطاف، لا بد أن نؤكد على ضـــرورة التفريق بين مفهوم الإذعان ومفهوم الشرط التعسفي، إذ لا يعد كل شرط تعسفي إذعاناً، وبالمقابل، فإن كل عقد إذعان ينطوي في الغالب على شروط تعسفية. وبذات الوقت، لا بد من التأكيد كذلك على أن وضوح بنود عقد القرض ينأى به عن مظنة الإذعان، ولعل هذا ما يتضـح جلياً عند النظر فيما قضـت محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... وجاءت بنود عقد القرض واضـــحة لا لبس فيها وأن ادعاءه بأن بنود عقد القرض هي بنود إذعان فإن هذا الادعاء يخالف الواقع والقانون لأن المسـتأنف لم ينكر توقيعه عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يكن مجبراً على قبوله وبالتالي فهو حجة عليه..."[94].

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن علاقة الشـرط التعسـفي بالعقود والشروط النموذجية (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

العقود والشروط النموذجية

العقود النموذجية هي صـيغة مكتوبة أعدت سـلفاً من قبل منشـآت خاصـة أو منظمات مهنية وطنية أو دولية، متضـمنة مجموعة من الشـروط العامة المسـتقر عليها، بحيث تكون مطبوعة، وتستخدم كنماذج لعقود ستبرم في المستقبل[95].

وهي عبارة عن بنود تتضـمن أحكام العقد كافة، سـواء أكان بيعاً أم إيجاراً أم قرضـاً... إلخ، وتحديداً من الإيجاب والقبول والالتزامات والجزاءات، وتســـتخدم لتنظيم التعاقد على

---

[94] حكم محكمة اسـتئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/10514، الصـادر بتاريخ: 2017/4/2، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[95] أيمن سليم، *العقود النموذجية*، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005)، 12–13. أنظر أيضاً: سهى الشنطي، مرجع سابق، 40.

منتج معين، أو خدمة محددة. فالعقد النموذجي هو عقد قائم بذاته حيث يستطيع الأطراف الاعتماد عليه بشكل كامل دون حاجة إلى صيغة مكتوبة أخرى، وما على الأطراف إلا ملء البيانات الخاصة بتعاقدهم مثل أسمائهم والثمن والتاريخ[96].

ويمكن تعريف العقود النموذجية على أنها تلك العقود التي تقع على مجموعة من البنود المطبوعة، والمعدة سلفاً لغايات التعاقد من قبل طرف متعاقد، بحيث يقبلها الطرف المتعاقد الآخر كما هي، دون تعديل أو تغيير.

أما بالنسبة للشروط النموذجية فتعتبر جزءاً من العقد النموذجي، وهي قوامه، حيث ينطوي العقد النموذجي على مجموعة من الشروط والبنود النموذجية[97]، ولذلك فهي لا تعد عقداً قائماً بذاته، بل هي شروط واردة في العقد المراد إبرامه، تغطي في مضمونها جميع المسائل المتعلقة به، أو جزءاً منها. ويتم إعداد هذه الشروط بشكل مسبق من قبل أحد طرفي العقد، دون إتاحة الفرصة للطرف الآخر بالتفاوض حولها. فيفقد الطرف الضعيف في العقود التي تحتوي على هذه الشروط الحق في التفاوض بشأنها، فالتعاقد بموجبها يخل بالتوازن بين إرادة الأطراف المتعاقدة، فهي قيد على مبدأ سلطان الإرادة، فلا يملك الطرف الضعيف في العقد حق الاعتراض على مضمونها[98].

---

[96] سهى الشنطي، مرجع سابق، 41.

[97] يمثل على العقود والشروط النموذجية بعقد التأمين، ولعل هذا ما يتضح جلياً عند النظر في حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، حيث صرحت المحكمة المذكورة بأنه: "... في حين أن وثيقة التأمين من النوع الشامل وعليه فإن المحكمة سوف تعالج الدفع المثار من الشركة إزاء الواقع الثابت وتطبيق القانون على الشرط وابتداء نقول إن وثيقة التأمين وإن كانت عقداً رضائياً إلا أنها من عقود الإذعان، وإن وثيقة التأمين تكون معدة وجاهزة من الجهة المؤمنة وتتضمن شروطاً مطبوعة إلا أن المشرع قد تدخل في إرادة العاقدين ونص على بطلان بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين الموقع عليها من قبل المستفيد وذلك في المادة (12) من قانون التأمين وجاء في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية (كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط) وجاء في الفقرة الخامسة (كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه)...". للمزيد ينظر في: قرار المحكمة المذكورة في الدعوى رقم 2014/120، الصادر بتاريخ 2015/1/14، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[98] محمد سادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإنجليزي، (مجلة الحقوق، م12، ع2، الكويت، د.س)، 475.

ويجب أن تتوافر شروط عدة ليكون العقد قائماً على أساس الشروط النموذجية، وهي[99]:

أولاً: أن يوجه للعامة، أي لعدد غير محدد من الأفراد.

ثانياً: أن يعد العقد مسبقاً من أحد أطرافه، الذي يتمتع بقوة اقتصادية تجعل له مقدرة نافذة على التعاقد.

ثالثاً: أن يقبل الطرف الثاني العقد من الطرف القوي، بحيث لا يملك القدرة على المفاوضة، فإما له أن يقبل أو يرفض.

وفي إطار التعقيب على ما سبق ذكره، وبربطه بعقد القرض، فإنه لا بد من التفريق بين العقود والشروط النموذجية التي لا تقبل النقاش بتاتاً، وتلك التي يمكن أن تكون محلاً للنقاش بشكل جزئي. وفي هذا المقام، فإننا نؤكد أن عقد القرض المصرفي يندرج ضمن العقود النموذجية التي تنطوي على شروط وبنود معدة مسبقاً من قبل المقرض، إلا أن تلك العقود تكون قابلة للنقاش جزئياً بما تشتمل عليه من بنود نموذجية، وهذا يشمل كل بنود عقد القرض، وعلى وجه الخصوص، تلك البنود المتعلقة بالفائدة، ومدة السداد، والكفالة، وغير ذلك، ولعل هذا ما ينفي عن عقد القرض صفة الإذعان، ويتضح ذلك جلياً عند النظر في ما قضت به محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، حيث أكدت هذه الأخيرة على أنه: "... ولا يرد قول وكيلهما بأن العقد هو عقد إذعان، ذلك أن عقود الإذعان المقصودة في نص المادة (924) من القانون المدني هي تلك العقود المعدة والمطبوعة سلفاً في حين أن عقد القرض موضوع الدعوى إنما أعد وطبع بصورة مختلفة عن العقود المتعارف عليها، ما يعني أنه قد تمت مناقشة العقد من الطرفين واتفقا على ما ورد فيه قبل

[99] سهى الشنطي، مرجع سابق، 4.

التوقيع وهو شـــريعتهما وما أثاره وكيل المســـتأنفين من هذه الناحية غير وارد، ما يتعين الالتفات عنه ورده..."[100].

وبناءً على ما تقدم، وبإسقاط الشروط المذكورة أعلاه على عقد القرض، نجد بأن الشرط الأول يعد متحققاً بالنســـبة للعقد المذكور، ذلك أن عقد القرض يعتبر من قبيل العقود الموجهة للعامة؛ أي للجميع، وتحديداً الأشـــخاص الذين يرغبون بالحصـــول على خدمات مصـرفية تتعلق بالاقتراض، أما بالنسـبة للشـرط الثاني المذكور أعلاه، فيتوافر على صـعيد عقد القرض، ذلك أن هذا الأخير يعد من قبيل العقود المعدة مســـبقاً، والتي تنعقد في ظل التفوق الاقتصـــادي للمقرض على حســـاب المقترض، وأخيراً، وفيما يتعلق بالشـــرط الثالث ســـابق الذكر، فنبدي بأن الواقع العملي في الوقت الحالي يثبت بأن عقد القرض يعتبر من قبيل العقود القابلة للنقاش على صـعيد البنود، وذلك تبعاً للمنافسـة الحادة بين المؤسـسـات المصـرفية على تقديم خدمات القروض، بالإضـافة لاختلاف التعامل من قبل المؤسـسـات المصـــرفية فيما يخص الفائدة المترتبة على القرض، وكذلك العمولة والكفالة وغير ذلك من المسـائل المتصـلة بهذا الأخير، وعليه، فإن هذا الاختلاف، والتنافس، يجعلنا نؤكد بأن عقد القرض يدخل ضـمن العقود القابلة للنقاش، لأن العميل يمكن أن يحصـل على سـعر فائدة مختلف ومنخفض من قبل مؤسـسـة مصـرفية معينة أخرى، وبالتالي قد يتفاوض مع البنك الذي سيمنحه القرض بغية تعديل شروط السداد أو الكفالة أو حتى الفائدة.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن علاقة عقد القرض المصـــرفي بعقود الاستهلاك (الفرع الثالث).

---

[100] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2014/44239، الصـادر بتاريخ: 2017/1/10، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

الفرع الثالث

عقود الاستهلاك

تعرف عقود الاســـتهلاك بأنها عقود تتمثل في توريد أو تقديم أشـــياء منقولة مادية أو خدمات، إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجاً أو مهنياً، والمتلقي هو المستهلك؛ أي الفرد العادي الذي يبغي إشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني[101]. وتعرف عقود الاســتهلاك كذلك على أنها تلك العقود المنصــبة على تقديم خدمة أو ســلعة معينة، وهي تنطوي على طرفين للعقد، أحدهما المهني أو المزود، والآخر هو المســتهلك، وهذا الأخير يعد بمثابة محور قانون حماية المســتهلك[102]، إذ إن القانون المذكور يهدف لحمايته من شرور المزود أو المهني صاحب الغلبة في العلاقة التعاقدية.

ولا تنحصـر عقود الاستهلاك في الاستهلاك كمعنى مقابل للإنتاج فقط، إنما تتضـمن جملة من الخصـائص أهمها: أن أحد الأطراف مهني والطرف الآخر مسـتهلك، وأن يكون العقد نموذجياً. وبهذا يعرف عقد الاســتهلاك بأنه كل عقد مكتوب يبرم –أحياناً– بالإذعان بين مهني ومستهلك[103].

وتشـريع حماية المسـتهلك وجد لضـمان مصـالح المسـتهلك فتعتبر الشـروط التي تعفي المهني من أحد التزاماته أو التي تخفف منها هي شروط تعسفية باطلة[104]. وهذا ما أتى به قانون حماية المستهلك اللبناني، حيث نص على أن: "تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمســـتهلك لغير مصلحة الأخير"[105]. وهذا أيضاً ما يمكن أن يستفاد من قانون حماية المستهلك الفلسطيني،

---

[101] مصطفى أبو عمرو، *موجز أحكام قانون حماية المستهلك*، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011)، 10.

[102] ينظر في: المادتين (1،2) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 وتعديلاته.

[103] العربي مياد، مرجع سابق، 8.

[104] مصطفى أبو عمرو، مرجع سابق، 17.

[105] المادة (26) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (265) لسنة 2005.

حيث نص هذا الأخير على أنه: "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشـــروط الواردة في عقود الاســـتهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصـــى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصـــدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"[106].

وخلاصـــة القول، إن كلاً من هذه المفاهيم هي وليدة التقدم الاقتصـــادي والتكنولوجي، فتكوين كل منها يتم من خلال انفراد الطرف الأقوى اقتصـادياً بوضـع شـروط ورسـم إطار الآثار التعاقدية، وليس للطرف الضـعيف إلا قبولها أو رفضـها دون مناقشـتها، فلا يكون هنالك تفاوض بين طرفين متسـاويين، ما يشـكل قيداً على الحرية التعاقدية، وذلك لتحقيق السرعة في التعاقد التي تقتضيها المتغيرات الجديدة[107]. فهذه العقود والشروط رغم الفروقات القائمة بينها فهي تندرج ضـــمن إطار مســـمى قانوني واحد، إذ تمثل في مجملها خللاً في التوازن بين الحقوق والواجبات، وذلك من خلال استخدام القوى الاقتصادية لترجيح ما يحقق مصـــالح الطرف الأقوى، ويحدث ذلك حتى مع غياب الاحتكار ووجود حرية التفكير قبل الإقدام على إبرام العقد، وتكون ترجمة هذا التعسف في صورة شروط مجحفة بحق الطرف الضعيف[108].

وفي إطار التعقيب على ما ســـبق ذكره، وبربطه بعقد القرض، نجد أن هذا الأخير قد يحوز على وصف عقد الاستهلاك، وبالتالي فإنه يحاط بسياج الحماية الذي توفره تشريعات حماية المســتهلك، وتحديداً عندما ينطوي عقد القرض على بنود تعســفية، بحيث يكون من شـــأنها الجور على حقوق المقترض، وتغليب كفة الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، ألا

---

[106] المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 وتعديلاته.

[107] سهى الشنطي، مرجع سابق، 39.

[108] محمد سادات، مرجع سابق، 475–476.

وهو المقرض الذي يملك مركزاً اقتصـادياً يمنحه ميزة التفوق، بشـكل يخل بالتوازن الواجب تحقيقه على صعيد حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك.

ويتضـح ما سبق جلياً عن النظر في نصـوص التشـريع المغربي، حيث يضـفي الأخير وصف عقد الاستهلاك على عقد القرض المصرفي، وبالتالي، فإنه يحظى بالحماية القانونية المقررة في قانون حماية المســتهلك، حيث ينص القانون المذكور على أنه: "يعتبر شــرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"[109]. ومتى تم اعتبار الشرط تعسفياً في عقد القرض المصرفي، فإنه يصار –عندئذٍ– إلى إعمال المادة (19) من قانون حماية المســـتهلك المغربي، حيث تنص هذه الأخيرة على أن: "يعتبر باطلاً ولاغياً الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك"[110].

وتطبيقاً لما سبق، فقد قضت المحكمة التجارية بمدينة مراكش – المملكة المغربية بالمبدأ التالي: "بالرجوع إلى مقتضـيات البند 4 من العقد الرابط بين الطرفين، فقد تمت الإشـارة فيه إلى أن دين البنك يصـــبح مســـتحقاً في حالات معينة، منها حالة توقف المقترض عن الانتماء إلى مســتخدمي البنك المقرض. وإن مقتضــيات الفصــل 109 من قانون العقود والالتزامات تنص على أن كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنســان كحق الإنســان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشــر حقوقه المدنية، يكون بـاطلاً، ويؤدي إلى بطلان الالتزام الـذي يعلق عليـه، كمـا تنص المـادة (15) من قـانون حماية المستهلك على أنه يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شـرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حسـاب المسـتهلك. واسـتناداً إلى ما تم بسـطه أعلاه، يتبين أن الشـرط الوارد في البند أعلاه هو شــرط تعســفي، وبالتالي فهو يعتبر باطلاً ولاغياً، عملاً بمقتضــيات المادة (19) من

---

[109] المادة (15) من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

[110] المادة (19) من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

قانون حماية المســـتهلك. ويكون تبعاً لذلك طلب المدعي الرامي إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه له كامل مبلغ القرض استناداً إلى ذات الشرط غير قائم على أساس، ويستقيم التصريح برفضه..."[111].

ونخلص من جميع ما تقدم ذكره إلى نتيجة مفادها بأن العقود النموذجية أو العقود المتضمنة شروطاً نموذجية أو عقود الاستهلاك هي ليست بالضرورة عقود إذعان، وليست كل عقود الإذعان وما في دائرتها تمثل دائماً الصفة التعسفية من خلال بنودها[112]، هذا من جانب. ومن جانب آخر، وعلى نحوٍ متخصـــص، فإن عقد القرض المصـــرفي لا يعد من قبيل عقود الإذعان، تبعاً لعدم توافر خصـــائص هذه الأخيرة على صـــعيد عقد القرض، إلا أن ذلك لا يعني بتاتاً عدم تصور وقوع عقد القرض على شروط تعسفية، بحيث تتضمن هذه الأخيرة الجور على حقوق الطرف المقترض، لمصلحة الطرف المقرض، بما يهدم فكرة التوازن العقدي المســتقرة عليها في إطار التشــريعات محل المقارنة، والتي تخول القضـــاء سلطة التدخل لمصلحة الطرف الذي يقع ضحيةً للشروط التعسفية، بغية إنصافه، وتعديل الالتزامات، طبقاً لقواعد التوازن العقدي[113].

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن معايير تمييز الشروط التعسفية وصورها (المبحث الثاني).

---

[111] المحكمة التجارية بمراكش – المملكة المغربية، حكم رقم 3327، ملف عدد 2017/8210/2442، الصـــادر بتاريخ 2017/12/25، المبدأ العام للحكم.

[112] سهى الشنطي، مرجع سابق، 49.

[113] تجدر الإشارة إلى العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي، إذ قد يكون الشرط الجزائي تعسفياً، وتحديداً عندما يخل هذا الأخير بمتطلبات التوازن العقدي؛ أي متى افتقد لشرط التناسب والمعقولية، وعندئذٍ فإن القضاء يتدخل لتعديل الشرط الجزائي، الذي يتصف بالتعسف، بحيث يصبح معقولاً، ومتناسباً مع مضمون الحقوق والالتزامات الواردة في العقد، وهذه المسألة تدخل في صـميم الأحكام المتصـلة بالنظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. ينظر في: أمجد الخويلدي، دراسـة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، أندونيسيا، 2016)، 154.

المبحث الثاني

معايير تمييز الشروط التعسفية وصورها

سـنتناول في هذا المبحث معايير تمييز الشـروط التعسـفية وصـورها، وبيان الشـروط التعسـفية في عقد القرض المصـرفي، وذلك من خلال مطلبين، الأول: معايير الشـروط التعسفية، والثاني: صور الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي.

المطلب الأول

معايير الشروط التعسفية

تطبيقاً للأساليب التي تعطي دوراً للقاضي في تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا[114]، ستقوم الدراسة ببيان المعايير المطروحة في مجال تمييز الشرط التعسفي.

تقوم معايير تحديد الشرط التعسفي على عنصرين أساسيين: التعسف في استعمال القوة الاقتصـادية للمهني، والميزة الفاحشـة أو المفرطة التي يحصـل عليها الطرف الأقوى في

---

[114] للقاضـي دور كبير في إعادة التوازن في العلاقات العقدية، وذلك من خلال تفسـيره لشـروط العقد وبحثه عن النية الحقيقية للأطراف واستبعاده للشروط التي لا تتوافق معها، ذلك أن التفسير يعبر في هذه الحالات عن البحث عن توازن بين مواقف الأطراف بهدف تجنب استفادة محرري الشروط التعسفية لعقود الإذعان. للمزيد ينظر في: أحمد الرفاعي، *الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"*، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994)، 323. وللوقوف على مدى اعتبار الشرط تعسفياً من عدمه يفصل القاضي في ذلك على ضوء ظروف وملابسات النزاع وخصوصاً طبيعة العقد ومداه ونوع الخدمة أو المنفعة المتولدة عنه. للمزيد ينظر في: هانية فقيه، الرقابة القضـائية على عقود الإذعان، مرجع سـابق، 196. كما قررت بهذا الشـأن محكمة اسـتئناف جبل لبنان بتاريخ 1969/1/15، النشـرة القضـائية لسـنة 1971، بقرارها: "أنه على القاضـي في الأعمال القانونية أن يقف على نية المتعاقدين وحقيقة ما قصـدوه من العقد عندما يحتوي على نتائج غير عادلة، وأن يعطي العقد الوصـف الذي يتفق مع عناصـره دون أن يكون مقيداً بالوصـف الذي أعطاه الفرقاء والنية الظاهرة المعبر عنها".

العقد، وهذان العنصران متحدان وتربطهما علاقة سببية، إذ إن الميزة المفرطة التي حصل عليها إنما هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي مكنته من فرض هذا الشرط[115].

وعليه، تتمحور المعايير الأساسية للكشف عن الشروط التعسفية حول المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي)، وهذا ما سنقوم ببيانه في الفرع الأول، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن هناك ما يسمى بالمعيار الموضوعي (الميزة المفرطة)، وهو ما سيكون محلاً للدراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول

المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي)

يقصد بهذا المعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أو النفوذ الاقتصادي للمهني؛ أي تمتع أحد طرفي العقد بقوة أو نفوذ اقتصادي، وتعسفه في استخدام هذه القوة الاقتصادية[116]. وهو الأمر الذي يظهر معه استغلال أحد طرفي العقد لحاجة الآخر لسلعة أو خدمة، وبالتالي إمكانية فرض شروط عليه والتي لا يملك حيالها إلا أن يقبل أو يرفض دون مناقشتها، ودون أن يكون له حق المفاوضة[117]. وهو عنصر شخصي لا يمكن إثباته بمقارنة حالة بأخرى، وإنما يستخلص من الصفة الخاصة بأطراف العقد[118].

والمقصود به كعنصر هو تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، وذلك نتيجةً لما تشهده المعاملات في الوقت الحاضر من تفوق الطرف المهني اقتصادياً وعلمياً مقارنةً

---

[115] أسيد الذنيبات، سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط التعسفي في التأمين ماهيتها ونطاقها: دراسة مقارنة، (المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، ع4، 2012)، 72.

[116] عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتمنراست، م11، ع1، الجزائر، 2019)، 43.

[117] علي الشديقات، مرجع سابق، 62.

[118] إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع3، المغرب، 2001)، 69.

بالمستهلك، وهو الأمر الذي تظهر معه مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة، وبالتالي فرض شروط عليه، وهو الذي لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون توافر إمكانية مناقشة حقيقية، وانعدام المقدرة على الاختيار[119].

وإن الإمكانيات التي يتمتع بها المهني أو المحترف والتي بمقتضاها يحرر العقد بشكل مسبق ومنفرد، ويضمنه شروطاً مجحفة في حق المستهلك، ليست نابعة من حقه في إملاء هذه الشروط بقدر ما هي نتيجة لوضعه القوي على المستويين الاقتصادي والتقني، والذي يستغله لما فيه مصلحته على حساب مصلحة المستهلك[120].

ولا يمكن حصر معيار القوة الاقتصادية بضخامة المشروع، فكل شرط يدرجه المهني بالعقد ويؤدي إلى انعدام التوازن بين طرفيه يعتبر شرطاً تعسفياً[121].

وقد ذهبت آراء فقهية بشأن هذا المعيار إلى اعتبار طبيعة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بأنها تعسف في الموقف، ويعني هذا أن مركز أحد أطراف العقد يسمح له بفرض شروطه على الآخر، على خلاف مبدأ حسن النية في العقود. أي أن تعسف الموقف المستخدم من قبل المهني في تعامله مع المستهلك يتم من خلال استخدامه لوسائل غير قانونية باستغلاله الموقف الضعيف للمستهلك، الأمر الذي يؤدي به لإبرام العقد[122].

وذهب رأي آخر إلى أن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو نوع من التعسف في استعمال الحق، نظراً لاعتبار تحرير العقد بشروطه من طرف واحد بشكل أحادي ما هو إلا حق شخصي يتم التعسف في استخدامه[123]. إلا أن إبرام العقود النموذجية المحررة بشكل أحادي أصبح ضرورياً في المعاملات الحديثة نظراً لخاصية السرعة التي تتسم بها،

---

[119] زكرياء خليل، مرجع سابق، 22.

[120] عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009)، 71.

[121] زكرياء خليل، مرجع سابق، 23.

[122] هني عبد اللطيف، مرجع سابق، 527.

[123] رباحي أحمد، مرجع سابق، 349.

فبذلك يتم توفير الوقت والجهد، بالإضـــافة لفائدة الخبرة الفنية، والقانونية والعملية التي يضيفها المهني للعقد عند تحريره له. فبالتالي تحرير العقد من طرف أحادي يعتبر ممارسة سلطة واقع وليس ممارسة حق شخصي[124].

وفي إطار التعقيب على الآراء المذكورة أعلاه، فإن الدراســـة تؤيد المذهب الذي يعتبر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف في الموقف وليس تعسفاً في استعمال الحق، لأن التعسف في استعمال الحق ينحصر في حالات معينة تحدد بالقانون[125]، وهذا يؤدي إلى تجميد فكرة الشروط التعسفية وتضييقها، وبالتالي قصور فرض الحماية التشريعية والقضائية على العديد من الشروط التعسفية المدرجة بالعقود.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن المعيار الموضـــوعي أو معيار الميزة المفرطة (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي (الميزة المفرطة)

تتمحور الميزة الفاحشة أو المفرطة حول تلك المنفعة التي يحصل عليها الطرف الأقوى في العقد وهو المهني، والمقصود بالميزة الفاحشة هو امتدادها للشروط التي يمكن أن تحقق نفعاً للمهني، وعدم اقتصارها على الثمن المقابل للسلعة أو الخدمة. ومن هذه الشروط ما

---

[124] رباحي أحمد، مرجع سابق، 350.

[125] فالمادة (5) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته نصت على ثلاث حالات يكون فيه استعمال الحق غير مشروع، وهي: 1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، 2. إذا كانت المصالح التي يُرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، 3. إذا كانت المصالح التي يُرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. وتقابلها المادة (5) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يعفي الطرف القوي بالعقد من الالتزامات المترتبة عليه، أو التي تؤدي إلى زيادة في حقوقه على حساب الطرف الآخر، أو التي من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الضعيف[126].

فلا تنحصـــر الميزة المفرطة للمهني في تقليص المســـؤولية أو الالتزامات المالية، إنما يمكن أن يمس التعسف جميع أنواع حقوق الطرف الضعيف في العقد، كالحق في الاختيار والحق في الحرية التعاقدية. فالعبرة بالاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات الواقعة على أطراف العقد، وليس محل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن[127].

وهذا العنصـر موضـوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني أو المحترف، مهما كان نوع هذه المزايا مادية أو فنية أو اقتصـــادية، بل العبرة بعدم التوازن بين الالتزامات المترتبة على العقد، ســـواء تعلق الأمر بالمبالغة المفرطة في تعداد الالتزامات الملقاة على كاهل الطرف الضعيف في العقد، أم تعلق الأمر بانعدام سبب العقد ولو جزئياً[128].

ويشترط أن يكون الاختلال بين التزامات الطرفين كبيراً، أما إذا كان بسيطاً فيتم التجاوز عنه حفاظاً على اســـتقرار المعاملات، وتماشـــياً مع ما هو جارٍ العمل به في عالم المال والأعمال، وتنفيذاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" (pacta sunt servanda)[129].

كما أن تقدير المنفعة يجب أن يحصـــل في ضـــوء مضـــمون العقد الذي يتضـــمن هذا الشرط وغيره من العقود الأخرى المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفياً، ولكن يكون مبرراً إذا نُظِرَ إليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبتها[130].

وبهذا يكون الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكافِئ المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك، ومن الأمثلة على هذا في التعاقد الشروط المطبوعة سلفاً

---

[126] علي الشديقات، مرجع سابق، 62.

[127] زكرياء خليل، مرجع سابق، 24.

[128] أحمد عبد، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، م9، ع28، 2016)، 230.

[129] الزبير المعروفي، مرجع سابق، 93.

[130] أحمد عبد، مرجع سابق، 231.

أو الصيغة الموحدة للعقود والمعدة من قبل أصحاب المهن، والتي تقدم للمستهلكين للتوقيع عليها فقط دون أي مناقشة أو حق في التعديل، والتي تبين مدى اللامساواة بين أطراف هذه العقود.

وخلاصة القول إن الشرط التعسفي المدرج بالعقد هو نتاج عدم توازن بين مراكز أطرافه التعاقدية، بحيث يُمكِّن الطرف القوي به من فرض الشروط التي تخدم مصلحته على الطرف الضعيف، بما له من تفوق ما[131]. أي أن التفوق الاقتصادي هو السبب المؤدي لوجود الشرط التعسفي في العقد الذي تنتج عنه ميزة فاحشة لصالح الطرف القوي[132]، والتي تكون دون مقابل ويقع عبؤها على الطرف الضعيف. فتحديد إذا ما كان الشرط تعسفياً أم لا يرتبط ابتداء بوجود القوة الاقتصادية لأحد أطراف العقد دون الآخر، ما يخلق عدم توازن بين مراكز أطراف العقد، من ثم استخدامها بصورة تضر الطرف الضعيف بالعقد فيكون متعسفاً باستخدامها، مؤدياً إلى خلق منفعة مبالغ بها تسمى الميزة الفاحشة لصالح الطرف القوي.

وفي هذا الصدد، وتحديداً في مجال تشريعات حماية المستهلك، فقد أحال قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 إلى مجلس الوزراء الفلسطيني سلطة إصدار نظام يحدد المعايير المعتمدة لاعتبار الشرط تعسفياً، على أن تتم إزالته إذا ما تضمن إجحافاً بحق المستهلك، وهذا يمثل خطوة أولى لتقييد العمومية التي تتصف بها الشروط التعسفية في ظل التشريع الفلسطيني[133].

---

[131] فاطمة بوقطة، مسؤولية البنك عن الإخلال بالإعلام بالفوائد في عقد القرض المصرفي، (المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، م11، ع2، الجزائر، 2020)، 221.

[132] عبد القادر الصادق، مرجع سابق، 44–45.

[133] نص المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، والتي جاء فيها: "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك".

وقد ألزمت المادة (16) من القانون المغربي رقم 31.08 المحكمة باحترام قواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من (461) إلى (473) من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود. وهذا الأمر يطرح إشكالاً على المستوى العملي من حيث صعوبة قياس التوازن أو التعادل بين الالتزامات ذات الطبيعة المختلفة[134].

وقد تفادى القانون المغربي هذا الإشكال من خلال المادة (17) من القانون رقم 31.08 التي نصت صراحة على أن تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط لا يتصل بتحديد المحل الأساسي من العقد، ولا يتعلق كذلك بمدى ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة، وذلك متى كانت الشروط محررة بصورة واضحة[135]. وقد أورد المشرع المغربي في المادة (18) من القانون رقم 31.08 أمثلة لبعض الشروط التعسفية معتمداً على الغرض من هذه الشروط أو ما يترتب عليها من نتائج، كما وضع المشرع المغربي مجموعة من المعايير الأخرى لتقدير الشروط التعسفية، وقد اعتبر المشرع مقتضيات هذا القسم من النظام العام[136].

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن صور الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (المطلب الثاني).

---

[134] زكرياء خليل، مرجع سابق، 25.

[135] تنص المادة (17) من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على أن: "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة (16)، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة".

[136] زكرياء خليل، مرجع سابق، 16-26.

المطلب الثاني

صور الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي

يمثل عقد القرض أهمية بالغة في الحياة العملية، بحيث يشكل وسيلة مهمة من وسائل التمويل التي يحتاجها الأفراد والمؤسسات للحصول على منافع مختلفة مدنية أو تجارية، وبهذا يعني اقتراض الأموال توفير السيولة المالية التي تستعمل لمزيد من العمل والإنتاج والنمو الاقتصادي والاجتماعي، ما يؤدي لمزيد من التقدم والنهضة[137].

فبعد أن بينت الدراسة ماهية الشرط التعسفي، ومعايير تحديده، ينبغي علينا الآن أن نبحث في شروط عقد القرض بناء على المعايير التي سبق لنا أن وضحناها.

وبرجوع الدراسة إلى النماذج المتعلقة بعقد القرض المصرفي لدى عدد من البنوك الفلسطينية، وبربط الشروط الواردة في تلك النماذج بمفهوم التعسف المنصب على بنود العقد، نجد أنه من الجدير بنا أن نحاول تفنيد تلك الشروط، للوقوف على البنود التعسفية في عقد القرض المصرفي، ولا يمكن إجراء ذلك إلا من خلال استعراض أهم شروط وبنود عقود القرض الذي يجري العمل به على الصعيد الواقعي، وذلك على النحو الآتي:

الشرط الأول: الشرط الذي يفيد بتجاوز الحد القانوني أو المعقول من سعر الفائدة الاتفاقية، سواء تعلق الأمر بالفوائد البنكية أم فوائد التأخير الاتفاقية، فالفوائد في فلسطين محددة بنسبة 9%[138]. ولكن البنوك ومؤسسات الإقراض –في بعض الأحيان– لا تحترم السقف

---

[137] نسرين محاسنة، مرجع سابق، 188.

[138] قانون معدل الفائدة القانوني الباب 68 لسنة 1929، بحيث نصت المادة (2) منه على ما يلي: "على الرغم مما ورد في نظام المرابحة العثماني المؤرخ في 9 رجب سنة 1304 بشأن معدل الفائدة القانوني، يجوز لأي مصرف أن يتقاضى فائدة مركبة من عملائه عن أي قرض يقترضونه منه أو مبلغ يسحبونه زيادة على حسابهم لا يتجاوز معدلها تسعة في المائة، بالإضافة إلى أي عمولة يتم الاتفاق عليها بينه وبين العميل". مع العلم أن المادة (1) من قانون المرابحة العثماني (نظام المرابحة لسنة 1936) نصت على ما يلي: "قد عين الحد الأعظم للفوائد في جميع المداينات العادية والتجارية تسعة في المائة سنويا". وعلى مستوى الاجتهاد القضائي المغربي، فقد اعتبر أن الأصل هو الفائدة القانونية في غياب أي اتفاق، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المؤرخ في 14 يناير 1998 في الملف المدني 93/5: "إن الرصيد المدين للحسابات الجارية، إذا كان يطبق عليه أساساً أثناء سير الحساب سعر الفائدة الاتفاقية في حدود ما يقضي به قرار وزير المالية

المحدد للفوائد البنكية الواجبة الاتباع في فلســطين[139]، ولا تعيرها أي اهتمام عندما تتجاوز هذا السقف مستغلة جهل المقترض وعدم إلمامه بمختلف المقتضيات القانونية المطبقة على عقد القرض، بالإضـافة إلى حاجته الماسـة للقرض من أجل تلبية حاجياته الاسـتهلاكية أو التجارية التي لا يقوى على ســـدادها اعتماداً على المال الذي يتوفر لديه، هو ما يؤدي به إلى الموافقة على عقود قرض نموذجية معدة ســلفاً وغير متفاوض بشــأنها، وتحتوي على فائدة بنكية يصعب على المقترض التمكن من طريقة احتسابها[140].

ونتيجة لذلك، وتحديداً فيما يتعلق بالفائدة التي تتجاوز حدود القانون، فإنه من الجدير بالذكر التأكيد على أنها تحوز وصف الشرط التعسفي في عقد القرض المصرفي، على نحو يمكّن المحكمة من تعديلها بحيث تدخل في نطاق النصـاب القانوني[141]، وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه: "... بالنسبة للسبب الثاني من سببي الطعن المتعلق بعدم معالجة الحكم المطعون فيه مبلغ الفائدة الفاحشــة، وحيث قد ثبت للمحكمة أن أصــل الدين هو (10000) شيكل، وأن المطعون ضدها قد استوفت عنه فوائد تقدر بـــ22% عند فتح الاعتماد المالي و21% عن ملحق الاعتماد المالي. ولما كان الحد الأقصـــى للفائدة الاتفاقية هو 9% وفق نظام المرابحة العثماني الســـاري المفعول، فقد كان على المحكمة وفق المادة (2) من قانون الربا الفاحش رقم (20) لســنة 1934 أن تدقق في الحســابات التي تمت بين الطرفين وأن تنقص الفائدة السـنوية إلى 9% وبعد ذلك تقرر حسـاب الفائدة

المؤرخ في 30 ماي 1988 وتطبيقاً لظهير 6 يوليوز 1993 فإنه بمجرد قفل الحساب الجاري يصبح رصيده ديناً تستحق عنه الفوائد من تاريخه اتفاقية كانت أم قانونية، وليس في المادة (105) من ظهير 6 يوليوز 1993 ما يفيد منع البنك من الفوائد البنكية في كل الحالات سواء أثناء سريان الحساب أو أثناء قفله وامتناع المدين من أداء الرصيد السلبي، إنما يعطي لوزير المالية حق تحديد السـعر القانوني الأقصـى للفائدة الاتفاقية المدينة والدائنة بخصـوص عمليات مؤسـسـات الائتمان تطبيقاً للفقرتين 1 و2 من المادة (13) اللتين ذهبتا لتحديد الشـــروط المتعلقة بمدة الائتمانات وحجمهما وأســـعار الفائدة المستحقة عليهما، وأنه من الثابت أنه يوجد بالملف ما يفيد بوجود اتفاق بين الطرفين يفضي إلى تطبيق سعر الفوائد البنكية بعد قفل الحساب، مما لا يحق للطالب المطالبة إلا بالفوائد القانونية".

[139] وذلك بناءً على ما تم الاطلاع عليه من نماذج عقود قروض بنكية من بنوك فلسطينية.

[140] الزبير المعروفي، مرجع سابق، 94.

[141] عائشة زرواق، حماية الزبون المقترض من الفوائد البنكية في التشريع الجزائري، (المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية – جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع2، الجزائر، 2017)، 365.

بالمعدل القانوني على الرصيد الباقي ديناً صافياً مستحق الأداء من يوم التصفية عملاً بالمادة (2/113) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966..."[142].

وبنفس الاتجاه، فقد أكدت ذات المحكمة، في قرار حديث لها، على أنه: "... وحيث جعل واضع القانون للفائدة التي يحكم بها للدائن لقاء تأخر المدين عن وفاء دينه سعرين أحدهما قانوني والثاني اتفاقي، وقد حدد نظام المرابحة العثماني السعر القانوني بتسعة بالمائة، أما السعر الاتفاقي فيتفق المتعاقدون على مقداره على ألا يزيد على تسعة بالمئة ولم يرد في القانون ما يجيز للمحكمة تخفيض هذا الحد، إنما لم يجز الحكم بفائدة تزيد على السعر القانوني وأن الحكم بتخفيض الفائدة إلى ما دون الحد القانوني وهو 9% مخالف للقانون إذا لم يوجد اتفاق على تحديها بأقل من ذلك. وحيث إن العقد المبرز بين الطرفين قد حدد معدل الفائدة السنوية الواجب استيفاؤها وهي 9% مضافاً إليها عمولة 1%، وبالتالي فإن قيام محكمة الاستئناف بتخفيض الفائدة بمعدل أقل من المعدل المتفق عليه جاء مخالف لأحكام القانون الأمر الذي يجعل من هذا السبب يرد على الحكم المطعون فيه..."[143]. وعلى نفس المنوال، فقد صرحت محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية على أنه: "... وعليه، وحيث ثبت من خلال البينة المقدمة من قبل المستأنفين في هذا الاستئناف والموضحة أعلاه أن هناك فائدة زائدة في المبلغ المطالب به من قبل الجهة المستأنف عليها عن الحد الأقصى المسموح به قانوناً، أي عن 9% سنوياً حسب ما نص عليه نظام المرابحة العثماني الصادر عام 1304 هجرية، وحيث إن المادة (1/2) من قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934 أجازت للمحكمة إعفاء المدين من دفع الفائدة

---

[142] حكم محكمة النقض الفلسطينية، في الدعوى رقم 2009/152، الصادر بتاريخ 2010/3/8.

[143] حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/1356، الصادر بتاريخ 2020/4/22، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

الزائدة في معاملات الربا الفاحش فإنه والحال هذه فإن هذا السبب من أسباب الاستئناف يرد على الحكم المستأنف تعديلاً من حيث مقدار المبلغ المحكوم به..."[144].

بالمقابل، فإن المحكمة لا تملك صلاحية تعديل الفائدة المترتبة على القرض في حال كانت متوافقة مع النسبة المحددة قانوناً، لأنه لا يمكن وصف بند الفائدة –والحالة هذه– على أنه شرط تعسفي، وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "... وعن السبب الخامس الذي يذكر فيه المميز نص المادة (167) من الأصول المدنية وأن الجهة المميز ضدها حسبت فوائد (11%) وعمولة (1%) سنوياً على كامل القرض وهذا مخالف لنص المادة (4/167) من الأصول المدنية. وفي ذلك فإن الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد وفق المادة (213) من القانون المدني كما أن العقد شريعة المتعاقدين، وحيث إن المميز تعاقد رضائياً مع المميز ضدها واتفقا على مقدار القرض والفوائد والعمولات ودفع برضاه ولم يرد ما يثبت أن فوائد العمولات تتعارض وقانون البنوك والتعليمات الصادرة عن البنك المركزي فإن ما يثيره في هذا السبب غير وارد ويتعين رده..."[145].

أما بالنسبة للشرط المعمول به على الصعيد الواقعي، والمتعلق بمراجعة سعر الفائدة من قبل البنك، وذلك كل فترة زمنية معينة، كأن للبنك الحق في إعادة النظر في السعر كل ثلاثة أشهر أو ستة أشهر، فإن الشرط يندرج ضمن الشروط الصحيحة، التي لا يمكن وصفها على أنها شروط تعسفية، تبعاً لتوافقها مع صحيح أحكام القانون، شريطة عدم المغالاة عند تعديل الفائدة[146]، ولعل هذا ما يستفاد صراحةً مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت هذه الأخيرة على أنه: "... ولما كان ذلك وحيث إن ما تضمنه عقد

---

[144] حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/637، الصادر بتاريخ 2019/12/9، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[145] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/161، الصادر بتاريخ: 2018/2/8، منشورات قسطاس الحقوقية، ص5 على صورة الحكم.

[146] فاطمة بوقطة، مدى مسؤولية البنك عن تحديد الفوائد في عقد القرض البنكي، مرجع سابق، 412 وما بعدها.

القرض المبرم بين الطاعن والمميز ضده من شرط أحقية البنك في النظر بسعر الفائدة كل ثلاثة أشهر هو شرط اتفاقي لا يعتبر من شروط الإذعان، إذ بإمكان الطاعن أن يقبل أو يرفض مثل هذا الشرط قبل التوقيع على العقد وطالما وقع عقد القرض ولم يبدِ أي اعتراض عليه قبل توقيعه، وطالما أن من البينات الخطية المقدمة والمتمثلة في عقد القرض وطلب إصـــدار بطاقة فيزا والموقعين من الطاعن ولم ينكر توقيعه عليهما ما يجعلهما حجة عليه إعمالاً لحكم المادة (11) من قانون البينات، وحيث تضـــمن عقد القرض شـــرطاً مفاده أن قيود البنك وسـجلاته صـحيحة ولا يجوز الطعن فيها وهي بينة قاطعة، فتؤدي هذه البينات إلى إثبات انشـغال ذمة الطاعن ومديونيته تجاه المميز ضـده دون بينة أخرى، وحيث خلا عقد القرض من أي شرط تعسفي فإنه لا وجه لإعمال المادة (204) من القانون المدني ما يجعل ما يثيره الطاعن بهذين السببين واقعاً في غير محله ويقتضي ردهما..."[147].

وبنفس التوجه، فقد أكدت محكمة صـلح حقوق عمان – المملكة الأردنية على أنه: "... وصفوة القول بأن قانون البنك المركزي والتعليمات والأسس والقرارات الصادرة كافة بموجبه قد منحت البنوك الحق في تحديد أسعار الفوائد والعمولات التي تتقاضاها على مختلف أنواع التســـهيلات الائتمانية، وحيث إن المدعى عليها قد حددت معدل الفائدة الســـنوية التي تتقاضاها من المدعي بـــ8%، وأدرج ضمن البند السادس من عقد القرض الحق في رفع سعر الفائدة في حال وجود ما يستدعي ذلك دون أن يكون للمقترض الحق بالاعتراض على ذلك، وبالتالي فإن قيام المدعى عليها برفع ســـعر الفائدة لا ينطوي على أي مخالفة لبنود عقد القرض وتعليمات البنك المركزي ولم يصـدر عن المدعى عليها أي خطأ تعاقدي بهذا الشأن يستوجب المساءلة القانونية..."[148].

---

[147] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/3268، الصـادر بتاريخ: 2017/10/16، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

[148] حكم محكمة صـــلح حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/17891، الصـــادر بتاريخ 2019/1/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

الشـــرط الثاني: عدم منح مهلة للتفكير والتروي، حيث يذهب البعض إلى القول بأنه يمكن للمقرض أن يحرم المقترض من مهلة التفكير والاطلاع على شروط العقد، والذي يتم تحريره سـلفاً من قبل المقرض وحده (عقد نموذجي)[149]، ما يجعل المقترض يوقع على عقد يجهل محتواه. كما يمكن أن يكون هذا الشرط تعسفياً في حال اشتراط المقرض أن يوقع المستهلك المقترض على إعلان علمه بشـــروط العقد مع أنه في الحقيقة يجهلها، أو لم يأخذ الوقت الكافي لقراءتها أو التفكير بها[150]. وبالمقابل، فإن البعض الآخر يقرر أن البنك في عقد القرض المصـرفي يمنح للعميل فرصـة للاطلاع على بنود العقد، ما ينفي عن هذه الأخيرة شـبهة التعسـف، وأننا نتفق مع الرأي الأخير شـريطة أن يكون قد منح المقترض فرصـة للتفكير بشكل فعلي، وتطبيقاً لما سبق، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "... وعن السـبب الأول ومفاده النعي على الحكم المطعون فيه بتخطئة محكمة الاسـتئناف بعدم اعتبارها عقد القرض الشـخصـي من عقود الإذعان، وأن توقيع العقد قد تم بإرادته واختياره لأن المدعى عليه مجبراً على الموافقة على تلك الشـروط. وحيث إن هذا النعي غير سـديد ذلك أن عقد القرض الشـخصـي الموقع بين المميز والمميز ضـده لا يعتبر من عقود الإذعان، ذلك أن المميز وقع على العقد بإرادته واختياره دون إجبار من البنك المميز ضده، وأن شـروط العقد واضـحة وكان بإمكان المميز مراجعة شـروط العقد وإن لم تكن مناسـبة الامتناع عن التوقيع، كما أن المميز طلب فتح حسـاب لدى فرع المدعي في الشـميسـاني باختياره ما يتعين معه رد هذا السبب..."[151].

الشـــرط الثالث: إلزام المقترض بالتوقيع على أوراق تجارية مثل كمبيالات، في حال عدم سداده للقرض يكون مجبراً على أداء مقابلها، خارج العلاقة المصـرفية التي تجمعهما، وهي

---

[149] محمد جريفيلي وشريف بحماوي، مرجع سابق، 31-32.

[150] ينظر في: منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: http://droitcivil.over-blog.com/article-5144927.html، تاريخ الزيارة: 2018/3/1). وعائشة زرواق، مرجع سابق، 364.

[151] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/7687، الصـــادر بتاريخ: 2019/1/27، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

ضمانة يحصل من خلالها المصرف على ميزة، نتيجة عدم قدرة المقترض على الاستفادة من التنازع على دين القرض المصرفي قضائياً إذا حصل خلاف، وذلك لأنه مجبر على السداد بقيمة القرض من خلال الكمبيالات الموقعة. وفي هذا المجال، فإننا نتفق مع ما ذهبت إليه محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، وتحديداً من حيث عدم اعتبار هذا الشرط من قبيل الشروط التعسفية، تبعاً لرضا العميل، وفي ظل عدم وجود احتكار فعلي أو قانوني لخدمة تمويل القروض، فنجد المحكمة المذكورة تقرر أنه: "... وعن السبب السابع ومفاده أن الكمبيالات جميعها شرط إذعان كونها مطبوعة وهناك دفع لهذه الكمبيالات المدفوعة كما تم ذكره. وفي ذلك نجد أن المستأنفين هما من وقعاً على الكمبيالات وسلموهما للمستأنف ضدها والكمبيالات المبرزة وفقاً لظاهر البينة محررة لأمر شركة لا تحتكر تمويل القروض، وأما القول بأنها تحمل شروطاً مطبوعة فإن مثل هذا القول لا يعتد به، حيث إن العقد شريعة المتعاقدين وإن اشتمال الكمبيالات على بيانات مطبوعة لا تعتبر من الشروط التعسفية، ما يتعين معه الالتفات عن هذا السبب..."[152].

الشرط الرابع: الحيلولة دون التسديد المبكر للعقد؛ أي الشرط الذي يقضي برد المقترض لمبلغ القرض كاملاً في حال رده بفترة سابقة على موعد الاستحقاق، دون خصم نسبة الفوائد المترتبة على تقسيط الدفع[153]. وهو شرط فيه منفعة فاحشة للمصرف الذي يشترط الحصول على قيمة القرض كاملاً مشمولاً بنسب الفوائد والعمولات التي يجب أن تدفع مقابل التسديد الطويل الأمد، حتى وإن قرر التسديد المبكر، فبهذا يتضرر المقترض من

---

[152] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2013/34606، الصادر بتاريخ 2013/12/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[153] تجدر الإشارة إلى أن سلطة النقد الفلسطينية تنظم مسألة السداد المبكر، وما يترتب عليه من عمولات، على نحو يضمن حماية حقوق المقترض، بما يشمل القروض الصادرة عن البنوك أو المصارف الإسلامية، للمزيد لطفاً ينظر في: تعليمات الإقراض المسؤول رقم 2 لسنة 2016، وتعليمات السداد المبكر للتمويلات رقم 36 لسنة 2020، بواسطة الموقع الإلكتروني لسلطة النقد الفلسطينية، على الرابط التالي: https://www.pma.ps/ar/%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D8%A7%D8%AA/%D8%AA%D8%B9%D9%84%D9%8A%D9%85%D8%A7%D8%AA/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D8%A7%D8%B1%D9%81/2020.

عبء الأقساط الطويلة أو المبلغ كاملاً حتى ولو ذهب ظرفه الاقتصادي الذي أجبره على الاقتراض. وفي هذا المجال، فإننا نبدي بأن شرط عدم التسديد المبكر يمكن أن ينطوي على مفهوم التعسف، لذا، فلا بد أن يكون البنك مرناً في هذا الصدد، بحيث لا يقوم بحظر فكرة التسديد المبكر، شريطة ألا يتم الجور على حقوق البنك؛ أي أن يتم إعادة النظر بسعر الفائدة بعد التسديد المبكر، وليس استبعادها بشكل مطلق، ولعل هذا ما يستفاد مما قضت به محكمة بداية عمان – المملكة الأردنية، وتحديداً عندما صرحت المحكمة بضرورة بيان وجه التعسف أو الإذعان فيما يتعلق بفكرة السداد المبكر، فنجدها تقرر بأنه: "... وتجد المحكمة أن المدعية لم تبيّن وجه اعتبار عقد القرض عقد إذعان، ووجه اعتبار الشرط الخاص بالسداد المبكر شرطاً تعسفياً، وأن عقود التسهيلات المصرفية وعقد القرض من البنك لا يعتبر عقد إذعان ولا تتوافر فيه شروط المادتين المذكورتين..."[154].

الشرط الخامس: الشروط المرتبطة بالتقاضي أو المطالبة بالحق، ففي معظم عقود القرض المصرفي يقوم المقرض بتحديد المحكمة المختصة حالة وقوع نزاع، بحيث غالباً ما تكون المحكمة بعيدة عن موطن المقترض، حيث يذهب البعض إلى القول بأن هذا يشكل خرقاً لقواعد الاختصاص المكاني التي تقضي بأن الدعوى تباشر في موطن المدعى عليه[155]. ومن جانبنا نبدي بأن قواعد الاختصاص المحلي (المكاني) لا تعتبر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام، على خلاف الاختصاص القيمي والنوعي، لذا، فإنه يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولا يندرج الشرط الوارد بمناسبتها ضمن الشروط التعسفية، وهذا ما استقر عليه العمل القضائي بخصوص شرط الاختصاص المكاني في عقود القرض المصرفي، ويتضح ذلك جلياً مما قضت به محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، حيث أكدت

---

[154] حكم محكمة بداية حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2011/909، الصادر بتاريخ 2011/10/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

[155] فجاء بقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، منشور في العدد 88 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ سبتمبر 2001، في الفصل الثالث منه الخاص بالاختصاص المحلي في المادة (42) ما يلي: "1- يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام. 2- إذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل عمل أحدهم".

الأخيرة على أنه: "... ومن خلال هذه النصوص يتضح أن الأصل في الاختصاص هو لمكان إقامة المدعى عليه إلا أنه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وبالعودة إلى عقد القرض المرفق مع لائحة الدعوى والذي اعتمدت العناوين الواردة به وكذلك العنوان الوارد في ذيله، نجد أن الفقرة الثالثة عشرة منه جاء بها يوافق الفريقان الثاني والثالث مقدماً على صلاحية أية محكمة يختارها الفريق الأول للفصل في أي نزاع أو ادعاء ينشأ عن هذا العقد ويسقطان حقوقهما مقدماً بالاعتراض على صلاحية واختصاص المحكمة التي يختارها الفريق الأول، علماً بأن الفريق الأول في ذلك العقد هو بنك فلسطين (المستدعى ضده) والفريق الثاني هو المستدعين، وبذلك فإن للجهة المستدعى ضدها (المستأنفة) الحق في اختيار المحكمة التي تقدم لها الدعوى، وحيث إنها أعملت هذه الصلاحية بتقديم الدعوى إلى محكمة بداية رام الله فإنه لا مجال للقول بأن محكمة مكان إقامة المدعى عليهم هي المحكمة المختصة طالما تم الاتفاق مسبقاً على أن الاختصاص المحلي يكون وفق اختيار الجهة المدعية..."[156].

---

[156] حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/428، الصادر بتاريخ 2019/10/30، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

وبنفس التوجه ينظر في: محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرار في الدعوى رقم 2019/1201، الصادر بتاريخ 2020/1/8، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أنه: "... من الرجوع إلى عقد القرض المبرم بين طرفي الدعوى والذي قدمت الدعوى بالاستناد إليه والمرفق مع لائحتها حيث إن شروط هذا العقد هي التي تحكم العلاقة ما بين الطرفين، فبالرجوع إلى المادة (24) فقرة هـ من هذه الشروط تجد أنه ورد بها أن للبنك صلاحية مقاضاة المعتمد والكفيل أو أي منهما لدى أي محكمة بغض النظر عن الصلاحية المكانية لهذه المحكمة، هذا بالإضافة إلى أنه ورد في هذه الفقرة أيضاً أن المعتمد والكفيل يسقطان حقهما مسبقاً في الطعن بالصلاحية المكانية للمحكمة التي يختارها البنك وبالرجوع إلى نص المادة (43) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي منحت الأطراف حق الاتفاق على اختصاص محكمة معينة، ما يعني وفقاً لمفهوم هذه المادة أن الاختصاص المكاني للمحكمة التي تنظر النزاع لا يعتبر من النظام العام ويجوز للمدعى عليه، والذي شرع هذا الحق لمصلحته أن يتنازل عن حقه بالتمسك به سواء صراحة أو ضمناً أو أن يتمسك به وقبل الدخول في أساس الدعوى، وحيث إنه ووفقاً للمادة (24/هـ) من عقد القرض أسقط المدعى عليهم صراحة حقهم بالتمسك بالطعن بالصلاحية المكانية للمحكمة التي يختارها البنك فإنه والحال هذه لا يرد القول بأنه كان يجب على الأطراف تحديد اسم المحكمة التي اتفقوا على اختصاصها مكانياً حتى يكون الشرط معتبراً بموجب الاتفاق طالما أن المدعى عليهم ابتداء قد تنازلوا عن حقهم بالطعن بالصلاحية المكانية لأي محكمة يختارها البنك، وعليه وحيث إن المدعى عليهم وبموجب المادة (24/هـ) من عقد القرض أسقطوا حقهم بالتمسك بالدفع بالاختصاص المكاني للمحكمة التي يختارها البنك، وحيث إن البنك أقام الدعوى أمام محكمة بداية رام الله بالاستناد إلى هذا الشرط فإن محكمة بداية رام الله هي المختصة بنظرها وما كان عليها أن تقرر عدم اختصاصها وإحالتها إلى محكمة بداية نابلس، وبالتالي فإن أسباب الاستئناف ترد على قرارها المستأنف وحيث كان الأمر كذلك...".

الشرط السادس: التوقيع على بنود موجودة في وثائق ملحقة بالعقد الأصلي، والتي تتضمن شروطاً مجحفة، فيلجأ المصرف إلى هذه الطريقة لفرض شروطه التعسفية التي لو كانت واضحة في العقد الأصلي لما تمت الموافقة عليها، فالوقت الذي يمنحه المصرف للمقترض للقراءة هو غير كافٍ لقراءة العقد حتى يتسنى له قراءة الملاحق التي يمكن أن تتضمن شروطاً مجحفة بحقه. وفي هذا المجال، فإننا نبدي بأن العبرة بمضمون الشرط، لا بمكان وروده، فسواء ورد الشرط في العقد أو الملحق، فإنه حينئذٍ لا مفر من وصفه بالتعسف، هذا من جانب. ومن جانب، فإن ما يزيل عن الشرط صفة التعسف هي خاصية الوضوح، وتمكين المقترض من الاطلاع على كافة البنود، حتى يكون على بينة من أمره، ويتسنى له التعبير عن إرادته بشكل صريح، بعيداً عن الغش والخداع[157]، ولعل هذا ما يمكن أن يستشف مما صرحت به محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، حيث قضت الأخيرة بأنه: "... ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية المادة (202) مدني وحيث يستفاد من المادة (239) من القانون المدني أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وحيث إن عقد القرض والملحق موضوع الدعوى وبما تضمنه من عبارات واضحة وصريحة لا محل للانحراف عن تفسيرها، وحيث إن المستأنف قد أقر صراحة بالحصول على القرض مع باقي المدعى عليهم من البنك المدعي كما جاء باللائحة الجوابية ولم ينكر المستأنف ما هو منسوب إليه من توقيع على عقد القرض وملحق العقد، فإن هذا العقد والملحق يعتبر حجة عليه بما ورد فيه عملاً بالمادة (11) من قانون البينات التي تنص على أنه من احتج عليه بسند عادي، وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه أن ينكر

---

[157] ينظر في: حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/41190، الصادر بتاريخ 2012/12/9، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أنه: "... ولا يرد قول وكيل المستأنفين بأن الشرط المذكور وارد في عقود مطبوعة مسبقاً كنماذج ما يجعلها عقود إذعان ولا أساس له من الصحة، ذلك أن العقود وقعت وأقر كل من المدين والكفيل في المادة (20) منها أنه وقع واستلم نسخة منه بعد قراءتها وفهمها واستيعابها ووافق على محتوياتها، ومن جهة أخرى فإن البنك المستدعي ضده ليس البنك الوحيد المرخص له بممارسه الأعمال البنكية وكان بإمكان المستأنفين اللجوء في التعامل لبنوك أخرى مرخصة في المملكة ما يخرج هذه العقود من وصفها بعقود إذعان وعليه نقرر رد هذه الأسباب...".

صـراحة ما هو منسـوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصـمة وإلا فهو حجة عليه بما رود فيه..."[158].

الشرط السابع: الشرط الذي يفيد باستحقاق جميع الدفع أو الأقساط المؤجلة إذا تم التأخر عن الالتزام بدفع أحدها في ميعاد استحقاقها، بالإضافة إلى الاشتراط لصالح المصرف بأن يتم تحصيلها بالطرق التي يراها مناسبة دون إنذار أو إعلان مسبق. وفي هذا المجال نبدي بأنه من الممكن أن يندرج الشرط المذكور أعلاه ضمن الشروط التعسفية، وذلك في حالة ربط الاستحقاق الكلي بالتخلف عن قسط واحد فقط، إذ يمكن أن يتحول هذا الشرط التعسفي من وجهة نظر الباحث إلى شـرط صـحيح، متى تم ربط الاسـتحقاق الكلي (كامل المبلغ) باستحقاق أكثر من قسط، شريطة أن تكون تلك الأقساط قد استحقت على التوالي. إلا أن التطبيقات القضـائية قد اعتبرت الشـرط المذكور أعلاه صـحيحاً في كل الحالات، تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولعل هذا ما يستشف مما قضت به محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، حيث أكدت هذه الأخيرة على أنه: "... وقد ورد ضـمن عقد القرض وضـمن البند (13) بأنه إذا اسـتحق قسـط تسـتحق باقي الأقسـاط، ويكون من حق البنك (المدعية) اعتبار كامل رصـيد القرض مسـتحق الأداء دون الحاجة لتوجيه أعذار و/ أو انذار و/ أو إشـعار للمدين و/ أو الكفلاء وعليه فإن هذا الشـرط صـحيح ولا يخالف القانون و/ أو النظام العام، وتكون مطالبة الجهة المدعية للمدعى عليهم برصيد كامل قيمة القرض متفقة والقانون، ولا يرد عليه ما أثاره وكيل المسـتأنفين من هذه الجهة ولا يتوجب إشـعار و/ أو تبليغ المسـتأنفين بضـرورة دفع المبالغ المترصـدة (المستحقة) قبل إقامة الدعوى للمطالبة بها وأن الادعاء بأن العقد هو عقد إذعان لا يتفق مع الواقع والقانون، حيث إن العقد هو شـريعة المتعاقدين ويتوجب العمل وتنفيذ أحكامه وفقاً لما اتفق عليه وبما يتفق مع مبدأ حسـن النية والقيام بالالتزامات المفروضـة تجاه كل منهما، حيث إن الأصـل هو رضـا

[158] حكم محكمة اسـتئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/1645، الصـادر بتاريخ 2012/12/12، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

المتعاقدين وما التزماه بالعقد، حيث ثبت من خلال البينات قيد قيمة القرض في حساب المدعى عليها (المدين) لدى البنك وعليه فإن ما أثاره وكيل المستأنفين ضمن هذه الأسباب لا يرد على القرار المستأنف ويستوجب الرد..."[159].

وبنفس التوجه الذي اعتمدته محكمة استئناف عمان، فقد ذهبت محكمة النقض الفلسطينية لتقرر بأنه: "... وفي ذلك نجد أن ما جاء في الأسباب الثاني والثالث والرابع والخامس يشكل رداً على هذا السبب، ونحيل إليها تحاشياً للتكرار، ونضيف أنه لا يوجد وجه قانوني لاعتبار الدعوى سابقة لأوانها، ولأن آخر دفعة جرت في 2003/7/13 فإن بقاء دفعات أخرى على المدين وهي مستحقة كما أشار إليه الشاهد محمد رشيد عمير في شهادته من شأنه ألا يجعل الدعوى سابقة لأوانها، ولطالما أن عقد القرض أشار في البند 2/7 منه إلى أن تخلف المقترض عن تسديد أي قسط بتاريخ استحقاقه فإن باقي الأقساط تعتبر مستحقة وواجبة الوفاء فوراً ودفعة واحدة دون حاجة إلى إنذار..."[160].

إلا أننا نجد في القانون المغربي 31.08 بأنه يعطي القاضي في المادة (149) منه سلطة تقديرية بشأن "الإمهال القضائي"، الذي يفيد بأن للقاضي سلطة إعطاء فرصة للمقترض الذي لم يستطع أداء أحد الأقساط بسبب ظرف أو أزمة اقتصادية يمر بها بأن يسددها بعد مهلة يحددها بحسب تقديره دون إحداث ضرر بمصالح المقرض، وتسمى مهلة استرحامية أو ميسرة، وتفعل بحق المقترض عند توافر الشروط التالية: ألا يصيب الدائن المقرض ضرراً جسيماً نتيجة هذه المهلة، التأكد من حسن نية المدين المقترض، أن يثبت المدين المقترض حاجته الحقيقية لهذه المهلة، وأخيراً أن تكون المدة الممنوحة والمقدرة من القاضي لسداد القرض أو قسط منه هي مدة معقولة.

---

[159] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرار في الدعوى رقم 2019/9851، الصادر بتاريخ: 2019/11/28، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم.

[160] حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/433، الصادر بتاريخ 2018/10/14، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

على الرغم مما ورد في المادة (149) من القانون المذكور أعلاه، وحيث إن صـــلاحية الإمهال القضائي المشار إليها مسبقاً هي صلاحية تقديرية، لذا نجد بأن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء لم تذهب إلى منح المقترض أجلاً قضائياً لغايات التسديد، وتحديداً عند استحقاق قسط من الأقساط المترتبة في ذمته، حيث قضت المحكمة المذكورة: "... بل الفصل (104) من القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك... يخول حقاً للبنك في حالة توقف المقترض عن الأداء أن يطالب بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق، فإنه بعد الاطلاع على عقد القرض الرابط بين الطرفين، فإن الطاعنة قد حصـــلت على قرض بمبلغ (20000 درهم) يؤدى على مدى 63 قسطاً، وإن الثابت من كشف الحساب أنها توقفت عن الأداء، ما أدى بالمســـتأنف عليها بالمطالبة برأس المال المتبقي إعمالاً بمقتضيات الفصل (104) المذكور أعلاه..."[161].

وتطبيقاً لحالة اســـتحقاق كامل مبلغ القرض، في ظل وجوب إعذار أو إنذار قبل رفع دعوى المطالبة بالأداء، فقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء على أن "... وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن المســـتأنف عليه التزم بأداء أقســـاط القرض من 2002/5/2 إلى غاية 2007/3/2، وتخلف عن أداء أقســـاط القرض المســـتحقة، وأن المستأنف طالب بمجموع القرض المتكون من الأقساط المستحقة وباقي القرض بعدما قام بتوجيه إنذار له قبل رفع دعوى المطالبة بالأداء. وحيث إن الثابت من عقد القرض فإن الفصـــل الثالث في فقرته الثانية نص على أن ســـقوط الأجل يكون في حالة عدم أداء أي واحد من الاســـتحقاقات المتفق عليها عند حلول تاريخ اســـتحقاقها من طرف المقترض. وحيث إنه أمام إقرار المســـتأنف عليه بكونه متوقفاً عن الأداء، وإنه ترتب بذمته أكثر من

[161] حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 2014/459، ملف رقم 6/2013/3084، الصادر بتاريخ 2014/1/28، ص4 على صورة الحكم.

الأقســـاط المحكوم بها، فإن البنك يكون محقاً في المطالبة بباقي الأقســـاط طبقاً للفصـــل الثالث من عقد القرض..."[162].

إلا أن الحكم المذكور في التشـــريع المغربي يمكن ألا يكون قابلاً للتطبيق في نطاق التشـريع الفلسـطيني، تبعاً لكون العلاقة التي تربط المقرض بالمقترض هي علاقة تجارية، ولعل هذا ما يتضـح جلياً مما قضـت به محكمة النقض الفلسـطينية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... أما بالنسـبة لخطأ المحكمة في اعتبار العلاقة بينهما علاقة تجارية، نجد أن الطاعن لم يأتِ على ذكر هذه المسألة بلائحة جوابية وأن المادة (1/6/د) من قانون التجارة رقم (12) لسـنة 1966 اعتبرت أعمال الصـرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصـارف العامة والخاصـــة بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية، وحيث إن محكمة الاســـتئناف قد أوردت في حكمها الطعين الرد على هذه المسائل وجاء ردها متفقاً وأحكام القانون، وبالتالي نقرر رد هذا الســـبب..."[163]. وفي مجال التعقيب على ما ورد أعلاه، يمكن القول بأنه لا يجوز منحه مهلة قضائية بخصوص الدين المتعلق بالقرض المصرفي، تبعاً لكونه ينصب على عمل تجاري بالطبيعة والماهية، بما لا يمكن المحكمة من منح المدين فترة زمنية لغايات التســـديد، على عكس الديون المدنية، إذ يمكن للمحكمة في إطار هذه الأخيرة أن تعطي المدين فرصة للتسديد، وهو ما يعرف بنظرة الميسرة.

أما بخصوص شرط عدم ضرورة توجيه إعذار أو إنذار قبل تحصيل دين القرض، فإننا نبدي بأن محكمة التمييز الأردنية قد اعتبرت هذا الشرط من قبيل الشروط الصحيحة، ولا تتصف بالتعسف، وهذا ما يتضح جلياً عند النظر فيما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... وعن الســـبب الأول ومفاده تخطئة محكمة الاســـتئناف بعدم رد الدعوى كونها سابقة لأوانها لعدم استحقاق باقي قيمة القرض، إذ إن الشرط الوارد

---

[162] حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 2014/1929، ملف رقم 6/2014/452 الصادر بتاريخ 2014/9/4، ص3-4 على صورة الحكم.

[163] حكم محكمة النقض الفلسـطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/621، الصـادر بتاريخ 2020/5/27، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

في عقد القرض هو شـرط إذعان، كما أن المميز ضـدها لم تقم بإعذار المميز عند توقفه عن السـداد وفقاً للمادة (355) من القانون المدني والبند 9 من تعليمات البنك المركزي رقم 2012/56. وفي ذلك نجد أن عقد القرض موضـوع الدعوى ينص في البند العاشـر منه على أنه وفي حال تخلف العميل عن التسـديد يحق للبنك اتخاذ جميع الإجراءات القانونية من أجل تحصـيل كامل المبالغ المسـتحقة له بموجب العقد دون حاجة إلى سـابق إنذار. وحيث إن هذا الشرط لا يخالف القانون أو النظام العام فهو شرط صحيح وملزم لطرفيه، لا سـيما أن عقد القرض يعتبر من العقود الرضـائية وليس من عقود الإذعان، وبالتالي فلا يتوجب على المميز ضدها إخطار المميز بتوقفه عن الدفع قبل رفع الدعوى..."[164].

الشرط الثامن: الشروط التعسفية الخاصة بإجراءات تحصيل الأقساط المستحقة، فمثال ذلك الشـرط الذي يفيد بتفويض الفريق الثالث في عقد القرض وهو الكفيل أو الكفلاء إذا تعددوا، بأن يقيد على حسابه أو حساب واحد منهم عند تعددهم قيمة القسط كليّاً أو جزئيّاً ومن دون الحاجة إلى إشعاره أو إخطاره أو تبليغه وأخذ موافقته سابقاً. وتستمر الكفالة وفق هذا الشرط ويسـري مفعولها على رصـيد القرض والفوائد والعمولات والرسـوم والمصـاريف. وفي نفس السياق كذلك الشرط الذي يفي بتفويض كل من المقترض والكفيل المصرف بحصوله على رهن تجاري وحق امتياز عام على الأموال التي تخصـهم من أموال وبضـائع، وله في أي وقت من الأوقات لغايات سداد قسط أو أكثر مستحق بالتصرف في هذه الأموال أو بيعها بالطريقة التي يراها مناسـبة وبالسـعر الذي يراه مناسـباً، دون الحاجة إلى سـبق إشـعار أو إنذار ومن دون مراجعة المحاكم أو أخذ إذن أو أمر بالبيع.

ومما سـبق، يمكن القول بأن شـرط اسـتيفاء مبلغ الدين من الكفيل **دون إنذاره** قد يدخل ضـمن مفهوم الشـروط التعسـفية، على اعتبار أنه يمكن للكفيل أن يراجع المقترض لغايات

---

[164] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/1543، الصـادر بتاريخ: 2019/9/11، منشورات قسطاس الحقوقية، ص5-6 على صورة الحكم.

التسـديد، دونما أن يصـار إلى الاقتطاع منه، ما يجعل من المفيد أن يصـار إلى إنذاره أو إعذاره قبل خصم مبلغ الدين من حسابه.

الشـرط التاسـع: الشـرط الذي يقضـي بموافقة الكفيل بالتنازل عن حقه بتقييد المصـرف بمداعاة المقترض قبل الكفيل، وتنازله عن أي حق له في أي تشـريع أو قانون يفيد بحق تقديم مداعاة المقترض على مداعاته[165].

نرى بأن هذه الشروط التي تعد من بنود عقد القرض هي شروط مجحفة بحق المقترض والكفيل، وتحقق منفعة مبالغاً بها لصالح المصرف، مع عدم توازن بالمراكز الاقتصادية بين الطرفين. وهي كلها من قبيل الشـروط التعسـفية التي سـنقوم بدراسـة طرق حماية المقترض بصفته مستهلكاً أو طرفاً مذعناً بها في المبحث المقبل.

الشـرط العاشـر: الشـرط الذي يتضـمن اعتبار قيود البنك وحسـاباته صـحيحة، وبينة ملزمة بالنسـبة للمقترض. وفي مجال تقييم مدى التعسـف في هذا الشـرط، فإنه تجدر الإشـارة إلى أن الاجتهادات القضائية قد شهدت اختلافاً على صعيد الشرط المذكور، حيث ذهبت بعض تلك الاجتهادات إلى اعتبار هذا الشـرط صـحيحاً، ومن ضـمن ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسـطينية، حيث صـرحت الأخيرة بأنه: "... وما دام أن العقد المبرم بين المدعي والمدعى عليه يقضي بالتزامه بقيود البنك واعتبارها بينة نهائية على رصيد الحساب، وحيث إن وسائل الإثبات من حقوق الخصوم وليست من النظام العام فإن مثل هذا الاتفاق صحيح ونافذ بحق الفريقين، ولا يحق نقضـه بالإرادة المنفردة لأحد الفريقين..."[166]. وبنفس الاتجاه، فقد صـــرحت محكمة اســـتئناف رام الله بأنه: "... فتجد المحكمة أن البند (18) من عقد القرض المبرز م/1 ورد به إقرار من قبل المسـتأنفة بأن دفتر البنك وقيوده وحسـاباته بينة

---

[165] يعد أي تنازل من المستهلك عن أي من حقوقه المنصـوص عليها في القوانين والأنظمة من قبيل البنود التعسـفية، *لأن* في ذلك إفراغاً للحماية المقررة لهذا المســتهلك من معناها. للمزيد ينظر في: فاتن حوى، *الوجيز في قانون حماية المســتهلك*، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012)، 88.

[166] حكم محكمة النقض الفلسـطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/1098، الصـادر بتاريخ 2015/9/10، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

قاطعة لإثبات المبالغ المستحقة أو التي تستحق عليهم للبنك بموجب هذا العقد وما يستحق عليه من عمولات وفوائد، وبأن قيود البنك وحســـاباته نهائية وصـــحيحة ولا يحق لهم الاعتراض عليها، كما أنهم يســقطون ويتنازلون عن أي حق قانوني يجيز لهم الطعن بهذه البينة أو الاعتراض عليها وعليه وفي ظل وجود هذا الشــرط الملزم للمســتأنفة، وحيث إن العقد شـــريعة المتعاقدين فإنه والحال هذه لا يحق للمســـتأنفة الاعتراض على قيمة المبلغ المترصد بذمتها للمستأنف عليها..."[167].

بالمقابل، فقد ذهب البعض الآخر من الاجتهادات –ونتفق معها– إلى اعتبار الشـــرط المذكور أعلاه من قبيل الشروط التعسفية، بحيث لا يمنع إيرادها في العقد من إجراء الخبرة على قيود وحســابات البنك، على اعتبار أن هذه الأخيرة تبقى خاضــعة للمراجعة والتدقيق، ولا تعد بينة ملزمة بشـكل مطلق، ولعل هذا ما يسـتشـف صـراحةً مما قضـت به محكمة اســـتئناف عمان، حيث صـــرحت الأخيرة بأنه: "... وحيث إن اجتهاد محكمة التمييز (2014/3747 تاريخ 2015/2/24) استقر على أن وجود شرط في عقد القرض يتضمن موافقة المقترض على اعتبار قيود البنك وحسـاباته بينة ملزمة للمقترض، لا يمنع من إجراء الخبرة للتثبت فيما إذا كانت قد وقعت أية أخطاء أو مخالفات للقانون والعقد الناظم للعلاقة بين طرفي الدعوى..."[168].

وتطبيقاً لمفهوم الشـرط التعسـفي في عقد القرض المصـرفي، وتحديداً فيما يتعلق بشـرط صـحة قيود وحسابات البنك، فقد أكدت محكمة استئناف عمان –بشكلٍ صـريح– على أن: "... نجد أن الشـرط الوارد في عقد القرض لدى أي بنك المتضـمن اعتبار كشـوفات البنك صـــحيحة وعدم جواز الاعتراض عليها يعتبر شـــرطاً تعســـفياً وارداً في عقد إذعان، بحيث يجوز للمحكمة وفقاً للمادة (204) من القانون المدني إعفاء المدين من هذا الشرط، ونتيجة

---

[167] حكم محكمة اســتئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1280، الصـــادر بتاريخ 2019/9/25، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

[168] حكم محكمة اســتئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/19011، الصـــادر بتاريخ 2018/6/7، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

لذلك أجرت محكمتنا خبرة فنية محاسبية للوقوف على إن كان احتساب الفوائد والعمولات قد تم بصـــورة موافقة لتعليمات البنك المركزي، وإن كانت هناك فوائد وعمولات زائدة، وقد تبين من خلال هذه الخبرة وجود خطأ في طريقة احتســـاب الفائدة، حيث إن الفائدة في عقد القرض موضوع الدعوى متناقصة ولا يجوز احتسابها مباشرة عند ابتداء العقد وضمها إلى أقســاط ثابتة المقدار، بل على أســاس تناقص هذه الفائدة مع مضـــي المدة الزمنية، وقد توصل الخبير استناداً إلى ذلك إلى أن المبلغ الواجب مطالبة المستأنفة به هو 6422 ديناراً و121 فلساً، وليس المبلغ المدعى به الأمر الذي يستوجب فسخ القرار المستأنف من هذه الناحية..."[169].

وفي مجال التعقيب على ما تقدم، ومن جماع ما سبق ذكره، نتوصل إلى نتيجة مفادها بأن الاجتهادات القضـــائية قد عزفت عن وصـــف عقد القرض على أنه عقد إذعان، وبالمقابل، لم تصف تلك الاجتهادات شروط عقد القرض بالتعسف، إلا في حدود ضيقة، وفي ظل توافر معايير معينة، وفي أضـــيق الحدود، حيث اعتمدت الاجتهادات المذكورة لغايات الحكم بصحة الشروط على عدة أمور، وأبرزها: أولاً، مبدأ سلطان الإرادة. ثانياً، وضوح بنود العقد لغايات استبعاد التعسف؛ أي عدم وصف الشروط التي اشتمل عليها بالعقد بوصف التعسف[170]. ثالثاً، عدم انطباق خصائص الإذعان على عقد القرض. ولعل من المفيد في هذا المقام أن نشير إلى جملة من أحكام القضاء ذات العلاقة، وتحديداً تلك التي قضت بصحة شروط عقد القرض في مجمل الحالات، متى توافرت الإرادة السليمة للمتعاقدين، حيث قضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية على أنه: "... وأن عقد القرض هو من العقود الرضـــائية وليس فيه غرر أو إذعان، حيث إن العلاقة العقدية بين طرفي هذه الدعوى هي علاقة عقد قرض متناقص ومحددة المقدار ابتداء والفوائد والأقساط الشهرية وبداية الدفعات، وإن شروط التعاقد واضحة حيث إن الأصل في العقد رضا

---

[169] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/37721، الصادر بتاريخ 2018/11/17، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1–2 على صورة الحكم.

[170] فاطمة بوقطة، مسؤولية البنك عن الإخلال بالإعلام بالفوائد في عقد القرض المصرفي، مرجع سابق، 213.

المتعاقدين وما التزماه في التعاقد، كما أن العقد شـــريعة المتعاقدين وحيث إن المســـتأنف تعاقد رضائياً مع المستأنف ضدها واتفقا على مقدار القرض والفوائد والعمولات ودفع برضاه ولم يرد ما يثبت أن فوائد العمولات تتعارض وقانون البنوك والتعليمات الصـــادرة عن البنك المركزي فـإنهـا موافقـة للقـانون، وإن القول بـأن هـذا العقـد هو عقـد إذعـان يخـالف الواقع والقانون لأن المســتأنف لم يكن مجبراً على قبوله والتوقيع عليه ولم يقدم ما يفيد أنه لم يكن خاضعاً للتفاوض، وبالتالي فإنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..."[171].

وبنفس التوجه، فقد أكدت محكمة استئناف عمان على أنه: "... وحيث تجد محكمتنا أن عقد القرض الموقع عليه من المســـتأنف قد تضـــمن في البند 6/3 تنازل المعترض عن المستحقات المترتبة له من جامعة مؤتة كما أن البند 2/9 تضمن أن من حق البنك اعتبار رصـيد القرض أو أي قروض أو تسـهيلات أخرى يحصـل عليها المقترض مسـتحقة الأداء دون الحاجة إلى توجيه إنذار في حدوث أي تغيير على الوضـــع المالي للمقترض، كما أن البند 15 من عقد القرض تضـــمن تعهد المقترض بتحويل جميع حقوقه التقاعدية إلى البنك عند إحالته للتقاعد كما أن البند 12 من عقد القرض تضـــمن أن جميع الأموال أو الأســـهم أو السـندات التي تخص المقترض وتودع لدى البنك أو تسلم إليه يعتبر تأميناً لسداد جميع ما يترتب عليه للبنك بموجب هذا العقد، الأمر الذي تجد معه محكمتنا والحالة هذه أن من حق المسـتأنف ضـدهما وضـع مبلغ المكافأة الواردة لحسـاب المسـتأنف لدى البنك تأميناً للقرض، والذي استلمه المستأنف طالما أنه الثابت أن المستأنف كان قد قبل بتلك الشروط الواردة في عقد القرض ووقع عليها، الأمر الذي تغدو معه هذه الأســـباب غير واردة على القرار المستأنف فنقرر ردها..."[172].

---

[171] حكم محكمة بداية عمان بصـفتها الاسـتئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2019/1816، الصـادر بتاريخ 2019/3/31، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[172] حكم محكمة اسـتئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/11301، الصـادر بتاريخ 2012/4/11، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

وأخيراً، فقد قضت محكمة صلح عمان بنفس التوجه المذكور أعلاه، إذ نجدها تصرح بأنه: "... أما عن قولها إن الشروط الواردة في عقد القرض هي شروط تعسفية، وإن المدعى عليها أذعنت على قبول تلك الشروط دون أن يترك لها حق مناقشتها فهو قول مردود، ذلك أن الشروط الواردة في عقود التسهيلات المصرفية لا تعتبر من قبيل الشروط التعسفية، كونها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ذلك أن العقد حتى يسبغ عليه هذه الصفة يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط أهمها أن تكون السلعة أو الخدمة محتكرة لدى جهة معينة، وأن تكون تلك الخدمة تلبية لحاجات ضرورية في المجتمع، وألا يكون للشخص الحق في مناقشة الشروط الواردة ضمن عقود تلقي الخدمة وبإسقاط تلك الشروط على وقائع الدعوى تجد المحكمة أن التسهيلات التي تقدمها البنوك لا تعتبر حكراً على جهة معينة، ذلك أن من حق العميل اختيار البنك الذي يرغب بالتعامل معه، فضلاً عن أن التسهيلات التي تمنحها البنوك لا تعد من قبيل الضروريات التي لا قبل للمجتمع العيش من دونها، كما أن الشروط الواردة ضمن عقود التسهيلات يملك العميل الحق في مناقشتها ومراجعتها والتفاوض حولها، وبالتالي فإن عقود التسهيلات كافة والتي تمنحها البنوك لا

وللمزيد ينظر في: حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/45667، الصادر بتاريخ 2019/5/22، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وبالرجوع إلى البينات المقدمة من المستأنف عليها والمتمثلة بنموذج طلب واتفاقية قرض موضوع الدعوى، فإنه قد تم منح المستأنف من قبل المستأنف عليها قرضاً بقيمة (10,000) دينار لغايات شراء سيارة على أن تسدد الأقساط على مدى (60) شهراً، وقد تم الاتفاق على أن يسدد المستأنف رسوم إعداد بنسبة 2,5% على مبلغ القرض وفائدة بواقع 3% في السنة فوق سعر الإقراض الأساسي لدى البنك والبالغ بتاريخ توقيع القرض 9,75% كما وافق المستأنف على منح البنك صلاحية تغيير سعر القرض الأساسي، كما تم الاتفاق على أن تكون قيمة القسط الشهري مبلغ (226,016) ديناراً ابتداء من 2009/12/15 ويكون القسط الأخير بتاريخ 2014/11/15 بالإضافة إلى موافقته على احتساب قيمة 5% كفائدة تأخير في السنة على أي مبالغ يتأخر بسدادها على مدى استحقاقها، بالإضافة إلى الفائدة المتفق عليها كما ورد ضمن بينات المستأنف عليها طلب مقدم من المستأنف وموقع من قبله للحصول على بطاقة ائتمان، وبالتالي فإن الطلب والعقد يعتبران حجة على المستأنف بما جاء فيهما وفقاً للمادة (11) من قانون البينات، وحيث إن المستأنف قد قام بالتوقيع على تلك البينة بمحض إرادته ووافق على كافة بنودها، وبالتالي فلا يمكن قبول دفعه بأن يعرض لشروط تعسفية وإملائية من قبل المستأنف عليها حيث كان بإمكانه وبكل بساطة رفض تلك الشروط، ولما كان الأمر كذلك فإنه يتوجب عليه الوفاء بالتزامه التي أوجبها عليه العقد طبقاً لأحكام المادة (87) من القانون المدني وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية طبقاً للمادة (1/202) من ذات القانون، وحيث جاء الحكم المستأنف معللاً تعليلاً أصولياً ومتفقاً وأحكام القانون وبالتالي فإن كافة هذه الأسباب تغدو مستوجبة للرد...".

تعتبر من قبيل عقود الإذعان. لطفاً ينظر في: قرار محكمة التمييز الأردنية الموقرة رقم 2019/1543 تاريخ 2019/9/11..."[173].

وعلى النقيض مما سبق، وكنقطة ختام، فإنه يتوجب الإشارة إلى الرأي المعاكس للاجتهادات القضائية السابقة الذكر، والحديث هنا يدور حول موقف المشرع المغربي من عقد القرض، ومن الشروط المرتبطة بهذا الأخير، وتحديداً من حيث إمكانية وصف تلك الشروط بالتعسف من عدمه، وهنا يجدر بنا أن نشير إلى النصوص القانونية ذات العلاقة، والتي تذهب إلى إسقاط وصف التعسف على بعض شروط عقد القرض، نتيجة ارتباط ذلك بالحماية القانونية المقررة للمستهلك، حيث تنص المادة (15) من قانون حماية المستهلك المغربي على أن: "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"[174].

وبالرجوع إلى نص المادة المذكورة أعلاه، وبالوقوف على فحواها، يتبين أن القضاء المغربي له صلاحية تقرير الشروط التعسفية في عقد القرض، وهو في هذا المجال أكثر تشدداً من القضاء الفلسطيني والمصري والأردني، ويجد ذلك تبريره بالنظر إلى اعتماد المحاكم المغربية على نصوص قوانين حماية المستهلك لغايات تقرير وجود التعسف من عدمه، وفي هذا الصدد؛ فإننا نلمس توجه القضاء المذكور نحو حماية الطرف الضعيف في عقد القرض، ألا وهو المقترض، استناداً إلى السياسة العامة لتشريعات حماية المستهلك. ويتضح ما سبق جلياً من خلال النظر في بعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المغربي، وتحديداً المحكمة التجارية بمدينة فاس، حيث أكدت هذه الأخيرة على أن: "... لكن حيث إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المستفادة من الفصل (230) من قانون

---

[173] حكم محكمة صلح حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/5592، الصادر بتاريخ 2020/7/22، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[174] المادة (15) من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

الالتزامات والعقود ليست مطلقة، وإن القانون يقيدها في العديد من الحالات، وإنه من الثابت في منزلة الحال أن عقد القرض بين الطرفين يعتبر عقداً استهلاكياً، ولما كان قانون حماية المستهلك يلغي كل الشروط التعسفية التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي أو استغلال حاجة وضعف المستهلك، فإن المحكمة ارتأت بأن الشرط المتفق عليه بين الطرفين والذي يسمح للمدعى عليها بأن تعدل من سعر الفائدة وقتما شاءت ودون الحاجة إلى موافقة المقترض أو إخباره يعتبر شرطاً تعسفياً وجب إلغاؤه استناداً إلى المادة (15) من القانون رقم 31.08 التي نصت على أنه: (يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك). وكذا البند (11) من المادة (18) الذي اعتبر من قبيل الشروط التعسفية الشرط الذي يأذن للمورد بأن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد، ودون إخبار المستهلك بذلك. وأن المدعى عليها في نازلة الحال هي الملزمة بإثبات أن الشرط المذكور لا يتسم بالتعسفية طبقاً للمادة (18) من نفس القانون... وحيث ينتج عن ذلك أن قرار المدعى عليه المعدل للعقد الرابط بين الطرفين بالرفع من سعر الفائدة من 2.5 إلى 12.5 بالمائة باطل ويتعين إلغاؤه مع إلغاء جميع آثاره ونتائجه من قبيل القسط الشهري المستحق ومدة سداد القرض..."[175].

وبعدما فرغنا من بيان محتويات هذا الفصل، ننتقل للحديث عن الحماية من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (الفصل الثاني).

[175] حكم محكمة الاستئناف التجارية بمدينة فاس – المملكة المغربية، حكم رقم 1678، ملف رقم 2014/5/245، الصادر بتاريخ 2015/10/1، المتوافر على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.maroclaw.com، تمت الزيارة بتاريخ 2020/12/8، الساعة 6:21 مساءً.

الفصل الثاني

آليات حماية المقترض من الشروط التعسفية

غالباً ما يحرص البائع المهني على تولي صـياغة العقد الذي يربطه بالمسـتهلك، وهو يستغل ذلك لإدراج ما شاء من الشروط المجحفة خدمة لمصالحه، وقد تطور هذا الواقع من خلال اعتماد عقود نموذجية في تعاقد البائع المهني مع المستهلك[176].

ولمواجهة الشـروط التعسـفية، فإنه يتم الاعتماد على القواعد العامة في القانون المدني من قبل بعض التشـريعات[177]، بينما تذهب بعض التشـريعات المقارنة إلى مواجهة تلك الشـروط بنصـوص صـريحة ومباشـرة، من خلال قواعد قانونية تعنى بمواجهة الشـروط التعسفية، وعلى الأخص في عقد القرض المصرفي[178].

ولغايات الوقوف على فحوى هذا الفصل من الدراسة، فسوف يتم استعراض آليات حماية المقترض من الشروط التعسفية، بما يشمل الآليات غير القضائية (المبحث الأول)، وكذلك الآليات القضائية (المبحث الثاني).

---

[176] زكرياء خليل، مرجع سابق، 15.

[177] فكري البنا، القواعد العامة لحماية المسـتهلك في العقد الإلكتروني، (مجلة الاقتصـاد والمحاسـبة – نادي التجارة، ع628، مصر، 2009)، 18.

[178] زكرياء خليل، مرجع سابق، 16.

المبحث الأول

الآليات غير القضائية

إن مهمة الوقوف على فحوى هذا المبحث من الدراسة تستلزم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، وتحديداً من حيث البحث في الآليات غير القضـــائية لحماية المقترض من الشـــروط التعسفية، على نحو يشمل الآليات المكرسة في قوانين حماية المستهلك (المطلب الأول)، وكذلك الآليات المنصـوص عليها في تعليمات سـلطة النقد الفلسـطينية (المطلب الثاني)، وأخيراً الآليات المنصوص عليها في القانون المدني (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الآليات المكرسة في قوانين حماية المستهلك

تناول المشـــرع الفلســـطيني حماية المســـتهلك من خلال قانون حماية المســـتهلك الفلسطيني[179]، بحيث إنه أوجب في الفصل الثالث من القانون بعنوان (المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك وجمعيات حماية المستهلك) في المادة (4) منه إنشاء مجلس استشاري يسمى "المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك"[180]، بحيث يهدف القانون من خلال إنشاء

---

[179] قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته.

[180] المادة (4) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني: "ينشأ بموجب أحكام هذا القانون مجلس استشاري يسمى "المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك" ويتكون من الجهات الآتية: -عضو عن وزارة الاقتصاد الوطني -عضو عن وزارة المالية -عضو عن وزارة الصحة -عضو عن وزارة الزراعة -عضو عن سلطة البيئة -عضو عن مؤسسة المواصفات والمقاييس الفلسطينية -عضو عن غرفة التجارة -عضو عن الاتحادات الصناعية -عضو عن اتحاد المقاولين -عضو عن جمعية رجال الأعمال -خمسة أعضاء عن جمعيات حماية المستهلك". ينظر كذلك بنفس المعنى في: المادة (42) وما بعدها من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018، والمادة (9) وما بعدها من قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.

هذا المجلس إلى حماية حقوق المستهلك الاقتصادية وضمان عدم تعرضه لأي مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتفاعه بالسلع والخدمات المقدمة له[181].

وينص قانون حماية المستهلك الفلسطيني على أنه: "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"[182].

وبنظرة متفحصة للنص سالف الذكر، نجد أنه قد أجاز للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك إمكانية مراجعة عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وذلك للوقوف على عدالة شروطها، ومعقوليتها، وتحديداً من حيث التوازن بين أطراف عقود الاستهلاك، ونبدي في هذا المقام، أنه كان يتوجب على المشرع الفلسطيني أن يربط سلطة المراجعة بالوجوب، وليس الجواز، بحيث يستهل المادة المذكورة أعلاه بعبارة "على المجلس أن يراجع مدى

---

[181] للمزيد ينظر في: المادة (5) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني، والتي تنص على أن: "يهدف المجلس إلى حماية حقوق المستهلك الاقتصادية وضمان عدم تعرضه لأي مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتفاعه بالسلع والخدمات المقدمة له وذلك من خلال الآتي: 1- المشاركة في رسم العلاقة وتنسيقها ما بين الجهات ذات العلاقة بحماية المستهلك كافة. 2- دعم وتعزيز دور المستهلك في الاقتصاد الوطني. 3- المشاركة في رسم سياسات تأمين سلامة السلع والخدمات والعمل على رفع جودتها. 4- اعتماد البرامج التثقيفية لتوعية وإعلام وإرشاد المستهلك وحثه على استعمال أنماط الاستهلاك الناجعة واعتماد السلع والخدمات التي تحافظ على البيئة. 5- إعداد الخطط والبرامج الخاصة بشأن الدفاع عن المستهلك وضمان حقوقه. 6- متابعة السياسات الحكومية وحث جهات الاختصاص على توفير الحماية للمستهلك. 7- الاشتراك في المنظمات والاتحادات المماثلة في أهدافها وغاياتها عربياً ودولياً. 8- التأكد من عدم احتكار السلع ورفع التوصيات للوزارة. 9- التأكد من مواصفات وجودة السلع".

[182] المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى نص المادة (20) من الظهير الشريف 1.14.116 الصادر في 30 يونيو 2014، بتنفيذ القانون رقم 104.12، المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ع6276، بتاريخ 2014/7/24، ص6077، حيث تنص المادة المذكورة على أن: "يجوز لمجلس المنافسة في حالة استغلال تعسفي لوضع مهيمن أو لوضعية تبعية اقتصادية، اتخاذ قرار معلل يأمر فيه المنشأة أو مجموعة المنشآت المعنية بالقيام، داخل أجل معين، بتغيير أو تتميم أو فسخ جميع الاتفاقات وجميع العقود التي تم بموجبها تركيز القوة الاقتصادية التي مكنت من التعسف ولو كانت العقود المذكورة محل الإجراءات المقررة في هذا القسم، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية، إن اقتضى الأمر، وفي حدود ما تنص عليه المادة (40) من هذا القانون".

معقولية وعدالة الشـروط الواردة في عقود الاسـتهلاك والعقود النموذجية"، وذلك لأن الهدف من إنشاء المجلس يتمحور حول "حماية حقوق المستهلك الاقتصادية وضمان عدم تعرضه لأي مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتفاعه بالسلع والخدمات المقدمة له"[183].

وفي هذا المقام، يثار التســـاؤل التالي: ما القيمة القانونية لعملية المراجعة التي يجريها المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك؟

إن المتمعن في النص المذكور أعلاه، يجد أن نتائج عملية المراجعة تنصـــب على توصـيات يصـدرها المجلس الفلسـطيني لحماية المسـتهلك، وتوجه إلى وزير الاقتصـاد الوطني، أو الجهة التي تصـــدر العقود الواقعة في نطاق المراجعة، وهي في حالتنا البنوك والمؤسسات المصرفية والمؤسسات التي تقدم خدمات الإقراض. ويعني ما سبق أن عملية المراجعة إنما تفرز توصـيات فحسـب، وليس قرارات ملزمة، سـواء أكانت موجهة للوزير المختص، أم للجهة التي تصـدر العقود الاسـتهلاكية أو النموذجية، وهذا عيب تشـريعي يتوجب على المشـرع أن يتداركه تحقيقاً لأهداف قانون حماية المسـتهلك، وتحديداً الهدف المنصب على استبعاد التعسف الموجه للمستهلك[184]، فالمشرع في النص محل البحث لم يجعل صـلاحية المجلس صـلاحية وجوبية، وليس ذلك فقط، بل إنه قد وصـف نتائج عمل المجلس على أنها توصـيات فحسـب، وهذا يعني أن البنوك والمؤسـسـات المصـرفية غير ملزمة بالأخذ بتوصيات المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، حتى وإن كانت هذه الأخيرة تصـب بشـكل مباشـر في مجال تعديل الشـروط المجحفة أو التعسـفية التي تتصـل بعقود القرض المصرفي.

وقد جاء في عجز المادة (23) من قانون حماية المسـتهلك الفلسـطيني عبارة "... على أن يصـدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسـفية في

---

[183] المادة (5) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته.

[184] ينظر في: بشار مومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني – دراسة مقارنة، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – كلية القانون الكويتية العالمية، م6، ع22، الكويت، 2018)، 602 وما بعدها.

عقود الاستهلاك"[185]. ويلاحظ المتفحص للفقرة السابقة، أن المشرع الفلسطيني قد ربط صلاحية المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك بضرورة صدور نظام عن مجلس الوزراء، بحيث يحدد هذا الأخير معايير تحديد البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، ومن الجدير ذكره أن هذا النظام لم يصدر بعد[186]، وبالتالي فإن صلاحية المراجعة للشروط المجحفة لا تزال معلقة، بحيث لا يستطيع المجلس الفلسطيني إصدار توصيات إلا بالاعتماد على معايير واضحة للتمييز بين الشروط المعقولة وغير المعقولة، وعليه، فإنه يتوجب على مجلس الوزراء أن يسارع في إصدار النظام المذكور، لكي يتمكن المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك من ممارسة صلاحيته المنوطة به وفقاً للقانون، على نحو يشمل مراجعة عقود القرض الصادرة عن المؤسسات الإقراضية، بغية مراجعة بنود تلك العقود، والوقوف على عدالتها ومعقوليتها، ومن ثم إصدار التوصيات اللازمة بشأنها، حمايةً للمقترض، وتحقيقاً لأهداف قانون حماية المستهلك.

بالإضافة لما سبق، فإن قانون حماية المستهلك الفلسطيني قد نص على موضوع (جمعيات حماية المستهلك)، وتعرف هذه الأخيرة بأنها: "كل جمعية غير ربحية تؤسس لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية، وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم وتمثيلهم لدى الجهات الرسمية وغير الرسمية كافة"[187].

---

[185] المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته.

[186] للمزيد حول القوانين والأنظمة الصادرة بمناسبة قانون حماية المستهلك الفلسطيني ينظر في: موقع المقتفي – منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، بواسطة الموقع الإلكتروني التالي: http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/Result.aspx?Res=%20(LG_Main_Title_Off%20Like%20%2%[%d8%a3%d8%a5%d8%a2%d8%a7]%d9%84%d9%85%d8%b3%d8%aa[%d9%87%d8%a(9]%d9%84%d9%83%%27)، شوهد بتاريخ 2021/1/13، الساعة 2:00 مساءً.

[187] المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته. وينظر كذلك بنفس المعنى في: المادة (62) وما بعدها من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018، والمادة (14) وما بعدها من قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.

وبالفعل قد صـــدر نظام جمعيات حقوق المســتهلك، وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (26) لسنة 2010[188]، وقد حدد النظام السالف الذكر الأهداف التي تسعى الجمعيات المذكورة إلى تحقيقها[189]، وكذلك فقد أشـار النظام إلى مهام واختصـاصـات جمعيات حقوق المســتهلك، ولعل أبرزها؛ "تلقي شــكاوى المســتهلكين والتحقق منها ومتابعتها مع أي جهة حكومية أو غير حكومية ذات علاقة بحماية المســتهلك، والعمل على إزالة أســبابها، وفق أحكام القانون. والإســهام في تســوية المنازعات الناتجة عن اســتهلاك الســلع والخدمات. ومعاونة المستهلكين، الذين وقع عليهم الضـرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة، في تقديم الشــكاوى للجهات المختصــة، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم، وفق أحكام القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه"[190].

وقد نص نظام جمعيات حماية المستهلك على إنشاء لجنة[191]، بحيث تتولى هذه الأخيرة مهمة "حصر جميع الشكاوى التي وردت إلى جمعيات حماية المستهلك وطلب الاستفسارات من الجهات المحددة في المادة (9) من هذا النظام، وتقديم المقترحات التي تعنى بحقوق ومصــالح المســتهلك لها"[192]. وتقوم اللجنة على إثر ذلك برفع جميع الشــكاوى إلى الإدارة العامة لحماية المســـتهلك في وزارة الاقتصـــاد الوطني، وهذه الأخيرة بدورها تقوم برفعها للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك لاتخاذ القرار بشأنها[193].

---

[188] قرار مجلس الوزراء رقم (26) لسنة 2010، بشأن نظام جمعيات حماية المستهلك، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، عدد 90، بتاريخ 2011/3/30، ص143 وما بعدها.

[189] المادة (2) من نظام جمعيات حماية المستهلك رقم (26) لسنة 2010.

[190] المادة (3) من نفس النظام.

[191] تنص المادة (7) من نظام جمعيات حماية المستهلك رقم (26) لسنة 2010 على أن: "1. يشكل الوزير لجنة مكونة من ممثل عن كل جمعية، على ألا يزيد عدد أعضائها على سبعة. 2. يشترط ألا يكون أكثر من ممثل في كل محافظة. 3. يشترط أن يكون أعضاء اللجنة من غير جمعيات حماية المستهلك الممثلين في المجلس. 4. يشترط ألا يكون أي عضو من أعضاء اللجنة، ممن لهم مصالح تجارية أو ارتباطات تتعارض مع مفهوم حقوق ومصالح المستهلك. 5. تنتخب اللجنة من بين أعضائها رئيساً".

[192] المادة (10) من نظام جمعيات حماية المستهلك رقم (26) لسنة 2010.

[193] المادة (12) من نفس النظام.

وينطبق ما سبق ذكره على صعيد عقد القرض المصرفي، إذ يمكن الاستعانة بجمعيات حماية المستهلك[194]، وذلك لغايات رفع التعدي الواقع بفعل الشروط التعسفية الواردة في العقد المذكور[195]، إلا أن تلك الإمكانية تبقى محدودة في ظل ضعف الفعالية[196]، وتحديداً تلك التي تتعلق بقانون حماية المستهلك الفلسطيني[197]، إذ إنه وبنظرة نقدية لهذا القانون الأخير نرى أن المشرع قد أغفل عدداً من الموضوعات الهامة على صعيد حماية المستهلك، كان لا بد من النص عليها ضمن قانون حماية المستهلك، ومن هذه الموضوعات الشروط التعسفية، بحيث كان يجدر بالمشرع إضافة بند لقائمة المحظورات من خلال فرض بطلان الشروط التعسفية "المجحفة" في عقود الاستهلاك[198].

أما المشرع المغربي، فقد كان أكثر تفصيلاً في مجال تكريس الضمانات القانونية لحماية المقترض في عقد القرض الاستهلاكي[199]، ولعله من المفيد في هذا المقام أن نتطرق إلى أهم نصوص قانون حماية المستهلك المغربي، وذلك على النحو الآتي:

---

[194] من الجدير ذكره الإشارة إلى جمعية حقوق المستهلك الفلسطيني، التي تتولى مهمة الدفاع عن حقوق المستهلكين وفقاً لأحكام القانون النافذ للمزيد حول هذا الموضوع أنظر في الموقع الرسمي للجمعية، عبر الرابط الإلكتروني التالي: جمعية حماية المستهلك الفلسطيني(pcp.ps) .

[195] محمد المهدي، دور جمعيات المجتمع المدني في حماية المستهلك في ضوء القانون 31.08، (المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، ع2، المغرب، 2017)، 14 وما بعدها.

[196] ديوان الرقابة المالية والإدارية الفلسطيني، تقرير بعنوان: "جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية – دور وفاعلية"، رام الله، 2018، 46.

[197] للمزيد حول التنظيم القانوني لجمعيات حماية المستهلك في التشريعات المقارنة ينظر في: المادة (152) وما بعدها من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي. وكذلك المادة (62) وما بعدها من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018.

[198] باسم مكحول وآخرون، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني – ماس، رام الله، 2004)، 22–26.

[199] للمزيد حول الأحكام المتعلقة بعقد القرض في قانون حماية المستهلك المغربي ينظر في: المواد (77–150) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

أولاً: حماية المقترض في عقود الاستهلاك قبل إبرام العقد

لقد فرض قانون حماية المســتهلك المغربي على المقرض عدة التزامات، وذلك قبل إبرام عقد القرض الاستهلاكي، وهذه الالتزامات هي على النحو المبين أدناه:

أ- الالتزام بالعرض المسـبق: ينص قانون حماية المســتهلك المغربي على أنه: "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة (74) عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور"[200].

ويلاحظ المتفحص للنص السابق، أن الالتزام بالعرض المسبق يعد من أوائل الالتزامات التي تقع على عاتق المقرض، وهي نقطة بداية بالنسبة لعقد القرض[201]، حيث يتمحور ذلك الالتزام حول وجوب قيام المقرض بتمكين المقترض من الاطلاع الشــامل على مقتضــيات عقد القرض، على نحو يشمل الالتزامات المالية المترتبة بموجب ذلك العقد، إضافةً لشروط تنفيذه[202]. وهنا يمكن أن نستنتج أن المشرع المغربي قد وضع آليات وقائية لتفادي الشروط التعسفية في عقد القرض، ويتضح جلياً بالنظر إلى تمكين المقترض من الاطلاع على بنود

---

[200] المادة (1/77) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[201] محمد جريفيلي وشـريف بحماوي، حماية المسـتهلك في عقد القرض الاسـتهلاكي في التشـريع الجزائري، (مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع11، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، 2017)، 30 وما بعدها.

[202] للمزيد حول شروط العرض المسبق ينظر في: المادة (78) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي، حيث تنص تلك المادة على أن: "يجب أن يستوفي العرض المسبق الشروط التالية: 1. أن يقدم بصورة واضحة ومقروءة؛ 2. أن يشير إلى هوية الأطراف وعند الاقتضاء هوية الكفيل؛ 3. أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء أقساطه المستحقة دورياً وطبيعة وموضوع العقد وكيفية إبرامه بما في ذلك إن اقتضى الحال شروط التأمين عندما يطالب المقرض به وكذا التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجزافي المطلوبة بالإضافة إلى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق؛ 4. أن يذكر حسب الحالة بأحكام المواد من (85) إلى (87) بإدخال الغاية والمادة (108) وإن اقتضى الحال المواد من (91) إلى (99) والمواد من (103) إلى (107) والمادة (83) والمادة (111)؛ 5. أن تبين فيه إن اقتضى الحال السلعة أو المنتوج أو الخدمة التي سيتم تمويلها؛ 6. أن تبين الأحكام المطبقة في حالة التسديد المبكر أو توقف المقترض عن الأداء طبقاً لأحكام الفرع 6 من هذا الباب".

العقد، وإبداء اعتراضــه على البنود التي تحمل في طياتها معنى الشــطط أو التعســف، بما يضر بمصلحة المقترض، ويغلب مصلحة المقرض.

وتطبيقاً لما سبق، ومن أجل تنفيذ الالتزام بالعرض المسبق على أرض الواقع، فقد أوجب المشــرع المغربي على المقترض ضــرورة أن يتم إنجاز عمليات القرض وفقاً لبنود العرض المســبق الذي تمكن المقترض من الاطلاع عليه، وعلى شــروطه المالية، وكذلك متطلبات التنفيذ، إذ نجد أن قانون حماية المستهلك المغربي ينص على أن: "يجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة (74) وفق بنود العرض المسـبق الذي تسـلم نسـختين منه مجاناً إلى المقترض وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل"[203].

وعلاوةً على ما سبق ذكره، فإن قانون حماية المستهلك المغربي قد ألزم المقرض بالبقاء على إيجابه الذي اتخذ صورة العرض المسبق لمدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليم العرض المسبق للمقترض، ونجد هنا أن المشرع قد وفر للمقترض المستهلك حماية قانونية، حيث تتبلور هذه الأخيرة نتيجة تكريس المشرع لواجب الثبات على الإيجاب الموجه من قبل المقرض، حتى لا يقوم هذا الأخير بالرجوع عن إيجابه، بما يضــــر بمصـــلحة المقترض، وتطبيقاً لذلك نجد أن قانون حماية المســـتهلك المغربي ينص على أنه: "يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض"[204].

وتعتبر قاعدة العرض المســـبق المذكورة أعلاه من قبيل القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[205]، لا بل إن المشـــرع المغربي يرتب بعض الجزاءات المدنية والجزائية إثر التنكر للقاعدة المذكورة، ومن ضمن ما

---

[203] المادة (2/77) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[204] المادة (3/77) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[205] منير برابح، حماية رضا المستهلك الإلكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك، (مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – جامعة المسيلة، م2، ع1، الجزائر، 2017)، 78.

تضـمنته المادة (89) من قانون حماية المسـتهلك المغربي، حيث أكدت هذه الأخيرة على مسـألة فقدان المقرض لحقه في الفوائد نتيجة عدم الالتزام بالعرض المسـبق، إذ نجد أن المادة السـابقة الذكر تنص على أن: "يفقد المقرض الذي يمنح قرضـاً دون أن يسـلم إلى المقترض عرضاً مسبقاً مستوفياً للشروط المحددة في المواد من (77) إلى (83) الحق في الفوائد، ولا يلزم المقترض إلا بإرجاع رأس المال وحده وفق جدول الاسـتحقاقات المقرر في هذا الشـأن. أما المبالغ المحصـلة برسـم الفوائد فيردها المقرض أو تخصـم من رأس المال المتبقي المستحق"[206].

وليس ذلك فحسب، إذ يجد المتفحص لنصوص قانون حماية المستهلك المغربي أنه قد رتب عقوبات جزائية نتيجة عدم الالتزام بواجب العرض المسـبق، ويتضـح ذلك جلياً عند النظر فيما أكدته المادة (187) من القانون المذكور، إذ تنص هذه الأخيرة على أنه: "يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المقرض الذي يغفل التقيد بالإجراءات المقررة في المواد من (77) إلى (83)..."[207].

ب- الالتزام بمنح مهلة للتفكير والتروي: تعرف مهلة التروي والتفكير في عقود الاستهلاك على أنها مدة زمنية معينة، يهدف من خلالها المشرع إلى حماية المستهلك[208]، وذلك من خلال منحة الفرصة الكاملة للتروي قبل إتمام التعاقد، والتفكير فيه، ومن ثم تحمل نتائجه ومتطلباته[209].

وقد كرس قانون حماية المسـتهلك المغربي مهلةً للتروي والتفكير قبل الإقدام على إبرام عقد القرض الاسـتهلاكي، ويتضـح ذلك جلياً عند النظر في المادة (77) من القانون

---

[206] المادة (89) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[207] المادة (187) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي. وللمزيد حول الأحكام العقابية المرتبطة بعقد القرض المصرفي في قانون حماية المستهلك المغربي ينظر في: المواد (188-191) من نفس القانون.

[208] محمد جريفيلي وشريف بحماوي، مرجع سابق، 31.

[209] رشيد لمسياح، حماية المستهلك وفق القانون 31.08 – القرض العقاري نموذجاً، (رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة محمد الأول/ وجدة، 2012-2013)، 35 وما بعدها.

المذكور، إذ تنص هذه الأخيرة على أن: "يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض"[210].

وبالرجوع إلى النص السابق، يمكن القول بأن المشرع المغربي قد منح فرصة زمنية للمستهلك (المقترض)، من أجل التروي والتفكير في عقد القرض وبنوده، وذلك قبل الإقدام على إبرامه، وهذه الفرصة الزمنية تنصب على مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليم العرض المسبق للمقترض، وهذا يعني أن أي مدة أكثر من سبعة أيام إنما هي مدة صحيحة ومتوافقة مع أحكام القانون، لأن فيها حماية أكبر للمستهلك، أما إذا نقصت تلك المدة عن سبعة أيام، فإن ذلك لا يجوز قانوناً، لأن المادة السابقة الذكر –كما أغلب قواعد قانون حماية المستهلك– تعد من قبيل القواعد الآمرة التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها[211]، وذلك تحت طائلة ترتيب المسؤولية القانونية، بما في ذلك المسؤولية المدنية والجزائية، وفقاً لنص المادتين (89، 187) من قانون حماية المستهلك المغربي.

ويمكن أن يتم استنباط الأحكام الخاصة بمهلة التفكير والتروي في قانون حماية المستهلك المغربي، من خلال المادة (85) من القانون المذكور، حيث تنص الأخيرة على أن: "إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول طلب القرض المقدم من المقترض، أصبح العقد تاماً فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق"[212]. ويلاحظ المتفحص للمادة المذكورة أعلاه أنها قد جاءت بذكر عبارة "فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق"، وهذا يعني أن القانون يخول المقترض مهلة للتفكير في التعاقد[213]، بحيث لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسلمه للعرض المسبق، إذ يحق له في نهاية تلك المدة إما أن يرفض العرض، أو أن يقبله، وبذلك يصبح العقد تاماً، ما لم يكن المقرض قد احتفظ

---

[210] المادة (3/77) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[211] مريم معنصري، قراءة في الصيغ القانونية للائتمان الاستهلاكي: عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً، (مجلة دفاتر القانون والسياسة – جامعة ورقلة، عدد خاص، الجزائر، 2018)، 232.

[212] المادة (85) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[213] عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجاً، (مجلة الحقوق المغربية، ع4، المغرب، 2007)، 402.

لنفسه كتابة بإمكانية رفض طلب القرض المقدم من المقترض[214]، وهناك فرض ثالث، وهو أن يقوم المقترض بتعديل شروط العرض المسبق، وفي هذه الحالة نكون أمام إيجاب جديد من طرف المقترض، بحيث يمكن أن يلقى هذا الأخير قبولاً من جانب المقرض، أو أن يصار إلى رفضه، أو طرح إيجاب جديد من قبل المقرض، وهكذا.

وفي مجال ربط مهلة التفكير والتروي بالتعسف على صعيد عقد القرض الاستهلاكي، نبدي أن العقد يكون مشوباً بالتعسف في حالة عدم منح المقترض مهلة للتروي والتفكير، أو في حال كانت المدة أقل من تلك المنصـــوص عليها قانوناً، والتي تعد من قبيل القواعد الآمرة، حتى لو تم الاتفاق على مخالفتها، فإن الاتفاق لا يعد صـــحيحاً، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن مهلة التروي والتفكير قد تحجب إمكانية تكريس التعســـف في إطار شروط عقد القرض؛ ويعني ذلك أنه عندما يتم منح المقترض فرصة للتفكير في بنود وشرط العقد، فإن ذلك سيؤدي غالباً إلى قدرته على استبعاد الشروط المجحفة[215]، إلا هذا لا يعني أنه ســـينجح في هذه المهمة في كل الحالات، وعليه، فإننا نؤكد على أنه لا يوجد ارتباط شرطي بين منح مهلة التروي والتفكير وبين عدم وجود شروط تعسفية في عقد القرض، إذ يمكن أن تكون هناك شروط تعسفية فعلياً على الرغم من منح المقترض مدة زمنية للتروي والتفكير، وهنا يبرز دور القضـــاء في إعادة التوازن للالتزامات المرتبة على عقد القرض، على نحو يحفظ حق المقترض، ولا يؤدي إلى التجني على حقوق المقرض.

---

[214] تنص المادة (86) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي على أن: "عندما ينص العرض المسبق على أن المقرض يحتفظ لنفســـه بحق قبول أو رفض طلب القرض المقدم من لدن المقترض، فإن العقد الذي قبله هذا الأخير لا يصبح تاماً إلا بتوفر الشرطين التاليين داخل أجل السبعة أيام المشار إليه في المادة (85):

– أن يكون المقرض قد أبلغ المقترض قراره بمنح القرض؛

– ألا يكون المقترض المذكور قد مارس الحق في التراجع المشار إليه في المادة 85".

بعد انصرام الأجل المذكور أعلاه، لا يصح قرار منح القرض المبلغ إلى المقترض، إلا إذا عبر هذا الأخير عن رغبته في الاستفادة منه".

[215] ينظر بهذا المعنى في: أســـامة الجعفري، حق المســـتهلك بالتروي والتفكير – دراســـة مقارنة بين القانون الوضـــعي والفقه الإسلامي، (مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، س9، ع2، العراق، 2017)، 628.

ثانياً: حماية المقترض في عقود الاستهلاك بعد إبرام العقد

وفر التشريع المغربي عدة ضمانات في إطار عقد القرض، وتحديداً في المرحلة اللاحقة لإبرام هذا الأخير، والحديث هنا يدور عن الحق في التراجع عن العقد، ويعرف هذا الحق بأنه إمكانية قيام المقترض بالعدول عن العقد، خلال فترة زمنية معينة، الغاية منها الحفاظ على حقوق المستهلك (المقترض)[216].

وتطبيقاً لذلك، فقد نص قانون حماية المستهلك المغربي على أن: "غير أن للمقترض أن يتراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. ولممارسة الحق في التراجع، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع. لا يترتب على ممارسة الحق في التراجع المذكور أي تقييد في سجل معين. يلزم المقترض، في حالة التراجع، بإيداع الاستمارة مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض"[217].

وبنظرة متفحصة للنص سابق الذكر، يمكن إجمال شروط وضوابط وآثار ممارسة حق التراجع في عقد القرض على النحو الآتي:

1- أن يكون العقد قد أتم، بفعل موافقة المقترض على إيجاب المقرض، ضمن المدة المحددة لذلك، مع مراعاة أحكام القانون، وتحديداً من حيث الشرط المتعلق بإمكانية قيام المقرض برفض الطلب المقدم من المقترض، وعليه، فإنه يتوجب أن يكون قد جرى إتمام العقد بالصورة التي تطلبها القانون.

2- أن يمارس المقترض حقه في التراجع ضمن المدة المحددة لذلك[218]، وهي سبعة أيام من تاريخ قبوله للعرض.

---

[216] محمد الخلوقي، الحق في التراجع عن العقود الاستهلاكية: دراسة على ضوء نظرية التعسف في استعمال الحق، (مجلة القانون والأعمال – جامعة الحسن الأول، ع18، المغرب، 2018)، 83 وما بعدها.

[217] المادة (85) من القانون رقم 31.08 بشأن تدابير حماية المستهلك المغربي.

[218] وليد عطية وعباس عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، (مجلة كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة كركوك، م4، ع15، العراق، 2015)، 898–899.

3- إن النص المذكور أعلاه، يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، تحت طائلة البطلان.

4- لم يلزم القانون المقترض ببيان الأسـباب التي تدفعه للتراجع عن عقد القرض، إلا أن ذلك لا يعني أنه يمكن للمقترض أن يكون قد تعسف في استعمال الحق في التراجع، لأن التراجع هو بمثابة حق، ويخضع لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق[219].

5- إن تكريس الحق في التراجع يحجب إمكانية تنفيذ عقد القرض بشـكل فوري، إذ إن مسألة القيام بالتنفيذ تتوقف على فوات المدة المقررة لممارسة الحق في التراجع[220].

ويلاحظ المتمعن أن إقرار الحق في التراجع يوفر حماية قانونية فعالة للمقترض إزاء الشروط التعسفية، فالمشرع فضلاً عن كونه قد كرس مدة معينة للتروي والتفكير، من أجل استبعاد الشروط التعسفية أو المجحفة، فإنه كذلك قد أتاح للمقترض إمكانية الرجوع عن التعاقد، شريطة عدم التعسف في استعمال الحق، وهذه المسألة تساهم بشكل مباشر في إمكانية استبعاد الشروط التعسفية، نتيجة تكريس الحق في التراجع[221]، وهنا نكون أمام فرضين: الأول، ألا يرتضي المقرض ما أبداه المقترض نتيجة التراجع عن العقد، وبالتالي فلا يعمد إلى استبعاد الشرط التعسفي، وعليه فإن العقد ينقضي قبل أن يصار إلى تنفيذه. أما الفرض الثاني، فهو أن يترتب على الحق في التراجع إمكانية تحقق عملية تفاوضية جديدة، من أجل استبعاد الشرط التعسفي، والمضي قدماً في تنفيذ عقد القرض.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن الآليات المنصوص عليها في تعليمات سلطة النقد الفلسطينية (المطلب الثاني).

---

[219] محمد الخلوقي، المرجع السابق، 97-98.

[220] ينظر بهذا المعنى في: بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، (مجلة الحقوق والحريات، الجزائر، ع4، 2017)، 339 وما بعدها.

[221] ينظر في: عمر فارس، خيار المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، (مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبي، م25، ع1، الإمارات، 2017)، 227-228.

المطلب الثاني

الآليات المنصوص عليها في تعليمات سلطة النقد الفلسطينية

تعتبر سلطة النقد بمثابة جهة إدارية وتنظيمية ورقابية، بحيث تهتم بشؤون العمل المصرفي في فلسطين[222]، وقد خولها القانون من أجل القيام بالمهمة المذكورة صلاحية إصدار التعليمات اللازمة لذلك، استناداً للقرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن المصارف، حيث نص هذا الأخير على أن: "... 2. تصدر سلطة النقد التعليمات والقرارات والإرشادات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون عن المحافظ أو من يفوضه لذلك"[223].

---

[222] لعله من المفيد أن نشير إلى أهداف سلطة النقد القلسطينية في مجال التعريف عنها، حيث تنص المادة (5) من قانون سلطة النقد رقم (2) لسنة 1997 وتعديلاته على أن: "تهدف سلطة النقد إلى ضمان سلامة العمل المصرفي والحفاظ على الاستقرار النقدي وتشجيع النمو الاقتصادي في فلسطين وفقاً للسياسة العامة للسلطة الوطنية ولها في سبيل تحقيق هذه الأهداف القيام بما يلي وفقاً لأحكام القانون: 1- ممارسة امتياز إصدار النقد الوطني والمسكوكات في الوقت المناسب وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يقررها القانون الخاص بإصدار النقد وتأمين الاحتياطي النقدي الضروري لذلك. 2- تنظيم الأنشطة المصرفية وإصدار وإلغاء تراخيص المصارف والرقابة والإشراف عليها وفرض العقوبات عليها. 3- إعداد وتنظيم ونشر ميزان الدفوعات. 4- توفير السيولة للمصارف ضمن الحدود المقررة قانوناً. 5- وضع وتنظيم وتنفيذ السياسيات النقدية والائتمانية والسياسات الخاصة بالتعامل بالنقد الأجنبي وفقاً لأحكام قانون النقد والتسليف. 6- الاحتفاظ باحتياطي السلطة الوطنية من الذهب والعملات الأجنبية وإدارته. 7- تقديم المشورة المالية والاقتصادية للسلطة الوطنية وإجراء التحليلات الاقتصادية والنقدية بصورة منتظمة ونشر نتائجها. 8- القيام بوظيفة الوكيل المالي للسلطة الوطنية والمؤسسات العامة الفلسطينية داخل فلسطين وخارجها. 9- وضع وتنفيذ الأنظمة والقرارات والتعليمات التي تكفل المحافظة على جهاز مصرفي فعال ومأمون وسليم. 10- تنظيم كمية الائتمان ونوعيته وكلفته ليتجاوب مع متطلبات النمو الاقتصادي والاستقرار النقدي وفقاً لأحكام قانون النقد والتسليف. 11- العمل كمصرف للمصارف المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة والشركات المالية ومراقبتها بما يكفل سلامة مركزها المالي وحماية حقوق المودعين. 12- تنظيم نشاط مهنة الصرافة والشركات المالية وصناديق التنمية والاستثمار وإصدار التراخيص المتعلقة بها والرقابة والإشراف عليها. 13- القيام بأية أعمال أخرى يُعهد بها إليها بمقتضى أي تشريع أو قانون أو اتفاقية وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون".

[223] المادة (2/72) من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن المصارف. وينظر كذلك في: المادة (70) من قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة 1997، والتي تنص على أن: "تتمتع سلطة النقد بصلاحيات تنظيمية للقيام بمهامها، ويجب أن تنشر كافة الأنظمة والتعليمات في وسائل النشر المتاحة، وتكون نافذة اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وعلى سلطة النقد أن تحتفظ بسجل عام لهذه الأنظمة والتعليمات".

وتصدر سلطة النقد تعليماتها على نحو يشمل عدة موضوعات[224]، ولعل ما يهمنا في هذا المجال هو التعليمات المتعلقة بالقروض المصرفية، وتحديداً ما يتصل بموضوع دراستنا، ألا وهو الشروط التعسفية المقترنة في العقود المذكورة.

وتحقيقاً لفاعلية البحث، فسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث نبحث من خلالهما في التعليمات المتعلقة بضمان عدم تعرض المقترض للشروط التعسفية (الفرع الأول)، وكذلك، نبحث في التعليمات المنصبة على معالجة الشكاوى المقدمة من قبل المقترض بشأن الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعليمات المتعلقة بضمان عدم تعرض المقترض للشروط التعسفية

صدر عن سلطة النقد العديد من التعليمات المنظمة للقروض المصرفية[225]، حيث تكرس تعليمات سلطة النقد –باعتبارها قواعد قانونية ملزمة للمؤسسات المصرفية– أحكاماً

---

[224] للمزيد حول التعليمات التي تصدرها سلطة النقد الفلسطينية ينظر في: الموقع الرسمي لسلطة النقد، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: https://www.pma.ps/، تمت الزيارة بتاريخ 2021/1/25، الساعة 8:00 صباحاً.

[225] للمزيد حول التعليمات التي تصدرها سلطة النقد الفلسطينية بخصوص القروض ينظر في: الموقع الرسمي لسلطة النقد، بواسطة الروابط الإلكترونية التالية: Palestine Monetary Authority > تشريعات > تعليمات > المصارف (pma.ps)، Palestine Monetary Authority > تشريعات > تعليمات > مؤسسات الإقراض المتخصصة (pma.ps)، تمت الزيارة بتاريخ 2021/1/28، الساعة 8:00 صباحاً. ولعل أبرز تلك التعليمات هي: التعليمات رقم (4) رقم لسنة 2019 بشأن تكلفة القروض السنوية، التعليمات رقم (1) لسنة 2017 بشأن المنتجات المالية والمصرفية والإعلانات والدعايات وحملات الجوائز الخاصة بها، التعليمات رقم (8) لسنة 2017 بشأن ملاءمة مباني المصارف والخدمات المصرفية لاحتياجات ذوي الإعاقة، التعليمات رقم (2) لسنة 2016 بشأن الإقراض المسؤول، التعليمات رقم (4) لسنة 2016 بشأن تعديل تعليمات الرسوم والعمولات رقم (7) لسنة 2014، التعليمات رقم (5) لسنة 2016 بشأن قروض الإسكان وتمويل العقارات، التعليمات رقم (2) لسنة 2015 بشأن محددات وضوابط منح الائتمان، التعليمات رقم (8) لسنة 2015 بشأن تعديل تعليمات محددات وضوابط منح الائتمان، التعليمات رقم (5) لسنة 2013 بشأن تنظيم عمل المصارف الإسلامية والرقابة الشرعية، التعليمات رقم (4) لسنة 2010 بشأن الإفصاح وأخلاقيات العمل ومعالجة الشكاوى، التعليمات رقم (1) لسنة 2009 بشأن إلغاء سقف الفوائد أو العوائد على التسهيلات والتمويلات.

فعالة بغية النأي بعقد القرض عن شبهة الشروط التعسفية، وتنطلق تلك القواعد والأحكام من عدة مبادئ، يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1- ضرورة الالتزام بأخلاقيات وسلوك العمل المصرفي السليم، بعيداً عن التضليل والخداع، والأساليب غير المشروعة[226].

2- ضمان عدم وجود تعارض في نصوص عقود الائتمان وملحقاتها مع القوانين والتشريعات السارية وتعليمات سلطة النقد[227].

3- الالتزام بالإعلام وأطلاع العملاء المقترضين على كافة التفاصيل المتعلقة بالقرض، بما يشمل الفائدة والرسوم، وطبيعة الخدمة وحيثياتها[228]، وإيراد بيانات العقد بصورة واضحة وجلية وبسيطة لا يشوبها لبس أو غموض، لكي يتمكن المقترض من مراجعة بنود العقد والاطلاع عليها[229].

أما بخصوص التعليمات المتعلقة بالإقراض المتخصص، فيمكن إيراد أبرزها على النحو التالي: التعليمات رقم (2) لسنة 2011 بشأن نظام تعديل/ تحديث البيانات المالية والشخصية للعملاء، التعليمات رقم (2) لسنة 2012 بشأن إدارة مؤسسات الإقراض المتخصصة، التعليمات رقم (1) لسنة 2014 بشأن تنظيم قروض الإسكان وتمويل العقارات، التعليمات (2) لسنة 2014 بشأن تصنيف القروض والتمويلات والمخصصات، التعليمات رقم (1) لسنة 2017 بشأن المنتجات المالية والمصرفية والإعلانات والدعايات وحملات الجوائز الخاصة بها، التعليمات رقم (3) لسنة 2017 بشأن التقارير الائتمانية، التعليمات رقم (2) لسنة 2017 بشأن الشيكات المعادة والتسويات والشيكات الموقوفة والمفقودة، التعليمات رقم (1) لسنة 2018 بشأن القروض/ التسهيلات المجدولة والمحالة للقضاء والمعاد هيكلتها أو تمويلها والمعدومة، التعليمات رقم (3) لسنة 2018 بشأن متطلبات وإرشادات تطبيق المعيار الدولي لإعداد التقارير المالية رقم (9)، التعليمات رقم (4) لسنة 2018 بشأن تنظيم بيئة تكنولوجيا المعلومات في مؤسسات الإقراض المتخصصة، التعليمات رقم (1) لسنة 2019 بشأن جدولة القروض والتمويلات الممنوحة لموظفي القطاع العام في المحافظات الجنوبية. للمزيد ينظر في: محمد القيسي وآخرون، الإطار القانوني لحماية المستهلك في الخدمات المالية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2020، 8-9.

[226] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2010/4)، بشأن الإفصاح وأخلاقيات العمل ومعالجة الشكاوى، مادة (2/4).

[227] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (2/4-3 الفقرة ج).

[228] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (2/4-1 الفقرة 3 و6 و9 و11 و12). وكذلك المادة (2/4-2) من نفس التعليمات.

[229] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (2/4-3 الفقرة أ و ب و ت).

4- عدم إجازة عقود القرض النموذجية إلا بعد مراجعتها من قبل الدائرة القانونية أو المستشار القانوني في المصرف[230].

5- تكريس الضمانات تعزز الشفافية والإفصاح، بعيداً عن التعسف والغموض، بما يشمل الإجراءات السابقة للمنح كافة، وجميع الإجراءات اللاحقة لها[231]، ووضع الضوابط السليمة المتعلقة بالحق في التراجع على إتمام عقد القرض وفقاً للقواعد القانونية السارية، وتحديداً تعليمات سلطة النقد ذات العلاقة[232].

وبعدما أشرنا إلى هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن التعليمات المنصبة على معالجة الشكاوى المقدمة من قبل المقترض بشأن الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

التعليمات المنصبة على معالجة الشكاوى المقدمة من قبل المقترض بشأن الشروط التعسفية

لقد بينت التعليمات الصادرة عن سلطة النقد آلية التعامل مع الشكاوى المقدمة من العملاء، بما يشمل الشروط التعسفية التي قد يتعرض لها المقترضون، حيث يتم ذلك من خلال مخاطبة الجهة المشتكى عليها (أ)، وفي حال لم تتم الاستجابة للشكوى، فإنه يتم التقدم بها لدى الجهة المختصة في سلطة النقد (ب).

---

[230] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (4/2- 3 الفقرة ث).

[231] للمزيد ينظر في سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (4/3).

[232] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2009/4)، المادة (4/2-4 الفقرة أ).

(أ) مخاطبة الجهة المشتكى عليها:

لقد أوجبت تعليمات سلطة النقد على المشتكي ضرورة مخاطبة الجهة المشتكى عليها قبل التقدم بالشكوى لدى سلطة النقد، والعلة من ذلك تبدو واضحة، إذ قد تتم الاستجابة لطلب المشتكي من قبل الجهة المشتكى عليها، دون الحاجة إلى اللجوء لسلطة النقد.

وقد نظمت التعليمات رقم (2010/4)، بشأن الإفصاح وأخلاقيات العمل ومعالجة الشكاوى، كل الأحكام المتعلقة بمعالجة شكاوى الجمهور، حيث ألزمت تلك التعليمات المصارف بعدة التزامات، وهي:

1- إنشاء وحدة مستقلة للبحث في شكاوى العملاء، أو تكليف دائرة الامتثال بهذه المهمة، على أن يتم الإعلان عن استقلالية الجهة المنوطة بها متابعة شكاوى العملاء[233].
2- توفير خط اتصال مباشر للجهة المختصة ببحث شكاوى العملاء، والإعلان عن ذلك، حتى يتسنى للعموم العلم بوجود الجهة المذكورة[234].
3- وضع صناديق للشكاوى في داخل المؤسسات المصرفية وفروعها، حتى يتمكن العملاء من تقديم الشكوى بيسر وسهولة، وتكليف موظف مختص للإشراف على الصندوق، وإيصال الشكاوى للوحدة المختصة أو دائرة الامتثال حسب الحال، هذا من جانب. ومن جانب آخر، إنشاء حساب إلكتروني لتلقي شكاوى العملاء والتعامل معها[235].
4- إعداد تعليمات واضحة لآلية التعامل مع الشكاوى على هدى تعليمات سلطة النقد، على أن يشمل ذلك تحديد متطلبات قبول الشكوى، وطريقة قيدها، والتعامل معها،

---

[233] سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2010/4)، بشأن الإفصاح وأخلاقيات العمل ومعالجة الشكاوى، مادة (3/4- 1 و 14).

[234] ذات التعليمات، المادة (3/4 – 2 و3).

[235] محمد القيسي وآخرون، مرجع سابق، 28.

والتواصـــل مع المشـــتكي، وإعلامه بقبول شـــكواه، وتحديداً إذا ما كانت مســـتكملة الأركان، وذلك خلال أربعة أيام من تاريخ تقديم الشكوى، على ألا تزيد مدة الفصل في الشـــكوى بشـــكل نهائي على 10 أيام، ما لم يكن هناك داعٍ لزيادة المدة، وذلك لاعتبارات تتعلق بعدم الانتهاء من دراسة الشكوى المقدمة[236].

5- توجيه المشتكي إلى القضاء في حال كانت الشكوى منظورة أمام القضاء، وإمكانية متابعتها وتســـويتها من قبل الوحدة المختصـــة بمتابعة الشـــكاوى في المؤســـســـة المصـــــرفية، هذا من جانب. ومن جانب آخر، موافاة ســـــلطة النقد بتقارير ربعية تتعلق بآلية التعامل مع الشكاوى وطريقة حلها وعلاجها[237].

6- يجب أن تتوافر إجراءات التعامل مع شـــكاوى الجمهور على معايير معينة، بحيث لا يجوز أن تغفل تلك الإجراءات عن تحديد آلية التعامل مع الشـــــكاوى، وجهة الاتصـــال، والإجراءات المتبعة للتعامل مع الشـــكاوى، وكيفية الفصـــل فيها، والرد عليها[238].

(ب) التقدم بالشكوى لدى سلطة النقد:

في حال لم تتم الاســتجابة لمخاطبة المشــتكي وفقاً للقواعد المذكورة ســابقاً، فإنه يحق له أن يتقدم بشـــكوى لدى ســـلطة النقد، على اعتبار أن هذه الأخيرة بمثابة جهة الرقابة على العمل المصـــرفي، خصـــوصـــاً في الدول التي تفتقر فيه المؤســـســـات المصـــرفية للأنظمة الفعالة في مجال تقديم الشكاوى والتحقيق فيها[239].

وقد حددت إجراءات العمل أمام ســـــلطة النقد كافة الأحكام المتعلقة بتقديم الشـــــكوى المذكورة، حيث شـــمل نطاق تطبيق تلك الأحكام كل المؤســـســـات العاملة في مجال العمل

---

[236] نفس التعليمات، المادة (3/4 – 7 إلى 10).

[237] نفس التعليمات، المادة (3/4 – 11 و12).

[238] نفس التعليمات، المادة (3/4 – 13).

[239] تطبيق حماية المستهلك في الأسواق الصاعدة والاقتصاديات النامية، (سيجاب، البنك الدولي، 2013)، 13.

المصرفي في فلسطين، إذ يمكن التقدم بالشكوى ضد المصارف، أو مؤسسات الإقراض، وكذلك شركات الصرافة[240].

وقد حددت تعليمات سلطة النقد وإجراءات العمل المتبعة شروط النظر في الشكاوى المقدمة لسلطة النقد[241]، وهي على النحو الآتي:

1- ألا تكون الشكوى منظورة أمام القضاء، ويجد هذا الشرط تبريره بالنظر إلى أنه لا يجوز النظر في الشكوى طالما تم بسطها أمام المحكمة، لأن اختصاص سلطة النقد في هذا الجانب لا يمكن أن يتعارض مع صلاحيات القضاء فيما يتعلق بالمنازعات المعروضة عليه، وإن نظر سلطة النقد للشكوى المنظورة أمام القضاء قد يؤدي إلى نحو من التعارض والتضارب على صعيد الفصل في الشكوى.

2- ألا يكون قد صدر حكم قضائي في موضوع الشكوى، لأن هذه الأخيرة تحوز على وصف القضية المقضية، التي يكون القضاء قد فصل فيها[242]، على نحو لا يمكن معه لسلطة النقد أن تتعرض لحيثياتها مرة آخرى.

3- ألا تكون الشكوى منظورة أمام هيئة تحكيم، سواء أكانت وطنية أم خارجية، وذلك لأن شرط أو مشارطة التحكيم بين أطراف النزاع يؤدي إلى حجب إمكانية النظر في الشكوى إلا من خلال هيئة التحكيم المتفق عليها أصولاً[243].

4- ألا تتعلق الشكوى بقضايا عمالية أو نقابية، وذلك لأن هذه المسائل تخرج عن نطاق صلاحية سلطة النقد.

---

[240] نشرة بخصوص "معالجة شكاوى المتعاملين مع المصارف ومؤسسات الاقراض وشركات الصرافة"، سلطة النقد الفلسطينية، ص2 على النشرة.

[241] للمزيد ينظر في: محمد القيسي وآخرون، مرجع سابق، 27 وما بعدها.

[242] مهند صانوري، الدفع بقوة القضية المقضية وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، (مجلة العلوم القانونية والسياسية – الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، م2، ع3، الأردن، 2012)، 315.

[243] محمد محمد، الآثار القانونية المترتبة على اتفاق التحكيم، (مجلة كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة كركوك، م7، ع24، العراق، 2018)، 80.

5- أن تتوافر الشكوى على العناصر الشكلية والموضوعية، بما في ذلك اسم المشتكي، وعنوانه ووسيلة الاتصال معه، واسم الجهة المشتكى عليها وتفاصيلها، وحيثيات الشكوى، والوثائق والبينات المدعمة لها.

6- أن ترد الشكوى على المؤسسات الخاضعة لرقابة سلطة النقد، أما إذا كانت الشكوى مقدمة ضد مؤسسة لا تخضع لسلطة النقد، فإنه يقرر عدم قبولها.

أما بالنسبة لإجراءات ومراحل معالجة الشكاوى التي ترد إلى سلطة النقد، فإنه يمكن تلخيصها بالآتي ذكره:

- المرحلة الأولى: استلام الشكوى

تتيح سلطة النقد عدة قنوات لتسلم الشكاوى المقدمة لها، وذلك من خلال الموقع الإلكتروني لسلطة النقد، أو من خلال الفاكس المعتمد من قبلها، أو بواسطة صفحة الفيسبوك الخاصة بسلطة النقد، وأخيراً فإنه يمكن تقديم الشكوى من خلال تسليمها في مراكز استقبال الجمهور التابعة لسلطة النقد، سواء أكان في رام الله أم غزة[244].

- المرحلة الثانية: دراسة الشكوى

بعد استلام الشكوى أصولاً، تتم دراستها من أجل التحقق من توافر شروط قبولها، والحديث هنا عن الشروط التي قمنا ببيانها مسبقاً[245]، فإذا رأت الجهة المختصة أن الشروط غير متوافرة تقرر رد الشكوى لعدم القبول أو لعدم الاختصاص[246]. أما إذا تبين لها أن الشروط منعقدة، فإنها تقوم بمخاطبة الجهة المشتكى عليها لغايات الإفادة بخصوص

---

[244] ينظر في: الموقع الرسمي لسلطة النقد، صفحة تقديم الشكوى، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: سلطة النقد <تقديم شكوى(pma.ps) ، تمت الزيارة بتاريخ 2021/1/25، الساعة 10:00 صباحاً.

[245] نشرة بخصوص "معالجة شكاوى المتعاملين مع المصارف ومؤسسات الإقراض وشركات الصرافة"، سلطة النقد الفلسطينية، ص3 على النشرة.

[246] ينظر بهذا المعنى في: عبد الله محمد أحمد ربايعة، وقت إثارة دفع الدعوى – دراسة فقهية قانونية، (مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون – الجامعة الأردنية، م35، ع1، الأردن، 2008)، 15 وما بعدها.

موضـوع الشـكوى، وعلى الجهة المشـتكى عليها موافاة سـلطة النقد بكل التفاصـيل اللازمة للبت في الشكوى، وذلك تحت طائلة المسؤولية، ومن ثم تقوم الجهة المختصـة بسلطة النقد بدراسـة الشـكوى والوقوف على حيثياتها، والمقارنة بين بينة المشـتكي وأقواله، وأدلة الجهة المشـتكى عليها وأقوالها، ولها –أي الجهة المختصـة بدراسـة الشـكوى– في سـبيل إتمام مهمتها أن تسـتعين بالدائرة القانونية إذا لزم الأمر، وذلك من أجل الفصـل في حيثيات الشكوى، وإبلاغ المشتكي بالنتيجة التي توصلت إليها الجهة المختصة بهذا الخصوص[247].

- المرحلة الثالثة: الرد على الشكوى

توجب التعليمات وإجراءات العمل المتبعة أمام سـلطة النقد أن يتم الرد على المشـتكي خطياً خلال أيام عمل من تاريخ تقديم الشـكوى، وفي حال تطلب الأمر مدة أطول يتم التواصـل مع المشـتكي لإبلاغه بذلك، ويكون الرد على الشـكوى في نطاق فرضـين، وهما: الأول، في حال تم البحث في موضوع الشكوى، فإنه يتم إبلاغ المشتكي بنتيجة البحث، وقد يتضـمن ذلك قبول الشـكوى موضـوعاً، وتوجيه الجهة المشـتكى عليها لعمل اللازم[248]، أو رفض الشكوى من ناحية الموضوع. أما الفرض الثاني، عدم الخوض في الموضوع من قبل سـلطة النقد، لأي سـبب كان، كأن أن لا يشـكل الفعل مخالفة مصـرفية، فعندئذٍ يتم إسـداء النصيحة الملائمة للمشتكي للتوجه للمرجع المختص أصولاً[249].

وبعدما انتهينا من الحديث في هذه الجزئية، ننتقل للبحث في الآليات المعول عليها للحد من الشـروط التعسـفية في عقد القرض، وتحديداً تلك المنصـوص عليها في القانون المدني (المطلب الثالث).

---

[247] نشرة بخصوص "معالجة شكاوى المتعاملين مع المصارف ومؤسسات الإقراض وشركات الصرافة"، سلطة النقد الفلسطينية، ص3 على النشرة.

[248] ينظر في: المادتين (5) و(6) من قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة 1997.

[249] نشرة بخصوص "معالجة شكاوى المتعاملين مع المصارف ومؤسسات الإقراض وشركات الصرافة"، سلطة النقد الفلسطينية، ص3 على النشرة.

المطلب الثالث

الآليات المنصوص عليها في القانون المدني

تعتبر الأعمال المصـرفية من قبيل الأعمال التجارية بالطبيعة أو الماهية، وتطبيقاً لذلك فقد نص قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 على أن: "تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية: ... د- أعمال الصـــرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة"[250].

وعلى الرغم من أن الأعمال التي تصـدر عن المؤسـسـات المصـرفية تعتبر من قبيل التجارية، ومن ضـــمن ذلك عقود القرض، إلا أن ذلك لا يعني بأن تلك الأعمال تكون بمعزل عن أحكام القانون المدني، إذ تبقى هذه الأخيرة خاضـــعة للشـــريعة العامة للقانون الخاص، ألا وهي القانون المدني، وفي ذلك فيما لم يرد فيه نص في قانون التجارة، وشريطة عدم التعارض[251]، وتطبيقاً لذلك، فقد نص قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 على أن: "إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني. على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نســـبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري"[252].

وعليه، فلا أحد ينكر أن عقد القرض إنما يعد من قبيل العقود التي تخضـــع لأحكام النظرية العامة في القانون المدني، ولعل هذا ما يوجب علينا ضـــرورة التطرق لجملة من المواضيع ذات العلاقة، التي تتصل بأحكام القانون المدني، على نحو يشمل نظرية السبب في العقد (الفرع الأول)، ونظرية عيوب الإرادة (الفرع الثاني)، ونظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الثالث)، ونظرية الإثراء من دون سبب (الفرع الرابع)، وأخيراً مبدأ حسن النية

---

[250] المادة (6/د) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، المطبق في الضفة الغربية الفلسطينية.

[251] فوزي سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009)، 29 وما بعدها.

[252] المادة (2) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، المطبق في الضفة الغربية الفلسطينية، المنشور في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية، ع1910، بتاريخ 1966/3/30، ص470 وما بعدها.

في العقد (الفرع الخامس)، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه سيتم إسقاط الأحكام السابقة الذكر على عقد القرض المصرفي، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

نظرية السبب في العقد[253]

بادئ ذي بدء، ينبغي التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد، إذ إن لكل منهما مفهوماً يختلف عن الآخر، فسبب الالتزام بالنسبة للمتعاقد الأول ينصب على قيام المتعاقد الآخر بالتزامه[254]، فالبائع يسلم البضاعة للمشتري، لأن هذا الأخير قام بدفع ثمنها، والمشتري يقوم بدفع الثمن، لأن البائع قام بتنفيذ التزامه بتسليم البضاعة وهكذا.

وعليه، فإن سبب الالتزام في عقد القرض المصرفي بالنسبة للمقرض هو التزام المقترض، والعكس صحيح؛ إذ إن المقرض يقوم بتزويد المقترض بموضوع القرض، تبعاً لتعهد المقترض بسداده وفق الآلية المتفق عليها، أما سبب التزام المقترض بالسداد فيقابله التزام المقرض بتمكين المقترض من محل القرض موضوع الاتفاق.

وقد أشارت التشريعات المقارنة إلى نظرية السبب، على نحو يشمل الالتزام والعقد[255]، وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته الذي يعتبر

---

[253] لقد تم التركيز في هذا المقام على نظرية السبب لأهميتها، وحرصاً من الباحثة على عدم الخوض في الأحكام العامة للقانون المدني من دون فائدة، لذا، فإنه للمزيد حول الأحكام المتعلقة بالتراضي، والمحل في العقد، لطفاً ينظر في: أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام*، (ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015)، 62 وما بعدها.

[254] صلاح إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، 2002)، 174 وما بعدها.

[255] تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، قد نظم نظرية السبب ضمن المادتين (136، 137) منه، حيث نصت المادة (136) على أن: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً". أما المادة (137) فقد نصت على أن: "1- كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. 2- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل

امتداداً تشـــريعياً لقواعد مجلة الأحكام العدلية، حيث أكد القانون المذكور على أن: "1. السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد"[256]. وكذلك، فقد صرح نفس القانون بأنه: "1. لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه"[257].

وتنطوي النصوص السابقة على ذكر سبب الالتزام وسبب العقد، حيث يلاحظ المتفحص للمذكور أعلاه بأن المادة (1/165) تتحدث عن ســـبب الالتزام، أما المادة (1/166) فتتضمن الحديث عن سبب العقد، وتحديداً الغرض البعيد من التعاقد؛ أي الغاية من العقد، والتي عبر عنها النص السابق الذكر بمصطلح المنفعة المشروعة[258]. وحيث إننا قد بينا سبب الالتزام في عقد القرض المصرفي، فإنه من الجدير بنا أن نشير إلى سبب العقد، حيث يجب أن يكون هذا الأخير منصباً على منفعة مشروعة للمقترض، كشراء سكن، أو الشروع في مشروع تجاري أو غير ذلك. وأيضاً يجب أن يدرج سبب العقد ضمن الغايات المشروعة بالنسبة للمؤسسات التي تقدم الخدمات المتعلقة بالقروض.

وعدا عن شــرط مشــروعية الســبب المذكور أعلاه، فإن القانون يقدم مجموعة شــروط يتوجب توافرها في إطار سبب العقد، حيث ينص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة

على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يُثبِت ما يدّعيه". أما المشرع المغربي فينظر في: الفصول (62-65) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته. أما القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد دمج نظريتي المحل والسبب ضمن نظرية جديدة، أطلق عليها مسمى "مضمون العقد"، حيث نص ذلك القانون على أن: "لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشـــروطه، ولا بهدفه، ســـواء أكان هذا الأخير معلوماً من قبل جميع الأطراف أم لا"، للمزيد ينظر في:

Article (1162) du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Modifié par article (2) du Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

[256] المادة (1/165) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[257] المادة (1/166) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[258] بشار دراغمة، السبب في العقد، (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2002)، 60.

1976 وتعديلاته على أن السبب: "... 2. يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب"[259].

ويشترط في السبب أن يكون موجوداً؛ بمعنى أن يكون قائماً، وليس منعدماً[260]، وكذلك يشترط أن السبب صحيح؛ أي مطابق للواقع، وليس وهمياً أو صورياً، وأخيراً، فإنه لا بد أن يكون مباحاً، ويرتبط ذلك بشرط المشروعية المشار إليه أعلاه، ويعني هذا الشرط ألا يكون السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة[261].

ويفترض القانون أن لكل عقد سبباً مشروعاً، إلى أن يتم إثبات العكس، ويقع عبء إثبات العكس على من يدعيه، وعلى ذلك فقد نص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، حيث أكد الأخير على أنه: "... 2. ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك"[262].

وعليه، فقد قررت مجمل التشريعات نظرية السبب ضمن نصوصها، ومن ذلك المشرع المغربي، وتحديداً في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود، حيث أكد هذا الأخير على أنه من شروط صحة العقد أن يكون له سبب مشروع، بحيث يتمحور ذلك السبب حول مفهوم الباعث على التعاقد، مع عدم إهمال سبب الالتزام كذلك[263].

---

[259] المادة (2/165) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[260] وتطبيقاً لذلك، فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 1999/304، الصادر بتاريخ 1999/9/23، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم، على أن: "... يضاف لذلك كله أن المادة 1/166 من القانون المدني تنص على أن العقد لا يصح إذا لم تكن فيه منفعة مشروعه لعاقديه، والخبرة أثبتت انعدام هذه المنفعة... ما يعطي الحق للمدعي تطبيقاً للمادة 4/170 من نفس القانون حق فسخ العقد ويعد إعذار العاقد الآخر وهو ما لجأ إليه المدعي".

[261] أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص143–144.

[262] المادة (1/168) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[263] محمد المسلومي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد، (مجلة الملف، ع8، المغرب، 2006)، 169.

وإن عدم انطواء العقد على سبب تتوافر فيه الشروط التي نص عليها القانون، إنما يدخل العقد في نطاق البطلان[264]، وهذا ما يمكن استنتاجه مما نص عليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، حيث أكد الأخير على أن: "1. العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة"[265]. وعليه، فإن عقد القرض المصرفي لا يخرج عن حكم ما سبق ذكره، فإذا اختل السبب فيه، أصبح باطلاً، بحيث لا يترتب آثراً، ولا ترد عليه الإجازة، سواء أنصب العيب على عدم صحة السبب، أو عدم وجوده، أو عدم مشروعيته، نتيجة مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة، وبما يشمل كلا المتعاقدين، سواء أكان المقرض أم المقترض.

وبإسقاط ما سبق ذكره على حالة الشروط التعسفية في عقد القرض، نبدي بأن التعسف في عقد القرض يمكن أن يؤدي إلى القول بعدم مشروعية السبب، لأن أحكام حماية المقترض تتعلق بالنظام العام، وخصوصاً متى تعلقت تلك الأحكام بالمقترض المستهلك، وعليه، يمكن القول بأن التعسف الذي يرافق العقد يؤدي بالنتيجة تقرير عدم مشروعية السبب، نتيجة مخالفته للنظام العام، وخروجه من دائرة المشروعية، ودخوله في نطاق التعسف من خلال فرض الشروط التعسفية على المقترض.

وبعدما انتهينا من الحديث عن هذه الجزئية، ننتقل للبحث في نظرية عيوب الإرادة وعلاقتها بالشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (الفرع الثاني).

---

[264] رمضان جمعة، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه – دراسة فقهية قانونية مقارنة، (مجلة دار العلوم – جامعة القاهرة، ع21، القاهرة، 1997)، 131.

[265] المادة (1/165) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

الفرع الثاني

نظرية عيوب الإرادة

لقد نصت التشريعات المقارنة على عدة عيوب للرضا، وسوف نركز في هذا المقام على عيب الغلط (أ)، وعيب التغرير والغبن (ب)، وذلك على النحو الآتي:

(أ)- عيب الغلط: يعرف الغلط بأنه توهم في ذهن العاقل يجعله يعتقد على خلاف الواقع، وهو يتميز عن الخطأ في هذا الأخير يعبر عن سلوك مادي يتضمن انحرافاً في سلوك الشخص العادي.

أما الغلط فهو ينطوي على اعتقاد نفسي داخلي للشخص الذي يقع في الغلط، وهذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة بداية جنوب عمان، حيث عرفت الأخيرة الغلط بأنه: "... حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة ويتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة ويتوهم الإنسان عدم صحتها"[266].

[266] حكم محكمة بداية حقوق جنوب عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2013/501، الصادر بتاريخ 2013/4/23، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

وقد نظمت التشـــريعات المقارنة أحكام الغلط[267]، وبينت أنواعه[268]، فهو إما أن يكون غلطاً مانعاً[269]، أو غلطاً غير مؤثر[270]، أو غلطاً معيباً للعقد[271].

ولعل ما يهمنا في هذا المقام، وتحديداً في مجال الغلط، هو الغلط المعيب للعقد، والذي يتمحور جزاؤه حول عدم اللزوم[272].

---

[267] نصـــت المادة (151) من القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته على أن: "لا يعتبر الغلط إلا فيما تضـــمنته صـــيغة العقد أو دلت عليه الملابســـات وظروف الحال أو طبائع الأشـــياء أو العرف". وكذلك فقد أكدت المادة (156) من نفس القانون على أن: "1. ليس لمن وقع في غلط أن يتمسـك به على وجه يتعارض مع ما يقضـي به حسـن النية. 2. ويبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

للمزيد حول أحكام الغلط في القانون المدني المصـري رقم (131) لسـنة 1948 وتعديلاته ينظر في المواد (120-124) من القانون المذكور. وكذلك الفصول (40-45) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.

[268] للمزيد ينظر في: عمر المغيض، الغلط في القانون باعتباره أحد عيوب الرضـا – دراسـة مقارنة، (رسـالة ماجسـتير، جامعة آل البيت، الأردن، 2007)، 27 وما بعدها.

[269] نصت المادة (152) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد".

[270] نصت المادة (155) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة وإنما يجب تصحيحه".

[271] نصت المادة (153) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصـفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صـفة فيه". أما المادة (154) من نفس القانون فنصـت على أن: "للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين (151 و153) ما لم يقض القانون بغيره".

وقد فصـلت قرارات القضـاء محل المقارنة أحكام الغلط على اختلاف أنواعه، وهذا ما يمكن اسـتنتاجه مما قضـت به محكمة صلح السلط، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2011/34، الصادر بتاريخ 2012/4/5، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صـورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... الغلط عموماً هو توهم غير الواقع أو هو وهم يقاوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع، ويؤدي إلى نتائج مختلفة، وهو إما يمنع تكوين العقد، وهذا ما يسـمى بالغلط المانع، ويمكن أن يلحق عيب في رضـا المتعاقد دون التأثير على تكوين العقد أو إبرامه، وهذا ما يسـمى بالغلط المعيب، وأخيراً قد لا يكون للغلط أي تأثير يذكر لا على تكوين العقد ولا على رضـا المتقاعد ويسـمى بالغلط غير المؤثر، وحيث تجد المحكمة أنه يسـتفاد من أحكام المادة (152) من القانون المدني أنه إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شـرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد كما يستفاد من أحكام المادة (153) من ذات القانون أن للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الأخر أو صفه فيه...".

[272] للمزيد ينظر في: حكم محكمة صـــلح إربد – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2009/5408، الصـــادر بتاريخ 2011/5/11، منشـورات قسـطاس الحقوقية، ص1-2 على صـورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... ويستفاد من ذلك أن المشرع عالج حالة الغلط باعتباره عيباً من العيوب التي تشوب الإرادة ويستفاد من نص المادة (153) مدني إن المشـرع عالج حالة الغلط لا في المحل وإنما في صـفة مرغوبة في المحل، وكذا في شـخص المتعاقد الآخر أو صـفة مرغوبة فيه، وجعل الجزاء هو عدم اللزوم، بحيث يكون للعاقد الذي وقع في الغلط الحق في فسخ العقد، وإذا حصل

ويبقى التســـاؤل الأهم مطروحاً، ألا وهو: كيف يمكن الاســـتعانة بنظرية الغلط لحماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي؟

مما لا شـــك فيه، أنه يمكن التعويل على نظرية الغلط في العقود لحماية المقترض من الشـــروط التعســـفية في عقد القرض المصـــرفي، وذلك في حالة توافر شـــروط إعمال تلك النظرية، وتحديداً من حيث تحقق التوهم في ذهن المقترض على نحو يدفعه إلى التعاقد، بحيث يكون ذلك التوهم هو الدافع إلى إجراء العقد؛ إذ يمكن للمتعاقد اســـتبعاد الشـــروط التعسفية التي فرضت عليه نتيجة الغلط في العقد، بحيث يخوله القانون استعمال جزاء عدم اللزوم، ما يعني بأنه يجوز له أن يفسخ العقد وفقاً للطرق التي رسمها القانون لذلك.

(ب)- عيب التغرير والغبن: يعتبر التغرير مع الغبن الفاحش من عيوب الرضـــا في العقد، ويعرف التغرير بأنه الخداع المرتكب من قبل أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر، لحمله على قبوله ما لا يقبله[273]، أما الغبن فهو عدم وجود تعادل أو توازن بين ما يقدمه العاقد وبين ما يأخذه[274].

الغلط في الشـخص حيث تكون شـخصـيته محل اعتبار فإنه يترتب عليه أثر؛ إذ يكون للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد (راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص155)...".

[273] عرفت المادة (143) من القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته، التغرير بأنه: "... هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

للمزيد حول تعريف التغرير ينظر في: كفاح الصـــوري، التغرير وأثره في العقود، (رســـالة ماجســـتير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1995)، 135 وما بعدها.

[274] محمد المسلومي، مرجع سابق، 170.

وقد نظمت التشـــريعات المقارنة أحكام التغرير مع الغبن[275]، ويلاحظ المتفحص أن القانون قد رتب جزاء عدم اللزوم[276]، وقد أعطى المتعاقد الحق في فسخ العقد، شريطة أن يقع ذلك المتعاقد ضحيةً للتغرير والغبن الفاحش معاً[277]؛ على اعتبار أن القانون لا يعتد – من حيث الأصل– إلا بتحقق التغرير والغبن الفاحش سويةً[278]، ولعل هذا ما أكدته محكمة اسـتئناف رام الله، حيث قضـت الأخيرة بأنه: "... وبالتالي وبما أنه لا يعتد بالغبن الفاحش إلا إذا اقترن بالتغرير فإن الدعوى من هذه الناحية تكون غير واردة..." [279].

---

[275] لطفاً ينظر في مجلة الأحكام العدلية في المواد: (164، 356، 358، 359، 360) من المجلة. وللمزيد حول أحكام التدليس والغبن في القانون المدني المصـري رقم (131) لسـنة 1948 وتعديلاته ينظر في: المواد (126–127 و129–130) من القانون المذكور. وكذلك الفصول (52–56) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.

كذلك ينظر في القانون المدني الأردني فقد نظم التغرير مع الغبن الفاحش، حيث نصت المادة (144) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابســة". أما المادة (145) من نفس القانون فقد نصــت على أن: "إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسـخ العقد". فيما نصـت المادة (150) من ذات القانون على أن: "يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعييبه وزيادته".

[276] للمزيد ينظر في: حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2008/708، الصـــادر بتاريخ 2008/11/4، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7 على صورة الحكم. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وحيث إن المادة (143) من القانون المدني قد عرفت التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوســائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضـا بما لم يكن ليرضـى به بغيرها، كما أن المادة (144) مدني اعتبرت التغرير بالكتمان تغريراً. وحيث إن المادة (145) من ذات القانون قد رتبت الجزاء على التغرير بالنص على جزاء الغبن الفاحش إذا نجم عن تغرير وهو إعطاء المتعاقد المغرر به الحق في فســخ العقد. والغبن كما عرفه فقهاء القانون المدني بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذ أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه (يراجع الكافي في شـرح القانون المدني الأردني ص455، للدكتور عبد المجيد الحكيم). وحيث إن القانون الأردني لم يعتبر الغبن وحده عيباً من عيوب الرضـا واعتبره عيباً إذا نشـأ عن تغرير وفق ما نصـت عليه المادة (145) المشـار إليها. وحيث إن التغرير يفسـد القصـد والإرادة، ولذلك فإن وقوع هذا التغرير من غير المتعاقدين وكان المتعاقد غير المغرور يعلم به يجعل ذلك مساوياً لصدوره من أحد المتعاقدين (يراجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني)...".

[277] عبد الرحمن الشـرايعة، الضـوابط القانونية والشـرعية للرضـا بالعقود – دراسـة مقارنة، (رسـالة ماجسـتير، جامعة الشـرق الأوسط، الأردن، 2014)، 72 وما بعدها.

[278] نصت المادة (149) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة".

[279] حكم محكمة اسـتئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/1171، الصـــادر بتاريخ 2017/4/25، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم.

وبعد أن أشـــرنا للمذكور أعلاه، يثار التســـاؤل الأهم، ألا وهو: هل يمكن التعويل على نظرية التغرير مع الغبن الفاحش لحماية المقترض من الشـروط التعسـفية في عقد القرض المصرفي؟

لا أحد ينكر بأنه يمكن الاســـتعانة بنظرية التغرير مع الغبن الفاحش لغايات حماية المقترض من الشـروط التعسـفية في عقد القرض المصـرفي، وذلك شـريطة توافر شـروط إعمال تلك النظرية؛ إذ يمكن أن يقع المقترض تحت ســـطوة الشـــروط التعســـفية نتيجة اســـتعمال المقرض للطرق الاحتيالية، في ظل تحقق الغبن الفاحش في إطار العقد، فيأتي القانون حينئذٍ لينصـف المقترض، إذ يخول استعمال حقه في فسخ العقد، نتيجة إقرار جزاء عدم لزوم العقد، جراء انعقاد التغرير مع الغبن الفاحش في ذات الوقت.

وبعدما انتهينا من الحديث عن هذه الجزئية، ننتقل للبحث في نظرية التعســـف في استعمال الحق وعلاقتها بالشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (الفرع الثالث).

الفرع الثالث

نظرية التعسف في استعمال الحق

يعرف التعسف في استعمال الحق –عموماً– بأنه: "أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشـروع، والفرق بينه وبين اسـتعمال الإنسـان لما ليس من حقه، هو أن التعسـف في اسـتعمال الحق مزاولة الإنسـان لحقه، ولكن بطريقة غير مشـروعة، وأما اسـتعمال الإنسـان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر"[280].

[280] محمد عثمان: التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، (مجلة الشريعة والقانون، ع1، القاهرة، د.س)، 4، متوافر على الرابط الإلكتروني التالي: http://elibrary.mediu.edu.my/books/MAL03903.pdf ، شـــوهد بتاريخ 2021/1/2.

ويتضح مما سبق، أن التعسف في استعمال الحق يستند إلى عنصرين أساسيين، وهما: أولاً، وجود حق يعترف به القانون. ثانياً، أن تتم ممارسة الحق بشكل يخالف قصد المشرع من وراء تكريس الحق[281]، ويختلف التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، إذ إن هذه الأخيرة تتعلق بشروط انعقاد الحق بصفة مشروعة، أما التعسف فيقع على حق ملتزم بشروط تحققه، مختل في طريقة استعماله[282].

وقد نظمت التشريعات المقارنة نظرية التعسف في استعمال الحق[283]، وقد أشار إليها القضاء بشيءٍ من التفصيل، ولعل هذا ما يمكن استنتاجه مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أن: "... وفي هذا نجد أن المستفاد من نص المادة (61) من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً فلا يضمن ما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر. ونصت المادة (66) من القانون ذاته على أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا توافر قصد التعدي أو كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة أو كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو إذا تجاوز الفعل ما جرى عليه العرف والعادة"[284].

ويثار في هذا المقام التساؤل الآتي: هل يمكن الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق لحماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي؟

---

[281] غالب الداودي، *المدخل إلى علم القانون*، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014)، 337.

[282] ينظر في: عبد المنعم الصده، *أصول القانون*، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1978)، 573، وأمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1991)، 37.

[283] نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "1. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2. ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ. إذا توفر قصد التعدي. ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة".

للمزيد ينظر كذلك في: المادة (5) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته. وكذلك الفصل (94) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.

[284] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/3008، الصادر بتاريخ 2020/11/5، منشورات قسطاس الحقوقية، ص9 على صورة الحكم.

يذهب البعض إلى القول بأنه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال علاقة المقرض بالمقترض، وتحديداً في نطاق حماية المستهلك، لأن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية واسعة ومعقدة وغامضة، بحيث قد تطلق العنان للقضاء لإبطال مجموعة من العقود، ما قد يضـــر بالعلاقات التعاقدية[285]. ولا نتفق مع هذا الرأي فيما ذهب إليه، ونبدي بأن المجال الخصـب لتطبيق نظرية التعسـف في اسـتعمال الحق إنما يكون في نطاق الحقوق الخاصـة؛ أي تلك الحقوق المحددة التي يكتسـبها الشـخص، ويسـتأثر بها دون غيره، وهي التي من المتصـور انطباق نظرية التعسف في استعمال الحق بشأنها[286]، ومن ضـمن تلك الحقوق الحق في حرية التعاقد، ويشـمل ذلك حق التعاقد بالنسـبة للمقرض، حيث يبقى هذا الأخير مقيداً بنظرية التعسـف في اسـتعمال الحق، فلا يجوز أن يتجه نحو تقرير الشـروط التعسـفية بحق المقترض، وإلا أصـبح متعسـفاً باسـتعمال حقه في التعاقد، على نحو يبرر إمكانية التدخل من قبل القضـاء لإزالة آثار التعسـف الموجه للمقترض في صـيغة بنود أو شروط ترد في نطاق عقد القرض المصرفي، ولعل هذا الحكم يمكن استنباطه من خلال ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود الفرنســـي الجديد، حيث أكد الأخير على أنه: "... لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام"[287].

وبعدما انتهينا من الحديث عن هذه الجزئية، ننتقل للبحث في نظرية الإثراء من دون سبب وعلاقتها بالشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (الفرع الرابع).

---

[285] محمد المسلومي، مرجع سابق، 170-171.

[286] عبد المنعم الصده، مرجع سابق، 570-571.

[287] Article (1102) du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Modifié par article (2) du Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

الفرع الرابع

نظرية الإثراء من دون سبب

لقد اتفقت التشـــريعات المقارنة على تكريس نظرية الإثراء من دون ســـبب ضـــمن نصوصها، حيث نصت المادة (293) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أنه: "لا يسـوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سـبب شـرعي. فإن أخذه فعليه رده"[288]، وتقوم قاعدة الإثراء بلا ســبب على عدة عناصــر، ألا وهي: الإثراء أو الاغتناء، الافتقار، وعدم وجود سبب قانوني، بالإضافة لوجود علاقة سببية بين الافتقار والاغتناء[289]، ولعل هذا ما يمكن اســتنباطه مما قضــت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... يشترط لصحة دعوى الإثراء بلا سبب إثبات ثلاثة شروط: 1. إثراء المدين أو اغتناؤه. 2. أن يقابل هذا الإثراء افتقار الدائن. 3. ألا يكون للإثراء الحادث والافتقار المترتب عليه سبب قانوني..." [290].

ويتحقق عنصــر الاغتناء نتيجة تحقق الإثراء في جانب الشــخص المُثرى، أما الافتقار فيتبلور نتيجة النقص الواقع على الذمة المالية نتيجة الإثراء[291]، ويشـــترط أن تكون علاقة ســببية بين الاغتناء والافتقار، فيكون كل منهما ســبباً للآخر، في ظل عدم توافر الســبب القانوني، وهذا الأخير ما يمكن اسـتنتاجه مما قضـت محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... من المقرر قانوناً بمقتضـــى المادة (293) من القانون المدني وما جرى عليه الفقه والقضاء في هذا الشأن أن المشرع قد وضع أساساً لقاعدة الإثراء بلا سبب

---

[288] المادة (293) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسـنة 1976 وتعديلاته، وتقابلها بنفس المضـمون المادة (179) وما بعدها من القانون المدني المصـــري رقم (131) لســـنة 1948 وتعديلاته. وكذلك ينظر في: الفصـــل (66) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.

[289] مريم مسـيلي، الإثراء بدون سـبب، (رسـالة ماجسـتير، المركز الجامعي – غليزان، الجزائر، 2014–2015)، 13 وما بعدها.

[290] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1688، الصـــادر بتاريخ 2018/4/10، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7–8 على صورة الحكم.

[291] Kovacic - Fleisher, C. Cohabitation and the restatement (third) of restitution unjust enrichment. Washington and Lee Law Review, 68 (3), (2011), p. 1411.

لأن الأصـــل أن مال الشـــخص لا ينتقل إلى شـــخص آخر إلا في إحدى الحالات التالية: (العقد والإرادة المنفردة والقانون)، فإذا انتقل إلى شـــخص آخر في غير الحالات الســـابقة وجب على من قبضه إعادته إلى صاحبه باعتباره كسباً غير مشروع..."[292] .

وقاعدة الإثراء من دون سـبب هي قاعدة تقتضـيها العدالة وقواعد القانون الطبيعي، فكل من أخذ مال غيره بلا سبب مشروع يلزم برده إلى صاحبه، وهذا ما أكدته محكمة استئناف عمان، حيث قضـــت الأخيرة بأن: "... المدعى عليه يكون ملزماً برد مبلغ (2200) دينار للمدعية، كسـبه المدعى عليه بلا سـبب شـرعي أو مسـوغ قانوني، اسـتناداً لنص المادة (293) من القانون المدني..."[293].

وبعدما أشـرنا للمذكور أعلاه، يبقى التسـاؤل الأهم مُثاراً، ألا وهو: هل يمكن الاسـتعانة بنظرية الإثراء من دون ســـبب لحماية المقترض من الشـــروط التعســـفية في عقد القرض المصرفي؟

مما لا شـك فيه، أنه لا يوجد مانع قانوني أو منطقي يحجب إمكانية الاسـتعانة بنظرية الإثراء من دون سـبب في مجال حماية المقترض من الشـروط التعسـفية في عقد القرض؛ وذلك على اعتبار أن المقرض ينبغي أن يسـتند في اغتنائه –في كل الحالات– على سـبب مشـروع، أما اذا كان اغتناء المقرض يعود لسـبب غير مشـروع، فإنه لا بد –والحالة هذه– من تفعيل نظرية الإثراء من دون ســـبب، كما في حالة دفع المقترض لفائدة معينة تفوق الحدود المرســـومة قانوناً، إذ يحق للمقترض في مثل هذه الحالة أن يســـترد ما دفعه دون

---

[292] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/3851، الصـــادر بتاريخ 2018/10/3، منشورات قسطاس الحقوقية، ص6 على صورة الحكم.

[293] حكم محكمة اسـتئناف عمان– المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/46928، الصـادر بتاريخ 2018/11/19، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

سـبب مشـروع، على اعتبار أن المقرض يكون قد تقاضــى ما لا يعتبر حقاً له، وعليه، فإنه يلتزم بإرجاعه للشخص المفتقر، وهذا ما تقتضيه قواعد العادلة والمنطق القانوني السليم[294].

وبعدما انتهينا من الحديث عن هذه الجزئية، ننتقل للبحث في مبدأ حسن النية في العقود وعلاقته بالشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي (الفرع الخامس).

الفرع الخامس

مبدأ حسن النية في العقود

كرسـت أغلب التشـريعات العربية المقارنة ما يسـمى بمبدأ حسـن النية في تنفيذ العقود، وهذا ما أكد عليه القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته، حيث نص الأخير على أنه: "1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشـــتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[295].

ويلاحظ المتفحص للنص المذكور أعلاه، بأنه قد ربط واجب حســـن النية بمشـــتملات العقد، اسـتناداً إلى قاعدة العقد شـريعة المتعاقدين[296]، حيث صـرح النص بأنه يتوجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقاً لما اشـتمل عليه من بنود وشـروط، وبطريقة تتوافق مع موجبات حسن النية، بعيداً عن سوء النية من قبل المتعاقدين، وهذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... وحيث نجد أن العقد شـــريعة

---

[294] أمجد منصور، *النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام*، مرجع سابق، 376.

[295] المادة (1/202) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسـنة 1976 وتعديلاته. وتقابل هذه المادة بنفس الصـياغة المادة (148) من القانون المدني المصـري رقم (131) لسـنة 1948 وتعديلاته. وكذلك ينظر في: الفصـل (231) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.

[296] حكم محكمة النقض الفلسـطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/738، الصـادر بتاريخ 2017/11/27، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

المتعاقدين ويجب تنفيذه وفقاً لما اشـتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسـن النية، وأن الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد..." [297].

ويرتبط واجب حسن النية في تنفيذ العقد بحقوق العقد، وتحديداً بآلية تنفيذها، وفقاً للشكل الذي تتطلبه مقتضـيات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ولعل هذا ما يمكن أن يستنتج مما قضـــت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما، الأصـــل في العقد رضـــا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد ويلتزم كل من المتعاقدين بتنفيذ كل ما اشـتمل عليه العقد بصورة تتحقق الغاية المشروعة منه وتتفق مع حسن النية..." [298].

ويلاحظ المتمعن فيما سبق أن معظم التشريعات قد نصت على واجب حسن النية على صـــعيد تنفيذ العقد، أما قانون الالتزامات والعقود الفرنســـي الجديد فقد كان ســـباقاً في هذا المجال، حيث وسع نطاق واجب حسن النية، على نحو يشمل التفاوض، والإبرام، والتنفيذ، إذ ينص القانون المذكور على أن: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحســـن نية، يعتبر هذا الحكم من النظام العام"[299].

وحسناً فعل المشرع الفرنسي عندما جعل موجبات حسن النية من قبيل الأحكام المتعلقة بالنظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً. أما بالنسبة للتشريعات العربية المقارنة، فإنها لا تختلف عن التشريع الفرنسي، حيث

---

[297] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/3991، الصـــادر بتاريخ 2020/11/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص6 على صورة الحكم.

[298] حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/4801، الصـــادر بتاريخ 2020/11/18، منشورات قسطاس الحقوقية، ص8 على صورة الحكم.

[299] Article (1104) du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Modifié par article (2) du Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26 .

يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من قبيل المبادئ المتعلقة بالنظام العام[300]، إلا أن ذلك المبدأ –وفقاً لنصوص التشريعات المذكورة– لا يشمل سوى تنفيذ العقد، وهنا نبدي بأنه وعلى الرغم من ذلك، إلا أنه يمكن القول بأن المبدأ المذكور يشمل كل مراحل التعاقد[301]، لأن سوء النية في الإبرام أو التفاوض، سينعكس حتماً على التنفيذ، على نحو يمكن من خلاله تفعيل مبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التنفيذ، حتى وإن لم يأتِ نص على ذكرها بشكل صريح.

ويبقى التساؤل الأهم مطروحاً، ألا وهو: كيف يمكن التعويل على موجبات حسن النية في العقود لغايات حماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي؟

مما لا شك فيه، أن التعويل على موجبات حسن النية في العقود يؤدي إلى حجب الشروط التعسفية عن عقد القرض المصرفي، إذ إن التزام المقرض بمقتضيات حسن النية ينفي شبهة التعسف، والعكس صحيح، حيث إن فرض الشروط التعسفية على عاتق المقترض يتناقض ومتطلبات حسن النية، وبالتالي، فإنه تلك الشروط التي يشوبها التعسف تدخل في نطاق البطلان، وذلك لأن قاعدة حسن النية تعتبر من قبيل القواعد الآمرة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، تحت طائلة تقرير البطلان، ويشمل ذلك حسن النية في التفاوض على العقد، وكذلك إبرامه وتنفيذه.

وبعدما انتهينا من الحديث عن هذه الجزئية، ننتقل للبحث في الآليات القضائية لحماية المقترض من الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

---

[300] يحيى أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود – دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، (رسالة ماجستير، جامعة عمان الأهلية، الأردن، 2007)، 171 وما بعدها.

[301] بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، (رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2017)، 38.

المبحث الثاني

الآليات القضائية

من المبادئ المســـلم بها في التقنيات المدنية أن العقود تقوم مقام القانون بين أطرافها، وهذا تطبيق صـريح لمبدأ سـلطان الإرادة ولكون العقد شـريعة المتعاقدين، ولذلك يمنع على القاضـــي مراجعة مضـــمون العقد ما دامت مقتضـــياته غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، وما دامت عبارات العقد وشروطه غير مبهمة وواضحة، وهذا ما يمكن أن يستشف مما أكدته محكمة التمييز الأردنية، حيث قضـــــت هذه الأخيرة بأنه: "... وحيث إن العقد شريعة المتعاقدين وعلى طرفيه الالتزام بشروط هذا العقد وما يرتبه من حقوق للطرفين ما لم تكن ممنوعة بقانون أو مخالفة للنظام العام..."[302].

غير أن التغيرات الاقتصـادية والاجتماعية التي عرفتها مختلف دول العالم أثرت بشكل فعال على العلاقات التعاقدية، ومن ثم أصـــبح لزاماً على القضـــاء التدخل من أجل تطوير القواعد التقليدية التي تحكم العقود لتســـاير تطور المجتمع، فالقاضـــي يســـتطيع أن يتدخل لتفسير مضمون العقد، حيث يعمل على بيان فحوى بنود العقد، أو التدخل من أجل تعديلها أو إلغائها[303]، تبعاً لعدة متغيرات يبررها الواقع والقانون. وهذا ما ينطبق على عقد القرض المصـرفي، على نحو يشـمل الشـروط الواردة فيه، ولذلك، فإنه يتوجب علينا أن نتطرق إلى سلطة القضـاء في تفسير شروط عقد القرض المصـرفي (المطلب الأول)، وسلطة القضـاء في تعديل أو إلغاء شروط عقد القرض المصرفي (المطلب الثاني)، وكذلك فإنه يتحتم علينا أن نبحث في نظرية الظروف الطارئة في إطار شـــروط عقد القرض المصـــرفي (المطلب الثالث).

---

[302] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/4996، الصـادر بتاريخ 2020/12/31، منشورات قسطاس الحقوقية، ص9 على صورة الحكم.

[303] إدريس الفاخوري، مرجع سـابق، 80. وعبد العزيز العيسـاوي، الحماية القضـائية للمسـتهلك من الشـروط التعسـفية، (مجلة المنبر القانوني، ع11، المغرب، 2016)، 123.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تفسير عقد القرض

تقوم سلطة القاضي التقديرية[304] في تفسير عقد القرض على ممارسة نشاط ذهني للوصول إلى فهم سليم للواقع أو فهم سليم للواجب الملقى على عاتق أحد المتعاقدين بموجب العقد المطروح للنظر لدى الهيئة القضائية التي تتولى نظر النزاع.

وعليه تعرف سلطة القاضي في تفسير العقد بأنها: "عملية عقلية علمية للكشف عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية للحكم على الحالات الواقعية، فهو من صميم عمل القضاة وهو مكمل كاشف عن الإرادة التشريعية مطبقاً لها"[305].

وبهذا الصدد فإن سلطة القاضي في تفسير العقد أو أي من بنوده سلطة غير مطلقة، إنما مقيدة بضوابط قانونية تفسيرية وأحياناً بضوابط عقدية[306] تحكم عملية التفسير القضائي للعقد أو أي مما ورد من بنوده.

وعليه فالقاضي ملزم عند تفسيره للعقد أن يتحرى الظروف التي أحاطت بالعقد، وأن يتحرى كذلك ما اتجهت إليه إرادة الفريقين عند التوقيع عليه، لكون الإرادة في حينه اتجهت إلى الالتزام بما ورد في ذلك العقد من حقوق وواجبات[307].

---

[304] تعرف سلطة القاضي التقديرية لغةً بأنها: الحجة والبرهان، واشتقاقها من (سلط). للمزيد ينظر في: توفيق محمد، سلطة القاضي في تفسير العقد، (مجلة جامعة البحر الأحمر للعلوم الإنسانية، ع4، السودان، 2017)، 34.

[305] نادية قزمار، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" وإشكالية التطبيق – حالة سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، (المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، م4، ع2، الأردن، 2012)، 73.

[306] توفيق محمد، مرجع سابق، 34.

[307] وفي ذلك تؤكد محكمة التمييز الأردنية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2019/928، الصادر بتاريخ 2019/6/10، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7 على صورة الحكم، على أنه: "... وفي ذلك نجد أن لمحكمة الموضوع تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أو المقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها دون الخروج عن عبارات العقد لأن العبرة في تفسير العقد وتحديد حقوق طرفية هو ما حواه من نصوص فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين كما تقضي بذلك المادة (1/239) من القانون المدني...".

وبهذا الصدد فإن عقد القرض يقوم على توافق إرادة فريقيه على إبرامه، وهو بذلك قوامه إرادة الفريقين وما ينشأ عن ذلك من شروط وحقوق والتزامات لكل فريق تجاه الآخر، فإذا كانت عبارات العقد واضحة يطبقها القاضي "على أساس أن دلالة العبارة تفصح عن النية المشتركة للمتعاقدين"[308]. والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة وليس اللفظ، وهذا ما يمكن الاستدلال عليه مما قضت به محكمة النقض المصرية، حيث أكدت هذه المحكمة على أن: "... ذلك بأن من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن النص في المادة (150) من القانون المدني على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين" يدل على أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، فمتى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك..."[309].

وتطبيقاً لما سبق، وتحديداً في مجال عقد القرض المصرفي، فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "... وحيث إن المادة (239) من القانون المذكور قد نصت صراحة على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وبالرجوع إلى أحكام المادة (36) من عقد القرض نجد أنها تنص على أن: (يلتزم المقترض بأن يؤمن على العقار المتفق على وضعه ضماناً وتأميناً للدين وعلى ملحقاته وتوابعه، كما يلتزم المقترض بتقديم بوليصة تأمين على حياته لصالح البنك، وعلى أن يبقى التأمين في الحالتين نافذاً أو ساري المفعول حتى السداد التام للقرض

---

[308] ضياء نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية على ضوء القانون رقم 31.08 وعقد الانخراط في نظام البطاقة البنكية، (مجلة منبر القضاة، ع1، المغرب، 2014)، 125.

[309] حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 3135 لسنة 72 قضائية، الصادر بجلسة 2021/3/16، منشورات الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، ص3–4.

واستيفاء البنك لكامل حقوقه ولغايات تنفيذ واستمرار هذا الشرط، فقد فوض المقترض البنك بتجديد بوالص التأمين لدى شركات التأمين ودفع الأقساط المستحقة، وقيد ما يتم دفعه لهذه الغاية على حساب القرض ومن المتفق عليه أن أي تعويض يتوجب على شركة/ شركات التأمين دفعة ناشئاً عن تلك البوالص يعتبر من حق البنك وقد فوض البنك المقترض قبض أي مبلغ من شركة/ شركات التأمين وأي جهة مسؤولة تعويضاً مطلقاً غير قابل للرجوع للبنك أو النقض). **وحيث إن عبارات هذا العقد واضحة لا يشوبها الغموض فلا يجوز الانحراف في تفسيرها لغير المعقود منها... ونجد أن البينة الشخصية التي يرغب وكيل الجهة المميزة غير منتجة ما دام أن عبارات عقد القرض واضحة لا تحتاج إلى تفسير للتعرف على إرادة المتعاقدين، ما يتعين رد هذا السبب...**"[310].

وهذا ما أشارت إليه محكمة صلح عمان، حيث بينت هذه المحكمة أن عدم مخالفة شروط عقد القرض للنظام العام أو الآداب العامة، في ظل وضوح الشروط، وموافقة المقترض عليها، يؤدي إلى عدم خوض المحكمة في تفسير العقد، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وأما فيما يتعلق ببينة المدعي فتجد المحكمة أن البينات المقدمة من قبلها والمتمثلة بعقد القرض فهي بينة ملزمة وحجة على المدعى عليه بما ورد بها من شروط كونه قام بالتوقيع على عقد القرض وأبدى قبوله بالشروط الواردة به ولم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من توقيع على عقد القرض والذي يعد حجة عليه عملاً بأحكام المادة (11) من قانون البينات، وبالتالي لا يرد القول بأن العقد جاء مبهماً وبحاجة إلى تفسير كون الشروط الواردة لا تخالف النظام العام أو الآداب العامة وبمجرد توقيع المدعى عليه على العقد يكون قد قبل بما جاء في متنه وارتضى بالالتزام بما يرتبه العقد في ذمته..."[311].

---

[310] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2003/4132، الصادر بتاريخ 2004/4/28، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7 وما بعدها.

[311] حكم محكمة صلح عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/4188، الصادر بتاريخ 2019/3/11، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

أما إذا كانت الشـــروط والحقوق والالتزامات قد اعتراها الغموض والإبهام عند تمام إبرام العقد أو تنفيذه، فعندئذٍ يتم اللجوء لقواعد التفســـير المكرســـة قانوناً. وبمجرد وقع الغموض والإبهام في تفسـير العقد تظهر الحاجة الجلية إلى التدخل القضـائي لحسـم نقاط الغموض وتحديد المقصـود من تلك الشروط، والجدير ذكره بهذا الصـدد أن دور القاضـي ينحسـر في تلك الشـــروط محل الالتباس، وذلك من خلال ما اتجهت إليه إرادة الفريقين عند تنظيمهما لذلك العقد[312].

ولعل أهم ضـوابط صـلاحية القاضـي في تفسـير العقد تتمحور حول إرادة المتعاقدين وما اتجهت إليه تلك الإرادة[313]، فالإرادة شرط من شروط العقد، وضـابط "يتقيد به القاضـي في تفسيره للعقد ومن ثم يتعين التفرقة بين الأدوار التي تلعبها هذه الإرادة"[314].

وعلى ذلك فقد نصـت المادة (213) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "الأصـــل في العقد رضـــا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد"، في حين نصـــت المادة (2/150) من القانون المدني المصـــري رقم (131) لســـنة 1948 وتعديلاته على أن: "أما إذا كان هناك محل لتفســـير العقد، فيجب البحث عن النية المشـــتركة للمتعاقدين..."، في حين نص المشـــرع المغربي في الفصـــل 461 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها".

---

[312] وهذا ما يمكن اسـتنتاجه مما قضـته محكمة النقض الفلسـطينية، ضـمن قرارها في الدعوى رقم 2017/1223، الصـادر بتاريخ 2021/1/3، منشورات قسطاس الحقوقية، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... لمحكمة الموضـوع وفق ما اسـتقر عليه قضـاء هذه المحكمة الحق في تفسـير العقد، اسـتناداً لسـلطتها التامة في تفسـير شـروطه وقيوده والغاية التي ابتغاها المتعاقدان منه، لتصـل إلى مقصـد المتعاقدين منه، كما ولها السـلطة في أن تعدل المدلول إلى الظاهر أو خلافه بشرط أن تبين في حكمها لما عدلت عن هذا الظاهر بخلافه...".

[313] وهذا ما يمكن الاســـتدلال عليه مما قضـــت به محكمة التمييز الأردنية، ضـــمن قرارها في الدعوى رقم 2017/1943، الصادر بتاريخ 2017/6/14، منشورات قسطاس الحقوقية، ص5 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وفي الرد على ذلك نجد أن تفسير العقود والوصول إلى القصد الحقيقي من العقد هو الصلاحية التقديرية لمحكمة الموضـــوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ما لم تكن هناك مخالفة للأصـــول والقانون. كما أن القانون في المادتين (214 و239) من القانون المدني تضـمن أن العبرة في العقود للمقاصـد التي يبتغيها المتعاقدين من العقد ويجب عند تفسير العقد البحث عن النية المشتركة المقصودة من التعاقد...".

[314] توفيق محمد، مرجع سابق، 38.

وعقد القرض كغيره من العقود قد يشوبه الغموض في شروطه وأحكامه ما يستلزم الحسم القضائي فيها وحلول إرادة القضاء محل إرادة الفريقين، كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[315] وعليه لا يجوز لذلك الحلول القضائي أن يتجاوز ما اتجهت إليه إرادة الفريقين عند تنظيم العقد.

وعلى ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذي ما زال يسود الفكر القانوني... فالقاضي لا يتولى إنشاء العقود إنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء"[316].

ويقوم التفسير القضائي على إدراك المقاصد والمعاني التي توخاها المتعاقدان عند إبرام العقد[317] دون الالتفات إلى المعاني والألفاظ التي استعملها المتعاقدان إذا لم تكن ضمن السياق المألوف في عبارات العقد التي تستخدم في العادة.

والتفسير القضائي سنداً للمقاصد والمعاني لا يعني بأي حال من الأحوال إهدار حقيقة فحوى العقد، إذ إن الأصل في عبارات العقد هي الحقيقة ولا يجوز حمل أي لفظ من ألفاظ العقد على المعنى المجازي[318]، إلا إذا تعذر تفسير العبارات سوى بالقصد المجازي منها.

---

[315] وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه أن عملية تفسير العقد بحد ذاتها تتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة. للمزيد ينظر في: فضيلة ميسوم، دور القاضي المدني في تفسير العقد: عقد التأمين نموذجاً، (مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع14، المغرب، 2016)، 349.

[316] حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، الطعن رقم 16726 لسنة 75 قضائية، الصادر بجلسة 2015/3/5، منشورات الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية.

[317] حيث تقوم سلطة القاضي في تفسير العقد على الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين. للمزيد يتظر في: فضيلة ميسوم، مرجع سابق، 351.

[318] وهذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2019/5575، الصادر بتاريخ 2019/9/1، منشورات قسطاس الحقوقية، ص5 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة على أن: "... ومن المقرر قضاءً أن لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى ولها تفسير المحررات التي تقدم إليها واستخلاص الحقيقة منها متى التزمت في تفسيرها عبارات المحرر في مجمله وصولاً إلى معرفة قصد العاقدين فيه، وأن لمحكمة

فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني،[319] والأصل في عبارات العقد أن تكون معبرة عن الحقيقة وهو الأمر الذي تبناه المشرع المدني، وعلى ذلك فقد نصت المادة (214) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته على أن: "1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، 2- والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي".

وعلى الصعيد المصري، فقد تبنى المشرع ذات وجهة النظر تقريباً، وعليه فقد نصت المادة (2/150) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته على أن: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...".

وعلى الصعيد المغربي، فقد تبنى المشرع ذات النهج، فقد نص الفصل (462) من قانون الالتزامات والعقود على أن: "... وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

وعليه يجب على القاضي الذي يتولى تفسير العقد الوقوف على فهم الألفاظ والعبارات التي يتألف منها العقد على معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد والجاري العمل به في مكان إبرام العقد، فإذا ثبت بموجب القرائن أن العاقدين قصدا استعمال ألفاظ العقد في معنى خاص، فإنه يعمل بالمعنى الخاص[320]، مع التأكيد على أن نطاق التفسير ينحصر بإلزاميته

الموضوع السلطة في تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنه من عباراته في ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته شريطة أن يكون استخلاصها في ذلك سائغاً لا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر، وأن يكون التفسير قد أوفى بمقصود المتعاقدين وأن تقيم قضاءها على أسباب واضحة ومما تحتمله عبارات العقد وألا تخرج عن المعنى الظاهر لعباراته في مجموعها مستهدية في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها وطبيعة التعامل...".

[319] علاء الفواعير، مناط التفسير القضائي للعقد في القانون المدني الأردني، (مجلة الجامعة الأردنية – عمادة البحث العلمي، م46، ع2، الأردن، 2019)، 604.

[320] محمد المطري، سلطة قاضي الموضوع في تفسير المحررات التوثيقية وتأويلها، (مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع21، المغرب، 2017)، 329.

على العقد محل الدعوى فقط لا غير؛ بحيث لا يتعدى التفسير العقد محل الدعوى المنظورة أمام القضاء إلا إذا اقتضت الحاجة والضرورة ذلك[321].

ويلتزم القاضي عند تفسيره للبنود محل الخلاف والمشوبة بالغموض ببيان ذلك البند من خلال السياق الذي أدرج فيه وما سبقه من بنود وما لحقه، فالقاضي ملزم عند تفسيره لأي بند بالأخذ بالعقد كوحدة واحدة وتفسير بنوده كجملة واحدة[322].

---

[321] علاء الفواعير، مرجع سابق، 604.

وقد يجد القاضي نفسه عند البحث في النص المشوب بالغموض في عقد القرض أنه ملزم في تفسير عقد سابق لذلك العقد، كعقد الوكالة وبيان فيما إذا كانت تخول الوكيل حق إبرام عقد القرض من عدمه، وعلى ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "أتاح القانون المدني للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الحق في توكيل آخرين ليقوموا نيابةً عنهم بالتصرفات القانونية عن طريق عقد الوكالة عامة أو خاصة وضمن الشروط والحدود الواردة فيها، ولا يتوجب قانوناً أن يقوم الشخص نفسه بالتصرفات التي وكل غيره بها، وعليه وما دام أن الوكالة الصادرة من المميز لوالده والتي تخول والده الاقتراض بالنيابة عنه فيكون عقد القرض ملزماً له. وإذا لم يرد في عقد الوكالة التي تخول الوكيل الاقتراض بشكل مطلق دون أن تقيده بشروط خاصة أو تحديد للجهة التي يقترض منها فهي وكالة مطلقة وفقاً لمفهوم المادة (853) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، ولا يرد القول إن الموكل غير ملزم بالفائدة المترتبة على عقد القرض الذي أجراه الوكيل بداعي أن التوكيل لم يخول الموكل الاستقراض بفائدة، إذ إنه من المعروف للعامة والخاصة أن الحصول على أي قرض يستتبع اقترانه بفائدة إذا كانت الجهة المقرضة بنكاً أو مؤسسة مالية، أما المقصود بعقد القرض الوارد في المادة (636) وما بعدها من ذات القانون فإنها تتعلق بعقود القرض المدنية الفردية، كما أنه لا يوجد في هذه النصوص ما يمنع اشتراط الفائدة في هذه العقود". للمزيد ينظر في: حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1997/1416، الصادر بتاريخ 1997/10/7، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 وما بعدها.

[322] وهذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2018/6328، الصادر بتاريخ 2019/3/18، منشورات قسطاس الحقوقية، ص7 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وحيث نجد أن الفقه والقضاء قد أرسيا قواعد أصولية في تفسير العقد وشروطه توصلاً إلى المعنى الحقيقي لعبارات العقد محل التفسير، ومن تلك القواعد أن العبارات والألفاظ تقرأ وحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها البعض...".

والأصل في بنود عقد القرض الحقيقة والجدية والوضوح[323]، وعليه فالنصوص الصريحة لا تقبل الدلالة والتفسير[324]، وعلى ذلك نص المشرع الأردني بأنه: "لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"[325].

وعلى الصعيد المصري، فقد نص المشرع على أن: "1- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. 2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[326]، مع الاستهداء فى ذلك لطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري فى المعاملات"[327].

في حين نص المشرع المغربي في الفصل (463) من قانون الالتزامات والعقود على أن: "تعتبر مضافة إلى شروط العقد، الشروط الجاري بها العمل مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته"، في حين نص الفصل (466) من ذات القانون على أن: "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد مكان إبرام التعاقد...".

---

[323] المادة (124) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[324] وهذا ما يمكن الاستدلال عليه مما قضت به محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2206 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2021/6/21، منشورات الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، ص4 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... كما يمتنع ذلك على القاضي -أيضاً- لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عنها بحسبانها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات...".

[325] المادة (215) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[326] وفي ذلك تصرح محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2016/105، الصادر بتاريخ 2018/10/21، منشورات قسطاس الحقوقية، بأنه: "... أننا وبالتدقيق ولما كان تفسير العقد مسألة قانون تختص بها المحكمة وفي تفسيرها لهذه الشروط تبحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقيه وقت إبرام العقد...".

[327] المادة (150) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.

والقاضـــي ملزم عند تفســـيره للشـــروط محل الخلاف بالبحث والتحري عما جرى عليه العرف والعادة[328] بخصـوص ذلك الالتزام، فالعرف والعادة يلزمان القاضـي بالأخذ بهما عند بيان موطن الغموض وتفسيره على النحو السليم.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن العمل التجاري زاخر بمجموعة من العادات والأعراف وهي عبارة عن قواعد مكملة للقاعدة القانونية[329]، وعليه فالأعراف والعادات يجب أن تكون محلاً للبحث عند قيام القاضي بتفسير بنود العقد.

وبالتالي، فإن القاضـي عند بحثه لأحكام وشـروط عقد القرض المصـرفي يجب ألا يغيب عن نـاظريـه مـا درجـت عليـه العـادة والعرف بخصـــــوص ذلك النوع من العقود لدى بـاقي المصـــارف ولو لم تكن تلك المصـــارف خصـــماً في الدعوى. وكذلك، فالقاضـــي ملزم عند تفسـيره للشـروط الخاصـة بعقد القرض ألا يقوم بتجاهل النصـوص القانونية الخاصـة بذلك العقد باعتباره أحد العقود المسماة[330].

ويلتزم القاضـي عند تفسـيره للأحكام المشـوبة بالغموض بالرجوع إلى ما اقتضـته العادة بشـأن ما ورد بالتشـريع من قواعد قانونية[331]، وتطبيقاً فقد نص القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته على أن: "1- العادة محكمة عامة كانت أم خاصـــة. 2-

---

[328] ويقصد بالعرف الجاري في المعاملات كمعيار يلجأ إليه القاضي للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين أي ما جرى عليه العمل بين المتعاقدين ذاتهم أو بين المتعاقدين عامة في مثل هذا النوع من العقود. للمزيد ينظر في: علاء الفواعير، مرجع سابق، 612.

[329] نور الدين الناصري، دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي، (مجلة الفقه والقانون، ع40، المغرب، 2016)، 16.

[330] العقود المسماة هي عقود خصـها المشرع باسم معين، ونظم أحكامها بنصـوص خاصـة بالذات، ويبرر تدخل المشرع في تنظيم هذه العقود مفصلاً بما لها من أهمية بالغة في مختلف ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي؛ فتنظيم المشـرع لهذه العقود يســـهل على المتعاقدين إبرامها بتحديد عناصـــرها الجوهرية والالتزامات المترتبة عليها بقواعد مكملة تنفي عن هذا التدخل الإخلال بمبدأ سـلطان الإرادة. للمزيد ينظر في: عباس العبودي، مقالة قانونية بعنوان (شـرح أحكام العقود المسـماة في القانون المدني –البيع والإيجار– دراســة مقارنة معززة بالتطبيقات القضــائية، منشــورة على الموقع الإكتروني التالي: https://www.facebook.com/712029288939201/posts/823296841145778، تـــاريـــخ الـــزيـــارة: 2021/6/12، الساعة 10:30 صباحاً.

[331] تجدر الإشـــارة إلى القواعد التي نص عليها القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته في مجال تفســـير العقود، وهذه القواعد مكرسة ضمن المواد (214-288) من القانون المذكور.

وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. 3- تترك الحقيقة بدلالة العادة."[332].

وعلى الصـــعيد المصـــري فقد نص المشـــرع على أن: "1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام العاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[333].

وعلى الصعيد المغربي، فقد نص الفصل (466) من قانون الالتزامات والعقود على أن: "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص".

وعلى أية حال، فإن القاضـــي عند قيامه بعملية تفســـير بنود عقد القرض الذي اعتراها الغموض لا يحق له أن يقوم بتفسير ذلك البند بما يخالف مضمون العقد، لأن القيام بذلك من شـــأنه الحكم بإلغاء ما اتجهت إليه إرادة الفريقين (المتعاقدين) عند تنظيم العقد[334]. فالأصل في عقد القرض كغيره من العقود رضا المتعاقدين بما التزما به عند التعاقد، وعليه

---

[332] المادة (220) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[333] المادة (148) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.

[334] المادة (2/214) والمادة (215) من القانون المدني الأردني رقم (43) لســـنة 1976 وتعديلاته. وفي ذلك ينظر في: حكم محكمة النقض المصـــرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2206 لســـنة 82 قضـــائية، الصـــادر بجلســـة 2021/6/21، منشـورات الموقع الإلكتروني الرسـمي لمحكمة النقض المصـرية، ص4 على صـورة الحكم، حيث أكدت المحكمة على أن: "... كما أنه من المقرر –في قضـاء هذه المحكمة– أنه ولئن كان لمحكمة الموضـوع السلطة التامة في تفسير صـيغ العقود بما تراه أوفى بمقصـود العاقدين منها، إلا أن ذلك مشـروط بألا تخرج في تفسـيرها عما تحتمله عبارات العقد والمناط في ذلك بوضـوح الإرادة لا وضـوح الألفاظ وما عناه العاقدون منها بالتعرف على حقيقة مرماهم دون الاعتداد بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف الحقيقة، إلا أن شرط ذلك أن تقيم قضـاءها على أسـباب سـائغة...". وكذلك ينظر في: المبدأ الذي أقرته محكمة التمييز الأردنية، ضـمن قرارها في الدعوى رقم 2016/1240، الصادر بتاريخ 2016/6/15، منشورات قسطاس الحقوقية، حيث أكدت المحكمة المذكورة على المبدأ التالي: "لمحكمة الموضـوع سلطة تقديرية في تفسـير العقود وتأويلها عن طريق البحث عن النية المشـتركة بين المتعاقدين مسـتعينة بظروف الدعوى ووقائعها شـريطة عدم الانحراف عن عبارات هذا العقد في حال جاءت واضـحة ولا لُبس فيها وذلك وفقاً لنص المادة (1/239) من القانون المدني".

فالقاضي ملزم بالبحث عن أصل العبارات المستخدمة وحقيقتها، فلا يجوز له تفسير تلك النصوص وحملها على المجاز عند وضوح النص[335].

ولعل مناط ذلك أن عقد القرض هو من العقود الرضائية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فالمتعاقدان يملكان الأهلية القانونية التي تخولهما الاتفاق على ما تتجه إليه إرادتهما بما ورد من بنود والتزامات متقابلة في ذلك النوع من العقود[336].

والقاضي عند تفسيره لعقد القرض لا يجوز أن يقوم بمناقضته، بل لا بد أن يقوم بتأكيده وتأكيد ما اتجهت إرادة أطرافه، ولذلك فإنه إذا ما ثار الخلاف حول بند معين من بنود العقد، بدعوى عدم انصراف نية طرف من الأطراف عليه، كمبلغ الفائدة القانونية رغم النص صراحةً عليها، فإنه لا يبقى للقاضي حينئذٍ مجال للبحث في تفسير العقد، لأن الخلاف عندها لا يكون متعلقاً بتفسير بنود العقد، بل بوجودها وانصراف الإرادة إليها.[337]

ومن ضوابط صلاحية القاضي في تفسير بنود عقد القرض أن تتجه عملية التفسير إلى البنود الواردة في العقد[338]، لا إلى ثبوت توقيع الفريقين على العقد من عدمه[339]، وعليه فإن

---

[335] فضيلة ميسوم، مرجع سابق، 353.

[336] المادة (2/214) والمادة (215) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.
وفي ذلك تصرح محكمة بداية عمان – المملكة الأردنية، الغرفة الاقتصادية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2020/119، الصادر بتاريخ 2021/6/30، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم، بأنه: "... وبذلك يكون عقد القرض من العقود الرضائية التي تكون ملزمة لأطرافها وتنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل منهما وتنصرف آثارها إليهما، كما يستفاد من المادة (637) أعلاه أن تمام عقد القرض يتوقف على قبض المال أو الشيء المستقرض من قبل المقترض، هذا بمقابل أن يقوم المقترض برد مثل ما قبضه مقداراً ونوعاً وصفةً وفقاً لما تضمنه عقد القرض من شروط وأحكام إعمالاً لأحكام المادة (202) التي أوجبت أن يتم تنفيذ العقود طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يتطلبه مبدأ حسن النية...".

[337] وعلى ذلك نصت المادة (11) من قانون البينات الأردني جاء فيها ما يلي: "من احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه".

[338] بهذا المعنى ينظر في: حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2016/26109، الصادر بتاريخ 2014/2/5، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[339] نادية قزمار، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" إشكاليات التطبيق – حالة سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، (المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، ع2، الأردن، 2012)، 75.

إنكار المقترض توقيعه على عقد القرض لا يبقي مجالاً للقاضـــي بأن يقوم بتفسـير أي بند من بنوده إلا بعد التوثق من صحة توقيع الطرف الذي ينكر توقيعه ابتداءً عليه.

وما يرد على إنكار التوقيع يســري كذلك على الحالات كافة التي تشــوب إرادة أي من المتعاقدين أي عيب من عيوب الإرادة التي تعيبها أو تعدمها وذلك باعتبار عقد القرض من العقود الرضـــائية، وعليه فإن الإكراه[340] والتغرير المقترن مع الغبن الفاحش[341] والغلط[342]؛ كلها عيوب تنال من أهلية المتعاقد وتلزم القاضـــي في البحث في مدى وجودها من عدمه قبل التقرير بشـأن البنود التي بحاجة إلى تفسـير، إذ إن الحكم بتوافر وجود أي من عيوب الإرادة عند التوقيع على عقد القرض –وهو أمر متوقع الحصـول– يبطل تلك العقود ويهدر قيمتها القانونية، وبالتالي فلا حاجة لتفسير ما شاب أي من بنودها من غموض إذا قضـي ببطلانها أساساً.

ومن الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تفسير عقد القرض ضرورة ألا يكون العقد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وعليه فإن عقد القرض الذي يخالف النظام العام أو الآداب العامة لا يقع محلاً للتفســير، لأن التفســير ينصــب على عقد صــحيح، وبنوده صـــحيحة، أما إذا كان العقد مخالفاً للقانون، فإنه يتعين عندئذٍ تقرير بطلانه أو انعدامه بحسب الحال[343].

ومن الجدير بالذكر قبل الفراغ من هذا المطلب، أن قواعد تفسير العقود تقتضـي أن يتم تفسير الشك دائماً لمصلحة المدين، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية، حيث صرحت

---

[340] عرفت المادة (135) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسـنة 1976 وتعديلاته الإكراه بأنه: "هو إجبار الشـخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً".

[341] عرفت المادة (143) من القانون المدني الأردني رقم (43) لســنة 1976 وتعديلاته التغرير بأنه: "أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

[342] يعرف الغلط بأنه: "وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد".

[343] بهذا المعنى ينظر في: حكم محكمة النقض المصـرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2204 لسـنة 82 قضـائية، الصـادر بجلسـة 2021/6/21، منشـورات الموقع الإلكتروني الرسـمي لمحكمة النقض المصـرية، ص2 وما بعدها على صورة الحكم.

بأن: "... قواعد التفسير تقتضي عند غموض النص وحاجته للتفسير أن يفسر الشك في مصلحة المدين كما هو صريح نص المادة (240) مدني...".[344]

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن سلطة القاضي في تفسير بنود عقد القرض تندرج ضمن ما له من صلاحية تقديرية في تقرير وقائع الدعوى، وبالتالي تكون قرارات القاضي في هذا الشأن خاضعة فقط لرقابة محكمة الاستئناف ورقابة المحاكم العليا (النقض) بصفتها محاكم قانون، وذلك متى كانت عملية التفسير غير قائمة على أسباب مستساغة ومقبولة[345].

وخلاصة القول، فإن المحكمة تملك صلاحية تفسير عقد القرض، وفقاً لأسس ومبادئ التفسير المنصوص عليها في القانون، وعلى الأخص قاعدة العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، وتفسير الشك لمصلحة المدين، وهي –أي المحكمة– دائماً تبحث

---

[344] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1998/577، الصادر بتاريخ 1998/5/24، منشورات قسطاس الحقوقية، ص3 على صورة الحكم.

وبنفس التوجه، فقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2018/547، الصادر بتاريخ 2021/5/17، منشورات قسطاس الحقوقية، على أن: "... في ذلك نجد، أن محكمة الاستئناف في حيثيات حكمها الطعين توصلت لنتيجة مفادها أن: "الشك في العقد يفسر لمصلحة المدين واليقين لا يزول بالشك، فإن كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين براءة الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك...".

[345] وفي ذلك فقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2018/615، الصادر بتاريخ 2018/12/4، منشورات قسطاس الحقوقية، على أن: "... عند تفسير العقد وتحديد طبيعة العلاقة فيما بينهما ولما كان هذا الأمر منوطاً بتقدير محكمة الموضوع ولما لهذه المحكمة من رقابة قانونية على ما تخلص إليه محكمة الموضوع من نتيجه بحيث تكون استخلاصاً صحيحاً وسائغاً للبينة التي استندت إليها في حكمها أن تكون هذه البينة ثابتة فإن هذه المحكمة تجد أن النتيجة التي خلصت إليها المحكمة مصدرة الحكم الطعين كانت استخلاصاً صحيحاً للوقائع الثابتة في الدعوى وتنسجم مع مفهوم القانون...".

وبنفس التوجه، ينظر في: حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 17281 لسنة 76 قضائية، الصادر بجلسة 2021/3/15، منشورات الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، ص2 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وأن العقد هو قانون المتعاقدين، والخطأ فى تطبيق نصوصه خطأ فى تطبيق القانون، ويمتنع على أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله، كما يمتنع ذلك على القاضي، وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، ولا يلتزم القاضى بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم المعنى الواضح لعبارات العقد، ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض...".

ينظر كذلك في هذا المعنى في: حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1997/2341، الصادر بتاريخ 1997/2/7، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

عن النية المشـــتركة للمتعاقدين، وتقوم بإنفاذها، متى كانت لا تخالف النظام العام والآداب العامة، سنداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ولعل ما سبق ذكره يمكن استنباطه مما قضت به محكمة النقض الفلسـطينية، في مجال تفسـيرها لعقد القرض المصـرفي موضـوع الحكم الماثل، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... المحكمة هي تفسـر العقود بالنتيجة... وبإلقاء النظر على حكم محكمة الاسـتئناف في ضـوء النتيجة التي خلصـت إليها محكمة النقض فى حكمها رقم 2013/787 سالفة الإشارة، نجد أن محكمة الاستئناف وهي بصدد معالجة السبب الثالث من أسباب الاستئناف المتصل بتخطئة محكمة الدرجة الأولى بالحكم بالفائدة، وكذلك أن الفائدة قد تجاوزت رأس المال، ما يجعل حكم محكمة الدرجة الأولى مخالفاً للقانون خلصـــت إلى أن القرض البالغة قيمته (50000) دولار تضـــمنت الفوائد المتفق عليها والتي يكون مجموعها مع القرض (56.563) دولاراً، وأن الفائدة التي زادت عن ذلك هي فوائد خارج الاتفاق وتعد فوائد تأخير التســديد تقدرها المحكمة وليس الاتفاق، وخلصـت إلى القول بأن هذا السبب وراد، في حين نجد أن محكمة الاستئناف وهي بصدد معالجة السـبب الرابع المتصـل بخطأ محكمة الدرجة الأولى بعدم رد الدعوى لعدم الإثبات كون المســتأنفين –المدعى عليهم– قد ســددوا قيمة القرض بموجب ســندات الدين، فقد خلصـت محكمة الاسـتئناف إلى أن المدعى عليهم قد سـددوا بالفعل القرض الممنوح لهم والفائدة الاتفاقية بموجب ســندات القبض ســالفة الذكر والبالغ قيمتها (740063) دولاراً الأمر الذي **نجد معه أن المطالبة بفوائد التأخير عن المدة اللاحقة على تاريخ سداد قيمة القرض والفوائد المترتبة عليه البالغ قيمتها (740063) دولاراً طبقاً لســـندات القبض المبرز د/1 غير وارد، ويجعل بالتالي سبب الطعن الماثل مستوجباً الرد...**".[346]

[346] حكم محكمة النقض الفلسـطينية، قرارها في الدعوى رقم 2015/1036، الصـادر بتاريخ 2019/11/13، منشـورات موقع مقام للأحكام القضائية.

وبعد أن بيّنا في هذا المطلب صلاحية القاضي في تفسير بنود عقد القرض التي يشوبها الغموض، ننتقل للحديث عن صـــلاحية القاضـــي في تعديل شـــروط عقد القرض وإلغائها (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

سلطة القضاء في تعديل العقد وإلغائه

الأصـل هو أن عقد القرض من العقود الرضـائية التي تخضـع لمبدأ سـلطان الإرادة[347]، والعقد بذلك ينشـأ بموجب ما تضـمنه من بنود وشـروط تلزم أطرافه بما ورد بها على النحو الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من التزامات وحقوق متقابلة[348].

والأصـــل أن المتعاقدين لا يقدمان على إبرام عقدهما إلا بعد تفاوض يحصـــل بينهما يتناقشان من خلاله في شروط العقد وبنوده حتى يتوصلا بعد ذلك إلى تحديد مضمونه، فلا يقدم أي منهما على الدخول في العلاقة التعاقدية إلا بعد التأكد من وجود مصـــلحة له في هذا العقد[349].

---

[347] بهذا الصـدد يرى بعض الفقهاء أن مبدأ سـلطان الإرادة، من المبادئ المسـلم بها في التقنيات المدنية ذات الطابع الليبرالي ومفاده أن العقود تقام مقام القانون بالنسبة لأطرافها وعليه يمنع على القضـاء مراجعة أو التدخل في مراجعة مضـمون العقد احتراماً لإرادة الأطراف ما دام أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وما دامت عبارات العقد غير مبهمة وواضحة. للمزيد ينظر في: عبد العزيز العيساوي، مرجع سابق، 123.

[348] حيث تقوم الصـورة التقليدية للعقود على المسـاومة والمفاوضـات وتفترض مناقشـة العقد من كلا المتعاقدين، طالما أن العقد شريعة المتعاقدين فيعود لهما تنظيم علاقتهما التعاقدية مع ضرورة مراعاة النظام العام والآداب العامة ".

للمزيد ينظر في: آمال بوهنتالة، سـلطة القاضـي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاسـتهلاك، (مجلة الاجتهاد القضائي، ع14، الجزائر، 2017)، 248.

[349] دريد السامرائي، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان – دراسة قانونية مقارنة، (مجلة الجامعة الأسمرية، م4، ع4، ليبيا، 2007)، 433.

والعقد وفقاً لما ســـلف ذكره متى نشـــأ صـــحيحاً طبقاً للقانون التزم أطرافه بما ورد به المتعاقدان وخضـــعا له كما يخضـــعان للقانون[350] ويلتزمان بتنفيذ العقد وفقاً لمضـــمونه[351] ومفاد ذلك أن مصـــدر الالتزام لكلا المتعاقدين بهذا الصـــدد هو عقد القرض باعتباره أحد مصادر الالتزام، وهو في تلك القوة يتساوى مع قوة القانون كمصدر من مصادر الالتزام.

والقاضـي بهذا الصـدد، ومن حيث الأصـل، مقيد بما التزم به أطراف العقد، فلا يستطيع القاضـــــي أن يعدل أو يغير ما يقرره العقد، فالقوانين الوضـــــعية لم تمنح القاضـــــي تلك الصـــلاحية المطلقة على إطلاقها، وذلك لكون العقد يعتبر قانون العاقدين ودسـتورهما وهو مقيد لهما بما تضـــمنه من شـــروط وأحكام، تنفيذاً لمبدأ العقد شـــريعة المتعاقدين، وتطبيقاً لذلك، فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على أن: "... العقد شـريعة المتعاقدين ودسـتورهما والعلاقة التي تربط أطرافه وتنظمها الشروط والبنود الواردة في ذلك العقد، وذلك وفقاً لأحكام المادة (87) من القانون المدني..." [352].

غير أن عقد القرض ونظراً لطبيعته ليس كالعقود العادية التي تبرم بعد مفاوضـــات بين الأطراف المتعاقدة في جو من الحرية الكاملة ومعرفة كل طرف لحقوقه والتزاماته، وذلك على قدم المساواة بينهم وفق مبدأ حرية التعاقد[353].

وحيث إن المطلق لا يجري على إطلاقه في كل الحالات، فقد قرر المشرع أنه لا بد من التدخل التشريعي، وتحديداً من حيث منح القاضـي الصلاحيات لتعديل العقد تحقيقاً للعدالة،

---

[350] نادية قزمار، مرجع سابق، 77.

[351] محمد السطي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القرض العقاري، (مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ع2، 2016)، 258.

[352] المبدأ المكرس في حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2021/2621، الصـــادر بتاريخ 2021/7/7، منشورات قسطاس الحقوقية، ص5 على صورة الحكم.

[353] عبد الكريم المصـباحي، الحماية القانونية للمسـتهلك من الشـروط التعسـفية البنكية في القروض العقارية، (المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، المغرب، م3، ع4، 2018)، 155.

حيث إن العدالة تدفع القاضـــي إلى تعديل العقد عند حدوث اختلال بالتوازن [354] بين الالتزامات الخاصة بالمتعاقدين[355].

فإذا تحققت عدم المســاواة بين المتعاقدين في شــروط وأحكام العقد وما ينشــأ عنها من التزامات في ذمة المتعاقدين، أصــبح القاضــي ملزماً بالتدخل لتعديل العقد[356]، والمقصــود بعدم المســاواة هنا ليس عدم المســاواة بمفهوم المطلق، إنما يقصــد بها اختلال التوزان بين الحقوق والواجبات، على نحو يؤدي إلى تحقق التعســف، بما يخول القاضـــي صـــلاحية التدخل لتعديل أو إزالة الشروط التعسفية[357].

ولتلافي كل تلك الآثار غير المتوازنة لتلك الشـروط فقد سـعى كل من الفقه والتشـريعات الوضـعية إلى مكافحة تلك الشـروط من خلال مقاومة وجود الشـروط التعسـفية في العقود، نظراً لآثارها الضـارة على الطرف الضـعيف[358]، حيث تتمحور عملية مكافحة تلك الشـروط التعسفية من خلال تقرير بطلانها أو إلغائها أو تعديلها.

---

[354] دريد السامرائي، سلطة القاضـي في تعديل العقد – المفهوم والتأصـيل القانوني، (مجلة الجامعة الأسمرية الإسـلامية، ع4، ليبيا، 2004)، مرجع سابق، 336.

[355] وبهذا الصـدد فقد شـهدت العديد من الدول إنشـاء ما يعرف بجمعيات حماية المسـتهلك، التي تسـعى للضـغط على الجهة التشريعية في الدول لسن قواعد قانونية لحماية المستهلك، بمن فيهم المقترض في عقد القرض وتسعى إلى تحقيق أهدافها من خلال عدة إســتراتيجيات بما فيها الامتناع عن الشــراء والمقاطعة، "فقد تطلب جمعيات حماية المســتهلك في بعض الأحيان من جمهور المستهلك المقترضين التوقف أو الامتناع عن الاستفادة من خدمات المؤسسة المقرضة وذلك من أجل رفع الجيف الذي يطال المستهلكين.

للمزيد ينظر في: منير المعابيش، جمعيات حماية المسـتهلك – أي دور في حماية المسـتهلك من الشـروط التعسـفية، (مجلة منازعات الأعمال، ع56، المغرب، 2020)، 107.

[356] عبير مزغيش، الضـــوابط الحمائية المصـــوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاســـتهلاك التعســـفية، (مجلة الحقوق والحريات، الجزائر، ع4، 2017)، 101.

[357] يقصد بالشرط التعسفي هنا الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضـاً مع روح الحق والعدالة. للمزيد ينظر في: عبد العزيز زردازي، مواجهة الشـروط التعسـفية كآلية لحماية المسـتهلك، (مجلة الحقوق والحريات، ع4، الجزائر، 2017)، 73.

في حين عرفه البعض الآخر بأنه: الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك. للمزيد ينظر في: الزبير المعروفي، مرجع سابق، 91.

[358] زكرياء خليل، مرجع سابق، 15.

والشروط التعسفية[359] بهذا الصدد قد تكون شروطاً تعسفية بذاتها، بحيث تظهر بشكل جلي، وللوهلة الأولى من الاطلاع عليها، بأنها شروط تعسفية وأن إدراجها في العقد لغايات التعسف ليس إلا، في حين أن النوع الآخر منها هي الشروط التعسفية التي لا تكون ظاهرةً من بداية التعاقد، وهي شروط عادية لا يظهر فيها التعسف عند إدراجها في العقد إنما عند التطبيق[360]، وكلاهما عالجه المشـــرع بذات الطريقة، انطلاقاً من مفهوم تحقيق العدالة التعاقدية، وتحقيق التوزان بين مصالح الأطراف المتعاقدة.

وعلى صــعيد التشـريع الأردني فقد خول القانون القاضـــي الذي يتولى النظر في دعوى مطالب بها تفســـير أي بند من بنود عقد القرض الحق في تعديل تلك الشـــروط وإلغائها، وعلى ذلك فقد نص القانون المدني على أنه إذا اشـــترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغي الشرط وصح العقد[361].

أما بالنســبة للقانون المدني المصــري، فقد نصــت المادة (147) منه على أن: "العقد شــريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضــه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأســباب التي يقرها القانون". وبذلك يتضح أن المشرع المصري أجاز للقاضي ضمن حدود القانون، وكاستثناء، إمكانية تعديل أي من بنود العقد، ومن ذلك تعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية.

---

[359] لقد سعى بعض فقهاء القانون المدني إلى سرد نماذج لتلك الشروط التعسفية، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، الآتي ذكره:

1- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ومن دون تعويض.

2- فرض واجبات إضافية غير مبررة.

3- تقليص العناصر الأساسية للعقود.

4- التخلي عن المسؤولية بصورة منفردة.

للمزيد ينظر في: عايدة مصـــطفاوي، حماية المســـتهلك من الشـــروط التعســـفية، (مجلة الاجتهاد القضـــائي، ع14، الجزائر،2017)، 13.

[360] محمد المسلومي، مرجع سابق، 167. وعبد الرؤوف زيوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، (المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، م5، ع2، الجزائر، 2020)، 99.

[361] المادة (640) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

وكذلك المشـــرع المغربي، فقد تبنى نفس وجهة النظر، حيث نصـــت المادة (230) من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صـحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضـاهما معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".[362]

وسـلطة القاضـــي في تعديل العقد وإلغائه تخول حق تعديل أي بند من البنود الواردة فيه متى اقتنع القاضـــي بأن ذلك البند يحمل في طياته ما يجعل من تنفيذه على النحو المذكور إرهاقاً للفريق الآخر دون وجه حق، أو كان ذلك البند مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، تحقيقاً لفكرة العدالـة التعاقديـة، وتحقيق التوزان بين مصـــــالح الأطراف المتعاقدة، حيث تأصـلت نظرية تعديل القاضـي للعقد في ظل نظرة التشـريعات الحديثة إلى حماية المتعاقد في ضـوء التطور الذي شـهده مجال المعاملات المالية والتجارية، وتحديداً من حيث الآثار السلبية التي أحدثها ذلك التطور على المتعاقد الضعيف[363]، وذلك بسبب ما يتم إدراجه من بنود تثقل المتعاقد بالتزامات لا تستقيم وحجم الفائدة التي يحصل عليها.

والأصـــل في نظرية تعديل العقد، كما إلغاؤه، أن يســـتند القاضـــي إلى فكرة العدالة التعاقدية، سنداً لتقرير الشروط التعسفية، وتحديداً تلك التي تخالف النظام العام، أو الآداب العامة، على نحو تتمكن من خلاله المحكمة من التدخل لغايات تعديل بنود العقد وحجب التعسـف، أو إلغاء البند متى كان مخالفاً للقانون، وهذا ما يمكن اسـتنباطه مما قضـت به محكمة بداية الخليل بصـــفتها الاســـتئنافية، حيث أكدت الأخيرة على أن: "... الاجتهاد القضـائي قد استقر على صـلاحية القضـاء لتعديل وبحث شروط العقد، وله إبطال الشروط

---

[362] تجدر الإشارة إلى الفرق الجلي بين صلاحية القاضي في تعديل العقد وإلغاء بعض بنوده عن صلاحية القاضي في تفسير العقد، فالأخيرة قوامها الغموض الذي اكتنف النصـوص المذكورة في عقد القرض، في حين أن الصـلاحية في تعديل العقد إنما تنصب على شرط متفق عليه وليست محلاً للخلاف حول تفسيرها، غير أنها بذات الوقت مجحفة بحق فريق من فرقاء العقد دون وجه حق. للمزيد يتظر في: دريد السامرائي، سلطة القاضي في تعديل العقد – المفهوم والتأصيل القانوني، مرجع سابق، 325.

[363] صـالح كردافي، الشـروط التعسـفية في قانون 31.08 القاضـي بتحديد تدابير حماية المسـتهلك، (مجلة منازعات الأعمال، ع18، المغرب، 2016)، 11.

المخالفة للقانون (التعسفية)، وأن ذلك يأخذ بالقدر اللازم المواءمة فيما بين هذه الصلاحية ومبدأ سلطان إرادة المتعاقدين، فمتى كانت شروط العقد موافقة للقانون فلا تثريب على القضاء للأخذ بها، أما إذا بلغت هذه الشروط حد تجاوز نصوص القانون والالتفاف عليها تكون حرية بالإبطال..."[364].

وقد أشارت محكمة استئناف عمان إلى نفس المبدأ المذكور أعلاه، حيث أكدت المحكمة المذكورة على صلاحية القضاء في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، تحقيقاً لفكرة العدالة، إذ نجد المحكمة تقضي بأن: "... المحكمة هي صاحبة الصلاحية في إلغاء العقد وتعديل شروطه وفق ما تقضي به العدالة..." [365].

فالقاضي وعند نظره لدعوى متعلقة بعقد القرض وما ورد به من شروط تخالف النظام العام والآداب العامة، فإن له صلاحية إلغاء تلك الشروط والحكم كافة بصحة باقي ما ورد في عقد القرض من بنود، متى كانت لا تخالف النظام العام والآداب العامة، وذلك لأن الأصل في الالتزامات أن تتوافق والقانون، ولعل هذا ما يمكن الاستدلال عليه بما أكدته محكمة التمييز الأردنية، حيث قضت الأخيرة بأنه: "... ذلك أن المستقر أن عقد القرض لا يعد من قبيل عقود الإذعان، وبالتالي فإن الشروط التي يتضمنها لا تعد شروطاً تعسفية أو من قبيل شروط الإذعان، ذلك أن عقد وشرط الإذعان يكون في العقود التي لا يوجد للمتعاقد سبيلاً إلا التعاقد بموجبها ولا بديل آخر لديه... وحيث تضمن عقد القرض شرطاً مفاده أن قيود البنك وسجلاته صحيحة ولا يجوز الطعن فيها، وهي بينة قاطعة فتؤدي هذه البينات إلى إثبات انشغال ذمة الطاعن ومديونيته تجاه المميز ضده دون بينة أخرى، وحيث خلا عقد القرض من أي شرط تعسفي فإنه لا وجه لإعمال المادة (204) من القانون

---

[364] حكم محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية، قرارها في الدعوى رقم 2021/44، الصادر بتاريخ 2021/7/11، حكم غير منشور، ص4 على صورة الحكم.

[365] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2008/27178، الصادر بتاريخ 2008/6/19، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

المدني، ما يجعل ما يثيره الطاعن بهذين السببين واقعاً في غير محله ويقتضي ردهما..." [366].

وبنفس التوجه، وتحديداً في مجال صلاحية المحكمة على صعيد تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، فقد أكدت محكمة استئناف عمان على أن: "... تجد محكمتنا أن المستأنف ومن خلال رده على لائحة الدعوى أقر بواقعة اتفاقية القرض، إلا أنه أفاد بأنه لم يقم باستخدام البطاقة الائتمانية ولم يستلمها، مضيفاً أن الشروط الواردة في العقد هي شروط تعسفية والتي فرضتها عليه المستأنف عليها... وحيث إن المستأنف قد قام بالتوقيع على تلك البينة بمحض إرادته ووافق على بنودها كافة، وبالتالي فلا يمكن قبول دفعه بأن تعرض لشروط تعسفية وإملائية من قبل المستأنف عليها حيث كان بإمكانه وبكل بساطة رفض تلك الشروط، ولما كان الأمر كذلك فإنه يتوجب عليه الوفاء بالتزاماته التي أوجبها عليه العقد طبقاً لأحكام المادة (87) من القانون المدني وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية طبقاً للمادة 1/202 من ذات القانون، وحيث جاء الحكم المستأنف معللاً تعليلاً أصولياً ومتفقاً وأحكام القانون..." [367].

بالمقابل، فإذا وجدت المحكمة بأن هناك شروطاً تعسفية؛ تخالف النظام العام والآداب العامة، فإنه يتوجب عليها عندئذٍ أن تقوم بتعديل عقد القرض أو إلغائه بحسب الحال، وهذا ما يمكن الاستدلال عليه مما قضت به محكمة النقض الفلسطينية، حيث أكدت الأخيرة على أنه: "... من خلال ذات المبرز فإن الفائدة هي 10% سنوياً، وهي بذلك تجاوز الحد الأعلى للفائدة المسموح بها وفق أحكام نظام المرابحة لسنة 1403 هـ والمعمول به، حيث حددت المادة الأولى منه نسبة 9% الحد الأعظم للفائدة عن كل أنواع المداينات العادية والتجارية، وبذلك فإن المبلغ المطالب به من قبل الجهة المدعى عليها يكون شاملاً لمبالغ

---

[366] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/3268، الصادر بتاريخ 2017/10/16، منشورات قسطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

[367] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/45667، الصادر بتاريخ 2019/5/22، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

الفائدة التي تزيد على الحد الأعلى المسموح به قانوناً... وبحساب مجموع المبالغ المدفوعة نجده في السنة الأولى 5912.378 دينار أردني وفي السنة الثانية 53.428 دينار أردني أي ما مجموعه 5965.806 دينار أردني وبخصم المبلغ المدفوع من أصل الدين مضافاً له الفوائد القانونية يكون الناتج كما يلي: 157628-5965.806 = 151662.194 دينار أردني وهو مجموع المبلغ المستحق على المدعى عليهم (المستأنفين) **بعد رد الفائدة إلى حدها القانوني وهو الأمر الذي لم تعمل به محكمة الدرجة الأولى مما يقتضي تعديل الحكم...**"[368].

وبهذا الصدد، فإن القاضي يبحث قبل تعديل أي بند وإلغائه من وجود توازن بين الأطراف المتعاقدة من عدمه، إذ يتصور أن يخضع المقترض في عقد القرض لضغط اقتصادي مقارنةً بالمركز الاقتصادي القوي للمقرض، بحيث تمكنه هذه القوة من ممارسة ضغوطات اقتصادية على الطرف الآخر (المقترض) ما يعيق لديه حرية الإرادة[369]. والجدير ذكره بهذا الصدد أن تلك الشروط محل البحث من قبل القاضي لا تكون قد وضعت بموجب أي إكراه أو تدليس أو غلط أو تغرير مقترن مع غبن فاحش، لأن العقد متى شابه أي من عوارض الأهلية أضحى محل دعوى الفسخ والإلغاء والإبطال بحسب الحال، وبالتالي لا مجال لإعمال صلاحيات القاضي في تعديله لبطلان العقد بذاته أو قابليته للإبطال.

وعليه فإن البنود الواردة في عقد القرض محل البحث من قبل القاضي لغايات تعديلها أو إلغائها لا تتطلب بالضرورة ممارسة إكراه أو تهديد من قبل أي من طرفي العقد قبل الطرف الآخر، وإنما يكفي للحكم بذلك أن يكون أحد أطراف العقد في مركز قوة، بحيث لا تكون لدى الطرف الآخر القدرة الحقيقية على التفاوض وتعديل ذلك البند. والمعيار في هذا

---

[368] حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1258، الصادر بتاريخ 2019/3/28، منشورات موقع مقام للأحكام القضائية.

[369] يوسف شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقة بين المهنيين – دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، م6، الكويت، 2018)، 459.

الجانب هو تحقق التعسف، حيث إن مخالفة القانون بواسطة التعسف يبرر للقضاء صلاحية التدخل لتعديل بنود عقد القرض أو إلغائها بحسب الحال، وهذا ما يمكن استنابطه مما قضت به محكمة استئناف عمان، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... فإننا نجد أن الشروط الواردة في عقد القرض متفقة وأحكام القانون ولا يوجد بها أي تعسف وتمت بالرضا بين طرفي العقد، فنقرر رد هذا السبب لكونه لا يرد على القرار الطعين..." [370].

وخلاصة القول في هذا المقام، إن المحكمة من حيث الأصل، وفي كل العقود، بما في ذلك عقد القرض المصرفي، ينبغي عليها أن تتقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وألا تقوم بنقض العقد، أو تعديله، إذا شابه شرط من الشروط التعسفية، التي تخالف النظام العام أو الآداب العامة، وهذا هو السند القانوني لتفعيل صلاحية المحكمة بالتعديل أو الإلغاء، وتطبيقاً لما سبق، فقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية على أن: "... فإننا في هذا الصدد نؤكد على أن حق المتعاقدين في تحديد شروطهما ضمن إطار القانون أساسه الإرادة الحرة لطرفي العقد، ولا تملك محكمة الموضوع التعديل أو التدخل في تلك الإرادة إلا بضوابط

---

[370] حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/16954، الصادر بتاريخ 2021/7/3، منشورات قسطاس الحقوقية، ص1 على صورة الحكم.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى نص المادة (204) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، والتي جاء فيها بأنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". ويلاحظ المتفحص أن المادة المذكورة تقرن صلاحية المحكمة بتعديل أو إلغاء بنود العقد بضرورة أن يكون العقد من عقود الإذعان، وهذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة بداية حقوق العقبة – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2011/94، الصادر بتاريخ 2011/9/20، منشورات قسطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... وحول ما أثاره وكيل المدعى عليه بأن العقد المنظم بين المدعى عليه والجهة المدعيه هو في حقيقته عقد إذعان تجد المحكمة ومن خلال استعراض عقد القرض المنظم بين الجهة المدعية والمدعى عليه أنه خلا من أي شرط تعسفي بالإضافة إلى أن وكيل المدعى عليه لم يبين على وجه التحديد الشرط التعسفي، ما يجعله عقد إذعان، وبالتالي فإنه لا مجال لتطبيق المادة (204) من القانون المدني ما يستوجب رد هذا الدفع...".

وحيث إن عقد القرض المصرفي لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان بصريح الاجتهادات القضائية، لذا، فإنه لا يمكن التعويل على نص المادة المذكورة أعلاه بشكل مطلق في مجال تقرير سلطة المحكمة في تعديل أو إلغاء العقد، إنما يمكن التعويل دائماً على فكرة الشروط التعسفية، وتحديداً تلك التي ترتبط بمخالفة القانون؛ أي مخالفة النظام العام أو الآداب العامة، والتي تكون دوماً عرضةً للتعديل أو الإلغاء بحسب الحال، سنداً لفكرة العدالة التعاقدية، وتحقيق التوزان بين مصالح الأطراف المتعاقدة في عقد القرض المصرفي.

محددة في القانون نتيجة توفر غش أو تدليس أو ضـــرر لم يكن متوقعاً يســـتدعي تعديل شروط العقد بحكم قضائي..."[371].

وعلى نفس المنوال، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى حجب إمكانية قيام المحكمة بنقض أو تعديل أو إلغاء العقد، متى كان الأخير لا يقع على شروط تعسفية، وتحديداً تلك التي تخالف النظام العام والآداب العامة، ولعل هذا ما يمكن اســـتنباطه مما قضـــت به المحكمة المذكورة، حيث أكدت على أن: "... أن مبدأ ســلطان الإرادة ما زال يســود الفكر القانوني ولازم ذلك أن ما اتفق عليه **المتعاقدان متى وقع صـــحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب** أصـــبح ملزماً للطرفين، **فلا يجوز نقض العقد ولا تعديلـه** من جهة أيٍّ من الطرفين، إذ إن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، وهذا هو الأصـل، **كما يمتنع ذلك على القاضي -أيضًا- لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها...**"[372].

وتطبيقاً للمذكور أعلاه، وتحديداً في عقد القرض المصـرفي، نجد أن القضـاء قد حجب إمكانية تدخله في تعديل العقد أو إلغائه، تطبيقاً لقاعدة العقد شـــريعة المتعاقدين، متى كان العقد متفقاً مع القانون؛ غير مخـالف للنظـام العـام أو الآداب العـامـة، وهـذا مـا يمكن الاســتدلال عليه مما قضــت به محكمة النقض الفلســطينية، حيث أكدت الأخيرة على أن: "... وحيث إن العقد شـــريعة المتعاقدين وليس في هذا الاتفاق ما يخالف نظام المرابحة أو قانون الربا الفاحش وفق التعديلات الواردة بالأوامر التي ما زالت سارية المفعول ولم يصدر أي قـانون بـإلغـائهـا، فيكون تطبيق ذلـك الاتفـاق هو محـل اعتبـار من هذا الجـانـب، أمـا المديونية الأولى الناتجة عن عقد القرض فكما ســلف لنا الإشــارة ســابقاً، فلا تملك الجهة

---

[371] حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/547، الصـادر بتاريخ 2021/5/17، منشـورات قسـطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[372] حكم محكمة النقض المصرية، قرارها في الطعن رقم 2206 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2021/6/21، منشورات الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، ص4 على صورة الحكم.

المدعية المطالبة بأية فوائد إضـافية على ما اتفق عليه بعقد القرض، ما يجعل بالنتيجة من بعض أسباب الطعن ترد على الحكم المطعون فيه قبولاً..."[373].

وبعد أن بيّنا في هذا المطلب صـلاحية القاضـي في تعديل عقد القرض أو إلغائه، ننتقل إلى البحث في المطلب الثالث الذي نبين فيه نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بعقد القرض المصرفي.

المطلب الثالث

نظرية الظروف الطارئة وعقد القرض المصرفي

تفترض القواعد العامة للقانون أن دور القاضـي يقتصـر عند المنازعة في بنود العقد على تفسير تلك البنود، غير أن المشرع، وتحقيقاً للعدالة، قد اعترف للقاضـي بسلطة استثنائية، وهي سـلطة التعديل وإلغاء الشـروط التعسـفية[374] في حال وقوع ظروف اسـتثنائية تسـتلزم ذلك، والتي تعرف بالظروف الطارئة.

وتعرف الظروف الطارئة بأنها الحوادث الاســـتثنائية والعامة وغير المتوقعة عند إبرام العقد، والتي لا دخل لإرادة العاقدين فيها، والتي يترتب عليها حدوث اختلال في التوزان العقدي، على نحو يسبب خسارة فادحة للمدين، بحيث تكون من قبيل الخسارة غير المألوفة أو الاعتيادية[375].

---

[373] حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/662، الصـادر بتاريخ 2021/8/24، منشورات موقع مقام للأحكام القضائية.

[374] ســارة بوفلكة، ســلطة القضــاء في التدخل لإعادة التوازن لعقد التأمين، (مجلة الاجتهاد القضــائي، م12، ع2، الجزائر، 2019)، 493.

[375] يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، (حوليات جامعة الجزائر، م1، ع31، الجزائر، 2017)، 112.

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على عقد ما لم يكن واجب النفاذ حال انعقاده، إنما يتراخى تنفيذه إلى آجل، حيث يختل التوازن في هذا العقد، وتتغير ظروف التعاقد عند مرحلة التنفيذ عما كانت عليه في مرحلة الانعقاد، وذلك بتقلب الظروف فجأة نتيجة وقوع حادث لم يكن في الحسبان[376].

ويمكن لنا تعريف الظرف الطارئ بأنه: الحادث المخل بالتوازن العقدي، الذي ينطوي على جملة من الخصائص المنصوص عليها قانوناً، وتحديداً من حيث كونه غير متوقع، وعاماً، واستثنائياً، ولا يجعل الالتزام مستحيلاً، ومرهقاً للمدين، على اعتبار أنه يجلب مغرماً فادحاً.

وقد شهدت عموم دول العالم مؤخراً جائحة كورونا، التي تمثلت بانتشار ذلك الفيروس على نطاق عالمي، وهو الأمر الذي استلزم من الدول كافة اتخاذ تدابير وقائية واحترازية لوقف انتشاره، بما فيها سياسة الإغلاق التام لمراكز النشاط الاقتصادي والمحلات وحظر التجوال للأشخاص.

وفي ضوء تلك السياسات لمكافحة فيروس كورونا فقد اختلت موازين القوى الاقتصادية، وهو الأمر الذي ألحق الضرر بالمتعاقدين في عقود القرض، وهو الأمر كذلك الذي استلزم من المشرع اتخاذ إجراءات قانونية عامة لضمان تنظيم تلك الحالات لتوقع وقوعها سواءً على الصعيدين المحلي أو الدولي[377].

---

[376] وقد عرفت نظرية الظروف الطارئة بأنها: ظرف طارئ غير متوقع قد ينجم عن تغير الظروف الاقتصادية ويؤثر ذلك على العقد الذي التزم به كلا الطرفين قبل وقوعه وأن يكون هذا الظرف بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.
للمزيد ينظر في: ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، (مجلة القانون العقاري والبيئة، م9، ع1، الجزائر، 2021)، 124.

[377] اعترفت غالبية التشريعات المقارنة بنظرية الظروف الطارئة، ومن ذلك المادة (107) من القانون المدني الجزائري، والمادة (205) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، والمادة (2/147) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، والمادة (2/148) من القانون المدني السوري، وأخيراً المادة (2/146) من القانون المدني العراقي.

ويرى بعض الفقهاء أن لكل عقد شـــرطاً ضـــمنياً مفاده أن الظروف التي انعقد خلالها تبقى قائمة في إطار تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً، فإذا تغيرت يصـــبح تنفيذ العقد مهدداً بخسـارة فادحة بالنسـبة إلى أحد أطرافه، ويتوجب عندئذٍ تفعيل نظرية الظروف الطارئة، بما يؤدي إلى تعديل هذا العقد ليزول الضرر الناشئ عن هذا التغير المفاجئ[378]. ولعل هذا ما يمكن استنباطه مما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث أكدت الأخيرة على أن: "طلب تعديل الالتزام إلى الحد العادل يكون أثناء التنفيذ وفقاً لما تقتضـي به المادة (204) والمادة (205) من القانون المدني، إذ إن المادة (205) تشير إلى الحوادث الاستثنائية العامة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الالتزام ولم يكن في الوســـع توقعها وتجعل الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فيطلب من المحكمة رده إلى الحد المعقول"[379].

وتعتبر نظرية الظروف الطارئة خروجاً عن مبدأ ســـلطان الإرادة، الذي قوامه أن العقد شـــريعة المتعاقدين وعليه يمكننا أن نســـتنتج أنه في هذه الحالة يتوجب إعادة النظر في الالتزامات الناشـئة عن الالتزامات التعاقدية بسـبب الظروف الطارئة مع احترام القوة الملزمة للعقد[380].

وقد تبنى التشـريع الأردني نظرية الظروف الطارئة ضـمن نطاق قواعد القانون المدني، حيث نص القانون المذكور على أن: "إذا طرأت حوادث اسـتثنائية عامة لم يكن في الوسـع توقعها وترتب عند حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصـبح مسـتحيلاً، صـار مرهقاً

---

[378] محمد البنيات، مقالة قانونية بعنوان: نظرية الظروف الطارئة، منشـــورة على الرابط الإلكتروني التالي: Arab ency.com.sylaw/detail/164942droitentreprise.com، تاريخ الزيارة 2021/7/1، الساعه 6:00 مساءً.

[379] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2010/590، الصـــادر بتاريخ 2010/4/27، منشـــورات قســـطاس الحقوقية، ص4 على صورة الحكم.

[380] المهدي بوكرمة، مقالة قانونية بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في ضـــوء القانون المدني المغربي، منشـــورة على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.droitetentreprise.com/%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B6%D9%88%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7/

تاريخ الزيارة 2021/7/5 الساعه 11:00 صباحاً.

للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[381].

أما القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته فقد نص على أن: "1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[382].

ويتضح لنا مما سلف أن كلاً من المشرعين المصري والأردني يعتبر أنه نظرية الظروف الطارئة من قبيل النظام العام، فلا يجوز الاتفاق مسبقاً على مخالفتها، أو الاستغناء عنها. أما استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد وقوع الحادث الاستثنائي، فلا يوجد ما يمنع ذلك حيث تنتفي شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بوقوع الحادث الاستثنائي العام، فيجوز للمدين النزول عن التمسك بنظرية الظروف الطارئة. ويؤسس الفقه نظرته في هذه الحالة على سند من القول بأن: "الاتفاق الذي يكون بعد وقوع الحدث الطارئ تنتفي معه شبهة الضغط على المدين بما يمكنه من التنازل عن حقه في تعديل توازن العقد المرهق له"[383]، وبالتالي الخضوع لمبدأ سلطان الإرادة من جديد.

وعلى ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز للمحكمة تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية

---

[381] المادة (205) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[382] المادة (147) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.

[383] فارس العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، م8، الكويت، 2020)، 337.

من المادة (147) من القانون المدني من دون طلب من المدين وأن النص في الشـــق الأخير من تلك المادة على أن يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، يدل على بطلان الاتفاق مقدماً على اســبعاد تطبيق هذه النظرية، أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تنتفي مظنة الضــغط على المدين المرهق، فيجوز له النزول عن التمســك بذلك التطبيق ما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب"[384].

وتتفعل صــلاحية القاضــي في مجال الظروف الطارئة متى كان الالتزام تعاقدياً، وعليه فإن النظرية المذكورة لا يتم تطبيقها إلا إذا كنا بصـــدد التزامات ناشـــئة عن عقد، بحيث يشــترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام الملقى على عاتق المدين ناشــئاً عن عقد، إذ إن كل التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام هذه النظرية[385].

وتطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود كافة باسـتثناء العقود الاحتمالية وهي العقود التي لا يســـتطيع فيها كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد؛ أي المقدار الذي أخذ والمقدار الذي أعطى، فتلك العقود تقوم على احتمال الخسارة والكسب ولا يستطيع فيها كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة وقت التعاقد، إذ إنها لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر محدد كعقود التأمين، لذلك لا يسمع فيها ادعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع، لأن الأســـاس الذي تبنى عليه هو الخســـارة المتوقعة التي يتحملها أحد المتعاقدين[386].

وفيما يتعلق بعقد القرض فإنه يندرج ضمن العقود التي تخضع لنظرية الظروف الطارئة لتوافر شـــرط العقد به من ناحية، ولكونه ليس من العقود الاحتمالية من ناحية أخرى، فعقد

---

[384] الطعن رقم 8714 لسنة 80 قضائية – الدوائر التجارية، جلسة 2015/1/21.

[385] عبد السلام الترمانين، *نظرية الظروف الطارئة*، (دار الفكر، د.ط، حلب، 1971)، 120.

[386] مرتضــى خيري، سـلطة القاضــي التقديرية في تعديل الأحكام القضــائية وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، (المجلة المصــرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع7، مصر، 2016)، 180.

القرض –وكما سبق بيانه– يقوم على سند تمليك مال أو شيء مثلي آخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفةً إلى المقرض عند نهاية مدة القرض[387].

كذلك فإن العقود محل البحث في نظرية الظروف الطارئة هي تلك العقود التي تستلزم مدة لتنفيذها كعقد القرض، أما العقود الفورية كالبيع الذي يقوم البائع به فوراً بالتنازل عن المبيع للمشتري فلا يتصور وقوع وتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة له[388].

وتطبق نظرية الظروف الطارئة عند تنفيذ أحكام عقد القرض وغيره من العقود، فلا يتصور الدفع بنظرية الظروف الطارئة للتنصل من الالتزامات كافة، بل يدفع بها **لتخفيض** حجم الالتزامات متى توافرت الشروط الخاصة بها[389].

ومن الشروط الخاصة بنظرية الظروف الطارئة هو وقوع الحادث الاستثنائي، على أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه، ويكون الحادث استثنائياً بكونه غير مألوف ويجعل تنفيذ المدين للالتزام الملقى على عاتقه أمراً مرهقاً.

وعليه يعرف الحادث الاستثنائي بأنه: "الأمر الذي يندر حدوثه فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة كحدوث فيضان أو إعصار أو حرب"[390]، حيث إن تلك الظروف ليس بوسع العاقدين توقعها عند إبرام العقد.

وعليه فالعنصر الأساسي لكون الحادث استثنائياً وغير مألوف ألا يدخل في تقدير واعتبار المتعاقدين عند إبرام عقد القرض، وأن المتعاقدين لم يتوقعوا عند تحرير العقد والأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزامات أنه ستكون هناك أحداث ووقائع تحول دون تمكن المدين من الوفاء بالتزاماته.

---

[387] المادة (636) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.

[388] أنور سلطان، *الموجز في النظرية العامة للالتزام*، (د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1983)، 235.

[389] الطعن رقم 12893 لسنة 85 قضائية – دوائر الإيجارات، بتاريخ 2017/5/6.

[390] مرتضى خيري، مرجع سابق، 181.

وعليه، لا يكفي في الواقع أن يكون الحادث استثنائياً وعاماً، بل يجب أن يكون الحادث غير متوقع، فلو أمكن دفعه فلا سبيل لإعمال مبادئ نظرية الظروف الطارئة، كاختلاف سعر العملة، إذ إن هذا الحادث يمكن توقعه بل أكثر من ذلك ألا يكون في الوسع توقع حصوله عند التعاقد، فالحكمة من نظرية الظروف الطارئة هي عنصر المفاجئة والغبن اللاحق والمتحقق، لأن المتعاقد إن كان بإمكانه توقع الحادث عند التعاقد يسقط حقه في طلب تعديل الالتزام تستنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، لأنه يكون قد ارتضى الالتزام بوجود هذا الحادث[391].

والشرط الثالث من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً، حيث إن الاستحالة في تنفيذ العقد ترتب الفسخ والتعويض وفقاً لمقتضى الحال وهذا الشرط يقاس بالمعيار الموضوعي، وذلك من خلال النظر إلى قيمة الصفقة التي أبرمت، والبحث في مدى الإرهاق الذي لحق بالمدين، ذلك أن الإرهاق الذي يعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يتعدى الخسارة المألوفة والنظر في مدى تحقق الإرهاق يكون وفق مقدار الصفقة دون النظر في الظروف الخاصة بالمدين[392].

وتلخيصاً لما سبق، وفي مجال إسقاط شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد القرض المصرفي، في ظل اجتهادات محكمة التمييز الأردنية، فإننا نورد ما قضت به المحكمة المذكورة في هذا المجال، حيث صرحت بأنه: "... وحيث إنه نجد أن ما يستفاد من هذا النص الباحث في الظروف الطارئة، أنه يشترط لتحقيق هذه الظروف الشروط التالية: 1- أن يكون الحادث استثنائياً عاماً كالفيضانات والزلازل. 2- ألا يكون في الوسع

---

[391] محمد البينات، مقالة قانونية بعنوان: نظرية الظروف الطارئة، مرجع إلكتروني سابق.

[392] عبد المحسن الفطيمات، سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي – فيروس كورونا نموذجاً، (مجلة الفنون والآداب وعلوم الإنسانية والاجتماع، ع53، الإمارات، 2020)، 196.

توقع هذا الحادث. 3- أن يترتب على هذه الظروف إرهاق المدين إن لم يصـــبح الالتزام مستحيلاً. 4- أن يكون العقد متراخياً وليس من العقود التي تنفذ فوراً"[393].

وبتطبيق الشروط السابقة الذكر على عقد القرض المصرفي، نجد من حيث الأساس أن كل الشروط تتعلق بالحادث الطارئ وتأثيراته، باستثناء الشرط المتعلق بالعقد، وهو أن يكون متراخياً من حيث التنفيذ، حيث ينطبق ذلك على عقد القرض، على نحو يمكن القاضـــي – متى تحققت الشـروط المذكورة أعلاه– من تفعيل آثار نظرية الظروف الطارئة، وتحديداً من حيث رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول وفقاً لقواعد العدالة[394].

---

[393] حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2010/2744، الصـــادر بتاريخ 2011/2/6، منشـــورات قســـطاس الحقوقية، ص2 على صورة الحكم.

[394] ينظر في: حكم محكمة النقض المصرية، قرارها في الطعن رقم 1312 لسنة 89 قضائية، الصادر بجلسة 2020/8/29، منشـورات الموقع الإلكتروني الرسـمي لمحكمة النقض المصـرية، ص3 على صـورة الحكم، حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن: "... ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني يستلزم في الإرهاق الذي يصـيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ، أن يكون من شـأنه تهديد المدين بخسـارة فادحة، ومن ثم فإن الخســارة المألوفة في التعامل لا تكفي لإعمال حكم الظروف الطارئة. وأنه متى توافرت الشــروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فإن للقاضـي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صـار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسـم ما يزيد على ذلك من خسـارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما، ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاءً تاماً...".

الخاتمة

لم تعد وظيفة الدولة منحصرةً بما تضمنه المذهب الفردي لوظائف الدول، وتحديداً فيما يتعلق بوظيفتها المنصبة على تحقيق الأمن الداخلي والخارجي وإقامة العدل بين الناس، تبعاً لمفهوم الدولة الحارسة، بل أصبحت الأولى تتدخل بشكل تنظيمي آمر في معظم العلاقات على صعيد القانون الخاص، وذلك نظراً لتشعب تلك العلاقات وتداخلها، في ظل سطوة النفوذ الاقتصادي والقوة الاقتصادية للشركات مقارنةً بالأفراد والمستهلكين.

وينطبق على ما سبق ذكره على صعيد عقد القرض المصرفي، حيث إن الازدياد المتسارع في الإقبال على الاقتراض، قد دفع الدولة نحو توفير محاولة قواعد قانونية وإجرائية لحماية الطرف الأضعف في العلاقة القانونية، خصوصاً في ظل النظر للتفوق الاقتصادي والفني والقانوني للجهات المقرضة على حساب المقترضين، وبالنظر كذلك لعدم اعتبار عقد القرض المصرفي من قبيل عقود الإذعان وفقاً للمستقر عليه في الاجتهادات القضائية والفقهية، ومن هنا فقد ظهرت الحاجة إلى حماية المقترض من الشروط التعسفية، وتحديداً تلك التي تتضمن تنكراً للقواعد القانونية الآمرة، وكذلك الشروط التي تخل بفكرة التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات بالنسبة للأطراف المتعاقدة في عقد القرض المصرفي.

وعلى الرغم من عدم انطباق مفهوم الإذعان على عقد القرض المصرفي، فإن هذا لا يعني استبعاده من نطاق الحماية القانونية والقضائية، إذ لا أحد ينكر إمكانية أن يصاحب ذلك العقد شروطاً تعسفية مجحفة بحق المقترض، نتيجة التفوق والقوة الاقتصادية للمقرض، ولعل هذا ما يدفعنا إلى القول بفكرة "عقد شبه الإذعان"، وهذه الفكرة تراعي مسألة التفوق الاقتصادي والفني والقانوني للجهة المقرضة مقارنةً بالمقترض، في ظل الإقرار بعدم اعتبار عقد القرض المصرفي من قبيل عقود الإذعان، على الرغم من اعتباره من ضمن العقود

النموذجية التي تقبل المناقشة بشكل جزئي، وتحديداً بخصوص بنود معينة كسعر الفائدة وفترة السداد، نتيجةً للمنافسة الحادة التي تشهدها سوق الاقتراض الوطني والدولي.

وأمام الإقرار بإمكانية تحقق الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، فقد ذهبت معظم التشريعات المقارنة وكذلك القضاء، نحو توفير قواعد فعالة في مجال حماية المقترض من تلك الشروط المجحفة التي تتنكر لمقتضيات التوزان العقدي، وذلك كله سنداً لمبدأ العدالة التعاقدية، حيث يعتبر هذا الأخير من قبيل المبادئ الدستورية التي ترتبط وجوداً وعدماً بالحرية التعاقدية، إذ إن حرية التعاقد لا تعني بأي حال من الأحوال أن يتم التجني على متطلبات العدالة التعاقدية، ومن ضمنها أهمية تحقيق التوزان العقدي في العلاقة العقدية، على نحو يضمن تكريس التوزان المعقول والطبيعي وفق المجرى الاعتيادي للأمور، دون شطط أو استغلال، أو تعسف في استعمال الحق التعاقدي.

وعلى الرغم من تكريس القانون لعدة آليات ووسائل يمكن من خلالها التغلب على الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، والحديث هنا عن الآليات المذكورة في الشريعة العامة للقانون الخاص "القانون المدني"، وكذلك الآليات القضائية، سواء على صعيد التفسير، أم التعديل، أم الإلغاء، أم نظرية الظروف الطارئة، إلا أن ذلك لا يكفي للحد من الشروط التعسفية بشكل مطلق، حيث إن هذه العملية تحتاج لتضافر الجهود كافة في سبيل مكافحة الشروط التعسفية، ويشمل ذلك المستوى القانوني؛ أي النصوص القانونية والإجرائية، والمستوى الرسمي "الهيئات المختصة في المجال البنكي والمصرفي"، والهيئات الأهلية والاجتماعية، كما هو الحال بالنسبة لجمعيات حماية حقوق المستهلك، التي يتطلب الواقع الفلسطيني ضرورة تفعيلها، من أجل توفير أطر حماية فعالة للمستهلكين، على نحو يشمل المقترضين في عقد القرض المصرفي.

ألا أن الأهم من ذلك هو ضرورة أن يكون هناك وازع أخلاقي ومهني عند الشركات والمؤسسات العاملة في مجال الإقراض، وتحديداً من حيث وجود ميثاق شرف يحدد سلوكها المهني والاجتماعي، على نحو يمكن من خلاله تلافي الأضرار التي تسببها الشروط

التعسفية في عقد القرض المصرفي، بما يشمل الأضرار التي تلحق بالمقترض، والمضار التي تنسب للمؤسسة المصرفية على صعيد سمعتها المهنية والاجتماعية بين أفراد المجتمع وجمهور المقترضين.

وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، وهي على النحو الآتي:

1- إن الأسلوب الأمثل لتحديد الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي هو الأسلوب المختلط، حيث إن هذا الأسلوب يجمع بين نمط اللائحة والأسلوب التقديري القضائي، وهو أسلوب وسطي يعول عليه لغايات الوقوف على الشروط التعسفية، حيث إنه يعطي المحكمة صلاحية معينة لتقدير توافر الشرط التعسفي من عدمه، في ظل عدم إطلاق تلك الصلاحية على مصرعيها، نتيجة تقييد المحكمة المختصة بتعريف ومضمون الشرط التعسفي، وببعض الأمثلة الواردة عليه، وبالغاية التشريعية المبتغاة منه.

2- إن عقد القرض المصرفي لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان، ولذلك فلا يجب أن يتم ربط التعسف في عقد القرض المصرفي بتحقق وصف الإذعان في العقد المذكور، حيث إنه من المتصور أن يتضمن عقد القرض المصرفي شروطاً تعسفية، دونما أن يحوز على وصف عقد الإذعان، وهذا ما يوجب توسيع نطاق الحماية القانونية والقضائية للمقترض، وتحديداً من حيث عدم ربط فكرة فرض الحماية بضرورة تحقق شرطي التعسف، وتوافر شروط ومتطلبات عقد الإذعان.

3- يتم التعويل على المعيار الموضوعي في مجال التمييز بين الشروط التعسفية وغير التعسفية، وذلك بالنظر لطبيعة الشرط، ومدى توافقه مع مضمون العقد، في ظل التركيز على أهمية انعقاد التوزان بين الحقوق والالتزامات المرتبطة بطرفي العقد، والحديث هنا يدور حول التوزان المعقول والطبيعي والمألوف، وليس التوزان المطلق في كل ما ورد في العقد.

4- إن المفهوم القانوني السليم للشروط التعسفية يدور حول: كل شرط يحقق ربحاً فاحشاً للمقرض، ويرتب التزامات كبيرة على عاتق المقترض، أو يحرمه من ميزة قررها القانون، أو من ممارسة حق كرسه القانون، وكل شرط يتنكر لمقتضيات النصوص القانونية الآمرة، أو يخل بمتطلبات التوازن العقدي، بالنظر لجوهر العقد وما يرتبط به من حقوق والتزامات وفق المجرى المعقول للأمور.

5- لقد أجاز قانون حماية المستهلك الفلسطيني للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك إمكانية مراجعة عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وذلك للوقوف على عدالة شروطها، ومعقوليتها، وتحديداً من حيث التوازن بين أطراف عقود الاستهلاك. وكان يتوجب على المشرع الفلسطيني أن يربط سلطة المراجعة بالوجوب، وليس الجواز، بحيث يستهل المادة المذكورة أعلاه بعبارة "على المجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية"، وذلك لأن الهدف من إنشاء المجلس يتمحور حول حماية حقوق المستهلك الاقتصادية، وضمان عدم تعرضه إلى أية مخاطر أو أضرار ناجمة عن انتفاعه بالسلع والخدمات المقدمة له.

6- إن عملية المراجعة المذكورة في البند السابق تنصب على توصيات يصدرها المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، وتوجه إلى وزير الاقتصاد الوطني، أو الجهة التي تصدر العقود الواقعة في نطاق المراجعة، وهي في حالتنا البنوك والمؤسسات المصرفية والمؤسسات التي تقدم خدمات الإقراض. ويعني ما سبق أن عملية المراجعة إنما تفرز توصيات فحسب، وليس قرارات ملزمة، سواء أكانت موجهة للوزير المختص، أم للجهة التي تصدر العقود الاستهلاكية أو النموذجية، وهذا عيب تشريعي يتوجب على المشرع أن يتداركه تحقيقاً لأهداف قانون حماية المستهلك، وتحديداً الهدف المنصب على استبعاد التعسف الموجه للمستهلك، ويكون ذلك من خلال إصدار قرارات ملزمة للجهات المعنية، وليس مجرد توصيات.

7- من خلال استقراء مضمون نصوص قانون حماية المستهلك، نجد أن المشرع الفلسطيني قد ربط صلاحية المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك المذكورة أعلاه بضرورة صدور نظام عن مجلس الوزراء، بحيث يحدد هذا الأخير معايير تحديد البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، ومن الجدير ذكره أن هذا النظام لم يصدر بعد، ولذلك فإنه يتوجب الإسراع في إصدار النظام المذكور، لكي يتمكن المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك من ممارسة صلاحيته المنوطة به وفقاً للقانون، على نحو يشمل مراجعة عقود القرض الصادرة عن المؤسسات الإقراضية، بغية مراجعة بنود تلك العقود، والوقوف على عدالتها ومعقوليتها، ومن ثم إصدار التوصيات اللازمة بشأنها، حمايةً للمقترض، وتحقيقاً لأهداف قانون حماية المستهلك.

8- يتم الاعتماد في مجال الحماية القانونية والقضائية للمقترض على النصوص القانونية العامة في القانون المدني، وتحديداً عيوب الإرادة، وربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، وبمعنى آخر تفعيل نظرية التعسف في استعمال الحق التعاقدي في عقد القرض، وتحديداً التعسف في مجال فرض الشروط المندرجة في نطاق العقد المذكور.

9- يتم الاعتماد في مجال الوصول إلى الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي على آليات وطرق تفسير العقد، وذلك لأنه من خلال التفسير السليم يمكن الوصول إلى مضمون العقد، عن طريق الوقوف على الإرادة المشتركة للعاقدين، وبالتالي التوصل إلى الشروط التعسفية؛ التي تحدث اختلالاً فاضحاً في الحقوق والالتزامات المرتبطة بطرفي عقد القرض المصرفي.

التوصيات

من جماع ما تقدم، وبالوقوف على مفاصل الدراسة ومحتوياتها، فإنه يمكن تلخيص أبرز **توصيات الدراسة** بالآتي ذكره:

1- ضرورة قيام المشرع الفلسطيني بربط الشرط التعسفي في عقد القرض المصرفي بفكرة عدم التوازن في الحقوق والالتزامات المرتبطة بطرفي العقد، ويكون ذلك من خلال إحداث التوزان العقدي في مضمون الاتفاق التعاقدي، بما يشتمل عليه من حقوق وواجبات، وألا يتم قرن الحماية القانونية للمقترض بفكرة الإذعان أو الشروط المخالفة للقانون فحسب، إنما ضرورة أن يتم توسيع دائرة الرقابة القضائية لتصبح رقابة مشروعية (عدم مخالفة القوانين والأنظمة)، ورقابة ملاءمة (التأكد من أحداث التوزان العقدي بين المقرض والمقترض).

2- نوصي بضرورة قيام الجهات المختصة في المجال المصرفي، وتحديداً سلطة النقد الفلسطينية، بمراجعة مضمون عقود القرض المصرفي، بشكل دوري، وذلك لغايات النأي بها عن شبهة التعسف الموجه للطرف الأضعف في العلاقة القانونية وهو المقترض.

3- ندعو المشرع الفلسطيني إلى زيادة النصوص القانونية في قانون حماية المستهلك، وتحديداً تلك النصوص التي توفر حماية فعالة للمقترض في مواجهة الشروط التعسفية، أسوةً بالتشريعات محل المقارنة، وتحديداً قانون حماية المستهلك المغربي، الذي وسع نطاق الحماية، بحيث يشمل الحماية ما قبل التعاقد، وما بعده. وتأتي أهمية ذلك نظراً لزيادة حجم الاقتراض في إطار الواقع الفلسطيني، وتحديداً في مجال القروض الاستهلاكية المرتبطة بالمواطن العادي.

4- تفعيل دور جمعيات حقوق المستهلك في فلسطين بشكل عام، وبالأخص بالنسبة لحماية المقترض من الشروط التعسفية في عقد القرض، على نحو يشمل تكريس الحماية قبل إبرام العقد، وبعد إبرامه.

5- ضرورة قيام سلطة النقد الفلسطينية بإصدار تعليمات متخصصة للتعامل مع الشكاوى المتعلقة بالقروض، وعدم الاكتفاء بالنشرات الصادرة عن سلطة النقد، وبمعنى آخر أهمية توفير إطار قانوني للتعاطي مع الشكاوى المذكورة. وضرورة قيام سلطة النقد الفلسطينية، بالتوعية المنصبة على الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي، من خلال زيادة عدد النشرات المطبوعة والإلكترونية في هذا المجال، بالإضافة إلى اتخاذ أساليب التوعية المقروءة والمطبوعة والمسموعة والمرئية كافة للتحذير من الوقوع في الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي.

6- ضرورة قيام المشرع الفلسطيني بتبني نظرية التفاوض بحسن نية، على نحو يشمل التفاوض في إطار عقد القرض المصرفي، على اعتبار أن هذا الأخير يعد من قبيل العقود النموذجية القابلة للتفاوض بشكل جزئي، وتحديداً بالنسبة لسعر الفائدة وفترة السداد، وألا يكون واجب حسن النية –كما هو الحال في معظم التشريعات العربية– مقتصراً على مرحلة تنفيذ العقد فحسب.

قائمة المصادر والمراجع

- ✓ **المصادر:**
- **التشريعات والقوانين**

- الأردن

- قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته.
- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.
- قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017 وتعديلاته.

- الجزائر

- القانون المدني الجزائري.

- المغرب

- الظهير الشـريف رقم 1.14.116 الصـادر في 2014/6/30، بتنفيذ القانون رقم 104.12، المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.
- الظهير الشـريف رقم 1.11.03 الصـادر في 2011/2/14، بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913 وتعديلاته.
- القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

- العراق

- القانون المدني العراقي.

- مصر

- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.
- قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018.

- **سوريا**

- القانون المدني السوري.

- **فلسطين (القوانين المطبقة في فلسطين)**

- مجلة الأحكام العدلية
- قانون المرابحة العثماني (نظام المرابحة لسنة 1936).
- قانون معدل بشأن الفائدة القانونية، الباب 68 لسنة 1929.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 وتعديلاته.
- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وتعديلاته.
- قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة 1997 وتعديلاته.
- القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن المصارف.
- سلطة النقد الفلسطينية، التعليمات رقم (2010/4)، بشأن الإفصاح وأخلاقيات العمل ومعالجة الشكاوى.
- نظام جمعيات حماية المستهلك رقم (26) لسنة 2010.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني.

- **فرنسا**

- القانون الفرنسي المتعلق بحماية وإعلام مستهلكي المنتوجات، لسنة 1978.
- القانون المدني الفرنسي الجديد.

- **الأحكام القضائية**

➢ **فلسطين**

- حكم محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2010/3/8، رقم 2009/152.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/120، الصادر بتاريخ 2015/1/14.

- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/1098، الصادر بتاريخ 2015/9/10.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/247، الصادر بتاريخ 2016/11/23.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/1171، الصادر بتاريخ 2017/4/25.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/303، الصادر بتاريخ 2017/10/11.
- محكمة محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/659، الصادر بتاريخ 2017/11/19.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/738، الصادر بتاريخ 2017/11/27.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/433، الصادر بتاريخ 2018/10/14.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/615، الصادر بتاريخ 2018/12/4.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2016/105، الصادر بتاريخ 2018/10/21.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1258، الصادر بتاريخ 2019/3/28.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1280، الصادر بتاريخ 2019/9/25.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/428، الصادر بتاريخ 2019/10/30.

- حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2015/1036، الصادر بتاريخ 2019/11/13.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/637، الصادر بتاريخ 2019/12/9.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/606، الصادر بتاريخ 2020/1/6.
- حكم محكمة استئناف رام الله – الدائرة الحقوقية، قرار في الدعوى رقم 2019/1201، الصادر بتاريخ 2020/1/8.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/1356، الصادر بتاريخ 2020/4/22.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/621، الصادر بتاريخ 2020/5/27.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2017/1223، الصادر بتاريخ 2021/1/3.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، ضمن قرارها في الدعوى رقم 2018/547، الصادر بتاريخ 2021/5/17.
- حكم محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية، قرارها في الدعوى رقم 2021/44، الصادر بتاريخ 2021/7/11، حكم غير منشور.
- حكم محكمة النقض الفلسطينية، قرارها في الدعوى رقم 2018/662، الصادر بتاريخ 2021/8/24.

➢ **الأردن**

- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1997/2341، الصادر بتاريخ 1997/2/7.

- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1997/1416، الصـــادر بتاريخ 1997/10/7.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 1998/577، الصادر بتاريخ 1998/5/24.
- حكم محكمــة التمييز الأردنيــة – الــدائرة الحقوقيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 1999/304، الصادر بتاريخ 1999/9/23.
- حكم محكمــة التمييز الأردنيــة – الــدائرة الحقوقيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 2002/1531، الصادر بتاريخ 2002/7/15.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2003/4132، الصـــادر بتاريخ 2004/4/28.
- حكم محكمــة التمييز الأردنيــة – الــدائرة الحقوقيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 2005/1847، الصادر بتاريخ 2005/11/14.
- حكم محكمــة اســـتئنــاف عمــان – المملكــة الأردنيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 2008/27178، الصادر بتاريخ 2008/6/19.
- حكم محكمــة التمييز الأردنيــة – الــدائرة الحقوقيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 2008/708، الصادر بتاريخ 2008/11/4.
- حكم محكمــة اســـتئنــاف عمــان – المملكــة الأردنيــة، قرارهــا في الــدعوى رقم 2009/21086، الصادر بتاريخ 2009/12/31.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2010/590، الصادر بتاريخ 2010/4/27.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2010/2744، الصـــادر بتاريخ 2011/2/6.
- حكم محكمة صلح إربد – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2009/5408، الصادر بتاريخ 2011/5/11.

- حكم محكمة بداية حقوق العقبة – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2011/94، الصادر بتاريخ 2011/9/20.
- حكم محكمة بداية حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2011/909، الصادر بتاريخ 2011/10/24.
- حكم محكمة صلح السلط، قرارها في الدعوى رقم 2011/34، الصادر بتاريخ 2012/4/5.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/11301، الصادر بتاريخ 2012/4/11.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/16954، الصادر بتاريخ 2012/7/3.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/41190، الصادر بتاريخ 2012/12/9.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/1645، الصادر بتاريخ 2012/12/12.
- حكم محكمة بداية حقوق جنوب عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2013/501، الصادر بتاريخ 2013/4/23.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2013/34606، الصادر بتاريخ 2013/12/24.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2016/26109، الصادر بتاريخ 2014/2/5.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2014/1052، الصادر بتاريخ 2014/8/21.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2016/1240، الصادر بتاريخ 2016/6/15.

- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2016/678، الصادر بتاريخ 2016/6/28.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2014/44239، الصادر بتاريخ 2017/1/10.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/10514، الصادر بتاريخ 2017/4/2.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/1943، الصادر بتاريخ 2017/6/14.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2017/3268، الصادر بتاريخ 2017/10/16.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2015/4562، الصادر بتاريخ 2017/12/24.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها قي الدعوى رقم 2018/161، الصادر بتاريخ 2018/2/8.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/1688، الصادر بتاريخ 2018/4/10.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/2791، الصادر بتاريخ 2018/5/15.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/19011، الصادر بتاريخ 2018/6/7.
- حكم محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/2032، الصادر بتاريخ 2018/9/16.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/3851، الصادر بتاريخ 2018/10/3.

- حكم محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/3180، الصادر بتاريخ 2018/10/20.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، (هيئة عامة)، قرارها في الدعوى رقم 2018/6735، الصادر بتاريخ 2018/10/24.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/37721، الصادر بتاريخ 2018/11/17.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/46928، الصادر بتاريخ 2018/11/19.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/7431، الصادر بتاريخ 2018/12/1.
- حكم محكمة صلح حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2017/17891، الصادر بتاريخ 2019/1/24.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/7687، الصادر بتاريخ 2019/1/27.
- حكم محكمة صلح عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/4188، الصادر بتاريخ 2019/3/11.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/6328، الصادر بتاريخ 2019/3/18.
- حكم محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2019/1816، الصادر بتاريخ 2019/3/31.
- حكم محكمة بداية حقوق جرش – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/205، الصادر بتاريخ 2019/4/30.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2018/45667، الصادر بتاريخ 2019/5/22.

- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2019/928، الصادر بتاريخ 2019/6/10.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/8274، الصادر بتاريخ 2020/6/16.
- حكم محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/323، الصادر بتاريخ 2020/7/19.
- حكم محكمة صلح حقوق عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/5592، الصادر بتاريخ 2020/7/22.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2018/3874، الصادر بتاريخ 2019/7/29.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2019/5575، الصادر بتاريخ 2019/9/1.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2019/1543، الصادر بتاريخ 2019/9/11.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/3008، الصادر بتاريخ 2020/11/5.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2019/9851، الصادر بتاريخ 2019/11/28.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/4801، الصادر بتاريخ 2020/11/18.
- حكم محكمة التمييز الأردنية – الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى رقم 2020/3991، الصادر بتاريخ 2020/11/24.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2020/4996، الصادر بتاريخ 2020/12/31.

- حكم محكمة بداية عمان – المملكة الأردنية، الغرفة الاقتصادية، قرارها في الدعوى رقم 2020/119، الصادر بتاريخ 2021/6/30.
- حكم محكمة استئناف عمان – المملكة الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2012/16954، الصادر بتاريخ 2021/7/3.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، قرارها في الدعوى رقم 2021/2621، الصادر بتاريخ 2021/7/7.

➢ **مصر**

- نقض مدني مصري، 1990/4/21، مجموعة أحكام النقض، سنة 11، رقم 50.
- قرار لمحكمة النقض المؤرخ في 14 يناير 1998 في الملف المدني 93/5.
- الطعن رقم 8714 لسنة 80 قضائية – الدوائر التجارية، جلسة 2015/1/21
- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، الطعن رقم 16726 لسنة 75 قضائية، الصادر بجلسة 2015/3/5.
- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة التجارية، الطعن رقم 1536، س. قضائية 85، الصادر بجلسة 2017/3/9.
- الطعن رقم 12893 لسنة 85 قضائية – دوائر الإيجارات، بتاريخ 2017/5/6.
- حكم محكمة النقض المصرية، قرارها في الطعن رقم 1312 لسنة 89 قضائية، الصادر بجلسة 2020/8/29.
- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 17281 لسنة 76 قضائية، الصادر بجلسة 2021/3/15.
- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 3135 لسنة 72 قضائية، الصادر بجلسة 2021/3/16.
- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2206 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2021/6/21.

- حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2204 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2021/6/21.

➢ **أخرى**

- حكم محكمة استئناف جبل لبنان بتاريخ 1969/1/15، النشرة القضائية لسنة 1971.
- حكم محكمة النقض الفرنسية – الدائرة المدنية، الطعن رقم 298، الصادر بتاريخ 1990/2/25.
- حكم محكمة التمييز القطرية – الدائرة المدنية، قرارها في الطعن رقم 2010/184، الصادر بتاريخ 2010/12/28، متوافر على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?id=484&language=ar
- حكم المحكمة الابتدائية بمدينة مكناس المملكة المغربية بمدينة مكناس، قرار رقم 2013/150، ملف رقم 2012/8/966، الصادر بتاريخ 2013/2/12، مشار إليه في مجلة المحاكم المغربية ع152، مايو/ يونيو 2016.
- حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 2014/459، ملف رقم 6/2013/3084، الصادر بتاريخ 2014/1/28.
- حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 2014/1929، ملف رقم 6/2014/452 الصادر بتاريخ 2014/9/4.
- حكم محكمة الاستئناف التجارية بمدينة فاس – المملكة المغربية، حكم رقم 1678، ملف رقم 2014/5/245، الصادر بتاريخ 2015/10/1، المتوافر على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.maroclaw.com
- المحكمة التجارية بمراكش – المملكة المغربية، حكم رقم 3327، ملف عدد 2017/8210/2442، الصادر بتاريخ 2017/12/25، المبدأ العام للحكم.
- حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء – المملكة المغربية، قرار رقم 352، ملف رقم 2018/8222/3412، الصادر بتاريخ 2019/1/30.

✓ **المراجع**

➢ **أولاً: المراجع باللغة العربية**

➢ **الكتب**

- إبراهيم زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصـرفي (القرض، التسـهيل الائتماني)، (د.ط، د.ن، القاهرة، 1998).
- أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994).
- أحمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصـادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، (د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002).
- الجديد في أعمال المصـارف من الوجهتين القانونية والاقتصـادية – أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية –الجزء الأول– الجديد في التقنيات المصرفية، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002).
- السيد عبد المولي:
  - التشريعات الاقتصادية، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992).
  - الوجيز في التشريعات الاقتصادية، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996).
- المغاوري الفقى، التغيرات التي تطرأ على النقود وأثرها في سداد القروض – دراسة فقهية مقارنة، (د.ط، دار الكتب القانونية، مصر – الإمارات، 2012).
- أمجد منصور:
  - النظرية العامة للالتزامات – مصـادر الالتزام، (ط7، دار الثقافة للنشـر والتوزيع، عمان، 2015).
  - النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات، (ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014).
- أمين دواس، المصـادر الإرادية "العقد والإرادة المنفردة"، (ط1، دار الشـروق للنشـر والتوزيع، رام الله، 2004).

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، (د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1983).
- أيمن سليم، العقود النموذجية، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005).
- جلال العدوي، أصول الالتزامات – مصادر الالتزام، (د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997).
- حسن جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، (د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996).
- خالد عبد الله وإسماعيل الطراد، إدارة العمليات المصرفية – المحلية والدولية، (ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006).
- عبد السلام الترمانين، نظرية الظروف الطارئة، (د.ط، دار الفكر، حلب، 1971).
- عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1978).
- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014).
- فاتن حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012).
- فوزي سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009).
- محمد البنا، القرض المصرفي – دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006).
- محمد الجندي، القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية، (ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996).
- مصطفى أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، (ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011).

- هانية فقيه، الرقابة القضـــائية على عقود الإذعان، (ط1، منشـــورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014).

➢ **أبحاث والمقالات**

- أحمد عبد، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، م9، ع28، العراق، 2016).
- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع3، المغرب، 2001).
- أسامة الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، (مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، س9، ع2، العراق، 2017).
- أسـيد الذنيبات، سـلطة القاضـي التقديرية إزاء الشـرط التعسـفي في التأمين ماهيتها ونطاقها: دراسـة مقارنة، (المجلة الأردنية في القانون والعلوم السـياسـية، ع4، الأردن، 2012).
- الزبير المعروفي، حماية المقترض من الشـروط التعسـفية، (منشـورات مجلة القضـاء المدني – سلسلة دراسات وأبحاث، ع4، المغرب، 2013).
- العربي مياد، مقاومة الشـروط التعسـفية في العقد، (مجلة القانون العربي، دار السـلام للطباعة والنشر، ع13، المغرب، 2009).
- آمال بوهنتالة، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، (مجلة الاجتهاد القضائي، ع14، الجزائر، 2017).
- باسم مكحول وآخرون، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني – ماس، رام الله، 2004).

- بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصـــادي، (مجلة الحقوق والحريات، ع4، الجزائر، 2017).
- بشار مومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني – دراســـة مقارنة، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية– كلية القانون الكويتية العالمية، م6، ع22، الكويت، 2018).
- توفيق محمد، ســـلطة القاضـــي في تفســـير العقد، (مجلة جامعة البحر الأحمر للعلوم الإنسانية، ع4، السودان، 2017).
- حسـني خريوش ومحمد العبادي، تقييم أداء محفظة القروض والتسـهيلات الائتمانية في القطاع المصرفي الأردني (مؤتة للبحوث والدراسات؛ العلوم الإنسانية والاجتماعية، م2، ع19، مؤتة، 2004).
- دريد السامرائي:
  - ســـلطة القاضـــي في تعديل العقد– المفهوم والتأصـــيل القانوني، (مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، ع4، ليبيا، 2004).
  - ســـلطة القاضـــي في تعديل عقد الإذعان – دراســـة قانونية مقارنة، (مجلة الجامعة الأسمرية، م4، ع4، ليبيا، 2007).
- رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصـادي للمحترف في فرض الشـروط التعسـفية في القانون الجزائري، (مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، ع5، الجزائر، 2008).
- ربيعة ناصـــيري، ســـلطة القاضـــي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، (مجلة القانون العقاري والبيئة، م9، ع1، الجزائر، 2021).
- رمضـان جمعة، السـبب الباعث وأثره في صـحة العقد أو بطلانه – دراسـة فقهية قانونية مقارنة، (مجلة دار العلوم – جامعة القاهرة، ع21، القاهرة، 1997).
- زاهية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة العلوم الاجتماعية والاقتصادية – جامعة باتنة/ الحاج لخضر، م9، ع18، الجزائر، 2008).

- زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، م12، ع11، المغرب، 2016).
- سارة بوفلكة، سلطة القضاء في التدخل لإعادة التوازن لعقد التأمين، (مجلة الاجتهاد القضائي، م12، ع2، الجزائر، 2019).
- سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، (مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة – مركز جيل البحث العلمي، ع4، الجزائر، 2016).
- صالح كردافي، الشروط التعسفية في قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، (مجلة منازعات الأعمال، ع18، المغرب، 2016).
- ضياء نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية على ضوء القانون رقم 31.08 وعقد الانخراط في نظام البطاقة البنكية، (مجلة منبر القضاة، ع1، 2014، المغرب).
- عائشة زرواق، حماية الزبون المقترض من الفوائد البنكية في التشريع الجزائري، (المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية – جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع2، الجزائر، 2017).
- عايدة مصطفاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (مجلة الاجتهاد القضائي، ع14، الجزائر، 2017).
- عبد الرؤوف زيوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، (المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، م5، ع2، الجزائر، 2020).
- عبد العزيز العيساوي، الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، (مجلة المنبر القانوني، ع11، المغرب، 2016).
- عبد العزيز زردازي، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، (مجلة الحقوق والحريات، ع4، الجزائر، 2017).
- عبد العزيز فتوح:
  - حصة العاملين في الأرباح، (نشرة جمعية الضرائب المصرية، م25، ع100، مصر، 2015).

- الاحتياطات والمخصصات، (نشرة جمعية الضرائب المصرية، م24، ع94، مصر، 2014).

- عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة، (مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتمنراست، م11، ع1، الجزائر، 2019).
- عبد الكريم المصباحي، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية البنكية في القروض العقارية، (المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، م3، ع4، المغرب، 2018).
- عبد الله ربايعة، وقت إثارة دفع الدعوى – دراسة فقهية قانونية، (مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون – الجامعة الأردنية، م35، ع1، الأردن، 2008).
- عبد المحسن مبارك عبد المحسن الفطيمات، سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي – فيروس كورونا نموذجاً، (مجلة الفنون والآداب وعلوم الإنسانية والاجتماع ، ع53، الإمارات، 2020).
- عبير مزغيش، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، (مجلة الحقوق والحريات، ع4، الجزائر، 2017).
- علاء الفواعير، مناط التفسير القضائي للعقد في القانون المدني الأردني، (مجلة الجامعة الأردنية – عمادة البحث العلمي، م46، ع2، الأردن، 2019).
- عمر فارس، خيار المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، (مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبي، م25، ع1، الامارات، 2017).
- عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجاً، (مجلة الحقوق المغربية، ع4، المغرب، 2007).
- فارس العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، م8، الكويت، 2020).
- فاطمة بوقطة:

- مسـؤولية البنك عن الإخلال بالإعلام بالفوائد في عقد القرض المصـرفي، (المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، م11، ع2، الجزائر، 2020).
- مدى مسـؤولية البنك عن تحديد الفوائد في عقد القرض البنكي، (مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية – جامعة باتنة الحاج لخضر، م5، ع1، الجزائر، 2018).

- فايزة طبيب، دور القاضـي في مواجهة الشـروط التعسـفية في عقد الإذعان، (دراسـات، الجزائر، ع58، 2017).
- فضـيلة ميسـوم، دور القاضـي المدني في تفسـير العقد: عقد التأمين نموذجاً، (مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع14، المغرب، 2016).
- فكري البنا، القواعد العامة لحماية المسـتهلك في العقد الإلكتروني، (مجلة الاقتصـاد والمحاسبة – نادي التجارة، ع628، مصر، 2009).
- كريمة الرفاعي، تنمية رأس المال الاجتماعي، (مجلة الخدمة الاجتماعية، ع54، مصر، 2015).
- ماجد عبد العظيم، دور البنوك وسياسات التمويل المصرفي في دفع التنمية التكنولوجية: دراسة مقارنة، (مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، م15، ع4، مصر، 2014).
- محمد الخلوقي، الحق في التراجع عن العقود الاسـتهلاكية: دراسـة على ضـوء نظرية التعسـف في اسـتعمال الحق، (مجلة القانون والأعمال – جامعة الحسـن الأول، ع18، المغرب، 2018).
- محمد السـطي، حماية المسـتهلك من الشـروط التعسـفية في القرض العقاري، (مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، ع2، المغرب، 2016).
- محمد القيسـي وآخرون، الإطار القانوني لحماية المسـتهلك في الخدمات المالية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2020.
- محمد المسـلومي، حماية المسـتهلك من الشـروط التعسـفية أثناء التعاقد، (مجلة الملف، ع8، المغرب، 2006).

- محمد المهدي، دور جمعيات المجتمع المدني في حماية المستهلك في ضوء القانون 31.08، (المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، ع2، المغرب، 2017).
- محمد جريفيلي وشريف بحماوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، (مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، ع11، الجزائر، 2017).
- محمد عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، (مجلة الشريعة والقانون، ع1، القاهرة، د.س)، متوافر على الرابط الإلكتروني التالي: http://elibrary.mediu.edu.my/books/MAL03903.pdf.
- محمد محمد، الآثار القانونية المترتبة على اتفاق التحكيم، (مجلة كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة كركوك، م7، ع24، العراق، 2018).
- محمد المطري، سلطة قاضي الموضوع في تفسير المحررات التوثيقية وتأويلها، (مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع21، المغرب، 2017).
- محمد سادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإنجليزي، (مجلة الحقوق، م12، ع2، الكويت، د.س).
- مراد أسراج، الشروط التعسفية في عقد التأمين، (المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ع1، المغرب، 2011).
- مرتضى خيري، سلطة القاضي التقديرية في تعديل الأحكام القضائية وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، (المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع7، مصر، 2016).
- مريم معنصري، قراءة في الصيغ القانونية للائتمان الاستهلاكي: عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً، (مجلة دفاتر القانون والسياسة – جامعة ورقلة، عدد خاص، الجزائر، 2018).
- منير المعابيش، جمعيات حماية المستهلك – أي دور في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (مجلة منازعات الأعمال، ع56، المغرب، 2020).

- منير برابح، حماية رضا المستهلك الإلكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك، (مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – جامعة المسيلة، م2، ع1، الجزائر، 2017).
- مهند صانوري، الدفع بقوة القضية المقضية وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، (مجلة العلوم القانونية والسياسية – الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، م2، ع3، الأردن، 2012).
- نادية قزمار، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" وإشكالية التطبيق – حالة سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، (المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، م4، ع2، الأردن، 2012).
- نسرين محاسنة، عقد القرض في القانون المدني الأردني: دراسة تحليلية، (مؤتة للبحوث والدراسات، ع5، الأردن، 2008).
- نصيرة يحياوي، دور القروض البنكية في تنمية القطاع الفلاحي: دراسة حال الجزائر، (جامعة ابن زهر، الجزائر، 2013).
- نور الدين الناصري، دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي، (مجلة الفقه والقانون، ع40، المغرب، 2016).
- نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، (مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، م17، ع1، الجزائر، 2020).
- هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك: دراسة مقارنة، (مجلة الحقوق للبحوث القانونية، ع1، مصر،2014).
- وجدي حجازي، موسوعة الائتمان المصرفي – القروض المصرفية، (دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2014).
- وليد عطية وعباس عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، (مجلة كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة كركوك، م4، ع15، العراق، 2015).

- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، (حوليات جامعة الجزائر، م1، ع31، الجزائر، 2017).
- يوسف شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقة بين المهنيين – دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، (مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، م6، الكويت، 2018).

➢ **الرسائل الجامعية**

- أمجد الخويلدي، دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، أندونيسيا، 2016).
- أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1991).
- بشار دراغمة، السبب في العقد، (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 2002).
- بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، (رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2017).
- رشيد لمسياح، حماية المستهلك وفق القانون 31.08 – القرض العقاري نموذجاً، (رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة محمد الأول/ وجدة، المغرب، 2012–2013).
- سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2008).
- صلاح إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، 2002).
- عبد الرحمن الشرايعة، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014).

- عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009).
- علي الشديقات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، (رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن، 2010).
- عمر المغيض، الغلط في القانون باعتباره أحد عيوب الرضا – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2007).
- كفاح عبد القادر أحمد الصوري، التغرير وأثره في العقود، (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1995).
- مريم مسيلي، الإثراء بدون سبب، (رسالة ماجستير، المركز الجامعي – غليزان، الجزائر، 2014–2015).
- يحيى بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود – دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، (رسالة ماجستير، جامعة عمان الأهلية، الأردن، 2007).

➢ **المقالات المنشورة على المواقع الإلكترونية**

- المهدي بوكرمة، مقالة قانونية بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في ضوء القانون المدني المغربي، منشورة على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.droitetentreprise.com/%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B6%D9%88%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7/

- عباس العبودي، مقالة قانونية بعنوان (شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني – البيع والإيجار – دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.facebook.com/712029288939201/posts/823296841145778

- لورنس كامب، إدارة القروض المتعثرة – تمرين تطبيقي لمعالجة القروض المتعثرة للمصرف الفلسطيني، (شركة الأسواق المالية العالمية، فلسطين، 2004).
- محمد البينات، مقالة قانونية بعنوان: نظرية الظروف الطارئة، منشورة على الرابط الإلكتروني التالي: Arab-ency.com.sylaw/detail/164942droitentreprise.com.
- منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، (دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: http://droitcivil.over-blog.com/article-5144927.html.
- مهند أبو رجيلة وفتحي سروجي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية ومخاطر التوسع في القروض الاستهلاكية في الأراضي الفلسطينية المحتلة، (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، 2013، رام الله).

➢ **تقارير ونشرات**

- تطبيق حماية المستهلك في الأسواق الصاعدة والاقتصاديات النامية، (سيجاب، البنك الدولي، 2013).
- ديوان الرقابة المالية والإدارية الفلسطيني، تقرير بعنوان: "جمعيات حماية المستهلك الفلسطينية – دور وفاعلية"، رام الله، 2018.
- نشرة بخصوص "معالجة شكاوى المتعاملين مع المصارف ومؤسسات الإقراض وشركات الصرافة"، سلطة النقد الفلسطينية، متوافرة على الموقع الرسمي لسلطة النقد.

- سلطة النقد الفلسطينية، التقرير السنوي، رام الله، 2019. متوافر بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: https://www.pma.ps/.

➢ **المواقع الإلكترونية**

- الموقع الرسمي لسلطة النقد الفلسطينية. (https://www.pma.ps/ar/).
- الموقع الرسمي لجمعية حماية المستهلك الفلسطيني. (جمعية حماية المستهلك الفلسطيني(pcp.ps)).
- موقع قسطاس للأحكام القضائية. (قسطاس: محرك البحث القانوني الأول من نوعه في الأردن، الإمارات، السعودية وفلسطين (qistas.com)).
- موقع مقام للأحكام القضائية الفلسطينية. (مقام– موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية (najah.edu)).
- منظومة التشريع والقضاء في فلسطين "المقتفي". (المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين(birzeit.edu)).
- الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية. (محكمة النقض المصرية (cc.gov.eg)).
- موسوعة قضاؤكم للأحكام القضائية المغربية. (موسوعة قضاؤكم (quadaa.com)).
- بوابة التشريعات القطرية. (https://www.sjc.gov.qa/ar/Pages/Encyclopedia-of-national-Legislation.aspx).

➢ **ثانياً: المصادر والمراجع الأجنبية**

- Code de la consommationm, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, available at : Chapitre II : Clauses

abusives (Articles L212-1 à L212-2) - Légifrance (legifrance.gouv.fr).

- Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Modifié par article (2) du Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.
- Kovacic-Fleisher, C. Cohabitation and the restatement (third) of restitution unjust enrichment. Washington and Lee Law Review, 68 (3), (2011).