حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالتوجيه الأوروبي رقم (١٣/١٩٩٣) وتوجهات محكمة العدل الأوروبية

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د. محمود فياض
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون، جامعة الشارقة
E-mail: mfayyad@sharjah.ac.ae
Mfayyad2004@gmail.com

*تاريخ تسلم البحث: ٢٠١٧/٥/١٤م
*تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٧/٩/٢٤م

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالتوجيه الأوروبي رقم (١٣/١٩٩٣) وتوجهات محكمة العدل الاوروبية

د. محمود فياض
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون، جامعة الشارقة

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم فاعلية التشريعات الوطنية لدولة الإمارات العربية المتحدة في التعامل مع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وتوجهات القضاء الإماراتي في هذا الشأن، ومقارنتها بأحكام التوجيه الأوروبي رقم (١٣) لسنة (١٩٩٣) وتوجهات محكمة العدل الأوروبية، لبيان مدى الحاجة إلى تعديل نصوص قانون حماية المستهلك الإماراتي، وتبني ما ورد في النظام القانوني الأوروبي في هذا التعديل. عرضت الدراسة الكثير من قرارات محكمة العدل الأوروبية في السنوات الأخيرة، في ضوء قرار المشرع الأوروبي المتضمن عدم الحاجة إلى تعديل التوجيه، ومنح السلطات القضائية الوطنية والاتحادية صلاحيات واسعة في تفسير نصوص التوجيه. كما عرضت الدراسة العديد من قرارات المحاكم العليا الإماراتية، لبيان توجهات القضاء الوطني في التعامل مع القواعد العامة ذات العلاقة بموضوع البحث. خلص الباحث إلى وجوب تعديل قانون حماية المستهلك الإماراتي، وتبني التوجيه الأوروبي في أحكامه، مع وجوب الأخذ في الاعتبار تضمين مبادئ محكمة العدل الأوروبية ذات العلاقة في هذا التعديل، لضمان توازن العلاقات التعاقدية في عقود الاستهلاك.

الكلمات الدالة: حماية المستهلك، الشروط التعسفية، حماية المستهلك في القانون الإماراتي، الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، التوجيه الأوروبي رقم ١٣/١٩٩٣.

Consumer Protection from Unfair Terms in the Emirati Law: a Comparative Legal Study in Terms of the Directive (13/1993) and the Jurisprudences of the European Court of Justice

Dr. Mahmoud I. M. Fayyad
Associate Professor
The Faculty of law
University of Sharjah

Abstract

The aim of this paper is to examine the need to transpose the terms of the European Directive 13/93 of unfair terms in addition to the recent jurisprudences issued by the European Court of justice into Emirates law. Emirates law recognizes this protection through the general principles of contract law, while the provisions of consumer protection law do not provide this protection. This research concluded the importance to transpose the European rules into the national law. Many jurisprudences, issued by the European Court of justice in the last five years which developed the scope of the application of the directive and the rules to keep balance between consumers and sellers in terms of the application of good faith and transparency principles, are provided in details in this research,. Many recommendations aiming to keep fairness in consumer transactions, are recorded in this article.

Keywords: Consumer protection, unfair terms, consumer protection in UAE, unfair terms in UAE, the European Directive 13/1993.

مقدمة

لا يزال الفقه القانوني المقارن مهتماً بدراسة مدى نجاح التشريعات المقارنة في وضع ضوابط قانونية تحمي المستهلك من الشروط التعسفية.[١] حتى عندما تدخل المشرع الأوروبي بوضع إطار قانوني عام يكفل هذه الحماية من جهة، ويضمن توحيد الأنظمة القانونية للدول الأعضاء من جهة أخرى بإقراره التوجيه رقم (١٣) لسنة (١٩٩٣) (مُشار إليه أدناه بالتوجيه)،[٢] وجدنا أن مفوضية الاتحاد الأوروبي اقترحت في العام (٢٠٠٨) تعديل هذا التوجيه، بتعديل بعض أحكامه ودمجه مع بعض التوجيهات الأخرى[٣] فيما عُرف بعد ذلك بالتوجيه الخاص بحقوق المستهلك،[٤] إلا أن المشرع الأوروبي رفض هذا المقترح في العام (٢٠١١)، وأبقى على التوجيه الخاص بالشروط التعسفية مستقلاً بذاته، كما رفض التعديلات التي اقترحتها المفوضية عليه. لماذا؟ جاء في قرار المشرع الأوروبي[٥] عدم جدوى التشدد في أحكام التوجيه،[٦] وترك المجال لمحكمة العدل الأوروبية والمحاكم الوطنية لدول الاتحاد الأوروبي للتوسع في تفسير نصوص التوجيه، وذلك بسبب عدم إمكانية حصر الشروط التعسفية، أو وضع تصور عام لمضمونها ووسائل انتشار العمل بها. لذا، توسعت محكمة العدل الأوروبية كثيراً لدى تطبيقها أحكام هذا التوجيه، وأقرت العديد من المبادئ القضائية، التي يتناولها البحث بالعرض والتحليل في هذه الدراسة. هدف التوجيه (١٩٩٣/١٣) إلى ضمان توازن العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال عدم إلزام المستهلك بأي شرط تعسفي يرد في هذه العقود.[٧]

---

١. انظر: إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة (٢٠٠٦) ٤/٣٠ مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص ٢٣٩.

2. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34.

٣. التوجيهات المقترحة للتعديل والدمج كانت على النحو التالي:

The directive (85/577/EEC) on contracts negotiated away from business premises; the directive (93/13) on unfair terms in consumer contracts; the directive (97/7/EC) on distance contracts; and the directive (1999/44/EC) on consumer sales and guarantees.

4. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the.

5. See the Council general approach to the Consumer Rights Directive (2010), available at: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2016933%202010%20INIT visited on 22/2/2017.

٦. تتمثل هذه التعديلات في اعتماد مبدأ الحد الاعلى للتوحيد (the maximum harmonization technique) بدلاً من الحد الأدنى للتوحيد (the minimum harmonization technique) الذي سلكه لتوجيه (١٩٩٣/١٣) إضافة إلى تعديل القائمة الرمادية للتوجيه، لتكون من قائمتين من الشروط التعسفية إحداها سوداء، والأخرى رمادية (على غرار قانون الالتزامات الألماني كما هو موضح أدناه عند الحديث عن الطبيعة القانونية لقائمة الشروط التعسفية).

٧. على مستوى دول الاتحاد الأوروبي، بادرت ألمانيا في العام (١٩٧٦)، تلتها إنجلترا في العام (١٩٧٧)، ثم فرنسا في العام (١٩٧٨)، بوضع هذه القواعد، ومن ثم أعقبتها جميع دول السوق الاوروبية المشتركة سابقاً.

على صعيد القانون الإماراتي، خلا قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (٢٤) لسنة (٢٠٠٦)[٨] من أي حكم يتعلق بالشروط التعسفية، أو حتى وضع ضوابط تضمن توازن العلاقة التعاقدية، كما أن اللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون لم تسلم من هذا القصور،[٩] باستثناء النص على بعض الحقوق التي يتمتع بها المستهلك، التي يمكن أن تُفسر على نحو يتعامل بشكل غير مباشر مع الشروط التعسفية، ما يجعلنا نبحث في مضمون القواعد العامة واجتهاد المحاكم الوطنية، للحكم بمدى فاعلية مستوى الحماية الواردة في القانون الوطني، لدى مقارنته بنصوص التوجيه الأوروبي محل البحث واجتهادات محكمة العدل الأوروبية.

هذا وقد استعان الباحث بتوجهات محكمة العدل الأوروبية لغايات المقارنة للأسباب التالية: يمثل التوجيه الأوروبي منهجاً وسطاً توافقت عليه الأنظمة القانونية المقارنة لدول الاتحاد الأوروبي، لذا يُفترض عدم تعارضه مع توجهات القواعد العامة للقانون الوطني،[١٠] توسعت محكمة العدل الأوروبية في السنوات الخمس الأخيرة في تفسير نصوص التوجيه للارتقاء بمستوى حماية المستهلك من الشروط التعسفية كما أوضحنا أعلاه، أجازت اتفاقية الاتحاد الأوروبية للمحاكم الوطنية الطلب من محكمة العدل الأوروبية إصدار قرارات تفسيرية لنصوص قانونية تتعلق بقضايا تنظرها هذه المحاكم، ما فتح المجال لمحكمة العدل الأوروبية في الاجتهاد والتوسع في تفسير نصوص التوجيه.[١١]

تكمن إشكالية هذه الدراسة في الإجابة على التساؤلات التالية:

- ماهية الضوابط التي أقرها التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.
- إلى أي مدى توسعت محكمة العدل الأوروبية في تفسير وتطبيق نصوص هذا التوجيه بعد العام (٢٠١٠)، وماهية المبادئ التي يمكن استخلاصها من هذه الاحكام؟
- تحليل وتقييم مدى نجاح المبادئ العامة لنظرية العقد في القانون الوطني في ضمان مستوى حماية مماثل، وكيفية تعامل المحاكم الوطنية مع هذه المبادئ لتوفير مستوى جيد من الحماية.

---

٨. قانون حماية المستهلك رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٥٣ السنة السادسة والثلاثون بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٦.

٩. اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ المنشورة في الجريدة الرسمية العدد ٤٦٤ السنة السابعة والثلاثون بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٣٠.

١٠. وهذا ما ثبت لدينا عند الانتهاء من هذه الدراسة كما هو موضح أدناه.

11. Article (19/3/b) of the consolidated version of the treaty on European Union provides that: The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties: (b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions. Available at: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=PDF visited on 25/7/2017.

- هل نحن بحاجة إلى تعديل قانون حماية المستهلك، وتبني الضوابط العامة التي أقرها التوجيه الأوروبي ومبادئ محكمة العدل الاوروبية في هذا التعديل؟

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى كفاية القواعد الوطنية في التعامل مع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، لمعرفة مدى الحاجة الى تبني التوجيه الأوروبي والمبادئ القضائية لمحكمة العدل الأوروبية في القانون الإماراتي.

تبدأ الدراسة بالحديث عن النطاق الموضوعي للتوجيه ومقارنته بضوابط تنظيم الشروط التعاقدية في القانون الوطني، ثم تتطرق إلى بيان مبدأ الشفافية في كل من القانون الأوروبي والقانون الوطني باعتباره أحد أدوات الحماية، لتنتهي أخيراً بالبحث في التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في كلا النظامين القانونيين، باعتباره الأداة القانونية التي استخدمها التوجيه الأوروبي لضمان التوازن العقدي في عقد الاستهلاك. في المقابل، وجد الباحث أن لا حاجة للحديث عن تعريف المستهلك في كلا النظامين القانونيين، لعدم خصوصية قواعد التوجيه في هذا المجال ولوفرة المراجع التي بحثت في هذا الأمر،[١٢] كما ارتأى الباحث عدم التوسع في ضوابط هذه الحماية في عقود التأمين، باعتبارها قواعد خاصة بعقود التأمين فقط.

المطلب الأول

النطاق الموضوعي للحماية

تنص المادة الثالثة من التوجيه على أن التعسف يرد فقط على الشروط التعاقدية التي لم يتم التفاوض عليها بين التاجر والمستهلك. بالتالي يستطيع البائع تجنب تطبيق حكم التعسف الوارد في التوجيه إن أثبت أن الشرط محل البحث قد تم التفاوض عليه مع المستهلك، وأن رضا المستهلك جاء بعد مناقشة هذا الشرط معه. لا توجد نصوص مماثلة في القانون الإماراتي، إلا أن قانون المعاملات المدنية قد نص في مادته (٢٠٦)[١٣] على ضوابط استعمال الشروط في العقد، مستمداً حكمه من فقه الشريعة الإسلامية. يناقش البحث هذين الموضوعين في فرعين مستقلين.

---

١٢. لمزيد من التفاصيل حول تعريف المستهلك يرجى مراجعة:
يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة (٢٠١٠) ٤٤ مجلة الشريعة والقانون ص ٢١٢ وما بعدها، أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي (دار النهضة العربية: القاهرة ١٩٩٤)، محمود فياض، حماية المستهلك في عقود الائتمان، دراسة تحليلية لنصوص التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٨/٤٨)، مقبول للنشر في مجلة الحقوق، جامعة الكويت بتاريخ: ٢٠١٥/٤/٣.
See also: Mahmoud Fayyad, Misleading Advertising Practices in Consumer Transactions: Can Arab Lawmakers Gain an Advantage from European Insight, (2012) 26 Arab Law Quarterly, P. 278.

١٣. نصت هذه المادة على أنه: "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، كل ذلك ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا بطل الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا".

الفرع الأول

النطاق الموضوعي للتوجيه

نص التوجيه في مادته الثالثة على نطاق تطبيقه الموضوعي، حيث قصر التوجيه نطاق الحماية على الشروط التعاقدية التي لم يتم التفاوض عليها بين طرفي العقد، لأن المستهلك في موقف لا يسمح له بمناقشة التاجر في مضمون هذه الشروط، وإن فعل فلن يقبل البائع أو المزود فكرة تعديل شروط العقد باعتبارها شروط نموذجية، جرى العرف على قبول المستهلك بها بمجرد اتفاق الطرفين على شروط العقد الجوهرية (الثمن والمحل). عادة ما يستغل المزود هذا الوضع ويدرج في عقده النموذجي العديد من الشروط التعسفية التي تتعلق بالشروط غير الجوهرية، ما يخل بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

أولاً: ماهية الشرط التعسفي

تعددت تعريفات الشرط التعسفي في ضوء قرارات محكمة العدل الأوروبية تبعاً لاختلاف الأساس الذي تم الاعتماد عليه في هذا التعريف.[١٤] وفقاً لمصدر هذا الشرط، يعرف الشرط التعسفي على أنه الشرط التعاقدي الذي ينشأ نتيجة اختلال توازن المركز الاقتصادي أو المعرفي لطرفي العقد، ما يؤثر على عدالة شروط العقد على حساب مصالح الطرف الضعيف.[١٥] وفقاً لطبيعة هذا الشرط، يعرف على أنه الشرط الذي يتناقض مع متطلبات العدالة القانونية، ويخل بمبدأ حسن النية (good faith principle) والنزاهة التعاقدية (honesty).[١٦] أخيراً وبناء على أثر هذا الشرط، يعرف على أنه الشرط الذي يخل بالتوازن العقدي بين طرفي الرابطة العقدية (contractual imbalance)، من خلال نقل الالتزامات العقدية من طرف إلى أخر، أو إعفاء أحد طرفي الرابطة العقدية من التزامات عقدية تنشأ وفقاً لمقتضيات وطبيعة هذا العقد.[١٧]

---

١٤. لمزيد من التفاصيل حول تعريف الشرط التعسفي، انظر: سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري (٢٠١٦) ٤ مجلة جبل الأبحاث القانونية المعمقة، ص ١٢٣، سميح جاد سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية (٢٠٠١) ٧ المجلة القانونية، ص ١٠٤، أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٨،

15. Judgments in Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-484/08 visited on 21/3/2017.

16. Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C: 2014:282. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-26/13 visited on 18/3/2017.

١٧. وفقاً لتشريعات بعض دول الاتحاد الأوروبي قبل تبني التوجيه (١٩٩٣/١٣)، عرفت المادة (٣٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (١٩٨٧/٢٢) الشرط التعسفي على أنه الشرط الذي يفرضه التاجر على المستهلك مستغلاً بذلك مركزه الاقتصادي المتفوق، ومتعسفاً في استعمال هذا المركز. تم تعديل هذا التعريف بالقانون رقم (١٩٩٥/٩٦) المعدل لقانون (١٩٧٨/٢٢) ليماثل تعريف التوجيه (١٩٩٣/١٣) المشار اليه أدناه. إضافة إلى ذلك، عرفت محكمة النقض الفرنسية الشرط التعسفي في قرارها رقم (١٩٨٩/٢٥) على أنه الشرط التعاقدي الذي يمنع المستهلك من المطالبة بالتعويض القانوني المطلوب متى أخل البائع بالتزام تعاقدي مفروض عليه بموجب احكام العقد. في النظام القانوني الإنجليزي، تم تعريف الشرط التعسفي في المادة (١٧) من الفصل الثالث من قانون الشروط التعسفية للعام (١٩٧٧) على أنه الشرط الذي يستخدمه التاجر بموجب عقد نموذجي معد مسبقاً،

تبنى التوجيه الاوروبي تعريفاً شاملاً للشرط التعسفي آخذاً في الاعتبار الأسس الثلاثة المشار اليها أعلاه، حيث نص في مادته الثالثة على تعريف الشرط التعسفي على أنه الشرط الذي لا يتم التفاوض عليه بين أطراف العلاقة العقدية، ويتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية، ويؤدي بالتالي إلى عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد على حساب مصالح المستهلك (م. ٣/١).

والجدير بالذكر أن مثل هذه الشروط عادة ما تُدرج في عقود نموذجية، يعدها المهني بشكل مسبق، ويطلب من المستهلك الموافقة عليها بعد الاتفاق على نوع وثمن السلعة أو الخدمة. يوضح القاضي الإنجليزي الشهير (Lord Reid) موقف المستهلك عند استلامه لمثل هذا النوع من العقود على النحو التالي: "لن يكون لديه وقت لقراءة بنود هذه العقود، وإن قرأها فهو لن يفهمها، وإن فهمها فلن يتبادر إلى ذهنه الاعتراض عليها، وإن اعترض عليها فسيكون الرد هو إما ان يقبلها ككل، وإما أن يتركها ككل، وإن تجول في السوق المحلية فسيجد ذات العقود عند باقي التجار».[١٨]

ثانياً: دور الشرط التعسفي في الإخلال بالتوازن العقدي

عادة ما يُصاغ الشرط التعسفي على نحو يحمل معه امتيازاً قانونياً للتاجر على حساب مصالح المستهلك. فإذا كان التاجر هو من يضع الشروط التعاقدية، فذلك سيشجعه على صياغة هذه الشروط بالشكل الذي يضعه في مركز قانوني قوي مقارنة بالمركز القانوني للمستهلك.[١٩] لذا تشدد المشرع الأوروبي في التعامل مع المزود الذي يحاول تسويق شروطه العقدية دون مناقشتها أو التفاوض حولها مع المستهلك، حيث يشمل هذا النوع من الشروط جميع الشروط المعدة مسبقاً بواسطة البائع، سواء كانت ضمن عقود نموذجية تستخدم بشكل عام مع جميع المستهلكين، أو عقد تم صياغته بشكل مسبق لصفقة تعاقدية محددة بذاتها (Pre-formulated contract)،[٢٠] ويقع على البائع في هذا المجال عبء إثبات مناقشة هذه الشروط مع المستهلك إن هو أراد التخلص من وصف التعسف. تعامل المشرع الألماني مع الشروط المعدة مسبقاً بمزيد من الحزم، حيث اعتبر الشرط مُعداً مسبقاً، ولم يتم مناقشته مع المستهلك، إن تم استخدامه دون تغيير في مضمونه، أو هدفه في ثلاثة عقود مختلفة، بالتالي لا يوجد مجال للشك هنا على عدم التفاوض عليه مع المستهلك.[٢١]

والذي يهدف إلى إعفاء أو تخفيف المسؤولية العقدية لهذا التاجر، إن أخل بالتزامه التعاقدي. لم يلغ المشرع الإنجليزي هذا القانون وجعله شاملاً لتنظيم جميع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وغير عقود الاستهلاك، ورغبةً منه في تطبيق التوجيه الاوروبي رقم (١٩٩٣/١٣) قام بتشريع القانون رقم (١٩٩٩/٢٠٨٣) الناظم للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فقط (UTCCR)، حيث تبنى حرفياً في مادته الخامسة تعريف التوجيه الاوروبي.

18. P Nebbia, unfair contract terms in EC Law, Hart publications, London 2007, P. 72.

19. See judgment in Kásler and Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C: 2014:282. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-26/13 visited on 18/3/2017.

20. Judgement of the court (First Chamber), 21 March 2013, In Case C-92/11. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-92/11 visited on 25/3/2017.

21. BGH NJW (2002) 138. Available at: http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/njw02_363.htm visited on 20/2/2017.

تنحصر وظيفة هذه الشروط في أحد ثلاث وظائف:[٢٢]

١- إعفاء المزود من مسؤوليته العقدية أو التخفيف منها، إن أخل بالتزام تعاقدي تجاه المستهلك، وهو ما يعرف بشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية (Exclusion Clauses).

٢- تمكين المزود من تعديل الحقوق والالتزامات المتفق عليها في العقد بإرادته المتفردة، وهو ما يعرف بشروط تعديل وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة (variation Clauses).

٣- فرض غرامات مبالغ فيها على المستهلك، إن أخل بالتزامه التعاقدي دون إلزام التاجر بغرامات مماثلة، وهو ما يعرف بالغرامة التهديدية (penalty Clauses).

ثالثاً: السياسة التشريعية للحماية التي أقرها التوجيه

يمكننا بيان السياسة التشريعية العامة لهذه الحماية على النحو التالي:

١- المستهلك هو موضوع الحماية التي يهدف التوجيه إلى حمايته (النطاق الشخصي للتوجيه).

٢- بطلان أي شرط تعاقدي لم يراعِ معايير الشفافية في صياغته، وطريقة عرضه على المستهلك (مبدأ الشفافية).

٣- بطلان أي شرط تعاقدي غير جوهري لم يتم التفاوض عليه بين التاجر والمستهلك، إن أخل بحقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين بما يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية (مبدأ حسن النية).

والجدير بالذكر أن التوجيه يميز بين نوعين من الشروط التعاقدية في عقود الاستهلاك، هما الشروط الجوهرية والشروط غير الجوهرية. تتعلق الشروط الجوهرية (core terms) بمحل التزام طرفي العقد، وهو مرتبط فيما يُعرف بحكم العقد في القانون الإماراتي،[٢٣] في حين تتعلق الشروط غير جوهرية (un-core terms) بحقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين وهو مرتبط فيما يُعرف بحقوق العقد في القانون الإماراتي[٢٤] يفترض المشرع الأوروبي أن لا مجال للادعاء بعدم مناقشة

22. See: H Micklitz and N Reich, understanding EU consumer law, Centro de Formacao Juridica e Judiciaria, Brussels, 2009, P. 80; P. Rott, Minimum harmonization for the compellation of the internal market? The example of Consumer sales law (2003) 40 Common market law Review 1113; J Fazekas, Approximation of Hungarian Consumer law- the implementation of the EC Directive on unfair contract terms into the Hungarian Law (2001) 8-2 Consumer law journal 164; M Dean, unfair contract terms: the European approach (1993) 56-4 Modern law Review 581.

٢٣. حكم العقد هو الأثر القانوني الأصلي للعقد، والغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه، كما أنه يثبت من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد، فمن يشتري سيارة بثمن معلوم، يتمثل حكم العقد في انتقال ملكية السيارة إلى المشتري وحصول البائع على الثمن، أما من يستأجر منزلاً فيتمثل حكم العقد في حصول المستأجر على منفعة العين المؤجرة وحصول المؤجر على مقابل الأجرة المستحقة.

٢٤. حقوق العقد فيقصد بها ما يستتبع العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله، وهي التزامات وحقوق تثبت في ذمة المتعاقد ويجب الوفاء بها، فعقد البيع تتمثل بعض حقوقه في التزامات البائع بتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية، إضافة

المستهلك للشروط الجوهرية، ما يبرر استبعادها من وصف التعسف.[٢٥] في المقابل، افترض المشرع الأوروبي عدم اهتمام المستهلك بالشروط غير الجوهرية وبالتالي جعلها موضوع الحماية إن لم يتم التفاوض عليها بين الطرفين المتعاقدين.[٢٦] ولضمان عدم تقييد حرية الدول الأعضاء في زيادة مستوى الحماية المقررة في تشريعاتها الوطنية، اعتمد التوجيه معيار الحد الأدنى للحماية (the minimum harmonization technique)، والذي يعني التزام الدول الاعضاء كحد أدنى بمستوى الحماية الوارد في هذه التوجيهات، ويمكن لها في المقابل زيادة مستوى الحماية في تشريعاتها الوطنية لتشمل الشروط الجوهرية وغير الجوهرية، وهذا ما قضت به محكمة العدل الأوروبية صراحة في العديد من القرارات.[٢٧] على هذا النحو، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في العام (٢٠٠٥) أن الشركات قد تكون موضوعًا لحماية قانون حماية المستهلك الفرنسي على أساس تبنى التوجيه لسياسة الحد الأدنى للحماية،[٢٨] وهذا لا يتعارض مع مدلول المادة (L-١٣٢-١) من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما أن المشرع الألماني لم يميز بين المستهلك وغير المستهلك في قواعد الحماية التي أقرها في قانون الالتزامات الألماني، وشمل بهذه الحماية طائفة التجار والمستهلكين على حد سواء.[٢٩]

والملاحظ أن محكمة العدل الأوروبية توسعت كثيراً في نطاق تطبيق التوجيه على النحو التالي:

- اعتبرت محكمة العدل الأوروبية نصوص التوجيه من النظام العام، بالتالي تلتزم المحاكم الوطنية بالقضاء ببطلان أي شرط تعسفي يرد إليها في أي نزاع، حتى إن لم يطالب أيٌّ من طرفي النزاع بهذا البطلان.[٣٠] كما لا يجوز للبائع والمستهلك الاتفاق على مخالفتها.[٣١]

إلى التزام المشتري بدفع الثمن ونفقات عقد البيع. أما في عقد الإيجار، فتتمثل بعض حقوق العقد في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة ونفقات الصيانة...، إضافة الى التزامات المستأجر المتمثلة في دفع الأجرة، والحفاظ على العين المؤجرة وعدم إجراء تعديلات جوهرية عليها.

25. G Sepe, National Models of European contract Law: A comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93⁄13 (1997) 5- 4 Consumer Law Journal 116.

26. Judgments in Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C: 2014:282, paragraph 50. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-26/13 visited on 18/3/2017.

27. See for instance: Matei, C-143/13, EU: C:2015:127. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-143/13 visited on 22/3/2017.

28. Mentioned in: S Whittaker, Contractual control and Contractual review in England and France (2005) 6 European review of Private Law 762.

29. BGH (DE) 24. Feb. 2005 III ZB 36/04. Available at:

https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.02.2005&Aktenzeichen=III%20ZB%2036%2F04 visited on 12/4/2017.

30. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 30 May 2013, In Case C-397/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Fővárosi Bíróság (Hungary), made by decision of 12 July 2011, received at the Court on 27 July 2011, in the proceedings, Para 54/1. Available at: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=137827&doclang=EN visited on 16/3/2017.

31. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 30 May 2013 In Case C-488/11, REQUEST for

- قضت محكمة العدل الأوروبية في القضية (C-١١٩/١٥) (Biuro podróży Partner)،[٣٢] بأن جزاء بطلان الشرط التعسفي يمتد في أثره ليسري ليس فقط على العلاقة التعاقدية محل البحث، ولكن يشمل حالات استخدام هذا الشرط في أية علاقات تعاقدية أخرى K بغض النظر عن الجهة التي أدرجت هذا الشرط.
- في معرض ردها على الاستفسار المقدم اليها من محكمة استئناف هنغاريا في القضية (Jőrös v Aegon.)،[٣٣] قضت محكمة العدل الأوروبية بأن البطلان يقتصر على الشرط التعسفي فقط، دون أن يشمل كافة بنود العقد، وهذا الحكم يتوافق مع نظرية انتقاص العقد التي أخذ بها قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنص المادة (١/٢١١ معاملات مدنية).[٣٤]
- قضت محكمة العدل الأوروبية بأن البطلان يجب أن يتقرر في ضوء كافة شروط العقد.[٣٥]
- قضت محكمة العدل الأوروبية في القضية (C-١١٩/١٥) (Biuro podróży Partner)،[٣٦] بإمكانية فرض غرامات مالية على طائفة البائعين أو الموردين في حال تم إدراج شروط تعسفية عند تعاملهم مع المستهلكين.[٣٧]

---

a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Gerechtshof te Amsterdam (Netherlands), made by decision of 13 September 2011, received at the Court on 23 September 2011, in the proceedings Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV. Para 61/2. Available at: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&doclang=EN visited on 17/3/2017.

32. Biuro podróży « Partner » Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej Contre Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Available at:

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d61bf1537f65d74d8092d9d97669d545ba.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Se0?text=&docid=179323&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=44104 visited on 16/3/2017.

33. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 30 May 2013, In Case C-397/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Fővárosi Bíróság (Hungary), made by decision of 12 July 2011, received at the Court on 27 July 2011, in the proceedings. Para 54/2. Available at: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=137827&doclang=EN visited on 16/3/2017.

٣٤. نصت هذه المادة على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي".

35. Para 51 of the previous decision.

36. Biuro podróży « Partner » Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej Contre Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Available at:

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d61bf1537f65d74d8092d9d97669d545ba.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Se0?text=&docid=179323&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=44104 visited on 16/3/2017.

٣٧. أجابت محكمة العدل الأوروبية على الاستفسار المقدم إليها من محكمة وارسو الاستئنافية المتعلق بمشروعية قيام هيئة حماية المستهلك الوطنية البولندية بفرض غرامة مالية قيمتها (٢٧١٢٧ زلوتي بولندي)، أي ما يعادل (٤٩٤٠ يورو)، على تاجر استخدم شروطاً تعسفية في مواجهة المستهلكين.

- قضت محكمة العدل الأوروبية في القضية (Brusse v Jahani BV)[٣٨] بالتزام القاضي الوطني باستبعاد تطبيق الشرط الجزائي المبالغ في قيمته وليس تعديله، بما يناسب الضرر الفعلي الذي أصاب المهني، على أساس أن قانون حماية المستهلك هو الواجب التطبيق، وليس المبادئ القانونية العامة الواردة في القانون المدني.
- توسعت محكمة العدل الأوروبية في نطاق تطبيق التوجيه ليشمل عقود الإيجار وليس فقط عقود البيع أو التوريد،[٣٩] على أساس أن عقد الإيجار يتضمن تزويد المستهلك بحق الانتفاع بالعين المأجورة مقابل عوض معلوم.[٤٠]
- توسعت محكمة العدل الأوروبية في تفسير مصطلح المزود ليشمل موردي الخدمات بشكل عام ومنها خدمات المحاماة والاستشارات القانونية،[٤١] على أساس أن مصطلح البائع او المزود (the seller) قد ورد في التوجيه على سبيل المثال لا الحصر، ليشمل في معناه كل من امتهن عملاً بمقابل على سبيل الاحتراف والممارسة، وطالما اختلف المركز المعرفي لطرفي العقد في العلاقة محل البحث، بغض النظر عن طبيعة السلعة أو الخدمة المقدمة.[٤٢]
- توسعت محكمة العدل الأوروبية كذلك في نطاق تطبيق التوجيه، حينما قضت بحق الدول الأعضاء في مد نطاق تطبيق التوجيه في القانون الوطني على نحو يشمل العقود ذات طابع الامتياز.[٤٣]

---

38. Brusse v Jahani BV (2013) C-488/11. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-488/11 visited on 12/3/2017.

٣٩. جاء هذا القرار في قضية (Asbeek Brusse and da Man Garabito v Jahani BV)، التي أثير فيها التساؤل حول إمكانية تطبيق التوجيه على عقود الإيجار في بلجيكا في ضوء استخدام القانون البلجيكي لكلمة البائع (verkoper) دون أن يستخدم كلمة المزود الواردة في أحكام التوجيه.

Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-488/11 visited on 26/3/2017.

40. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 30 May 2013 In Case C-488/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Gerechtshof te Amsterdam (Netherlands), made by decision of 13 September 2011, received at the Court on 23 September 2011, in the proceedings Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV. Available at: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&doclang=EN visited on 17/3/2017.

41. Judgment in Cipolla and Others, C-94/04 and C-202/04, EU: C: 2006:758, paragraph 68, Case C-537/13, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lithuania), made by decision of 7 October 2013, and received at the Court on 14 October 2013. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-94/04 visited on 25/4/2017.

42. Judgment in Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C-59/12, EU: C: 2013:634, paragraph 37. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2013.344.01.0020.01.ENG visited on 12/4/2017.

43. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 21 March 2013, In Case C-92/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Germany), made by decision of 9 February 2011, received at the Court on 28 February 2011, in the proceedings, RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. Para 65/1 of this decision. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0092 visited on 16/3/2017.

- أجازت محكمة العدل الأوروبية توسع المحاكم الوطنية في تطبيق التوجيه وفقا لقاعدة الحد الأدنى للحماية، ليشمل نطاق التوجيه، شرط ملاءمة السعر لنوعية وجودة البضاعة أو الخدمة المقدمة.[٤٤]

- على الرغم من أن التوجيه يستثنى شرط الثمن من وصف التعسف، على أساس افتراض مناقشته بواسطة المستهلك،[٤٥] إلا أن محكمة العدل الأوربية قد توسعت في نطاق تطبيق التوجيه حينما قضت بإمكانية تطبيق التوجيه على شروط تتعلق بآلية تحديد السعر، وتمكين طرف تعاقدي من تعديله وفقاً لإرادته المنفردة، على أساس عدم اهتمام وإطلاع طائفة المستهلكين على هذه الشروط.[٤٦] حتى في الحالة التي يُمنح فيها المستهلك هذا الحق، يجب أن يتمتع لدى ممارسته لهذا الحق ببعد عملي، من خلال منحه المجال للمفاضلة والاختيار بين عروض سوقية مختلفة. على هذا الأساس، تضمن قرار محكمة العدل الأوروبية في هذه القضية وجوب أخذ ما يلي في الاعتبار عند تقرير مدى عدالة هذا الشرط:[٤٧] (١) مدى تنافسية السوق وتوافر موردين آخرين، (٢) أية تكاليف مالية قد يتحملها المستهلك نتيجة ممارسة حقه في الفسخ، (٣) المدة الزمنية المتوفرة للمستهلك لممارسة حقه في الفسخ من تاريخ إشعاره بتعديل السعر، (٤) تفاصيل شروط ومبررات التعديل التي قد يوفرها البائع للمستهلك عند الإشعار، (٥) قيمة التعديل التي فرضها المزود، وتاريخ سريانه، ومدته الزمنية إن كان مؤقتاً.

---

44. C-484/08 - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, udgment of the Court (First Chamber) of 3 June 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc). Reference for a preliminary ruling: Tribunal Supremo - Spain. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-484/08 visited on 6/4/2017.

45. H Micklitz and N Reich, Ibid, P. 172; T Wilhelmsson, final report from workshop 1. the scope of the Directive: Non negotiated terms in Consumer contracts, Acts of the Brussels conference, 1-3 July 1999, Luxembourg, Office of official publications of the European communities, 2000, P. 105; T Wilhelmsson, The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland (1997) 5 European Review of Private Law 151.

46. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 21 March 2013, In Case C-92/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Germany), made by decision of 9 February 2011, received at the Court on 28 February 2011, in the proceedings, RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. Para 65/2 of this decision. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0092 visited on 16/3/2017.

47. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 21 March 2013, In Case C-92/11, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Germany), made by decision of 9 February 2011, received at the Court on 28 February 2011, in the proceedings, RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. Para 54 of this decision. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0092 visited on 16/3/2017.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي

في الوقت الذي أدرك فيه المشرع الغربي عدم نجاح مبدأ سلطان الإرادة في تمثيل مصالح طرفي العقد بشكل كامل منذ بضعة عقود، فإن فقهاء الشريعة وضعوا ضوابط منذ قرون عدة تكفل تحقيق هذا التوازن، سواء من حيث مبدأ حرية الشروط، أو من حيث مفهوم النظام العام الذي يمثل هذه الحرية، حيث يرى جمهور الفقه أن الإرادة تنشئ العقد فقط، في حين يتولى الشارع سلطة تحديد أثر وأحكام هذه العقود، ولهذا يرى الفقهاء أن العقود أسباب جعلية وليست بأسباب طبيعية؛ لذلك فالشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبت إذا توافرت أركانه، سواء أراده العاقد أم لم يرده، وليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط تعاقدي ما لم يرد إذن من الشارع بذلك وإقرار منه له، وكذلك ليس له أن يزيد عن المقتضى إلا بإذن من الشارع،[٤٨] ويفسر الشيخ أبو زهرة ذلك بقوله: «أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظا للعدل بين الخلق، وصوناً للمعاملات من دواعي الفساد، ومنعاً للغرر في الصفقات، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس»،[٤٩] وتهدف هذه السياسة الشرعية إلى حرص المشرع على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدين.[٥٠]

في المقابل اختلف فقهاء الشريعة في تعداد الشروط التي أجازها الشارع، فهي ضيقة عند الحنفية والشافعية إلى حد ما في حين يتسع نطاقها عند المالكية والحنابلة، حيث يرى التوجه الأخير أن الأصل حرية الشروط ما لم يرد نهي من الشارع، فالشروط الباطلة عندهم هي فقط: الشروط المنافية لمقتضى العقد، الشروط المحرمة شرعاً، والشروط التي تؤدي الى الإخلال بركن الثمن،[٥١] والمراد بمقتضى العقد مجموعة الالتزامات التي يستلزمها العقد، فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر، حيث نظمها الشارع لغرض ضمان التوازن العقدي الواجب مراعاته بين العاقدين في الحقوق والواجبات، فيستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد، اعتمادا على ما هو مقرر في النصوص الشرعية، ومثال ذلك- وفقاً لهذا التوجه- التزام البائع بتسليم المبيع وبضمان العيوب، والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع، وكالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة والتزام المستأجر بدفع الأجرة، وغيرها من الالتزامات التي يُنشئها كل عقد بحسب الحاجة. ويجيز الإمام أحمد اشتراط قدر زائد على مقتضى العقد، واستثناء بعض منفعة الخارج من ملكه في جميع العقود ما لم يتضمن مخالفة

٤٨. الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص٢٥٣.

٤٩. المرجع السابق.

٥٠. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٥٨٢.

٥١. ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣، ج ٣، ص٢٨٥

للشرع، فيجوز للبائع أن يستثني بعض المبيع، كبيع الدار بشرط سكناها مدة معلومة ونحوها، إن كانت تلك المنفعة مما يجوز استيفاؤها في ملك الغير، وذلك اعتمادا على حديث جابر لما باع الرسول عليه الصلاة والسلام جملا، واستثنى ظهره إلى المدينة.[٥٢]

إلا أن الملاحظ أن هناك توافقاً فقهياً بين جميع هذه المذاهب على بطلان جميع الشروط التعسفية التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، استناداً لقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المنافع» وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار». لكن الملاحظ في جميع هذه الآراء التي تناولت أحكام هذه الشروط أنها ترد على شروط تعاقدية تتعلق بمحل التزامات طرفي العقد (الشروط الجوهرية)، كما هو وارد أعلاه من أمثلة، دون أن تمتد لتشمل الشروط التي تنظم التزامات الطرفين. وحتى في الحالة التي تطرقت إليها هذه الكتابات إلى الشروط التي تنظم الالتزامات، نجدها قد تناولت التزامات لم يُجز الشارع الاتفاق على الإعفاء منها مثل: ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق وشرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار، في حين أجاز قانون المعاملات المدنية بنص صريح جواز الإعفاء من ضمان العيوب الخفية والإعفاء من المسؤولية العقدية باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم، كما هو موضح أدناه.

وعلى أساس أن مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد هما المُتبعان في دولة الإمارات،[٥٣] يُلاحظ أن المشرع الإماراتي قد توسع كذلك في نطاق إعمال شروط العقد، حيث أجازت المادة (٢٠٦ معاملات مدنية) أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو جرى به العرف والعادة، أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، كل ذلك ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب، وإلا بطل الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً. هذا يعني أنه يجوز أن يقترن العقد بشرط يحقق مصلحة أحد طرفيه، ولو على حساب مصلحة الطرف الآخر، ما لم يكن هناك منع صريح من الشارع، وهذا يدفعنا إلى القول بأن القانون الإماراتي لم يحظر إدراج الشروط التعسفية المتعلقة بالشروط غير الجوهرية في عقود الاستهلاك، بسبب عدم وجود نص قانوني صريح يحظرها، وهذا ما أكدت عليه المحاكم الإماراتية في العديد من الأحكام التي أجازت صراحة تضمين العقد شروطاً تحقق مصلحة أحد طرفي العقد على حساب الطرف المقابل،[٥٤] طالما أن هذا الشرط لا يتعارض مع النصوص القانونية الآمرة، ولا يخالف النظام العام

٥٢. انظر: أحمد مفلح االخوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزع، عمان، ٢٠١١، ص ١٥٠ وما بعدها.

٥٣. نصت المادة (١ معاملات مدنية) على أنه: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

٥٤. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩١ قضائية بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٤، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن

أو الآداب،[٥٥] كما أقرت في قرار آخر بحق الطرف المتعاقد في إعفاء نفسه من المسؤولية الناشئة عن العقد، طالما لم يتعلق هذا الإعفاء بالغرض الاساسي للعقد،[٥٦] كما هو مشار إليه بالتفصيل أدناه عند الحديث عن تطبيقات مبدأ حسن النية في القانون الإماراتي.[٥٧]

المطلب الثاني:
مبدأ الشفافية للشرط التعاقدي

نص التوجيه في مادته الخامسة على هذا المبدأ، التي نصت على وجوب أن تكون الشروط العقدية المكتوبة مُصاغة بشكل واضح ومفهومة للمستهلك. وأضافت هذه المادة وجوب تفسير الشرط التعسفي الغامض لمصلحة المستهلك، باستثناء الحالات التي تتدخل فيها جمعيات حماية المستهلك بدعاوى جماعية ضد ممارسات بعض التجار التعسفية، حيث يبطل الشرط في مثل هذه الحالة دونما حاجة الى إعادة تفسيره.[٥٨]

وقد توسعت دول الاتحاد الاوروبي في تطبيق هذا المبدأ، حيث نصت تشريعاتها الوطنية المطبقة للتوجيه على بطلان أي شرط تعاقدي لا يراعي مبدأ الشفافية،[٥٩] وهذا أيضاً ما أكدت عليه محكمة

رقم: ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قضائية بتاريخ ١٩٨٩/١/٧. المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٧٩٥ لسنة: ٢٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٨، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم: ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قضائية بتاريخ ١٩٨٩/١/٧. المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم: ٣٩٥ لسنة ٢٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢. والجدير بالذكر أن محكمة تمييز دبي تمثل مرحلة التقاضي الثالثة والعليا في النظام القضائي في إمارة دبي، وهي تمثل أعلى سلطة قضائية في المسائل الحقوقية والجزائية في إمارة دبي واختصاصاتها ينظمها قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ في مواده من ١٧٣ إلى ١٨٨ وقانون السلطة القضائية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٦ في المواد من ١٩ إلى ٢٢ شاملة. تتألف دوائر محكمة التمييز كحد أدني من الرئيس وخمس قضاة، وتنظر هذه الدوائر في الطعون المرفوعة إليها في القضايا الجزائية وقضايا الأحوال الشخصية والعمالية والمدنية والعقارية والتجارية.

٥٥. انظر تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم : ١٥ لسنة : ٢٠٠١ قضائية بتاريخ : ٢٠٠٢/٣/٩ الذي جاء فيه: بالنظر إلى نص المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ والمادة ٣٨٣ من قانون المعاملات المدنية، يدل على أنه يجوز للمتعاقدين تضمين العقد المبرم بينهما ما يحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما من شروط بما في ذلك من شروط تتعلق بتشديد أو تخفيف مسؤولية المتعاقد أو الإعفاء منها طالما أن هذه الشروط لا تتعارض مع النصوص القانونية الآمرة وبما لا مخالفة فيها للنظام العام أو الآداب، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية الفعل العمدى من جانب المدين أو ما يلحق به من غش أو خطأ جسيم. وإلا كان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض وهو ما لا يجوز قانوناً. ومن ثم فإنه متى كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له هذا الشرط، ولا يمكن إبطاله إلا إذا شاب إرادة المتعاقد عيباً من عيوب الرضا من إكراه أو تغرير أو غلط، وغير ذلك مما قد يرد في القانون من نصوص آمرة.

٥٦. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم :١٢١ لسنة: ١٩٨٩ قضائية بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٧.

٥٧. انظر قرارات المحاكم في الجزء الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق في هذه الدراسة.

58. This article provides that: n the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favorable to the consumer shall prevail. This rule on interpretation shall not apply in the context of the procedures laid down in Article 7 (2).

59. See: R Browsword and G Howells, the implementation of the EC Directive on unfair terms in Consumer contracts- some unresolved questions (1995) Journal of Biblical Literature 206; N Parr,

العدل الأوروبية صراحة.[٦٠]

على صعيد القانون الإماراتي، تضمن قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية العديد من النصوص الناظمة لهذا المبدأ، إضافة إلى وجود العديد من المبادئ العامة التي تتعامل مع هذا المبدأ بشكل غير مباشر أيضاً، مثل: حظر التغرير في المعاملات التعاقدية، وتفسير نصوص الشروط الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن. ستكون هذه القواعد موضوع البحث في هذا المطلب في فرعين مستقلين.

الفرع الأول:
مبدأ الشفافية في التوجيه الأوروبي

بهدف التغلب على إشكالية غموض الشروط التعاقدية، تضمنت كافة توجيهات حماية المستهلك في الاتحاد الأوروبي النص على أهمية هذا المبدأ.[٦١] ويتعلق غموض الشرط التعاقدي بالطريقة التي يُصاغ فيها هذا الشرط، وكذلك بكيفية تقديمه إلى المستهلك. لذا، لن يكون من السهل حصر حالات غموض الشرط التعاقدي، لذا أخذ المشرع الاوروبي بعمومية هذا المبدأ، ونص على عدم إلزام المستهلك بأي شرط تعاقدي لا يراعيه، تاركاً المجال للمحاكم الوطنية في البحث في كل حالة على حدة تبعاً لطبيعة العقد والظروف المحيطة بانعقاده. سنتحدث بداية عن ماهية عدم شفافية الشرط التعاقدي، وسننتقل بعدها لبيان قاعدة تفسير الغموض لمصلحة المستهلك، وسبب عدم تطبيق هذه القاعدة على الدعاوى الجماعية التي تتولاها جمعيات حماية المستهلك.

أولاً: متطلبات مبدأ شفافية الشروط التعاقدية

لم تورد تشريعات حماية المستهلك الأوروبية حالات عدم شفافية الشرط التعاقدي، ما فتح المجال للاجتهاد القضائي والفقهي للتعامل مع هذه الإشكالية. في ضوء قرارات محكمة العدل الأوروبية، تعتبر أي من الحالات التالية خرقاً لهذا الشرط:

١- عدم منح المستهلك الوقت الكافي للاطلاع على محتوى الشروط التعاقدية التي يوقع عليها، بسبب استلامه وثيقة تحوي العديد من الشروط التعاقدية، ووجوده في موقف لن يمكنه من

The relevance of consumer brands and advertising in competition inquiries (1993) 14-4 European Commercial law Review 163; F M Fernandez and A S Graells, Some preliminary views on the revision of the Insurance Block Exemption Regulation (2009) 30-10 European Commercial Law review 479.

60. ECJ 473/00, (2002) ECR I-10875.

61. Y Farah, allocation of jurisdiction and the internet in EU law (2008) 33-2 European Law Review Journal 257; M Schillig, Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms (2008) 33-3 European Law Review Journal 336.

قراءة هذه الشروط (مثل من يتعاقد مع مصرف على فتح اعتماد مصرفي، ووجود العديد من المراجعين في انتظار إنهاء معاملة هذا الشخص).[٦٢]

٢- صياغة الشرط بخط صغير وغير واضح على العقد الذي يوقع عليه المستهلك، أو على فاتورة الشراء التي يتسلمها بعد الاتفاق على الشروط الجوهرية للعقد ودفع المقابل المادي المتفق عليه،[٦٣] وفي هذه الحالة سيجد المستهلك نفسه ملزما بشروط تعاقدية لم يطلع عليها أثناء التفاوض على العقد، وسُيكتب في مقدمة هذه الشروط «تعتبر هذه الشروط جزءًا لا يتجزأ من الاتفاق التعاقدي الذي أبرمه المستهلك مع التاجر» (مثل الشروط التي تكون مكتوبة خلف فواتير الشراء).[٦٤]

٣- إلزام المستهلك بالأنظمة والتعليمات الداخلية التي تنظم موضوع نشاط التاجر دون أن يعلم بماهية ومضمون هذه الأنظمة، حيث سيجد المستهلك نفسه ملزماً بنظام قانوني لم يكن يعلم به وقت التعاقد.[٦٥]

٤- إبراز الشروط التعاقدية للمستهلك في مكان التعاقد أو في مكان آخر (مثل حالة التعاقد على استئجار غرفة في فندق، حيث غالباً ما تكون الشروط التعاقدية معلقة خلف موظف الاستقبال، أو حتى في الغرفة التي استأجرها الشخص).[٦٦]

٥- صياغة الشروط التعاقدية بشكل قانوني معقد يستحيل على المستهلك الطبيعي فهم محتواها ومضمونها.[٦٧]

تعاملت تشريعات الدول الأعضاء مع هذه الحالات بشكل مختلف، إلا أنها توصلت في مجملها إلى وجوب ضمان مراعاة مبدأ الشفافية في صياغة عقود الاستهلاك. يمكننا توضيح هذا الأمر على النحو التالي.

---

62. ECJ 45/96 (1998) E.C.R. I-1199, Para. 18 and 19.

Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-45/96&td=ALL visited on 24/3/2017.

63. ECJ 144/99 (2001) ECR I-3541. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-144/99 visited on 2/4/2017.

64. Judgment in Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C-59/12, EU: C: 2013:634, paragraph 37, Para. 41. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2013.344.01.0020.01.ENG visited on 12/4/2017.

65. See the opinion of Advocate General (TIZZANO) in C 144/99 (2001) ECR I-3541 Para 29-31.

Available t: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0478 visited on 25/3/2017.

66. JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber), 21 March 2013, In Case C-92/11. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-92/11 visited on 26/3/2017.

67. Ibid.

في النظام القانوني الفرنسي: جاء النص على هذا المبدأ صراحة في نص المادة (L-٢/١٣٣/a) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة (٢٠٠٥)، المُعدل بالقانون رقم (٢٠١٤/٣٤٤)،[٦٨] الذي توسع في تعامله مع هذا المبدأ على النحو التالي:

(١) قضت المحاكم الفرنسية ببطلان الشروط التعسفية واعتبارها غير ملزمة دون أن يمتد هذا الأثر لباقي نصوص العقد إن أمكن،[٦٩] وهذا أيضاً ما اتبعته المحاكم الإيطالية.[٧٠]

(٢) يجب الأخذ في الاعتبار ضرورة قراءة جميع شروط العقد عند تقدير مدى شفافية الشرط التعاقدي محل البحث، ليتمكن القاضي الوطني من الإلمام بمضمون العقد والغرض الذي سعى إليه التاجر عند صياغته لهذا الشرط التعاقدي.[٧١]

(٣) يفرض هذا المبدأ على التاجر وجوب التزامه بمبدأ الإعلام والتبصير، كي يتمكن المستهلك من اتخاذ القرار المناسب عن إرادة واعية ومستنيرة، إضافة إلى ضمان أن يكون كلا الطرفين في مركز معلوماتي متكافئ في مرحلة التفاوض على العقد.[٧٢] كما يشمل نطاق هذا الالتزام جميع شروط العقد، سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية، إضافة إلى الوضع القانوني للمستهلك، وقواعد حمايته القانونية، وكافة الالتزامات التي ينشئها العقد،[٧٣] وهو التزام بتحقيق نتيجة، وهي تزويد المستهلك بالمعلومات التي تساعده في المفاضلة والاختيار. لذا فإن هذا الالتزام قد، يتضمن في جوهره التزاماً آخر هو الالتزام بالاستعلام، فالطبيب عليه أن يُحدِّث معلوماته، ويتابع جميع التطورات الطبية، ولا يكتفي بما درسه في مراحل الدراسة الأولية، لأن عليه واجب تزويد مريضه بمعلومات كافية في ضوء تطور العلوم الحديثة.[٧٤] إضافة إلى ذلك، يقر القانون

68. The consolidated version of the Consumer Code incorporates all the amendments up to Law No. 2014-344 of March 17, 2014. Available at: http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14672 visited on 22/4/2017.

69. Tribunal d'instance Vienne (FR) 15. Dec. 2000 Cofidis / Fredout. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0473 Visited on 18/3/2017.

70. Mentioned in: G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience (2004) 15- 5 European Business Law Review 1127.

71. Without prejudice to the rules of interpretation provided for in articles 1156 to 1161, 1163 and 1164 of the civil code, the unfair nature of a term is assessed by referring, when the contract is concluded, to all the circumstances surrounding its conclusion, as well as to all the other contractual clauses.

72. B Dubow, Understanding consumers: the value of stated preferences in antitrust proceedings (2003) 24-3 European Commercial Law Review Journal 141, Y Farah, allocation of jurisdiction and the internet in EU law (2008) 33-2 European Law Review Journal 257.

٧٣. السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تطبيقية وتحليلية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأه المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ٨٢.

٧٤. عدنان سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات)، دراسة مقارنة في القانونيين الإماراتي والبحريني (٢٠١٣) ٨ مجلة الفكر الشرطي، ص ١٨.

الفرنسي أنه من يلتزم بالإعلام يتحمل عبء إثبات الوفاء بهذا الالتزام.[٧٥]

(٤) في حال كان المستهلك مقيماً في فرنسا أو يحمل الجنسية الفرنسية، يجب تقديم شروط العقد له باللغة الفرنسية، أما إذا كان المستهلك أحد رعايا دول الاتحاد الأوروبي، فيلتزم التاجر بتقديم شروط تعاقدية مُصاغة بأحد اللغات المعترف فيها لدول الاتحاد إضافة إلى اللغة الفرنسية، ويحق للمستهلك في هذه الحالة اختيار لغة العقد التي يرغب في الالتزام بها (المادة b/٢/L١٣٣ من قانون الاستهلاك الفرنسي).

في النظام القانوني الإنجليزي، وُرد هذا المبدأ في نص المادة (١/٧) من قانون الشروط التعسفية الإنجليزي للعام (١٩٩٩)،[٧٦] وتتعامل المحاكم الانجليزية مع هذا المبدأ على أساس إلزام التاجر بصياغة شروط تعاقدية للمستهلك، تضمن تعادل المركز القانوني والمعرفي لطرفي الرابطة العقدية في مرحلة التفاوض على العقد.[٧٧] على هذا الأساس، تتشدد المحاكم الإنجليزية لتلزم التاجر بوجوب سؤال المستهلك عن مدى قراءته وفهمه لكل شرط تعاقدي (the duty of briefing)، وإلزامه بإعلام المستهلك بالآثار القانونية المترتبة على أية شروط تعاقدية تثير مواضيع قانونية قد لا يعلم بها المستهلك.[٧٨] أخيراً تتعامل المحاكم الإنجليزية مع المستهلك على أنه الشخص الذي يفتقر لكل خبرة معرفية وقانونية بموضوع العقد (المستهلك الضعيف)، لذا تُشدد قواعد الإعلام والتبصير المفروضة على التاجر في هذا المجال.[٧٩]

أما في النظام القانوني الألماني، فتنص القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات (GBG)[٨٠] صراحة على إلزام التاجر بواجب الإعلام والتبصير، على نحو حمل المشرع الألماني على عدم تقرير قواعد اضافية خاصة في قانون حماية المستهلك للعام (١٩٧٦)، نظراً لكفاية القواعد العامة.[٨١] لكن في العام (١٩٩٩)، طالبت محكمة العدل الاوروبية من المشرع الألماني وجوب تضمين

٧٥ عدنان سرحان، المرجع سابق، ص ٢١.

76. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (SI 1999/2083). Available at: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-508- 2455?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1 visited on 18/4/2017.

77. See: The English office of fair trading consultation paper No.311 Unfair contract terms guidance, Consultation on revised guidance for the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, April 2007, P5.

78. In the Guidance, the English office of fair trading confirmed that, it is our view that technical jargon such as references to 'indemnity' can have onerous implications of which Consumers are not likely to be aware without such legal advice. See the office of fair trading publication No. 672 (2005) P 68.

79. P Nebbia, Ibid, P. 140.

80. Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719). Available in English at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html visited on 6/4/2014.

81. G Sepe, Ibid, P. 112-113.

هذا المبدأ صراحة في القانون الوطني[٨٢] ما جعل المشرع الألماني ينص عليه في المادة (٣٠٥) من وقانون الالتزامات الألماني. نصت هذه المادة على: وجوب تضمين كافة الشروط العقدية في الوثيقة التي تُقدم إلى المستهلك، وعدم إلزام المستهلك بأي شرط تعاقدي لم يُقدم إليه في العقد،[٨٣] التزام البائع بلفت انتباه المستهلك إلى أية شروط تعاقدية مُعدة مسبقاً بواسطة التاجر أو الإشارة إليها بشكل واضح (مثل تظليلها) في العقد موضوع البحث،[٨٤] إلزام البائع ببذل عناية الرجل المعتاد في واجب الإعلام والتبصير، ليتمكن المستهلك من فهم مضمون وآثار الشروط التعاقدية التي يتفاوض عليها مع التاجر.[٨٥]

يُلاحظ كذلك توسع محكمة العدل الأوروبية في إلزام المزود بواجب الإعلام والتبصير في العديد من القرارات، ومنها القضية الشهيرة (Case ١٤/٩٦)[٨٦] التي قضت فيها بأن شرط الشفافية يمتد ليشمل واجب النصح والإرشاد، من خلال إعلام المستهلك بماهية المقصود بشرط (عدم القدرة الكلية على السداد) وذلك لتحديد موقفه من التعاقد مع المؤمن من عدمه.[٨٧] وفي قرار آخر،

82. ECJ 144/99 (2001) ECR I-03541 Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-144/99 visited on 2/4/2017.

This case deals the commissions claim against the Netherlands because the former failed in implementing its obligation in adopting the transparency principle expressly in its legal system. See H S Nölke, the New German Law of Obligations: an Introduction (2002) Bibliographies of literature in German law.

83. BGH (DE) 09. May. 2001 IV ZR 138/99.

Available at: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=09.05.2001&Aktenzeichen=IV%20ZR%20138%2F99 visited on 18/3/2017.

In this case, the court underlined this possibility as: "According to the principle of transparency, the user of SFC terms is bound by the principle of good faith, to state the rights and obligations of his contractual partner as clearly as possible. It does not thereby depend on whether the clause, in its formulation, is comprehensible for the average policy holder. Moreover, good faith also requires that the clause makes the economic disadvantages and burdens as recognizable as possible in the circumstances".

84. N Reich, The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in Consumer contracts in Germany (1997) 5 European Review of Private Law 165.

85. Article (305/c) BGB.

86. Jean-Claude Van Hove v CNP Assurances SA (Case C-96/14). Available at: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163876&doclang=EN visited on 15/3/2017.

٨٧. تتلخص وقائع القضية في تعاقد مواطن فرنسي (Mr Van Hove) مع شركة تأمين على تأمين قدرته على دفع أقساط شهرية لعقد شراء منزل تم رهنه لصالح الجهة التي مولته، حيث ورد في عقد التأمين التزام المؤمن بتغطية هذه الأقساط الشهرية في حال عجز المؤمن له بشكل كلي عن سداد الأقساط المستحقة بسبب عدم قدرته على العمل، وثارت القضية حينما تم تحويل عقد عمل هذا المؤمن له للعمل بدوام جزئي، وهنا ادعت شركة التأمين عدم توافر شرط (عدم القدرة الكلية على السداد)، على أساس أن الرجل المعتاد سيفهم هذا الشرط على أساس عدم قدرته على سداد قسط المنزل، وليس عدم القدرة الكلية على العمل والكسب. طلبت محكمة النقض الفرنسية من محكمة العدل الأوروبية توضيح آلية البحث في وضوح وشفافية الشرط من عدمه في هذه القضية، فأجابت الأخيرة بأن وضوح الشرط التعاقدي يتحقق من خلال علم المستهلك العادي بأثر هذا الشرط ومن ثم قدرته على تقدير مدى تمثيل هذا الشرط لمصلحته الشخصية أو مصلحة الطرف المقابل على حساب هذا المستهلك. انظر الفقرة (٥٢) من الحكم المشار اليه أعلاه.

أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة الاستئناف، القاضي بإلزام المصرف بتعويض المقترض، بسبب عدم قيام المصرف بإعلام المقترض بتعثر المركز المالي للشركة التي يعمل فيها المقترض، وبالتالي احتمال عدم تمكنه من سداد قيمة القرض.[٨٨]

ثانياً: تفسير عبارات العقد الغامضة في مصلحة المستهلك

تنص هذه القاعدة على وجوب تفسير عبارات العقد الغامضة لمصلحة المستهلك.[٨٩] الجديد في نص التوجيه أنه انتصر لهذه القاعدة جاعلاً منها القاعدة الأساسية في التفسير، وليس قاعدة احتياطية يتم اللجوء إليها في حال لم يتم التوصل للنية المشتركة للمتعاقدين، حيث أجمعت التشريعات القانونية المقارنة على وضع العديد من القواعد القانونية لتفسير عبارات العقد الغامضة، وأهمها استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وفي حال عدم نجاح هذه القواعد، نعمد إلى تطبيق القواعد الخاصة التي تفسر الشرط لصالح الطرف المدين بالالتزام، أو الطرف الذي لم يشارك في صياغة عبارات العقد.[٩٠]

في المقابل، لن تطبق هذه القاعدة على الدعاوى الجماعية التي تباشرها جمعيات حماية المستهلك نيابة عن المستهلكين. لماذا؟ يجيب قاضي محكمة العدل الاوروبية (Tizzano) على هذا السؤال،[٩١] حيث يستند إلى نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التوجيه التي نصت على وجوب الأخذ في الاعتبار بكافة الظروف المصاحبة لتكوين العقد، وكافة عبارات العقد ووضع المستهلك المعرفي عند تفسير عبارات العقد الغامضة.[٩٢] على هذا الأساس، سيتمكن القاضي الوطني من تفسير عبارات العقد الغامضة بالشكل الذي يخدم مصالح المستهلك، من خلال أخذه في الاعتبار كافة العناصر المشار إليها أعلاه. في المقابل، لا يمكن للقاضي الوطني التعامل مع هذا الأمر في الدعاوى الجماعية التي تباشرها جمعيات حماية المستهلك، حيث تقوم هذه الجمعيات برصد

٨٨. مشار إليه في المرجع التالي: خالد الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي (٢٠١٢) مجلة الشريعة والقانون ٤٩/٢٦، ص ٤٢٧.

٨٩. من الواضح أن المشرع الأوروبي لم يأتِ بجديد عندما نص على المبدأ العام لهذه القاعدة، حيث تضمنت كافة القواعد القانونية العامة لدول الاتحاد الأوروبي النص على قاعدة وجوب تفسير عبارات العقد الغامضة لمصلحة الطرف الذي لم يشارك في صياغة العقد (أي المستهلك). على سبيل المثال

جاء في نص المادة (١٠٣/٥) من مبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد:

Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.

90. P Cserne, Policy considerations in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative and economic perspective, paper to be presented at the EALE conference, Copenhagen, 13-15 September 2007, N J James, do not blame me, when declaimers work and when they don't (2001) Law Lecturer, University of Queensland Business School publications 7; P Nebbia, Ibid, P. 171.

91. The Opinion of Advocate General in the case C 144/99 (2001) ECR I-3541 Para 30. Available t: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0478 visited on 25/3/2017.

92. The Opinion of Advocate General of the case C70/03 (2004) ECR I-7999 Para 13.

وتجميع الشروط التعاقدية التعسفية في كافة عقود الاستهلاك، وتطالب من الجهات المختصة الحكم ببطلانها بشكل عام، في حال لم تتوصل لحلول مرضية مع التجار على هذا الأمر، وهي بذلك لا يمكنها ربط استخدام هذه الشروط بهذه المعايير الشخصية، حيث أنها ستتعامل مع الشرط التعسفي فقط دون الأخذ بباقي الشروط الأخرى. في هذه الحالة، ستكمن مصلحة هذه الجمعيات ومصلحة المستهلكين ككل في إبطال العمل بهذه الشروط بشكل مطلق، وليس بإعادة تفسيرها، على نحو قد يؤدي إلى الإبقاء عليها واستخدامها بشكل أخر بواسطة التجار في معاملات سوقية أخرى.[٩٣]

الفرع الثاني

مبدأ الشفافية في القانون الإماراتي

ورد هذا المبدأ في العديد من النصوص الخاصة بقانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية، إضافة إلى القواعد العامة التي تنظم تفسير نصوص العقد الغامضة في عقود الإذعان، وأخيراً حظر التغرير بالكتمان الذي يُعتبر تطبيقاً لواجب الالتزام بالإعلام.

أولاً: تنظيم مبدأ الشفافية في القانون الإماراتي

يتطلب الفقه الاسلامي وضوح عبارات العقد عند التعاقد، والبيان في كل أمر يجب بيانه، كما هو الحال في بيوع الأمانات والاسترسال وتلقي الركبان، وفي بيان العيوب الخفية وغيرها،[٩٤] كما يرى فقهاء الشريعة وجوب إبطال عبارات العقد الغامضة التي تخلق حالة من اللبس للمتعاقد الآخر وهو ما يطلق عليه «المعاريض» وهي: «أن يقول الشخص لفظاً هو ظاهر في معنى، ولكن المراد به معنى آخر، ويتم استثمار التشابه لصالح هذا الشخص باختلاط المعنيين»، وقد أجاز علماء الشريعة العمل بها بشرطين: ألا تحلف عليه، وألا يكون ذريعة لاقتطاع حق أحد،[٩٥] لذا يرى علماء الشريعة أنها لا تجوز في الشراء والبيع، والضابط إن وجب بيانه فالتعريض فيه حرام، لأنه كتمان وتدليس.[٩٦]

في القانون الإماراتي، تعددت تطبيقات هذا الشرط في مواضع عدة بداية بقانون المعاملات المدنية، قانون المعاملات التجارية، وانتهاء بقانون حماية المستهلك.

---

93. J Stuyck, European consumer law after the treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market? (2000) Common market law Review 357; J Dickie, article 7 of the Unfair terms in consumer contracts Directive (1996) 4-2 Consumer law Journal 112.

٩٤. اسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

٩٥. انظر: ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص ١٧٨.

٩٦. المرجع السابق.

في قانون المعاملات المدنية، يقضي القانون ببطلان كل شرط مطبوع يرد في وثيقة التأمين لم يبرز بشكل ظاهر، إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له (م ١٠٢٨/ ٣)،[٩٧] كذلك يذهب الفقه والقضاء إلى الأخذ بالشرط الوارد في وثيقة التامين إن كان مكتوباً بخط اليد، في حال تعارض مضمون هذا الشرط مع شرط أخر مطبوع في الوثيقة،[٩٨] على أساس افتراض مناقشة طرفي العقد لهذا الشرط المكتوب.

كذلك يشترط قانون المعاملات التجارية في عقد النقل أن يكون شرط تحديد المسؤولية أو الإعفاء من مسؤولية التأخير مكتوباً، وإلا اعتبر كأن لم يكن، وإن كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة، وجب أن يكون الشرط واضحاً ومكتوباً بكيفية تسترعي الانتباه، وإلا جاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن (م ٣١١).[٩٩]

أخيراً، تضمن قانون حماية المستهلك الإماراتي التزاماً قانونياً على المزود يمثل في جوهره تطبيقاً لمبدأ الشفافية، وهو حق المستهلك في الحصول على الحقائق. تقرر هذا الحق صراحة في نص المادة (٢/٨) من اللائحة، التي جاء فيها «حق المستهلك في تزويده بالحقائق التي تساعده على الشراء والاستهلاك السليم». كما نصت المادة (٧) من قانون حماية المستهلك الاتحادي على التزام المزود عند عرضه أية سلعة للتداول «بأن يلصق على غلافها أو عبوتها وبشكل بارز بطاقة تتضمن بيانات عن نوع السلعة وطبيعتها ومكوناتها واسم المنتج وتاريخ الإنتاج أو التعبئة والوزن الصافي وبلد المنشأ وبلد التصدير (إن وجد) وبيان كيفية الاستعمال (إن أمكن) وتاريخ انتهاء الصلاحية، مع إرفاق بيان تفصيلي داخل العبوة لمكونات السلعة ومواصفاتها وقواعد استعمالها ومخاطرها، وغير ذلك من البيانات باللغة العربية. وإذا كان استعمال السلعة ينطوي على خطورة وجب التنبيه إلى ذلك بشكل ظاهر». وأضافت اللائحة التنفيذية بنص المادة (٢٨) العديد من البيانات والمعلومات التي يجب أن توضع على غلاف المنتج، ومنها على سبيل المثال: إرفاق بيان تفصيلي داخل العبوة بمكونات السلعة ومواصفاتها وقواعد استعمالها ومخاطرها باللغة العربية. كما أقرت اللائحة التنفيذية التزام آخر بالإعلام، حيث ألزمت المادة (٢٦) المزود الذي يعرض

---

٩٧. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية الطعن رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٠١٥ قضائية بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٤، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٠١١/١٠/١٩، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٤٨١ لسنة ٢٠٠٩ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٥.

٩٨. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤٧ لسنة ١٦ قضائية بتاريخ ١٩٩٤/١١/٦، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٤، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٠١١/٩/١٥.

٩٩. انظر كذلك: تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ قضائية بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١٤، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠١ قضائية بتاريخ ٢٠٠١/٤/٧، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٢ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٨.

سلع مستعملة أو مجددة أو تتضمن عيبا لا ينتج عنه أي ضرر على صحة المستهلك وسلامته، الإعلان عن حالة السلعة المذكورة بشكل ظاهر وواضح على السلعة، وكذلك في المكان الذي يمارس فيه نشاطه، وعليه أن يشير إلى ذلك في العقد الذي يبرمه أو في الفاتورة التي يصدرها، في حين أضافت المادة (١٢) من القانون والمواد (٢١) و (٢٥) من اللائحة التزامات عدة بواجب الإعلام تتعلق بمرحلة ما بعد البيع في حال وجود عيب في السلعة المبيعة.

وعلى الرغم من إيجابية النصوص الواردة في قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية، والتزامها إلى حد ما بضوابط ومعايير مبدأ الشفافية، إلا أننا نورد بعض الملاحظات على هذا التنظيم، تجعلنا لا نركن إليه للوصول لمستوى الحماية الذي أقره المشرع الأوروبي، على النحو التالي:

أولاً: جميع ما ورد من بيانات تطلب القانون توافرها ووضوحها تتعلق بمحل التزام طرفي العقد (المبيع والثمن)، وعلى الرغم من أهمية هذه البيانات في ضمان الرضا المستنير للمستهلك، إلا أن جميع الشروط غير الجوهرية لم ترد في هذه البيانات. بل على العكس من ذلك، إن النص على وجوب توافر قائمة من البيانات يفيد بحصر هذا الالتزام بما ورد فيه، ومن ثم يُعفى المزود صراحة من مراعاة هذا المبدأ فيما يتعلق بأية بيانات غير واردة في هذا التعداد، ما يفتح المجال للمزود لاستغلال عدم إطلاع المستهلك على حقوقه والتزاماته العقدية، ويخلق حالة من اختلال التوازن العقدي بينهم.[١٠٠] ما يجعلنا نقف أمام فراغ تشريعي في معالجة رضا المستهلك.

ثانياً: اقتصر تنظيم هذا الالتزام وفقاً لما ورد أعلاه على السلع دون الخدمات، وهذا يعني عدم مراعاة هذا الالتزام بشكل مطلق في عقود توريد الخدمات.

ثالثاً: من الواضح أن هذه البيانات الإلزامية، وخاصة أسعار السلع، تخاطب الجهات المعنية بمراقبة تنظيم الأسعار أكثر مما تخاطب رضا المستهلك، حيث يشير الواقع العملي إلى تركيز اهتمام المستهلك على عنصري الجودة والسعر، وهو بالتالي لن يتعاقد دون التوصل إليهما، وغير ذلك من البيانات عادة لا يلقى لها اهتماماً. حتى في الحالة التي سيهتم بها المستهلك بباقي البيانات المطلوبة، فإنه لن يتردد في سؤال المزود عنها، وبالتالي ستساهم هذه الالتزامات في الحد من عناء التزام البائع بتزويد المستهلك بهذه البيانات شفاهة.

رابعاً: اكتفت هذه النصوص بالإشارة إلى الالتزام بالإعلان عن سعر السلع، دون أن تشمل خدمات ما بعد البيع الخاصة بهذه السلع مثل تكلفة النقل، خدمات الصيانة والضمان إن وجدت وغيرها من الخدمات،[١٠١] وهو ما يدعونا إلى الطلب من المشرع إعادة النظر في هذه النصوص،

---

١٠٠. يؤيد توجهنا هذا: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص ٢٩.

١٠١. عدنان سرحان، مرجع سابق، ص ٢٧.

لأنها لن تصل إلى مستوى الحماية التي نتطلع اليها في أسواقنا الوطنية.

ثانياً: تفسير عبارات العقد الغامضة

نصت المادة (٢٦٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "يفسر الشك في مصلحة المدين. -٢ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

إن غموض عبارات العقد هو الإطار الذي لا تبخل نظرية سلطان الإرادة عن الترخيص فيه للقاضي بالاضطلاع بدور إيجابي في مجال التأويل والتفسير، فالحالات التي تستدعي تدخل القاضي لتفسير عبارات العقد هي التي يكون الهدف منها إظهار النية المشتركة الحقيقية للطرفين عند غموض عبارات العقد ووضوح الإرادة، وحالة غموض الإرادة ووضوح العبارات، ثم حالة غموض كل من الإرادة والعبارات معاً.[١٠٢]

ويُقصد بالشرط الغامض: وجود حالة من عدم التوافق بين عبارات العقد وإرادة المتعاقدين المشتركة، والغموض قد يقع في الألفاظ، وقد يقع في الإرادة دون الألفاظ، وقد يقع فيهما معاً،[١٠٣] وقد جعل المشرع الإماراتي تفسير نصوص العقد الغامضة لمصلحة الطرف الذي لم يشترك في صياغة شروط هذا العقد بغض النظر عن كونه دائناً أو مديناً.[١٠٤]

والإشكالية التي تثور في هذا المجال هي أن وسيلة التدخل للتفسير محكومة بمبدأ سلطان الإرادة، للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، استناداً لظاهر نصوص العقد وفقاً لصحيح نص المادة (٢/٢٦٥)[١٠٥] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي،[١٠٦] كما أن اليقين لا يُزال بالشك وفقاً لنص المادة (٣٥ معاملات مدنية)، وقد استقر اجتهاد القضاء الإماراتي على أنه في الحالة التي يلجأ فيها القاضي إلى التفسير فإن سلطته مقيدة بما ورد في عبارات العقد، ويقتصر دوره على استنباط مدلولها إن كانت لها دلالة كافية على ما اتفق عليه أطرافه،[١٠٧] واستظهار النية المشتركة

١٠٢. جميل صبحي مرسوم، تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر (١٩٨٤) ٢٤/ ١٣٣ مجلة القضاء والقانون ص ١٤١.

١٠٣. إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق والقانون (مطبعة دار النشر: وجدة ٢٠٠٠) ص ٣٢٥.

١٠٤. المادة (٢/٢٦٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي جاء فيها: ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

١٠٥. نصت هذه المادة على أنه: " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

١٠٦. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٠٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤.

١٠٧. انظر على سبيل المثال الأحكام القضائية التالية: اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٢٥ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٧، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٢٠٠٦ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٣، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٢٠٠٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٨، ٢٠٠٣/١٠/١٨، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن

لهما طالما استندت في قضائها إلى أسباب سائغة مستمدة، مما له أصل ثابت بالأوراق، ولم تخرج عن المعنى الظاهر لعبارات العقد أو الاتفاق،[١٠٨] لأن الأصل أن المعنى الظاهر الواضح للعبارة يعبر بصدق عن إرادة الطرفين، وأن قاضي الموضوع إذا رأى العدول عن المدلول الظاهر لعبارات العقد كان لزاما عليه بيان كيف أفادت صيغته في مجموع عباراتها ذلك المعنى الذي أخذ به.[١٠٩] وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، ولا تُفسر عبارات العقد الواضحة بغير مدلولها بزعم التعرف على إرادة الطرفين، فالشك لا يزيل ما هو ثابت باليقين، ومن سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وفقاً للمواد (٣٥، ٧٠ و٢٦٥)[١١٠] معاملات مدنية.[١١١]

والملاحظ في الشروط التعسفية أن المهني لا يلجأ دائماً إلى صياغتها بلغة غير واضحة، أو أن يدخل اللبس في معناها على المستهلك، كما هو موضح أعلاه، بل يكفيه أن يصوغ العقد بخط صغير جداً، أو يحيل أحكامه إلى شروط تعاقدية لا يصل إليها المستهلك ولا يطلع عليها، من خلال استغلال ثقافة المستهلك في عدم اهتمامه بمثل هذه الشروط التي تنظم حقوق والتزامات طرفي العقد، أو أن تُصاغ عبارات العقد بلغة قانونية لا يفهمها المستهلك إلا أن دلالتها واضحة للقاضي الوطني، لذا لن يلجأ القاضي إلى تعديل هذه الشروط، بل سيلتزم بتنفيذ ما ورد في ضوء معرفته لدلالة معانيها.

هذا يعني قصور هذه القاعدة في حماية المستهلك فيما يتعلق بتفسير الشروط الغامضة، إذا ما قارنا الأمر بالتوجه الايجابي الذي أخذ به التوجيه الأوروبي، سواء تعلق الأمر بالدعاوى الفردية أو الجماعية المُشار إليها أعلاه عند الحديث عن التوجيه الاوروبي.

رقم ٢٤١ لسنة ٢٠٠٥ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٥، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٢، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٠٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٢٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧.

١٠٨. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٢٠٠٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٨.

١٠٩. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧.

١١٠. نصت هذه المواد، بذات الترتيب، على أنه:

المادة (٣٥): اليقين لا يزول بالشك.

المادة (٧٠): من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

المادة (٢/٢٦٥): « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

١١١. اتحادية عليا، الاحكام الإدارية، الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٧.

ثالثاً: الالتزام بالإعلام في القانون الإماراتي

مازال هذا الالتزام مقتصراً في وجوده على تفسير الفقه لنظرية التغرير بالكتمان الواردة في نص المادة (١٨٦ معاملات مدنية)،[١١٢] وبالتالي ثبوت الخيار للمستهلك إن لم يلتزم المهني بهذا الالتزام.[١١٣] يرى البعض أن أساس هذا الالتزام مصدره العرف الذي يفرض قدراً كبيراً من الثقة والأمانة في التعامل بين المتعاقدين، سواء في مرحلة إنشاء العقد أو تنفيذه،[١١٤] أما الأستاذ السنهوري فيرى أن هذا الالتزام مستمد من القاعدة العامة التي تحظر الغش في المعاملات.[١١٥]

والتغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها،[١١٦] ويشترط في التغرير المفسد للرضا أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد، على نحو يفقده القدرة على الحكم على الأمور حكماً سليماً،[١١٧] والتغرير بهذا المعنى عمل غير مشروع، إلا أنه لا يعيب الإرادة في ذاته، وإنما الذي يعيبها هو الغلط الذي يقع فيه العاقد نتيجة للأفعال التغريرية التي يمارسها العاقد الآخر أو غيره، ولهذا يُشترط في التغرير الذي يعيب الإرادة وفقاً للقواعد العامة أن يصدر من أحد المتعاقدين صور احتيالية بركنيها المادي والمعنوي، وأن يوقع الطرف الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، وقد تكون هذه الطرق الاحتيالية باستخدام وسائل مادية، كما قد تكون من خلال الكتمان ومنع الإعلام والإفصاح، إذا تعلق هذا الكتمان بمسائل جوهرية.[١١٨]

والتغرير يمكن أن يتكون من وجود الكذب، وقد يتكون من مجرد السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن من غُرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، وهو ما يعرف بالتغرير بالكتمان،[١١٩] خاصة إذا تبين أن من وقع فيه لم يكن يستطيع ليتبين الحقيقة بنفسه (المعيار الذاتي)،[١٢٠] وهذا المعيار ما يستند إليه الفقه القانوني العربي في تقرير واجب الإعلام.[١٢١]

ويرى كثير من الفقه في بيوع الأمانة تطبيقاً مباشراً لهذا الالتزام، وذلك في ضوء نص المادة (٣/٥٠٦ معاملات مدنية)[١٢٢] التي تجيز للمشتري فسخ العقد إن أخفى البائع عليه أمراً ذا تأثير

١١٢. نصت هذه المادة على أنه: "يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

١١٣. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٣.

١١٤. انظر: اسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

١١٥. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

١١٦. المادة ١٨٥ معاملات مدنية.

١١٧. اتحادية عليا، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٣٨ لسنة ١٣ قضائية بتاريخ ١٩٩٢/٩/٢٩.

١١٨. إسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

١١٩. المادة ١٨٦ معاملات مدنية.

١٢٠. تمييز دبي، الاحكام المدنية، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٥.

١٢١. إسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٣٢٠ وما بعدها.

١٢٢. تنص هذه المادة على أنه: "فإذا لم يكن رأس مال المبيع معلوما عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم

في المبيع أو رأس المال.[١٢٣] وفي هذا السياق يذكر الأستاذ السنهوري أهمية هذا الالتزام في ضمان التوازن العقدي، ويضيف: «فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل... أو يتوقى الناس غشه، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريراً».[١٢٤]

إلا أننا لا نركن إلى التوسع في تفسير التغرير لنجعله تطبيقاً لواجب الالتزام بالإعلام المتعلق بموضوع بحثنا للأسباب التالية:

أولاً: لم يعترف الفقه الاسلامي بهذا التفسير، حيث يرى الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي أن التغرير ليس له أثر في صحة التعاقد ولزومه إلا إذا ستر عيبا في المبيع، فيثبت للمغرور الخيار للعيب أو للغبن الفاحش إن اقترن التغرير بغبن فاحش، والعلة في ذلك أن الطرف المغرور هو المسؤول عن الغلط الناشئ عن التغرير؛ لأنه لا يكون إلا نتيجة عدم احتياطه،[١٢٥] وهذا ما ورد صراحة في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: «إن التغرير أو التدليس والغبن وإن أثرا في رضاء العاقد لأن رضاه في الحالتين مبني على ظن خاطئ، إلا أن هذا الظن الخاطئ إذا كان نتيجة غرر، فصاحبه هو المسؤول عنه، لأنه نتيجة عدم احتياطه، فلا يترتب عليه في العقد أي أثر، ذلك لأن انقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتغرير، ووزن لنتائجها أعقبهما الرضا والاختيار والاطمئنان، وهذا أقصى ما يعطى للعاقد من حرية وإرادة، فإن أخطأ فتلك طبيعة الإنسان، وأي الناس لا يخطئ، وليس من أغراض التشريع أن يحول بين كل مخطئ وبين خطئه»،[١٢٦] وهذا ما أخذ به القضاء الإماراتي في العديد من الأحكام.[١٢٧]

أما الامام أحمد ومالك فيعتبران أنه ليس للتغرير أثر إلا في كتمان عيب في المبيع او لفعل شيء يزيد من قيمته، وعندها فللمشتري الخيار بالفسخ للغبن،[١٢٨] وهذا أيضاً ما أخذ به القضاء الإماراتي في العديد من القرارات،[١٢٩] كما أن هناك إجماعاً لدى جميع هذه المذاهب على أن التغرير

لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال، ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسليمه".

١٢٣. لمزيد من لتفاصيل حول هذه الآراء الفقهية، أنظر: إسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٢٨٣ – ٢٨٥.

١٢٤. مُشار إليه في المرجع السابق، ص ٢٨٤.

١٢٥. الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٢، دار الفكر العربي، ص ٣٥٧.

١٢٦. مُشار اليه في قرار محكمة نقض أبو ظبي، القضايا المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٧.

١٢٧. انظر على سبيل المثال: حكم محكمة نقض أبو ظبي، القضايا المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٧.

١٢٨. الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

١٢٩. انظر على سبيل المثال: تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٠٠٤ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٥، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم٦٧٣ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ١٢٠١٣/١٢/١٧، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٣/١١/١٩. جاء في جميع هذه الأحكام ما يلي: وأنه إذا تحقق مع الضرر غبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد، مما مفاده أنه لا يفسخ العقد لمجرد الغرر غير المصحوب بغبن فاحش، كما لا يفسخ

الذي يجب أن يعتد به يتعلق فقط بمحل العقد، دون أن يمتد للشروط الناظمة لالتزامات طرفي العقد.[١٣٠] وهذا أيضاً يُطبق على بيوع الامانات، باعتبارها شكلاً خاصاً من عقود البيع، يرد فيها التدليس على كتمان أمر يتعلق بالثمن أو المبيع، ولا يمتد ليشمل شروط العقد غير الجوهرية.[١٣١]

ثانياً: إن الالتزام بالإعلام مازال حبيس الشروط المتشددة لقيام التغرير بالكتمان وفي حدود العقود التي تقوم على الثقة والأمانة، مثل عقود التأمين والوكالة والشركة.[١٣٢] حتى عندما اعتبر الفقه أن هذا الالتزام مصدره العرف، فقد استدلوا على وجوده بعقود لا تتعلق بحماية المستهلك، وهذا ما يدفعنا إلى عدم الاعتداد بهذا التوسع في التفسير. إضافة الى ذلك، لم يجد الباحث أي قرار قضائي صادر عن المحاكم الإماراتية يشير إلى مثل هذا الالتزام في ضوء نصوص عيب التغرير، ما يجعلنا نستبعد تطبيقه في ضوء القواعد العامة، كما أن القضاء لم يتوسع في هذا التفسير، وقصرت أحكامه عند التعامل مع الكتمان على أنه لا يتعدى مجرد أحد طرق الاحتيال المكونة للعنصر الموضوعي للتغرير، إلى جانب الحيلة والكذب، كما هو موضح أدناه.[١٣٣]

ثالثاً: يشترط القضاء الإماراتي استعمال الشخص لوسائل غير مشروعة للحكم بوجود التغرير،[١٣٤] وعدم المشروعية هنا تعني مخالفة نص قانوني سواء بالفعل أو الامتناع، وطالما لم ينص القانون على التزام صريح بواجب الإعلام، فلا مجال للقول بمخالفة التزام قانوني قائم.

رابعاً: لا ينتج التغرير أثره إلا إذا اقترن بغبن فاحش إلا في حال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة (١٩١ معاملات مدنية)،[١٣٥] وهذا يعني أن التغرير لا يمكن أن يُشكل أساساً مستقلاً

العقد للغبن الفاحش ما لم يكن مصحوباً بتغرير أحد المتعاقدين للآخر....

١٣٠. الوجيز للإمام أبي حامد الغزالي، دار الفكر، ١٩٩٤، ص ١١٧.

١٣١. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٩٠ لسنة ١٩ قضائية بتاريخ ١٩٩٨/٤/١٤، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٥، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤٧٣ لسنة ٢٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٤/١/٢١، نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٨٠٣ لسنة ٢٠١٤ قضائية بتاريخ ٢٠١٤/١١/٢٥.

١٣٢. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٤٤، محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ١٦٢.

١٣٣. عدنان سرحان، مرجع سابق، ص ١٥.

١٣٤. نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ١٢-١٠-٢٠١٠. جاء في هذا القرار: لما كان مؤدى نص المادة ١٨٥ من قانون المعاملات المدنية أن الغش المفسد للرضا يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالمتعاقد بحيث تشوب إرادته ولا تجعله قادراً على الحكم على الأمور حكماً سليماً، وأنه يشترط في الغش والتدليس أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة، ومحكمة الموضوع هي التي تستظهر توافر هذين العنصرين من وقائع الدعوى وطبقاً لحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وتجارب، وطبقاً للظروف التي أحاطت بالتعاقد.

١٣٥. نصت هذه المادة على أنه: «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة". انظر كذلك: نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ١٩-١١-٢٠١٣. جاء في هذا القرار ما يلي: ... والنص في المادة ١٩١ منه على أنه (لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في حال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة) – يدل- على أن التغرير الذي يعيب الرضا هو تدليس أحد المتعاقدين على الآخر باستعماله عند التعاقد وسائل احتيالية قولية أو فعلية، ومنها سكوته عمداً عن واقعة، أو ملابسة، ما كان المتعاقد الآخر ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة، وأنه إذا تحقق مع الضرر غبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد، مما مفاده أنه لا يفسخ العقد لمجرد الغرر غير

يمكن البناء عليه لإنشاء التزام قانوني آخر (الالتزام بالإعلام) في عقود الاستهلاك، طالما أن الاساس لا يمكن الأخذ به بمفرده. كما أن الغبن الفاحش الذي يُعتد به قانوناً لا يتحقق إلا باختلال التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الحقيقية والثمن المسمى،[١٣٦] وهذا يعني استبعاد تعلق الغبن بأي اختلال عقدي يتعلق بشروط غير جوهرية.

خامساً: تعترف المحاكم الوطنية بالتغرير الكتماني كسبب موجب للفسخ فقط في حالة تعلقه بالشروط الجوهرية للعقد، وبشرط أن يكون مهمًا في التعاقد لدرجة كبيرة يدرك فيها المتعاقد جهل الطرف الآخر به، وعدوله عن إبرام العقد لو علم به.[١٣٧] هذا يعني، بمفهوم المخالفة، عدم الاعتداد بالتغرير إن تعلق بشروط غير جوهرية بالعقد، وهذا يدفعنا إلى عدم الركون كثيراً على نظرية التغرير للادعاء بوجود التزام بالإعلام بشكل يضمن توازن العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك. إضافة الى ذلك، يشترط القانون الإماراتي أن يكون الكتمان عمدياً، كما يشترط علم المهني بجهل الطرف المقابل بموضوع الكتمان، ويقع على المستهلك عبء إثبات هذا، وهذا عكس توجهات قضاء محكمة العدل الأوروبية التي تعترف بالكتمان العمدي وغير العمدي، كما أنها دائما تفترض جهل المستهلك بحقيقة المبيع وشروط العقد، وتُلزم المهني بإثبات قيامه بواجب الإعلام تجاه المستهلك كما أوضحناه أعلاه. لذا نجد أن السائد في توجهات القضاء الفرنسي، قبل إقرار قانون الاستهلاك في العام (١٩٧٨)، كان عدم اعتبار الكتمان سبباً لفسخ العقد، طالما لم يقترن الفعل بظروف خارجية أسهمت في دفع المتعاقد الآخر إلى الغلط،[١٣٨] ولكن بعد إقرار قانون الاستهلاك اعترفت المحاكم الفرنسية بالتدليس بالكتمان كسبب موجب للفسخ، بسبب وجود التزام قانوني حتى لو كان الكتمان غير عمدي، على أساس افتراض علم المهني بماهية المعلومات التي يفترض أن يجلها المستهلك، وبالتالي يجب عليه الإفصاح له بها،[١٣٩] كما لا يُشترط أن يتعلق الكتمان بشروط جوهرية في العقد، بل يمكن أن يرد على الشروط غير الجوهرية التي تنظم حقوق والتزامات طرفيه.[١٤٠]

سادساً: يشترط أنصار نظرية التغرير التقليدية أن يكون التغرير جوهرياً، مؤدياً إلى دفع

المصحوب بغبن فاحش، كما لا يفسخ العقد للغبن الفاحش ما لم يكن مصحوباً بتغرير أحد المتعاقدين للآخر، إلا في مال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة.

١٣٦. تمييز دبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٠٠٤ قضائية بتاريخ ١٥-١-٢٠٠٥.

١٣٧. عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ١٥٠.

١٣٨. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١، مشار إليه في إسماعيل المحافري، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

١٣٩. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٢.

١٤٠. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠، ص ٦٩٢.

المدلس إليه إلى التعاقد، بحيث أنه ما كان ليتعاقد لولا تلك الأفعال التغريرية،[١٤١] وهذا ما أخذ به القضاء الإماراتي صراحة في العديد من الأحكام،[١٤٢] أما التغرير الثانوي الذي يتصل بشروط العقد التي تنظم حقوق والتزامات طرفي العقد، فإن نظرية التغرير لا تسمح بالتمسك به لإبطال العقد، وإنما تجيز لمن وقع في التغرير التمسك بالتعويض استناداً لقاعدة «كل إضرار بالغير لزم صاحبه بضمان الضرر».[١٤٣]

أخيراً، يرى بعض الفقه[١٤٤] أن الالتزام بالإعلام يجد مصدره من التزام البائع بضمان العيوب الخفية، المتمثل في التزام البائع بتزويد المشتري بما يعلمه من ظروف التعاقد وحقيقة المبيع، لكي لا يعيب صحة رضاه بالعقد، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه شيئاً فيه عيب إلا بينه له.[١٤٥] كما أن علم البائع بوجود العيب وتعمد إخفائه في وقت يشترط البراءة من هذا العيب، يجعل من هذا الشرط باطلاً ويزيد من مدة تقادم ضمان العيب، باعتباره سيء النية في التعامل مع المشتري. كما أننا لا نركن إلى هذا التفسير أيضاً، لأن العيوب الخفية مرتبطة بمحل العقد، وبالتالي سيقتصر واجب الإعلام في هذه الحالة على شرط محل العقد فقط دون أن يمتد ليشمل شروط العقد غير الجوهرية، وهو ما يجعلنا نقف أمام فراغ تشريعي واضح إن اعتمدنا على هذه الفرضية.

كما يرى البعض أن هذا الالتزام يجد مصدره من نص المادة (١/٤٩٠) معاملات مدنية، التي تشترط لصحة عقد البيع أن يكون المبيع معلوماً عند المشترى علماً نافياً للجهالة الفاحشة لأهمية ذلك في سلامة رضاه،[١٤٦] وهذا الادعاء لا يمكن الاعتماد عليه لتقرير مستوى الحماية الذي نسعى إليه، كما هو موضح أدناه بالتفصيل لدى الحديث عن جواز انفراد المزود بتعديل شروط العقد.

---

١٤١. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٧٤.

١٤٢. انظر على سبيل المثال لا الحصر: نقض أبوظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦٧٣ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ١٧-١٢-٢٠١٣، تمييز دبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩ قضائية بتاريخ ٢٣-٣-٢٠٠٩، نقض أبوظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ١٢-١٠-٢٠١٠، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٥، نقض أبوظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٧-١٢-٢٠١١، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ١-٦-٢٠١١.

١٤٣. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص ٧٦.

١٤٤. انظر: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص ١٦.

١٤٥. انظر نص المادة ٥٤٥ معاملات مدنية التي جاء فيها: لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية: -١ إذا بين البائع للمشتري العيب عند البيع. -٢ إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر. -٣ إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

-٤ إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب. -٥ إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

١٤٦. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٦٧. نصت هذه المادة على أنه: «يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة".

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية في عقود الاستهلاك

جعل التوجيه في مادته (١/٣)[١٤٧] من مبدأ حسن النية وسيلة اختبار تعسف الشرط التعاقدي،[١٤٨] حيث يكون الشرط التعاقدي تعسفياً في حال لم يتم التفاوض عليه بين التاجر والمستهلك، وفي ذات الوقت يخل بمتطلبات مبدأ حسن النية، على نحو يُحدث خللاً في توازن العلاقة العقدية بين الطرفين لصالح التاجر على حساب مصالح المستهلك القانونية. تضيف ذات المادة في فقرتها الثالثة قائمة من الشروط التعاقدية الاسترشادية في ملحق التوجيه، يغلب عليها مخالفة مبدأ حسن النية، وتساعد القاضي الوطني في تقدير مدى تعسفية الشرط محل البحث.[١٤٩] سنبحث في هذا المطلب أحكام هذا المبدأ في ضوء التوجيه الأوروبي والقانون الإماراتي في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

مبدأ حسن النية في التوجيه الأوروبي

سنبحث في هذا الفرع أهمية هذا المبدأ في ضمان التوازن العقدي، ومن ثم نبحث السياسة التشريعية للتوجيه عند تنظيمه لهذا المبدأ، وننهيه ببيان قائمة الشروط الاسترشادية وغير الحصرية الواردة في نصوص التوجيه.

أولاً: أهمية مبدأ حسن النية في ضمان التوزان العقدي

ينبغي بداية تحديد الطبيعة القانونية لهذا المبدأ لبيان دوره في تحقيق التوازن العقدي، حيث يوجد بعدان أساسيان لهذا المبدأ: البعد الشخصي والبعد الموضوعي. يتعلق البعد الشخصي (Subjective criterion) بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد، والحالة الذهنية التي يكون عليها أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يهتم بمصالحه في المقابل، يتعلق البعد الموضوعي (Objective criterion) بمؤشرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ، من خلال البحث في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد (Pre contractual Good faith)، وخلال مرحلة تنفيذ هذه الشروط (Substantive Good faith).[١٥٠]

147. This article provides that: "A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer".

١٤٨. لمزيد من التفصيل حول تعريف مبدأ حسن النية وتطوره التاريخي يرجى مراجعة ما يلي: محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد (٢٠١٣) ٥٤/٢٧ مجلة الشريعة والقانون، ص ٢٢٣.

149. This article provides that: "The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair".

150. H. Beal, B. Fauvarque, J. Rutgers, D. Tallon and S. Vogenaure, Cases, materials and Text on

بناء على هذين البعدين، يشير هذا المبدأ إلى مدى توافر التوازن العقدي بين الطرفين المتعاقدين خلال مرحلة التفاوض على شروط العقد وخلال مرحلة تنفيذه. يتحقق مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض بضمان تعادل مركزهما المعرفي خلال هذه المرحلة، وهذا يحدث من خلال التزام التاجر بمبدأ الشفافية والإعلام، كي يضمن الاختيار الحر والواعي للمستهلك. يتحقق هذا الأمر بتمكين المستهلك من:[١٥١] الاختيار الحر والنزيه بين العديد من الشروط التعاقدية المقدمة إليه، قدرته على مناقشة وتعديل الشروط التعاقدية وعدم إلزامه بها، قدرته على الوصول إلى كافة الشروط التعاقدية وفهم محتواها وآثارها، منحه الوقت الكافي للمفاضلة بين عدة خيارات معروضة عليه. يعني هذا أن تطبيق هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد يُعتبر انعكاسا لتطبيق مبدأ الشفافية، إضافة إلى قدرة المستهلك على التأثير في إنشاء العقد ومشاركته في صياغته.[١٥٢]

في المقابل، يتحقق مبدأ حسن النية خلال مرحلة تنفيذ العقد من خلال اهتمام التاجر بتمثيل مصالح المستهلك في شروط العقد، كما يمثل مصالحه عند صياغة شروط العقد مسبقاً. بمعنى آخر، يرد هذا المبدأ على أثر الشرط التعاقدي ومدى تمثيله لمصالح التاجر دون المستهلك، من خلال تمكين التاجر من فرض شروط تعاقدية على المستهلك لم يكن هذا التاجر ليرضى بها لو تعاقد مع الغير، وكانت على حساب مصلحته القانونية الخاصة. لهذا السبب، يضيف التوجيه أن هذا المبدأ يمكن مراعاته بتوافر التوازن العقدي بين طرفي الرابطة العقدية (the significant imbalance) خلال مرحلتي التفاوض على العقد وتنفيذه (المادة ٣/١).

ثانياً: السياسة التشريعية للتوجيه في التعامل مع مبدأ حسن النية

تعامل التوجيه الاوروبي مع هذا المبدأ بمزيد من الواقعية، حيث أخذ المشرع الاوروبي في الاعتبار ضرورة مراعاة الأنظمة القانونية المختلفة لدول الاتحاد، وتبني توجه وسط يضمن توافق جميع الدول الأعضاء عليه. على هذا الأساس، استبعد التوجيه من نطاق تطبيق هذا المبدأ ما يعرف بالبعد الشخصي المتعارف عليه في النظام القانوني الألماني، واقتصر في تطبيقه على البعد الموضوعي بشقيه خلال مرحلتي التفاوض على العقد وتنفيذه.[١٥٣]

Contract law, 2th hart Publications: UK 2010, P. 371.

151. P Nebbia, Ibid, P. 149.

152. M Schillig, Ibid, P. 351.

١٥٣. هذا ما جاء صراحة في نص مقدمة التوجيه وفي جلسة نقاش نصوص التوجيه رقم (١٦) التي جاء فيها:

Recital (16): good faith must be evaluated by the reference to the overall evaluation of the interests of the contracting parties, including the strength of the bargaining positions of them. This can be reached by examining whether the consumer received an inducement to consent the agreement, and whether the seller or supplier got into consideration the legitimate interests and expectations of the consumer when making the contract.

كما أن تقدير مراعاة مبدأ حسن النية من عدمه يجب أن يأخذ في الاعتبار مدى ملاءمة الشرط للقواعد المكملة الواردة في القانون، وهذا ما قضت به محكمة العدل الأوروبية في القضية الشهيرة (Mohamed Aziz v Catalunyacaixa)[١٥٤] في العام (٢٠١١)، التي قضت فيها بأن تقدير التعسف (التوازن العقدي) من عدمه يجب أن يأخذ في الاعتبار ما يلي:

- جميع شروط العقد وما تتضمنه من التزامات عامة على الطرفين في ضوء تقدير مركزهما القانوني والاقتصادي الكلي.
- معقولية الشرط التعاقدي قياساً بقواعد القانون الوطني المكملة.
- البحث في إمكانية رضا المستهلك بهذه الشروط إن أُتيحت له الفرصة لمناقشتها والتفاوض عليها دون ضغوط اقتصادية.

بالتالي قضت محكمة العدل الأوروبية ببطلان شرط الفائدة المستحق في حال امتناع المدين الراهن عن السداد، استناداً إلى المبالغة الواضحة في قيمة هذه الفائدة، قياساً بما هو منصوص عليه في التشريع الوطني. كما توسعت المحكمة في تقييم وجود التعسف من عدمه لتطالب المحاكم الوطنية بمراجعة التشريعات الوطنية التي يمكن أن تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد على حساب مصلحة المستهلك، ومطالبة الهيئات التشريعية الوطنية بتعديل هذه النصوص القانونية عند الضرورة.

كما توسعت محكمة العدل الأوروبية في العديد من القضايا حينما اعتبرت أن مخالفة القواعد المكملة المنصوص عليها قانوناً يعتبر تعسفياً إن كان يضر بالمركز القانوني والاقتصادي للمستهلك.[١٥٥] على سبيل المثال، قضت محكمة العدل الأوروبية في الاستفسار المقدم إليها من إحدى المحاكم الإسبانية، باعتبار الشرط التعاقدي الذي يلزم المستهلك بدفع رسوم شراء العقارات شرطاً تعسفياً، في وقت ينص القانون الوطني على قاعدة مكملة تلزم البائع بدفع هذه الرسوم.[١٥٦]

154. Judgment of the Court (First Chamber) of 14 March 2013. Mohamed Aziz v Caixa d´Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Reference for a preliminary ruling: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona - Spain. Case C-415/11. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-415/11 visited on 26/1/2017

155. See, VBB on Belgian Business Law, Volume 2013, No. 2, p. 8, available at www.vbb.com. See also: judgment in Banif Plus Bank v. Csaba Csipai and Viktória Csipai (judgment of 21 February 2013 in case C-472/11. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-472/11 visited on 28/1/2017.

156. C-226/12, Constructora Principado SA v. José Ignacio Menéndez Álvarez. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-226/12 visited on 18/1/2017.

ثالثاً: قائمة الشروط التوجيهية للشروط التعسفية

لضمان توحيد العمل بهذا المبدأ بين الدول الأعضاء، نص التوجيه في مادته (٣/٣) على ملحق يضم قائمة من الشروط الاسترشادية التعسفية (unfair Grey List) التي يمكن أن يستعين بها القاضي الوطني عند تطبيق مبدأ حسن النية،[١٥٧] ويغلب عليها الصفة التعسفية، لذا تشير عبارات التوجيه صراحة إلى أن هذه القائمة استرشادية (indicative) وغير حصرية (non-exclusive). تكمن أهمية قائمة الشروط التعسفية الواردة في التوجيه باعتبارها وسيلة من وسائل توحيد العمل بمبدأ حسن النية بين المحاكم الوطنية، إضافة إلى اعتبارها مصدراً هاماً للمعلومات لكل من المستهلك والمهني، والمعنيين بقضايا حماية المستهلك على حد سواء،[١٥٨] لذا قضت محكمة العدل الأوروبية بعدم إلزام الدول الاعضاء بتبني القائمة في تشريعاتهم الوطنية إن حققوا هذا الهدف بالطريقة التي يرونها مناسبة.[١٥٩]

تحتوي القائمة على قائمة من عدد (١٧) شرطاً يرجح أن تكون تعسفية، وهي الشروط التي يكون الغرض منها:[١٦٠]

١- إعفاء أو تخفيف مسؤولية التاجر في حال وفاة المستهلك، أو إصابته نتيجة خطأ المهني.

٢- حرمان المستهلك من حقوقه القانونية إن أخل التاجر أو أحد تابعيه بالتزام تعاقدي.

٣- إلزام المستهلك بكافة مسؤولياته المترتبة على العقد، في وقت يحق للتاجر تحديد نطاق التزامه التعاقدي بإرادته المنفردة.

٤- احتفاظ التاجر بالمبالغ التي دفعها المستهلك في حال قرر المستهلك عدم الاستمرار في العقد، دون أن يحتفظ المستهلك بنفس الحق.

٥- إلزام المستهلك بمبالغ تعويض مبالغ فيها إن أخل بالتزام تعاقدي مترتب عليه.

٦- احتفاظ التاجر بحقه في إنهاء العقد بناء على تقديره الشخصي ودون الاعتداد بإرادة المستهلك، مع احتفاظه بأية مبالغ مالية دفعها المستهلك، ولم يتحصل في مقابلها على أي مقابل من التاجر.

٧- احتفاظ التاجر بحقه في إنهاء العقد دون إخطار المستهلك، إن وجدت أسباب جوهرية تدعو إلى ذلك.

157. ECJ 478/99, 2002, E.C.R. I-4147. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-478/99 visited on 24/1/2017.

158. The ECJ 237/02 (2004) E.C.R. I-3403, Para 23. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-237/02 visited on 26/1/2017.

159. ECJ 478/99, 2002, E.C.R. I-4147. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-478/99 visited on 24/1/2017.

١٦٠. الترجمة من اجتهاد الباحث.

٨- تمديد العقد محدد المدة في حال لم يرسل المستهلك رغبته في إنهاء العقد خلال فترة يحددها المهني.

٩- إلزام المستهلك بشروط تعاقدية لم تُتَحْ له الفرصة الكافية للتعرف عليها، ودراستها قبل التوقيع على العقد.

١٠- تمكين التاجر من تعديل شروط العقد بإراداته المنفردة دون وجود أُسس واضحة لاستعمال هذا الحق.

١١- تمكين التاجر من تعديل مواصفات وخصائص السلعة أو الخدمة المبيعة بإراداته المنفردة.

١٢- تمكين التاجر من تحديد سعر البيع وقت تسليم السلعة أو الخدمة، أو تمكينه من تعديل السعر المتفق عليه في العقد بإراداته المنفردة دون أن يكون للمستهلك الحق في الاعتراض على هذا التحديد أو رفضه.

١٣- تخويل التاجر الحق بتحديد ملاءمة السلعة أو الخدمة المقدمة لمحل العقد، ومنحه الحق بتفسير أي من نصوص وعبارات العقد.

١٤- إعفاء التاجر من مسؤوليته عن أعمال تابعيه، أو تقييد هذه المسؤولية بشكليات مقيدة لها.

١٥- إلزام المستهلك بتنفيذ كافة التزاماته العقدية حتى في حال أخل التاجر بتنفيذ التزاماته العقدية.

١٦- تمكين التاجر من تعديل التزاماته العقدية، ما يؤثر على ضمانات المستهلك الناشئة عن هذه الالتزامات.

١٧- تقييد حق المستهلك من اللجوء إلى الوسائل القانونية لتسوية المنازعات إن أراد مقاضاة التاجر، وإلزامه بجهات تحكيم معينة يحددها المهني إن نشأ النزاع، إضافة إلى إلزام المستهلك بتقديم وسائل إثبات وأدلة يفرضها القانون على التاجر.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية في القانون الإماراتي

يشكل مبدأ حسن النية نقطة اتصال في تنظيم العلاقة بين القانون والأخلاق،[١٦١] ويأخذ القانون بالمفهوم الشخصي لهذا المبدأ عندما يتعامل مع الحالة النفسية والذهنية للمتعاقد، من خلال التمييز بين إدراكه الشخصي، أو جهله بواقعة قانونية، أو ظرف مادي يتعلق بموضوع العقد، لذا يتسم هذا المفهوم بالطابع السلبي، وينشأ نتيجة جهل الطرف المتعاقد لهذه الواقعة، أو

١٦١. أكرم البدو ومحمد صديق، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات (٢٠١١) ١٣/٤٩ مجلة الرافدين، ص ٤٠٨.

الظرف المادي، ويأخذ القانون الوطني بهذا المفهوم في إطار قواعد الحيازة والالتصاق ودفع غير المستحق،[١٦٢] ما يجعلنا نستبعد الأخذ به في ضوء أهداف هذه الدراسة.

كما يأخذ القانون بالمفهوم الموضوعي لهذا المبدأ من خلال مراعاة التوازن العقدي لطرفي العقد فيما يتعلق بحقوق والتزامات طرفيه، لذا يجب أن يُقر هذا المبدأ بنص قانوني صريح يشير إلى وجوب توازن العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد، كما فعل التوجيه الأوروبي، وهذا غير وارد في قانون المعاملات المدنية، حيث نصت المادة (١/٢٤٦ معاملات مدنية) على وجوب «تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»، وهذا يعني قصر تطبيق هذا المبدأ في ضوء ما اتفق عليه طرفا العقد من شروط، حتى وإن أحدثت عدم تعادل في حقوق والتزامات طرفي العقد، وليس في ضوء ضمان توازن العلاقة التعاقدية بينهما. إضافة الى ذلك، أقرت غالبية تشريعات الدول العربية، بما فيها المشرع الإماراتي، بوجوب تفسير عبارات العقد الغامضة في ضوء إعمال هذا المبدأ، إلا أننا نجد أن النص الوارد في قانون المعاملات المدنية قد ربط تطبيق هذا المبدأ بما هو معمول به في عرف المعاملات، ما يجعلنا نستبعد إمكانية التطبيق المطلق لهذا المبدأ عند تفسير عبارات العقد الغامضة. حتى في الحالة التي أُقر فيها قانون المعاملات المدنية بهذا المبدأ كمبدأ تعاقدي عام، نجده نص عليه عند تنظيم أحكام نظرية الغلط بنص المادة (١٩٨ معاملات مدنية)،[١٦٣] بما يشكل تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق وفقاً لما يراه الأستاذ السنهوري،[١٦٤] ما يجعلنا نستبعد إمكانية الاعتماد عليه للوصول لمستوى الحماية المرجو، كما هو موضح أدناه عند الحديث عن هذه النظرية.

في المقابل، تشير الدراسات الفقهية العربية إلى إمكانية تطبيق هذا المبدأ في ضوء العديد من القواعد القانونية العامة الأخرى الخاصة بتنظيم: نظرية التعسف في استعمال الحق، تنظيم عقود الإذعان، نظرية الاستغلال، تنظيم شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أحكام الشرط الجزائي وضوابط حق الطرف المتعاقد في تعديل بنود العقد. ستبحث هذه الدراسة في هذه القواعد العامة بالتفصيل، للوصول إلى إمكانية الاعتماد عليها لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

---

١٦٢. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢٢.

١٦٣. نصت هذه المادة على أنه: «ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية».

١٦٤. جاء في كتاب الوسيط للأستاذ السنهوري ما يلي: ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط، إذا تعارض مع حسن النية، يكون غير جائز. فإذا اشترى شخص أرضا وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام، ثم يتضح أنها محصورة، فيعرض عليها البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام، مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها، فيأبى إلا إبطال البيع، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية، فلا يجاب المشتري إلى طلبه. ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق.

أولاً: نظرية التعسف في استعمال الحق

أخذ المشرع الإماراتي بمبدأ «الجواز الشرعي ينافي الضمان» وتعني أن الشخص الذي يستعمل حقه بشكل مشروع لا يضمن ما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر للغير (المادة ١٠٤ معاملات مدنية)،[١٦٥] وإذا كان استعمال الحق في ضوء حدوده الموضوعية، إلا أنه قد لحقه عيب في غايته أو الغرض منه فقد غدا القول بمسؤولية صاحب الحق الذي يستعمل حقه الشخصي، على أساس أن استعماله لم يكن وفق الغاية التي يهدف إليها ذلك الحق. لذا، أوجب المشرع الإماراتي بنص المادة (١٠٦ معاملات مدنية)[١٦٦] الضمان على الشخص الذي يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع، حيث نصت هذه المادة على أربعة معايير للاستعمال غير المشروع للحق بما يصدق عليه وصف التعسف: أولها أن يكون استعمال الحق بغير قصد إلا الإضرار بالغير، ويستخلص هذا القصد من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، والثاني أن يكون استعمال الحق بغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهى تكون كذلك إذا قصد بها مخالفة حكم من أحكام الشريعة الاسلامية، أو القانون، أو كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام، أو الآداب، والثالث أن يترتب على استعمال الحق تحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر، والرابع أن يتجاوز الشخص في استعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة بين الناس.[١٦٧]

ومن الملاحظ أن أحكام الشريعة الاسلامية الغراء في بداية نشأتها لم تأخذ بهذه النظرية؛ حيث اعتبرت أن استعمال الشخص لحقه لا يضمن الأضرار التي قد تصيب الغير جراء هذا الاستعمال طالما لم يتجاوز هذا الشخص حدود الدين والقانون، ولكن مع تطور فقه الشريعة الإسلامية، توسع فقهاء الأمة في الأخذ بهذه النظرية على أساس أن الحق هو منحة من الله تعالى، ولا يجوز استعماله بما يضر بمصالح الغير، تأسيساً على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»،[١٦٨] ولهذا توسع فقهاء الشريعة الاسلامية في إعمال هذه النظرية بحيث لا تقتصر على حالات ممارسة الحقوق الممنوحة قانوناً فقط، بل تمتد لتشمل كافة الحريات والرخص القانونية، تأسيساً على أن المشرع حينما اشترط الاستعمال المشروع غير المنطوي على التعسف لم يقصره على صورة دون أخرى، بل اشترط أن تكون كلها محكومة بالغرض المحدد لها،[١٦٩] وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي كما هو

١٦٥. "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر". لمزيد من التفاصيل حول هذه القاعدة انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٧، ص ٢٠٦.

١٦٦. نصت هذه المادة على أنه: "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع".

١٦٧. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٣ قضائية بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٥

١٦٨. مصطفى الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، ط٢ دار البشير، الأردن، ١٩٧٨، ص ٩.

١٦٩. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات المصرية، مصر، ١٩٩٩، ص ٥٠٨.

واضح من التعداد الوارد في نص المادة (١٠٦ معاملات مدنية).

ويُلاحظ أن الحالة الثالثة المنصوص عليها في المادة (١٠٦) يمكن أن تكون تطبيقاً مباشراً للشرط التعسفي، وفيها ربط المشرع الإماراتي حرية استخدام الشخص لحقه بعدم إلحاق الضرر بالغير، في حال كان هناك حالة عدم تكافؤ بين المنفعة التي سيجنيها هذا الشخص قياساً بالضرر الذي أصاب الطرف المقابل، ولهذا السبب استخدم المشرع عبارة «إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر»، وهي تعني بمفهوم المخالفة عدم تطبيق قاعدة التعسف إن كان هناك تكافؤ بين قيمة المنفعة التي حصل عليها الشخص قياساً بالضرر الذي أصاب المتعاقد الاخر، وهو ما أكدت عليه المحاكم الإمارتية في العديد من الأحكام التي أجازت صراحة تضمين العقد شروطاً تحقق مصلحة أحد طرفيه على حساب الطرف المقابل،[١٧٠] طالما أن هذا الشرط لا يتعارض مع النصوص القانونية الآمرة، ولا يخالف النظام العام، أو الآداب،[١٧١] كما قضت في قرار آخر بحق الطرف المتعاقد في إعفاء نفسه من المسؤولية الناشئة عن العقد طالما لم يتعلق هذا الإعفاء بالغرض الأساسي للعقد، وعاد بالنفع على من أعفى نفسه من هذه المسؤولية بذات قدر الضرر الذي أصاب الطرف الآخر.[١٧٢] وبالتوافق مع هذا التفسير نجد تطبيقات القضاء الإماراتي ذات العلاقة بنصوص المواد من (١١٣٦ إلى ١١٤٤) الخاصة بقيود الجوار، قد بنت أحكامها على أن الحظر الوارد في هذه المواد سببه عدم تناسب مقدار المنفعة التي يجنيها الجار عند ممارسة حقوقه على ملكه، قياساً بمدى الضرر الذي سيصيب الجار المتضرر؛ لأن علة الحظر الواردة في نصوص هذه المواد قد جاءت لدرء «الضرر الفاحش» الذي يصيب الجار، نتيجة أفعال لا تعود بالنفع على صاحبها على نحو يعادل مقدار هذا الضرر،[١٧٣] وهذا يعني بمفهوم المخالفة عدم

---

١٧٠. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩١ قضائية بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٤، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قضائية بتاريخ ١٩٨٩/١/٧. المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٢٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٨، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم: ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قضائية بتاريخ ١٩٨٩/١/٧، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٩٥ لسنة: ٢٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٤

١٧١. انظر تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٥ لسنة٢٠٠١ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٩ الذي جاء فيه: بالنظر إلى نص المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ والمادة ٣٨٣ من قانون المعاملات المدنية يدل على أنه يجوز للمتعاقدين تضمين العقد المبرم بينهما ما يحقق مصلحتهما، أو مصلحة أحدهما من شروط بما في ذلك شروط تتعلق بتشديد، أو تخفيف مسؤولية المتعاقد، أو الإعفاء منها طالما أن هذه الشروط لا تتعارض مع النصوص القانونية الآمرة، وبما لا مخالفة فيها للنظام العام، أو الآداب، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية الفعل العمدي من جانب المدين أو ما يلحق به من غش، أو خطأ جسيم. وإلا كان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض، وهو ما لا يجوز قانوناً. ومن ثم فإنه متى كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له هذا الشرط ولا يمكن إبطاله إلا إذا شاب إرادة المتعاقد عيبٌ من عيوب الرضا من إكراه، أو تغرير، أو غلط، وغير ذلك مما قد يرد في القانون من نصوص آمرة.

١٧٢. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٩٨٩ قضائية بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٧.

١٧٣. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤١٠ لسنة ٢٨ قضائية بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٢، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤١٩ لسنة ٢٩ قضائية بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٣، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦١٢ لسنة ٢٧ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩، محكمة نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ١٤١ لسنة ٢٠١٢ قضائية بتاريخ ٢٠١٢/٦/١٢.

تطبيق نصوص هذا الحظر في حال تناسبت المنفعة مع الضرر المقابل،[١٧٤] ولهذا نجد أن المحكمة الاتحادية العليا قد قضت بعدم الاعتداد بالضرر الناتج عن حالة الجوار القائمة بين مركز تجاري كبير وبعض المنازل السكنية المجاورة، على أساس أن تضرر المساكن المجاورة المتمثل في «كشف نوافذ ذلك المركز أو بعضها لترى مسكن المطعون ضده أو الأصوات المزعجة والروائح الكريهة التي تصل إلى القاطنين فيه من منطقة خدمات ذلك المركز» لا يعتبر ضرراً فاحشاً عند الموازنة بين هذه الاضرار والمنافع التجارية التي يجنيها هذا المركز.[١٧٥]

وبإسقاط ما تم التوصل إليه أعلاه على استعمال الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، يتضح لنا عدم جدوى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في التعامل مع هذه الشروط، بسبب تعادل حالة النفع التي يجنيها المهني نتيجة استخدام هذه الشروط من جهة مع مقدار الضرر الذي يصيب المستهلك من جهة أخرى، لأننا نتحدث عن ميزة اقتصادية يحصل عليها المهني على حساب المستهلك، وهي بالضرورة يمكن أن تُقاس بمقدار الضرر الذي يصيب الأخير. فعلى سبيل المثال، حينما يبالغ المهني في قيمة الشرط الجزائي الذي سيجنيه على حساب المستهلك إن أخل المستهلك بالتزامه التعاقدي، فإن هذه الميزة المالية ستعادل بالضرورة مقدار الخسارة التي ستصيب المستهلك في هذه الحالة، وبالتالي من الصعب التمسك بتطبيق نص المادة (١٠٦) لضمان الحماية المرجوة في هذا البحث.

علاوة على ذلك وتأسيساً على قاعدة أن الاصل هو حسن النية في استعمال الحقوق، فإن الأصل هو تحمل من يدعي تعسف الطرف المقابل لحقه القانوني، عند ممارسته لهذا الحق، عبء إثبات هذ التعسف بناء على القواعد العامة في الإثبات. وبما أن العلاقة التي تربط المهني بالمستهلك في عقود الاستهلاك هي علاقة تعاقدية، بالتالي تقوم المسؤولية العقدية على المهني إن هو مارس هذ التعسف، وهذا يعني بالضرورة تحمل المستهلك عبء إثبات عناصر هذه المسؤولية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما،[١٧٦] وهذا ما أخذ به القضاء الإماراتي في أكثر من موضع، منها على سبيل المثال حكم محكمة تمييز دبي على أنه: "إن النص في المادة (١١٣ معاملات مدنية) على أنه على الدائن أن يثبت حقه، و للمدين نفيه يدل على أنه في نطاق المسؤولية العقدية يقع على المدعى عبء إثبات توافر أركانها، بتقديم الدليل على الخطأ بانحراف المدعى عليه عن السلوك المألوف للشخص العادي، أو أنه استعمل حقه استعمالا غير مشروع، وأن هذا الخطأ ترتب عليه الحاق الضرر بالمدعى".[١٧٧] وقضت في حكم أخر بجواز أن يرجع العميل على البنك إذا أثبت

١٧٤. ولهذا السبب استخدمت هذه النصوص القانونية مصطلح "الضرر الفاحش" عند نصها على هذا الحظر.
١٧٥. اتحادية عليا، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٢٨ قضائية بتاريخ ٢٢ /١/ ٢٠٠٧.
١٧٦. نبيل ابراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديد، مصر ٢٠٠٨، ص ٨٣.
١٧٧. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩١ قضائية بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٤.

أن الضرر الذي وقع عليه كان من جراء غش البنك أو خطئه الجسيم، والخطأ الجسيم – بمفهومه السابق – لا يقوم على مجرد الافتراض والظن، بل يتعين وجود الدليل عليه وبيان عناصره لأنه، يخالف الأصل، وهو حسن النية وعدم تعمد الإضرار»»،[١٧٨] كما قضت في حكم أخر بعدم جواز افتراض المحكمة لوجود الضرر بمجرد توافر حالة الجوار مع المركز التجاري، ولا يجوز للمحكمة أن تقيمه على أمر مفترض دون دليل يؤكده، أو بتقديرات تحمل معنى الشك، أو التردد في واقعة أساسية، بل يتعين على من يدعي وجود الضرر إثباته،[١٧٩] وهذا يؤدي بالضرورة إلى نتيجة مفادها صعوبة إثبات المستهلك لهذه العناصر كونه في مركز معرفي وقانوني لا يمكّنه من هذا الإثبات، ما يجعلنا ندعي بعدم جدوى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

ثانياً: سلطة القاضي الوطني في تعديل الالتزامات الناشئة عن عقد الإذعان

نصت المادة (١٤٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط متماثلة يضعها الموجب لسائر عملائه ولا يقبل مناقشته فيه». هذا وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان حيث يرى البعض أنه ليس بعقد ،بل هو مركز قانوني منظم، ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة من صاغ العقد وفرضها على الطرف المقابل،[١٨٠] في حين يرى أغلب الفقه أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ولا يمنع وجود التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد من تكييفه بأنه عقد، وخضوعه للقواعد العامة التي تنظم العقود.[١٨١]

ومن خلال مراجعة الأحكام والمبادئ القضائية التي استقر عليها القضاء الإماراتي، نجد أنه استقر على أن عقد الإذعان لابد له من توافر الشروط التالية:[١٨٢]

---

١٧٨. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٧ قضائية بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٦.

١٧٩. اتحادية عليا، الأحكام المدنية، الطعن رقم :٤٠٢ لسنة ٢٨ قضائية بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٢. جاء في هذا القرار ما يلي: "لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على محكمة الموضوع عندما تستعمل سلطتها في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها أن تؤسس قضاءها على وقائع لها مأخذها الصحيح من أوراق الدعوى ولا تقيمه على أمر مفترض دون دليل يؤكده، أو بتقديرات تحمل معنى الشك، أو التردد في واقعة أساسية يترتب عليها الفصل في النزاع، فذلك قضاء لا يبنى على اليقين بل على ضرب من الاحتمال لا يقوم على أسباب سائغة تكفي لحمله. وكان النزاع في الدعوى، يدور حول مضار الجوار التي يدعيها المطعون ضده متمثلة في الإزعاجات التي تصيبه وأهله الساكنين معه في منزله المجاور للمركز التجاري المقام على أرض الطاعن».

١٨٠. لمزيد من التفصيل حول هذا التوجه انظر: أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص ١٨. انظر أيضاً: سفيان سوالم، مرجع سابق، ص ١٢٧.

١٨١. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة نشر، ص ١٩٢.

١٨٢. يرجى مراجعة الأحكام التالية على سبيل المثال لا الحصر: تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٢٠٠٣ قضائية بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢٦، اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٢٤ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٦، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٧، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٢٤٧

- أن يتعلق العقد بخدمات أو سلع تعتبر من ضروريات الحياة للمستهلكين.
- احتكار المزود لهذه الخدمة احتكارا فعليا أو قانونيا.
- صدور الإيجاب «شروط التعاقد» إلى الناس كافة لمدة غير محدودة.

وبالنظر إلى هذه الشروط، نجد أن تطبيقات القضاء الإماراتي لها يستلزم ضرورة انعدام، أو شبة انعدام، المنافسة الفعلية بين المهني وغيره من المشروعات التجارية الأخرى، إضافة إلى اعتبار هذه السلعة أو الخدمة من ضرورات الحياة التي لا يمكن للإنسان الاستغناء عنها، وماعدا ذلك من ظروف مثل: تعدد موردي الخدمة أو السلعة، وعدم تعلقها بضرورات الحياة العملية للإنسان يجعلنا نستبعد إمكانية تطبيق هذا النص القانوني. كما أن المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك تطرقت إلى تعداد صور الاحتكار في عقود الاستهلاك، والتي تتضمن في مجملها: حالة التوريد الحصري للسلعة أو الخدمة في السوق، إضافة إلى حالات اتفاق، أو تواطؤ المشروعات التجارية فيما بينها لتوحيد الأسعار. والملاحظ أن عقود الاستهلاك لا ترتبط دائما بفكرة الاحتكار أو الضرورة القصوى لمتطلبات الحياة، حيث يرتبط مفهوم عقد الاستهلاك بمعناه العام بالتعاقد بين مورد ومستهلك، إضافة الى عدم مشروعية الاتفاقيات التي تتم بين المشروعات التجارية لتوحيد أسعار البيع وفقاً لقوانين المنافسة ومنع الاحتكار، بالتالي ندرة توافر هذا الشكل من أشكال الاحتكار.

يؤيد تفسيرنا هذا توجه القضاء الإماراتي في استبعاد ولاية هذه المادة على عقود الائتمان المصرفي، معللاً هذا التوجه بوجود مصارف أخرى بديلة غير التي تعاقد معها المقترض، بالتالي لم يتوافر شرط الاحتكار في هذه العلاقة، إضافة إلى عدم توافر شرط الضرورة في التعاقد لأن النقود تشكل بديلاً عن الكفالة المصرفية،[١٨٣] كما قضى في قرار آخر بعدم ولاية هذه المادة على العلاقة بين المؤمن والمؤمن له في عقد التأمين لنفس السبب،[١٨٤] كما اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا عدم إمكانية اعتبار عقود الإيجار من عقود الإذعان، وبالتالي عدم إمكانية وجود شروط تعسفية فيها استناداً إلى عنصر الإذعان، بسبب عدم توافر عنصر الاحتكار في تملك المأجور، ووجود بدائل أخرى يمكن للمستأجر المفاضلة بينها وبين ما قدمه المؤجر، بالتالي لا يمكن للقاضي

لسنة ١٩٩٠ قضائية بتاريخ ١٩٩١/٤/٢٧. انظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٩٢.

١٨٣. جاء في حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٩٠ ما يلي:

وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المميز لم يكن في موقف من المميز ضدها لا يملك فيه إلا أن يأخذ أو يدع لأنه لم يتعاقد على سلعة أو خدمة لا غنى للجمهور عنها، كما كان بإمكانه أن يتعامل مع أي من المصارف أو المؤسسات المالية الأخرى التي تعمل في مجال إصدار بطاقات الائتمان بشروط تختلف عن شروط المميز ضدها، وهو غير ملزم باقتناء بطاقة ائتمان، إذ هي مجرد وسيلة يستعاض بها عن النقود في سداد قيمة بعض الأغراض و الالتزامات الخاصة و المشتريات الشخصية، ولهذا فهي ليست خدمة ضرورية بالنسبة للجمهور لا غنى عنها بحيث لا تستقيم مصالحهم بدونها ، لما كان ذلك فان النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس .

١٨٤. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٢٤ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٦.

الوطني الاستناد لنص المادة (٢٤٨ معاملات مدنية)[١٨٥] في تعديل قيمة الأجرة المتفق عليها في العقد،[١٨٦] وهو على عكس توجهات محكمة العدل الأوروبية التي أخضعت عقود الإيجار لأحكام التوجيه إن ثبت احتراف المؤجر لهذا العمل في السوق، وتربحه منه باعتباره من عقود الاستهلاك. حتى في الحالة التي يرى فيها الفقه والقضاء أن المقصود بالاحتكار هنا هو الاحتكار القانوني وليس الفعلي، والذي يشير إلى عدم ضرورة توافر شرط الاحتكار بمعناه المادي، بل يكفي توافر عدم وجود بدائل أخرى للمستهلك إن هو سعى الى المفاضلة بين العروض المقدمة إليه في السوق، وبالتالي إمكانية اعتبار العقود النموذجية شكلاً من أشكال عقود الإذعان، نجد أن هذا التفسير قد اقتصر فقط على عقود التأمين، على أساس توحيد نماذج عقود التأمين التي تنظم بمعرفة هيئة التأمين الوطنية.[١٨٧]

إضافة إلى ذلك، تنص المادة (٢٤٨ معاملات مدنية) على جزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، التي تجيز للقاضي الوطني تعديل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، والمعيار الذي يجب أن يسترشد به القاضي لإعمال سلطة التعديل أو الإلغاء يتمثل في «مراعاة ظروف العدالة»، وهو كما يتضح، فهو معيار غامض ومطلق لاختلاف الإحساس به من إنسان إلى آخر، بل قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة وثقافة القاضي، ولهذا لن يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض عند إعماله لهذه السلطة طالما قرر أن الشرط يتعارض مع مقتضيات العدالة كما يراها هو، لذلك فان القاضي قد يلجأ إلى معيار العدالة في مجال التعامل مع عقود الاذعان إن التبس عليه الأمر في بيان مدى تعسف الشرط الذي يتعامل معه من عدمه، وذلك بتقدير الشرط في ضوء باقي شروط العقد، إضافة إلى ظروف تكوينه، وقد سلك المشرع هذا التوجه لاسترشاد القاضي به خشية أن يُتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة.[١٨٨]

ويلاحظ من نص المادة (٢٤٨ معاملات مدنية) أن مباشرة القاضي لسلطة تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي أمراً جوازياً وليس وجوبياً،[١٨٩] إذ إن الأمر متروك لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه،[١٩٠] وهو على عكس ما ذهب إليه قضاء محكمة العدل الأوروبية

---

١٨٥. نصت هذه المادة على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

١٨٦. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم٤٧٢ لسنة ٢٧ قضائية بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٩.

١٨٧. لمزيد من التفصيل أأنظر: علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، عقد التامين، ط١، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١١، ص ٧٩ وما بعدها.

١٨٨. سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، مصر ١٩٩٣، ص ١٦.

١٨٩. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأه المعارف: الإسكندرية ٢٠٠٢، ص ٤٣٩.

١٩٠. هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دراسة مقارنة (٢٠٠١٤) ١ مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر ٥١٦.

من إلزام القاضي باستبعاد تطبيق الشروط التعسفية إن وجدت في العلاقة موضوع النزاع.

يُضاف إلى ذلك، أن القول بتعلق سلطة القاضي في هذا الخصوص بالنظام العام لا يعني أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، إذ يجب أن يطلب المذعن هذا التدخل من القاضي طالما كانت الدعوى أمام قاضي الموضوع،[١٩١] على ألا يجوز له أن يطلب ذلك أولاً أمام محكمة النقض أو التمييز، لأن هذا الطلب يختلط فيه الواقع والقانون،[١٩٢] وهذا الحكم يختلف أيضا مع ما قضت به محكمة العدل الأوروبية التي تطالب القاضي الوطني بالتدخل من تلقاء نفسه للتعامل مع الشروط التعسفية إن وجدت، حتى وإن لم تتعلق بموضوع طلبات طرفي الدعوى.

ثالثاً: نظرية الاستغلال

اعتبرت القوانين الأوروبية أن تطبيق نظرية الاستغلال هو شكل من أشكال التعامل مع الشروط التعسفية، باعتبار الاستغلال يتمثل في استفادة أحد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الأخر، للحصول على مزايا عقدية تفضيلية، سواء تعلقت بالشروط الجوهرية للعقد أو بغيرها من الشروط.[١٩٣] والجديد في فكرة الاستغلال، وما يميزها عن نظيرة الغلط والتدليس، أن نية الاستفادة من ضعف الطرف المقابل تكفي لنشوئها ولو لم تكن نية الإضرار بالطرف المقابل متوافرة، وهذا يعتبر تطبيقاً من تطبيقات مبدأ حسن النية. وعليه، اعتبرت التشريعات الوطنية لدول الاتحاد الأوروبي أن اختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك في حد ذاته يعتبر تطبيقاً لنظرية الاستغلال، دون تكليف المستهلك عناء إثبات وجوده، وهذا ما قضت به المحاكم الإنجليزية في العديد من القرارات، حينما اعتبرت أن مجرد فرض شروط مجحفة في حق المستهلك، نتيجة إساءة المهني لتفوقه المعرفي، يعتبر استغلالاً يعيب الإرادة، ما يوجب معه تدخل القاضي الوطني لإعادة التوازن العقدي بين طرفيه.[١٩٤]

فيما يتعلق بالقانون الإماراتي، يُلاحظ أن هناك تداخلاً كاملاً في تطبيق نظرية الاستغلال في الشريعة الإسلامية مع نظرية الغبن، فجميع الدراسات التي اطلع عليها الباحث تتطرق إلى الحديث عن عيب الغبن عند الحديث عن الاستغلال، لذا تشير هذه الدراسات إلا أنه لا أثر للغبن في العقود مطلقاً إلا إذا كانت مصحوبة بتغرير باستثناء حالة مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة، كما أشرنا أعلاه عند الحديث عن عيب التغرير. هذا على خلاف بعض التشريعات العربية

---

١٩١. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم لندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣، ص ١٧.

١٩٢. نقض مدني مصري، ١٩٧٠/١٢/٣١، مجلة أحكام النقض س ٢١ ص ١٣٥ مشار اليه في المرجع السابق.

١٩٣. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٥٨.

194. M Schillig, Ibid, P. 364.

التي استعملت مصطلح "الغرر وليس التغرير"،[١٩٥] والمقصود بالغرر هنا ليس التغرير بشروطه المعروفة، وإنما نية استغلال حالة المتعاقد الآخر، وإلا لاستعمل المشرع كلمة تغرير،[١٩٦] وهذا ما يجعلنا نستبعد إمكانية الاعتماد على نظرية الاستغلال لحماية المستهلك من الشروط التعسفية على غرار التوجيه الاوروبي محل البحث.

حتى في الحالة التي أشار فيها فقهاء الشريعة المعاصرون إلى توافر عناصر نظرية الاستغلال في الشريعة الاسلامية، نجدهم قد أشاروا إلى نتيجة الغبن التي أصابت الطرف المتعاقد بسبب هذا الاستغلال، حيث يذكر العلامة السنهوري في كتابه مصادر الحقوق الشخصية ما يلي: «فتكتمل بذلك صور الاستغلال المعروفة في الفقه الغربي، استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته أو في حاجته او في طيشه ورعونته، وبهذا يقترب الفقه الاسلامي كثيراً من الفقه الغربي في أحدث صورة له، وفي أخر مرحلة من مراحل تطوره».[١٩٧]

والغبن في الشريعة هو كون أحد البدلين في عقد المعاوضة لا يكافئ الآخر في قيمته، كما لو اشتريت سلعة بألفين وقيمتها في السوق ألف، أما في القانون فيعرف على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، بمعنى أن يكون ثمة اختلال واضح بين مقدار ما يقدمه أحدهما للآخر ومقدار ما يأخذه منه، وهذا يعني أن الغبن يرد فقط على شرط الثمن مقارنة بقيمة المبيع، وهو بالتالي يتعلق بالشروط الجوهرية للعقد التي لا تدخل ضمن نطاق الحماية التي نص عليها التوجيه الأوروبي، وهو ما يجعلنا نستبعد صراحة البحث في هذا النوع من العيوب كوسيلة للحماية التي تسعى إليها هذه الدراسة.

في القانون الإماراتي، يقتصر تطبيق نظرية الاستغلال في قانون المعاملات المدنية على عقود السُلم فقط، وذلك استناداً لنص المادة (٥٧٤) التي جاء فيها: « إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف»،[١٩٨] ما يجعلنا نستبعد التمسك بتطبيق هذه القاعدة لتقرير الحماية التي نسعى اليها في هذا البحث أيضاً.

---

١٩٥. انظر على سبيل المثال نص المادة (١٨١) من القانون المدني اليمني.

١٩٦. إسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

١٩٧. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، جزء ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٤٢.

١٩٨. هذا على عكس القانون المدني العراقي (م ١٢٥) والقانون المدني السوداني (م ١١٥) والقانون المدني اللبناني (م٢١) الذين نصوا على توافر عيب الاستغلال في حال عدم تعادل خبرة طرفي العقد، ما يجيز معه لمن وقع في الاستغلال إبطال العقد. في المقابل، اكتفى القانون المدني المصري (م ١٢٩) والقانون المدني السوري (م١٣٠) والقانون المدني الليبي (م١٢٩) بجعل عنصري الاستغلال هما الطيش البين والهوى الجامح والحاجة الملجئة والضعف الظاهر.

رابعاً: سلطة القاضي في تعديل أحكام الشرط الجزائي

أوضحناه أعلاه أن الشرط التعسفي قد يتمثل في المبالغة في مقدار الشرط الجزائي المفروض على المستهلك إن هو أخل بالتزامه التعاقدي، ما يوجب علينا البحث في النصوص القانونية التي تجيز للقاضي الوطني سلطة التدخل وتعديل قيمة هذا الشرط لما يحقق التوازن العقدي. وفقاً لنص المادة (٣٨٩ معاملات مدنية)،[١٩٩] الأصل أن تقدير التعويض هو من اختصاص القانون، وفي حال عدم وجود نص قانوني يجوز لطرفي العقد تقديره بالنص عليه عند التعاقد، أو في اتفاق لاحق، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.

فالتعويض الاتفاقي هو الاتفاق الذي يعين الطرفان بمقتضاه عند التعاقد، أو في اتفاق لاحق على التعاقد وسابق على نشوء النزاع، مبلغ التعويض الذي يستحقه أحدهما قبل الآخر عند الإخلال بالتزامه التعاقدي، سواء كان ناتجاً عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ المعيب للالتزام. ويعتبر التعويض الاتفاقي شرطاً مشروعاً، ولا يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ما دام مبلغ التعويض المتفق عليه لا يتجاوز الضرر الفعلي الحاصل للدائن، ولكن إذا استغل أحد طرفي العقد مركزه القانوني والاقتصادي لفرض مبالغ تعويض مُبالغ فيها،[٢٠٠] فهنا تتحول وظيفة هذا التعويض من وظيفة تعويضية إلى وظيفة تهديدية، ما يمنح القاضي الوطني الحق في التدخل لجعل قيمة هذا التعويض مساوياً لمقدار الضرر الفعلي الذي أصاب الطرف المتعاقد.[٢٠١]

إلا أن الإشكالات التي ترد على هذه السلطة في التعامل مع الشروط التعسفية في ضوء أحكام القضاء الوطني تتمثل فيما يلي:

١- عدم تعلق هذه السلطة بالنظام العام، لأن القاضي الوطني لا يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل قيمة الشرط الجزائي إن كان مبالغاً في مقداره، بل يحتاج إلى طلب الطرف المتضرر، وهو ما يظهر بشكل جلي في عبارة «بناء على طلب أحد الطرفين» الواردة في نص الفقرة الثانية من المادة (٣٩٠ معاملات مدنية)، وهذا يختلف عن توجهات محكمة العدل الأوروبية التي تطالب القاضي بالتدخل من تلقاء نفسه.[٢٠٢]

٢- إن سلطة القاضي في التعديل لا تعطيه الحق في استبعاد تطبيق الشرط التعسفي، وبالتالي

---

١٩٩. نصت هذه المادة على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في القانون أو في العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

٢٠٠. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٢ قضائية بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٧.

٢٠١. لمزيد من التفاصيل حول التعويض الاتفاقي وشروط صحته انظر: عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨١٦. نائل عبد الرحمن صالح، الحماية الجزائية للمستهلك في القوانين الأردنية (١٩٩٩) ٢٣/٤ مجلة الحقوق، ص ١١١. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

٢٠٢. لمزيد من التفاصيل حول هذا الإجماع انظر: عمرو قريوح، الحماية المدنية لمستهلكي السلع والخدمات، دراسة في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة وجدة ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص ٨٦.

الحكم بإلغاء قيمة التعويض المستحق للمهني، إنما يتوجب عليه تعديل قيمة التعويض المتفق عليه بما يجعله مساوياً للضرر الواقع فعلاً،[٢٠٣] ولهذا يتجه القضاء الإماراتي إلى وجوب توافر ركن الضرر كي يقضي القاضي الوطني بهذا التعويض،[٢٠٤] وفي هذا تشجيع للمهني على المبالغة في استعمال مثل هذه الشروط كونه سيدرك أن أقصى ما قد يطرأ من تدخل على هذا الشرط هو رده لقيمة الضرر الواقع فعلاً، وليس استبعاده في حال طلب المستهلك ذلك، بالتالي لن يتضرر مهما بالغ في وضع قيمة هذا الشرط.

٣- تحمل المستهلك عبء إثبات المبالغة في قيمة التعويض المتفق عليه لصالح المهني، ولا يلتزم المهني بإثبات وقوع هذا الضرر أو إثبات مقداره،[٢٠٥] وهذا صعب من الناحية العملية، نظراً لقلة خبرة المستهلك وعدم قدرته على تقدير المركز القانوني والمالي للمهني إن أخل المستهلك بالتزامه التعاقدي، وهذا يتعارض مع ما ذهبت إليه قرارات محكمة العدل الأوروبية التي تعفي المستهلك من هذا الالتزام، وتطلب في المقابل من المهني إثبات تضرره الفعلي بمبلغ التعويض المتفق عليه وعدم المبالغة فيه.

خامساً: شرط الإعفاء من المسؤولية

يقصد بالشرط المعفى من المسؤولية العقدية «بأنه الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه

---

٢٠٣. ورد في قرار المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٠٠١/٣/٢٧ في الطعن رقم ٤١٤ لسمة ٢١ ق/ مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا س ٢٣/ ع ٢ ٥٤٤ رقم ٧٩ ما يلي: " لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يشترط أيضاً توافر ركن الضرر في جانب الدائن، فإذا اثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط". مشار إليه في المرجع التالي: علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي/ أحكام الالتزام (ط ١ مكتبة الجامعة: عمان ٢٠١١) ص ١٦٠، هامش رقم ٢٠٢.

٢٠٤. وهذا عكس ما توجهت إليه العديد من التشريعات الغربية التي لا تشترط وقوع الضرر كشرط للتعويض (مثل القانون المدني الفرنسي في نص المادة ١١٥٢)، وما سار على أثرها من التشريعات العربية المعاصرة (مثل القانون المدني المصري في نصوص المواد ٢٢٤ و٢٢٥).

٢٠٥. جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا ما يلي:

لما كان النص في المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية على أنه "١/ يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. ٢/ ويجوز للقاضي في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك" مؤداه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تحديد المتعاقدين في العقد المبرم بينهما لمقدار التعويض حال تحققه موجبه يجعل الضرر واقعاً في تقديرهما فلا يكلف الدائن بإثباته، ويعترض فيه أن مقدار التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر الذي يلحق بالمدين، وعلى القاضي التقيد بهذا التقدير وإعماله ما لم يثبت المدين أنه لا يتناسب والضرر، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي تحقيقه بما يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن.... اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٢٠١١ قضائية بتاريخ ٢٠١١/٩/١٤. انظر كذلك اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٠ قضائية بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢. كما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢١ قضائية بتاريخ ٢٠٠١/٣/٢٧ ما يلي: إن مؤدى نص المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أنه لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن فإذا اثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط.

بالتعويض عن الضرر، ومنع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة»،[٢٠٦] وفي تعريف آخر «هو الشرط الذي يؤدي إلى رفع المسؤولية عن المدين، حيث لا يعد المدين بموجبه مسؤولاً في حين أنه يكون مسؤولا بموجب القواعد العامة».[٢٠٧]

ذهب الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية الى أن شروط الإعفاء من المسؤولية يُعد لغواً لا اعتبار به، حيث يعتبر الحنابلة أن «كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه». ويقول المالكية: «إن الشرط باطل عندما يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته... كأن يشترط الصانع على المستصنع ألا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدق في دعوى التلف»،[٢٠٨] وإذا وُجد من يرى صحة شرط الإعفاء من الضمان كاستثناء في بعض العقود، فإن الإعفاء الوارد يتعلق بتحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة، أما شرط الإعفاء من الضمان الناشئ بالتعدي والتقصير فغير جائز عند الجميع في كل العقود. ولهذا يقولون «إن الإبراء من ضمان العين يصيرها أمانة لا غير»، وهذا يعني أن أثر الإعفاء يتمثل فقط في نقل عبء الإثبات، في حين يتوسع الفقه المالكي في التعامل مع مثل هذه شروط، طالما لم يحظرها الشارع بنص صريح كما هو موضح أعلاه.

في القانون الإماراتي، لم تتطرق أحكام قانون المعاملات المدنية الاتحادي إلى تنظيم أحكام المسؤولية العقدية بشكل صريح، كما لا يوجد ما يمنع أطراف العقد من الإعفاء من المسؤولية العقدية على أساس قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين». والملاحظ أن المادة (٢٤٦ معاملات مدنية) توجب على طرفي العقد «تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»، في حين أجازت المادة (٣٨٣) من ذات القانون شرط الإعفاء صراحة حينما قضت «بالتزام المدين بالمحافظة على الشيء، أو القيام بإدارته، أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه... هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك»، كما قضت نفس المادة بعدم صحة شرط الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم. ويتضح من هذا النّص أن المشرع الإماراتي أبطل شرط الإعفاء من المسؤولية في حال توافر الغش أو الخطأ الجسيم، وهو بذلك قد تأثر بتوجه المشرع المصري خلافاً لما هو سائد في الشريعة الإسلامية. وبمراجعة المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، يتضح لنا أن الخطأ مرادف للتقصير والإهمال وعدم التحرز، وهذا يعني أنه يجوز الإعفاء في حال الفعل الخالي من التعدي الذي قد يُسأل عنه الشخص في أحوال المباشرة.

---

٢٠٦. احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ٢٠٠٦، ص ٣٤

٢٠٧. أنور طلبه، المسؤولية المدنية، الجزء الاول، المسؤولية العقدية، الطبعة الاولى، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥، ص٢٥٦ وما بعدها، على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرفات القانونية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس،٢٠١٢ ص ٣٩٤.

٢٠٨. مشار إليه في: إسماعيل محمد المخاقري، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

وفي عقود التامين قضت المادة (١٠٢٨ معاملات مدنية) «ببطلان الشرط الذي يقضى بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية»، باعتبار أن في هذا الشرط مجافاة صريحة لروح العقد ومقتضاه، ويكون فيه إهدار لحقوق المؤمن له التي أمن من أجلها،[٢٠٩] في حين أجازت المادة (١٠٢٩) اشتراط إعفاء المؤمن من التأمين إذا دفع المؤمن له للمتضرر دون موافقة المؤمن.[٢١٠]

والمتتبع لتوجهات القضاء الإماراتي في هذا المجال، يستنتج أنه من الصعب الاعتماد على هذه القواعد العامة لحماية المستهلك من شروط الإعفاء الواردة في عقود الاستهلاك، حيث أجمعت قرارات هذه المحاكم على جواز تضمين العقد ما يحقق مصلحة أحد طرفيه من شروط، بما في ذلك شروط تتعلق بتشديد أو تخفيف مسؤولية المتعاقد، طالما أن هذه الشروط لا تتعارض مع النصوص القانونية الآمرة ولا تجافي روح العقد ومضمونه.[٢١١] ويقصد بروح العقد ومضمونه ضوابط الالتزامات الرئيسية لطرفي العقد، وهو ما يعرف «بحكم العقد»،[٢١٢] ولذا قضت المحكمة الاتحادية العليا ببطلان شرط الإعفاء الذي يعفي الناقل من التزامه بنقل وتوصيل البضاعة المتفق عليه، باعتباره ناقلاً وليس كفيلاً، وأنه التزم بتوصيل السيارة سالمة إلى المرسلة إليها،[٢١٣] وهذا يعني بمفهوم المخالفة جواز الإعفاء من الشروط التي تنظم التزامات طرفي العقد الأخرى (الشروط غير الجوهرية) مثل التأخر في التنفيذ. كما قضت محكمة تمييز دبي بأنه متى كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له هذا الشرط، ولا يمكن إبطاله إلا إذا شاب إرادة المتعاقد عيبٌ من عيوب الرضا من إكراه أو تغرير أو غلط، وغير ذلك مما قد يرد في القانون من نصوص آمرة.[٢١٤] كما قضت نفس المحكمة بأنه يجوز للبنك أن يتفق في عقود الخدمات المصرفية على إعفائه من خطئه أثناء تنفيذ العقد، كما في حالة التأخير في تحصيل الأوراق المالية، أو عدم تحرير (برتستو) عدم الدفع في الميعاد، أو فقد الكمبيالة أو الشيك المقدم إليه للتحصيل، طالما كان هذا الخطأ غير جسيم.[٢١٥] كما توسعت محكمة تمييز دبي

---

٢٠٩. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٩٨٩ قضائية بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٧. يضيف القرار: "ولما كانت أسباب حوادث السيارات في معظم الأحيان ناجمة عن مخالفة القوانين واللوائح كالسير بسرعة أكثر من السرعة المقررة أو السير في الجانب الأيسر أو عدم احترام الضوء الأحمر، وهي حالات لا تشكل جناية أو جنحة عمدية عندما يرتكبها قائد السيارة نتيجة إهمال أو طيش أو خطأ منه وليس متعمدا، فإن الشرط الوارد في بوليصة التأمين، والذي يعتبر الحادث الناجم عن قيادة السيارة بسرعة تزيد عن السرعة المقررة خارج النطاق المشمول ببوليصة التأمين، يتعين استبعاده حينما لا تنطوي المخالفة على جناية أو جنحة عمدية، وإذ حاد الحكم المطعون فيه عن هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

٢١٠. نصت هذه المادة على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان إذا دفع المستفيد ضمانا للمتضرر دون رضا المؤمن".

٢١١. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٦ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٢.

٢١٢. مُشار إليه أعلاه عند الحديث عن السياسة التشريعية للحماية التي أقرها التوجيه.

٢١٣. اتحادية عليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٥١ لسنة ١٥ قضائية بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٣.

٢١٤. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٣.

٢١٥. تمييز دبي، الاحكام المدنية، الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٧ قضائية بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٦.

في ضمان الالتزام بإعمال هذا الشرط عندما قضت بعدم جواز لجوء المتضرر لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسؤول عنه بعلاقة عقدية سابقة، إذ يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في مقام العلاقة العقدية إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له، باستثناء حالة ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين كان نتيجة اقتراف العاقد الآخر لفعل غير مشروع، أو خطأ جسيم، مما تتحقق معه المسؤولية عن الفعل الضار تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني،[٢١٦]

علاوة على ذلك، في حال ادعى المستهلك توافر عنصر الغش أو الخطأ الجسيم في سلوك المهني، فإنه يتعين عليه إثبات ذلك. والغش هو كل فعل أو امتناع عن فعل يعمد إليه المدين بالتزام عقدي، أو من أحد تابعيه، أو أشياءه بقصد الإضرار بحقوق المتعاقد الآخر، أو التهرب من التزامه التعاقدي،[٢١٧] وهو ما يقابل الخطأ المتعمد الذي يغلب عليه نية إحداث الضرر بالدائن.[٢١٨] بينما يُعرف الخطأ الجسيم على أنه الخطأ الذي لا يصدر حتى من أكثر الناس إهمالاً، أو ما يغفل البعض عن بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، بقدر أن من هم أقل ذكاءً لا يمكن أن يغفل عنه بصورة غير يسيرة وعلى درجة من الإهمال البيّن، وهذا يعني أن الغش والخطأ الجسيم، وفقاً لتوجهات القضاء الاماراتي، لا يقوم على مجرد الافتراض والظن، بل يتعين وجود الدليل عليه وبيان عناصره، لأنه يخالف الأصل، وهو حسن النية وعدم تعمد الإضرار.[٢١٩] ونرى أنه ليس من السهل على المستهلك إثبات ذلك.

بناء على ما سبق، ظهرت الحاجة إلى ايجاد تنظيم قانوني واضح يكفل حماية المستهلك من استخدام مثل هذه الشروط، وهو ما فعله قانون حماية المستهلك صراحة حينما نصت المادة (١٦) منه على «حق المستهلك في التعويض عن الأضرار الشخصية أو المادية وفقا للقواعد العامة النافذة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». هذا يعني بالضرورة بطلان الشرط التعاقدية التي تعفي المزود من الضمان في عقود الاستهلاك بشكل عام، وهو ما قد يفهم منها جواز الاتفاق على شروط التخفيف من تلك الالتزامات،[٢٢٠] ما يجعلنا نطالب بإعادة النظر في هذا النص، ليشمل بطلان شروط الإعفاء والتخفيف على حد سواء، لضمان تمثيل حقوق المستهلك.

سادساً: استئثار أحد طرفي العقد بسلطة تعديل شروطه بإرادته المنفردة

ذكرنا أعلاه أن استئثار أحد طرفي العقد بسلطة تعديل شروط هذا العقد بإرادته المنفردة يعتبر أحد صور الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، حيث عادة ما يمارس المزود سلطته في

٢١٦. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٤١ لسنة ٢٠١٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٠.
٢١٧. عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص ٣٣٤
٢١٨. أعراب لقايم، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ١٩٨٤، ص٣٤
٢١٩. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٧ قضائية بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٦.
٢٢٠. عدنان سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق، مرجع سابق، ص ٣٠.

تعديل شروط العقد بناء على إدراج شرط عقدي يمنحه هذا الحق، ما يخلق حالة من عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد. يلاحظ عدم وجود نصوص تشريعية صريحة تحظر إدراج مثل هذا النوع من الشروط، إلا أن دراسة المبادئ العامة لنظرية العقد في ضوء الشريعة والقانون الوضعي تجعلنا نستنتج حظر مثل هذا النوع من الشروط، وبالتالي جواز الاعتماد على هذا التنظيم لحماية المستهلك. لماذا؟

أولاً: يعتبر هذا الشرط من الشروط التي تتوقف على إرادة أحد المتعاقدين، وهو غير جائز استناداً للقواعد العامة في تنظيم أحكام الشرط، التي تشترط لصحة الشرط أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا متحققا ولا مستحيلا، ما يعني عدم جواز توقف تحققه على إرادة المدين.[٢٢١] هذا يعني مخالفة إدراج مثل هذه الشروط للقواعد العامة.

ثانياً: تحظر القواعد العامة أن ينفرد أحد طرفي العقد بتعديل شروط العقد الجوهرية بإرادته المنفردة، لأن ذلك سيؤدي إلى الجهالة والغرر، أي يؤدي إلى التجهيل بالمبيع أو الثمن الذي من شروطه أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة، وفي هذا يقول المالكية: «إن من الشروط الباطلة أن يشترط شرطاً اقتدى جهالة في المبيع كمن يبيع ثياباً، ويستثني واحداً لا يعنيه، فيفسد العقد، ومعنى إخلاله بالثمن أن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو نقص كان من البائع كبيع وسلف من احدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن، أو المثمن، وهو مجهول».[٢٢٢]

يتفق هذا الحكم ونص المادة (٢٠٣) معاملات مدنية، التي تنص على «وجوب أن يكون محل التزام طرفي العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة». فيما يتعلق بمحل العقد (المبيع)، أضافت المادة (٤٩٠) معاملات مدنية «وجوب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة ببيان أحواله وأوصافه المميزة له»،[٢٢٣] وهذا النص مستمد من القانون المدني المصري الذي حاول التوفيق بين خيار الرؤية والقواعد العامة لنظرية العقد المستمدة من القانون الفرنسي،[٢٢٤] على أساس أن العلم يهدف إلى الإحاطة الشاملة بخصائص المبيع، خلافاً للتعيين الذي يقصد به تمييز المبيع عن سواه،[٢٢٥] ليتحقق علم المشتري الشخصي بأحوال المبيع، وأوصافه، لأهمية ذلك في ضمان كمال رضاه.[٢٢٦]

---

٢٢١. ورد هذا الحظر صراحة في نص المادة (٢٦٧) من القانون المدني المصري. فيما يتعلق بالقانون الإماراتي، انظر: علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، أحكام الالتزام، مرجع سابق.

٢٢٢. مشار إليه في إسماعيل المحاقري، مرجع سابق، ص٣٤٩

٢٢٣. تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٢٠٠١ قضائية بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٩.

٢٢٤. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٥، ص ٧٩.

٢٢٥. المرجع السابق، ص ٨٠.

٢٢٦. علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الاول، دار الجبل، بيروت، ١٩٩١، ص ١٨٠.

أما فيما يتعلق بشرط الثمن، فتقضي القواعد العامة بوجوب هذا التعيين أيضاً،[٢٢٧] حيث يعتبر جمهور فقهاء المسلمين، عدا الأحناف، أن العقد فاسد في هذه الحالة، بينما يرى الإمام ابن تيمية صحة عقد البيع واعتماد سعر المثل (سعر السوق)،[٢٢٨] وهو ما أخذ به قانون المعاملات التجارية رقم (١٩٩٣/١٨) في مادته رقم (٩٧)،[٢٢٩] بينما اعتبر قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه لا يجوز التعاقد دون تعيين الثمن، أو الاتفاق على أساس لتعيينه، لضمان توازن العلاقة التعاقدية بين طرفيه، لذا لا يجيز القانون تمكين أحد طرفي العقد من تحديد الثمن، كما لا يجيز تمكين طرف ثالث من هذا التحديد بسبب عدم قبول فقه الشريعة الاسلامية لهذا، حيث إن المتعاقدين إذا قاما بتحديد الثمن بهذه الطريقة، فالغالب- وفقاً لرأي فقهاء الشريعة- أنهما لا يدريان بماذا سيحكم المفوض، ما قد تتحقق بسببه الخصومة.[٢٣٠]

ما سبق أعلاه يشير إلى عدم جواز التعاقد بمحل التزام غير معين وغير معلوم، إضافة الى عدم جواز تمكين أحد طرفي العقد، أو تمكين الغير من تعيين محل الالتزام، وهذا يعني بالضرورة عدم جواز تمكين أحد طرفي التعقد من تعديل محل التزام أي من الطرفين، ما يجعلنا نقضي بعدم صحة هذا الشرط لمخالفته مقتضيات العقد.

والإشكالية التي قد تثور في هذا الجزء، هو الجزاء القانوني المترتب على عدم مراعاة قواعد التعيين تلك، وهنا نجد اختلاف توجهات القضاء الإماراتي، ففي حين اعتبرت محكمة تمييز دبي أن هذا الجزاء يتمثل في بطلان العقد لاختلال ركن من أركانه،[٢٣١] نجد أن محكمة نقض أبو ظبي أجازت للطرف الذي تضرر من عدم التعيين فسخ العقد بإرادته المنفردة،[٢٣٢] وفي كلتا الحالتين

---

٢٢٧. اتحادية عليا، الاحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٤/١/٢١.

٢٢٨. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٩٤.

٢٢٩. نصت هذه المادة على أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن انعقد البيع بالسعر الذي يجرى عليه التعامل بينهما، فإذا لم يكن بينهما تعامل سابق فبالسعر المتداول في السوق، وذلك كله ما لم يتبين من ظروف الحال وجوب اعتماد سعر آخر".

٢٣٠. عدنان سرحان، المرجع السابق، ص ٩٩.

٢٣١. تمييز دبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٣٥ بتاريخ ١٩٩٥/ ٣/١١.

٢٣٢. نقض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٣/١٢/١٢. جاء في هذا القرار ما يلي: لما كان ما أورده المشرع في المادتين ٢٠٣، ٤٩٠ من قانون المعاملات المدنية من قواعد وأحكام بشأن بطلان عقد البيع لعدم تعيين المبيع تعييناً نافياً للجهالة – وما أورده في المواد ١٨٥، ١٨٧، ١٩٠، ١٩٣، ١٩٥ منه – من قواعد وأحكام بشأن إبطال عقد البيع لعيب شاب إرادة المتعاقد من تغرير وغبن فاحش أو غلط في أمر مرغوب في المبيع أو في صفة من صفاته، وما أورده في المواد ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤١، ٥٤٣، ٥٤٤ منه وما أورده كذلك في المادة ١١٠ من قانون المعاملات التجارية – من قواعد وأحكام – إنما هي كلها قواعد وأحكام قانونية مقررة ومكملة لإرادة المتعاقدين ومتعلقة بمصالحهما الخاصة – وليست قواعد وأحكام آمرة متعلقة بالنظام العام-، ولذا يجوز للمتعاقد – الذي شُرع البطلان لمصلحته أو تعلق أمره بالفسخ – أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن هذا البطلان أو ذلك الفسخ، كما يسقط حق المتعاقد في إبطال عقد البيع للغرر والغبن الفاحش – وعلى ما تفيده المادة ١٩٢ من قانون المعاملات المدنية – إذا تصرف في المبيع كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجازة، كما يسقط حق المتعاقد في فسخ عقد البيع للعيب الخفي في المبيع – وعلى ما تفيده المادتان ٢٤١، ٥٤٦ من القانون المذكور – بالرضا بالعيب بعد العلم به أو بالتصرف في المبيع بعد اطلاعه على العيب. وكان استخلاص تنازل المتعاقد صراحة أو ضمناً عن حقه في التمسك ببطلان عقد البيع لعدم تعيين المبيع تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، أو بتنازله عن حقه في التمسك بإبطال ذلك العقد للتغرير والغبن الفاحش أو للغلط في المبيع أو في

ستتمثل النتيجة في إبطال العقد ككل، وبالتالي تخلي المستهلك عمّما سعى إليه بالتعاقد، وهو ما سيجعله يتردد كثيراً قبل مباشرة هذا الحق. هذا على خلاف التوجيه الأوروبي الذي يقضي بإبطال الشرط دون أن يؤثر هذا على وجود العقد.

الخاتمة

أظهرت هذه الدراسة مدى الحاجة إلى تعديل قانون حماية المستهلك الإماراتي، والنص صراحة على حظر استخدام الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، والاستفادة من تجربة المشرع الأوروبي، متمثلة في نصوص التوجيه (١٩٩٣/١٣) إضافة إلى اجتهادات محكمة العدل الأوروبية في هذا المجال، خاصة بعد أن توسعت هذه المحكمة في تفسير نصوص التوجيه بعد العام (٢٠١٠). مازال هذا التنظيم القانوني في دولة الإمارات مقتصراً في جوهرة على القواعد العامة لنظرية العقد التي لا تُسعفنا لبلوغ مستوى الحماية المنشود، حيث إن هذه القواعد اقتصرت في نطاقها على الشروط الجوهرية للعقد ذات العلاقة بمحل التزامات طرفيه، دون أن تعير أي اهتمام للشروط الأخرى الناظمة لالتزامات طرفي العقد. لذا، عادة ما يستغل المهني هذا التنظيم القانوني، ويبالغ في تمثيل مصالحه القانونية على حساب مصالح المستهلك بما يحقق حالة من عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد، إيماناً منه بعدم اهتمام المستهلك بهذه الشروط. في المقابل، اهتم التوجيه الأوروبي بالشروط غير الجوهرية مفترضاً عدم تصور اهتمام المستهلك بمضمون الشروط الجوهرية، إضافة إلى إمكانية توسع الدول الأعضاء في تطبيق أحكام التوجيه ليشمل ضمان توازن العلاقة التعاقدية في كلا النوعين من الشروط. كما أقرت توجهات محكمة العدل الأوروبية اعتبار نصوص التوجيه من النظام العام، وبالتالي تلتزم المحاكم الوطنية بتطبيقها حتى لو لم يطلب طرفا الخصومة هذا. كما أن الحماية الواردة في القانون الإماراتي مقتصرة في مفهومها على عقود البيع، في حين وجدنا كيف توسعت محكمة العدل الأوروبية لتقر هذه الحماية على كافة عقود الاستهلاك، في حال امتهن المهني هذا العمل على سبيل الاحتراف.

علاوة على ذلك، أقر التوجيه الأوروبي مبدأ الشفافية كأحد ضوابط الحماية، وأعفى المستهلك من تنفيذ أي شرط تعاقدي لا يلتزم بهذا المبدأ، وطالب المزود بصياغة شروط العقد بلغة واضحة ومفهومة، تُمكن المستهلك من الوصول إلى جميع شروط العقد والإطلاع عليها، إضافة إلى التزام المهني بواجب النصح والإرشاد بشكل صريح. كما جعل التوجيه من قاعدة تفسير الشرط الغامض في مصلحة المستهلك هي القاعدة الأساسية الناظمة لتفسير أي من عبارات العقد الغامضة.

صفة من صفاته، أو تنازله أو سقوط حقه في فسخ العقد المذكور للعيب الخفي في المبيع...

فيما يتعلق بالقانون الإماراتي، تطرق قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية إلى هذا المبدأ في نصوص متفرقة، اقتصرت في مجملها على بعض البيانات والمعلومات الخاصة بمحل التزام طرفي العقد، دون أن تشمل شروط العقد الناظمة لالتزامات طرفيه، في حين يشير الواقع إلى عدم تصور تعاقد المستهلك دون البحث والتفكير في الشروط الجوهرية، في وقت لن يعير أي اهتمام للشروط غير الجوهرية، بالتالي كانت الأخيرة أولى بالحماية من الأولى.

كما أن القانون اهتم بالبيانات المتعلقة بالسلع، ولم يشر إلى عقود الخدمات بشكل مطلق، ما يجعلنا نقف أمام فراغ تشريعي واضح في هذا التنظيم. كما أن تطبيق قواعد التغرير بالكتمان لن تغنينا عن ضرورة تضمين القانون بالتزام المزود بواجب الإعلام والتبصير، لأنها تتعلق فقط بالشروط الجوهرية، كما أنها تجعل من العقد غير لازم بالنسبة للمستهلك، لذا سيتردد كثيراً قبل ممارسة هذا الحق، خاصة إن كان مهتماً بالحصول على محل العقد.

إضافة لذلك، اعتمد التوجيه مبدأ حسن النية لضمان توازن العلاقة التعاقدية بين طرفيه، معتبراً أي شرط تعاقدي لا يتم التفاوض عليه بين طرفيه باطلاً إن أخل بالتوازن العقدي. ولضمان توحيد العمل بهذا المبدأ، أقر التوجيه قائمة من الشروط الاسترشادية وغير الحصرية، لتساعد المحاكم الوطنية في الاستدلال على وجود هذا التوازن. في المقابل، لم يرد ذكر صريح لهذا المبدأ في قانون حماية المستهلك الإماراتي، كما أن تطبيق القواعد العامة لن تعالج هذا الفراغ التشريعي، لأنها تهتم بتوازن العلاقة التعاقدية فيما يتعلق بشروط العقد الجوهرية فقط، إضافة إلى أنها تتطلب من المستهلك إثبات توافر حالة اختلال التوازن العقدي، وهذا صعب من الناحية العملية. كما أنها لا تتعلق بالنظام العام، بالتالي لن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، كما أن سلطة القاضي تتمثل في تعديل هذا الشرط بما يتناسب وحجم الضرر الذي أصاب المزود، وهنا نجد أنفسنا أمام إشكالية إثبات المستهلك لمقدار هذا الضرر أيضاً، ما يشجع المهني على المغالاة في إدراج هذه الشروط، لأن أسواء تصور لدية سيتمثل في تعديل هذا الشرط بما يناسب مقدار الضرر الذي أصابه إن نجح المستهلك في هذا الإثبات، في حين نجد التوجيه الأوروبي ينص على استبعاد الشرط بشكل كلي وليس تعديله، وبالتالي سيفكر المهني كثيراً قبل إدراج أي من هذه الشروط.

التوصيات

في ضوء ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، عُرضت بإيجاز في خاتمتها، يوصي الباحث بما يلي:

١- تعديل قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (٢٠٠٦/٢٤)، وإدراج باب مستقل فيه ينظم استخدام الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

٢- عدم قصر الحماية على العقود النموذجية، وجعلها لكافة العقود التي يعدها التاجر بشكل منفرد.

٣- شمول الحماية القانونية للشروط الجوهرية والشروط غير الجوهرية التي تحدد حقوق والتزامات أطراف العقد.

٤- شمول الحماية القانونية لكافة عقود الاستهلاك، سواء كانت بيعًا، إيجارًا، تقديم خدمات وغيرها.

٥- اعتبار نصوص الحماية من النظام العام، بالتالي يجب على القاضي الوطني إعمالها من تلقاء نفسه.

٦- النص على أن جزاء بطلان الشرط التعسفي يمتد في أثره ليسري ليس فقط على العلاقة التعاقدية محل البحث، ولكن يشمل حالات استخدام هذا الشرط في أية علاقات تعاقدية أخرى.

٧- النص صراحة على بطلان الشرط التعسفي فقط، وبقاء العقد صحيحاً إن أمكن. كما أن البطلان يجب أن يتقرر في ضوء كافة شروط العقد.

٨- فرض غرامات مالية على التاجر الذي يُدرج شروطاً تعسفية في عقود الاستهلاك.

٩- التزام القاضي الوطني باستبعاد تطبيق الشرط الجزائي إن كان تعسفياً وليس تعديل مقداره.

١٠- النص على بطلان أي شرط تعاقدي لا يراعي شرط الشفافية، سواء تعلق الأمر بلغة صياغة العقد، نفاذ المستهلك إليه، مدى وضوحه، إضافة إلى منح المستهلك الوقت الكافي للاطلاع عليه.

١١- إلزام المهني صراحة بواجب الإعلام والتبصير، والنص على تحمله عبء إثبات أدائه لهذا الالتزام.

١٢- النص على تفسير نصوص العقد الغامضة دائما في مصلحة المستهلك، دون الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين.

١٣- النص على بطلان أي شرط يؤدي إلى نشوء حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد، بما يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية.

١٤- تضمين القانون بقائمة شروط عقدية تعسفية، غير حصرية، واسترشادية للقاضي الوطني.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣، ج ٣.

أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي (دار النهضة العربية: القاهرة ١٩٩٤).

أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ٢٠٠٦.

إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق والقانون (مطبعة دار النشر: وجدة ٢٠٠٠).

إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة (٢٠٠٦) ٣٠/٤ مجلة الحقوق، جامعة الكويت.

أكرم البدو ومحمد صديق، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات (٢٠١١) ١٣/٤٩ مجلة الرافدين.

الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.

أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٧.

أنور طلبه، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥،

أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠.

جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٣.

جميل صبحي مرسوم، تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقه في المغرب ومصر (١٩٨٤) ٢٤/ ١٣٣ مجلة القضاء والقانون.

حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

خالد الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي (٢٠١٢) مجلة الشريعة والقانون ٤٩/٢٦.

رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات المصرية، مصر، ١٩٩٩.

سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، مصر ١٩٩٣.

سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري (٢٠١٦) ٤ مجلة جبل

سميح جاد سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية (٢٠٠١) ٧ المجلة القانونية.

السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، جزء ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨.

السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تطبيقية وتحليلية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأةالمعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.

الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٢، دار الفكر العربي.

عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف: الإسكندرية ٢٠٠٢.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة نشر.

عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.

عدنان سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات)، دراسة مقارنة في القانونين الإماراتي والبحريني (٢٠١٣) ٨ مجلة الفكر الشرطي.

على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرفات القانونية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس،٢٠١٢.

علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، أحكام الالتزام (ط ١ مكتبة الجامعة: عمان ٢٠١١، ص ١٦٠، هامش رقم ٢٠٢.

علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجبل، بيروت، ١٩٩١.

عمرو قريوح، الحماية المدنية لمستهلكي السلع والخدمات، دراسة في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة وجدة ١٩٩٩/٢٠٠٠.

محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقود الإذعان، بحث مقدم لندوة حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣.

محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٦.

محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠١.

محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارن بالفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١.

محمود فياض، حماية المستهلك في عقود الائتمان، دراسة تحليلية لنصوص التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٨/٤٨)، مقبولة للنشر في مجلة الحقوق، جامعة الكويت بتاريخ: ٢٠١٥/٤/٣.

محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد (٢٠١٣) ٥٤/٢٧ مجلة الشريعة والقانون.

مصطفى الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، ط٢ دار البشير، الأردن، ١٩٧٨.

هني عبد اللطيف، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دراسة مقارنة (٢٠٠١٤) ١ مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية.

الوجيز للإمام أبي حامد الغزالي، دار الفكر، ١٩٩٤.

يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة (٢٠١٠) ٤٤ مجلة الشريعة والقانون ٢١٢.

English References

B Dubow, Understanding consumers: the value of stated preferences in antitrust proceedings (2003) 24-3 European Commercial Law Review Journal.

F M Fernandez and A S Graells, Some preliminary views on the revision of the Insurance Block Exemption Regulation (2009) 30-10 European Commercial Law review.

G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience (2004) 15- 5 European Business Law Review 1127.

G Sepe, National Models of European contract Law: A comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93⁄13 (1997) 5- 4 Consumer Law Journal.

H. Beal, B. Fauvarque, J. Rutgers, D. Tallon and S. Vogenaure, Cases, materials and Text on Contract law, 2th hart Publications: UK 2010.

M Schillig, Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms (2008) 33-3 European Law Review Journal.

Mahmoud Fayyad, Misleading Advertising Practices in Consumer Transactions: Can Arab Lawmakers Gain an Advantage from European Insight, (2012) 26 Arab Law Quarterly.

N J James, do not blame me, when declaimers work and when they don't (2001) Law Lecturer, University of Queensland Business School publications.

N Parr, The relevance of consumer brands and advertising in competition inquiries (1993) 14-4 European Commercial law Review.

P Cserne, Policy considerations in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative and economic perspective, paper to be presented at the EALE conference, Copenhagen, 13-15 September 2007.

R Browsword and G Howells, the implementation of the EC Directive on unfair terms in Consumer contracts- some unresolved questions (1995) Journal of Biblical Literature.

T Wilhelmsson, final report from workshop 1. the scope of the Directive: Non negotiated terms in Consumer contracts, Acts of the Brussels conference, 1-3 July 1999, Luxembourg, Office of official publications of the European communities, 2000.

T Wilhelmsson, The implementation of the EC directive on unfair contract terms in

Y Farah, allocation of jurisdiction and the internet in EU law (2008) 33-2 European Law Review Journal.