# نحو تكييف حديث للإذعان

## (في ضوء تعديلات القانون المدنى الفرنسى ٢٠١٦م

## والتطبيق على التعاقد الإلكترونى)

إعداد

د/ عزت عبد المحسن سلامة

مدرس بقسم القانون المدنى

كلية الحقوق- جامعة عين شمس

## تمهيد

تدور فكرة البحث حول ضرورة إعادة النظر فى بعض الأفكار والمبادىء العامة، بما يتناسب مع التطورات، وخاصة فى ظل الثبات التشريعى، ومن ضمن هذه المبادىء التى تحتاج إلى ضرورة إعادة نظر فيها، إعادة التفكير فى تكييف حديث للإذعان، بعيدًا عن النظرية اللائحية والنظرية العقدية، وتكييفه على أنه طريقة خاصة من طرق التعاقد، تحتاج إلى الحماية إذا ترتب عنها شروطًا تعسفية، وهذا التفكير يستند إلى أسانيد كثيرة من أهمها توفير حماية أكبر للمتعاقد الضعيف، وعلى الأخص فى التعاقد الإلكترونى، وتوسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتمتدت إلى أى عقد أو شرط وضع مسبقًا أو لاحقًا، ولم يخضع للتفاوض أو المناقشة، وترتب على ذلك ميزة مجحفة للمتعاقد الآخر، وإحياء النصوص الحمائية لنظرية الإذعان.

ويساعد تبنى هذا التفكير وتبنى الفكر التطويرى وعصرنة القواعد والمبادىء العامة من حدث من تعديلات جذرية بالقانون المدنى الفرنسى فى العاشر من فبراير ٢٠١٦م، ونفذت فى الأول من أكتوبر من نفس العام، وشملت ٣٥٠ مادة لعصرنة قانون العقود والالتزامات الفرنسى بما يتناسب مع التطورات المتلاحقة فى نظم ووسائل التعاقد، ومن أهم ما جاءت به هذه التعديلات، التركيز على المضمون والتوازن العقدى، وإلغاء السبب والمحل، والسعى نحو تحقيق الرضاء الحقيقى والواعى والمستنير بتنظيم التفاوض كمرحلة تمهيدية للتعاقد والإلزام القانونى بحسن النية والإعلام والتبصير، وتنظيم الإكراه الاقتصادى كعيب من عيوب الإرادة، والسماح للقاضى بالتدخل فى العقد لتحقيق التوازن، ونستخدم فى البحث المنهج التأصيلى للوصول لقاعدة عامة تتمثل فى أن الإذعان طريقة خاصة من طرق التعاقد، واستخدم الأسلوب المقارن فى البحث مع التطبيق على التعاقد الإلكتروني.

## تقديم

يرتبط الأفراد فى المجتمع بعلاقات محددة من المعرفة الشخصية والمهنية [١]، ويتسم التعامل ببساطة محله، ووسيلته، ووجود ثقة متبادلة بين أطرافه، وينعقد العقد بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ويُبرم بين طرفين متكافئين في المراكز التعاقدية اقتصاديًا وفنيًا ومعلوماتيًا واحتياجًا للتعاقد؛ لذلك يتحقق التوازن فى المضمون العقدى دون إذعان أو اضطرار، وتسود الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة[٢].

ولكن بعد انفتاح المجتمعات، وتوحيد الإنترنت للعالم فى كيان واحد[٣] وسهولة التعامل الإلكترونى، فإن الأمر يحتاج إلى نظرة أخرى، وقواعد خاصة تتناسب مع التغييرات، نظرًا لتطور وسائل وطرق التعاقد، وأصبح المجتمع مفتوحًا، وهذا يحتم ضرورة تطوير وعصرنة النظم القانونية لتحقيق التوازن العقدى، وخاصة أن معظم التعاقدات أصبحت بين مراكز قانونية غير متكافئة يتم فيها استغلال الضعف التعاقدى، وتكثر الشروط التعسفية التى تحقق مزايا استثنائية للمتعاقد القوى، ولذلك يقول جاك جستنيان إن معظم العقود ذات الأهمية تتم بطريق الإذعان، والإذعان يعد الصفة الغالبة

(١) د/ حسام الدين كامل الإهواني، عقد البيع، ط١، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩م، ص٤٦٤ ٤٦٥.

(٢) د/ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، للمترجم منصور القاضي، بيروت، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،٢٠٠٠م، ص٦٣، ود/ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص١٤.

(3) Roger Leroy Miller & Gaylord A. Jentz, Law For Electronic Commerce, Thomson Learning, 2000, P7.

التى تبرم بها أكثر التعاقدات الإلكترونية، وتعاقدات المؤسسات المالية، والتكتلات الاقتصادية[١]، والإذعان كطريقة من طرق التعاقد، يتم فيها التسليم بشروط مقررة مسبقًا وغير قابلة للنقاش يعد نتاج عدم توازن القوى التعاقدية، والتكتلات الاقتصادية والتطورت التقنية؛ لذلك تكثر الشروط التعسفية فى العقود التى تبرم بهذه الطريقة؛ وتستحق هذه العقود التفكير بطريقة مختلفة لحمايتها بتعديل الشروط التعسفية الناجمة عنها أو الإعفاء منها، وتفسير العقد لمصلحة المذعن بغض النظر عن نوع العقد أو وسيلة التعاقد؛ طالما تم تغليب شريعة القوى، وضع شروط مسبقة غير قابلة للتفاوض.

وحتى يتسم أى نظام قانونى بالأمان والفاعلية؛ يجب أن يكون قادرًا على الموازنة بين فكرة التطوير والعدالة وبين فكرة استقرار المعاملات، ولذلك تبنى الفقيه ميجرس واضع مشروع التقنين المدني الهولندي عام ١٩٩٢م فكرة ضرورة إعادة النظر في القوانين، ومراجعة القواعد المعطلة، وتبنى قواعد جديدة، ومراعاة ما استقر عليه القضاء من مبادىء واقعية تتفق مع تطورات العصر، والتعاقدات الإلكترونية والأجهزة الرقمية والتى ترتبط بخطوط اتصال عبر العالم[٢]، ويحتاج المجتمع الإلكترونى إلى قدرات فنية ومعلوماتية للتعامل معه والاستفادة من كنوزه، وتبنى الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد، يعنى إحياء مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وتفعيل القواعد الحمائية، ولكن تبنى الإذعان كنوع من العقود، وتقييده بضوابط تعطل القواعد الحمائية لنظرية الإذعان يخل بالتوازن العقدى، ولذلك نتناول فى

(١) د/ جاك جستنيان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص ٩٧.

(2) Roger Leroy Miller & Gaylord A. Jentz, Law for Electronic Commerce, Thomson Learning, 2000, P. 4

هذا البحث التعريف بالإذعان والشروط التعسفية والخلاف الفقهى حول الإذعان، مع تبنى تكييف حديث للإذعان استنادًا إلى أسانيد شكلية، وقانونية، وتكنولوجية، ومقارنة مع التطبيق على التعاقد الإلكترونى، والتعديلات المدنية الفرنسية عام ٢٠١٦م، ونختم البحث بالخلاصة والمقترحات.

## المبحث الأول
## التعريف بالشروط التعسفية والإذعان والخلاف التقليدى حول الإذعان

أثرت التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والإلكترونية على طرق التعاقد ووسائله، وأحدثت خللاً فى المراكز التعاقدية، مما أثر بالسلب على التوازن فى المضمون العقدى، والعدالة التعاقدية، وساعد على ذلك انتشار الإذعان عند إبرام العقود كطريقة خاصة من طرق التعاقد، تسمح للمتعاقد القوى اقتصاديًا، أو معلوماتيًا، أو تقنيًا أو فنيًا صياغة العقد بإرادته المنفردة، وإدراج الشروط التعسفية، وفى ظل هذه التغيرات والمخاطر يتطلب الأمر ضرورة تبنى فكر حديث وواقعى، ليطور المبادىء العامة القانونية، بما يتناسب مع الواقع الجديد وتطورته؛ ولمواجهة الشروط التعسفية والإذعانية، ونحاول من خلال هذا المبحث التعريف بالإذعان والشروط التعسفية فيه، مع توضيح الخلاف الفقهى حول الطبيعة القانونية للإذعان، سواء أكان ذلك فى نطاق النظرية اللائحية أم النظرية العقدية بالمفهوم الضيق والمفهوم الواسع، ونوضح ذلك فيما يلى:-

### المطلب الأول
### التعريف بالشروط التعسفية والإذعان

توجد علاقة وثيقة بين الشروط التعسفية والإذعان، حيث إن الشروط التعسفية نتاج استغلال الضعف فى المراكز التعاقدية، ونتاج الإذعان كطريقة خاصة من طرق إبرام العقود، حيث يفرض القوي على الضعيف ما يراه من شروط تخدم مصلحته، دون مقابل لذلك، والإذعان طريقة يكثر مع استعمالها الشروط التعسفية، ولذلك يكون من

الضرورى إعادة التوازن العقدى، ومواجهة الشروط التعسفية في إطار معالجة شمولية للإذعان بعيدًا عن التحيز الانتقائي وحصر الحماية فى نوع محدد من العقود يطلق عليه عقود الإذعان.

## الفرع الأول

## التعريف بالشروط التعسفية

الشرط التعسفى وفقًا للمادة ١/١٣٢ من القانون الفرنسى رقم ٩٦/٥٩ لسنة ١٩٩٥م[١] شرط يتم إعداده مسبقًا من قبل طرف قوى، مما يخلق عدم توازن واضح على الطرف الآخر[٢]، وأساس قوة المتعاقد قد تكون قوة اقتصادية، أو تقنية، أو فنية، أو حتى معلوماتية، أو يستند إلى قوة واقعية.

ويتفق كل من الإذعان والشرط التعسفي فى أنهما يتعارضان مع مبدأ حسن النية وروح العدالة التي يجب أن تسود التعامل، ويترتب عليهما خلل فى التوازن العقدى، ويتفق غالبية الفقهاء على أن الشرط التعسفي فى الغالب يكون مدرجًا في عقد مبرم بطريق الإذعان، يحرره المتعاقد القوى ليكتسب ميزة مجحفة على حساب المتعاقد

(1) Art 132 – 1 : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnelles, ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat". Code de la consommation, 15eme édition, Dalloz, Paris, 2010, p208.

(2) Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz: Droit de la consommation Broché , 27 mars 2003 , p 185.

الضعيف تخل التوازن العقدى[١]، وترتبط الشروط التعسفية بالشروط المطبوعة أو نماذج العقود أو العقود النمطية التى تعد مسبقًا، وهى الطريقة التى يتم بها الإذعان، والتى تعكس عدم المساواة بين طرفي العقد وتمنح القوى القدرة على إصدار شروط معدة مسبقًا، ومطبوعة وغير قابلة للنقاش، وتساعد على التعسف في استعمال السلطة التعاقدية[٢].

وعندما يبرم التعاقد بين أطراف تعاقدية غير متكافئة ومن خلال نماذج عقود أو عقود نمطية تعد مسبقًا عن طريق الطرف القوى اقتصاديًا أو تقنيًا أو فنيًا أو مهنيًا أو معلوماتيًا فإنه فى الغالب يتضمن شروطًا تعسفية، ولذلك فإذا أبرم التعاقد بطريق الإذعان، وتضمن شروط تعسفية، فإنه يستحق الحماية، والشرط التعسفى[٣] شرط مخالف للضمير، يفرضه الطرف القوى، ويترتب عليه خلل فى التوازن العقدى ناتج عن أن المتعاقد القوى يستغل ضعف المتعاقد الآخر، ويضع شروطًا تخل بالتوازن العقدى[٤]، ويشكل نوعًا من الإكراه الناتج عن الظروف، ومن ثم يعتبر عيبًا من عيوب الإرادة وفقًا لتعديلات القانون المدنى الفرنسى ٢٠١٦م.

---

(١) د/ سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكي، دراسة مقارنة، ٢٠٠٨م، ص١٠٣.

(٢) د/ السيد محمد السيد عمران، *المرجع السابق*، ص ٣٣.

(٣) د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، كلية القانون، جامعة بغداد، ص214، موقع

http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=46550.

(٤) د/ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحتر فى فرض الشروط التعسفية ف القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصادات شمال افريقيا، العدد الخامس، بدون تاريخ نشر، ص ٣٤٨.

والسمة السائدة فى التعاقدات الحديثة تتمثل فى وجود خلل فى المراكز التعاقدية، واستخدام الإذعان كطريقة من طرق التعاقد، وتستخدم الشركات صاحبة الامتيازات العامة والتى تحتكر تقديم السلع والخدمات الضرورية التي يحتاج إليها أفراد المجتمع(١)، نفس هذه الطريقة من طرق التعاقد، وهذه التعاقدات كانت تخضع لسيطرة الدولة ،ومراقبتها لتحقيق مصالح الجمهور؛ لأنها تتعلق بتقديم سلع أو خدمات عامة، ولكن مع التطوارت والتكتلات الاقتصادية والتكنولوجية وظهور تعاقدات تتماثل فى إبرامها مع التعاقدات التى تبرم بطريق الإذعان، فإن ذلك يستوجب ضرورة تطوير الفكر القانونى لحماية المتعاقد الضعيف، والنظر للإذعان بفكر مختلف يتناسب مع المستجدات الحديثة، وخاصة أن هذه التعاقدات لا تخضع للرقابة أو الإشراف، كالتعاقدات مع الشركات الاحتكارية التى تقدم المنتجات الضرورية.

وتتعدد المعايير التى قد ترتبط بوجودها الشروط التعسفية، فقد تنتج الشروط التعسفية عن وجود قوة اقتصادية تتمثل فى الاحتكار مثلاً، أو نتاج تفاوت فى المراكز التعاقدية بين محترف أو مهنى ومستهلك، أو نتاج انفراد الموجب بتحرير نموذج التعاقد، أو استخدام عقد نمطى، والشروط التعسفية يظهر فيها التعسف من ألفاظ العقد فتتنافى مع جوهره، وعرفتها محكمة النقض المصرية بأنها الشروط التي تتناقض مع جوهر العقد فتأتي مخالفة للنظام العام(٢)، وهى الشروط التى تتنافى مع ما يجب أن يسود التعاقد من حسن نية ونزاهة(٣)، ولن تحقق نظرية الإذعان الحماية للمتعاقد

(١) د/ منصور حاتم محسن، د/ إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير فى العقد، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر، ص٤٢٨.

(٢) د/ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن،الإسكندرية، منشأة المعارف،٢٠٠٢م، ص٤٣٤.

(٣) طعن رقم ١٢٧٦، سنة ٥٢، جلسة ١٩٨٨/٨/٢٣م، س٣٩ ص٤٥٩، مشار إليه لدى د/ سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٨٨٢م، ص١٢٥.

الضعيف إلا من خلال تفكير متطور فى كافة القيود المفروضة علي الإذعان كنظرية حمائية للمتعاقد الضعيف، وتكثر الشروط التعسفية فى التعاقدات الإلكترونى؛ لأنه يتم من خلال عقود نمطية أو نماذج عقود معدة مسبقًا، ويمكن تعريف الشرط التعسفي أو غير العادل أو المخالف للضمير، بأنه شرط يفرض استنادًا على قوة اقتصادية للحصول على ميزة مجحفة أو خلل فادح فى التوازن العقدى(١).

والشروط تعسفية لا تتفق مع ما يستوجبه التعاقد من حسن نية، ولا تتفق مع ما يسوده من نزاهه وشرف(٢)، وهو الشرط الذى يمنح المتعاقد القوى ميزة فاحشة، ومن ثم عدم تعادل واضح فى الأداءات(٣)، ونتفق مع من يعتقد أن الشروط التعسفية واسعة الانتشار(٤)، وقد تتعلق بتكوين العقد أو إبرامه أو تنفيذه، ويمكن اعتبار صياغة العقد مسبقًا، وبالإرادة المنفردة للموجب، وفى صورة عقد نمطى، يعتبر فى حد ذاته تعسفًا، يستحق الحماية إذا ترتب عليه خلل فادح فى الأداءات.

ويخضع تقدير مدى تعسف الشرط للسلطة التقديرية للقاضى، مستندًا فى ذلك إلى مقتضيات العدالة، وتعتبر محكمة النقض المصرية أن الخلل فى التوازن الاقتصادي لعقود التجارة الدولية عند حصول أحد طرفى التعاقد على مزايا المجحفة رغمًا عن

(١) د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع در سة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003 ، ص49 .

(٢) د/عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون الددني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مصر، ١٩٨٤م، ص ١٨٧وما بعدها.

(٣) د/ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،٢٠١١م، ص٤٨ ٤٩.

(٤) د/ سميح جان سفير، دور التشريع الدقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، العدد السابع، ٢٠٠١م، ص١٦.

المتعاقد الآخر لحاجته للتعاقد، لا يقتصر فقط على المزايا المالية، ولكنه قد يمتد إلى إعفاء المتعاقد القوى من التزامات كانت واجبة عليه وفقًا لظروف التعاقد أو تحميل المتعاقد الضعيف بالتزامات مرهقة[١]، وهذا يوسع من نطاق الشروط التعسفية، ويلزم بضرورة السعى نحو ضرورة حماية المتعاقد الضعيف منها، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال توسيع السلطة التقديرية للقاضى فى تحقيق التوازن العقدى، والتوجه نحو تبنى الإذعان كطريقة خاصة من طرق إبرام العقود.

## الفرع الثانى

## التعريف بالإذعان

يعتبر الفقيه الفرنسى (سالى) أول من تناول الإذعان عند إصدار مؤلفه تحت عنوان الإعلان عن الإرادة عام ١٩٢٩م، ولكن تحت مسمى عقود الانضمام، وفى هذه الطريقة من طرق التعاقد ينضم الشخص للعقد دون إمكانية مناقشته، وأستاذنا السنهورى[٢] تبنى نفس الطريقة من طرق التعاقد ولكن تحت مسمى عقود الإذعان وتسمى هذه العقود فى لبنان عقود الموافقة، وعرف الفقيه (سالى) الإذعان[٣] بأنه

(١) طعن رقم ١٠٥، دائرة رقم ٧، أحكام محكمة النقض، مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٩٨٥م، ص١١٨٤.

(٢) د/عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزءالأول، الطبعة الثالثة، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ٢٤٥.

(3)" Les contrats d'adhésion dans lesquels il y a exclusive d'une seule volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soimême".

تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد، بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقًا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد، وعرف جاك جستنيان الإذعان بأنه انضمام لنموذج عقد أو عقد نمطى، يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الطرف الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله[١]، ومصطلح الانضمام الذى تبناه الفقيه الفرنسى سالى يشمل كل العقود التى ينضم إليها الشخص دون مناقشة[٢]، ويستوعب مصطلح الانضمام مصطلح الإذعان والمتمثل فى القبول الاضطرارى للتعاقد، والإذعان كطريقة من طرق التعاقد يتحدد فيها مضمون العقد مسبقًا من جانب المذعن له وبدون تفاوض حول شروط العقد سواء تمّ ذلك من أحد طرفيه أو بواسطة طرف آخر[٣].

وتناول فقهاء القانوني الخاص الإذعان كنوع عقود الإذعان وتم تحديد خصائصه المميزة ومنها توافر احتكار فعلى أو قانونى، وينصب التعاقد على سلع أو خدمات أولية أو ضرورية، وأن يكون الإيجاب عامًا موجهًا للجميع، ونفضل مصطلح العقد النمطى أو نموذج العقد عن مصطلح العقد النموذجى؛ لأن مصطلح العقد النموذجى قد يوحى للمتعاقد الضعيف أنه يتضمن شروطًا نموذجية تحقق مصلحة الطرفين، في حين أنها فى الغالب تعد نماذجًا للعقود تتضمن شروطًا تعسفية، ويمكن كذلك اعتبار مصطلح العقد النموذجى وسيلة تدليسية لدفع المتعاقد

(١) د/جاك جستان، ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد،المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م، ص٩٧.

(٢) د/ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص١٣٥، هامش رقم١.

(3)G. Berlioz : le contrat d'adhésion. Thèse. Paris. L.G.D.J. 1973, n° 25, p.2.

الضعيف إلى إبرام العقد دون تفكير، ومصطلح الإذعان يعنى الاضطرار والانضمام مضطرًا إلى العقد.

والتطور الفنى والتكنولوجى للمنتجات واتساع الفجوة بين المتعاقدين فى المراكز العقدية، أدى إلى ظهور عقود جديدة تتشابه فى طريقة إبرامها، مع الطريقة التى تنعقد بها عقود الإذعان، وتتضمن ممارسات معيبة لا تقتضيها القواعد العامة للعقود(١)، والسبب فى انتشار العقود التى تتم بطريق الإذعان واتساع نطاقها، يرجع إلى أن هذه العقود تعد بصورة نمطية لتحقق مصلحة من يعدها، ولتقلل التكلفة، وتقلل من وقت صياغة العقود وأخطاء الصياغة، بالإضافة إلى أن العقود الحديثة بتفصيلاتها المختلفة أو طرق إبرامها يصعب فيها المساومة ومن أمثلتها التعاقد الإلكترونى.

وربط الإذعان بشروط الاحتكار، وضرورة السلعة، أو الخدمة والإيجاب العام يعبر عن نشأة تاريخية حددت معالمه التطبيقات التي كانت تحت نظر الفقه الفرنسي، ولكن لم يلبث الفكر الفرنسى أن انساق لمفهوم آخر أكثر رحابة، يستجيب إلى الهدف الحقيقي من تدخل المشرع لتخويل القاضي سلطة خاصة في العقود التى تتم بطريق الإذعان لحماية المتعاقد الضعيف في مواجهة مؤسسات وشبكات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات والتطبيقات المتلاحقة لظاهرة إذعان أحد الطرفين لشروط يفرضها الطرف الآخر(٢)، وهناك من يرى استبعاد الاحتكار كشرط، والاكتفاء فقط بأن ينفرد أحد

(١) د/ محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها، نموذج الهيئة القومية للكهرباء، بحث منشور على موقع الانترنت، www.justice lawhome.com، ص٦٠.

(٢) د/ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص١٠٣.

الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقًا، ولا يكون أمام المتعاقد الآخر سوى الانضمام أو الموافقة على ذلك التعاقد دون مناقشة[١]، والوسيلة الإلكترونية التى يتم بها التعاقد الإلكترونى هى وسيلة تعاقد كهربائية أو مغناطيسية أو صوتية أومترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[٢]، ويستخدم فى إبرام هذا العقد وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد[٣]، ويمكن توضيح التطور الفكر حتى فى أحكام محكمة النقض الفرنسية حيث كانت تعتبر وقت انعقاد العقد الإلكترونى مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقًا لظروف الدعوى، وتطورت واعتبرتها مسألة من مسائل قانون وأخذت بنظرية تصدير القبول، ومن الأحكام التى تم فيها الأخذ بنظرية تصدير القبول حكم فى ١٩٨١/١/١٧م، حيث يقوم القابل في مثل هذه العقود الإلكترونية بإرسال القبول عن طريق قيامه بالضغط على مفتاح لإرسال قبوله إلى الموجب[٤].

والقانون المدنى المصرى وغيره من القوانين العربية التى سارت فى فلكه، لم يتطلب لتوافر الإذعان كطريقة من طرق التعاقد سوى أن يتم التسليم بشروط مسبقة، يضعها الموجب، وغير قابلة للمناقشة أو التعديل، ولكن القضاء ومعظم الفقه القانوني يعتبر عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل

(١) د/ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠١م، ص٥١ ص٥٢، ود/ محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم واسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي، منشور بمجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي، العدد الأول، يناير ٢٠٠٠، ص٨٨.

(٢) د/ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص٢١.

(٣) د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١م، ص ١٨.

(٤) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص٨٥.

فيها مناقشة ويكون ذلك متعلقًا بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق[١]، والجدل الفقهي الذي ثار حول طبيعة هذه العقود والذي أشعل حدته الفقيه سالي جعل المشرع الفرنسي يتدخل بنصوص خاصة لمعالجة أهم العقود التى تتم بطرق الإذعان، وهى فى الوقت الحديث عقود الاستهلاك سواء أكانت عقد تأمين، أم عقد نقل أم عقد توريد ....إلخ، وأوجد القضاء حلولاً مناسبة لحماية المذعن منها مراعاة العدالة وحسن النية في تفسير الشروط التعسفية[٢]، ويقوم الاتجاه الحديث لمفهوم الإذعان على اعتبار أن مجرد استقلال أحد أطراف العقد بإعداده وفرض شروط لا تقبل المناقشة إزاءها، يكفي كمعيار لتوافر صفة الإذعان بغياب ميزة الاحتكار للسلع والخدمات الضرورية[٣]، والإذعان عقد تم إعداده مسبقًا بمعرفة الطرف الآخر[٤].

وتعتبر الإذعان كطريقة خاصة ومستحدثة من طرق إبرام العقود، وهى طريقة مقتبسة ومنقولة من الدول الرأسمالية حيث تجسد القوة الاقتصادية للمستثمر أو

---

(١) د/عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى منشأة المعارف، ٢٠٠٤م، ص٧٧ ٧٨، د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر١٩٥٤م ص١٠٧ ١١، د /عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٩٦٠م، ص ١٠٨ ١١٣، د/ اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة ١٩٦٦م ص١٣١ ١٣٣، د/ سلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والارادة المنفردة ١٩٨٦م ص١٨٢ ١٨٦.

Stark, Roland, Boyer, Droit civil, les obligations T2, Paris, p 52.

(٢) د/عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة دار المعارف ١٩٨٥م، ص٣٣٧ .

(٣) د/ منصور حاتم، ود/ إيمان طارق، المرجع السابق، ص.٤٣٥

(٤) د/ حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص٧٩.

المحترف، وهى طريقة مقتبسة ومنقولة من الدول من النظم الاشتراكية التى يقوم فيها العقد الإدارى على شروط استثنائية غير مألوفة، والشروط التى تبنتها المذكرة الإيضاحية للقانون المصرى فيما يتعلق بضوابط الإذعان ليس لها أساس من القانون؛ لأن المتعاقد المذعن لا يقوم بدور سليم فى تكوين العقد حتى يخضع للشروط التى رسمها وحددها الطرف الآخر فى إطار تحقيق مصلحته، ولذلك فإن صريح المادة ١٠٠ مدنى مصرى يوفر حماية مقبولة للمتعاقد الإلكترونى عندما يوقع على شروط تعسفية لم يطلع عليها أو يشارك فى إعدادها أو يناقشها، دون تقييده بشروط خارجه عن مضمونه، ولهذا يرى أحد الفقهاء أنه لابد من العودة إلى النص والتطور لمسايرة حاجيات المتعاقد الضعيف(١).

والإذعان فى الدول النامية نتاج تغيرات اقتصادية لم يصاحبها تغيرات مناسبة فى التشريعات القانونية، مما ترتب عليه خلل فى التوازن العقدى(٢)، والشرط الإذعانى هو الشرط الذى يتم التسليم به دون مناقشة، وبناءً عليه فإن إلزام المتعاقد الضعيف بالشروط الموضوعة مقدمًا يتطلب أن تكون مصاغة بطريقة واضحة لفهم وإدراك مضمونها، وعلم ورضاء المتعاقد بها(٣).

ومحكمة النقض المصرية اشترطت لتوافر الإذعان وجود احتكار فعلى أو قانونى أو منافسة محدودة، وإيجاب العام يوجه للناس كافة بنفس الشروط ولمدة غير

(١) د/ حسام الدين كامل الأهوانى، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ص ٧.

(٢) د/ محمد عمر حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م ، ص ١.

(٣) د/ أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة الحقوق، اصدار مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الخامسة والعشرون، العدد الثالث،١٤٢٢هـ ٢٠٠١م، ص٢٠١.

محدودة، ومحل التعاقد السلع والخدمات الضرورية التي لا غنى عنها والتي لا تستقيم مصالح الناس بدونها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يتم وضعها، ولو كانت جائرة وشديدة[١]، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن كل شرط حتى وإن كان مفروضًا في عقد انضمام ومطبوعًا سلفًا يجب النظر إليه في ضوء الأثر المترتب عليه[٢]، والتعاقد الذى يتم بطريق الإذعان يكون المتعاقد مضطرًا أو مكرهًا إلى الإذعان والقبول، ولكن هذا النوع من الإكراه يتصل بعوامل نفسية[٣]، ولكن تعديلات القانون الفرنسى عام ٢٠١٦م وفى المادة ١١٤٣من قانون العقود والالتزامات الفرنسى[٤] ومثل هذه الظروف التى تحيط بالتعاقد تمثل إكراهًا اقتصاديًا، ويعتبر عيبًا من عيوب الإرادة.

(١) الطعن رقم ١٣٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٢م، معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص٤٧٢ ٤٧٣، والطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦م منشور في الموسوعة الماسية الجزء العاشر، ص٤٧٥ ٤٧٦.

(2) Cass. Com, 17 Janv, 1967, Bull. Civ. 39. P.34.

(٣) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية خال من تاريخ الطبع، ص٢٧٩.

(4) Art 1143 '' Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

## المطلب الثانى

## الخلاف الفقهى التقليدى حول الطبيعة القانونية للإذعان

يوجد خلاف معتاد حول التكييف القانونى للعقود التى تتم بطريق الإذعان، والتعمق فى المواد القانونية المنظمة للإذعان فى القانون المدنى المصرى وهى المواد ١٠٠، ١٤٩، ٢/١٥١، ونجد أن آراء فقهاء القانون الوضعي في تحديد طبيعة عقود الإذعان قد انقسمت إلى عدة مذاهب، أشهرها مذهبان: المذهب الأول يرى أنها عقود حقيقية، وملزمة لأطرافها بكل ما جاء فيها، وأنها لا تخالف القواعد العامة للعقد، والمذهب الثانى يرى أنها مراكز قانونية منظمة، أى أن بعض الفقهاء قد أخذ بالنظرية اللائحية للإذعان، والبعض الآخر قد أخذ بالنظرية العقدية، وداخل النظرية العقدية من أخذ بالمفهوم الضيق للتعاقد بالإذعان، ومنهم من أخذ بالمفهوم الواسع، ونعتقد أن الإذعان طريقة من طرق إبرام العقود تتمثل فى أن العقد لا ينعقد بتوافق إرادتين وإنما ينعقد بسيطرة أحد طرفي العلاقة بصورة منفردة على شروط التعاقد، ولا يقبل أى مناقشة أو تعديل لهذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الأخر إلا القبول دون مناقشة أو الرفض، وهذا لا يتفق مع الأصل العام فى التعاقد، الذى يقوم على المساواة فى المراكز التعاقدية، لتحقيق التوازن فى المضمون العقدى، ولذلك إذا أبرم العقد بهذه الطريقة وترتب عليه شروطًا تعسفية، فيجوز المطالبة بتعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها، ونتبنى هذا التوجه بغض النظر عن وسيلة التعاقد، بالرغم أن التعاقد الإلكترونى أولى بالحماية كنتاج للتقنيات الحديثة، وانتشار هذا النوع من التعاقد، ولما يتسم به من سرعة فى الإبرام والتنفيذ وقلة التكلفة.

ولذلك نحتاج إلى وضع تكييف واقعى للإذعان يتناسب مع ما يحيط به من تحديات، حتى يمكن توفير الحماية التى تتناسب مع طريقة التعاقد ووسيلة التعاقد وفقًا للقواعد العامة والقوانين الخاصة، والتى تعطى للمتعاقد الإلكترونى حماية أكبر في مواجهة المتعاقد الآخر، الذى استغل تطور نظم المعلومات التواصل، فاستخدم تقنية الهاتف والتليفزيون والتلكس والفاكس، وجاء الإنترنت ليحقق للطرف القوى كل أمانيه[١]، ونعرض فيما يلى الخلاف الفقهى، ثم نعرض فى المبحث الثانى، التكييف الواقعى فى ظل التطور التقنى ومستجدات القانون الفرنسى وتعديلاته عام٢٠١٦م.

## الفرع الأول

## التكييف اللائحى للإذعان والتطبيق على التعاقد الإلكترونى

تبنى التكييف القانونى أو اللائحى للإذعان مجموعة من فقهاء القانون العام وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى (سالى) مؤسس فكرة الانضمام، ولم يعتبروا هذا الانضمام عقدًا، لعدم توافقه مع مبادئ صياغة العقود، ولكن تم اعتباره نوعًا من اللوائح، التى تعد بالإرادة المنفردة، واستند إلى أن هذه التصرفات نتاج إرادة منفردة، ومن ثم تكون لائحة تنظم العلاقة ويضطر فيها المذعن إلى الانضمام إليها نتيجة الضغط الاقتصادي[٢]، فتلك الإرادة المنفردة في عقود الإذعان، لا تتفق مع المألوف فى تكوين العقد من توافق الإرادات، ويتم تبنى التكييف اللائحى للإذعان بغض النظر عن وسيلة

(١) د/ رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكترونى، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية، القانونية العدد العاشر الجزائر، ٢٠١٣م، ص ٩٦.

(٢) د/ أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2010، ص45 .

التعاقد حيث إن الإذعان يخلق مركزًا قانونيًا منظمًا، يخضع لأحكامه الفرد بإرادته المنفردة، فيما يتعلق بتنظيم موضوع معين، ومن ثم تطبق عليه قواعد تفسير وتعديل اللوائح، وليس قواعد تفسير وتعديل العقود(١).

ووفقًا لهذا التكييف اللائحى يتم إنكار الصفة العقدية عن الإذعان، نظرًا لما يحاط بالتعاقد من ظروف وعدم التكافؤ فى المراكز التعاقدية يخلع عن الإذعان صفته التعاقدية، حيث إن القبول لا يصدر عن حرية واختيار، بل يصدر عن إذعان لظروف معينة تحيط بالتعاقد، وبالتالى فالإذعان فى الواقع ما هو إلا تعبير عن إرادة وحيدة هى إرادة الموجب، والقابل ليس له دور فى هذه الطريقة سوى أن يقبل أو يرفض الدخول فى التعاقد، وعند دخوله التعاقد يكتسب مركزًا قانونيًا، أى أنه فى ظل الإذعان أمام طبيعة لائحية للتصرفات القانونية(٢)، ولا تسمح طريقة الإذعان بوجود إرادة حقيقية أو معارضة للموجب(٣)، وبالتالى لن ينتج العقد عن إرادة مشتركة، وهذا ينطبق على التعاقد العادى ومن باب أولى ينطبق على التعاقد الإلكترونى.

وبناء عليه تنظر النظرية اللائحية للإذعان على أنه (لائحة) أى أن الإذعان قانون، يُلزم كل من يدخل فى نطاقه، ومن ثم لا يجوز أن يخضع للمناقشة أو التفاوض وهذه النظرية تنفى عن الإذعان صفته العقدية، وتنكر تكييف العقود التى تتم بطريق الإذعان على أنها عقود، ولكن هذا يتنافى مع صريح نص المشرع فى المواد ١٠٠، ١٤٩، ٢/١٥١، لأننا عندما ننظر إلى الإذعان كلائحة أو قانون فإننا ننكر وجود أية إرادة للموجه إليه الإيجاب.

---

(١) انظر د/ أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى، المرجع السابق، ص ٢٣١، نقلاً عن الفقيه الفرنسى سالى فى كتابه التعبير عن الإرادة، ص٢٢٩.

(٣) انظر د/ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية، بدون سنة نشر، ص١١٦.

ونعتقد أن الإذعان طريقة خاصة من طرق التعاقد، يترتب عليها عقدًا حقيقيًا بين أطراف غير متوازنة اقتصاديًا أو فنيًا، أيًا كان نوع العقد، ولحماية المتعاقد الضعيف إذا تم التعاقد بطريق الإذعان، فأن الحماية لن تكون مجدية إلا إذا تبنى القضاء فكر متطور يقوم على تطوير القواعد العامة لتحقيق الحماية، وبما يتناسب مع التطورات فى المجتمع، وخاصة فى ظل عدم وجود رأى عام قوى، وصعوبة تكتل أصحاب المصالح أو صعوبة تجمع الضعفاء اقتصاديًا، وفى ظل جمود التشريعات، فضلاً عن صدور القوانين الخاصة تخلو من أى حماية حقيقية؛ نظرًا لسيطرة الأقوياء اقتصاديًا على التمثيل النيابى والوضع التشريعى، وسوف نوضح تفصيلاً أسانيد هذا التكييف للإذعان، كطريقة خاصة من طرق التعاقد تحتاج إلى الحماية، إذا نتج عنها شروطًا تعسفية، وذلك فى القسم الثانى من الدراسة.

## الفرع الثانى

## التكييف العقدى للإذعان والتطبيق على التعاقد الإلكترونى

يتبنى غالبية فقهاء القانون المدنى وعلى رأسهم أستاذنا السنهورى أن الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين أو أكثر، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج هذا الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقى، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف، فتضطرب المعاملات، وتفقد استقرارها، ويرى أستاذنا السنهورى أن علاج الإذعان يكون فى تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوى، ويكون ذلك بوسيلة اقتصادية تتمثل فى تجمع الضعفاء اقتصاديًا، والتعاون للوقوف فى وجه المحتكر، أو

تدخل المشرع لا القاضى ليفعل عقود الإذعان[١]، والقانون المدنى لم يجعل للإكراه الاقتصادي أى تأثير على تغير طبيعة العلاقة العقدية[٢]، وإرادة المذعن موجودة عند قبول الإيجاب، والعقد ينتج عن توافق الإرادتين.

ونعتقد أن العلاج الفعال للإذعان فى ظل الثبات التشريعى والقضائى يقوم على تبنى أفكار تكييف الإذعان تكييفًا واقعيًا بما يتناسب مع التطورات والمتغيرت العصرية، وبناء عليه نعتقد أن معالجة الشروط التعسفية فى العقود التى تبرم بطريق الإذعان على أساس تبنى أن الإذعان طريقة من طرق إبرام العقود، سوف يفعل من نظرية الإذعان الحمائية، ويوسع نطاقها، ويقضى على الشروط التعسفية، وفى تعديلات القانون المدنى الفرنسى ٢٠١٦م وفى المادة ١١٤٣ من قانون العقود الفرنسى اعتبر الإكراه الاقتصادى عيبًا من عيوب الإرادة، واختلف الفقهاء حول طبيعة الإذعان، ونوضح هذا الجدل الفقهى:-

## الغصن الأول

## التكييف العقدى المقيد للإذعان والتطبيق على التعاقد الإلكترونى

يعتبر هذا الاتجاه بعض العقود الإلكترونية تطبيقًا واقعيًا لعقود الإذعان[٣]، ونص المشرع المصرى فى المادة ١٨ من مشروع قانون التجارة الإلكترونية على اعتبار أن العقود النمطية المبرمة إلكترونيًا من عقود الإذعان من حيث مفهومها، وتفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شروطًا تعسفيًا كل شرط يخل بالتوازن المالى للعقد، وكل شرط يتضمن حكمًا لم يجر به

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مرجع سابق، ص١٩٣.
(٢) د/ عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص247 .
(٣) د/ سمير برهان، إبرام العقد فى التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .

العرف، فإذا كان المتعاقد لا يملك الفرصة الكافية لمعاينة المنتج، وكذلك لا يمكنه التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كافية[١]، فالعقود عبر الرسائل الإلكترونية تعد فى هذه الطريقة عقود إذعان، والعلة الحد من الأضرار التي تلحق بالمذعن، وحتى يحصل على حماية المادتين ١٤٩ مدنى و٢/١٥١ مدنى مصرى، حيث إنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

ويستند هذا الاتجاه الى أن أغلبية العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت تتم عادة من خلال نماذج عقود أو استمارة إلكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتوجه للجمهور، ولا تقبل المناقشة أو التعديل ويتسم الطرف المذعن بالضعف فى مواجهة المحترف، ولا محل لاشتراط توافر الاحتكار القانونى أو الفعلى لسلعة ضرورية لاعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان بل ينشىء الإذعان بالتفاوت الاقتصادى الشديد بين الطرفين[٢]، وهناك من يعتبر التعاقد الإلكترونى عقد إذعان على أساس أنه لا يقدم أى إمكانية للتفاوض للطرف الضعيف، ولكنه يحثه على قبول أحكام العقد شبه الخفى[٣]، وهناك من يرى أن العقد الإلكترونى بين متعاقد على سلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ومحتكر توزيع تلك السلعة، والمتعاقد فيه لم يكن بمقدوره مناقشة بنود

(1) k.d.belgum, legal issues in contrating on the interenet, on line at www.findlaw.com,1999. J.carbonnier,les obligations, op.cit p 57. j.flour et j.laubert, les obligationsm op.cit, p 125 no183.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهوانى، مرجع سابق، ص ٥٨ ومابعدها .

(3) LIONEL THOUMYRE l`échange des consentements dans le commerce électronique P 9.

التعاقد، وبغض النظر عن وسيلة التعاقد بطريقة إلكترونية، فطالما وجدت الضوابط السابقة فإن العقد عقد إذعان(١).

ويستند هذا الرأى إلى أن غالبية التشريعات عالجت الخلل فى التوازن العقدى من خلال قوانين خاصة، ووضعت قواعد توافر حماية حقيقية له، خروجًا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومستندة على الخلل فى التوازن التعاقدى دون اشتراط توافر احتكار أو ضرورة السلعة أو الخدمة، والمشرع حين وسع من سلطة القاضي التقديرية من تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وتفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن، لم يشترط عمومية الإيجاب ولم يشترط الاحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة، ولتدخل القاضي وتعديل شروط العقد أو إلغائها، ومن أمثلة العقود التى تبرم بطريق الإذعان ولا تتعلق بخدمة ضرورية عقود الاشتراك في القنوات التلفزيونية الخاصة، فهذا التعاقد يتم بطرق الإذعان إلا أنه لا يرد على خدمة ضرورية، والمتعاقد فى المجتمع الإلكترونى من الناحية الواقعية قد لا تكون لديه الفرصة لمناقشة بنود العقد، ليس لرفض المتعاقد الآخر، بل قد يرجع السبب إلى أن آلية إبرام العقد ذاتها قد لا تمكنه من هذه المناقشة، وفي الفصل السابع من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري والخاص بحماية المستهلك، تضمن المشروع النص على جواز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني، وإبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة، وكذلك جواز إبطال كل شرط في العقد الإلكتروني من شأنه الإخلال بالتوازن المالي بصورة

(١) د/ ممدوح محمد الجنبيهى، ومنير محمد الجنبيهى، الطبيعة القانونية للعقد الإلكترونى، طبعة دار الفكر الجامعى الإسكندرية بدون سنة نشر، ص ١٨١.

تعسفية[١]، وتدخل القاضي في بنود العقد بالتعديل من أجل إعادة التوازن بأحكام خاصة تحمى الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فضلاً عن القواعد الخاصة بحماية المستهلك[٢].

ويعتبر بعض الفقه الإنجليزى عقد التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان؛ لأنه عند توافر نموذج التعاقد على موقع أو حساب البائع، لا يكون أمام المتعاقد الإلكترونى إلا أن يقبلها كاملة أو يرفضها[٣]، ولكن هذا الرأى تجاهل تمامًا إمكانية وجود تفاوض قبل التعاقد، بالرغم أن هذا التفاوض يمكن أن يتم من خلال التليفون أو البريد الإلكترونى[٤] أو الماسنجر....إلخ، خاصة فى التعاقد الذى يتم من خلال البريد الإلكترونى، والإذعان كطريقة من طرق التعاقد، لا تسمح بمراحل تمهيدية لإبرام العقد كالمفاوضة أو المساومة، ولا توجد فترة للتروى أو المشورة أو الاستعلام، قبل التعبير عن الإرادة حول إبرام العقد، ولا تتاح الفرصة للاطلاع على بنود التعاقد، والفرد مخير بين إبرام العقد أو عدم إبرامه، فحريته التعاقدية تنحصر فى ذلك فقط، ونظرًا لأننا أمام سلعة ضرورة أو خدمة يقدمها مرفق عام، فإنه يكون في حاجة إلى التعاقد، ومضطر لذلك أو مكرهًا عليه، ولكن هذا الإكراه ناتج عن ضعف اقتصادى أو فنى فى مواجهة

(١) د/ عنادل عبد الحميد المطر، رسالة دكتوراة بعنوان التراضي في العقد الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ٥٦ ٦٤.

(٢) د/ محمد شريف عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦م، ص ١٢٦وما بعدها، و د/عبد الحكم فوده، تفسير العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة ٢٠٠٢م، ص ٣٧١ وما بعدها

(٣) انظر د/عبد الفتاح بيومى حجازى النظام القانونى لحماية التجارة الإلكترونية،الكتاب الأول، دار الفكر الجامعى،٢٠٠٢م، ص ٢٣٨، د/ سمير برهان، بحث بعنوان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، منشور في كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٢١٥، أكتوبر ٢٠٠٥م، ص ١٤.

(٤) د/خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ٦٣.

من يستغل هذه الظروف، أو ضعف فى سلطات الدول فى مواجهة رأس المال الخاص والشركات متعددة الجنسيات أو عبّارات القارات.

وبالرغم من عدم تقنين المشرع الفرنسى للعقود التى تتم بطريق الإذعان، والتى تعرف قضاءً فى فرنسا بعقود الانضمام، لأن المتعاقد الآخر ينضم إلى التعاقد دون أن يكون له دور في إعداد بنود التعاقد، إلا أن الحماية التى وفرها القضاء الفرنسى خلقت حلولاً متطورة لحماية المتعاقد الضعيف بالاستناد إلى قواعد العدالة، وحسن النية، والنية المشتركة أو المفترضة في تفسير، وتكميل، وتصحيح، وإنقاص العقد، وهى أفضل من الحماية المقيدة التى وفرها القضاء المصرى والنابعة من التطبيق التقليدى للمواد ١٠٠، ١٤٩، ٢/١٥١ مدنى مصرى، والتى لن يستفيد أحد من الحماية التى توفرها فى ظل تقيد الحماية بشروط لم ينص عليها القانون، ويصعب توافرها.

وضعف المتعاقد وعدم التوازن بين مراكز المتعاقدين لم ينشأ هنا من احتكار الطرف القوي اقتصاديًا للسلع والخدمات الضرورية احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، وإنما نتج من عدم قدرة المتعاقد على مناقشة شروط العقد وقلة خبراته إزاء تفوق الموجب في مجال التعاقد"[(١)]، والحماية التى توافرها المادة ١٤٩ والمادة ٢/١٥١ مدنى مصرى لحماية الطرف الضعيف، يجب أن تطبق على الشروط التعسفية التى يتضمنها التعاقد الإلكترونى باعتباره الصورة المتطورة والحديثة للعقود التى تتم بطريق الإذعان، وذلك نظرًا للتماثل والتشابة الواضح فى ظروف ومراكز الأطراف التعاقدية فى العقدين، فليس من العدالة التى ينشدها القانون

(١) د/ منصور حاتم، ود/ ايمان طارق، بحث القوة الملزمة للشروط ألاحادية التحرير في العقد، على شبكة الانترنت موقع www.uobabylon.edu.iq/publications/law، ص٤٣٥.

فى أحكامه أن يتضمن العقد الإلكترونى شروطًا تعسفية، تُحدث إخلالا واضحا بالتوازن العقدي لمصلحة الموجب على حساب الطرف الضعيف ولم يكن فى استطاعته مناقشتها أو التفاوض عليها أو العلم بها.

والمشرع قام بحماية العقود التى تتم بطريق الإذعان، لأنها تعتبر عقودًا تبرم بطريقة خاصة، وتختلف عن طريقة المساومة لإبرام العقود، وبالتالى يتطلب ذلك أن تطبق على العقود التى تتم بهذه الطريقة قواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة فى إبرام العقود، والقبول فى هذه العقود التى تتم بطريق الإذعان هو أيضا نوع خاص من أنواع القبول، حيث إنه قبول سلبى لشروط يقررها الموجب، ولا يقبل فيها مناقشة أو تعديلاً ، حيث إنه فى حالة الموافقة على إبرام العقد ليس أمامه، سوى التسليم بهذه الشروط المقررة التى يضعها الموجب جملة واحدة.

وتقوم النظرية العقدية وفقًا للمفهوم المقيد على التمسك بتوافر شروط ثلاثة مجتمعة من احتكار، وإيجاب عام، وضرورة السلعة أو الخدمة، هو أمر يصعب تحقيقه فى الواقع العملى أحيانًا وغير مقبول أحيانًا أخرى، ونؤكد أن جعل الإذعان يقتصر فقط علي السلع الضرورية، وأن يُقدم الإيجاب طرفًا في مركز اقتصادي قوي سواء أكان محتكراً أم فى منافسة محدودة، وأن يكون الإيجاب موجهاً للجمهور، يفقد قيمة الإذعان فى حالة عدم توافر الشروط الثلاثة مجتمعة، وهناك من يتبنى اتجاه موسع لعقد الإذعان حيث يعتبره عقدًا يتحدد مضمونه العقدي كليًا أو جزئيًا بصورة عامة قبل التعاقد، ويتم تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه مسبقًا بواسطة الطرف الموجب[1]، ووفقا للاتجاه الموسع فإن عقد الإذعان يقتصر علي مجرد التسليم بشروط مقررة يصفها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وهو عقد يستقل فيه أحد الطرفين يسمى

(١) د/حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ـ١٥١.

الموجب، بوضع شروط لا يقبل المناقشة فيها من الطرف الآخر يسمى القابل[١]، وبالتدقيق فى الاتجاه المقيد للنظرية العقدية، نجد أنه أضاف شروطًا جديدة لم ترد فى صريح نص المادة ١٠٠ مدنى مصرى، وهذا يمثل حماية أقل للمتعاقد المذعن، مع ملاحظة أن المشرع لم يتناول سوى تعريف القبول فقط فى العقود التى تتم بطريق الإذعان.

ونظرًا لأن التعاقد الإلكترونى يتم عن بعد، ويحكمه نماذج للعقود، وتنفذ هذه العقود بنفس الطريقة، وهذه العقود يتم إعدادها عن طريق مختصين، وتضع الشروط التعاقية فى اسطمبات أو نماذج عقود، والمتعاقد ليس أمامه إلا أن يقبل أو يرفض مما يمكن أن نطلق عليه عقود إذعان بالنسبة للمتعاقد الضعيف، ولذلك فإنه نظراً للطبيعة الخاصة لتلك العقود من حيث المحل والأطراف وكيفية الإبرام والتنفيذ، فإن القضاء يجرى على إقرار التزامات ثابتة فيها، حتى وإن لم ينص عليها وتلعب دورًا حيويًا فى تحديد المسئولية[٢]، والاتجاه الغالب يرى أن التعاقد الإلكتروني يعد من قبيل عقود الإذعان[٣]، ويستند هذا الرأى إلى أن شروط التعاقد مدرجة على موقع البائع على الإنترنت، والمتعاقد الآخر ليس أمامه سوى أن يقبلها أو لا يتعاقد، والتعاقد هنا يكون من خلال عقود نمطية، ولا يقبل صاحبه مناقشته أو تعديله، ويستند بذلك هذا الرأى إلى المادة ١٠٠ من القانون المدنى المصرى.

---

(١) د/ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية فى العقود دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٨٤، ٢٠١٠ م، ص١٧.

(٢) د / محمد حسين منصور،المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص ٤٥ وما بعدها.

(3) Olivier hance et suzan pionne Businiss e droit d inernet. 1997 P.33

وتواترت أحكام محكمة النقض المصرية على تثبيت وتأكيد ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فيما يتعلق بشروط وخصائص العقود التى تبرم بطريق الإذعان، وأكدت فى أحد أحكامها بأن خصائص عقود الإذعان تتمثل فى تعلقها بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات ويكون فيها احتكار الموجب احتكاراً قانونيًا أو فعليًا وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة، ولمدة غير محددة، والسلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت تعسفية[1]، وإذا نظرنا إلى الشروط التى تبنتها محكمة النقض المصرية، والتى تبعتها فى التطبيق المحاكم فى باقى الدول العربية وقامت باشتراطها، وكذلك بالنظر للشروط الواردة فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى، والتى تماثلت معها شروط محكمة النقض، نجد أن نطاق تطبيق الحماية المتعلقة بالعقود التى تبرم بطريق الإذعان تكاد تكون مقيدة أو منعدمة، ومن ثم إن الحماية التى تقدمها نظرية الإذعان لحماية المتعاقد الضعيف معطلة، مما يستوجب تبنى تكييف واقعى.

وهناك من يرى أن العقد الإلكتروني يعد عقد مساومة؛ نظرًا لعدم توافر الخصائص الواردة فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى، وكذلك الضوابط القضائية التي تميز عقد الإذعان، فالموجب وفقًا لهذا الرأى لا يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي وعالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها

(١) الطعن رقم ١٣٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٢ معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص٤٧٢ ٤٧٣، والطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦م، منشور في الموسوعة الماسية ج١٠، مرجع سابق، ص٤٧٥ ٤٧٦.

أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[١]، وفقًا لهذا التكييف العقدى لا يتم إنكار الصفة العقدية عن الإذعان برغم ما يحيط التعاقد عن طريق الإذعان من ظروف غير متكافئة، كما أن الإيجاب ليس بلائحة أو قانون، فضلا عن المراكز التعاقدية غير المتكافئة لا تخلع الصفة التعاقدية عن العقد.

وهناك من يرى أن التعاقد الإلكتروني لا يمكن اعتباره عقد إذعان بصفة مطلقة، فيمكن أن يكون عقد إذعان طالما انعقد العقد بين المستهلك لسلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، ومحتكر توزيع تلك السلعة، كما يحدث أثناء دفع فواتير الماء والكهرباء والهاتف عبر شبكة الإنترنت، وتعتبر الشركات العملاقة فى التجارة الإلكترونية مشابه لشركات الاحتكار فى العقود التى تتم بطريق الإذعان[٢]، وعدم المساواة العقدية ليست فقط نتاج الاحتكار أو القوة الاقتصادية الضخمة، حيث إنه من الممكن لأى محترف أن يكون في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه، وذلك لم يكن ليتحقق إلا لأنها مماثلة بشكل محسوس لشروط منافسيه[٣].

(١) د/ منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 ، العدد الثانى، ٢٠٠٩م، ص ٨٢٧ ٨٢٨.

(٢) د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٣) د/ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة :منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تكوين العقد، لبنان، الطبعة الأولى ،٢٠٠٠م ، ص٩٧.

## الغصن الثانى

## التكييف العقدى الموسع للإذعان والتطبيق على التعاقد الإلكترونى

التكييف العقدى الموسع للإذعان يقوم صريح نص المادة ١٠٠ مدنى مصرى، ويعتبر العقد الذي يستقل فيه طرف قوى بتحديد مضمونه كليًا أو جزئيًا دون مناقشة أو مفاوضة من الطرف الضعيف عقد إذعان، وهذا التكييف يهدم الضابط المتعلق بمعيار التمتع بوضع احتكاري سواء أكان احتكارًا فعليًا أم قانونيًا للسلع الضرورية، وذلك لعدم تماشيه مع التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والقانونية، فضلاً عن هدم معيار ضرورية السلع حيث إن الإذعان امتد إلى جميع العقود بغض النظر عن ضرورية محلها سلع أو خدمات، ووفقًا للتكييف العقدى الموسع للإذعان نكون بصدد عقود إذعان في كل مرة يتم فيها قبول محرر معد مسبقًا وبصورة منفردة دون مناقشته، ولا يتدخل القابل إلا لإعطاء فعالية قانونية لإرادة الموجب(١).

ويرى هذا الاتجاه أنه لا ضرورة من اشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي، لأنها فكرة خارجة عن إطار العلاقة العقدية(٢)، وكذلك لا ضرورية من اشتراط ضرورية السلعة أو الخدمة، لأن ضرورة السلعة أو الخدمة معيار نسبى يختلف باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمنة والمجتمعات...إلخ، ويكتسب العقد وصف الإذعان وفقًا لهذا الاتجاه بغض النظر عن وسيلة التعاقد، عندما لا تناقش شروط العقد الموضوعة مسبقا من الطرف الآخر، بسبب ضعف اقتصادى، أو فنى، أو مهنى، أو معلوماتى،

---

(1) George Berlioz : op cit, p 28.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون ناشر، ١٩٩٢م، ص٧٩.

يفرض الشروط دون مفاوضة[١]، وفى العقود التى تتم بطريق الإذعان لا نجد فيها تفاوض ويطلق عليها البعض العقود غير القابلة للتفاوض[٢].

وتتسم العقود التى تبرم بطريق الإذعان بأنها نوع من العقود تتفاوت فيها المراكز التعاقدية وتنعد القوة التفاوضية للأطراف فيفرض القوى إرادته على الضعيف، الذى لا يوجد أمامه سوى أن يقبل التعاقد من عدمه وليس له حق المساومة أو النقاش حول شروط التعاقد والذي يعد في الغالب مسبقًا[٣]، وهناك من يرى أن العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية عقد يتم بطريق الإذعان باعتباره يتعلق بالمستهلك ويتعلق بخدمات ضرورية[٤].

وهناك من يرى أن التعاقد الإلكترونى الذى يكون من خلال نماذج معدة مسبقاً ولا يقبل الموجب التفاوض حوله يعتبر عقد تم بطريق الإذعان[٥]، وبناء عليه يعد العقد بين حامل بطاقة الائتمان والبنك مصدر البطاقة عقدًا تم بطريق الإذعان؛ لأنه نموذج لعقد معد مسبقا لا يملك العميل تعديله، وهو ما يضعه في طائفة الإذعان[٦]، ويلتزم

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون ناشر، ١٩٩٢م، ص٨٠ ٨١، د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ط١٩٩٩،١م.

(٢) د/ محمد شريف عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية ، سنة٢٠٠٦م، ص ٧.

(٣) د/حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٩٥م، ص ١٢٤.

(٤) د/ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص١٩٠.

(٥) د/ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٦) د/ خالد مصطفي، خالد مصطفي فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية والقانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، الناشر دار الجامعة الجديدة – ٢٠٠٧، ص ٢٢٤.

حامل البطاقة بالسداد للبنك، وعدم استخدام البطاقة بعد انتهاء مدتها، وعدم تجاوز مبلغ الضمان.

وهناك من يرى أن العقود الإلكترونية لا يتوافر فيها الاحتكار، والمتعاقد يتنقل عبر صفحات الويب والمواقع الأخرى بحثًا عن فرص أفضل للتعاقد، مما يخرجه من دائرة الاحتكار والضعف، وهناك من يرى أن المتعاقد الإلكترونى دائمًا طرف ضعيف فى التعاقد، ولذلك فمن العدالة اعتبار العقود التى يبرمها بهذه الطريقة تستحق الحماية، بحيث يكون له حق طلب تعديل الشروط التعسفية[١] أو الإعفاء منها.

والمشرع المصرى في مشروع قانون التجارة الإلكترونية، اعتبر العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية أحد عقود الإذعان استنادًا إلى الطريقة التى يبرم بها فى الغالب هى طريقة الإذعان، وأعطي الحق للتدخل لصالح الطرف المذعن عند كل شرط تعسفي يرد بالتعاقد، وينطبق ذلك على معظم العقود النمطية أو نماذج العقود التى ينتشر جانب كبير منها فى التعاقدات الإلكترونية[٢]، ومعظم التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية تتضمن أحكامًا قانونية خاصة بالمعاملات والعقود الإلكترونية تتيح للمتعاقد عندما يكون طرفًا ضعيفًا فى هذه العقود حماية قانونية أكبر من الحماية التى توفرها القواعد العامة للطرف المذعن، ولا يعتبر العقد الإلكترونى من العقود التى تبرم عن طريق الإذعان أى ليست عقود إذعان[٣]

(١) د/عبد الفتاح بيومى حجازى، النظام القانونى لحماية التجارة الالكترونية، دارالفكر الجامعى،٢٠٠٢م، ص٢٣٦.

(٢) د/ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعى، ص٧.

(٣) د/ سمير برهان، المرجع السابق، ص ٢.

عندما يمكن التفاوض حول شروطها ومناقشتها، ويتم وضع شروطه بحرية إرادة الطرفين[١].

ولكن إذا تم إبرام العقد إلكترونيًا عن طريق التسليم بشروط مقررة موضعة سلفًا، يعتبر العقد الإلكتروني قد تم بطريق الإذعان، وبناء عليه ليس بالضرورة أن تكون العقود الإلكترونية أبرمت بطريق الإذعان دائمًا، فيمكن أن تبرم بطريق المساومة، ويمكن أن تبرم بطريق الإذعان، ولكن إذا أبرمت بطريق الإذعان وترتب عليها شروط تعسفية، فإنها تستحق الحماية بتعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها أو تفسيرها بما يتفق مع مصلحة المذعن، ويذهب الرأى المعارض لفكرة الإذعان في العقود عبر الوسائل الإلكترونية[٢]، إلى أنه لا يمكن اعتبار هذا العقد من قبيل عقود الإذعان ما لم يتوافر له باقي شروط عقد الإذعان من احتكار فعلي أو قانوني، وأن يكون المنتج سواء أكان سلعة أو خدمة من ضروريات الحياة وعرض المنتج بشروط متماثلة وعلى جهة الاستمرار، وليس بالضرورة أنى يكون العقد الإلكتروني من عقود الإذعان دائما على الرغم من أنها تكون معدة مسبقا للموقع الإلكتروني للتاجر، طالما أنها لم تتعلق بخدمة أو سلعة ضرورية، ولم يتم احتكار فعليا أو قانونيًا.

(١) د/ صلاح الدين الناهي، الوجيز الوافى فى القوانين المرعية فى العراق والأردن والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربى، عمان ١٩٨٤م، ص ٣٩.

(٢) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص٢٣٨، وما بعدها د.أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص٢٧،حاشية رقم ٤١، مراد محمود يوسف، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دارسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٧، ص٨١ ٨٠.

وتتبنت محكمة النقض المصرية فى أحكامها[١] أن عقود الإذعان تتوافر إذا تعلقت بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب للسلعة أو المرافق احتكارا قانونيًا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب عام ومستمر لمدة غير محدودة وبشروط واحدة، والسلع الضرورية التي لا غني للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، وهناك من يتمسك بالشروط الثلاثة لعقد الإذعان، ويرى وجود شركات احتكارية على الإنترنت تقوم بتسويق بضائعها وعرض شروطها وأحكامها وأسعارها، ولا تجد من يجاريها في ذلك بالمناقشة، وما على المشترى إلا أن يسلم بشروط هذه الشركات ويذعن لها[٢]، مثال شركة مايكروسوفت الأمريكية والتي تحتكر غالبية برامج الكمبيوتر في العالم، وهناك من الفقه الفرنسى من يرى تراجع الرضائية فى التعاقد الإلكترونى، وتدهور الحرية التعاقدية[٣]، لم يعد العقد يعبر عن شريعة المتعاقدين؛ لأنه لم يعد عبارة عن توافق إرادتين بل عبارة عن إرادة مشرعة وإرادة قابلة، ولذلك يحتاج الأمر إلى دخول إرادة ثالثة وهى إرادة القاضى لإزالة تجاوز الإرادة المشرعة وإعادة التوازن العقدى، ليصبح شريعة المتعاقدين، نظرًا للالحاح والحث على الشراء واستمرار العرض

(١) نقض مدني ١٢ مارس ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض، س٢٥، رقم ٨٠، ص ٤٩٢.

(٢) د/ أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص ١١.

(3)XAVIER LAGARDE Observation critiques sur la renaissance du formalisme P:1769.

واستخدام فنون التصوير والحركة[١] فى التعاقد الإلكترونى، ويزيد من المخاطر استعمال التكنولوجيا الأكثر حداثة مثل الكاميرات الرقمية والعروض المشوهة للحقيقة[٢]، والشروط التى يضعها الموجب أو صاحب المتجر فى التعاقد الإلكترونى، يحدد فيها القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، لذلك فإن حل مشكلة المعاملات التى تتم عبر الإنترنت، يجب أن توضع داخل إطار قانونى ينظم كل المعاملات الإلكترونية، وهذا يتطلب دراسة نظرية العقد فى ضوء مستحدثات العصر الحديث، وفى ضوء التعامل عبر شبكة الإنترنت[٣]، والاتجاه الذى ينظر إلى الإذعان كعقد وفقا للمفهوم الواسع، يلتزم بنص المادة ١٠٠ مدنى المصرى، وشرطها المتمثل فى التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل فيه مناقشة، وهذا التوجه يوسع من نطاق حماية، ولكن يعيب الاتجاه العقدى الموسع للإذعان أنه مازال ينظر إلى الإذعان كعقد، بالرغم من عدم توافقه مع نزاهة المشرع، والحرية والعدالة التعاقدية، وتوافق وتكافىء المراكز التعاقدية.

(١) د/أحمد عبد الله محمد، رسالة دكتوراة بعنوان التراضى فى العقود التى تتم عبر الإنترنت، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣م، ص١٤٦.

(٢) د/ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك فى التعاقد الإلكترونى، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، ص١٨٤، وما بعدها.

(٣) د/ أحمد عبد الله محمد، رسالة دكتوراه بعنوان التراضى فى العقود التى تتم عبر الإنترنت، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣م، ص١٤٤.

## المبحث الثانى

## أسانيد التكييف الحديث للإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

يشوب تكييف الإذعان وفقًا للنظرية اللائحة والنظرية العقدية الكثير من أوجه القصور، مما يعطل النصوص الحمائية للمتعاقد المذعن، لذلك كان من الضرورى تبنى تكييف واقعى للإذعان لتحقيق الحماية وخاصة فى التعاقد الإلكترونى، وما يحيط به من تحديات ومخاطر، وذلك لحين تدخل المشرع ورفع شعار عصرنة القوانين وتطويرها، بما يتناسب مع التطور الاقتصادى والتقنى والمعلوماتى كما فعل المشرع الفرنسى، والتركيز على المضمون العقدى، والعدالة التعاقدية، ومراعاة الخلل فى المراكز التعاقدية والحد من الشروط التعسفية.

وبالنظر إلى النظام القانونى الفرنسى نجده رفع شعار عصرنة القوانين، وتطويرها، وتبسيط الإجراءات، فجاء بتعديلات القانون المدنى الفرنسى بالأمر رقم ١٣١/٢١٦ فى العاشر من فبراير ٢٠١٦م، وذلك تطبيقًا للمادة الثامنة من القانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠١٥م والمؤرخ بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٦م، وتم التأكيد على ضرورة تطوير القانون، وضرورة تبسيط الإجراءات القضائية والأعمال الداخلية، وتم تعديل ٣٥٠ مادة من القانون المدنى الفرنسى تشمل الكتاب الثالث الخاص بالقانون المدنى، وهذه التعديلات دخلت حيز التنفيذ فى ٢٠١٦/١٠/١م، ولذلك نتبنى تكييف حديث للإذعان كطريقة من طرق التعاقد، وتحديد الأسانيد التى تؤيد ذلك، سواء أكانت أسانيد شكلية أم قانونية أم تاريخية أم تقنية أم تطورات فى نظم مقارنة، والتطبيق على تعديلات القانون المدنى الفرنسى فى ٢٠١٦م، بما يؤيد تبنى الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد،

تستحق الحماية إذا ترتب عليها شروط تعسفية، وتستحق التنظيم للحد مما يترتب عليها من سلبيات ونوضح ذلك فيما يلى:-

## المطلب الأول

## الأسانيد الشكلية والقانونية لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، ويسبق انعقاده غالبًا مراحل تمهيدية كالتفاوض، ولأهمية هذه المرحلة نظم المشرع الفرنسى فى تعديلات ٢٠١٦م التفاوض، ومبدأ حسن النية، والالتزام بالإعلام والتبصير عند التفاوض، حتى يتم التوافق على شروط التعاقد، أو المضمون التعاقدى الذى يحقق مصلحة الطرفين، وتعد مرحلة التفاوض أهم مراحل التعاقد[١]، وإذا لم تكتمل مراحل التعاقد، وتم صياغة محتوى العقد بالإرادة المنفردة للموجب، دون مناقشتها أو التفاوض حولها من المتعاقد الآخر، نكون أمام طريقة من طرق التعاقد تستحق الحماية لإزالة ما ترتب عليها من شروط تعسفية تخل بالتوازن العقدى.

ونعتقد أن تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يتسم بالواقعية، والعدالة؛ لأنه يوسع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية وعلى الأخص فى التعاقد الإلكتروني، ويتناسب مع التطورات التقنية وتحدياتها ومخاطرها ويتفق مع نزاهة

(١) انظر د/عبد المنعم فرج الصدة، رسالة دكتوراة بعنوان عقود الإذعان في القانون المصري، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٤٦م، ص٧٧، د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٤ وما بعده.

المشرع، ومقتضيات العدالة، واحترام المبادىء العامة، ويفعل النصوص الحمائية للإذعان، وبالرغم من عدم توافقه مع ما تتبناه محكمة النقض المصرية، نعتقد أن تبنى تكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد لا يتعارض مع نصوص القانون والمبادىء العامة، فضلاً على أنه يشجع على التفكير بفكر مختلف فى القواعد العامة، حتى يتحقق التوازن العقدى، ويعد هذا التفكير مرحلة انتقالية لحين تطوير القواعد العامة أو وضع قواعد خاصة تتناسب مع تطورات عصر التقنية، كما فعل المشرع الفرنسى فى تبنى عصرنة وتطوير القانون المدنى، ونوضح فيما يلى الأسانيد الشكلية والقانونية التى يمكن الاستناد إليها لتبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد تستحق الحماية، عندما يترتب عنها شروط تعسفية.

## الفرع الأول

## الأسانيد الشكلية لتكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

توجد مجموعة من الأسانيد الشكلية التى يمكن الأستناد إليها لتبرير تكييف الإذعان كطريقة استثنائية وخاصة من طرق التعاقد وهى:-

### الغصن الأول

### السند الأول لتكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

### (صراحة نص المادة ١٠٠ و ١٤٩ مدنى مصرى)

نستند فى تكييف الإذعان على أنه طريقة خاصة من طرق إبرام العقود، وليس نوع معين من العقود أو لائحة وذلك استنادًا إلى النص الصريح من المشرع فى المادة ١٤٩ مدنى مصرى على أن الإذعان طريقة من طرق التعاقد، حيث جاء فى نص المادة

١٤٩ على أنه ( إذا تم العقد بطريق الإذعان....) وهذا يؤيد التوجه نحو تكييف الإذعان على أنه طريقة من طرق إبرام العقود، ولا اجتهاد مع صراحة النص.

ونفس الأمر ينطبق على المادة ١٠٠ مدنى مصرى، حيث نظمت القبول فى الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد، فلم يُعرف المشرع الإذعان كعقد، ولم يوضح مبادئه، وأحكامه، وحقوق، والتزامات أطرافه، ولكنه وصف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد، حيث عرف الإيجاب والقبول الإذعانى فى المادة ١٠٠ بأن القبول الإذعانى يعنى بنه التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، وعرف الإيجاب الإذعانى بأنه شروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل فيها مناقشة، وتنظيم الإيجاب والقبول الإذعانى قى المادة ١٠٠ مدنى مصر يعنى صراحة تنظم طريقة خاصة للتعاقد يتم فيها تنظيم سلطة وسيادة إرادة القوى، وخشوع وتسليم إرادة الضعيف، ولذلك تستحق هذه الطريقة كطريقة خاصة واستثنائية من طرق التعاقد إلى حماية إرادة الضعيف إذا ترتب على التعاقد بهذه الطريقة شروط تعسفية، وفى ظل هذه الطريقة الاستثنائية، لا ينعقد العقد بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين وفقًا للمادة ٨٩ مدنى مصرى، بل ينعقد بتسليم إرادة المذعن لإرادة الموجب ولشروطه.

## الغصن الثانى

## السند الثانى لتكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

## (تبويب الإذعان فى القانون المدنى المصرى ضمن طرق التعاقد)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة من خاصة من طرق إبرام العقود، وليس نوع من العقود أو لائحة، استنادًا إلى تبويب، وتنظيم، وتنسيق، المشرع المصرى للإذعان ضمن المبادىء والأحكام العامة فى القانون المدنى حيث تناولها ضمن طرق إبرام العقود فى المادة ١٠٠ من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدنى المصرى كإحدى الطرق الخاصة فى إبرام العقود، حيث إن المشرع المصرى نظم إبرام

التعاقد بطريق المساومة فى المواد من ٨٩ الى ٩٨ مدنى مصرى، ويلى ذلك مباشرة تنظيم إبرام العقود بطريق المزايدات المنظم فى المادة ٩٩ مدنى مصرى، ثم قام بتنظيم إبرام العقود بطريق الإذعان فى المادة ١٠٠ مدنى مصرى.

وهذا الترتيب يؤكد أن صياغة نص المادة لا يصلح عند تبويبه سوى أن يدرج ويبوب مباشرة ضمن نصوص تنظيم طرق التعاقد، ولو كان الإذعان فى القانون المصرى عقدًا، لكان المشرع المصرى عند تنظيمه للقانون، أو عند تبويبه وتنسيقه للقانون المدنى أدرجه ضمن العقود المسماة، وهذا لم يحدث، حيث إن المشرع المصري عند تنظيمه للعقود التى تتم بطريق الإذعان لم يهدف إلى تنظمها كنوع من أنواع العقود المسماة، وعند تنسيقه وتبويبه وُجد أن مكانها المناسب يجب أن يكون ضمن طرق التعاقد، والدليل على ذلك أن المشرع لم ينظمها داخل الكتاب الثانى للقانون المدنى، والذى نظم فيه العقود المسماة.

وبالتالى لم تكن نية المشرع المصرى متجهه إلى تنظيم الإذعان كعقد، وكذلك عند التبويب والتنسيق للقانون المدنى، لم يبوبها مع العقود المسماة[1] وهى العقود التى ينظمها المشرع بتحديد المبادىءالعامة لها، وتحديد حقوق والتزامات كل طرف من أطراف التعاقد، وهذه العقود يراعى فيها طبيعة ونوع العملية التعاقدية، ومن ثم إذا كان المشرع لديه النية لتنظيمها كعقد لكان قد أدرجها فى الكتاب الثانى ونظم مبادئها وحقوق والتزامات أطرافها، مثلما نظم عقد البيع والإيجار والعمل وغيرهم من العقود المسماة.

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦.

## الغصن الثالث

## السند الثالث لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تقسيم العقود حسب طريقة التعاقد إلى مساومة و إذعان)

يقوم هذا السند من أسانيد تكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد على أن جميع فقهاء القانون المدنى عند تقسيمهم للعقود حسب طريقة إبرامها تقسم إلى عقود تتم بطريق المناقشة الحرة أو المساومة، وعقود تتم بطريق الإذعان[١]، وهذا يعد اتفاقًا ضمنيًا على أن الإذعان طريقة من طرق إبرام العقود.

وهناك من تناول الإذعان عندما تناول أنواع القبول فى طرق إبرام العقود فتناول القبول فى طريقة إبرام العقود بالمساومة، والقبول فى طريقة إبرام العقود بالمزاد العلنى، والقبول فى طريقة إبرام العقود بالإذعان كصورة خاصة من صور القبول[٢]، وهذا تأكيد أيضًا على أن الإذعان طريقة من طرق إبرام التعاقد، حيث إن القبول فى العقود التى تتم بطريق الإذعان وفقًا للمادة ١٠٠ مدنى مصرى يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل فيها مناقشة، وهذا يؤكد وجود

(١) د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٧٣ ٧٧، ود/ محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، من ص٣٥ ٣٩، ود/ على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ٢٠٠٤ ٢٠٠٥م، دار النهضة العربية، ص٣٤ ٣٨، ود/ فواز صالح، القانون المدنى، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١م ٢٠١٢م، ص ١٠٠ ١٠٣.

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادار الالتزام، دار احياء التراث العربى، بيروت، لبنان، من ص٢٢٩ ٢٣٥، ود/ مصطفى محمد الجمال، القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربى والمستمدة من الفقه الإسلامى وتطبيقاتها القضائية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص٩٥ ٩٨، د/سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدنى، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ ٢٠٠٣م، ص ٧٨ ٧٩.

نوع جديد من القبول فى العقود التى تبرم بطريق الإذعان، والتى جاءت نتاج قيام شركات ومشروعات كبيرة بتقديم السلع والخدمات الضرورية للجمهور، ويعد القبول فى العقود التى تبرم بطريق الإذعان قبول المضطر، وهذا يعد نوعًا من الإكراه، ولكنه إكراه ناتج عن عوامل اقتصادية، وليس متصلاً بعوامل نفسية كعيب من عيوب الإرادة[1]، ولكن جادت تعديلات القانون المدنى الفرنسى، واعتبرت ظروف التعاقد كما فى الإذعان إكراهًا، وتعامل كعيب من عيوب الإرادة.

## الغصن الرابع

## السند الرابع لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تكييف الإذعان كعقد يخفى الطبيعة الحقيقية للعقد)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة خاصة من طرق إبرام العقود، وليس كنوع معين من العقود أو لائحة، استنادًا إلى أنه لا يجوز أن يسمى العقد بطريقة أو وسيلة إبرامه؛ والعلة من ذلك حتى لا تخفى طريقة التعاقد الطبيعة الحقيقية لأحكام العقد، فلا يجوز أن تطغى الطريقة التى أبرم بها العقد على الطبيعة الحقيقية للعقد، فمثلاً مع التسليم جدلاً بأن الإذعان يعتبر عقدًا إذا توافرت الضوابط القضائية الثلاثة التى استقرت عليها محكمة النقض المصرية من توافر إيجاب عام واحتكار فعلى أو قانونى أو منافسة محدودة، وضرورية السلعة أو الخدمة، فإن ذلك يعنى أن أى عقد توافرت فيه الضوابط الثلاثة سواء أكان عقد بيع أم عمل أم تأمين أم....إلخ يطلق عليه عقد إذعان، وهذا غير منطقى؛ أن نخفى التكييف الفعلى للعقد والذى ينظم أحكامه، ويتم تكييفه كعقد استنادًا إلى الطريقة التى أبرم بها.

---

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادار الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

وعلى سبيل المثال يعتبر بعض الفقهاء[١] أن عقد العمل فى الشركات الصناعية الكبيرة، وعقد التأمين، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وعقد النقل مع شركات الطيران والمترو، وعقد اشتراك المياة والنور والغاز....إلخ تعد عقودًا أبرمت بطريق الإذعان، وبناء عليه فأن القول بأن هذه العقود عقود إذعان يخفى التكييف الحقيقى للعقد ويخفى أحكامه؛ ليضفى على العقد مسمى الطريقة التى أبرمت به، والمنطق القانونى يقول أن هذا العقد سواء أكان بيعًا أو تأمينًا أو عملاً ...إلخ، ويفضل أن يقال عقد بيع أو عمل أو تأمين أبرم بطريق الإذعان؛ فلا يجوز أن نخفى طبيعة العقد الحقيقة والتى تبرز الأحكام الأساسية للعقد، لنصبغ عليه صبغة الطريقة التى أبرم بها، لأن فى أصباغ الإذعان كطريقة من طرق التعاقد على العقد، وعدم إظهار الطبيعة الحقيقية للعقد المبرم بطريق الإذعان، ماهو ألا حيلة لتقيد الحماية من الشروط التعسفية؛ نظرًا لأن الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يعرض الإيجاب عن طريق نموذج عقد أو عقد نمطى، وليس للمتعاقد الآخر التفاوض أو المناقشة حولها ومن ثم يمكن القول بأن الإذعان يعد قيدًا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة فى الكثير من العقود منها عقد التأمين[٢]، ومن ثم تستحق العقود التى أبرمت بهذه الطريقة الحماية، وترتب عن ذلك شروطًا تعسفية، ولذلك إذا أبرم أى عقد تحت أى مسمى بطريق الإذعان، وتضمن شروطًا تعسفية فإنه يستحق الحماية الواردة فى المادة ١٤٩ و٢/١٥١ مدنى.

---

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الامارات، ١٩٩٦م، ص٢٤٤.

(٢) التعسف في عقود الإذعان، تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/٨ ، http://www.lawjo.net/__online

## الغصن الخامس

## السند الخامس لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (لم يتبن التقنين الفرنسى كمصدر للقانون المصرى الإذعان كعقد)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة من طرق إبرام العقود استنادًا إلى أن المشرع الفرنسى والأب الروحى للقانون المصرى، لم ينظم الإذعان كعقد، ولكن وضع قواعد للحماية من الشروط التعسفية فى أى عقد يبرم بطريق الإذعان أو الانضمام، ومن أمثلتها عقد الاستهلاك حيث إنه فى المادة ١/١٣٢ من القانون ٩٦/٩٥ لسنة ١٩٩٥م اعتبر أن الشروط التى توجد فى العقد المبرم بين المحترف أو المهنى وغير المهنى أو المستهلك تعد شروطًا تعسفية إذا ترتب عليها عدم توازن ظاهر فى الحقوق والالتزامات على حساب المتعاقد الضعيف.

ولم يرد فى القانون المدني الفرنسي نص مماثل للمادة ١٠٠ مدنى مصرى، ولكن التطورات الاقتصادية والاجتماعية جعلت القضاء الفرنسي يلتفت إلى مسألة التعسف في الشروط، ومحاولة وضع الحلول لها، ومنح القانون للقضاء سلطة تقديرية فيما إذا كان الشرط تعسفيًا من عدمه، وأعطى له الحق في اتخاذ ما يراه مناسبًا من حيث تعديله أو إلغائه، حتى يتم تفعيل نظرية الإذعان كنظرية حمائية للمتعاقد فى ظل التطورات الحديثة، حيث إن ضعف المتعاقد، وعدم التوازن بين مراكز المتعاقدين لم ينشأ هنا من احتكار الطرف القوي اقتصاديًا للسلع والخدمات الضرورية احتكارًا قانونيًا أو فعليًا كما ذهب إليه الفقه التقليدي، وإنما جاء من عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد المفروضة من قبل الطرف الآخر وقلة خبراته إزاء تفوق المنتج في مجال التعاقد.

ونؤكد على أن المشرع الفرنسي لم ينظم الإذعان كعقد فى القانون المدنى، ولكن القضاء الفرنسى قدم الحماية من الشروط التعسفية استنادًا للعدالة وحسن النية[١]، والقوانين الخاصة كذلك قدمت الحماية القانونية فى ظل الخلل فى التوازن العقدى بين المحترف والمستهلك فى عقود الاستهلاك، وحدد المشرع الفرنسى العوامل التى تؤثر فى إصباغ الطابع التعسفى على الشرط حيث إنه فى المادة ١٣٢/٥ من القانون ٩٦/٥٩ لسنة ١٩٩٥م، يقدر الطابع التعسفي للشرط فى لحظة إبرام العقد، مع مراعاة ظروف التعاقد أو الظروف المحيطة بإتمامه، ومراعاة كذلك الشروط الأخرى الموجودة في العقد نفسه أو في عقد آخر مرتبط[٢]، وبناء عليه فأن إبرام العقد بطريق الإذعان أى بالتسليم بالشروط الموضوعة مسبقًا دون مناقشة، يؤكد على توسيع نطاق الحماية لتمتد إلى أى شرط تعسفى، وكذلك فى المادة الثالثة[٣] من التوجيه الأوربى رقم

(1) Soc. 20. Pevr. 1975, Bull. Civ. No. 93/ D. 1993 1994, P.813

(2) Article 132 1 alinéa 5 : " Sans préjudice des règles d'interprétation, prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat à toute les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'a toute les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ".Voir : code de la consommation : op cit, p 209.

(3) Article 3: " Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ".Voir : la directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, op cit.

١٣/٩٣ فى المادة الثالثة منه حيث اعتبر كل شرط في العقود المبرمة مع المستهلك كمتعاقد ضعيف، شرطًا تعسفيًا، طالما ورد فى العقد، ولم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية، ويعتبر شرطًا تعسفيًا عندما يترتب عليه عدم التوازن فى الحقوق والالتزامات على حساب المستهلك كطرف ضعيف.

وأسست محكمة النقض المصرية [١] مبدأ مقتضاه أن قاضى الموضوع هو الذى له السلطة التقديرية فى تقدير ما إذا كان الشرط الوراد فى العقد المبرم بطريق الإذعان تعسفيًا أم لا، وبالتالى إذا أعفى قاضى الموضوع خصمًا فى الدعوى من أحد الشروط، فإن الدفع بعدم جواز ذلك يكون دفعًا غير مقبول طالما أن الإعفاء استند إلى أسباب مقبولة، وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان الشرط تتحقق فيه صفة التعسف من عدمه.

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنه إذا وجد القاضي تعسفًا في شروط العقد، جاز له أن يعفي الطرف المذعن منها، حتى إذا كانت شروط العقد صريحة وواضحة في معناها، لأن الأصل في الشروط العدالة، فإذا تضمن العقد وفقا لما نصت عليه المادة ١٤٩ شروطًا تعسفية وكان قد تم بطريق الإذعان، فللقاضي أن يعفي الطرف الآخر منها وفق ما تقضي به العدالة ومحكمة الموضوع هي التي تملك تقديرًا فيما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا .

(١) م/ أحمد عبد الصادق، المرجع القضائى فى شرح أحكام القانون المدنى، المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة، ج١ الطبعة الاولى ٢٠١١م، ص ٦٦٠، طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ فى١٩٨٩/١٢/١٢، ص٤٠.

## الغصن السادس

## السند السادس لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (إن قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية يجرم الاحتكار)

إن تبنى الإذعان كعقد وفقًا للمفهوم المقيد يفقد وجاهته نهائيًا بعد صدور قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ٣ لسنة ٢٠٠٥م، والذى جرم الاحتكار سواء الفعلى أو القانونى، وتجريم الممارسات الاحتكارية، وترتب على ذلك صعوبة توافر شرط الاحتكار كأحد الشروط التى يتطلبها أنصار هذا الاتجاه، وهو الشرط المتعلق بتوافر الاحتكار سواء أكان فعليًا أم قانونيًا مع مراعاة أن الاحتكار مجرمًا وفقا لمبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر ثالث من مصادر القانون المدنى.

وبناء عليه فأن الحماية القانونية للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية يصعب إن لم يكن مستحيلاً اجتماع شرط الاحتكار مع شرط المنتجات الضرورية، ويزيد على ذلك أن الاحتكار محرم شرعًا وفقا لمبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر ثالث من مصادر القانون المدنى، ومحرم قانونًا وفقا لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م.

والاحكتار إن كان سببًا أو مثالاً يترتب عليه التسليم بشروط تعسفية، فإن ذلك لا يمنع من وجود أسباب أخرى قد يترتب عليها التسليم بالشروط التعسفية، مما يتوجب معه حماية المتعاقد من التسليم بالشروط التعسفية بغض النظر عن أسبابها، وأن الاحتكار يعتبر رمزًا أو يمثل القوة التى تمكن المتعاقد القوى من فرض شروط التعسفية، لذلك يجب حماية المتعاقد من أى قوة تؤدى إلى ذلك، ويأتى ذلك بتبنى الإذعان كطريقة من طرق إبرام العقود، وحماية المتعاقد الضعيف مما يترتب على هذه الطريقة من شروط تعسفية.

## الغصن السابع

## السند السابع لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (السند التاريخى وتقليص دور الدولة فى الرقابة على العقود)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة من طرق إبرام العقود استنادًا إلى النظرة التاريخية التى تم تنظيم الإذعان فيها، والتى تعود إلى العصر الملكى والنظم الاشتراكية، وذلك بهدف السماح للدولة بالتدخل وفرض رقابتها على الشركات أو الأشخاص الممنوحة احتكار أو امتياز على مرفق عام؛ لمنع المحتكرين فى مثل هذه العقود من إدراج شروط تعسفية تضر بمصلحة المنتفعين من هذه المرافق مثل مرفق توصيل الغاز أو الكهرباء أو المياه أو التليفونات...إلخ أى أن الإذعان كنظرية وُجدت لتستطيع الدولة أن تمارس رقابتها وسيطرتها على الشركات التى تحتكر الخدمات والسلع الضرورية، وذلك لحماية أفراد المجتمع من أية شروط تعسفية يمكن أن تدرجها هذه الشركات فى العقود، ولكن مع التطورات المتسارعة فى المجتمع، يكاد أن تكون أغلب العقود تتم بطريق الإذعان، وخاصة فى التعاقدات الإلكترونية، لذلك نحتاج إلى تبنى نظرية الإذعان بما يتناسب مع هذه التطورات، ويتطلب فتح المجال لتحقيق هذه النظرية أهدافها، وتقييد وضع شروط تعسفية، وخاصة أن محكمة النقض لم تقدم الحماية للكثير من العقود التى تبرم بطريق الإذعان وتتضمن شروطًا تعسفية، نظرًا لتمسكها بالضوابط الثالث من إيجاب عام، واحتكار فعلى أو قانونى أو منافسة محدودة، وكذلك ضابط ضرورية أو أولية السلعة أو الخدمة وتعلقها بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات.

وبناء عليه رفضت محكمة النقض المصرية اعتبار عقد الإيجار من عقود الإذعان لعدم توافر الاحتكار الفعلى أو القانونى، ولم تعتبر عقود النقل الداخلى للركاب، وعقود بيع السيارات من عقود الإذعان؛ لأنها لا تعد من اللوازم الأولية للجمهور،

وتملك محكمة الموضوع سلطة تقدير مدى تعسفية الشرط من عدمه، كما أن عدم علم المذعن بالشروط ينفى التراضى عليها[١]، وتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يتناسب مع الهدف الأساسى من نظرية الإذعان المتمثل فى تحقيق التوازن العقدى فى ظل التفاوت فى المراكز التعاقدية، والواقع العملي لا يرتبط بعقود تتعلق بسلع وخدمات احتكارية بقدر ارتباطه بشروط تعسفية تتحدد مضمونها كليًا أو جزئيًا ويقبلها المتعاقد الضعيف دون مناقشة[٢]، لذلك يجب نبذ التشدد عند تكييف الإذعان؛ لأن عدم التوازن العقدي لا ينشأ عن احتكار فقط بل ينشأ من عدم القدرة على مناقشة شروط العقد لأسباب اقتصادية أو فنية أو معلوماتية ....إلخ.

## الفرع الثانى
## الأسانيد القانونية والمبادىء العامة التى تبرر تكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

توجد مجموعة من الأسانيد القانونية والمبادى العامة التى يمكن الاستناد إليها لتبرير تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد وهى:-

### الغصن الأول
### السند الثامن لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد
### (تنظيم الإذعان كعقد يتعارض مع نزاهة المشرع)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة من طرق إبرام العقود استنادًا إلى أن تنظيم الإذعان كعقد محدد من العقود يعنى أن المشرع يسمح بتحكم طرف فى العملية

(١) انظر د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، نقض١٩٨٥/١٢/٢٣م، طعن٤٤٧، س٥٠، ١٩٦٩/٦/٣م، س٢٠، ص٨٥١، ١٩٧٤/٣/١٢م، س٢٥، ح٢، ص٤٩٢، طعن رقم ٣٨٨ سنة ٥٧ ق، ١٩٨٩/١٢/١٢م، س٤٠، ع٣، ص٢٨٨.

(٢) د/ منصور حاتم محسن، د/إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير فى العقد، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر، ص٤٣٨.

التعاقدية، وذلك لا يتفق مع نزاهة المشرع، ومقتضيات العدالة بين المتعاقدين، ويتعارض مع المادة ٨٩ مدنى مصرى، والتى تقرر أن العقد عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين، وينعقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، ولكن تنظيم الإذعان كطريقة من طرق التعاقد تستحق الحماية إذا تضمنت شروطًا تعسفية تضر بمصلحة المتعاقد المذعن أو المضطر يتفق مع نزاهة المشرع.

## الفصل الثانى

## السند التاسع لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تنظيم الإذعان كعقد يتعارض مع المبادىء العامة للعقود)

يتم تكييف الإذعان على أنه طريقة من طرق إبرام العقود استنادًا إلى ضرورة إرساء المبادى العامة للعقود؛ لأنه حتى يكون العقد شريعة المتعاقدين يجب أن يتوافر مبدأ سلطان الإرادة، والتقاء إرادتين حرتين واعيتين يشتركان فى وضع محتوى عقدى متوازن ليكون شريعة المتعاقدين[١]، وتكييف المادة ١٠٠ مدنى مصرى على أنها تنظيم من المشرع لنوع من العقود، يعنى إهدارًا لمبادىء الحرية التعاقدية والرضائية وسلطان الإرادة، كما أنه لا يتفق مع قواعد العدالة أما تكييفها على أنها طريقة من طرق إبرام العقود، تحتاج إلى الحماية الواردة فى المادة ١٤٩ ، ٢/١٥١ مدنى مصرى طالما ترتب عليها شروط تعسفية يتفق مع باقى نصوص القانون المدنى ويحقق العدالة ويحمى مبادىء الحرية التعاقدية.

(١) د/ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس ١٩٩٣م، ص ٣٨وما بعدها .

ويتطلب توافر الحرية التعاقدية بمفهومها الواسع، والتى لا تقتصر على قبول التعاقد فقط من عدمه، ولكن تراعى التكافؤ فى المراكز التعاقدية لتحقيق التوازن العقدى دون تغليب المركز التعاقدى لطرف من أطراف التعاقد على حساب الآخر، وذلك للتوفيق بين المصالح المتعارضة للمتعاقدين، والبعد عن الفردية، وضمان التعامل بحسن نية عند إبرام العقد، وعند تنفيذه، ولكن فى العقود التى تتم بطريق الإذعان يتم تغليب طرف على حساب الآخر، ويترتب على الشروط التعسفية الناتجة عن إبرام العقد بطريق الإذعان، إحداث خلل فادح فى التوازن العقدى، وهذا يتنافى مع مبدأ حسن النية فى إبرام العقود وتنفيذها، ولا يتفق مع قواعد العدالة[1]، وبناء عليه إذا أبرم العقد بطريق الإذعان مع تغليب المركز التعاقدى للمذعن له على حساب المذعن ووضع الشروط التعاقدية بطريقة مسبقة دون مشاركة المذعن فيها، وترتب على ذلك خلل فادح أو ميزة مجحفة لمصلحة المذعن له، وذلك عن طريق إدراج شرط أو شروط تعسفية فإن العقد الذى أبرم بهذه الطريقة يستحق الحماية، والتى تتمثل فى تدخل القاضى فى العقد لتعديل الشرط أو الشروط التعسفية أو إعفاء المذعن منها وتفسير أى غموض فى العقد لمصلحة المذعن.

## الفصل الثالث

## السند العاشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (توسيع نطاق تطبيق نظرية الإذعان الحمائية)

إن تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يوسع من نطاق الحماية بعكس تكيفها بأنها نوع من أنواع العقود، حيث إن الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يعنى التسليم بشروط مسبقه يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها، وبناء عليه إذا تم التعاقد

(١) د/ محمد إبراهيم بندارى، المراجع السابق، ٩٥.

بهذه الطريقة، وترتب عليه شرط تعسفي، فإن هذه الطريقة تستوجب تدخل القضاء لتعديل الشرط التعسفى أو الإعفاء منه وفقًا للمادة ١٤٩ مدنى، وكذلك تفسيره لصالح المتعاقد المذعن وفقًا للمادة ٢/١٥١ مدنى، ولكن تكييف الإذعان كعقد بالمفهوم الواسع، وتتطلب شرطًا وحيدًا يعطل النصوص الحمائية لأنه ينظر إلى العقد كوحدة واحدة، فأما أن يكون عقد إذعان أم لا، ولا يحمى المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفى، إلا إذا تم التسليم بشروطه ككل، ولكن تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يوسع من نطاق الحماية لتحمى الشرط المبرم بطريق الإذعان حتى وإن كان العقد كله إبرم رضائيًا دون هذا الشرط الإذعانى، طالما أن هذا الشرط لم يناقش وتم التسليم به وكان شرطًا تعسفيًا فإن هذا الشرط يستفيد من الحماية الواردة فى المادة ١٤٩ والمادة ٢/١٥١ عند تبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد.

والتمسك بتكييف الإذعان كعقد بالمفهوم الضيق واشتراط تجمع الضوابط الثلاثة يقيد من نطاق الحماية من الشروط التعسفية، فيجعلها قاصرة على العقد الذى يتوافر فيه الضوابط المتشددة، فى حين أن تكييف الإذعان بأنه طريقة من طرق التعاقد يوسع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتشمل حماية العقد ككل، إذا أبرم كله بطريق الإذعان، وكذلك حماية الشرط التعسفى الذى تم بطريق الإذعان حتى وإن كان هذا الشرط مدرجًا ضمن عقد تم بأكمله بطريق المساومة، بمعنى أن هذا الشرط التعسفى تم التسليم به دون الحق فى المناقشة، ويتم الحماية من الشرط التعسفى سواء أكان قد أدرج عند إبرام العقد أم بعد إبرامه أى شرط لاحق على إبرام العقد أو أثناء تنفيذه.

ويجب مراعاة استمرار العمل بالفكر السائد حول عقود الإذعان والتمسك بالشروط الثالثة يفقد نظرية الإذعان كنظرية حمائية فائدتها، ويعطل موادها الحمائية، ويفقدها أهميتها، ويخرج معظم التعاقدات الإذعانية من نطاق الحماية المقرر للطرف

الضعيف في عقود الإذعان لمجرد عدم ضرورية السلعة موضوع العقد أو لأن الطرف القوي لا يصنف على أنه محتكر للسلعة أو المنتج أو الخدمة محل التعاقد(١)، والتكييف الواقعى للإذعان يكون من خلال النصوص القانونية فنجد فى القانون المدني المصري أن المشرع المصري لم يعرف عقد الإذعان واكتفي بوضع بعض الأحكام الخاصة بإبرام العقود عن طريق الإذعان في المواد ١٠٠، ١٤٩، ٢/١٥١.

واعتبار الإذعان إحدى طرق إبرام العقود، يجعل الحماية تمتد إلى أى شرط من الشروط التعاقدية للعقد طالما أن الشرط تم الاتفاق علية وفقا لطريقة الإذعان حتى وإن تم النقاش والتحاور حول الشروط التعاقدية الأخرى، أو حتى وإن لم يكيف العقد ككل بأنه عقد إذعان، أى أن هذا التكييف يمد الحماية إلى الشروط التعسفية التى تتم بطريق الإذعان، حتى وإن لم يكن العقد إذعانا بأكمله، وشرط الإذعان هو أى شرط يضعه الموجب ولا يقبل فيه أى مناقشة أو تعديل، ويستحق الحماية إذا كان تعسفيًا، وهذا التكيف القانونى للإذعان كطريقة خاصة من طرق إبرام العقود يقدم حماية أوسع للطرف الضعيف تفوق الحماية التى تتوافر أيضا إذا أخذنا بالمفهوم الواسع لعقود الإذعان كما يرى الكثير من الفقهاء حديثًا، وهو بذلك يقدم حماية أكبر للمستهلك، وهذه الحماية ممثلة في سلطة القاضي وفقا للمادة ١٤٩ مدني بتعديل الشروط التعسفية إن وجدت في العقود التى تتم بهذه الطريقة أو إعفاء الطرف المذعن منها، وأن الشك في التعاقد يفسر لمصلحة المذعن وفقا للمادة ٢/١٥١ مدنى مصرى.

وتبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يعنى عدم تعطيل نص المادة ١٤٩ والمادة ٢/١٥٢ حيث إن المادة ١٤٩ من القانون المدني المصرى التي تحمي الطرف الضعيف المذعن، وكذلك المادة ٢/١٥١ لن تكون لهما أي فائدة ولن تحقق أيًا من

(١) د/ عنادل عبد الحميد المطر، رسالة دكتوراة بعنوان التراضي في العقد الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ٥٧.

أهدافها إلا إذا أخذنا فى الاعتبار أن يكيف الإذعان كطريقة من طرق إبرام العقود بين طرف قوى وطرف ضعيف، حيث إن الشروط التى يجب توفرها، لاعتبار العقد من عقود الإذعان وفقا للمفهوم الضيق، هى شروط مستحيل اجتماعها معًا، ويؤكد ذلك عدم صدور أى حكم قضائى فى صالح أى مذعن أو مضطر يدعى استحقاقه للحماية المقررة للعقود التى تبرم بطريق الإذعان.

## الغصن الرابع
## السند الحادى عشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد
## (تناسب هذا التكييف مع تطورات المجتمع)

إن تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يتناسب مع ما يحيط المجتمع من تطورات، وعلى الأخص فيما يتعلق بالتطور فى وسائل التعاقد والتعاقد الإلكترونى، وما يحيط به من تحديات ومخاطر قد تضر بالطرف الضعيف، وتتوافق كذلك مع القوانين الخاصة التى تسعى إلى حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، حيث يقضى ببطلان كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزامات واردة في هذا القانون.

وتستحق هذه الطريقة الحماية التى قدمها المشرع للطرف الضعيف أو المذعن، لأنها طريقة مجحفة من طرق إبرام العقود، وهذا التكيف أو المفهوم للإذعان يتناسب مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والفنية والمعلوماتية الحديثة، ويتفق مع نية المشرع، ويتناسب مع الواقع الذى تختل فيه المراكز التعاقدية بين الطرف الضعيف والطرف القوى أو المحترفين والمستهلكين، وهذا التكيف للإذعان كطريقة خاصة من طرق إبرام العقود يعتبر تطورًا للمفهوم الواسع في تكييف العقود التى تتم بطريق الإذعان، وبالتالى لم يعد من المعقول منطقيًا وقانونًا أن يستمر قصر عقود الإذعان

علي السلع والخدمات الضرورية والحيوية والهامة فقط، لأن هذه السلع تختلف أهميتها من شخص إلى شخص ومن وقت إلى آخر.

ولم ينظم المشرع المصرى التعاقد الإلكترونى بنظم خاصة مباشرة تراعى ضعفه وعلى الأخص عندما يكون مستهلك إلكترونى فى مواجهة محترف، حيث إن القضاء المصرى عند تبنى المفهوم الضيق لعقد الإذعان واشتراطه الاحتكار وضرورية المنتجات، كشرط لتعديل الشروط التعسفية، لم يفرق بين المتعاقد العادى والمتعاقد الإلكترونى من خلال الإنترنت، وبناء عليه يحتاج المتعاقد الإلكترونى إلى قواعد خاصة تحمى ضعفه التعاقدى، وخاصة فى ظل التعاقد من خلال نماذج عقود موضوعة مسبقًا، وتتضمن الكثير من الشروط التعسفية المجحفة، وبالتالى يكون من الأفضل تطبيق القواعد الحمائية فى نظرية الإذعان على أساس أن الإذعان طريقة من طرق التعاقد، حتى يتحقق التوافق بين الواقع والقانون، وخاصة فى ظل ما يحيط بالتعاقد الإلكترونى من مخاطر وتكتلات.

والدافع لتبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد يتمثل فى انتشار العقود والشروط التى تتم بطريق الإذعان وخاصة فى التعاقد الإلكترونى، وتوجد أسباب كثيرة أدت إلي انتشار الإذعان كطريقة من طرق التعاقد، وكذلك انتشار الشروط التعسفية التى تتم بطريق الإذعان وعدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد المعد مسبقًا من الطرف الآخر، وقلة خبراته في النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية وتفوق المنتج في مجال التعاقد وتمكنه من فرض الشروط المختلفة دون مفاوضة[١]، ويدعمنا بطريقة غير مباشرة من ينادى[٢]بضرورة التفرقة بين التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق ، ص ١٥١.

(٢) د/ خالد ممدوح إبراهيم، العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي القاهرة، سنة ٢٠٠٥م، ص٦٤ ٦٥.

والدخول فى تفاوض، وبين التعاقد عبر مواقع الإنترنت ومن خلال نماذج معدة مسبقًا متضمنة شروط التعاقد، ولا يملك المتعاقد الإلكترونى التفاوض حول شروطها، وهنا يعتبر العقد الإلكترونى من العقود التى تتم بطريق الإذعان، ويستحق الحماية التى توفرها عقود الإذعان، ولكن التعاقد من خلال البريد الإلكتروني أو الشات أو غيرهما، ويملك المتعاقدان الحرية فى التفاوض حول شروط التعاقد، فهنا يخرج هذا النوع من التعاقد من دائرة عقود الإذعان.

ويتبنى نفس الرأى من يرى أن العقد الإلكترونى حسب الأصل العام من قبيل عقود الإذعان، إذا لم يتوافر التفاوض قبل إبرامه، حيث إن صفة الإذعان في العقد الإلكتروني تتوقف على طريقة إبرامه، فإن كان يبرم عقب تفاوض بين طرفيه، بحيث يكون لكل منهما مناقشة جميع شروط العقد، فإنه يكون عقدًا تم بطريق المساومة، ويعتبر العقد الإلكترونى تم بطريق الإذعان كل تعاقد يثبت فيه عدم قدرة أحد طرفيه على مناقشة شروطه التي سبق للموجب وضعها، ويستوي في هذا الصدد أن يكون للإذعان متعلقاً بكل شروط العقد أم ببعضها، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في الفصل السابع من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري والخاص بحماية المستهلك، إذ تضمن هذا المشروع النص على جواز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني، وإبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة، وجواز إبطال كل شرط في العقد الإلكتروني من شأنه الإخلال بالتوازن المالي[1]، ولا شك أن تدخل القاضي في بنود العقد الإلكتروني بالتعديل من أجل إعادة التوازن إليه لا يكون إلا إذا كان المشرع يعتبر هذا العقد تم بطريق الإذعان أى بدون تفاوض، ومرحلة التفاوض قد لا تكون

(١) د/ عنادل عبد الحميد المطر، رسالة دكتوراة بعنوان التراضي في العقد الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ٥٧ ٦٣

مجدية إذا كانت بين طرفين أحدهما يفرض شروطه ولا يكون له أن يناقش هذه الشروط، أو يساوم بشأنها، وهذه العقود تعرف بعقود الإذعان، ولذلك إذا تبين من ظروف التعاقد أن العقد تم عبر وسيط الإلكتروني وانعقد بعد تفاوض أو مساومة، فإنه لايكتسب صفة الإذعان أما إذا انعقد بدون تفاوض فإنه يأخذ صفة الإذعان، ويتم إعمال القواعد الخاصة بحماية الطرف المذعن، كسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية[١] أو الإعفاء منها، وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، فضلاً عن تطبيق القواعد الخاصة بحماية المستهلك[٢]، ونؤكد أن الإذعان طريقة من طرق إبرام العقود ومن ثم إذا تم إبرام العقد الإلكترونى من خلال تبادل الرسائل عبر الإنترنت، ومن خلال تفاوض حول بنود العقد بحرية تامة فلن نكون أمام إذعان، أما إذا إبرم العقد عن طريق تبادل رسائل عبر الإنترنت، وعبر البائع عن إيجابه بعرض نموذج ثابت للتعاقد معد مسبقًا ولا يقبل المناقشة أو التفاوض حوله، وعلى المتلقي إما أن يقبل أو يرفض، فهنا نكون أمام إذعان، ويعرف الفقيه الفرنسي (برليوز) الإذعان بأنه عقد يتحدد مضمونه، كلياً أو جزئياً، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة العقدية.

وهناك من يرى[٣] أن الإذعان استنادًا للمادة ١٠٠ مدنى مصرى يعنى أن الطرف المذعن يقبل دون مناقشة نموذج العقد المعد مسبقًا، ولا محل لاشتراط توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قوي اقتصادي وطرف ضعيف، وتطورت النظرة للإذعان لحماية المستهلك كطرف ضعيف متى كان التعاقد قد تم من خلال عقد لم يسمح له فيه بمناقشة شروطه، وهذا يتفق مع ما نناشد

(١) د/ محمد شريف عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) انظر بالتفصيل د/ محمد حسين منصور، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠٦م، ص ١٤١ وما بعدها.

(٣) د/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٨ ١٥٩.

به من أن الإذعان طريقة من طرق التعاقد، تستحق الحماية عندما يترتب عليها خلل فى المضمون العقدى لوجود شروط تعسفية وفقًا للتشريع الفرنسى، أو شروط مخالفة للضمير وفقًا للتشريع الأمريكى أو شروط غير عادلة وفقًا للتشريع الإنجليزى، والواقع يؤكد وجود تزايد مستمر فى إبرام العقود بطريق الإذعان، وخاصة فى التعاقد الإلكترونى، وهذا ما جعل البعض يرى تعدد لعقود الإذعان(١)، فى حين أن التعاقد بطريقة واحدة تتمثل فى إدارج الشروط التعسفية، ولا يوجد أمام القابل سوى التوقيع عليها أو رفضها، ومن الدوافع التى تلزم بضرورة تبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد ما يلى:-

١- التطورات التكنولوجية والتقنية والتكتلات الاقتصادية، وما ترتب عليها من خلل فى التوازن العقدى، لعدم التكافؤ فى المراكز التعاقدية، مما ترتب عليه كثرة العقود التى تبرم بطريق الإذعان وكثرة نماذج التعاقد الإلكترونى، وما تتضمنه من شروط تعسفية تحتاج إلى تفعيل حماية القواعد العامة أو وضع قواعد خاصة تتناسب مع الضعف التعاقدى للمتعاقد الإلكترونى.

٢- زيادة الشروط التعسفية نظرًا لضعف الدور الرقابي للتعاقدات التقنية، فضلاً عن البعد عن الجوانب الأخلاقية والأهداف الاجتماعية والمصلحة العامة، ومن ثم أدي ذلك إلي وضع الشروط ونماذج العقود والقيود التي تحقق المصالح الخاصة فقط، ومع انتشار هاجس الربح السريع، والفكر الاحتكاري والتضليلى بين رجال الأعمال أو المحترفين من أجل تضخيم الثروات، مما يتطلب ضرورة تفعيل النصوص الحمائية التى تواجه الشروط التعسفية.

(١) د/ محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ١٩٩٨م، ص١٣.

٣- التمسك بالحرية الفردية وسلطان الإرادة فى التعاقد الإلكترونى، تخل بالتوازن العقدى بسبب سيطرة المحترف كمتعاقد قوى على المستهلك كمتعاقد ضعيف، ومع الخلل فى المراكز التعاقدية اقتصاديًا وتقنيًا ومعلوماتيًا، وضعف الرأي العام ومنظمات وجمعيات المستهلكين كان سببًا أساسيا ورئيسًا في استمرار الشروط التعسفية وانتشار نماذج العقود والعقود النمطية.

٤- تقيد دور القاضي فى مواجهه الشروط التعسفية، وخاصة مع تمسك محكمة النقض المصرية على الاستمرار بالأخذ بالمفهوم المقيد للعقود التى تتم بطريق الإذعان، بالرغم من تعارض هذا الاتجاه الذى تأخذه محكمة النقض المصرية مع القانون والواقع .

٥- فى ظل عدم التكافؤ فى التعاقد الإلكترونى، حيث يتم توقيع العقود وطلبات الشراء كأمر معتاد ومتكرر فى حياتنا اليومية إلى درجة أن أصبح التوقيع يتم تلقائيا وبدون أى تمحيص لشروط التعاقد، وفى ظل هذه التلقائية وفى ضوء انعدام خبرة الشخص العادى فى مواجهة بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المحترفين فإن هؤلاء الآخرين قد أمكنهم دس العديد من الشروط التعسفية فى تلك العقود[١].

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص٤.

## المطلب الثانى
## تطورالنظم المقارنة ووسائل التعاقد الإلكتروني يبرر تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

التطـورات والمخـاطر المـصاحبة للتعاقـد الإلكترونـى، ومـا يكتنفهـا مـن غمـوض، يتطلـب ضـرورة تطـوير المبـادىء التعاقديـة بمـا يتناسـب مـع مخـاطر تقنيـات الاتـصال الحديثـة وتنوعهـا وتعـدد اسـتخداماتها واخـتلاف قـوانين الـدول وأنظمتهـا القـضائية وعاداتهـا وتقاليـدها[1] ، حيـث إن المـستخدم الإلكترونـى غيـر محصن من شروط التعاقد، وسياسات الاستخدام، حيث يسلم بهذه الشروط والسياسات، وليس له أن يناقشها، وهذا يحتـاج إلـى تطوير الفكر القـانونى؛ حتـى تـستطيع القواعد العامـة أن تواجـه تطورات الواقـع ولا تنعزل عنـه، وحتـى تـتمكن مـن حمايـة المـستخدم الإلكترونى.

ويزيـد مـن مبـررات تبنـى الإذعـان كطريقـة مـن طرق التعاقد تطـوير وعـصرنة القانون المدنى الفرنسى أو قانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤م كقانون مقـارن، والـذى تم تعديل ٣٥٠ مادة منه، وتقوم فكرة تطوير القانون المدنى الفرنسى على ضمان الأمن القـانوني، وتقويـة التنافسية التشريعية مـع التـشريعات المتقدمـة كالتشريع الألمـاني والإنجليـزي والأمريكـي، ورفـع شـعار التطـوير بتعـديل قـانون العقـود والالتزامـات الفرنسى، ونحتاج فى مصر إلى تبنى نفس الشعار وخاصة مع تطور التقنيـة والاعتمـاد عليهـا بـشكل أساسـى فـى التعاقـد، وفـى ظـل الأميـة الرقميـة ترتـب علـى ذلـك الإضـرار

(١) د/ ذكرى عباس علي، بحث بعنوان العقد الإلكتروني والمنازعات الناشئة عن تنفيذه، مجلة الفتح العدد٤٢ لسنة ٢٠٠٩م، ص١٣٣.

بالمتعاقد الإلكترونى لكثرة الشروط التى يوافق عليها دون أن يناقشها، وأصبحت العقود الإلكترونية تصب فى مصلحة قلة من الأفراد، وبالرغم من ذلك لم يتطور الفكر والنظام القانونى والقضائى بما يحقق التوازن العقدى، فى ظل تطور وسائل التعاقد، وهذا يستوجب ضرورة وجود قواعد خاصة تنظم التعاملات الجديدة بوسائلها وتقنيتها الحديثة، وضرورة تطوير القواعد العامة والتحول من النظرة التقليدية إلى نظرة متطورة للقواعد العامة تسمح بمرونة هذه القواعد، حتى تتناسب مع التطورات السريعة فى وسائل وطرق التعاقد، ولكن يتطلب الأمر دعم القضاء للتطور الفكرى، لتوفير الحماية للطرف الضعيف فى العلاقة التعاقدية، ولذلك نتناول تطور وسائل التعاقد والتطور فى النظم المقارنة كأسانيد داعمة لتكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد، مع التطبيق على التعاقد الإلكترونى وتعديلات القانون الفرنسى ٢٠١٦م وذلك فيما يلى:-

## الفرع الأول

## تطور وسائل التعاقد ومخاطرها تبرر تكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد

يستخدم المتعاقد الإلكترونى الإنترنت فى التعاقد، ونظرًا لأن هذا التعاقد يتم عن بعد، والتعاقد الإلكترونى يبرم بين غائبين من خلال الإنترنت أو أى وسيلة تواصل حديثة، ويبرم فى الغالب بطريق الإذعان، ولن يخلو مطلقًا من الشروط التعسفية،حيث إن المتعاقد يقع تحت ضعفين، الضعف الأول ضعف ناتج عن وسيلة التعاقد، والضعف الثانى ناتج عن إبرام العقد بطريق الإذعان، ومن مخاطر التعاقد الإلكترونى تطور وسيلة التعاقد، ومخاطر عدم العلم الكافى بالتقنية، وتطور محل التعاقد، وتجهيل المتعاقد الآخر، والخلل فى المراكز التعاقدية يساعد على إدراج شروط تعسفية لم تناقش، وتحقق مصلحة القوى الذى قام بصياغتها منفردًا.

ولكن القانون المدنى المصرى يتعامل مع التعاقد الإلكتروني بنفس قواعد التعاقد التقليدى، من حيث شروط إبرام العقد وأركانه، دون مراعاة خصوصية التعاقد، وخصوصية الوسيلة، وصعوبة ومخاطر التعامل عبر الإنترنت، وانتشار الشروط التعسفية والغش والتحايل وإمكانية اختراق خصوصية وسرية البيانات، ولذلك لابد من توفير ضمانات لحماية المستخدم الإلكترونى من هذه المخاطر، فضلاً عن انتشار الدعاية والإعلانات المضللة في التعاقد الإلكتروني، وانتشار نماذج العقود وما تتضمنه من حيل وشروط تعسفية، تؤثر على حقيقة رضاء المستخدم الإلكترونى، لذلك يجب حمايته فى تعاملاته عبر الإنترنت[1]، وفيما يلى نتناول تحديات التعاقد الإلكترونى ومخاطره وتطور وسائله، كأسانيد لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد:-

## الفصل الأول

## السند الثانى عشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تطور وسائل التعاقد الإلكترونى يبرر هذا التكييف)

نظرا لزيادة مستخدمى الإنترنت فى التعامل، وانتشار حجم التجارة الإلكترونية، واتساع حجم السوق وقلة التكاليف، وسهولة التداول، وزيادة حجم التعاملات كمًا ونوعًا، وارتفاع قيمتها، أصبح من الضرورى الحفاظ على حقوق المتعاقد الضعيف فى تعاملاته الإلكترونية؛ لذلك يستوجب إبرام العقد الإلكترونى ضرورة وجود أحكام أكثر مرونة من أجل صيانة الحقوق، والتشجيع على التجارة الإلكترونية كنشاط اقتصادي

(١)د/ حداد العيد، بحث الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، ٢٧ اكتوبر ٢٠٠٩م.

يعرض بموجبه شخص أو يضمن عن بعد وبطريقة إلكترونية تأدية خدمة أو سلعة[١]، والعقد الإلكتروني يقترب من الأسلوب التى تبرم به العقود النمطية بطريق الإذعان، والعقد نتاج اتفاق الإيجاب مع القبول عبر شبكة مفتوحة[٢]، ويتم إبرام العقد الإلكتروني[٣] بوسائل إلكترونية من خلال أجهزة أو برامج معلوماتية وغيرها من الوسائط التقنية التي تحمل بصورة تلقائية أوامر التشغيل إليها، ويتم تبادل الرسائل بين المتعاقدين، وصيغ معدة سلفًا ومعالجة إلكترونيًا، وتُنشئ التزامات تعاقدية"[٤]، ويكتسب العقد الصفة الإلكترونية[٥]بسبب الوسيلة التي يبرم بها.

وقامت فرنسا بصياغة نموذج العقد الفرنسي للتجارة الإلكترونية والمعتمد من غرفة التجارة والصناعة في باريس في ١٩٩٨/٤/٣٠م، وكذا اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات في ١٩٩٨/٥/٤م[٦]، وعرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو م١٩٩٧م، والتى ينظم حماية المتعاقد الإلكترونى عن بعد، وعرفت العقد الإلكترونى بأنه العقد الذى يتم بواسطة وسيلة الإلكترونية، والقانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الإلكتروني، ولكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه كما أن هذا القانون

(١) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ٢٨.

(٢) د/ أسامة عبد الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٣٩.

(٣) د/ عادل شمران الشمري، التعاقد عبر الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون، جامعة القادسية، من٥ ٦ نوفمبر ٢٠٠٨م، ص٣٠٠.

(٤) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥١.

(٥) د/ محمد امين الروحي، النظام القانوني للتحيكم الإلكتروني، ٢٠٠٨م، ص ١١.

(٦) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون٢٠٠٠م.

توسع في سرد وسائل إبرام العقد الإلكترونى بالإضافة إلى شبكة الإنترنت هناك وسيلة أخرى منها الفاكس والتيلكس، والتجارة الإلكترونية عبارة عن معاملات تجارية تتم من قبل الأفراد والهيئات والتي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية، بما فيها الصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الإانترنت أو شبكات مغلقة، والتي تسمح بالدخول إلى الشبكات المفتوحة(١).

وهناك أسباب كثيرة تؤكد حاجة المتعاقد الإلكترونى للحماية، وضرورة تطوير المبادىء العامة، ويمكن للموجب توجيه إيجاب عام من خلال إرسال الإيجاب عبر الإنترنت وباستخدام تقنية الويب الموجودة على الشبكة، ويلجأ الموجب إلى هذه التقنية لتوجيه الإيجاب إلى كافة الأشخاص(٢)، ويمكن أن يوجه إيجابًا خاصًا باستخدام البريد الإلكترونى أو الواتس أو الماسنجر أو الرسائل التليفونية أو الفاكس أو التلكس ...إلخ، ويجب أن تتوافر شروط الإيجاب من وضوح، وشمول، وتحديد، وجزم، وأن يتضمن الإيجاب كافة الشروط الجوهرية، ويتسم التعاقد الإلكترونى بمجموعة من الخصائص التى تميزه عن غيره من التعاقدات، وهذه الخصائص تعتبر دافعًا لضرورة تطوير القواعد العامة لتتناسب مع التطور التقنى والتعاقدى، ومن هذه الخصائص:-

١- يتم إبرام العقد الإلكتروني عن بعد وبين غائبين: أى فى مجلس عقد حكمى، وبوسائل اتصال تكنولوجية حديثة، وبالتالى فى هذا التعاقد ينفصل الطرفان عن

(١) د/ زايري بلقاسم ودلوباشي علي، طبيعة التجارة الإلكترونية وتطبيقاتها المتعددة، المؤتمر العلمي السنوي الثاني لتكنولوجيا المعلومات ودورها في التنمية الاقتصادية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزيتونة ٦ مايو ٢٠٠٢م، صفحة رقم ٣٦٠.

(٢) د/ عادل شمران الشمري، التعاقد عبر الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون، ٢٠٠٨ م، ص ٣٥٠.

بعضهما البعض، ويتم إبرام العقد بدون التواجد المادي للمتعاقدين، حيث يتم عرض المنتج ونموذج العقد متضمنًا الشروط.

٢- تستخدم الوسائط الإلكترونية عند إبرام التعاقد: يتم التعاقد الإلكتروني بواسطة الإنترنت والتليفزيون والتليفون وأى وسيلة أخرى، وهذا التعاقد يتم باستخدام تقنية حديثة للاتصال عن بعد، من أجل نقل الإيجاب متمثلاً فى نموذج العقد، أو نقل القبول من المتعاقد للمتعاقد الآخر(١).

٣- التعاقد الإلكتروني فى الغالب يتم بين مراكز تعاقدية غير متوازنة، لذلك يجب وضع قواعد خاصة لحماية المتعاقد الضعيف ولتحقيق التوازن فى المحتوى العقدى.

٤- العقد الإلكتروني يتم إثباته إلكترونيًا: وهذا يمثل صعوبة كبيرة، نظرًا للتطور المذهل في وسائل التعاقد الإلكتروني، وانتشار الغش والتدليس وخلو القواعد العامة من حلول لهذه المستجدات.

٥- التعاقد الإلكتروني الذى يتم عن طريق الإنترنت يتسم بالطابع الدولي، ولذلك ثارت مشاكل تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائى، وهناك قوانين خاصة تلزم الموجب في كل تعاقد أن يضمّن عرضه ببيانات تتعلق بتحديد شخصيته مثل اسم المنشأة وعنوانها والبريد الإلكتروني، كما ألزم المستخدم الإلكترونى بتقديم بيانات التعريف بشخصيته.

٦- طريقة التعبير عن الإرادة فى التعاقد الإلكترونى، الأصل وفقا للقواعد العامة يمكن التعبير عن الإرادة بوسائل متعددة، ولم يشترط المشرع المصرى التقيد فى

(١) د/ أسامة عبد الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص٢٨ .

التعبير بوسيلة معينة، ولكن فى التعاقد الإلكترونى لا يتناسب معه سوى التعبير الصريح، سواء أكان عن طريق البريد الإلكتروني وإرسال واستقبال الرسائل أيًا كان نوعها، وإرسال الرسائل المتبادلة عبر الإنترنت يعتبر تعبيرًا صريحًا عن الإرادة بالكتابة، ويمكن الدخول لهذه لمواقع والتعاقد على المنتجات المعروضة(١).

## الغصن الثانى

## السند الثالث عشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تحديات ومخاطر الوسائل الإلكترونية فى التعاقد يبرر التكييف)

يحاط التعاقد الإلكترونى بالكثير من الخطورة والتحديات، ويزيد من خطورة ذلك التعاقد أنه يتم بسرعة كبيرة وبالضغط بسهولة على مفتاح القبول، فضلاً عن افتقار المستخدم الإلكترونى للتنوير المعلوماتي والمهارة الفنية فى التعامل مع التقنية الحديثة، كما أن التعامل الإلكترونى يتم عن طريق الوسائط والدعائم الإلكترونية، فهو تعامل غير ورقى، وهذا يحتاج إلى تطور فى المفاهيم والقواعد القانونية، وهناك الكثير من الإحصائيات التى يمكن من خلالها التعرف على كم المخاطر المحيطة بالتجارة الإلكترونية، حيث تشير الإحصاءات أن نحو ستة ملايين مستخدم إلكترونى أمريكي تعرضوا لعملية تدليس نتيجة التعامل على شبكة الإنترنت، ودفع مقابل الشراء باستخدام كروت ائتمانية(٢).

(١) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص٩.

(٢) د/ أحمد السيد طه كردى، بحث تحت عنوان إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية، كلية التجارةجامعة بنها، ص٥١.

ونظرًا لأن التعاقد الإلكترونى ساهم فى تقليص الحرية التعاقدية، وحقق مصلحة الطرف القوى من خلال نموذج عقد معد مسبقًا، وانعدام التفاوض، وتحقق مصالح المتعاقد القوى على حساب المتعاقد الضعيف، ولذلك جاءت المادة ١/١٥٣ من معاهدة إنشاء الاتحاد الأوروبى وأكدت على حق المتعاقد الضعيف أو المستهلك فى الإعلام والتعلم والتكتل فى تجمعات لحماية مصالحهم(١)، ومن مخاطر التعاقد الإلكترونى فى المرحلة السابقة على التعاقد مخاطر الدعاية والإعلان دون مراقبة فيتم الغش والتدليس وتسجيل بيانات المتعاقد فى الدليل الإلكترونى بناء على بيانات لا تخضع للرقابة، وهذا يزيد من مخاطر التعاقد فضلاً عن اختراق البيانات والحسابات، ومجرد اتصال المتعاقد الإلكترونى بشبكة الإنترنت، يجد نفسه فى مواجهة العديد من البرامج التى لا دخل له بها، ولا يمكنه السيطرة عليها، تتتبع خطواته وتصنف رغباته واحتياجاته وتتبع سلوكه وفقًا لأغراض تجارية بحتة(٢).

ومن مخاطر الإنترنت أنها شبكة مفتوحة ومن السهل الاتصال بها، ومن الصعب والمكلف المحافظة على سرية بياناتها، ووسائل الاتصال الحديثة أصبحت عرضة للتعطل والتوقف والتحكم، وعدم توافر حماية لجودة المنتجات محل التعامل الإلكتروني، وعدم العلم الكافى بالمعقود عليه قبل طلب شرائها انتشار المنتجات المعيبة أو المحظورة، كثرة صور الغش والتدليس بسبب عدم معرفة المتعاقدين بعضهم البعض، ولكن من الممكن الآن اللجوء لوسيط في العلاقة العقدية ليؤكد هوية أطراف العلاقة(٣)،

(١) د/ محمد بن شدّيد الثقفى، د/علاء التميمى عبده، حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفق أحكام تنظيم جمعيّة حماية المستهلك السعودي لسنة ١٤٢٩ه، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الأول، ٢٠١٦م ١٤٣٧ه.

(٢) د/ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكترونى، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص١٦ ١٩.

(٣) أ / يونس عرب، مقال عن التجارة الإلكترونية، منشور على الموقع www.arablaw.org.

وهناك من يرى أنه من الراجح قبول الكتابة الإلكترونية إذا توافرت شروطها لتحل محل الكتابة الورقية، طالما أن الأولى أصبحت بنص القانون لها ذات حجية، ومن ثم ليس هناك ما يمنع قانونًا من استيفاء الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام عقد أو تسجيله أو الاحتجاج به فى مواجهة الغير من خلال الكتابة الإلكترونية، طالما تؤدى الغرض الذى قرره المشرع[١]، ولكن عندما يتطلب المشرع كتابة بعض البيانات بخط اليد، أو أن يكون التوقيع يدويًا فتكون الكتابة التقليدية هى الطريق الوحيد لاستيفاء هذا الشكل [٢]هى صعوبة عملية، طالما أن القانون قد أضفى الحجية على المستند الإلكترونى والمستند التقليدى من حيث الكتابة والتوقيع، ولذلك يرجح أحد الفقه[٣] أن التراضى فى التعاقد الإلكترونى يرجح وجود الإذعان، ولذلك يرى صاحب هذا الرأى أن تحديد طبيعة إذعان للعقد الإلكترونى من عدمه يستوجب النظر فى طريقة إبرام العقد، والتعرف على مدى سيطرة طرف على التعاقد.

## الفرع الثانى

## تعديلات وعصرنة القانون المدنى الفرنسى ٢٠١٦م تبرر تكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

جاءت تعديلات القانون المدنى الفرنسى فى الأمر رقم ١٣١/٢١٦ بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦م، وذلك تطبيقًا للمادة الثامنة من القانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠١٥م والمؤرخ بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٦م، والذى تم التأكيد فيه على ضرورة تطوير وعصرنة

(١) د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية (العقد الإلكترونى– الإثبات الإلكترونى المستهلك الإلكترونى)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،٢٠٠٨م، ص٦٢.

(٢) د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق، ص٦٣.

(٣) د/ خالد حمدى عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكترونى، دار النهضة العربية،٢٠٠٦م، ص٤٧.

القانون، وكذلك ضرورة تبسيط الإجراءات القضائية والأعمال الداخلية، وجاءت تعديلات قانون العقود والالتزامات الفرنسى لتصل إلى تعديل ٣٥٠ مادة تشمل الكتاب الثالث الخاص بالقانون المدنى، وهذه التعديلات دخلت حيز التنفيذ فى ٢٠١٦/١٠/١م، وركز أمر التكليف بتطوير القانون المدنى التأكيد على مجموعة من المبادىء القانونية العصرية، مع تبسيط الإجراءات، ومن أبرز هذه التعديلات التى تكافح سلبيات الإذعان، وتحمى المتعاقد الضعيف مما ينتج عنها من شروط تعسفية ما يلى:-

## الغصن الأول

## السند الرابع عشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (تنظيم المشرع الفرنسى حسن النية والإعلام فى مرحلة التفاوض)

من أبرز مستحدثات التنظيم المدنى الفرنسى بعد تعديله فى عام ٢٠١٦م تنظيم مرحلة التفاوض وفقًا لما قررته المادة ١١٠٤ من المرسوم الجديد[١] من ضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد وإلى حين تنفيذه، وحسن النية لم يعد مقتصرًا على تنفيذ العقد، كما نظم مسألة حسن النية فى المادة ١١١٢[٢]، وتبنت تعديلات قانون العقود والالتزامات الفرنسى الكثير مما استقرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية، بما يحقق التوازن فى المضمون العقدى، ويحقق الأمن والاستقرار القانونى، ويعتبر أكثر ملائمة للتطور الاقتصادى والفنى والمعلوماتى وأكثر عدالة.

---

(1) Art 1104 " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi, Cette disposition est d'ordre public".

(2) Art. 1112''L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.''

وجاءت أهم التعديلات لمحاربة سلبيات الإذعان كطريقة من طرق التعاقد، وهدم فكرة الإذعان كعقد، وتبنت التعديلات الكثير من التدابير اللازمة لمكافحة سلبيات الإذعان أو التخفيف من الآثار السلبية المترتبة على إبرام التعاقد بطريق الإذعان، وعلى الأخص فى التعاقد الإلكترونى وعقود الاستهلاك، فنظمت مبدأ حسن النية كالتزام قانونى ونظمت التفاوض كمرحلة هامة وضرورية من مراحل التعاقد، وألزمت بالإعلام والتبصير والسرية فى مرحلة التفاوض، كمرحلة كانت تهمل فى ظل التعاقد بالإذعان، وركزت على تحقيق التوازن فى المحتوى والمضمون العقدى.

## أولاً : الإلزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض فى تعديلات القانون الفرنسى ٢٠١٦م

من أهم الالتزامات القانونية التى تم التأكيد عليها فى تعديلات القانون المدنى الفرنسى عام ٢٠١٦م الإلزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة التفاوض، والالتزم بحسن النية عند التفاوض وأثناء تنفيذ العقد وبعد إنهاء التفاوض، ولذلك اهتم المشرع بالالتزام بالإعلام والتبصير، واهتم بمبدأ حسن النية واهتم بمكافحة الشروط التعسفية، وحماية المتعاقد الضعيف من تعسف المتعاقد القوى عند التعاقد، بغض النظر عن وسيلة التعاقد عادية أم إلكترونية.

والسبب فى وضع التزام قانونى بمبدأ حسن النية عند التفاوض؛ لأن المفاوضات أصبحت مرحلة جوهرية فى إعداد معظم العقود، واستقرت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار حسن النية فى مرحلة التفاوض التزام قانوى، ويترتب على التفاوض بحسن نية والتزام بمبدأ حسن النية فى المراحل التمهيدية للتعاقد ومراحل تنفيذ العقد، لتحقيق التوازن العقدى، وهذا يحمد للمشرع الفرنسى نظرًا لما يسود التفاوض وإبرام التعاقد من سوء نية، كما يمد الالتزام بحسن النية حتى بعد قطع

المفاوضات وذلك بالحفاظ على أسرار التفاوض أو الإفصاح عنها ومن ثم تم تنظيم الالتزام بالسرية فى مرحلة التفاوض.

وجاءت المادة ١١٠٤ من تعديلات ٢٠١٦م للقانون الفرنسى[١] لتأكد على ضرورة توافر حسن النية عند التفاوض على العقد وعند تنفيذه، واعتبر المشرع الفرنسى الالتزام بمبدأ حسن النية أثناء التفاوض وعند تنفيذ العقد من النظام العام، وبناء عليه يعد وضع الشروط بطريقة مسبقة أو منفردة يتنافى مع النظام العام وفقًا للقانون الفرنسى وذلك عند تتضمن المحتوى العقدى شروطًا تعسفية تحقق ميزة مجحفة للمتعاقد الضعيف، وتم التأكيد على مبدأ التفاوض بحسن النية فى المادة ١١١٢ مع التأكيد على عدم إنهاء التفاوض والانسحاب من التفاوض إلا بما يتوافق مع مبدأ حسن النية ووفقًا لأسباب معقولة[٢]، ونظم المشرع الفرنسى التزام بحسن نية بقواعد قانونية أمره وجعلها من النظام العام، وتم تنظيمه كالتزام قانونى فى مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة تنفيذ العقد، وذلك وفقًا للمادة ١١٠٤ من قانون العقود والتزامات الفرنسى، ويختلف تنظيم المشرع الإنجليزى لمبدأ حسن النية عن هذا النهج حيث مازال لا يتقيد بالالتزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض، ولم يقيد ترك التفاوض دون مبرر مشروع، وبناء عليه فى ظل النظام القانونى الإنجليزى يمكن الانسحاب من مرحلة التفاوض دون مسئولية بسبب قطع التفاوض، ويستند فى ذلك إلى أن حسن النية أمر معنوى أو داخلى فى باطن النفس، كما أنه يصعب إلزام أطراف التفاوض

(1) Art 1104 '' Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. '' Cette disposition est d'ordre public".

(2) Art. 1112"L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi" .

بحسن النية أثناء التفاوض باعتباره التزام أخلاقى يتعلق بالنوايا، والالتزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض يكفل صحة التراضى، كما أن التفاوض يكفل التروى وعدم التسرع قبل إبرام العقد، ويتفرع عن الالتزام بحسن نية فى مرحلة التفاوض التزام بالتعاون والتزام بالسرية والالتزام بالإعلام، ونظم المشرع الفرنسى الالتزام بالسرية وضرورة المحافظة على الأسرار والمعلومات التى تم التعرف عليها أثناء التفاوض من خلال تنظيم الالتزام بالسرية وذلك فى المادة ٢/١١١٢، حيث يكون مسئولاً وفقًا للقواعد العامة كل من يستخدم أو يفشى دون إذن معلومة سرية تم الحصول عليها بمناسبة التفاوض(١).

**ثانياً :الإلزام بالإعلام فى مرحلة التفاوض من تعديلات القانون الفرنسى ٢٠١٦م**

نظم المشرع الفرنسى فى المادة ١١١٢ من تعديلات القانون المدنى ٢٠١٦م أن يكون اقتراح التفاوض أو السير فى التفاوض أو قطع التفاوض كمرحلة تمهيدية من مراحل إبرام العقد يجب أن يتسم بالحرية، ويتفق مع مقتضيات حسن النية، ونظم المشرع الفرنسى الالتزام بالإعلام كالتزام قانونى فى المادة ١/١١١٢ وذلك لكل معلومة لها أهمية وصلة مباشرة بمضمون العقد(٢)، والإعلام يهدف تقديم كل طرف البيانات الصحيحة عن التعاقد، وتبصير المتعاقد الآخر بكل مايرغب فى ماعرفته عن التعاقد وما يحتويه من التعاقد من مخاطر أو سلبيات وإيجابيات، وتبنى المحافظة على الأسرار التى يتم التعرف عليها كنتاج الالتزام بالإعلام فى المراحل التمهيدية لإبرام العقد.

(١) د/ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسى الجديد، المواد من ١١٠٠ إلى ٧/١٢٣١، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠١٨م، ص٣٦.

(٢) د/ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسى الجديد، المواد من ١١٠٠ إلى ٧/١٢٣١، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠١٨م، ص٣٤.

وجاءت ضمن تعديلات ٢٠١٦م وفى المادة ١/١١١٢ تنظيم المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام ولم يجيز وضع حدود لهذا الالتزام ولا تقييده كما لا يحق لهم استبعاده، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام بطلان العقد وفقًا لعيوب الرضا، وبالنسبة للإثبات فإن المضرور يثبت التزام المتعاقد الآخر بالإعلام، وفي المقابل يتعين على هذا المتعاقد الأخير إثبات قيامه بالالتزام.

والحماية من عدم التوازن فى المراكز العقدية فى العقود التى تبرم بطريق الإذعان ترتب عليه توجه التشريعات الحديثة وخاصة تعديلات القانون المدنى الفرنسى ٢٠١٦م إلى فرض الالتزام بالإعلام على المحترف من أجل تنوير إرادة المستهلك قبل إبرام العقد، لتحقيق المساواة العقدية بين طرفيه؛ لأن الطرف الضعيف معرض للاستغلال من جانب الطرف القوي.

ونظرًا للتطورات والتغيير فى المراكز التعاقدية جعل القضاء الفرنسي يحرص على التركيز على مضمون أو محتوى العقد، ومن أبرز الدوافع لذلك، التطور المستمر في الجانب الاقتصادى والتقني، مما جعل العقد في ظل الفكر التقليدي وسلطان الإرادة غير قادر على تحقيق التوازن بين المتعاقدين، حيث أصبح أحد المتعاقدين خاضع للآخر بسبب الخلل التقني أو الاقتصادى[١]، ونظرًا لحرص المشرع الفرنسى فى مستحدثات القانون المدنى على محتوى العقد أو عدالة شروط التعاقد فرض مجموعة من الالتزام من أهمها التزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض وتنظيم مرحلة التفاوض والإلزام بالإعلام والتبصير[٢].

(1) Alex Weili ،FrançoisTerré ،op. cit ،p.396.

(2) philippe Malaurie ،Laurent Aynés ،les obligations ،op . cit ،p. 353.

وحاول القضاء الفرنسي على أثر تفشي ظاهرة اللامساواة في العلاقات العقدية، بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية، أن يجد وسائل فعّالة تكفل قدراً من الأمانة في العملية العقدية، ويكون من شأنها كبح جماح بعض المتعاقدين الذين يسعون إلى الإفادة من وضعهم المتميز بسبب ما يملكونه من معلومات وخبرة على حساب الطرف الآخر الأقل معرفة وخبرة، ونظرًا للتطور الاقتصادى والمعلوماتى والإلكترونى بالقياس بالوضع عند تنظيم التقنين المدني الفرنسي، ونشأت وسائل وآليات جديدة تستخدم فى إبرام التعاقد والحث عليه كان لازمًا لتعديل المبادىء التقليدية، وعلى الأخص فى ظل الخلل فى المراكز التعاقدية، وفى ظل الخلل المعلوماتى بين المتعاقدين، فهناك عدم توازن في العلاقة العقدية ينتج من عدم الخبرة وعدم العلم(١)، وقضت محكمة النقض الفرنسية على أن المهني في التعاقدات عليه أن ينصح أى يلتزم بإعلام وتبصير المستخدم، ويزوده بالمعلومات ولفت انتباهه إلى السلبيات الملازمة لنوعية الأشياء التى يقتنيها(٢)، ويمكن الاستفادة من هذا الحكم فى مجال الأجهزة الرقمية وما تتضمنها من تطبيقات تشكل خطورة على المستخدم الإلكترونى يمكن أن تجعل الفرد تحت المراقبة الدائمة، القضاء الفرنسي استفاد من سلطته في تعديل الشرط التعسفية، التي تعطي لأحد المتعاقدين فائدة مفرطة على حساب الطرف الآخر، لحماية الطرف الضعيف عندما يستغل المهني قدرته الاقتصادية ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشرط الذي يفرض على المستأجر في عقد إيجار سيارة ان يؤمن على حياته وجميع

(١) د/ حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية،١٩٩٩م، ص٥٣.

(٢) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، ١٩٨٥م، النشرة المدنية1، رقم ٨٢، ص٧٥، نقلاً من جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، مرجع سابق، ص٧٤ حاشية ٣.

المخاطر مثل الفقدان أو أي نوع من الحوادث التي تصيب السيارة والتي تشمل القوة القاهرة والحوادث العرضية يعتبر شرطًا تعسفيًا[١].

## الغصن الثانى

## السند الرابع عشر لتكييف الإذعان كطريقة من طرق التعاقد

## (حرص المشرع الفرنسى على الحرية التعاقدية وتوازن المحتوى العقدى)

من أهم المبادىء القانونية التى تم التأكيد عليها فى تعديلات القانون المدنى الفرنسى عام ٢٠١٦م مبدأ الحرية التعاقدية، وإلغاء ركن السبب والمحل، والتركيز على توازن المضمون العقدى، والاهتمام بالمحتوى التعاقدى وشروط التعاقد التى تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين.

ولذلك نظمت المادة ١١٠٢من التعديل الجديد[٢] الحرية والعدالة التعاقدية حيث إنه من حق كل شخص وفقًا لهذه المادة أن يتعاقد أو لا يتعاقد مع من يختار، مع تفعيل دوره فى تحديد المضمون العقدى، وهذه المادة تقف حائل فى مواجهة القبول السلبى، والتسليم بالشروط المترتب على الضعف التعاقدى والظروف الاقتصادية، وتؤكد المادة ١١٠٣ من التعديل الجديد[٣] على أن قيمة العقود تكون من قيمة القانون وذلك بالنسبة

(1) Civ.1 re 17mars 1998.Bull.civ.1،n11 ،Dalloz ،2003 ، p.940.

(2) Art. 1102'' Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.''

(3) Art 1103 '' Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ''

للذين أنشؤوها[١] وتفرض المادة ١١٠٤ من التعديل الجديد التفاوض على العقود بحسن نية وكذلك الالتزام بحسن النية عند التفاوض على العقود وعند إبرامه وعند تنفيذها واعتبر هذا الحكم من النظام العام، لأنه يدعم المبادئ الأساسية اللازمة لتحقيق التوازن العقدى والعدالة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وحلت فكرة صياغة العقد أو مضمونه محل ركن المحل أو موضوع العقد، حيث اشترط المشرع فى المادة ١١٢٨ أن يكون مضمون العقد مشروع ومؤكد، ونابع عن رضاء حقيقى، وأهلية للتعاقد، وسعى المشرع الفرنسى فى المادة ١١٤٣م من تعديلات ٢٠١٦م فى حماية المتعاقد الضعيف عندما يضطر لقبول شروط تعسفية تحت ضغط، ولذلك يعتبر الاضطرار الناتج عن الظروف المحيطة بالتعاقد إكراه إذا ترتب على ذلك ميزة مجحفة، ويعامل كعيب من عيوب الإرادة وفقًا للمادة ١١٤٣ من التعديل[٢]، ومن ثم يحق للمتعاقد المضطر أو المذعن أن يطالب بإبطال العقد، باعتبار أن هذه الظروف المحيطة والتى دفعت للتعاقد مع الاضطرار تعد إكراه وتعامل كعيب للإرادة.

ومن مستجدات القانون المدنى الفرنسى وفقًا لتعديلات ٢٠١٦م السماح للقاضي بالتدخل فى العقد، بناء على طلب أحد الطرفين، لمراجعة العقد وتعديله أو إنهائه عند حدوث ظروف طارئة، ولذلك جاءت المادة ١١٩٥ من التعديل الجديد[٣]

(١) د/ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسى الجديد، المواد من ١١٠٠ إلى ٧/١٢٣١، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠١٨م، ص٢٩.

(2) Art 1143 '' Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

(3) Art 1195 '' ..... A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. ''

لتسمح بتدخل القاضى كطرف ثالث فى العقد عند حدوث ظروف طارئة وتوسيع مجالات تدخل القاضى، حيث مكنه المشرع الفرنسى من إمكانية مراجعة العقد وتعديله أو إنهائه، وهذا يؤكد على تبنى المشرع الفرنسى وتمسكه بالحفاظ على الحفاظ على التوازن العقدى حتى عند حدوث ظروف طارئة، ويتفق مع هذا الفكر والسعى نحو تحقيق التوازن العقدى، ضرورة التخلص من الشروط التعسفية المدرجة ضمن العقود التى تتم بطريق الإذعان لأنها تحقق مزايا مجحفة لمتعاقد سيىء النية.

وعرفت تعديلات القانون الفرنسى فى ٢٠١٦م العقد بأنه عبارة عن توافق إراداتين أو أكثر حول إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات، وهناك من ينظر إلى العقد على أن وسيلة لتوفيق المصالح المتعارضة حول موضوع معين، يسعى كل متعاقد إلى تحقيق مصالحه على حساب المتعاقد الآخر، أى أن العقد يخفى خلفه صراعًا حول موضوع العقد[١]، ولكن على الجانب الآخر هناك من ينظر إلى العقد على أنه أداة للتعاون ونتاج للثقة المتبادلة بين المتعاقدين لتحقيق مصالح مشتركة[٢]، وعندما يقوم العقد على الثقة فإنه يحتاج إلى حسن النية عند التفاوض وعند تنفيذه، ولا يتفق مع العدالة استئثار أحد طرفي العقد بفائدة العقد ووضع شروطه بما يحقق كامل مصالحه على حساب المتعاقد الآخر فهذا يعد استغلالاً للضعف التعاقدى يتنافى مع العدالة[٣]، ولذلك جاء التعديل الفرنسى لتحقيق العدالة العقدية وتعزيز المركز القانوني للجانب

(1) Philippe Malaure ،Laurent Aynés،les contrats،op.cit ،p.199.

(2) Mestre ( Jacques) ،L évolution du Contrat en droit privé Français in Lévolution contemparaine du droit des contrats ،journées Savatier ،P .M .F .1985 ، p .511.

(٣) د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢١١.

الأضعف في العقد[١]، وألغت المادة ١١٢٨ مدنى فرنسى السبب كركن في العقد وركن المحل أصبحت أساسيات صحة العقد هى اتفاق الأطراف وأهلية المتعاقدين ومضمون تعاقدى متوازن، والتفاوت الاقتصادى والمعلوماتى فى المجتمع الرقمى كان سببًا فى اتساع نطاق العقود التى تبرم بطريق الإذعان ليشمل التعاقد الإلكترونى عندما يكون هناك شروط مسبقة ناتجة عن تفوق اقتصادي ومعرفي، واضطرار المتعاقد الآخر لإبرام العقد فى ظل هذه ظروف خاصة به والانضمام الفوري دون تفاوض أو مناقشات تسبق إبرام العقد[٢]، وفى ظل عدم التوازن فى المراكز التعاقدية، تبنى القضاء مجموعة من الوسائل لتحقيق التوازن فى المضمون العقدى والناتج عن استغلال الطرف القوى تفوقه الفنى والمعلوماتى والاقتصادى على حساب المتعاقد الآخر الأقل معرفة وخبرة[٣].

والتعديلات السابقة فى القانون الفرنسى كانت نتاج فهم متطور للقواعد العامة يتناسب مع الواقع ولا يعزل القانون عن الواقع وتطوراته أو متغيراته، والفهم المتطور لن يجدى إلا بدعم القضاء وتوسيع سلطاته، ووضع مبادىء قضائية تتناسب مع التطور فى القواعد العامة، لتوفر حماية أكبر للمتعاقد الإلكترونى الضعيف، وبالأخص فى ظل ركود تشريعى يمنع خروج أى قانون حمائى يوفر حماية جدية، نظرًا لسيطرة أصحاب المصالح على التمثيل النيابى، والفهم المتطور للقواعد العامة يوسع من نطاق الحماية بوجهٍ عام وللمتعاقد الإلكترونى بوجهٍ خاص، ونعتقد أن المشرع المدنى قدم

(1) Report to the President of the Republic on regulation nr 2016–131 (Rapport au President de la Republiquerelatif a l'ordonnance no 2016–131), JUSC1522466P, Journal Officiel, 11 February 2016.

(٢) د/ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص١٠٣، ود/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص٦٧ ٦٨.

(3) Henri et Léon،Jean Mazeud François chabas ،op .cit ،p .316.

ود/ سهير منتصر، المرجع السابق، ص٤٨.

الدعم الكافى للقضاء ووسع من نطاق سلطاته، حيث أعطى للقاضى سلطة تعديل وتفسير وتكميل وإبطال وفسخ العقد، وفقا للأسباب التى يقررها القانون، لحماية الضعف التعاقدى وتحقيق العدالة واعتمادًا على مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

والفكر المتطور للقواعد العامة يكفى لتوفير الحماية للطرف الضعيف، ولكن هذا يتطلب القراءة المتأنية وإمعان النظر فى القواعد العامة، وأن هذه القواعد التطوير، فالنصوص ليست مقدسة، وليست جامدة وإنما تحمل بين طياتها العديد من عوامل وبذور تطويرها لمواجهة المستجدات[١]، ونعتقد ضرورة دعم القضاء لهذه الاجتهادات وتطبيقها، لكى نستطيع أن نوفر الحماية الكافية للمتعاقد الضعيف بشكل عام والمتعاقد الإلكترونى على وجه الخصوص فى ظل التطورات الحديثة، وتتضمن القواعد العامة العديد من القواعد التى تشكل وسائل لحماية الضعف التعاقدى، والتى يمكن أن تحقق التوازن فى المضمون العقدى بل وتضمنه، ومن أمثلتها نظرية الإذعان، وأحكام العلم الكافى بالمبيع ، ومبدأ حسن النية، ومبدأ الإعلام والتبصير....إلخ.

تم بحمد الله

*بسم الله الرحمن الرحيم*

(....وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ[٢])

صدق الله العظيم

(١) د/ حسام الدين كامل الأهوانى ، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون التى نظمتها، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ،فى الفترة من ٦ ٧ ديسمبر ١٩٩٨م، ص١.

(٢) الآية ١٠ سورة يونس.

## الخلاصة والمقترحات

تدور فكرة البحث حول السعى نحو تبنى تكييف حديث للإذعان، يقوم على أنه طريقة خاصة من طرق إبرام العقود، تستحق الحماية إذا ترتب عليها شروطًا تعسفية، لذلك تم التعريف بالشروط التعسفية، والإذعان، وعرض الخلاف الفقهى حول تكييف الإذعان، مع تقديم العديد من الأسباب التى يمكن الاستناد إليها لتبنى التكييف الحديث للإذعان، منها أن هذا التكييف يتفق مع صريح نص المادة ١٤٩ مدنى مصرى، ويتفق مع المبادىء العامة من سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، ويتفق مع حيدة ونزاهة المشرع، ويوسع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية، ويُفعل من نظرية الإذعان كنظرية حمائية من الشروط التعسفية، ويتفق مع التطورات فى وسائل التعاقدات، ومستجدات القانون المدنى الفرنسى، وتعديلات عام ٢٠١٦م.

والهدف من تبنى تكييف الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد؛ توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية، وتحقيق التوازن العقدى والعدالة العقدية، طالما أن العقد أو الشرط قد تم التسليم به دون مناقشة، وتوسيع دور القضاء فى العقد، والتدخل لتعديل الشرط التعسفى وإعفاء المذعن منه، وتفسير العقد لمصلحة المذعن، وخاصة أن تقييد حماية العقود التى تبرم بطريق الإذعان بضوابط يصعب توافرها من الناحية الواقعية وذلك وفقًا للنظرية العقدية المقيدة بإيجاب عام، وضرورة السلعة أو الخدمة، واحتكار فعلى أو قانونى أو منافسة محدودة، لا يتناسب مع التطوارت المتسارعة فى المجتمع، وهذه القيود تفقد نظرية الإذعان أهميتها، وتعطل النصوص الحمائية من الشروط التعسفية للعقود التى تبرم بطريق الإذعان

وتوصلنا إلى ضرورة التفكير فى القواعد العامة بطريقة تتناسب مع ما يحيط المجتمع المصرى من تطورات وتغييرات، وضرورة توسيع السلطة التقديرية للقاضى لتحقيق العدالة التعاقدية والتوازن فى المضمون العقدى، وخاصة عندما يكون هناك

خلل فى المراكز التعاقدية من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو المهنية أو التقنية، وتبنى الإذعان كطريقة من طرق التعاقد، يعنى أن الحماية من الشروط التعسفية سوف تشمل أى عقد وأى شرط أبرم بهذه الطريقة بغض النظر عن الوسيلة التى تم بها التعاقد ونوع العقد سواء أكان عقد بيع أو عمل أو تأمين أو نقل أو استهلاك...إلخ، ونقترح ما يلى:

١- تنظيم جدي لنظرية الإذعان بنصوص صريحة وقاطعة تُفعل من طبيعتها الحمائية، وتتناسب مع التطور فى وسائل التعاقد، أو تبنى الإذعان كطريقة خاصة من طرق التعاقد، تستحق الحماية إذا ترتب عليها شروط تعسفية، للاستفادة من النصوص الحمائية التى تحمى المتعاقد المذعن من الشروط التعسفية فى المادتين ١٤٩ و٢/١٥١ مدنى مصرى.

٢- توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتمتد إلى كل العقود التى تبرم بطريق الإذعان، وخاصة فى ظل التعاقد الإلكترونى وتحديداته ومخاطره، وخاصة أن غالبية التعاقدات تبرم بهذه الطريقة وباستخدام الوسائل الإلكترونية، ويجب أن ينظم المشرع الخلل فى المراكز التعاقدية بقواعد خاصة جدية.

٣- تفعيل دور القاضى فى تحقيق التوازن العقدى فى العقود، أسوة بالمشرع الفرنسى وتنظيم التفاوض والالتزام بالإعلام والتبصير بنصوص صريحة، والتركيز على توازن المضمون العقدى، وخاصة فى العقود التى تبرم بطريق الإذعان ويترتب عليها شروطًا تعسفية.

٤- تبنى المشرع المصرى نهج الفكر الفرنسى وعصرنة وتطوير القانون المدنى؛ حتى ينال القانون المصرى مكانته المتقدمة ويحقق الاستقرار والعدالة، والأمن القانونى.

## المراجع العامة

١ـ د/ أسامة شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

٢ـ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٣ـ د/أسامة أبو الحسن أحمد مجاهد، إساءة استخدام تدابير الحماية التكنولوجية للمصنفات الرقمية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

٤ـ د/ أسامة أحمد شوقى المليجى: استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثرة على قواعد الإثبات المدنى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٥ـ د/ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٦ـ د/ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٦٦م.

٧ـ د/أشرف جابر سيد، الصحافة عبر الإنترنت وحقوق المؤلف، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.

٨ـ د/ السيد عيد نايل، عقد البيع، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ م.

٩ـ د/ جاك جستان، ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٢م.

١٠-د/ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠١٠م

١١-د/حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، ط١، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩م.

١٢-د/حسن عبد الباسط جميعى، أثرعدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية،١٩٩٦م.

١٣-د/ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

١٤-د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية،٢٠١٠م.

١٥-د/ سعيد السيد قطب محمد قنديل، المسئولية العقدية في مجال المعلوماتية، الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وعدم المطابقة، ٢٠٠٩م.

١٦-د/ سعيد السيد قطب محمد قنديل، الوكالة فئ مجال الملكية الفكرية، مجلة روح القوانين بكلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠٠٥م

١٧-د/ سعيد السيد قطب محمد قنديل، التوقيع الالكتروني بين التدوين والاقتباس، مجلة روح القوانين بكلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠٠٣م.

١٨-د/ سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدنى، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م.

١٩-د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٦م.

٢٠-د/ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

٢١-د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤م.

٢٢-د/عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٤٦م.

٢٣-د/عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، ١٩٦٠م.

٢٤-نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٩٠م.

٢٥-د/عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م.

٢٦-د/عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزءالأول، الطبعة الثالثة، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م.

٢٧-د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.

٢٨-د/عبد العزيز عطا الله العطوي، عقود الإذعان، بحث مقدم لبرنامج الأنظمة بمعهد الإدارة العامة بالرياض، طبعت بدار المعارف السعودية للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٨هـ /١٩٧٨م.

٢٩-د/عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.

٣٠-د/ على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤-٢٠٠٥م.

٣١-د/ فواز صالح، القانون المدنى، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١م-٢٠١٢م.

٣٢-د/ مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٠م.

٣٣-د/محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ٢٠٠٠م.

٣٤-د/ محمد حسن قاسم، ترجمة قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد ١١٠٠ إلى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبى الحقوقية، ٢٠١٨م.

٣٥-د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر (١) العقد، المجلد الأول، تعريف العقد وتقسيماته، تكوين العقددراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد ٢٠١٦م، نشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م.

٣٦-د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ٢٠١٧م-٢٠١٨م.

٣٧-د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

٣٨-د/ محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٣٩-د/ مصطفى محمد الجمال، القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربى والمستمدة من الفقه الإسلامى وتطبيقاتها القضائية، ط ١، بدون سنة نشر.

٤٠-د/ نزيه محمد الصادق المهدى، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، تطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

## المراجع المتخصصة

١- د/أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراة لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بدون تاريخ.

٢- د/ أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو، ١٩٩٢م.

٣- د/ أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة الحقوق، إصدار مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الخامسة والعشرون، العدد الثالث،١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٤- د/ أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ٢٠١٠م .

٥- د/أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤م.

٦- د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٧- د/ إسماعيل محمد المحاقرى، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع، السنة ٣٠، ٢٠٠٦م.

٨- د/ السيد محمد السيد عمران، حماية العقد أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

٩- د/ أيمن سعد سليم، العقود النموذحية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.

١٠- د/ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2011م.

١١- د/ حداد العيد، بحث الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، ٢٧ اكتوبر ٢٠٠٩م.

١٢- د/ حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠-١٩٩١، ٢٠٠٧م.

١٣- د/ حسن عبد الباسط جميعى، حماية المستهلك "الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك " الناشر دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.

١٤- د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، كلية القانون، جامعة بغداد.

١٥- د/ حمزة حداد، مدى انطباق مبدأ الإذعان على عقود التأمين، عمان، مؤتمر القضاء والتأمين، ٢٠٠٣م.

١٦- د/ خالد حمدى عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكترونى، دار النهضة العربية،٢٠٠٦م.

١٧- د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الناشر الدار الجامعية،٢٠٠٧م.

١٨- د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراة، حقوق إسكندرية، ٢٠٠٥م.

١٩- د/ رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكترونى، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية، القانونية العدد العاشر الجزائر، ٢٠١٣م.

٢٠- د/ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف فى فرض الشروط التعسفية فى القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد الخامس، بدون تاريخٌ نشر.

٢١- د/ سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية،1882م.

٢٢- د/ سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع ، ١٩٩٢م.

٢٣-د/سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقد الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.

٢٤- د/ سميح جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية ، العدد السابع،٢٠٠١م.

٢٥- د/ سمير برهان، بحث بعنوان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية-منشور في كتاب الأهرام الاقتصادي-العدد ٢١٥-أكتوبر ٢٠٠٥م

٢٦- د/ سليمان براك دايح الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، كلية الحقوق، جامعة النهري , ٢٠٠٢م.

٢٧- د/ سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكي، دراسة مقارنة، ٢٠٠٨م.

٢٨- د/ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، بدون ناشر، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥م.

٢٩-د/طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.

٣٠- د/ عادل شمران الشمري، التعاقد عبر الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون، جامعة القادسية، من٥-٦ نوفمبر ٢٠٠٨م.

٣١- د/عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد١٩٩٨م.

٣٢- د/عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢م.

٣٣-د/ عادل شمران الشمري التحديات القانونية في حقل التعاقدات الإلكترونية عبر الإنترنت وواقع القانون العراقي، منشور الموقع www.fcdrs.com/..

٣٤- د/ عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، ١٩٩٦م.

٣٥- د/ محسن البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م.

٣٦- د/ محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم واسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي، منشور بمجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي، العدد الأول، يناير٢٠٠٠م.

٣٧- د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية (العقد الإلكترونى- الإثبات الإلكترونى- المستهلك الإلكترونى، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

٣٨- د/ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م.

٣٩- د/ محمد بن شدّيد الثقفى، د/علاء التميمى عبده، حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفق أحكام تنظيمٌ جمعيّة حماية المستهلك السعودي لسنة ١٤٢٩ه،

دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الأول، ٢٠١٦م-١٤٣٧ه

٤٠- د/ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.

٤١-د/ محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م.

٤٢- د/ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٨م.

٤٣- د/ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٧ م.

٤٤- د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١م.

٤٥- د/محمد سعد خليفة: مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٤٦- د/ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

٤٧- د / محمد عمر حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

٤٨-د/ محمد محى الدين إبراهيم، التسلط الافتصادى وأثره على التوازن العقدى، الإسكندرية، دار المطبوعات، ٢٠٠٧م.

٤٩- د/ محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها، نموذج الهيئة القومية للكهرباء، بحث منشور على موقع الانترنت، www.justice-lawhome.com .

٥٠- د/ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.

٥١- د/ ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

٥٢- د/ منصور حاتم محسن، د/إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير فى العقد، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر.

## المراجع الأجنبية

1- Adeline VILLAIN ,l'immixtion du juge dans le contrat, mémoire de m 2 droit privé général, universite pierre mendés, France, 2013.

2- CARMET (a),Rêfléxêions surlès cláusês abusives au séns de lâli N 78-23 du 10 janv 1978 ,R.T.D.com .,1982.

3- Delebe cpue( ph.) etpensier (f .j )droops oblgatloua, contrat, et pause , conrat ,2eme ed, lice, 2001 .

4- Ghestin( J ):Droit civil .les obligation .Le contrat, L.G.D.J Paris .1980.

5- G. Berlioz : le contrat d'adhésion. Thèse. Paris. L.G.D.J. 1973.

6- Jean clais auloy et frank steinmetz droit de consommation précis dalloz 5ed 2003.

7- J.P.PIZZIO, introduction a la notion consommateur en droit francais1982.

8- Louis josserand ,Cous de Droit Civil positif francais T.II, 3 eme edition , paris, 1993 .

9- mazeau (Henriet Leon) et Mazeau (jean) et chabas (Francoise), Lecons de droit civil, obligations, theorie generale, montchestien, 8ed, 1991.

10- Roger Leroy Miller & Gaylord A. Jentz, Law for Electronic Commerce, Thomson Learning, 2000.

11-(R) S ALEILLES , de ia declaration de volonte , contribution al etude de lacto juridipue dans le code civile allemande , 1901 .

12-Stark et Roland et Boyer, droit civil, les obligations, T(2), Paris, 1998.

13-Picod (Y) , L,obligátion de coopêrátion dáns lêxécution du contrât, J.C.P., 1988,éd,gén.