

الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي
أستاذ مساعد القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة أسيوط

الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

أستاذ مساعد القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة أسيوط

الملخص:

تعتمد مؤسسات التمويل - غالباً - إلى صياغة اتفاق التمويل العقاري الذي يربط بينها وبين المستثمر بطريقة لا تسمح للأخير بإمكانية مناقشة بنوده، الأمر الذي قد تستغله هذه المؤسسات في تضمين هذا الاتفاق من الشروط التعسفية ما يكون في صالحها، وعلى حساب مصلحة المستثمر. وقد استهدف الباحث من خلال هذه الدراسة التعرض لوسائل حماية المستثمر من الشروط التعسفية في مثل هذا الاتفاق، وذلك من خلال اتباع المنهج الوصفي التحليلي، مع عقد مقارنة بين النظام القانوني المصري ونظيره الفرنسي بشأن موضوع الدراسة. وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج أهمها: أن النظام القانوني المصري منح قاضي الموضوع سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إلغائها، وهو ما ينطبق على اتفاق التمويل العقاري، في حين لم يمنح المشرع الفرنسي قاضي الموضوع سوى سلطة إبطال هذه الشروط دون تعديلها، ومع ذلك يتميز التشريع الفرنسي بأنه أعطى قاضي الموضوع سلطة استظهار الشروط التعسفية، والحكم بإبطالها من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى طلب قضائي من أحد الخصوم.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التمويل العقاري - الممول - المستثمر - عقود الإذعان -

عقود الاستهلاك.

Arbitrary Clauses in Mortgage Financing Agreement

Dr. Ayman Mostafa Ahmed El-bakly
Assistant Professor of Civil Law
Faculty of Law- Assiut University

Abstract

Financing institutions- often- intend to formulate a mortgage financing agreement that links them with investor in a way that does not allow investor to be able to discuss its clauses; which these institutions may exploit to include in this agreement some arbitrary clauses that are in their interest, and against interest of investor. Through this study, the researcher has targeted researching the means of protecting investor from arbitrary clauses in such an agreement, through following descriptive analytical method, with a comparison between Egyptian legal system and its French counterpart on subject of this study. The researcher reached a number of results, most important of which are: Egyptian legal system gave judge the power to amend or cancel arbitrary clauses in compliance contracts, which is applied to mortgage financing agreement, whereas French legislator gave judge only the power to nullify these clauses without amending them, nevertheless, French legislation is distinguished by giving judge the power to extract arbitrary clauses, and to judge its nullification, without requiring a judicial request from a litigant.

Key words: Mortgage Financing Agreement- Financer- Investor- Compliance Contracts- Consumption Contracts.

مقدمة

يقول المولى - عز وجل-: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾^(١)، فالبيت من أعظم النعم التي منَّ الله تعالى بها على بني البشر، لا سيما إذا كان واسعاً، فهو ضرب من ضروب السعادة، كما أخبرنا بذلك نبينا الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم. فعن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه- عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أربع من السعادة: المرأة الصالحة، والمسكن الواسع، والجار الصالح، والمزكَّب الهنيء، وأربع من الشقاء: المرأة السوء، والجار السوء، والمركب السوء، والمسكن الضيق"^(٢).

فهذا الحديث الشريف تضمن بعضاً من المعارف والفوائد، كما حث على بعض الأمور التي تجلب السعادة لبني البشر، ومنها المسكن الواسع، فهو أبهج للنفوس وأحب إليها؛ لأن الرحابة بصفة عامة تبعث في النفس راحة، كما أن الدار الواسعة تفي بأغراض أصحابها.

ورغم أن سعادة الإنسان بالمسكن الواسع توصف بأنها دنيوية، ومآلها إلى زوال مهما طاللت حياة الإنسان؛ إلا أن أسباب هذه السعادة ووجودها من أعظم ما يُعين المرء على أمر دينه وآخرته.

ويُعد الحصول على مسكن ملائم واحداً من أهم الحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨م، حيث نصت المادة ٢٥/١ منه على أنه: "لكل شخص الحق في مستوى

(١) سورة النحل، من الآية ٨٠.

(٢) محمد بن حبان بن أحمد بن حبان: صحيح ابن حبان، ج ٩، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ٣٤٠. أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج ٢٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص ٨٧. أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج ٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٩هـ، ص ٣٨٨.

معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية....." (٣).

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (٤)؛ فقد نصت المادة ١/١١ منه على أن: "تُقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كافٍ له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجاتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر".

وطبقاً لهذا النص فإن لكل فرد الحق في مأوى يفي بحاجاته، أي مسكن ملائم له، بوصفه أحد مقومات المستوى المعيشي اللائق، ومظهراً من مظاهر التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية في البلد الذي ينتمي إليه.

ولا يجوز أن يقتصر النظر إلى حق الإنسان في المسكن الملائم على أنه مجرد مأوى فقط، ينتهي دور الدولة بتوفيره، بل يتعين على الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال هذا الحق من كافة زواياه، ومن ذلك التصدي للمخاطر المباشرة التي تهدده،

(٣) يُعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الوثيقة الأولى في تاريخ القانون الدولي المعاصر، التي أشارت إلى الحق في السكن، واعتبرته واحداً من حقوق الإنسان، التي ينبغي على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تستهدفها، وأن تعمل على توطيد احترامها، واتخاذ إجراءات مطردة، قومية وعالمية؛ لضمان الاعتراف بها، ومراعاتها بصورة عالمية فعالة بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الإعلان وما تضمنه من مواد راجع: الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة الآتي:

<http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/>

(٤) يُعد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية معاهدة متعددة الأطراف، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م، وأصبحت سارية المفعول اعتباراً من ٣ يناير ١٩٧٦م، ويتعلق العهد الدولي بإلزام كل الدول الأطراف فيه بالعمل على منح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكافة الأفراد، ومن أبرزها حقوق العمل والصحة والتعليم والمعيشة اللائقة. ولمزيد من التفاصيل حول هذه المعاهدة وما تضمنته من مواد راجع: الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة الآتي:

http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp

ورسم السياسات الكفيلة بتلبية الاحتياجات المتعلقة بالسكن وفق نظرة مستقبلية، فضلاً عن تعميق دور القطاع الخاص في مجال التشييد والبناء، لما له من دور بارز في هذا النشاط، يُكمل ما قد تعجز الدولة عن تحقيقه من توفير مسكن ملائم لكل فرد من أفراد المجتمع، وبخاصة الفئات غير القادرة منه.

وقد قدمت لجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم (٤) إرشادات مفصلة للدول، بشأن التزاماتها باحترام الحق في السكن وحمايته والوفاء به، ومن ذلك أن هذا الحق يتضمن سبع سمات مترابطة وأساسية، من بينها (القدرة على تحمل الكلفة): حيث أشارت اللجنة إلى أن التكاليف المالية الشخصية أو الأسرية المرتبطة بالسكن، ينبغي أن تكون ذات مستوى يكفل عدم تهديد تلبية الاحتياجات الأساسية الأخرى أو الانتقاص منها، كما ينبغي على الدول الأعضاء أن تتخذ خطوات لضمان أن تكون النسبة المئوية للتكاليف المتصلة بالسكن متناسبة- بصورة عامة- مع مستويات الدخل، وأن تقدم هذه الدول إعانات سكن لأولئك الذين لا يستطيعون الحصول على مساكن يمكنهم تحمل كلفتها، فضلاً عن تحديد أشكال ومستويات تمويل الإسكان، التي تعبر بصورة كافية عن الاحتياجات الخاصة بالسكن^(٥).

موضوع البحث وأسباب اختياره:

في سبيل تفعيل ما جاء في وثائق الأمم المتحدة من بنود، بشأن حق كل فرد في مسكن ملائم، والبحث عن السبل الكفيلة بتيسير التمتع بهذا الحق، لجأت دولٌ عدة- ومن بينها مصر وفرنسا- إلى وضع تنظيم قانوني لنشاط التمويل العقاري، يعتمد على قيام إحدى المؤسسات التي تمارس هذا النشاط والتي اصطلح على تسميتها بـ"الممول"،

^(٥) International Human Rights Instruments: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 27 May 2008, p.13, available on the following website:
[http://undocs.org/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](http://undocs.org/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I))

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

بمنح التمويل اللازم للطرف الراغب فيه، والذي يُطلق عليه اصطلاحاً "المستثمر"^(١)؛ بهدف تأمين مسكن ملائم للأخير، ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط، بل يمكن منح هذا التمويل للاستثمار في المجال العقاري عموماً، أيّاً كان الغرض منه أو النشاط الذي سيمارس فيه، أي سواء كان سكنياً أم خدمياً أم تجارياً أم صناعياً. وبالطبع فإن الحصول على هذا التمويل يكون وفق ضوابط معينة، وشروط محددة، يتم صياغتها من خلال اتفاق يربط المستثمر والممول، يُطلق عليه "اتفاق التمويل العقاري".

ولا شك أن مؤسسات التمويل العقاري "الممول" - على هذا النحو - تلعب دوراً مهماً في المجتمع بما تمارسه من نشاط اقتصادي، وذلك من ناحيتين: حيث تيسر لمن يرغب من المستثمرين سبيل الحصول على العقارات الملائمة لهم - وبحسب الغرض المبتغى منها - ومن ناحية أخرى تساهم في دفع عجلة البناء والتشييد، بما ينعكس بالإيجاب على حركة النشاط الاقتصادي للدولة.

غير أن هذه المؤسسات تتمتع بمركز اقتصادي ومعرفي لا يمكن بحال مقارنته بمركز المستثمر، وهو ما يدفعها دائماً إلى صياغة اتفاق التمويل العقاري من خلال نموذج نمطي معد بصورة مسبقة، لا يسمح للمستثمر بإمكانية مناقشة بنود هذا الاتفاق أو التفاوض حولها، الأمر الذي قد تستغله في تضمين هذا الاتفاق من الشروط التعسفية ما يكون في صالحها، وعلى حساب المستثمر.

وأمام هذه الافتراضات؛ فقد كرس أغلب التشريعات الوطنية مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في مثل هذه الاتفاقات، غير أن هذه التشريعات اختلفت فيما بينها بشأن أحكام هذه المواجهة، كما أن منها ما نظم هذه الأحكام في إطار نظرية الإذعان التي تتضمنها القواعد العامة، ومنها ما نظم هذه الأحكام في إطار قوانين حماية المستهلك.

(١) من الجدير بالذكر أن المشرع المصري استعمل اصطلاحاً "الممول" و"المستثمر" للدلالة على طرفي اتفاق التمويل العقاري الأساسيين. راجع: المادة الأولى من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بإصدار قانون التمويل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر في ٢٤ يونيو سنة ٢٠٠١م.

وقد أبدى المشرع الفرنسي اهتماماً بالغاً بتنظيم نشاط التمويل العقاري، فالمتتبع لحركة التشريع الفرنسي يجد أن المشرع أصدر القانون رقم (٧٩-٥٩٦) بشأن إعلام وحماية المقترضين في المجال العقاري^(٧)، والذي تم تعديله عدة مرات كان أبرزها بمقتضى تقنين الاستهلاك رقم (٩٣-٩٤٩)^(٨)، حيث أدرج المشرع بمقتضاه القانون رقم (٧٩-٥٩٦) في تقنين الاستهلاك الفرنسي، ليصبح جزءاً منه، ولم يكتف المشرع بذلك، بل قام حديثاً بإصدار المرسوم رقم (٢٠١٦-٣٥١)^(٩)، والذي أدخل بمقتضاه عدة تعديلات على تقنين الاستهلاك؛ حيث طالت هذه التعديلات المواد الخاصة بالتمويل العقاري المنصوص عليها في هذا التقنين.

كذلك اهتم المشرع المصري بهذا النشاط؛ حيث أصدر القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن التمويل العقاري^(١٠)، والذي نظم من خلاله كافة الجوانب المتعلقة بممارسة هذا النشاط، ومن بينها الأحكام المتعلقة باتفاق التمويل العقاري، وقد تم تعديل هذا القانون بمقتضى القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- الصادر عن رئيس الجمهورية- بتعديل بعض أحكام قانون التمويل العقاري والقانون الصادر به^(١١).

ومن خلال ما تقدم فإنه تُثار التساؤلات الآتية: هل كرسّت التشريعات الوطنية في كل من مصر وفرنسا مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري؟ وإذا

(٧) Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, J.O.R.F., du 14 juillet 1979, p.1836.

(٨) Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, J.O.R.F., n° 0171 du 27 juillet 1993, p.10538.

(٩) Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, J.O.R.F., n° 0073 du 26 mars 2016.

(١٠) القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن التمويل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر في ٢٤ يونيو ٢٠٠١م.

(١١) القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م بشأن تعديل بعض أحكام قانون التمويل العقاري والقانون الصادر به رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر (هـ) في ٢ يوليو سنة ٢٠١٤م.

كانت الإجابة (نعم) فما آليات هذه المواجهة؟ وهل انتق المشرع المصري مع نظيره الفرنسي بشأن أحكام هذه المواجهة؟

هذه الأسئلة المطروحة والإجابة عنها هي ما دفعني إلى اختيار موضوع هذا البحث، وينوه الباحث إلى أن دراسة هذا الموضوع ستقتصر على نشاط التمويل العقاري في مجال شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات، دون غيرها من أنشطة التمويل العقاري الأخرى^(١٢)، وذلك لحسن العرض، وإضفاء العمق اللازم على أجزاء الدراسة.

منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على وصف النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وتحليل هذه النصوص من خلال الاستعانة بأراء الفقه وأحكام القضاء، كما تعتمد هذه الدراسة أيضاً على المنهج المقارن بين النظام القانوني المصري ونظيره الفرنسي؛ للوقوف على أوجه التباين بين هذين النظامين؛ بهدف تغطية الجوانب المتعلقة بموضوع الدراسة بصورة أكثر عمقاً.

خطة البحث:

ينبني على ما تقدم تقسيم هذه الدراسة فصلين، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية اتفاق التمويل العقاري.

الفصل الثاني: مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري.

(١٢) من الجدير بالذكر أن نظام التمويل العقاري يشمل الأنشطة الآتية: أ- تمويل شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات. ب- التأجير التمويلي. ج- تمويل شراء حق الانتفاع بالعقارات. د- تمويل شراء العقارات بنظامي المشاركة والمرابحة. هـ- إعادة التمويل العقاري. راجع: المادة الأولى من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن التمويل العقاري، المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م، بشأن تعديل بعض أحكام قانون التمويل العقاري والقانون الصادر به، سابق الإشارة إليه.

الفصل الأول

ماهية اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

جاء في مقدمة هذه الدراسة، أن المواثيق الدولية أقرت بحق كل شخص في الحصول على مسكن ملائم، بل إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م أعلى من شأن هذا الحق، وجعله في مصاف حقوق الإنسان الأساسية. واستجابة لما جاء بهذه المواثيق الدولية، وبهدف تيسير امتلاك الأشخاص لما يناسبهم من عقارات؛ فقد شرعت دولٌ عدة في سن تشريعات خاصة بالتمويل العقاري؛ لتنظيم النواحي القانونية المتعلقة بهذا المجال، لا سيما ما يتعلق منها بالاتفاق الذي ينظم حقوق والتزامات كل من المستثمر والممول.

ورغم المميزات التي يحققها نظام التمويل العقاري للمستثمر، من خلال منحه التمويل اللازم لتأمين عقار ملائم لسكنه أو لممارسة نشاطه المهني أو الحرفي؛ إلا أن الواقع العملي يشير إلى اعتماد الممولين في تعاقداتهم مع المستثمرين على صيغ العقود النمطية، المعدة- من قبل هؤلاء الممولين- بصورة مسبقة، والتي لا تدع مجالاً أمام المستثمرين للتفاوض حول ما ورد بها من بنود، ومن ثم لا يكون أمام الراغب في التعاقد إلا التسليم بكل ما ورد في هذا الاتفاق من شروط أو رفض التعاقد كلية، وهو ما يدعو إلى التساؤل حول مدى اعتبار اتفاقات التمويل العقاري المبرمة على هذا النحو من عقود الإذعان؟ كذلك فإن الطرف الراغب في الحصول على التمويل- أي المستثمر- غالباً ما تكون إمكاناته الاقتصادية ضعيفة، كما يفتقد الدراية والخبرة بمجال التعاقد، بعكس الحال بالنسبة للممول، الذي يتمتع بملاءة اقتصادية، وبقدر كبير من الدراية والخبرة بمجال التعاقد، الأمر الذي يطرح التساؤل الآتي: هل يُعد اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك؟

الإجابة عن هذه التساؤلات ستوضح من خلال التعرض لمفهوم اتفاق التمويل العقاري، وبيان ما يتمتع به من خصائص، لا سيما من حيث مدى اعتباره من عقود الاستهلاك، ومدى خضوعه لطائفة عقود الإذعان.

وعلى ذلك أقسم هذا الفصل بمبحثين، على النحو الآتي:
المبحث الأول: مفهوم اتفاق التمويل العقاري.
المبحث الثاني: خصائص اتفاق التمويل العقاري.

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

تعد أزمة الإسكان والعقارات في أي دولة من الدول انعكاساً لمشكلات الندرة الاقتصادية، ولمعالجة هذه الأزمة ظهر نظام التمويل العقاري، كوسيلة تسهم في صياغة استراتيجية متكاملة لرصد أسباب هذه الأزمة، ووضع الحلول المناسبة لها، إضافة إلى الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة^(١٣).

ولمّا كانت معاملة التمويل العقاري تقوم على اتفاق، مضمونه قيام الممول بمنح التمويل اللازم للمستثمر؛ بهدف تأمين عقار ملائم لسكنه أو لممارسة نشاطه المهني أو الحرفي؛ فإنه من الأهمية بمكان - وقبل الخوض في تفصيلات هذه الدراسة - أن أتعرض لتعريف هذا الاتفاق، وتحديد أطرافه، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث لمطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف باتفاق التمويل العقاري.

المطلب الثاني: أطراف اتفاق التمويل العقاري.

المطلب الأول

التعريف باتفاق التمويل العقاري

انطلاقاً من مقولة: "الحاجة أم الاختراع"؛ فقد ظهرت فكرة التمويل العقاري بمفهومها الحالي في الولايات المتحدة الأمريكية، وتحديداً سنة ١٩٣٠م، إبان الأزمة المالية

(١٣) صبحي محمود: التمويل العقاري، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ٢٠١٥م، ص ٥.

العالمية، وما نتج عنها من كساد اقتصادي كبير، أثر على قطاع الإسكان^(١٤)، حيث بدت الحاجة إلى إيجاد وسيلة لإنعاش هذا القطاع، فظهر على أثر ذلك نظام التمويل العقاري.

ولمّا كان اتفاق التمويل العقاري هو الوسيلة القانونية لوضع نظام التمويل العقاري موضوع التطبيق؛ لذا يجدر بي أن أتعرض لتعريف هذا الاتفاق في التشريع (أولاً)، ثم لدى فقهاء القانون (ثانياً)، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً- التعريف التشريعي لاتفاق التمويل العقاري:

رغم أن المشرع المصري ضَمَّن قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م كافة الجوانب المتعلقة بهذا النشاط؛ إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً لاتفاق التمويل العقاري، حتى بعد التعديل الذي جرى على هذا القانون بمقتضى القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م.

أما المشرع الفرنسي، فإنه بالرغم من عدم تعرضه لتعريف اتفاق التمويل العقاري بشكل مباشر؛ إلا أنه تعرض لتعريف عملية الائتمان أو عقد الائتمان بصفة عامة، وذلك في المادة (L.311-1) من تقنين الاستهلاك، والتي جاء في الفقرة السادسة منها ما نصه: "عملية أو عقد الائتمان: عقد بمقتضاه يوافق المقرض أو يتعهد بمنح ائتمان للمقترض، يدخل في نطاق تطبيق هذا الباب، في شكل فترة للسداد، لقرض، بما في ذلك السحب على المكشوف أو أي تسهيلات سداد مماثلة، باستثناء العقود المبرمة لغرض توريد أداء مستمر، أو تنفيذ متتابع لخدمات أو سلع من ذات الطبيعة، والتي يدفع المقترض بموجبها التكلفة بالتقسيط على مدار فترة التوريد"^(١٥).

(١٤) أحمد سعيد الشهراني: النظام القانوني لعقد التمويل العقاري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٢م، ص ١٥.

(15) Art. L.311-1: "6° Opération ou contrat de crédit: un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit, relevant du champ d'application du présent titre, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même

ثانياً- التعريف الفقهي لاتفاق التمويل العقاري:

أمام عدم وجود تعريف تشريعي محدد لاتفاق التمويل العقاري، اجتهد فقهاء القانون لإيجاد تعريف لهذا الاتفاق، فذهب رأي منهم إلى تعريفه بأنه: "إطار قانوني عملي وواقعي لعملية إقراض الأموال من أجل تمويل شراء المساكن الخاصة، بضمان تلك العقارات، بما ييسر الإجراءات المتصلة بهذا النشاط، ويقيم ثمة توازن بين كافة الأطراف المشتركة"^(١٦).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر موضوع الاتفاق على شراء العقارات فقط، في حين أن الهدف منه قد يكون بناء عقار أو ترميمه أو تحسينه، وهو ما يستفاد من نص ١/ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن التمويل العقاري- المعدل بمقتضى القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- والذي جاء على النحو الآتي: "تسري أحكام هذا القانون على أنشطة التمويل العقاري وهي:

أ- تمويل شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات لأغراض السكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري".
وتجنباً لما لوحظ من مأخذ على التعريف السابق، ذهب رأي ثانٍ إلى تعريف اتفاق التمويل العقاري بأنه: صيغة عقدية معلومة، تتم بين طرفين، لبناء أو شراء أو صيانة أو تطوير عقار، مقابل دفعات آجلة محددة في مدة معلومة"^(١٧).

nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, modifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, J.O.R.F., n° 0045 du 22 février 2017.

^(١٦) قدري عبد الفتاح الشهاوي: موسوعة التمويل العقاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٢.

^(١٧) فواز بن خلف اللويح المطيري: الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ص ١٨.

ويُحمد لهذا التعريف أنه وضَّح الصور المختلفة التي يمكن أن تكون موضوعاً للتمويل العقاري؛ غير أنه تجاهل تماماً فكرة التمويل، وهي جوهر التزام الممول، الأمر الذي يوحي بأن التعريف ينصرف إلى عقد المقاولة (في أحوال البناء أو الصيانة أو التطوير العقاري) أو ينصرف إلى عقد البيع (كما في حال الشراء)، وليس اتفاق التمويل العقاري.

وفي تعريف ثالث فإن اتفاق التمويل العقاري هو: "العقد الذي يهدف إلى توفير السيولة النقدية؛ لإتمام وإنجاز المعاملة الواردة على العقار (شراء أو بناء أو تحسين عقار)"^(١٨).

ورغم أن هذا التعريف يتميز بأنه وضَّح محل التمويل العقاري، والصور التي يمكن أن تكون موضوعاً لهذا التمويل؛ إلا أنه لم يحدد بشكل واضح أطراف العقد، وبالتالي لم يبين على وجه الدقة التزامات كل طرف.

وأمام المآخذ التي لحقت بالتعريفات السابقة، فإن الباحث يستحسن رأياً في الفقه ذهب إلى تعريف اتفاق التمويل العقاري بأنه: عقد ثلاثي الأطراف، يلتزم الطرف الأول (الممول) بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف الطرف الثاني (المستثمر) مبلغاً من المال، لوفاء بالتزاماته الناشئة عن عملية قانونية تتعلق بعقار، تجاه طرف ثالث (المستفيد)، نظير قيام الطرف الثاني (المستثمر) بكافة الأعمال القانونية اللازمة لضمان حقوق الطرف الأول (الممول)، مع التزامه بسداد مبلغ التمويل للطرف الأول (الممول) بالشروط المتفق عليها^(١٩).

(١٨) حسين محمد جمعة: التقييم العقاري، جمعية الحفاظ على الثروة العقارية، بدون ناشر، ٢٠٠٥م، ص ٥٠.

(١٩) أيمن سعد سليم: مشكلات اتفاق التمويل العقاري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٢٤ وما بعدها. علاء حسن علي: التمويل العقاري وضوابط توظيفه في التعاملات الشرعية، دراسة فقهية، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون - تيارت، الجزائر، ٤٤، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٨.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن اتفاق التمويل العقاري هو عقد، ينشأ بين ثلاثة أطراف، المستثمر والممول والمستفيد، بمقتضاه يحصل المستثمر على ائتمان من الممول لصالح المستفيد، ومن ثم فلا يمنح هذا الاتفاق للمستثمر دعماً مالياً مباشراً (كالقرض مثلاً)، وإنما ينشئ التزاماً على عاتق الممول بدفع مبلغ مالي إلى المستفيد، حال قيامه بتنفيذ معاملة قانونية تتعلق بعقار لصالح المستثمر، ونظير ذلك يلتزم الأخير بتقديم ما يطلبه الممول من ضمانات^(٢٠)، إضافة إلى سداد مبلغ التمويل بالشروط المتفق عليها.

(٢٠) تتعدد أشكال الضمان اللازم لإبرام اتفاق التمويل العقاري في مصر، فقد يتم هذا التمويل بضمان حق امتياز على العقار أو رهنه رهناً رسمياً، كما يجوز في بعض الحالات أن يقبل الممول رهن أصول عقارية مملوكة للمستثمر أو لغيره أو كفالة شخصية من غير المستثمر أو أوراقاً مالية مقيدة بالبورصة أو قبول المستثمر خصم قيمة أقساط التمويل من راتبه أو دخله، كما يجوز للممول قبول ما يراه مناسباً من الضمانات الأخرى، وفقاً لم يتم الاتفاق عليه في العقد، مع مراعاة الضوابط التي تضعها الهيئة العامة للرقابة المالية في شأن هذه الضمانات.

راجع: المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م، الجريدة الرسمية، العدد ١٣ مكرر (ب) في أول أبريل سنة ٢٠١٥م.

ومن الجدير بالذكر أن أشكال الضمان اللازم لإبرام اتفاق التمويل العقاري في فرنسا لا تختلف كثيراً عن الوضع في مصر؛ فقد تتمثل في ضمان بنكي أو ترتيب حق امتياز على العقار لصالح الممول، أو رهن العقار محل التمويل رهناً رسمياً، أو أن يبرم المستثمر عقد تأمين على مبلغ التمويل. ولمزيد من التفاصيل انظر الموقع الرسمي للخدمات العامة في فرنسا:

<https://www.service-public.fr>

المطلب الثاني أطراف اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

يستفاد من نص المادة السادسة من قانون التمويل العقاري المصري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، أن اتفاق التمويل العقاري ثلاثي الأطراف^(٢١)؛ حيث ينشأ بين المستثمر والممول، فهما طرفاه الأصليان، ويدخل المستفيد من هذا الاتفاق كطرف ثالث فيه. أما في فرنسا، فالأصل أن اتفاق التمويل العقاري ينشأ بين طرفين اثنين هما: المستثمر والممول؛ غير أن بعض النصوص القانونية والاجتهادات القضائية الفرنسية قد تجعل من أحد الأشخاص طرفاً في هذا الاتفاق، منذ إبرامه أو أثناء تنفيذه. وللحديث عن أطراف اتفاق التمويل العقاري أقسم هذا المطلب ثلاثة فروع، على النحو الآتي:

- (٢١) تنص المادة السادسة من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م - المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م - على أنه: "يكون التمويل العقاري بموجب اتفاق بين أطراف التمويل وفقاً للنماذج المعتمدة من الهيئة، ويتضمن هذا الاتفاق على الأخص ما يأتي:
- أ - بيان العقار وثمنه.
 - ب- مقدار المبلغ المعجل الذي يتم سداه من ثمن العقار .
 - ج- عدد وقيمة أقساط باقي الثمن وشروط الوفاء بها على أن تكون محددة أو قابلة للتحديد سلفاً باستخدام معادلة ثابتة مربوطة بأحد المؤشرات الرسمية التي تحددها الهيئة لحساب التغيير في تكلفة التمويل زيادة أو نقصاً وذلك لحين استيفائها بالكامل.
 - د- قبول البائع حوالة حقوقه في أقساط الثمن والضمانات المرتبطة بها الى الممول بالشروط التي يتفقان عليها.
 - هـ- التزام المستثمر بقيد حق امتياز الثمن المحالة أقساطه إلى الممول وذلك ضماناً للوفاء بها.
- و - التزام أطراف الاتفاق بإثبات تاريخ اتفاق التمويل، وتوثيق اتفاق التمويل بالشهر العقاري بالشكل الرسمي العام أو التصديق عليه بحسب الأحوال، ووضع الصيغة التنفيذية عليه، وتعفى جميع الإجراءات الواردة في هذه الفقرة من كافة الرسوم والضرائب والمصروفات.
- وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والبيانات الأخرى الواجب تضمينها في اتفاقات التمويل العقاري المنصوص عليها في هذا القانون طبقاً لطبيعة كل اتفاق".

الفرع الأول: المستثمر.

الفرع الثاني: الممول.

الفرع الثالث: المستفيد.

الفرع الأول

المستثمر

عرّف المشرع المصري اصطلاحاً (المستثمر) في المادة الثانية من مواد إصدار قانون التمويل العقاري بأنه: "المشتري أو من حصل على التمويل في غير حالة الشراء"^(٢٢).

وعلى ذلك، فالمستثمر هو الشخص الذي يحصل على التمويل بهدف إنجاز معاملة تتعلق بعقار، والتي قد تتمثل في شرائه أو بنائه أو ترميمه أو تحسينه، وسواء تعلق التمويل بعقار مخصص لأغراض السكن أو كان من الوحدات الإدارية أو المنشآت الخدمية أو مباني المحال المخصصة للنشاط التجاري^(٢٣).

والأصل أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً، وفي هذه الحالة فرق المشرع المصري بين الأشخاص طالبي التمويل بحسب قدراتهم المالية، وذلك على النحو الآتي:

أ- الأشخاص الطبيعيون من غير ذوي الدخل المنخفضة:

يجوز لراغبي التمويل العقاري من هذه الفئة التوجه إلى أي جهة من الجهات المرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقاري، وتقديم طلب للحصول على التمويل اللازم لشراء عقار أو بنائه أو ترميمه أو تحسينه، وعرض ما لديه من ضمانات، بعدها تتولى

(٢٢) جدير بالذكر أن هذا التعريف أُدرج في المادة الثانية من مواد إصدار قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، وذلك بمقتضى المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م بتعديل بعض أحكام قانون التمويل العقاري والقانون الصادر به، سابق الإشارة إليه.

(٢٣) يستفاد ذلك من نص المادة الأولى من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م- المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- والذي جاء على النحو الآتي: "تسري أحكام هذا القانون على أنشطة التمويل العقاري وهي: أ- تمويل شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات لأغراض السكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري".

جهة التمويل دراسة هذا الطلب في ضوء بعض الاعتبارات، كسمعة مقدم الطلب، ومركزه المالي الحالي والمستقبلي، ثم تتخذ قرارها إما برفض الطلب أو الموافقة عليه، فإذا جاء قرارها بالموافقة تعين عليها الالتزام بالآتي^(٢٤):

١- ألا يجاوز مبلغ التمويل الممنوح للمستثمر ٩٠% من قيمة العقار، حال كون اتفاق التمويل لغرض سكني، فإذا كان اتفاق التمويل لغرض غير سكني يجب ألا يجاوز مبلغ التمويل ٨٠% من قيمة العقار، وفي الحالتين يتم تقدير قيمة العقار من قبل أحد خبراء التقييم العقاري.

٢- ألا يزيد مبلغ القسط الذي يتعين على المستثمر أدائه للممول عن ٤٠% من مجموع دخله.

ب- الأشخاص الطبيعيون ذوو الدخل المنخفضة^(٢٥):

دعماً لأنشطة التمويل العقاري، ورعاية للأشخاص ذوي الدخل المنخفضة، فقد أقرد المشرع المصري أحكاماً خاصة بالتمويل العقاري لهذه الفئة من أفراد المجتمع، راعى فيها البعد الاجتماعي والإنساني لهؤلاء الأفراد؛ بالنظر إلى ضعف مواردهم المالية، لذا أصدر القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٨م بشأن الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري، والذي أنشأ بمقتضاه "صندوق الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري".

^(٢٤) راجع: الشروط الأساسية للتمويل العقاري، البند سابقاً- ضوابط منح التمويل، نموذج(ت/ع/٨) الصادر بقرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ١٠٧٦ بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠١٥م، متاح على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية الآتي:

<http://www.fra.gov.eg/content/doc/8-pdf.pdf>

^(٢٥) حدد المشرع المصري أفراد هذه الفئة بأنهم كل مستثمر تتوافر فيه المعايير الآتية: (أ) ألا يكون مالكاً لوحد سكنية هو أو زوجته أو أولاده القصر. (ب) ألا يكون قد سبق له أو لزوجته الاستفادة بدعم صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقاري أو إحدى الجهات العامة التي تقدم دعماً للحصول على وحدة سكنية. (ج) ألا يتجاوز دخله السنوي هو وأسرته الحد الذي يصدر به قرار من مجلس إدارة صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقاري مراعيًا التغيرات في أسعار الوحدات ومستويات الدخل ومعدلات التضخم. راجع: المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ٢٠١٥م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد ٨ مكرر(د) في ٢٣ فبراير سنة ٢٠١٥م.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

ويرمي هذا الصندوق إلى تحقيق جملة من الأهداف^(٢٦) من بينها: دعم نشاط التمويل العقاري لذوي الدخل المنخفضة بكل الوسائل، بما في ذلك تحمل الصندوق لجانب من قيمة قسط التمويل العقاري، على نحو يكفل النزول بعبء هذا التمويل إلى الحدود التي تناسب دخولهم، وعلى ألا يجاوز القسط الحد الأقصى الذي يحدده مجلس إدارة الصندوق.

كذلك أناط المشرع المصري بالهيئة العامة للرقابة المالية ومجلس إدارة صندوق الإسكان الاجتماعي- بالاتفاق فيما بينهما- إقرار الآلية المناسبة لضمان مخاطر عدم السداد للمتعاملين بقانون التمويل العقاري.

أيضاً- وفي إطار رعاية هذه الفئة من أفراد المجتمع- فإن الشروط الأساسية للتمويل العقاري، والتي تشمل ضوابط منح هذا التمويل، أوجب ألا يتعدى القسط الشهري الذي سيلتزم المستثمر- من ذوي الدخل المنخفضة- بسداده للممول ما نسبته ٣٥% من دخله الشهري^(٢٧).

وإذا كان ما سبق هو الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه الآن هو: هل يمكن للأشخاص الاعتبارية في مصر الحصول على تمويل عقاري؟

بالرجوع إلى قانون التمويل العقاري المصري لسنة ٢٠٠١م، نجد أن المادة الأولى منه جاء فيها أنه: "تسري أحكام هذا القانون على أنشطة التمويل العقاري وهي: أ- تمويل شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات لأغراض السكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري"^(٢٨).

^(٢٦) راجع: المادة التاسعة من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٨م بشأن الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرر (أ) في ١١ يونيو سنة ٢٠١٨م.

^(٢٧) راجع: الشروط الأساسية للتمويل العقاري، نموذج (ت/ع/٨) الصادر بقرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ١٠٧٦ بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠١٥م، متاح على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية الآتي: <http://www.fra.gov.eg/content/doc/8-pdf.pdf>

^(٢٨) من الجدير بالذكر أن استفادة الشخص الاعتباري العام من قانون التمويل العقاري لن يترتب عليها مطالبته بتقديم تأمين عيني، باعتباره أحد الوحدات الإدارية في الدولة، والأخيرة بطبيعتها موسرة، كما أن

ويتضح من خلال هذا النص أن أنشطة التمويل العقاري لا تقتصر فقط على أغراض السكن، وإنما تشمل - أيضاً - أغراض الاستعمال الإداري أو الخدمي أو التجاري، وهو ما يعني إمكان حصول الأشخاص الاعتبارية - سواء العامة أو الخاصة - في مصر على تمويل عقاري.

أما في فرنسا؛ فقد حدد المشرع أنشطة التمويل العقاري في المادة (L.313-1) من تقنين الاستهلاك؛ حيث تشمل تمويل شراء العقارات المخصصة للاستعمال السكني أو المهني والسكني معاً، كما تشمل أيضاً تمويل بناء هذه العقارات أو ترميمها أو تحسينها أو صيانتها، وكذلك شراء الأراضي المعدة لتشييد مثل هذه المباني^(٢٩). وقد أطلق المشرع على المستثمر اصطلاح "المقترض" أو "المستهلك"، وعرفه في تقنين الاستهلاك - في إطار عمليات الائتمان بصفة عامة - بأنه: "كل شخص طبيعي يكون مرتبطاً مع مقرض، أو وسيط ائتماني، في إطار معاملة ائتمانية تمت أو اعتزم

أملاكها تُعتبر أموالاً عامة، ومن ثم لا يجوز رهنها أو تقرير حق امتياز عليها. ولمزيد من التفاصيل انظر: ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري، دراسة أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٧٢ وما بعدها.

Art. L.313-1: "Les dispositions du présent chapitre s'appliquent: 1° Aux contrats de crédit, définis au 6° de l'article L. 311-1, destinés à financer les opérations suivantes:

a) Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation:

-leur acquisition en propriété ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis;

-leur acquisition en jouissance ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis;

-les dépenses relatives à leur construction;

b) L'achat de terrains destinés à la construction des immeubles mentionnés au a ci-dessus".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

إتمامها لغرض أجنبي عن نشاطه التجاري أو المهني^(٣٠). ورغم أن المشرع الفرنسي قصر تعريف المقترض أو المستهلك على الأشخاص الطبيعية فقط؛ إلا أنه يجوز للأشخاص الاعتبارية الحصول على تمويل عقاري، وإن كان المشرع قد فرق- في هذه الحالة- بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة؛ حيث إن قواعد الحماية الواردة في تقنين الاستهلاك بشأن التمويل العقاري لن تطبق على الأشخاص الاعتبارية العامة^(٣١)، في حين يمكن للأشخاص الاعتبارية الخاصة الاستفادة من هذه القواعد^(٣٢).

الفرع الثاني

الممول

في مصر، لم يتعرض المشرع لتعريف الممول في قانون التمويل العقاري لسنة ٢٠٠١م، ومن ثم عرّفه الفقه بأنه: كل من يزاول نشاط التمويل العقاري، من خلال منح ائتمان للراغب في الاستفادة من هذا النظام(المستثمر)، نظير تقديمه لضمان، غالباً ما

(30) Art. L.311-1:"2° Emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

(31) Art. L.313-2,"Sont exclus du champ d'application du présent chapitre: 1° Les prêts consentis à des personnes morales de droit public".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

(32) Art. L.313-1,"Les dispositions du présent chapitre s'appliquent:

3° Aux contrats de crédit mentionnés au 1°, qui sont souscrits par les personnes morales de droit privé, lorsque le crédit accordé n'est pas destiné à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

يكون تأميناً عينياً، مع التزامه بسداد مبلغ التمويل، وما يلحقه من فوائد ومصروفات على هيئة أقساط دورية^(٣٣).

وعلى ذلك، فالممول هنا هو الجهة المرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقاري، وطبقاً لقانون التمويل العقاري المصري فإن مزاولة هذا النشاط تقتصر على الأشخاص الاعتبارية فقط دون الطبيعية، وهو ما يستفاد من المادة الثالثة من هذا القانون، والتي نصت على أن: "تكون للجهات التالية دون غيرها مزاولة نشاط التمويل العقاري المنصوص عليه في هذا القانون، بشرط قيدها في سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض:

- ١- الأشخاص الاعتبارية العامة التي يدخل نشاط التمويل العقاري ضمن أغراضها.
 - ٢- شركات التمويل العقاري المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون.
- ويجوز للبنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري بعد موافقته ووفقاً للقواعد التي يقرها أن تزاول نشاط التمويل العقاري دون قيدها لدى الجهة الإدارية...".
- كذلك سمح المشرع المصري بمزاولة نشاط التمويل العقاري لصندوق يسمى "صندوق الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري"^(٣٤)، وإن كان هذا النشاط مقصوراً على

(٣٣) ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣٤) أنشئ هذا الصندوق بمقتضى المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٨م، بشأن إصدار قانون الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري، سابق الإشارة إليه.

ومن الجدير بالذكر أن المادة ٣٥ من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م- المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- كانت تنص على أنه: "يُنشأ صندوق لضمان ودعم نشاط التمويل العقاري، وتكون له الشخصية الاعتبارية العامة، ويتبع الوزير المختص.

ويختص الصندوق بدعم نشاط التمويل العقاري في مجال بيع المساكن أو الانتفاع بها أو إيجارها إيجاراً ينتهي بالتملك، كما يجوز له دعم إيجار المساكن، وذلك كله لذوي الدخل المنخفضة، بكافة الوسائل بما في ذلك تحمل الصندوق لجانب من قيمة القسط في حالتي بيع المساكن أو إيجارها بالإيجار الذي ينتهي بتملكها، على نحو يكفل النزول بعقب التمويل إلى الحدود التي تناسب دخولهم، وعلى ألا يجاوز القسط الحد الأقصى الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة...."، غير أن هذه المادة أُلغيت بمقتضى نص المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٨م، بشأن إصدار قانون الإسكان الاجتماعي ودعم

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

تمويل وإدارة وإنشاء وبيع وإيجار الوحدات السكنية لبرنامج الإسكان الاجتماعي، والخدمات والأنشطة التجارية والمهنية اللازمة لهذه الوحدات^(٣٥).

أما في فرنسا؛ فقد استعمل المشرع اصطلاح "المقرض" بدلاً من الممول، وقد عرّفه في تقنين الاستهلاك- في الباب المتعلق بعمليات الائتمان بصفة عامة- بأنه: "كل شخص يوافق أو يتعهد بمنح ائتمان مما هو مذكور في هذا الباب في إطار ممارسة أنشطته التجارية أو المهنية"^(٣٦).

ويلاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع الفرنسي استعمل في تعريف المقرض عبارة "كل شخص"، ومن ثم فإن المقرض طبقاً للنظام القانوني الفرنسي يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، ويشترط لكي يخضع المقرض للنصوص المتعلقة بالتمويل العقاري الواردة في تقنين الاستهلاك أن تكون ممارسته لهذا النشاط على سبيل الاحتراف أو الاعتياد.

وما من شك في أن شرط الاحتراف أو الاعتياد متوافر بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاط التمويل العقاري، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعية فإنه

التمويل العقاري، ليحل صندوق الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري بدلاً من صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقاري، وذلك تطبيقاً لنص المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون.

^(٣٥) من الجدير بالذكر أن نشاط تمويل وإدارة وإنشاء وبيع وإيجار الوحدات السكنية لبرنامج الإسكان الاجتماعي هو أحد الأهداف التي أنشئ من أجلها هذا الصندوق، كما يهدف أيضاً إلى توفير قطع أراضي معدة للبناء، ووحدات سكنية لمتوسطي الدخل، إضافة إلى دعم نشاط التمويل العقاري لذوي الدخل المنخفضة، وضمان مخاطر عدم السداد للمتعاملين بقانون التمويل العقاري من خلال الآلية التي يتم إقرارها بالاتفاق بين الهيئة العامة للرقابة المالية ومجلس إدارة الصندوق. راجع: المادة التاسعة من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٨م، بشأن إصدار قانون الإسكان الاجتماعي ودعم التمويل العقاري، سابق الإشارة إليه.

Art. L.311-1:"Pour l'application des dispositions du présent titre, sont considérés comme:

1° Prêteur: toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné au présent titre dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

يصعب وضع تعريف محدد لشرط الاعتياد بالنسبة لهم بالنظر لخصوصية كل حالة من حالات التمويل، كما أن وضع تعريف محدد للاعتياد من شأنه أن يمنع بعض الأشخاص من ممارسة نشاط التمويل مستقبلاً، لذا فالراجح هو أن يُترك لقاضي الموضوع عند النزاع سلطة تقدير مدى توافر شرط الاعتياد من عدمه^(٣٧).

كذلك بالرجوع إلى القانون النقدي والمالي الفرنسي، نجد أن مزاوله الأشخاص الاعتبارية لنشاط التمويل العقاري تقتصر فقط على تلك التي تمتن أنشطة العمليات المصرفية على سبيل الاعتياد^(٣٨)، والتي تشمل تلقي أموال قابلة للسداد من الجمهور، والقيام بعمليات الائتمان، وتقديم خدمات الدفع المصرفي^(٣٩)، وجميعها معاملات لا يمكن ممارستها دون الحصول على موافقة مسبقة من السلطات المختصة، وتتمثل هذه الجهات في المؤسسات المرخصة بصفتها بنك، والمصارف التبادلية أو التعاونية، وصناديق الائتمان البلدية، والشركات المالية، والمؤسسات المالية المتخصصة^(٤٠).

الفرع الثالث

المستفيد

نص المشرع المصري في المادة السادسة من قانون التمويل العقاري على أن: "يكون التمويل العقاري بموجب اتفاق بين أطراف التمويل وفقاً للنماذج المعتمدة من الهيئة، ويتضمن هذا الاتفاق على الأخص ما يأتي:

^(٣٧) أيمن سعد سليم: مشكلات اتفاق التمويل العقاري، المرجع السابق، ص ٣١.

^(٣٨) Art. L.511-1: "Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L.311-1".

Code monétaire et financier, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

^(٣٩) Art. L.311-1: "Les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement".

Code monétaire et financier, précité.

^(٤٠) Art. L.511-9: "Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, de caisse de crédit municipal, de société financière ou d'institution financière spécialisée".

Code monétaire et financier, précité.

- أ- بيان العقار وثمانه.
- ب- مقدار المبلغ المعجل الذي يتم سداه من ثمن العقار.
- ج- عدد وقيمة أقساط باقي الثمن، وشروط الوفاء بها، على أن تكون محددة أو قابلة للتحديد سلفاً باستخدام معادلة ثابتة مربوطة بأحد المؤشرات الرسمية التي تحددها الهيئة لحساب التغيير في تكلفة التمويل زيادة أو نقصاً، وذلك لحين استيفائها بالكامل.
- د- قبول البائع حوالة حقوقه في أقساط الثمن والضمانات المرتبطة بها إلى الممول، بالشروط التي يتفقان عليها^(٤١).
- وطبقاً لهذا النص؛ فقد أدخل المشرع المصري في اتفاق التمويل العقاري طرفاً ثالثاً، هو البائع الذي يتلقى منه المشتري (المستثمر) العقار المبرم بشأنه هذا الاتفاق، وقد أطلق بعض الفقهاء على بائع العقار هنا اصطلاح (المستفيد)^(٤٢)، على اعتبار أنه الطرف الذي يستفيد من مبلغ التمويل المتفق عليه بين (الممول) ومشتري العقار (المستثمر).
- ويكون تدخل هذا البائع (المستفيد) في اتفاق التمويل العقاري من خلال قبوله حوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى (الممول)، وكذلك الضمانات المرتبطة بها، وذلك بالشروط التي يتم الاتفاق عليها، وهو ما يعني أن (الممول) يفي للبائع (المستفيد) بثمن العقار، ويحل محله في الأقساط التي يلتزم بها المشتري (المستثمر)، وفي الضمانات المرتبطة بها.

(٤١) أدرج هذا النص في قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م بمقتضى التعديل الوارد في القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م.

(٤٢) هشام محمد القاضي: التمويل العقاري، دراسة فقهية قانونية اقتصادية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ٥٩. حنان موشارة: الضمانات العينية للممول في اتفاق التمويل العقاري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٧٤، ٢٠١١م، ص ٣٤١.

كذلك الأمر إذا كان التمويل لغرض غير شراء العقار، كما لو كان المستثمر يريد البناء على أرض يملكها، أو يرغب في ترميم أو تحسين عقار مملوك له، فإن اتفاق التمويل العقاري المبرم بينه وبين الممول يجب أن يُمثّل فيه الطرف الثالث (المستفيد)، الذي يكون له شأن في هذا الاتفاق، كالمقاول الذي يتولى أعمال البناء أو الترميم أو التحسين بحسب الأحوال، وهو ما يستفاد من عبارة: "يكون التمويل العقاري بموجب اتفاق بين أطراف التمويل"^(٤٣)، الواردة في صدر المادة السادسة من قانون التمويل العقاري سألقة الذكر.

أما في فرنسا؛ فلم يشترط المشرع أن يكون اتفاق التمويل العقاري ثلاثي الأطراف، ومن ثم فهو يتم بين طرفيه الأصليين المستثمر والممول، وهو ما أكدته نص المادة (L.311-1) من تقنين الاستهلاك، والتي عرفت اتفاق الائتمان بصفة عامة بأنه: "عقد بمقتضاه يوافق المقرض أو يتعهد بمنح ائتمان للمقترض، يدخل في نطاق تطبيق هذا الباب، في شكل فترة للسداد، لقرض، بما في ذلك السحب على المكشوف أو أي تسهيلات سداد مماثلة، باستثناء العقود المبرمة لغرض توريد أداء مستمر، أو تنفيذ متتابع لخدمات أو سلع من ذات الطبيعة، والتي يدفع المقترض بموجبها التكلفة بالتقسيط على مدار فترة التوريد"^(٤٤).

^(٤٣) من الجدير بالذكر أن المادة السادسة من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م كانت قبل تعديلها أوضح في الدلالة على ضرورة أن يتضمن اتفاق التمويل العقاري الطرف الثالث الذي يكون له شأن في هذا الاتفاق، متى كان التمويل لغرض غير شراء العقار؛ حيث كانت هذه المادة تنص في عجزها على أنه: "إذا كان التمويل لغرض الاستثمار في بناء عقار على أرض يملكها المستثمر أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه أو غير ذلك من المجالات، تعين أن يكون التمويل بموجب اتفاق بينه وبين الممول وبين أي طرف آخر يكون له شأن في الاتفاق".

(44) Art. L.311-1: "6° Opération ou contrat de crédit, un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit, relevant du champ d'application du présent titre, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture".

وعلى ذلك، فالأصل في فرنسا أن اتفاق التمويل العقاري يُبرم بين المستثمر والممول، فلا يُشترط أن يكون المستفيد ممثلاً فيه؛ غير أن بعض النصوص القانونية جعلت من أحد الأشخاص طرفاً ثالثاً مستفيداً في هذا الاتفاق، ومن ذلك ما جاء في نص المادة (L.313-44) من تقنين الاستهلاك من أنه إذا تضمن اتفاق التمويل العقاري النص على أن مبلغ الائتمان يهدف إلى تمويل أعمال البناء أو التحسين في عقار ما من خلال مقاول معين، وأن الممول يلتزم بسداد مستحقات المقاول وفقاً لما تم إنجازه من عمل، أو أنه يلتزم بوضع مبلغ التمويل في حساب يُخصص للإنفاق على هذه الأعمال، فإنه تنشأ لهذا المقاول حقوق والتزامات من هذا الاتفاق، وأن أي نزاع ينشأ بين الأطراف أو إذا وقع حادث يعوق التنفيذ، فإن للمحكمة أن تقرر وقف تنفيذ اتفاق التمويل العقاري حتى يتم حسم النزاع^(٤٥).

كذلك فإن بعض أحكام القضاء جعلت من أحد الأشخاص طرفاً ثالثاً مستفيداً في اتفاق التمويل العقاري^(٤٦)، ومن ذلك أن يتضمن الاتفاق ما يفيد تخصيص مبلغ التمويل لسداد مستحقات المقاول الذي يتولى تنفيذ الأعمال المتفق عليها، وفقاً لجدول زمني، وأن تباشر المؤسسة المالية رقابتها للتأكد من ذلك، فتصبح المؤسسة - في هذه الحالة - مسؤولة عن سداد مستحقات المقاول، كما يمكن أن تتعدّد مسؤوليتها المدنية في مواجهة

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

(⁴⁵) Art. L.313-44: "Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprise, le tribunal peut, en cas de contestation ou d'accidents affectant l'exécution des contrats et jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de prêt sans préjudice du droit éventuel du prêteur à l'indemnisation. Ces dispositions ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par l'une des parties".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

(⁴⁶) راجع هذه الأحكام لدى: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

المستثمر متى أخلت بالتزامها بالرقابة، وهو ما يتحقق حال قيامها بسداد مبلغ التمويل للمقاول دون التأكد من أن الأخير قد أنجز الأعمال المتفق عليها^(٤٧).

المبحث الثاني

خصائص اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

لمّا كان مفهوم اتفاق التمويل العقاري ينصرف إلى التزام الممول بأن يضع تحت تصرف المستثمر مبلغ التمويل اللازم لإنجاز معاملة تتعلق بعقار، مع التزام المستثمر بدفع مبلغ التمويل وفوائده في صورة أقساط، فإن هذا الاتفاق - ولا شك - له من الخصائص ما يميزه عن غيره من العقود أو التصرفات القانونية الأخرى. غير أن الظروف التي يُبرم في ظلها اتفاق التمويل العقاري تدعونا إلى التركيز على دراسة بعض خصائص هذا الاتفاق دون غيرها^(٤٨)، فالمستثمر غالباً ما يجد نفسه في

(⁴⁷) Cass. com., 18 mai 1993, N° de pourvoi: 91-16700, Bull. 1993, IV, N° 190, p.135.

(^{٤٨}) يتمتع اتفاق التمويل العقاري ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود أو التصرفات القانونية الأخرى، ومن أهم هذه الخصائص أن هذا الاتفاق يُعد من عقود الائتمان، ذلك أن مضمون هذا الاتفاق هو منح المستثمر الائتمان المتفق عليه مع الممول، وهذا الائتمان ما هو إلا أداء نقدي في صورة مبلغ من المال، موجه لغرض معين، قد يكون شراء عقار أو بنائه أو ترميمه أو تحسينه، وبالطبع فإن هذا الائتمان لا يُمنح إلى المستثمر إلا بعد أن يقدم الأخير الضمانات الكافية للوفاء بمبلغ التمويل، ومن ثم فإن هذا الاتفاق يُلقي على أطرافه بعض الالتزامات التي تؤكد هذا الطابع الائتماني له. كذلك يتميز اتفاق التمويل العقاري بأنه من عقود التنفيذ المتتابع، ذلك أن الزمن وإن كان ليس عنصراً جوهرياً من عناصر هذا الاتفاق، وأنه لا أثر له في تحديد التزامات أطرافه؛ إلا أنه لا يمكن إهماله بالكلية، فما زال له دور في تحديد مقدار الأقساط التي يلتزم بها المستثمر، فكلما زادت المدة التي يتعين على المستثمر أداء جميع الأقساط خلالها كلما قل مقدار القسط، والعكس، أما بالنسبة للفوائد فكلما زادت هذه المدة زادت قيمة الفوائد، والعكس، وهو ما يعني إدراج هذا الاتفاق ضمن طائفة العقود ذات التنفيذ المتتابع، الأمر الذي يترتب عليه نتيجة مهمة؛ وهي أن لكل قسط من هذه الأقساط تكون له ذاتيته؛

علاقة عقدية غير متوازنة، نظراً للتفاوت الكبير بين مركزه القانوني والمركز القانوني للممول، الذي يحوز من القدرات الاقتصادية والدراية والخبرة بمجال التعاقد ما لا يتوافر لدى المستثمر، وهو ما يثير البحث عن مدى خضوع هذا الاتفاق لطائفة عقود الاستهلاك.

كذلك فإن صيغة الاتفاق النمطية المعدة بصورة مسبقة من قبل الممول، والتي لا تدع مجالاً أمام المستثمر للتفاوض حول ما ورد بها من بنود، تثير البحث حول مدى توافر صفة الإذعان في هذا الاتفاق.

وعلى ذلك، سوف تقتصر دراسة خصائص اتفاق التمويل العقاري على البحث في مدى خضوعه لطائفة عقود الاستهلاك، ومدى توافر صفة الإذعان في هذا الاتفاق من عدمه، وهو ما يقتضي تقسيم هذا المبحث مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: مدى اعتبار اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك.

المطلب الثاني: مدى اعتبار اتفاق التمويل العقاري من عقود الإذعان.

المطلب الأول

مدى اعتبار اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك

تمهيد وتقسيم:

كان للتطور الصناعي والاقتصادي الذي عرفته المجتمعات الغربية مع بدايات القرن العشرين أثره في ظهور بعض المصطلحات الجديدة، التي لم يكن لها من قبل سميّاً، ومن هذه المصطلحات: "المستهلك" و"عقود الاستهلاك".

حيث يكون لكل قسط موعد محدد للوفاء به، كما يخضع لمدة تقادم مستقلة عن مدد الأقساط الأخرى، و متميزة أيضاً عن مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن اتفاق التمويل العقاري ذاته. ولمزيد من التفاصيل حول خصائص اتفاق التمويل العقاري انظر: عرار الياقوت، التمويل العقاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩م، ص ١٧ وما بعدها. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و أسامة شهاب حمد الجعفري: المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، السنة السابعة، ع ٣، ٢٠١٥م، ص ١٨٧ وما بعدها.

وفي الخمسينيات من القرن الماضي بدت الحاجة إلى إيجاد إطار تشريعي لتنظيم العقود التي تُبرم بين المهنيين والمستهلكين، والتي اصطلح على تسميتها بعقود الاستهلاك؛ بهدف توفير نوع من الحماية الخاصة للمستهلكين في مواجهة تجاوزات المهنيين، التي استفحلت - نتيجة ما يتمتعون به من إمكانيات اقتصادية وتفوق معرفي بمجال التعاقد- ووصلت إلى حد قيام العديد منهم بتضمين هذه العقود شروطاً منحتم ميزات مبالغاً فيها على حساب المستهلكين.

وعلى ذلك، فإذا كانت عقود الاستهلاك هي التي تُبرم بين المهنيين والمستهلكين^(٤٩)، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هو: هل يُعد اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك؟

الإجابة عن هذا السؤال تقتضي أن نتعرض بداية لتحديد مفهوم عقد الاستهلاك، ثم نبين مدى انطباق هذا المفهوم على اتفاق التمويل العقاري، وهو ما يتطلب تقسيم هذا المطلب فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم عقد الاستهلاك.

الفرع الثاني: مدى انطباق مفهوم عقد الاستهلاك على اتفاق التمويل العقاري.

الفرع الأول

مفهوم عقد الاستهلاك

تمهيد وتقسيم:

أضحت ثقافة الاستهلاك - في وقتنا الحاضر - ترتبط بالحياة اليومية لكل فرد، كما أثرت بشكل واضح على التنمية الاقتصادية التي تحياها دول العالم، حتى في زمن الأزمات الاقتصادية؛ بالنظر إلى أن هذه الثقافة تتجسد في معاملات يومية، أصبح الكثير منها لازماً لحياة الفرد، وتسهيل معيشته.

^(٤٩) مهدي منير: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، ص ٢٦.

وتُعد عقود الاستهلاك الإطار القانوني المعبر عن المعاملات الاقتصادية اليومية التي تجسد هذه الثقافة، الأمر الذي حدا بها إلى أن تكون من أهم طوائف العقود التي فرضت نفسها على ساحة البحث والدراسة في المجال القانوني.

ولمّا كانت عقود الاستهلاك تتميز بصفة أطرافها وهم المهنيون والمستهلكون؛ فإن البحث في مفهوم هذه العقود يقتضي تحديد المقصود بكل من المستهلك والمهني، كما يقتضي أيضاً التعرض لمفهوم المنتجات التي يمكن أن تكون محلاً في عقود الاستهلاك، وهو ما يتطلب تقسيم هذا الفرع ثلاثة عُصون، على النحو الآتي:

العصن الأول: مفهوم المستهلك.

العصن الثاني: مفهوم المهني.

العصن الثالث: مفهوم المنتجات في إطار عقود الاستهلاك.

العصن الأول

مفهوم المستهلك

اتضح مما سبق، أن المستهلك هو الطرف الذي يتعاقد مع المهني في إطار الرابطة العقدية التي اضطلح على تسميتها بعقد الاستهلاك، كما أنه الطرف الضعيف اقتصادياً ومعرفياً في هذه الرابطة^(٥٠)، والذي من أجله وُجِدَت قوانين حماية المستهلك^(٥١).

غير أن تحديد مفهوم المستهلك ليس بالأمر اليسير؛ حيث انقسم الفقه بشأن هذا المفهوم إلى اتجاهين، الأول: تبنى مفهوماً ضيقاً للمستهلك، أما الاتجاه الثاني: فقد تبنى مفهوماً موسعاً، الأمر الذي يطرح التساؤلين الآتيين: ما حدود مفهوم المستهلك طبقاً لهذين الاتجاهين؟ وما الراجح منهما؟

الإجابة عن هذين التساؤلين تقتضي أن نتعرض لهذين الاتجاهين، ثم نُعَبِّب عليهما من خلال بيان ما يترجح لدى الباحث، وذلك على التفصيل الآتي:

(٥٠) أسامه أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،

المحلة الكبرى، ٢٠٠٨م، ص٤٥. خالد جمال أحمد حسن: الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات

الإعفاء من المسؤولية العقدية، بدون ناشر، ٢٠١٤م، ص٢١.

(٥١) BOURREL(S.): Le consommateur d'immeuble, thèse de doctorat, Université de Reims, 2015, p.15.

الاتجاه الأول- المفهوم الضيق للمستهلك:

تبنى جانب كبير من الفقهاء^(٥٢) مفهوماً ضيقاً لاصطلاح المستهلك، فهم يرون أنه الشخص الذي يتعاقد بهدف الحصول على سلع أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية.

وعلى ذلك، لا يُعتبر مستهلكاً- من وجهة نظر هذا الاتجاه- من يتعاقد على سلعة أو خدمة بهدف إعادة تسويقها مرة أخرى^(٥٣)، ذلك أن إعادة التسويق لا تؤدي إلى استهلاك السلعة^(٥٤)، كما أنها تعطي انطباعاً بأن المتعاقد شخصٌ متخصصٌ، ولديه معرفة بمجال التعاقد، ومن ثم لا يوجد ما يبزر إمكان تمتعه بالحماية المقررة بمقتضى قوانين الاستهلاك.

((52CORNU(G.): La protection du consommateur et l'exécution du contrat, Travaux de l'Association H.-Capitant, 1973, p.135; BERLIOZ(G.): Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P. éd. G., 1979, I, 2954; DE JUGLART(M.) et IPPOLITO(B.): Cours de droit commercial, vol. I, Montchrestien, Paris, 9e éd., 1988, p.417; GHESTIN(J.): Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J., 3e éd., 1993, n° 77, p.54; CALAIS-AULOY(J.) et TEMPLE(H.): Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2010, p.19 et s.

السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص٨. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص٨٥. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص١١١١. حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص١٣. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص١٤. أبو العلا على أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٥.

(53) BIHL(L.): Vers un droit de la consommation, Gaz.-Pal., 1974, 2, p.754.

(٥٤) حسن عبد الباسط جميعي: الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص١١.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

أيضاً لا يُعتبر مستهلكاً- طبقاً لهذا الاتجاه- من يتعاقد لأغراض تتعلق بمهنته أو حرفته أو تجارته، حتى لو كان المتعاقد غير متخصص في السلعة أو الخدمة محل التعاقد، إضافة إلى ذلك فإن وصف المستهلك لا ينطبق إلا على الأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية⁽⁵⁵⁾، فالأخيرة لا تتمتع بصفة المستهلك حتى لو تعاقدت لأغراض تخرج عن نطاق نشاطها المهني أو الحرفي أو التجاري.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر ببعض النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية، والتي تبنت مفهوماً ضيقاً لاصطلاح المستهلك، ومن ذلك اتفاقية بروكسل لسنة 1968م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المجال المدني والتجاري⁽⁵⁶⁾، وكذلك اتفاقية روما لسنة 1980م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽⁵⁷⁾، إضافة إلى بعض التوجيهات الصادرة في نطاق الاتحاد الأوروبي⁽⁵⁸⁾.

(55) Pour plus de détails sur ce sujet v., PIZZIO(J.-P.): Code de la consommation, Montchrestien, Paris, 2e éd., 1996, n° 109 et s.; RAYMOND(G.): Droit de la consommation, Litec, 2011, p.29.

(56) Art. 13:"En matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée «le consommateur»,.....".

Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.C.E., n° C 027 du 26/01/1998, p.01- 27.

(57) Art. 5/1:"Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture".

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O.C.E., n° C 027 du 26/01/1998, p.34- 46.

(58) Art. 2:"Aux fins de la présente directive, on entend par:

-«consommateur»: toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle".

Directive n° 85-577 du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, J.O.C.E., n° L 372 du 31/12/1985, p.31- 33.

Art. 1/2:"Aux fins de la présente directive, on entend par:

كذلك تبنت بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا المفهوم الضيق لاصطلاح المستهلك؛ حيث رفضت إسباغ هذا الوصف- أي وصف المستهلك- إلا على من يتعاقد لشراء سلعة أو الحصول على خدمة بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية⁽⁵⁹⁾.
وأما على مستوى التشريعات الوطنية، فنجد أن المشرع الفرنسي قد تبنى- أيضاً- المفهوم الضيق لاصطلاح المستهلك؛ حيث نص في المادة التمهيدية من تقنين الاستهلاك على تعريفه بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تشكل جزءاً من

a) «consommateur»: toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle".

Directive n° 87-102 du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, J.O.C.E., n° L 42 du 12/02/1987, p.48-53.

Art. 2:"Aux fins de la présente directive, on entend par:

b) «consommateur»: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle".

Directive n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., n° L 95 du 21/04/1993, p.29- 34.

Art. 2:"Aux fins de la présente directive, on entend par:

2- «consommateur»: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle".

Directive n° 97-7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O.C.E., n° L 144 du 04/06/1997, p.19- 27.

Art. 1/2:" Aux fins de la présente directive on entend par:

a) «consommateur»: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale".

Directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E., n° L. 171 du 07/07/1999, p.12- 16.

(59) T.I. Soissons, 19 janvier 1979, D. 1980, I.R., p.228, obs. LARROUMET(Ch.); T.I. Paris, 4 octobre 1979, Gaz.-Pal., 1980, I, p.120, note VINCENT(A.-L.) et CLOAREC(A.); D. 1980, I.R., p.383.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر أو الزراعي^(٦٠).
كذلك نص المشرع المصري في قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م^(٦١) على المفهوم الضيق ذاته؛ حيث عرّف المستهلك في المادة ١/١ من هذا القانون بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص".
ورغم أن المشرع المصري لم يقصر وصف المستهلك على الشخص الطبيعي، بحيث شمل - أيضاً - الشخص الاعتباري؛ إلا أنه لم يُسبغ هذا الوصف على الشخص الذي يتعاقد على منتج يكون لازماً لممارسة نشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري، حتى لو كان هذا الشخص ليست له دراية فنية بمجال التعاقد.
الاتجاه الثاني - المفهوم الموسع للمستهلك:
ذهب جانب ثان من الفقه إلى تبني مفهوم موسع لاصطلاح المستهلك^(٦٢)، فمن

(60)Art. liminaire:"Pour l'application du présent code, on entend par:
- consommateur: toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole".
Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

(٦١) القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد ٣٧ (تابع) في ١٣ سبتمبر سنة ٢٠١٨م.

(62)MALINVAUD(Ph.): La protection des consommateurs, D., 1981, 7e cahier, chron., VIII, n° 2, p.49; PIZZIO(J.-P.): L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D., 1982, chron., p.91; CAUSSE(H.): De la notion de consommateur, in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, sous la direction de CALAIS-AULOY(J.) et CAUSSE(H.), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, p.23; FONTAINE(M.): Rapport de synthèse in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996, n° 8, p.620; GHASEMI(A.): Le professionnel et le consommateur, les deux principales catégories de parties à l'obligation d'information, Revue juridique de l'ouest, 1998/4, p.529; ZIO(M.): Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, éd. Connaissances et Savoirs, 2016, p.35.

وجهة نظرهم يُعد مستهلكاً كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، حتى لو كان التعاقد لغرض مهني، متى كان موضوع التعاقد خارجاً عن نطاق تخصصه. وعلى ذلك، لا يعتمد هذا الاتجاه على فكرة قصر السلعة أو الخدمة محل التعاقد على الأغراض الشخصية أو العائلية كمعيار لتحديد مفهوم المستهلك^(٦٣) كما فعل فقهاء الجانب الأول - ولكنه وسع من هذا المفهوم؛ بحيث شمل - أيضاً - كل من يتعاقد لأغراض تتعلق بنشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري، بشرط أن يكون موضوع التعاقد خارجاً عن نطاق تخصصه؛ حيث اعتبر هذا الاتجاه أن المتعاقد على هذا النحو يفقد مقومات الخبرة والدراية الفنية بشأن السلعة أو الخدمة محل التعاقد، ومن ثم يتشابه مركزه القانوني مع المركز القانوني للمستهلك^(٦٤)، لذا فلا يوجد ما يبرر إقصاؤه عن التمتع بالحماية المقررة بمقتضى قوانين الاستهلاك.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد وجد تأييداً من القضاء الفرنسي؛ حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨ من أبريل سنة ١٩٨٧م^(٦٥)، بإسباغ الحماية

عاطف عبد الحميد حسن: حماية المستهلك، الحماية المدينة للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين وفقاً للمادة ٣٥ من القانون الفرنسي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٥ وما بعدها. محمد المرسي زهرة: حماية المستهلك في القانون المصري والعُماني، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣م، ص ٤٢ وما بعدها. خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص ١٨. غالب كامل المهيرات: التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ٢٠١٨م، ص ١٢٨. (٦٣) حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٧. كيلاني عبد الراضي: مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٢٧. (64) GODE(P.): Protection des consommateurs, clauses abusives, R.T.D.civ., 1978, p.744.

مشار إليه لدى: خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص ١٤.

(65) Cass. civ., Ire ch., 28 avril 1987, D. 1987, somm., p.455, obs. AUBERT(J.- L.); D. 1988, II, p.1, note DELEBECQUE(Ph.); J.C.P. éd. G.,

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

القانونية على إحدى شركات الوكالة العقارية، ضد بعض الشروط التعسفية المنصوص عليها في عقد أبرمته مع شركة متخصصة لت تركيب أجهزة إنذار ضد السرقة، وقد ذكرت المحكمة في حيثيات حكمها أن الشركة العقارية ليس لديها دراية تقنية بمحل التعاقد، تماماً كما هو الحال بالنسبة للمستهلك، وهو ما يبرر تمتعها بالحماية المقررة في القانون رقم(٧٨-٢٣) بشأن الحماية والإعلام لمستهلكي المنتجات والخدمات.

وفي ٢٥ من مايو سنة ١٩٩٢م صدر حكم آخر للمحكمة ذاتها^(٦٦)، تبنت فيه المفهوم نفسه؛ حيث اعتبرت أن المهني الذي يتعاقد على سلعة تخرج عن نطاق تخصصه يقع في حالة من الجهل المعرفي بمجال التعاقد، ومن ثم يتشابه مركزه مع مركز المستهلك، الأمر الذي يستوجب تمتعه بقواعد الحماية ذاتها التي يتمتع بها المستهلك.

كذلك أكدت المحكمة ذاتها على هذا المفهوم في حكم صدر لها في ٦ من يناير

1987, II, 20893, note PAISANT(G.); R.T.D.civ., 1987, p.537, obs. MESTRE(J.).

(66) Cass. civ., Ire ch., 25 mai 1992, Bull. civ., I, n° 162, p.111; D. 1992, somm., p.401, obs. KULLMAN(J.); D. 1993, jur., p.87, note NICOLAU(G.).

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن سيدة تعمل في مجال تجارة الملابس، أبرمت عقداً بطريق التسويق بالمنازل، مع إحدى الشركات المتخصصة في تركيب أجهزة الإنذار ضد السرقة؛ وكانت السيدة قد أبرمت هذا العقد اعتماداً على عقد قرض كان سيبرمه زوجها لتسديد ثمن جهاز الإنذار؛ إلا أن السيدة وجدت قيمة القرض وفوائده تتجاوز قدراتها المالية، فطلبت من الشركة إلغاء التعاقد، على اعتبار أن وضعها المالي لا يسمح لها بتحمل التكلفة الإجمالية لهذه المعاملة، فما كان من الشركة إلا أن أبلغتها بأنه لا مجال لإلغاء العقد والحال أنه صدر على أساس مهني، ومن ثم فقد أصبح لازماً ولا رجعة فيه منذ توقيع نموذج طلب الشراء، وهو الأمر الذي أيدته محكمة استئناف"روان"؛ إلا أن محكمة النقض الفرنسية ألغت حكم الاستئناف، معتبرة أن المحكمة الاستئنافية تجاهلت تطبيق النصوص الخاصة بحماية المستهلك على هذه المنازعة رغم أن السيدة المذكورة تعاقدت على سلعة تخرج عن نطاق تخصصها المهني، ومن ثم فقد وقعت أثناء التعاقد في حالة من الجهل المعرفي بمجال التعاقد، الأمر الذي يتساوى فيه مركزها القانوني مع المركز القانوني لأي مستهلك آخر، مما يستوجب تمتعها بقواعد الحماية المقررة للمستهلك.

سنة ١٩٩٣م^(٦٧)، وذلك بشأن تعاقد أحد المزارعين بطريق التسويق بالمنازل على شراء مطفأة حريق لاستعمالها في خدمة أغراضه المهنية، إلا أنه رغب في استعمال رخصة العدول عن التعاقد، فما كان من شركة التسويق إلا أن تمسكت بالعقد، على اعتبار أن القواعد المقررة لحماية المستهلك لا تنطبق على هذا التعاقد والحال أنه مهني، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت ادعاء الشركة على هذا النحو، وذكرت في حيثيات حكمها أنه يحق للمزارع التمتع بنفس الحماية التي يتمتع بها المستهلك أمام أي عرض للتعاقد يقدم له خارج تخصصه المهني، لأنه في هذه الحالة يكون واقعاً في حالة من الجهل المعرفي، مثله في ذلك مثل أي مستهلك آخر.

أيضاً- وفي إطار تأييد المفهوم الموسع لاصطلاح المستهلك- فقد أكد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه على إمكان تمتع الأشخاص الاعتبارية الخاصة بصفة المستهلك^(٦٨)، حتى في العقود التي تبرمها لأغراض مهنية، بشرط أن تخرج السلعة أو الخدمة محل التعاقد عن نطاق تخصصهم المهني، وهو الأمر الذي أيدته جانب كبير من الفقهاء^(٦٩).

(67) Cass. civ., 1re ch., 6 janvier, 1993, Bull. civ., I, n° 4, p.3; J.C.P. éd. G., 1993, II, 22007, note PAISANT(G.).

(68) Cass. civ., 1re ch., 28 avril 1987, D. 1987, somm., p.455; J.C.P. éd. G., 1987, II, 20893, note PAISANT(G.); Cass. civ., 1re ch., 26 mai 1993, Contrats Concurrence Consommation, 1993, n° 159, note RAYMOND(G.); Cass. civ., 1re ch., 15 mars 2005, R.T.D.civ., 2005, p.393, obs. MESTRE(J.) et FAGE(B.); C.A. Paris, 5 juillet 1991, J.C.P. éd. E., 1991, Pan., n° 988; C.A. Paris, 1re ch., 3 juillet 1998, D. 1999, II, p.249, note CHAZAL(J.-P.).

(69) PAISANT(G.): Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988, chron., p.253; MESTRE(J.): Des notions de consommateur, R.T.D.civ., 1989, p.62; PIZZIO(J.-P.): art. précité; CALAIS-AULOY(J.) et STEINMETZ(F.): Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 7e éd., 2006, p. 15 et s.; SINAY-CYTERMANN(A.): Rapport français, les relations entre professionnels en droit français, in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996, p.241 et s.

حمد الله محمد حمد الله: المرجع السابق، ص٣٤. محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص٤٣ وما بعدها. أسامة أحمد بدر: المرجع السابق، ص٥٨. خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص١٧. محمد

تعقيب:

بعد استعراض الاتجاهين السابقين بشأن تحديد مفهوم المستهلك، يؤيد الباحث ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٧٠) من ضرورة استبعاد المفهوم الضيق، والأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك؛ نظراً لأن المفهوم الضيق يُقصي الكثير من المتعاقدين عن التمتع بالحماية القانونية المقررة في قوانين الاستهلاك، رغم توافر ظروف التعاقد ذاتها التي يفتقد فيها أحد أطراف العقد (الطرف الضعيف) الخبرة والدراية الفنية بمجال التعاقد^(٧١).

لذا؛ يدعو الباحث المشرع المصري إلى إعادة النظر في تعريف المستهلك الوارد في قانون حماية المستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨م؛ بحيث لا يقتصر على المتعاقد الذي يسعى إلى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية فقط، بل يجب أن يمتد هذا التعريف ليشمل المهني - سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً - حال تعاقدته على سلعة أو خدمة تخرج عن نطاق تخصصه المهني أو الحرفي أو التجاري، فمثل هذا المتعاقد يكون جديراً بأن يكتسب صفة المستهلك، بالنظر إلى انعدام خبرته ودرايته بالمجال الذي يتعاقد فيه.

الخصن الثاني

مفهوم المهني

عرّف المشرع الفرنسي اصطلاحاً "المهني" في تقنين الاستهلاك بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، يتصرف لأغراض تندرج في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر أو الزراعي، ويشمل ذلك عندما يتصرف باسم أو

بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٣٣ وما بعدها.

(٧٠) حمد الله محمد حمد الله: المرجع السابق، ص ٣٤. عاطف عبد الحميد حسن: المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٤٠.

(71) PIZZIO(J.-P.), LAMBERT(J.) et DE LA VILLÉON(B.): Droit du marché, Dalloz, Paris, 1993, p.196.

لحساب مهني آخر" (٧٢).

أما المشرع المصري فقد استعمل اصطلاح "المورد" بدلاً من اصطلاح "المهني"، وقد عرّفه في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م بأنه: "كل شخص يمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنيّاً أو حرفياً يقدم خدمة للمستهلك، أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها أو يسوّقها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعامل أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية، وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة".

ومن خلال هذين التعريفين يمكن القول إن المشرع المصري لم يخرج في تعريفه للمهني عما أورده المشرع الفرنسي، فاصطلاح المهني لدهما يؤخذ بمفهوم موسع في إطار عقود الاستهلاك، وطبقاً لهذا المفهوم فالمهني هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات تجارته أو صناعته أو مهنته أو حرفته، وقد يكون شخصاً طبيعياً، كالتاجر والمهندس الاستشاري والطبيب والمحامي، كما قد يكون شخصاً اعتبارياً، سواء عاماً أو خاصاً؛ كالشركات والبنوك والجامعات والمدارس (٧٣).

ولكن إذا كان اصطلاح المهني - طبقاً للتعريفين السابقين - ينطبق على الأشخاص الاعتبارية العامة؛ فإن إشكالاً قد أثير بشأن المرافق العامة الإدارية (٧٤)، ومدى اعتبارها

Art. lumineux, "Pour l'application du présent code, on entend par: professionnel: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

(73) Dans le même sens v., CALAIS-AULOY (J.): Propositions pour un code de la consommation, La Documentation Française, 1990, art. L. 2.

طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٥١.

(٧٤) في عرض هذا الإشكال تفصيلاً انظر: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع

السابق، ص ٣٣ وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي انظر:

PEGLION-ZIKA (C.-M.): La notion de clause abusive, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2013, p.30 et s.

من المهنيين المخاطبين بأحكام قوانين الاستهلاك. ولحسم هذا الإشكال، يؤكد الباحث- بداية- أنه لا جدال في أن المرافق العامة الاقتصادية ينطبق عليها وصف المهني، بالمعنى الوارد في قوانين الاستهلاك؛ ذلك أن هذه المرافق تمارس نشاطاً يتشابه مع نشاط الأفراد والكيانات الخاصة^(٧٥)، فبعد التحلل من الاحتكار، والتوجه نحو الانفتاح وحرية المنافسة، تحولت هذه الكيانات في علاقاتها مع المنتفعين من مرافق عامة ذات طابع تجاري أو صناعي إلى مرافق تجارية بحتة؛ حيث اضطرت إلى الدخول في غمار المنافسة مع الأفراد والشركات الخاصة؛ لجذب العملاء، الأمر الذي حولها إلى محترف، هدفه الأساسي إرضاء المنتفع(المستهلك) بشكل فردي قبل أن يهدف إلى تحقيق النفع العام^(٧٦)، لذا تخضع هذه المرافق في علاقاتها مع المنتفعين إلى قواعد القانون الخاص، كما يختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنشأ عن هذه العلاقات^(٧٧).

أما بالنسبة للمرافق العامة الإدارية، فهي المرافق التي قامت على أساسها مبادئ القانون الإداري الحديث، وعادة ما تزاوّل هذه المرافق نشاطاً يختلف عما يزاوله الأفراد، كما تقدم خدماتها دون مقابل، ومن أمثلتها: مرافق التعليم الحكومي والعدالة والشرطة والتأمين الاجتماعي وغيرها^(٧٨).

ويرى فقهاء القانون الإداري^(٧٩)، أن المنتفعين من الخدمات التي تقدمها المرافق

((75)CHAPUS(R.): Droit administratif général, T. 1, 15e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, n° 765 et s.

(76) ESPLUGAS-LABATUT(P.): Le service public, Dalloz, 1998, p.96.

(77) Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain(Bac d'Eloka), requête n° 00706, D. 1921, 3, 1.

(78) PEGLION-ZIKA(C.-M.): thè. préci., p.33.

(٧٩) سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٤٦٨ وما بعدها. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، القسم الأول، بدون سنة نشر، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ص٥٢٥ وما بعدها. حسن محمد البنان: مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، ص٣٢٧. سامي جمال الدين: مبادئ القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧م، ص٢٠٢.

العامّة الإدارية، هم في مركز تنظيمي تحدده القوانين واللوائح بصورة موضوعية، لا تأخذ في اعتبارها صفة شاغله، لذا لا ينطبق على هذه المرافق وصف المهني الذي تعنيه قوانين الاستهلاك، كما لا يتمتع المنتفع من خدماتها بوصف المستهلك^(٨٠).

غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، يتعلق ببعض المرافق العامّة الإدارية التي تقدم خدماتها بمقابل، كما هو الحال في بعض المستشفيات؛ حيث يميل الاعتقاد في فرنسا إلى اعتبارها من المهنيين، ومن ثم يُعد المنتفع من هذه المرافق في حكم المستهلك، الأمر الذي يجيز له التمسك بقواعد الحماية الخاصة المنصوص عليها في تقنين الاستهلاك^(٨١).

الفصل الثالث

مفهوم المنتجات في إطار عقود الاستهلاك

فيما يتعلق بتقنين الاستهلاك الفرنسي، يُلاحظ أن المشرع لم يتعرض فيه لتعريف اصطلاح "المنتجات"، رغم أنها تشكل ركن المحل في عقود الاستهلاك، الأمر الذي يُستفاد منه أن هذا التقنين قد أخذ بمفهوم موسع لهذا الاصطلاح، بما يترتب عليه شموله لكافة السلع والخدمات المطروحة على جمهور المستهلكين أو التي يمكن طرحها مستقبلاً، وهو ما يعني أن المنتجات - طبقاً للنظام القانوني الفرنسي - ليست من العناصر المميزة لعقود الاستهلاك^(٨٢)، وإنما يعتمد تمييزها على الهدف من إبرامها، وهو تلبية حاجات المستهلكين الشخصية^(٨٣)، دون المهنية أو الحرفية أو التجارية.

وفي مصر، رغم أن المشرع وضع تعريفاً لاصطلاح المنتجات؛ إلا أنه أخذ بالمفهوم الموسع لها؛ حيث عرفتها المادة ٤/١ من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م

(80) Dans le même sens v., AMAR(J.): Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, Contrats Concurrence Consommation, 2002, chron., 2.

(٨١) محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٦.

(82) AMIEL-DONAT(J.): Le contrat de consommation, J.-Cl., Concurrence-Consommation, fasc. 800, n° 6.

(83) RZEPECKI(N.): Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 495, p.256.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

بأنها: "السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال موّرد،.....".

وعلى ذلك، فإنه إذا كانت المنتجات لفظاً عاماً يشمل كافة السلع والخدمات التي يمكن طرحها على جمهور المستهلكين، فإن اصطلاح "السلع" يُستعمل كمرادف للقيم أو الأموال المادية، دون النظر إلى كونها تُستهلك بالاستعمال الأول لها؛ كالغذاء والوقود وغيرهما، أو أنها تقبل الاستعمال المتكرر؛ كالسيارات والأجهزة الكهربائية وما إلى ذلك^(٨٤)، كما يستوي أن تكون هذه القيم من طبيعة منقولة أو عقارية^(٨٥).

أما بالنسبة لاصطلاح "الخدمات" فيتسع ليشمل مختلف الأداءات التي يمكن تقييمها بالنقود، سواء كانت هذه الأداءات مادية (كتنظيف الملابس أو إصلاح الأجهزة)، أم كانت ذات طبيعة مالية (كعقود الائتمان أو عقود التأمين)، أم كانت من طبيعة ذهنية (كالاستشارات القانونية أو الخدمات الطبية)^(٨٦).

الفرع الثاني

مدى انطباق مفهوم عقد الاستهلاك على اتفاق التمويل العقاري

إذا كان مفهوم عقد الاستهلاك يعتمد في تحديده - كما اتضح سابقاً - على بيان المقصود بعناصر هذا العقد، وهم: المستهلك والمهني والمنتج، فإنه في ضوء ما تم بيانه

(٨٤) في هذا المعنى انظر: أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، ماهيته - مصادره - موضوعاته، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ٢٣.

(٨٥) جمال فاخر النكاس: حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ١٣، ع ٢، يونيو ١٩٨٩م، ص ٤٦. طرح البجور علي حسن: المرجع السابق، ص ١٥٤.

BOURREL(S.): thè. préci., p.40 et s.

(86) Dans le même sens v., RAYMOND(G.): Les contrats de consommation, in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, sous la direction de CALAIS-AULOY(J.) et CAUSSE(H.), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, p.44 et s.

عامر قاسم القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، العراق، ١٩٩٨م، ص ٥.

حول هذه العناصر يثور التساؤل الآتي: هل يُعد اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك طبقاً للنظام القانوني في كل من مصر وفرنسا؟ واقع الأمر أنه طبقاً لتحديد مفهوم عقود الاستهلاك، فإنه يمكن القول بأن اتفاق التمويل العقاري يندرج تحت هذه الطائفة من العقود؛ بالنظر لانطباق عناصر هذا الاتفاق (المستثمر - الممول - التمويل) مع عناصر عقد الاستهلاك (المستهلك - المهني - المنتج)، وهو ما سيوضح تفصيلاً على النحو الآتي:

أولاً- المستثمر: لا يوجد ما يمنع من انطباق وصف المستهلك على المستثمر في اتفاق التمويل العقاري، فالغالب أنه شخص طبيعي أقدم على إبرام هذا الاتفاق بهدف تأمين مسكن له ولأسرته، ومن ثم فهو يهدف إلى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، كما ينطبق هذا الوصف على المهني - سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً- الذي يبرم مثل هذا الاتفاق بهدف الحصول على مقر ليمارس فيه مهنته، فرغم أن الهدف من هذا الاتفاق هو تحقيق غرض مهني؛ إلا أن هذا الغرض يخرج عن نطاق تخصصه.

ولا يستثنى مما سبق سوى الحالة التي يمتن فيها المستثمر نشاط التطوير العقاري، ويكون لديه من الخبرة والدراية بمجال التمويل العقاري ما يجعله في مركزٍ متساوٍ مع الممول، فهنا لا ينطبق على هذا الشخص وصف المستهلك؛ حيث تتقي عنه حالة الجهل المعرفي بمجال التعاقد، الأمر الذي لا يوجد معه مبرر لإمكان تطبيق قانون حماية المستهلك على اتفاق التمويل العقاري المبرم بينه وبين الممول^(٨٧).

وقد كان المشرع الفرنسي صريحاً في التعامل مع المقترض في إطار عمليات الائتمان بوصفه مستهلكاً، وهو ما يتضح من خلال استعماله لاصطلاح المقترض والمستهلك على أنهما مترادفين؛ حيث نصت المادة (L.311-1) من تقنين الاستهلاك- المتعلقة بتعريف المصطلحات الخاصة بالائتمان- على أن: "المقترض أو المستهلك: كل شخص طبيعي يكون مرتبطاً مع مقرض، أو وسيط ائتماني، في إطار معاملة ائتمانية تمت أو اعتزم إتمامها لغرض أجنبي عن نشاطه التجاري أو المهني"^(٨٨).

^(٨٧) في المعنى نفسه انظر: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٦.

(88) Art. L.311-1:"2° Emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

ولمّا كان اصطلاح المستهلك- طبقاً للنص السابق - ينطبق على كل شخص طبيعي يتعاقد مع مقرض أو وسيط ائتماني، فإن هذا الاصطلاح يشمل - أيضاً- المستثمر في اتفاق التمويل العقاري، ذلك أن النص المذكور ينسحب على كافة عمليات الائتمان الواردة في الكتاب الثالث من تقنين الاستهلاك الفرنسي، والذي يشمل عمليات الائتمان في المجال العقاري^(٨٩).

وإذا كان المشرع الفرنسي استعمل في تعريف المستهلك - طبقاً للنص السابق- عبارة "كل شخص طبيعي"، فلا يعني ذلك أنه قصد أن يقصر أحكام تقنين الاستهلاك الخاصة بالمعاملات الائتمانية على الأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية، ذلك أن المادة (L.313-1) من تقنين الاستهلاك- والتي حددت نطاق تطبيق أحكام الفصل الثالث الخاص بالائتمان العقاري- نصت في الفقرة الثالثة منها على أن: "الأحكام الواردة في هذا الفصل تنطبق على:..... ٣- الاتفاقات الائتمانية المشار إليها في الفقرة الأولى، والتي يشترك فيها أشخاص القانون الخاص الاعتبارية، عندما لا يقصدون بالائتمان الممنوح لهم تمويل نشاط مهني،....."^(٩٠).

وعلى ذلك؛ فقد سمح المشرع الفرنسي للأشخاص الاعتبارية الخاصة بالاستفادة من قواعد الحماية المنصوص عليها في تقنين الاستهلاك بشأن التمويل العقاري، متى كان الائتمان الممنوح لهم لا يُقصد منه تمويل نشاط مهني، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة؛ فقد استثناها المشرع من هذا الأمر؛ حيث لا يمكنها الاستفادة من أحكام الحماية

d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

^(٨٩) من الجدير بالذكر أن النصوص الخاصة بعمليات الائتمان في المجال العقاري وردت في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

(90) Art. L.313-1:"Les dispositions du présent chapitre s'appliquent:

3° Aux contrats de crédit mentionnés au 1°, qui sont souscrits par les personnes morales de droit privé, lorsque le crédit accordé n'est pas destiné à financer une activité professionnelle,.....".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

المنصوص عليها في هذه القواعد^(٩١).

أما في مصر، فرغم أن المشرع لم يسبغ صراحة وصف المستهلك على المستثمر في اتفاق التمويل العقاري؛ إلا أن هذا الوصف يُستفاد ضمناً من نص المادة ١/١ من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م، والتي عرفت المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"، وهو ما يعني انطباق وصف المستهلك على المستثمر - سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً - متى كان الائتمان الممنوح له لا يُقصد منه تمويل نشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري.

ثانياً - الممول: فيما يتعلق بالمول فهو دائماً شخص مهني، يحترف نشاط التمويل العقاري، وما يؤديه للمستثمر هي خدمة ذات طبيعة مالية، ومن ثم ينطبق عليه تعريف المهني الوارد في تقنين الاستهلاك الفرنسي، على اعتبار أنه يتصرف لأغراض تدرج في إطار نشاطه المهني^(٩٢)، وقد اتضح سابقاً أن النظام القانوني في فرنسا يسمح بممارسة نشاط التمويل العقاري للمؤسسات التي تمتهن أنشطة العمليات المصرفية على سبيل الاعتياد، كالبنوك والمصارف التبادلية أو التعاونية، وصناديق الائتمان البلدية، والشركات المالية، والمؤسسات المالية المتخصصة^(٩٣)، كما يسمح - أيضاً - بأن يكون الممول شخصاً طبيعياً، ما دام أن ممارسته لنشاط التمويل العقاري تتم على سبيل

(91) Art. L.313-2: "Sont exclus du champ d'application du présent chapitre: 1° Les prêts consentis à des personnes morales de droit public".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, précité.

(92) Art. lumineux, "Pour l'application du présent code, on entend par: professionnel: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel".

Code de la consommation, modifié par loi n° 2017-203 du 21 février 2017, précitée.

(93) V. Art. L.511-9, Code monétaire et financier, précité.

الاحتراف^(٩٤).

كذلك الحال في مصر؛ حيث ينطبق على الممول تعريف المُؤرِد المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م^(٩٥)، وقد اتضح سابقاً أن الممول لا بد أن يكون شخصاً اعتبارياً عاماً ممن يدخل نشاط التمويل العقاري ضمن أغراضهم، أو شركة مما يسمح لها القانون بمزاولة هذا النشاط^(٩٦)، أو أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري^(٩٧).

ثالثاً- التمويل: اتضح مما سبق، أن المشرع الفرنسي لم يُعرّف اصطلاح المُنتجات في تقنين الاستهلاك، رغم أنها تشكل ركن المحل في عقود الاستهلاك، الأمر الذي يُستفاد منه أن هذا التقنين قد أخذ بمفهوم موسع لهذا الاصطلاح، بما يترتب عليه شموله

^(٩٤) أيمن سعد سليم: مشكلات اتفاق التمويل العقاري، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.
^(٩٥) من الجدير بالذكر أن المشرع المصري لم يستعمل اصطلاح المهني في قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م بل استعمل اصطلاح المُؤرِد، وقد عرّفه بأنه: "كل شخص يمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنيّاً أو حرفياً يقدم خدمة لمستهلك، أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها، أو يصدرها أو يبيعها أو يُجرها أو يعرضها أو يتداولها أو يوزعها أو يسوقها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعامل أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة". راجع: المادة ٥/١ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨م، سابق الإشارة إليه.

^(٩٦) تنص المادة ٢٨ من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م - المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- على أنه: "يجب أن تتخذ الشركة شكل شركة مساهمة مصرية، وألا يقل رأس مالها المصدر والمدفوع منه عن الحد الذي تبينه اللائحة التنفيذية". ومن الجدير بالذكر، أن اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري حددت رأس المال المصدر لشركة التمويل العقاري بخمسين مليون جنيه، كما أوجبت ألا يقل رأس المال المدفوع منه عند تأسيس الشركة عن الربع نقداً، وأن تلتزم خلال سنة على الأكثر من تاريخ قيدها بالسجل التجاري بزيادة رأس مالها المدفوع ليصبح خمسين مليون جنيه. راجع: المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري، المعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م، سابق الإشارة إليها.

^(٩٧) راجع: المادة الثالثة من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م، سابق الإشارة إليه.

لكافة السلع والخدمات المطروحة على جمهور المستهلكين أو التي يمكن طرحها مستقبلاً.

أما المشرع المصري؛ فقد عرف المنتجات في المادة ٤/١ من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م بأنها: "السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مُورِد، عدا الخدمات المالية والمصرفية المنظمة بأحكام قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي، وقانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية".

ولمّا كان محل اتفاق التمويل العقاري هو مبلغ التمويل، أي الأداء المالي الذي يلتزم الممول بتوفيره للمستثمر، وأن هذا الأداء ما هو إلا خدمة ذات طبيعة مالية؛ فإن اصطلاح المُنتَج ينطبق على مبلغ التمويل، على اعتبار أن هذا الأداء لا يخرج عن كونه خدمة، وأن الخدمات تتسع لتشمل مختلف الأداءات التي يمكن تقييمها بالنقود، ومنها الأداءات ذات الطبيعة المالية.

ولا يغير من هذه النتيجة ما أورده المشرع المصري في تعريف المنتجات من استثناء للخدمات المالية والمصرفية المنظمة بقانون البنك المركزي وقانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية؛ فهذا الاستثناء لا ينطبق على خدمات التمويل العقاري، بالنظر إلى أن هذه الخدمات لها تنظيم تفصيلي خاص بها، أورده المشرع المصري في قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م.

ومن خلال ما تقدم يتضح انطباق عناصر عقد الاستهلاك (المستهلك والمهني والمنتجات) على عناصر اتفاق التمويل العقاري (المستثمر والممول والخدمات المالية)، وهو ما يعني اعتبار هذا الاتفاق - سواء في مصر أو في فرنسا - من عقود الاستهلاك، الأمر الذي يترتب عليه خضوعه لقوانين حماية المستهلك^(٩٨)، وما يستتبع ذلك من إمكان استعادة المستثمر من آليات الحماية المنصوص عليها في هذه القوانين.

(٩٨) ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٢٣.

المطلب الثاني

مدى اعتبار اتفاق التمويل العقاري من عقود الإذعان

تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن التطور الصناعي والاقتصادي الذي عرفته المجتمعات الغربية مع بدايات القرن العشرين، كان له أثره في ظهور فئتين من المتعاقدين، إحداهما فئة المهنيين، والتي تتمتع بقوة اقتصادية ودراية وخبرة مهنية لا يمكن بحال مقارنتهما بما لدى الفئة الأخرى من المتعاقدين، وهم فئة المستهلكين، وهو ما انعكس على حرية التفاوض في العقود التي تبرم بين هاتين الفئتين^(٩٩).

وعلى أثر ذلك، ظهرت صورة جديدة من صور التعاقد، تعتمد على قيام أحد الأطراف (المهني) بطرح صيغة للتعاقد على الطرف الآخر (المستهلك)، غير قابلة للتفاوض؛ بحيث لا يكون أمام الأخير إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، وقد اصطلح على تسمية هذه الصورة من صور التعاقد بعقود "الإذعان"^(١٠٠).

^(٩٩)Dans le même sens v. HAMMOUD(M.): La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, thèse, Université Paris II(Panthéon-Assas), 2012, p.22.

(١٠٠) اتسمت العقود في المجتمعات القديمة بالحرية الكاملة في التفاوض والمساومة حول بنودها، حتى إن المفاوضات في بعض هذه العقود كانت تمتد بين الطرفين إلى فترات طويلة قد تصل إلى عدة أيام أو شهور، وأحياناً كانت تمتد إلى عدة سنوات. غير أنه مع بداية القرن العشرين، ونتيجة للتطور الصناعي والاقتصادي الذي طرأ على المجتمعات الغربية آنذاك، ظهرت طائفة "عقود الإذعان"، وتُعد فرنسا من أولى الدول التي تضمن نظامها القانوني أحكاماً خاصة بهذه العقود، وإن كان يُطلق عليها هناك اصطلاح عقود الانضمام (Contrats d'adhésion). وفي مرحلة لاحقة انتقلت فكرة هذه العقود إلى النظم القانونية العربية تحت اسم "عقود الإذعان"، وقد كان الفقيه الكبير الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله- هو أول من استعمل هذا الاصطلاح في الفكر القانوني العربي، والذي برر اختياره لهذه التسمية بقوله: "وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء، وانتقلت إلى التشريع الجديد". انظر في ذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح/ أحمد مدحت المراغي، طبعة نقابة المحامين، ٢٠٠٨م، ص ١٩٣.

ولا يخرج اتفاق التمويل العقاري عن هذا الفرض؛ حيث يقوم الممول بإعداد صيغة الاتفاق بصورة مسبقة، وبصورة لا تدع مجالاً أمام المستثمر للتفاوض حول ما ورد بها من بنود، الأمر الذي يثير البحث حول مدى توافر صفة الإذعان في هذا الاتفاق. وحتى يمكن الحكم على ما إذا كان اتفاق التمويل العقاري يخضع لطائفة عقود الإذعان أم أنه من عقود المفاوضات، فإنه من المنطقي أن نتعرض لتحديد مفهوم عقود الإذعان، ثم نبين مدى انطباق هذا المفهوم على اتفاق التمويل العقاري، وهو ما يقتضي تقسيم هذا المطلب فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم عقود الإذعان.

الفرع الثاني: مدى توافر صفة الإذعان في اتفاق التمويل العقاري.

الفرع الأول

مفهوم عقود الإذعان

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الأصل في العقود أنها تقوم على التفاوض والمساومة، بغية الوصول إلى صيغة تعاقدية مرضية للطرفين؛ إلا أنه في بعض العقود تتعدم فرص التفاوض والمساومة بالنسبة لأحد الأطراف، ولا يكون له من خيار سوى قبول التعاقد جملة وفق شروط موضوعة سلفاً من قبل الطرف الآخر أو رفض هذا التعاقد، فيما اصطلح على تسميته بعقود الإذعان^(١٠١).

وتماشياً مع التطور الاقتصادي، أصبح العمل بهذه الطائفة من العقود واسع الانتشار، كما شمل مجالات متعددة، الأمر الذي دفع المهنيين بما يتمتعون به من هيمنة اقتصادية وتفوق معرفي بمجال التعاقد إلى تضمين عقودهم مع المستهلكين بعض الشروط التي تخدم مصالحهم، والتي غالباً ما تأتي على حساب هؤلاء المستهلكين.

(١٠١) الإذعان لغةً من ذعن ذعناً بمعنى خضع وذل، وأذعن أي انقاد ولسلس، ويقال أذعن بالحق، أي أقر به، والمذعان من الإبل والناس أي المطواع السلس. انظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م، ص ٣١٢.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

وفي إطار تحديد مفهوم عقود الإذعان، فإن الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع تشير إلى أن هذا المفهوم يتنازعه اتجاهان فقهيان^(١٠٢): أحدهما تقليدي، ويتبنى مفهوماً ضيقاً لهذه العقود، والثاني اتجاه حديث، ويتبنى مفهوماً موسعاً لها. وعلى ذلك، فإن تحديد مفهوم عقود الإذعان يقتضي التعرض لهذين الاتجاهين تفصيلاً، مع بيان الراجح منهما، وهو ما يتطلب تقسيم هذا الفرع غصنين، على النحو الآتي:

الغصن الأول: الخلاف الفقهي في تحديد مفهوم عقود الإذعان.

الغصن الثاني: المفهوم الراجح لعقود الإذعان.

الغصن الأول

الخلاف الفقهي في تحديد مفهوم عقود الإذعان

لم تسلم عقود الإذعان من الخلاف الفقهي حول تحديد مفهومها، وإن كان هذا الخلاف لم يقع وقت ظهور هذه العقود؛ حيث كان الفقه مستقراً لفترة ليست بأقليلة على تبني مفهوم ضيق لها، إلى أن ظهر حديثاً اتجاه فقهي تبنى بشأنها مفهوماً موسعاً. وحول الخلاف الفقهي بشأن تحديد مفهوم عقود الإذعان نعرض (أولاً) للاتجاه التقليدي، ثم للاتجاه الحديث (ثانياً)، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً- الاتجاه التقليدي في تحديد مفهوم عقود الإذعان:

يرى هذا الاتجاه الفقهي^(١٠٣)، وتسانده في ذلك بعض أحكام القضاء^(١٠٤)، أنه يُشترط لإدراج عقد ما ضمن طائفة عقود الإذعان أن يُملي أحد طرفيه على الطرف

(١٠٢) محمد إبراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث نُشر ضمن أعمال ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، والتي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٦ - ٧ ديسمبر ١٩٩٨م، ص ٦. خالد حسن أحمد: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجزيرة، مصر، ٢٠١٨م، ص ٢٣٧ وما بعدها.

(١٠٣) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٤. رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م، ص ٨٢ وما بعدها. محمد إبراهيم دسوقي: القانون المدني، الالتزامات، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٦٦. محمد

الأخر مجموعة من الشروط المعدة بصورة مسبقة، والتي لا تقبل التفاوض حولها، ولا يكون أمام الأخير سوى قبول العقد كلية أو رفضه كلية، وبشرط أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي من الطرف الأول.

وطبقاً لهذا الاتجاه؛ فإن عقد الإذعان يتسم بثلاث خصائص تميزه عن غيره من العقود، ويشترط توافر هذه الخصائص كاملة في العقد للقول بخضوعه لطائفة عقود الإذعان، وبيان هذه الخصائص كما يأتي:

- ١- أن الإيجاب في العقد يكون صادراً من طرف يحتل مركزاً اقتصادياً قوياً، يُمكنه من الانفراد بوضع شروط العقد، دون مشاركة الطرف الآخر الأضعف اقتصادياً.
- ٢- أن الإيجاب في العقد يكون عاماً، أي موجهاً إلى جمهور الناس، أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة، وفي الحالتين يكون إيجاباً واحداً لا يختلف باختلاف الأشخاص الموجه إليهم، كما هو الحال في الإيجاب الصادر من شركة الكهرباء أو المياه أو الغاز.

شريف عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٤٨ وما بعدها. حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٨٠. أنس محمد عبد الغفار: آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، ٢٠١٣م، ص ٦١ وما بعدها. نسرین عبد الحمید نیبه: عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٣.

(١٤) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "من خصائص عقود الإذعان - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعلقها بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات، ويكون فيها احتكار الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة". نقض مدني مصري في ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٢٠٨، لسنة ٢١ق، ج ٣، ص ٧٨٨. نقض مدني مصري في ١٣ فبراير سنة ١٩٧٨م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٧٢٦، لسنة ٤٤ق. نقض مدني مصري في ٢٢ أبريل سنة ١٩٩١م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ١٣٢٠، لسنة ٥٥ق.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

٣- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة يعتبرها جمهور الناس من الضروريات الأساسية التي لا غنى لهم عنها^(١٠٥)، وبشرط أن تكون هذه السلعة أو الخدمة محل احتكار قانوني أو فعلي من قبل الطرف الأقوى اقتصادياً^(١٠٦). وعلى ذلك، يمكن تعريف عقد الإذعان- طبقاً لهذا الاتجاه- بأنه: العقد الذي يُسلم فيه القابل بشروط مقررة، يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها^(١٠٧).

ثانياً- الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم عقود الإذعان:

يرى فقهاء هذا الاتجاه^(١٠٨) أنه يكفي لكي يندرج عقد ما تحت طائفة عقود الإذعان، أن يقوم أحد طرفيه بصياغة شروط هذا العقد من خلال نموذج نمطي، مُعد بصورة

^(١٠٥) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "السلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب، ولو كانت جائرة وشديدة". نقض مدني في ٢٢ أبريل سنة ١٩٩١م، الطعن رقم ١٣٢٠، لسنة ٥٥٥ق، سابق الإشارة إليه.

^(١٠٦) من الجدير بالذكر، أن المثال الأبرز للاحتكار القانوني يتمثل في شركات الكهرباء والمياه والغاز، أما الاحتكار الفعلي فيكون نتيجة لسيطرة الشركات، وتكثف المنتجين على سلعة أو خدمة معينة؛ بهدف توحيد شروط التعاقد مع عملائهم، كما هو الحال بالنسبة لشركات الاتصالات، والنقل الجوي، وغيرهم.

^(١٠٧) عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦م، ص ٧٧. ومن الجدير بالذكر أن الفقيه السنهوري- رحمه الله- عرّف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب"، ورغم أن هذا التعريف لا يبين من خلاله فكرة الربط بين الإذعان والشروط الثلاثة التي نادى بها الاتجاه التقليدي؛ إلا أن الفقيه الكبير في تعليقه على هذا التعريف أشار إلى ضرورة توافر هذه الشروط للقول بتوافر صفة الإذعان في العقد. ولمزيد من التفاصيل انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٣.

^(١٠٨) حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٧٧. محمد سعد خليفة: مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٢٨ وما بعدها. عمر محمد عبد الباقي: المرجع السابق، ص ٤٦٦ وما

مسبقة، ولا يملك الطرف الآخر إمكانية تعديل هذه الشروط، أو التفاوض حولها، ولا يشترط أن يكون هناك احتكار قانوني أو فعلي لسلمة أو خدمة ضرورية؛ فالإذعان - من وجهة هذا الاتجاه - يأتي من عدم قدرة أحد المتعاقدين على مناقشة شروط العقد، بالنظر إلى قلة خبراته في النواحي الفنية والقانونية، وضعف قدراته الاقتصادية مقارنة بالطرف الآخر، الذي أعد بنود العقد بصورة مسبقة، والتي غالباً ما يتم صياغتها لمصلحته. وقد انتقد فقهاء الاتجاه الحديث ما ذهب إليه فقهاء الاتجاه التقليدي، من ضرورة توافر الخصائص الثلاث - سالف الذكر - في العقد لتكيفه بأنه من عقود الإذعان، ودعوا إلى هجر هذه الفكرة، التي رأوا - من وجهة نظرهم - أنها تقليدية، وينبغي أن يحل محلها فكرة حديثة، مؤداها أن العقد يُصنّف بأنه من عقود الإذعان متى استقل أحد طرفيه بوضع شروطه بصورة مسبقة، وبصيغة لا تسمح للطرف الآخر بالتفاوض حولها. وعلى ذلك، يُعرّف عقد الإذعان - من وجهة نظر الاتجاه الحديث - بأنه: خضوع أحد الطرفين لعقد محرر سلفاً من جانب المتعاقد الآخر، دون أن يستطيع مناقشة بنود هذا العقد أو تعديلها^(١٠٩).

بعدها. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٦. عنان نصيرة خلوي: الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٣م، ص ٣٥ وما بعدها. بشار طلال مؤمني: نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، ع ٢٢، يونيو ٢٠١٨م، ص ٦٠٩ وما بعدها.

ومن الفقه الفرنسي راجع:

SEYSSSEL(M.-C.): L'abus de droit dans les contrats, thèse de doctorat, Université de Chambéry, 2004, p.225; DAVID(L.): Le contrat d'adhésion, DEA, Université de La Réunion, 2016-2017, p.14.

^(١٠٩) لاشين محمد الغاياتي: دروس في مصادر الالتزام، بدون ناشر، ١٩٨٣م، ص ٦٣. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٦٩.

DELEBECQUE(Ph.) et PANSIER(F.-J.): Droit des obligations, contrat et quasi - contrat, Litec, Paris, 2001, n° 36, p.21; FLOUR(J.), AUBERT(J.-L.) et SAVAUX(É): Les obligations, l'acte juridique, ARMAND COLIN, 10e éd., 2002, n° 93, p.68.

ومن خلال هذا التعريف، فإن عقد الإذعان لدى فقهاء الاتجاه الحديث يتميز بخاصتين، هما:

- ١- انفراد "الموجب" بصياغة شروط العقد دون مشاركة الطرف الآخر.
- ٢- قدرة "الموجب" على فرض شروط العقد الموضوعية مسبقاً؛ بحيث لا يكون أمام الطرف الآخر سوى أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة.

الغصن الثاني

المفهوم الراجح لعقود الإذعان

بعد عرض الاتجاهين الفقهيين - التقليدي والحديث- في شأن تحديد مفهوم عقود الإذعان؛ فإن الباحث يؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني (الحديث) من أن صيغة التعاقد المعدة بصورة مسبقة من قبل "الموجب"، والتي لا تقبل بنودها المساومة أو التفاوض، تكفي بذاتها لإضفاء صفة الإذعان على العقد، ودون أن يتوقف ذلك على اشتراط تعلق هذا العقد بسلعة أو خدمة ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي من جانب "الموجب".

ويستند الباحث في تأييده لوجهة نظر الاتجاه الحديث إلى ثلاثة أسباب، وهي كالآتي:

السبب الأول: أن المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري قد وضعت تحديداً عاماً لمفهوم عقد الإذعان، حينما نصت على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها".

فهذا التحديد الوارد في النص المذكور، يتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم عقد الإذعان، فعندهم يقوم هذا العقد على أمرين، الأول: قيام "الموجب" بصياغة شروط العقد بصورة مسبقة، وعرضها على المتعاقد الآخر، والثاني: أن "الموجب" لا يسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط، فالأخير ليس أمامه إلا أن يقبل بهذه الشروط جملة أو يرفضها جملة، فإذا قبل بها انعقد العقد، وعُد- في هذه الحالة- من عقود الإذعان، دون أن يتطلب ذلك ضرورة توافر الشروط الأخرى التي يراها الاتجاه التقليدي.

فالإذعان يتحقق عندما يكون أحد طرفي العقد في مركز أقوى اقتصادياً ومعرفياً بمجال التعاقد، فيستغل هذا الموقف في الهيمنة على العملية العقدية من خلال صياغته لشروط العقد بصورة مسبقة، فراضاً إياها على المتعاقد الآخر الأضعف مركزاً، والذي ليس له التفاوض حول هذه الشروط أو الإضافة إليها أو الإنقاص منها.

السبب الثاني: أن في نص المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري- سالف الذكر- ما يجعل فكرة عقود الإذعان تتسع لتشمل ما قد يسفر عنه التطور الاقتصادي من صيغ أخرى للعقود تندرج تحت هذا المفهوم، في ظل انتشار ظاهرة العقود النمطية، التي ساعد على تفاقمها زيادة حجم الإنتاج، وظهور الشركات الضخمة، وانتشار صور التعاقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة^(١١٠).

السبب الثالث: أن المشرع الفرنسي عرّف عقد الإذعان- تحت اصطلاح عقد الانضمام- وذلك في المادة (L.1110/2) من التقنين المدني؛ حيث نصت على أنه: "العقد الذي يتضمن مجموعة من الشروط غير القابلة للمفاوضة، والمحددة مسبقاً من قبل أحد الطرفين"^(١١١).

ويبين من خلال هذا التعريف، أن المشرع الفرنسي تبنى ما ذهب إليه الاتجاه الحديث من انتهاج المفهوم الموسع لعقود الإذعان، والذي يكتفي بفكرة الشروط غير القابلة للتفاوض، والمحددة مسبقاً من قبل أحد الطرفين، لإضفاء صفة الإذعان على العقد.

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول بأن الاتجاه الذي يرى ضرورة توافر الخصائص الثلاث- السابق ذكرها- في العقد للقول بأنه من عقود الإذعان هو اتجاه تقليدي، ورغم

(١١٠) محمد سعد خليفة: المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها. وفي المعنى نفسه انظر: أيمن سعد سليم،

الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ١٧.

(١١١) Art. L.1110/2: "Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties".

Code civil, modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F., n° 0093 du 21 avril 2018.

أنه يتفق مع النظرية التقليدية القديمة التي كانت تتحفظ بشأن كل ما يقيد من مبدأ سلطان الإرادة؛ إلا أنه أصبح اليوم اتجاهاً شاذاً بوقوفه في وجه حماية المستهلك، وفق المفهوم الموسع لعقود الإذعان^(١١٢).

وعلى ذلك، وانطلاقاً من نص المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري- والتي تقابل نص المادة (L.1110/2) من التقنين المدني الفرنسي- يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه: العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب سلفاً، ولا يقبل المناقشة فيها^(١١٣).

الفرع الثاني

مدى توافر صفة الإذعان في اتفاق التمويل العقاري

اتضح مما سبق، أن الاتجاه الحديث في شأن تحديد مفهوم عقود الإذعان- والذي رجحه الباحث- يرى أن صفة الإذعان تتوافر في العقد عندما يتمكن أحد أطرافه من أن يفرض على الطرف الآخر شروطه، من خلال صيغة نمطية معدة مسبقاً، غير قابلة للتفاوض أو المساومة.

ولمّا كان الواقع العملي يشير إلى أن اتفاقات التمويل العقاري ترد في شكل نماذج نمطية معدة مسبقاً من قبل الممول، وغير قابلة للتفاوض حول ما ورد بها من بنود، فإن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: هل يُعد اتفاق التمويل العقاري من عقود الإذعان؟ واقع الأمر أنه في ظل المفهوم الحديث لطائفة عقود الإذعان، فإنه يمكن القول بأن اتفاق التمويل العقاري يندرج تحت هذه الطائفة من العقود، فالثابت أن هذا الاتفاق يتم

^(١١٢) حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ٥٨ وما بعدها.

^(١١٣) أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ١٧. وفي المعنى نفسه انظر: محمد بن علي القرني، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة- المملكة العربية السعودية، ع ١٤٤، ج ٣، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م، ص ٣٠٨.

صياغته في شكل نموذج نمطي يُعده الممول بصورة مسبقة، ويتضمن شروطاً ثابتة لا تتيح للمستثمر مجالاً للتفاوض أو المناقشة.

غير أن البعض قد يرى عكس ذلك^(١١٤)، بزعم أن المستثمر له حرية الاختيار بين جهات التمويل العقاري، وأنه بإمكانه حال عدم تناسب الشروط المطروحة عليه من قبل إحدى هذه الجهات أن يتعامل مع جهة أخرى، بشروط تتفق مع ما يطمح إليه. وهذا الرأي مردود عليه، ذلك أن استعراض الشروط الواردة في نماذج الاتفاقات التي تطرحها جهات التمويل العقاري، يتضح من خلالها أنها واحدة المضمون، حتى وإن اختلفت التعبيرات المستعملة في صياغتها، الأمر الذي يجعل حرية الاختيار أمام المستثمر شبه معدومة، ومن ثم لن يمكنه في النهاية- إذا أراد الحصول على التمويل- إلا التسليم بصيغة الاتفاق المطروحة أمامه، والإذعان لما يمليه عليه الممول من شروط^(١١٥).

أيضاً قد يرى البعض^(١١٦) أن رقابة السلطة العامة على جهات التمويل العقاري^(١١٧)، وعلى الاتفاقات التي تطرحها على العملاء، وإلزام هذه الجهات بمحاكاة

^(١١٤) في عرض هذا الرأي انظر: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٥.

^(١١٥) فواز بن خلف اللويح المطيري: المرجع السابق، ص ٥٨.

^(١١٦) في عرض هذا الرأي انظر: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها.

^(١١٧) أناط المشرع المصري بالهيئة العامة للرقابة المالية مراقبة الشركات المرخص لها بممارسة نشاط التمويل العقاري، وقد جاء في المادة ٤٢ من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م - المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- ما نصه: "لمجلس إدارة الهيئة في حالة مخالفة الشركة أي من أحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له أو إذا فقدت شرطاً من شروط الترخيص أو إذا قامت بما من شأنه تهديد استقرار السوق أو مصالح المساهمين فيها أو المتعاملين معها أن تتخذ تدبيراً أو أكثر من التدابير الآتية:

أ- توجيه تنبيه إلى الشركة بإزالة المخالفة خلال المدة وبالشروط المحددة في التنبيه.

ب- مطالبة رئيس مجلس إدارتها بدعوة المجلس أو الجمعية العامة للانعقاد للنظر في أمر المخالفات المنسوبة إليها واتخاذ اللازم نحو إزالتها.

ج- حل مجلس إدارة الشركة وتعيين مفوض لإدارتها لحين تعيين مجلس جديد بالأداة القانونية المقررة.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

النموذج المعتمد من الهيئة العامة للرقابة المالية^(١١٨)، هي كلها إجراءات كفيلة بتوفير الحماية اللازمة للمتعاقد مع هذه الجهات، ومن ثم فإنه على فرض توافر صفة الإذعان في هذه الاتفاقات، فلا أثر لذلك على طالب التمويل، فهذه الرقابة تُعد مانعاً في مواجهة أي شرط مجحف يمكن أن يُدرج في هذه الاتفاقات.

وهذا الرأي مردود عليه- أيضاً- بأن المشرع لم يُعمل أية تفرقة بين مختلف أنواع العقود، بشأن إسباغ الحماية المقررة للمتعاقد في مواجهة ما قد تتضمنه من شروط تعسفية، فالأصل أن هذه الحماية تشمل أنواع العقود كافة، حتى لو تمت صياغتها وفق النماذج المعتمدة من قبل السلطات العامة، ذلك أن البنود الواردة في العقود النمطية التي تخضع لرقابة هذه السلطات ليست بمنأى عن إمكانية الطعن فيها على أساس أنها تتضمن شروطاً تعسفية، قياساً على عقود الاشتراك في خدمات الكهرباء أو الغاز أو المياه أو التليفونات^(١١٩).

د- المنع من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص بمزاولة لفترة محددة أو منع التعامل مع عملاء جدد.

ه- إلغاء ترخيص مزاوله بعض أو كل الأنشطة المرخص بمزاولةها.

ويجوز أن تصدر التدابير المنصوص عليها بالبندين (أ، ب) من رئيس الهيئة، كما يجوز له اتخاذ أي من التدابير المنصوص عليها في البند (د) من هذه المادة إذا كان الخطر من شأنه أن يترتب عليه ضرر يتعذر تداركه، وذلك لمدة أقصاها شهر أو لحين العرض على مجلس إدارة الهيئة أيهما أقرب. ويجوز لمجلس إدارة الهيئة تقرير ما يراه مناسباً من تدابير أخرى للحفاظ على حقوق المتعاملين مع هذه الشركة.

كما يجوز للمجلس تحقيقاً لاستقرار السوق أو حماية لحقوق المتعاملين مع الشركة أو في حالة تعرض الشركة لمشاكل مالية تؤثر على مركزها المالي إلزام الشركة بزيادة رأسمالها المدفوع أو الأموال المخصصة لمزاولة النشاط أو معدل ملاءتها المالية وفقاً لجدول زمني محدد".

^(١١٨) جاء في صدر المادة السادسة من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م - المعدل بالقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٤م- ما نصه: "يكون التمويل العقاري بموجب اتفاق بين أطراف التمويل وفقاً للنماذج المعتمدة من الهيئة،.....".

^(١١٩) GHESTIN(J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE(I.): L'application en France de la directive visant à éliminer les causes abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, J.C.P. éd. G., 1995, I, 3854, 275-282.

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول إن اتفاق التمويل العقاري يندرج تحت طائفة عقود الإذعان، الأمر الذي يترتب عليه إمكان استفادة المستثمر مما توفره القواعد العامة من حماية للطرف المذعن، استناداً لنظرية الإذعان.

الفصل الثاني

مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن التطورات الصناعية والاقتصادية التي عاشتها المجتمعات الغربية مع بدايات القرن العشرين كان لها انعكاسها على المجال القانوني، ففي مجال العقود ظهرت طائفة عقود الاستهلاك، والغالب فيها أنها تُعد من قبل المهنيين بصورة مسبقة، وتطرح على المستهلكين بصيغة نمطية لا تقبل التفاوض أو المناقشة، فيما اصطلح على تسميته بعقود الإذعان.

وتُعد طائفة عقود الإذعان - والحال هذه - مجالاً خصباً للشروط التعسفية؛ حيث غالباً ما تتضمن هذه العقود بعض الشروط التي يتم صياغتها لمصلحة الطرف المهني، والتي تأتي على حساب المستهلك^(١٢٠)، الذي لا يمكنه رفضها دون باقي الشروط، بالنظر إلى صيغة التعاقد التي لا تقبل المناقشة أو التعديل.

ولا يخرج اتفاق التمويل العقاري عن هذا المفهوم، فالممول - بما يحوزه من إمكانات اقتصادية ودراية بمجال التعاقد - ينفرد بإعداد صيغة عقدية غير قابلة للتفاوض أو المناقشة، ويفرضها على المستثمر، مع قدرته - من خلال خبراته العملية وأجهزته الفنية - على صياغة هذه الشروط بطريقة تحقق له بعض المصالح أو تمنحه بعض الميزات على حساب المستثمر، كأن يعطي لنفسه حقاً لا يقابله التزام، أو يحمّل المستثمر بالتزام غير مبرر أو يتنافى مع طبيعة الاتفاق^(١٢١)، أو يفرض على المستثمر جزءاً مبالغاً فيه حال إخلاله بأي التزام ناتج عن الاتفاق، حتى لو كان هذا الالتزام غير جوهري.

مشار إليه لدى: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٦.

(١٢٠) حمد الله محمد حمد الله: المرجع السابق، ص ٤٤. ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٣٨.

(١٢١) ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

وأمام هذه الاعتبارات، كرس المشرعون في النظم القانونية المقارنة مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، من خلال النص على بعض الآليات القانونية اللازمة لهذه المواجهة، والتي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف، الذي رضخ لشروط التعاقد الموضوعة من قبل المهني، والتي ما كان ليقبل بها لولا صيغة التعاقد التي لم تمنحه مجالاً للتفاوض أو المساومة.

واستكمالاً لعناصر البحث؛ فإنه من الأهمية بمكان التعرض لآليات مواجهة الشروط التعسفية في إطار اتفاق التمويل العقاري، على أن يسبق ذلك تعريف الشروط التعسفية، وتطبيقاتها في إطار هذا الاتفاق، وهو ما يقتضي تقسيم هذا الفصل لمبحثين، على النحو الآتي:

المبحث الأول: الشروط التعسفية وتطبيقاتها في اتفاق التمويل العقاري.

المبحث الثاني: آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري.

المبحث الأول

الشروط التعسفية وتطبيقاتها في اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن صفة الإذعان في اتفاق التمويل العقاري، تنشأ من قدرة الممول - مدعوماً بخبراته العملية وأجهزته الفنية - على الانفراد بإعداد بنود هذا الاتفاق بصورة مسبقة، وفرضه على المستثمر بصيغة لا تقبل التفاوض أو المناقشة.

غير أن صفة الإذعان في التعاقد ليست مقصودة لذاتها، وإنما هي وسيلة يلجأ إليها المهني - في أغلب الأحوال - كي يفرض على المستثمر من الشروط ما يحقق له بعض الميزات على حساب الأخير، الأمر الذي قد توصف معه هذه الشروط بأنها تعسفية، وهو ما يقتضي تطبيق الآليات القانونية اللازمة لمواجهتها.

ولكن قبل التعرض لهذه الآليات؛ فإنه يجدر بنا أن نحدد ماهية الشروط التعسفية، كما يتعين التعرض لبعض تطبيقاتها في إطار اتفاق التمويل العقاري، وهو ما يقتضي تقسيم هذا المبحث لمبحثين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية.
المطلب الثاني: تطبيقات الشروط التعسفية في إطار اتفاق التمويل العقاري.

المطلب الأول

ماهية الشروط التعسفية

تمهيد وتقسيم:

يُشير الواقع العملي إلى أن أغلب العقود التي تبرم بين الأفراد والكيانات الاعتبارية تُصاغ من قبل هذه الكيانات بصورة مسبقة، وبصيغة نمطية لا تسمح للمتعاقد بإمكانية التفاوض حول بنودها، والتي قد تفرض عليه شروطاً ما كان ليرضى بها لو أُتيح له حرية التفاوض بشأنها. ولا يخرج اتفاق التمويل العقاري عن هذا الواقع، الأمر الذي تثار معه التساؤلات الآتية: هل كل الشروط التي ما كان المستثمر ليقبلها في اتفاق التمويل العقاري على فرض أنه من عقود المساومة تُعد تعسفية؟ وبمعنى آخر ما المقصود بالشروط التعسفية؟ وما المعايير التي يمكن من خلالها تحديد هذه الشروط؟ وكيف يمكن تمييز الشروط التعسفية عن غيرها من شروط التعاقد الأخرى؟ الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي أن أتعرض لتعريف الشروط التعسفية، وبيان معايير تحديدها، والأساليب المتبعة في تمييزها عن غيرها من شروط التعاقد الأخرى، وهو ما يتطلب تقسيم هذا المطلب ثلاثة فروع، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية.

الفرع الثالث: أساليب تمييز الشروط التعسفية.

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية

تُعتبر الشروط التعسفية من أهم الالتزامات التي تثقل كاهل المستهلك، والتي عادة ما ترد في عقود الإذعان؛ لذا اهتمت النظم القانونية المقارنة بها، من خلال وضع

الآليات القانونية اللازمة لمواجهتها، انطلاقاً من حالة عدم التكافؤ الاقتصادي والمعرفي الواضح بين المهنيين والمستهلكين.

والحديث عن تعريف الشرط التعسفي يقتضي التعرض لتعريفه في اللغة (أولاً)، ثم في الاصطلاح القانوني (ثانياً)، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً- التعريف اللغوي للشرط التعسفي:

اصطلاح الشرط التعسفي يتكون من كلمتين:

أ- الشَّرْطُ: هذه الكلمة تعني ما يُوضع لِيُلتَزَمَ في بيع أو نحوه، واشْتَرَطَ عليه كذا:

شَرَطَ، وشَارَطَه على كذا: شَرَطَ عليه، وتَشَارَطَا على كذا: شَرَطَ كل منهما على

صاحبه^(١٢٢).

وقد فرق بعض العلماء بين الشرط محرك الرأء وساكنها بقولهم: (الشَّرْطُ) إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، و(الشَّرْطُ) بالتحريك: العلامة، وجمعه أشْرَاطُ، ومن ذلك أشْرَاطُ الساعة، بمعنى علاماتها^(١٢٣).

ب- التَّعَسُّفِي: أصل الكلمة من عَسَفَ، بمعنى حاد وعدل، وعَسَفَ في الأمر: فعله

بلا روية ولا تدبير، وعَسَفَ فلاناً: أخذَه بالعنف والقوة وظلمه، ويقال عَسَفَ المرأة:

غضبها نفسها واعتدى عليها، وأعَسَفَ فلان: سار في الليل على غير هدى^(١٢٤).

وعلى ذلك، يمكن تعريف الشرط التعسفي لغةً بأنه: ما يُدرج في العقود من

التزامات، تخرج عن الحد المألوف في المعاملات أو تجافي منطق العدالة العقدية.

ثانياً- تعريف الشرط التعسفي في الاصطلاح القانوني:

تعددت التعريفات التي أطلقها فقهاء القانون على اصطلاح الشرط التعسفي؛ حيث

ذهب جانب منهم إلى تعريفه بأنه: ذلك الشرط الذي يُفرض على غير المهني أو

المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية،

^(١٢٢) مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

^(١٢٣) محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب، تحقيق/ عبد الله على الكبير وآخرون، دار المعارف،

القاهرة، بدون سنة نشر، مادة شرط، ص ٢٢٣٥.

^(١٢٤) مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٠٠ وما بعدها.

بغرض الحصول على ميزة مجحفة^(١٢٥). في حين عرّفه جانب آخر بأنه: النص أو الاشتراط المفروض بواسطة أحد الطرفين على الطرف الآخر، بهدف الحصول - في المراحل المختلفة للعلاقة التعاقدية - على مركز (وضع) مميز، في الوقت الذي يكون فيه هذا الاشتراط غير ملائم بالنسبة للطرف القابل^(١٢٦).

وفي تعريف ثالث هو: الشرط الذي يُفرض من الطرف الأقوى اقتصادياً في العقد على الطرف الأضعف، بحيث ينتج عنه عدم توازن بين حقوق والتزامات الطرفين، لمصلحة الطرف الأقوى^(١٢٧).

بينما عرفه رأي رابع بأنه: الشرط الذي يورده المهني عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المهني (عديم الخبرة)، ويهدف من خلاله إلى ترتيب الالتزامات العقدية على نحو يحقق له أكبر مصلحة، ولو على حساب الطرف الآخر^(١٢٨).

وأما عن التشريع، فيلاحظ أن المشرع المصري لم يتعرض لتعريف الشرط التعسفي، سواء في القانون المدني أو في قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م، في حين تعرض المشرع الفرنسي لتعريف هذا الشرط في المادة (L.212-1) من تقنين الاستهلاك، والتي جاء نص الفقرة الأولى منها على النحو الآتي: "في العقود المبرمة بين مهنيين ومستهلكين، تكون تعسفية تلك الشروط التي من شأنها بسبب موضوعها أو تأثيرها أن تنشئ على حساب المستهلك عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات طرفي العقد"^(١٢٩).

^(١٢٥) السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق، ص ٣٢.

MARTIN(R.): Le consommateur abusif, D. 1987, chron., XXXI, p.51.

^(١٢٦) GRIDEL(J.-P.): Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D. 1984, chron., XXV, p.153; BIHL(L.): Le droit de la vente, Dalloz, 1986, n° 405 et s., p.194 et s.

^(١٢٧) أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

^(١٢٨) سميح جان صغير: دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، جامعة الروح القدس، لبنان، ع٧، ٢٠٠١م، ص ١٥.

(129) Art. L.212-1: "Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- ويتضح من خلال هذه التعريفات أن الشرط التعسفي يعتمد في وجوده على عنصرين أساسيين، هما^(١٣٠):
- ١- أن يُفرض هذا الشرط على غير المهني أو المستهلك، نتيجة تعسف الطرف المهني في استعمال هيمنته الاقتصادية والفنية.
 - ٢- أن يؤدي هذا الشرط إلى إخلال واضح في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، لمصلحة الطرف المهني.
- وعلى ذلك، فإن من أهم سمات الشرط التعسفي هو أنه يهدد التوازن المنشود في العقد، فيجعل التزامات أحد أطرافه (الأضعف اقتصادياً) أكبر بكثير من التزامات الطرف الآخر، أو يلقي على عاتقه التزامات لا تقابلها حقوق في العقد^(١٣١).

الفرع الثاني

معايير تحديد الشروط التعسفية

يعتمد القاضي في تكييفه للشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان على معيار تقليدي، نصت عليه المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري، وهو معيار العدالة^(١٣٢)؛ غير أن القواعد المستحدثة التي أتت بها قوانين الاستهلاك أدت إلى ظهور ثلاثة معايير يمكن على أثرها تحديد الطابع التعسفي للشرط العقدي محل النزاع، وهي: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ومعيار الميزة الفاحشة، ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F., n° 0064 du 16 mars 2016.

^(١٣٠) حمد الله محمد حمد الله: المرجع السابق، ص ٥٩. أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص ٨٧. سميح جان صفيير: المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

^(١٣١) أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ٥٣.

^(١٣٢) وفي ذلك تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يُعَدِّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وفيما يلي نتناول مضمون هذه المعايير الثلاثة بشيء من التفصيل، مع بيان رأي الفقه حولها، وما يترجح منها، وذلك على النحو الآتي:
أولاً- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

يُقصد بهذا المعيار: أن يُفرض الشرط التعسفي من المهني على المستهلك، نتيجة تعسف الأول في استعمال قوته الاقتصادية^(١٣٣).

غير أن الفقه لم يتفق على هذه الفكرة كمعيار لتحديد الشروط التعسفية؛ حيث ثار بشأنها خلاف حول ما إذا كان التعسف المقصود هنا هو التعسف في استعمال الحق أو التعسف في استغلال الموقف^(١٣٤).

كذلك رأى البعض^(١٣٥) أن هذا المعيار يتسم بالغموض وعدم الدقة، ذلك أن المهني - طبقاً لهذا المعيار - لا بد أن يستعمل قوته الاقتصادية كي يفرض على المستهلك شروطه، الأمر الذي يدفع إلى الاعتقاد بأن التفوق الاقتصادي صفة ملازمة للمشروعات الكبرى، وهو توصيف محل نظر^(١٣٦)، فقد يتمتع مشروع صغير بقوة تمكنه من فرض ما يشاء من شروط على المستهلكين بحكم وضعه المحلي المسيطر، في

^(١٣٣) حسينة شرون ونجاة حملاوي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون ٢/٤ بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع ٤٤، أبريل ٢٠١٧م، ص ٥٦.

^(١٣٤) في عرض هذا الخلاف الفقهي انظر: رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع ٥٤، ٢٠٠٨م، ص ٣٤٩ وما بعدها.

^(١٣٥) أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ١٢٧ وما بعدها. عمر محمد عبد الباقي: المرجع السابق، ص ٤٠٥. مولود بغدادى: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٤م/٢٠١٥، ص ٤٨ وما بعدها. عبد القادر سعدي: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، ٢٠١٥م/٢٠١٦، ص ٦١.

^(١٣٦) رباحي أحمد: المرجع السابق، ص ٣٥٣.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

الوقت الذي لا يمكن لمشروع كبير أن يقوم بذلك خشية أن تتأثر سمعته^(١٣٧)، ومن ثم فلا يمكن الاعتماد على ضخامة المشروع أو حجمه كمحدد لحالة التفوق الاقتصادي، وهو ما يعني ضرورة البحث عن محدد لهذه الحالة، إذا أردنا الاعتماد عليها في تحديد الطابع التعسفي للشرط محل النزاع.

ثانياً - معيار الميزة الفاحشة:

يُقصد بالميزة الفاحشة: هو أن يفرض المهني على المستهلك مقابل مغالاً فيه من خلال شروط التعاقد، بما يعني حصول المهني على مزايا مبالغ فيها على حساب المستهلك، نتيجة استعماله الأول لنفوذه الاقتصادي^(١٣٨).

وطبقاً لهذا المفهوم، فإن معيار الميزة الفاحشة يُعد نتيجة منطقية للمعيار الأول الخاص بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية؛ فالمعيار الأول يؤدي حتماً إلى الثاني، لأن الشرط لا يوصف بأنه تعسفي؛ إلا إذا كانت الميزة الفاحشة التي حصل عليها المهني ناتجة عن تعسفه في استعمال نفوذه الاقتصادي^(١٣٩).

ورغم أن هذا المعيار يُعد معياراً موضوعياً^(١٤٠)، إلا أنه لم يسلم من النقد كسابقه، حيث جاء غامضاً وخالياً من تحديد كيفية تقدير الميزة الفاحشة التي يمكن أن يحصل عليها المهني، فهو لم يحدد رقماً معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار نظرية الغبن^(١٤١)، كذلك لم يبين لنا ما إذا كان هذا التقدير يعتمد على النظر إلى الشرط الذي

^(١٣٧) عاطف عبد الحميد حسن: المرجع السابق، ص ٩٩. أحمد محمد الرفاعي: المرجع السابق، ص ١٢٧ وما بعدها.

^(١٣٨) فتيحة حماز: الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، ٢٠١٧/١٨/٢٠١٨م، ص ١٣. ^(١٣٩) زكرياء خليل: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المجلد ١١، ع ١٢، ٢٠١٦م، ص ٢١.

^(١٤٠) معمر علي نجم: الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد ٨، ع ٢٨، ٢٠١٩م، ص ٩١.

^(١٤١) في تحديد قيمة الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية، نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدني المصري على أنه: "١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على

يمنح هذه الميزة منعزلاً أم يتم النظر إليه مقارنة بشروط التعاقد الأخرى^(١٤٢)، أيضاً لم يحدد هذا المعيار طبيعة هذه الميزة، ذلك أن الميزات منها ما هي ذات طابع مالي؛ كالشروط المتعلقة بالأسعار وكيفية دفعها، ومنها ما هي ليست كذلك؛ كالشروط المتعلقة بالتسليم وفسخ العقد وتعديله^(١٤٣).

ثالثاً- معيار الإخلال بالتوازن العقدي:

على المستوى التشريعي، ظهرت فكرة التوازن العقدي للمرة الأولى عند صدور التوجيه الأوروبي رقم (١٣/٩٣) بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، حين عرّف الشرط التعسفي بأنه: "الشرط في العقد الذي لم يكن محلاً للتفاوض الشخصي يعتبر تعسفياً رغم مقتضيات حسن النية، عندما يرتب على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد"^(١٤٤).

ويُتصد بفكرة الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي: عدم تعادل واضح بين الحقوق والالتزامات العقدية، يتجلى في منح المهني ميزة على حساب المستهلك، من خلال

الخمس، فلبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ٢-ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

ومن الجدير بالذكر، أن فكرة الميزة الفاحشة تتشابه إلى حد كبير مع فكرة الغبن المعروفة في القانون المدني، فكلاهما يتنافى مع العدالة العقدية، ويترتب على وجود أي منهما اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، غير أنهما يختلفان من حيث محل التعسف، فهو في الغبن ينصب على الثمن، في حين أنه في الميزة الفاحشة ينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد. انظر في ذلك: معمر علي نجم، المرجع السابق، ص ٩١.

^(١٤٢) حسينة شرون و نجاة حملاوي: المرجع السابق، ص ٥٨.

^(١٤٣) محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع،

القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٧٤. عيد القادر سعدي: المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها.

Art. 3/1: "Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat".

Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, précitée.

شروط التعاقد الموضوعة مسبقاً من قِبَل المهني، والتي لا يستطيع المستهلك مناقشتها أو التفاوض حولها^(١٤٥).

ورغم أن هذا المعيار يتلافى الانتقادات التي وجهت إلى المعيارين السابقين؛ إلا أن البعض^(١٤٦) يرى أنه مجرد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة، ولا أثر لاختلاف بينهما إلا في الاسم فقط، ف كلا المعيارين ينظران إلى ما يحصل عليه أحد طرفي العقد (المهني) من منفعة على حساب الطرف الآخر (المستهلك)، فالميزة الفاحشة هي إخلال ظاهر بالتوازن العقدي من حيث الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، سواء تعلق هذا الإخلال بالجانب المالي أو بالجوانب الأخرى للعقد^(١٤٧).

غير أن إمعان النظر في هذين المعيارين يقودنا إلى إنكار فكرة التطابق بينهما، وترجيح الأخذ بفكرة الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي كمعيار لتحديد الشروط التعسفية، ذلك أن وجود الميزة الفاحشة لصالح أحد أطراف العقد قد لا يترتب عليها- في جميع الأحوال- إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، إذ من الممكن أن يكون في العقد شرط آخر يمنح الطرف الثاني مزايا تتقي معها فكرة الإخلال بالتوازن العقدي^(١٤٨).

كذلك لا ينبغي النظر إلى شروط العقد الجوهرية فقط لمعرفة ما إذا كان هناك إخلال بالتوازن العقدي من عدمه، بل يتعين- أيضاً- النظر إلى الشروط الأخرى غير الجوهرية التي تحكم العقد^(١٤٩).

وعلى ذلك، فإن أفضل الحلول لتحديد الشرط التعسفي هو النظر إلى العقد باعتباره وحدة واحدة لا تتجزأ، من خلال مقارنة التزامات الأطراف المتقابلة في مجموعها، للتأكد من وجود التوازن العقدي من عدمه، فحيثما وُجد هذا التوازن فلا مجال للحديث عن الشرط التعسفي، أما إذا كان هذا التوازن مفقوداً فهنا يثور البحث عن الشرط الذي أحل

^(١٤٥) معمر على نجم: المرجع السابق، ص ٩٢.

^(١٤٦) عبد القادر سعدي: المرجع السابق، ص ٦٥.

^(١٤٧) معمر على نجم: المرجع السابق، ص ٩٢.

^(١٤٨) عبد القادر سعدي: المرجع السابق، ص ٦٥.

(149) REVET(T.): Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016, chron., n° 30, p.1771 et s.

بهذا التوازن، والنظر إليه باعتباره شرطاً تعسفياً، ولا شك أن المنوط بهذه المهمة هو قاضي الموضوع، الذي له أيضاً- الرجوع إلى كافة الظروف المحيطة بالعقد، دون حاجة إلى نص قانوني يؤكد ذلك، فهذه المكنة تُعد من مسلمات العمل القضائي في تعامله مع العقود كافة، حال توليه سلطة تفسيرها^(١٥٠).

الفرع الثالث

أساليب تمييز الشروط التعسفية

تمهيد وتقسيم:

لا جدال في صعوبة وضع تعداد حصري للشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في مختلف المعاملات الموجودة في الواقع العملي، الأمر الذي أدى إلى اختلاف النظم القانونية المقارنة فيما بينها بشأن الأساليب التي يمكن الاعتماد عليها في تمييز هذه الشروط. ولم يكن النظام القانوني المصري ونظيره الفرنسي بمنأى عن هذا الاختلاف؛ حيث لم يتبع أسلوباً واحداً في تمييز الشروط التعسفية، بل كان لكل منهما منحاه في اختيار الأسلوب الذي يراه الأمثل من وجهة نظره.

وفي هذا الفرع من الدراسة، رأيت أن أعرض لأسلوب تمييز الشروط التعسفية في كل من مصر وفرنسا، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

الفصل الأول: أسلوب تمييز الشروط التعسفية في مصر.

الفصل الثاني: أسلوب تمييز الشروط التعسفية في فرنسا.

الفصل الأول

أسلوب تمييز الشروط التعسفية في مصر

في تمييز الشروط التعسفية، تبنى المشرع المصري ما يُعرف بالأسلوب التقديري، ويُقصد به: أن يُترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد الشروط التعسفية التي قد ترد في عقود الإذعان.

(١٥٠) رباحي أحمد: المرجع السابق، ص ٣٦١.

ويبين اتجاه المشرع المصري في تبنيه لهذا الاسلوب من خلال نص المادة ١٤٩ من القانون المدني^(١٥١)؛ حيث أعطى المشرع بمقتضاها لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان الشرط المتنازع عليه في أحد عقود الإذعان يُعد من الشروط التعسفية أم لا^(١٥٢). وقد استقرت أحكام النقض المصرية على أن تحديد طبيعة الشرط المدرج بعقد الإذعان من حيث كونه تعسفياً أم لا هو من مسائل الواقع، التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض^(١٥٣).

غير أن ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية أمر لا يخلو من العيوب، بالنظر إلى أن هذه السلطة مناطها الاجتهاد، وهو عمل تختلف فيه وجهات النظر، كما تتفاوت فيه الأفهام، لذا جاءت أحكام القضاء المصري متباينة في هذا الشأن، فتارة رأى القضاء أن الشرط التعسفي هو الذي لا يتفق مع باقي نصوص العقد^(١٥٤)، وتارة ثانية رأى أن الشرط التعسفي هو الذي يناقض جوهر

^(١٥١) تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يُعَدِّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

^(١٥٢) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "مؤدى نص المادة ١٤٩ من القانون المدني أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروطاً تعسفية، فإن للقاضي أن يُعَدِّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة، ومحكمة الموضوع هي التي تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا". نقض مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٨٩م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٨٨، لسنة ٥٧ ق، ج ٣، ص ٢٨٨.

^(١٥٣) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "تقدير ما إذا كان الشرط المدرج بعقد الإذعان شرطاً تعسفياً، يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه ويعفي الطرف المدعن منه، في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملاً بنص المادة ١٤٩ من القانون المدني، من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع". نقض مدني في ٢٦ مارس سنة ١٩٨٩م، الطعن رقم ١٥٥٦، لسنة ٥٦ ق، سابق الإشارة إليه. نقض مدني في ٢٢ أبريل ١٩٩١م، الطعن رقم ١٣٢٠، لسنة ٥٥ ق، سابق الإشارة إليه.

^(١٥٤) نقض مدني مصري في ١٨ يونيو سنة ١٩٥٣م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣١٠، لسنة ٢٠ ق، ص ١١٤٢.

العقد أو يخالف النظام العام^(١٥٥)، وتارة ثالثة اعتبر القضاء أن الشرط التعسفي هو الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصادياً في العقد^(١٥٦).

ورغم تباين أحكام القضاء المصري في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية في عقود الإذعان؛ إلا أن المشرع لم يغير موقفه من ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في هذا الشأن، وهو ما تؤكد بصدر قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م^(١٥٧)؛ حيث جاء خلواً من أي تنظيم للشروط التعسفية أو لأساليب تمييزها، اعتماداً على التنظيم الوارد في نص المادة ١٤٩ من القانون المدني.

الغصن الثاني

أسلوب تمييز الشروط التعسفية في فرنسا

انتهج المشرع الفرنسي في تمييز الشروط التعسفية أسلوباً يعتمد على الجمع بين السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وبعض القوائم التي تتضمن تعداداً للشروط التي

^(١٥٥) نقض مدني مصري في ٢١ فبراير سنة ١٩٦٠م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٢٩٦، لسنة ٢٥ ق، ص ٣٣٠.

^(١٥٦) نقض مدني مصري في ١ مارس سنة ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٩٦ و ٣٩٨، لسنة ٣٧ ق، ص ٤٩٢.

^(١٥٧) من الجدير بالذكر أن المشرع المصري نص في المادة ٢٨ من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها". وقد يرى البعض - للوهلة الأولى - أن المشرع المصري تخلى عن فكرة ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وأنه جاء بتحديد تشريعي لهذه الشروط؛ غير أن هذا الاعتقاد يزول إذا علمنا أن هذا النص له طابع عام، ولا يتعلق بالشروط التعسفية بصفة خاصة؛ حيث أورده المشرع في قانون حماية المستهلك بهدف ضمان تطبيق ما ورد فيه من أحكام تخص الالتزامات العامة للمهني، ويؤكد ذلك موضع هذا النص بين الأحكام التي أتى بها هذا القانون؛ حيث ورد في نهاية الفصل الأول الخاص بالالتزامات العامة للمورد والمعلن.

ينطبق عليها وصف التعسف^(١٥٨).

ويبدو أن المشرع الفرنسي أراد من اتباع هذا الأسلوب المزدوج، تجنب ما قد ينتج عن إعمال الأسلوب التقديري من تباين في الأحكام الصادرة عن قضاة الموضوع، في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية، والناجم عن اختلاف وجهات النظر، وتباين الأفهام من قاضٍ إلى آخر.

غير أن المشرع الفرنسي لم يصل إلى هذا الأسلوب المزدوج بين عشية وضحاها؛ فقد كان المشرع يتبنى أسلوب القوائم فقط، والذي جاءت به المادة (٣٥) من القانون رقم (٧٨-٢٣) بشأن الحماية والإعلام لمستهلكي المنتجات والخدمات، والتي نصت على أن: "يكون تحديد الشروط التعسفية عن طريق مراسيم تصدر عن مجلس الدولة، بعد أخذ رأي اللجنة المنشئة بالمادة (٣٦)"^(١٥٩)، وهي لجنة الشروط التعسفية^(١٦٠).

^(١٥٨) يُعد القانون الألماني الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٦م بشأن الشروط العامة للعقود من أوائل القوانين الأوروبية التي تضمنت قوائم خاصة بالشروط التعسفية؛ حيث تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط الأولى (وتسمى بالقائمة السوداء) تضم ستة عشر صنفاً من الشروط، اعتبرها المشرع باطلة متى وردت في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، منها تمتع المهني بالحق في رفع أسعار الخدمات والمنتجات التي لم تسلم، وإعفائه كلياً أو جزئياً من تبعات المسؤولية العقدية، واستبعاد أو تقييد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة. أما القائمة الثانية (وتسمى بالقائمة الرمادية) فتضم ثمانية أصناف من الشروط، اعتبرها المشرع من قبيل الشروط التعسفية، غير أنه فتح المجال لإمكان تقييدها، ومنها إطالة آجال التسليم، والسماح للمهني بتعديل العقد بإرادته المنفردة، ومنحه حق المطالبة بتعويضات مبالغ فيها حال استعمال المستهلك لحقه في فسخ العقد أو إبطاله. ولمزيد من التفاصيل انظر: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها. وانظر أيضاً: سميح جان صفير، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

(159) Art. 35/1: "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36,.....".

Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

وبصدور القانون رقم (٩٣-٩٤٩) بشأن تقنين الاستهلاك (الجزء التشريعي)، تم إلغاء القانون رقم (٧٨-٢٣)، غير أن المشرع أبقى على النص الذي يسمح لمجلس الدولة الفرنسي بإصدار مراسيم لتحديد الشروط التعسفية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، في حين لم يمنح قاضي الموضوع صراحة سلطة إبطال الشروط التعسفية التي لا

طبقاً لهذا النص، لم يكن لقاضي الموضوع أية سلطة تقديرية بشأن الشرط محل النزاع، إذ كان يتعين عليه التقيد بما يرد في المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي تنفيذاً لهذه المادة، فإذا تطابق الشرط محل النزاع مع ما هو وارد في هذه المراسيم، وجب عليه الحكم بأنه تعسفي، وإلا انتفى عنه وصف التعسف. ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر - تنفيذاً لهذا النص - إلا مرسوماً واحداً في ٢٤ مارس ١٩٨٧م، والذي تضمن قائمة تشمل ثلاثة شروط تعسفية يُحظر إدراجها في عقود الاستهلاك، وهي: ١- الشرط الذي يعفي المهني في عقود البيع من مسؤوليته أو يحد من هذه المسؤولية. ٢- الشرط الذي يسمح للمهني في أي عقد من عقود الاستهلاك بأن يُعَدَّل من جانبه في خصائص السلعة أو الخدمة محل التعاقد. ٣- شروط الضمان التعاقدية التي لا تتضمن الضمان القانوني للعيوب الخفية في السلعة أو الخدمة محل التعاقد. ولمزيد من التفاصيل انظر: سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣/٢٠١٤م، ص ٨٠ وما بعدها.

ومن الفقه الفرنسي انظر: PEGLION-ZIKA(C.-M.): thè. préci., p.258 et s.

(١٦٠) من الجدير بالذكر، أن لجنة الشروط التعسفية تتكون من ثلاثة عشر عضواً، يتم تعيينهم بقرار من الوزير المختص بشئون الاستهلاك، وتضم في عضويتها عدداً من القضاة، وبعض الأشخاص الذين يمثلون فئتي المستهلكين والمهنيين، وقد أناط المشرع الفرنسي بهذه اللجنة مراجعة نماذج العقود التي يطرحها المهنيين على المستهلكين؛ لضمان التحقق من عدم احتوائها على شروط تعسفية، فإن وجدت اللجنة مثل هذه الشروط في أحد العقود كان لها أن توصي بحذفها، كذلك تضمن هذه اللجنة نشر المعلومات والآراء والتوصيات التي تراها ضرورية لتوجيه انتباه الجمهور إليها، وفي سبيل أداء وظيفتها فإن لها أن تتحصل على جميع المعلومات، وأن تفحص جميع الوثائق التي تراها مفيدة لإنجاز مهامها، كما يجوز لرئيس اللجنة، بقرار مسبب، أن يعقد جلسة استماع - سواء بنفسه أو بواسطة أعضاء اللجنة أو موظفي المعهد الوطني لشئون الاستهلاك - لأي شخص من المحتمل أن يُدلي بمعلومات تتعلق بالمسائل المعروضة عليها، ويقع على أعضاء هذه اللجنة وموظفيها التزاماً بالسرية المهنية للوقائع والأفعال والمعلومات التي يطلعون عليها بسبب وظائفهم. ولمزيد من التفاصيل راجع: (المواد-822.L) 4: (L.822-11) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

تتضمنها مراسيم^(١٦١).

غير أنه بصور القانون رقم (٩٥-٩٦) بشأن الشروط التعسفية وطرح العقود وتنظيم الأنشطة الاقتصادية والتجارية المختلفة، أدخل المشرع الفرنسي بمقتضاه بعض التعديلات على تقنين الاستهلاك، كان من بينها وضع تعريف محدد للشروط التعسفية يقضي بأنها: ".....الشروط التي يكون بسبب موضوعها أو تأثيرها أن تخلق على حساب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(١٦٢).

إضافة إلى ذلك؛ فقد أبقى المشرع الفرنسي على النص الذي يسمح لمجلس الدولة بإصدار مراسيم لتحديد الشروط التعسفية، بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية^(١٦٣)، ولم

^(١٦١) محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(162) Art. 132-1, al./1: "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat". Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

Il est à noter que cet article est devenu l'article n° L.212-1 du code de la consommation, après avoir été modifié conformément à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, précité.

^(١٦٣) من الجدير بالذكر، أن آراء لجنة الشروط التعسفية وتوصياتها ليس لها طابع الإلزام؛ حيث يجوز للمهنيين- رغم توصية اللجنة بحذف الشروط التي تتصف بالتعسف- مخالفة هذه التوصيات حتى بعد نشرها رسمياً، ودون أن يتعرضوا لأية عقوبة تذكر، ومع ذلك فإن هذه التوصيات لا تخلو من الفوائد؛ ومنها أنها تُشكل ضغطاً نفسياً على المهنيين أثناء صياغتهم لنماذج العقود المزمع طرحها على المستهلكين، كما أن المحاكم لا تتردد في الاسترشاد بها في تقدير الطابع التعسفي لشروط معين، وأخيراً فقد كان لهذه التوصيات الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في عدد من التشريعات، مثل: القانون المتعلق بوكالات الزواج الصادر في ٢٣ يونيو سنة ١٩٨٩م، وقانون إيجار المساكن الصادر في ٦ يوليو سنة ١٩٨٩م، وقانون التأمين المتعدد الأخطار للمساكن الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٨٩م. ولمزيد من التفاصيل انظر: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

يكتف المشرع بذلك بل أدرج في تقنين الاستهلاك بمقتضى القانون رقم (٩٥-٩٦) ملحقاً يتضمن قائمة استرشادية غير حصرية، تتضمن تعداداً لسبعة عشر شرطاً، اعتبرها المشرع من قبيل الشروط التعسفية، متى كان من شأنها أن تُحدث اختلالاً بتوازن العقد على حساب المستهلك، وإن كان المدعي لا يُعفى من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشروط محل النزاع^(١٦٤).

وطبقاً لهذا التعديل، أصبح لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بشأن تحديد الطابع التعسفي في الشروط المتنازع عليها، حتى لو لم تتضمنها مراسيم؛ حيث أمكن للقضاء أن يستند في بحثه عن هذا الطابع إلى تعريف الشرط التعسفي الوارد في تقنين الاستهلاك، والاستعانة بالقائمة الاسترشادية الملحقة بهذا التقنين^(١٦٥)، إضافة إلى ذلك؛ فإن تقديم المدعي للدليل على الطابع التعسفي للشروط محل النزاع يخضع لتقييم قاضي الموضوع، وفي كل ذلك ما يؤكد تمتعه بالسلطة التقديرية في تحديد الشروط التعسفية.

ورغم أن المشرع الفرنسي أدخل تعديلات أخرى على تقنين الاستهلاك؛ إلا أن قاضي الموضوع ما زال يتمتع بالسلطة التقديرية في تحديد الشروط التعسفية، وإن كانت هذه التعديلات ألغت نظام القائمة الاسترشادية الواحدة وأحلت بدلاً منها قائمتين^(١٦٦)،

(164) Art. 132-1, al./3: "Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause".

Loi n° 95-96 du 1er février 1995, abrogé par loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F., n° 0181 du 5 août 2008, p.12471.

^(١٦٥) محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٩. سميح جان صفير: المرجع السابق، ص ٣٢.

^(١٦٦) حل نظام القائمتين (السوداء والرمادية) بدلاً من نظام القائمة الاسترشادية بمقتضى التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على تقنين الاستهلاك؛ حيث ألغى المشرع القائمة الاسترشادية بمقتضى القانون رقم (٢٠٠٨-٧٧٦) الصادر في ٤ أغسطس ٢٠٠٨م، وأحل بدلاً منها نظام القائمتين (السوداء والرمادية) بمقتضى المرسوم رقم (٢٠٠٩-٣٠٢) الصادر في ١٨ مارس سنة ٢٠٠٩م، وقد تعرضت هاتين القائمتين للتعديل حتى استقرتا على صياغتهما الحالية بمقتضى المرسوم رقم (٢٠١٦-٨٨٤) الصادر في ٢٩ يونيو سنة ٢٠١٦م. وابتاع نظام القائمتين - على هذا النحو- يكون المشرع الفرنسي قد لحق

أطلق الفقه على الأولى اسم (القائمة السوداء)، وعلى الثانية اسم (القائمة الرمادية)، ويتضح الفرق بينهما فيما يأتي:

القائمة الأولى (السوداء):

تضم هذه القائمة اثني عشر شرطاً، وقد نص المشرع الفرنسي على حظر إدراج أي منها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، على اعتبار أن مظاهر التعسف واضحة فيها بطريقة لا يجوز إثبات عكسها^(١٦٧).

وطبقاً لهذه القائمة؛ فإنه يُعد من الشروط التعسفية- على سبيل المثال- ما يأتي:

- ١- الشرط الذي يعطي للمهني الحق في أن يُعَدَّل بإرادته المنفردة في خصائص السلعة أو الخدمة محل التعاقد أو في سعرها أو في مدة العقد^(١٦٨).
- ٢- الشرط الذي يمنح المهني وحده الحق في تحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة محل التعاقد تتوافق مع شروط العقد أم لا، أو الشرط الذي يمنحه حقاً حصرياً في تفسير أي بند من بنود العقد^(١٦٩).

بالإتجاه الغالب في دول الإتحاد الأوربي، من الأخذ بنظام القائمتين، كما هو الحال - على سبيل المثال- في ألمانيا والبرتغال وهولندا، في حين قُضِلت بعض الدول الأخذ بنظام القائمة السوداء فقط، ومنها إسبانيا واليونان. ولمزيد من التفاصيل انظر:

PEGLION-ZIKA(C.-M.): thèse. préc., p.246 et s; DOUCHE-DOYETTE(N.): La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2012-2013, p.171 et s.

(167) V. Art. R.212-1: "Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L.212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de.....".

Créé par Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F., n° 0151 du 30 juin 2016.

(168) Art. R.212-1: "3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre".

(169) Art. R.212-1: "4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat".

- ٣- الشرط الذي يُجبر المستهلك على أداء التزاماته، حتى لو لم يلتزم المهني بتنفيذ التزاماته بتسليم السلعة أو ضمانها، أو بتقديم الخدمة^(١٧٠).
- ٤- الشرط الذي يعفي المهني من تعويض المستهلك عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو يخفض من هذا التعويض^(١٧١).
- ٥- الشرط الذي يحظر على المستهلك الحق في طلب فسخ العقد أو إنهائه، حال عدم أداء المهني لالتزاماته بتسليم السلعة أو ضمانها، أو بتقديم الخدمة^(١٧٢).
- ٦- الشرط الذي يعترف للمهني بالحق في إنهاء العقد وفق تقديره الشخصي، دون الاعتراف بالحق ذاته للمستهلك^(١٧٣).

القائمة الثانية (الرمادية):

تضم هذه القائمة عشرة شروط، وقد نص المشرع الفرنسي على اعتبارها من قبيل الشروط التعسفية، متى ورد أي منها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين؛ إلا إذا أثبت المهني عكس ذلك^(١٧٤).

وطبقاً لهذه القائمة؛ فإنه يُعد من الشروط التعسفية- على سبيل المثال- ما يأتي:

(170) Art. R.212-1:"5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service".

(171) Art. R.212-1:"6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

(172) Art. R.212-1:"7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service".

(173) Art. R.212-1:"8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur".

(174) V. Art. R.212-2:"Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L.212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de".

Créé par Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, précité.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- ١- الشرط الذي يفرض على المستهلك تقديم التزام ثابت، في حين أن تنفيذ المهني لالتزاماته يخضع لشرط يتوقف تحقيقه على محض إرادته^(١٧٥).
- ٢- الشرط الذي يفرض على المستهلك حال عدم تنفيذ التزاماته تعويضاً بمبلغ غير متناسب بشكل واضح^(١٧٦).
- ٣- الشرط الذي يعترف للمهني بالحق في إنهاء العقد دون مدة معقولة للإشعار^(١٧٧).
- ٤- الشرط الذي يحتفظ للمهني بالحق في تعديل بنود العقد المتعلقة بحقوق والتزامات الأطراف بإرادته المنفردة^(١٧٨).
- ٥- الشرط الذي يخضع بمقتضاه فسخ العقد أو إنهائه لشروط أو أحكام تكون أكثر صرامة بالنسبة للمستهلك عن المهني^(١٧٩).
- ٦- الشرط الذي يقلص من وسائل الإثبات المتاحة للمستهلك بلا مبرر^(١٨٠).

تعقيب:

قد يرى البعض أن النظام القانوني الفرنسي - على هذا النحو - لم يتلاف ما قد يصدر عن القضاء من أحكام متباينة في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية؛ بالنظر إلى منحه قضاة الموضوع السلطة التقديرية في تحديد الطابع التعسفي، والتي قد تختلف من قاضي إلى آخر.

غير أن وجهة النظر هذه تزول، إذا علمنا أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت

(175) Art. R.212-2:"1° Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté".

(176) Art. R.212-2:"3° Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné".

(177) Art. R.212-2:"4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable".

(178) Art. R.212-2:"6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1".

(179) Art. R.212-2:"8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel".

(180) Art. R.212-2:"9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur".

أحكامها على أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها^(١٨١)، ومن ثم فإن أعمال هذه الرقابة من قبل محكمة النقض من شأنه توحيد معايير تحديد الشروط التعسفية، وهو ما يؤدي إلى استقرار المعاملات^(١٨٢).

كذلك فإن السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع في تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية أحياناً تكون غير مطلقة، ومن ذلك أنه إذا صادف أثناء نظره النزاع أحد الشروط الواردة في القائمة السوداء، تعين عليه أن يتقيد في تكييفه لهذا الشرط بأنه تعسفي^(١٨٣)، على اعتبار أن مظاهر التعسف في هذه الشروط - كما نص المشرع في تقنين الاستهلاك - واضحة بطريقة لا يجوز إثبات عكسها.

المطلب الثاني

تطبيقات الشروط التعسفية في إطار اتفاق التمويل العقاري

اتضح مما سبق، أن اتفاق التمويل العقاري الذي يبرمه الممول مع المستثمر، قد يتضمن بعض الشروط التي ما كان الأخير ليرتضيها لولا طابع الإذعان الذي يتجسد من خلاله هذا الاتفاق.

ولكن إذا كانت طائفة عقود الإذعان تُشكل بيئة خصبة للشروط التعسفية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: ما صور أو تطبيقات الشروط التعسفية في إطار اتفاق التمويل العقاري؟

واقع الأمر أن تطبيقات الشروط التعسفية في العقود كثيرة ومتنوعة؛ حيث تضمنت

(181) Cass. civ., 1er ch., 26 mai 1993, N° de pourvoi: 92-16327, Bull. civ., 1993, I, N° 192, p.132; D. 1994, Somm., p.12, obs. DELEBECQUE(Ph.); Cass. civ., 1er ch., 6 janvier 1994, N° de pourvoi: 91-19424, Bull. civ., 1994, I, N° 8 p.6; D. 1994, Somm., p.209, obs. DELEBECQUE(Ph.).

(182) محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(183) أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ٩٩. محمود علي رحمة: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م، ص ٢٨٠.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

آراء الفقه وأحكام القضاء العديد منها، كما أضافت التشريعات المقارنة- التي تبنت نظام القوائم- صوراً متعددة لهذه الشروط.

غير أن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا كانت أكثر تحديداً؛ حيث أصدرت التوصية رقم(٠٣-٠٤) بشأن التمويل العقاري^(١٨٤)، وقد تضمنت هذه التوصية العديد من تطبيقات الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في اتفاق التمويل العقاري بصفة خاصة، وهو ما سنعرض له على التفصيل الآتي^(١٨٥):

أولاً- التزامات المستثمر بشأن دفع التكاليف المختلفة^(١٨٦):

طبقاً لاتفاق التمويل العقاري؛ فإنه يحق للممول الوصول إلى ممتلكات المستثمر الضامنة للوفاء بقيمة مبلغ التمويل، ويتحمل المستثمر التكاليف اللازمة لتنفيذ هذه

(184) Recommandation N° 04-03: Prêt immobilier, BOCCRF du 30/09/2004, disponible sur le site de la Commission des clauses abusives, suivant:

<http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/pre-immobilier/>

(185) من الجدير بالذكر، أن العرض سيقصر على أهم تطبيقات الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في اتفاق التمويل العقاري، والتي تضمنتها التوصية رقم(٠٣-٠٤) الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا.

(186) "A- Sur les obligations de l'emprunteur concernant le paiement de frais divers et sur le droit de visite du prêteur:

1- Considérant qu'un contrat stipule:(...) A tout moment, le prêteur aura le droit d'accès à la propriété, afin de contrôler l'observation de cette clause, et l'emprunteur devra supporter les frais occasionnés par la visite des lieux. Tous les frais des présentes et leurs suites sont à la charge de l'emprunteur, de même que tous les frais occasionnés par la constitution et éventuellement le renouvellement des garanties(...); qu'une telle clause, qui permet au prêteur de réclamer de façon discrétionnaire, sans avoir à en justifier la nécessité ou le montant, le remboursement de certains frais, est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation;

2- Considérant qu'en outre ce même contrat prévoit:(...) A tout moment, le prêteur aura le droit d'accès à la propriété, afin de contrôler l'observation de cette clause(...); qu'une telle clause, en ce qu'elle permet au prêteur de visiter à tout moment les biens financés sans préciser les modalités de ce droit de visite, apparaît contraire à l'article 9 du Code civil, que maintenue dans les contrats, cette clause est abusive.....".

الزيارة، كما يتحمل أيضاً تكاليف إنشاء الضمان وتجديده.

وفي هذا الإطار؛ فقد اعتبرت لجنة الشروط التعسفية أن الشرط الذي يسمح للممول بالمطالبة بهذه التكاليف بصورة تقديرية دون ذكر ضرورتها أو مبرراتها من شأنه أن يُحدث اختلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات الأطراف، وفقاً للمعنى المقصود في تقنين الاستهلاك، كما أن الشرط الذي يسمح للممول بتنفيذ هذه الزيارة في أي وقت دون تحديد كيفية تنفيذها، يكون مخالفاً لنص المادة التاسعة من التقنين المدني^(١٨٧)، ومن ثم يكون هذا الشرط تعسفياً.

ثانياً- تغيير سعر الفائدة^(١٨٨):

طبقاً لاتفاق التمويل العقاري؛ فإن الشرط الذي يسمح للممول بتغيير سعر الفائدة، يمنح المستثمر- في الوقت ذاته- إمكانية اختيار أحد طرق السداد المقترحة في العقد، وذلك خلال عشرة أيام عمل قبل تاريخ سداد مبلغ التمويل أو تاريخ استحقاقه، فإذا لم يوجد رد من المستثمر خلال هذه الفترة؛ فإنه يحق للممول تلقائياً تطبيق الخيار المنصوص عليه في العقد.

وفي هذا الإطار؛ فقد اعتبرت لجنة الشروط التعسفية، أن الشرط الذي يسمح

^(١٨٧) من الجدير بالذكر، أن المادة التاسعة من التقنين المدني الفرنسي تتعلق بحماية الحق في الحياة الخاصة، وقد جاء نص الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الآتي: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة".

Art. 9, "Chacun a droit au respect de sa vie privée".

^(١٨٨) "B- Sur la variation du taux d'intérêt:

4- Considérant que, dans un contrat, une clause de variation optionnelle donne à l'emprunteur la possibilité de choisir les modalités de ses remboursements en cas de variation du taux d'intérêt, sans toutefois préciser la date à laquelle cette information doit être communiquée par le prêteur à l'emprunteur; que ce dernier doit en revanche choisir l'une des options proposée par le prêteur dans le contrat dans un délai de 10 jours ouvrés avant la date d'amortissement ou d'échéance du prêt; qu'à défaut de réponse dans ce délai, le prêteur appliquera automatiquement l'option prévue par le contrat; qu'une telle clause, qui n'impose pas au prêteur d'informer l'emprunteur avant une certaine date afin que ce dernier puisse exercer son choix en temps utile, apparaît de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation".

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

للممول بتغيير سعر الفائدة إذا خلا من النص على إلزامه بضرورة إبلاغ المستثمر بهذا التغيير قبل تاريخ معين - حتى يتمكن الأخير من ممارسة حقه في اختيار طريقة السداد في الوقت المناسب - من شأنه أن يحدث اختلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات الأطراف، وفقاً للمعنى المقصود في تقنين الاستهلاك.

ثالثاً - تحويل دخل المستثمر لدى الممول⁽¹⁸⁹⁾:

تتضمن بعض اتفاقات التمويل العقاري شرطاً يلزم المستثمر بضرورة فتح حساب وديعة تحت الطلب لدى الممول؛ بحيث يكون الأخير مفوضاً بشكل دائم بخصم المبالغ المستحقة من حساب المستثمر، كما قد تتضمن هذه الاتفاقات شرطاً يلزم المستثمر بتحويل دخله إلى الممول طيلة مدة سداد مبلغ التمويل، وذلك أيّاً كان أصل هذا الدخل أو طبيعته (راتب - معاش -..... إلخ)، ويترتب على عدم التزام المستثمر بهذه الشروط سقوط أجل سداد مبلغ التمويل، حتى لو كان المستثمر ملتزماً دائماً بسداد أقساط هذا المبلغ في مواعيد استحقاقها.

وقد اعتبرت لجنة الشروط التعسفية، أن الشرط الذي يفرض على المستثمر ضرورة فتح حساب وديعة تحت الطلب لدى الممول هو شرط غير متوازن، وفقاً للمعنى

(189) "D- Sur la domiciliation des revenus:

7- Considérant que:

- certaines clauses prévoient que l'emprunteur ouvrira obligatoirement un compte de dépôt à vue chez le prêteur et que ce dernier est autorisé de façon permanente à débiter le compte de l'emprunteur du montant des sommes exigibles;

- d'autres clauses stipulent que l'emprunteur s'oblige à domicilier auprès du prêteur ses revenus, quelle que soit leur nature ou leur origine (salaire, pension etc...), pendant toute la durée du prêt;

Que le non-respect de ces clauses est sanctionné par la déchéance du terme et qu'en outre cette déchéance est encourue alors même que l'emprunteur aura toujours satisfait à ses remboursements, que de telles clauses peuvent apparaître déséquilibrées au sens de l'article L132-1 du code de la consommation; qu'enfin, les clauses selon lesquelles l'emprunteur est tenu, pendant toute la durée du prêt, de verser l'ensemble de ses revenus sur un même compte dans l'établissement du prêteur peuvent apparaître déséquilibrées si cette obligation n'est accompagnée d'aucune contrepartie individualisée au profit de l'emprunteur".

المقصود في تقنين الاستهلاك، كما ينطبق ذلك - أيضاً - على الشرط الذي يُلزم المستثمر بتحويل دخله إلى الممول طيلة مدة سداد مبلغ التمويل؛ إلا إذا كان هذا الالتزام مصحوباً بفائدة تعود على المستثمر .
رابعاً - السداد المبكر^(١٩٠):

تتضمن اتفاقات التمويل العقاري شرطاً ينص على التزام المستثمر بالسداد المبكر لمبلغ التمويل، في الأحوال الآتية:

- عدم مراعاة المستثمر لأحد التزاماته المنصوص عليها في الاتفاق.
- إذا كانت المعلومات والوثائق - من أي نوع كانت - التي قدمها المستثمر لا تتوافق مع الواقع، لا سيما إذا ثبت أن البيانات التي أدلى بها إلى الممول خاطئة أو غير دقيقة.
- إذا تخلف المستثمر عن سداد ما عليه من مستحقات في التاريخ المحدد لها،..... أو لم يلتزم بتحويل الأجر أو الدخل إلى الممول حال الاتفاق على ذلك.

(١٩٠) "F- Sur l'exigibilité par anticipation:

9- Considérant que les clauses suivantes prévoient une exigibilité par anticipation de plein droit:

- si d'une manière générale, l'une des obligations prévues au contrat de prêt n'était pas observée;
- si par exemple, les renseignements et documents de toute nature fournis par l'emprunteur ne sont pas conformes à la réalité et en particulier si les déclarations faites par l'emprunteur viennent à se révéler fausses ou inexactes;
- en cas, notamment, de défaut de paiement à bonne date par l'emprunteur ou, de même en cas d'absence de réception des rémunérations ou revenus lorsque leur domiciliation a été exigée;

Que ces clauses qui autorisent la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues, dès lors, notamment, que l'emprunteur n'a pas observé une quelconque obligation, même mineure, résultant du contrat de prêt ou que l'une quelconque des déclarations faites par l'emprunteur ont été reconnues fausses ou inexactes sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, dans la mesure où, elles tendent à laisser penser que l'établissement de crédit dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, d'une part l'existence d'une inobservation commise par l'emprunteur et, d'autre part une inexactitude dans les déclarations de l'emprunteur,.....".

وقد اعتبرت لجنة الشروط التعسفية أن هذه البنود- التي تسمح للممول بالمطالبة فوراً بالمبالغ المستحقة حال عدم التزام المستثمر بها- من شأنها أن تُحدث اختلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات الأطراف، ما دام أنها تميل إلى الإيحاء بأن المؤسسة الائتمانية لديها سلطة تقديرية في تقييم مدى مراعاة المستثمر لالتزاماته من ناحية، ومدى دقة البيانات التي أدلى بها من ناحية أخرى.

خامساً- الاختصاص المحلي للمحاكم^(١٩١):

تتضمن بعض اتفاقات التمويل العقاري، النص على أن ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقات للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر الممول، في حين تنص بعض الاتفاقات الأخرى على أنه يجوز للممول الاختيار بين المحكمة التي يقع مقره في دائرتها، أو المحكمة التي يقع في دائرتها العقار الضامن، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستثمر. وفي هذا الإطار؛ فقد اعتبرت لجنة الشروط التعسفية أن البنود الواردة في اتفاقات التمويل العقاري، والتي تتضمن تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم على هذا النحو، تُعد غير مشروعة، وتتصف بالتعسف.

المبحث الثاني

آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن اتفاق التمويل العقاري يُعد من عقود الاستهلاك، كما أنه يندرج تحت طائفة عقود الإذعان، فالممول- بما يحوزه من إمكانات اقتصادية وفنية- ينفرد بوضع شروط الاتفاق بصورة مسبقة، وبصيغة لا تدع للمستثمر فرصة للتفاوض أو

(191)G- Sur la compétence territoriale des tribunaux:

10- Considérant que quelques contrats font attribution de compétence au tribunal du siège du prêteur et que d'autres contrats prévoient que le prêteur pourra choisir entre les tribunaux du siège social de la banque, du lieu de situation de l'immeuble affecté en garantie, ou du domicile de l'emprunteur; que de telles clauses sont illicites, que maintenues dans les contrats, ces clauses sont abusives".

المساومة حول هذه الشروط، الأمر الذي قد يستغله الممول لصالحه من خلال تضمين هذا الاتفاق بعض الشروط التعسفية، التي تُحدث حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف الاتفاق.

وأمام هذا الافتراض، أقرت التشريعات المقارنة مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، غير أن هذه التشريعات انقسمت فيما بينها بشأن الآليات التي اعتمدها لتحقيق هذه المواجهة. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: هل اتفق المشرع المصري مع نظيره الفرنسي بشأن آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي تقسيم هذا المبحث مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري طبقاً للنظام القانوني المصري.

المطلب الثاني: آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري طبقاً للنظام القانوني الفرنسي.

المطلب الأول

آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

طبقاً للنظام القانوني المصري

أقر المشرع المصري مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، وقد نظم أحكام هذه المواجهة في إطار القواعد العامة للقانون المدني، الأمر الذي يوحي للوهلة الأولى بأن هذه المواجهة تنطبق على العقود كافة بجميع تقسيماتها؛ إلا أن المشرع قصر مجال تطبيقها على طائفة عقود الإذعان فقط.

وتعتمد آليات هذه المواجهة على منح قاضي الموضوع سلطة النظر في الشروط محل الادعاء، لتقرير وجه التعسف فيها إن وجد، فإذا اقتنع القاضي بأن شرطاً منها يتصف بالتعسف جاز له أن يُعَدِّل هذا الشرط أو أن يعفي الطرف المدّعن منه، وهو ما ينطبق على اتفاق التمويل العقاري، باعتباره- كما اتضح سابقاً- من عقود الإذعان.

ويهدف المشرع من خلال منح هذه السلطة لقاضي الموضوع حماية الطرف

الضعيف، الذي أذعن ورضخ لهذه الشروط؛ ذلك أن إدراجها في أحد عقود الإذعان يؤدي إلى اختلال توازن الالتزامات العقدية على حساب هذا الطرف، كما يُشكل بقاءها على هذا النحو جوراً وإجحافاً بحقوقه^(١٩٢).

ويستند قاضي الموضوع في ممارسة هذه السلطة إلى نص المادة ١٤٩ من القانون المدني، والذي جاء على النحو الآتي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ورغم وضوح هذا النص في إقراره لسلطة القاضي التقديرية تجاه الشروط التعسفية؛ إلا أنه يثير التساؤل الآتي: هل لقاضي الموضوع الخيار بين استعمال سلطته في تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه أم أن المشرع قيده في هذا الشأن؟ واقع الأمر أنه إذا كان لقاضي الموضوع سلطة تقدير وجود الصفة التعسفية في الشرط محل النزاع من عدمه؛ فإن الخيار بين تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه يخضع - أيضاً - لهذه السلطة؛ حيث يمارسها القاضي وفقاً لمقتضيات العدالة، وما يراه مناسباً، ودون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض^(١٩٣).

غير أن سلطة قاضي الموضوع تجاه الشروط التعسفية وإن كانت ثابتة بنص المادة ١٤٩ من القانون المدني؛ إلا أن القاضي لا يستطيع ممارستها من تلقاء نفسه، امتثالاً لمبدأ حياد القاضي^(١٩٤)، لذا فإنه ما لم يدع المستثمر أمام القاضي بوجود تعسف في أحد شروط اتفاق التمويل العقاري فإنه لا يجوز له ممارسة هذه السلطة، حتى لو اتضح

^(١٩٢) محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٢م، ص ٢٢٧ وما بعدها. حازم سالم محمد الشوابكة: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة في القانون الأردني - الشريعة الإسلامية - القانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ٢٨٨.

^(١٩٣) حمدي محمد إسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص ١٨٤. ومن أحكام القضاء انظر: نقض مدني في ٢٦ مارس سنة ١٩٨٩م، الطعن رقم ١٥٥٦، لسنة ٥٦ ق، سابق الإشارة إليه. نقض مدني في ٢٢ أبريل ١٩٩١م، الطعن رقم ١٣٢٠، لسنة ٥٥ ق، سابق الإشارة إليه.

^(١٩٤) أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ١٠٧.

له- أثناء نظر الدعوى- أن أحد شروط الاتفاق المطروح أمامه يتصف بالتعسف. ولكن إذا كانت السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع تجاه الشروط التعسفية تتحصر في تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها؛ فإنه يثور التساؤل حول المقصود بكل من تعديل الشروط التعسفية والإعفاء منها؟ وما الأحكام المتعلقة باستعمال هاتين السلطتين في شأن اتفاق التمويل العقاري؟

الإجابة عن هذين التساولين ستتضح تباعاً، وذلك وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً- تعديل الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري:

يُقصد بتعديل الشروط التعسفية: إزالة وجه التعسف منها مع الإبقاء عليها كبنود في العقد^(١٩٥)، ويتم هذا التعديل وفقاً لما يراه القاضي من وسائل يكون من شأنها إزالة هذا التعسف، وإعادة التوازن العقدي المفقود بسبب وجود هذه الشروط.

فعلى سبيل المثال: قد يُدرج في اتفاق التمويل العقاري شرط، يسمح للممول بمطالبة المستثمر بالمبالغ المستحقة بصورة فورية، إذا ثبت أن الأخير قد أدلى ببيانات غير دقيقة وفقاً لتقدير الممول، وبحيث يحظر هذا الشرط على المستثمر اللجوء إلى القضاء للطعن في هذا التقدير، فمثل هذا الشرط يُعد تعسفياً^(١٩٦)، الأمر الذي يسمح لقاضي الموضوع باستعمال سلطته في تعديل هذا الشرط، والنظر في تقدير الممول لأهمية هذه البيانات، ومدى تأثيرها على منح الائتمان للمستثمر.

كذلك قد يُدرج في اتفاق التمويل العقاري شرط يحدد سعراً لفوائد التأخير، يتجاوز قيمة الفائدة العادية المنصوص عليها في الاتفاق، بصورة مبالغ فيها، فمثل هذا الشرط

^(١٩٥) أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص ١٩٥.

".....; que sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment d'une des parties contractantes, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat; qu'en faisant application de la clause du contrat de prêt de l'espèce qui permet au banquier prêteur de résilier à son gré, sans contrôle du juge et avec effet au bout de quinze jours, donc de façon exorbitante, le prêt qu'il a consenti, lorsque l'emprunteur lui fait une déclaration inexacte,.....".

Cass. civ., 1re ch., 10 octobre 2018, N° de pourvoi: 17-20441, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

لا يخلو من طابع التعسف^(١٩٧)، الأمر الذي يجيز لقاضي الموضوع تعديله، والنزول بقيمة فوائد التأخير إلى الحد الذي يراه مناسباً.

ولكن هل يلزم أن تكون عبارات الشرط محل الادعاء بالتعسف غامضة لإمكان ممارسة القاضي سلطته في التعديل؟

واقع الأمر أن إعمال سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لا تتوقف على غموض عبارات هذه الشروط؛ فالقاضي يمكنه استعمال هذه السلطة رغم وضوح هذه العبارات، فالأمر هنا لا يتعلق بعيوب الصياغة التي قد تلحق بشروط الاتفاق، وإنما يتعلق بما لحق هذه الشروط من تعسف^(١٩٨).

ثانياً- إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري:

يُقصد بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية: إلغاء هذه الشروط كلية من الاتفاق^(١٩٩)، واعتبارها كأن لم تكن.

وعلى ذلك، فإن سلطة قاضي الموضوع في إلغاء الشروط التعسفية تُعد أشد جرأة من سلطته في تعديلها؛ حيث تمثل الأولى سلاحاً بالغ الخطورة، بموجبه يستطيع القاضي إهدار ما يراه في عقد الإذعان من شروط، واعتبارها كأن لم تكن، متى قدر أنها

".....une clause non négociée d'un contrat de prêt conclu avec un consommateur fixant le taux des intérêts moratoires applicable est abusive, au motif qu'elle impose au consommateur en retard de paiement une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé, dès lors que ce taux dépasse de plus de deux points de pourcentage celui des intérêts ordinaires prévu par ce contrat".⁽¹⁹⁷⁾

C.J.U.E., 5e ch., 7 août 2018, Affaire n° C-96/16, Banco Santander, Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, jur., 2019/3, p.437, note DAUMEN(L.).

^(١٩٨) محمد أمين سي الطيب: الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٨م، ص ٤٢.

^(١٩٩) نقض مدني في ٢٦ مارس سنة ١٩٨٩م، الطعن رقم ١٥٥٦، لسنة ٥٦ ق، سابق الإشارة إليه.

نقض مدني في ٢٢ أبريل ١٩٩١م، الطعن رقم ١٣٢٠، لسنة ٥٥ ق، سابق الإشارة إليه.

تتسم بطابع التعسف^(٢٠٠).

ومن المنطقي أن قاضي الموضوع لا يلجأ إلى استعمال سلطته في إلغاء الشرط التعسفي؛ إلا إذا قدر أن مجرد تعديل هذا الشرط لا يتحقق من ورائه الحماية المرجوة للطرف المذعن.

فعلى سبيل المثال: إذا تضمن اتفاق التمويل العقاري شرطاً يسمح للممول بفسخه، بسبب عجز المستثمر عن سداد ما عليه من مستحقات في عقود أخرى تخرج عن هذا الاتفاق، فإن هذا الشرط يُعد تعسفياً؛ حيث ينشأ عنه عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، نظراً لأنه يُعرض المستثمر بقرار منفرد من الممول إلى خطر السداد المفاجئ لمبلغ التمويل، كذلك فإنه يحدث تعديلاً كبيراً في اقتصاديات اتفاق التمويل دون وجود ما يبرر ذلك^(٢٠١)، لذا فإن الحماية المرجوة للمستثمر من هذا الشرط تقتضي إلغاءه كلية.

كذلك الحال إذا تضمن اتفاق التمويل العقاري شرطاً يعفي الممول من أي التزام بالمشورة أو الإعلام حول مخاطر الاستثمار محل التمويل؛ فمثل هذا الشرط من شأنه أن ينشئ خللاً كبيراً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف الاتفاق، ومن ثم يكون تعسفياً^(٢٠٢)، وهنا يكون الحكم بإلغاء هذا الشرط هو الحل الأمثل، الذي تتحقق من ورائه

(٢٠٠) عبد الحكم فوده: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م، ص ٣٦٢. محمد أمين سي الطيب: المرجع السابق، ص ٤٢.

(201) "Qu'en se déterminant ainsi, alors que, prévoyant la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé, par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt,..."

Cass. civ., 1^{re} ch., 27 novembre 2008, N° de pourvoi: 07-15226, Bull. civ., 2008, I, n° 275.

(202) "Que dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat; qu'en

الحماية المرجوة للمستثمر .

وبديهي أن الإلغاء يلحق بالشروط التعسفي فقط، دون باقي الشروط الأخرى التي يتضمنها اتفاق التمويل العقاري، ما لم يكن الاتفاق ليتم بغير هذا الشرط، فهنا ينسحب البطلان على الاتفاق بأكمله^(٢٠٣).

غير أن استعمال القاضي لسلطته التقديرية وإن كان مطلقاً من كل قيد؛ إلا أن المشرع المصري وضع في المادة ١٤٩ من القانون المدني معياراً يسترشد به القاضي حال إعماله لهذه السلطة، وهو معيار "العدالة".

ورغم أن هذا المعيار يكتنفه بعض الغموض، بسبب اختلاف الإحساس به من شخص إلى آخر، كما أنه يختلف باختلاف الزمان والمكان؛ إلا أنه يبقى معبراً عن مجموعة الأسس الراسخة، التي يقوم عليها القانون الأعلى للبشرية، والنظام المثالي الذي ينشد الجميع الوصول إليه^(٢٠٤).

فالعدالة تعني تحقيق المساواة بين الأفراد، والنأي بهم عن الجور والإجحاف، فلا يحق للإنسان الحصول إلا على ما يستحق، كما أنه لا مجال للإضرار بالغير، وليس لأحد أن يثرى على حساب الآخرين، فهذه القواعد المستمدة من العدالة هي التي يتعين أن تهيمن على العقد في جميع مراحلها، وهي التي يسترشد بها القاضي حال إعمال

considérant que l'article L. 132-1 du code de la consommation, posant cette règle, était inapplicable au contrat de prêt et ne pouvait s'appliquer à une clause déchargeant le prêteur de toute obligation de conseil ou de renseignement sur les risques de l'investissement financé, la cour d'appel a violé cette disposition". Cass. civ., 1re ch., 12 décembre 2018, N° de pourvoi: 17-20921, Inédit, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

^(٢٠٣) وفي ذلك تنص المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

^(٢٠٤) حمدي محمد إسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها. أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص ١٩٧.

سلطته التقديرية سواء بتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها كلية^(٢٠٥).

ولكن رغم ما توفره المادة ١٤٩ مدني مصري من حماية فعالة للطرف المذعن؛ إلا أن رأياً في الفقه^(٢٠٦) ذهب إلى أن منح القضاء سلطة النظر في شروط العقد- استناداً إلى نظرية الإذعان- وسيلة تفتقد الحكمة، وتتطوي على مخاطر خفية؛ لأن من شأن أعمال هذه السلطة هدم توازن العقد، وإحداث نوع من الاضطراب في العلاقات الاقتصادية، بمقتضى سلطة تحكمية.

وأغلب الظن أن هذا الرأي جانبه الصواب؛ ذلك أن نص المادة ١٤٩ مدني مصري ما جاء إلا بهدف رد التوازن العقدي الذي كان قد اختل قبل أعمال القاضي لسلطته في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، ويأتي دور القاضي لإعادة هذا التوازن، وأما عن استقرار العلاقات الاقتصادية؛ فلا شك أن هذه العلاقات تقوم على بعض المبادئ الأخلاقية، ومنها حسن النية والعدالة، الأمر الذي يتعين معه رد المتعاقدين إلى هذه المبادئ حال انحرافهم عنها، وأما عن وصف هذه السلطة بأنها تحكمية؛ فإن رقابة محكمة النقض على كفاية الأسباب كفيلاً بأن تضع حداً لأي انحراف يمكن أن يحدث^(٢٠٧).

وحتى يضمن المشرع المصري فاعلية وجدية الحماية المعقودة للطرف المذعن، بمقتضى المادة ١٤٩ مدني مصري، فقد أثار أن ينهي نص هذه المادة بالعبارة الآتية: "..... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهو ما يعني أنه لا يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على استبعاد سلطة القاضي في نظر الشروط التعسفية، وما قد يستتبعه ذلك من القضاء بتعديلها أو إلغائها، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق وقع باطلاً.

^(٢٠٥) محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية- جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١١/٢٠١٢م، ص ١٦٨. وفي المعنى نفسه انظر: أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ١٠٧.

^(٢٠٦) في عرض هذا الرأي انظر: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٦ وما بعدها.

^(٢٠٧) عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص ٣٦٢ وما بعدها.

تعقيب:

في مجال تقييم المادة ١٤٩ من القانون المدني؛ فإنه يمكن القول إن المشرع المصري وُفق إلى حد كبير في صياغته لهذه المادة، خاصة حينما أبطل أي اتفاق ينشأ بين طرفي عقد الإذعان، إذا كان من شأنه استبعاد سلطة قاضي الموضوع تجاه ما قد يتضمنه هذا العقد من شروط تعسفية؛ ذلك أن الاتفاق على استبعاد هذه السلطة يترتب عليه تعطيل الحماية التي أقرها المشرع للطرف المذعن في مواجهة ما قد تتضمنه عقود الإذعان من شروط تعسفية، فالطرف القوي الذي استطاع أن يفرض شروطه على الطرف الضعيف، ليس من الصعب عليه أن يُضمّن هذه الشروط بنداً يمنع الأخير بمقتضاه من طرحها أمام القضاء.

المطلب الثاني

آليات مواجهة الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري

طبقاً للنظام القانوني الفرنسي

أقر النظام القانوني الفرنسي مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، وذلك بمقتضى قواعد قانون الاستهلاك؛ حيث نصت المادة (L.241-1) - في فقرتها الأولى - من هذا القانون على أن: "تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة"^(٢٠٨).

وطبقاً لهذا النص، فإن المشرع الفرنسي اعتبر الشروط التعسفية التي قد ترد في عقود الاستهلاك كأنها غير مكتوبة، فما المقصود بعبارة "غير مكتوبة" الواردة في هذا النص؟

واقع الأمر أن المشرع الفرنسي قصد من النص على اعتبار الشروط التعسفية "غير مكتوبة" هو أن تكون باطلة، بما يعني اعتبارها كأن لم تكن، غير أن هذا البطلان - وكما ذكرنا سابقاً - يلحق بالشروط التعسفية فقط؛ حيث يبقى العقد بشروطه الأخرى

(208) Art. L.241-1/al.1: "Les clauses abusives sont réputées non écrites".
Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, précité.

قائماً وناظراً بين أطرافه⁽²⁰⁹⁾، ما دامت الشروط محل البطلان ليست هي الدافع إلى التعاقد⁽²¹⁰⁾، أما إذا كانت هذه الشروط هي الدافع إلى التعاقد، بحيث لا يمكن للعقد أن يبقى بدونها؛ فإن البطلان ينسحب على العقد بأكمله⁽²¹¹⁾.

غير أن المشرع الفرنسي لم يكتف بمواجهة الشروط التعسفية في إطار قانون الاستهلاك، وإنما نص في المادة (1171) من القانون المدني - بمقتضى التعديل الوارد حديثاً بالقانون رقم (2018-287) - على أنه: "في عقد الإذعان، أي شرط غير قابل للتفاوض، يتم تحديده مسبقاً من قبل أحد الطرفين، ويترتب عليه اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، يُعتبر غير مكتوب"⁽²¹²⁾.

وقد قصد المشرع الفرنسي من خلال هذا النص توفير نوع من الحماية العامة - إضافة إلى الحماية الخاصة الواردة في قانون الاستهلاك - لأي متعاقد ارتبط بأحد عقود الإذعان، ورضخ لشروط غير قابلة للتفاوض، وضعها الطرف الآخر بصورة مسبقة، ونتج عنها عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد؛ حيث اعتبر المشرع هذه الشروط كأنها غير مكتوبة، ورغم أنه لم ينص صراحة على أنها تعسفية؛ إلا أنها تعد كذلك قياساً على تعريف الشروط التعسفية الوارد في المادة (L.212-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

⁽²⁰⁹⁾ Dans le même sens v., DHENNIN(S.): La nullité du contrat de travail, DEA, Faculté des sciences politiques et sociales, Université de Lille 2, 2000/2001, p.11.

⁽²¹⁰⁾ PLOTNIC(O.): Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse de doctorat préparée en cotutelle entre l'Université de Grenoble et l'Université d'Etat de Moldova, 2013, p.369; KULLMANN(J.): Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, chron., p.59.

⁽²¹¹⁾ Art. L.241-1/al.2: "Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses".

Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, précité.

⁽²¹²⁾ Art. 1171/al.1: "Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

Code civil, modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, précitée.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

ولكن في ظل وجود هذين النوعين من الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، فهل يمكن للمستثمر الخيار بين نوعي الحماية حال ادعائه أمام القضاء بشمول اتفاق التمويل العقاري شروطاً تعسفية؟

واقع الأمر أن المشرع الفرنسي نص في المادة (١١٠٥) من التقنين المدني على أن: "العقود سواء كان لها اسم خاص بها أم لا تخضع للقواعد العامة، التي هي موضوع هذا العنوان الفرعي. القواعد الخاصة ببعض العقود يتم وضعها في الأحكام الخاصة بكل منها. تطبق القواعد العامة مع مراعاة هذه القواعد الخاصة"^(٢١٣).

وطبقاً لهذا النص، فإن القواعد الخاصة تقدم في التطبيق على القواعد العامة أمام الحالة ذاتها، وهو ما يعني أنه بشأن الحالات التي يوجد لها إطاران قانونيان قابلان للتطبيق أحدهما عام والآخر خاص، فإنه يُستبعد الإطار العام، ويطبق عليها الإطار الخاص^(٢١٤).

وعلى ذلك، فالمستثمر في اتفاق التمويل العقاري ليس له اللجوء إلى قواعد الحماية العامة متى انطبق عليه وصف المستهلك، ذلك أن قواعد قانون الاستهلاك هي قواعد خاصة، وجدت بهدف توفير نوع من الحماية الخاصة لهذه الفئة من المتعاقدين، ومن ثم

(213) Art. 1105: "Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières".
Code civil, modifié par ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, J.O.R.F. n°0035 du 11 février 2016.

ومن الجدير بالذكر أن عبارة "القواعد العامة التي هي موضوع هذا العنوان الفرعي"، المنصوص عليها في هذا النص، يقصد بها: القواعد المتعلقة بنظرية العقد، والمنصوص عليها في المواد (١١٠١): (١١٣١) من التقنين المدني الفرنسي.

(214) GULTEKIN(K.): L'article 1171 du Code civil, un champ d'application encore imprécis, article disponible sur le site suivant:

<https://www.village-justice.com/articles/>; et dans le même sens v., LICARI(F.-X.): Contrat, Contenu du contrat, Déséquilibre significatif du contrat, J.-Cl., Code Civil, Fasc. 50, n° 26.

لا يجوز للمستثمر الحياد عنها إلى قواعد الحماية العامة⁽²¹⁵⁾، والحال أن اتفاق التمويل العقاري الذي يرتبط به يندرج تحت طائفة عقود الاستهلاك.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: ما الوسائل التي يمكن للمستثمر عن طريقها إبطال الشروط التعسفية التي قد ترد في اتفاق التمويل العقاري؟

طبقاً للنظام القانوني في فرنسا؛ فإن إبطال الشروط التعسفية التي قد ترد في اتفاق التمويل العقاري يمكن أن يتم عن طريق دعوى المستثمر بإبطال هذه الشروط، كما قد يتم بحكم القاضي من تلقاء نفسه أثناء نظر أي نزاع يتعلق بهذا الاتفاق، وهو ما يمكن تفصيله على النحو الآتي:

أولاً- دعوى المستثمر بإبطال الشروط التعسفية:

اتضح مما سبق، أن اتفاق التمويل العقاري يندرج تحت طائفة عقود الاستهلاك، ومن ثم فهو يخضع للأحكام الواردة في تقنين الاستهلاك الفرنسي، الأمر الذي يسمح للمستثمر بالاستفادة من أحكام الحماية المقررة للمستهلك المنصوص عليها في هذا التقنين⁽²¹⁶⁾.

ومن بين أحكام الحماية التي جاء بها تقنين الاستهلاك الفرنسي، والتي يمكن للمستثمر الاستفادة منها، أن هذا التقنين وضع تحت يد المستثمر دعوى شخصية، يمكنه من خلالها التوصل إلى إبطال الشروط التعسفية التي قد ترد في اتفاق التمويل

(215) Dans le même sens v., BEHAR-TOUCHAIS(M.): Le déséquilibre significatif dans le code civil, J.C.P. éd. G., 2016, I, 391, p.663.

(216) من الجدير بالذكر، أن المادة (L.241-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي نصت في فقرتها الثالثة على أن: "الأحكام الواردة في هذه المادة تُعد من النظام العام"، وطبقاً لهذا النص فإنه لا يجوز لأطراف عقد الاستهلاك الاتفاق على خلاف ما ورد في هذه المادة من أحكام، فإذا تم مثل هذا الاتفاق وقع باطلاً. ولا شك أن الحكمة من إيراد هذا النص هي منع التحايل على أحكام الحماية الواردة في المادة (L.241-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وضمان تطبيقها.

Art. L.241-1/al.3: "Les dispositions du présent article sont d'ordre public". Code de la consommation, modifié par ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, précité.

العقاري، على اعتبار أن هذه الشروط ينشأ عنها عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف الاتفاق، وذلك على حساب هذا المستثمر⁽²¹⁷⁾.

ولا شك أن هذه الدعوى تحقق مصلحة للمستثمر من ناحيتين؛ الأولى: أن الممول سيظل ملزماً بتنفيذ اتفاق التمويل العقاري في مواجهة المستثمر، ذلك أن الحكم بالبطلان ينطبق على الشروط التعسفية فقط، ولا ينسحب على الاتفاق بأكمله⁽²¹⁸⁾، ومن ناحية أخرى سيتخلص المستثمر من شروط تعسفية، شكل توажدها في اتفاق التمويل العقاري جوراً وإجحافاً بحقوقه.

ثانياً - حكم القاضي بإبطال الشروط التعسفية من تلقاء نفسه:

إمعاناً في تكريس مبدأ حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية التي قد ترد في عقود الاستهلاك، منح المشرع الفرنسي قاضي الموضوع سلطة الحكم من تلقاء نفسه بإبطال ما قد يصادفه من شروط تعسفية أثناء نظر أي نزاع يتعلق بأحد هذه العقود⁽²¹⁹⁾. وعلى ذلك، متى ورد في أحد اتفاقات التمويل العقاري شرطاً تعسفياً؛ فإنه يحق لقاضي الموضوع أن يحكم ببطلان هذا الشرط من تلقاء نفسه⁽²²⁰⁾، حتى لو لم يدع المستثمر أمامه بذلك.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا المعنى، في حكمها الصادر في 16 فبراير سنة 1996م⁽²²¹⁾؛ حيث جاء فيه ما يفيد حق قاضي الموضوع في أن يتصدى

⁽²¹⁷⁾ Dans le même sens v., PEGLION-ZIKA(C.-M.): thè. préci., p.176.

⁽²¹⁸⁾ Dans le même sens v., PLOTNIC(O.): thè. préc., p.369.

⁽²¹⁹⁾ سميح جان صفير: المرجع السابق، ص 32.

⁽²²⁰⁾ Art. L.141-4:"Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application".

Code de la consommation, créé par loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, J.O.R.F., n° 3 du 4 janvier 2008, p.258.

⁽²²¹⁾ Cass. civ., 1re ch., 16 février 1994, SARL TAC n° 295 D, Inédit, cité par PAISANT(G.): Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995, D. 1995, chron., p.99.

Selon Mr. PAISANT(G.):"La Cour de cassation a considéré que face à une clause abusive, et même devant le silence du consommateur, ou son défaut de comparution, le juge pouvait soulever d'office le moyen de droit tiré de la

من تلقاء نفسه للشروط التعسفية، وأن يقوم بسحبها من التعاقد، شريطة احترام مبدأ الخصومة، بأن يتم ذلك في حضور أطرافها.

كما أكدت محكمة العدل الأوروبية على هذا المعنى في بعض أحكامها^(٢٢٢)؛ حيث قضت بأنه يتعين على القاضي الوطني حال قبوله الدعوى أن يُقِيم من تلقاء نفسه الطابع التعسفي للشروط الوارد في العقد، لتلافي عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطرافه.

تعقيب:

يُلاحظ أن النظام القانوني في فرنسا لم يمنح قاضي الموضوع سوى سلطة إبطال الشروط التعسفية دون تعديلها، بعكس الحال في النظام القانوني المصري، الذي أتاح للقضاء في مصر هذه السلطة منذ أربعينيات القرن الماضي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تميز نص المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري^(٢٢٣).

ومع ذلك، فإن نص المادة (L.241-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي يتميز بأنه أعطى قاضي الموضوع سلطة استظهار الشروط التعسفية، والحكم بإبطالها من تلقاء نفسه، حتى لو كان النزاع العقدي المطروح أمامه لا يتضمن الادعاء بوجود شروط تعسفية، وهو ما لم تتحه المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري، فهذه السلطة لا يمكن لقاضي الموضوع في مصر إعمالها؛ إلا إذا تم الادعاء أمامه من قبل المستثمر

présence d'une clause abusive, pourvu qu'il respecte le principe du contradictoire en soumettant ce moyen à l'observation des parties".

⁽²²²⁾ C.J.C.E., 27 juin 2000, affaire C-240/98 à C-244/98, R.T.D.com., 2001, p.291, obs. LUBY(M.); C.J.C.E., 21 novembre 2002, aff. C-473/00, D. 2003, p.486, note NOURISSAT(C.); C.J.C.E., 4 juin 2009, affaire C-243/08, D. 2009, 2312, note POISSONNIER(G.).

^(٢٢٣) محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ٧٥. أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ١٠٦.

ومن الجدير بالذكر، أن تقنينات الدول العربية سارت على نهج المشرع المصري في منح قاضي الموضوع سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ومن ذلك: القانون المدني العراقي (المادة ٢/١٦٧)، والقانون المدني الكويتي (المادة ٨١)، والقانون المدني البحريني (المادة ٥٨)، والقانون المدني القطري (المادة ١٠٦)، والقانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة (المادة ٢٤٨)، والقانون المدني الجزائري (المادة ١١٠)، والقانون المدني السوداني (المادة ١١٨).

باحثوا اتفاق التمويل العقاري على شروط تعسفية. لذا؛ يتفق الباحث مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٢٢٤) من ضرورة أن يتدخل المشرع المصري بتعديل نص المادة ١٤٩ من القانون المدني؛ بحيث يكون لقاضي الموضوع سلطة استظهار الشروط التعسفية فيما يُطرح أمامه من عقود إذعان، والقضاء بتعديل هذه الشروط أو إلغائها، وذلك من تلقاء نفسه، ودون أن تتوقف ممارسة هذه السلطة على طلب قضائي يتقدم به الطرف المذعن، وذلك على غرار ما هو معمول به في النظام القانوني الفرنسي بشأن عقود الاستهلاك.

خاتمة

بعد أن انتهيت- بعون الله تعالى وبحمده- من هذا البحث، والموسوم بعنوان: "الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري"، فإن الأمر يقتضي الإشارة إلى أهم النتائج التي خلص إليها هذا البحث، وكذلك التوصيات التي يمكن اقتراحها في هذا الشأن، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

- تُعد أزمة الإسكان والعقارات في أي دولة من الدول انعكاساً لمشكلات الندرة الاقتصادية، ولمعالجة هذه الأزمة ظهر نظام التمويل العقاري، كوسيلة تسهم في صياغة استراتيجية متكاملة لرصد أسباب هذه الأزمة، ووضع الحلول المناسبة لها، إضافة إلى الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة.
- يُعد اتفاق التمويل العقاري الإطار القانوني الذي يتجسد من خلاله نظام التمويل العقاري، وينشأ هذا الاتفاق بين ثلاثة أطراف، المستثمر والممول والمستفيد، بمقتضاه يحصل المستثمر على ائتمان من الممول لصالح المستفيد، ومن ثم فلا يمنح هذا الاتفاق للمستثمر دعماً مالياً مباشراً، وإنما ينشئ التزاماً على عاتق الممول بدفع مبلغ مالي إلى المستفيد، حال قيامه بتنفيذ معاملة قانونية تتعلق بعقار لصالح

^(٢٢٤) محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ٧٤. أيمن سعد سليم:

الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ١٠٧.

- المستثمر، ونظير ذلك يلتزم الأخير بتقديم ما يطلبه الممول من ضمانات، إضافة إلى سداد مبلغ التمويل بالشروط المتفق عليها.
- من الخصائص التي يتميز بها اتفاق التمويل العقاري أنه يُعد من عقود الاستهلاك، الأمر الذي يعني خضوعه لقوانين حماية المستهلك، وما يستتبع ذلك من إمكان استعادة المستثمر من آليات الحماية المنصوص عليها في هذه القوانين، بالنظر إلى تمتعه بصفة المستهلك.
- يذهب الاتجاه الفقهي الحديث في تكييف عقود الإذعان إلى أن الصيغة النمطية للعقد، والمعدة بصورة مسبقة من قبل "الموجب"، والتي لا تقبل بنودها المساومة أو التفاوض، تكفي بذاتها لإضفاء صفة الإذعان على العقد، ودون أن يتوقف ذلك على اشتراط تعلق هذا العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي من جانب "الموجب".
- في ظل المفهوم الحديث لعقود الإذعان، فإنه يمكن القول بأن اتفاق التمويل العقاري يندرج تحت هذه الطائفة من العقود، فالثابت أن هذا الاتفاق يتم صياغته في شكل نموذج نمطي، يُعده الممول بصورة مسبقة، ويتضمن شروطاً ثابتة لا تتيح للمستثمر مجالاً للتفاوض أو المناقشة حولها.
- تُعد طائفة عقود الإذعان مجالاً خصباً للشروط التعسفية؛ فقد تتضمن هذه العقود بعض الشروط التي يتم صياغتها لمصلحة الطرف المهني، والتي تأتي - غالباً - على حساب المستهلك، الذي لا يمكنه رفض هذه الشروط وحدها في ظل الصيغة النمطية للعقد، والتي لا تقبل التفاوض أو المناقشة.
- يعتمد الشرط التعسفي في وجوده على عنصرين أساسيين، الأول: أن يُفرض هذا الشرط على المستهلك، نتيجة تعسف المهني في استعمال هيمنته الفنية والاقتصادية، والثاني: أن يؤدي هذا الشرط إلى إخلال واضح في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، لمصلحة الطرف المهني.
- لا جدال في صعوبة وضع تعداد حصري للشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في مختلف المعاملات الموجودة في الواقع العملي، الأمر الذي أدى إلى اختلاف النظم

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- القانونية المقارنة فيما بينها بشأن الأساليب التي يمكن الاعتماد عليها في تمييز هذه الشروط، ولم يكن النظام القانوني المصري ونظيره الفرنسي بمنأى عن هذا الاختلاف؛ حيث لم يتبع أسلوباً واحداً في تمييز الشروط التعسفية، بل كان لكل منهما منحاه في اختيار الأسلوب الذي يراه الأمثل من وجهة نظره.
- في تمييز الشروط التعسفية، تبنى المشرع المصري ما يُعرف بالأسلوب التقديري، ويُقصد به: أن يُترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد الشروط التعسفية؛ غير أن ترك هذه السلطة لقاضي الموضوع أمر لا يخلو من العيوب، بالنظر إلى أن هذه السلطة مناطها الاجتهاد، وهو عمل تختلف فيه وجهات النظر، كما تتفاوت فيه الأفهام، لذا جاءت أحكام القضاء المصري متباينة في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية.
- رغم تباين أحكام القضاء المصري في شأن تحديد ما يُعد من الشروط التعسفية؛ إلا أن المشرع المصري لم يغير موقفه من ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في هذا الشأن، وهو ما تؤكد بصدر قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م؛ حيث جاء خلواً من أي تنظيم للشروط التعسفية أو لأساليب تمييزها، اعتماداً على التنظيم الوارد في نص المادة ١٤٩ من القانون المدني.
- انتهج المشرع الفرنسي في تمييز الشروط التعسفية نظاماً مزدوجاً، يعتمد على الجمع بين الأسلوب التقديري، وأسلوب القوائم؛ حيث منح المشرع الفرنسي لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استظهار الشروط التعسفية، إضافة إلى تضمين تقنين الاستهلاك قائمتين، الأولى (السوداء): تضم اثني عشر شرطاً، يُحظر إدراج أي منها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، على اعتبار أن مظاهر التعسف واضحة فيها بطريقة لا يجوز إثبات عكسها، والثانية (الرمادية): تضم عشرة شروط، اعتبرها المشرع الفرنسي من قبيل الشروط التعسفية متى ورد أي منها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين؛ إلا إذا أثبت المهني عكس ذلك.
- قد يؤدي التفاوت في القدرات الاقتصادية والفنية بين الممول والمستثمر إلى تضمين اتفاق التمويل العقاري بعض الشروط التعسفية، فالممول - بما يحوزه من إمكانيات

- اقتصادية وفنية- دائماً ما ينفرد بإعداد صيغة هذا الاتفاق بصورة لا تقبل التفاوض أو المناقشة، الأمر الذي قد يدفعه إلى تضمينها بعض الشروط التي تحقق له مصلحة غير مبررة أو تمنحه ميزة فاحشة على حساب المستثمر، الأمر الذي ينشأ عنه عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف الاتفاق.
- تُعد تطبيقات الشروط التعسفية في العقود كثيرة ومتنوعة؛ حيث تضمنت آراء الفقه وأحكام القضاء العديد منها، كما أضافت التشريعات الوطنية المقارنة- التي تبنت نظام القوائم- صوراً متعددة لهذه الشروط، غير أن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا كانت أكثر تحديداً بشأن اتفاق التمويل العقاري؛ حيث أصدرت التوصية رقم (٠٤-٠٣) بشأن التمويل العقاري، وقد تضمنت هذه التوصية العديد من تطبيقات الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في اتفاق التمويل العقاري بصفة خاصة.
- أقر المشرع المصري مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، ونظم أحكام هذه المواجهة في إطار القواعد العامة للقانون المدني، الأمر الذي يوحى للوهلة الأولى بأن هذه المواجهة تنطبق على العقود كافة بجميع تقسيماتها؛ إلا أن المشرع قصر مجال تطبيقها على طائفة عقود الإذعان فقط، وتعتمد آليات هذه المواجهة على منح قاضي الموضوع سلطة النظر في الشروط محل الادعاء، لتقرير وجه التعسف فيها إن وجد، فإذا اقتنع القاضي بأن شرطاً منها يتصف بالتعسف؛ جاز له أن يُعدّل هذا الشرط أو أن يعفي الطرف المذعن منه، وهو ما ينطبق على اتفاق التمويل العقاري، باعتباره من عقود الإذعان.
- طبقاً للنظام القانوني في مصر؛ فإنه لا يجوز لقاضي الموضوع ممارسة سلطته في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها من تلقاء نفسه، إعمالاً لمبدأ حياد القاضي، لذا فإنه ما لم يدع المستثمر بوجود تعسف في أحد شروط اتفاق التمويل العقاري؛ فإنه لا يجوز للقاضي ممارسة هذه السلطة، حتى لو اتضح له - أثناء نظر الدعوى- أن أحد شروط الاتفاق المطروح أمامه يتصف بالتعسف.
- أقر المشرع الفرنسي مبدأ مواجهة الشروط التعسفية في العقود، وأفرد لهذه المواجهة نوعين من الحماية القانونية، الأولى: حماية عامة تستند إلى نظرية الإذعان في

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

التقنين المدني، مفادها بطلان ما يرد في العقد من شروط متى كانت معدة من قبل أحد أطرافه بصورة مسبقة، وبصيغة غير قابلة للتفاوض، وترتب عليها اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، والثانية: حماية خاصة مستمدة من تقنين الاستهلاك، مفادها بطلان الشروط التي قد ترد في عقود الاستهلاك، متى وصفت بالتعسف.

- لا يجوز للمستثمر في اتفاق التمويل العقاري اللجوء إلى قواعد الحماية العامة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي متى انطبق عليه وصف المستهلك، ذلك أن قواعد قانون الاستهلاك هي قواعد خاصة، وجدت بهدف توفير نوع من الحماية الخاصة لهذه الفئة من المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز للمستثمر الحياد عنها إلى قواعد الحماية العامة، والحال أن اتفاق التمويل العقاري الذي ارتبط به يندرج تحت طائفة عقود الاستهلاك.

- يتميز التشريع المصري بأنه منح قاضي الموضوع سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وهو ما لم يفعله المشرع الفرنسي؛ حيث لم يمنح قاضي الموضوع سوى سلطة إبطال هذه الشروط دون تعديلها.

- يتميز التشريع الفرنسي بأنه أعطى قاضي الموضوع سلطة استظهار الشروط التعسفية، والحكم بإبطالها من تلقاء نفسه، حتى لو كان النزاع العقدي المطروح أمامه لا يتضمن الادعاء بوجود شروط تعسفية، وهو ما لم يتحه القانون المدني المصري، فهذه السلطة لا يمكن لقاضي الموضوع في مصر إعمالها إلا إذا تم الادعاء أمامه من قبل المستثمر باحتواء اتفاق التمويل العقاري على شروط تعسفية.

ثانياً- التوصيات:

١- يوصي الباحث المشرع المصري بإعادة النظر في صياغة تعريف "المستهلك"، الوارد في المادة ١/١ من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م؛ بحيث يتسع ليشمل المهني- سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً- حال تعاقدته على سلعة أو خدمة تخرج عن نطاق تخصصه، فقوانين حماية المستهلك ما وجدت إلا بهدف حماية

الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، بالنظر لانعدام خبرته ودرايته بمجال التعاقد، وهو ما ينطبق على المهني في هذه الحالة.

٢- يوصي الباحث المشرع المصري بوضع تنظيم قانوني متكامل لمواجهة الشروط التعسفية في العقود؛ بحيث يتضمن الأسلوب المزدوج في تحديد هذه الشروط، من خلال تبني أسلوب القوائم إلى جانب الأسلوب التقديري، ذلك أن الأسلوب المزدوج من شأنه أن يساهم في تجنب ما قد ينتج عن إعمال الأسلوب التقديري بمفرده من تباين للأحكام الصادرة عن قضاة الموضوع في شأن تحديد الشروط التعسفية، والناجم عن اختلاف وجهات النظر وتباين الأفهام من قاض إلى آخر.

٣- في إطار التنظيم القانوني المقترح، يوصي الباحث المشرع المصري بالنص على إنشاء لجنة للشروط التعسفية- على غرار اللجنة الفرنسية- تختص بتحديد معايير الشروط التعسفية في العقود، من خلال ما تصدره من توصيات، وما تجرّيه من مراجعات للعقود النمطية المطروحة على المستهلكين من قبل المهنيين، فلا شك أن وجود هذه اللجنة يساهم في توحيد معايير تحديد هذه الشروط، كما يُعين القضاء على الفصل في المنازعات المثارة بشأنها.

٤- يوصي الباحث المشرع المصري بتعديل نص المادة ١٤٩ من القانون المدني؛ بحيث يكون لقاضي الموضوع سلطة استظهار الشروط التعسفية فيما يُطرح أمامه من عقود إذعان، والقضاء بتعديل هذه الشروط أو إلغائها، وذلك من تلقاء نفسه، ودون أن تتوقف ممارسة هذه السلطة على طلب قضائي يتقدم به الطرف المدّعن، وذلك على غرار ما هو معمول به في النظام القانوني الفرنسي بشأن عقود الاستهلاك.

٥- يوصي الباحث الجمعيات الأهلية المعنية بحماية المستهلك في مصر، بتفعيل اختصاصاتهم الواردة في قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٨م، لا سيما ما يتعلق منها بنشر ثقافة حقوق المستهلك، وتوعية المواطنين بحقوقهم، وتقديم الاستشارات القانونية لهم، بما يُسهم في الحد من استغلالهم من قِبَل المهنيين، والمحافظة على حقوقهم.

قائمة المختصرات الأجنبية

Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation.
C.A.	Cour d'appel.
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile.
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale.
chron.	Chronique.
D.	Dalloz(Recueil Dalloz Sirey).
éd.	Édition.
Gaz.-Pal.	Gazette du Palais.
I.R.	Informations Rapides.
J.C.P. éd. G.	Juris Classeur Périodique(édition générale).
J.O.C.E.	Journal Officiel des Communautés Européennes.
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République Française .
jur.	Jurisprudence.
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
n°	Numéro.
obs.	Observation
op. cit.	Ouvrage Précité.
p.	Page.
Pan.	Panorama.
R.T.D.civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
R.T.D.com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
somm.	Sommaire
T.	Tome
thè. préci.	Thèse précitée.
T.C.	Tribunal des conflits
T.I.	Tribunal d'Instance
v.	Voir

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

١- كتب الحديث والفقہ الإسلامي:

- أبو نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج ٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٩هـ.
- أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج ٢٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان: صحيح ابن حبان، ج ٩، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢- معاجم وقواميس:

- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م.
- محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب، تحقيق/ عبد الله على الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر.

٣- المراجع القانونية:

أ- المراجع العامة:

- د.حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- د.رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.
- د.سامي جمال الدين: مبادئ القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠١٧م.
- د.سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، طبعة نقابة المحامين، ٢٠٠٨م.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- د. لاشين محمد الغاياتي: دروس في مصادر الالتزام، بدون ناشر، ١٩٨٣م.
- د. محمد إبراهيم دسوقي: القانون المدني، الالتزامات، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، القسم الأول، بدون سنة نشر، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي.

ت- المراجع المتخصصة:

- د. أبو العلا على أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د. أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، ماهيته- مصادره- موضوعاته، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.
- د. أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
- د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- د. أسامه أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨م.
- د. السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.
- د. أنس محمد عبد الغفار: آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الكتب القانونية، ٢٠١٣م.
- د. أيمن سعد سليم:

- مشكلات اتفاق التمويل العقاري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
- د. ثروت عبد الحميد: اتفاق التمويل العقاري، دراسة أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. حسن عبد الباسط جميعي:
- حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. حسن محمد البنان: مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.
- د. حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧م.
- د. حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. خالد جمال أحمد حسن: الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، بدون ناشر، ٢٠١٤م.
- د. خالد حسن أحمد: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ٢٠١٨م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- صبحي محمود: التمويل العقاري، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ٢٠١٥م.
- د. طرح البحور علي حسن: عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. عاطف عبد الحميد حسن: حماية المستهلك، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين وفقاً للمادة ٣٥ من القانون الفرنسي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨، والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- د. عبد الحكم فوده: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- د. غالب كامل المهيترات: التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ٢٠١٨م.
- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: موسوعة التمويل العقاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د. كيلاني عبد الراضي: مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- محمد المرسي زهرة: حماية المستهلك في القانون المصري والعُماني، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣م.
- د. محمد بودالي:
- حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦م.

- مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د. محمد سعد خليفة: مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
 - د. محمد شريف عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
 - د. محمود علي رحمة: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م.
 - د. نسرین عبد الحمید نبیه: عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
 - د. هشام محمد القاضي: التمويل العقاري، دراسة فقهية قانونية اقتصادية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- ج. رسائل الماجستير والدكتوراه:**
- د. أحمد سعيد الشهراني: النظام القانوني لعقد التمويل العقاري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٢م.
 - د. حازم سالم محمد الشوابكة: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة في القانون الأردني - الشريعة الإسلامية - القانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م.
 - سلمة بن سعیدی: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣/٢٠١٤م.
 - د. عامر قاسم القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، العراق، ١٩٩٨م.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- عبد القادر سعدي: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، ٢٠١٥/٢٠١٦م.
- د. عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦م.
- عرعار الياقوت: التمويل العقاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨/٢٠٠٩م.
- د. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- عنان نصيرة خلوي: الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٣م.
- فتيحة حماز: الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، ٢٠١٧/٢٠١٨م.
- د. فواز بن خلف اللويح المطيري: الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م.
- محمد أمين سي الطيب: الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٨م.
- د. محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية- جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١١/٢٠١٢م.
- د. محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ١٩٩٢م.

- د.مهدي منير: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.
- مولود بغدادى: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٤/٢٠١٥م.
- د. دوريات وأعمال مؤتمرات:
- د.بشار طلال مؤمني: نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، ع٢٢، يونيو ٢٠١٨م.
- د.جمال فاخر النكاس: حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ١٣، ع٢٤، يونيو ١٩٨٩م.
- د.حسينة شرون و نجاه حملاوي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون ٢/٤ بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع٤، أبريل ٢٠١٧م.
- حنان موشارة: الضمانات العينية للممول في اتفاق التمويل العقاري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع٧، ٢٠١١م.
- د.رباحي أحمد: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع٥، ٢٠٠٨م.
- زكرياء خليل: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المجلد ١١، ع١٢، ٢٠١٦م.
- د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأسامة شهاب حمد الجعفري: المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، السنة السابعة، ع٣، ٢٠١٥م.
- سميح جان صفيير: دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، جامعة الروح القدس، لبنان، ع٧، ٢٠٠١م.

د. أيمن مصطفى أحمد البقلي

- د. محمد إبراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث نُشر ضمن أعمال ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، والتي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٦ - ٧ ديسمبر ١٩٩٨م.
- د. محمد بن علي القرني: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة - المملكة العربية السعودية، ع ١٤٤، ج ٣، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- معمر علي نجم: الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد ٨، ع ٢٨، ٢٠١٩م.

ثانياً- المراجع باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages Généraux:

- BIHL(L.): Le droit de la vente, Dalloz, 1986.
- CALAIS-AULOY(J.) et TEMPLE(H.): Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2010.
- CALAIS-AULOY(J.) et STEINMETZ(F.): Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2006.
- CHAPUS(R.): Droit administratif général, T. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001.
- DE JUGLART(M.) et IPPOLITO(B.): Cours de droit commercial, vol. I, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1988.
- DELEBECQUE(Ph.) et PANSIER(F.-J.): Droit des obligations, contrat et quasi - contrat, Litec, Paris, 2001.
- ESPLUGAS-LABATUT(P.): Le service public, Dalloz, 1998.
- FLOUR(J.) , AUBERT(J.-L.) et SAVAUX(Ē): Les obligations, l'acte juridique, ARMAND COLIN, 10^e éd., 2002.

- GHESTIN(J.): Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J., 3^e éd., 1993.
- PIZZIO(J.-P.), LAMBERT(J.) et DE LA VILLÉON(B.): Droit du marché, Dalloz, Paris, 1993.
- PIZZIO(J.-P.): Code de la consommation, Montchrestien, Paris, 2^e éd., 1996.
- RZEPECKI(N.): Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

2- Ouvrages Spéciaux:

- CAUSSE(H.): De la notion de consommateur, in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, sous la direction de CALAIS-AULOY(J.) et CAUSSE(H.), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995.
- CORNU(G.): La protection du consommateur et l'exécution du contrat, Travaux de l'Association H.-Capitant, 1973.
- FONTAINE(M.): Rapport de synthèse in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996.
- RAYMOND(G.): Les contrats de consommation, in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, sous la direction de CALAIS-AULOY(J.) et CAUSSE(H.), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995.
- SINAY-CYTERMANN(A.): Rapport français, les relations entre professionnels en droit français, in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996.

- ZIO(M.): Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, éd. Connaissances et Savoirs, 2016.

3- Thèses et Mémoires:

- BOURREL(S.): Le consommateur d'immeuble, thèse de doctorat, Université de Reims, 2015.
- DAVID(L.): Le contrat d'adhésion, DEA, Université de La Réunion, 2016-2017.
- DHENNIN(S.): La nullité du contrat de travail, DEA, Faculté des sciences politiques et sociales, Université de Lille 2, 2000/2001.
- DOUCHE-DOYETTE(N.): La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2012-2013.
- HAMMOUD(M.): La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, thèse, Université Paris II(Panthéon-Assas), 2012.
- PEGLION-ZIKA(C. – M.): La notion de clause abusive, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2013.
- PLOTNIC(O.): Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne, thèse de doctorat préparée en cotutelle entre l'Université de Grenoble et l'Université d'Etat de Moldova, 2013.
- SEYSSEL(M.-C.): L'abus de droit dans les contrats, thèse de doctorat, Université de Chambéry, 2004.

4- Articles:

- AMAR(J.): Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, Contrats Concurrence Consommation, 2002, chron., 2.
- AMIEL-DONAT(J.): Le contrat de consommation, J.-Cl., Concurrence-Consommation, fasc. 800, n° 6.
- BEHAR-TOUCHAIS(M.): Le déséquilibre significatif dans le code civil, J.C.P. éd. G., 2016, I, 391.
- BERLIOZ(G.): Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P. éd. G., 1979, I, 2954.
- BIHL(L.): Vers un droit de la consommation, Gaz.-Pal., 1974, 2, p.754.
- CALAIS-AULOY(J.): Propositions pour un code de la consommation, La Documentation française, 1990, art. L. 2.
- GHASEMI(A.): Le professionnel et le consommateur, les deux principales catégories de parties à l'obligation d'information, Revue juridique de l'ouest, 1998/4, p.529.
- GHESTIN(J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE(I.):
L'application en France de la directive visant à éliminer les causes abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, J.C.P. éd. G., 1995, I, 3854, 275-282.
- GODE(P.): Protection des consommateurs, clauses abusives, R.T.D.civ., 1978, p. 744.

- GRIDEL(J.-P.): Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D. 1984, chron., XXV, p.153.
- KULLMANN(J.): Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, chron., p.59.
- LICARI(F.-X.): Contrat, Contenu du contrat, Déséquilibre significatif du contrat, J.-Cl., Code Civil, Fasc. 50, n° 26.
- MALINVAUD(Ph.): La protection des consommateurs, D. 1981, 7^e cahier, chron., VIII, n° 2, p.49.
- MARTIN(R.): Le consommateur abusif, D. 1987, chron., XXXI, p.51.
- MESTRE(J.): Des notions de consommateur, R.T.D.civ., 1989, p.62.
- PAISANT(G.):
 - Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995, D. 1995, chron., p.99.
 - Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988, chron., p.253.
- PIZZIO(J.-P.): L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron., p.91.
- REVET(T.): Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016, chron., p.1771.

ثالثاً- مواقع الإنترنت:

- <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/pret-immobilier/>
- <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- <http://www.fra.gov.eg/content/doc/8-pdf.pdf>
- <http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/>
- http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp
- [http://undocs.org/HRI/GEN/1/Rev.9 \(Vol.I\)](http://undocs.org/HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I))