

January 2015

Determining the Abusive Clause in Insurance Contracts under the Kuwaiti Law: A Comparative Study

Hussein Muheisen Al-Rashidi
College of Law, Kuwait University, alrashidi67@msn.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

Al-Rashidi, Hussein Muheisen (2015) "Determining the Abusive Clause in Insurance Contracts under the Kuwaiti Law: A Comparative Study," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2015 : No. 61 , Article 1.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2015/iss61/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in *Journal Sharia and Law* by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Determining the Abusive Clause in Insurance Contracts under the Kuwaiti Law: A Comparative Study

Cover Page Footnote

Dr. Husain Al Rashidi Assistant Professor of Civil Law, Department of Private Law, College of Law, Kuwait University alrashidi67@msn.com

[د. حسين محيسن الرشيدى]

تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي دراسة مقارنة*

د. حسين محيسن الرشيدى*

ملخص البحث:

يهدف القانون إلى تنظيم المجتمع من خلال بيان ما للمراكز القانونية من حقوق وما عليها من التزامات. ولهذا تدخل المشرع في عدة مواطن لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. ومن صور الحماية المقررة للطرف الضعيف محاربة المشرع للشرط التعسفي من خلال جعله قابلاً للتعديل أو الإلغاء؛ لأن استقلال أحد المتعاقدين بتدوين شروط العقد، يتيح له فرصة التعسف تجاه المتعاقد الآخر فيفرض عليه شروطاً قاسية لصالحه. ولهذا نص المشرع صراحة على بطلان كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه.

ولكن، اختلفت مذاهب التشريعات في تحديدها للشرط التعسفي، فمنها من لجأت إلى إنشاء لجنة تختص برقابة الشروط التعسفية، ومنها من تبنت قائمة بالشروط التعسفية، ومنها من فضلت وضع تعريف للشرط التعسفي. أما بالنسبة للمشرع الكويتي فإنه لم يتبع أية وسيلة من الوسائل السابقة. وبذلك يفسح المجال للفقه والقضاء للاجتهاد في تعريف الشرط التعسفي. وباستبعادنا تعريف

• أجزى للنشر بتاريخ ٢٠١٣/٢/١٧.

• مدرس القانون المدني - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

الشرط التعسفي بأنه الشرط المخالف للقاعدة القانونية الآمرة لأنه وقتها سيكون شرطاً باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ أو أن يكون الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للمعقول لأن هذا الأخير قد يكون معقولاً لأنه تطبيق لقاعدة تشريعية، بيد أنه يعتبر تعسفياً لإساءة توظيفه؛ فإننا نتوصل إلى تعريفه بأنه ذلك الشرط الذي يخل بتوازن العقد ويفرضه أحد المتعاقدين على الآخر مستغلاً قوة مركزه.

المقدمة:

يهدف القانون إلى تنظيم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع من خلال بيان ما للأفراد من حقوق وما عليهم من التزامات. ولتحقيق هذه الغاية، تدخل المشرع في عدة مواطن لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كالمستأجر في عقد الإيجار، والعامل في عقد العمل، والمُدْعَى في عقد الإذعان، برغم ما في ذلك من تقليص لمبدأ سلطان الإرادة. بل إن هذه القواعد التي تحمي الطرف الضعيف هي قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام الحمائي⁽¹⁾ فلا يجوز إطلاقاً الاتفاق على مخالفة أحكامها، وإلا ما تحقق الهدف من فرض المشرع لها، ولقام الطرف الضعيف خضوعاً لنفوذ الطرف القوي بالموافقة على تعديلها.

ويتفق الفقه العربي مع نظيره الفقه الفرنسي على الإجماع بأن عقد التأمين يعتبر من عقود الإذعان، وهي التي يستقل أحد طرفيها بما له من تفوق على الطرف الآخر بصياغة بنود العقد. فتعد هيئة التأمين الجانب الأقوى في عقد التأمين، ويعد المؤمن له الطرف الضعيف؛ لأنه لا يملك إلا قبول أو رفض العقد

(1) إبراهيم أبو الليل، أصول القانون، ج 1، نظرية القانون، ط الأولى ٢٠٠٦، مجلس النشر العلمي، سلسلة الكتب الجامعية، الكويت، ص ٦٢.

الذي انفردت في إعداده سلفاً هيئة التأمين بما يحتويه من شروط وعرضته على الناس كافة. فليس في وسع المؤمن له التفاوض مع هيئة التأمين حول بند من بنود العقد^(٢).

ومن صور الحماية المقررة لصالح الطرف الضعيف في عقد الإذعان تخويل المشرع الكويتي في المادة (٨١ مدني) القاضي - بناء على طلب الطرف المُذعِن - صلاحية تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية وذلك لكثرتها في عقود الإذعان^(٣)، حيث إن انفرد الطرف الأقوى في العقد بوضع شروط العقد هو مدعاة إلى أن يضمه شروطاً تصب في صالحه برغم كونها تعسفية جائزة بالنسبة إلى الطرف

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، مجلد ٢، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، تنقيح أحمد مدحت المراغي، (بدون رقم طبعة)، ٢٠٠٤، منشأة المعارف، مصر، ص ١٠٧٤؛ فتحي عبد الله، التأمين، (بدون رقم طبعة)، ١٩٩٧، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ص ٢٠٠؛ أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، (بدون رقم طبعة)، ١٩٨٣، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص ١٠٦؛ محمد منصور، مبادئ قانون التأمين، (بدون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص ٨٣؛ محمد عمران، الوجيز في عقد التأمين، (بدون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار النهضة العربية، مصر، ص ٦٨؛ توفيق فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، (بدون رقم طبعة أو سنة نشر)، الدار الجامعية، لبنان، ص ٣٢٣؛ مصطفى الجمال، التأمين الخاص، ط الأولى ٢٠٠١، الفتح، مصر، ص ٩٥؛ محمد لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط الثانية، ١٩٩٠، (بدون اسم ناشر)، مصر، ص ٩٠؛ عبد المنعم البدرابي، التأمين، (بدون رقم طبعة أو مكان نشر) ١٩٨١، ص ١١٦؛ إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، ط الثانية ١٩٩٨، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص ١٧٧؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (بدون رقم طبعة)، ١٩٨٨، دار الكتاب الحديث، الكويت، ص ١٨٣؛ عاطف حسن، حماية المستهلك، (بدون رقم طبعة)، ١٩٩٦، دار النهضة العربية، مصر، ص ٥٧؛ فايز عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، (بدون رقم طبعة) ٢٠٠٦، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ص ٣؛ وفي اللغة الفرنسية انظر:

S. ALDERAIEI, *Le recours de la victime d'un accident de la circulation à l'encontre de l'assureur du véhicule ayant provoqué l'accident*, thèse Nantes, 1999, p. 136 ; J. GHESTIN, « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. Etudes Juridiques, n 3, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p. 7 ; V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, pref. J. HERON, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 267, L.G.D.J., 1996, p. 31 ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. GROUDEL, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., 1998, p. 14 ; J. KULLMANN, « Clauses et contrat d'assurance », *RGDA*, 1- 1996, p. 34.

(٣) عاطف حسن، مرجع سابق، ص ٨٣.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

الضعيف الذي ما كان بمقدوره إلا قبول العقد بما احتواه. ومن ذلك أيضاً قيام المشرع في المادة (٧٨٤ مدني) بإبطال كل شرط تعسفي يرد في عقد التأمين ولا يكون لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه. وفي الحقيقة، أن وجود الشروط التعسفية لا يقتصر على عقود الإذعان، وإنما قد توجد أيضاً هذه الشروط في عقود المساومة^(٤).

ولهذا الموضوع أهمية بالغة، فمن جهة يقع الشرط التعسفي باطلاً ولا يعتد به، فعلى من يشترطه أن ينتبه إلى أن مآله هو البطلان وبالتالي لن يحقق مصلحته. ومن جهة أخرى، لا تقتصر أهمية معرفة الشرط التعسفي على عقد التأمين، لأن المشرع سعى لمحاربة وجوده في كل عقود الإذعان التي كثر انتشارها في هذا العصر. ولهذا كان من المهم معرفة ماهية الشرط التعسفي لتفاديه. بيد أن منهجية البحث العلمي تتطلب منا ضرورة التعمق في معالجة جزئية معينة. ولهذا كان لا بد من تحديد حقل الدراسة، وعليه آثرنا قصر مجال بحثنا هذا على عقد التأمين لسببين: أولهما هو أهمية هذا العقد لكثرة المخاطر التي تحيط بنا وتعكر صفو

(٤) عاطف حسن، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، شهر يناير ٢٠٠٨، ص ٣٤٧؛ إن "الشرط التعسفي لا يرد على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان فقط، بل إنه يرد على كل عقد يختل توازنه، وتفتقد العدالة فيه بين طرفيه"؛ أيمن سليم، الشروط التعسفية في العقود، (بدون رقم طبعة) ٢٠١١، دار النهضة العربية، مصر، ص ٣٥: "إن القضاء المصري لم يحصر تطبيق النصوص الخاصة بالشروط التعسفية في تلك العقود [عقد التأمين وعقد الإذعان]، فكما طبق هذه النصوص على عقود الإذعان والتأمين طبقها على غيرها من العقود فقد قضت محكمة النقض المصرية باعتبار الشرط الذي يجعل العرض والإيداع غير مبرئين للذمة شرطاً تعسفياً وذلك إذا ورد في عقد بيع، على الرغم من أن عقد البيع ليس من عقود الإذعان وليس من عقود التأمين. كما اعتبرت محكمة النقض المصرية شرط التحكيم الوارد في سند الشحن شرطاً تعسفياً". ويؤكد الأستاذ بودالي محمد على أن تطبيق النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية وفقاً للقانون الفرنسي لا يقتصر على عقود الإذعان، وإنما يشمل جميع العلاقات التعاقدية كعقد البيع والإيجار، منتقداً مسلك المشرع الجزائري الذي قصر تطبيق القانون ٠٢/٠٤ على عقود الإذعان فقط، "في وقت كان ينبغي مده إلى عقود المساومة"، انظر: بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، سلسلة الكتب القانونية، ط الأولى ٢٠٠٧، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، ص ١١١ وما يليها.

الحياة^(٥). ثانيهما هو أن المشرع المدني الكويتي لم يتطرق للشرط التعسفي إلا في موطنين هما عقد الإذعان وعقد التأمين.

أما سبب اختيارنا لموضوع تحديد الشرط التعسفي فهو عدم قيام المشرع بتحديد مفهوم الشرط التعسفي على الرغم من خطورة الآثار المترتبة على تكييف الشرط بأنه تعسفي (بطلان الشرط أو تعديله). فلم يعرف المشرع الشرط التعسفي بشكل مباشر "وإنما كان ذلك من خلال تعريفه لعقد الإذعان، وكأن الشروط التعسفية تُعد إحدى خصائص عقد الإذعان"^(٦). في حين أن "هناك العديد من عقود الإذعان لا تتضمن اشتراطاتها أي تعسف"^(٧).

إنه من الصعوبة بمكان معرفة كنه الشرط التعسفي طالما أن المشرع الكويتي لم يضع له تعريفاً، وبناء عليه اجتهد الفقه والقضاء في تحديد ماهيته، وفي ذلك اختلفت مذاهبهم. فهل الشرط التعسفي هو الذي يخالف القواعد القانونية الآمرة؟ أم تراه هو الشرط المخالف للمعقول؟ أم هو الشرط المعارض لجوهر العقد؟ أم هو الشرط الذي لا أثر لمخالفته على تحقق الخطر؟

وهكذا نجد أنفسنا مضطرين - قبل عرض موقف المشرع الكويتي - إلى تقديم الطرق التي اتبعتها بعض التشريعات في تحديدها للشرط التعسفي (المبحث الأول)، حيث إن بعض هذه التشريعات لجأت إلى إنشاء لجنة إدارية وجعلها الجهة

(٥) انظر علي سبيل المثال حوادث الطرق، حيث تدل إحصائيات الإدارة العامة للمرور في وزارة الداخلية على أن الحوادث المرورية بارتفاع بمعدل ١٤% خلال عامي ٢٠١٠ و ٢٠١١. وكذلك ارتفع معدل الإصابات الناتجة عن حوادث المرور خلال عامي ٢٠١٠ و ٢٠١١ بزيادة ٢٦% حيث إن مجموع الإصابات في عام ٢٠١١ هو ١،٤٦٤ حالة موزعة بين إصابات بسيطة وإصابات بليغة وحالات وفاة مقارنة بمجموع إصابات عام ٢٠١٠ والتي مجموعها بلغ ١،١٦٠ حالة. انظر، إحسان العويش، دعوة لتعديل قوانين التأمين للمساهمة في زيادة أمن وسلامة الطرق والحد من الحوادث المرورية في دولة الكويت، ورقة علمية مشاركة في ملتقى الكويت الدولي الثاني للتأمين ٢٩-٣٠ مايو ٢٠١٢، ص ٢.

(٦) حوراء زكريا، الشروط التعسفية ووسائل مواجهتها، رسالة ماجستير، الكويت، ٢٠١٠، ص ٤١.

(٧) رياحي أحمد، مقالة سابقة، ص ٣٤٧؛ بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١١٢.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

المختصة بتحديد الشرط التعسفي (المطلب الأول)، ومنها ما فضلت تبني قوائم بالشروط التعسفية (المطلب الثاني)، ومنها ما آثرت وضع تعريف للشرط التعسفي (المطلب الثالث). أما موقف المشرع الكويتي من تحديد الشرط التعسفي ومعرفة أي الوسائل التي اتخذها فسنعرضه في (المبحث الثاني)، حيث سنخصص (المطلب الأول) لمعرفة إن كان الشرط التعسفي وفقاً للقانون الكويتي هو الشرط المخالف للقواعد القانونية الآمرة، أم الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للمعقول (المطلب الثاني)، على أن نعرض مفهوم الشرط التعسفي الذي نراه ملائماً في (المطلب الثالث).

المبحث الأول**طرق تحديد الشرط التعسفي**

إن استقلال أحد المتعاقدين بتدوين شروط العقد، قد يتيح له فرصة التعسف تجاه المتعاقد الآخر فيفرض عليه شروطاً قاسية لصالحه^(٨). فالشرط التعسفي ليس بقاصر على عقود الاستهلاك أو الإذعان وإنما يشمل كل عقد يخلل توازنه^(٩). ولهذا اجتهدت التشريعات في التصدي له على مستوى جميع العقود. ومحاربة الشرط التعسفي تستدعي تحديده، وفي ذلك اختلفت مشارب التشريعات، فمنها ما لجأت إلى إنشاء لجنة تختص برقابة الشروط التعسفية (المطلب الأول)، ومنها ما تبنت قائمة بالشروط التعسفية (المطلب الثاني)، ومنها ما فضلت وضع تعريف للشرط التعسفي (المطلب الثالث).

(٨) توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٢٩. ولا يعني بالضرورة أن الشرط تعسفي يرد في عقد الإذعان، انظر في ذلك:

D. KRAJESKI, *Droit des assurances*, Montchrestien, 2004, p. 48.

(٩) رباحي أحمد، مقالة سابقة، ص ٣٤٧.

المطلب الأول

إنشاء لجنة لرقابة الشروط التعسفية

لم يتضمن القانون المدني الفرنسي (مدونة نابليون) أي تنظيم للشروط التعسفية. إن أول محاولة لتصدي المشرع الفرنسي للشروط التعسفية كانت عام ١٩٧٨ عندما أنشأ لجنة الشروط التعسفية بموجب القانون رقم ٧٨/٢٣ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/١/١٠ والمتعلق بحماية المستهلكين وإعلامهم بالسلع والخدمات، والذي بيّن في المواد (٣٥-٣٨) كيفية تشكيلها والمهام الموكلة لها (الفرع الأول). ومن الملائم بعد عرض تكوين لجنة الشروط التعسفية أن نقدم أهم التوصيات والآراء التي انتهت إليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تكوين ومهام لجنة الشروط التعسفية

تتكون لجنة الشروط التعسفية من ثلاثة عشر عضواً منهم قضاة وأشخاص مؤهلون في القانون وصياغة العقود، وممثلون عن المستهلكين وآخرون ممثلون عن المحترفين. وتكون مدة عضويتهم ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وتختص هذه اللجنة بأربع مهام مختلفة: أولاً، عليها أن تبدي رأياً بمشاريع المراسيم التي تهدف لتحديد الشروط التي ينبغي أن ينظر لها على أنها شروط تعسفية. ويكون رأياً في هذا الشأن ملزماً. ثانياً، يجب أن تفحص العقود النموذجية المقدمة عادة من المحترفين لغير المحترفين أو المستهلكين بحثاً عن الشروط ذات الطابع التعسفي. ثالثاً، إبداء الرأي بناء على طلب القاضي بمناسبة الخصومة المعروضة عليه. رابعاً، القيام كل سنة بنشر تقرير عن نشاطها^(١٠) متضمناً الاقتراحات بتعديل التشريعات وما أصدرته من توصيات بتعديل الشروط التي تؤدي إلى عدم توازن بليغ بين حقوق وواجبات أطراف العقد أو إلغائها^(١١).

(10) Code de la consommation, section II, 12e éd., Dalloz, 2007, p. 182.

(11) L'art. L. 534-3 c. consom. et L. 534-1 c. consom .

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

وتتطلع لجنة الشروط التعسفية بكل ما يهدف إلى بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية^(١٢). وهي في سبيل تحقيق ذلك تبدي رأيها الاستشاري بناء على طلب من الوزير المكلف بالاستهلاك، إما من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما من المحترفين المهتمين. كما أنه يجوز للجنة الشروط التعسفية أن تعبر عن رأيها في الشرط التعسفي من تلقاء نفسها^(١٣). وقد يطلب القاضي المختص في أثناء نظره الدعوى رأي لجنة الشروط التعسفية حول الطابع التعسفي لأحد الشروط إذا ما أثير طابعه التعسفي، وإن كان رأيها لا يقيد سلطة القاضي في تقدير الشرط التعسفي من عدمه^(١٤).

وللجنة الشروط التعسفية طبيعة إدارية، فهي لا تملك إلا إصدار توصيات، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه ينتج عن المواد (L 132-1 et L 132-4) من قانون المستهلك أنه عندما تصدر لجنة الشروط التعسفية توصيات فهي لا تنشئ قواعد ملزمة للأفراد أو السلطة، وإنما هي دعوة للمحترفين المعنيين لتعديل الشروط التي تقدر اللجنة بأنها ذات طابع تعسفي أو إلغائها. والقاضي المختص هو من يملك وحده إعلان بطلانها إذا ما عرضت عليه. وبالتالي لا تمثل التوصيات قرارات إدارية يمكن الطعن بها لتجاوز السلطة^(١٥). ولا ينتج عن توصيات لجنة الشروط التعسفية قواعد تؤدي مخالفتها إلى الطعن بالحكم أمام محكمة النقض^(١٦).

(١٢) إسماعيل المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد ٤، سنة ٢٠٠٦، ص ٣٣١.

(١٣) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٣٧.

(14) L'art. R. 132-6 c. consom.; Code de la consommation, ouvrage précité, p. 182.

(15) CE, 16 janv. 2006, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/ce060116.pdf>.

(16) Cass. civ. Ire, 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 399.

الفرع الثاني

أهم التوصيات والآراء التي انتهت إليها لجنة الشروط التعسفية

لقد أصدرت لجنة الشروط التعسفية - منذ عام ١٩٧٨ - عدة توصيات منها ما كان يتعلق بالشروط التعسفية بصورة عامة، ومنها ما كان يخص الشروط التعسفية في عقود معينة. ويقوم وزير الاستهلاك بإعلان توصيات اللجنة للعامة، ويتم نشرها في (BOCCRF)، وهذا ما يمنح هذه التوصيات شيئاً من السلطة بالرغم من أنها غير ملزمة. ومع ذلك، كانت هذه التوصيات سبباً لكثير من التعديلات التشريعية. هذا بالإضافة إلى ما لهذه التوصيات من تأثير إيجابي في سلوك المحترفين، ومساعدة القاضي بتحديد الشروط ذات الطابع التعسفي^(١٧).

ومما أصدرته اللجنة من توصيات تتعلق بعقد التأمين ما ورد في توصيتها المؤرخة ١٩٨٥/٩/٢٠ باعتبارها شرطاً تعسفياً الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في الضمان بمجرد مجاوزة المدة القانونية للإبلاغ عن تحقق الخطر^(١٨). ومن الشروط التعسفية الواردة في عقود التأمين والتي وقد أوصت اللجنة كذلك بإقصائها ما ورد في توصيتها رقم (٨٥-٠٤) بتاريخ ٢٠ سبتمبر ١٩٨٥، حيث أوصت اللجنة في البند رقم (٢٠) باستبعاد الشروط التي مؤداها "إخضاع الاستفادة من الضمان ضد السرقة لمراعاة المؤمن له لالتزام عام أو غير محدد مثل هذا الذي يتمثل في: أخذ المؤمن له كل الإجراءات الوقائية الضرورية لتأمين أمواله"^(١٩)؛ وكذلك أوصت اللجنة باستبعاد الشرط الذي يقضي بـ"معاينة إغفال الاحتياطات

(17) Code de la consommation, ouvrage précité, p. 182 et s.

(18) L. LEVENEUR et Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droits des assurances*, 13e éd., Dalloz, coll. précis, 2011, p. ١٣٦ et s.

(19) "20° De subordonner le bénéfice de la garantie contre le vol à l'observation par l'assuré d'une obligation générale et imprécise comme celle qui consiste à "prendre toutes les mesures préventives nécessaires pour assurer la sécurité de ses biens".

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

المطلوبة لتجنب السرقة بالسقوط الكامل لتغطية الضمان، باستثناء حالات الغش المثبتة⁽²⁰⁾

وقد أبدت لجنة الشروط التعسفية رأياً عدة مرات حول شروط يشتبه فيها أنها تعسفية، وبتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٧ بناءً على طلب من القاضي، أفصحت اللجنة عن رأيها بخصوص شرط ورد في عقد تأمين من خطر سرقة الهاتف المحمول يقضي بـ"استبعاد من الضمان راجع للحوادث والسرقات الموصوفة: هلاك، اختفاء، سرقة بلا عنف أو كسر"، وقدرت لجنة الشروط التعسفية بأن هذا الشرط تعسفي لعدم صياغته بشكل واضح ومفهوم وإنما هو غامض ولم يكتب بخط جد ظاهر ومؤداه استبعاد أو تقييد بطريقة غير مناسبة للحقوق الشرعية للمستهلك في مواجهة المحترف⁽²¹⁾.

ولكن لم يكتف المشرع الفرنسي - في محاربه للشروط التعسفية - بإنشاء لجنة الشروط التعسفية، فعمد إلى وضع قوائم تحتوي على ما يعتبره شروطاً تعسفية. وقد يفسر سلوك المشرع الفرنسي تأثره بالمشرعين في بعض الدول المجاورة للجمهورية الفرنسية الذين سبقوه في وضع قوائم بالشروط التعسفية.

المطلب الثاني

وضع قائمة بالشروط التعسفية

لجأت بعض الدول الأوروبية إلى تبني نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية، مثل لكسمبورغ، والبرتغال، وألمانيا، والمملكة المتحدة. ومن المهم عرض تجربة البلدان في تحديد الشروط التعسفية من خلال حصرها في قوائم (الفرع الأول)، قبل تقييم نظام القوائم كوسيلة لتحديد الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

(20) " 22° De sanctionner la méconnaissance des précautions exigées pour éviter le vol par la déchéance totale du bénéfice de l'assurance, hors le cas de fraude dûment établie".

(21) Avis n° 08-01 <http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm>.

الفرع الأول

تجربة بعض البلدان في حصر الشروط التعسفية في قوائم

صدر في ألمانيا بتاريخ ٩/١٢/١٩٧٦ القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود متضمناً قائمة بالشروط السوداء (Liste noire) وهي الشروط التعسفية بالضرورة، وهي باطلة بقوة القانون من غير أن يتمتع القاضي بسلطة تقديرية بشأنها. وهي تحتوي على ثمانية أصناف حددتها (م ١٠). وقائمة بالشروط الرمادية (Liste grise) التي يفترض أنها تعسفية إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي وضعها القانون ما لم يثبت المحترف أنها غير تعسفية، وإلا استطاع القاضي استبعادها. وهي تشمل على عشرة أنواع من الشروط التعسفية الباطلة حددتها (م ١١) (٢٢).

وأما في المملكة المتحدة فقد صدر في عام ١٩٧٧ القانون المسمى بـ"قانون الشروط التعاقدية غير العادلة Unfair contract terms"، وقد حددت (م ١١) ستة عشر شرطاً تعد من الشروط التعسفية وأبطلتها المادة بطلاناً مطلقاً. وأعطت (م ١٠) سلطة تقديرية للقاضي في رقابة الشروط التعسفية الأخرى ووقعها على التوازن العقدي حتى يعمل على إعادته (٢٣).

وفي عام ١٩٨٥ قدمت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك الفرنسي المنشأة عام ١٩٨١ مشروعاً لقانون المستهلك وقد احتوى على قائمتين بالشروط التعسفية، فالقائمة السوداء تتضمن ثمانية عشر شرطاً تعتبر تعسفية بطبيعتها (م ١٠٥ من المشروع)، وأما القائمة الرمادية فهي تشمل على ستة عشر شرطاً فيها وصف التعسف (م ١٠٧ من المشروع). وأكمل المشروع هذه القوائم بتعريفه للشرط التعسفي في (م ٢٦٦) بأنه الشرط الذي "يؤدي إلى الإضرار بالمستهلك بأن يؤدي إلى عدم

(٢٢) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢٣) إسماعيل المحاقري، مقالة سابقة، ص ٣٣٣.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

توازن جلي في حقوق الطرفين وواجباتهما^(٢٤). ولكن المشرع الفرنسي آثر أن يرفق بالقانون رقم ٩٥-٩٦ الصادر بتاريخ ١/٢/١٩٩٥ قائمة تحدد على سبيل المثال لا الحصر سبعة عشر شرطاً يمكن إعلانها تعسفية عندما تتوافر فيها الشروط المطلوبة في الفقرة الأولى من المادة (L. 132-1) من قانون المستهلك، وهي قائمة مستوحاة من التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE لعام ١٩٩٣. ومع ذلك، لم يجعل المشرع هذه القائمة ملزمة للقاضي حيث إن له مطلق الحرية في الرجوع إليها أو عدم الاعتداد بها^(٢٥).

وفي تاريخ ١٨/٣/٢٠٠٩ صدر المرسوم رقم ٢٠٠٩/٣٠٢ معدلاً المادة (R. 132-1) من قانون المستهلك باستحداث قائمة بالشروط التعسفية التي لا يمكن إثبات عكس طبيعتها. وتتكون هذه القائمة من اثني عشر شرطاً^(٢٦). ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٠١٠/٧٣٧ بتاريخ ١/٧/٢٠١٠، معدلاً المادة (L. 132-1) من قانون المستهلك بإلغائه إشارة الفقرة الثالثة لقائمة الشروط التعسفية التي كانت مرفقة بالنص. ولكنه كلف في الفقرة الثانية من ذات المادة مجلس الدولة بإصدار قائمة بالشروط المفترض أنها تعسفية، بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

(٢٤) المقالة السابقة، ص ٣٣٢.

(25) G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, p. 99 ; L. LEVENEUR et Y. LAMBERT-FAIVRE, ouvrage précité, p. 1٤٠.

(26) B. RAJOT, « Les clauses abusives : clauses « noires » et clauses « grises », nouvelle classification de ces clauses réputées non écrites », *Responsabilité civile et assurances*, n° 4, Avril 2009, alerte 7.

الفرع الثاني

تقييم نظام القوائم كوسيلة لتحديد الشروط التعسفية

إن تبني نظام القوائم بالشروط التعسفية يوفر للمحترفين ميزة مهمة وهي تحقيق أكبر قدر من الاستقرار القانوني^(٢٧)، لمعرفة المحترفين المسبقة بالشروط التعسفية التي مآلها الإبطال وعملهم بالتالي على تجنبها وإحلال بدلاً منها ما يحقق مصلحتهم.

وبالرغم من ذلك، تعرض أسلوب وضع الشروط التعسفية في قوائم للنقد، لأن القوائم بالشروط التعسفية أكثر جموداً من ترك التقدير للقاضي، لاسيما إن لم يسمح له بإبطال الشروط التي لم تذكر بالرغم من أنها تحتوي على خصائص الشروط التعسفية^(٢٨). وبكل الأحوال، لا ريب في أن سلوك الأفراد يتطور باستمرار، فكيف يضبط المتناهي - وأعني به قائمة الشروط التعسفية - اللامتناهي وهو تصرفات الناس؟، وهذا ما يستدعي ضرورة مواكبة سلوك الأفراد بتحديث قائمة الشروط التعسفية باستمرار.

ولتجنب العيوب التي تنسب إلى نظام قوائم الشروط التعسفية، عمدت بعض التشريعات إلى وضع تعريف جامع مانع للشرط التعسفي ومنحت القضاء - كما فعل المشرع الألماني - سلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها^(٢٩).

(27) G. PAISANT, article précité, p. 99 ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », rapport de synthèse, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 261, L.G.D.J., 1996, p. 635.

(٢٨) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢٩) المرجع السابق، ص ١٧.

المطلب الثالث

وضع تعريف للشرط التعسفي

لجأت بعض التشريعات الأوروبية إلى تحديد الشرط التعسفي من خلال تعريفه وتوضيح أهم عناصره (الفرع الأول). ولاختلاف تعريف الشرط التعسفي من تشريع لآخر، صدر التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE لعام ١٩٩٣ وقد احتوى على تعريف للشرط التعسفي على أمل أن يسهم في توحيد تعريف مصطلح الشرط التعسفي في تشريعات الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التشريعات الأوروبية للشرط التعسفي

لا ريب في أن لتحديد الشرط التعسفي من خلال تعريفه مزايا، فبالإضافة إلى بيان التعريف - على وجه الدقة - العناصر المكونة للشرط التعسفي، فإن المشرع ليس بحاجة إلى التدخل لتعديل النص التشريعي بتحديثه طوال الوقت كما يجب عند تبني قوائم بالشروط التعسفية. وهكذا حاول القانون الألماني الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٩ تقديم الشرط التعسفي من خلال الرجوع إلى مبدأ حسن النية، فوفقاً لهذا القانون الشرط المعد سلفاً من قبل أحد المتعاقدين ويخالف مصلحة المتعاقد الآخر يكون باطلاً إذا كان ضد مبدأ حسن النية. وأما التشريعات السويدية والدنمركية فقد لجأت - لتعريف الشرط التعسفي - إلى وصف "المعقول وغير المعقول" للشرط العقدي بالنظر لمحتوى العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه.

ولكن هذه المحاولات تعرضت للنقد لأنها استعانت في تعريفها للشرط التعسفي بمفاهيم ليست بمنضبطة كحسن النية والعدالة والمنطق. "قال المشرع ترك للقاضي سلطة تعريف مفهوم الشرط التعسفي مكثفياً بتزويده بمعايير للتدخل غير منضبطة

جداً⁽³⁰⁾. ولكون هذه المفاهيم متغيرة وغامضة فإن للقاضي - وهو المختص بتحديد معانيها - متسعاً مهماً من السلطة⁽³¹⁾. إن الاعتراف للقاضي بهذه السلطة مصدر عدم استقرار أطراف العقد حيث لا يعلمون سلفاً ما إذا كان القاضي سيعتبر أحد شروط عقدهم تعسفياً أم لا. زد على ذلك "أن مفهوم حسن النية يبدو غير مفيد، لأنه لا يتصور أن المحترف ممكن أن يظل حسن النية وهو يسعى للحصول على مزايا غير متكافئة من العقد المبرم مع المستهلك"⁽³²⁾.

وفي عام ١٩٩٣ صدر في الجمهورية الفرنسية قانون رقم ٩٣-٩٤٩ محتوياً على تعريف للشرط التعسفي تم تضمينه المادة (L 132-1) من قانون المستهلك حيث كانت تقضي بأن "الشروط التي تظهر مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين من خلال إساءة استعمال القوة الاقتصادية لأحد المتعاقدين وتعطي هذا الأخير ميزة فاحشة"⁽³³⁾. ومن هذا المنظور، نجد أن هنالك تقارباً بين الشرط التعسفي والغبن من حيث اشتراكهما في الإخلال بالعدالة العقدية، ويتمثل الاختلاف بينهما في محل التعسف، الذي ينصب في الغبن على الثمن أما في الشروط

(30) J. GHESTIN, « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », *D.* 1991, p. 449 : «Le législateur abandonne donc au juge le pouvoir de définir lui-même la notion de clause abusive, en se bornant à lui fournir des critères d'intervention très imprécis».

(31) J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1991, p. 81 : « Ces notions à contenu variable et incertain offrent en effet au juge, à qui il appartient de les définir, une importante marge de liberté ».

(32) G. PAISANT, article précité, p. 99 : « elle paraissait inutile, car comment penser que le professionnel pourrait rester de bonne foi en cherchant à retirer des avantages disproportionnés du contrat conclu avec le consommateur ? ».

(33) " Telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif "; X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* éd. G., 2006, I 110.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

التعسفية فإنه ينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وتؤدي إلى عدم توازن حقوق أطراف العقد والتزاماتهم^(٣٤).

وعلى أرض الواقع، للتعرف على الشرط التعسفي تلجأ السلطات المختصة بتطبيق القانون للتحقق من توافر الميزة الفاحشة. فوجود هذه الأخيرة يفترض إساءة استعمال القوة الاقتصادية. وفي الحقيقة، أن كلا العنصرين (الميزة المفرطة وإساءة استعمال القوة الاقتصادية) يشكلان عنصراً واحداً^(٣٥)، فإن كان هنالك عدم توازن بين حقوق طرفي العقد وواجباتهما فإن مرجعه هو إساءة استعمال القوة الاقتصادية^(٣٦). وينبغي ملاحظة أن الميزة الفاحشة تشمل جميع أنواع المزايا وليست قاصرة على الميزة ذات الطابع المالي فقط. والدليل أن بعض الشروط التعسفية المنصوص عليها في القائمة الواردة في المادة (٣٥) ليست ذات طابع مالي، كالشروط المتعلقة بتسليم الشيء وتنفيذ العقد وشروط الفسخ والانفساخ وتجديد العقد^(٣٧).

وكذلك وجه نقد لعنصر "الميزة المفرطة" على اعتبار أن المشرع لم يحدد مقدارا معيناً تصل إليه هذه الميزة. وبالتالي، لا يصلح هذا العنصر وحده لاعتبار الشرط تعسفياً، نظراً لعدم وضوحه وعدم تحديده برقم معين^(٣٨). ولهذا سرعان ما تولى المشرع الفرنسي عن هذين العنصرين بصدور القانون رقم ٩٥-٩٦ بتاريخ ١٩٩٥/٢/١ الذي نقل التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE لعام ١٩٩٣.

(٣٤) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٣٠؛ عاطف حسن، مرجع سابق، ص ١٠٣.
(35) J. CALAIS-AULOY, « Les clauses abusives en droit français », in *Les clauses abusives en France et en Europe*, sous la direction de J. GHESTIN, à paraître, n° 60 et 61, L.G.D.J., 1991, p. 117.

(36) C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, *Les obligations, Le contrat*, 1re partie, Conditions de formation, 6e éd., Economica, 2007, p. 428.

(٣٧) عاطف حسن، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣٨) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٢٩.

الفرع الثاني تعريف التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE للشروط التعسفي وأثره في القانون الفرنسي

لقد تخلى التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE لعام ١٩٩٣ عن عنصر "إساءة استعمال القوة الاقتصادية"، لأن اشتراط توافره لحماية المستهلك جعل القانون أقل حماية للمستهلكين حيث إن تطلبه يمثل شرطاً إضافياً لتطبيق القانون^(٣٩). ولكنه تبنى عنصراً آخر هو "عدم التوازن البليغ" حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (٣) على أن "شروط العقد الذي لم يكن محلاً للتفاوض الفردي يعتبر كالتعسفي عندما - رغماً عن تطلب حسن النية - يخلق على حساب المستهلك عدم توازن بليغ بين حقوق الأطراف الناتجة من العقد وواجباتها"^(٤٠).

وقد تم نقل هذا التوجيه الأوروبي إلى الجمهورية الفرنسية بصدور القانون رقم ٩٥-٩٦ بتاريخ ١/٢/١٩٩٥، وأصبحت المادة (L 132-1) من قانون المستهلك تعرف الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط "الذي موضوعه أو أثره أن يخلق على حساب غير المحترف أو المستهلك عدم توازن مهم بين حقوق أطراف العقد وواجباتهم"^(٤١). ومن المناسب التنبية على أن كل عقود التأمين تخضع - كمبدأ عام - لأحكام المادة (L 132-1)، سواء تلك التي تبرمها هيئة التأمين مع محترفين أو

(39) G. PAISANT, article précité, p. 99.

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

(41) L'art. L. 132-1 c. consom."sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

تلك التي تبرمها مع أفراد خاصين^(٤٢)، وذلك لأن المحترف خارج تخصصه يكون في حالة الجهل التي يكون فيها أي مستهلك^(٤٣).

ويلاحظ بعض الفقه - وبحق - أن تبني المشرع الفرنسي للمعيار الجديد "عدم التوازن المهم" لا يعني ابتعاده تماماً عن معيار "الميزة المفرطة" الذي كان مطبقاً فيما مضى، لأن اشتراط هذه الأخيرة يستدعي بشكل آخر وجود عدم توازن مهم بين حقوق المتعاقدين وواجباتهم^(٤٤). وبكل الأحوال، للتحقق من اختلال التوازن المهم للعقد، تلزم الفقرة الخامسة من المادة (L 132-1) القاضي بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وإلى كل الظروف المحيطة بانعقاده وبقية شروطه، لأن التشديد في موطن قد يقابله التخفيف في موطن آخر كتخفيض السعر^(٤٥). فعدم التوازن الاقتصادي قد لا ينشأ من أحد شروط العقد وإنما من مجملها^(٤٦). وعليه، فإن ما يمكن اعتباره شرطاً تعسفياً في أحد العقود فإنه قد لا يعد كذلك بالضرورة في عقود أخرى^(٤٧). كما أنه على القاضي تقدير الشرط التعسفي بالنظر لمحتوى أي عقد يرتبط به قانوناً. ولا ينبغي - وفقاً للفقرة السابعة - أن يكون محل تقدير القاضي للشرط التعسفي تحديد محل العقد الرئيسي أو ملاءمة السعر أو ثمن الشيء المبيع أو الخدمات المعروضة^(٤٨)، لأن كل ذلك يؤخذ بعين الاعتبار وقت احتساب قسط التأمين، فشرط الاستبعاد - مثلاً - لا يمكن أن تعلن أنها تعسفية إلا إذا ثبت أنها لم تؤخذ

(42) G. COURTIEU, « Présent et futur des clauses abusives en assurance », *Gaz. Pal.* 25 janv. 1997, doct., p. 130.

(43) Cass. civ. Ire, 28 avr. 1987, *D.* 1987, somm., p. 455, obs. Aubert.

(44) C. LARROUMET, ouvrage précité, p. 427 ; G. COURTIEU, article précité, p. 131.

(٤٥) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٣١.

(46) C. LARROUMET, ouvrage précité, p. 430.

(47) S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, ECONOMICA, 2008, p. 354.

(48) B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 17e éd., Sirey édition, aide-mémoire, 2007, p. 136.

بالحسبان في حساب القسط^(٤٩).

وقد عدلت المادة (L 132-1) عدة مرات كان آخرها بصور القانون رقم ٢٠١٠/٧٣٧ بتاريخ ٢٠١٠/٧/١، إلا أن المشرع آثر الإبقاء على ذات المعيار وهو عدم التوازن المهم بين حقوق وواجبات طرفي العقد، على الرغم من النقد الذي وجه له وهو أن عدم التوازن ينشأ من تعسف أحد المتعاقدين في استخدام حقه التعاقدية، وأما عدم التوازن الاقتصادي للعقدي، فإنه يوجد في كثير من العقود لطبيعتها التبرعية أو اللغبن ولا يمكن وصفها بأنها تعسفية^(٥٠). وقد تعرضت الفقرة السابعة من ذات المادة للنقد باعتبار أن القاعدة التي تحتويها غامضة نسبياً لأنها تفرض مبدأ من الممكن وبسهولة التحايل عليه عن طريق الانحراف بتفسير النص^(٥١).

ويعد هذا العرض المفصل لموقف عدة تشريعات أوروبية من وسائل تحديد الشرط التعسفي، يتبادر إلى أذهاننا التساؤل عن الطريقة التي تبناها المشرع الكويتي في سبيل التعرف على الشرط التعسفي ومن ثم التصدي له، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

تحديد الشرط التعسفي في القانون الكويتي

على غرار الدول المتقدمة، سعى المشرع الكويتي إلى حماية المستهلك من خلال إصدار عدة تشريعات^(٥٢). ونلمس توجه المشرع الكويتي في القانون المدني

(49) L. VILLEGAS, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, préf. H. DE BARABARIN, coll. Institut des assurances, Bouches-du-Rhône, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 134 ; J. KULLMANN, article précité, p. 21.

(٥٠) رياحي أحمد، مقالة سابقة، ص ٣٤٨.

(51) S. PIEDELIEVRE, ouvrage précité, p. 353.

(٥٢) ومن ذلك المرسوم بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته في شأن الإشراف على الاتجار في السلع وتحديد أسعار بعضها، والقانون رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٧، في شأن قمع الغش في المعاملات التجارية، والقرار الوزاري رقم (٤٧٨) لعام ٢٠١١ في شأن حظر تحصيل رسوم أو مبالغ إضافية على سعر بيع السلع أو البضائع أو مقابل أداء الخدمات.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

حيث تصدى للشرط التعسفي بنص المادة (٨١) التي تقرر أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المدعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إحافها، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". يحارب المشرع إذن الشرط التعسفي من خلال جعله قابلاً للتعديل أو الإلغاء عن طريق القاضي بناء على طلب الطرف المدعن. وفي حالة الإعفاء من الشرط التعسفي، فإن العقد يستمر في الوجود منتجاً لآثاره ما لم يكن الشرط التعسفي باعثاً للعقد^(٥٣).

وقد سبق المشرع المصري نظيره المشرع الكويتي في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، فقضت المادة (١٤٩ مدني) بإمكانية تعديل القاضي للشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان أو الإعفاء منه، كما أن المادة (٧٥٠ مدني) أبطلت ما يرد في عقد التأمين من شروط تعسفية. ومع ذلك، لم يضع المشرع المصري في القانون المدني تعريفاً للشرط التعسفي بالرغم من استعماله لاصطلاح الشروط التعسفية. بل إن قانون حماية المستهلك الصادر سنة ٢٠٠٦ لم يرد فيه ذكر لموضوع الشروط التعسفية على الإطلاق. إن ما يؤخذ على التشريع الكويتي والتشريع المصري هو عدم التنظيم المفصل لمسألة الشروط التعسفية لا في القانون المدني ولا في قوانين حماية المستهلك، فلم يحدد المشرع تعريفاً لتلك الشروط، ولم

(٥٣) يختلف إذن الجراء المرصود للشرط التعسفي في القانون المدني الكويتي عنه في القانون الفرنسي الذي يقرر في الفقرة (٨) من المادة (L. 132-1) بطلانه، انظر: G. PAISANT, article précité, p. 99 ; A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives de contrats », in *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 244 ; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, ouvrage précité, p. 137.

يضع معياراً لها، ولم يعددها في قوائم، ولم ينظم جهة مثل لجنة الشروط التعسفية الفرنسية تعين القاضي على مكافحة تلك الشروط^(٥٤).

ولعدم تعريف المشرع الكويتي للشرط التعسفي، يحق لنا أن نتساءل عن مفهوم الشرط التعسفي في القانون الكويتي: فهل الشرط التعسفي هو ما خالف القواعد القانونية الآمرة؟ (المطلب الأول)، أم تراه الشرط المخالف للمعقول؟ (المطلب الثاني). وسنعرض مفهوم الشرط التعسفي في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للقواعد القانونية الآمرة

لقد تبنى المشرع الكويتي مبدأ سلطان الإرادة والذي عبر عنه في القانون المدني بنصه في المادة (١٧٥) على أنه "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب"، وهو ما أكدته لاحقاً في المادة (١٩٦) بقوله "العقد شريعة المتعاقدين". ومع ذلك، خرج المشرع الكويتي على هذا المبدأ في عدة مواطن إما حماية للنظام العام كمنع التعامل في المخدرات، وإما حماية للغير كما في التأمين الإجباري على حوادث المركبات^(٥٥)، وإما حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية كما في عقد التأمين. وفي هذا السياق أتت الفقرة الأولى من المادة (٨٠٨ مدني) والتي تنص على أنه "لا يجوز الاتفاق على عدم سرمان أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل [المتعلق بالتأمين] أو على تعديلها، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له، أو لمصلحة المستفيد".

(٥٤) أيمن سليم، مرجع سابق، ص ٩٥؛ سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، (بدون رقم طبعة)، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، مصر، ص ٧٠.
(٥٥) إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٥٢.

نظم إذن المشرع العلاقة بين المؤمن والمؤمن له والمستفيد من عقد التأمين، معترفاً بالحقوق الدنيا التي يجب الاعتراف بها للمؤمن له والمستفيد، ومبطلاً أي شرط يمسها إلا إن كان في ذلك مصلحة لهذين الأخيرين. ومن هذه الزاوية توصف القواعد المنظمة للعلاقة التأمينية بأنها قواعد آمرة نسبياً^(٥٦). وبناء على ما سبق، فإن الشرط الذي يعدل من حقوق المؤمن له أو المستفيد بالنقصان يكون شرطاً باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقواعد آمرة متعلقة بالنظام العام الحمائي^(٥٧)، سواء كانت المخالفة لقاعدة موضوعية (الفرع الأول) أو كانت لقاعدة شكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشرط المخالف للقواعد الموضوعية الأمرة

يقصد بالقواعد الموضوعية تلك القواعد التي تتناول بالتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، فهي قواعد تحدد مصادر الحقوق ومداها واستعمالها وانقضاءها. وقد وضع المشرع المدني في الفصل المتعلق بالتأمين بعض القواعد الموضوعية الملزمة بحكمها كلا المتعاقدين على حد سواء (الغصن الأول)، وفرض أخرى حماية للطرف الضعيف وهو المؤمن له (الغصن الثاني).

الغصن الأول

القواعد الموضوعية الحامية لطرفي العقد

هنالك قواعد موضوعية فرضها المشرع ولم يقبل مخالفتها حماية لطرفي عقد التأمين كما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٧٧٩ مدني) والتي تعلن بأنه "لا يكون

(٥٦) جابر محبوب وخالد الهندياني، أحكام التأمين في القانون الكويتي، (بدون رقم طبعة)، ١٩٩٩، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ص ٨١.

(٥٧) وبالرغم من احتواء قرار وزير الداخلية رقم ١٩٧٦/٨١ باللائحة التنفيذية لقانون المرور كثيراً من القواعد القانونية المنظمة للمركز القانوني لكل من المؤمن والمؤمن له والغير إلا أننا أثرتنا استبعادها من الدراسة لخروجها عن نطاق الحكم محل التعليق.

[د. حسين محيسن الرشدي]

طلب التأمين وحده ملزماً للمؤمن ولا للمؤمن له". فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يلزم الآخر بطلب التأمين حتى ولو كان متضمناً العناصر الأساسية للعقد - أي إيجاباً - لأن بعض الفقه يرى أن هذا الحكم يعتبر استثناء من الأصل وهو إلزام الإيجاب^(٥٨). فلا يصح أن يرفع المؤمن على المؤمن له دعوى مطالباً إياه بالتعويض لتراجعه عن طلب التأمين، أو أن يرفع المؤمن له على المؤمن الدعوى لعدم قبوله لطلب التأمين.

ومن ذلك أيضاً ما قرره المادة (٧٨٧ مدني) بقولها "فيما عدا عقود التأمين على الحياة، يجوز لكل من المؤمن والمؤمن له إذا زادت مدة التأمين على خمس سنوات، أن يطلب إنهاء العقد في نهاية كل خمس سنوات من مدته". فلا يجبر أحد المتعاقدين على الاستمرار في تنفيذ عقد التأمين لمدة تزيد عن خمس سنوات، فلا حرج على أحدهما أن يطلب إنهاءه. وكذلك من القواعد التي ألزم بها المشرع طرفي العقد على حد سواء ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (مدني ٨٠٨) من أنه "لا يجوز الاتفاق على إطالة المدة المقررة لسقوط الدعاوى المبينة في المادة السابقة ولا على تقصيرها حتى لو كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد".

الفصل الثاني**القواعد الموضوعية الحامية للمؤمن له**

هنالك كثير من القواعد الموضوعية التي وضعها المشرع لحماية المؤمن له وحده، كنص الفقرة الثانية من المادة (٧٧٩ مدني) على أن العقد يعد منعقداً حتى ولو لم يسلم المؤمن وثيقة التأمين للمؤمن له، طالما قد سلمه مذكرة تغطية مؤقتة. فلا يصح بعد ذلك أن يخل المؤمن بالتزاماته بدعوى أن العقد لم ينعقد بعد. ومثال ذلك أيضاً ما قضت به المادة (٧٨٣ مدني) من عدم الاعتداد بشرط السقوط إن

(٥٨) جابر محجوب وخالد الهندياني، مرجع سابق، ص ١٠٩، هامش رقم ٣.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

كان تأخر المؤمن له في إعلان الخطر المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات يرجع لعذر مقبول. وكذلك يقع باطلاً - وفقاً للمادة (٧٨٤ مدني) - الشرط الذي يستثنى من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين وللوائح، لأن المؤمن له لن يعرف على وجه الدقة المخاطر التي لن تكون مشمولة بالضمان وبالتالي يسعى لتفاديها. ولكن يصح الشرط إن كان الاستثناء محدداً. وفي ذات الإطار، تقضي الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨ مدني) بأن امتداد عقد التأمين لا يكون إلا سنة فسنة وببطل كل اتفاق على مخالفة هذا الحكم.

وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة (٧٩١ مدني) بأنه إذا اكتشف المؤمن بعد تحقق الخطر كتمان المؤمن له لأمر أو تقديمه بياناً غير صحيح وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح. وعليه، لا يصح اشتراط المؤمن سقوط كامل حق المؤمن له في مبلغ التأمين لأن المشرع يعترف له بمقدار نسبي من مبلغ التأمين.

ومن الملائم أن نبدي بعض الملاحظات التي أثارها بعض الفقه - بحق - حول المادة (٧٩١ مدني): فمن جهة، تقضي هذه المادة في فقرتها الأولى والثانية بأحقية المؤمن في طلب إبطال العقد إذا اكتشف كتمان المؤمن له قبل تحقق الخطر أو كذبه، بينما البطلان هو جزاء لعبع العقد بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين أو إصابة إرادته بأحد عيوب الإرادة. فكان أولى بالمشرع أن يستخدم مصطلح "الفسخ" الذي هو جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بأحد التزاماته كما هي الحال هنا؛ خاصة، من جهة أخرى، أن الفقرة الثانية تؤكد في عجزها أنه في حال إبطال العقد يرد المؤمن من مقابل التأمين القدر الذي لم يتحمل في مقابله بخطر

[د. حسين محيسن الرشيدى]

ما. في حين أن البطلان يكون ذا أثر رجعي بعكس الفسخ في العقود المستمرة كعقد التأمين حيث ينصرف أثره من لحظة وقوعه^(٥٩). بيد أنا لا نتفق مع قولهم بأن الفسخ هنا "يتقرر بإرادة المؤمن وحده، لأن المشرع خوله رخصة فسخ العقد". وفي الحقيقة، طالما لا نتكلم عن شرط فاسخ منفق عليه في العقد فإنه لا يستطيع أحد المتعاقدين فسخ العقد. زد على ذلك أن المشرع نص صراحة وبكل وضوح على أنه للمؤمن "أن يطلب إبطال العقد". لا يفسخ المؤمن إذن العقد بنفسه، وإنما عليه أن يطلب ذلك من القضاء.

وتعد أيضاً المادة (٧٩٣ مدني) من قواعد الحماية المقررة للمؤمن له حيث تقرر بقاء عقد التأمين سارياً دون زيادة في القسط، بالرغم من تحقق الخطر أو زيادة احتمال وقوعه نتيجة عمل قصد به حماية مصلحة المؤمن أو نتيجة أعمال أدت امتثالاً لواجب إنساني أو توحياً للمصلحة العامة. وكذلك ما حكمت به المادة (٧٩٤ مدني) من جواز طلب المؤمن له إنهاء العقد دون مطالبة بتعويض ما على الرغم من كل اتفاق مغاير إن كان تحديد مقابل التأمين ملحوظاً فيه اعتبارات من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه ثم زالت هذه الاعتبارات، أو قلت أهميتها في أثناء سريان العقد، كما له أن يطلب تخفيض مقابل التأمين المتفق عليه عن المدة اللاحقة بما يتناسب مع زوال هذه الاعتبارات.

وتقضي المادة (٨٠١ مدني) في فقرتها الثانية ببراءة ذمة المؤمن قبل المؤمن له من كل مبلغ التأمين أو بعضه إذا أصبح حلوله محله متعذراً بسبب راجع إلى المؤمن له. وبالتالي يبطل الشرط الذي يحرم المؤمن له كلياً من التعويض لأن هذه الفقرة تنص على أن الحرمان قد يكون جزئياً. أما المادة (٨٠٣ مدني) فهي تعلن

(٥٩) المرجع السابق، ص ٣٠٥ وبعدها.

بأنه يقع باطلاً كل شرط يستحق المؤمن بمقتضاه تعويضاً إذا اختار من انتقلت إليه ملكية الشيء المؤمن عليه إنهاء العقد.

الفرع الثاني

الشرط المخالف للقواعد الشكلية الأمرة

تتناول القواعد الشكلية الجانب الشكلي والإجرائي لوضع الحقوق والواجبات موضع التنفيذ^(٦٠)، ومثالها المادة (٧٨٠ مدني) التي تمنح المؤمن له الحق في طلب تصحيح شروط الوثيقة خلال ثلاثين يوماً إن لم تكن مطابقة لما تم الاتفاق عليه. فلا يصح الاتفاق على تقليص هذه المدة لما فيه من انتقاص لحق المؤمن له. ولأهمية بعض الشروط وخطورتها استلزم المشرع أن تتوفر فيها شكلية معينة حتى تسترعي انتباه المؤمن، ودون مراعاة هذه الشكلية لا تصح هذه الشروط، فوفقاً للمواد (٧٨٢، ٧٨٥، ٧٨٨ مدني) لا يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطان أو بالسقوط أو بالتحكيم أو مدة العقد أو امتداده، إلا إذا أبرزت بطريقة متميزة، كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً. ومن ذلك أيضاً ما قرره المادة (٧٨٧ مدني) بقولها "فيما عدا عقود التأمين على الحياة، يجوز لكل من المؤمن والمؤمن له إذا زادت مدة التأمين على خمس سنوات، أن يطلب إنهاء العقد في نهاية كل خمس سنوات من مدته إذا أخطر الطرف الآخر بذلك قبل انقضاء هذه الفترة بستة أشهر على الأقل، ويجب ذكر هذا الحكم في وثيقة التأمين".

ومن القواعد الشكلية المقررة لحماية المؤمن له من إهمال المؤمن وسطوته الحكم الذي نصت عليه المادة (٧٨٩ مدني) من اعتبار المؤمن موافقاً على طلب المؤمن له المرسل بكتاب موصى عليه متضمناً امتداد العقد أو تعديله أو سريانه

(٦٠) إبراهيم أبو الليل، أصول القانون، ج ١، نظرية القانون، مرجع سابق، ص ٤٩.

[د. حسين محيسن الرشيد]

بعد وقفه قد قبل، إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب خلال عشرين يوماً من وقت وصول الكتاب إليه. ويستثنى من ذلك إذا كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي، أو كان الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين، عندها لا يعتد إلا بالموافقة الفعلية للمؤمن.

وبالتوفيق بين نص المادة (٧٨٦ مدني) والفقرة الثانية من المادة (٧٩٥ مدني)، نجد أن المشرع قد وفر حماية للمؤمن له من خلال اعتباره أن عقد التأمين ينفذ من اليوم التالي لتسليم وثيقة التأمين، وأنه لا يجوز للمؤمن أن يتمسك بما قد تنص عليه هذه الوثيقة من إرجاء سريان العقد إلى ما بعد أداء القسط الأول؛ لأن تسليم المؤمن الوثيقة للمؤمن له "يعتبر قرينة إما على نزوله عن شرط إرجاء سريان العقد، وإما على أنه قبض القسط الأول فبدأ العقد في السريان"^(٦١). وعند تحقق الخطر المؤمن منه أو عند حلول الأجل المحدد في العقد، على المؤمن - وفقاً للمادة (٧٩٩ مدني) - أداء مبلغ التأمين المستحق خلال ثلاثين يوماً من اليوم الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة للتثبت من حقه. وتهدف هذه القاعدة الشكلية إلى حماية المؤمن له من ماطلة المؤمن في تقديم الأداء الذي التزم فيه بالعقد.

ومما يصنف من القواعد الشكلية المضفية حماية على المؤمن له ما ورد في المادة (٧٩٨ مدني) من تسلسل في الإجراءات واجبة الاتباع قبل اعتبار المؤمن له مقصراً في الوفاء بالتزامه بسداد القسط. فيجب أولاً إعدار المؤمن له وإمهاله ثلاثين يوماً من تاريخ الإعدار. ثانياً، بانصرام الثلاثين يوماً دون سداد للقسط يدخل عقد التأمين مرحلة الوقف. ثالثاً، يجوز للمؤمن بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ بداية الوقف أن يطلب الحكم بتنفيذ العقد، أو فسخه. وقد قضت الفقرة الرابعة ببطان كل

(٦١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، شرح المادة (٧٩٥).

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

شرط يعفي المؤمن من القيام بإعذار المؤمن له أو ينقص من المواعيد المنصوص عليها.

لا يعد القانون إذن بالشرط المخالف للقواعد الآمرة الموضوعية منها أو الشكلية، ويعتبر كل اتفاق مخالفاً لها باطلاً. فهل بالإمكان أيضاً وصفه بأنه تعسفي لأنه يؤدي إلى الانتقاص من الحقوق الدنيا التي أقرها المشرع حماية لأحد أطراف العقد؟

يميل القضاء الفرنسي إلى اعتبار الشرط المخالف لقاعدة آمرة سواء كانت موضوعية أو شكلية يجب تكييفه بأنه تعسفي. وهكذا فُضِيَ بأن الشرط المكتوب بحجم خط أصغر من بقية الشروط المجاورة له بحيث لم يكن ليجذب انتباه المتعاقد ينبغي إلغاؤه لأنه تعسفي⁽⁶²⁾. فمحكمة النقض تقضي بأن الشرط تعسفي وليس فقط غير جائز. ولكن الفقه الفرنسي يقرر أن الشرط غير الجائز قانوناً لا يمكن تكييفه بأنه تعسفي⁽⁶³⁾.

والذي نراه صواباً هو أن هنالك قواعد آمرة لا نلمس في مخالفتها طابع التعسف ولا يتضرر أحد طرفي العقد من مخالفتها، ولنأخذ هذه الأمثلة للتدليل على ما نقول: لا يتم بيع المتجر إلا بورقة رسمية (٣٦ تجاري)؛ تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم يقض القانون بخلافه (٨ مدني)؛ تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بوفاته (٩ مدني)؛ تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرياه (١٥ مدني)؛ الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً (١ أحوال شخصية)؛ لا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم ولا زواج المسلم بغير كتابية (١٨ أحوال شخصية)؛ لا

(62) Cass. civ. Ire, 14 nov. 2006, n 04-17.578.

(63) N .SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, Juin 2008, étude 7.

يجوز أن يتزوج الرجل بخامسة قبل أن ينحل زواجه بإحدى زوجاته الأربع وتتقضي عدتها (٢١ أحوال شخصية).

في حين يؤدي - في نظرنا - مخالفة بعض القواعد الآمرة إلى التعسف لأنها تنتهك الحقوق المقررة حماية لأحد طرفي العقد، وهذا ما ينطبق تماماً على القواعد الواردة تحت فصل "التأمين" في القانون المدني والتي سبق تقديمها. ولكن، ولأنها تخالف قاعدة أمره متعلقة بالنظام العام الحمائي، فإنه لا يكفي وصفها بأنها تعسفية، وإنما يجب تكييفها بأنها غير مشروعة لأنها ممنوعة قانوناً أو لأنها تخالف النظام العام، وبالتالي تبطل بطلاناً مطلقاً. إن البطلان أكثر خطورة من التعسف فيُغلب ويَجِبُ ما هو دونه. فعلى عكس الشرط التعسفي الذي ينتج أثره إلى أن يعدل أو يبطل، فإن البطلان المطلق يقضي على وجود الشرط الذي لن يكون له أي أثر. فعلى القاضي أن يعلن من تلقاء نفسه - على خلاف الشرط التعسفي - بطلان الشرط المخالف للقاعدة الآمرة المتعلقة بالنظام العام؛ فالقاضي في غنى عن تعديل أو تفسير الشرط التعسفي الباطل بطلاناً مطلقاً لمصلحة الطرف المدعى لأنه سيقضي ببطلانه. وفي الحقيقة يتقرر البطلان المطلق تلقائياً ولا يحتاج إلى أي إجراء قضائي^(٦٤)، وما حكم القاضي إلا كاشف.

فإن كان الشرط الباطل لمخالفته لقاعدة أمره لا يعتبر تعسفياً، فهل من الممكن أن يكون الشرط تعسفياً بالرغم من أنه عبارة عن تطبيق لقاعدة قانونية أمره؟

المطلب الثاني

الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للمعقول

تنص المادة (٧٥) من قرار وزير الداخلية رقم (٨١) بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أنه "يجوز أن تتضمن الوثيقة قيوداً معقولة على المؤمن له

(٦٤) إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

بالنسبة لاستعمال المركبة وقيادتها". وقد رفضت محكمة التمييز في حكم لها طلب إبطال وثيقة التأمين بحجة أنها تحتوي على شروط تعسفية لأن هذه الشروط تعد - في الحقيقة - شروطاً معقولة ولا تتعارض مع جوهر التأمين ولا تخالف النظام العام^(٦٥). ولنا أن نتساءل عما هو معقول وما هو غير معقول؟ هل كل شرط هو تطبيق للقانون يعد معقولاً والشرط الذي يخالفه لا يعد كذلك؟ (الفرع الأول)، أو هو الشرط الذي له صلة منطقية بتحقق الخطر؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول**الشرط المعقول هو الموافق للقانون**

يستبعد التوجيه الأوروبي رقم ١٣/٩٣ CE الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٤/٥ في الفقرة الثانية من المادة الأولى من أن يكون تعسفياً الشرط العقدي الذي هو تطبيق لقاعدة آمرة. ولكن القانون الفرنسي رقم ٩٥-٩٦ الصادر في ١٩٩٥/٢/١ والذي نقل هذا التوجيه الأوروبي، لم يستبعد هذه الشروط من أن تكون تعسفية^(٦٦). ومع ذلك، يؤكد بعض الفقه الفرنسي أن الشرط المطابق لقاعدة آمرة أو الذي يكون مفروضاً منها لن يعتبر شرطاً تعسفياً^(٦٧).

وفي القانون الكويتي، يذهب الأستاذ حجي العازمي إلى القول إنه "توصف القيود بأنها غير معقولة، إذا تعارضت مع النصوص القانونية والقرارات الوزارية، في هذا الشأن، وبالعكس تعتبر القيود معقولة إذا لم تتعارض مع القانون أو

(٦٥) تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، ج ١، ص ١٤٤.

(66) G. PAISANT, article précité, p. 99.

(67) J. KULLMANN, article précité, p. 16 et s.; M. FONTAINE, article précité, p. 635 : « une clause conforme à cette dernière réglementation [impérative], voire imposée par elle, ne peut sans doute être considérée comme abusive ».

[د. حسين محيسن الرشيدى]

قراراته^(٦٨). لا شك أن مخالفة الشرط لقاعدة أمره يجعل منه شرطاً غير مشروع وينتهي به المطاف إلى البطلان دون أن يكون لطابعه التعسفي أي تقدير كما رأينا في الفرع الثاني من المطلب الأول. ومن المسلم به أن مجرد تبني حكم قاعدة أمره وجعله في أحد شروط العقد لا يجعل من هذا الشرط تعسفياً، بل هو شرط معقول لاعتراف المشرع به، فمن الطبيعي أن يضمنه المتعاقدان بنود عقدهما.

ومع ذلك، يحق لنا أن نثير التساؤل التالي: هل الشرط المحتوي على قاعدة تشريعية سيظل شرطاً معقولاً بالرغم من أن الغرض من تبنيه هو تحقيق هدف آخر غير الغاية التي ابتغاها منه المشرع؟ أم أنه سيصدق عليه وصف "تعسفي"؟. في الحقيقة، حتى يكون الشرط معقولاً - في نظرنا - لا يكفي أن يكون له أصل في التشريع، وإنما يجب أيضاً أن يستخدم لتحقيق غاية مشروعة. فإن لم تكن وظيفته مشروعة فلن يكون معقولاً. والدليل أن القانون رقم ٢٠٠١/٥٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٩٧٦/٦٧ في شأن المرور قد احتوى على بعض القواعد القانونية التي يعاقب على عدم مراعاتها؛ ومع ذلك لا تتسبب مخالفتها في وقوع الخطر أو التأثير في مدهاء مثل قيادة المركبة دون لوحاتها المعدنية، أو لم تكن مقروءة، أو عدم حمل رخصة السوق أو إجازة تسيير المركبة أو أي تصريح آخر يستلزمه القانون، أو عدم ربط حزام الأمان. ومن الصعب علينا وصفه بالمعقول الشرط الذي يقضي بالاستبعاد أو السقوط لمخالفة أحد هذه الالتزامات.

زد على ذلك أن المادة (٧٥) من قرار وزير الداخلية سالف الذكر أجازت "أن تتضمن الوثيقة قيوداً معقولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال المركبة وقيادتها بشرط ألا تتعارض مع نصوص قانون المرور وقراراته". فلكي يصح القيد، تستلزم

(٦٨) حجي العازمي، حق المضرور المستفيد في التأمين الإجباري من حوادث السيارات في الرجوع على شركة التأمين، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية، ٢٠٠٥، ص ٣١٤.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

هذه المادة في الوقت نفسه شرطين منفصلين: أن يكون القيد معقولاً، وألا يتعارض مع نصوص قانون المرور وقراراته. يستفاد إذن أنه يجب تقدير مدى توافر شرط "المعقولة" مستقلاً عن شرط "المشروعية" أي مراعاة أحكام القانون، فهما شرطان منفصلان عن بعضهما بعضاً. فالشرط المطابق للحكم التشريعي يسمى بـ"المشروع" ولا يسمى بالمعقول.

الفرع الثاني**الشرط المعقول هو ذو العلاقة السببية مع الخطر**

يشترط بعض الفقه والقضاء لنفي الطابع التعسفي للشرط أن يكون ذا صلة بتحقيق الخطر. فلا يعد الشرط - بالنسبة إليهم - تعسفياً إلا إذا انقطعت الصلة بين مخالفة الشرط ووقوع الكارثة^(٦٩). وقد قضت محكمة التمييز بأنه من "الشروط الموضوعية التي رأى المشرع عدم الاعتداد بها للتعسف كل شرط تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه"^(٧٠). فلأنه لا أثر لمخالفة هذا الشرط على وقوع الكارثة اعتبره هذا الحكم شرطاً تعسفياً. فلا يكون -مثلاً- شرط الاستبعاد معقولاً وبالتالي غير تعسفي إلا إن قصد به استثناء من نطاق التأمين بعض أفعال المؤمن له التي من طبيعتها جعل الخطر أشد حدة أو أكثر احتمالاً^(٧١). أما إن لم يكن لمخالفة الشرط (شرط الاستبعاد أو السقوط) أي أثر في تحقق الخطر أو مده، فهو غير معقول وبالتالي هو شرط تعسفي يجب إبطاله حتى

(٦٩) محمد سرور، سقوط الحق في الضمان، ط الأولى ١٩٧٩-١٩٨٠، دار الفكر العربي، (بدون مكان نشر)، ص ١٩٠.

(٧٠) تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، حكم سابق.

(71) K. ALHENDYANI, *Le recours de l'assureur en droit français et en droit koweïtien*, thèse Nancy II, 1995, p. 276: « les restrictions sont raisonnables, lorsque l'assureur prévoit l'exclusion de garantie pour certains faits de l'assuré qui sont de nature à augmenter l'intensité et l'éventualité du risque ».

[د. حسين محيسن الرشدي]

وإن كان هذا الشرط يحقق مصلحة مشروعة للمؤمن^(٧٢). "وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان لمخالفة الشرط أثر في تحقيق الخطر المؤمن منه- ويكون صحيحاً أو ليس لمخالفته أثر فيكون الشرط تعسفياً ويقع باطلاً فلا يعتد به"^(٧٣).

وتجمع الأحكام القضائية على جواز شرط السقوط الذي يكون من شأن مخالفته تحقق الخطر أو زيادة في مقداره، وأنه يصح شرط الاستبعاد أيضاً طالما يرمي إلى استثناء من نطاق التأمين بعض أفعال المؤمن له التي من طبيعتها جعل الخطر أشد حدة أو أكثر احتمالاً. وما انفك القضاء الكويتي عن التأكيد أنه "من المقرر في عقد التأمين أن ما يسوغ إبطاله من شروط قد ترد به، إنما يقتصر على الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام، ولا يمتد ذلك إلى ما كان منها مبناه الرغبة المشروعة في الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي من شأنها جعل الخطر أشد احتمالاً"^(٧٤). ويصح بالتالي اشتراط المؤمن الرجوع على المؤمن له عند قيادة السيارة بسرعة تتجاوز المعدل المنصوص عليه في قانون السير ولوائح المرور لأن هذا الشرط يعد من القيود المعقولة^(٧٥).

(٧٢) وقد قضت محكمة التمييز بأنه "لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تقرير معايينة البضاعة أن الضرر الذي أصابها يرجع إلى المناولة الخشنة في مرحلة الشحن - والى تعرضها لوزن زائد نتيجة التراكم، وأنه لم يكن لمخالفة ما تضمنته وثيقة التأمين المؤرخة ٢٠٠٢/٧/١١ من شرط معايينة تلك البضاعة بواسطة معاین مختص قبل شحنها أثر في تحقق الخطر المؤمن منه ومن ثم يعد شرطاً تعسفياً لا يعتد به"، انظر: تمييز، ٢٠٠٥/٣/١٦، طعن ٩١٤-٢٠٠٤/٩٣٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٣، ج ١، ص ١٤٧.

(٧٣) تمييز، ٢٠٠٤/١٠/١١، طعن ٢٠٠٤/١٤ مدني، غير منشور.
(٧٤) استئناف عليا، ١٩٨٨/٦/٦، طعن ١٩٨٧/٢٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ١٦، عدد ١، ص ٣٥؛ تمييز، ٢٠٠٥/٤/١٨، طعن ٢٠٠٣/٤٣٨ مدني، موقع: <http://ccda.kuniv.edu.kw>؛ تمييز، ١٩٩٨/٢/٢٢، طعن ١٩٩٦/٣٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، ج ١، ص ١٢٧.

(٧٥) استئناف عليا، ١٩٨٩/٣/٦، طعن ١٩٨٨/١٣٦-١٣٤ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ١٧، عدد ١، ص ١٨٤.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

وفي حكم لمحكمة التمييز فُضي ببطلان أحد شروط الاستبعاد لكونه تعسفياً، وقد استتدت في حكمها على انقطاع الصلة بين شرط الاستبعاد وتحقق الخطر حيث إن المؤمن في عقد تأمين الأضرار الناجمة عن الزوابع والعواصف والفيضان وأضرار المياه التي تصيب محتويات المطبوعة اشترط لضمان محتويات المبنى أن يسبق ذلك حتماً هلاك أو ضرر للمبنى ذاته بفعل القوى المباشرة للزوبعة أو العاصفة، كما أورد هذا الملحق مضمون هذا الشرط في البند الرابع من الحالات المستثناة التي لا يغطيها التأمين عن الهلاك أو الضرر الناشئ عن تسرب المياه بما فيها مياه الأمطار. ورأت المحكمة أن قيام التزام المطعون ضدها بتغطية المخاطر المنفق عليها مناطه تحقق الخطر المؤمن من أجله بمحتويات المطبوعة مجردة، ودون اعتبار لشرط هلاك المبنى ذاته أو إلحاق ضرر به من جراء هذا الخطر، لأنه متى كان هذا المبنى خارجاً عن نطاق عقد التأمين ومنبت الصلة بمحتويات المطبوعة المؤمن عليها، ولا يأتي منه هذا الخطر مباشرة فلا يسوغ رهن قيام التزام المطعون ضدها بتغطية التأمين لخطر مؤمن عليه بتحقيق خطر ليس كذلك، لتعارض ذلك مع جوهر التأمين وإفراغ العقد من مضمونه وفحواه وصيرورته في هذه الحال وسيلة لاستيلاء المؤمن على ما يستأديه من المؤمن له من أقساط التأمين دون سبب مشروع مما لا يجوز قانوناً، وبما أنه لا أثر لمخالفة هذا الشرط في تحقق الخطر المؤمن منه، فإنه يقع باطلاً ولا يعتد به باعتباره من الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر التأمين المخالفة للنظام العام، وللمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها^(٧٦).

(٧٦) تمييز، ١١/١/١٩٩٨، طعن ١٩٩٦/٤٨٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، ج ١، ص ٣٩. وبالرغم من الأحكام التي أثبتتها في المتن والتي تشترط العلاقة السببية بين شرط الاستبعاد والخطر إلا أن الأستاذ عبد الكريم العنزي يذهب إلى القول بأن "القضاء لا يتطلب ثمة علاقة سببية بين المخالفة والحادثة في حالات الرجوع القانوني وذلك لأنها في حقيقتها تمثل حالات "استبعاد للضمان" وعلى النقيض من ذلك فإن القضاء يشترط توافر علاقة سببية بين المخالفة والحادثة

[د. حسين محيسن الرشدي]

بل إن بعض الأحكام القضائية اعتدت بالشرط وفعلته طالما كان معقولاً بارتباطه -نظرياً- بتحقق الخطر أو زيادة مقدار الضرر، حتى وإن لم يكن له - في الحقيقة - أي تأثير في الخطر في الواقعة المعروضة أمام القضاء، بأن يكون الخطر قد نشأ لسبب آخر لا صلة للشرط به، على سند من القاعدة التي تقرر أن النص المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يأت نص يقيد، وأنه حتى تكون عقوبة هذه المخالفة واقية ورادعة فإنه لا يشترط لإعمالها إثبات الصلة بين المخالفة وتحقق الخطر. ومن أمثلة ذلك حكم محكمة التمييز بسقوط حق المؤمن له في التعويض لأن الإطارات الخلفية للمركبة مستهلكة بنسبة ٦٥% بالرغم من أن سبب وقوع الحادث لا يرجع لسوء حالة الإطارات^(٧٧)؛ ولم تأخذ محكمة التمييز بعين الاعتبار أن سبب انقلاب المركبة هو عدم سيطرة السائق عليها لانفجار الإطار الأمامي، وقررت أن حال قبول ركاب أكثر من المقرر للسيارة "هي حال يزداد معها خطر التأمين ومداه وجزؤها رجوع المؤمن على المؤمن له دون ما حاجة مع قيامها لإثبات أن لها دخلاً في وقوع الحادث المؤمن منه، أو أنها تسببت في جسامته، إذ جاء النص عليها كمبرر للرجوع مطلقاً مما يمتنع معه تقييده بغير مقيد، ولكي يكون جزاء هذه المخالفة واقياً ورادعاً فإنه لا يشترط لإعماله علاقة بين المخالفة وبين تحقق الخطر"^(٧٨).

في حين لم تكن بعض الأحكام لتفعيل الشرط بأن يكون بطبيعته مؤثراً في تحقق الخطر أو مداه، وإنما تشترط أن تكون مخالفته هي السبب حقيقة في وقوع

للاحتجاج على المؤمن [له] بشرط الرجوع الاتفاقي وهو ما يؤكد بأن حالات الرجوع الاتفاقي هي في حقيقتها حالات سقوط للضمان"، انظر: عبد الكريم العنزي، رجوع المؤمن على المؤمن له في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات، أطروحة ماجستير، جامعة الكويت، ٢٠٠١، ص ٩٤. (٧٧) تمييز، ٢٠٠١/١٢/٨، طعن ٢٠٠١/٧٨ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

(٧٨) تمييز، ٢٠٠٦/١ / ٢١، طعن ١/١٠٣٧ / ٢٠٠٤ تجاري، موقع: <http://ccda.kuniv.edu.kw>؛ استئناف عليا، ١٩٨٧/٧/١٢، طعن ١٩٨٧/٥٥ تجاري، موقع <http://www.mohamoon-kw.com>.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

الخطر، فلصحة رجوع المؤمن على المؤمن له لا بد أن تتوافر مسؤولية هذا الأخير من خلال تحقق العلاقة السببية بين إخلاله بالتزامه ووقوع الحادث المؤمن منه والضرر الواجب للتعويض^(٧٩). وألزمت محكمة التمييز المؤمن له بأن يؤدي لهيئة التأمين مبلغ التعويض الذي أدته للمضور على سند أن الحادث وقع نتيجة خطأ الطاعنة المتمثل في مخالفتها لإشارة المرور الحمراء بما يخالف الشروط العامة الواردة في وثيقة التأمين^(٨٠).

بكل الأحوال، لا يمكننا اعتماد أثر مخالفة الشرط على تحقق الخطر أو زيادة مداه كمييار للشرط التعسفي، فمن جهة لعدم انسجامه مع نص المادة (٧٨٤) مدني) التي تنص على أنه "يقع باطلاً ما يرد في الوثيقة من الشروط الآتية (...)
(ب) - كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه". تبطل هذه المادة إذن كل شرط يكون تعسفياً ولا يكون لمخالفته أي أثر في تحقق الخطر. لنا أن نتصور - وفقاً لمفهوم المخالفة - أن يكون هنالك شرط تعسفي ويكون لمخالفته أثر في تحقق الخطر. فالشرط ليس تعسفياً لعدم تأثير مخالفته في تحقق الخطر، وإنما هو قبل ذلك موصوم بالتعسف^(٨١). ومن جهة أخرى، قد لا يكون لمخالفة الشرط أي أثر في تحقق الخطر ومع ذلك لا يمكن وصفه بأنه تعسفي طالما يمثل مصلحة مشروعة، ومثاله تطبيق محكمة التمييز للشرط - الوارد في عقد التأمين على العمال - الذي يقضي بسقوط حق رب العمل

(٧٩) كلية، ٢٠١١/٤/١٠، قضية رقم ٢٠١٠/٦١١٥/١ تجاري كلي/١، غير منشور.
(٨٠) تمييز، ١٩٩٨/٢/٢٢، طعن ١٩٩٦/٣٠٨ تجاري، حكم سابق؛ وفي هذا السياق انظر: محمد رشدي، حالات رجوع المؤمن على المؤمن له في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، مجلة المحامي، السنة الحادية والعشرون، يناير/فبراير/مارس، ١٩٩٧، ص ١٧٤ وما بعدها.
(٨١) وعلى خلاف تحليلنا يقرر الأستاذ خالد الهندي بأن الشرط يكون تعسفياً وفقاً للمادة (٧٨٤) عندما تؤدي مخالفته لتحقيق الخطر، انظر:

K. ALHENDYANI, thèse précitée, p. 277 : « selon cet article [784], la clause est abusive, lorsque le mépris de cette clause n'entraîne pas la réalisation du risque ».

بالضمان عند عدم تقديم كشوف شهرية بأسماء ورواتب العمال الذين يعملون لديه في فترة التأمين^(٨٢). تستفيد هيئة التأمين من تحقق هذا الشرط في التثبت من عدد المؤمن عليهم ورواتبهم لمنع التحايل، وحتى تستطيع أن تجري عملياتها المحاسبية وتقديراتها للمخاطر والتعويضات وفقاً لهذه المعطيات.

ويبقى إذن السؤال مطروحاً حول ماهية الشرط التعسفي وتعريفه؟

الفرع الثالث

مفهوم الشرط التعسفي

لم يأخذ المشرع الكويتي بأية وسيلة من وسائل تحديد الشرط التعسفي والتي تم عرضها سابقاً في المبحث الأول. وإن كان بعض الفقه يؤيد المشرع في عدم تعريفه للشرط التعسفي على اعتبار "أن مهمة وضع التعاريف هي مهمة الفقه والقضاء وليس مهمة التشريع؛ لأن تعريف المشرع ملزم لا يجوز الخروج عنه إلا بتشريع مماثل، أما تعريف الفقه والقضاء فهو مفسر يجوز الخروج عنه أو عدم التقيد به وذلك وفقاً لظروف وحاجات المجتمع"^(٨٣). وفي الحقيقة، نختلف مع هذا التوجه فيما ذهب إليه، لأن تنظيم المجتمع من خلال إصدار التشريعات اللازمة يعد من صلب مهام المشرع، ولأن التشريع يمر بعدة لجان تمحيص من المختصين بالقانون واللغة والاقتصاد قبل أن يصبح ملزماً. فبإمكان المشرع أن يعرف الشرط التعسفي تعريفاً جامعاً مانعاً بحيث يشمل جميع الشروط التعسفية ويكون قابلاً للتطبيق على مر الزمن. وليس على القاضي حينها إلا إنزال عناصر التعريف على الشرط المعروض عليه. وهكذا تتحقق فائدتان، الأولى هي تفادي الاختلاف بين الفقه أو القضاء حول

(٨٢) تمييز، ٢٠٠٤/٦/٣٠، طعن ٢٠٠٢/٧٧٥ تجاري، موقع: <http://ccda.kuniv.edu.kw>

(٨٣) أيمن سليم، مرجع سابق، ص ٤٩.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

تعريف الشرط التعسفي^(٨٤)، حيث يجب على الكل التزام التعريف التشريعي، وفي ذلك توحيد للمصطلحات القانونية. الثانية هي إعفاء المشرع من التدخل باستمرار لتعديل الشروط التعسفية كما في نظام القوائم.

وتحت وطأة الحاجة إلى تعريف الشرط التعسفي وإغفال المشرع له، اجتهد الفقه والقضاء في وضع تعريف له. ولا تثريب علينا إن لجأنا إلى الفقه العربي أو حتى الفقه الفرنسي لمعرفة التعاريف التي قدمت بهذا الشأن، على اعتبار أن المصدر التاريخي للقواعد القانونية المتعلقة بعقد التأمين حتماً هي قوانين أجنبية لأن عقد التأمين لم يكن منظماً في الفقه الإسلامي الذي استمد منه القانون المدني كثيراً من أحكامه، حتى إنه لا يوجد فيه حكم يستعصي تخريجه على أحد المذاهب الفقهية^(٨٥). وفي سبيل تحديد مفهوم الشرط التعسفي، سنتناول في البداية تعريف الشرط التعسفي (الغصن الأول)، قبل تأصيل تعريف الشرط التعسفي الذي نرتضيه وتخرجه على القواعد القانونية (الغصن الثاني).

(٨٤) وقد لمسنا خلال هذا البحث اضطراب القضاء حول تعريف الشرط التعسفي. بل إن محكمة التمييز لجأت في حكم لها لعدة معايير مختلفة لتحديد الشرط التعسفي حيث قررت أنه "من بين هذه الشروط الموضوعية التي رأى المشرع عدم الاعتداد بها للتعسف كل شرط تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه (...)" أنه من الأصول العامة في عقد التأمين أنه يسوغ إبطال ما ورد به من شروط تعسفية تتناقض مع جوهر العقد وعدم الاعتداد بها لمخالفتها للنظام العام، ومن المقرر أيضاً أنه من الأصول العامة أنه ما يسوغ إبطاله من شروط قد ترد بعقد التأمين إنما يقتصر على الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام ولا يمتد ذلك إلى ما كان مبناه الرغبة المشروعة في الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر أشد احتمالاً (...). ولا ينال من ذلك ما أثارته الطاعنة من بطلان الوثيقة لتضمنها شروطاً تعسفية وإذ أن هذه الشروط وردت بطريقة مميزة عن غيرها من الشروط التي تعد شروطاً معقولة ولا تتعارض مع جوهر التأمين ولا تخالف النظام العام"، انظر: تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، حكم سابق.

(٨٥) إدارة الفتوى والتشريع، مقدمة الطبعة الأولى للقانون المدني. بل إن الأستاذ أحمد شرف الدين يؤكد أن القانون المصري والقانون الفرنسي يعدان من المصادر التاريخية للقانون المدني الكويتي، انظر: أحمد شرف الدين، دراسات في القانون المدني الكويتي الجديد، تساؤلات علمية وإشكالات عملية، (دون رقم طبعة أو سنتها أو اسم ناشر أو مكان نشر)، ص ٧١.

الغصن الأول

تعريف الشرط التعسفي

وعلى الرغم من اتساع مصطلح التعسف وإبهامه^(٨٦)، إلا أنه يُعرّف لغة بالاستخدام السيئ، ويعرفه بعضهم في الاصطلاح القانوني بالاستخدام الفاحش لميزة قانونية^(٨٧)؛ أو بأنه انحراف بالحق عن غايته^(٨٨). أما بالنسبة إلى مصطلح "الشرط التعسفي" فإنه يُعرف بأنه "الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين الحقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحال طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة"^(٨٩). ولكن هذا التعريف يقصر الشرط التعسفي على العلاقة بين المحترف والمستهلك، في حين أنه لا يوجد ما يمنع من وروده في العقد المبرم بين مستهلكين.

ويقدم الأستاذ رياحي أحمد الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفياً على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئاً على الطرف الآخر دون مقتضى"^(٩٠). بينما تعرف الأستاذة حوراء صالح الشروط التعسفية بأنها "تلك الشروط التي تؤدي إلى اختلال التوازن ما بين الالتزامات المترتبة على العقد،

(٨٦) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، شرح المادة ٣٠.

(٨٧) عاطف حسن، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٨٨) محمد رشدي، التعسف في استعمال الحق، (بدون رقم طبعة)، ١٩٩١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٥.

(٨٩) بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٩٠) رياحي أحمد، مقالة سابقة، ص ٣٤٧.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

والحقوق المقابلة لها، وذلك نتيجة لعدم التكافؤ ما بين طرفي العقد في القوى التعاقدية^(٩١).

وعلى الرغم من اختلاف المصطلحات والصياغة المستخدمة في تعريف الشرط التعسفي فإنها تتفق كلها فيما بينها على عنصرين أحدهما نتيجة للآخر؛ أولهما تفوق أحد طرفي العقد على الآخر، فلا يمكن تصور وجود شرط تعسفي ولا يكون قد فرض من قبل الطرف الأقوى بالعقد، وهذا التفوق قد يكون اقتصادياً أو اجتماعياً أو تقنياً أو قانونياً^(٩٢). ولضعف أحد المتعاقدين يقبل الشرط الذي ما كان ليُقبل به لو علم خطورته أو سمح له بمناقشة العقد الذي فرضه المتعاقد الآخر^(٩٣). ثانيهما، ينتج عن اختلاف قوى المتعاقدين احتواء العقد على شرط يؤدي إلى "الاختلال الظاهر لتوازن العقد" لمصلحة من يفرضه^(٩٤). "ولا يقصد بالتوازن المساواة؛ لأنه عادة ما تتفاوت تلك الأداءات، فلا يوجد عقد تتساوى فيه الأداءات المتقابلة، ولكن حينما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازناً"^(٩٥). ولا ينبغي النظر لهذا الشرط بذاته وإنما لسياقه في العقد^(٩٦). منبع التعسف إذن هو استغلال أحد طرفي العقد لمركزه الأقوى بما يحقق نفعه من خلال فرض شرط وإن تسبب بضرر للمتعاقد الآخر. فنستطيع تعريف الشرط التعسفي

(٩١) حوراء زكريا، رسالة ماجستير سابقة، ص ٤٥.

(٩٢) رباحي أحمد، مقالة سابقة، ص ٣٦٢ وما بعدها.

(93) H. GEMEI, « Quatrième partie : Les clauses abusive dans les droits des pays arabes » in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 1991, p. 312 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, article précité, p. 1 s.

(٩٤) ويعرف القانون الجزائري رقم ٠٢/٠٤ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية يقرر في المادة (٣) الشرط التعسفي بأنه "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

(٩٥) أيمن سليم، مرجع سابق، ص ٥٢.

(96) H. GEMEI, article précité, p. 313.

بأنه ذلك الشرط الذي يخل بتوازن العقد ويفرضه أحد المتعاقدين على الآخر مستغلاً قوة مركزه. فما علاقة الشرط التعسفي بنظرية التعسف في استعمال الحق؟

الفصل الثاني

تأصيل تعريف الشرط التعسفي

ينفي الفقه الفرنسي تكييف الشرط التعسفي بأنه تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق بحجة أن المحترف يمارس سلطة واقع في فرضه للشرط التعسفي وليس من خلال ممارسة حق شخصي^(٩٧). وقد مال إلى هذا الاتجاه بعض الفقه العربي^(٩٨). ويقرر الأستاذ شكري سرور أنه لا يعد الشرط تعسفياً إلا إذا انقطعت الصلة بين المخالفة ووقوع الكارثة، بينما فكرة التعسف في استعمال الحق "تبدأ من النظر إلى المصلحة التي يريد صاحب الحق أن يحصل عليها من ممارسة الحق. فاستعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا كان لغير مصلحة لصاحبه (أي بهدف الإضرار بالغير فقط)، أو لمصلحة غير مشروعة، أو حتى لمصلحة ولكنها لا تتناسب البتة مع الضرر. وفي هذا الفرض الأخير، يبدأ المشرع أيضاً بالنظر إلى المصلحة التي تعود على صاحب الحق في مقارنته بالضرر الذي يلحق الغير منه"^(٩٩).

بيد أننا لا نتفق مع هذا التحليل حيث تنص المادة (٣٠ مدني) على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. وبوجه خاص: (أ) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة. (ب) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. (ج) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. (د) إذا كان من شأنه أن يلحق

(٩٧) عاطف حسن، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٩٨) سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص ٥٥ وما يليها.

(٩٩) محمد سرور، مرجع سابق، ص ١٩١.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف". وهذا ما يطلق عليه الفقه نظرية التعسف في استعمال الحق. وتقضي المادة (١٧٥ مدني) في فقرتها الأولى على أنه يجوز أن يحتوي العقد على أي شرط يرتضيه المتعاقدان بشرط ألا يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام. فالمركز القانوني للمتعاقد يمنحه الحق في أن يضع شرطاً يحقق له منفعة^(١٠٠)، ولكن يرد على هذا الحق عدة قيود منها ما ورد في ذات المادة ومنها حكم المادة (٣٠ مدني)، فلا يصح التعسف في حق التعاقد^(١٠١).

وفي هذا الخصوص قضت محكمة التمييز بأنه "يجمع هذه الصور [أي صور التعسف في استعمال الحق] ضابط مشترك هو نية الإضرار، سواء على نحو إيجابي بتعمد السعي إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك، أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً لا يتناسب مع ضالة المصالح التي تعود عليه، ويكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي والكيد للغير (...). وكان مقتضى حسن النية وشرف التعامل يتطلب أن يستفيد طرفا العقد منه وألا يسعى أحدهما إلى مضارة الآخر"^(١٠٢).

للمؤمن إذن الحق في تضمين عقد التأمين شرطاً يحقق مصلحته بشرط ألا يؤدي استعماله لهذا الحق إلى أن يخرج عن وظيفته الاجتماعية، بأن يكون الهدف من فرضه هو الإضرار بالمؤمن له، كأن يشترط المؤمن سقوط الحق في الضمان لعدم حمل المؤمن له رخصة القيادة أو تصريح تسيير المركبة وقت وقوع الحادث.

(١٠٠) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، شرح المادة ١٧٥.
 (١٠١) موسى رزيق، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد ٣، ١٩٩٣، ص ١٢١.
 (١٠٢) تمييز، ٢٠٠٩/١/٧، طعن ٢٠٠٦/١١٢٦ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٧، ج ١، ص ٣٣.

[د. حسين محيسن الرشدي]

فهذان الشرطان لا يهدفان لتحقيق مصلحة مشروعة للمؤمن، كما أنه لا أثر لمخالفتها في تحقق الخطر، وإنما أراد المؤمن منهما تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي التخلص من التزامه الرئيس بتقديم الأداء الذي التزم به. وفي ذلك مخالفة لحكم المادة (١٩٧ مدني) القاضي بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

وقد قضت محكمة التمييز بأن "ما يسوغ إبطاله من شروط قد ترد بعقد التأمين إنما يقتصر على الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام"^(١٠٣). فالهدف من عقد التأمين هو طمأننة المؤمن للمؤمن له من وقوع الخطر من خلال تفتيت المخاطر. ولهذا رأى المشرع في المادة (٧٨٤ مدني) أنه شرط تعسفي شرط السقوط لمخالفة القوانين واللوائح إذا جاء عاماً غير محدد^(١٠٤). لأن المؤمن سيتخذ من مخالفة المؤمن له لأي حكم ورد في التشريع ذريعة للتهرب من التزامه بالأداء المتفق عليه. ولو سلمنا جدلاً بأن في هذه الشروط السالفة مصلحة للمؤمن - وهي تحلله من التزامه بالتعويض مقابل الأقساط التي يدفعها له المؤمن له- فإنها لن تتناسب مع الضرر الذي سيبصّب المؤمن له وهو فقده للضمان وبالتالي تحمله وحده للضرر الناتج عن الخطر بالإضافة إلى خسارته لأقساط التأمين. وعليه، فإنه يعد تعسفاً في ممارسة الحق، فرض هيئة التأمين - من خلال توظيفها لمركزها القوي في العقد - شرطاً يحقق مصلحتها ويكون مجحفاً للمؤمن له، ويصح وصف هذا الشرط بأنه تعسفي.

فالخلل في الشرط التعسفي هو إخلاله بالتوازن العقدي، والدليل هو - من جهة - العبارات التي أوردتها المذكرة الإيضاحية في معرض حديثها عن الحماية التي

(١٠٣) تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١/٢٠٠٥، حكم سابق.
(١٠٤) استئناف عليا، ١٩٨٨/١١/١٣، طعن ١٩٨٨/١٤٧/١٩٨٨، موقع:

<http://www.mohamoon-kw.com>.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

توفرها المادة (٨١ مدني) للطرف المذعن تجاه ما تصفه بـ "الشروط التعسفية الجائرة المجحفة به. وهي تكون كذلك إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية". ومن جهة أخرى، صرحت المادة (٨١ مدني) بأن علاج الشرط التعسفي هو تدخل القاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، بتعديل هذا الشرط بما يرفع عنه إجحافه، أو يعفيه كلية منه وفقاً لما تقتضيه العدالة. ينحصر إذن تدخل القاضي في إزالة الخلل الذي لحق بالشرط من خلال إعادة التوازن للعقد وفقاً لمقتضيات العدالة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، وإلا لجأ إلى إلغاء الشرط برمته.

ولعل معترضاً يقول إن المشرع جعل جزاء الشرط التعسفي التعديل أو الإغفاء منه في عقد الإذعان بما يدل على أن العلة تكمن في عدم التوازن العقدي، بينما أبطل المشرع الشرط التعسفي في عقد التأمين - وفقاً للمادة (٧٨٤ مدني) - ولم يسمح بتعديله مما يدل على أن الخلل فيه لا يتمثل في عدم التوازن. والإجابة على هذا الاعتراض هي أن المادة المذكورة لم تبطل كل شرط تعسفي، وإنما أبطلت فقط الشرط التعسفي الذي "يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه". وعليه، إن كان لمخالفة الشرط التعسفي أثر في تحقق الخطر فهنا لا يبطله القاضي لأن للمؤمن مصلحة مشروعة، وإنما عليه - ما أمكن ذلك - أن يعدله بما يزيل عنه الإجحاف ويعيد التوازن للعقد تطبيقاً للقواعد العامة. أما إن لم يكن لمخالفة الشرط التعسفي أثر في الخطر، فإن المشرع يلزم القاضي بإبطاله لعدم وجود مصلحة فيه لأي من طرفي العقد. بل يتحقق في إبطاله مصلحة للطرف الضعيف (المؤمن له). وفي هذا السياق أكد حكم لمحكمة التمييز على أنه لا يُبطل كل شرط تعسفي وإنما فقط الذي يتناقض مع مقتضى العقد^(١٠٥).

(١٠٥) تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١/٢٠٠٥، تجاري، حكم سابق.

الخاتمة

وفي نهاية دراستنا لموضوع تعريف الشرط التعسفي وبيان طرق تحديد ماهيته، فإنه من الملائم أن نعرض -إجمالاً- بعض النتائج التي توصلنا إليها خلال هذه الدراسة.

أولاً: أن الفسخ لإدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو كتمانها لأمر مهم لا يتقرر بإرادة المؤمن وحده، لأنه - باستثناء الشرط الفاسخ - لا يستطيع أحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته وإنما يجب اللجوء إلى القضاء، وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة (٧٩١ مدني) بقولها "جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد".

ثانياً: أنه لا يعد كل شرط يخالف قاعدة آمرة تعسفاً، حيث إن هنالك قواعد أمرة لا يتضرر أحد طرفي العقد من مخالفتها. وبالرغم من أن الشرط المخالف للقواعد الأمرة المقررة لحماية أحد طرفي العقد يُعد تعسفاً، إلا أنه لا يكفي وصفها بأنها تعسفية، وإنما يجب تكييفها بأنها غير مشروعة لأنها تخالف النظام العام الحمائي، وبالتالي تبطل بطلاناً مطلقاً. إن البطلان أكثر خطورة من التعسف فيُغلب ويَجِبُ ما هو دونه.

ثالثاً: لا يكفي حتى يكون الشرط معقولاً أن يكون له أصل في التشريع، وإنما يجب أيضاً أن يوظف لتحقيق غاية مشروعة. فإن لم تكن وظيفته مشروعة فلن يكون معقولاً. فلا يوصف الشرط بأنه معقول طالما أن الصلة بين مخالفته وتحقق الخطر أو مدهاء منقطعة.

رابعاً: أن مصدر التعسف هو استغلال أحد طرفي العقد لمركزه الأقوى بما يحقق نفعه من خلال فرض شرط وإن تسبب بضرر للمتعاقد الآخر. فيعد تعسفاً في ممارسة الحق، فرض هيئة التأمين - من خلال توظيفها لمركزها القوي في العقد -

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

شرطاً يحقق مصلحتها ويكون مجحفاً للمؤمن له، ويصح وصف هذا الشرط بأنه تعسفي. فالذي يعيب الشرط التعسفي هو إخلاله بالتوازن العقدي، ولهذا تتمثل مهمة القاضي في إزالة الخلل الذي لحق بالشرط من خلال إعادة التوازن للعقد وفقاً لمقتضيات العدالة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، وإلا لجأ إلى إلغاء الشرط برمته. خامساً: نستطيع تعريف الشرط التعسفي بذلك الشرط الذي يخل بتوازن العقد، ويفرضه أحد المتعاقدين على الآخر مستغلاً قوة مركزه.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

(أ) المراجع العامة

- إبراهيم أبو الليل
أصول القانون، ج ١، نظرية القانون، ط الأولى ٢٠٠٦،
مجلس النشر العلمي، سلسلة الكتب الجامعية، الكويت.
العقد والإرادة المنفردة، ط الثانية ١٩٩٨، مؤسسة دار
الكتب، الكويت.
- أحمد شرف الدين
أحكام التأمين في القانون والقضاء، (دون رقم طبعة)،
١٩٨٣، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت.
دراسات في القانون المدني الكويتي الجديد، تساؤلات علمية
وإشكالات عملية، (دون رقم طبعة أو سنتها أو اسم ناشر أو
مكان نشر).
- توفيق فرج
أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، (دون رقم
طبعة أو سنة طبع)، الدار الجامعية، لبنان.
- جابر محبوب وخالد
أحكام التأمين في القانون الكويتي، (دون رقم طبعة)،
١٩٩٩، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت.
الحندياني
حماية المستهلك، (دون رقم طبعة)، ١٩٩٦، دار النهضة
العربية، مصر.
- عبد الفتاح عبد الباقي
مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد
والإرادة المنفردة، (دون رقم طبعة)، ١٩٨٨، دار الكتاب
الحديث، الكويت.
- عبدالرزاق السنهوري
الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، مجلد ٢، عقد

التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، تنقيح أحمد
مدحت المراغي، (دون رقم طبعة)، ٢٠٠٤، منشأة
المعارف، مصر.

التأمين، (دون رقم طبعة أو مكان نشر) ١٩٨١.

عبد المنعم البدرابي

التأمين، (دون رقم طبعة)، ١٩٩٧، مكتبة الجلاء الجديدة،
مصر.

فتحي عبد الله

الوجيز في عقد التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار
النهضة العربية، مصر.

محمد عمران

الأحكام العامة لعقد التأمين، ط الثانية، ١٩٩٠، (دون اسم
ناشر)، مصر.

محمد لطفي

مبادئ قانون التأمين، (دون رقم طبعة أو سنة نشر)، دار
الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

محمد منصور

التأمين الخاص، ط الأولى ٢٠٠١، الفتح، مصر.

مصطفى الجمال

ب) المراجع الخاصة والرسائل الجامعية

الشروط التعسفية في العقود، (دون رقم طبعة) ٢٠١١، دار
النهضة العربية، مصر.

أيمن سليم

مكافحة الشروط التعسفية في العقود، سلسلة الكتب القانونية،
ط الأولى ٢٠٠٧، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر.

بودالي محمد

حق المضرور المستفيد في التأمين الإجباري من حوادث
السيارات في الرجوع على شركة التأمين، رسالة ماجستير،
معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية،
٢٠٠٥.

حجي العازمي

[د. حسين محيسن الرشيدى]

- حوراء زكريا الشروط التعسفية ووسائل مواجهتها، رسالة ماجستير، الكويت، ٢٠١٠.
- سعيد عبد السلام التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، (دون رقم طبعة)، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، مصر.
- عبد الكريم العنزي رجوع المؤمن على المؤمن له في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات، أطروحة ماجستير، جامعة الكويت، ٢٠٠١.
- فايز عبد الرحمن الشروط التعسفية في وثائق التأمين، (دون رقم طبعة) ٢٠٠٦، دار المطبوعات الجامعية، مصر.
- محمد رشدي التعسف في استعمال الحق، (دون رقم طبعة)، ١٩٩١، دار النهضة العربية، مصر.
- محمد سرور سقوط الحق في الضمان، ط الأولى ١٩٧٩-١٩٨٠، دار الفكر العربي، (بدون مكان نشر).

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

أ) المراجع العامة باللغة الفرنسية

- FAVRE ROCHEX (A.) et COURTIEU (G.) *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. GROUDEL, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., 1998.
- HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.) *Droit des affaires*, 17^e éd., Sirey édition, Aide-mémoire, 2007.
- KRAJESKI (D.) *Droit des assurances*, Montchrestien, 2004.
- LARROUMET (Ch.) *Droit civil, tome III, Les obligations, Le contrat*, 1^{re} partie, Conditions de formation, 6^e éd., Economica, 2007.
- LEVENEUR (L.) et LAMBERT-FAIVRE (Y.) *Droits des assurances*, 13^e éd., Dalloz, coll. (précis, 2011).

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

- NICOLAS (V.) *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, pref. J. HERON, coll. Bibliothèque de droit prive, tome 267, L.G.D.J., 1996.
- PIEDELIEVRE (S.) *Droit de la consommation*, ECONOMICA, 2008.

ب) المراجع الخاصة والرسائل الجامعية باللغة الفرنسية

- ALDERAIEI (S.) *Le recours de la victime d'un accident de la circulation à l'encontre de l'assureur du véhicule ayant provoqué l'accident*, thèse Nantes, 1999.
- ALHENDYANI (K.) *Le recours de l'assureur en droit français et en droit koweïtien*, thèse Nancy II, 1995.
- VILLEGAS (L.) *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, préf. H. DE BARABARIN, coll. Institut des assurances, Bouches-du-Rhône, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات العلمية باللغة العربية

- إحسان العويش: دعوة لتعديل قوانين التأمين للمساهمة في زيادة أمن وسلامة الطرق والحد من الحوادث المرورية في دولة الكويت، ورقة علمية مشاركة في ملتقى الكويت الدولي الثاني للتأمين ٢٩-٣٠ مايو ٢٠١٢، ص ٢.
- إسماعيل المحاقري: الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، عدد ٤، سنة ٣٠، ٢٠٠٦، ص ٣٣١.
- رياحي أحمد: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، شهر يناير ٢٠٠٨، ص ٣٤٧.
- محمد رشدي: حالات رجوع المؤمن على المؤمن له في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، مجلة المحامي، السنة الحادية

[د. حسين محيسن الرشيد]

والعشرين، يناير/فبراير/مارس، ١٩٩٧، ص ١٧٤ وما بعدها.
موسى رزيق: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، المجلة
الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد ٣، ١٩٩٣،
ص ١٢١.

رابعاً: الأبحاث والمقالات العلمية باللغة الفرنسية

- CALAIS-AULOY (J.) « Les clauses abusives en droit français », in *Les clauses abusives en France et en Europe*, sous la direction de J. GHESTIN, à paraître, n° 60 et 61, L.G.D.J., 1991, p. 117.
- COURTIEU (G.) « Présent et futur des clauses abusives en assurance », *Gaz. Pal.* 25 janv. 1997, doct., p. 130.
- FONTAINE (M.) « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », rapport de synthèse, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 261, L.G.D.J., 1996.
- GEMEI (H.) « Quatrième partie : Les clauses abusive dans les droits des pays arabes » in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 1991, p. 312.
- GHESTIN (J.) « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », *D.* 1991, p. 449.
- « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. Etudes Juridiques, n 3, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p. 7.
- GHESTIN (J.) et MARCHESSEAU (I.) « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de J.

[تحديد الشرط التعسفي في عقد التأمين في القانون الكويتي]

- KULLMANN (J.) GHESTIN, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1991, p. 81.
« Clauses et contrat d'assurance », *RGDA*, 1- 1996, p. 21.
- LAGARDE (X.) « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* éd. G., 2006, I 110.
- PAISANT (G.) « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99.
- RAJOT (B.) « Les clauses abusives : clauses « noires » et clauses « grises », nouvelle classification de ces clauses réputées non écrites », *Responsabilité civile et assurances*, n° 4, avr. 2009, alerte 7.
- RIEG (A.) « La lutte contre les clauses abusives de contrats », in *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 244.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, Juin 2008, étude 7.

خامساً: الأحكام القضائية الكويتية

- استئناف عليا، ١٩٨٧/٧/١٢، طعن ١٩٨٧/٥٥ تجاري، موقع:
<http://www.mohamoon-kw.com>.
- استئناف عليا، ١٩٨٨/٦/٦، طعن ١٩٨٧/٢٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ١٦، عدد ١، ص ٣٥.
- استئناف عليا، ١٩٨٨/١١/١٣، طعن ١٩٨٨/١٤٧ تجاري، موقع:
<http://www.mohamoon-kw.com>.
- استئناف عليا، ١٩٨٩/٣/٦، طعن ١٩٨٨/١٣٦-١٣٤ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ١٧، عدد ١، ص ١٨٤.

[د. حسين محيسن الرشدي]

- تمييز، ١٩٩٨/١/١١، طعن ١٩٩٦/٤٨٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، ج ١، ص ٣٩.
- تمييز، ١٩٩٨/٢/٢٢، طعن ١٩٩٦/٣٠٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٢٦، ج ١، ص ١٢٧.
- تمييز، ٢٠٠١/١٢/٨، طعن ٢٠٠١/٧٨ تجاري، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.
- تمييز، ٢٠٠٤/٦/٣٠، طعن ٢٠٠٢/٧٧٥ تجاري، موقع:
<http://ccda.kuniv.edu.kw>.
- تمييز، ٢٠٠٤/١٠/١١، طعن ٢٠٠٤/١٤ مدني، غير منشور.
- تمييز، ٢٠٠٥/٣/١٦، طعن ٢٠٠٤/٩٣٨-٩١٤ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٣، ج ١، ص ١٤٧.
- تمييز، ٢٠٠٥/٤/١٨، طعن ٢٠٠٣/٤٣٨ مدني، موقع:
<http://ccda.kuniv.edu.kw>.
- تمييز، ٢٠٠٦/١/٢١، طعن ٢٠٠٤/١٠٣٧ تجاري، موقع:
<http://ccda.kuniv.edu.kw>
- تمييز، ٢٠٠٧/٢/١٨، طعن ٢٠٠٥/١٠٧١ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٥، ج ١، ص ١٤٤.
- تمييز، ٢٠٠٩/١/٧، طعن ٢٠٠٦/١١٢٦ تجاري، مجلة القضاء والقانون، سنة ٣٧، ج ١، ص ٣٣.
- كلية، ٢٠١١/٤/١٠، قضية رقم ٢٠١٠/٦١١٥ تجاري كلي/١، غير منشور.

سادساً: الأحكام القضائية الفرنسية

Cass. civ. 1^{re}, 28 avr. 1987, *D.* 1987, somm., p. 455, obs. Aubert.

Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 399.

CE, 16 janv. 2006, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/ce060116.pdf>.

سابعاً: متفرقات

<http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm>.

<http://ccda.kuniv.edu.kw>