

2023

## Legislative Protection for The Insured as A Consumer from Abusive Conditions in the Insurance Contract - A Comparative Study

Akram Daoud

Faculty of Law, An-Najah National University, Nablus, Palestine, akram@najah.edu

Nour Qanadilo

Faculty of Law, An-Najah National University, Nablus, Palestine

Follow this and additional works at: [https://digitalcommons.aaru.edu.jo/anujsr\\_b](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/anujsr_b)



Part of the [Civil Law Commons](#), [Consumer Protection Law Commons](#), and the [Insurance Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Daoud, Akram and Qanadilo, Nour (2023) "Legislative Protection for The Insured as A Consumer from Abusive Conditions in the Insurance Contract - A Comparative Study," *An-Najah University Journal for Research - B (Humanities)*: Vol. 37: Iss. 11, Article 1.

DOI: 10.35552/0247.37.11.2113

Available at: [https://digitalcommons.aaru.edu.jo/anujsr\\_b/vol37/iss11/1](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/anujsr_b/vol37/iss11/1)

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in An-Najah University Journal for Research - B (Humanities) by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact [rakan@aarj.edu.jo](mailto:rakan@aarj.edu.jo), [marah@aarj.edu.jo](mailto:marah@aarj.edu.jo), [u.murad@aarj.edu.jo](mailto:u.murad@aarj.edu.jo).

الحماية التشريعية للمؤمن له كمستهلك من الشروط التعسفية في عقد التأمين- دراسة مقارنة

## Legislative Protection for The Insured as A Consumer from Abusive Conditions in the Insurance Contract - A Comparative Study

اكرم داود<sup>1\*</sup>، و نور قناديلو<sup>1</sup>

Akram Daoud<sup>1</sup> & Nour Qanadilo<sup>1</sup>

<sup>1</sup>كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين

<sup>1</sup>Faculty of Law, An-Najah National University, Nablus, Palestine

تاريخ التسليم: (2021/6/7)، تاريخ القبول: (2023/3/21)

\*الباحث المراسل: akram@najah.edu

DOI: [10.35552/0247.37.11.2113](https://doi.org/10.35552/0247.37.11.2113)

### ملخص

تناول هذا البحث موضوع الحماية التشريعية لمستهلك عقد التأمين، إذ يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان (غالباً)، حيث يفرض المؤمن عقود أو وثائق تأمين معدة سلفاً وعادة ما تحتوي على شروط لصالحه ولا يملك المؤمن له مناقشتها، ورغم أن المستهلك يصدر قبلاً عندما يتعاقد مع المزود (شركة التأمين أو المؤمن) إلا أن هذا القبول مفروض عليه فهو مضطر إلى القبول حتى لو لم يُسمح له بمناقشته، فأياً كان نوع عقد التأمين- طالما أن المستهلك لا يملك مركز اقتصادي مساوٍ لمركز المزود- فهو من عقود الإذعان، حيث لا تتوفر فيه الإرادة العقدية المشتركة فهو لا يُعبر إلا عن إرادة واحدة؛ وهي إرادة المؤمن، كما يعتبر عقد التأمين من عقود الاستهلاك وهذا مما لا يخفى على دارسي فقه القانون، وأن تنظيم عقود الاستهلاك يرجع لسبب وجود طرفين مختلفين في المراكز الاقتصادية والمعرفية في العقد، أحدهما المزود وهو الذي يمثل الطرف القوي في العقد والذي ينفرد بوضع تفاصيل العقد وشروطه، والثاني هو المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف في العقد والذي يحتاج للخدمة وليس أمامه للتعاقد إلا خيار التوقيع فيخضع لهذا العقد وشروطه رغم ما يعتري مركزه من ضعف، وبسبب اتساع التفاوت الاقتصادي والتقني وحتى القانوني بين الطرفين لصالح المؤمن ولضمان حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف فقد وضع المشرع قواعد قانونية لإيجاد توازن بين طرفي العقد، وتحقيق مساواة فعلية بينهما من حيث الحقوق والالتزامات التي تقع على كل طرف من أطراف العملية التعاقدية أو من حيث مضمون العقد وشروطه. ولما كان عقد التأمين يتضمن على نوعين من الشروط؛ إحداها الشروط النموذجية والتي عادة ما تكون عادلة أما الأخرى فهي الشروط التعسفية والتي يرجع إليها بشكل كبير أثر

الاختلال في التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، ولأن المؤمن له لا يستطيع التفريق بينها على الأغلب فقد أوجد المشرع نظام أو وسائل لمواجهةها أو استبعادها لإعادة التوازن العقدي، وسيحاول الباحثان التطرق لموضوع الحماية التشريعية للمؤمن له من الشروط التعسفية ودراسة قواعد الحماية التي يوفرها المشرع لضمان فعالية عقود التأمين. وقد توصل البحث إلى وجود نوعين من الحماية تم وضعها من قبل المشرع في كل من قانون حماية المستهلك وقانون التأمين بحيث جاءت هذه التشريعات لتنظم العلاقة بين المؤمن بصفته قوي والمؤمن له بصفته ضعيف من خلال التوفيق بين مصالحهما ووضع قواعد قانونية أمره لمنع المؤمن من ظلم واستغلال المؤمن له.

**الكلمات المفتاحية:** عقد التأمين، الشروط التعسفية، المؤمن، المؤمن له، حماية المستهلك.

## Abstract

This research deals with the issue of legislative protection for the consumer of the insurance contract, as the insurance contract is considered a compliance contract whereby the insured imposes pre-prepared insurance contracts or documents and usually contain conditions in his favor and the insured does not have the right to discuss them, although the consumer issues an acceptance when he contracts with the obligee (the insurance company). However, this acceptance is imposed on him, so he is obliged to accept even if he is not allowed to discuss the offer, whatever type of insurance contract - as long as the consumer does not have an economic position equal to that of the provider - it is a contract of compliance where there is no common contractual will, and it only expresses one will. It is the will of the insured (obligator), just as the insurance contract is considered a consumption contract, and this is something that cannot be hidden by those studying the jurisprudence of law, and that the regulation of consumption contracts is due to the reason that there are two different parties unequal in the economic and knowledge positions in the contract, One is the professional (provider), who represents the contract's strong party and is responsible for determining the contract's specifics and conditions, and the other is the client, who represents the contract's weak party who requires the service and seems to have no option but to sign, because he is bound by the contract's terms despite his weak position. And, in order to ensure the protection of the consumer as the weak party, the legislator has adopted legislative rules to find a balance between the two parties to the contract, and to achieve de facto equality

between them in terms of the rights and obligations that fall on each of them or in terms of the contract's content and conditions. The insurance contract, on the other hand, includes two types of conditions: standard conditions, which are usually fair, and abusive conditions, which are primarily responsible for the effect of the contractual relationship's imbalance. The researchers discussed the issue of legislative protection for the insured from abusive conditions as well as the protection rules provided by the legislator to ensure the effectiveness of insurance contracts. The study found that both the Consumer Protection Law and the Insurance Law provide two forms of protections imposed by legislators. These legislations came to regulate the relationship between the insured in his capacity as the better positioned party and the insured in his capacity as weak party of the contract by reconciling their interests and laying down juridical legal rules to prevent the insured from injustice and exploitation for him.

**Keywords:** Insurance Contract, Abusive Conditions, Insured, Insured, Consumer Protection.

#### المقدمة

يَبْدُلُ المؤمنُ جُهدَ كبيرٍ لتحقيقِ مصالحه من خلال العقد النموذجي الذي يقوم بصياغته والذي عادةً ما يضع فيه بنود تزيد من حقوقه وتقلص من التزاماته، وفي المقابل لا يملك المؤمن له على الأغلب أي فرصة لمناقشة بنود العقد وإنما يكتفي بالتوقيع بالمكان المحدد له<sup>(1)</sup>.

حيث يعد عقد التأمين من العقود النموذجية التي تنعدم فيها القدرة على التفاوض وليس هذا وحسب بل كثيراً ما تحتوي على بعض من الشروط التعسفية التي بدورها حرفت وبدلت الغاية من وراء العقد من وسيلة للانتقاع المتبادل بين أطرافه إلى وسيلة استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف، بحيث لا يستطيع الأخير (المستهلك أو المؤمن له) أن يعدل بنود العقد ولا يستطيع حتى التفاوض بشأنها، فمزود الخدمة (المؤمن) لديه شروط ثابتة ومعدة سابقاً لا يمكن تغييرها مما يعطيه مركزاً اقتصادياً أعلى قد يجعله يستغل ضعف المستهلك ليفرض شروطاً تعسفية وقتما أراد<sup>(2)</sup>، طالما أنه على يقين من حاجة المستهلك للخدمة والذي يقبل التعاقد مكرها -إبرادة ظاهرها حرة

(1) الهيني، محمد. (2005). الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري "دراسة مقارنة". رسالة ماجستير منشورة. جامعة سيدي محمد بن عبد الله. فاس. المغرب. ص135.

(2) القيام، خالد رشيد. عقد التأمين في القانون المدني الأردني (الجزء الأول). ط1. مؤته: مكتبة ابن خلدون. ص143.

1954 "الحماية التشريعية للمؤمن له كمستهلك من ....."

باطنها اكراه<sup>(1)</sup> - فلا يتاح له فرصة الاطلاع على كل بنود العقد وحتى لو أُتيح له ذلك فإنه لا يتمكن من معرفة ما تحمله من مضمون وإذا ما تمكن من معرفة ما تحويه فإنه لا يملك القدرة على مناقشتها ولا يكون أمامه إلا الخضوع لما ورد في العقد ومن ثم التوقيع<sup>(2)</sup>.

ولحماية المؤمن له بوصفه الطرف الضعيف وحفاظا على المصلحة العامة فقد اضطر المشرع للتدخل - وضع قواعد أمره - لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية والحد من تعسف شركات التأمين<sup>(3)</sup>، وقد تدخل المشرع عن طريق تنظيم عقد الإذعان (عقد التأمين) بحظر بعض التصرفات التي يقوم بها المزود والتأكد من خلو العقد من الشروط التعسفية<sup>(4)</sup>.

ويجب الإشارة إلى انه لا يمكن لأحد أن يُنكر أن العقد قد نشأ بتوافق الإرادتين وأنه لا يجوز تعديله إلا باتفاق من انشأه، فأطرافه هم من يحددها ما ينتج عنه من آثار أي أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>(5)</sup>، إلا أنه إذا ما رجعنا إلى مبدأ سلطان الإرادة فإننا نرى أن الإرادة فيه تكون محدودة بقيود النظام العام والآداب وكذلك تكون محدودة بقيود ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف كما في عقود الإذعان<sup>(6)</sup>، إذ يسعى القانون إلى تأمين المساواة بين الحريات الموجودة عن طريق وضع قيود لصالح الطرف الضعيف.

ويمكن القول ان القانون يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة كمبدأ عام ولكن في حدود معينة فرغم الدور المهم للإرادة في الالتزامات التعاقدية من إنشاء للعقود وترتيب آثارها بحرية (بإرادة حرة) إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فهي مقيدة بحدود يضعها المشرع يجب مراعاتها وعدم تجاوزها تحقيقاً للعدالة والمصلحة العامة<sup>(7)</sup>، وهذا الأمر يجعل من وقوف المشرع إلى جانب المؤمن له (المستهلك) أمراً مبرراً وضرورياً لحمايته، فقد ترك المشرع الموقف السلبي بأن يكون محايداً وأخذ موقفاً جديداً استولت عليه نزعة أمره، فترك طريقة الإرشاد واتجه نحو طريقة الأمر فكثرت

- (1) "الاكراه هنا ليس هو المعروف في عيوب الإرادة (لا يؤثر على صحة التراضي) وانما هو اكراه متصل بعوامل اقتصادية"، للمزيد راجع السنهوري، عبد الرزاق احمد. (1952م). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الالتزام بوجه عام". دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة. مصر. ص 229.
- (2) الشنطي، سهى نمر. (2008م). التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين. ص 23-24، 33.
- (3) حجاج، صبرينة حميد. (2016). عقد التأمين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية. "رسالة ماجستير"، جامعة اليرموك، اربد، الأردن، ص 2، 10.
- (4) الشنطي، سهى نمر. مرجع سبق ذكره. ص 34-35.
- (5) حجاج، صبرينة حميد. مرجع سبق ذكره. ص 13.
- (6) السنهوري، عبد الرزاق احمد. (1940). الموجز في النظرية العامة في الالتزامات في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي. (منشورات محمد الذابية)، بيروت، لبنان. ص 35.
- (7) الشريف، عبد الناصر صبحي. (2008). الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني. "رسالة ماجستير"، جامعة القدس، فلسطين. ص 34.

مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 37(11)، 2023

النصوص الأمرة وأتسع نطاق النظام العام، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى تقوية الطرف الضعيف -بتقييد الشروط التعسفية أو إبطالها- وإعادة التوازن للعقد<sup>(1)</sup>.

### أهمية البحث

تكمن أهمية هذه الدراسة في معرفة ما إذا يمكننا إيجاد حماية تشريعية كافية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقد التأمين.

### اهداف البحث

يهدف هذا البحث الى نقاش ما يلي:

1. ماهية الشروط التعسفية والتمييز بينها وبين الشروط النموذجية.
2. دور المشرع في إعادة التوازن لعقد التأمين.
3. الوسائل التي يوفرها المشرع لحماية المؤمن لهم من الشروط التعسفية ومدى كفايتها في قانون التأمين والقوانين والأنظمة محل الدراسة.

### إشكالية البحث

يمكن التعبير عن إشكالية البحث في التساؤلات التالية: ما هي الآليات أو الوسائل التي كرسها المشرع لحماية مستهلك عقد التأمين من الشروط التعسفية وما مدى فعاليتها في تحقيق الهدف منها وما هي الشروط التعسفية وما أثرها على اختلال التوازن العقدي وذلك وفقا لقانون حماية المستهلك وقانون التأمين الساريين في فلسطين.

### منهج البحث ونطاقه

جرى في هذا البحث اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة، الواردة في قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، وفي قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، ومقارنتهما مع قانون التأمين المغربي رقم 17,99 لسنة 2002 والمعدل بموجب القانون رقم 59,13 والقانون 110,114 لسنة 2016، وقانون حماية المستهلك المغربي لسنة 2011، وقانون التأمين الجزائري رقم 95-07 لسنة 1995، وقانون حماية المستهلك الجزائري لسنة 2009.

### الدراسات السابقة

عثرنا خلال قيامنا بهذا البحث، على دراستين متخصصتين في موضوعه، على النحو التالي:

(1) الصّدّه، عبد المنعم فرج. (1946). عقود الإذعان في القانون المصري. "رسالة دكتوراه"، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، ص6.

**التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية: سهى نمر الشنطي،** وهي رسالة ماجستير غير منشورة في جامعة بيرزيت في رام الله (فلسطين)، 2008م، حيث تناولت فيها الباحثة ماهية الشروط النموذجية وماهية الشروط التعسفية وظاهرة اختلال التوازن العقدي ودراسة الدور الذي يقوم به القضاء والتشريع للحد من الشروط التعسفية، ودراسة موقف المبادئ والاتفاقيات الدولية في دراسة تنازع الصيغ الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية، وقد اتبعت الباحثة المنهج التحليلي الوصفي المقارن بالاستناد على النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني والتشريعات العربية ومقارنتها بالتشريعات الغربية، غير أن الباحثة لم تشرح موضوع حماية المؤمن له بصفته مستهلك لخدمة التأمين بشكل كافٍ، ولم تتطرق لجميع قواعد الحماية الخاصة الموجودة في قانون التأمين الفلسطيني.

**الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين -دراسة مقارنة: سعاد نويري،** وهو بحث منشور في المؤتمر السنوي الثاني والعشرون بعنوان الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2014 حيث تناولت فيه الباحثة التعريف بالشروط التعسفية ودور القاضي في مواجهتها بتعديلها أو إلغائها من خلال القواعد العامة وكذلك دور التشريع في حماية رضا مستهلك عقد التأمين عن طريق القواعد الخاصة، بالإضافة لدراسة دور الدولة بالرقابة على شركات التأمين ووثائق التأمين التي تصدرها، وقد اتبعت الباحثة المنهج التحليلي المقارن بالاستناد على النصوص القانونية في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي ومقارنته مع القانون المدني الإماراتي دون التشريع المغربي والتشريع الفلسطيني.

#### خطة البحث

من أجل إعطاء صورة واضحة عن الحماية التي يوفرها المشرع لمستهلك عقد التأمين وتحققاً لغاية البحث ارتأينا معالجة الموضوع اعتماداً على الخطة التالية:

يتضمن هذا البحث مطلبين نتحدث في الأول منها عن ماهية الشروط التعسفية، وفي المطلب الثاني نتناول طرق وآليات مواجهة المشرع لها.

#### المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية في عقد التأمين

يحتوي عقد التأمين في الغالب على شروط تعسفية وشروط أخرى نموذجية والتي ينفرد المزود (المؤمن أو شركة التأمين) بوضعها ولا يقبل المناقشة فيها، لذلك يجب توضيح ما هي الشروط التعسفية وتمييزها عن غيرها (من الشروط الصحيحة)، فليس كل شرط مكتوب من قبل المزود هو شرط تعسفي، وكذلك الأمر ليس كل عقد يكتبه المزود هو عقد إذعان، فقد يحتج المزود بأن ما يقوم به عند صياغة العقد ما هو إلا توفير للجهد والوقت، وبالرغم من أن هذا العقد معد سلفاً إلا أن المزود قد يرى أنه عقد نموذجي يوفر نوع من التنظيم وسرعة المعاملات وليس عقد إذعان، لكن يرى الباحثان أن حجة المزود قد تكون صحيحة فقط عندما نتحدث عن تلك العقود التي تمتاز بالتوازن العقدي كالعقود المستخدمة في البيع والإيجار والوكالة وكذلك العقود المتعلقة بالتجارة الدولية وغيرها من العقود التي يكون مركز أطرافها متساوياً إلى حد ما ويمكن لكل منهما

التفاوض بشأن بنود العقد، إلا أنه عند الحديث عن عقود الاستهلاك وخاصة عقد التأمين - طالما أن المستهلك لا يملك مركز اقتصادي مساوٍ لمركز المزود- فإنه يخلو من هذه الميزة إذ يتضح التفاوت الاقتصادي الكبير بين طرفيه، فعقد التأمين عادةً ما يوصف بأنه عقد اذعان أي أنه من العقود التي لا يملك المستهلك فيها إلا قبول الشروط التي يتضمنها أو رفضها جملة واحدة<sup>(1)</sup>.

وحتى لا نخلط بين المصطلحات المذكورة أعلاه فإننا سنعرض باقتضاب شديد إلى الفرق بين كل من عقود الإذعان والعقود النموذجية (الفرع الأول) ومن ثم نتطرق إلى الفرق بين الشروط النموذجية والشروط التعسفية (الفرع الثاني) للوصول إلى تعريف واضح للشروط التعسفية في عقد التأمين.

### الفرع الأول: تمييز عقود الإذعان عن العقود النموذجية

من الجدير بالذكر أن العقود النموذجية هي ثمرة التطور الاقتصادي في وقتنا الحالي فقد أصبحت الحياة الاقتصادية تتطلب إبرام عقود بأقل وقت وجهد، فالعقود النموذجية هي صيغة مكتوبة أعدت سلفاً ومتضمنة مجموعة من الشروط العامة تستعمل كنماذج يتم إبرامها في المستقبل من قبل طرفي العلاقة التعاقدية، والذي لا يترتب عليهما عند استخدامها سوى إدراج اسمائهما وملء بعض البيانات الخاصة ومن ثم التوقيع عليها حتى ينعقد العقد، وهذا الأمر يشبه إلى حد كبير ما يحدث في عقد الإذعان إلا أن لطرفي العقد النموذجي الحق في تعديل أحكامه واستبدالها بأحكام أخرى بما يتفق ومصالحهما، وهذا يعني أن هناك مرحلة من المفاوضات بينهما-حتى وإن امتازت بقصر مدتها الزمنية- ويؤكد على أن طرفي العقد النموذجي في مراكز اقتصادية متساوية إلى حد ما فالطرف الأقوى يقبل المساومة مع الطرف الأقل قوة مما يؤدي إلى تحقيق الغاية من التعاقد بالوصول إلى الانتفاع المتبادل<sup>(2)</sup>؛ وهذا ما يعرف بالعقود النموذجية الثنائية وعلى النقيض من ذلك هناك عقود نموذجية انفرادية بحيث ينفرد المزود بإعداد بنودها مسبقاً وبصورة منفردة دون مناقشتها، الأمر الذي يشكل مصدراً للشروط التعسفية فيعتبر العقد النموذجي الانفرادي عندئذ عقد اذعان<sup>(3)</sup>، وإن ما يساعد المزود على فرض شروطه هو حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة من جهة واحتكار المزود لهذه السلعة أو الخدمة من جهة أخرى.

ولم يُعرف المشرع الفلسطيني عقود الإذعان إلا أنه نظم بعض تطبيقاتها تشريعياً كعقد التأمين في قانون التأمين الفلسطيني<sup>(4)</sup>، في حين عرف الفقه عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يُسلم فيه القابل

(1) القيام، خالد رشيد. عقد التأمين في القانون المدني الأردني (الجزء الأول). ط1. مؤته: مكتبة ابن خلدون. ص142-144.

(2) الشنطي، سهى نمر. مرجع سبق ذكره. ص28، 41.

(3) بوشارب، ايمان. (2012). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. "رسالة ماجستير"، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، الجزائر، ص37.

(4) عايدى، سهاد احمد حبيب. (2018). الإطار القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. "رسالة ماجستير". جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. ص40.

(المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب (المزود) ولا يقبل مناقشة فيها فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة بشأنها<sup>(1)</sup>.

ويتضح مما سبق أنه يتطلب لمعرفة ما إذا كنا أمام عقد إذعان أم لا وجود معيارين رئيسيين أولهما معيار التفرد بتحرير العقد وهو معيار مهم لتمييز عقود الإذعان عن غيرها، ففي عقد الإذعان ينفرد الموجب بتحديد شروط العقد ولا يقبل المناقشة حولها، فالطرف القوي يرفض المساومة والمفاوضة مع الطرف الضعيف وهذا يؤدي إلى خلق تفاوت خطير بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية، والذي بدوره يؤدي إلى استغلال حاجة الطرف الضعيف للسلعة بزيادة التزاماته دون أي مقابل لها<sup>(2)</sup>، وثانيهما معيار التمتع بوضع احتكاري لسلع وخدمات ضرورية وهو معيار لا يقل أهمية عن سابقه فمن خلاله يمكن أن يوصف عقد ما بأنه عقد إذعان أم لا، وخدمة التأمين ضرورية لا غنى عنها للمستهلك بالرغم من أن عدد لا بأس به من افراد المجتمع لا يعتبرونها كذلك بحيث حسب ما هو متعارف لدى العديد من الناس أن تأمين المركبات هو فقط الذي قد يعتبر خدمة ضرورية وليس لكل المجتمع بل فقط لسائقي المركبات، فهم يعتقدون أن خدمة التأمين الغير متعلقة بالمركبات ليست ضرورية وإنما هي من قبيل الترف<sup>(3)</sup>، إلا أن هذا غير صحيح ففي أيامنا الحالية أصبح التأمين ضرورة ملحة من ضرورات الحياة لكثير من الناس ولا أهمية ما إذا كانت خدمة التأمين ضرورية لكافة أفراد المجتمع طالما أنها كذلك بالنسبة لطالبيها<sup>(4)</sup>، كما أنه قد يظن البعض أن خدمة التأمين ليست محتكرة بسبب وجود العديد من شركات التأمين ووجود المنافسة بينها إلا أنه على الرغم من ذلك يمكن القول؛ أنه لا أهمية ما إذا كان احتكار فعلي أم لا طالما أن المنافسة محدودة النطاق، وأي كانت الشركة التي اختارها المؤمن له فإنه سيوقع على شروط لا تناقش وأكثرها لمصلحة شركة التأمين وعندئذ ستكون حرية المؤمن له مقتصرة على اختيار الشركة التي يريد التعاقد معها<sup>(5)</sup>، كما ان صفة الاحتكار القانوني لصيقة بشركات التأمين فسوق التأمين محتكر بنص القانون<sup>(6)</sup>، وعليه يمكن القول إن تعاقد المستهلك طالب التأمين مع شركات التأمين بأنواعها المتعددة يدخل في عقود الإذعان<sup>(7)</sup>.

(1) الصدّه، عبد المنعم فرج. مرجع سبق ذكره. ص71-74.

(2) الصدّه، عبد المنعم فرج. المرجع السابق. ص24.

(3) حداد: مدى انطباق صفة الإذعان على عقد التأمين، مرجع مذكور لدى عبد العال، مها "محمد على": الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين "بحث". جامعة النجاح. نابلس. 2017م. ص13-14.

(4) الشنطي، سهي نمر. مرجع سبق ذكره. ص4

(5) عبد العال، مها "محمد على". (2017). الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين "بحث". جامعة النجاح. نابلس. ص13.

(6) راجع المادة (1/46) من قانون التأمين الفلسطيني.

(7) السنهوري، عبد الرزاق احمد. الموجز في النظرية العامة في الالتزامات في القانون المدني المصري. دار احياء التراث العربي (منشورات محمد الداية). بيروت. لبنان. ص68

### الفرع الثاني: تمييز الشروط التعسفية عن الشروط النموذجية

تتشابه كلتا الشروط بأنها لا تشكل عقداً حقيقياً قائماً بذاته وأن كلتاها تشكلان قيماً على مبدأ سلطان الإرادة فلا يملك الطرف الضعيف في العقد حق الاعتراض على مضمونها، إلا انها تختلفان في أنه لا يشترط في العقد المبرم بموجب شروط نموذجية أن تتعلق في سلعة أو خدمة ضرورية وهذا على خلاف ما يشترط في العقد المبرم بشروط تعسفية والتي يجب أن تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية (لا غنى عنها للمستهلك)، أما إذا لم تكن الشروط متعلقة بخدمة من الضرورات الأولية للجمهور حتى وإن لم يكن لها بديل فإنها تندرج تحت الشروط النموذجية<sup>(1)</sup>.

لكن عندما يتضمن عقد إذعان كعقد التأمين على كلتا الشروط (الشروط التعسفية والشروط النموذجية) فإنه ليس من السهل من الناحية العملية التمييز بينها حيث أن كلتاها مكتوب ومعد مسبقاً من قبل المزود (المؤمن) ومتعلقة بخدمة ضرورية بالنسبة للمستهلك (المؤمن له)، وبرغم التداخل الواضح بينها إلا أنه يتوجب علينا أن نفرق بين الشروط التعسفية وبين غيرها حتى يتسنى لنا تحديد نطاقها ومن ثم مقاومتها، فالشرط التعسفي يُعبر عن وصف النموذجي غير أن الأخير قد يتسم بالتوازن وهنا يكون الشرط النموذجي بمفهومه الإيجابي<sup>(2)</sup>، فلا يمكن لأحد أن ينكر أهمية الشروط النموذجية التي تشكل أحكام عامة مطبوعة سلفاً من قبل المزود وبرغم رفضه لمناقشتها إلا انها قد تكون عادلة تحقق مصلحة طرفي العقد والتي قد يهدف المزود منها فقط توفير الوقت والجهد وبالتالي لا داعي للقلق على المستهلك منها، فوضع المزود لشروط العقد لا يعد تعسفاً لكن التعسف يكون عندما يستغل المزود سلطته الاقتصادية بتضمين العقد بعض الشروط التي تُلقى على المذعن (المستهلك) التزامات لا مقابل لها كشرط تحديد المسؤولية والضمان والشرط الجزائي المبالغ فيه والفسخ التعسفي وغيرها من الشروط التي تعتبر من مظاهر الهيمنة الاقتصادية والقوة التي يتمتع بها المزود وتعتبر أيضاً أهم مظهر لاختلال التوازن العقدي<sup>(3)</sup>، وهنا قد يظهر الشرط النموذجي باللون التعسفي وعندئذ يكون شرطاً نموذجياً بمفهومه السلبي (شرط تعسفي)<sup>(4)</sup>.

وهناك العديد من التعريفات الفقهية للشرط التعسفي والتي تختلف باختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي فمنها ما يعتمد على أطراف العلاقة التعاقدية بحيث تكون الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يفرضها المزود على المستهلك نتيجة التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، وأخرى ركزت على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية وتوازنها حيث عرفت الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي يؤدي إلى عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المزود

- (1) الشنطي، سهى نمر. مرجع سبق ذكره. ص38.
- (2) مزغيش، عبيد. وابن ضيف، محمد. (2017). الضوابط الحمائية المصحوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية "بحث"، مجلة الحقوق والحريات. العدد الرابع، جامعة محمد بن خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل ص105.
- (3) عرعار، عسالي. (2014). التوازن العقدي عند نشأة العقد. (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة الجزائر1. الجزائر. ص159.
- (4) مزغيش، عبيد. وابن ضيف، محمد. مرجع سبق ذكره. ص105.

1960 "الحماية التشريعية للمؤمن له كمستهلك من ....."

والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك<sup>(1)</sup>، وقد عرف الشرط التعسفي الأستاذ خالد أبو عمرو بأنه "كل شرط يدرج بالعقد أو ملحقاته ويترتب عليه الأضرار بحقوق ومصالح المستهلك التي يحميها القانون"<sup>(2)</sup>.

ومما سبق يمكن تعريف الشروط التعسفية في عقد التأمين عن طريق تبني كلا المعيارين معيار الاختلال في التوازن ومعيار إساءة استعمال القوة الاقتصادية لما بين المعيارين من تلازم فتُعرف بأنها: (تلك الشروط التي تفرض على المؤمن له في عقد التأمين من قبل المؤمن نتيجة تعسف الأخير باستعمال سلطته الاقتصادية والفنية، والتي تُرتب عدم توازن وضعف في كفة المؤمن له بحيث تُضر بمصالحه التي يحميها القانون)، لكن ماذا عن المفهوم القانوني (التشريعي) للشروط التعسفية؟

حتى نصل إلى المفهوم القانوني للشروط التعسفية يجب أن نعرف موقف المشرع اتجاهها (المشرع الفلسطيني ونظيره المغربي والجزائري)، حيث عادةً ما يتبع المشرع طريقة أو أكثر لتعريف أو توضيح مفهوم ما وكذلك الأمر عند الحديث عن تعريف وتحديد الشروط التعسفية ففي الغالب هناك طريقتين: الأولى هي التعريف المباشر الذي يوضح من خلاله عناصر الشرط التعسفي والمعايير التي تساعد على تحديده، أما الطريقة الأخرى هي التعريف غير المباشر من خلال وضع قائمة بالشروط التي تُعد تعسفية إذا ما وردت في أحد عقود الاستهلاك<sup>(3)</sup>، ولم يُعرف المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك الشرط التعسفي بشكل صريح ولكنه استخدم الأسلوب أو الطريق المباشر (وضع معايير) -بأن قام بمنح سلطة لمجلس حماية المستهلك بأن يراجع معقولية وعدالة الشروط في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية على أن يصدر مجلس الوزراء معايير لتقدير البنود التي تعتبر تعسفية في عقود الاستهلاك<sup>(4)</sup>، كما وضع قائمة ببعض الأمور التي يُحظر على المزود القيام بها من بينها بعض الشروط التعسفية التي يُحظر على المزود إدراجها في العقد كاشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو شراء سلع أو خدمات أخرى في الوقت نفسه وكاشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى<sup>(5)</sup>، أما بشأن قانون التأمين الفلسطيني فلم يُعرف المشرع الشرط التعسفي بطريقة مباشرة لكنه تبني أسلوب القائمة (التعريف غير المباشر) فقد وضع قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية حيث تضمنت المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني<sup>(6)</sup> بعض الشروط التعسفية والتي ذكرها على سبيل المثال لا الحصر<sup>(7)</sup>.

- (1) لصلاح، سارة. ولعديدي، زينة. (2015). الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين". (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الرحمان ميرة. بجاية. الجزائر. ص36، 37.
- (2) أبو عمرو، مصطفى أحمد. (2011). موجز أحكام قانون حماية المستهلك. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص172.
- (3) أبو عمرو، مصطفى أحمد. المرجع السابق ذكره، ص169.
- (4) راجع المادة (23) قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م.
- (5) راجع المادة (22) قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م.
- (6) والتي تقابل المادة (875) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012
- (7) ويستدل بذلك من نص الفقرة 5 من نفس المادة (في كل منهما): "كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث" وستحدث عن نص المادة 12 بشيء من التفصيل في الفرع الثاني من هذا البحث.

ولم يختلف موقف القوانين المقارنة كثيراً عن موقف مشرعنا في محاولة تعريف الشرط التعسفي الا أن المشرع المغربي في قانون حماية المستهلك لم يُحيل سلطة تعريفه لمجلس الوزراء فقد عرفه بالفعل باستخدام الأسلوبين معاً فألى جانب أسلوب القائمة فقد اهتم أيضاً بالتعريف المباشر والذي وضّح من خلاله المقصود بالشرط التعسفي، فالمشرع المغربي قد عرف الشرط التعسفي في المادة (15) من قانون حماية المستهلك المغربي بقوله: "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"<sup>(1)</sup>، كما وحددت المادة (18) من نفس القانون الشروط التي تعتبر تعسفية إذا ما وردت في العقد المبرم بين المستهلك والمورد (المزود) فقد وضع المشرع قائمة تحتوي على سبعة عشر بنداً والتي وضعها على سبيل المثال لا الحصر نذكر منها كمثال البند رقم "6.. فرض تعويض مبالغ فيه... عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته، والبند رقم 15- الزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يفي المورد بالتزاماته..."<sup>(2)</sup>، أما في قانون التأمين المغربي فقد تبنى المشرع المغربي أسلوب القائمة حيث نص في المادة (35) منه على الشروط التي تعتبر تعسفية<sup>(3)</sup>.

في حين لم يرق المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك<sup>4</sup> بتعريف الشروط التعسفية حيث أنه قد قام بذلك مسبقاً من خلال القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بتعريف الشرط التعسفي وذلك في المادة (3/ 5) بقوله: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."<sup>(5)</sup>، كما حاول المشرع الجزائري التصدي للشروط التعسفية عن طريق وضع قوائم (قائمتين) للشروط التعسفية ووضع معايير (عناصر) لمعرفة ما إذا كانت الشروط الموجودة بالعقد تخرج عن القائمة إلا أنها تدخل في مفهوم الشرط التعسفي وذلك في نص المادة (29) من نفس القانون وكذلك القائمة التي اعتمدها المشرع في المادة (5) من الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي المتعلق بالشروط التعسفية<sup>(6)</sup>، ومن جانبه قام المشرع الجزائري في قانون التأمين الجزائري بوضع قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية فقد نص في المادة الأولى منه على: "مع مراعاة أحكام المواد 619-625 من القانون المدني..."<sup>(7)</sup>، وبالرجوع للمادة 622 من القانون المدني الجزائري فإنها تنص على: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية..."<sup>(8)</sup>، حيث وضع المشرع قائمة تحتوي على الشروط التي تعتبر تعسفية.

- (1) راجع نص المادة (15) من قانون 31.08 لسنة 2011م القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي.
- (2) راجع نص المادة (18) من قانون 31.08 لسنة 2011م القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي.
- (3) راجع نص المادة (35) من قانون التأمين المغربي رقم 17.99 (مدونة التأمينات الجديدة 2002 والمعدل والمتمم 2016).
- (4) قانون حماية المستهلك وقمع الغش (لسنة 2009 والمتمم والمعدل لسنة 2018).
- (5) راجع قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (سنة 2004) الجزائري.
- (6) المرسوم التنفيذي 306-06 المرسوم التنفيذي الجزائري المتعلق بالشروط التعسفية لسنة 2006م.
- (7) راجع المادة (1) من قانون التأمين الجزائري رقم 07-95 الامر المتعلق بالتأمينات.
- (8) راجع المادة (622) من القانون المدني الجزائري.

وبالنتيجة يرى الباحث أن ما فعله مشرعنا الفلسطيني يشبه إلى حد كبير ما فعل المشرعين في القوانين محل المقارنة، غير أن المشرع الفلسطيني لم يعرف الشروط التعسفية، وعلى الرغم من أنه من الممكن تعريف بعض المصطلحات القانونية بالعودة إلى الفقه والقضاء حتى يُجنبها الجمود ويُعطيها نوع من المرونة إلا أنه يجب أن لا ننكر أن التعريف التشريعي يساهم بشكل كبير بضمان علم المتعاقدين وخاصة المستهلك (الطرف الضعيف) بالمقصود بتلك المصطلحات بشكل دقيق مما يسهل عليهما فهم مقتضيات العقد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تُيسر على القضاء جهد البحث عن المعيار المناسب الذي يحدد بشكل دقيق الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

وبعد أن اتضح مفهوم الشرط التعسفي (الفقهي والقانوني) فإنه يمكننا معرفة المعيار الذي يمكن الاستناد عليه في إطار الشروط التعسفية وهو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق المستهلك والمزود حيث قام المشرع المغربي بتقديره عن طريق ما يترتب عليه من أثر بتحقيق مصالح المزود على حساب مصالح المستهلك، أما المشرع الجزائري فكان تقديره له بالنظر بالإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة<sup>(2)</sup>، ولكن في الحالة التي يسكت المشرع عن تعريف ما كما في قانون حماية المستهلك الفلسطيني الذي لم يُعطي تعريف واضح وصريح للشرط التعسفي بل أحال سلطة تعريفه لمجلس الوزراء والذي لم يعرفه ولم يضع معايير للكشف عنه أيضاً مما يوجب علينا أن نرجع للقواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية (بمناخ القانون المدني) لمعرفة معيار الكشف عن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك<sup>(3)</sup>، والذي يتضح منها أنه ترك سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفي أم لا للقاضي فله سلطة تقديرية مطلقة بالاعتماد على معيار العدالة العقدية<sup>(4)</sup>، أما معيار التعسف أو معيار الكشف عن الشروط التعسفية في قانون التأمين والذي بينه الأستاذ موسى الصياد بتعريفها بأنها تلك الشروط التي تتناقض مع جوهر عقد التأمين (المصلحة والخطر) والذي يعتقد الباحثان أنه قد استمد أساسه الذي اعتمد عليه من الفقرة الخامسة من نص المادة 12 من قانون التأمين الفلسطيني فحتى يتم التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الصحيح بالنسبة له يجب رؤية مدى تأثير الشرط على تحقق الخطر، فإذا ما ترتب على مخالفة الشرط أثر على الخطر (الحادث) عُد شرطاً صحيحاً والعكس صحيح أي إذا لم يترتب أثر عُد الشرط تعسفي<sup>(5)</sup>، وهذا يتفق مع الحكم القضائي القائل... "ان عدم ادراج اسم السائق بالبوليصة لا يعني أنه غير مخول بقيادتها بالرغم من أنه يحمل رخصة قيادة حسب الأصول ولا أساس للقول بأن التأمين لا يغطي الحادث، فلا يسري الشرط الوارد بالبوليصة الذي يحدد اسم صاحب البوليصة كمستفيد.. ما دام لم يثبت أن السائق الذي كان يقود المركبة المتسببة بالحادث دون إذن من صاحب

(1) الهيني، محمد. مرجع سبق ذكره. ص 192.

(2) بوشارب، ايمان. مرجع سبق ذكره، ص 68.

(3) انظر نص المادة (150) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(4) معاشو، خالد. (2016). دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية. "رسالة ماجستير"، جامعة 8 ماي 45 قالة، الجزائر، ص 95.

(5) الصياد، موسى. ومسعود، نجيب. والعاروري، عيسى. (2015). شرح قانون التأمين الفلسطيني وتطبيقاته العملية. ط1، بدون دار نشر، ص 95.

البوليصة<sup>(1)</sup>، حيث اعتبر القاضي ان هذا الشرط تعسفي حيث انه لا أثر لمخالفته على وقوع الحادث.

وخلاصة القول بأنه، لما كان عقد التأمين (في الغالب) هو عقد اذعان وأن المؤمن له هو الطرف الأضعف في عقد التأمين فالسؤال الذي يثار هنا كيف يحمي المشرع المستهلك من الشروط التعسفية التي كثيرا ما نجدها بين بنود هذا العقد؟

### المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية بتقييدها واستبعادها

لقد كانت عقود الاستهلاك في السابق تتضمن العديد من الشروط المجحفة والتي من الممكن أن تنظم بالاتفاق بحيث تسمح لأحد المتعاقدين أن يدرج شروط تستبعد المسؤولية أو تحددها وأن يدرج أيضاً شروط تحدد الضمان، فكان مسموحاً بذلك قانوناً، فالمشرع في القانون المدني-في العديد من الدول العربية كالجزائر ومصر- قد ارتضى الإرادة القانونية الحرة للطرفين ولم يتطلب المساواة الفعلية<sup>(2)</sup>.

حيث اكتفى المشرع في السابق-في السنوات القليلة التي خلت- في كثير من الدول العربية بالقواعد العامة الموجودة في القانون المدني والتي كان من الممكن بموجبها أن تقلل من الشروط التعسفية الموجودة في العقود أي انها كانت تمنح الطرف الضعيف شيء من الحماية<sup>(3)</sup>، لكن يعتبر غياب نظرية عامة لتقييد الشروط التعسفية في إطار القواعد العامة الواردة في القانون المدني من جهة أولى وتطور الحياة الاقتصادية واستخدام المزود لخبراء وفنيين مختصين في مجال العقود من جهة ثانية سببان رئيسيان أدت (ساعدا) إلى ظهور الشروط التعسفية الغامضة والتي زادت العقد تعقيداً بحيث جعلت الحماية التي توفرها القواعد العامة ناقصة وغير فعالة إلى حد ما، وتحقيقاً للعدالة العقدية كان لا بد من تدخل المشرع بنصوص قانونية جديدة تتعلق بحماية المستهلك بشكل عام ومستهلك خدمة التأمين بشكل خاص والتي تعتبر بمثابة آلية لمواجهة الشروط التعسفية لإعادة التوازن للعقد، وكان ذلك عن طريق وضعه لنصوص أمرة والتي قلص من خلالها دور مبدأ سلطان الإرادة وأخضع إرادة الأطراف للمصلحة العامة فغاية المشرع في عقود الاستهلاك تحقيق المساواة الفعلية لا المساواة القانونية المكرسة في القانون المدني<sup>(4)</sup>.

- (1) انظر الى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2004/81 الصادر بتاريخ 2004/9/14 والطعن 2004/119 الصادر بتاريخ 2004/11/10 الوارد لدى (مجموعة الاجتهادات القضائية الفلسطينية الصادرة عن محكمتي النقض والاستئناف في قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، اعداد القاضي احمد الظاهر، والمحامي حسام عطا شحروري، نابلس، 2019. ص530، 544
- (2) عمران، السيد محمد السيد. (1993). حماية المستهلك أثناء تكوين العقد. دون رقم ط. الاسكندرية: منشأة المعارف. ص35-36.
- (3) عمارة، ابتسام. وبوحظيش، مريم. (2016). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري. "رسالة ماجستير". جامعة 8 ماي 1945. قالمة. الجزائر. ص10-11.
- (4) معوش، رضا. (2015). حماية المستهلك من الشروط التعسفية. "رسالة ماجستير". جامعة مولود معمري. تيزي وزو. الجزائر. ص32.

ففي عقود الاستهلاك عامة وعقد التأمين خاصة كونه يشكل حاجة أو خدمة ضرورية للمستهلك المؤمن له الذي لا يملك مناقشة شروط عقد التأمين والذي في الغالب لا يستطيع التفرقة بين الشروط التعسفية وغيرها من الشروط النموذجية وحتى لو ميزها قد لا يعلم أن باستطاعته رفضها لاعتقاده أنها مفروضة عليه كالقانون<sup>(1)</sup>، لذلك كان لا بد من توفير الحماية له وتوعيته من قبل المشرع، وقد نتج عن هذا التدخل إدراج قواعد خاصة تعمل على تحقيق حماية المستهلك بإقامة توازن حقيقي بين طرفي عقد الاستهلاك<sup>(2)</sup>، وسيتم الحديث عن مظاهر تقييد المشرع للشروط التعسفية في الفرع الأول، ومن ثم نتطرق للحديث عن مظاهر استبعاد المشرع للشروط التعسفية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: مظاهر تقييد المشرع للشروط التعسفية

يجب الإشارة بدايةً إلى أن هناك نوعين من الحماية للمؤمن له فقد أوجد المشرع حماية عامة وحماية خاصة (قواعد عامة وقواعد خاصة) لمكافحة الشروط التعسفية، ونشير إلى أن تبني المشرع في فلسطين وفي القوانين محل المقارنة لمثل هذه القواعد في كل من قانون حماية المستهلك وقانون التأمين لهما أمر جدير بالاهتمام فقد أدت هذه القواعد إلى تقييد سلطة المزود عند إبرام العقد والتشديد عليه اثناء تنفيذه، فمن القواعد العامة مثلاً ما تنص على أن نقض أو تعديل العقد ليس حصراً على إرادة أطرافه وحسب بل يمكن أن يرجع لأسباب يقررها القانون حتى لو كانت معاكسة لإرادة أحد الأطراف<sup>3</sup>، كما يوجد أيضاً قواعد خاصة لتقوية جانب المستهلك وحماية مصلحته في عقد التأمين ويكون ذلك عن طريق لفت نظر المؤمن له بتعريفه بمدى حقوقه والتزاماته المترتبة عن العقد وبتحديد مشتملات وثيقة التأمين عن طريق حظر بعض الشروط وتطلب شكل معين في الشروط الجوهرية<sup>4</sup>، وهنا نسأل ما مدى نجاعة هذه القواعد أو النصوص القانونية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية؟

لمعرفة ذلك علينا دراسة النصوص التي تتعلق بظاهرة التعسف وتحليلها ومقارنتها كلما اقتضى الأمر مع التشريعات محل المقارنة، حيث تبني المشرع من خلالها دور وقائي عن طريق محاربة ظاهرة الشروط التعسفية-الرقابة السابقة لتنظيم العقد أي الرقابة عليها عند صياغتها لردعها- في مرحلة تكوين العقد، وكذلك الأمر تبني دور علاجي حيث افترض المشرع أن المنازعة بخصوص مضمون العقد وشروطه أمر لا مفر منه وذلك لأن العملية التعاقدية تحكمها إرادة الأطراف (عنصر نفسي) والتي تتأثر بظروف تجعل من الخصومة أو الخلاف أمر لا بد منه

(1) بوشارب، ايمان. مرجع سبق ذكره، ص37.

(2) معوش، رضا. مرجع سبق ذكره، ص3.

(3) الشريف، عبد الناصر صبحي. (2008). *الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني*. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة القدس، فلسطين. ص42.

(4) نويري، سعاد. (2014). *الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين "بحث دراسة مقارنة"*، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون بعنوان الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 13-14 مايو 2014. ص68.

مما يستدعي التصدي لهذه الظاهرة بعد وقوعها -ولو من باب الاحتياط<sup>(1)</sup>، فعلى الرغم من رقابة المشرع على بنود عقد التأمين العامة وحظر المؤمن من إيراد شروط تعسفية في عقد التأمين إلا ان الأخير قد يخالف ما طلب منه أن يتجنبه، لذا فإن المشرع تبني الدور العلاجي ووضع قواعد لحماية مستهلك عقد التأمين من تعسف المؤمن.

وقواعد الحماية التي وضعها المشرع تندرج تحت نوعين ويمكن أن نرى النوع الأول من الحماية وهي الحماية العامة التي وفرها للمؤمن له بصفته مستهلك أي ينطبق عليه أحكام ومزايا عقد الاستهلاك<sup>(2)</sup>، ففي قانون حماية المستهلك حظر المشرع الفلسطيني على المزود اشتراط البيع بشراء خدمات أخرى أو اشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى ومنع الاستغلال والتلاعب بالأسعار وأوجب أن يصاغ العقد باللغة العربية وبعبارات واضحة ومفهومة وإذا ما خالف ذلك فإنه يعاقب بالسجن أو بغرامة أو بكلا العقوبتين، كما ومنح المشرع الحق لمجلس حماية المستهلك بأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تُصدر عقود نموذجية بإزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك<sup>(3)</sup>، في حين أعطى المشرع المغربي حكماً ببطلان الشرط التعسفي إذا ما ورد في العقد المبرم بين المزود (المورد) والمستهلك واعتبر أحكام القسم المتعلق بالشروط التعسفية من النظام العام حيث نص على ذلك تباعاً في المادتين 19 و20 من قانون حماية المستهلك<sup>(4)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد فرض غرامة مالية على كل مزود (عون اقتصادي) يُضمن عقود المبرمة مع المستهلك شروطاً تعسفية تقدر قيمتها من 50 ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار جزائري حيث نص على ذلك بموجب المادة 38 من قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>(5)</sup>.

أما فيما يتعلق بالنوع الآخر من الحماية والتي وفرها المشرع للمؤمن له بصفته الطرف الضعيف والتي يتضمنها قانون التأمين فإن المشرع الفلسطيني قد حرص على وضوح عقد التأمين وكتابته بلغة عربية واضحة وبسيطة<sup>(6)</sup>، وهذا الأمر سيساعد المؤمن له على قراءته ومعرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات وهذا ما يميز قانوننا الفلسطيني عن القوانين محل المقارنة التي لم تشترط كتابة العقد باللغة العربية، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الفلسطيني والمشرعين في القوانين محل المقارنة متفقين بخصوص وضع قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية ووضع أحكام أمره، فقد أدرج كلٍ منهم عدة بنود أو قواعد منها ما يُضفي الصفة الأمرة على نصوص قانون

(1) معوش، رضا. مرجع سبق ذكره. ص8.

(2) الصياد، موسى. مرجع سبق ذكره، ص111.

(3) راجع المادة (22) و(23) و(24) و(27) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م.

(4) راجع المادة (19) والمادة (20) من قانون 31.08 لسنة 2011م القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي.

(5) راجع المادة (38) من قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لسنة 2004.

(6) راجع المادة (46) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م، وراجع المادة (4) من تعليمات رقم (4) لسنة 2007 بشأن قواعد السلوك المهنية الخاصة بشركات التأمين رقم (7/ت) لسنة 2007م صادر بموجب أحكام التأمين.

التأمين لضمان حقوق المؤمن له بحيث يقع باطلاً كل ما يخالف أحكامها إلا أن يكون ذلك في مصلحته، فحرص المشرع الفلسطيني ونظيره على إيراد بعض النصوص والتي تخرج بشكل صريح على القواعد العامة في العقود التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد وإيراد نصوص أخرى أهمها ما يكافح ويوقع الجزاء على الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>، وهنا يظهر مدى اهتمام المشرع في حماية المؤمن لهم وتحديد مسؤولية المؤمن لتحقق نوع من التوازن العقدي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: مظاهر استبعاد (بطلان) المشرع للشروط التعسفية

لقد تشابهت القوانين المقارنة مع بعضها البعض بخصوص وضع قائمة بالشروط التعسفية<sup>(3)</sup>، والتي تضمنتها المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني وهي قائمة بالشروط المحظورة بقوة القانون (مواجهة الشروط التعسفية عن طريق القوائم)، والتي يمكن أن نعتبرها بمثابة آلية لمحاربة الشروط التعسفية والحفاظ على التوازن العقدي فبفضلها لا يستطيع المؤمن أن يضع شروطاً لصالحه على حساب المستهلك وإذا ما خالف ذلك وجب عليه الجزاء<sup>(4)</sup>، فقد حظر المشرع على المزود (المؤمن) أن يورد في وثيقة التأمين شروطاً مجحفة وكذلك صرح عن الجزاء المترتب عن تضمين العقد شروطاً تعسفية والتي من شأنها الإضرار بمصالح المستهلك بأن جزاءها هو البطلان وإيقاع عقوبة الحبس أو الغرامة أو كليهما عليه، إضافةً إلى أن المشرع لم يترك أي سلطة تقديرية للقاضي لتقرير بطلانها بغض النظر عن حسن أو سوء نية المؤمن<sup>(5)</sup>، وسنعرض للشروط الباطلة بقوة القانون بسبب موضوعها (أولاً) ومن ثم للشروط الباطلة بسبب شكلها (ثانياً).

### أولاً: الشروط التعسفية الباطلة بسبب موضوعها

تتمثل الشروط الباطلة بسبب موضوعها فيما يلي:

#### 1. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التأمين إذا ما خالف القوانين

إن سقوط حق المؤمن له بالتعويض أو الضمان يعني أن المؤمن لن يضمن الخطر وذلك بسبب الاتفاق الموجود بين المؤمن والمؤمن له القاضي بعدم حصوله على التعويض بسبب عدم تنفيذه لأحد التزاماته التي يفرضها عليه العقد عند وقوع الخطر وهذا يعني حرمانه من حقه بالتعويض دون أن يعفيه من التزاماته<sup>(6)</sup>، وقد نص المشرع بالفقرة الأولى من المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني على: "يقع باطلاً الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب

(1) راجع نص المادة (22) و(12) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م.

(2) عبد العال، مها "محمد على". مرجع سبق ذكره. ص 29

(3) راجع المادة (35) من مدونة التأمينات المغربية، والمادة (1) من قانون التأمينات الجزائري والمادة (622) من القانون المدني الجزائري.

(4) يعاقب كل شخص قام بإصدار عقود خلافاً لأحكام قانون التأمين بالحبس من شهر إلى 6 أشهر أو بغرامة من 3 إلى 7 آلاف دينار أردني أو بكليتا العقوبتين، انظر المادة (179) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م

(5) معوش، رضا. مرجع سبق ذكره. ص 110.

(6) لحلاح، سارة. مرجع سبق ذكره. ص 40.

مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية<sup>(1)</sup>، وهذا الشرط غالباً ما ينص عليه في وثائق تأمين المركبات مما يؤدي إلى إفراغ عقد التأمين من مضمونه وذلك لاستحالة تجنب المؤمن له المخالفات وجنح السير مهما كان حريصاً، ولذلك تعتبر النصوص التي تؤدي لسقوط حق المؤمن له بسبب مخالفة النصوص التشريعية باطلة لمواجهة التعسف الذي يقع في مثل هذه الشروط<sup>(1)</sup>، وحماية مستهلك التأمين من تنصل شركة التأمين من مسؤوليتها بتعويضه عند وقوع الخطر المؤمن منه، فتغطية المؤمن له من الخطر وحصوله على مبلغ التأمين هو الهدف الأساسي من التأمين<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى انه في الحالة التي يضع فيها المؤمن شرط بسقوط حق المؤمن له في حالة ارتكاب الاخير مخالفة عمدية يعتبر شرط صحيح وينتج عنه حرمان المؤمن له من مبلغ التأمين (التعويض) مع إمكانية فسخ العقد.

ولا يُعتمد بشرط المؤمن الذي يُعفي نفسه من المسؤولية إذا كانت مخالفته لا صلة له بوقوع الحادث المؤمن منه، حيث أن مخالفة الحمولة الزائدة أو زيادة عدد الركاب عن المسموح به معاقب عليها لوحدها ولا يجب أن نعتبر وقوع الضرر اللاحق بالمركبة ناتجاً عن هذه المخالفة، إذ يعتبر مثل هكذا شرط تعسفياً<sup>(3)</sup>، وان عدم ترخيص المركبة مسببة الحادث يشكل جرم جزائي ولا يعفي شركة التأمين من التعويض<sup>(4)</sup>.

2. شرط سقوط الحق بسبب تأخر المؤمن له في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو تقديم المستندات

نصت المادة (12) من قانون التأمين في فقرتها الثانية على: "الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه... إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول"، يتضح من نص المادة أعلاه أن السقوط الذي يُقصد به هنا هو السقوط الناتج عن التأخر وليس عن عدم الاعلان بالمطلق حيث من المسلم به أن لا تتحقق مسؤولية المؤمن إذا لم يُبلغ بالحادث<sup>(5)</sup>، أما مسألة التأخير فيرى الباحث أن مجرد التأخير بالتبليغ يجب أن لا يترتب عليه إعفاء المؤمن من التزامه بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج عن وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك حماية للمؤمن له الطرف الضعيف وكذلك حماية للغير المتضرر، مع إلزام المؤمن له بتعويض المؤمن بمقدار

- (1) الهيني، محمد. مرجع سبق ذكره. ص173.
- (2) خطاب، حسام عدنان محمد. مسؤولية شركات التأمين عن تعويض متضرري حوادث الطرق ومقدار التعويض. "رسالة ماجستير"، جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين، 2012م. ص40.
- (3) انظر الى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2003/24 الصادر بتاريخ 2003/11/19 الوارد لدى (مجموعة الاجتهادات القضائية الفلسطينية الصادرة عن محكمتي النقض والاستئناف في قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، اعداد القاضي احمد الظاهر، والمحامي حسام عطا شحروزي، نابلس، 2019. ص520.
- (4) انظر الى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2004/105 الصادر بتاريخ 2004/9/14 الوارد لدى مجموعة الاجتهادات القضائية الفلسطينية، الظاهر، احمد: مرجع سبق ذكره. ص537.
- (5) انظر الى حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الطعن رقم 2013/395 الصادر بتاريخ 2014/2/19 الوارد لدى الظاهر، احمد: مرجع سبق ذكره. ص307.

ما تسبب له من ضرر بسبب تأخره بالإعلان، ولكن يثار تساؤل هنا إذا ما ابقينا على حق المؤمن له بالتعويض رغم تأخره بالإعلان على أن يعرض المؤمن بمقدار ما تسبب له من ضرر وهو ألا نكون هنا قد أخلينا بالتوازن بين مصالح الأطراف؟ بحيث مَنَحنا المؤمن له بوصفه الطرف الضعيف حماية مبالغ فيها على حساب المؤمن والذي من حقه أن يُعلم عند وقوع الحادث وذلك خلال فترة معقولة حتى يستطيع التثبت من وقوع الحادث، وحتى لا يتم تغيير معالمه من قبل المؤمن له أو الغير لمصلحة المؤمن له، لذا حتى نحافظ على التوازن العقدي يجب علينا عدم الغلو في حماية طرف على حساب طرف آخر<sup>(1)</sup>، لذلك فإن الباحث يتفق مع المشرع في أنه يجب على المؤمن له أن يُخبر المؤمن خلال فترة معقولة من وقوع الحادث<sup>(2)</sup>، فالمشرع لم يضع تاريخاً حدياً لتبليغ الجهة المسؤولة عن التعويض تحت طائلة سقوط حقه بالتعويض حيث حرص أن تكون هذه المدة متراخية فتبدأ إما من وقت وقوع الحادث أو من اليوم الذي كان بمقدور الجهة المدعية أن تقوم بالتبليغ<sup>(3)</sup>، وفي الحالة التي يتأخر المؤمن له بإخباره يجب أن يكون لديه عذر مقبول وإلا عُذ ذلك إهمال وتقصير منه يستحق عليه ما يستحقه بأن يرتب الشرط آثاره، مع العلم أن المشرع لم يذكر صراحة جزاء عدم الإخطار أو التأخر عن الإخطار بوقوع الحادث لذا فإن العقد يُلزم أطرافه<sup>(4)</sup>، مما يعني أن حق المؤمن له بالضمان لا يسقط وإنما يمكن أن يُخفف مقدار التعويض بمقدار الضرر الناجم عن التأخر بإخطار المؤمن بوقوع الحادث<sup>(5)</sup>، علماً أن ما يحتويه عقد التأمين هو جزء لا يتجزأ من التزام المؤمن له بالإخطار عن الحادث<sup>(6)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني لم يضع على عاتق المؤمن له التزام بتبليغ المؤمن بوقوع الحادث ضمن نص المادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني التي تنص على التزامات المؤمن له تجاه المؤمن ولكن في الوقت نفسه قد حمى المشرع المؤمن له من تعسف المؤمن بإسقاط حقه بالتعويض<sup>(7)</sup>، لذلك جرت العادة على أن تضع شركات التأمين شرط في العقد يُلزم المؤمن له بالتبليغ خلال 48 ساعة، كما يجب الإشارة إلى أن إخطار المؤمن له للمؤمن بوقوع الحادث وطلب تعويض أو دفعات مستعجلة يمكن أن يتم بأي وسيلة شرط تحقق الغاية<sup>(8)</sup>.

- (1) محاضرات أقيمت على طلاب مساق التأمين والبنوك، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2018م.
- (2) فيما يتعلق بتحديد الفترة المعقولة فإن المشرع قد اوجب على صاحب المركبة أو المؤمن له أن يخطر المؤمن خلال 30 يوم من وقوع الحادث في تأمين المركبات وهذا ما نصت عليه المادة (148) من قانون التأمين الفلسطيني أما بخصوص أنواع التأمين الأخرى كالتأمين على الحياة والتأمين ضد الحريق وغيره فلم يذكر المشرع نص صريح بالمدة المعقولة بما يخص كل منهم لذا يترك الأمر لقاضي الموضوع.
- (3) انظر حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الطعن رقم 2012/293 الصادر بتاريخ 2012/11/5 الوارد لدى الظاهر، احمد: مرجع سبق ذكره. ص 222.
- (4) الصياد، موسى. مرجع سبق ذكره. ص 134.
- (5) موسى، ريم إحسان محمود. (2010). *الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"*. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. ص 60.
- (6) حطاب، حسام عدنان محمد. مرجع سبق ذكره. ص 37.
- (7) راجع نص المادة (12) والمادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م.
- (8) انظر الى حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الطعن رقم 2013/474 الصادر بتاريخ 2014/1/6 الوارد لدى الظاهر، احمد: مرجع سبق ذكره. ص 295.

**ثانياً: الشروط التعسفية الباطلة بسبب شكلها**

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

**1. بطلان كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر في وثيقة التأمين**

إن كل شرط يُعفي المؤمن من التزاماته تجاه المؤمن له خاصة فيما يتعلق بسقوط حقه بالتعويض أو انعدام التأمين أو الضمان يجب أن يكتب بشكل واضح وصريح لا يعترضه اللبس ولا الغموض وإلا حُكم عليه بالبطلان واعتبر كأن لم يكن<sup>(1)</sup>، وقد نص المشرع الفلسطيني في المادة (3/12) من قانون التأمين على: "يقع باطلاً كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو إلى السقوط"، ويفهم من نص هذه المادة أنه من الواجب على المؤمن أن يكتب هذا الشرط بشكل خاص، والشكل الظاهر لشرط سقوط الحق وشرط البطلان يمكن أن يتحقق بعدة طرق نذكر منها على سبيل المثال كأن يُطبع بحروف كبيرة أو بلون مختلف عن باقي شروط العقد، ولا يكفي الوضوح الشكلي بل لابد من أن يتوفر بالشرط الوضوح الموضوعي فيلزم أن يكون واضحاً ومحددًا وبعيداً عن الإبهام والغموض<sup>(2)</sup>، ومن شروط سقوط الحق مثل التأخر بدفع القسط أو تقادم الخطر<sup>(3)</sup>، فإذا تأخر المؤمن له عن دفع القسط رغم وجود شرط بشكل ظاهر في بوليصة التأمين يعتبرها لاغية إذا ما تأخر المؤمن له عن دفع القسط في الموعد المحدد يعتبر شرط صحيح<sup>(4)</sup>.

**2. بطلان الشرط الذي يؤدي إلى حرمان المؤمن له من الحق في التقاضي (شرط التحكيم الوارد في الشروط العامة).**

قد يتفق المتعاقدان على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات عند التعاقد وهذا الأمر جائز في معظم العقود<sup>(5)</sup>، لكن في عقد التأمين اشترط المشرع حتى يكون مثل هكذا اتفاق جائز فإنه يجب أن يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة حيث ورد في نص المادة (4/12): "يقع باطلاً شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة"، فقد نص المشرع على ذلك إعمالاً لعدم توازن العلاقة بين المزود (المؤمن) والمستهلك (المؤمن له) والذي قد يفرض عليه اللجوء إلى التحكيم عن طريق إخفاء هذا الشرط بين بنود العقد ويحرمه من اللجوء إلى القضاء لحل النزاع الذي قد ينشأ بينهما، علماً أن شرط أو اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد نشوء النزاع لا يعتبر باطل طالما أن المشرع قصر البطلان على شرط التحكيم الذي يبرم عند التعاقد<sup>(6)</sup>، ويتشابه موقف المشرع الجزائي مع موقف

(1) الصياد، موسى. مرجع سبق ذكره. ص 89.

(2) الهيني، محمد. مرجع سبق ذكره. ص 167.

(3) الصده، عبد المنعم فرج. مرجع سبق ذكره. ص 299.

(4) انظر الى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2010/372 الصادر بتاريخ 2011/9/18 الوارد لدى

حطاب، حسام. مرجع سبق ذكره. ص 33.

(5) محاضرات القيت على طلاب مساق التحكيم في كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، 2018.

(6) الهيني: محمد. مرجع سبق ذكره. ص 181.

المشرع الفلسطيني فيما يتعلق بالحكم على شرط التحكيم بالبطلان إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة (1)، ويختلف مع نظيره المغربي حيث اعتبر المشرع المغربي شرط التحكيم باطلاً فقط إذا لم يوافق المؤمن له عليه صراحة عند اكتتاب العقد (2)، أما في الحالة التي يُوقع المؤمن له بجانب الشرط ويُفهم من ذلك أنه قرأه ورضي به فإن شرط التحكيم يعتبر عندها صحيحاً، وهنا يمكننا أن نسأل ألا يمكن أن يكون توقيع المؤمن له وموافقته على ذلك الشرط دون أن يعلم بماهيته أو أنه قد كان مدعنا مضطراً لحاجته الماسة للخدمة، لذلك فإن موقف مشرعنا الفلسطيني والجزائري تجاه شرط التحكيم يعطي حماية أكبر لمستهلك التأمين إلا أن هذه الحماية تبقى قاصرة، فاقتصر بطلان شرط التحكيم على وروده في وثيقة التأمين دون بطلانه إذا ما ورد في صورة اتفاق لاحق لا يتفق مع مصلحة المستهلك الذي قد لا يعلم ما يعنيه هذا الشرط وما قد يحمل من أمور تصب في صالح المؤمن فهو الذي سيحدد قانون الدولة التي سيلجأ إليها عند وقوع نزاع وغيرها من الأمور التي لن يغفل عنها المؤمن لكي لا يخرج من العقد إلا بصفقة رابحة على الدوام، لذا يرى الباحث أن يتم تعديل الفقرة الرابعة من نص المادة 12 بأن يبطل شرط التحكيم سواء ورد في وثيقة التأمين أو في صورة اتفاق لاحق- طالما ورد بين الشروط العامة- حتى يحصل مستهلك التأمين على حماية فعالة وليس مجرد حماية شكلية ضعيفة توفر للمؤمن فرصة الالتفاف حولها ليصل إلى مصلحته ومبتغاه.

وبعد أن عرضنا للشروط المذكورة في القائمة- التي وردت في المادة 12 من قانون التأمين الفلسطيني- ووضحنا مصيرها وكيف أن المشرع قد حمى المستهلك عن طريق الحفاظ على توازن العقد بإيقاع جزء الإبطال النسبي للشرط أو بعبارة أدق بطلان مطلق جزئي- مطلق للشرط جزئي للعقد- أي بقاء العقد صحيح (3)، يجب أن نسأل ماذا عن الشروط التي قد تبدو تعسفية ولكن لم يُنص عليها صراحة في القائمة سابقة الذكر- كسقوط حق المؤمن له بالتعويض بسبب تغيير مكان عمله- يمكننا القول أن المشرع الفلسطيني في قانون التأمين قد ترك لنا معيار لنميز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط النموذجية الأخرى حيث نص في المادة (5/12) على: "يقع باطلاً كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"، فيمكن للمؤمن أن يضع شروط نموذجية بين بنود عقد التأمين العامة، والتي قد تنص على استثناءات من الضمان وعلى شروط متعلقة بسقوط الحق بالتعويض طالما تم إبرازها بشكل ظاهر ولا تعتبر تعسفية إذا كان لمخالفاتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، وهذا يؤكد من جهة أخرى على أن الشروط المتعلقة بالسقوط تعتبر باطلة وكان لم تكن إذا لم يكن لمخالفاتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

وخلاصة القول، إن عقد التأمين في الغالب هو عقد إذعان ويمكننا القول أنه عقد إذعان نموذجي بحيث ينفرد المؤمن بإعداده وما على المؤمن له سوى قبول التعاقد والتوقيع (4)، فيعتبر

(1) راجع المادة (4/622) من القانون المدني الجزائري.

(2) راجع المادة (3/35) من مدونة التأمينات المغربية الجديدة.

(3) عايدي، سهاد احمد حبيب. (2018). الإطار القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. ص 51.

(4) انظر الى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2003/24 الصادر بتاريخ 2003/11/19 الوارد لدى الظاهر، احمد. مرجع سبق ذكره. ص 520-522.

عقد اذعان بالنسبة للمؤمن له فهو المستهلك (الطرف الضعيف) الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يُملئها المؤمن في وثيقة التأمين ويعرضها على الناس كافة<sup>(1)</sup>، فعادةً ما يعرض المؤمن نفس الشروط على كل المستهلكين وتكون على صورة نماذج موحدة بالنسبة للمخاطر التي من نوع واحد<sup>(2)</sup>، وكون أن عقد التأمين من عقود الإذعان والذي غالباً ما يحتوي على شروط تعسفية الأمر الذي يجعل موقف المستهلك أمام هذه الشروط التعسفية ضعيف فإن وقوف المشرع إلى جانبه وتدخله عن طريق النصوص الأمرة -في قانون التأمين والقوانين والأنظمة ذات العلاقة- وتتبع الشروط التعسفية ومقاومتها بتقييدها وإبطالها أمر لا بد منه للحد من تعسف المزود للمستهلك، ويمكن القول ان حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين تتم عن طريق فكرة النظام العام وتطورها فالنظام العام جاء لحماية المصلحة العامة ولم يتوقف عند هذه النقطة وحسب بل تطور ليوافق تطور المجتمع، وهنا ظهر دور المشرع الإيجابي فلم يقف كمرآب فقط وإنما أعطى اهتماماً كبيراً للطرف الضعيف وعمل على تقوية جانبه في مواجهة الطرف المتمتع بمركز اقتصادي قوي<sup>(3)</sup>.

### الخاتمة

تناول الباحثان موضوع الحماية التشريعية من الشروط التعسفية لمستهلك عقد التأمين، وفقاً لأحكام قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005 الساري في الضفة وغزة (فلسطين)، ولأحكام قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 وقد خلص الباحثان للنتائج والتوصيات التالية:

### النتائج

1. لم يعرف المشرع الفلسطيني الشروط التعسفية إلا أنه وضع لنا معيار لتمييزها، إن معيار تحديد الشروط التعسفية في القواعد العامة هي السلطة التقديرية للقاضي غير أن نص المادة 12 من قانون التأمين لا سلطة تقديرية له عليها، أما فيما يتعلق بالفقرة الخامسة من نفس المادة فيها تعتبر بمثابة معيار للقياس عليها وتحديد الشروط التعسفية الأخرى الغير مدرجة في نص المادة 12؛ وهو إذا لم يكن للشروط أثر في وقوع الحادث عد شرطاً تعسفياً.
2. إن عقد التأمين من عقود الإذعان التي تحتوي على شروط نموذجية صحيحة وشروط أخرى تعسفية قابلة للإبطال والتي في الغالب لا يستطيع المؤمن له التمييز بينها، مما يبرر اجراء رقابة صارمة عليها لغايات التحقق من التزام شركات التأمين بأحكام القانون.
3. إن حصول المؤمن على كامل القسط بما يتضمن فترة الإيقاف بسبب تأخر المؤمن له عن دفع قسط التأمين يعد من قبيل الاجحاف، فلا يحق للمؤمن أن يستغل فترة إيقاف التغطية للمطالبة بمقابل عن عدم تغطيته للخطر إذ أن القسط يدفع مقابل تغطية الخطر، فلمؤمن الحق

(1) منصور، محمد حسين. (2010). شرح العقود المسماة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص300.

(2) الصده، عبد المنعم فرج. مرجع سبق ذكره، ص34.

(3) معوش، رضا. (2015). حماية المستهلك من الشروط التعسفية. "رسالة ماجستير". جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، ص67-68.

- بأن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتغطية الخطر بسبب عدم تنفيذ الالتزام المقابل وهو دفع القسط ولكن لا يجوز له إساءة استعمال هذا الحق-والإضرار بالمستهلك.
4. وقوف المشرع بجانب مستهلك عقد التأمين ضروري لتوفير الحماية له كونه هو الطرف الضعيف في مواجهة المؤمن للتقليل من مقدرة الأخير على فرض شروط مجحفة بحق مستهلكي عقد التأمين، وهذا يؤدي بدوره لإعادة التوازن للعلاقة العقدية بين الطرفين.
5. ان نظام القائمة المنصوص عليه في المادة 12 من قانون التأمين يعتبر من أهم الوسائل التي يوفرها المشرع لحماية المؤمن لهم من الشروط التعسفية.

#### التوصيات

1. يوصي الباحثان بضرورة اهتمام الباحثين الذين سيلونهم بدراسة مواضيع حماية المستهلك وخاصة مستهلك عقود الإذعان، وبعمل دراسات توضح طبيعة العلاقة بين طرفي عقد الإذعان، وتوعية المستهلك بما له من حقوق وما عليه من التزامات.
2. وبدراسة الدور أو الغاية من فترة الإيقاف التي عادة ما تكون لمصلحة المؤمن على حساب المؤمن له، مع التأكيد على ألا تكون كجزاء عن التأخير عن دفع القسط.
3. يوصي الباحثان للقائمين على جهة التشريع بتعديل نص المادة (4/12) من قانون التأمين الفلسطيني بأن يبطل شرط التحكيم سواء ورد في وثيقة التأمين أو في صورة اتفاق لاحق- طالما ورد بين الشروط العامة- حتى يحصل مستهلك التأمين على حماية فعالة وليس مجرد حماية شكلية ضعيفة توفر للمؤمن فرصة الالتفاف حولها ليصل إلى مصلحته ومبتغاه.
4. يوصي الباحثان لجهات الاختصاص العمل على توفير لجان للرقابة على شركات التأمين أو تفعيل دور مفتشي التأمين بخصوص التأكد من التزامها بخلو العقود الصادرة للجمهور من الشروط التعسفية وتقديم معلومات كافية ووافية لمستهلك خدمة التأمين عن العقد ليتعاقد عن بيينة وتبصر.

#### المراجع العربية

- أبو عمرو، مصطفى أحمد. (2011). موجز أحكام قانون حماية المستهلك. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص172.
- السنهوري، عبد الرزاق احمد. (1940). الموجز في النظرية العامة في الالتزامات في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي. (منشورات محمد الداية)، بيروت، لبنان. ص35.
- السنهوري، عبد الرزاق احمد. (1952م). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الالتزام بوجه عام". دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة. مصر. ص229

- القيام، خالد رشيد. *عقد التأمين في القانون المدني الأردني* (الجزء الأول). ط1. مؤته: مكتبة ابن خلدون. ص142-144.
- الصياد، موسى. ومسعود، نجيب. والعاروري، عيسى. (2015). *شرح قانون التأمين الفلسطيني وتطبيقاته العملية*. ط1، بدون دار نشر، ص95.
- عمران، السيد محمد السيد. (1993). *حماية المستهلك أثناء تكوين العقد*. دون رقم ط. الاسكندرية: منشأة المعارف. ص35-36.
- منصور، محمد حسين. (2010). *شرح العقود المسماة*. ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص300.
- الشريف، عبد الناصر صبحي. (2008). *الاتجاهات العامة في مشروع القانون المدني الفلسطيني*. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة القدس، فلسطين. ص42.
- الشنطي، سهى نمر. (2008م). *التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية*. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين. ص23-24، 33.
- الصدّه، عبد المنعم فرج. (1946). *عقود الإذعان في القانون المصري*. "رسالة دكتوراه"، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، ص6.
- الموسى، ريم إحسان محمود. (2010). *الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"*. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. ص60.
- الهيني، محمد. (2005). *الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري "دراسة مقارنة"*. رسالة ماجستير منشورة. جامعة سيدي محمد بن عبد الله. فاس. المغرب. ص135.
- بوشارب، ايمان. (2012). *حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك*. "رسالة ماجستير"، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ص37.
- خطاب، حسام عدنان محمد. *مسؤولية شركات التأمين عن تعويض متضرري حوادث الطرق ومقدار التعويض*. "رسالة ماجستير"، جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين، 2012. ص40
- حجاج، صبرينة حميد. (2016). *عقد التأمين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية*. "رسالة ماجستير"، جامعة اليرموك، اربد، الأردن، ص2، 10.
- عابدي، سهاد احمد حبيب. (2018). *الإطار القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك*. "رسالة ماجستير". جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. ص40.

1974 "الحماية التشريعية للمؤمن له كمستهلك من ....."

- عرعارة، عسالي. (2014). *التوازن العقدي عند نشأة العقد*. (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة الجزائر 1. الجزائر. ص159.
- عمارة، ابتسام. وبوحظيش، مريم. (2016). *حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري*. "رسالة ماجستير". جامعة 8 ماي 1945. قالمة. الجزائر. ص10-11.
- لحلاح، سارة. ولعيدي، زينة. (2015). *الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين*. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الرحمان ميرة. بجاية. الجزائر. ص36، 37.
- معاشو، خالد. (2016). *دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية*. "رسالة ماجستير"، جامعة 8 ماي 45 قالمة، الجزائر، ص95.
- معوش، رضا. (2015). *حماية المستهلك من الشروط التعسفية*. "رسالة ماجستير". جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، ص67-68.
- عبد العال، مها "محمد على". (2017). *الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين* "بحث". جامعة النجاح. نابلس. ص13.
- مزغيش، عبير. وبن ضيف، محمد. (2017). *الضوابط الحمائية المصحوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية* "بحث"، *مجلة الحقوق والحريات*. العدد الرابع، جامعة محمد بن خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل ص105.
- نويري، سعاد. (2014). *الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين* "بحث دراسة مقارنة"، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون بعنوان الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 13-14 مايو 2014. ص68.

#### References (Arabic & English)

- Abu Amr, M. (2011). *Summary of provision of the consumer protection law*, Beirut, Alhalaby publication.
- Aidy, S. (2018). *The legal framework for the consumer protection from the arbitrary clauses in the consumption contracts*, (Unpublished master dissertation), An Najah National university, Palestine 2018.
- AlHeny, M. (2005). *The legal protection of the weak party in the insurance contract*. (Unpublished Master Dissertation), University of Sidi Mohamad Bn Abdallah, Fass, Morroco 2005.

مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 37(11)، 2023

- AlMoussa, R. (2010). *Direct lawsuit in civil liability insurance, a comparative study. (Unpublished Master dissertation)*, An Najah national university, Palestine 2010.
- Alqiam, Kh. (1999). *The insurance contract in the Jordanian civil law*. Mutah, Ibn khaldoun Library.
- Alsaddeh, A. (1946). *Contracts of Adherence in Egyptian law, a jurisprudential judicial and comparative study. (Unpublished Master dissertation)*. University of Fouad the first, Egypt 1946.
- Alsaid. M. & Masoud, N. (2015). *Explanation of the Palestinian insurance law and it is practical applications*. Palestine.
- Alsanhoury, A. (1940). *The summary of the general theory of obligations in Egyptian law*. Beirut, Dar Ihya alturath alaraby.
- Alsanhoury, A. (1952). *Mediator in explaining the new civil law "The theory of commitment in general Sources of obligations"*. Egyptian Universities publishing.
- Alshanty, S. (2008). *Legal regulation of the use of model clauses in consumer contracts. (Unpublished master dissertation)*. University if Birzeit, Palestine 2008.
- Alshareif, A. (2008). *General trends in the Palestinian civil law. (Unpublished Master dissertation)*. University of AlQuds, Palestine 2008.
- Amara, I. (1945). *The consumer protection from the arbitrary conditions in Algerian Legislation, (unpublished Doctoral dissertation)*, University of Gualma, Algeria 1945.
- Arara, A. (2014). *The contractual balance at the inception of the contract, (Published doctoral dissertation)*, University of Algeriers I, Algeria 2014.
- Busharab, E. (2012). *Consumer Protection from the arbitrary conditions, (Unpublished Master dissertation)* University of Alaraby Bn Mhedy, Algeria 2012.

- Hajjaj, S. (2016). *An insurance contract between contractual freedom and legislative restrictions*, (Unpublished master dissertation), Al Yarmouk university, Jordan 2016.
- Hattab, H. (2012). *The liability of insurance companies for those affected by road accidents and the amount of compensation a "comparative study*, (Unpublished master dissertation), An Najah National University, Palestine 2012.
- Lahlah, S. (2015). *The legal protection of the weak part in the insurance contract*, (Published master dissertation) University of Bejaia, Algeria 2015.
- Maasho, Kh. (2016). *The role of the judge in protecting the consumer from the arbitrary conditions*, (Published Master dissertation), University of Gualma, Algeria 2016.
- Mansour, M. (2010). *Nominated contracts explanation*. (1<sup>st</sup> ed.,) Halabi publications.
- Maoush, R. (2015). *The protection of the consumer from the arbitrary conditions*, (Published master dissertation) University of Tizi Ouzou, Algeria 2015.
- Mazgheish, A. & Bn Daif, M. (2017). *Protectionist controls accompanied by a contractual imbalance in arbitrary consumption contracts*, Journal of rights and liberties, Issue.4, Mohamed Khider University of Biskra, Algeria.
- Nouary, S. (2014). *The special protection of the acceptance of the insurance consumer*. special edition in the occasion of the annual conference at the faculty of law, 13-14 May 2014, United Arab Emirates University.
- Omran, M. (1993). *Consumer protection during the contract formation*. Alexandria.