كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS
Submitted: 29/5/2021
Reviewed: 16/6/2021
Accepted: 23/6/2021

التعاقد بالإحالة إلى نموذج - دراسة مقارنة

الصالحين محمد العيش

أستاذ القانون المدني المساعد، كلية القانون، جامعة قطر

essalhin.alaish@qu.edu.qa

ملخص

يقوم الأسلوب التقليدي للتعاقد على المساومة والتفاوض حول شروط العقد بحرية بين الطرفين، لكن النشاط المتزايد في الحياة التجارية أدّى إلى زيادة هائلة في المعاملات؛ مما استوجب ضرورة إتمام أكبر عدد ممكن من العقود في وقت وجيز وبأقل مجهود، ومن هنا ظهر نظام التعاقد باستخدام نماذج وصياغات معدة سلفًا. وعلى الرغم من المزايا التي يوفرها هذا النظام؛ إلا أنه مشوب بالمخاطر، ومن أخطر ما تتضمنه الصياغة النموذجية للعقود توقيع المتعاقد عليها دون العلم بأحكامها، وكذلك ما يمكن أن تحتويه من شروط تعسفية بالنسبة إلى الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

وقد أشارت أربع مدونات مدنية عربية -على استحياء- إلى نظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج، وهي ليبيا والسودان والكويت وقطر. ويتناول البحث تحليل ومناقشة النصوص الواردة في هذه المدونات، وبعض الأحكام القضائية، في محاولة لوضع إطار قانوني متكامل لهذا النظام التعاقدي.

الكلمات المفتاحية: العقد النموذجي، اللائحة النموذجية، عقد الإذعان، الشروط العامة، الشروط التعسفية

للاقتباس: العيش، الصالحين. «التعاقد بالإحالة إلى نموذج - دراسة مقارنة»، **المجلة الدولية للقانون**، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0209

© 2022، العيش، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS

Submitted: 29/5/2021
Reviewed: 16/6/2021
Accepted: 23/6/2021

Standard Form Contract-A Comparative Study

Essalhin M. Alaish
Assistant Professor of Civil Law, College of Law, Qatar University
Essalhin.alaish@qu.edu.qa

Abstract

The traditional method of concluding a contract is based on the free negotiation of its terms between the two parties, but the increased activity in commercial life has led to a considerable increase in transactions, which required the realization of the greatest number of possible transactions in a short time and with a minimum effort, and from there emerged the system of contracts using standard forms. Despite the advantages of standard contracts, they have many risks; such as signing without knowledge of its provisions, as well as unfair terms against the weak party in the contractual relationship.

Four Arab civil codes made reference to the model contract system: Libya, Sudan, Kuwait and Qatar. The research focuses on the analysis and discussion of the texts contained in these codes, as well as in certain judicial decisions, with the aim of developing a legal framework for this contractual system.

Keywords: Standard contract; Standard regulation; Adhesion contract; General conditions; Unfair terms

Cite this article as: Alaish E., "Standard Form Contract-A Comparative Study", *International Review of Law*, Volume 11, Regular Issue 1, 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0209

© 2022, Alaish E., licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

المقدمة

يســتوجب إبرام العقد – كما نعرف – تطابق القبول مع الإيجاب، غير أن هذه المطابقة لا تســتلزم بالضرورة أن يصيغ الطرفان شروط العقد بنفسيهما، بل يمكن أن يتفقا على الإحالة بشأن هذه الشروط إلى نموذج عقد مطبوع[1]. والتعاقــد بالإحالة إلى نموذج هــو وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة، فالصــورة التقليدية للعقد تقوم على المســاومة، وتفترض مناقشة شروط العقد والتفاوض بشــأنها بحرية من جانب الطرفين، ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلــة في المعاملات، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود، ومن هنا جاءت فكرة النماذج العقدية الجاهزة.

ومن مزايا "نمذجة" العقود – إن جاز التعبير – تجنيب الأطراف مشــقة تحرير العقد، خصوصا في الحالات التي لا يتوفر فيها لديهم الدراية الكافية بأبجديات الصياغة القانونية. كما أنه نظام مفيد في توقي الإشــكاليات التي من الممكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد بسبب ســوء استخدام العبارات المناسبة. بالإضافة إلى ذلك، فإن لنظام التعاقد النموذجي مزية أخرى تتمثل في توحيد القواعد القانونية المتعلقة بموضوعها؛ فمعظم نماذج العقود هي من وضع منظــمات وهيئات دولية وإقليميــة، كالنقابات والهيئات المهنية والغرف التجاريــة واتحادات البنوك، وهي ترغب – عن طريق استخدام هذه النماذج – في تنظيم وتوحيد التعاقد في المجالات التي تباشر فيها نشاطها.

من جانب آخر، فإن التعاقد بالإحالة إلى نموذج يعيبه أن العاقد قد يوقع على النموذج دون أن يطلع على ما ورد فيه ويلم به ويرتضيه، ويزداد الأمر خطورة إذا ما احتوى النموذج على شروط مجحفة أو تعســفية[2]. كما أن أطراف العلاقة التعاقدية قد يدخلون تعديلات على النموذج الذي ارتضوا الإحالة إليه مما قد يؤدي إلى عدم تناســق بنود العقد، أو تعارض البنود الأصلية مع المضافة، الأمر الذي يلقي بظلاله على تنفيذ العقد[3].

ويعتــبر التعاقد بنظام الإحالة إلى نموذج من أبرز الاعتــداءات على مبدأ الحرية التعاقدية؛ إذ ولما كان هذا المبدأ ينهض على أساســين، هما: حرية اختيار المتعاقد الآخر، وحرية التفاوض وصولا لما يحقق مصلحة الأطراف، فإن الشــق الثاني من هذا المبدأ يختفي كلية إذا ما اختار الأطراف الإحالة في شــأن شروط العقد إلى نموذج جاهز[4]. كما يشكل هذا النظام أيضا، بكل تأكيد، تراجعا عن مبدأ الرضائية، لصالح الشكلية[5].

وفي محاولة للاســتفادة من مزايــا التعاقد بالإحالة إلى نموذج والتغلب على عيوبــه، حاول مشرعو أربعة دول عربية وضع إطار قانوني لهذا النظام. ويمكننا تقســيم التشريعات المذكورة إلى فئتين: الأولى تضم ليبيا والسودان؛

1 جابر محجوب علي، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني القطري**، منشورات جامعة قطر، 2016، ص126.

2 عبد الفتاح عبد الباقي، **مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص144.

3 أحمد السعيد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، المجلد 25، ع3، ص195.

4 أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، المجلد 16، العدد 1–2، يونيو 1992، ص242.

5 فطيمة نساخ، **الوظيفة الاجتماعية للعقد**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص88.
P. Lokiec, Clauses abusives et crédit à la consommation, RD. Bancaire et financier, mai-juin 2004, p. 214.

حيث احتوى تقنينهما المدني على مادة متطابقة تعالج إشـكالية تعارض البنود المضافة من قبل أطراف العقد مع بنود النموذج التعاقدي المحال إليه. أما الفئة الثانية، فتضم الكويت وقطر؛ حيث تناولا – في نص متطابق أيضا – مسألة العلم بالشروط الواردة بالنموذج. ولا مندوحة من الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تضمن نصا – هو المادة 147 منه – يقضي بأنه: "إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجا لأحد العقود، فـإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه". ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لوضوح الحكم الوارد فيه[6].

أهمية البحث وخطته:

يحتـل التعاقد بالإحالة إلى النماذج الجاهـزة حيزا مهما في تعاملات اليوم[7]. كما لم يعد اسـتخدامه قاصرا على نوع معين من العقود، بل امتد ليشـمل كافة أنواع العقود تقريبا[8]. إلا أنه يلاحظ رغم ذلك أن الكتابات الفقهية حول هذا الأسلوب من التعاقد شحيح جدا لا سيما من جانب الفقه العربي، بل إننا لا نبالغ إن قلنا، أنه ليس ثمة حتى اليوم إطار دقيق يمكن أن يستهدى به لبيان الجوانب القانونية التي يثيرها هذا النظام. وعلة ذلك – كما يرى البعض – اتجاه بعض الفقه إلى معالجة الموضوع في سياق النظرية العامة للعقد دون الانتباه إلى الخصوصية التي يتمتع بها هذا الموضوع[9].

ولهذا فإننا نعتقد أن دراسـة هذا الموضوع لا سـيما في ضوء بعض التشريعات العربية ليسـت من قبيل الترف الذهني، فالإشكاليات التي يثيرها كثيرة، بينما النصوص التي تنظمه قليلة، والمراجع التي تتحدث عنه معدودة.

في ضوء ذلك، سـنحاول من خلال اتباع المنهج التحليلي أن نجيب عن عدد من التساؤلات ذات العلاقة بهذا الموضوع: ما هي النماذج العقدية الجاهزة؟ ومن يقع عليه عبء صياغتها؟ وما مدى صحة التعاقد الذي يتم بالإحالة إليها؟ وما مدى تشابهها مع بعض النظم الأخرى كالتعاقد بالإذعان مثلا؟ وأخيرا، ما هي أهم الإشكاليات العملية التي يثيرها التعاقد باستخدام هذه النماذج؟

من ناحية أخرى، سينصب التركيز في هذه الدراسـة على تحليل ومناقشة النصوص الواردة في المدونات المدنية العربيـة الأربعة التي سـبق ذكرها، وهي: الكويت وقطر وليبيا والسـودان، كما سـنتعرض بإيجاز لموقف بعض التشريعات الغربية كالتشريعين الفرنسي والإيطالي، وبعض الأحكام القضائية، وذلك في محاولة لوضع إطار قانوني متكامل لهذا النظام التعاقدي.

وحتى نتمكن من تناول الموضوع بشـكل يرضي القارئ الكريم، فإننا سنقسـم البحث إلى مبحثين، على النحو التالي:

6 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العربي، ص67–68.

7 ولا يعني هذا أنه نظام حديث بل درج الناس على استخدامه قديما؛ حيث يشير أحد الكتاب إلى أن استخدام النماذج التعاقدية يرجع إلى سنة 1872 وذلك في مجال المعاملات الزراعية.
J. Fleclerc. J. Mahaux. A. Mienert, Quelques aspects des contrats standardisés, l'Université de Bruxelles, 1983, p. 8.

8 ثروت حبيب، **المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي**، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1978، فقرة 181، ص353.

9 الملحم، ص245.

المبحث الأول: التأصيل النظري لنظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج وتمييزه عما يشبهه

إن البحث في القيمة القانونية لنماذج العقود بصورها المختلفة، يستدعي أولًا معرفة المقصود بهذه النماذج ومن يتولى مهمة تحريرها؟ (المطلب الأول). ومن ناحية أخرى، فإن الحديث عن التعاقد بالإحالة إلى نموذج يستلزم تمييز هذا النظام عن بعض النظم القانونية التي تتفق معه في عدد من خصائصه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالنماذج وكيفية تحريرها

يعتبر التعاقد بالإحالة إلى نموذج صورة خاصة من صور التعاقد، ولهذا فمن المفيد أولًا أن نحدد معالم هذه الصورة وأن نبين رأي الفقه فيها (الفرع الأول). من ناحية أخرى، فإن الإلمام بنظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج يستلزم معرفة الأشخاص الموكول لهم مهمة تحرير هذا النموذج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالنماذج ومدى صحة التعاقد بالإحالة إليها

تجدر الإشارة ابتداء بأنه لا اتفاق حتى اليوم حول تسمية محددة لنظام التعاقد الذي يتم عن طريق الإحالة إلى نماذج جاهزة، وإن كان الفقه – الغربي خصوصا – قد سار منذ زمن على استخدام مصطلح (العقد النموذجي Le contrat type)، وهو المصطلح الذي اختاره أيضا – لشيوع استخدامه – المشرعين القطري والكويتي[10]، أما المشرعين الليبي والسوداني فقد فضلا استخدام مصطلح (النماذج الجاهزة). ويفضل بعض الفقه استخدام مصطلح (الصياغة النمطية للعقود)[11]. وأيا ما كان الأمر فإنه يمكننا تعريف هذه النماذج بأنها محررات مطبوعة وجاهزة تحتوي على شروط وضعت مسبقا لعقود فردية تبرم في تواريخ لاحقة إعمالا لإرادة من يرتضي التعاقد بالإحالة إليها[12].

ويجمع الفقه على أن التعاقد بالإحالة إلى نموذج ليس تعاقدا بالمعنى الفني المعروف في النظرية العامة للعقد لا من حيث تكوينه ولا من حيث تحديد محتوى الشروط التي يتضمنها العقد؛ حيث لا يتضمن رضاء يقوم بين الطرفين[13]، وإنما هو مجرد صيغة عقدية مطبوعة يتم إعدادها مسبقا، وما على ذوي الشأن إلا إبداء رغبتهم في إتمام التصرف بالتوقيع على النموذج المطبوع وملء الفراغات المتروكة لتحديد أطراف العقد وتاريخ التوقيع.

ويلاحظ أن النماذج المعدة سلفا لا تستوعب الظروف الخاصة لكل عقد على حدة، ولا تعبر عن التقاء حقيقي

10 ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أنه كان من الأولى أن يطلق عليه الصيغة النموذجية للعقد أو نموذج العقد، ولكن المشروع آثر استخدام مصطلح العقد النموذجي تماشيًا مع ما سار عليه –منذ القدم– الفكر القانوني العالمي؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، طبعة جمعية المحامين الكويتية، 2019، ص71.

11 أحمد شرف الدين، **أصول الصياغة القانونية للعقود**، دون ناشر، 1993، ص51؛ الزقرد، ص193.

12 انظر في تعريف التعاقد بالإحالة إلى نموذج: مسعود مادي، "العقود النموذجية"، **مجلة دراسات قانونية**، ع12، 1987، ص125؛ أيمن سعد، **العقود النموذجية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص12؛ الزقرد، المرجع السابق؛ الملحم، ص248؛ وفي الفقه الفرنسي، انظر:
J. Léauté, Les contrats-types, RTD civ. 1953. p. 430; J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 3ème éd., 1993, n° 80; G. Chantepie, De la nature contractuelle des contrats-types, RDC, 1er juillet 2009, n°3, p. 1233; T. REVET, L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion, RDC, 31 Mars 2015, n° 1, p. 199.

13 سعد، ص7؛ عبد السلام أحمد فيغو، العقود النموذجية، **منشورات مجلة الحقوق**، المغرب، ع39، 2016، ص28.
P. Rongere, Le procédé de l'acte type, LGDJ, 1968, p. 85; G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1973, p. 34.

للإرادتين في الحـــالات المخصوصة، ولذلك يتعين دائما تجنـــب المحاكاة الحرفية للنـــماذج العقدية، فهي وإن جاز الاستعانة بها في إعداد العقد إلا أنه من المفضل إدخال تعديلات عليها مما تقتضيه ظروف العقد وخصوصياته، مع مراعاة التناسق بين ما يتم إدخاله من تعديلات وبين الشروط المطبوعة في النموذج[14].

ويعتبر التعاقد بالتوقيع على نموذج جاهز، تعاقدا صحيحا ملزما لطرفيه[15]، فهو نظام يلم بكافة جوانب العملية التعاقديـــة، من تحديد أطراف العقد، ومحل العقد، وتحديد التزامـــات الطرفين، وحتى الجزاءات المطبقة عند مخالفة شروط العقـــد. ولهذا فإنه يتوجب على الطرفين التقيد بأحكام العقد الموقـــع عليه، باعتباره شريعة المتعاقدين، وما استعمال الصياغة النموذجية المسبقة إلا لأسباب اقتصادية واجتماعية كما ذكرنا، ومن هنا تظهر الأهمية العملية لهذا النظام التعاقدي.

ويشـــترط في النموذج أن يكون في قالب مطبوع وجاهز وذلك بغض النظر عن كونه أعد من قبل أحد الطرفين أو من كليهما أو من قبل شخص ثالث.

الفرع الثاني: تحرير النماذج

يتعين الإشـــارة إلى أن الالتجاء إلى النماذج العقدية الجاهزة هو نظام اختياري لأطراف العلاقة التعاقدية، فلهم أن يختاروه ولهم أن ينصرفوا عنه إلى الطرق التقليدية في التعاقد. ولكن في حال اعتماد أطراف العقد لهذا الأسلوب، فإن اتفاقهم لن يخرج عن إحدى صورتين: إما أن يتم التعاقد على أساس نموذج يحرره أحدهما أو يتفق كلاهما على استخدام نموذج يشتركان في تحريره (أولًا). وإما – وهو الغالب – أن يقوم شخص من الغير (طبيعي أو معنوي)، بتحرير نموذج العقد الذي لن يكون طرفا فيه (ثانيًا).

أولًا: تحرير النموذج بواسطة أطراف العقد

يحرر العقد بواســـطة أطراف العقد في حالتين: الحالة الأولى، ينفرد فيها أحد المتعاقدين بتحرير النموذج ويعرضه على الطرف الآخر الذي قد يوافق عليه أو يرفضه. أما الحالة الثانية، فهي التي يحرر فيها النموذج في إطار اتفاق جماعي.

1. انفراد أحد أطراف العقد بتحرير النموذج

يحـــدث – عمليًا – أن يعرض أحد أطراف العقد نموذجًا مطبوعًا وجاهزًا على الطرف الآخر، طالبًا منه التوقيع عليه. فيثور التساؤل: هل من حق هذا الأخير أن يفاوض ويناقش المتعاقد محرر النموذج بشأن البنود الواردة به؟

الإجابة عن هذا السؤال تختلف بحســـب المركز الاقتصادي لطرفي العقد، ففي حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية، يكون لمســـتلم النموذج حرية المســـاومة، فله أن يقبل النموذج جملة أو يرفضه جملة، كما له أن يعدل فيه بإضافة بنود أو حذف أخرى. وعادة ما يهدف التعاقد في هذه الحالة إلى تسهيل إبرام العقود الفردية، وإتمام التعاقد في وقت وجيز،

14 يرى البعض أنه من الواجب على الأطراف القيام بإدخال تعديلات على النموذج إما بإلغاء شروط أو إضافة شروط أخرى؛ حيث إن النقل الأعمى من نماذج العقود يلغي ميزات المبادرة إلى الصياغة كما أنه لا يخلو من مخاطر. (انظر: شرف الدين، ص51–52).

15 P. A. Crapeau. Contrat d'adhésion et contrat type. *In* Mélange Beaudoin. Les presses de l'université de Montréal, Canada.1974, p. 73.

بالإضافة إلى حسم أي نزاعات تنشب بين أطراف العقد مستقبلا[16]. ومن أمثلة التعاقد وفق هذه الصورة، النماذج التي يستخدمها مؤجر العقار مع المستأجرين. وكذلك النماذج التي يستخدمها صاحب معرض السيارات مع عملائه.

أما إذا كان هناك تفاوت في القوة الاقتصادية بين طرفي العقد، بأن كان أحدهما في مركز قوة ناشئ عن تحكمه في سلعة أو خدمة يرغب الطرف الآخر في الحصول عليها، وكان في وضع احتكار فعلي أو قانوني. فإن هذا العقد يعتبر من عقود الإذعان Les contrats d'adhésion، وعقود الإذعان هي العقود التي يحتكر فيها أحد الطرفين تحديد شروط العقد التي يضعها –غالبا– في صورة نموذج عقد مطبوع يقدمه إلى الطرف الآخر الذي ينحصر دوره في قبول العقد جملة أو رفضه جملة، دون أدنى قدرة على تعديل محتواه [17]. وفي هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد الضعيف مناقشة الشروط الواردة بالنموذج، ولكن يبقى له الخيار في قبول النموذج أو رفضه جملة واحدة. ومن الأمثلة الشهيرة على مثل هذا النوع من التعاقد، العقود التي تبرمها شركات الاتصالات والتأمين والطيران مع عملائها.

وبالإضافة للحماية التي توفرها معظم التشريعات للطرف المذعن في عقد الإذعان، فإن المشرع قد يتدخل أحيانا في بعض العقود النموذجية، فيفرض بشأنها بعض الأحكام الخاصة، بهدف إضفاء مزيد من الحماية للطرف الضعيف في العقد. ومن أمثلة ذلك، عقد التأمين؛ حيث تنص بعض التشريعات على ضرورة الإبراز الظاهر لكل شرط مطبوع يتعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط في وثيقة التأمين. وكذلك ضرورة أن يرد شرط التحكيم في صورة اتفاق مستقل وليس في وثيقة التأمين بين شروطها المطبوعة[18].

وقد تعمد الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة لوضع نموذج للشروط التي تتعاقد عليها مع الأفراد، كما إذا وضعت نموذجا للشروط التي يتضمنها بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها، أو لمنح امتياز إدارة المرافق العامة. ويطلق على جماع الشروط التي تضعها الدولة أو ما يتفرع عنها من هيئات اصطلاح "اللائحة النموذجية Le réglement type"[19].

2. تحرير النموذج في إطار اتفاق جماعي

يقصد بالاتفاق الجماعي، اتفاق أطراف عقد من العقود أو من يمثلهم على وضع نموذج مشترك يحكم علاقتهم التعاقدية المتوقع إبرامها في المستقبل[20]. وتتم صياغة النماذج بالاتفاق الجماعي في العادة بعد مناقشات طويلة ومستفيضة، بما يحقق المصلحة المشتركة لجميع الأطراف. ولهذا فغالبا ما يستعين بها أطراف الاتفاق عند إبرام عقودهم الفردية المستقبلية دون إضافة أو تعديل[21].

16 سعد، ص33.

17 عبد المنعم فرج الصده، "عقد الإذعان"، **مجلة الأمن والقانون**، أكاديمية شرطة دبي، مج4، ع1، يناير 1996، ص244.

18 قضت المادة 750 مدني مصري ومدني ليبي ببطلان كل شرط يتعلق بالبطلان أو السقوط لم يبرز بشكل ظاهر في وثيقة التأمين وكذلك بطلان شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق مستقل. في حين قضت المادة 775 مدني قطري بعدم جواز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المذكورة. وهو ذات الحكم الذي تبناه المشرع الكويتي في المادة 782 مدني باستثناء أنه لم يفرق بين شرط التحكيم والشروط المتعلقة بالبطلان أو السقوط، فقرر عدم جواز الاحتجاج بهما على المؤمن له "إلا إذا أبرزت بطريقة متميزة، كأن تكتب بحروف أكثر ظهورا أو أكبر حجما". وقد تضمن عدد من التشريعات العربية الأخرى نصوصًا مشابهة.

19 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص71؛ الزقرد، ص193؛ علي، ص126.

20 J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations. t. 1, L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 13e éd, 2008, p. 72.

21 سعد، ص37.

ويوجد في فرنسا العديد من التطبيقات على نماذج عقدية تمت صياغتها إطار اتفاقات جماعية، منها على سبيل المثال: العقد النموذجي الناشئ بموجب بروتوكول بين اتحادات الصناعة والتجارة من جانب والوكلاء التجاريون من جانب آخر، والعقد النموذجي لبيع السيارات المبرم بين الغرفة الوطنية لنقابة بيع وإصلاح السيارات والمعهد الوطني للمستهلكين، والعقد النموذجي الذي ينظم العلاقة بين أصحاب الإعلانات ووكالات الدعاية والإعلان، والعقد النموذجي المبرم بين جمعية رجال الأدب ونقابات الجرائد المحلية[22].

إلا أن أهم الأمثلة على نماذج العقود التي يتم تحريرها في إطار اتفاق جماعي، هو عقد العمل الجماعي Le contrat collectif de travail، وهو العقد الذي ينظم شروط العمل في مجال مهني معين، ويبرم بالاتفاق بين طائفة من أصحاب الأعمال وطائفة من العمال ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين، وترتبط الأقلية بالعقد، بحيث إن كل فرد من الأقلية يرتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفا فيه ولا يستطيع الانحراف في عقد فردي عن نصوص العقد الجماعي[23].

ويعتبر اتفاق العمل الجماعي نموذجا ملزما يجب اتباعه عند إبرام عقود العمل الفردية، ولا يجوز للعامل المنضم للنقابة التي اشتركت في تحرير هذا النموذج، ولا رب العمل المشترك في تحريره أو المنضم لاتحاد أرباب العمل الذي اشترك في تحريره أن يخالفوا أحكامه. ويترتب على ذلك، بطلان كل حكم في عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص نموذج اتفاق العمل الجماعي[24].

والحق أن نماذج الاتفاق الجماعي وهي من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادي الحديث، لا تنطوي على حقيقة التعاقد، وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التي ترتبط بقبول الغالبية دون أن ترتضي ذلك. وهي تعتبر خروجا بينا على القواعد المدنية، يبرره أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود، وهي على كل حال تنشئ مراكز قانونية منظمة[25].

ثانيًا: تحرير النماذج بواسطة الغير

إن تحرير النماذج بواسطة الغير يختلف اختلافا بينا عن تحرير النماذج بواسطة اتفاق جماعي والذي سلف بيانه، وذلك على الرغم من أن المتعاقدين وفق هذا النظام الأخير قد يعتمدان نموذجا لم يشتركا فعليا في تحريره بنفسيهما. وعلة ذلك أن المتعاقدين هنا ارتضيا نموذجا تعاقديا جاء ثمرة اتفاق جماعي بين ممثلي الطائفتين أو النقابتين التي ينتمي كل منهما إلى إحداهما. أما تحرير النماذج بواسطة الغير، فهو تعاقد يحيل فيه الطرفان إلى نموذج يحرره شخص ثالث لا علاقة له بالعقد ولا بأطرافه.

22 لمزيد من الأمثلة، انظر: مادي، ص128–129؛ وأيضًا: J. Léauté, op. cit, p. 439 et s.

23 للمزيد حول اتفاقات العمل الجماعية، انظر: أحمد حسن البرعي، **الطبيعة القانونية لعقد العمل المشترك**، مركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، 1993، ص324 وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي، انظر:
P. Durand, Le dualisme de la convention collective de travail, RTDCiv. 1939. p. 353; G. Roujou De Boubee, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961, p. 264.

24 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ص68.

25 عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ، فقرة 119، ص235–236.

ويشـــير الواقع العملي إلى انتشـــار ظاهرة النماذج العقدية الجاهزة التي يحررها أشخاص يتمتعون بخبرة عملية في مجـــال صياغة العقود، بل إن بعض هؤلاء قد أصدر كتبا ومجلدات جمع فيهـــا النماذج التي قام بتحريرها، وذلك لمساعدة الراغبين في التعاقد في صياغة عقودهم على هداها[26]. ولا شك في أن الاستعانة بهذه النماذج الجاهزة لا يعني مطلقـــا أنها ملزمة لأطراف التعاقد، بل لهم الخيار في اعتـــماد النموذج كما هو أو تعديله عن طريق حذف شروط أو إضافة أخرى.

ومن ناحية أخـــرى فإن النماذج قد تعد من قبل منظمات تمثل مصالح مهنـــة واحدة فتفرض شروطها بموجب العقد النموذجي على عملائها من زبائن وموردين أو على أعضاء المهنة أنفســـهم[27]. وذلك مثل العقود النموذجية التـــي تضعها النقابـــات والهيئات المهنية والغرف التجاريـــة واتحادات البنوك وغيرها من الأشـــخاص الاعتبارية الخاصة. وهذه الصورة منتشرة بشكل كبير، فهي بمثابة خدمة يقدمها محررها إلى الأشخاص التابعين له أو المنتمين لنفس مهنته. وهي تلبي مقتضيات التعامل التجاري من سرعة وثقة، كما تلعب دورا في حل المشـــكلات الفنية التي يكون التشريع قاصرا في معالجتها[28].

وتؤدي العقود النموذجية التـــي تحررها المنظمات المهنية وظيفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة، فهي تطبق ليـــس فقط إذا ما تبناها الأطراف صراحة في عقد خاص، ولكن ضمنيا أيضا إلا إذا وجد نص مخالف. وهي تنتهي إلى ميلاد عادة أو عرف يتسع تدريجيا ليشمل المهنة بأكملها[29].

ويرى البعض أن التحريـــر الانفرادي لنماذج العقود من قبل هذه الهيئات والمنظـــمات المهنية هو مصدر خطر؛ حيث من المحتمل أن يخالطه الإذعان إذا ما تضمن شروطا تعســـفية تصب في مصلحة طرف على حســـاب طرف آخر[30]. كما أنه أصبح اليوم – في كثير من الحالات – يتخذ وسيلة فعالة لإعمال فكرة العقد الموجه[31].

وقد دعت هذه الأخطار المشرع الفرنسي إلى تفويض الإدارة – في بعض الأحيان – لوضع نماذج للعقود الفردية اصطلح على تســـميتها بالعقود النموذجية الإداريـــة (administrative)[32]، أو التنظيمية (réglementaire)[33]، وذلك من أجل ضمان التوازن العقدي. وهذه العقود النموذجية التي تحررها الإدارة قد تكون اختيارية وقد تكون إلزاميـــة؛ ففي النوع الأول تتولى الإدارة صياغة النموذج التعاقدي دون أن تكســـبه صفـــة الإلزام، مثل النموذج التعاقدي الذي تحرره اللجنة الاستشـــارية للإيجـــارات الريفيـــة La commission consultative des baux

26 ونتيجة لذلك، فإن استخدام هذه النماذج من قبل المتعاملين لا يعتبر اعتداء على الملكية الفكرية. (سعد، ص44).

27 مادي، ص129.

28 الزقرد، ص194.

29 J. Léauté, op. cit, p. 436.

30 شوقي بناسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص96.

31 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص71؛ سعد، ص29؛ مادي، ص126.

32 J. Léauté, op. cit, p. 432.

33 D. Mainguy, Conditions générales de ventes et contrats types, Jurisclasseur. Contrats-distribution, fasc. 60, fév. 2002, n° 6.

ruraux فيـــما يتعلق بتأجير الأراضي الزراعية (المـــادة L411-4 من قانون الريف والصيـــد البحري الفرنسي)[34]. أما النوع الثاني، فيســـتمد إلزاميته من نص القانون الذي يفرض على الأطراف الالتزام بالنموذج التعاقدي وذلك بموجب قواعد آمرة. وذلك كما هو الحال في نص المادة R117-11 من قانون العمل الفرنسي[35] الذي يفرض بصيغة آمـــرة ضرورة الالتزام بالنموذج التعاقدي الذي تحرره وزارة العمـــل وذلك فيما يخص عقد التدريب أو التعلم Le contrat d'apprentissage[36].

المطلب الثاني: تمييز التعاقد بالإحالة إلى نموذج عن بعض ما يشبهه

يتشـــابه نظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج إلى حد كبير مع التعاقد بالـــشروط العامة التي يضعها أحد المتعاقدين (الفرع الأول). كما أن هناك نقاشا فقهيا حول مدى اعتبار العقد النموذجي صورة من صور الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعاقد بالإحالة إلى نموذج والتعاقد بالشروط العامة أحادية التحرير

يميز المشرعان الليبي (المواد 150–151 مدني) والســـوداني (المـــواد 119–121 معاملات مدنية) بين صورتين خاصتين مـــن التعاقد؛ الأولى، العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطـــه العامة. أما الثانية فهي العقد الـــذي يبرم بالتوقيع على نماذج جاهزة. وقد نقل المشرع الليبـــي هذه النصوص حرفيا عن المادتين (1341–1342) من القانون المدني الإيطالي[37]، كما نقلها – مع تعديل طفيف – المشرع السوداني بعد ذلك.

وقـــد تعرفنا آنفا على ماهية التعاقد الذي يبرم بالتوقيع على نموذج جاهز، أما التعاقد بالشروط العامة، فيقصد به الشروط التي تتم صياغتها مســـبقا من قبل أحد طرفي العقـــد والتي تطرح على الطرف الآخر عند إبرام العقد. ومن أشهر أنماط الشروط العامة وأكثرها شيوعا، الشروط العامة للبيع Les conditions générales de vente. وقد

34 A. Gougeon, L'intervention du tiers à la formation du contrat, Th, l'Université Lille 2, 9 décembre 2016, p. 238; J. Oly-Hurard, Chapitre II. Nature contractuelle des pourparlers judiciaires In : Conciliation et médiation judiciaires. en ligne. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003. Disponible sur Internet : http://books.openedition.org/puam/679. (Consulté le 20/5/2021).

35 Article R117-11 du code du travail: "Le contrat d'apprentissage doit contenir les stipulations et indications obligatoires contenues dans le contrat type annexé au présent titre".

36 يمكن الاطلاع على هذا النموذج عبر الرابط التالي: تاريخ الزيارة:
20/5/2021. https://www.formulaires.service-public.fr/gf/cerfa_10103.do

37 Art. 1341. codice civile italiano. Condizioni generali di contratto. "Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.
In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità , facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze , limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi , tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".
Art. 1342. codice civile italiano. Contratto concluso mediante moduli o formulari. "Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari , predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente".

عرف هذا الأسـلوب من التعاقد تناميا متزايدا في قطاعات كثيرة كالنقل والتأمين والبنوك لا سـيما مع ولادة أنواع جديدة من العقود وجدت في هذا النظام ضالتها المنشودة، مثل عقود التأجير التمويلي، وعقود الفيديك وغيرهما[38].

وتنص المادة 150 مدني ليبي على أنه: "تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين، إذا كان على علم بها وقت إبرام العقد، أو كان من المفروض أن يعلمها حتما لو أعارها انتباه الشخص العادي.

وعـلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسـؤولية أو تحلل مـن العقد أو توقف تنفيـذه إذا كانت لصالح من وضعها، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو قيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مـع الغير وتمديد العقد أو تجديده، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء إذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا".

وتتطابق الفقرة الأولى – مع خلاف يسـير في ترتيـب العبارات – مع المادة 119 من قانـون المعاملات المدنية السوداني، أما الفقرة الثانية فلا نظير لها في كل التشريعات العربية، باستثناء المادة 120 من القانون السوداني المذكور التي ركزت على مسألة واحدة فقط وهي الشروط التي تحد أو تعفي من المسؤولية.

ويكمن الاختلاف بين نظام التعاقد بالتوقيع على نموذج جاهز ونظام التعاقد بالشروط العامة، بحسـب الفقه والقضاء الإيطاليين، في أن التعاقد بالشروط العامة يسـتوجب دائما تحريرا أحاديا Unilatéral لشروط العقد، في حـين أن هذا الأمر يعتبر غائبا – أو بالأحرى غير ضروري – في التعاقد بالتوقيع على عقد نموذج، فما يشـترط في هـذا الأخير أن يكون في قالب نموذجي مطبوع وجاهز بغض النظر عن كونه أعد من قبل أحد الطرفين أو من قبل شخص ثالث[39].

غير أن جانبا آخر من الفقه يرى بأن تصنيف العقد بأنه نموذجي أو أبرم بالشروط العامة يعتمد على الآلية التي يختارها الأطراف في التعاقد؛ فلو اختار المتعاقدان استعمال النموذج المطبوع واقتصر الأمر على مجرد ملء الفراغات ثم وضع توقيعهما على النموذج، ففي هذه الحالة يعتبر العقد نموذجيا، ويكون وفق هذه الصورة عقدا مستقلا قائما بذاته. بينما لو اختـار المتعاقدان الارتباط بعقد خاص بهما وضمناه بندا يحيل على شروط وردت في نموذج مطبوع، ففي هذه الحالة تسمى هذه الشروط شروطا عامة، وهي لا تشكل العقد لكنها تعتبر تابعة ومكملة له[40].

ويلاحظ أن القيود الواردة في النصوص المذكورة آنفا والتي تستلزم التحديد الكتابي لبعض الشروط العامة التي يعدها أحد المتعاقدين، لا تكون واجبة التطبيق في حالة العقد النموذجي، فالمشرع – سـواء في ليبيا أو السـودان – يقصر المسألة على التعاقد الذي يتم بالشروط العامة ولا يوجب ذلك في العقود النموذجية، وهذا على خلاف القانون المدني الإيطالي الذي يفرض التحديد الكتابي لهذه الشروط سـواء وردت ضمن الشروط العامة أو في عقد نموذجي

38 شرف الدين، ص53.

39 M. Bessone, les clauses abusives et le consommateur, Traduit en français par L. Khaiat, RIDC. Vol. 34, N°3, Juillet-septembre 1982, ph 32, p. 819-820.

40 شرف الدين، ص107؛ الزقرد، ص193؛ فيغو، ص36؛
J. Rochfeld, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999, n° 28, p. 27; A. Seube, Les conditions générales des contrats, Mélanges A. Jauffret, Puam, 1974, P. 632; S. Alshattnawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit comparé franco-jordanien, Th, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 98-99.

(المـــادة 1342/ 2). مع ذلك، فإننا نرى أنه فيما يخص العقد الذي يبرم بالتوقيع على نموذج جاهز فإنه ينبغي التفرقة بين وضعين: الأول، إذا انفرد أحد الأطراف بإعداد النموذج. فهنا من المفترض أن تطبق ذات القيود المشـــار إليها، وذلك لاتحاد العلة، وهي منع أحد الأطراف من التعسف في مواجهة الطرف الآخر. أما الوضع الثاني، إذا أعد العقد النموذجي من قبل طرف أجنبي عن العقد (كالنقابات أو غرف التجارة) فهنا لا ضرورة لتطبيق هذه القيود، بشرط أن يكون هذا الطرف الثالث مستقلا استقلالا كافيا عن المتعاقد الذي اقترح التعاقد على أساس هذا النموذج[41].

ومـــن نافلة القول، أن جانبا من الفقه يرى بأن المشرع لم يعرض لكيفية إعداد هذين النوعين من العقود وبالتالي فـــلا فرق كبير بينهما من الناحية العملية[42]. هذا بالإضافة إلى كون النظامين يشـــتركان في أن كلاهما يتصف بالصفة الاختيارية[43].

الفرع الثاني: التعاقد بالإحالة إلى نموذج وعقود الإذعان

يعتـــبر التعاقد بالإحالة إلى نموذج تعاقدا اختياريا، فأطراف العقد غير ملزمين بالشروط الواردة في النموذج إلا باتفاقهم الصريح أو الضمني. وعلى ذلك، فإن هذا التعاقد لا يسلب المتعاقد – من ناحية نظرية – حقه في المناقشة، ولا يمثـــل في حد ذاته ضررا محيقا أو محدقا بـــه، وإنما هو ضرورة فرضتها الظروف العقديـــة؛ لتتلاءم مع السرعة والكثافة التي تتطلبها المعاملات في الوقت الحاضر. ولكن واقـــع الحياة التجاريـــة اليوم يقول بعكس ذلك، فقد أصبحت العقود النموذجية مع مرور الوقت، مجالا خصبا لاستغلال الطرف الضعيف، وغالبا ما تتجه الجمعيات والمنظمات المهنية المختصة بإعداد العقود النموذجية، إلى محاباة أعضائها والعمل على الإخلال بالتوازن العقدي لـــصالح الطـــرف الأقـــوى اقتصاديا[44]. وهذا ما دفع بعض الفقه إلى اعتبار التعاقد بالإحالة إلى نموذج مصدرا للتعاقد بالإذعان[45]، كما بالغ البعض الآخر إلى حد القول بأنه عقد إذعان بأتم معنى الكلمة[46].

وينبغي عدم الخلط بين التعاقد بالإحالة إلى نموذج وبين عقود الإذعان، وإن كانت الأخيرة تتخذ في الغالب من الأحيان شكل النماذج الجاهزة. والمعول عليه في التفرقة، هو مدى توافر شروط الإذعان في العقد، فإذا توافرت هذه الـــشروط فالعقد يكون إذعانا ولا عبرة بـــما إذا كان أبرم في قالب نموذجي أم لا. وتتوافر شروط الإذعان في العقد إذا كان هناك تفاوت بين الطرفين من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية، بحيث يكون أحدهما في مركز قوة ناشـــئ عن تحكمه في سلعة أو خدمة يرغب الطرف الآخر في الحصول عليها. ويبلغ هذا التحكم مداه عندما يكون الطرف القـــوى في وضع احتكار فعلي أو قانوني. وهذا التفوق لأحد الطرفين هو ما يســـمح له بـــأن ينفرد وحده بصياغة شروط العقد التي يفرضها على الطرف الآخر فرضا، ولا يقبل في شأنها لا مناقشة ولا تعديلا.

41 محمد علي البدوي، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول–مصادر الالتزام**، دون ناشر، 2013، ص74.
C. Briend, Le contrat d’adhésion entre professionnels, Th, l’Université Paris Descartes, 20 novembre 2015, p. 239.

42 مادي، ص138؛ حبيب، ص352؛ الزقرد، ص194.

43 P. Malinverni, Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales, Librairie générales de droit et de jurisprudence, 1978, p. 243.

44 محمود سمير الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص26.

45 G. Berlioz, Le contrat d’adhésion, Paris, LGDJ, 1973, n° 50, p. 32.

46 مادي، ص130؛ بناسي، ص96.

ومن هنا فإن العقود النموذجية ليست كلها عقود إذعان، والعكس كذلك صحيح[47]. كل ما هنا لك أن صاحب المركز القوي في عقد الإذعان قد يتخذ من النماذج الجاهزة وسيلة لفرض شروطه المجحفة والتعسفية، ولكن هذا لا يعني أن كل نموذج معد سلفا يحمل في طياته شروطا تعسفية، بل على العكس من ذلك، قد يكون العقد نموذجيا ويحمل مزايا للطرف الآخر الذي لم يقم بتحريره[48].

وقد أوردت التشريعات العربية محل الدراسة وغيرها نصوصا توفر نوعا من الحماية للطرف المذعن في عقد الإذعان ولكنها لم تفعل ذلك في حال التعاقد الذي يتم بالإحالة إلى نماذج جاهزة. بخلاف مسلك القانون المدني الإيطالي مثلا؛ حيث تنص المادة 1370 من هذا الأخير على أن: "البنود الواردة في الشروط العامة أو في النماذج الجاهزة والتي يتم إعدادها من قبل أحد أطراف العقد تفسر في حالة الشك لمصلحة الطرف الآخر". فهذا النص يوفر – كما نلاحظ – حماية مشابهة لتلك التي يتمتع بها الطرف المذعن في عقود الإذعان، وهو ما يشير إلى رغبة المشرع الإيطالي في توفير الحماية الكافية للطرف الذي وضعت الشروط في مواجهته، وذلك بمنع الطرف الذي وضع الشروط من الاستفادة من أي غموض يشوب هذه الشروط التي صاغها بنفسه. ولعل الرغبة في عدم خلط هذه الصور الخاصة من التعاقد مع عقود الإذعان هي ما جعلت التشريعات العربية تخلو من مثل هذا النص.

المبحث الثاني: الإشكاليات العملية لنظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج

أشرنا إلى أن النموذج هو محرر جاهز ومطبوع يحتوي على شروط وضعت مسبقا لعقود فردية تبرم في تاريخ لاحق إعمالا لإرادة عاقديها. كما بينا أن هذه النماذج تصاغ، في العادة، بقصد تنظيم التعاقد في مجالات معينة؛ حيث يقوم محررها بوضع تنظيم مفصل للقواعد والأحكام التي تتضمنها العقود التي يستخدمها الأفراد، وهو تنظيم كثيرا ما يغطي نقصا في النصوص القانونية، إلا أنه لا يخلو من إشكاليات.

وسنخصص هذا المبحث للوقوف على بعض هذه الإشكاليات؛ وذلك بتقسيمه إلى مطلبين: نعرض في الأول إشكالية المتعاقد الذي قد يرتضي الإحالة إلى نموذج ويوقع عليه، دون أن يكون في الحقيقة قد اطلع عليه وألم به. بينما نتحدث في الثاني، عن بعض الإشكاليات ذات العلاقة بالشروط التعاقدية الواردة بالنموذج.

المطلب الأول: إشكالية التعاقد دون الاطلاع على النموذج

يرى الفقه، وبحق، أن أخطر ما في نظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج هو أن يوقع المتعاقد على النموذج دون أن يعلم ويلم بالشروط الواردة فيه[49]. وهذا يعتبر خلاف الأصل، "لأن الإحالة على النموذج تفترض أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها"[50].

47 G. Chantepie, op, cit, n° 3, p. 1233; T. Revet, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, Dalloz, 2016, p.1771, J. Oly-Hurard, Chapitre II. Nature contractuelle des pourparlers judiciaires In : Conciliation et médiation judiciaires, Op, cit.

48 جوابي فلة، **الأحادية في العقود**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2202، ص114.

49 الباقي، ص144؛ علي، ص127؛ الزقرد، ص195؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص72.

50 السنهوري، ص236.

وقد وضع المشرع الكويتي نصا يعالج هذه الإشـكالية وهو نص المادة 51 من القانون المدني، اسـتوحى فقرته الأولى من المادة 9 من مشروع الأستاذ الفرنسي مازو Mazeaud المقدم للجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي، وكذلك من نص المادة 147 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والذي حذف في لجنة المراجعة ولم يظهر في التقنين. وقد نقل المشرع القطري عن المشرع الكويتي هذا النص وخصص له المادة 80 من المدونة المدنية.

وقد جاءت صياغة النص المذكور كالتالي: "1- إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام ما لم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق، لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتـح له الفرصة في أن يعلم بها. 2- وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسـية، بطل العقد. فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري وقواعد العدالة".

ونلاحظ من خلال النص أنه يعالج مسألتين: الأولى، مسألة العلم بالشروط الواردة بالنموذج (الفرع الأول). أما الثانية، فهي أثر عدم العلم بهذه الشروط على صحة العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: افتراض العلم بالشروط الواردة في النموذج

بحسـب الفقرة الأولى من المادة 51 مدني كويتي، و80 مدني قطري يعتبر اسـتلام نمـوذج التعاقد بمثابة قرينة بسـيطة على علم الموجه إليه الإيجاب وموافقته على ما ورد فيه من بنود، ويمكن للأخير دحض هذه القرينة بإثبات أنه لم يكن على علم بهذه البنود وقت حصول الاتفاق، أو أنه لم تتح له الفرصة في أن يعلم بها[51]. ويلاحظ من فحوى النص، أن التعاقد هنا يفترض فيه تحقيق مصلحة الطرفين، وأن أيًا منهما لم يستقل بتحرير النموذج، لذا أجاز المشرع لكليهما التنصل من العقد في حال عدم العلم بأحكام النموذج عند حصول الاتفاق[52].

ويرى جانب من الفقه أن إثبات عكس القرينة ينطبق حصرا على الشروط المذكورة في وثيقة منفصلة عن العقد تـم الإحالة إليها وهي غير مدرجة ماديا في العقد الأصلي، فهذه فقط يحق للشـخص الموقع على العقد التمسـك باسـتبعادها إذا أثبت عدم علمه بهـا[53]. وقد تواترت أحكام القضاء الفرنسي عـلى تأكيد هذا المعنى، فحكم مثلا، باسـتبعاد الشرط الذي يحد من مسـؤولية الناقل الجوي الذي ورد في وثيقة معلقة على الحائط تأكد عدم لفت نظر المسافر إليها[54]. كما حكم أيضا باستبعاد الشرط الذي يعفي شركة التأمين من المسؤولية والذي أحيل بشأنه إلى وثيقة أخرى لم تسلم نسخة منها للمؤمن له[55].

بينما يرى جانب آخر من الفقه، وهو أكثر ميـلا للمتعاقد الذي طرحت في مواجهته الشروط، أن النص ينطبق

51 غني عن البيان أن المشرع لم يشترط التوقيع على النموذج كدليل على العلم والقبول، فعقد النقل النموذجي مثلا ينعقد بتسليم التذكرة دون أن يوقع الراكب عليها. في نفس المعنى، انظر: الزقرد، ص207.

52 الملحم، ص253.

53 سعد، ص54.

54 Cass, civ 1, 3 juin 1970, 67-12.789.

55 Cass, civ 1, 17 novembre 1998, 96-15.126.

أيضًا عـــلى الشروط المدرجة ماديًا في نص العقد، فهنا يلزم التأكد من كـــون المتعاقد على علم بها. نتحدث هنا على وجـــه الخصوص عن البنود المدرجة في النموذج التعاقدي والتي تكتب أحيانًا بأحرف صغيرة غير مقروءة، أو بلغة معقدة وغير مفهومة. فهذه البنود يجب أن تســـتبعد[56]، اللهـــم إلا إذا نُبِّه المتعاقد إليها، أو ثبت بأنه على بينة منها، أو أنه يعرف تماما بماذا يلتزم[57].

ويستنتج من النص أعلاه أن التزامًا يقع على عاتق المتعاقد ببذل العناية الواجبة في التحري عن الشروط الواردة في النموذج ومعرفة مضمونها. فالشـــخص العادي، المتوســـط الحرص، عليه أن يكون على بينة مما يطرح أمامه من شروط عقدية. فالعامل مثلا عندما يوقع على عقد عمل فردي يتضمن إحالة إلى صيغة نموذجية لعقد عمل مشترك بين نقابة العمال التي ينتمي إليها ومجموعة أرباب أعمال في مهنة معينة، عليه أن يطلب من رب العمل ملخصا وافيا لما يخصه منها، وكذلك إذا تضمن عقده إشارة إلى لائحة العمل المعلنة بوضوح في مكان عمله، عليه أن يطلع عليها، فهذا ما يجب على الشخص المعتاد أن يقوم به[58]. وفي مقابل هذا الالتزام يقع على عاتق واضع النموذج التزام بتسهيل الوصول إليه وتمكين المتعاقد الآخر من معرفة محتواه[59].

وقد ســـوى المشرعان الكويتي والقطري بين العلم الفعلي بأحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية والحالة التـــي يكون في مقـــدور المتعاقد فيها، عند إبرام العقـــد، أن يعلم بها[60]. مما يعني أن المتعاقـــد الذي يقصر في العلم بالشروط رغم قدرته وإتاحة الفرصة له ليس عليه أن يلوم إلا نفســـه، سواء تعلق الأمر بالشروط الواردة في صلب العقد أو بالشروط المحال بشـــأنها إلى وثيقة أخـــرى إذا كانت هذه الإحالة صريحة وواضحـــة وظاهرة، وعلم بها المتعاقد أثناء التعاقد. وهذا الحكم – بلا شك – هو من المقتضيات التي يفرضها استقرار المعاملات[61].

ولا مندوحة من الإشـــارة إلى أن المشرعَين الليبي والسوداني قد أوردا حكمًا مشابهًا يتعلق بمسألة افتراض العلم بالشروط التعاقدية، لكنهما قصراه فقط على التعاقد الذي يتم بأسلوب الشروط العامة التي يضعها أحد المتعاقدين. فقضـــت الفقرة الأولى من المادة 150 مدني ليبي، والمادة 119 معاملات مدنية ســـوداني بـــأن الشروط العامة التي يضعها أحد المتعاقدين، تسري عـــلى المتعاقد الآخر إذا كان على علم بها وقت إبرام العقد، أو كان من المفروض أن يعلمها حتما لو أعارها انتباه الشخص العادي. وكنا قد أشرنا آنفا، إلى التشابه بين التعاقد بالشروط العامة والتعاقد بالتوقيـــع على نموذج جاهز في الحالة التـــي ينفرد فيها أحد الأطراف بتحرير النموذج، وهو ما يســـمح لنا بالقول بإمكانية تطبيق النصين الليبي والسوداني بشأن العقود النموذجية التي يحررها أحد أطراف العقد وذلك على سبيل القياس. وقد قضت المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بما يؤيد هذا المعنى فقررت بأنه: "وإن كان الأصل أن من

56 M. Bessone, op, cit, ph 54, p. 826.

57 الزقرد، ص203.

58 حبيب، ص245.

59 البدوي، ص73.

60 وينتقد بعض الفقه غموض مفهوم العلم في حالة المقدرة، فهذا بحسب رأيهم يقيم قرينة يصعب إثبات عكسها. انظر في انتقاد بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية التي تتبنى نفس التوجه. A. Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, in Études de droit contemporain, t. 33, 1970, Ph .17, p. 114

61 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص72؛ علي، ص128.

يتعاقد محيــلًا في تعاقده على عقد نموذجي يجب أن يتقيد بالشروط الواردة فيه باعتبار هذه الإحالة قرينة على قبوله تلــك الشروط ورضائه بها إلا أن هذه القرينة تنهار إذا ما ثبــت أن إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى الخروج عن تلك الشروط والقبول بمخالفتها، ويتعين في هذه الحالــة تغليب إرادته الظاهرة على رضائه الضمني بالشروط المحددة سلفا في العقد النموذجي"[62].

وقــد عددت الفقرة الثانية من المــادة 150 مدني ليبي أنماطا من الشروط العامــة وقررت أنها لا تسري في حق المتعاقــد الآخر إلا إذا تم الاتفاق على تحديدهــا خطيا في العقد. وهذا التحديد قد يأخذ صورة الإشــارة إلى هذه الشروط بشــكل واضح، كأن يتم تمييزها بلون مختلف. أو كتابتها بخط اليد لتمييزها عن باقي بنود العقد المطبوعة. أو ذكر عبارة واضحة في أســفل العقد تفيد لفت النظر إليها[63]. كما قررت المادة 120 معاملات مدنية سوداني ذات الحكم بشــأن شرط واحد فقط وهو المتعلق بالحد أو الإعفاء من المســؤولية. ولا نرى مانعا من أن يمتد هذا الحكم أيضا ليشــمل العقود النموذجيــة التي ينفرد أحد أطراف العقد بتحريرها، وذلك استئناســا بما قررته المادة 1342 من القانون المدني الإيطالي التي تعتبر مصدرا تاريخيا لهذين النصين. ولا شــك أن في تقرير هذا الحكم حماية لجموع المستهلكين وقليلي الخبرة لجذب انتباههم إلى خطورة بعض الشروط التعسفية المدرجة في العقد[64].

الفرع الثاني: أثر عدم العلم بالشروط النموذجية على صحة العقد

بالرجــوع إلى الفقرة الثانية من نص المــادة 51 مدني كويتي و80 مدني قطري، نجد أنهــما يقرران أن عدم علم أحد أطراف العقــد بأحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية لا يجعل العقد باطلا إلا إذا كانت الأحكام التي لم يحصل العلم بها أساســية. فإذا كانت ثانوية، فهذا لا يؤثر على العقد الذي يبقى صحيحا، ويتولى القاضي حســم الخلاف بشأن هذه المسائل مراعيا في ضوء طبيعة المعاملة والعرف الجاري وقواعد العدالة.

ويأتي هذا الحكم متمشــيا مع فكرة اقتصار بطلان العقد على حالة عدم اتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية فيه، طالما ثبت أن هذا الخلاف لم يطل أيضا المسائل التفصيلية[65]. وهو حكم ليس بجديد، فقد أرست أصله –فيما يتعلق بالعقد بشكل عام– كل التشريعات العربية تقريبا بما فيها الكويتي والقطري[66].

ويقتضي تطبيق هذا الحكم في مجال التعاقد بالإحالة إلى نموذج، أن يتحقق علم المتعاقدين بكل المسائل الجوهرية المدرجــة في النموذج –كالمبيع والثمن في عقد البيع، والعين المؤجرة والأجرة والمدة في عقد الإيجار– فلو ثبت عدم العلم بها من قبل أحد الطرفين أو كليهما بطل العقد ولو تحقق علمهما بالمســائل التفصيلية، مثل مكان تسليم المبيع وزمانه ونفقاته في عقد البيع، وأجرة البواب ومقابل اســتهلاك الكهرباء في عقد الإيجار. أما في حالة علم الأطراف بالمسائل الجوهرية وثبوت جهلهما بكل أو بعض المسائل التفصيلية، فهذا لا تأثير له على العقد الذي ينعقد صحيحا

62 طعن مدني ليبي رقم (361/ 42ق)، جلسة 9/ 6/ 1997، غير منشور.

63 طعن مدني ليبي رقم (4/ 15ق)، جلسة 24/ 2/ 1970، **مجلة المحكمة العليا**، السنة 6، العدد 4، ص82.

64 حبيب، ص356؛ البدوي، ص74.

65 المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص73.

66 انظر: المادة 52 مدني كويتي والمادة 79 مدني قطري.

بتوافر العلم بالمسائل الجوهرية، أما المسائل التفصيلية فيمكن استبعادها[67] كما يمكن للقاضي حسم الخلاف بشأنها مستعينا في ذلك بطبيعة المعاملة، والعرف ومقتضيات العدالة.

وتتبنى محكمة النقض الفرنسية التفرقة ذاتها في حال ثبوت عدم علم المتعاقد بأحد الشروط الواردة في العقد، فقد تواترت على التمييز بين الشرط الجوهري والشرط غير الجوهري، فقضت بخصوص الأول ببطلان العقد برمته، كما قضت عند جهل المتعاقد بالثاني باستبعاده وعدم الاحتجاج به عليه[68]. وعدم العلم هنا يجب أن يؤخذ بمفهومه الواسع؛ فإذا تبين أن الشرط الجوهري قد ورد بحروف صغيرة أو بلغة غير مفهومة أمكن إبطال العقد لعدم العلم[69].

المطلب الثاني: إشكاليات تتعلق ببعض أنواع الشروط التعاقدية الواردة بالنموذج

لا يتسع المقام للحديث عن كل الإشكاليات المرتبطة بالشروط التعاقدية في نظام التعاقد الذي يتم بطريق الإحالة إلى النماذج الجاهزة، ولهذا سيقتصر كلامنا على أكثر هذه الإشكاليات أهمية من الناحية العملية. نعني هنا تحديدا؛ إشكالية الشروط التعسفية (الفرع الأول). وإشكالية الشروط المضافة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط التعسفية

يوصف الشرط بأنه تعسفي أو مجحف (Les clauses abusive) عندما يهدف إلى التأثير على الطرف الضعيف في العقد بشكل يسبب اختلالا كبيرا في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف[70]. ومن أمثلة الشروط التعسفية الدارجة في نماذج العقود؛ شرط الإعفاء من المسؤولية، والشرط الذي يحدد فترات قصيرة للضمان، والشرط الذي يحدد وقتا قصيرا لفحص السلعة وإلا عد ذلك إقرارا بخلوها من العيوب، والشرط الذي يمنح الحق في فسخ العقد من جانب واحد، وغيرها[71].

وقد استرعى وضع الطرف الضعيف في عقود الإذعان عناية أغلب التشريعات العربية، فأوردت بعض القواعد التشريعية التي تضمن له حماية ملائمة. من ذلك، أنه إذا تضمن العقد شروطا تعسفية (مجحفة)، فإنه يجوز للقاضي – بناء على طلب الطرف المذعن – أن يعدل فيها بما يرفع عنه إجحافها أو أن يعفيه منها كلية[72]. كذلك إذا اكتنف الشك أحد الشروط العقدية فإنه يجب تفسيره في مصلحة الطرف المذعن[73]؛ فلا يسوغ أن يتحمل هذا الأخير مغبة

67 علي، ص128.

68 Voir par ex: Cass, Civ 1, du 31 mai 1983, 82-10.530.

69 الزقرد، ص207.

70 Articles L 212-1 du code de la consommation en France: “Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”.

71 الملحم، ص253.

72 انظر على سبيل المثال: المادة 149 مدني مصري، والمادة 149 مدني ليبي، والمادة 81 مدني كويتي، والمادة 106 مدني قطري، والمادة 204 مدني أردني، والمادة 248 معاملات مدنية إماراتي.

73 انظر على سبيل المثال: المادة 151/ 2 مدني مصري، والمادة 153/ 2 مدني ليبي، والمادة 82 مدني كويتي، والمادة 107 مدني قطري، والمادة 240 مدني أردني، والمادة 266 معاملات مدنية إماراتي.

أي شك أو غموض يلابس الشروط ما دام الطرف القوي يحتكر صياغتها[74]. ولكن في المقابل، تخلوا كل التشريعات العربيــة من أي نصوص توفر حمايــة مماثلة للمتعاقد في العقود النموذجية. وقد ذكرنــا آنفا أنه لا تلازم بالضرورة بين أن يكون العقد نموذجيــا وبين أن يتصف بالإذعان، ولهذا فإن الحماية التي يكفلها التشريع للطرف المذعن من الممكن أن يســتفيد منها المتعاقد إذا توافرت في العقد خصائص الإذعان وذلك بغض النظر عما إذا كان قد أبرم في قالب نموذجي أم لا. ولا بأس من التذكير بأن عقود الإذعان هي في أغلبها عقود نموذجية.

ولم يكن التقنين المدني الفرنسي حتى وقت قريب يتضمن تنظيما لعقد الإذعان أو نصوصا خاصة بحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية في هذا العقد، إلا أن موقفه تغير مؤخرا بموجب التعديلات الأخيرة[75] التي جرت في عامي 2016 و 2018، فاســتحدث ثلاثة نصوص؛ عرف في الأول عقد الإذعان (المادة 1110)، كما اعتبر في الثاني كل شرط في عقد إذعان يكون من أثره عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد كأن لم يكن (المادة 1171)، أما الثالث فقد أوجب بمقتضاه تفســير عقد الإذعان في حالة الشــك ضــد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه (المادة 1190). والواقع أن فكرة الشروط التعســفية وكيفية تحديدها، وحق القاضي في إلغائها هي متطورة جدا في التشريع الفرنسي لا ســيما في بعض التشريعات الخاصة كتقنين الاستهلاك، وقانون التجارة، وما تضمينها في التقنين المدني إلا تتويج لهذا التطور، فمن خلاله ستشــمل الحماية كل العلاقات العقدية التي لا تدخل في نطاق التشريعين المذكورين.

ولا توجد كذلك في فرنســا نصوص تشريعية توفــر حماية للمتعاقد في العقــود النموذجية من خطر الشروط التعســفية، ولكــن في المقابل توجد بعض الجهات التــي تتولى هذه المهمة، من أهمها: لجنة الشروط التعســفية La commission des clauses abusives، وهي لجنة تســتند في عملها على المادة L. 822-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وتقدم تقاريرها إلى الوزير المســؤول عن شؤون المســتهلك. وتتألف هذه اللجنة من قضاة وشخصيات مؤهلــة في قانون العقود أو في قانون تكنولوجيــا المعلومات، وممثلين عن المســتهلكين وممثلين عن المهنيين. ومن أبرز مهامهــا فحص وتدقيق الاتفاقات النموذجية، ولها أن توصي بحذف أو تعديل البنود التي يكون لها تأثير على المستهلك أو التي يكون بها اختلال كبير في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[76].

يبقى الإشــكال قائما إذن فيما يخص العقود النموذجية التي تتساوى فيها المقدرة التعاقدية، والتي قد تتضمن في ثناياها شروطا تعسفية، فهل تشملها الحماية المتعلقة بعقود الإذعان؟

نعتقــد أن الإجابة بنعم تنــافي الحكمة التي أرادها المشرع مــن وراء توفير الحماية للطــرف الضعيف في عقود الإذعان، والذي يجد نفسه في مواجهة شروط لا يستطيع إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي. ولذا فالذي نــراه أن هــذه الحماية لا تمتد إلى العقود النموذجية التي لا إذعان فيها. ولكن هــذا لا يعني أن يبقى المتعاقد في هذه

74 علي، ص185.

75 Ordonnance n° 131-2016 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 131-2016.

76 للمزيد من التفاصيل حول هذه اللجنة واختصاصاتها وآليات عملها، انظر موقعها الإلكتروني: http://www.clauses-abusives.fr، تاريخ الزيارة 20/ 5/ 2021.

العقود الأخيرة بدون حماية، بل من الممكن أن تمتد سـلطة القاضي إليها عبر نظم أخرى يكون لها أساس تشريعي. مـن ذلك مثلا، إعمال نظرية إنقاص العقد أو البطلان الجزئـي La nullité partielle بأن يحكم القاضي ببطلان الشرط التعسفي وحده، ويبقى العقد صحيحا فيما عدا ذلك، إذا كان من الممكن فصله عن جملة العقد وكانت هذه التجزئة لا تتعارض مع قصد المتعاقدين. كذلك من الممكن أن يتدخل القاضي ويزيل التعسف في العقود النموذجية بالاسـتناد إلى نظرية التعسف في اسـتعمال الحق La théorie de l'abus de droit إذا توافرت شروطها. وهي نظرية تعد "من المبادئ الأساسـية التـي تنظم جميع نواحي وفروع القانون"[77]. وأخيرًا، إذا أخذ الشرط التعسـفي صورة الشرط الجزائي La clause pénale فإن للقاضي سلطة تعديله إذا كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة أو إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه[78].

الفرع الثاني: الشروط المضافة[79]

ينطـوي التعاقد عن طريق التوقيع على عقد نموذج على احتمال أن يقوم أحد الأطراف أو كليهما بإضافة شروط – غالبـا بخط اليد – إلى الشروط الموجودة في النموذج والمعدة سـلفا. هذه الإضافة قد يكون الهدف منها توضيح بعض الشروط المطبوعة وهنا لا توجد مشكلة، على اعتبار أنه لن يكون هناك تعارض بين الشرط المطبوع والشرط المضاف الشارح له. وفي هذه الحالة تعتبر جميع هذه الشروط – المطبوعة والمضافة – كل لا يتجزأ وتمثل في مجموعها شروط التعاقد وتكون من القوة بمنزلة سواء[80]. ولكن على العكس من ذلك، قد تكون الشروط المضافة متعارضة مع الشروط المطبوعة، فيثار التساؤل عن أي الشروط هي الأولى بالتفضيل، الأصلية أم المضافة؟

يقدم المشرعان الليبي والسوداني حلا لهذه الفرضية فينصان في مادة متطابقة – نقلاها حرفيا عن المادة 1342/ 1 مـن القانون المدني الإيطالي – على أنه: "في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية إذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية"[81].

يقرر هذا النص حكما يقضي بأنه إذا اتفق طرفان، عند إبرام عقدهما، على إضافة شرط معين، سـواء كتب بخط اليـد أو بأي طريقة أخرى كالطباعـة، ثم قام تعارض بينه وبين شرط مدرج في صلـب الشروط المطبوعة، كانت الأولوية للشرط المضاف بصرف النظر عما إذا شـطب الشرط المطبوع أو ترك بدون شطب، وذلك باعتباره تعبيرا صادقا عن القصد المشـترك للمتعاقدين، مما يهدر حكم الشرط المطبوع الذي يعتبر حينئذ كاشفا عن إرادة صاحبه الذي أعده وحده، ومن ثم فلا يلتفت إليه[82].

وقـد قضت المحكمة العليا الليبية تأكيدا لذلك بأن: "إضافـة شرط أو شروط إلى النموذج تتنافى كليا أو جزئيا

77 نقض مدني مصري رقم (22/ 46ق)، جلسة 25/ 4/ 1981، مجموعة أحكام النقض، السنة 32، العدد 1، ص1257.

78 سعد، ص65.

79 Les clauses ajoutées>

80 طعن مدني ليبي رقم (62/ 32ق)، جلسة 30/ 6/ 1986، **مجلة المحكمة العليا**، السنة 25، العدد 2 – 1، ص102.

81 انظر: المادة 151 مدني ليبي، والمادة 121 معاملات مدنية سوداني.

82 حبيب، ص345؛ مادي، ص143؛ البدوي، ص73.

مــع بعض الشروط المذكورة في نموذج العقد يدل على العدول عن الأخذ بالشرط الأصلي وأن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى تعديل النموذج على الوجه المبين بالشرط المضاف وبالتالي فإن ما يضيفه الطرفان من شروط تكون أولى بالتطبيق وتغلب على الشروط الأصلية سواء شطبت من النموذج أم لم تشطب"[83].

كما تواترت أحــكام القضاء في مصر – رغم عدم وجود نص مماثل في التقنــين المدني المصري – على تبني ذات الحل، فقضت محكمة النقض في عدة مناســبات بأنه: "إذا اســتعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا للعقد وأضافا إليه – بخــط اليد أو بأية وســيلة أخرى – شروطاً تتعارض مــع الشروط المطبوعة، وجب تغليــب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيرا واضحا عن إرادة المتعاقدين"[84]. وكذلك فعلت محكمة التمييز الكويتية التي قضت بأن تفسير العقد النموذجي يســتوجب "... عدم التفرقة بين الــشروط المطبوعة وتلك المحررة على الآلة الكاتبة أو بخط اليد إلا إذا كان قصد المتعاقدين قد اتجه إلى نســخ بعض الشروط المطبوعــة أو تعديلها فعندئذ يلزم الاعتداد بالشروط المكتوبة بالآلة الكاتبة أو بخط اليد باعتبار أن النية المشــتركة للمتعاقدين قد اتجهت إلى نســخ ما يتعارض معها من الشروط المطبوعة..."[85].

تجدر الإشــارة أخيرا إلى أن اســتخلاص الإرادة المشــتركة للمتعاقدين بتغليب الشروط المضافة على الشروط المطبوعة هو من المســائل التي تترك للســلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يســتطيع أن يستخدم من وسائل التفســير ما يراه لازما لاســتخلاص هذه الإرادة، دون أن يخضع في ذلك لرقابة جهة النقــض، ما دام لم يخرج في تفسيره لعبارات العقد عن المعنى الذي تحتمله[86].

83 طعن مدني ليبي رقم (10/ 32ق)، جلسة 5/ 1/ 1987، **مجلة المحكمة العليا**، السنة 25، العدد 1 – 2، ص109.

84 نقض مدني مصري رقم (832/ 48ق)، جلسة 31/ 1/ 1983، مجموعة أحكام النقض، السنة 34، العدد 1، ص355؛ نقض مدني مصري رقم (500/ 60ق)، جلسة 13/ 5/ 1991، مجموعة أحكام النقض، السنة 42، العدد 1، ص1103؛ نقض مدني مصري رقم (1490/ 61ق)، جلسة 25/ 6/ 1992، مجموعة أحكام النقض، السنة 43، العدد 1، ص887؛ نقض مدني مصري رقم (1378/ 65ق)، جلسة 14/ 2/ 2006، غير منشور؛ نقض مدني مصري رقم (5028/ 71ق)، جلسة 27/ 11/ 2012، غير منشور؛ نقض مدني مصري رقم (950/ 76ق)، جلسة 21/ 4/ 2018، غير منشور.

85 تمييز تجاري كويتي رقم (72) لسنة 1989، جلسة 25/ 12/ 1989، مكتب فني 17، ص302. وانظر أيضا في تأكيد ذات المعنى: تمييز تجاري كويتي رقم (1006) لسنة 2011، جلسة 16/ 4/ 2013، مكتب فني 41، العدد 2، ص42.

86 طعن مدني ليبي رقم (43/ 27ق)، جلسة 30/ 1/ 1984، **مجلة المحكمة العليا**، السنة 21، العدد 3، ص37.

خاتمة

بمنهجية مقارنة، سلطت الدراسة الضوء على ظاهرة استخدام النماذج العقدية الجاهزة، وهي ظاهرة أصبحت منتشرة بشكل كبير، لا سيما في مجال عقود التجارة الدولية. ورغم أن صياغة العقود من الأعمال الإبداعية التي من المفترض أن يقوم بها المكلف بنفسه؛ نظرًا لخصوصية موضوع التعاقد محل الصياغة، إلا أن استخدام النماذج المعدة سلفًا بات يوفر عددًا من المزايا لأطراف العقد جعلهم يميلون إلى الاستعانة بها، وذلك على الرغم مما يحيط هذا الأسلوب التعاقدي من مخاطر.

وقد تناولت الدراسة في قسمها الأول، المقصود بالنماذج، ومدى صحة التعاقد بالإحالة إليها. كما بينت بأن الالتجاء إلى النماذج العقدية الجاهزة هو نظام اختياري لأطراف العلاقة العقدية، وأن هذه النماذج قد تحرر من قبل أطراف العقد كما قد يتولى تحريرها شخص غيرهم. وبسبب عدم وجود إطار قانوني واضح المعالم لنظام التعاقد بالتوقيع على نموذج، فقد ميزت الدراسة بينه وبين نظام التعاقد بالشروط العامة أحادية التحرير، كما وضحت العلاقة التي تربط بينه وبين عقود الإذعان. أما القسم الثاني من الدراسة فقد ناقش بعض الإشكاليات العملية التي يثيرها نظام التعاقد الذي يتم بالتوقيع على نماذج جاهزة؛ حيث تعرضت الدراسة لإشكالية التعاقد دون الاطلاع على النموذج، كما اقترحت حلولًا لإشكاليتي الشروط التعسفية والشروط المضافة.

ويمكننا في الختام أن نورد عددًا من النتائج والتوصيات التي خلصت إليها الدراسة:

أولًا: النتائج

1. ظهرت فكرة النماذج العقدية الجاهزة بسبب النشاط المتزايد في الحياة التجارية، التي فرضت ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود.
2. يعتبر التعاقد بالإحالة إلى نموذج صورة خاصة من صور التعاقد لا تتوافر فيها التقنيات التقليدية القائمة على الإيجاب والقبول، ولكنه تعاقد صحيح ملزم لطرفيه طالما ارتضياه.
3. إذا اختار أطراف العقد الإحالة إلى نموذج كان لزامًا عليهم الالتزام بما تضمنه هذا النموذج من شروط وذلك بغض النظر عن ماهية محرره، فهذا الأخير قد يكون أحد أطراف العقد، كما قد يشترك الطرفان في تحرير النموذج في إطار اتفاق جماعي، وقد يحيل الأطراف إلى نموذج يقوم بتحريره شخص من غيرهم.
4. يختلف التعاقد بالإحالة إلى نموذج عن نظام التعاقد بالشروط العامة أحادية التحرير؛ رغم التشابه بينهما في بعض الجوانب. كما أنه من ناحية أخرى، لا يختلط بالإذعان إلا إذا توافرت فيه خصائصه.
5. تفترض الإحالة إلى نموذج أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه وارتضاه، ولكن هذه القرينة يمكن دحضها بإثبات عدم العلم، أو عدم القدرة عليه.
6. إذا تضمن النموذج المحال إليه شروطًا تعسفية؛ فإن حماية الطرف المتضرر منها قد تتم في إطار حماية الطرف المذعن، إذا توافرت في التعاقد خصائص الإذعان، كما قد تشملها الحماية المقررة في نظم قانونية أخرى إذا تساوت المراكز الاقتصادية للمتعاقدين.

7. يقــدم التشريع والقضاء – في بعض الدول – حلًا لإشــكالية الشروط المضافة إلى النماذج التي قد تتنافى أو تتعارض مع الــشروط المطبوعة، يتمثل في تغليب الشروط المضافة على المطبوعة؛ حتى ولو تشــطب هذه الأخيرة.

ثانيًا: التوصيات

1. ضرورة إبــراز الخصوصية التي يتميز بها نظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج على الصعيد الفقهي والتشريعي والقضائي؛ من أجل رسم ملامح نظرية قانونية مستقلة لهذا النظام.
2. ندعو المشرعين في الدول العربية إلى إضافة نصوص تنظم مسألة النماذج العقدية الجاهزة، وتعالج بشكل أخص مشكلة العلم بالشروط الواردة في هذه النماذج، وكذلك حجية الشروط التي تضاف إليها من قبل الأطراف.
3. نهيــب بالمشرعين في الدول العربية بإضافة نصوص توضح بشــكل لا لبس فيه الفارق الجوهري بين نظام التعاقد بالشروط العامة وبين نظام التعاقد بالإحالة إلى نموذج، وعلاقة كلا النظامين بعقود الإذعان.
4. ضرورة عقد دورات وندوات توعوية في مجال صياغة العقود تركز بشــكل أساسي على بيان مدى خطورة الاعتماد على النماذج العقدية الجاهزة دون الاطلاع على البنود الواردة فيها.
5. نتمنى أخيرًا على المشرعين في الدول العربية الاهتمام بمسألة الشروط التعسفية في النماذج العقدية الجاهزة؛ بوضع نصوص خاصة تنظمها، نظرًا لانتشارها، وعدم كفاية القواعد العامة في التصدي لها.

المراجع

أولًا: العربية

كتب:

البدوي، محمد علي. **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام**. 2013.

البرعي، أحمد حسن. **الطبيعة القانونية لعقد العمل المشترك**. مركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، 1993.

بناسي، شوقي. **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**. دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

حبيب، ثروت. **المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي**. منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1978.

سعد، أيمن. **العقود النموذجية**. دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

السنهوري، عبد الرزاق. **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

شرف الدين، أحمد. **أصول الصياغة القانونية للعقود**. دون ناشر، 1993.

الشرقاوي، محمود سمير. **العقود التجارية الدولية**. دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

عبد الباقي، عبد الفتاح. **مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي**. دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

علي، جابر محجوب. **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني القطري**. منشورات جامعة قطر، 2016.

فلة، جوابي. **الأحادية في العقود**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2202.

نساخ، فطيمة. **الوظيفة الاجتماعية للعقد**. دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.

مقالات:

الزقرد، أحمد السعيد. "نحو نظرية عامة لصياغة العقود – دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، مج25، ع3.

الصدّه، عبد المنعم فرج. "عقد الإذعان"، **مجلة الأمن والقانون**، أكاديمية شرطة دبي، مج4، ع1، 1996.

فيغو، عبد السلام أحمد. "العقود النموذجية"، **منشورات مجلة الحقوق**، المغرب، ع39، 2016.

مادي، مسعود. "العقود النموذجية"، **مجلة دراسات قانونية**، ع12، 1987.

الملحم، أحمد عبد الرحمن. "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها"، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، مج16، ع1–2، 1992.

ثانيا: الأجنبية

References:

A. Gougeon, L'intervention du tiers à la formation du contrat, Th, l'Université Lille 2, 9 décembre 2016.

A. Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, in Études de droit contemporain, t. 33, 1970.

A. Seube, Les conditions générales des contrats, Mélanges A. Jauffret, Puam, 1974.

ʿAbd Al-bāqī, ʿA. *maṣādir al-iltizām fī al-qānūn al-madanī al-Kuwaytī* (in Arabic), dār al-fikr al-ʿarabī, Al-Qāhirah, 1998.

Al-bidwī, M.A. *al-naẓariyah al-ʿāmah lil-iltizām, al-juzʾ al-awal -maṣādir al-iltizām* (in Arabic), dūna nāshir, 2013.

Al-burʿī, A.Ḥ. *al-ṭabiʿah al-qānūniyyah li-ʿaqd al-ʿamal al-mushtarak, markaz al-buḥūth wa al-dirāsāt al-qānūniyyah* (in Arabic), Jāmiʿat Al-Qāhirah,1993.

ʿAlī, J.M. *al-naẓariyyah al-ʿāmah lil-iltizām, al-juzʾ al-awal, maṣādir al-iltizām fī al-qānūn al-madanī al-Qaṭarī* (in Arabic), manshwrāt Jāmiʿat Qaṭar, 2016.

Al-Milḥam, A.ʿA. "namādhij al-ʿuqūd wa wasāel muwājahat al-shurūṭ al-mujḥifah fīhā", (in Arabic), *majallat al-ḥuqūq*, Kuwait university, al-mujalad 16, n1-2 June, 1992.

Al-ṣadah, ʿA.F. "ʿaqd al-idhʿān", (in Arabic) *majallat al-amn wa al-qānūn*, akādimiyyat shurṭat Dubai, al-mujalad al-rābiʿ, n1, Yanāyir, 1996.

Al-sanhūrī, ʿA. *al-Wasīṭ fī sharḥ al-qānūn al-madanī, al-juzʾ al-awal, naẓariyyat al-iltizām bi-wajh ʿām, maṣādir al-Iltizām* (in Arabic), dār iḥyāʾ al-turāth al-ʿarabī, Beirut, dūna tārikh faqrah 119.

Al-sharqāwī, M.S. *al-ʿuqūd al-tijāriyyah al-duwalīyyah* (in Arabic), dār al-Nahḍah al-ʿArabiyyah, Al-Qāhirah, 1992.

Al-zaqarad, A.A. "naḥwa naẓariyah ʿāmah li-ṣiyāghat al-ʿuqūd: dirāsah muqārnah fī madá al-quwah al-mulzimah li-mustanadāt al-taʿāqud", (in Arabic), *majallat al-ḥuqūq*, Jāmiʿat Al-Kuwayt al-mujalad 25, n3.

Banāsī, Sh. *athar tashrīʿat al-istihlāk ʿalá al-mabādʾ al-klāsīkiyyah lil-ʿaqd* (in Arabic), uṭrūḥat duktwrāh, kulliyyat al-ḥuqūq, Jāmiʿat al-jaz āīr 1, 2016

C. Briend, Le contrat d'adhésion entre professionnels, Th, l'Université Paris Descartes, 20 novembre 2015.

D. Mainguy, Conditions générales de ventes et contrats types, Jurisclasseur. Contrats-distribution, fasc. 60, fév. 2002.

Fīghū, ʿA.A. "al-ʿuqūd al-namūdhajiyyah", (in Arabic), *manshūrāt majallat al-ḥuqūq*, Al-Maghrib, n39, 2016.

Fulah, J. *al-ʾuḥādiyyah fī al-ʿuqūd* (in Arabic), uṭrūḥat duktwrāh, kulliyyat al-ḥuqūq, Jāmiʿat al-jaz āīr, 2021.

G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, Paris, LGDJ, 1973, n° 50, p. 32.

G. Chantepie, De la nature contractuelle des contrats-types, RDC, 1er juillet 2009.

G. Roujou De Boubee, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961.

Ḥabīb, Th. *al-maṣādir al-irādiyyah lil-iltizām fī al-qānūn al-madanī al-libī* (in Arabic), manshwrāt jāmiʿat qāryūnis Benghazi, 1978.

J. Fleclerc. J. Mahaux. A. Mienert, Quelques aspects des contrats standardisés, l'Université de Bruxelles,1983.

J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations. t. 1, L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 13e éd, 2008.

J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 3ème éd., 1993.

J. Léauté, Les contrats-types, RTD civ. 1953.

J. OLY-Hurard, Chapitre II. Nature contractuelle des pourparlers judiciaires In : Conciliation et médiation judiciaires. en ligne. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

J. Rochfeld, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

M Bessone, les clauses abusives et le consommateur, Traduit en français par L KHAIAT, RIDC. Vol. 34, N°3, Juillet-septembre 1982.

Mādī, M. "al-ʿuqūd al-namūdhajiyyah", (in Arabic), *majallat dirāsāt qānūniyyah*, n12, 1987.

Nasākh, F. *al-waẓifah al-ijtimāʿiyyah lil-ʿaqd* (in Arabic), uṭrūḥat duktwrāh, kulliyyat al-ḥuqūq, Jāmiʿat al-jazāīr, 2013.

P. A. Crapeau. Contrat d'adhésion et contrat type. In Mélange Beaudoin. Les presses de l'université de Montréal, Canada.1974.

P. Durand, Le dualisme de la convention collective de travail, RTDCIV. 1939.

P. Lokiec, Clauses abusives et crédit à la consommation, RD. Bancaire et financier, mai-juin 2004.

P. Malinverni, Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales, Librairie générales de droit et de jurisprudence, 1978.

P. Rongere, Le procédé de l'acte type, LGDJ, 1968, P 85; G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1973.

S. Alshattnawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit comparé franco-jordanien, Th, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012.

Saʿd, A. *al-ʿuqūd al-namūdhajiyyah* (in Arabic), dār al-Nahḍah al-ʿArabiyyah, Al-Qāhirah, 2013.

Sharfuddin, A. *uṣūl al-ṣiyāghah al-qānūniyyah li-al-ʿuqūd* (in Arabic) dūna nāshir, 1993.

T. Revet, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, Dalloz, 2016.

———. L'uniformisation de l'interprétation: contrats types et contrats d'adhésion, RDC, 31 Mars 2015.