DOI https://doi.org/10.5281/zenodo.13363321

JUDICIAL PROTECTION OF THE CLIENT'S RIGHTS IN THE REAL ESTATE FINANCING CONTRACT IN ISLAMIC BANKS IN THE SULTANATE OF OMAN

الحماية القضائية لحقوق العميل في عقد التمويل العقاري في المصارف الإسلامية بسلطنة عمان

سيف بن علي بن سيف بن عبيد الشعيبي

Saif Ali Saif Abeed Alshaaibi[1]*, and Ghazali Bin Jaapar[2]

[1] Ph. D. Candidate in Law, Department of Sharia and Islamic law, Ahmed Ibrahim Faculty of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM), saif653178@gmail.com
[2] Dr. in Law, Ahmed Ibrahim Faculty of Law, International Islamic University Malaysia, (IIUM), ghazj71@gmail.com
*Corresponding Author

Abstract

The study discussed the issue of judicial protection of the client's rights in the real estate financing contract in Islamic banks in the Sultanate of Oman, as it aims to clarify the position of Omani legislation and the judiciary on determining the right to judicial protection of the client's rights in the financing contract related to real estate in Islamic banks in the Sultanate of Oman, by extrapolating and analyzing the comparative legal rules in the legislation under study. Then it addresses the opinions of jurists and judicial rulings as they are two sources of interpretation of the law, and explains the solutions and proposals provided by jurisprudence with reliance on judicial rulings, as they are the main document in clarifying the practical application of the issue. The study adopted the inductive and analytical approaches, and the study concluded with the following results: The real estate financing contract in Islamic banks in the Sultanate of Oman is one of the contracts of adhesion; which acquires a protective characteristic required by law for the adhering party, which is the client. Therefore, the authority of the judiciary in determining the right of protection for the client is represented in interpreting doubt and ambiguity in the interest of the client, and the judiciary may intervene in amending or canceling the conditions if they include arbitrariness that harms the client's interest, but the Omani legislator did not frame this intervention with a specific standard; And made that within the efforts of the judge of the subject matter. Therefore, it is not possible to interfere and appeal his ruling before the Supreme Court. The researcher believes that in order to stabilize contracts and stimulate economic activity; it is necessary to set standards, controls and legal texts that the judiciary cannot exceed, whether in interpreting ambiguity or in stating arbitrary conditions in the real estate financing contract; otherwise, the ruling will be considered invalid and not recognized, due to some legislations.

Keywords: Judicial protection, customer rights, real estate financing contract, Islamic banks.

الملخص

ناقشت الدراسة موضوع الحماية القضائية لحقوق العميل في عقد التمويل العقاري في المصارف الإسلامية بسلطنة عمان، حيث تهدف بيان موقف التشريعات العمانية والقضاء من تقرير حق الحماية القضائية لحقوق العميل في عقد التمويل المتعلق بالعقار في المصارف الإسلامية بسلطنة عمان، باستقراء وتحليل القواعد القانونية المقارنة في التشريعات محل الدراسة. ثم تتطرق لآراء الفقهاء وأحكام القضاء كونهما مصدرين تفسيرين للقانون، وبيان الحلول والمقترحات التي آتى بها الفقه مع الاستناد لأحكام القضاء، كونها المستند الرئيس في إيضاح التطبيق الواقعي للمسألة. اعتمدت الدراسة المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، وخلصت الدراسة إلى النتائج التالية: يعد عقد التمويل العقاري في المصارف السلامية بسلطنة عمان من عقود الإذعان؛ التي تكتسب خاصية حمائية يوجبها القانون للطرف المذعن وهو العميل. لذا فإن سلطة القضاء في تقرير حق الحماية للعميل تتمثل في تفسير الشك والغموض لمصلحة العميل، كما أن للقضاء أن يتدخل في تعديل الشروط أو إلغائها إذا اشتملت على التعسف المضر بمصلحة العميل، إلا إن المشرع العماني لم يؤطر هذا التدخل بمعيار معين؛ وجعل ذلك ضمن اجتهادات قاضي الموضوع. وبالتالي لا يمكن التدخل والطعن في حكمه أمام المحكمة العليا. الباحث يرى أنه لابد من أجل استقرار العقود وتنشيط الحركة الاقتصادية؛ من وضع معايير وضوابط ونصوص قانونية لا يمكن للقضاء أن يتعداها، في سواء في تفسير الغموض أو في بيان الشروط التعسفية في عقد التمويل العقاري؛ وإلا عدّ الحكم باطلاً غير معترف به، كما بعض التشريعات محل الدراسة.

كلمات مفتاحية: الحماية القضائية، حقوق العميل، عقد التمويل العقاري، المصارف الإسلامية.

المقدمة:

يعد عقد التمويل العقاري عقد إذعان وفقاً للمفهوم الحديث للإذعان وذلك للتفاوت الفني والاقتصادي والقانوني بين طرفيه، فطالب التمويل العقاري (العميل) غالباً ما يكون شخصاً غير مهني عديم الخبرة، على عكس شركات التمويل العقاري والمصارف المهنية التي تهيمن على شروط العقد وأحكامه بإصدارها نماذج محددة على طالب التمويل قبولها أو رفضها، دون أن يكون له الحق في إجراء أي تعديل عليها،إذ ينفرد الممول بوضع شروطه ويتمتع بسلطة تعديل أو إلغاء هذه الشروط، وفي المقابل فإن العميل ليس له سوى قبول أو رفض تلك الشروط، دون إمكانية مناقشتها أو التفاوض بشأنها، وتتسم هذه العقود باختلال في التوازن العقدي بين الممول والعميل.

ومع التطور الاقتصادي السريع وظهور أشكال جديدة من العقود يكون الطرف القوي هو المسيطر فيها مما يؤدي إلى خلل واضح في مبدأ سلطان الإرادة جعل لزاماً على المشرع التدخل باستحداث عدة استثناءات لحماية الطرف الضعيف واستقرار العقود، كان من أهمها إطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجهة بعض الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فمن البديهي أن تكون هذه العقود مجالاً خصباً للشروط التعسفية، ولأجل إعمال هذه السلطة جاءت نصوص قانونية في

عدد من القوانين العربية بما فيها قانون المعاملات المدنية العماني؛ بهدف توفير قدر من الحماية للطرف المذعن عن طريق الحماية القضائية المتمثلة في سلطة القاضي في تفسير العقد، وفي إلغاء أو تعديل بنود العقد.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة إلى أي مدى مكنت السلطة التقديرية للقضاء في حماية حقوق العميل في عقد التمويل العقاري في المصارف الإسلامية من الشروط التعسفية، وما مدى صلاحية التشريعات العمانية لإضفاء هذه الحماية بما يتناسب مع التطور الاقتصادي المتسارع في عقود التمويل العقاري، والحاجة إلى تقييد اجتهادات القضاء في تفسير وإلغاء وتعديل شروط العقد وفق ضوابط ومعايير معينة. لذا تتمحور إشكالية البحث في بيان حدود سلطة القاضي في ضمان حماية حقوق العميل من الشروط التعسفية.

أهداف الدراسة:

1. عرض موقف المشرع العماني في إضفاء الحماية القضائية على حقوق العميل في عقد التمويل العقاري.
2. بيان آلية التدخل القضائي في تعديل إرادة الطرفين خلال تفسير وإلغاء وتعديل الشروط التعسفية في العقد.

الدراسات السابقة:

– دراسة بعنوان **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، للباحثة كرومي نريمان[1]، اوصت فيها الباحثة إلى ضرورة تعديل المشرع الجزائري لقانون حماية المستهلك لمكافحة الشروط التعسفية مع التخلي عن اقتران التعريف المباشر للشرط التعسفي ونظرية الإذعان بطريقة يمكن تعريف الشرط التعسفي من خلاله أنه ذلك الشرط الذي يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمحترف الناشئة عن عقد الاستهلاك سواء تم التفاوض بشأن شروط العقد أم لا إلى جانب ذلك تقترح وضع نصوص قانونية صريحة لجمعيات حماية المستهلكين للحق في التقاضي للمحترف أمام القضاء لمكافحة الشروط التعسفية مع اقتصار ذلك الحق في دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها

– دراسة بعنوان **حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة** للدكتور الصادق عبدالقادر، تناول الباحث فيها بيان الحماية القانونية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية [2]، بيَّن الباحث مدى تبني المشرع الجزائري معيار الاختلال الظاهر بين التزامات وحقوق الأطراف كمعيار لتحديد مدى توافر العقد على شروط تعسفية ولم يترك الأمر

[1] كرومي، نريمان، (2021)، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الاعمال قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر.

[2] الصادق، عبد القادر (2019)، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة**، بحث منشور في مجلة آفاق علمية المجلد الحادي عشر العدد الأول، ابريل 2019، ص38.

مفتوحاً على التأويلات التي قيلت بصدد تحديد معيار الشرط التعسفي، كما قام المشرع الجزائري بتحديد قائمة الشروط التعسفية والتي وردت في تقدير الباحث على سبيل المثال لا الحصر بغية القياس عليها وإسقاطها على شروط أخرى غير مدرجة في النص، كما ذكر التوسع من السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى توفر الشرط التعسفي من عدمه وأوصى الباحث إلى أن المستهلك جدير بحماية المشرع له في مواجهة المهني ولا يتأتى ذلك إلا من خلال جمع كافة النصوص القانونية المحددة للشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك بدل قانون الممارسات التجارية وكذا تفعيل وتوسيع دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في مجال الرقابة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

– دراسة بعنوان **الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجا** للباحث عمرو قريوح[3]، وخلص الباحث فيها إلى أن عقود الائتمان الاستهلاكي يتعين أن تحظى بأهمية بالغة من قبل المشرع والصيغة الفعالة للتدخل التشريعي في هذا الإطار، وخاصة على مستوى تكوين العقد والظروف المحيطة به، هي صيغة العقود النموذجية التي يحددها المشرع ذاته، بما في ذلك من مراعاة لمصلحة الطرفين مصلحة المهنيين في تدبير عنصر الزمن، والذي هو مسألة فرضها المهنيون أنفسهم تبعا للتطورات الاقتصادية التي تتطلب السرعة فعلا، ومصلحة المستهلك، الذي سيكون أكثر أمانا وحماية بتدخل المشرع في هذا الاتجاه، وجعل نماذج العقود أكثر توازنا، ومراعاة لمصلحة المستهلك وحقه في الحماية ذاتها وهو حق ينبغي الاعتراف به للمستهلك، في ظل الوضع اللا متوازن للعلاقات التعاقدية، وهو ما يقود إلى تفكير شمولي لتعديل المسلسل التعاقدي التقليدي في القواعد العامة، على أساس الحق في الحماية التشريعية للمستهلك.

منهجية الدراسة:

سوف ترتكز هذه الدراسة على ثلاث مناهج للبحث العلمي، وهما كالتالي:

1. المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع القواعد والنصوص القانونية المنظمة لحماية حقوق العميل في عقد التمويل العقاري، ودراسة اتجاهات الفقه والقضاء في هذا الصدد.
2. المنهج التحليلي: من حيث تسليط الضوء على حجج وأسانيد كل رأي، ودراسة القواعد العامة وتطبيقها على النصوص موضوع الدراسة.
3. المنهج المقارن: من خلال بيان موقف التشريعات العمانية مع بعض التشريعات العربية عند الحاجة، وكذلك الأحكام القضائية المتناولة لموضوع الدراسة.

ولبيان ذلك ستقدم هذه الدراسة في مطلبين، نبين في الأول بيان سلطة القاضي في تفسير العقد، في حين نخصص

3 عمرو قريوح، (2007) الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة الدكتوراه الوطنية مقدمة في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جماعة محمد الأول، وجدة، المغرب.

المطلب الثاني في بيان سلطة القاضي في إلغاء أو تعديل بنود العقد، بحسب التفصيل التالي:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير بنود العقد

من المسلَّم به أن يُصاغ العقد بألفاظ دالة على المعنى ورافعة للخلاف ومعبرة عن إرادة الطرفين تعبيراً واضحاّ بيِّناً لا لبس فيه ولا غموض ولا تناقض، وقد أوجب أهل العلم أن تتوافر في صيغة العقد شروطاً معينة حتى يتحقق المقصود منها ومن أبرز هذه الشروط ما يلي:

- جلاء المعنى وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل في العقد تدل دلالة واضحة واقعاً أو عرفاً على نوع العقد والتزامه وأثره وكافة ما يتعلق به.
- توافق الإيجاب والقبول من جميع الوجوه، فلا ينعقد الإيجاب على أمر وينعقد القبول على أمر آخر يختلف عما أوجبه الموجب.
- جزم الإرادتين بأن تكون الألفاظ دالة على إرادة الطرفين دلالة لا تردد معها ولا تسويف، فلا يظهر منها حصول نوع من التردد في قبول الالتزام أو إيجابه لأحدهما.[4]

قد يحصل أن يحتوي العقد على عبارات غامضة أو صيغ مبهمة أو شروط متناقضة، أو يسبغ العاقدان أو أحدهما على العقد المبرم بينهما وصفاً لا يتفق مع بنوده وشروطه، أو قد تتجه إرادتهما أو أحدهما إلى عقد آخر غير العقد المسمى الذي أبرماه للجهل بالوصف الشرعي والقانوني للعقد الذي انعقد بإيجاب أحدهما وقبول الآخر، وهنا يأتي دور القاضي لما له من سلطة وحق في التدخل بين الطرفين ليرفع هذا الخلاف الحاصل [5]حماية للعقد ولطرفيه خاصة الطرف الضعيف وتفسير الشك والغموض لمصلحة الطرف الضعيف وهو العميل.

لأن العميل لم يشترك في صياغة عبارات العقد فلا يسأل عن غموضها، و هذا من شأنه أن يحمل الممول على مراعاة الدقة و الوضوح في صياغة عبارات عقوده، فإذا كانت شروط العقد واضحة معبرة عن إرادة الطرفين ورضاهما فلا يعدل القاضي عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ويقتصر دوره على تطبيق ما اتجهت اليه إرادة الطرفين، أما إذا كانت عباراته غامضة فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فيقرر القاضي ما يحتمله اللفظ ويحدد معناه والغرض منه وإزالة اللبس أو الغموض أو التناقض الحاصل في بنود العقد.

---

[4] الزرقا، مصطفى بن أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة 1، 1418 هـ، ج ١ ص ٤٠٥.

[5] لقد قضت المحكمة العليا في الطعن رقم ٨٠٧ /2015 م الصادر عن الدائرة التجارية جلسة ٠٣ / ٠١ / ٢٠١٧م) بما نصه "أن العقد قانون العاقدين فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً ولا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه وتعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي الذي يقتصر عمله على تفسير مضمونه بالرجوع الى نية المتعاقدين والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة المحكمة العليا. أنظر، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2016/10/1م وحتى 6/30/ رقم 172 ص 851

وفي عقود الإذعان إذا كانت العبارات التي كتب بها العقد يكتنفها الغموض و تحتمل أكثر من معنى لتفسيرها وتدخل في دائرة الشك، ولا يستطيع القاضي بالرغم من استعانته بوسائل التفسير المختلفة أن يهتدي في شأنها إلى معنى يرجحه على غيره من المعاني يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً، وقد سارت كافة القوانين المدنية على تقرير قاعدة في هذا الباب مفادها أن الشك يفسر لصالح المدين إلا إذا كان العقد يوصف بأنه عقد إذعان فإن الشك فيه يفسر الصالح الطرف المذعن سواء كان مدينا أو دائنا لضعفه وتوافر عناصر القوة عند الطرف الآخر.[6]

وقد أخذ المشرع العماني بهذا المبدأ فقد نص قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (١٦٦) على أنه" يفسر الشك لمصلحة المدين، في عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن"

ولأجل تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن لا بد من التحرز فهي لا تستند الى نية الطرفين المشتركين، وينبغي أن تكون سلطة القاضي منضبطة بضوابط تمنع التدخل العشوائي وترفع الضرر عن المتضرر، لذا فقد رأى بعض فقهاء القانون أنه لإعمال هذا النص لا بد من توفر شروط وهي:

1. أن يكون التفسير محدداً بمجال العبارات الغامضة والمتناقضة، أما العبارات الواضحة المتفق على وضوحها وبيانها والتي لا يشوبها لبس أو غموض أو تناقض فليس للقاضي أي حق في تفسيرها بغير ما هي عليه عملاً بقاعدة المسلمون على شروطهم[7].
2. أن يلتزم بقواعد العدالة والمصلحة العامة التي أنيط تحقيقها به، فلا يرفع الضرر عن طرف ليقع الضرر بغير وجه حق على الطرف الآخر.
3. أن يلتزم بقواعد الألفاظ في دلالاتها وطرق الجمع بين مناقضها.
4. أن يكون هذا التفسير لمصلحة الطرف الأضعف في العقد، لأن الطرف القوي هو الذي ينفرد غالباً بتحرير العقد، وغالباً ما يتم ذلك على يد متخصصين مهرة من القانونيين لإيراده لمثل هذه النصوص الغامضة في العقد يورث الشك في نيته وأهدافه خاصة وأن شعار الطرف القوي هو الاستغلال المطلق الحاجة الضعيف .[8]

[6] العلايلي، بهاء الدين، **النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون**، دار الشواف، الرياض، الطبعة 1 -1428هـ، ج 1 ص 118.

[7] أصل هذه القاعدة، حديث عمرو بن عوف المزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال": الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما" رواه الترمذي وصححه، وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة، وحكم الألباني في الحديث من طريق أبي هريرة رضي الله عنه أنه حسن صحيح. أنظر موقع الدرر السنية، https://dorar.net/hadith/sharh/

[8] أحمد سمير قرني، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي**، دار كنوز اشبيلية، الرياض، السعودية، الطبعة 1-1431هـ، ص 161.

5. ان يكون العقد الذي بصدد التفسير من عقود الإذعان، على الوجه الذي حدده المشرع.
6. استنفاذ كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين.
7. استمرار قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة، رغم استخدام وسائل التفسير.
8. انتفاء سوء النية أو الإهمال من جانب المذعن، فوجود أي منهما يتنافى مع المبرر أو الأساس الذي عليه القاعدة، إذ لا حماية للمذعن سيء النية أو المهمل، بل الحماية للمذعن حسن النية الذي لا ذنب له في غموض العقد ويتعين على الموجب (الطرف القوي) أن يزيله [9].

وهذا يعني أن تفسير الشروط الغامضة في عقد التمويل العقاري يجب ان لا يكون ضاراً بطالب التمويل، كما يفترض في الممول أن يكون لديه من الوسائل ما يمكِّنه من عرض شروط التعاقد على العميل بشكل واضح وبيِّن، فإذا لم يفعل ذلك أُخذ بخطئه وتقصيره في تحرير العقد بلغة واضحة مفهومة وعُدَّ متسبباً في هذا الغموض.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إلغاء أو تعديل بنود العقد:

مع التطور الاقتصادي السريع وظهور أشكال جديدة من العقود يكون الطرف القوي هو المسيطر فيها مما يؤدي إلى خلل واضح في مبدأ سلطان الإرادة جعل لزاماً على المشرع التدخل باستحداث عدة استثناءات لحماية الطرف الضعيف واستقرار العقود، كان من أهمها إطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجهة بعض الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ولأجل إعمال هذه السلطة لابد من معرفة ماهية الشروط التعسفية؟ وماهي معايير تحديد الشروط التعسفية؟ وما هو شكل التدخل القضائي؟

الفرع الأول: سلطة القاضي في الشروط التعسفية

- **تعريف الشروط التعسفية:**

تعددت التعريفات التي أطلقها فقهاء القانون على اصطلاح الشروط التعسفية حيث عرفها البعض بأنها " الشروط التي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضها تعسفا على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع لها دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، ويظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون

[9] محمد عبدالرزاق محمد، تفسير **الشك لمصلحة الطرف المذعن**، مجلة رسالة الحقوق السنة الثالثة. العدد الثالث..2011م، ص 158، أنظر، د. عبد الحكم فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية 1985، ص11

مقتضى" [10]

بينما عرفها آخر بأنها: "الشروط الذي يوردها المهني عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المهني (عديم الخبرة)، ويهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على نحو يحقق له أكبر مصلحة، ولو على حساب الطرف الآخر". [11]

ويتضح من خلال التعريفين السابقين أنه ما يجعل الشروط شروطا تعسفية وجود العناصر الآتية وهي:

1- أن يكون الشرط مفروضاً على المستهلك أو غير المهني من قبل طرف قوي مستغلاً تفوقه الاقتصادي أو الفني.

2- أن يؤدي الشرط إلى حصول الطرف القوي على مزايا مبالغ فيها تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي حيث يدخل شروطاً تخفف من التزاماته وتزيد بدون مقابل من التزامات الطرف الضعيف.

3- عدم مناقشة المستهلك للشروط محل عقد القرض والتي فرضها البنك فيجد نفسه أمام نموذج عقد إما يقبله بالتوقيع عليه أو يرفض التعاقد، فهذا يعتبر في حده تعسفاً ويظهر التعسف بشكل واضح حينما يقبل المستهلك الاقتراض رغم وجود الشروط التعسفية لكن الحاجة الملحة لتمويل إنفاقه الاستهلاكي تجعله يقبل ويقوم بإمضاء نموذج عقد القرض. [12]

وعلى ذلك فإن من أهم سمات الشروط التعسفية أنها تهدد التوازن المنشود في العقد فيجعل التزامات أحد أطرافه (المستهلك) أكبر بكثير من التزامات الطرف الآخر أو يلقي على عاتقه التزامات لا تقابلها حقوق في العقد . [13]

- **معايير تحديد الشروط التعسفية:**

يرجع التكييف القضائي للشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان إلى معيار تقليدي، نص عليه قانون المعاملات المدنية العماني، وهو معيار العدالة، حيث نصت المادة 158 على انه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع

[10] رباحي أحمد، **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن– مجلة اقتصاديات شمال افريقيا**، العدد 5، ص 347.

[11] سميح جان صفير، **دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية، جامعة الروح القدس، لبنان، العدد ٧، ٢٠٠١م**، ص 15.

[12] مختارية، سفير، **الحماية القانونية للمستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه– كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس– الجزائر 2022 م، ص 138.

[13] أيمن يعد سليم، **الشروط التعسفية في العقد**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011م، ص 49 وما بعدها.

باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[14]

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.[15]

وسنستعرض هذه المعايير بشيء من الايجاز على النحو الآتي:

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

يقصد بهذا المعيار أن يفرض الشرط التعسفي من المهني على المستهلك، نتيجة تعسف الأول في استعمال قوته الاقتصادية[16]، كما أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله أو عدم إخلاله بالتوازن العقدي إخلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات طرفي العقد [17]،وذلك حينما يستخدم المهني على المستهلك نفوذه الاقتصادي، وهو معيار من دون شك يبحث في النتائج المترتبة على تضمين الشرط التعسفي ضمن عقود الاستهلاك دون البحث في الأسباب والدواعي التي أدت إلى تلك النتائج، ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية للمهني إلى حجم المشروع الذي يستغله وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه، وينتج التعسف في استعمال القوة الاقتصادية عن طريق استغلال هذه القوة للطرف المهني على حساب المستهلك مما يسهل عليه فرض شروطه نظرا لكونه معتاداً على مثل هذه الممارسات الجاري بها العمل في مهنته.[18]

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة

يقصد بالميزة الفاحشة هو أن يفرض المهني على المستهلك مقابلاً مغالاً فيه من خلال شروط التعاقد، بما يعني حصول

[14] انظر المادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29م

[15] البقلي، أيمن مصطفى أحمد، **الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري**- المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 7، العدد 6، مايو 2020، ص 65.

[16] حسينة شرون، ونجاة حملاوي، حماية **المستهلك من الشروط التصفية في ظل أحكام القانون 2/4 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عيد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد 4، أبريل ٢٠١٧م، ص 56.

[17] نادية محمد عوض، **شروط الاعفاء في عقود التجارة وعقود المستهلكين**، دار النهضة العربية، 2001 ص 18.

[18] يوسف الزوجال، **المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التامين نموذجا: دراسة تحليلية وفقا اخر المستجدات القانونية**، تقديم وداد العيدوني، دار الأمان، الرباط، 2013، ص 236 – 235.

المهني على مزايا مبالغ فيها على حساب المستهلك، نتيجة استعماله الأول لنفوذه الاقتصادي.[19]

وطبقاً لهذا فإن معيار الميزة الفاحشة يعد 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 .[20]

ثالثاً: معيار الإخلال بالتوازن العقدي:

ويقصد بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي عدم التعادل الواضح بين الحقوق والالتزامات العقدية، يتجلى منح المهني ميزة على حساب المستهلك من خلال شروط التعاقد الموضوعة مسبقاً من قبل المهني، والتي لا يستطيع المستهلك مناقشتها أو التفاوض حولها.[21]

فيما يطلق عليها البعض بالميزة المفرطة وهي تعني عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد، ولا تتعلق فقط بثمن السلعة أو الخدمة، وإذا كان من اللازم الأخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط التعسفي.[22]

يجب أن يؤخذ العقد جملة في مجموع شروطه وآثاره، وليس الوقوف عند شرط بعينه، فيبدو الشرط تعسفياً إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى على حين انه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه [23]، ومع ذلك يمكن القول أنه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استناداً لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظرف إبرام العقد، أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه ولا شك يتم بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظرف عادية، كما يجب أن يكون الاختلال كبيراً بين حقوق والتزامات الطرفين، أما إذا كان الاختلال بسيطاً فيُتجاوز عنه حفاظاً على

[19] فتيحة حماز، **الرقابة القانونية الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٣.

[20] زكريا خليل، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**- المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المجلد ١١- العدد 12، ٢٠١٦م، ص ٢١.

[21] معمر على نجم، **الشروط التعسفية في عقد التأمين**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 8، العدد 28- 2019م، ص ٩٢

[22] حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، 1991- ص 98.

[23] محمود عبد الرحيم الديب، **الحماية المدنية للمستهلك**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، طبعة 2011م، ص 35-34.

استقرار المعاملات.[24]

وعلى ذلك، فإن أفضل الحلول لتحديد الشرط التعسفي هو النظر إلى العقد باعتباره وحدة واحدة لا تتجزأ، من خلال مقارنة التزامات وحقوق الأطراف المتقابلة، للتأكد من وجود التوازن العقدي من عدمه، فحيثما وجد هذا التوازن فلا مجال للحديث عن الشرط التعسفي، أما إذا كان هذا التوازن مفقوداً فهنا يثور البحث عن الشرط الذي أخل بهذا التوازن، والنظر إليه باعتباره شرطاً تعسفياً، ولا شك أن المنوط بهذه المهمة هو قاضي الموضوع، الذي له الرجوع إلى كافة الظروف المحيطة بالعقد، دون حاجة إلى نص قانوني يؤكد ذلك، فهذه المُكنَة تعد من مسلمات العمل القضائي في تعامله مع العقود كافة.

الفرع الثاني: آلية تدخل القاضي في إلغاء أو تعديل بنود العقد

لا خلاف في أن الشروط التعسفية كثيرة لا يمكن بحال حصرها وتقييدها فلكل نوع من العقود ظروفه وخصائصه، وعليه فإن هذه الشروط قد تتغير وتتطور بحسب أنواع العقود، ومن الأمثلة الشائعة على الشروط التعسفية ما يأتي:

- اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع: كثيراً ما يرد في عقود التمويل في المصارف الإسلامية شرط التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء في حال الاختلاف أو النزاع، واشتراط التحكيم ويوقع العميل على موافقته على حكم التحكيم الذي تتوصل إليه هيئة التحكيم وأنه حكم نهائي لا يقبل الاعتراض.
- اشتراط جعل العقد جائزاً في حق الممول لازماً في حق العميل: فيتم النص في العقد على حق الممول في فسخ العقد في أي وقت وبإرادة منفردة، وحق تغيير شروط العقد دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر.
- اشتراط البراءة من العيوب والتحلل من الالتزامات: فيشترط الممول ألا يلزم بأي عيب لم يذكر في بنود العقد سواء كان موجوداً أو لم يظهر بعد، كما أنه غير ملزم بالتعويض عن أي ضرر لم يتم الاتفاق عليه في العقد.
- اشتراط حلول الأقساط كاملة عند التأخر في سداد قسط واحد منها: فإذا تأخر العميل عن دفع قسط واحد من الحق الذي عليه فإن الأقساط المؤجلة الباقية تكون تلقائياً حالة عليه.

لقد توجه المشرع العماني إلى عدم حصر الشروط التعسفية في أمثلة وقائمة كما فعل المشرع الجزائري [25]، واعتبر كل شرط قصد به المتعاقد تحقيق غرض غير مشروع على حساب أحد الأطراف، أو ترتب عليه ضرر أعظم من المصلحة المقصودة فهو شرط تعسفي يوجب تدخل القاضي سواء بإلغائه أو تعديله لمصلحة الطرفين.

[24] الصادق عبدالقادر، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، دراسة مقارنة، مجلة آفاق علمية، المجلد 11 العدد 1، 2019م، ص 46.

[25] انظر المادة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم الصادر بتاريخ 23-يونيو-2004م، الجزائر.

ويرى الباحث أن ما توجه إليه المشرع العماني من عدم حصر الشروط التعسفية في قائمة هو الصواب وهو من باب المصلحة والعدل وحماية للطرف الضعيف وذلك لأن العقود بطبيعتها متطورة بتطور التعاملات الاقتصادية في المجتمع وبسبب هذا التطور قد تظهر شروط كثيرة تحمل صفة التعسف ولا يمكن حصرها، لذا فإن النظر إلى الشروط من خلال احتوائها على التعسف من عدمه هو الأساس المعتبر لتمييز الشروط التعسفية عن غيرها وهو الرأي الأرجح مواكبةً للتطور السريع في أنواع العقود وشروطها.

لقد أعطى المشرع العماني القضاء سلطة تقديرية لإعادة التوازن في العقد المشتمل على الشروط التعسفية، وهذه السلطة نص عليها قانون المعاملات المدنية العماني بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به أسس العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك [26]،ورغم وضوح هذا النص في إقراره لسلطة القاضي التقديرية تجاه الشروط التعسفية؛ إلا أنه يثور 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 [27].

إن ترك الأمر للسلطة التقديرية المطلقة لقاضي الموضوع يترتب عليه عدم استقرار في العقود لاختلاف قدرات القضاة في فهم ودراسة القضية وإن كانت هذه السلطة تحت رقابة المحكمة العليا إلا أنها رقابة قانونية في تطبيق القانون وصحة الاستدلال بها والتسبيب فلا تتدخل المحكمة العليا في الموضوع لأنها محكمة قانون لذا يرى الباحث أنه من المناسب تحديد معايير عامة لاعتبار الشروط التعسفية مثل معيار الميزة الفاحشة ومعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار التوزان في العقد وهي وإن كانت لا تخرج عن قيد العدالة الذي نصت عليه المادة (158) من قانون المعاملات المدنية العماني إلا أن تحديد معايير واضحة يساعد في استقرار العقود من خلال التزام الطرف القوي بهذه المعايير وعدم تعسفه في الزام الطرف الضعيف بشروط تثقل كاهله.

غير أن سلطة قاضي الموضوع تجاه الشروط التعسفية وإن كانت ثابتة بنص المادة (158) من قانون المعاملات المدنية العماني ؛ إلا أن القاضي لا يستطيع ممارستها من تلقاء نفسه، امتثالاً لمبدأ حياد القاضي [28]، لذا فإنه ما لم يدَّعِ العميل أمام القاضي بوجود تعسف في أحد شروط اتفاق التمويل العقاري فإنه لا يجوز له ممارسة هذه السلطة، حتى لو اتضح له

[26] أنظر المادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

[27] حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007م، ص ١٨٤.

[28] أيمن سعد سليم، **الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة 2011م، ص ١٠٧.

أثناء نظر الدعوى أن أحد شروط الاتفاق المطروح أمامه يتصف بالتعسف. لكن إذا كانت السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع تجاه الشروط التعسفية تنحصر 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؟

لقد أعطى المشرع العماني القضاء سلطة تقديرية لإعادة التوازن في العقد المشتمل على الشروط التعسفية من خلال:

أولاً: تدخل القاضي بتعديل الشروط التعسفية:

يقصد بتعديل الشروط التعسفية: إزالة وجه التعسف منها مع الإبقاء عليها كبنود في العقد [29]، و يلجأ العميل للقضاء لحمايته من الشروط التعسفية عن طريق رفع دعوى للمطالبة بتعديل الشرط التعسفي، لذا منح المشرع قاضي الموضوع سلطة النظر في الشروط محل الادِّعاء لتقرير وجه التعسف فيها إن وجد، فعندما يقرر القضاء وجود شرط تعسفي في العقد عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع في تقرير الصفة التعسفية للشرط من حيث وجودها وعدمها، جاز له التدخل عن طريق تعديل هذه الشروط التعسفية الواردة في العقد بحيث يزيل ما فيها من ضرر ويعيد للعقد توازنه، وفقاً لما يراه مناسباً ضمن اعتبارات المصلحة العامة والعدالة والموازنة بين المنافع التي تعود على الممول والمضار التي يتحملها العميل، وهذه السلطة نص عليها قانون المعاملات المدنية العماني بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[30].

ومن أمثلة تعديل الشروط التعسفية، قد تتضمن بعض عقود التمويل العقاري شروطاً جزائية يفرضها الممول على العميل المتوقف عن السداد تعويضاً على شكل غرامات تأخيريه بنسب مئوية من أصل الدين مبالغ فيها، فجهات التمويل لا تفرق بين العميل حسن النية والمماطل سيء النية، فهي تشترط في أغلب العقود التي تبرمها مع العملاء على استحقاق الشرط الجزائي بمجرد التخلف عن الوفاء بالأقساط ولو لشهر واحد، فإذا كان عقد التمويل يتضمن شرطاً يخول الممول الحق في المطالبة بغرامة على العميل في حال التخلف عن السداد بنسبة 2% من قيمة باقي مبلغ التمويل إضافة إلى إلزامية السداد، ففي هذه الحال يحق للقضاء التدخل لتعديل مقدار هذه الغرامة المتفق عليها في حالة تخلف العميل عن سداد القسط، حيث يملك القاضي صلاحية تخفيضها الى المقدار الذي يراه مناسبا لتغطية الأضرار التي لحقت بالمؤسسة البنكية من جراء هذا التخلف، إلا أن سلطة القاضي في مبدأ التخفيض مقيدة بموجب الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية بسلطنة عمان حيث نصت المادة (4-15-2) على أنه "يجب أن لا تتجاوز أية غرامة تفرض ويكون

[29] أنس محمد عبد الغفار، **آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان**، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، 2013، ص ١٩٥.

[30] أنظر المادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

مسموحا بها وفقا للشريعة 1% في حالة التخلف عن السداد "[31]، لذلك فسلطة القاضي في التخفيض أو الرفع من نسبة التعويض والغرامة عن التخلف عن السداد لمصلحة البنك لا يمكنها أن تتجاوز تلك النسبة.

ثانياً: تدخل القاضي بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية:

يقصد بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية: إلغاء هذه الشروط كلية من الاتفاق[32]، وإنهاء آثارها واعتبارها كأن لم تكن، ومن المنطقي أن قاض الموضوع لا يلجأ إلى إلغاء الشرط التعسفي، إلا إذا قدَّر أن مجرد تعديل الشرط لا يتحقق معه الحماية المرجوة للعميل المذعن.

ولا يكون ذلك إلا إذا تبيّن للقاضي، بناءً على طلب العميل المتضرر من أن تلك الشروط المفروضة من قبل الممول تحدث تبايناً كبيراً بين الطرفين من حيث الحقوق والالتزامات، مما يؤدّي إلى عدم التوازن في العقد بحيث يفوت على العميل فائدة مرجوة أو مصلحة متوقعة أو متى تأكَّد للقاضي أن تلك الشروط متعلقة بالتزامات أساسية وجوهرية على الممول، بحيث يجعل الإعفاء منها التزامه الأساسي بدون جدوى.

في مثل هذه الحالات أجاز المشرع للقاضي و إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد[33]، إعفاء العميل الدائن الذي وقع ضحية شروط تعسفية، ومن أمثلة إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي، أنه قد تتضمن بعض عقود التمويل العقاري شرط التحكيم لتسوية النزاع بين الممول والعميل وعدم اللجوء إلى القضاء، وهذا الشرط يفوت على العميل مصلحة الحماية القضائية في مواجهة قوة الممول الاقتصادية أو يكون في تطبيقه زيادة كلفة مالية عليه، هنا يحق للعميل رفع دعوى طلب إلغاء شرط التحكيم واللجوء للقضاء لحل النزاع القائم بينه و بين الممول، فإذا تبين للقضاء بموجب السلطة التقديرية التي أعطاها المشرع له أن هذا الشرط شرط تعسفي فيه مضرة واضحة للعميل جاز له إبطال الشرط والتصدي لحل النزاع القائم بين الطرفين، كما نص على ذلك الحكم الصادر من المحكمة العليا رقم (792 /2016م عمالي)[34] بإبطال شرط التحكيم وسببت ذلك " لما كان ذلك وكان التحكيم طريقا استثنائياً خارج إطار القضاء وأقل ما فيه أنه يكبد العامل

[31] انظر المادة (4-15-2) من الباب 6، مخاطر الائتمان، الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية بسلطنة عمان، ص 36.

[32] محمد امين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2008- ص 42.

[33] **القوة الملزمة للعقد**: هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. أنظر الفتوى رقم ٢١٢٧٤٣٤٣٨ الصادرة من وزارة العدل والشؤون القانونية العمانية بتاريخ 2021/5/17 م من مجموعة المبادئ الصادرة من وزارة العدل والشؤون القانونية العمانية لعام 2021م ص 241.

[34] انظر حكم المحكمة العليا رقم الطعن 2016/792م عمالي الجلسة بتاريخ 2018/1/29م أنظر، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2016/10/1م وحتى 6/30/ رقم 284 ص 1528

أموالاً ونفقات للتحكيم فضلا عن بعد المسافة بين بلاد الطاعن في ألمانيا ومقر التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية مما يجعل من شرط التحكيم المثبت في عقد العمل تنازلاً عن حقوق للعامل ثابتة بالقانون مما يجعله شرطًا باطلاً ".

وخلاصة القول أن نصَّ المادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني ما جاء إلا بهدف رد التوازن العقدي الذي اختل بسبب وجود شروط تعسفية، ويأتي دور القاضي لإعادة هذا التوازن، عن طريق سلطته في تعديل هذه الشروط التعسفية أو إلغائها، 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[35]، وتأكيداً لجدية وفاعلية الحماية للطرف المذعن بمقتضى المادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني، ختم المشرع 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، لذا فكل اتفاق ينشأ بين طرفي عقد الإذعان إذا كان من شأنه استبعاد سلطة قاضي الموضوع تجاه ما قد يتضمنه هذا العقد من شروط تعسفية يكون باطلاً؛ 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 يضمِّن هذه الشروط بنداً يمنع الأخير بمقتضاه من رفعها أمام القضاء، لذا يرى البعض ان المشرع وفِّق إلى حد كبير في صياغة هذه المادة [36].

قائمة المراجع:

أولا: القوانين:

- قانون المعاملات المدنية العماني رقم 2013/29.
- القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم الصادر بتاريخ 23-يونيو-2004م، الجزائر.
- الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية بسلطنة عمان،

ثانيا: المراجع القانونية:

- أحمد سمير قرني، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي**. دار كنوز اشبيلية، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 1431هـ،

[35] البقلي، أيمن مصطفى أحمد، **الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري**- مرجع سابق، ص 65.

[36] البقلي، أيمن مصطفى أحمد، المرجع سابق، ص 93.

- البقلي، أيمن مصطفى أحمد. **الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري**، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 7، العدد 6، مايو 2020
- الصادق عبدالقادر، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة**، بحث منشور في مجلة آفاق علمية المجلد الحادي عشر العدد الأول، ابريل 2019م.
- الزرقا، مصطفى بن أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، سوريا، ج1، 1418هـ.
- العلايلي، بهاء الدين، **النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون**، دار الشواف، الرياض، الطبعة 1، ج (1)، 1428هـ.
- أنس محمد عبد الغفار، **آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان**، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية،2013م
- أيمن سعد سليم، **الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة 2011م
- حسينة شرون ونجاة حملاوي، **حماية المستهلك من الشروط التصفية في ظل أحكام القانون 2/4 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عيد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 4، أبريل ٢٠١٧م
- حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، 1991م.
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007م
- رباحي أحمد، **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن**، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 5، 2016م.
- زكريا خليل، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المجلد ١١، العدد 12، ٢٠١٦م.
- سميح جان صفير، **دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية**، المجلة القانونية، جامعة الروح القدس، لبنان، العدد ٧، ٢٠٠١م.
- عمرو قريوح، **الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجا**، أطروحة الدكتوراه الوطنية مقدمة في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جماعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2007م.
- فتيحة حماز، **الرقابة القانونية الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة،

رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠١٨م.

- كرومي نريمان، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الاعمال قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر 2021م.
- محمد عبد الرزاق محمد، **تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن**، مجلة رسالة الحقوق السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011م.
- محمد امين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008م.
- محمود عبد الرحيم الديب، **الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، طبعة 2011م.
- مختارية، سفير، **الحماية القانونية للمستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر 2022م.
- معمر على نجم، **الشروط التعسفية في عقد التأمين**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 8، العدد 28، 2019م.
- نادية محمد عوض، **شروط الاعفاء في عقود التجارة وعقود المستهلكين**، دار النهضة العربية، 2001م.
- يوسف الزوجال، **المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التامين نموذجا: دراسة تحليلية وفقا اخر المستجدات القانونية**، تقديم وداد العيدوني، دار الأمان، الرباط، 2013م.

ثالثا: المبادئ والأحكام القضائية:

- حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٨٠٧ /2015 م الصادر عن الدائرة التجارية جلسة ٠٣ / ٠١ / ٢٠١٧م مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2016/10/1م وحتى 2018/6/30
- الفتوى رقم ٢١٢٧٤٣٤٣٨ بتاريخ 2021/5/17 م انظر مجموعة المبادئ الصادرة من وزارة العدل والشؤون القانونية العمانية لعام 2021م ص 241
- حكم المحكمة العليا رقم الطعن 2016/792م عمالي الجلسة بتاريخ 2018/1/29م أنظر، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2016/10/1م وحتى 6/30/ رقم 284 ص 1528.

ARABIC REFERENCES IN ROMAN ALPHABET

- 'Ahmad Samir Qarni, Euqud Al'iidhean Fi Alfiqh Al'iislamii Dirasat Muqaranatan Bialqanun Alwadei. Dar Kunuz Ashbilyt, Alrayad, Alsaeudiati, Altabeat 1, 1431h,

- Albaqli, 'Ayman Mustafaa 'Ahmad. Alshurut Altaeasufiat fi Aitifaq Altamwil Aleaqari, Almajalat Alqanuniatu, Jamieat Alqahirat, Almujalad 7, Aleadad 6, Mayu 2020

- Alsaadiq Eabdalqadir, Himayat Almustahlik Min Alshurut Altaeasufiat Dirasat Muqaranati, Bahath Manshur fi Majalat Afaq Eilmiat Almujalad Alhadi Eashar Aleadad Al'uwwla, Abril 2019m.

- Alzarqa, Mustafaa Bin 'Ahmadu, Almadkhal Alfiqhiu Aleama, Dar Alqalami, Dimashqa, Suria, Ja1, 1418h.

- Alealayli, Baha' Aldiyn, Alnazariat Aleamat Lileuqud fi Alfiqh Al'iislamii Walqanunu, Dar Alshawafi, Alrayad, Altabeat 1, J (1), 1428h.

- 'Anas Muhamad Eabd Alghafar, Aliaat Muajahat Alshurut Altaeasufiat fi Euqud Al'iidheani, Dirasat Muqaranat Bayn Alqanun Almadanii Walfiqh Al'iislamii, Dar Alkutub Alqanuniati,2013m.

- 'Ayman Saed Salim, Alshurut Altaeasufiat fi Aleuqud Dirasat Muqaranati, Dar Alnahdat Alearabiati, Alqahirat 2011m

- Hasinat Shirun Wanajaat Hamlawi, Himayat Almustahlik Min Alshurut Altasfiat fi Zili 'Ahkam Alqanun 4/2 Bialqawaeid Almutabaqat Ealaa Almumarasat Altijariati, Majalat Alhuquq Walhuriaati, Kuliyat Alhuquq Waleulum Alsiyasiati, Jamieat Eid Khaydar, Bisikrati, Aljazayar, Aleadad 4, 'Abril 2017m

- Hasan Eabd Albasit Jamiei, 'Athar Eadam Altakafu Bayn Almutaeaqidin Ealaa Shurut Aleaqda, Dar Alnahdat Alearabiati, 1991m.

- Hamdi Muhamad 'Iismaeil Saltaha, Alquyud Alwaridat Ealaa Mabda Sultan Al'iiradat fi Aleuqud Almadaniati, Dirasat Muqaranat Bialfiqh Al'iislamii, Dar Alfikr Aljamieii, Al'iiskandiriati,2007m

- Rbahi 'Ahmadu, 'Athar Altafawuq Alaiqtisadii Lilmuhtaraf fi Fard Alshurut Altaeasufiat fi Alqanun Aljazayirii Walqanun Almuqarani, Majalat Aiqtisadiaat Shamal Aifriqia, Aleadad 5, 2016m.

- Zkaria Khalil, Himayat Almustahlik Min Alshurut Altaeasufiati, Almajalat Almaghribiat Lildirasat Alqanuniat Walqadayiyati, Almujalad 11, Aleadad 12, 2016m.

- Smih Jan Sifayr, Dawr Altashrie Almuqaran fi Muajahat Alshurut Altaeasufiati, Almajalat Alqanuniata, Jamieat Alruwh Alqudsu, Lubnan, Aleadad 7, 2001m.

- Eamrw Qaryuh, Alhimayat Alqanuniat Lilmustahliki: Alqard Alaistihlakiu Namudhaja, 'Utruhat Aldukturah Alwataniat Muqadimatan fi Kuliyat Aleulum Alqanuniat Walaiqtisadiat Walaijtimaeiat Jamaeat Muhamad Al'awla, Wajdat, Almaghrbi, 2007m.

- Fatihat Hamazi, Alraqabat Alqanuniat Alhimayat Almustahlik Min Alshurut Altaeasufiat fi Euqud Alaistihlaki, Dirasat Muqaranati, Risalat Majistir, Kuliyat Alhuquqi, Jamieat Muhamad Buqrat Bumirdas, Aljazayar, 2018m.

- Krumi Niriman, Dawr Alqadi fi Himayat Almustahlik Min Alshurut Altaeasufiati, Mudhakiratan Linayl Shahadat Almastir fi Takhasus Qanun Alaiemal Qism Alhuquq Kuliyat Alhuquq Waleulum Alsiyasiati, Jamieat 'Ahmad Dirayat 'Adrar, Aljazayir 2021m.

- Muhamad Eabd Alrazaaq Muhamad, Tafsir Alshaki Limaslahat Altaraf Almudheina, Mujalit Rusalit Alhuquq Alsanat Althaalithati, Aleadad Althaalithi, 2011m.

- Muhamad Amin Si Altayb, Alshurut Altaeasufiat fi Euqud Alaistihlaki, Dirasat Muqaranati, Risalat Majistir, Kuliyat Alhuquqi, Jamieat 'Abu Bakr Bilqayd, Tilmisani, Aljazayar, 2008m.

- Mahmud Eabd Alrahim Aldiyb, Alhimayat Almadaniat Lilmustahliki, Dirasat Muqaranati, Dar Aljamieat Aljadidat Lilnashri, Aliaiskandiriati, Masr, Tabeat 2011m.

- Mukhtariat, Sfiri, Alhimayat Alqanuniat Lilmustahlik fi Eaqd Alqard Alaistihlakii fi Altashrie Aljazayirii, 'Utruhat Dukturah, Kuliyat Alhuquq Waleulum Alsiyasiati, Jamieat Jilali Liabis Sidi Bileabas, Aljazayir 2022m.

- Mueamar Ealaa Najma, Alshurut Altaeasufiat fi Eaqd Altaamini, Majalat Kuliyat Alqanun Lileulum Alqanuniat Walsiyasiati, Jamieat Karkuk, Aleiraqi, Almujalad 8, Aleadad 28, 2019m.

- Nadiat Muhamad Eawad, Shurut Alaeafa' fi Euqud Altijarat Waeuqud Almustahlikina, Dar Alnahdat Alearabiati, 2001m.

- Yusif Alzawjal, Almanzumat Alhimayiyat Lilmustahlik fi Euqud Alkhadamati, Eaqd Altaamin Namudhaja: Dirasat Tahliliat Wifqan Akhir Almustajadaat Alqanuniati, Taqdim Wadad Aleidunii, Dar Al'amani, Alribati, 2013m.