الجامعة العربية الأمريكية
كلية الدراسات العليا

التحكيم في عقود الاستهلاك في فلسطين
"دراسة مقارنة"

إعداد
أمل عبد الرحمن سعيد سباعنه

إشراف
د. محمد عمارنة

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في
تخصص القانون التجاري

فبراير / 2024

© الجامعة العربية الامريكية -2024. جميع حقوق الطبع محفوظة.

إجازة الرسالة

التحكيم في عقود الاستهلاك في فلسطين
"دراسة مقارنة"

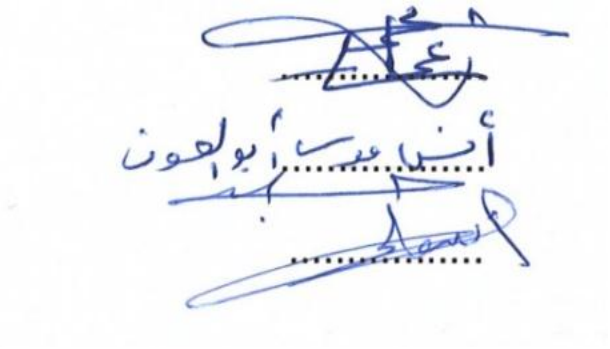
إعداد

أمل عبد الرحمن سعيد سباعنه

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 10/2/2024 وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة: التوقيع

1. الدكتور محمد عمارنة مشرفاً ورئيساً
2. الدكتور أنس أبو العون ممتحناً داخلياً
3. الدكتور أشرف ملحم ممتحناً خارجياً



الإقرار

انا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

التحكيم في عقود الاستهلاك في فلسطين
"دراسة مقارنة"

أقر أنا مقدم الرسالة انها للجامعة العربية الامريكية لنيل درجة الماجستير ، وأنها نتيجة ابحاثي الخاصة باستثناء ما تم الاشارة اليه ، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل اي درجة علمية او بحث علمي لدى اي مؤسسة تعليمية جامعية او معهد.

اسم الطالب: أمل عبد الرحمن سعيد سباعنه

الرقم الجامعي: 201620233

التوقيع: أمل سباعنه

التاريخ:2024 / 8/ 25

الإهداء

قال تعالى (وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ)

إلهي لا َيطيبُ الليلُ الا بِشكركَ ولا يَطيبُ النهارُ الا بطاعتكَ..

ولا تَطيبُ اللحظاتِ الا بذكركَ.. ولا تطيبُ الآخرةِ الا بِعفوكَ..

ولا تطيبُ الجنةَ الا بِرؤيتك

اللـه جـــل جـــلالــه.

إلى من قاد قلوب البشرية وعقولهم إلى مرفأ الامان ، معلم البشرية الاول

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ..... والـدي العـزيـز.

إلى بسمة الحياة وسر الوجود ..... أُمـــي الحبيبـة.

إلى رفيق الدرب والحياة ..... زوجـي العــزيـــز.

إلى أخي وأخواتي الأعزاء ، وصديقاتي الغاليات

إلى وطني الحبيب فلسطين ، والشهداء الأبرار ، والأسرى البواسل

إلى كل يدٍ وقلبٍ سارَ معي درب الانجاز لأكون..

إلى كل هؤلاء أهدي هذه الدراسة ، راجياً من الله ان تكون نافذة علمٍ وبطاقة معرفة.

الشكر والتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير العميق إلى الأستاذ المشرف الدكتور محمد عمارنة الذي كان له الفضل بعد الله عز وجل في إنارة طريق البحث لي من خلال توجيهاته وارشاداته، جعلها الله في ميزان اعماله.

كما اتوجه بالشكر إلى دكاترتي الاكارم السادة المناقشين ممن أكرموني بجميل علمهم في جامعتي ودراستي فلهم كل الثناء على ذلك، واجرهم عند الله عظيم.

ملخص الرسالة

تناولت هذه الدراسة طبيعة عقود الاستهلاك التي تجمع بين مزود محترف ومستهلك لا يملك الخبرة الكافية، وتدفعه حاجته أحياناً للامتثال للشروط التي يفرضها المزود، والتعقيدات القانونية التي تنشأ نتيجة الخلل وعدم التوازن بين طرفي مثل هذه العقود.

لذلك، كان لابد من اختيار بعض المسارات القانونية لحلّ أيّ نزاع ينشأ بين المزود والمستهلك، ومن بينها اللجوء للتحكيم كأحد الخيارات التي تُبنتها العديد من القوانين، ومنها القانون المقارن الذي تم التركيز عليه في هذه الدراسة وهو القانون الأردني الذي تبيّن من خلال المتابعة والمقارنة أنه كان أكثر وضوحاً ودعماً للّجوء إلى التحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك، في حين سكت المشرّع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك عن إمكانية اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك.

إن الهدف هذه الدراسة فهو بيان إلى أي حد يمكن اللجوء للتحكيم باعتباره وسيلة بديلة عن القضاء في عقود الاستهلاك التي قد تقوم على شروط نموذجية يضعها المزود دون تدخل المستهلك وهو الطرف الضعيف في العملية الاستهلاكية، وقد استخدمت الباحثة في دراستها المنهج التحليلي المقارن، القائم على تحليل النصوص الواردة بقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 بالاعتماد على القوانين المقارنة، خاصة وأن اللجوء للتحكيم في منازعات الاستهلاك ليس محل اتفاق .

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين اثنين، حيث تناول الفصل الأول موقف القانون من التحكيم في عقود الاستهلاك، أما الفصل الثاني فتناول الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ودور هيئة التحكيم في معالجتها .

وكان من أبرز النتائج التي توصلت لها الدراسة هي أن المشرع الفلسطيني لم ينص في قانون حماية المستهلك بشكل صريح ،أو ضمني على امكانية اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ،إي أنه لم يجيز ،ولم يحظر في ذات الوقت ، كما أنه لم يرد في قانون التحكيم الفلسطيني ما يمنع بشكل صريح اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك، مما يتيح لنا التمسك بإمكانية التحكيم في منازعات عقود الاستهلاك عملاً بقاعدة أن الأصل بالأمور الإباحة ما لم يرد نص صريح على خلافه .

أوردت الدراسة العديد من التوصيات، وأهمها هو دعوة المشرّع الفلسطيني إلى أن يحذو حَذو التشريعات التي أجازت إمكانية اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك كالمشرع الأردني في نص المادة (7/22).

فهرس المحتويات

إجازة الرسالة .....أ

الإقرار .....ب

الإهداء ..... ج

الشكر والتقدير ..... د

ملخص الرسالة ..... ه

الـمـقـدمـة ..... ي

إشكالية وأسئلة الدراسة ..... ك

أهداف الدراسة .....ل

أهمية الدراسة .....ل

نطاق الدراسة: ..... م

منهجية الدراسة: ..... م

الدراسات السابقة: ..... م

خطة الدراسة .....س

الفصل الأول: موقف القانون من التحكيم في عقود الاستهلاك 1

المبحث الاول: ماهية عقود الاستهلاك ومدى تعلقها بالنظام العام 2

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستهلاك واطراف العلاقة الاستهلاكية..... 3

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك 4

الفرع الثاني: طرفي عقد الاستهلاك 6

المطلب الثاني: مبررات اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ومدى تعلق تلك العقود بالنظام العام 10

الفرع الأول: مزايا و عيوب اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك 11

الفرع الثاني: مدى تعلق عقود الاستهلاك بالنظام العام 14

المبحث الثاني: موقف التشريعات من التحكيم في عقود الاستهلاك..... 19
الجزء الأول : الاتجاه الرافض للتحكيم في منازعات عقود الاستهلاك : 19
الجزء الثاني : الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات عقود الاستهلاك: 20
المطلب الأول: موقف المشرع الفلسطيني والاردني من التحكيم في عقود الاستهلاك 22
الفرع الأول: قابلية موضوع المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك لتحكيم..... 23
الفرع الثاني: رضى المستهلك بالتحكيم 26
المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم في عقود الاستهلاك 31
الفرع الأول: شرط التحكيم في عقود الاستهلاك..... 31
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم في عقود الاستهلاك 33
الفصل الثاني: الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و دور هيئة التحكيم في معالجتها..... 36
المبحث الأول: ماهية الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى..... 37
المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده..... 37
الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي 38
الفرع الثاني: طرق تحديد الشروط التعسفية 40
المطلب الثاني: معايير تميز الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى..... 42
الفرع الأول: معايير تميز الشروط التعسفية 43
الفرع الثاني: علاقة الشرط التعسفي بعقود الاذعان 45
المبحث الثاني: سلطات هيئة التحكيم ازاء المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك..... 49
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الاستهلاكية 50
الفرع الأول: القانون الاجرائي الواجب التطبيق على منازعات العقود الاستهلاكية 51
الفرع الثاني: القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات الاستهلاك 55
المطلب الثاني: اختصاص هيئة التحكيم ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك. 57

الفرع الأول: الصلاحيات الممنوحة لهيئة التحكيم المختارة ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك 58
الفرع الثاني: الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الاستهلاكي.... 61
الخاتمة..... 66
النتائج..... 67
التوصيات 68
قائمة المصادر والمراجع 69
Abstract 81

المـقدمـة

يعتبر التحكيم أحد أهم الوسائل البديلة لفض النزاعات، وبعبارة أخرى، يُعَدُّ التحكيم وسيلة ودية (غير قضائية) لفض النزاعات بشتى أنواعها. ويلجأ إليه الأطراف لتوفير الوقت نظرًا لما يتميز به التحكيم من سرعة وسرية ويسر في إجراءات التقاضي 1.

إن التطورات السريعة في حركة التبادل التجاري المحلية والدولية، والزيادة الكبيرة في حركة رؤوس الأموال بين دول الشمال و الجنوب، و سيطرة اقتصاد السوق، وتسارع وتيرة التطور ادت إلى إحداث تغير جذري في كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية وظهور الخلافات و المنازعات بين الأفراد في تعاملاتهم اليومية، مما دفع التشريعات الحديثة إلى الاهتمام بالتحكيم كنظام خاص لحل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف نتيجة لهذه التعاملات فأصدرت غالبية دول العالم تشريعات تنظم إجراءاته، واخذ نظام التحكيم بالاتساع ليشمل المنازعات المتعلقة بعقود يكون أحد طرفيها في مركز ضعيف واقعياً واقتصادياً مقابل طرف اخر قوي اقتصادياً وتكنلوجياً ومن هذه العقود عقد الاستهلاك 2.

واستناداً للمادة الأولى من قانون التحكيم فإنه يمكن تعريف التحكيم بأنه "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه "3، وقد عرفت المادة 1790من مجلة الأحكام العدلية العثمانية التحكيم بأنه "اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصومتهما و دعواهما "، وفي جميع الأحوال فأن التحكيم ذو طبيعة قضائية4 وتعاقدية 5 ، و يُعتبَر استثناء لمبدأ اللجوء للقضاء وقد أقرت محكمة استئناف رام الله أن "التحكيم هو طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن التقاضي وما كفله من ضمانات، لذلك يكون مقصوراً على ما تنصرف إليه إرادة الخصمين من عرضه على هيئة التحكيم .." 6 .

1.سلام مؤيد مصطفى :**التحكيم في عقود العمل** ،رسالة ماجستير منشورة ،جامعة جرش، كلية الحقوق ،جرش، الاردن ، 2022،ص 1،منشورة على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الدخول 2024/2/20، الساعة 6صباحا.

2.هني عبد اللطيف: **مكافحة الشرو التعسفية في عقد الاستهلاك** : دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ،جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، عدد 1، 2014، ص509، منشوره على الموقعhttps://www.mandumah.com/ ، تاريخ الدخول 2024/2/20 .

3.نص المادة (5/1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة2000، المنشور في الوقائع الفلسطينية .العدد 33 ،بتاريخ 2000/6/30،ص 5.

4. ياسمين زرزور: **الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له** ، مجلة القانون والاعمال ،جامعة الحسن الاول ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، العدد 31، 2018،ص 167،168 ، منشوره على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الدخول 2024/2/20 .

5 .نعيمة كمال علي :**المسائل غير الخاضعة للتحكيم** ، الطبعة الاولى ، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، 2020، ص 25،26،

6.استئناف مدني /رام الله حقوق رقم 2003/21،بتاريخ 2005/6/13، منشور على الموقع http://muqtafi.birzeit.edu/ ، تاريخ الزيارة 2023/9/13، الساعة 10صباحاً.

وإذا كان التحكيم نظام استثنائي خاص للفصل في المنازعات يتم الولوج إليه في كافة المعاملات التجارية بشكل عام فإنه ثمة خلاف حول إمكانية التحكيم في منازعات المستهلكين ويعود سبب هذا الخلاف إلى الطبيعة المختلطة التي يمتاز بها عقد الاستهلاك وإلى غياب التوازن بين طرفيه وانتفاء التعادل في العلاقة الاستهلاكية كونه يجمع بين مزود محترف ومستهلك ضعيف يسعى لتلبية حاجاته الأساسية 7.

فغياب التوازن العقدي وانتفاء التعادل في العلاقة الاستهلاكية يجعل من شرط التحكيم في عقود الاستهلاك شرطاً تعسفياً لأن المستهلك في حينها يكون غير مقدراً بشكل كافٍ لمدى الالتزامات التي قد رضي بها مما دفع بالمشرع في كثير من الدول إلى سن قانون خاص بحماية المستهلك 8.

ففي فلسطين صدر قانون حماية المستهلك9 رقم (21) لسنة 2005، و لم يأتي بتنظيم خاص بتسوية المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة مع المستهلكين واكتفى بتعريف المستهلك وبيان حقوقه الموضوعية، لكنه وبذات الوقت لم يغفل بشكل كامل عن تسوية النزاعات بين المستهلك والمحترف حيث نصت المادة (7/3) منه على انه يحق للمستهلك "التعويض بالتقاضي مباشرة او بواسطة جمعيات حماية المستهلك لصون حقوقه وتعويضه عن الاضرار التي لحقت به " بالتالي فأن المشرع أشار إلى إمكانية اللجوء للقضاء العادي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك لتعويض المستهلك عن الاضرار التي لحقت به او اللجوء لجمعيات حماية المستهلك لتمثيله امام الجهات المختصة والدفاع عن حقوقه، غافلاً مسألة اللجوء للوسائل البديلة لفض تلك المنازعات ومنها التحكيم.

إشكالية وأسئلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في مدى جواز فض المنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك عن طريق التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات، ومدى كفاية القواعد القانونية الخاصة بتنظيم اتفاق التحكيم لغايات اسقاطها واعمالها على النزاعات الناشئة عن عقود الاستهلاك، وموقف المشرع الفلسطيني من التحكيم الواقع على النزاعات الناشئة عن هذه العقود والاجراءات المتبعة فيه في ظل عدم تنظيمه له، وبناءً عليه ستحاول الدراسة الإجابة عن الاسئلة الرئيسية التالية:

7. اناس منير: **التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية** ، مجلة القانون المغربي ،دار السلام للطباعة والنشر، العدد 23، 2014، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الدخول 2024/2/20 .
8 .المرجع السابق،ص81.
9. قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، المنشور في الوقائع الفلسطينية ، العدد63،تاريخ 2006/4/27،ص29.

1- ما المقصود بالعقد الاستهلاكي؟
2- ما مدى تعلق قواعد قانون حماية المستهلك بالنظام العام؟
3- كيف عالجت التشريعات الفلسطينية مسألة التحكيم في عقود الاستهلاك؟
4- إلى أي حد يمكن اللجوء للتحكيم لفض منازعات الاستهلاك؟ ويزاد هذا الاشكال حدة إذا علمنا ان قواعد قانون حماية المستهلك هي من النظام العام.
5- ما المقصود بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وما هي معايير تميزها؟
6- ما هو القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستهلاك؟
7- ما مدى قابلية حكم التحكيم المنهي للخصومة الناتجة عن عقد الاستهلاك للتنفيذ أمام المحاكم الفلسطينية؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

1- توضيح المقصود بعقود الاستهلاك.
2- بيان مدى تعلق قواعد قانون حماية المستهلك بالنظام العام.
3- بيان مدى فعالية التشريعات الفلسطينية في معالجة مسألة التحكيم في عقود الاستهلاك.
4- توضيح إلى أي حد يمكن اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك إذا ما علمنا ان قواعد قانون حماية المستهلك هي من النظام العام.
5- توضيح المقصود بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ومعايير تمييزها
6- تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستهلاك.
7- بيان مدى قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ أمام القضاء الفلسطيني.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من خلال المحورين التاليين:

المحور القانوني: وذلك من خلال دراسة ماهية عقود الاستهلاك وخصائصها واطرافها، وبيان مدى تعلق قواعد قانون حماية المستهلك بالنظام العام ، وبيان موقف المشرع الفلسطيني من خضوع منازعات الاستهلاك للتحكيم.

المحور العملي: وذلك من خلال دراسة كيفية تشكيل هيئة التحكيم والاجراءات المتبعة امامها لفض منازعات عقود الاستهلاك ، وتسليط الضوء على طرق تنفيذ حكم التحكيم المنهي للنزاع ، وبيان موقف المشرع الفلسطيني منه.

نطاق الدراسة:

قامت هذه الدراسة على استقراء نصوص قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وقانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة2001 وتعديلاته ، وقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة2005وقانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.

منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة في إطار هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي بأسلوب مقارن بما يشمل القواعد القانونية الصادرة عن المشرع وتم الاعتماد على اسلوب المقارنة العمودي تجنبا للتكرار حيث تم ابراز العناصر والنصوص التي تخدم البحث في موقعها المناسب وقد شمل ذلك من حيث الاساس كلا من التشريع: الفلسطيني، والاردني، والمصري في بعض الاحيان وكذلك تم التعويل على بعض الاحكام القضائية الصادرة عن الأنظمة القضائية المقارنة وعلى الاخص القضاء الفلسطيني والاردني .

الدراسات السابقة:

أولاً: دراسة محمد حسين البشايره**: نطاق مشروعية اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك في القانون الاردني** ،المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية المجلد العاشر، العدد الربع،الاردن،2018.

عالجت الدراسة السابقة الإشكالية المتعلقة في مدى خضوع عقد الاستهلاك للتحكيم في جوانبه الاجرائية والموضوعية ، وبينت موقف الفقه والقضاء الاردني منه من خلال اتباع المنهج الوصفي التحليلي، وخلصت بنتيجة ان قانون حماية المستهلك الاردني اجاز اللجوء للتحكيم للفض منازعات عقود الاستهلاك ، وان اتفاق التحكيم السابق لنشوء النزاع الاستهلاكي صحيح بشرط ان يأتي بشكل منفصل عن عقود الاستهلاك المعدة مسبقا.

ثانياً: دراسة احمد اشراقية: **قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك لتحكيم دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي** ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، الجزء الثاني ،الكويت،2020.

عالجت الدراسة السابقة الاشكالية المتعلقة في مدى قابلية النزاعات الناشئة عن عقود الاستهلاك للتحكيم في كل من التشريع الفرنسي واللبناني والكويتي ، وبينت ماهية عقد الاستهلاك واتفاق التحكيم وشروط كل منهما ، وذلك باتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن ، وخلصت إلى العديد من النتائج أبرزها ان المشرع الفرنسي اجاز التحكيم في جميع العقود التجارية والمدنية ، والقانون اللبناني لا يتضمن اي قاعده عامه او خاصه لا تتيح اللجوء للتحكيم لحل نزاعات الاستهلاك.

إن ما يميز دراستي عن الدراسات السابقة انها تناولت مفهوم عقود الاستهلاك واطرافه ، وعلاقة قواعد قانون حماية المستهلك بالنظام العام ، وموقف المشرع الفلسطيني من اللجوء للتحكيم للفض منازعات عقود الاستهلاك ، وعلاوة على لك فان هذه الدراسة قد تناولت الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك ومعايير تمييزها وطرق معالجتها وصولا إلى حكم التحكيم المنهي للنزاع موضوع الخصومة وطرق تنفيذه وذلك استناداً إلى المنهج التحليلي الوصفي المقارن مع التشريع الاردني.

خطة الدراسة:

جرى تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول : موقف القانون من التحكيم في عقود الاستهلاك

المبحث الأول: ماهية عقود الاستهلاك و مدى تعلقها بالنظام العام

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستهلاك وأطراف العلاقة الاستهلاكية

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك

الفرع الثاني : طرفي عقد الاستهلاك

المطلب الثاني : مبررات اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ومدى تعلق تلك العقود بالنظام العام

الفرع الأول: مزايا وعيوب اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك

الفرع الثاني: مدى تعلق قواعد قانون حماية المستهلك بالنظام العام

المبحث الثاني : موقف التشريعات من التحكيم في عقود الاستهلاك

المطلب الأول: موقف المشرع الفلسطيني من التحكيم في عقود الاستهلاك

الفرع الأول: قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستهلاك للتحكيم

الفرع الثاني: رضى المستهلك بالتحكيم

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم في عقود الاستهلاك

الفرع الاول: شرط التحكيم

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

الفصل الثاني: الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و دور هيئة التحكيم في معالجتها

المبحث الأول: ماهية الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية وطرق تحديدها

الفرع الأول : مفهوم الشروط التعسفية

الفرع الثاني : طرق تحديد الشروط التعسفية

المطلب الثاني : معايير تمييز الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى

الفرع الأول: معايير تمييز الشروط التعسفية

الفرع الثاني : علاقة الشروط التعسفية بعقود الاذعان

المبحث الثاني : سلطات هيئة التحكيم ازاء المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك

المطلب الاول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الاستهلاكية

الفرع الاول :القانون الاجرائي الواجب لتطبيق على منازعات عقود الاستهلاك

الفرع الثاني : القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستهلاك

المطلب الثاني: اختصاص هيئة التحكيم أزاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك

الفرع الاول : صلاحيات هيئة التحكيم ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك

الفرع الثاني :الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الاستهلاكي

الفصل الأول

موقف القانون من التحكيم في عقود الاستهلاك

إن دخول المستهلك في علاقه مع المزود، من أجل الحصول على السلع والخدمات التي تلبي احتياجاته الشخصية والعائلية في أغلب الاحيان يؤدي إلى نشوء نزاع استهلاكي فيما بينهم ، ويعود سبب نشوء هذا النزاع إلى العلاقة غير المتوازنة بين الطرفين ،وعند الحديث عن النزاعات الاستهلاكية الفردية والجماعية ، فأن الحاجة للوسائل البديلة لفض تلك المنازعات، و خاصة التحكيم تزداد أهميته وضرورته ؛وذلك لأن طبيعة الاتجاه القضائي معقدة وطويلة الأمد، وقد لا تتلاءم مع طبيعة تلك المنازعات، وهو ما يبرر ضرورة وحاجة البحث عن الدور الذي يمكن أن يلعبه التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لفض المنازعات؛ كونه قد أثبت فعاليته في كثير من المجالات ؛ نظراً للمزايا الخاصة التي يتمتع بها ، حيث أصبحت أغلب المؤسسات تلجأ إلى إدخال البند التحكيمي في العقود التي تجمعها مع المستهلك، لحل النزاعات التي قد تنشأ عن هذه الأخيرة ، وتثير هذه الممارسة الكثير من التساؤلات حول قابلية هذا النوع من العقود للتحكيم ، نظراً لانعدام التوازن بين الطرفين [10] .

لقد تباينت الانظمة القانونية في طرق معالجتها للتحكيم في عقود الاستهلاك فمنها اجازت التحكيم في عقود الاستهلاك بشكل صريح ومباشر، إلا أنها اشترطت ان يكون بصورة معينة ومنها من لم تجيزه ،ولم تمنعه بذات الوقت، ولم تشترط له صورة معينة، ويعود سبب هذا التباين إلى الطبيعة المختلطة التي يمتاز بها عقد الاستهلاك ،وإلى انتفاء التعادل في العلاقة الاستهلاكية، كونه كما ذكرنا سابقا يجمع بين مزود محترف ومستهلك ضعيف يسعى لتلبية حاجاته الاساسية، فتدفعه الحاجه إلى قبول كافة الشروط التي يمليها عليه المزود وان كانت مجحفة [11] .

لذلك فإننا و في هذا الفصل سنقف عند ماهية عقود الاستهلاك، ومدى تعلقها بالنظام العام ومزايا وعيوب اللجوء للتحكيم، لفض منازعات تلك العقود وموقف كل من المشرع الفلسطيني والاردني من اللجوء للتحكيم ،لفض منازعات تلك العقود وصور اتفاق التحكيم في تلك العقود .

---

10. مهدي العزوزي: **تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك** ،منشورات مجلة القضاء المهني ، المغرب، 2003،ص25.

11.أناس منير، مرجع سابق .

قامت الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الاول: ماهية عقود الاستهلاك ومدى تعلقها بالنظام العام .

المبحث الثاني: موقف التشريعات من التحكيم في عقود الاستهلاك .

المبحث الاول

ماهية عقود الاستهلاك ومدى تعلقها بالنظام العام

لم يعد العقد خاضعاً لمبدأ سلطان الإرادة؛ بسبب التغيرات في كافة مناحي ،ومجالات الحياة التي أدت بدورها إلى ظهور عقود موجهة، تتدخل الدول في انشائها ، ومنها عقود الاستهلاك، وتنظم هذه العقود العلاقة بين طرفيها اذ يغلب عليها ترجيح كفة أحد طرفيها على الاخر فتسمح لطرف إملاء شروطه العقدية بشكل يضمن مصلحته على حساب الطرف الاخر دون الالتفات إلى الاعتبار الاساسي القانوني الذي يكفل المساواة بين طرفي العقد، ولقد بدأ الاهتمام بهذا النوع من العقود خلال نهاية القرن المنصرم ،وبداية القرن الحالي مع ثورة انتاج السلع والخدمات ، الأمر الذي نتج عنه ازدحام الاسواق بكافة انواع المنتجات التي لم تكن معهوده من قبل، وأصبحت هذه المنتوجات في زيادة مستمرة مما أدى ذلك إلى زيادة حجم المخاطر التي تواجه المستهلك وافقده حقه في الحصول على التعويضات عن الاضرار التي لحقت به ،من جراء تلك المنتجات الأمر الذي دفع إلى ضرورة البحث عن سبل لحماية أطراف العملية ،وإعادة التوازن بين طرفي عقد الاستهلاك حيث تدخلت القوانين الداخلية والاتفاقيات العالمية لحماية ،المستهلك كونه الطرف الاضعف في العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك كما إن قواعد قانون حماية المستهلك هي قواعد آمره لا يمكن مخالفتها، تهدف إلى حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك عن طريق إكسابه حقوقه وفرض التزامات على المزود12 .

ويثور التساؤل حول المقصود بعقود الاستهلاك ، وأطراف العلاقة الاستهلاكية ، ومدى تعلق عقود الاستهلاك بالنظام العام .

إن الاجابة على هذه الاسئلة تتطلب تقسيم المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

12.فاطمة شرشاوي: **النظام القانوني لعقد الاستهلاك في التشريع الجزائري** ، مجلة انسنة للبحوث والدراسات ،جامعة زيان عاشور بالجفلة ،كلية العلوم الاجتماعية والانسانية ، مجلد 11،عدد2، 2020، ص166،منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/10/1م الساعة 6 مساءً.

المطلب الاول: مفهوم عقد الاستهلاك، وأطراف العلاقة الاستهلاكية .

المطلب لثاني :مبررات اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ومدى تعلق تلك العقود بالنظام العام .

المطلب الأول

مفهوم عقد الاستهلاك واطراف العلاقة الاستهلاكية

يعبر الاستهلاك عن نشاط اقتصادي، يتمثل في استعمال السلع والخدمات الاستهلاكية ، لإشباع حاجات الانسان، ويعتبر الاستهلاك بهذا المعنى نشاطاً اقتصادياً ،يمارسه كافة افراد المجتمع وهو مختلف اختلاف تام عن الانشطة الاقتصادية الاخرى كالإنتاج والاستثمار بالتالي افراد المجتمع، وخصوصاً المستهلكين، ليس بالضرورة أن يكونوا منتجين ،وهؤلاء المستهلكون بحاجةٍ لضمان حقوقهم، للحصول على سلع ذات جوده عالية وبأسعار مقبولة؛ ومن أجل حصولهم على هذه السلع يبرمون اتفاق مع أصحاب هذه السلع ،أو مع مقدمي الخدمات، ويحددون حقوق و واجبات كلا الطرفين 13، ولكن ما هو المقصود بعقد الاستهلاك؟

لعل الاجابة على هذا السؤال تتم من خلال البحث ضمن ثنايا القواعد العامة التي تحكم العقود ، لذلك سوف يقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي :

الفرع الاول: تعريف عقد الاستهلاك، وخصائصه .

الفرع الثاني :أطراف عقد الاستهلاك.

13. سهاد احمد حبيب عيادي :**الاطار القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة ماجستير منشوره ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الحقوق ، نابلس – فلسطين ، 2018، ص19، .

الفرع الاول

تعريف عقد الاستهلاك

لم يعرف كل من المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005[14] والاردني في قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017[15] عقد الاستهلاك بشكل واضح ، و صريح وتركا الامر للفقه والقضاء ، لذلك لا بد من تعريف العقد بشكل عام وهو: تلاقي إرادتين أو اكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء كانت هذه الاثار هي إنشاء التزام أو نقله او تعديله أو إنهاء[16]، فاذا أصبغنا تعريف العقد على عملية الاستهلاك، نجد اننا أمام تلاقي لإرادتي طرفي عقد الاستهلاك المتمثلة بالمستهلك من جهة ،والمزود من جهة أخرى على ترتيب آثار قانونية ناتجة عن عقد الاستهلاك الذي يبرمونه، فعندها نستطيع تعريف عقد الاستهلاك بأنه "العقد الذي يبرم بين طرفين المستهلك من جهة والمزود من جهة اخرى ،حيث يتعهد بموجبه المزود بأن يورد للمستهلك سلعة أو خدمة، لاستعماله الشخصي مقابل مبلغ معين " [17] ،كما عرفت عقود الاستهلاك على أنها "تلك العقود المنصبة على تقديم خدمة أو سلعة معينة وهي تنطوي على طرفين للعقد؛ أحدهما مزود ،والاخر المستهلك، الذي يعد بمثابة محور قانون حماية المستهلك"[18].

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة، أن عقود الاستهلاك ذات مفهومين؛ احدهما :مادي ، والاخر قانوني ، فالمفهوم المادي: يعني فعل الاستهلاك ذاته الذي يتمثل في الاستعمال ،مثل : استعمال منتج أو سلعة ما او ارتداء الشخص لقطعة ملابس اشتراها من متجر أو تناول الشخص لطعام اشتراه من مطعم او استخدام خدمة الهاتف مثلاً، أما المفهوم القانوني للاستهلاك فهو : التصرف القانوني الذي يقوم به الشخص ؛ من اجل الحصول على شيء أو إشباع حاجاته الشخصية والعائلية[19] .

14. قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، المنشور في الوقائع الفلسطينية ، العدد63،تاريخ 2006/4/27،ص 29.
15.قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017، المنشور في الجريدة الرسمية العدد20،تاريخ 2017/4/18،ص2725.
16.عبد الرزاق السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ،مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2000،ص117.
17. فاتن حسين حوى: الوجيز في قانون حماية المستهلك ، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، 2012،ص23.
18.لجين بدر زهير مرقة: **الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين** ، رسالة ماجستير ،جامعة بيرزيت ،كلية الحقوق والادارة العامة ،بيرزيت- فلسطين ،2022،ص43،.
19.نجلاء عبد حسن الاسدي:**تدويل عقود المستهلكين واثره في تنازع القوانين** ،الطبعة الاولى ،منشورات زين الحقوقية ،بيروت ،2020،ص20.

ومع ذلك ،لم يهتم الفقه بوضع تعريف واضح وصريح لعقود الاستهلاك، والسبب في ذلك ؛ يرجع إلى أن هذه العقود لا تمثل طائفة أو تقسيماً مستقلاً بذاته، اذ لا يوجد في اطار القانون والطبيعة القانونية عقد قائم بحد ذاته يسمى عقد استهلاك، فهذه العقود في الواقع ليست إلا تطبيقاً حديثاً ،للعقود المعروفة سلفاً كالبيع ، التوريد ، القرض وغيرها من العقود ذات الطابع الاستهلاكي فعرفها بعض الفقهاء على أنها " عقود عادية، تقوم على مبدأ تقديم سلع، أو خدمات ،ومقدم هذه السلع والخدمات يدعى منتجاً او مزوداً، و متلقي السلع والخدمات، هو المستهلك ،الذي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية "20 ، وعرفها الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة على انه " تلك العقود التي يكون موضوعها توريد او تقديم اشياء منقولة مادية او خدمات، وذلك من اجل المستهلك، وغير مرتبطة بالأنشطة المهنية ،والتجارية لهذا المستهلك " 21 .

ولا يقتصر فقط على عقود الاستهلاك الداخلية ، بل يشمل ايضاً عقود الاستهلاك الدولية ، والتي تعرف بانها : تلك العقود التي يبرمها المستهلك ، والتي يكون موضوعها توريد بضائع أو سلع لصالح المستهلك والتي يهدف بها إشباع حاجاته الشخصية والعائلية 22.

ونتيجةً لما ذكر، وبما أن عقد الاستهلاك أُعطي هذا الاسم لتغطية مجموعة من العقود ،فلا بد من بيان خصائص، وسمات عقد الاستهلاك.

1- **فمن حيث محل العقد** ويقصد بمحل العقد :الهدف المرجو تحقيقه من العقد أو العملية القانونية المراد تحقيقها من العقد23 أي عقد من الممكن أن يكون محلا لعقد الاستهلاك طالما انه أبرم للاستعمال الشخصي، أو العائلي ، وخارج النطاق المهني، فالمحل في عقد الاستهلاك من الممكن ان يكون سلعة او خدمة ، كخدمة الانترنت او استئجار سكن مثلاً24.

المشرع الفلسطيني وفي نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك ،عرف السلعة على انها "كل منتج صناعي او زراعي او تحويلي واية مادة اخرى ،تعتبرها الوزارة سلعة لغايات تطبيق أحكام

20.د مصطفى احمد ابو عمر :**موجز احكام قانون حماية المستهلك**، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2011،ص10.
21.بدران شكيب الرفاعي :**عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص** ،دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ،2011،ص49.
22.نجلاء عبد حسين الأسدي: **تدويل عقود المستهلكين و أثره في تنازع القوانين** ،منشورات زين الحقوقية بيروت – لبنان ،الطبعة الاولى ،2020، ص 42.
23.عدنان السرحان و نوري خاطر: **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"** ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 2009 ، ص 162.
24.د فاطنة شرشاري، مرجع سابق ، ص169..

هذا القانون " ،وعرّف الخدمة على انها " كل عمل يتمثل بنشاط تقني أو حرفي أو مادي تقدمه أية جهة متخصصة ،مقابل أجر متفق أو محدد أو بموجب تسعيرة معلنة"[25] .

إن المحل في عقد الاستهلاك، يقتصر على المنقولات المادية، والخدمات دون المنقولات المعنوية ،فهي لا تعتبر داخل نطاق عقود الاستهلاك؛ لأن الغرض من استعمالها مهني وهو ما لا يتفق مع قانون حماية المستهلك الذي يوفر الحماية للمستهلك، الذي يسعى لسد حاجاته الشخصية، والعائلية .[26]

2- **ومن حيث التنظيم التشريعي** ، وبما أن عقود الاستهلاك تضم طرفين؛ احدهما: المستهلك والاخر: المزود وبسبب الضعف الذي يتصف به المستهلك نجد أن معظم الدول سنت قوانين خاصه تهدف بها إلى تقديم الحماية الاكبر لطرف الضعيف وتطبق احكام القانون التجاري والمدني و الدولي ،حال خلو الدولة من تشريع خاص بالمستهلك ، وهذه القوانين، يتم تطبيقها لصالح المستهلك ،وهي قواعد امره تنتمي لنظام العام الحمائي، ولا يمكن التنازل عنها ؛لأن موضوعها بالأصل حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها المهني، أو قيامه باختيار قانون لصالحه الشخصي، دون الالتفات لمصالح المستهلك[27] .

الفرع الثاني

طرفي عقد الاستهلاك

كما عرضنا سابقاً فان طرفي عقد الاستهلاك يتمثلان في(المستهلك)، كطرف أول ،و(المزود) كطرف ثاني للعقد، و سنحاول في هذا الفرع إجراء مقاربة لموقف التشريع والفقه في التعريف بأطراف عقد الاستهلاك .

أولاً : المزود

هو الطرف المقابل للمستهلك في عقد الاستهلاك ، وهو مصطلح استخدمه المشرع الفلسطيني من بين العديد من المصطلحات لها نفس المعنى (الحائز ، المورد ، المجهز)[28]،فعرفته المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة2005 على انه "هو الشخص الذي يمارس

25.نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة2005.
26.سهاد عيادي ،مرجع سابق،ص22.
27.مصطفى أحمد أبو عمر ، مرجع سابق،ص15.
28.فاتن حسين حوى ، مرجع سابق ، ص 36،35.

باسمه أو لحساب الغير نشاطاً ، يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات" 29 .

بينما عرفه المشرع الاردني في المادة (2) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (71) لسنة 2017 على انه " الشخص الطبيعي أو الاعتباري من القطاع العام أو الخاص، يمارس باسمه او لحساب الغير نشاطاً ،يتمثل بتوزيع السلع ،أو تداولها ،أو تصنيعها، أو تأجيرها، أو تقديم الخدمات إلى المستهلك بما في ذلك أي شخص يضع اسمه او علامته التجارية او اية علامة فارقه اخرى يملكها على السلعة او الخدمة "30،والملاحظ من هذا التعريف السابق ،أن المزود من الممكن ان يكون شخصاً طبيعياً او معنوياً أياً كان انتماؤه للقانون الخاص (كالشركات والافراد) ، او للقانون العام (الدولة و مؤسساتها) ، وبغض النظر عن ممارساته لحسابه او لحساب الغير بتوزيع السلع أو تداولها تصنيعها أو تأجيرها أو تقديم خدمات .

وعرفه المشرع المصري في قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006 على انه "كل شخص يقوم بتقديم خدمه او بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول او الاتجار في احد المنتجات او التعامل عليها بهدف تقديمها للمستهلك او التعاقد او التعامل معه عليها بأية طريقة 31" .

وتعددت الآراء الفقهية في تعريف المزود ؛ فعرفه جانب من الفقه اعتماداً على عنصر القوه على أنه " الشخص الذي يتمتع بعناصر من الافضلية أو التفوق وهي المقدرة التقنية، بحيث يكون على دراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات ، والمقدرة الاقتصادية والقانونية بالتفوق على المستهلك " 32 وعرفه جانب آخر على انه الذي يمارس نشاطاً بصفة معتادة 33 .

ولكي يطلق على شخص ما بانه مزود، يجب أن تتوافر لديه معاير كمعيار الحرفة، ويقصد به: توجيه النشاط بشكل رئيسي وبصفة معتادة إلى القيام بعمل يحقق ربحاً، ويحدث الاحتراف بممارسة الاعمال التجارية على سبيل التكرار، و بصورة منتظمة، و مستمرة، واتخاذها مهمة

29. نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005.
30. نص المادة(2) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.
31.نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006 ، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 بتاريخ 2006/10/22.
32. محمد الامين نويري و عبد الحق لخذاري: **خصوصية اطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري** ، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية ، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 12، العدد 02، الجزائر، ص 28،منشور على الموقعhttps://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/1/6 ، الساعة 6 صباحا.
33. ابتسام علي البدواوي: **الحماية المدنية للمستهلك** ،بدون طبعة ، اكاديمية شرطة دبي ، كلية الدراسات العليا ، دبي ، الامارات العربية المتحدة ، 2013،ص 51.

للحصول على الرزق فالاحتراف يتطلب العمل بصوره دورية مستمرة34 ،ويجب ان يعمل المزود لحسابه الخاص، أي لا يكون له تبعية لأحد، بل مستقلاً ، غير خاضع لشخص اخر؛ أي انه هو رب العمل و المسؤول و اذا حصل وكان في علاقه تبعية فبوصفه متبوعا وليس تابعا ويجب على المهني ان يوفر كل شيء ويسهل أداءه من معدات وأجهزة وأشخاص مساعدين بحسب طبيعة النشاط ،ولا يهم مستوى التنظيم، فقد يكون بسيط او عالٍ، ويجب ايضا ان يكون المزود متفوقاً في نطاق اختصاصه يدرك جيدا حدود نشاطه و مركزه القانوني 35 .

وترى الباحثة أن المقصود بالمزود: هو كل شخص طبيعي او معنوي ، يمارس باسمه او لحساب غيره نشاطا تجارياً أو صناعياً أو زراعياً فمن الممكن ان يمتلك محلاً تجارياً لممارسة نشاطه الاقتصادي ،ومن الممكن أن يشتري بضائع، بقصد إعادة بيعها أو يقوم بتأجير سلع وتقديم خدمات .

ثانيا :المستهلك:

هو الطرف الاساسي الثاني في عقد الاستهلاك ، وقد عرفه قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة (1) على أنه "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة ".36 من الواضح أن استعمال المشرع الفلسطيني لعبارة يشتري أو يستفيد كان توجهاً منه إلى ادخال اكبر عدد من فئات المجتمع ،ضمن طائفة المستهلكين، سواء مشترين لسلع والخدمات او مستفيدين ،فهو رغب في تفادي حصر المستهلكين بالمشترين فقط ؛ما يؤدي إلى إزالة صفة الاستهلاك عن طائفة كبيرة من المستهلكين، كما أن نص المادة جاء خالياً من تحديد طبيعة الاشخاص الذين ينصرف إليهم لفظ المستهلك، من حيث كونهم طبيعيين أو معنويين ،كما أنه جاء خالياً من الهدف من التعاقد :وهو اشباع الحاجات الشخصية أو العائلية.

تدارك المشرع الاردني بعض الامور التي أغفلها المشرع الفلسطيني في تعريفه للمستهلك ، حيث عرف المستهلك على أنه" الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل؛ اشباعاً لحاجاته الشخصية أو لحاجات الاخرين، ولا يشمل ذلك من يشتري

34.رمزي بيد الله على الحجازي :**الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني** ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2016، ص 26.
35.ايمان بوشارب : **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة ماجستير ،جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، 2011-2012 ،ص 16.
36.راجع نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم(21) لسنة 2005.

سلعة أو خدمة، لإعادة بيعها أو تأجيرها " 37 حيث حدد نص المادة طبيعة الاشخاص الذين ينصرف اليهم لفظ المستهلك (الاشخاص الطبيعيين والمعنويين) وأشارت إلى الهدف من التعاقد وهو اشباع الحاجات الشخصية والعائلية.

بينما انقسم الفقه في تحديد مفهوم المستهلك إلى فريقين الأول كان متوسعاً في رأيه ،والثاني: كان مضيقاً له على النحو التالي :-

أولاً: المفهوم الموسع لفكرة المستهلك .

يقصد بالمستهلك وفقاً للمفهوم الموسع ،هو كل شخص يقوم بعملية الاستهلاك، ولو كان يتعاقد من أجل حاجته المهنية ما دام ما يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه ، فيسعى هذا الاتجاه إلى إعطاء صفة المستهلك للمهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه ، وبذات الوقت فالتعاقد خارج نطاق اختصاصه غير كافٍ لاعتباره مستهلك، بل يجب أن لا يكون هذا التصرف الذي هو خارج نطاق اختصاصه له صلة مباشرة بمهنته، أي يساهم بشكل أو باخر بتسيير العملية الاقتصادية ،كالأثاث المكتبي، فهو لازم لتسير النشاط المهني، أما التاجر الذي يقتني جهاز انذار لحماية محله من السرقة أو الحريق فإنه لا يدخل في نطاق سير النشاط المهني ، فليس له علاقة مباشرة بالنشاط المهني ، ويكون صاحب المهنة فيها مماثلا للمستهلك 38 ، بالتالي إن ما يلاحظ على الاتجاه الواسع ،أنه يشمل المتعاقد الطبيعي، و المعنوي، و المتعاقد لغايات شخصية ، ولغايات داعمة لمجال اختصاصه ، أي لغايات تخدم مهنته ، ولا تدخل في أساسها بالتالي يقصد بالمستهلك بالاتجاه الموسع ، كل شخص طبيعي أو معنوي، يتعاقد من أجل الحصول على سلعه أو خدمة لغايات غير مهنية لا تدخل في صلب نشاط39 ، وقد وجهت العديد من الانتقادات للمفهوم الموسع للمستهلك، ومنها أن التوسع في مفهوم المستهلك يتناقض مع الحكمة من وضع قانون خاص لحماية، المستهلك بوصفه الطرف الضعيف بالعقد40.

---

37 .راجع نص المادة (2) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.

38.مولاي عبد الله و حسنية مباركة :**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، "مذكرة لنيل شهادة ماجستير " ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أحمد دراية ادرار، الجزائر ، 2014- 2015 ، ص12، منشوره على الموقع https://dspace.univ-adrar.edu.dz/jspui/handle/123456789/1615 ، تاريخ الزيارة 2023/12/30، الساعة 5مساءً.

39.محمد الامين نويري و عبد الحق لخذاري، مرجع سابق ،ص27.

40.عبد الله ذيب عبدالله محمود: **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ،رسالة ماجستير منشورة** ،كلية الحقوق ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس –فلسطين ،2009، ص 16.

ثانياً: المفهوم الضيق .

لم يرحب أصحاب هذا الرأي بفكرة إضفاء صفة المستهلك على غير المهني ،فالمستهلك في نظرهم :هو الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لهدف واحد، وهو إشباع حاجاته الشخصية، وحاجات عائلته فقط دون أن يمتد هذا الوصف لمن يتعاقد لأغراض مهنته، و هذا الاتجاه لا يعترف بصفة المستهلك حتى للمهني الذي يشتري جهاز كمبيوتر مثلا للهدفين معاً الاستعمال المهني والشخصي بذات الوقت ،فالمشرع جعل معيار تحديد صفة المستهلك هو: الغرض من الاقتناء 41 ويتضح مما سبق ان كل من المشرع الفلسطيني42 ،والاردني43 قد تبنيا المفهوم الضيق للمستهلك.

إن اشكالية التحكيم في المنازعات بين المستهلك والمتعاقد معه ،تظهر بشكل واضح بالنسبة للمستهلك بالمعنى الضيق ،حيث أن قانون حماية المستهلك يهدف دائما إلى حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك44، وترى الباحثة ان ضعف المركز التعاقدي لدى المستهلك يظهر بالمعنى الضيق ، بينما يكون المهني وهو المستهلك حسب التعريف الواسع في مركز تفاوضي افضل تجاه مزود السلعة او الخدمة .

المطلب الثاني

مبررات اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ومدى تعلق تلك العقود بالنظام العام

إذا كان التحكيم والقضاء يحققان ذات الهدف، ألا وهو تسوية المنازعات بين الاطراف بموجب قرارات ملزمه ونهائية ، فأن هناك العديد من الميزات التي يمتاز بها التحكيم ، وتجعله محل اختيار لدى اطراف النزاع ، ولا بدّ لنا و لغايات تطبيق التحكيم على المنازعات الاستهلاكية أن نتعرف على تلك الميزات ، لتمثل الدافع لتفعيل التحكيم في هذا المجال ولا بد أيضاً من التعرف على عيوب اللجوء للتحكيم، كوسيلة لفض منازعات الاستهلاك ، ومن ثم معرفة المقصود بالنظام

41.عبد المنعم موسى ابراهيم : **حماية المستهلك "دراسة مقارنة"**، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،2007، ص 19

42. معهد ابحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس) : **مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني** ، فلسطين ،2004،ص22.

43. محمد حسين بشايرة: **نطاق مشروعية اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك في القانون الاردني** ، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية ، جامعة مؤتة ، عمادة البحث العلمي ، مجلد 1، عدد4، ص159.

44. وليد عطية و عباس عبد الصمد :**مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد** ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة كركور ، العراق ، العدد 15/2،2005،ص 879، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2024/4/15، الساعة 6 م.

العام وأنواعه و مدى تعلق قواعد قانون حماية المستهلك به ، قسمت الباحثة هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الاول : مزايا وعيوب اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك .

الفرع الثاني : مدى تعلق عقود الاستهلاك بالنظام العام .

الفرع الأول

مزايا و عيوب اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك

من أهم الأسباب التي تدعو أطراف النزاع إلى اللجوء للتحكيم ،والعزوف عن القضاء العادي.

أولاً: السرعة:

يعتبر عنصر السرعة من الميزات التي ميزت التحكيم عن القضاء ،وجعلته نظاماً بديلاً عنه فيمتاز التحكيم بسرعة الفصل في المنازعات المعروضة أمامه، سواء النزاعات الداخلية ام الدولية ،لهذا يتفادى المتنازعون عرض نزاعاتهم على القضاء الذي تحكمه مجموعة من القيود؛ مما يؤدي إلى بُطْء في إجراءاته ،كما أن إجراءات القضاء تمتاز بالتعقيد ؛ بسبب تعدد درجاته وإمكانية تقديم الطعون ، فالقضاء يقوم بمراعاة الشروط الشكلية، بهدف حماية حقوق الاطراف، وهذا يطيل من أمد الفصل في المنازعات ،وقد تستمر المحكمة في نظر النزاع لعدة سنوات، وهذا لا يتناسب مع طبيعة بعض المنازعات ، خاصة منازعات عقود الاستهلاك التي تتطلب السرعة، والدرجة العالية من الثقة ،فيبدو أن التحكيم هو الوسيلة المناسبة 45 .

ثانياً: السرية

تعد السرية إحدى أهم الخصائص الاساسية في التحكيم ، فهي تساهم في جذب الاستثمارات إلى الدول التي تكون بحاجة إلى إسناد وتنمية في امورها الاقتصادية 46، فلا يطلع على النزاع المعروض أمام المحكمين سوى المحكمين أنفسهم الذين تم اختيارهم لنظر النزاع ؛ وذلك لان المعلومات تتعلق بأمورٍ اقتصادية وتجارية وأسرار يرغب أصحابها في اخفائها و تنظر هيئة

45.مازن فايز المقابلة: **التحكيم في منازعات العقود الإدارية " دراسة مقارنة " رسالة ماجستير منشورة** ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة البيت ، الاردن ، ص17.

46.مرتضى عبد الله خيري :**التحكيم التجاري الدولي بين السرية والشفافية** ، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية – مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ،العدد 1، مجلد 11،مارس 2019 ص36، منشور على الموقع https://www.mandumah.com / تاريخ الزيارة 2023/12/12م الساعة 1 مساء.

التحكيم في النزعات بجلسات سرية ، ولا يجوز نشر قرار التحكيم إلا بناء على موافقة الاطراف، ومن المعروف أن القضاء يمتاز بعلنية الاجراءات مما يلحق ضرراً كبيراً للأطراف فالعلنية من الممكن أن تؤدي إلى كشف الأسرار التجارية والصناعية، والحاق الضرر بهم فمبدأ السرية بات عُرف في عملية التحكيم47، وقد أشار كل من قانون التحكيم الفلسطيني والمذكرة الايضاحية إلى مبدأ السرية في جميع مراحل التحكيم، وهذا بخلاف ما يحصل أمام القضاء العادي ،والمعروف بالقضاء العلني الذي يمتاز بعلنية الجلسات والاجراءات ، وان تمت إجراءاته بسرية فيكون ذلك بناءً على طلب الاطراف أو بموجب القانون فإن النطق بالحكم يكون علنياً 48، فقد جاء في المادة (50) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم " تنظر هيئة التحكيم النزاع المعروض أمامها بصفة سرية على أنه يجوز بناء على اتفاق الأطراف جعل الجلسة علنية" 49 ونص المادة (41) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة "50.

يتضح من هذين النصين أن الأصل في التحكيم هو السرية في كافة الاجراءات، والمراحل ،والاستثناء هو العلنية، في حين أن المبدأ العام في القضاء العادي هو العلنية، والاستثناء هو السرية، بالتالي تعد السرية هي احدى مميزات التحكيم، وقد تكون الدافع الأول وراء لجوء الاطراف للتحكيم .

ثالثاً: المرونة :

يقصد بفاعلية أو مرونة التحكيم الحرية الممنوحة لكافة أطراف النزاع وفي كافة مراحل التحكيم ابتداءً من الحرية في اختيار المحكمين وعددهم ، وحرية اختيار إجراءات التحكيم الواجبة التطبيق ، والتي تبدو لهم اكثر ملائمةً ،وحرية اختيار لغة التحكيم ، و مدة التحكيم والقانون الواجب التطبيق فهم غالبا ما يخرجون عن القواعد القانونية الصارمة بتطبيقهم للنصوص التشريعية بطريقة مرنة ، فهم يتجنبون الثغرات القانونية التي من الممكن أن تكون موجوده في النصوص القانونية والتي يستغلها الأطراف لإطالة امد النزاع ،فالتحكيم يمتاز بقلة الاجراءات

47. محمد علي محمد بني مقاد :**اتفاق التحكيم التجاري "دراسة مقارنة "**، مجلة اربد للبحوث والدراسات القانونية ، جامعة اربد الاهلية ،مجلد 15، عدد 1 ،ص 275،يوليو 2011، بحث منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/12/12م الساعة 2 مساءً.

4848.يوسف محمد شندي: **التحكيم الداخلي و الدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم(3)لسنة2000 "دراسة مقارنة "** الطبعة الثانية، وحدة البحث العلمي والنشر، كلية الحقوق والادارة العامة جامعة بيرزيت، فلسطين ،2015 ص42 .

49. نص المادة (50) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 200.

50.نص المادة (41) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة2000.

الشكلية ، وكل هذا على عكس القضاء حيث أن القضاة في المحاكم العادية مكبلون بالقانون، وملتزمون بمراعاة نصوصه ،ولا يكون لأطراف النزاع الحرية في اختيار القاضي الذي من الممكن ان لا يكون ذو خبرة بموضوع النزاع 51.

رابعاً: المحافظة على العلاقات بين الاطراف :

من الممكن أن لا يكون اللجوء للقضاء هو الحل المناسب لفض المنازعات بين الاطراف، حيث يكون القاضي ملتزما ومقيداً بالتطبيق الحرفي للقانون، ويستند في حكمه إلى بينات الأطراف دون الاخذ بعين الاعتبار العلاقات التي تربط الأطراف ببعضهم البعض فينتهي المطاف بصدور أحكام لصالح أحد الأطراف ضد الآخر فيخرج أحدهما منتصرا ،ويخرج الاخر مهزوما؛ مما يؤدي إلى قطيعة وانهاء العلاقة بين الافراد، كما أن استمرار النزاع امام القضاء قد لا يكون حلاً مناسبا في المنازعات التي يكون بين اطرافها مصالح مشتركة كالمنازعات بين الموردين، والموزعين ،والتجار، ورجال الاعمال 52 ، بالتالي اللجوء إلى التحكيم قد يكون بديلا مناسبا عن اللجوء للقضاء العادي فهو قريبا من الصلح ، و يغلب عليه طابع التفاهم لا الهجوم ، ويأخذ بعين الاعتبار مصلحة الاطراف التي قد تقتضي حسم النزاع ولكن بطريقة تضمن استمرار علاقاتهم الطيبة في الوقت الحالي وفي المستقبل ؛ تحقيقاً لمصالحهم المشتركة، فالجو الذي يسود سير عملية التحكيم يبقى اكثر وداً من القضاء العادي، ويغلب عليه طابع التوفيق والحل الصادر عن المحكم يكون اكثر قبولا لدى الاطراف من الحكم القضائي، مما يؤدي في أغلب الحالات إلى قبول المحكوم ضده بقرار التحكيم ويسارع في تنفيذه 53.

خامساً: تكاليف التحكيم:

إن القول أن من ميزات التحكيم قلة تكاليفه مقارنة مع القضاء العادي، هو قول غير موفق ، فالواقع أن التحكيم اكثر كلفة من القضاء العادي، فيتصف القضاء العادي بأنه قضاء مجاني ، أما التحكيم ، فهو قضاء مأجور وليس مجاني ففي التحكيم يلزم الاطراف بدفع كافة نفقات التحكيم، كما يلزم بدفع مقابل مالي لمركز التحكيم الذي يتم من خلاله فض النزاع القائم، كما أن الأطراف ملزمون بدفع أتعاب المحكمين التي أصبحت في الوقت الحالي تشكل أرقاماً قياسية ، إضافة إلى

51.سالمة فرج الجازوي: **التحكيم في المنازعات المصرفية :دراسة في القانون الليبي** ، مجلة دراسات قانونية ، جامعة بنغازي ،كلية القانون ،ص 42، منشور على الموقعhttps://www.mandumah.com / تاريخ الزياره2023/12/12م الساعة 3م.

52. محمد علي محمد بني مقاد مرجع سابق ،ص 275.

53.فتحي وإلى :**التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما و عملا** ،بدون طبعة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،2014،ص 14.

نفقات السفر والاقامة والمصاريف الاخرى، اذا ما تم التحكيم بالخارج ،في المقابل فإن أطراف الدعوى لا يدفعون أجوراً للقاضي؛ لأن راتب القاضي يتلقاه من الدولة، ولا يدفعون مقابل مادي للمحكمة التي ينظر النزاع في أروقتها إنما هم ملزمون بدفع الرسوم القضائية للمحكمة 54 ، إن المسالة الوحيدة التي يمكن القول انها ميزة لتحكيم فيما يتعلق بالتكاليف، هي أن يكون التحكيم داخليا، فيلجأ الاطراف إلى اختيار المحكمين الاقل تكلفة ،ولا يتكبدون مصاريف السفر والتنقل55.

الفرع الثاني

مدى تعلق عقود الاستهلاك بالنظام العام

يعتبر النظام العام من أهم الأسس التي يجب أن تقوم عليها مختلف القوانين، والهدف منه: المحافظة على استقرار المجتمع ،من خلال حفظ الأمن العام والسكينة والصحة العامة، والتي تعد بمثابة عناصر هامة تقوم عليها المصلحة العامة 56 .

وتعود فكرة النظام العام إلى ظهور الدولة القومية التي كانت تقسم المجتمع إلى حاكم و محكومين، اذْ أن فكرة النظام العام مرتبطة بالمجتمع، كونها مستمدة من القيم والاصول الكامنة في ضمير الجماعات ،بالتالي فهي تلعب دوراً مهماً في ترجمة تلك القيم والاصول إلى قواعد تسمو و تعلو على القواعد العادية 57 ،أن فكرة النظام العام، هي فكرة مرنة و متطورة بتطور الدولة ،فتضيق و تتسع من زمن إلى اخر، حسب المعتقدات والافكار السائدة في الدولة، وتسعى دائما إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية ،ومن الصعب أن يتم تحديد مضمونها واحتوائها أو تعريفها تعريفاً جامعاً مانعاً ،وهي موجودة وتشغل حيزاً في جميع فروع القانون العام والخاص 58 .

54. ايناس خلف الخالدي : **التحكيم و الوسائل البديلة** ، الطبعة الاولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2016 ، ص40،41.
55.الحسين مقبوب :**مزايا التحكيم التجاري الدولي مقارنة مع القضاء**، مجلة القصر، الحسن البو عيسى، العدد 20،مايو 2008،ص 134، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/12/12م الساعة 3:30مساءً.
56. أشرف حسين :**التحكيم في النزاعات العمالية في ظل قانون التحكيم الفلسطيني** ، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية ،جامعة حسيبة بو علي الشلف ، مجلد 14، عدد 1، الجزائر، 2022، ص346،https://www.mandumah.com / ، تاريخ الزيارة 2024/4/17 ، الساعة 8 صباحا .

57. فيصل نسيغه :**النظام العام** ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 5، 2018، ص 167 منشور على الموقع https://www.mandumah.com / تاريخ الزيارة 2024/4/17 ، الساعة 9 صباحا .

58. فاطيمة عاشور :**النظام العام الحمائي الية لحماية الطرف الضعيف في العقد** ، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية – مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية ، العدد 7، 2019، ص 11، منشور على الموقع http://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2024/4/7 ، الساعة 10 صباحا .

لم تعرف التشريعات الوضعية مصطلح النظام العام، بل ذكرته في الكثير من المواضع والمحطات، فنجد أن القانون الاساسي الفلسطيني59 تعرض لعبارة "النظام العام" وذلك فيما يتعلق بالحق بممارسة المعتقدات والشعائر الدينية 60 ، إضافة إلى المواد التي تتحدث عن علنية الجلسات الا اذا قررت المحكمة ان تكون سرية ،مراعاة للنظام العام 61، إلا أن المشرع الاردني وعلى خلاف التشريعات الاخرى قد عدد بعض صور النظام العام في قانونه المدني من خلال نص المادة (163) التي نصت على أنه "ويعد من النظام العام بوجه خاص ، الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كالأهلية و الميراث ، والاحكام المتعلقة بالانتقال و الاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار والتصرف في مال المحجور ، ومال الوقف ، ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري ، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية " 62 .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام على أنه: القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية او الاجتماعية او الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الافراد "63.

لقد تصدى الفقه القانوني لمهمة إيجاد تعريف للنظام العام، فعرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري على انه " ان القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحةٍ سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ،وتتعلق بنظام المجتمع الاعلى، وتعلو على مصلحة الافراد فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقيات بينهم ،حتى لو حققت لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصالح العامة "64، كما عرفه الفقيه عبد الله العتيبي على انه " مجموعة الاحكام والاجراءات الموضوعية، لحماية وتحقيق النفع العام له في الدنيا والاخرة، والتي لا يجوز لأحد مخالفتها، أو إسقاطها ،أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها " 65 .

59. القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 57 بتاريخ 2005/8/18، ص 5.
60. نص المادة (18) من القانون الاساسي المعدل لسنة 2005 "حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة "
61. نص المادة (105) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005" جلسات المحاكم علنية الا اذا قررت المحكمة ان تكون سرية مراعاة لنظام العام او الآداب العامة وفي جميع الاحوال يتم النطق بالحكم في جلسات علنية ".
62. نص المادة (163) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 ، المنشور في الجريدة الرسمية ، عدد 2645، بتاريخ 1977/1/1، ص 2.
63.يوسف شندي ،مرجع سابق ،ص 98.
64. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ،ص 399-400.
65.فاطيمة عاشور ،مرجع سابق،ص14.

بالتالي ،وبما أن قواعد النظام العام تمتاز بصعوبة وضع تعريف دقيق لها ،كونها مرنة فيمكن تعريفها على أنها مجموعة من الركائز، والأُسس التي يقوم عليها المجتمع ،والتي تهدف إلى تحقيق مصالح مختلفة، سياسية ،أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع ،وتعلو على مصلحة الفرد، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ،بالتالي فإن النظام العام التقليدي يعمل على ضم وحماية الحرية العقدية للأطراف 66، وله عدة عناصر يمكن تلخيصها بما يلي:

الأمن العام : ويقصد به كل ما يطمئن الافراد على أنفسهم، ويحافظ على أرواحهم ، وأموالهم من كل خطر ،وذلك من خلال اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الحوادث، او احتمال وقوعها، كمنع المظاهرات اذا كانت تهدف إلى زعزعة النظام العام، وكذلك اتخاذ كافة التدابير الازمة، للوقاية من خطر انهيار المباني والقضاء على الحيوانات المفترسة مثلا 67 . .

الصحة العامة : ويقصد بها المحافظة على صحة المواطنين من الأخطار التي تهدد حياتهم ،من خلال اتخاذ التدابير لمنع انتشار الاوبئة والامراض مثل التطعيم الاجباري 68.

السكينة العامة :ويقصد بها منع كافة أشكال الازعاج والمضايقات، أي التمتع بالهدوء؛ كونه من أبسط حقوق الفرد في الدولة والمجتمع، وهذا لا يتحقق إلا بالقضاء على كافة أشكال ومصادر الازعاج، وهذا يتحقق بمنع وسائل الضوضاء التي يتسبب بها المتسولون والباعة المتجولون ،واستخدام مكبرات الصوت69.

الآداب العامة :هذا العنصر هو عنصر حديث ، مقارنة بالعناصر السابقة، حيث أن مفهوم النظام العام تطور، ولم يعد يقتصر على حماية المجتمع من الاضطرابات المادية والخارجية، بل أصبح يراقب كل من يخل بالآداب، والاخلاق العامة ،كما أن تطور الوظيفة الادارية للدولة أدى إلى تطور النظام العام ، فالدولة لم تعد متدخلة فقط وحارسة وتسهر على حماية الحرية العقدية، إنما اصبحت ايضا متدخلة و طرفاً في الامور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وتسعى لتحقيق المصالح العامة، وحماية الطرف الضعيف فأدى ذلك إلى ظهور ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الذي بدوره يحد من إدارة و نشاط الأفراد، ويحمي الفئات الضعيفة في العقود والذي يعرف بأنه

66. فيصل و دنش، مرجع سابق، ص174.
67.المرجع السابق ، ص 172.
68.اشرف ملحم، مرجع سابق، ص 369
69. أحمد عبد العزيز سعيد الشيباني: **مسؤولية الادارة عن اعمال الضبط الاداري في الظروف العادية** "رسالة دكتوراه منشورة" جامعة بغداد ، كلية القانون ،قسم القانون العام ، بغداد ، 2005،ص 43-52، منشوره على الموقع https://almerja.net/reading.php?i=6&ida=1947&id=973&idm=42005 ، تاريخ الزيارة 2024/4/17، السعه 11صباحا.

نظام إيجابي يسعى إلى تحديد ما يجب أن يتضمنه العقد من أحكام ،بحيث لا يكفي أن يتضمن القانون ما يجب على الافراد الامتناع عنه، بل ما يجب القيام به ،وهو عكس النظام العام التقليدي .70

يقسم النظام العام الاقتصادي إلى نظام عام توجيهي ،ونظام عام حمائي، ويقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي: الأُسس التي يقوم عليها النظام العام الاجتماعي و الاقتصادي والاخلاقي ،ومخالفته تؤدي إلى البطلان المطلق ،ويهدف هذا النظام إلى تحقيق المصلحة العامة ،ويؤكد على علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة 71 ، إن فشل مبدأ الحرية التعاقدية والتي أدت إلى استغلال الطرف الضعيف والمساس بالتوازن بالعقد مما أدى، إلى تراجع الحرية والمبادئ الموجهة في القانون المدني لضمان تحقيق مساواة بين الاطراف ادى إلى ظهور ما يطلق عليه بالنظام العام الاقتصادي الحمائي 72 وهو مجموعة من القواعد ،و الاسس التي تهدف إلى حماية فئة معينة بالمجتمع في نطاق العلاقات التعاقدية؛ بسبب وجود خلل في التوازن العقدي أثر على المتعاقد الضعيف وجعله يخضع لشروط عقدية غير عادية، بالتالي فأن الهدف من هذا النوع من النظام هو إعادة التوازن بين طرفي العقد، من خلال سن نصوص قانونية ، تتعلق بحماية رضى الطرف الضعيف ، وحمايته من البنود التعسفية، فمن خلال النظام العام الاقتصادي الحمائي تتحقق العدالة الاجتماعية من جهة، وتتحقق حماية الطرف الضعيف من جهة اخرى ،73وتعتبر قواعد قانون حماية المستهلك من النظام العام الاقتصادي الحمائي ،كونها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العملية الاستهلاكية ،وهو المستهلك فمن مبررات ظهور النظام العام الحمائي؛ هو مواجهة الضعف التعاقدي لأحد أطراف العلاقة التعاقدية ،كالمستهلك الذي يفتقر للقوة الاقتصادية، ولديه ضعف معرفي، و يظهر الضعف الاقتصادي عندما يجبر أحد المتعاقدين على قبول شروط جائرة ،يفرضها عليه الطرف الاخر دون أن يكون له الحق في قبول هذه الشروط، أو رفضها، حيث أن أحد المتعاقدين يتمتع بنفوذ اقتصادي قوي، و مسيطر على السوق ، مما يهيئ له فرصة

70.مريم بن عباس: **العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الاداري**، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، جامعة باتنة ، الجزائر ، مجلد 7، عدد 1، 2020، منشور على الموقع ، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/108164 تاريخ الزيارة 2024/4/5، الساعة 12مساءٍ.

71.ابراهيم عنتر فتحي الحياني :**النظام العام الاقتصادي من المقتضيات الاجتماعية للعقد** ، مجلة الدراسات المستدامة ،جامعة تكريت ، كلية الحقوق ،العراق ، مجلد 2، عدد2، ص 49، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ،تاريخ الزيارة 2024/4/17، الساعة 5 صباحا.

72.ياسين منصوري : **دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية** ، مجلة المنارة للدراسات القانونية الادارية ، رضوان العنبي ، عدد16، 2016،ص 227، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2024/4/17 ، الساعة 5 مساءً.

73.احمد ممد المصطفى المختار: **العقد والنظام العام والآداب العامة** ، مجلة القانون والاعمال ،جامعة الحسن الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، عدد48، 2019، ص182 منشور على الموقع ،https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2024/4/17، الساعة 6مساءً.

فرض الشروط التي تناسب العقد، أما الطرف الاخر ،فان حالة الضعف والحاجة التي تنتابه هي التي تدفعه إلى قبول تلك الشروط حتى وإن لم تكن مناسبة له 74 اما الضعف المعرفي وهو عدم المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية في المعرفة والخبرة، فنجد أن طرفاً يملك المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، بالمقابل ،الطرف الاخر لا يملك مثل هذه المعلومات والبيانات، فهو بالحاجة للبحث عنها 75.

تساهم قواعد النظام العام الحمائي في حماية الطرف الضعيف "المستهلك" من خلال إلزام المهني بالإعلام وإعطاء المستهلك مهلة التفكير ،والتروي ،والحق بالرجوع، واذا كان يترتب على مخالفة قواعد النظام العام التوجيهي بطلان العقد ،فأن الأمر لا يكون كذلك في النظام العام الاقتصادي الحمائي في قانون الاستهلاك لأن المستهلك يتحاج للسلع والخدمات المعروضة من قبل المهني، وبطلان العقد سوف يحرمه من السلع او الخدمات ،فينبغي أن لا يتم إبطال العقد وإنما تنقيحه، و مراجعته إن أمكن فأن كانت حماية المستهلك تتطلب إبطاله فيكون الإبطال نسبياً؛ لأنه يتعلق بمصلحة بعض الاشخاص ،وليس الصالح العام أما اذا كانت مصلحة المستهلك تكمن في بقائه يتم الابقاء عليه، مع تصحيحه وفقا لمقتضيات النظام العام ، ان تطور العقود المعدة من جانب واحد وهو الطرف القوي وحاجة الطرف الضعيف لمثل هذه العقود، مما يدفعه إلى القبول بها، بالتالي هو فقد الحرية العقدية فتدخل المشرع وأصدر قواعد من النظام العام لحماية الحرية التعاقدية للطرف الضعيف، فاعتبر المشرع أن الحرية التعاقدية سوف تؤدي إلى إعادة التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية ،فالنظام العام وظيفته الاساسية الحد من الحرية التعاقدية، ثم أضيف إلى هذه الوظيفة وظيفة اخرى، ألا وهي حماية الطرف، الضعيف كالمستهلك، بالتالي فإن وظيفة النظام العام تتغير ،إلا أن الهدف الرئيسي للنظام العام لا يتغير، حيث أنه يهدف إلى تحقيق العدالة، والاستقرار ،والتوازن الاقتصادي 76 .

نستنتج مما سبق، أن البحث في النظام العام بمثابة مغامرة في رمال متحركة، كونها مرنة ومتطورة، يصعب حصرها ، وعليه فإن تفسير القاضي للقانون يجب أن يكون ملائماً لروح عصره ،فهو يكاد يكون مشرعاً، لكنه يتقيد بنظام عصره، ويخضع لرقابة، ولا تمكنه سلطته في

74.عبد القادر اقصاصي :**فكرة النظام العام الحمائي و دورها في حماية الطرف الضعيف في العقد** ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة احمد دراية – ادرار ، مجلد3، عدد1،2019،ص 269

75، المرجع السابق ،ص 269.

76. حسناء جبران :**النظام العام في قانون الاستهلاك** ، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الاول – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، عدد 64، 2021 ،ص50-55 منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2024/4/2م ، الساعة 2 صباحاً.

تحديد النظام العام بأن يفرض نظرته الشخصية، إنما هو مقيد في تقديره للنظام العام بأفكار مجتمعه، و النظام العام في قانون حماية المستهلك هو نظام عام حمائي ،الهدف منه هو: حماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العملية الاقتصادية، وإعادة التوازن بين طرفي العقد وهو فرع من فروع النظام العام الاقتصادي .

المبحث الثاني

موقف التشريعات من التحكيم في عقود الاستهلاك

اذا كان التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات يتم الولوج إليه في كافة المعاملات التجارية بشكل عام ،فانه ثمة خلافٍ حول إمكانية اللجوء اليه لفض منازعات عقود الاستهلاك، فغياب وانتفاء التوازن العقدي في العلاقة الاستهلاكية بين طرفي العقد، يجعل من شرط اللجوء للتحكيم شرطا تعسفياً ، اختلفت الآراء وتضاربت حول إمكانية اللجوء للتحكيم؛ لفض منازعات عقود الاستهلاك الداخلية، والدولية بين معارض(الجزء الاول) ، ومؤيد (الجزء الثاني)77 .

الجزء الأول : الاتجاه الرافض للتحكيم في منازعات عقود الاستهلاك :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن السبب من وراء حظر اللجوء لتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك الداخلية هو أن قواعد قانون حماية المستهلك، هي قواعد حمائية من النظام العام ، وتمثل الحد الادنى من الحماية، ولا يجوز النزول عنها 78، و أن عقود الاستهلاك الداخلية والدولية هي عقود مختلطة ليست تجارية ، وليست مدنية ، بل هي مدنية إذا ما تم النظر اليها من جهة المستهلك ،وتجارية إذا ما تم النظر اليها من جهة المهني ،وبالتالي تخرج من دائرة العقود التي يمكن ادراج شرط التحكيم فيها ،وذلك استنادا إلى نص المادة (2061) من القانون المدني الفرنسي التي لا تعترف بأدراج شرط التحكيم الافي العقود التجارية المحضة، أما بخصوص العقود المختلطة وخاصه المدنية منها، فأنها تحتاج إلى إجازة من طرف القانون 79 وسرعان ما تم تعديل نص المادة (2061) من القانون المدني الفرنسي عام 2016 والتي بموجبها أجاز القانون المدني الفرنسي التحكيم في جميع العقود المدنية ،والتجارية، بما فيها عقد الاستهلاك وكون المستهلك بموجب بند التحكيم لا يكون على علم بطبيعة النزاع الذي يمكن ان ينشأ بينه وبين

77.أناس منير ،مرجع سابق ،ص77.
78. يوسف شندي، مرجع سابق ،ص 106.
79.rithy chey : **L'arbitrage et le cotrat de consummation** :le point sur l'état du droit ، Mémoire de Master 2 Recherche، UNIVERSITE LUMIERE LYON 2، Faculté de Droit et Science politique ، *Le 30 juin 2006*، https://www-memoireonline-com.translate.goog/10/06/218/arbitrage-contrat-consommation-etat-du-droit.html?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=sc#_Toc145766423
.

المحترف عند ابرام العقد، فقد منح المستهلك حق التفكير مرتين، مره قبل القبول بالتحكيم ، ومره من خلال منحه الحق بالتخلي عنه بعد نشوء النزاع[80] ، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تكلفته تفوق قيمة محل العقد [81] .

الجزء الثاني : الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات عقود الاستهلاك:

يجيز أصحاب هذا الاتجاه اللجوء للتحكيم، لفض منازعات عقود الاستهلاك الداخلية، بموجب مشارطة تحكيم، اي بعد نشوء النزاع ، كونها لا تخالف النظام العام ،والمستهلك يتمتع في هذا الوقت بحرية التصرف بحقوقه [82]، أما فيما يتعلق بعقود الاستهلاك الدولية ،فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية صحة شرط التحكيم الوارد فيها، وذلك من خلال قرارها في قضية (jaguar) [83] والتي تتلخص في أن نزاع نشأ سنة 1990 بين مواطن فرنسي ، السيد (meglio)المقيم في فرنسا وشركة السيارات الانجليزية(x j 220)التي تتولى تصنيع نوع خاص من السيارات تنتجها شركة (jaguar) الفرنسية ،حيث قام بشراء سيارة بموجب عقد شراء يتضمن شرطاً تحكيميًا ،ثم طالب برد الثمن الذي دفعه، نتيجة اعتقاده أنه قد تعرض للغش من شركة الجاكوار الفرنسية التي دفعت بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية ، وهو الدفع الذي رفضته محكمة باريس مستندة إلى المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي ،التي تنص على عدم صحة شرط التحكيم في العقود المختلطة ،وفي مرحلة الاستئناف ،قضت المحكمة بعدم اختصاصها، نظراً لصحة شرط التحكيم المرتب لجميع اثاره، واعتبرت أنه وبالرغم من الطبيعة المختلطة للعقد ،فانه مترتبط بمصالح التجارة الدولية نتيجة انتقال السلع والخدمات عبر الحدود ،وهو يبرر استقلال اتفاق التحكيم عن القانون الواجب التطبيق ،ويعتبر الاتفاق صحيح ،ومنتج لأثاره، ثم قام السيد (meglio) بالطعن بقرار محكمة الاستئناف، بحجة أن الغرض من شراء السيارة هو الاستعمال الشخصي، وليس المهني، وليس هناك ارتباط بين هذه العملية والتجارة الدولية، إلا ان محكمة النقض الفرنسية رفضت ما دفع به السيد (meglio) ،مستندة في ذلك إلى أن العقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية ،واستقلالية شرط التحكيم [84]، فأكدت محكمة النقض الفرنسية أن انتقال السلع والخدمات عبر الحدود تجعل من العقد عقداً يمس مصالح التجارة الدولية، ولا يغير من ذلك ما

---

80. Mauro rubion sammarttano : **Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage** ?، 7/72017، Rev ، https://www-actu--juridique-fr.translate.goog .

81.اناس منير ، مرجع سابق ،ص 79.

82.يوسف شندي، مرجع سابق ،ص 106.

83 .Rev،Cass. Civ 1er ، 21 mai 1997، Jagua https://www-legifrance-gouv fr.translate.goog/juri/id/JURITEXT000007331541/?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=sc

84.اناس منير ، مرجع سابق، ص 81،89.

يتوصل إليه القاضي من ملابسات، تفيد بأن الشراء كان لأجل الاستعمال الشخصي للمستهلك، كما أن من ضمن الحجج التي استندت اليها محكمة النقض الفرنسية ،هو استقلالية اتفاق التحكيم في العلاقات ذات العنصر الاجنبي، مع مراعاة النظام العام الدولي ،فلا تتأثر صحة اتفاق التحكيم بالقواعد الوطنية التي تقرر بطلانه 85 وبذلك فان شرط التحكيم في عقد الاستهلاك الدولي صحيحا ؛لتوفر معيار موضوعي محض يعتمد على الحقيقة الاقتصادية للعملية التعاقدية التي ينتج عنها انتقال السلع، والخدمات من دولة لأخرى و يؤدي إلى اختلاف مفهوم التجارية في المجال الدولي ،عن ما هو معمول به في المجال الداخلي حيث ان فكرة التجارية في التحكيم الدولي تختلف عن تلك الخاصة بالعمل التجاري بالمفهوم الضيق في القانون التجاري فيكون التحكيم تجارياً؛ كلما تعلق الأمر بنزاع ناشئ بمناسبة عملية اقتصادية دولية وتثير مصالح التجارة الدولية، كم انه مستقلًا عن القانون الوطني واجب التطبيق فلا يتأثر بالقواعد الوطنية التي تقرر بطلانه فالاتفاق بين المستهلك والمهني في عقدهم الدولي على اللجوء للتحكيم يعتبر مشروعاً أما في الحالة التي يلجأ فيها المهني إلى إدراجه بإرادته في العقد دون اتفاق يشكل بطبيعته شرطا تعسفيا 86.

بعد استعراض الآراء المؤيدة ،والمعارضة ،لمسألة التحكيم في عقود الاستهلاك الداخلية، والدولية ، يبقى السؤال حول موقف المشرع الفلسطيني من مسألة اللجوء للتحكيم لفض تلك المنازعات، لذلك سوف تقسم الباحثة هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الاول : موقف المشرع الفلسطيني من التحكيم في عقود الاستهلاك .

المطلب الثاني : صور اتفاق التحكيم في عقود الاستهلاك.

85. ، rithy chey op.cit.

86.اناس منير ، مرجع سابق ،ص 83.

المطلب الاول

موقف المشرع الفلسطيني والاردني من التحكيم في عقود الاستهلاك

لم يأت قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 بتنظيم خاص لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك، واكتفى بتعريف المستهلك وبيان حقوقه الموضوعية لكنه وبذات الوقت لم يغفل بالكلية عن تسوية تلك المنازعات ،حيث نصت المادة (3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على أن للمستهلك الحق في " 7- التعويض بالتقاضي مباشرة او بواسطة جمعيات حماية المستهلك "87.

يتضح مما سبق أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني ،أعطى المستهلك الحق باللجوء للقضاء العادي، للحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، من جراء عقد الاستهلاك الذي أبرمه مع المزود ،و أعطاه الحق باللجوء لجمعيات حماية المستهلك من أجل تمثيله أمام الجهات المختصة وبذات الوقت أغفل وبشكل تام اللجوء للوسائل البديلة كالتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك أي أن المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك لا يأت بنص واضح وصريح يجيز أو يمنع اللجوء للتحكيم في هذه المنازعات .

بالمقابل ،أجاز قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017 الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك بشكل واضح وصريح، دون أن يضع تنظيماً خاصاً به وذلك في نص المادة (22)، والتي نصت على أنه "يعد من الشروط التعسفية بصوره خاصه كل شرط 7- يسقط حق المستهلك في اللجوء للقضاء، او الوسائل البديلة لفض المنازعات، وفقا لتشريعات النافذة88" بالرغم من أن القانون ذاته أكد حق المستهلك في إقامة الدعاوي ،واللجوء للقضاء، وذلك في نص المادة (3) "للمستهلك الحق في إقامة الدعاوي عن كل ما من شأنه الاخلال بحقوقه ،أو الاضرار بها او تقيدها بما في ذلك اقتضاء التعويض العادل عن الاضرار التي تلحق به جراء ذلك "89، حيث اعتبر ان الحد من اللجوء للتحكيم من الشروط التعسفية ، واجبة الابطال.

87. راجع نص المادة (7/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005.
88. نص المادة (22/ ب 7) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.
89.نص المادة (6/3) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.

إن مسألة البحث في مشروعية التحكيم في منازعات الاستهلاك تتشعب إلى مسألتين ؛الاولى هي قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقد الاستهلاك للتحكيم ، والثانية هي تراضي طرفي العقد على اللجوء للتحكيم ،لذلك سوف نتناول المسالتين على النحو التالي :

الفرع الأول :قابلية موضوع المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك للتحكيم.

الفرع الثاني : رضى المستهلك بالتحكيم .

الفرع الاول

قابلية موضوع المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك لتحكيم

تنص المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني ،على أنه "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين ، أو اعتباريين ،يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أياً كانت طبيعة هذه العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ،مع مراعات الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها "[90]،كما وتنص المادة (4) من ذات القانون على انه "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل التالية ،المسائل المتعقلة بالنظام العام في فلسطين ،والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح ،والمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"[91].

وجاءت المادة (2) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004[92] الخاص باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم بتفصيل المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم ،ونصت على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ،و المسائل التي لا يجوز الصلح فيها كالعقوبات والمنازعات المتعلقة بالجنسية ،وكل ما هو متعلق بالأحوال الشخصية كالطلاق، والنسب والارث ،والنفقة على أنه يجوز أن يكون موضوعا لتحكيم تقديراً لنفقة واجبة ،أو تقديراً لمهر أو أية دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الاحوال الشخصية "[93].

90. نص المادة(2) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
91. نص المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
92.قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000م المنشور في الوقائع الفلسطينية .العدد50 . بتاريخ 2004/4/12.
93. نص المادة (2) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004م باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000م.

بالمقابل ،المادة (9) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001جعلت معيار المنازعات القابلة للتحكيم هو جواز الصلح فيها، سواء أكانت تجارية أم مدنية، ونصت على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "[94].

يتضح من النصوص القانونية السابقة ،أن الأصل هو جواز التحكيم في جميع المسائل المالية التي تدخل ضمن إطار القانون الخاص بشرط ان تكون غير مخالفه للنظام العام ،وقابلة لصلح، بالتالي يمكن القول أنها تشمل كافة الحقوق، وينبثق عن تلك النصوص العديد من الاسئلة، منها ما المقصود بالنظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم ؟ وهل ينطبق مفهوم النظام العام في مجال التحكيم مع مفهوم النظام العام بشكل عام ؟ وهل المقصود بالنظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم :جميع القواعد الامرة ؟ وهل المقصود بالنظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم: النظام العام الداخلي والدولي؟

إن الأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام، يؤدي إلى استبعاد التحكيم في جميع المجالات، لأنه لا يوجد في القوانين الحديثة قانون يخلو من القواعد الآمرة بالتالي لا يعقل استبعاد التحكيم في كافة المسائل التي تحكمها القواعد الآمرة ،فاصبح من الضروري تحديد مفهوم النظام العام بشأن قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم ،ويجب التسليم بأنه لا يجوز استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام من نظام التحكيم انما يؤخذ بعين الاعتبار المسألة المراد فضها من خلال الولوج للتحكيم، فيما اذا كانت، لا يجوز الولوج بها للتحكيم لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة أم لتعلقها بمصلحة الاطراف [95].

فاذا كانت تلك المسائل متعلقة بالمصلحة العامة ،فلا يجوز الولوج بها للتحكيم أما بخصوص المسائل التي لا يجوز الولوج بها للتحكيم ،لاعتبارات خاصة، كحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ،كقواعد حماية المستهلك ،فيؤخذ بعين الاعتبار مقدار حرية الاطراف بالتصرف بالحقوق موضوع النزاع، فالمسائل التي لا يملك الاطراف حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها لا يمكن الولوج بها للتحكيم، اما المسائل المتنازع عليها ،والتي يملك الاطراف حرية التصرف فيها يجوز الولوج بها للتحكيم، فالحقوق القابلة للتصرف هي الحقوق التي يملك اصحابها التصرف بها كالتنازل، والتخلي عنها ومنع النظام العام اصحابها التخلي والتنازل عنها، اذا تعارضت معه ، فيخرج حق التصرف بها عن إرادة اصحابها ،ومنها حقوق المستهلك المتعلقة بالنظام العام ،

[94].نص المادة (9) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (31) لسنة 2001.
[95] .يوسف شندي، مرجع سابق، ص 100.

فالنظام العام الحمائي تظهر فعاليته في الوقت الذي يكون فيه الاشخاص في علاقات غير متساوية أي عند نشوء الحقوق، ويفقد فعاليته عندما تصبح الحقوق مكتسبة[96] ان الاشكالية تكمن في تحديد الوقت الذي تصبح فيه حقوق المستهلك قابله للتصرف ، المستهلك وفي مرحلة ابرام العقد يكون في موقع ضعيف في مواجهة المزود وفي حينها يكون عقد الاستهلاك غير قابل للتحكيم، أما مشارطة التحكيم التي تبرم بعد نشوء النزاع لا تخالف النظام العام؛ لأن المستهلك بهذا الوقت يتمتع بحرية التصرف بحقوقه والتصالح عليها [97].

نستنتج مما سبق أن عدم قابلية النزاع للتحكيم لا يمكن ان تنتج بمجرد المساس بالنظام العام، إنما يجب أن يكون النظام العام قد انتهك فعلاً، بالتالي فإن مجرد تعلق عقد الاستهلاك بقاعدة من قواعد قانون الاستهلاك التي تتصف بالصفة الآمرة ؛لتعلقها بالنظام العام لا تجعله غير قابل للتحكيم ، كما وتصبح حقوق المستهلك قابلة للتصرف ،أي قابلة للصلح، وبالتالي للتحكيم بعد نشوء النزاع أي بعد إبرام العقد .

ويختلف مفهوم النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي، فليست كل مسألةٍ من النظام العام الداخلي تدخل ضمن إطار النظام العام الدولي،[98]فالنظام العام الداخلي يتعلق بالمصالح الاقتصادية، والاجتماعية للدولة والنظام العام الدولي، فهو مرتبط بالمصلحة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الدولي ككل، والنظام العام الداخلي يختلف من مجتمع لآخر، ومن منطقة لأخرى اما النظام العام الدولي فهو واحد لكافة دول العالم فيعتبر حكم التحكيم الدولي باطل اذا خالف النظام العام الدولي، ولا يعتبر كذلك اذا خالف النظام العام الداخلي، أما بخصوص التحكيم الداخلي فان قابلية موضوع النزاع للتحكيم تحدد وفقاً لنظام العام الداخلي[99].

---

[96] .اناس منير ،مرجع سابق،ص224.

[97] .يوسف شندي، مرجع سابق،ص106.

[98] .حمزه احمد حداد :**التحكيم في القوانين العربية**، الطبعة الثانية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2014،ص435.

[99] . عبد الحميد الاحدب :**مفهوم النظام العام في التحكيم** ، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم ، المركز الدولي للوساطة والتحكيم ، عدد3، 2003،ص 44.

الفرع الثاني

رضى المستهلك بالتحكيم

اتفاق التحكيم هو عقد ملزم للجانبين، و ينعقد بتوافق الايجاب و القبول على اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم المنازعات دون قضاء الدولة، ويجب أن تكون إرادة الاطراف واضحة في التعبير عن ارادتهم في حسم النزاع عن طريق التحكيم ،وأن تكون هذه الارادة خالية من العيب ، والاكراه والغلط، والتغرير100 ،وبالرجوع إلى المادة (1/5) من قانون التحكيم الفلسطيني نجدها قد عرّفت اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية...." 101. بالتالي و استناداً إلى نص المادة السابق ،فأن المبدأ المستقر عليه ان التحكيم رضائي .

اشترطت معظم القوانين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ،وقد ثار خلاف بين التشريعات حول أهمية تلك الكتابة، فبعضها يرى أن الكتابة في اتفاق التحكيم هي للأثبات في حين يراها بعضهم الاخر بأنها شرط للانعقاد .

نصت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً" 102 إلا أن الهدف من الكتابة كان محلاً للخلاف، فيرى البعض أن الكتابة هي شرطٌ للأثبات وليس للانعقاد ، لأن اتفاق التحكيم عقد رضائي ،ينعقد بتوافق الايجاب ،والقبول ،وليس عقدا شكليا لان الكتابة فيه ليست ركناً، وانما مجرد وسيلة اثبات، ولو كان للانعقاد لنص على بطلانه في حال تخلفه بالتالي يجوز اثباته باي طريقة تقوم مقام الكتابة، كالرسائل المتبادلة بين الاطراف والاقرار ، 103 في حين قضت محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية 1030/2018 على أن الكتابة هي شرطٌ للانعقاد، وليست للإثبات " الكتابة في القانون الفلسطيني هي شرط انعقاد، وشرط لنشوء اتفاق التحكيم .....وأن عدم ذكر البطلان في النص الفلسطيني لا ينفي عنه شرط الانعقاد، بدليل الوجوب في النص الفلسطيني، لذلك يترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم انحداره إلى درجة

100.أحمد ابراهيم عبد التواب :**صور اتفاق التحكيم واستقلاله "دراسة مقارنة في قانون الاجراءات المدنية لدولة الامارات العربية "** ، مجلة الامن والقانون، اكاديمية شرطة دبي، مجلد 16، عدد1، يناير 2008، ص 331-332، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/12/16م الساعة 9 صباحاً.

101. نص المادة (1/5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

102. نص المادة (2/5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

103.يوسف محمد شندي، **التحكيم الداخلي والدولي**، مرجع سابق ،ص 77.

البطلان، كون اتفاق الحكيم من العقد الرضائية، لذا فان الشرط الشكلي متمثل في الكتابة ،وعدم الكتابة يفقد التحكيم كل مقوماته ووجوده"104.

بالمقابل فان المشرع الاردني، وفي نص المادة(10) " يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ،والا كان باطلا" 105 حسم الامر واعتبر الكتابة شرطا للانعقاد 106.

ترى الباحثة أنه لا أثر لتفرقة بين اشتراط الكتابة للانعقاد ،أو للأثبات لأن الهدف من الكتابة ، التأكد من ارادة الاطراف في حسم النزاع بطريقة التحكيم ، والسماح لهيئة التحكيم من التأكد من اختصاصها ،والسماح للقضاء بالرقابة على قرار التحكيم وتفحص رضى المستهلك .

بالرغم من أن المستهلك وقع على عقد الاستهلاك؛ و يفترض أن المتعاقد قد وافق بشكل تلقائي على جميع الشروط التي ترد فيه ،الا أنه يجب التأكد من رضى وعلم المستهلك بالشروط التي يتضمنها العقد ،ومنها شرط التحكيم ،غير أن مبدأ القوة الملزمة لتوقيع تحول دون ذلك كقاعدة عامه ،ما لم توجد نصوص تشريعية تستثني اتفاق التحكيم الذي يتضمنه عقد الاستهلاك من ذلك المبدأ ،حيث أن مبدأ القوة الملزمة للتوقيع والذي تبنى عليه فرضية قراءة العقد ،وفهم وقبول ما فيه يقتضي الزامية الشروط الموقع عليها الا ان هذا المبدأ يقتصر على العقود التي تقوم على مبدا المساواة بين الاطراف اما العقود التي تكون مطبوعة مسبقا، فأنه يتوجب التأكد من علم الطرف الضعيف، ورضاه بها 107.

واستجاب المشرع الاردني إلى هذه النظرية ، وأبطل شرط التحكيم في نص المادة (10) من قانون التحكيم الاردني المعدل، حيث نص صراحة على" د- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، ومع عدم المساس بالأوضاع القانونية السابقة لسريان هذا القانون المعدل يقع باطلا اي اتفاق

104.استئناف مدني/ رام الله حقوق رقم 2018/1030، بتاريخ 2019/2/20، منشور على الموقع https://maqam.najah.edu/ تاريخ الزيارة 2024/4/20م الساعه2،صباحا.

105.نص المادة(10/أ) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم رقم (16) لسنة 2018.

106. زيبار الشاذلي : **النظام القانوني لاتفاق التحكيم** ، مجلة البحوث القانونية والسياسية ، جامعة تيارت، العدد 7، ديسمبر ،2016، ص 301. منشور على الموقع https://www.asjp.cerist.dz/en/article/125877 تاريخ الزيارة 2023/12/11م الساعة 12 كما وانظر ، عثمان غازي صالح :شرط التحكيم في العقود الادارية "دراسة مقارنة" ،مجلة القانون والاعمال ،جامعة الحسن الاول،2021،ص40،منشور على الموقعhttps://www.mandumah.com / تاريخ الزيارة 2023/12/15 الساع 4مساءً.

107. د عامر قاسم احمد القيسي :**الحماية القانونية للمستهلك** ،الطبعة الاولى ،الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2002،ص 33،34،35.

سابق على التحكيم في الحالتين التاليتين 1- عقود المستهلكين المعدة على نماذج مطبوعة مسبقا 2- عقود العمل " 108.

بالتالي المشرع نص على بطلان شرط التحكيم في عقود الاستهلاك ،اذا جاء ضمن شروط مطبوعة مسبقا ،علماً ان نص المادة (11) من ذات القانون تنص على أنه " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع، سواءً كان مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات، أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ،ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً ، وإلا كان الاتفاق باطلاً" 109.

نستنتج مما سبق ؛ ان اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) يكون باطل اذا جاء ضمن شروط مطبوعة مسبقا في عقود الاستهلاك ،المعدة مسبقا ،اما اذا لم يرد ضمن شروط مطبوعة مسبقا فهو صحيح، وان تم قبل نشوء النزاع ومثال ذلك :قد يتم توقيع اتفاق تحكيم في وثيقة منفصلة وقت ابرام عقد الاستهلاك ومثال ذلك ايضا :عقد التامين ،والذي يعد من عقود الاستهلاك، فشرط التحكيم فيه يجب أن يأتي مستقلاً عن العقد الاصلي، وذلك استنادا إلى نص المادة (924) من القانون المدني الاردني ،والتي نصت على أن اتفاق التحكيم يقع باطلا اذا لم يرد منفصلا عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التامين ، بالتالي نلاحظ عدم وجود أي تعارض بين نص المادة السابقة ،والمادة (10) سابقة الذكر من قانون التحكيم الاردني 110 .

بالمقابل إن قانون التحكيم الفلسطيني جاء خاليًا من النص على بطلان اتفاق التحكيم الذي يرد في عقود الاستهلاك المعدة على نماذج مطبوعة مسبقا، مما يدل على أن موقف المشرع الاردني لا ينسجم مع موقف المشرع الفلسطيني .

والمزود المتعاقد مع المستهلك يقع عليه عبءُ اثبات علم المستهلك بوجود اتفاق تحكيم وبالأثار والمسؤوليات المترتبة على ذلك الامر الذي ينطوي تحت التزام المزود بأعلام المستهلك ،وتبصيره قبل التعاقد بحقوقه والتزاماته، حيث ان المادة (6/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني نصت على أن من حق المستهلك الحصول على المعلومات الكافية ،والحقيقية عن السلعة او الخدمة التي سوف يشتريها ،أو يستخدمها حتى يتمكن من الاختيار الحر والواعي بين

108. نص المادة (10/ د) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم (16) لسنة2018.
109. نص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001
110.محمد ونجاح ، مرجع سابق ،ص 166.

السع والخدمات 111 ، فيلاحظ على نص المادة السابقة أنها اقتصرت على إعلام المزود للمستهلك بالبيانات ،والمعلومات التي تخص السلع والخدمات، بالمقابل فان المادة (3/3) من قانون حماية المستهلك الاردني112 نصت على أنه من حق المستهلك الحصول على معلومات كامله و واضحة قبل إبرام العقد عن الالتزامات المترتبة على عاتقه تجاه المزود، وحقوق المزود اتجاهه، فهذه الفقرة تخص التزامات الاطراف ،ولا تتعلق بمواصفات السلع والخدمات، فينبع عن هذا الالتزام واجب المزود ،بأثبات أنه قد أعلم المستهلك قبل إبرام العقد باثر اللجوء للتحكيم، وهو عدم امكانية المستهلك باللجوء للقضاء، بالقابل فان البند الثاني من ذات المادة تحدث عن حق المستهلك بالحصول على لمعلومات الكافية عن السلع والخدمات113.

تحديد المسائل التي اتفق الأطراف على إحالتها إلى التحكيم يتوقف على تفسير اتفاق التحكيم خاصة اتفاق التحكيم المبرم بشكل سابق لوقوع النزاع ، والطبيعي أن اتفاق التحكيم الذي ابرم بشكل منفصل عن عقد الاستهلاك، وتكون النزاعات فيه مستقبليه فإنه لا يتم تحديد موضوع النزاعات فيه، فيقال تحال جميع المنازعات المتعلقة مثلا بتنفيذ هذا العقد إلى التحكيم 114.

أما اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد نشوء النزاع فيكون موضوع النزاع فيه محدداً والا كان باطلاً وذلك استناداً إلى نص المادة (4/5) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي نصت على "4 -إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع ،وإلا كان باطلاً." 115 ، ونص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواءً كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات، أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى

111.نص المادة (6/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21)لسنة 2005 6 -الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والواعي بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق"

112.نص المادة(3/3) من قانون حماية المستهلك الاردني (7)لسنة(2017) " 3- الحصول على معلومات كامله و واضحة قبل اتمام عملية الشراء عن الالتزامات التي تترتب في ذمته للمزود وحقوق المزود في مواجهة المستهلك".

113.، محمد و نجاح ، مرجع سابق ، ،ص166.

114. سهاد عايدي ، مرجع السابق ، ص 167.

115.نص المادة (4/5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

التحكيم تحديداً دقيقاً، وإلا كان الاتفاق باطلاً" 116 ،وفي اتفاق التحكيم السابق على نشوء النزاع يكون التحديد بصيغة عمومية اكثر تتسبب بخلاف اكبر حول تفسير الاتفاق .

ويعرض الفقه عادة لتفسير الشك في دلالة اتفاق التحكيم بصدد تحديد موضوع التحكيم ،وما يشمله من منازعات، وهو ينطلق في هذا الصدد من كون حرية الاتفاق على التحكيم قد جاءت على خلاف الاصل من ولاية القضاء في الفصل في المنازعات ،لينتهي إلى اعتماد مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم، وإلى أنه وفي كل حاله يثور فيها شك حقيقي حول اتجاه الارادة المشتركة للمتعاقدين إلى شمول الاتفاق لمنازعه من المنازعات يتعين القول بانتفاء هذه الارادة، وخروج المنازعة من مجال التحكيم ويبقى الفصل فيها من صلاحيات القضاء 117،اما بخصوص نطاق مبدأ التفسير الضيق، فهو لا يقتصر على حالة الشك في شمول اتفاق التحكيم لنزاع او اخر بين طرفين على نحو يكون الرجوع معه إلى الاصل من خضوع النزاع المشكوك فيه في شمول اتفاق التحكيم له لولاية القضاء وانما يشمل كذلك الشك حول اليات التحكيم ذاته ،وكيفية اتمامه وفي هذه الحالة، لا يكون القول بالرجوع للأصل، وهو ولاية القضاء مقيدا في حسم الشك، إنما يكون الرجوع للقواعد العامة التي وضعها المشرع في حال عدم الاتفاق على المسألة التي ثار بشأنها الشك، مثال ذلك، ان يثور الشك حول اتفاق الطرفين على هيئة التحكيم فيكون الرجوع إلى حكم القانون القاضي بتخويل المحكمة سلطة تعين المحكم ، وبالتالي يتم تفسير اتفاق التحكيم عند وجود الشك لمصلحة الطرف الضعيف ،وعندما يكون اتفاق التحكيم واضحاً في شموله للمسالة المتنازع فيها فيطبق اتفاق التحكيم بغض النظر عن موقف المستهلك118 .

يتضح مما سبق ،أن اللجوء للتفسير لا يتم إلا في حال غموض شرط التحكيم، أما عندما يكون اتفاق التحكيم واضحاً في شموله للمسالة المتنازع فيها فيطبق اتفاق التحكيم، بغض النظر عن موقف المستهلك؛ وذلك لان حماية المستهلك لا يمكن ان تكون ذريعة للجنوح عن قواعد التفسير المستقرة، والتي تقضي بانه لا يجوز الانحراف عن عبارة العقد الصريحة ، كما ترى الباحثة ان تفسير اتفاق التحكيم ينبغي أن يكون لصالح الطرف الضعيف، كون أن عقود الاستهلاك تنظم من الطرف الاقوى على حساب الطرف الاخر الضعيف .

---

116. نص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

117. مصطفى محمد الباز: **شكل اتفاق التحكيم وتفسيره في قانون التحكيم المصري والسعودي** ،مجلة العدل، وزارة العل المكتب الفني مجلد18،عدد46،ابريل2016، ص 159،منشور على الموقعhttps://www.mandumah.com / تاريخ الزيارة 2023/12/15م الساعة 4 مساء .

118. مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال: **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية** ،الطبعة الاولى ،1998. ،ص542.

المطلب الثاني

صور اتفاق التحكيم في عقود الاستهلاك

كما تحدثنا سابقاً، فإن اتفاق التحكيم :هو عقد ملزم للجانبين، وينعقد بتوافق الايجاب والقبول على اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم المنازعات دون قضاء الدولة، ويجب أن تكون إرادة الاطراف واضحة في التعبير عن إرادتهم في حسم النزاع عن طريق التحكيم، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيب، والاكراه ،والغلط، والتغرير، ولاتفاق التحكيم صورتين، سوف نتناولهما على النحو التالي:

الفرع الاول : شرط التحكيم في عقود الاستهلاك.

الفرع الثاني : مشارطة التحكيم في عقود الاستهلاك.

الفرع الاول

شرط التحكيم في عقود الاستهلاك

لم يعرف المشرع الفلسطيني شرط التحكيم بشكل واضح، على عكس بعض التشريعات الاخرى، بل اكتفى في نص المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني بذكر شرط التحكيم بشكل عام ،دون التطرق إلى تعريف واضح وصريح ،[119] بالمقابل أوجد المشرع الاردني تعريفاً واضحاً وصريحاً لشرط التحكيم [120] و بالتالي يمكن تعريفه على أنه: اتفاق الاطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي من الممكن أن تنشأ بينهم [121].

إن شرط التحكيم غير متعلق بنزاع حال انما بنزاع مستقبلي قد يحدث، وقد لا يحدث [122] ، ولا يشترط أن يتضمن أسماء المحكمين أو تحديد موضوع النزاع بشكل دقيق إنما يتم الاكتفاء بتحديد

---

119. نص المادة (1/5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000" اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل" .

120.نص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم (16) لسنة 2018"يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء اكان مستقلا بذاته او وارد بعقد معين....".

121.احمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص345.

122. عبد الباسط محمد عبد الواسع: **شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي "دراسة مقارنة"** ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2014، ص 63.

موضوع النزاع بشكل عام ، و الغالب أن يتم إدراجه بشكل مسبق في العقد الاصلي الذي ينظم العلاقة بين الطرفين ،واغلب حالات التحكيم في العقود الخاصة ،و الدولية تكون في صيغه شرط تحكيم ومثال ذلك أن يتضمن العقد في أحد بنوده شرطاً ينص على انه وفي حال نشوء نزاع بين المزود والمستهلك في المستقبل يحال للتحكيم ،و عادة ما يرد شرط التحكيم في مؤخرة العقد، ومن الممكن ان يأتي شرط التحكيم في بداية العقد أو بالمنتصف، أو بأي مكان آخر بالعقد ،ولا يعتبر كباقي شروط العقد الاخرى، كونه يتعلق بالجهة التي سوف يتم اللجوء إليها لفض النزاع، فهذه خاصية ميزته عن باقي الشروط، ومن الممكن أن يدرج شرط التحكيم بشكل مستقل لعدة اسباب، ومنها: نسيان الاطراف ادراجه بالعقد الاصلي ، أو لجهل الاطراف بإمكانية تسوية النزاع بواسطة التحكيم ، وسواء في العقد الاصلي أو في اتفاق مستقل، فمن الممكن ان يتضن كافة الشروط التي يرغب الاطراف في إملائها ما دامت لا تخالف النظام العام 123.

قد يخلو العقد الاصلي بين المزود والمستهلك من شرط التحكيم، ويكتفي الاطراف بالإحالة إلى عقد سابق كان مبرماً فيما بينهم ، ولم يشر قانون التحكيم الفلسطيني، ولا لائحته التنفيذية إلى شرط التحكيم بالإحالة لا صراحةً، ولا ضمناً، وذلك على خلاف التشريعات الأخرى التي أخذت به وبالرغم من ذلك فأنه بالإمكان الاخذ به ،لان قانون التحكيم الفلسطيني لم يمنع الاخذ به 124.

إن الاتفاق على اللجوء للتحكيم في عقود الاستهلاك الداخلية بموجب (شرط تحكيم) يشكل خطراً على المستهلك ؛لعدم علمه بحجم النزاع الذي سوف ينشأ ، ولكونه الطرف الضعيف في العملية الاستهلاكية تدفعه حاجته للسلع والخدمات إلى قبول كافة الشروط التي يضعها المزود، حتى وإن كانت مجحفة بحقه، كما أن شرط التحكيم في عقود الاستهلاك مخالف لقواعد النظام العام ؛لأن المستهلك لا يتمتع في ذلك الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها ،125 بالمقابل فإن اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك الدولية بموجب شرط تحكيم جائز؛ كونه مرتبطاً بمصالح التجارة الدولية ،نتيجة انتقال السلع والخدمات عبر الحدود، وهو ما يبرر استقلال اتفاق التحكيم عن القانون الواجب التطبيق ،ويعتبر الاتفاق صحيح منتجاً لآثاره ما لم يأتي بشكل تعسفي.

123. حمزه احمد حداد ، مرجع سابق ، ص105،109

124.مهدي العزوزي، مرجع سابق، ص 94.

125.أحمد اشراقية :**قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك للتحكيم** :دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية –السنة 8- العدد 4،ج ،ص238، منشور على الموقعhttps://www.mandumah.com / ،تاريخ الزيارة 2024/4/1،الساعه6 مساءً.

وبالرغم من الخطورة التي يشكلها شرط التحكيم في عقود الاستهلاك على مصلحة المستهلك، جاء قانون التحكيم الفلسطيني خالياً من أي نص يفيد بأبطال شرط التحكيم الوارد بعقد الاستهلاك، بالمقابل فإن المشرع الاردني اعتبر شرط التحكيم الوارد في عقود الاستهلاك المعدة مسبقا باطل ،واستثنى شرط التحكيم الذي يرد بشكل مستقل عن العقد الاصلي 126.

الفرع الثاني

مشارطة التحكيم في عقود الاستهلاك

إن مشارطة التحكيم ما هي الا صورة من صور اتفاق التحكيم ،فقد يغفل الأطراف عند إبرام العقد عن إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي، أو في الاتفاق المستقل ، وقد لا يجدون حاجةً لأدراج مثل هذا الشرط قبل نشوء النزاع ، وبإمكانهم بعد نشوء النزاع إذا رغبوا باللجوء للتحكيم لفض النزاع إبرام ما يسمى بمشارطة التحكيم ، بالتالي تعرف مشارطة التحكيم على انها : اتفاق طرفي العقد بعد نشوب النزاع على اللجوء للتحكيم ، فمشارطة التحكيم لا يتم الاتفاق عليها الا بعد نشوب النزاع ولا يمكن ان تكون قبل نشوب النزاع وإلا كانت باطله 127 ، و تأتي دائما في محرر أو مستند مستقل عن العقد الأصلي 128.

ولا يصار إلى مشارطة التحكيم إلا اذا جاء العقد الاصلي بين الأطراف خالي من شرط التحكيم ، وقد أسلفنا القول بأن اللجوء إلى التحكيم بموجب شرط التحكيم هو الاصل خاصةً في العقود الدولية ،ولما كانت مشارطة التحكيم تتعلق بنزاع قائم فأنها تقترب من الناحية العملية من لائحة الدعوى بالنظر إلى أنها تبرم بعد نشوء النزاع، لذلك فان معظم القوانين تشترط تحديد موضوع النزاع بشكل دقيق ، والا كانت باطلة وهذا أمر طبيعي، لأن النزاع بات معروفًا ومحدد المعالم 129.

وهذا ما استلزمه صراحة نص المادة (5/4)من قانون التحكيم الفلسطيني بقوله "إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع، فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً " 130ونص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني"كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، ولو كانت

126.نص المادة (10/أ) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم (16) لسنة 2018.
127.اية اسعد حامد :**مشارطة التحكيم** ،الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية،2023،ص20.
128. عمر نوري عبد الله عبابنة :**شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله** " دراسة مقارنة" ،رسالة دكتوراه ،جامعة عمان العربية ، كلية الدراسات القانونية العليا ، عمان ،2006،ص36.

129. مختار برغانى :**اتفاق التحكيم و صوره، مجلة المناظرة ،هيئة المحامين بوجدة**، مجلد 16، عدد 17، ماى 2014، ص 638.

130. نص المادة (4/5)من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً " 131 ونص المادة (10/2) من قانون التحكيم المصري "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ،ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ،وفي هذه الحالة، يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً " 132، بالتالي واستنادا إلى نصوص المواد السابقة، يترتب على كل من، المستهلك والمزود عند ابرام مشارطة التحكيم ،أن يحددوا موضوع النزاع بشكل محدد و دقيق ،باعتبار أن النزاع أصبح قائماً و معروفاً.

قضت محكمة العدل العليا بأن" الاتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع، يجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع، وإلا كان باطلاً ، وباطلاع المحكمة على صك التحكيم فقد تضمن بشكل واضح وصريح لا لبس فيه عدم بيان موضوع النزاع ،فموضوع النزاع جاء مجهلاً، وجهالته على نحو فاحش بما يرتب البطلان" 133.

لم يتطرق المشرع الفلسطيني في نصوص قانون التحكيم للحديث عن مشارطة التحكيم في عقود الاستهلاك، بالمقابل فان المشرع الاردني أجاز اللجوء للتحكيم في عقود الاستهلاك بموجب مشارطة التحكيم، حيث انه اشترط لصحة التحكيم في عقود الاستهلاك أن يأتي شرط التحكيم باتفاق مستقل عن العقد الاصلي، ومشارطة التحكيم بكل الاحوال هي مستقله عن العقد الاصلي؛ لأنها تبرم بعد نشوب النزاع 134 .

نستنتج مما سبق، أن قانون حماية المستهلك يضع قواعد حمائية من النظام العام وهي تمثل حد ادنى من الحماية لا يجوز النزول عنه وتهدف إلى حماية الطرف الضعيف ،وهو المستهلك وإعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد وأن مفهوم النظام العام في قانون التحكيم يختلف عن مفهوم النظام العام بشكل عام ،ويتم النظر للمسألة نفسها، المراد فضها عن طريق التحكيم، فيما اذا كانت تتعلق بالمصلحة العامة أم لا، فأن كانت لا تتعلق بمصلحة عامة بل بمصلحة احد الافراد والغرض منها حماية الطرف الضعيف، فيتم النظر فيما اذا كانت قابلة لتصرف فيها أم لا، فإبرام اتفاق تحكيم مع المهني لحل النزاعات عن طريق التحكيم قبل نشوء النزاع غير صحيح ؛كونه

131. نص المادة (11) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم(16) لسنة 2018.
132.راجع نص المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
133.محكمة العدل العليا رام الله /حقوق ،قرار 2017/531،بتاريخ 26 /3/20172016منشور على الموقع الالكتروني https://www.mandumah.com/تاريخ الزيارة 2023/9/24 الساعة 10:30مساءً.
134 .نص المادة (10) من قانون التحكيم الاردني المعدل رقم (16) لسنة 2018.

مخالف للنظام العام ،لأن المستهلك لا يتمتع بذلك الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها ،ولكن، وبالمقابل يجوز للمستهلك ابرام اتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع بموجب مشارطة تحكيم؛ كونها لا تخالف النظام العام والمستهلك في ذلك الوقت يتمتع بحرية التصرف بحقوقه والتصالح عليها .

إن الحكم الصادر عن محكمة صلح رام الله بتاريخ 2014/2/24 أبطل شرط التحكيم الوارد في عقد العمل الفردي ،وأجاز مشارطة التحكيم، بشرط ان لا تكون قد ابرمت اثناء سريان العقد، وانما بعد انتهاء العقد بين الطرفين، لأن حقوق العامل في ذلك الوقت تصبح قابلة للصلح والتصرف، وبالتالي بإمكانه اللجوء للتحكيم، أما قبل انتهاء العقد، فيكون العامل ما زال تحت تأثير العلاقة التبعية مع رب العامل 135،ترى الباحثة بضرورة قياس اللجوء للتحكيم في عقود الاستهلاك على اللجوء للتحكيم في عقد العمل فيما يتعلق بصورة الاتفاق على أن يتم ابطاله اذا ورد بصورة شرط واجازته اذا ورد بشكل مشارطة حتى قبل انتهاء العقد كون أن حقوق المستهلك تصبح قابلة للتصرف بعد ابرام العقد، أما حقوق العامل تصبح قابلة للتصرف بعد انتهاء العقد .

135.اشرف حسين، مرجع سابق ، ص348 .

الفصل الثاني

الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و دور هيئة التحكيم في معالجتها

الأصل في العقود أنها تبرم بعد عدة مفاوضات بين الاطراف المتعاقدة، فالمتعاقد لا يخضع لأية التزامات وواجبات إلا اذا كان قد رضي بها، فالرضائية هي بمثابة الدور الفعال للإرادة في مرحلة ابرام العقد و تنفيذه، و تحديد الآثار الناتجة عنه، حيث يتفق الاطراف على ادراج الشروط التي تؤدي إلى تحقيق الهدف المرجو منه، فالنظام القانوني في اي مجتمع ينهض على مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الافراد، وتحدد حقوقهم ،وواجباتهم ،حيث أنه يفترض في أية علاقة قانونية أن تقوم على مبدأ التوازن العقدي اي المساواة بين الاطراف في الحقوق والواجبات، لكن ما كان لهذا الاسلوب (المفاوضات) أن يصمد و يستمر أمام التحولات، والتغيرات الاقتصادية والتكنلوجية التي شهدتها الساحة الاقتصادية، والتي بدورها قلبت الموازين، و أصبحت العقود تحمل شروطاً نموذجية موحدة ومعدة مسبقًا، والتي بدورها عززت المركز التعاقدي للمستهلك ،على حساب المستهلك حيث تحول العقد من ثمرة للتفاوض إلى علاقات قوة بين أهم عنصرين تقوم عليهما العملية الاقتصادية ،وهما: المزود و المستهلك، وبسبب ضعف المستهلك، وانفراد المزود في تحديد مضمون العقد، استغلت الوضع فئة من المهنيين الذين يسعون إلى تحقيق مصالحهم الشخصية ،و اكبر قدر ممكن من الربح، و قاموا بإدراج شروط تعسفية مجحفة بحق المستهلك في ثنايا العقد تؤدي إلى اخلال التوازن بين طرفي العقد، وفي ظل هذه الظروف حاولت بعض التشريعات احتواء ازمة اختلال التوازن العقدي، وتوفير حماية للمستهلك لمواجهة هذه الشروط التعسفية وفي حال اختيار التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بسبب تلك الشروط التعسفية ،فأنه يقع على عاتق هيئة التحكيم معالجة هذه الشروط التعسفية[136] فما المقصود بالشرط التعسفي ؟وكيف يتم تحديده؟ وما هي المعايير المتبعة لمعرفة الشروط التعسفية ؟ وما علاقته بالمفاهيم الاخرى؟ وماهي الاجراءات المتبعة من قبل هيئة لمعالجة تلك الشروط ؟.

للإجابة عن هذه الاسئلة ، لا بد من تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الاول : ماهية الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى

المبحث الثاني: سلطات هيئة التحكيم ازاء المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك

136.عبد الرؤوف زيوش :**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك** ،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، معهد العلوم القانونية والادارية ،مجلد5،عدد2، 2020 ،ص92.

المبحث الاول

ماهية الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى

حاول كل من التشريع والقضاء التصدي لفكرة الشروط التعسفية ،سواء كان ذلك في فلسطين، ام في باقي الدول الاخرى ،وذلك نظراً للأضرار التي تلحقها تلك الشروط بالطرف الضعيف بالعقد، من خلال الاخلال بالتوازن العقدي، فهي تخلق عدم توازن بين حقوق و التزامات الاطراف، لذا فقد اصبح من المهم الوقوف على مفهوم هذه الشروط التعسفية، وطرق تحديدها ،وصورها، وغيرها من المفاهيم المشابهة لها مثل عقود الاذعان ،ويتم ذلك من خلال مطلبين :

المطلب الاول: مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده .

المطلب الثاني : معايير تميز الشروط التعسفية وطرق تحديدها

المطلب الاول

مفهوم الشرط التعسفي وطرق تحديده

مع ازدياد تعقيدات الحياة الاقتصادية اتسعت الفجوة بين المزودين من جهة ،والمستهلكين من جهة اخرى، وأصبح عقد الاستهلاك معرضاً للكثير من الشروط التعسفية بطريقة تطورت معها نظرة التشريعات لهذه الشروط [137].

تناولت هذه الدراسة في هذا المطلب التعريفات القانونية' والقضائية ،والفقيهة للشروط التعسفية، وذلك من خلال فرعين رئيسيين على النحو التالي :

الفرع الاول : مفهوم الشرط التعسفي .

الفرع الثاني: طرق تحديد الشرط التعسفي .

137.هنى عبد اللطيف ، مرجع سابق، ص511.

الفرع الاول

مفهوم الشرط التعسفي

ان تعريف الشروط التعسفية يتبع أحد الاسلوبين ، الاول غير المباشر (أسلوب القائمة)ويكون ذلك من خلال ذكر الشروط التي تعد تعسفيه ،أما الاسلوب المباشر يكون عن طريق التعريف المباشر للشروط التعسفية، بمعنى انْ يبنى التعريف على عناصر ترتبط بشكل مباشر بالشرط التعسفي، ولعل الاسلوب المباشر هو الافضل والاكثرُ مرونة، لأنه يبقي المجال مفتوحاً للإحاطة بأكبر قدر ممكن من الشروط التعسفية التي ينشئها الواقع العملي، دون الحاجه إلى تعديل القائمة التي حددها المشرع بشكل مسبق[138].

ونجد أن قانون حمايه المستهلك الفلسطيني لم يقم باتباع أي اسلوب من الأساليب السابقة ،وإنما اكتفى بنص المادة (23) منه بأنه أجاز للمجلس[139] مراجعه الشروط الواردة في عقد الاستهلاك والتوصية للوزير بإزالة الشروط التعسفية أو إعادة النظر فيها، حيث نصت المادة على أنه" يجوز للمجلس ان يراجع مدى مفعولية، وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك .... وان يوصي إلى الوزير[140] او الجهة التي تصدر عنها هذه العقود ازاله الشروط التي تراها مجحفة بحق المستهلك او يطلب اعاده النظر فيها [141]،كما انه، وفي ذات القانون حظر على المزود القيام ببعض الاعمال التي تعد تعسفية من وجهة نظره ،وذلك في نص المادة (22) التي نصت على "4- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، أو بشراء سلع أو خدمات أخرى في الوقت نفسه ،إلا إذا أعطى للمستهلك الحق في شرائها منفصلة بسعر مختلف5- اشتراط شراء خدمة بإسداء خدمة أخرى، أو بشراء سلعة" [142].

بالقابل فإن المشرع الاردني فقد اتبع الاسلوب الاول والمعروف(بأسلوب القائمة) ،وذلك من خلال ذكر الشروط التي تعتبر شروط تعسفية، وذلك في المادة (22/أ) من قانون حماية المستهلك الاردني ،والتي نصت على "ب- يعد من الشروط التعسفية بصوره خاصة كل شرط 1-يؤدي إلى

138.ابراهيم عبد العزيز داود: **حمايه المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية** ،بدون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2014 ،ص 99-100.

139. نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، "المجلس :المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك ".

140.نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005،"الوزير: وزير الاقتصاد الوطني".

141.راجع نص المادة (23)من قانون حمايه المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنه 2005.

142.راجع نص المادة (22) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005.

اخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود و المستهلك على خلاف مصلحه المستهلك 2-يسقط أو يحد من التزامات او مسؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون او أي تشريع نافذ..."[143].

وترى الباحثة أنه ومن الافضل أن يتم الجمع بين الاسلوبين معاً فيتم سرد قائمة الشروط التعسفية ،على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ومن ناحية اخرى يتم وضع تعريف عام لها لكونها مرنة تستمد مرونتها من الواقع العملي ،ومن الجدير بالذكر أن ميزة الجمع بين الأسلوبين تساعد على مواكبة الشروط التعسفية المستجدة.

ونظراً لعدم وجود تعريف للشرط التعسفي في كل من التشريع الفلسطيني والاردني، فأنه سوف يتم الاعتماد على التعريف الفقهي .

لقي تعريف الشروط التعسفية اهتماماً كبيراً من قبل الفقهاء ، فوجدت العديد من التعريفات ، والتي يعتمد كل منها على زاوية محددة ، او عنصر من عناصر الشرط التعسفي ، فمن حيث المصدر عرف بأنه " هو الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي للحصول على ميزه فاحشة لصالحه" [144] ، ومن حيث طبيعة الشرط، فالشرط التعسفي هو "ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المهني او المحترف في مواجهه المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية او الاقتصادية"[145] ،ومن حيث طريقة فرضه فيعرف الشرط بأنه" البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه ، وقد املى ارادته على الفريق الآخر، تحقيقاً لمنفعة ذاتيه غير مألوقه ومفرطه منتقصاً من حقوق الطرف الاخر الذي اذعن له لتسلط من فرضه على العقد"[146] .

وعلى صعيد التعريف القضائي للشرط التعسفي ،فقد ذهبت محكمة النقد الفلسطينية لتعرفه على أنه "ذلك الشرط الغير خاضع لاتفاق طرفي العقد ،والذي يخرج عن مضمون الاتفاق ، والذي

143.راجع نص المادة (22/ب)من قانون حمايه المستهلك الاردني رقم (7) لسنه 2017.
144. لجين بدر زهير مرقة، مرجع سابق ،ص20.

145. سهاد عيادي، مرجع سابق ،ص3.

146.هانية محمد علي فقيه: **الرقابة القضائية على عقود الاذعان** ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2014، ص185

يخالف النظام العام أو الآداب العامة، بحيث يدخل في نطاق الشروط غير القانونية أو غير الجائزة ،ويخرج الوقت ذاته عن إطار الشروط الاتفاقية المباحة"147 .

كما وعرفته محكمة التمييز الاردنية بأنه الشرط الباطل الذي يخرج من مقتضيات التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد ،على نحو يتم فيه تغليب مصلحة طرف على حساب الاخر 148.

مما تقدم ،نستطيع تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يتم إدراجه في العقد الذي أعده الطرف الأقوى لتحقيق مصالحه على حساب الطرف الأضعف ،من خلال الحد من صلاحياته فيشكل عبئاً تعاقدياً على احد المتعاقدين لصالح الاخر .

الفرع الثاني

طرق تحديد الشروط التعسفية

تباينت التشريعات في الاخذ بالأساليب التي يتم اتباعها لتحديد الشروط التعسفية ،واتجهت إلى اختيار و تبني الاسلوب الملائم ، فبعض التشريعات تبنت اسلوب القائمة ،والبعض الاخر تبنى الاسلوب التقديري في حين اتجهت تشريعات اخرى إلى اعتماد الاسلوب المختلط الذي يجمع بين التقديري، والقائمة، حيث تبنت كل دولة الاسلوب الذي وجدت أنه يحقق فعالية أكثر في حماية الطرف الضعيف، وذلك على النحو التالي :

أولاً: أسلوب اللائحة (اسلوب القوائم) يمتاز هذا الاسلوب بالوضوح ، وجاء هذا الاسلوب مهمشاً لدور القضاء ،حيث انه حد من السلطة التقديرية للقاض، فلم يعطيه المجال لتحديد وتقدر تعسفية الشروط انما قام هذا الاسلوب على أن المشرع هو من يحدد المعايير التي يستند اليها لمعرفة فيما اذا كان الشرط تعسفي ام لا ،والمتمثلة بالمعيار الاقتصادي ،والميزة المجحفة، فيتم إنشاء لائحة تحتوي على مجموعة من الشروط التي تعتبر تعسفية ، فيكون من السهل على المحكمة معرفة الشروط التعسفية، وتحذير المتعاقدين من إدراجها في عقودهم 149.

147.حكم محكمة النقد الفلسطينية ،نقض مدني رقم(2016/606) ، تاريخ 2020/1/6 ،المنشور على الموقعhttps://qistas.com تاريخ الدخول 2023/10/1 الساعة6 مساءً.

148.حكم محكمة التمييز الاردنية ،الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى 2018/6/35الصادر بتاريخ 2018/10/24، منشور على الموقع ،https://qistas.com ، تاريخ الدخول 2023/10/1 الساعة 6 مساءً

149. شار محمود سليمان شويات :**الرقابة القضائية على عقد الاذعان في القانون الاردني** :دراسة تحليلية ،رسالة دكتوراه منشورة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية ،ص 57، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ تاريخ الزيارة 2023/12/15 ، الساعة 7 صباحا.

ويقسم أسلوب القائمة إلى قسمين :

أولاً: القائمة السوداء ، وهي القائمة التي يتم فيها تحديد الشروط التعسفية بشكل حصري، وتسمى بالقائمة الحصرية، وتفترض الشروط التعسفية افتراضا وغير قابله لإثبات العكس ، ،ويتطلب التعديل الدائم للقائمة ،لأن التطور الاقتصادي و التجاري يؤدي إلى ظهور شروط تعسفية جديده 150.

ثانياً: القائمة الرمادية، وهي القائمة التي تكون الشروط التعسفية الواردة فيها مقترحة، وقابلة لإثبات العكس ،وهو ما تبناه المشرع الاردني في قانون حماية المستهلك الاردني151 في نص المادة 22/ب والتي نصت على أنه "يعد من الشروط التعسفية بصورة خاصه كل شرط : 1- يؤدي إلى اخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود والمستهلك على خلاف مصلحة المستهلك 2- يسقط او يحد من التزامات او مسؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون، أو أي تشريع نافذ....." 152.

ثانياً: الاسلوب القضائي والتقديري ، حيث نصت المادة (204) من القانون المدني الاردني على ما يلي " اذا تم العقد بطريق الاذعان ،وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط ،أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، هذا الاسلوب معاكس لأسلوب اللائحة الذي سلب السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الشروط التعسفية ، فعاد الاسلوب القضائي وأعطى سلطة تقديرية للقاضي من أجل تحديد فيما اذا كانت الشروط شروط تعسفية، أو غير تعسفية مع ترتيب الاثار القانونية الازمة ، حيث ان هذا الاسلوب يعطي القاضي سلطة في تحديد الشروط التعسفية واتخاذ الإجراءات المناسبة، كاللجوء إلى ابطال هذه الشروط ،و إنما يؤخذ على هذا الاسلوب هو انه اعطى القضاء حرية شاملة في ابطال بعض الشروط كونها تعسفية مما قد يؤدي إلى عدم استقرار العقد، وذلك في حال انعدام الوازع القانوني ،والاخلاقي لبعض القضاة 153 .

150.المرجع السابق،ص57.

151. المرجع السابق،ص57.
152 .نص المادة (22/ب) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم(7) لسنة 2017.
153.العربي محمد مياد: **مقاومة الشروط التعسفية في العقد** ، مجلة القانون المغربي ،دار السلام للطباعة والنشر ،عدد 13،2009،ص13-14، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/11/22 الساعة 8 صباحاً.

ثالثاً: الاسلوب المختلط ، يجمع بين الاسلوب التقديري وأسلوب القوائم؛ ونوع في استخدام الطرق والاساليب؛ للكشف عن الشروط التعسفية، فأعطى المحكمة السلطة التقديرية لمواجهة الشروط التعسفية ،حيث عمل على ايجاد لائحة تتضمن مجموعة من الشروط التي تعد تعسفية ، وتكون باطلة بقوة القانون ،فهذا الاسلوب قام على أساس تحديد لائحة لبعض الشروط التي تعد تعسفية، وأعطى المحكمة في ذات الوقت سلطة للقياس على هذه الشروط 154.

وفي إطار تعدد الاتجاهات السابقة، يمكن القول أننا نتفق مع الاتجاه المختلط الذي جمع في طياته اسلوب اللائحة، إضافته إلى الأسلوب التقديري الذي يخول المحكمة صلاحية تقدير التعسف في الشروط، علماً أن هذه الصلاحية غير مطلقة ،إنما مقيدة بتعريف الشرط التعسفي، والغاية منه .

المطلب الثاني

معايير تميز الشروط التعسفية وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى

الشروط التعسفية متنوعه وكثيره ،وما يعد تعسفياً في عقد ما لا يعد تعسفياً في الآخر، الامر الذي يتطلب ايجاد معايير معينة و محددة يتم من خلالها الكشف عن الطابع التعسفي ، إن سبب تفوق المزود على المستهلك يعود بشكل أساسي إلى القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المزود، لذلك اعتبر التعسف في استخدام القوة الاقتصادية، والذي يؤدي إلى حصول المزود على ميزه مفرطة معيارين لإضفاء الصفة التعسفية على البنود التعاقدية، 155وعليه تتمحور المعايير الاساسية للكشف عن الشروط التعسفية حول المعيار الشخصي (النفوذ الاقتصادي) من جانب، والمعيار الموضوعي (الميزة المفرطة) من جانب آخر، كما أن الشروط التعسفية تأتي عادة في العقود التي يمكن لأحد أطرافها فرض إرادته على المتعاقد الآخر، كعقود الاذعان، فتعتبر هذه العقود بمثابة المجال الخصب للشروط التعسفية ،ولهذا فقد ارتأت الدراسة ضرورة بيان علاقة هذه العقود بالشروط التعسفية.

لذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الاول : معايير تمييز الشروط التعسفية .

الفرع الثاني علاقة الشرط التعسفي بالمفاهيم الاخرى .

---

154. بشار محمود سليمان شويات :**الرقابة القضائية على عقد الاذعان في القانون الاردني** :دراسة تحليلية ،رسالة دكتوراه منشورة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية ،، مرجع سابق ،2019 ،ص61.
155 ايمان بو شارب ،مرجع سابق ، ص 257.

الفرع الاول

معايير تميز الشروط التعسفية

أولاً : المعيار الشخصي ، وهو معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية ،والمقصود بذلك ان المهني يتمتع بقوة اقتصادية معينة عندما يتعاقد مع المستهلك ،ويستغل قوته الاقتصادية للحصول على الميزة المفرطة، أو المجحفة التي يصبو اليها، وذلك من خلال فرض شروط تعسفية بالطريقة التي يراها مناسبة، والمقصود بالقوة الاقتصادية ، المكانة الهامة للمهني في السوق، والتي تعطيه الهيبة والنفوذ وتجعله معروفاً، الأمر الذي يؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من المهنين الذين يضعون شروطا تعسفية تجاه المستهلكين دون ان تكون لهم قوة اقتصادية من اطار نظام الحماية من الشروط التعسفية ،فمن الممكن أن يكون هناك مزود أو حرفي بسيط، يستطيع أن يفرض نفوذه و سيطرته ، وبالمقابل يكون هناك مهني في مشروع اقتصادي كبير لا يستطيع فرض شروطه156، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية هو معيار غير واضح ،ويشوبه نوعا من الغموض، فاذا كان من السهل الكشف عن هذا المعيار في المشاريع الكبيرة والمعروفة إلا انه ومن الصعب الكشف عن ذات المعيار في المشاريع الصغيرة التي ما زالت غير معروفة، وبالتالي يصبح هذا المعيار مرهقاً للمستهلك الذي يقع على عاتقه عبْء اثبات التعسف من قبل المهني كان بسبب استعمال لقوته الاقتصادية ، ولعل من الأفضل عدم تحميل المستهلك عبْء الأثبات ،فاذا أراد المزود التمسك بهذه الشروط فعليه اثبات عدم تعسفها ،وأن الاهتمام بمعيار القوة الاقتصادية يؤدي إلى إهمال الخبرة الفنية والكفاءة التي تمكن المهني من فرض شروطه التعسفية 157.

ثانياً: المعيار الموضوعي، وهو معيار الميزة المفرطة ، وتكون هذه الأخيرة نتيجة لاستعمال النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية ، فهذا المعيار من الممكن أن يكون بتوفير منافع مفرطة أو غير مألوفة للمزود، وهذه المنافع المفرطة أو الفاحشة التي يحصل عليها المزود غير مقتصره على

156.هانية محمد علي فقيه، مرجع سابق ، ص 191.

157. زكريا خليل :**حماية المستهلك من الشروط التعسفية** ، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ،العدد11،12، ،ص2-22، 2016، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ،تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 4 مساءً.

المنافع النقدية والثمن، إنما تشمل الالتزامات التي تقع على عاتق المستهلك، و تخفف عن عاتق المزود، وتشمل الالتزامات التعاقدية كيفية فسخ العقد أو تجديده، كما من الممكن ان ترد على نظام تسليم الشيء محل العقد وغير ذلك، وحيث ان الميزة الفاحشة التي يحققها المزود استناداً إلى أحد البنود الواردة في العقد تؤدي إلى انعدام لو كان جزئيا لسبب العقد، وذلك بسبب كون الشرط التعسفي أعطى منفعة مفرطة للمحترف وحده دون المستهلك، اي على حساب المستهلك ،بالتالي فإن البند التعسفي بما ينتجه من انعدام بالتوازن العقدي يكون مفتقراً لسبب الموجب له 158.

والطريق لتحديد وتقدير المنفعة الفاحشة للبند يكون عن طريق المقارنة بين العقد الذي يتضمن البند المشتمل على هذه المنفعة ، وما ينتج عنه من ميزه فاحشة أو مفرطة ،والوضع المتميز للمتهن في حال تنفيذ العقد بالمقارنة مع مضمون العقد في حال عدم توفر مثل هذا الشرط فيه، وخلوه من بند المنفعة ،وما هي نتيجة هذا العقد في هذه الحالة 159 .

ومن الممكن مواجهة الصعوبات في تقدير المنفعة المفرطة، خاصة اذا كان البند التعسفي في بعض الاحيان قد أتى مبرراً اذا تم النظر اليه بالنسبة لباقي العقد، ومثال ذلك أن يتم إلقاء كافة مخاطر العقد على عاتق المستهلك مقابل تخفيض السعر .

ثالثاً: معيار الاخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات ،يعد هذا المعيار أفضل معيار من الممكن أن يعتمد عليه في تحديد الشروط التعسفية ،والسبب في ذلك أنه وسع من نطاق الحماية ضد المزودين، حتى وان لم تكن لديهم قوة اقتصادية، وهذ المعيار جاء وتجنب الانتقادات التي وجهت إلى معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية ،والتي بات من الصعب الكشف عنها في الكثير من الحالات ، ويتم تقدير هذا المعيار إما بالنظر إلى الاخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط، أو بالنظر إلى كافة بنود العقد معاً، ويتحقق التعسف بالصورة الاولى في حال كانت خطورة الشرط واضحة ،ويظهر ذلك خصوصاً في البنود التي نص القانون على تعسفها ،وهذه الحالات تعد استثناء حيث أن القاضي يتحقق من كامل البنود للتأكد من وجود الاخلال 160.

إن الشرط التعسفي المدرج بالعقد هو نتيجة عدم التوازن بين مراكز أطراف العقد، بحيث أن الطرف القوي يفرض الشروط التي تخدم مصلحته على الطرف الضعيف، أي أن التفوق الاقتصادي هو سبب الشرط التعسفي ، فعملية تحديد اذا ما كان الشرط تعسفياً ام لا مرتبط بوجود

158.د عامر قاسم احمد القيسي، مرجع سابق، ص 140-141.
159.هانية محمد علي فقيه ، مرجع سابق ، ص 194.
160. ايمان بوشارب ، مرجع سابق ، ص 68.

القوة الاقتصادية لأحد الاطراف دون الاخر، مما يؤدي إلى خلق عدم التوازن بين طرفي العقد ،ويتم استخدامها بصورة تضر الطرف الضعيف بالعقد 161.

في هذا الصدد وتحديداً في مجال تشريعات حماية المستهلك فقد أحال قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 إلى مجلس الوزراء الفلسطيني سلطة اصدار نظام يحدد المعايير المعتمدة، لاعتبار الشرط تعسفياً على أن تتم إزالته إذا ما تضمن إجحافاً بحق المستهلك، وهذا يمثل خطوة أولى لتقييد العمومية التي تتصف بها الشروط التعسفية في ظل التشريع الفلسطيني 162.

الفرع الثاني

علاقة الشرط التعسفي بعقود الاذعان

ظهر عقد الاذعان نتيجة التطور الاقتصادي الذي حدث على أثر الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر، مما أدى إلى ظهور الشركات الضخمة التي تمتلك رؤوس الأموال ،وتحتكر السلع والخدمات الضرورية، فتعرف عقود الاذعان على أنها العقود المطبوعة والمعدة بشكل مسبق من قبل الشركات و الدوائر والمؤسسات الحكومية، وغير الحكومية ،والتي يسلم فيها القابل بشروط وضعها الموجب ،ولا يقبل المناقشة فيها وتتعلق بسلعة او خدمة ضرورية، لا يمكن الاستغناء عنها 163 .

لم يعرف كل من المشرع الفلسطيني والاردني عقود الاذعان، وتركا الامر للفقه والقضاء .

انقسم الفقهاء فيما بينهم في تعريف عقود الاذعان بين مقيد و موسع إلى اتجاهين ،الاتجاه الحديث والاتجاه التقليدي ،فالأخير عرف عقود الاذعان على أنها تلك العقود المعدة والمطبوعة مسبقاً ،والمتعلقة بسلع ضرورية للإفراد ومحتكرة دون أن يكون للقابل الحق في المناقشة إنما يقتصر دوره على القبول أو الرفض فقط بالتالي فأن عقد الاذعان من المنظور التقليدي له عدة ميزات

161.عبد القادر الصادق: **حماية المستهلك من الشروط التعسفية** ، مجلة افاق علمية ،مجلد 11، العدد10، 2019، ص44-45 منشور على الموقع، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/84458 ،تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 6 مساءً.

162 . نص المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 " يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها...".

163.عبد السلام احمد فيغو: **عقود الاذعان**، مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الاصدار39 ، 2016،ص 45، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ،تاريخ الزيارة 2023/11/22، الساعة 10صباحا.

أولاً: يتعلق بسلعة او خدمة تعتبر من الضروريات ،و الاولويات في حياة الاشخاص ،ولا يمكنهم الاستغناء عنها .

ثانياً: يكون للموجب مركز اقتصادي قوي مما يمكنه من ممارسة الاحتكار الفعلي او القانوني .

ثالثاً: يصدر الايجاب عاماً إلى الجمهور كافة .

رابعاً: يصدر الايجاب بقالب نموذجي ،ويكون غير قابل للنقاش 164.

وتطبيقا لذلك فقد أكدت محكمة استئناف رام الله على انه " تشير المحكمة إلى أن شرط الاذعان لا يتوفر الا اذا تعلق بمصلحة اقتصادية ،لا يمكن الاستغناء عنها ،ولا يوجد بديل عنها "165.

كما وأكدت محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية على أنه " حتى نكون بصدد عقد اذعان يجب أن تتوافر الشروط التالية ؛ يجب أن يتعلق العقد بخدمات وسلع ضرورية للإنسان في حياته اليومية كوسائل النقل ، والماء ،و الكهرباء ،ويجب أن يكون الايجاب عاماً، و موجهاً للناس عامة، وأن يكون أحد الطرفين في مركز تعاقدي اقوى من الطرف الاخر، والقبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ،ولا يقبل المناقشة فيها "166.

إن المفهوم التقليدي لعقود الاذعان لا يحقق الحماية الكافية للمستهلك الذي لم يعد طرفاً ضعيفاً اقتصادياً فحسب ،بل إن نواحي الضعف تعدت ذلك إلى الضعف المعرفي، لذلك هجر الفقه المفهوم التقليدي لعقود الاذعان، واخذ بالجانب الحديث، والذي بدوره عرف عقود الاذعان على أنها العقود التي تتم بين مزود ذو خبرة، و قوة اقتصادية ، ومستهلك ضعيف يفتقر للقوة، والخبرة الاقتصادية دون شرط الاحتكار للسلع ، بالتالي فالنظرية الحديثة لعقود الاذعان تقوم على فكرة الحاجة، أو الخدمة لدى المذعن ،بالتالي تبنى الفقه معيار واحد، وهو رفض التفاوض حول بنود العقد فأما يأخذ بها مرة واحدة، أو يتم رفضها مرة واحدة 167.

164.جمال زكي الجريدلي: **حماية المستهلك في عقود الاذعان"** دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،معهد الحقوق والعلوم السياسية ،مجلد 8، العدد1، 2019،ص31-32. منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/11/25، الساعة 2مساء.

165 .حكم محكمة استئناف رام الله ،حقوق رقم 2017/659 الصادر بتاريخ 2017/11/19،منشور على الموقع https://maqam.najah.edu، تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 7 مساءً.

166.حكم محكمة بداية العقبة بصفتها الاستئنافية ، في الدعوى رقم 2020/323 ،بتاريخ 2020/7/19، منشور على الموقعhttps://qistas.com، تاريخ الدخول 2024/4/5، الساعة 9صباحا.

167.شيباني مختاريه :**تطور عقود الاذعان في عقود الاستهلاك** ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مجلد 59،عدد1، 2022،ص 374.

ترى الباحثة بضرورة تبني الاتجاه الحديث الذي يسبغ صفة الاذعان على كل عقد بين مهني ومستهلك اختل فيه التوازن العقدي، وذلك لأن الهدف الرئيسي من تنظيم عقود الاذعان هو حماية المستهلك ، من خلال تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين أو إعادته اذا اختل .

كما و اختلفت الآراء الفقهية حول تكيف عقود الاذعان من ناحية اذا ما كانت عقود حقيقة ، أم مراكز قانونية ،وذلك في ظل غياب التنظيم التشريعي .

اولًا : النظرية غير العقدية : اعتبرت هذه النظرية أن عقود الاذعان ما هي الا تصرف منفرد من الموجب يقوم بتصرف بشكل منفرد معتمداً على ارادته، بالتالي تفسر عقود الاذعان كما يفسر القانون، ولا تفسر كما يفسر العقد، الامر الذي دعى أصحاب هذه النظرية إلى نفي الصفة العقدية لعقود الاذعان هو أن العقود تنعقد بتوافق الايجاب و القبول من الطرفين ، أما في عقود الاذعان فليس هناك توافق للإرادتين ، إنما انصياع لأوامر و شروط المذعن ، ويسندون رأيهم إلى ثلاثة عناصر، العنصر الاول :هو العمومية، حيث ان الايجاب في عقود الاذعان هو عام ، وهذا مخالف للعقد الذي يكون الايجاب فيه موجه لفرد معين أو جمهور معين، وعنصر الاكراه حيث ان عقود الاذعان لا يوجد فيها تفاوض بين الاطراف ، انما يتم الانصياع و الخضوع للمذعن ،وهذا على عكس العقود العادية التي يكون فيها تفاوض ونقاش ، والعنصر الثالث هو عنصر الاذعان والموجود في عقود الاذعان ،حيث أن الطرف الاخر يذعن للعقد والشروط فقط [168] .

ثانياً: النظرية العقدية : يرى معظم فقهاء القانون المدني المصري(كالدكتور عبد الرزاق السنهوري) أن عقود الاذعان هي عقود حقيقة خاضعة للقواعد التي تخضع لها كل العقود وأن الارادة التعاقدية موجودة في عقود الاذعان ،وأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج اثراً إلا اذا انضمت اليها ارادة القابل ، وبالتالي تساهم الارادتان في إتمام العقد ،وأن القول بضعف أحد أطراف العقد ما هو الا ضعف اقتصادي، يمكن ان تتم معالجته بحل قانوني عادل ولكن لا يتم ذلك من خلال إهدار الصفة التعاقدية لعقود الاذعان[169].

وترى الباحثة بضرورة الأخذ بالنظرية العقدية واعتبار عقد الاذعان عقد حقيقي ،ويتدخل القاضي لمعالجة الشروط التعسفية الموجودة فيه ،مما يوفر الحماية الاكبر للمستهلك الضعيف الذي يتعاقد مع مزود قوي يفرض شروطا تعسفية .

---

[168]. عبد السلام فيغو، مرجع ساق،ص44-45.

169. جمال زكي الجريدلي،مرجع سابق، ص35.

وقد اهتمت التشريعات المقارنة بطرق حماية الطرف الضعيف في عقود الاذعان، ويتضح ذلك في نصوص القانون المدني الاردني والمصري، حيث نصت المادة (204) من القانون المدني الاردني على أنه "اذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها ،وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطل كل اتفاق على غير ذلك " 170 .

ونصت المادة (149) من القانون المدني المصري على أنه " ذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك"171 ، بالتالي إن كلا القانونين قد أعطى للقاضي سلطة التدخل؛ لتعديل عقود الاذعان التي يوجد فيها شروط تعسفية لصالح الطرف المذعن ، وهذا ما سوف نتطرق له في المطلب الثاني .

والاصل أن الشروط التعسفية الواردة بالعقد صحيحه؛ الا اذا كانت مخالفة للنظام العام ،اما اذا كانت غير مخالفة للنظام العام، وتمت الموافقة عليها من الطرف الاخر ،فهي صحيحة، وفي حال لم يسبق العقد مفاوضات بين الاطراف عندها يتدخل القاضي لإنهاء هذه الشروط أو تعديلها، والبطلان الذي يترتب على الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، اما أن يكون بطلان مطلق او نسبي، والمقصود بالبطلان المطلق: أنه البطلان الذي يتوفر في حال غياب أحد أركان العقد الاساسية، مثل غياب السبب ،أما البطلان النسبي فيكون عند غياب أحد شروط صحة العقد مثل الرضى 172 .

ويعتبر البطلان المنصوص عليه في نص المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك ،أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك "173 بطلاناً نسبياً فيبطل الشرط التعسفي ويبقى العقد صحيحاً .

---

170. نص المادة (204) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 .
171 نص المادة (149) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
172. سهاد احمد حبيب عايدي ، مرجع سابق ، ص54

173 .نص المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة2005.

كما ويعتبر البطلان المنصوص عليه في نص المادة (22/ أ) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر للمحكمة أن تحكم ببطلان الشروط التعسفية الواردة في العد المبرم بين المزود والمستهلك ،أو ان تعدلها أو تعفي المستهلك منها، بناءً على طلب من المتضرر أو الجمعية، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك" بطلاناً نسبياً فالشرط التعسفي هو من يبطل اما العقد فيبقى صحيحاً ، لأن عملية الابطال المطلق تحرم المستهلك من الحصول على السلعة أو الخدمة محل العقد 174.

وفي نهاية المطاف ترى الباحثة ضرورة التفرقة بين مفهوم عقد الاذعان ،ومفهوم الشرط التعسفي ،اذ لا يعد كل شرط تعسفي اذعاناً بالمقابل فان كل عقد اذعان ينطوي على شروط تعسفية ، كما أن عقود الاذعان، هي عقود حقيقيه، وأن مفهومها استناداً إلى النظرية التقليدية غير كافي لتوفير الحماية للمستهلك ،حيث أن مفهوم عقد الاستهلاك أوسع من مفهوم عقد الاذعان، الأمر الذي يفسر سبب عدم كفاية القواعد العامة الخاصة بعقد الاذعان لتوفير الحماية للمستهلك ، أما مفهوم عقود الاذعان استناداً للنظرية الحديثة فإنه يوفر قدراً أكبر من الحماية للمستهلك ،كونه وسع من مفهوم عقود الاستهلاك ،الأ أن قانون حمايه المستهلك، وضح بشكل ضمني من خلال تعريف كل من المستهلك والمزود أنه يوفر الحماية للمستهلك بغض النظر عن انطباق مفهوم عقد الاذعان على عقود الاستهلاك او عدم انطباقه.

المبحث الثاني

سلطات هيئة التحكيم ازاء المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك

يترتب على صحة اتفاق التحكيم بغض النظر عن صورته شرطاً كان أم مشارطة أثران هامان ، الأول إيجابي: يتمثل بحق كل من الطرفين باللجوء للتحكيم ،والثاني سلبي: يتمثل بالتزام الطرفين بعد اللجوء للقضاء ، فيلتزم كل طرف بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه باللجوء للتحكيم ،كما تلتزم المحكمة بعدم النظر بأية مسألة متفق بشأنها على اللجوء للتحكيم ،وعلى هيئة التحكيم التي تم اختيارها و تشكيلها أن تكون شأنها شأن القاضي الطبيعي ، وعليها أن تلتزم بتطبيق القواعد القانونية التي يتفق الاطراف عليها لأن الأصل في التحكيم هو حرية الاطراف في

174.محمد المومني: **الشروط التعسفية وفقا للمادة 22من قانون حماية المستهلك الاردني الجديد رقم "7" لسنة2017**،المجلة الاردنية للعلوم التطبيقية، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة –عمادة البحث العلمي والدراسات العليا ، مجلد25، العدد2، منشور على الموقع https://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/12/22 الساعة 4 عصرا.

اختيار لقانون الواجب التطبيق فأن لم يتفق الاطراف على القانون الواجب التطبيق سواء الموضوعي أو الإجرائي فيقع على هيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق .175.

الامر الذي يثير العديد من الاسئلة من أهمها ، ما هو القانون الذي يتوجب تطبيقه على النزاع القائم ؟وما هي الاجراءات المتبعة من قبل هيئة التحكيم لفض النزاع؟ وما هي حدود سلطة هيئة التحكيم في مواجهة الشروط التعسفية الموجود بالعقد ؟

لكل هذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : يتحدث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات الاستهلاكية .

المطلب الثاني يتحدث عن اختصاص هيئة التحكيم ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك.

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الاستهلاكية

يقصد بالقانون الواجب التطبيق: القواعد القانونية التي رأت هيئة التحكيم بأنها القواعد المناسبة لموضوع النزاع، والتي يتم اتباعها حتى صدور قرار التحكيم 176.

وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من المسائل المهمة ،ومن الممكن أن يكون أحد القوانين الوطنية المتعلقة بموضوع النزاع ،ومن الممكن أن يكون قانون دولة معينة ، ويتنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق اتجاهان رئيسيان ،أحدهما: اتفاق الاطراف على القانون واجب التطبيق، والاخر: عدم اتفاق الاطراف على قانون معين، وتولي هيئة التحكيم لهذه المهمة، ، وينقسم القانون الواجب التطبيق إلى؛ قانون إجرائي يطبق على اجراءات العملية التحكيمية ، والموضوعي يطبق على موضوع النزاع 177 .

---

175. محمد ربيع انور فتح الباب :**التحكيم في عقود الاذعان"** دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،مجلد 60، عدد 1،جامعة عين شمس – كلية الحقوق ، القاهرة، منشور على الموقع https://search.mandumah.com تاريخ الزيرة 2023/10/3 الساعة 11 مساءً.

176.خالد بن سالم الراسبي : **القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم** ،مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية ،العدد 7، 2020، ص45، منشور على الموقع https://search.mandumah.com تاريخ الزيارة 2023/12/15.

177. همام محمد فهد الاعرج :**التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير منشورة كلية الدراسات العليا، جامعة القدس ، القدس ، فلسطين 2017، ص 132.

الفرع الأول

القانون الاجرائي الواجب التطبيق على منازعات العقود الاستهلاكية

ويقصد بالقانون الاجرائي الواجب التطبيق، أي اجراءات التحكيم المتبعة منذ بدْء السير بالعملية التحكيمية إلى حين صدور حكم التحكيم 178.

حيث نصت المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة2000على أنه " يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم"179.

أكد نص المادة السابقة على الطبيعة الخاصة بالتحكيم، والمتمثلة بكونه تصرفاً إرادياً يتيح لأطراف النزاع اختيار اجراءات التحكيم التي يرغبون باتباعها ، اذ أن الأصل هو التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم، فأطراف النزاع هم من يختارون المحكمين، ومكان ، ولغة التحكيم وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ،وكافة الاجراءات المتبعة حتى صدور حكم التحكيم، كما لهم الحق بالاتفاق على اتباع اجراءات التحكيم المنصوص عليها في احدى لوائح التحكيم التابعة لاحد مراكز التحكيم 180، وفي حال عدم أتفاق اطراف النزاع على إجراءات التحكيم ،فأن هيئة التحكيم تطبق الإجراءات المعمول فيها في مكان التحكيم حصرا ،إلا انها لا تملك السلطة المطلقة، إنما تتقيد بمجموعة من القيود والضوابط منها احترام ومراعاة مبدأ الدفاع ،والمساواة، فعلى هيئة التحكيم أن تسمح لكل طرف من أطراف النزاع بتقديم البينات والشهود ،وعليها أن تعامل كلا الطرفين على قدم المساواة ،واحترام النظام العام 181،وكان أجدر بالمشرع الفلسطيني أن يترك المجال أمام هيئة التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية واجبة التطبيق ، اختيار الاجراءات التي ترى أنها أكثر ملائمة أو مناسبة للنزاع ، وعدم فرض الاجراءات المطبقة في مكان إجراء التحكيم .

بالمقابل منح المشرع الاردني هيئة التحكيم الحرية في اختيار الإجراءات التي ترى أنها اكثر مناسبة لعملية التحكيم، وذلك في نص المادة (24) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 والتي نصت على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم،

178.حمزه حداد ، مرجع سابق، ص 307.
179.نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
180.سمير عبود فرحان: **القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم دراسة مقارنة بين القانون الاردني والعراقي** ،"رسالة ماجستير منشورة " ، جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق ، الاردن ،2017، ص 84-85 ، منشورة على الموقع http://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/12/15م .
181. خالد بن سالم الراسبي ،مرجع سابق ،ص 49-50.

بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الاجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام القانون "182 ، فالمشرع الاردني منح الاطراف صلاحية اختيار الاجراءات المتبعة من قبل هيئة التحكيم، وفي حال عدم اختيارهم لتلك الاجراءات، فان هيئة التحكيم تختار الاجراءات التي تراها مناسبة .

تبدأ اجراءات التحكيم بتشكيل هيئة التحكيم، وذلك بموجب نص المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني183 و نص المادة (14) من قانون التحكيم الاردني 184 ، وبناء عليه فإن تشكيل هيئة التحكيم من الممكن أن يكون تشكيل اتفاقي او قضائي على النحو التالي:

التشكيل الاتفاقي

ورد في قانون التحكيم الفلسطيني ، ولائحته التنفيذية أن تشكيل هيئة التحكيم يتم باتفاق الأطراف فيما بينهم فالأصل هو التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، حيث يتم تشكيل الهيئة بناء على اتفاق بين الاطراف 185.

التشكيل القضائي لهيئة التحكيم :

يتم اللجوء للتشكيل القضائي لهيئة التحكيم عندما لا يتفق الاطراف أو يتقاعس أحدهم عن اختيار محكمه أو يرفض القيام بذلك ففي مثل هذه الحالات ولضمان سير عملية التحكيم رسم كل من المشرع الفلسطيني186 والاردني187 ، طريقة لتشكيل هيئة التحكيم ، وهي إعطاء القضاء العادي سلطة تشكيلها.

182.نص المادة (24) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.
183.نص المادة (1/8) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000" 1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف...."
184 نص المادة (1/14) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001"1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين ..." .
185.خالد احمد عربيات ،مرجع سابق ، ص78.
186. نص المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000" تعيين المحكمة للمحكّمين
1-بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتيـــة:
أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم .
ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك.
ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً.
د -إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له .
هـ- إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا.
و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف .".
187. نص المادة (16) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001"أ،ب،ج"

بعد ان يتم اختيار المحكمين ، وتشكيل هيئة التحكيم، يقع على عاتق الأطراف اختيار مكان التحكيم استناداً إلى نص المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني فإنه" اذا لم يتفق اطراف التحكيم على مكان اجرائه فإنه يجري في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع ،وملائمة المكان ...." بالتالي على الاطراف الاتفاق على مكان التحكيم، مع الاخذ بعين الاعتبار مجموعه من الاعتبارات، منها مناسبة المكان للأطراف وفي حال عدم الاتفاق فإن هيئة التحكيم هي من قرر المكان[188] .

سواء كان التحكيم مؤسسي أو حراً فإنه يبدأ بتقديم طلب من المحتكم إلى مؤسسة التحكيم أو إلى المحتكم ضده في حال كان حراً ويتضمن الطلب مجموعة من المعلومات كاسم المدعى عليه ،وبيان النزاع واسم المحكم إن وجد ،ونسخة عن اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة (1/36) من اللائحة التنفيذية الخاصة بقانون التحكيم على "يجب على المدعى أن يقدم إلى هيئة التحكيم ،أو مؤسسة التحكيم، طلباً مكتوباً مشتملا على الاتي أ- اسمه ولقبه وصفته..."[189] .

وعلى المدعى عليه أن يقدم لائحة جوابية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه بيان المدعي، ويمكن لهيئة التحكيم إمهال المدعى عليه مدة اضافية ، وهذا ما نصت المادة (23) من قانون التحكيم الفلسطيني "يجب على المدعى عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه بيان المدعي ومشتملاته أن يتقدم بمذكرة جوابية..... " [190] .

ثم تجري التبليغات والاخطارات المتعلقة بخصومة التحكيم بمعرفة هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم عن طريق مراسلين، أو هيئات رسمية، وهذا ما نصت عليه المادة (40) من اللائحة التنفيذية(كل تبليغ وإخطار يتعلق بخصومة التحكيم ،يتم بمعرفة هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، ويكون عن طريق مراسلين أو جهات رسمية .." [191].

188 . نص المادة(21) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، ونص المادة (27) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001"لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة او خارجها ....."

189. نص المادة (1/36) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004بالائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) ونص المادة (29/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001" يرسل المدي خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين او الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه ....".

190. نص المادة(2/23) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، وكذلك نص المادة (29/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (31)لسنة 2001"يرسل المدعى عليه خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين او الذي تعينه هيئة التحكيم ...."

191. نص المادة (40) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004بالائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3)

ومن ثم يتم تحديد موعد لحضور الأطراف للجلسات ويتم سماعهم، وذلك حسب نص المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي نصت على " تحدد هيئة التحكيم موعداً لحضور الأطراف، وتبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف، وتستمع للأطراف... "[192].

ثم تبدأ إجراءات التحقيق في خصومة التحكيم، ويجب على هيئة التحكيم الاستماع إلى بينات الاطراف، وذلك بناءً على نص المادة (49) من اللائحة "تستمع هيئة التحكيم لأطراف النزاع ...."[193]، ويحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم دعوة أي شاهد للشهادة، وذلك وفقاً لنص المادة (28) من قانون التحكيم "- يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند"[194] ،واجاز المشرع لأطراف التحكيم الاتفاق على استعمال لغة معينة تجري فيها المرافعات وتدون فيها اللوائح، وفي حال عدم الاتفاق على استعمال لغة معينة، فان التحكيم يتم باللغة العربية، واذا تعدد أطراف التحكيم فلهيئة التحكيم أن تحدد اللغة أو اللغات المعتمدة امامها " يُجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولهيئة التحكيم في حالة تعدد لغات أطراف النزاع أن تحدد اللغة أو اللغات التي تعتمدها"[195].

كما أن هيئة التحكيم من الممكن أن تقوم بتعين خبير أو أكثر بشأن مسألة معينة ،وذلك ما اقتضته نص المادة (30) يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحددها، وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات متعلقة بهذه المسألة"[196].

وعند انتهاء كافة الاجراءات ،يصدر قرار التحكيم في الوقت المتفق عليه، حيث نصت المادة(38) (على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان)[197].

192 نص المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000ونص المادة (32/أ/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001"أ- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعه .... ب- يجب اخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات...".

193.نص المادة(49) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004بالائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3

194.نص المادة (1/28) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

195. نص المادة (1/22) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000،ونص المادة (28/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم(31) لسنة 2001.

196 . نص المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة (2000) ونص المادة(34/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

197 .نص المادة (38/أ) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة2000.

الفرع الثاني

القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات الاستهلاك

نصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " 1-يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين، ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ،فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع" [198].

يتضح مما سبق أن المشرع الفلسطيني أجاز لأطراف النزاع في التحكيم الدولي تحديداً اختيار القانون الموضوعي الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، فأن لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني، وإذا كان التحكيم دولياً يجري في فلسطين ،ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ، فتطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق القانون الفلسطيني ، مع مراعاة الأعراف ،وكان الأجدر بالمشرع الفلسطيني في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون معين، إفساح المجال لهيئة التحكيم لتقوم باختيار إما قانون الدولة التي ترى انه أكثر اتصالًا بموضوع النزاع على غرار المشرع الاردني في قانون التحكيم الاردني، أو اختيار القانون المناسب على غرار المشرع اللبناني في قانون المرافعات المدنية اللبناني بشأن التحكيم الدولي ،سواء كان النزاع دولي ويجري في فلسطين، أو كان التحكيم دوليا ويجري في فلسطين، حيث أن القانون الفلسطيني يخلو حتى الان من قواعد اسناد كافية لتعين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمشروع القانون المدني الفلسطيني لم يقر حتى الان ،بالتالي كيف يمكن اعمال هذا النص في مثل هذا الوضع؟ [199].

كما أن المشرع وفي نص المادة السابقة تحدث عن التحكيم الدولي ،متجاهلاً التحكيم الداخلي، بالتالي فإنه يحق للأطراف اختيار القانون الذي يروه مناسباً للتطبيق على موضوع النزاع ، وعلى هيئة التحكيم تطبيق هذا القانون ،وإن خالفت الهيئة وقامت بتطبيق قانون آخر فأنها تكون قد أساءت السلوك، ويجوز للأطراف في تلك الحالة الطعن بقرار التحكيم الصادر عن الهيئة ، وذلك

198 .نص المادة(19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
199.يوسف شندي، مرجع سابق، ص271-272.

استناداً إلى نص المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني البند الخامس تحديداً " 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه " ، فبالرغم من أن نص المادة (19) اقتصرت على التحكيم الدولي ولم تتطرق إلى التحكيم الداخلي، إلا أن حق الأطراف بالاتفاق على القانون الذي يروه مناسبا لتطبيق على موضوع النزاع يفهم بمفهوم المخالفة ، وعلى هيئة التحكيم تطبيق ما اختاره الاطراف ،إلا أن حق الاطراف مقيد بعدم مخالفة النظام العام ،فإذا اتفق الأطراف على قانون وتبين أنه مخالف للنظام العام يحق لهيئة التحكيم تجاهل الاتفاق، وتطبيق القانون الذي تراه مناسبا 200.

بالمقابل إن المشرع الاردني وفي نص المادة (36) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 " أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الاطراف .... ب- اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الاكثر اتصالا بالنزاع" 201، أشار المشرع الاردني في المادة السابقة إلى إرادة اطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأن على هيئة التحكيم تطبيق القانون المختار من قبل الاطراف ،حتى ولو كان قانون دولة اخرى متصلاً بموضوع النزاع أو غير متصل فان لم يتفق الاطراف تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الذي تراه اكثر اتصالا بموضوع النزاع ، فحرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيدة غير مطلقة، وتقتصر على اختيار قانون متصل بموضوع النزاع 202.

وبالعودة إلى القانون الفلسطيني ،وبما أنه لم ينظم مسألة التحكيم الداخلي فإذا اتفق الاطراف على تطبيق قانون معين، فعلى هيئة التحكيم تطبيق هذا القانون في حال كان غير مخالف للنظام العام، ويحق للأطراف اختيار قانون لا صلة له بموضوع النزاع كما فعل المشرع الاردني، وذلك بهدف التيسير على الاطراف، و حيث أنه وبالنظر لنص المادة (19) سالفة الذكر، نجدها جاءت مطلقة غير مقيدة لحرية الاطراف، أما اذا لم يتفق الاطراف بشكل واضح وصريح على القانون

200.سامي شقورة وسالم ابومخدة: **التحكيم في العقود الادارية في فلسطين دراسة تحليلية مقارنة في الشريعة الاسلامية** ، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الاسلامية ،كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2018، ص 98-100. منشورة على الموقع http://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/12/20م .

201. نص المادة (36) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (31) لسنة 2001.

202.احمد محمود الفضلي: **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم** ، المجلة الاردنية للعلوم التطبيقية – سلسلة العلوم الانسانية ،جامعة العلوم التطبيقية ،مجلد 12، العدد 1، 2010، ص 98. منشور على الموقع http://www.mandumah.com/ ، تاريخ الزيارة 2023/12/20م .

الواجب التطبيق، فيتم اللجوء إلى الارادة الضمنية للأطراف، وذلك من خلال الاطلاع على دفوعهم مثلاً او طلباتهم التي من الممكن أن يذكروا فيها أو يستندوا فيها إلى قانون دولة معينة ، فيستشف من ذلك رغبتهم في تطبيق قانون تلك الدولة 203.

بالتالي فأن قانون حماية المستهلك هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقط ،حينما يكون هو القانون المختار من قبل طرفي النزاع ،كما قد يصبح كذاك عند اتفاق طرفي النزاع على اختيار القانون الفلسطيني دون النص صراحة على قانون حماية المستهلك في اتفاق التحكيم ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تنص على اختيار المحكم للقانون الاقرب لنزاع، وترى الباحثة بضرورة ايجاد نص خاص بالتحكيم المحلي ،وإعطاء الحرية للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،حتى ولو كان غير متصل بموضوع النزاع، وفي حال عدم الاتفاق فإن على هيئة التحكيم احتيار قانون متعلق بموضوع النزاع ،اي تقيد حرية هيئة التحكيم باختيار قانون ذات صلة بموضوع النزاع .

المطلب الثاني

اختصاص هيئة التحكيم ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك

متى اتفق طرفا العقد على اللجوء للتحكيم ،كبديل عن اللجوء للقضاء ،فأن هيئة التحكيم التي تم اختيارها، وتشكيلها من قبل الاطراف، يكون مكانها في المنازعات المتفق على فضها بالولوج للتحكيم ،شأنها شأن القاضي الطبيعي ، وكون عقود الاستهلاك هي بمثابة البيئة الخصبة للشروط التعسفية، فيحق لهيئة التحكيم ما يحق للقاضي الطبيعي من تعديل أو إلغاء تلك الشروط بما فيه مصلحة للمستهلك ،ومن ثم اصدار الحكم التحكيمي .

بناءً على ما سبق سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي

الفرع الاول : صلاحيات هيئة التحكيم المختارة ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك .

الفرع الثاني :الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الاستهلاكي .

203.يوسف شندي ، **التحكيم الداخلي والدولي** ، مرجع سابق، ص 266-267.

الفرع الاول

الصلاحيات الممنوحة لهيئة التحكيم المختارة ازاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك

نصت المادة (1/239) من القانون المدني الاردني على انه "اذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " . 204.

فمن خلال النص السابق يتضح أنه يمنع على القاضي أن يتدخل في شروط العقد متى كانت عباراته واضحة وصريحة وكاشفة عن ارادة المتعاقدين ، وبما أن التحكيم هو قضاء من نوع خاص، فتمنح هيئة التحكيم كافة الصلاحيات الممنوحة للقاضي للفصل في موضوع النزاع، بالتالي لا يحق لهيئة التحكيم أيضاً أن تتدخل في شروط العقد طالما أن عبارات العقد واضحة وصريحة وكاشفة عن إرادة المتعاقدين وخالية من أي لُبس وغموض، وغير مخالفة لنظام العام والآداب العامة ،أما إن كانت عبارات العقد غير واضحة وفيها نوع من الابهام والغموض ، فيحق للقاضي التدخل لتفسريها، و بالتالي فبإمكان هيئة التحكيم ايضاً التدخل في حال عدم الوضوح لإزالة اللبس 205 .

وتعتبر عقود الاستهلاك بمثابة المجال الخصب لشروط التعسفية من قبل المزودين بوصفهم الاطراف الاقوى اقتصاديا في تلك العقود ، و يتمتعون بدراية فنية بالسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها في مواجهة المستهلك الذي يفتقر إلى هذا المستوى من الدراية و الخبرة ،وبهذا الشأن نصت المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005" يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك، والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك206" ، هذا يعني ان المجلي الفلسطيني لحماية المستهلك يملك سلطة تقرير استبعاد الشروط التعسفية او تعديلها وهو امر منتقد لان هذه المهمة من اختصاص المحكمة ثم عاد نص المادة السابقة واناط لوزير الاقتصاد مسؤولية اتخاذ القرار بشان الشروط التعسفية الامر الذي يثير اللبس في تحديد الجهة مصدرة القرار .

للقاضي سلطة في تفسير شروط عقد الاستهلاك الغامضة لا سيما في ظل ما افرزته عقود الاستهلاك من شروط تعسفية فيحق له ابطال الشروط التعسفي في عقود الاستهلاك او تعديلها او اعفاء المستهلك منها 207.

---

204. نص المادة (1/239) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 الساري المفعول في الضفه الغربية .
205. محمد الصمادي ،وضحى المجالي :**سلطة القاضي في تفسير العقد** ،مجلة جامعة الزيتونة الاردنية ، المجلد 2، الاصدار 3، 2022، ص 54،57، منشور على الموقع https://zjils.zuj.edu.jo/PapersUploaded/v3_I3/03.pdf، تاريخ الزيارة 2023/11/22، الساعة 6مساءً.
206.راجع نص المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005
207. سهاد عيادي ، مرجع سابق ، ص 89 .

كما ونصت المادة (22) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017 "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر للمحكمة أن تحكم ببطلان الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المزود والمستهلك أو أن تعدلها أو تعفي المستهلك منها، وذلك بناء على طلب المتضرر أو الجمعية، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " 208 ، فيلاحظ أن المشرع الفلسطيني والاردني قد منحا المحكمة السلطة التقديرية في تعديل أو الغاء الشروط التعسفية ،لإعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد، وأكدت على ذلك نص المادة (204) من القانون المدني الاردني "اذا تم العقد بطريق الاذعان ،وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن ..."

وعلى ذلك، يجوز لهيئة التحكيم إذا تضمن عقد الاستهلاك شروطا تعسفية أن تعدل فيها او ان تعفي الطرف الضعيف منها ، مراعية في ذلك قواعد العدالة، و يتضح من نصوص المواد السابقة انها قد جاءت عامه و شامله لكل الشروط التعسفية، حتى ولو كان الطرف الضعيف، وهو المستهلك قد علم بها او انتبه اليها ، بالتالي يكون لهيئة التحكيم ما يكون للقاضي من سلطة تقدير ما اذا كانت الشروط الواردة بالعقد تعسفية ام لا بحسب ظروف و ملابسات كل حاله، وبالنظر إلى نوع السلعة والخدمة التي تكون محلاً للعقد طالما اتفق الطرفان على تخويلها هذه السلطة 209.

وفي حالة عدم اتفاق طرفي عقد الاستهلاك على اختصاص هيئة التحكيم بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك، أو إعفاء المستهلك منها نفرق بين حالتين :

الحالة الاولى : إذا اتفق طرفي عقد الاستهلاك في اتفاق التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر جميع المنازعات الناشئة عن العقد بالتالي يدخل الاختصاص بتعديل الشروط التعسفية او الاعفاء منها، ضمن اختصاص هيئة التحكيم 210.

الحالة الثانية :إذا اتفق طرفا عقد الاستهلاك في اتفاق التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقد فقط ،فلا يكون امام المستهلك سوى اللجوء للمحكمة المختصة فيما يتعلق بالشروط التعسفية واعفاء211 .

208. راجع نص المادة (22) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017.
209.سهاد احمد حبيب عايدي، مرجع سابق ، ص 93.
210.محمد فتح الباب ، مرجع سابق، ص 190.

اتفاق التحكيم يعد عقد كسائر العقود من الممكن أن يتضمن شروطا تعسفية تفرض من قبل الطرف الاقوى، وهو المزود على الطرف الضعيف وهو المستهلك ،ومن هذه الشروط التعسفية ، التحكيم بالصلح الذي يهدف إلى تجنب تطبيق قواعد القانون أو اشترط اتفاق التحكيم على تحميل المستهلك كافة مصاريف التحكيم او اختيار لغة غير اللغة العربية 212،و اتفاق التحكيم حتى وان كان يشترط فيه الرضائية، فذلك لا يمنع أن يرد فيه بعض الشروط التعسفية، لأن الرضائية متطلب رئيسي بأي عقد حتى لو كان عقد اذعان الا ان الارادة ممكن ان تكون في بعض الحالات ناقصة او فيها رضوخ للطرف الاخر وكذلك الامر بالنسبة لاتفاق التحكيم213.

ويتضح لنا من خلال نص المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000والتي نصت على ان " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الامور التالية 1- المسائل المتعلقة بالاختصاص 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم .." 214 ونص المادة (21) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 والتي نصت على " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم ،أو سقوطه ،أو بطلانه ،او عدم شموله لموضوع النزاع " 215 .

إن المشرع الفلسطيني والاردني رسخا مبدأ وقاعدة الاختصاص بالاختصاص، أي أن هيئة التحكيم هي التي تبت في مسالة اختصاصها حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلاً أو منتهياً او ساقطاً بانتهاء مدته، وتبت فيه اما من تلقاء نفسها ،أو بناء على دفع من قبل أحد أطراف اتفاق التحكيم ويعود ترسيخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى أن المحكم كالقاضي، فإذا كان يحق للقاضي أن يفصل بصورة أولية في اختصاصه، فانه يجب الاعتراف للمحكم بذلك ايضاً، ويتضح ان كل من المشرع الفلسطيني والاردني قد افصحا في رغبتهم في اخراج اية منازعه ناشئة عن عقد يتم الاتفاق فيه باللجوء إلى التحكيم من اختصاص القضاء العادي 216، فالادعاء بتعسفية اتفاق التحكيم تنظر فيه الهيئة اي هيئة التحكيم نفسها .

---

211. محمد ربيع فتح الباب ،مرجع سابق ،ص 188.
212.محمد بشايرة ، مرجع سابق ، ص170، 171.
213. محمد ربيع فتح الباب ، مرجع سابق ، ص190.
214. راجع نص المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
215. راجع نص المادة (21) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

216.رشا علي الدين احمد :**مبدأ الاختصاص بالاختصاص امام هيئة التحكيم الدولية دراسة مقارنة** ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،جامعة المنصورة ،كلية الحقوق ،2021،ص 67،11 منشور على الموقع ، **/http://www.mandumah.com** ، تاريخ الدخول 2024/3/10، الساعة 5 مساءً.

الفرع الثاني

الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الاستهلاكي

إن الهدف الرئيسي من اللجوء للتحكيم هو التوصل إلى حكم نهائي ينهي النزاع الناشئ بين المستهلك و المزود، اذ أنه ودون الوصول لهذا الحكم المنهي للخلاف بين الطرفين، فلا يتصور انتاجية هذه الوسيلة لفض المنازعات .

لم تضع النصوص القانونية الصادرة في العديد من الدول المنظمة للتحكيم تعريفا لحكم التحكيم ، وتركوا الامر للفقه ، فعرفه جانب من الفقه على أنه "الحكم الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه ، سواء تعلّق هذا القرار بموضوع النزاع ذاته، أو بالاختصاص ،أو بمسألة تتضمن الاجراءات التي أدت بالحكم إلى انهاء الخصومة "217.

وعرفه جانب آخر بأنه "القرار الصادر عن المحكم ، والذي يفصل النزاع بشكل قطعي ، سواء اكان ذلك بصفة جزئية أم كلية "218.

ويتم بناء الحكم التحكيمي على ما قدمه الأطراف من دفوع و بينات، وذلك استناداً لقواعد الاثبات المعمول بها في الخصومة التحكيمية ، ومنها البينات الشفوية والخطية واليمين القانونية ، وامكانية الاستعانة بالخبراء للوصول إلى افضل صيغة للحكم المنهي للخصومة 219.

وعليه ،فقد بين جانب من الفقه أن عملية التحكيم تمر بمراحل ثلاث ،وهي اتفاق التحكيم ، وطرح اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم، من أجل مباشرة اجراءات التحكيم، والوصول للحكم التحكيمي ، والمرحلة الاخيرة هي الخيار الممنوح للأطراف باللجوء للطعن بالبطلان 220.

وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى آلية إصدار حكم التحكيم –بشكل عام – وميعاده وذلك بموجب المادة (38) من قانون التحكيم :

217.سلام توفيق منصور :**بطلان حكم التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة "**، رسالة ماجستير منشورة ،جامعة الازهر ،عمادة الدراسات العليا والحث العلمي ، غزه ،فلسطين ،2010،ص4، منشورة على الموقع https://www.academia.edu ، تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 6مساءً.

218.نوار عبد الرزاق بطاينة :**التحكيم في النزاعات الناشئة عن عقود المستهلكين بين النظرية والتطبيق** ،رسالة ماجستير منشورة ، جامعة جرش، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا ، جرش، 2024، منشورة على الموقع https://www.mandumah.com/ ،تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 8 مساء.

219 .عبد المنعم دسوقي :**التحكيم التجاري الدولي والداخلي** ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،ص228.

220.مجاهد نبيل ملحم :**اجراءات التحكيم دراسة مقارنة ما بين قانون التحكيم وقانون اصول المحاكمات المدنية** ،رسالة ماجستير منشورة ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ،فلسطين ،2018،ص1.

أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة، خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان

.ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة، إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية221، وهذا ما اشار اليه المشرع الاردني ايضاً 222 .

شأن النزاع الناشئ عن عقود الاستهلاك شأن العقود الاخرى اللجوء للتحكيم فيها يقتضي إحالة النزاع بأكمله إلى هيئة التحكيم للفصل فيه، وليس ثمة قواعد قانونية خاصة بشأن الحكم التحكيمي الصادر عن هذه النزاعات وبغض النظر عن أن حكم التحكيم ناشئ عن نزاع يخص عقود المستهلكين أو غيرها، فأن حجيته تشابه الحجية التي تغلب على الحكم القضائي223. ويختلف عن الحكم القضائي بأنه لا يجوز الطعن به بطرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية كالاستئناف والاعتراض، إنما بالبطلان إلا أن قانون التحكيم الفلسطيني لم ينص على ذلك صراحة، كما فعل المشرع الاردني في نص المادة ((48) من قانون التحكيم الاردني 224.

221.نص المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 .
222.نص المادة (38) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001"على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان ....." ونص المادة (38) من ذات القانون "اذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من اكثر من محكم واحد ....."
223.كوثر موسى قدور :**تنفيذ حكم التحكيم الدولي ، رسالة ماجستير منشورة** ، جامعة قاصدي مرباح ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة،2015،ص54،منشورة على الموقع https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/9550/1/Moussa_Kadoure_Kawatar.pdf ، تاريخ الدخول 2024/4/20، الساعة 5 صباحا.
224.يوسف شندي ، مرجع سابق، ص 316.

تحوز أحكام المحكمين الصادرة على حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها وقد بينت محكمة التمييز الاردنية أن عدم صدور الحكم يعد سبباً من أسباب عدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم وذلك بقولها "وبما أنه لم يصدر عن هيئة التحكيم حكم تحكيمي نهائي منهي للخصومة فأن دعوى البطلان تكون مستوجبة للرد شكلاً لعدم صدور حكم تحكيم منه للخصومة من قبل هيئة التحكيم لأن دعوى البطلان تكون مستوجبة للرد شكلا لعدم صدور حكم تحكيم منهي للخصومة من قبل هيئة التحكيم لأن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست جزءاً من خصومة التحكيم فدعوى البطلان تنشأ بعد صدور حكم التحكيم بمواجهة أي من طرفي التحكيم وإنما انتهت خصومة التحكيم بغير حكم في الدعوى ، فأنه لا محل لدعوى البطلان مما يتعين ردها شكلا "[225].

ولا يجوز تقديم طلب تصديق حكم التحكيم واكسابه الصيغة التنفيذية إلا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن فيه [226]، كما ونصت المادة (53) من قانون التحكيم الاردني على شروط تنفيذ حكم التحكيم ،ومنها " لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى " [227].

وفي ذلك بينت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني الحالات التي تقبل فيها دعوى بطلان حكم التحكيم ،ومن ضمنها "إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً،إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم مخالفته للنظام العام في فلسطين،بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته...."[228]، ويقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوم من اليوم التالي لتاريخ صدوره ..."[229] .

على الرغم من أن قرار التحكيم يعتبر عملاً قضائياً ، إلا انه يختلف عن الحكم القضائي ،و يقوم هذا الاختلاف على أساس ان قرار التحكيم ليس له قوة تنفيذية بذاته ، فالمحكم يستمد سلطة الفصل في موضوع النزاع من اتفاق التحكيم، لكنه لا يعطيه صلاحية إجبار الاطراف على تنفيذه،

---

[225]. حكم محكمة التمييز الاردنية ،حقوق رقم 2023/5097، بتاريخ 2023/11/12، منشور في رسالة ماجستير نوار بطاينة ،مرجع سابق ،ص 70.

[226]. نص المادة (1/45) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000

[227].نص المادة (53) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

[228]. نص المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، ونص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

[229]. نص المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، ونص المادة (50) من قانون التحكيم الاردني رقم(31) لسنة 20011.

والأصل أن ينفذ المحكوم عليه حكم التحكيم بشكل اختياري ودي، نظراً لطابع الاختياري الذي يمتاز به اللجوء للتحكيم[230] .

فإذا رفض التنفيذ الاختياري يحق للمحكوم له اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري لحكم التحكيم ،وذلك بعد تصديقه من الجهات المختصة في كل من التشريع الفلسطيني ،والاردني حيث نص المشرع الفلسطيني على " يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها اي حكم او قرار صادر عن محكمة وفقا للأصول"[231]، والمشرع الاردني "تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا و تأمر بتنفيذه..."[232].

أما حكم التحكيم الاجنبي، فقد بينت المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم شروط تنفيذ قرار التحكيم الاجنبي ،حيث جاء فيها "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون : أ. صادراً بمقتضى اتفاق تحكيم قانوني بمقتضى قوانين البلاد التي صدر فيها .ب. صادرا عن هيئة التحكيم المنصوص عليها في اتفاق التحكيم ،أو مؤلفة بالطريقة التي اتفق عليها الأطراف . ت. صادراً بمقتضى التشريع المتعلق بأصول التحكيم في البلد الذي صدر فيه .ث. قد اكتسب الدرجة النهائية في البلاد التي صدر فيها .ج. قد تناول مسألة يصح إحالتها قانونياً للتحكيم بمقتضى قوانين فلسطين وأن لا يكون تنفيذه منافيا للنظام العام في فلسطين" [233].

ولا يجوز التنفيذ لا بعد التأكد من ان محاكم دولة فلسطين غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو القرار أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونه.،أن الحكم أو القرار أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته، وأن الحكم أو القرار أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من محكمة فلسطينية، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام ،أو الآداب العامة في فلسطين[234].

وتختلف المحكمة المختصة بالتصديق على احكام التنفيذ حتى يصار إلى تنفيذها كالتالي اذا كان التحكيم محليا فيتم التصديق من المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع واذا كان التحكيم دوليا

230.أشجان فيصل شكري داود: **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و اثاره و طرق الطعن به** ،رسالة ماجستير منشورة ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، نابلس ، 2008، ص 90.
231.نص المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم(3) لسنة 2000.
232. نص المادة (54/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001
233.نص المادة (76) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000.
234.نص المادة (38) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.

ويجري في فلسطين، فالمحكمة المختصة هي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني ، اما في حال كون التحكيم اجنبيا فان المحكمة المختصة هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين ، او في لمقر المؤقت في غزة 235، وحدد المشرع الاردني في المادة (2/أ) المحكمة المختصة "محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف اخرى في المملكة"236 .

ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة في فلسطين على شكل دعوى ، على ان يتم ابراز قرار التحكيم الاجنبي مصدقا من المعتمد السياسي او القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد ان وجد ، وان يكون القرار مترجما إلى اللغة العربية من مترم معتمد ، ومصدق على صحة توقيع المترجم المعتمد ، وان يكون القرار مترجم بعد حلف يمين من مترجم فلسطيني قانوني 237.

وأعمل المشرع الاردني أحكام قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (8) لسنة 1952 بشأن تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي، وهو ما أكدت عليه المادة الثانية من القانون المذكور، والتي نصت على أن تعني عبارة الحكم الاجنبي الواردة في هذا القانون "كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة يتعلق بإجراءات حقوقية، ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ويشمل قرار المحكمين في اجراءات التحكيم اذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمولة به في البلد الذي جرى في التحكيم قابل للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور".238. اذ ان حكم التحكيم الصادر خارج المملكة يعتبر بمثابة حكم أجنبي شأنه شأن الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم او السندات ذات الصيغة التنفيذية والتي يجب ان يتم تقديم طلب بشان تنفيذها .

يتضح مما سبق أن حكم التحكيم الفاصل بمنازعات عقود الاستهلاك ينفذ طواعية من قبل المحكوم عليه ،وفي حالة رفض تنفيذه يتم اللجوء للتنفيذ الجبري بعد تصديق الحكم من المحكمة المختصة ، وفي حال كون حكم التحكيم الفاصل في منازعات عقود الاستهلاك اجبي فيقدم طلب لتنفيذه للمحكمة المختصة على شكل دعوى .

235.أشجان داود ، مرجع سابق، ص.
236.نص المادة (2/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.
237.نص المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
238. نوار بطاينة ، مرجع سابق ، ص 74.

الخاتمة

حاولنا في هذه الدراسة معالجة مدى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستهلاك كدراسة مقارنة بين الأنظمة التشريعية الفلسطينية والأردنية والمصرية في بعض الأحيان وقد تمت معالجة المفاهيم العامة حول عقود الاستهلاك في البداية كمدخل ضروري لدراسة من حيث تعريف عقد الاستهلاك و طرفي عقد الاستهلاك واهم مزايا وعيوب اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقد الاستهلاك ومحاولة بيان مدى تعلق عقود الاستهلاك بالنظام العام من خلال تعريف النظام العام و استعراض عناصره وأقسامه والتي توصلنا من خلالها إلى أن قواعد قانون حماية المستهلك هي قواعد من النظام العام الحمائي التي تسعى إلى حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك واعادة التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك .

وكون موضوع الدراسة متعلق بمدى جواز اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك في فلسطين، فقد تمت معالجة موقف المشرع الفلسطيني من التحكيم في تلك العقود وتوصلنا إلى أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 قد غفل عن تنظيم مسألة اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك فلم يجيزها ولم يحظرها، بالمقابل فإن قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017 لم يغفل عن تنظيم مسألة اللجوء للوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستهلاك ومنها التحكيم واعتبر أن الشرط الذي يمنع المستهلك من اللجوء للوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستهلاك هو شرط تعسفي يجب إبطاله وذلك في نص المادة (7/22) منه، و لم يرد في قانون التحكيم الفلسطيني ما يمنع بشكل صريح اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك مما يتيح لنا التمسك بإمكانية التحكيم في منازعات الاستهلاك عملا بقاعدة ان الاصل بالأمور الإباحة ما لم يرد نص صريح على خلافه على ان يكون اللجوء للتحكيم بوجب اتفاق تحكيم لاحق لنشوء النزاع في عقود الاستهلاك الداخلية كون ان مشارطة التحكيم التي تبرم بعد نشوء النزاع لا تخالف النظام العام لأن المستهلك يتمتع بهذا الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها، على العكس من عقود الاستهلاك الدولية التي يجوز اللجوء بها للتحكيم بموجب اتفاق تحكيم سابق لنشوء النزاع والسبب في ذلك يعود إلى استقلالية شرط التحكيم عن القانون الواجب التطبيق فلا يتأثر بالقواعد الوطنية التي تقرر بطلانه إضافة إلى أن العقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية .

واخيراً فقد قمنا بمعالجة مسألة سلطات هيئة التحكيم اتجاه المنازعات الناتجة عن عقود الاستهلاك وذلك من خلال بيان القانون الموضوعي والإجرائي المطبق على موضوع النزاع وبيان كيفية تعامل هيئة التحكيم مع الشروط التعسفية الموجودة في عقود الاستهلاك، ثم تحدثنا عن حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم وكيفية تنفيذه وتوصلنا أن لهيئة التحكيم ما للقاضي من سلطات باستبعاد تلك الشروط التعسفية وتعديلها بما يخدم مصلحة الطرف الضعيف وأن حكم التحكيم الفاصل بمنازعات عقود الاستهلاك ينفذ طواعية من قبل المحكوم عليه وفي حالة رفض تنفيذه يتم اللجوء للتنفيذ الجبري بعد تصديقه من الجهات المختصة .

النتائج:

1- يخضع عقد الاستهلاك لقواعد حمائية من النظام العام لحماية المستهلك ، وهي تمثل حد أدنى من الحماية لا يجوز النزول عنه (نظام عام حمائي).
2- سكت المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك بخصوص مسألة التحكيم فلم ينص، لا اجازةً ولا حظراً ، على التحكيم في منازعات الاستهلاك بمختلف انواعها.
3- لم يرد في قانون التحكيم الفلسطيني ما يمنع بشكل صريح اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ، مما يتيح لنا التمسك بإمكانية التحكيم في منازعات عقود الاستهلاك عملاً بقاعدة أن الأصل بالأمور الإباحة ما لم يرد نص صريح على خلافه.
4- إن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا يمكن القول دائما بأنها مستبعدة من نظام التحكيم إنما يتحدد ذلك بالنظر إلى المسألة ذاتها المراد حسمها بطريق التحكيم فإذا كانت من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم لاعتبارات تتعلق بحماية فئة معينة من الأشخاص (كقواعد حماية المستهلك) فيتم النظر إلى الحقوق المتنازع عليها لمعرفة اذا ما كان للأطراف حق التصرف بها أم لا فإذا كان لهم حرية التصرف بها جاز التحكيم فيها اما إذا لم يكن لهم حرية التصرف بها فلا يجوز التحكيم فيها.

5- يجوز للمستهلك في عقود الاستهلاك الداخلية إبرام اتفاق تحكيم مع المزود لحل النزاع عن طريق التحكيم بعد نشوء النزاع وذلك بموجب مشارطة تحكيم كونها غير مخالفة للنظام العام لأن ؛المستهلك يتمتع في هذا الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها.

6- شرط التحكيم الوارد في عقود الاستهلاك الدولية صحيح ، لارتباطه بمصالح التجارة الدولية اولاً، و كونه مستقلاً عن القانون الواجب التطبيق فلا يتأثر بالقواعد الوطنية التي تقرر بطلانه ثانياً وذلك متى كان تدويل العقد بالمفهوم الاقتصادي ،وبشرط ان لا يكون مخالفاً لنظام العام الدولي.

التوصيات :

1- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني أن ينص في قانون حماية المستهلك على امكانية اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود الاستهلاك ، اسوةً بالمشرع الاردني الذي اجاز اللجوء للوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستهلاك ومنها التحكيم.

2- تقترح الباحثة على المشرع الفلسطيني أضافة بند في قانون التحكيم يفيد بحظر اللجوء للتحكيم في عقود الاستهلاك الداخلية بموجب اتفاق سابق على نشوء النزاع سواء ورد كشرط في عقود استهلاك معدة مسبقا او ورد كشرط مستقل عن العقد.

3- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني بتنظيم قواعد قانونية خاصة بإحالة النزاع الناشئ عن عقود الاستهلاك لهيئة التحكيم ، ومن جهة اخرى أن يأخذ المشرع الفلسطيني بعين الاعتبار ضآلة المطالبات التي تمثل محل النزاع ، وارتفاع تكاليف عملية التحكيم –بشكل نسبي – عن التقاضي الوطني.

4- توصي الباحثة قضاة المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم البحث في اصول عقد الاستهلاك وتنظيمه بغية فض النزاع بالطرق المثلى ،ومراعاة حالة الاطراف ،وخاصة المستهلك نظرا لتشابه مركز المستهلك القانوني بمركز العامل في عقد العمل ، ومركز المذعن في عقد الاذعان ،اي ان يتم التعامل وفق اسس الخصوصية التي يتمتع بها عقد الاستهلاك ، من خلال عقد ورشات تدريبية على كيفية فض المنازعات.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً المصادر:

أ- القوانين

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، المنشور في الوقائع الفلسطينية الجريدة الرسمية، العدد 33/ بتاريخ 2000/6/30 ص5.

قانون التحكيم الاردني رقم(31) لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية ،العدد1131بتاريخ 2001/1/17،ص2821.

قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم(21) لسنة2005، المنشور في الوقائع الفلسطينية ،العدد63،تاريخ 2006/4/27،ص29.

قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لسنة 2017 ، المنشور في الجريدة الرسمية العدد20،تاريخ2017/4/18،ص2725.

ب- القرارات القضائية:

القرارت العربية :

استئناف مدني رام الله ،حقوق رقم 2018/1030، بتاريخ 2019/2/20، منشور في منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني ، المقتفي ، جامعة بيرزيت.

محكمة العدل العليا رام الله، حقوق رقم 2017/531،بتاريخ 26 /3/ 20172016منشور على موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية ،مقام، جامعة النجاح الوطنية .

حكم محكمة النقد الفلسطينية ،نقض مدني رقم 2016/606، بتاريخ 2020/1/6، منشور على منصة البحث القانوني ، قسطاس .

حكم محكمة التمييز الاردنية ،الدائرة الحقوقية، قرارها في الدعوى 2018/6/35الصادر بتاريخ 2018/10/24، منشور على منصة البحث القانوني ، قسطاس.

حكم محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم 2017/659الصادر بتاريخ 2017/11/19،منشور على موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية ،مقام، جامعة النجاح الوطنية .

حكم محكمة بداية العقبة الاستئنافية ،حقوق رقم 2020/323الصادر بتاريخ 2020/7/19،منشور على الموقع منشور على منصة البحث القانوني ، قسطاس.

ثانياً المراجع :

- المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب

ابراهيم ، عبد المنعم موسى : حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،.2007.

ابو عمر ، مصطفى احمد :موجز احكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،.2011.

الاسدي ، نجلاء عبد حسن :تدويل عقود المستهلكين واثره في تنازع القوانين ،الطبعة الاولى ،منشورات زين الحقوقية ،بيروت ،2020.

البدواوي، ابتسام علي: الحماية المدنية للمستهلك ،بدون طبعة ، اكاديمية شرطة دبي ، كلية الدراسات العليا ، دبي ، الامارات العربية المتحدة .

الجمال و عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ،الطبعة الاولى ،1998.

حامد ، أية اسعد: مشارطة التحكيم ،الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية،2023.

الحجازي ، رمزي بيد الله على :الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2016.

حداد ، حمزه احمد :التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثانية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2014.

حوى، فاتن حسين: الوجيز في قانون حماية المستهلك ، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، .2012.

الخالدي ،إيناس خلف : التحكيم و الوسائل البديلة ، الطبعة الاولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2016.

داود ، إبراهيم عبد العزيز : حمايه المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ،بدون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2014 .

دسوقي ، عبد المنعم :التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

الرفاعي، بدران شكيب :عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ،.2011.

السرحان وخاطر: شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 2009 .

السنهوري ، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،.2000.

شندي، يوسف محمد :التحكيم الداخلي و الدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم(3)لسنة2000 "دراسة مقارنة " الطبعة الثانية، وحدة البحث العلمي والنشر ، كلية الحقوق والادارة العامة جامعة بيرزيت، فلسطين ، 2015.

عبد الواسع ،عبد الباسط محمد: شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي "دراسة مقارنة" ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، .2014.

العزوزي ، مهدي: تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ،منشورات مجلة القضاء المهني ، المغرب، 2003.

علي ، نعيمة كمال: المسائل غير الخاضعة للتحكيم ، الطبعة الاولى ، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، 2020.

فقيه ، هانية محمد علي: الرقابة القضائية على عقود الاذعان ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2014.

القيسي ، عامر قاسم احمد: الحماية القانونية للمستهلك ،الطبعة الاولى ،الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2002.

والي ، فتحي :التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما و عملا ،بدون طبعة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،2014.

ب- الرسائل الجامعية

الاعرج ،همام محمد فهد :التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير منشورة كلية الدراسات العليا، جامعة القدس ، القدس ، فلسطين ،2017 .

بطاينة، نوار عبد الرزاق :التحكيم في النزاعات الناشئة عن عقود المستهلكين بين النظرية والتطبيق ،رسالة ماجستير منشورة ، جامعة جرش، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا ، جرش،2024.

بوشارب، ايمان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير ،جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، 2011.

داود ، أشجان فيصل شكري : الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و اثاره و طرق الطعن به ،رسالة ماجستير منشورة ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، نابلس ،2018.

سليمان ، بشار محمود : الرقابة القضائية على عقد الاذعان في القانون الاردني :دراسة تحليلية ،رسالة دكتوراه منشورة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية.

شقورة و ابو مخدة: التحكيم في العقود الادارية في فلسطين دراسة تحليلية مقارنة في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الاسلامية ،كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين.

الشيباني ، أحمد عبد العزيز سعيد: مسؤولية الادارة عن اعمال الضبط الاداري في الظروف العادية "رسالة دكتوراه منشورة" جامعة بغداد ، كلية القانون ،قسم القانون العام ، بغداد ، 2005.

عبابنة ، عمر نوري عبد الله :شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله " دراسة مقارنة" ،رسالة دكتوراه ،جامعة عمان العربية ، كلية الدراسات القانونية العليا ، عمان ،2006.

عيادي ، سهاد احمد حبيب :الاطار القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير منشوره ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الحقوق ، نابلس – فلسطين ، 2018.

فرحان، سمير عبود : القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم دراسة مقارنة بين القانون الاردني والعراقي ،"رسالة ماجستير منشورة " ، جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق ، الاردن ،2017.

قدور، كوثر موسى :تنفيذ حكم التحكيم الدولي ، رسالة ماجستير منشورة ، جامعة قاصدي مرباح ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة،2015.

مباركة، مولاي عبد الله و حسنية :حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، "مذكرة لنيل شهادة ماجستير " ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أحمد دراية ادرار، الجزائر ، 2014- 2015 .

محمود ،عبد الله ذيب عبدالله : حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ،رسالة ماجستير منشورة ،كلية الحقوق ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس –فلسطين،2009.

مرقة، لجين بدر زهير: الشروط التعسفية في عقد القرض المصرفي في فلسطين ، رسالة ماجستير ،جامعة بيرزيت ،كلية الحقوق والادارة العامة ،بيرزيت- فلسطين ،2022.

مصطفى ، سلام مؤيد :التحكيم في عقود العمل،رسالة ماجستير منشورة ،جامعة جرش، كلية الحقوق ،جرش، الاردن ، 2022.

المقابلة ،مازن فايز: التحكيم في منازعات العقود الإدارية " دراسة مقارنة " رسالة ماجستير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة البيت ، الاردن ،2005.

ملحم ،مجاهد نبيل :اجراءات التحكيم دراسة مقارنة ما بين قانون التحكيم وقانون اصول المحاكمات المدنية ،رسالة ماجستير منشورة ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ،فلسطين ،2018 .

منصور، سلام توفيق : بطلان حكم التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة "، رسالة ماجستير منشورة ،جامعة الازهر ،عمادة الدراسات العليا والحث العلمي ، غزه ،فلسطين ،2010.

ج- الابحاث

الاحدب، عبد الحميد :مفهوم النظام العام في التحكيم ، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم ، المركز الدولي للوساطة زيبار الشاذلي : النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، مجلة البحوث القانونية والسياسية ، جامعة تيارت، العدد 7، ديسمبر ،2016، ص 301. والتحكيم ، عدد3، 2003.

احمد ، رشا علي الدين :مبدأ الاختصاص بالاختصاص امام هيئة التحكيم الدولية دراسة مقارنة ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،جامعة المنصورة ،كلية الحقوق ،2021 .

اشراقية ،أحمد : قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك للتحكيم :دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية –السنة 8- العدد 4.

اقصاصي، عبد القادر :فكرة النظام العام الحمائي و دورها في حماية الطرف الضعيف في العقد ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة احمد دراية – ادرار ، مجلد3، عدد1، 2019.

الباز، مصطفى محمد: شكل اتفاق التحكيم وتفسيره في قانون التحكيم المصري والسعودي دراسة ،مجلة العدل، وزارة العل المكتب الفني مجلد18،عدد46،ابريل2016.

برغاني ، مختار :اتفاق التحكيم و صوره، مجلة المناظرة ،هيئة المحامين بوجدة، مجلد 16، عدد 17، ماي.

بشايرة ، محمد حسين: نطاق مشروعية اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك في القانون الاردني ، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية ، جامعة مؤتة ، عمادة البحث العلمي ، مجلد 1، عدد4.

بني مقداد محمد علي :اتفاق التحكيم التجاري "دراسة مقارنة "، مجلة اربد للبحوث والدراسات القانونية ، جامعة اربد الاهلية ،مجلد 15، عدد 1 ،ص 275،يوليو 2011.

الجريدلي ، جمال زكي: حماية المستهلك في عقود الاذعان" دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،معهد الحقوق والعلوم السياسية ،مجلد 8، العدد1، 2019.

حسين، أشرف : التحكيم في النزاعات العمالية في ظل قانون التحكيم الفلسطيني ، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية ،جامعة حسيبة بو علي الشلف ، مجلد 14، عدد 1، الجزائر، 2022.

الحياني، ابراهيم عنتر فتحي: النظام العام الاقتصادي من المقتضيات الاجتماعية للعقد ، مجلة الدراسات المستدامة ،جامعة تكريت ، كلية الحقوق ،العراق ، مجلد 2، عدد2، .

خليل، زكريا :حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ،العدد11،12، ،ص2-،22، 2016.

خيري، مرتضى عبد الله : التحكيم التجاري الدولي بين السرية والشفافية ، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية – مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ،العدد 1، مجلد 11،مارس 2019 .

الراسبي ،خالد بن سالم : القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ،مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية ،العدد 7، 2020 .

زرزور، ياسمين : الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له ، مجلة القانون والاعمال ،جامعة الحسن الاول ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، العدد 31، 2018.

زيوش ،عبد الرؤوف : حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ،معهد العلوم القانونية والادارية ،مجلد 5،عدد2،2020.

شرشراوي ،فاطمة: النظام القانوني لعقد الاستهلاك في التشريع الجزائري ، مجلة انسنة للبحوث والدراسات ،جامعة زيان عاشور بالجفلة ،كلية العلوم الاجتماعية والانسانية ، مجلد 11،عدد2، 2020 .

الصادق، عبد القادر: حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مجلة افاق علمية ،مجلد 11، العدد10، 2019.

صالح ،عثمان غازي :شرط التحكيم في العقود الادارية "دراسة مقارنة"، مجلة القانون والاعمال ،جامعة الحسن الاول، 2021.

الصمادي و المجالي :سلطة القاضي في تفسير العقد ،مجلة جامعة الزيتونة الاردنية ، المجلد 2، الاصدار 3، 2022.

عاشور، فاطيمة: النظام العام الحمائي الية لحماية الطرف الضعيف في العقد ، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية – مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية ، العدد 7، 2019 .

عبد اللطيف ،هني: مكافحة الشرو التعسفية في عقد الاستهلاك : دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ،جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، عدد 1، 2014.

عطية وعبد الصمد :مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة كركور ، العراق ، العدد 2 .

فتح الباب ،محمد ربيع انور :التحكيم في عقود الاذعان" دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،مجلد 60، عدد 1،جامعة عين شمس – كلية الحقوق.

الفضلي ، احمد محمود : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ، المجلة الاردنية للعلوم التطبيقية – سلسلة العلوم الانسانية ،جامعة العلوم التطبيقية ،مجلد 12، العدد 1، 2010.

فيغو، عبد السلام احمد : عقود الاذعان، مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الاصدار39 ، 2016.

المختار ، احمد ممد المصطفى : العقد والنظام العام والآداب العامة ، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، عدد48، 2019.

مختاريه، شيباني :تطور عقود الاذعان في عقود الاستهلاك ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مجلد 59،عدد1، 2022.

مريم بن عباس: العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الاداري، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، جامعة باتنة ، الجزائر ، مجلد 7، عدد 1، 2020.

مقبوب ،الحسين : مزايا التحكيم التجاري الدولي مقارنة مع القضاء، مجلة القصر ،الحسن البوعيسى، العدد 20،مايو 2008.

منصوري، ياسين : دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية ، مجلة المنارة للدراسات القانونية الادارية ، رضوان العنبي ، عدد16، 2016 .

منير ، اناس : التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية ، مجلة القانون المغربي ،دار السلام للطباعة والنشر، العدد 23، 2014 .

المومني ، حمد: الشروط التعسفية وفقا للمادة 22من قانون حماية المستهلك الاردني الجديد رقم "7" لسنة2017،المجلة الاردنية للعلوم التطبيقية، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة –عمادة البحث العلمي والدراسات العليا ، مجلد25، العدد2.

مياد ، العربي محمد :مقاومة الشروط التعسفية في العقد ، مجلة القانون المغربي ،دار السلام للطباعة والنشر ،عدد 13، 2019.

نسيغه، فيصل : النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 5، 2018 .

نويري و لخذاري: خصوصية اطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري ، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية ، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 12، العدد 02، الجزائر.

د- المواقع الالكترونية

موقع قسطاس للأحكام القضائية. الاول من نوعه في الأردن ، الامارات، السعودية وفلسطين ، https://qistas.com/ .

موقع مقام للأحكام القضائية الفلسطينية. https://maqam.najah.edu/ .

منظومة التشريع والقضاء في فلسطين "المقتفي". http://muqtafi.birzeit.edu/ .

المراجع باللغة الاجنبية

Mauro rubion sammartta: Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage ?، 7/72017.

rithy chey : L'arbitrage et le cotrat de consummation :le point sur l'état du droit ، Mémoire de Master 2 Recherche، UNIVERSITE LUMIERE LYON 2، Faculté.

de Droit et Science politique ، *Le 30 juin 2006.*

Abstract

This study addresses the nature of consumer contracts that involve a professional provider and an inexperienced consumer who may comply with the provider's terms due to their need and the legal complexities arising from the imbalance between such parties. Consequently، certain legal avenues، including arbitration، have been chosen to resolve disputes between providers and consumers، with a focus on Jordanian law in this study. The Jordanian legal framework was found to be clearer and more supportive of arbitration in resolving consumer contract disputes compared to Palestinian legislation. The study aims to determine the extent to which arbitration can be utilized as an alternative to litigation in consumer contracts، especially those with standardized terms imposed by providers without consumer input. The researcher employed a comparative analytical method، analyzing the Palestinian Arbitration Law No. (3) of 2000 and the Palestinian Consumer Protection Law No. (21) of 2005، relying on comparative laws، particularly as arbitration in consumer disputes is not subject to agreement.

The study is divided into two main chapters: the first chapter examines the legal stance on arbitration in consumer contracts، while the second chapter delves into arbitrary conditions in consumer contracts and the role of arbitration bodies in addressing them.

Among the key findings، it was observed that the Palestinian legislator remained silent in the Consumer Protection Law regarding arbitration، neither allowing nor prohibiting it in domestic or international consumer disputes. Similarly، the Palestinian Arbitration Law does not explicitly prohibit arbitration in consumer contract disputes، allowing for the presumption that arbitration is permissible unless explicitly stated otherwise.

The study provides several recommendations، with a significant one being the encouragement for Palestinian legislators to emulate legislation that clearly permits arbitration for resolving consumer contract disputes، similar to Jordanian law as articulated in Article (7/22).